

GRENZEN RICHTERLICHER RECHTSFORTBILDUNG

von

Prof. Dr. Hans - Martin Pawlowski

Ordentlicher Professor an der Universität Mannheim

I. EINLEITUNG

Das sog. Unverfallbarkeitsurteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 10.3.1972 über den Einfluss von Kündigungen auf betriebliche Versorgungsversprechen (veröffentlicht in der Juristenzeitung 1972, S. 700 ff.) hat zu Recht einiges Aufsehen erregt. Nach Kommentaren der Wirtschaft soll das BAG damit dem Gesetzgeber wieder einmal "um eine Nasenlänge" voraus sein. Und die Bundesregierung beabsichtigt jetzt nach Berichten des "Spiegel", die betriebliche Altersversorgung in einer Weise gesetzlich zu regeln, die zugunsten der Arbeitnehmer noch über das hinausgeht, was das BAG für erforderlich hielt, während frühere Gesetzgebungsvorhaben dahinter zurückblieben. Aber wenn auch der Urteilsspruch und seine gesetzgeberischen Folgen sympatisch sein mögen, so besteht doch Anlass, die Begründung des Urteils genauer zu analysieren.

Zunächst kurz zum Sachverhalt:

Die Bekl. hatte dem Kl. eine Alters- und Invalidenrente von mtl. 200 DM für den Fall zugesichert, dass der Kl. bis zu seinem 65. Lebensjahr bei der Bekl. tätig bliebe; der Anspruch des Kl. sollte entfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vorher beendet würde. Die Bekl. schloss zur Deckung ihrer Verpflichtungen aus derartigen Zusagen Lebensversicherungsverträge ab. Am 26.6.1969 kündigte sie die Arbeitsverhältnisse aller ihrer Arbeitnehmer, da sie ihren Betrieb Ende des Jahres einstellen wollte. Der Kl. hatte zu diesen zeit-

punkt bereits 24 Jahre im Betrieb der Bekl. gearbeitet. Er klagte primär auf Feststellung, dass ihm aus der Zusage der Bekl. eine Anwartschaft auf Versorgung zustehe, hilfsweise auf Abtretung eines der Lebensversicherungsverträge. Das LAG hatte dem Hilfsantrag stattgegeben, das BAG hat die Revision dagegen verworfen und grundsätzlich festgestellt, dass eine Versorgungsanwartschaft einem Arbeitnehmer nach mehr als 20 jähriger Betriebszugehörigkeit nicht mehr durch eine einfache Kündigung des Arbeitgebers genommen werden könne.

Es soll jetzt hier weniger interessieren, ob das BAG zur Begründung dieser Entscheidung überhaupt das geltende Recht fortbilden musste - was m. E. nicht nötig war. Von methodischem Interesse ist vielmehr, dass das Gericht seinem Leitsatz grundsätzlich Geltung für die Zukunft beigemessen hat - und für Fälle, in denen Arbeitnehmer wie der Kläger nach dem 14.9.1969 von ihren Arbeitgebern ernsthaft die Erfüllung gleichartiger Ansprüche verlangt haben. Das BAG hat damit versucht, für den von ihm formulierten, seiner Ansicht nach "neuen" Rechtssatz eine Übergangsregelung zu schaffen. Es zieht damit in gewisser Weise die Konsequenz aus der heute üblichen Beschreibung der richterlichen Rechtsfortbildung - eine Konsequenz aber, die zu einer grundlegenden Änderung der Rechtsprechung aller Gerichte und insbesondere aller Obergerichte führen müsste, wenn sie richtig wäre. Denn danach müsste in jedem Urteil festgestellt werden, ob es auf einer "Rechtsfortbildung" beruht, für die u. U. eine Übergangsregelung zu entwerfen ist, oder ob es auf einer reinen Gesetzesanwendung beruht. Das vorliegende Urteil ist daher auch nicht wegen des Inhalts seines Urteilsspruchs auf Kritik gestossen, sondern wegen der Teile seiner Begründung, die sich mit der Rechtsfortbildung befassen. Das ist an sich deshalb erstaunlich, weil das Gericht de facto "modern" argumentierte und Forderungen Rechnung getragen hat, die heute häufig erhoben werden. Es argumentierte offen rechtspolitisch; es stütze seine Entscheidung direkt auf "empirische" (rechtstatsächliche) Untersuchungen usf. - und ist gerade damit auf die Ablehnung auch von Autoren gestossen, die - wie z.B. K. Adomeit - für diese offenen Methoden plädieren. Es besteht daher An-

lass, genauer zu prüfen, was es mit dieser heute gängigen Charakterisierung der Rechtsfortbildung auf sich hat.

II. ZUM VERHÄLTNIS VON RECHTSFORTBILDUNG UND GESETZGEBUNG

1. Rechtsfortbildung als Ergebnis richterlicher Tätigkeit

Man geht heute überwiegend davon aus, dass richterliche- und insbesondere höchstrichterliche - Entscheidungen nicht im Wege einer ausschliesslich erkennenden Tätigkeit gefunden werden; sie sollen vielmehr Ergebnis einer volitiven, "wertenden" Tätigkeit sein - jedenfalls in vielen Fällen. Man charakterisiert die höchstrichterliche Rechtsprechung meist als ein Stück Gesetzgebung, das sich zwar innerhalb eines engeren Rahmens abspielt, als er dem Gesetzgeber zur Verfügung steht, das sich aber als Tätigkeit prinzipiell nicht von der des Gesetzgebers unterscheidet. *Kriele* spricht plastisch davon, dass die Legislative zwar eine "Rechtsetzungspärogative", nicht aber ein "Rechtsetzungsmonopol" habe. Für diese "gesetzgeberische" (rechtsetzende) Tätigkeit der Gerichte bietet dann naturgemäss neben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Rechtsprechung des BAG das schlagendste Beispiel, da dieses Gericht infolge der weitgehenden Untätigkeit des Gesetzgebers dazu gezwungen war, das Arbeitsrecht im Wege der Rechtsprechung zu gestalten, um es den Erfordernissen des Rechts - und Sozialstaates anzupassen. Die Formulierungen, nach denen der Richter "Herr des Arbeitsrechts" und das "Richterrecht unser Schicksal" sei, stammen daher nicht zufällig von einem Vertreter des Arbeitsrechts. Bei dieser gesetzgebenden Tätigkeit der Gerichte ergibt sich demnach ebenso wie bei der gesetzgebenden Tätigkeit des Parlaments das Problem der Übergangsregelung.

Nun bedarf die Vorstellung von der "gesetzgeberischen" Tätigkeit der Gerichte m. E. der Korrektur oder zumindest der Präzisierung. Denn es ist zwar richtig, dass allgemein und besonders auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eine Vielzahl von Rechtsregeln nur deshalb geltendes Recht geworden sind, weil sich gerade diese

Richter bei diesem Gericht zusammengefunden haben und man kann daher vom Ergebnis her ihre Tätigkeit mit der des Gesetzgebers vergleichen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass sich diese Richter bei ihren Entscheidungen wie "Gesetzgeber" verhalten sollen - und d.h. : wie Mitglieder einer gesetzgebenden Körperschaft. Man muss vielmehr genauer als bisher berücksichtigen, unter welchem Aspekt diese oder jene Aussage aufgestellt worden ist und auch zutrifft.

So trifft der Vergleich zwischen Gesetzgeber und "rechtsfortbildendem Richter" immer dann zu, wenn man auf das Ergebnis ihrer Tätigkeit sieht und z.B. unter einem sozialwissenschaftlichen Aspekt danach fragt, wessen Tätigkeit mit eine Bedingung dafür gesetzt hat, dass diese oder jene "Norm" von den Mitgliedern unserer Gesellschaft (Rechtsgemeinschaft) akzeptiert wird usf. Unter diesem Aspekt sind z.B. die von der Rechtsprechung entwickelten Regelungen der "Haftung bei fahrgeneigter Arbeit" oder bei "Eingriffen in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht" durchaus mit Haftungsregelungen vergleichbar, die der Gesetzgeber "erlassen" hat. Dieser Aspekt ist z.B. bedeutsam für Probleme der Gerichtsorganisation oder der Personalauswahl. Denn wenn man davon ausgeht, dass persönliche Eigenschaften und Vorstellungen der Richter irgendwie doch Einfluss auf den Inhalt ihrer Entscheidungen haben, dann liegt es nahe, einmal die Gerichtsorganisation so auszugestalten, dass dieser Einfluss neutralisiert wird (Instanzenzug) und zum anderen das Personal so auszuwählen, dass erwünschte Einflüsse gewährleistet werden (politischer Einfluss auf Ernennung und Beförderung). Will man aber bestimmen, wie sich jemand verhalten soll, der an der Bildung von rechtlichen (d. h. im Rahmen unseres organisierten Rechtswesens verbindlichen) Urteilen mitzuwirken hat - und das ist Aufgabe der juristischen Methodenlehre so trägt der Hinweis auf die prinzipielle Vergleichbarkeit der Ergebnisse richterlichen und gesetzgeberischen Handelns nichts zur Klärung der Frage bei. Hier muss man vielmehr einmal auf die Mittel sehen, die die Organisation des Rechtswesens dem "Urteiler" zur Verfügung stellt, d.h. also auf das Verfahren. Und man muss zum anderen darauf sehen, welche Art von Handlungen sich angesichts der Stellung als sinnvoll darstellen, die der "Urteiler" im Rahmen der Organisation des Rechtswesens

einnimmt - inwieweit also andere an seine Beurteilung gebunden sind, sie korrigieren können etc. (Problem der Legitimation). Es genügt also im Zusammenhang der Methodenlehre nicht, dass man die Ergebnisse bestimmter Urteilsakte miteinander vergleicht und sie dann aufgrund ihrer strukturellen Ähnlichkeit beide als "Akte der Rechtsetzung" (Gesetzgebung) qualifiziert. Man kann den Richter vielmehr nur dann zu einer "gesetzgeberischen" (volitiv wertenden, politischen usw.) Tätigkeit anweisen - und um diese Anweisung geht es in der Methodenlehre -, wenn er aufgrund seiner Stellung in der Organisation unseres Rechtswesens und nach den ihm vorgeschriebenen Verfahren dieselben oder doch vergleichbaren Möglichkeiten hat wie ein "Gesetzgeber".

Hier sei angemerkt, dass der Nachweis, dass ein Richter bei jedem oder doch bei den meisten seiner Urteile "werte", in diesem Zusammenhang nichts besagt. Denn hierbei heisst "werten" nur, dass er ein Urteil einem anderen denkbaren Urteil vorzieht, ohne dass dies demjenigen, der den Richter beobachtet, "objektiv notwendig" (nur konsequent) zu sein scheint. Danach "wertet" auch derjenige Richter, der im Zweifelsfalle seine Entscheidung dadurch fällt, dass er eine Münze hochwirft. Es geht in der Methodenlehre aber darum, ob man den Richter anweisen soll, sich bei seinen Entscheidungen ausschliesslich "erkennend" (kognitiv) zu verhalten, oder ob man ihn anweisen soll, sich - jedenfalls in bestimmtem Umfangvolitiv (nach seinen "Werturteilen") zu entscheiden. Denn der Richter kann und wird sowohl aufgrund der einen als auch aufgrund der anderen methodischen Anweisung zu einer Entscheidung kommen - wie die Geschichte der Rechtsprechung beweist -; er wird sich nur jeweils verschieden verhalten, jedenfalls in einer Reihe von Fällen. Es geht also darum, welche Verhaltensweise der gegebenen Organisation unseres Rechtswesens entspricht, welche ihr angemessen ist.

2. Rechtsfortbildung als Ziel richterlicher Tätigkeit

Das Problem, um das es bei der Charakterisierung der "rechtsfortbildenden" Tätigkeit der Richter geht, kann man unter diesem

Aspekt folgendermassen skizzieren : Es geht darum, wie sich ein Richter verhalten soll, der in einem konkreten Falle zu der Auffassung kommt, dass eine Entscheidung des Falles, die auch er (im weitesten Sinne) für angemessen hält, nicht direkt mit Hilfe der Rechtssätze zu gewinnen ist, die ihm das Gesetz, anerkannte Lehrmeinungen und Präjudizien an Hand geben : weil sich diese untereinander widersprechen, weil sie unklar sind usf. Soll der Richter jetzt nach seiner "politischen Wahl" (*K. Adomeit*) oder nach seinem "Vorverständnis" (*J. Esser*) usf. entscheiden, d.h., soll er sich fragen, was ihm "besser" (gerechter) erscheint und danach urteilen und sich dann auch bei der Begründung seiner Entscheidung darauf berufen, dass das Urteil so gefällt worden sei, weil dem Gericht diese Entscheidung als die beste (gerechte) erscheine? Oder soll der Richter auch in diesem Falle weiterhin zu erkennen suchen, was nach dem vorliegenden rechtlichen Material (wozu auch der Vortrag der Prozessparteien gehört) die richtige Lösung ist - und sich dann auch bei der Begründung darauf berufen, dass das Urteil so gefällt werden musste, weil nach dem Gesetz, der Lehre, den Präjudizien, den Gewohnheiten des Rechtswesens etc. nur diese Entscheidung konsequent sei? Soll der Richter sich also in dieser Lage verhalten "wie ein Gesetzgeber" und das Recht selbst nach seinem Urteil - neu - gestalten, oder soll er weiterhin eine "erkennende" Haltung einnehmen und versuchen, das vorhandene rechtliche Material solange zu "systematisieren", bis sich daraus die konsequente Entscheidung ergibt?

Die Antwort auf diese Frage hängt nach unseren früheren Feststellungen davon ab, welche Mittel dem Richter in diesem Fall zur Verfügung stehen. Und hierzu hat das BAG gerade in der vorliegenden Entscheidung zu Recht hervorgehoben, dass der Gesetzgeber ganz andere - weitergehende - Erkenntnis - und Gestaltungsmöglichkeiten habe als ein Gericht. Der Unterschied der Gestaltungsmöglichkeit liegt auf der Hand. So war das BAG im Ausgangsfall daran gebunden, dass das LAG dem Hilfs - und nicht dem Hauptantrag des Kl. stattgegeben hatte. Es lag auch gänzlich ausserhalb seiner Macht, das Rechtsproblem mit anderen als "arbeitsrechtlichen" Mitteln zu lösen, so z.B. mit solchen, die das Steuerrecht oder das Versicherungsrecht zur Verfügung stellt. Von

mindestens ebenso grosser Bedeutung wie die Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit ist aber die Beschränkung der Erkenntnismöglichkeit der Gerichte. Der Gesetzgeber kann vor einer Neuregelung rechtstatsächliche Untersuchungen anstellen, Forschungsaufträge vergeben; er kann die beteiligten Sozialpartner, Verbände etc. hören; er kann eine Diskussion in den politischen Parteien oder auch der gesamten Öffentlichkeit herbeiführen etc. Allgemein gesprochen : Der Gesetzgeber kann mit Hilfe des ihm zur Verfügung stehenden Verfahrens "Erkenntnisse" und "Einsichten" ganz anderer Art gewinnen als ein Gericht, und zwar auch Erkenntnisse und Einsichten, die auf einer weitgehenden Mitwirkung (Partizipation) der Rechtsgenossen beruhen, was für die Legitimation zur Entscheidung bedeutsam ist : Denn die Rechtsgenossen werden sich durch Entscheidungen eher gebunden fühlen, wenn sie daran irgendwie "beteiligt" waren.

Aus diesen Feststellungen lassen sich bereits erste Folgerungen für das Verhalten der Richter ziehen, wenn man nämlich berücksichtigt, dass sich diese "ökonomisch" (zweckmässig) verhalten wollen und sollen : So ist es für den Richter von vornherein unzweckmässig, sich um Erkenntnisse zu bemühen, die er angesichts der Gestaltungsmittel, die ihm zur Verfügung stehen, nicht in Handlungen umsetzen kann. Das heisst praktisch, dass es sich für den Richter - im Gegensatz zum Gesetzgeber - vielfach nicht als sinnvoll darstellt, sich um die Aufklärung der politischen, rechtstatsächlichen etc. Hintergründe des zu entscheidenden Streitfalles zu bemühen, weil er die Erkenntnisse, die durch diese Aufklärung gewinnen könnte, nicht in Handlungen umsetzen kann. Das BAG brauchte im vorliegenden Falle also keine Untersuchungen darüber anzustellen, wie sich eine steuerrechtliche oder vielleicht auch eine versicherungsrechtliche Lösung auf Fälle der vorliegenden Art auswirken würde, und zwar unter Berücksichtigung aller wissenschaftlichen (finanzwissenschaftlichen, sozialwissenschaftlichen, betriebswirtschaftlichen) Kenntnisse, die uns zur Beurteilung einer derartigen Frage zur Verfügung stehen: weil es derartige Regelungen aufgrund der Beschränkung seiner Gestaltungsmittel nicht hätte durchsetzen können. Daraus folgt aber auch andererseits, dass der Richter angesichts der Beschränkung seiner

Erkenntnismittel nicht legitimiert ist, darüber zu urteilen, ob die unter dem Aspekt der "vollen Gerechtigkeit" anzustrebende "bessere" (neue) rechtliche Regelung heute nicht eine steuer- oder versicherungsrechtliche Lösung ist. Allgemein gesprochen: Gerade wenn man die Verpflichtung der Gerichte ernst nimmt, Gerechtigkeit zu verwirklichen, dann ergibt sich daraus angesichts der Beschränkung der Erkenntnismöglichkeit der Richter und der Gestaltungsmöglichkeiten der Gerichte die Verpflichtung, sich bei der Beurteilung von Sachverhalten auf den Teilaspekt zu beschränken, der der Gestaltung des jeweiligen Gerichts unterliegt. Daraus ergibt sich also, praktisch gesprochen, die Verpflichtung der Gerichte zur politischen und rechtspolitischen Abstinenz. Denn ein politisches und auch ein rechtspolitisches Urteil kann man nur dann verantwortlich fällen, wenn man möglichs alle heute zur Verfügung stehenden Erkenntnisse berücksichtigt.

Nun kann man gegen die bisherigen Überlegungen eine Reihe von Einwendungen erheben. So zwingt die Feststellung, dass der Richter nicht in dem Masse seinen politischen oder rechtspolitischen Einsichten und Erkenntnissen folgen kann wie ein Mitglied einer gesetzgebenden Körperschaft, nicht zu dem Schluss, dass der Richter seine Urteile daher überhaupt nicht an seinen politischen oder wenigstens an seinen rechtspolitischen Auffassungen orientieren dürfe. Wer z.B. davon ausgeht, dass jedes gerichtliche Urteil ein politisches oder wenigstens rechtspolitisches "Vorurteil" des Urteilenden voraussetze oder erfordere, wird vielmehr meinen, dass eine Aufforderung zur politischen oder rechtspolitischen Abstinenz Rechtsprechung überhaupt unmöglich mache — oder sie nur für den möglich bleiben lasse, der sich über sich selbst täusche. Vor allem kann man meinen, dass es bei rechtspolitischen Versäumnissen des Gesetzgebers immer noch besser sei, aufgrund einer unvollkommenen Erkenntnisgrundlage politisch bzw. rechtspolitisch zu entscheiden, als — infolge rechtspolitischer Abstinenz — "ungerecht" zu urteilen. Die bisherigen negativen (kritischen) Ausführungen bedürfen daher noch einer positiven Ergänzung. Diese soll deutlich machen, dass und wie "Rechtsfortbildung" in sinnvoller Weise auch bei politischer und rechtspolitischer Abstinenz möglich ist.

III. ANLASS UND MASS DER RECHTSFORTBILDUNG

Hierzu ist zunächst genauer zu beschreiben, was zu einer Rechtsfortbildung Anlass gibt und Anlass geben kann. Die herkömmliche Methodenlehre, auf die auch das BAG Bezug nimmt, verweist im allgemeinen darauf, dass eine "Gesetzeslücke" vorliegen müsse: Die Gerichte müssen also, bevor sie das geltende Recht "fortbilden", zunächst feststellen dass die vorhandenen Rechtsnormen — die Vorschriften der Gesetze, die in Urteilen formulierten Rechtssätze usf. — keine Regelung für den zu entscheidenden Fall enthalten, bzw. keine "angemessene" Regelung. Aber gerade diese Lehre von den "Gesetzeslücken" gibt vielfach Anlass zu der Behauptung, dass man bei der "Rechtsfortbildung" nicht ohne Argumente auskomme, die über das Gesetz hinausgehen — also nicht ohne "Wertungen" oder ohne "rechtspolitische Vorurteile", bestimmte "Vorverständnisse" etc. —, da man nur mit deren Hilfe feststellen könne, ob eine Gesetzeslücke vorliegt. Man kann aber dahinstehen lassen, was es mit dieser Lehre von den Gesetzeslücken auf sich hat, die für die Lösung anderer Fragen durchaus Bedeutung haben mag. In unserem Zusammenhang erscheint es praktischer, den Anlass zur Rechtsfortbildung mehr im Hinblick auf den Einzelfall — auf den Prozess — zu beschreiben. Und da steht vor der Rechtsfortbildung nicht die Entdeckung einer "Gesetzeslücke". Anlass zur "Rechtsfortbildung" hat man vielmehr praktisch dann, wenn man innerhalb der Masse des vorhandenen "rechtlichen Materials" (in der Masse der gesetzlichen Vorschriften, der einschlägigen Präjudizien, der anerkannten oder überzeugenden Lehrmeinungen) Widersprüche entdeckt — wenn man also feststellt, dass ein Teil dessen, was man für rechtserheblich gehalten hat, mit anderem ebenfalls rechtserheblichem Material nicht übereinstimmt.

Derartige Widersprüche können sich u.a. aus unabsichtlichen oder absichtlichen "Mängeln" der Gesetzgebung ergeben, die z.B. bei der Formulierung der §§ 90, 433, 459 BGB dazu geführt haben, dass Mängel, die den Wert eines verkauften Landguts mindern, zu Gewährleistungsansprüchen führen, während Mängel, die den

Wert eines "verkauften" Handelsgeschäfts mindern, nach dem Text des Gesetzes nicht zu derartigen Ansprüchen führen — obwohl der unbefangene Betrachter keinen Grund entdecken kann, der eine unterschiedliche Behandlung dieser unter dem Aspekt der Sachmängelhaftung "gleichen" Fälle einsichtig machen könnte. Derartige Widersprüche entstehen aber auch, wenn sich durch "neue" Gesetze oder durch Entwicklungen der Rechtsprechung auf anderen Rechtsgebieten Änderungen ergeben, die es als inkonsequent (widersprüchlich) erscheinen lassen, alte, bisher konsistente Regelungen aufrechtzuerhalten. So erzwang z.B. die (neue) Zubilligung eines Schmerzensgeldes wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die der Bundesgerichtshof als Konsequenz der "neuen" Art. 1 und 2 GG rechtfertigte, eine nachdrückliche Erhöhung der Schmerzensgeldbeträge, die bei Körperverletzungen zuzusprechen sind: Weil nicht einsichtig war, weshalb unter dem Aspekt des "Schmerzensgeldes" bei Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Beträge in der Größenordnung von 10000 DM zugesprochen werden sollten, während bei gravierenden Körperverletzungen trotz nachhaltiger "Schmerzen" geringere Beträge zugesprochen werden.

Anlass zu einer "Rechtsfortbildung" — d.h. zu einer Ergänzung oder Änderung vorhandenen Rechts durch Formulierung neuer Rechtssätze bzw. durch Streichung alter Rechtssätze — besteht also immer dann, wenn ein Gericht feststellt, dass in dem "rechtlichen Material", auf das es bei der Entscheidung des konkreten Falles verwiesen wird, Widersprüche vorhanden sind. Denn dann muss das Gericht einem Teil der im Gesetz oder in Präjudizien enthaltenen oder von der Lehre formulierten "Rechtssätze", die bisher "rechtsverbindlich" angesehen wurden, die rechtliche Verbindlichkeit (jedenfalls für diesen Fall) absprechen, um so den Widerspruch zu dem übrigen Material aufzuheben: Weil sich das geltende Recht unter dem Aspekt der Gerechtigkeit immer als widerspruchsfreie Einheit darstellt.

Diese etwas allgemeinen Aussagen bedürfen nun der Verdeutlichung, der vielleicht folgende, etwas bildhafte Vorstellungen dienen können: Wir gehen alle davon aus, dass "das Recht" eine (möglichst) widerspruchsfreie Einheit sein sollte; die vorhandenen

Rechtssätze sollten sich untereinander nicht widersprechen; was auf dem einen Rechtsgebiet so oder so "bewertet" wird, sollte auf einem anderen nicht ohne Grund anders bewertet werden usw. Und das deshalb, weil wir alle von dem Axiom ausgehen, dass nach den Prinzipien der Gerechtigkeit und nach den Regeln des geltenden Rechts Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden müsse — wenn wir uns auch häufig darüber streiten mögen, was gleich oder ungleich ist. Wir wissen gleichzeitig aber alle, dass das vorhandene (positive) Recht *de facto* keine widerspruchsfreie Einheit ist — und auch nicht sein kann, da es sich dauernd ändern muss. Das bedeutet aber, dass tatsächlich immer wieder wesentlich Gleiches ohne einsichtigen Grund ungleich behandelt wird (und umgekehrt) — was dem geltenden Recht widerspricht — nämlich Art. 3 GG. Es ist daher eine immer neue Aufgabe der Gerichte, die Einheit der Rechtsordnung herzustellen — wobei sie immer wieder das tatsächlich vorhandene (positive) Recht "fortbilden" müssen (d.h. es tatsächlich ändern müssen), um es zum positiven Recht zu machen: zu einer widerspruchsfreien Regelung.

Bei dieser Beschreibung spielt die widerspruchsfreie Einheit des Rechts eine bedeutsame Rolle. Diese Einheit kann nur durch ein "System" dargestellt werden, da man nur von einer Systematik her entscheiden kann, was wesentlich gleich oder ungleich ist. Nun gibt es aber "das System" des geltenden Rechts nicht. Es gibt keine einheitliche systematische Darstellung unseres gesamten geltenden Rechts, und wird gehen auch davon aus, dass heute niemand alle Rechtssätze unseres positiven Rechts kennen und in einem widerspruchsfreien Zusammenhang darstellen kann. Die Forderung nach der widerspruchsfreien Einheit der Rechtsordnung geht also von einer blossen "Vorstellung" aus, allerdings von einer "Vorstellung" mit rechtlicher Bedeutung. Denn aus ihr ergibt sich, dass aus dem Nachweis eines Widerspruchs zwischen Sätzen des positiven Rechts, der nicht auf einem einsichtigen Grund beruht, folgt, dass diese Sätze nicht nebeneinander gelten können. Wenn also auch heute *de facto* eine konkrete Darstellung der (widerspruchsfreien) Einheit der Rechtsordnung durch ein "System des geltenden Rechts" nicht möglich ist, so leitet sich aus dieser Vorstellung dennoch weiterhin die Forderung nach Systematisierung ab. Es bleibt Aufgabe der

Gerichte — wie aller Juristen —, daran mitzuwirken, dass Widersprüche des faktisch vorhandenen Rechts aufgedeckt und aufgehoben werden: Weil nur dann Gleiches gleich behandelt werden kann. Und dieser Aufgabe können sie nur dann nachkommen, wenn sie immer wieder systematisieren, Teilsysteme errichten.

Damit erhebt sich naturgemäss die praktische Frage, wie weit man die Systematisierung jeweils treiben muss. Hierzu nur einige Andeutungen: Auszugehen ist davon, dass Umfang und Intensität des 'Systematisierens' durch die Umstände des Einzelfalles bestimmt werden: im Prozess durch das Streitprogramm der Beteiligten. Streiten sich diese z.B. über den Rechtsweg, wobei es auf die Frage nach dem Unterschied von öffentlichem Recht und Privatrecht ankommt (§§ 13 GVG, 40 I VwGO), so ist man u.U. trotz der vergleichsweise geringen existentiellen Bedeutung dieses Problems zu einer sehr weitgehenden Systematisierung gezwungen, weil das Problem der Unterscheidung von "öffentlichem Recht" und "Privatrecht" einem hohen Allgemeinheitsgrad aufweist. Streiten sich die Beteiligten dagegen z.B. über die Frage, ob bei den Vorsorgungsversprechen "mangelnde Vertragsparität" vorliegt, während sie im übrigen anerkennen, dass die Gerichte bei mangelnder Vertragsparität den Inhalt der Vereinbarungen einer "strengen Biligkeitskontrolle" unterziehen können und müssen, dann ist der Umfang, in dem die Systematisierung betrieben werden muss, geringer, weil diese Frage keinen besonders hohen Allgemeinheitsgrad hat; man hat aber u.U. Anlass, die Systematisierung besonders intensiv zu betreiben: "bis in die feinsten Verästelungen hinein". Allgemein gesprochen kann man hier von folgender Vorstellung ausgehen: Im Prozess ergibt sich ein "Widerspruch", der durch "Systematisierung" des rechtlichen Materials auszugleichen ist, schon durch die beiden "Anträge" der Beteiligten, die beide die positive Geltung von Rechtssätzen behaupten, die sich im Ergebnis widersprechen. Wenn man diesen Widerspruch zwischen den Anträgen der Beteiligten und den von diesen behaupteten Rechtssätzen durch Systematisierung des einschlägigen rechtlichen Materials aufheben will, so muss man zunächst einen Rechtssatz suchen, den die Beteiligten gemeinsam anerkennen und der von einem "höheren Allgemeinheitsgrad" ist als die von den Beteiligten behaupteten gegensätzlichen Rechtssätze. Dieser "allgemeine"

Rechtssatz bestimmt dann den Grad (den Umfang) der Systematisierung: Das Teilsystem ist so weit herzustellen, dass alle Widersprüche beseitigt werden, die unterhalb des von beiden Beteiligten akzeptierten Satzes liegen. Die Systematisierung muss also in dem einen Fall weiter getrieben werden als in einem anderen, je nachdem, ob der Streit um Probleme geht, die einen hohen "Allgemeinheitsgrad" haben, oder um systematisch "niedere Fragen".

Wenn so immer ein vorhandener und festgestellter Widerspruch im vorhandenen "rechtlichen Material" Anlass zur "Rechtsfortbildung" bietet — zur Ergänzung oder Änderung des tatsächlich vorhandenen Rechts durch Formulierung neuer oder Aufhebung aller Rechtssätze —, so folgt daraus einmal, dass die "Rechtsfortbildung" nicht zu "neuem" Recht führt, sondern nur die Konsequenz aus dem vorhandenen Recht zieht. Im vorliegenden Fall würde das BAG z.B. dann zur Fortbildung des Rechts beigetragen haben, wenn es u.a. mit *Söllner* seinen Urteilsspruch darauf gestützt hätte, dass die Vereinbarung von Verfallklauseln die Mobilität und Selbstbestimmung der Arbeitnehmer unangemessen beschränke. Diese Rechtsfortbildung wäre durch die Feststellung veranlasst und durch den Nachweis zu rechtfertigen, dass Verfallklauseln, die den Arbeitnehmer de facto an einen Betrieb binden, in die durch Art. 2, 12 GG verbürgte grundrechtliche Position der Arbeitnehmer eingreifen — oder dass sie den Zielen der gesetzlichen Kündigungsregelung widersprechen, weil sie im Hinblick auf ordentliche Kündigungen die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers faktisch einschränken, während sie die des Arbeitgebers nicht einschränken. Gelingt dieser Nachweis, dann muss man zwar eine rechtliche Regelung formulieren, die bisher in dieser Art noch nicht ausgesprochen worden und insofern "neu" ist; ihr "Inhalt" ist dagegen nicht neu, denn die "neuen" rechtlichen Regelungen sollen nach Meinung der Vertreter dieser Rechtsauffassung gerade den Zustand aufrechterhalten, der nach den Art. 2, 12 GG oder nach der gesetzlichen Regelung der Kündigung etc. geltendes Recht ist. Das heisst allgemein gesprochen, dass die Rechtsfortbildung durch den Richter immer getragen (und gerechtfertigt) sein muss durch das Bestreben, das Gebot der Gleichbehandlung des wesentlich Gleichen und der Ungleichbehandlung des wesentlich Ungleichen

durchzusetzen. Der Richter muss das geltende Recht ergänzen, indem er den Geltungsbereich vorhandener Regelung erweitert (Analogie), wenn es das Gebot der Gleichbehandlung erfordert; er muss den Geltungsbereich anderer Vorschriften einschränken (durch sog. "teleologische Reduktion"), wenn sonst Ungleiches gleich behandelt würde, und er muss — wie im vorliegenden Falle — neue Rechtssätze formulieren, um z.B. die (faktische) Beschränkung der Kündigungsfristen durch Ruhesgeldversprechen in der gleichen Weise zu kanalisieren wie die faktische Beschränkung dieser Fristen durch Weihnachtsgratifikationen. Die Gleichheit der Fälle bestimmt sich dabei immer nach Kriterien, die das positive Recht bereits festgelegt hat. Die richterliche Rechtsfortbildung führt daher zwar einerseits zu "neuem", weil bisher nicht "gewusstem" Recht; sie verwirklicht aber andererseits nur das positive (bereits geltende) Recht, weil sie nur den immer schon geltenden Gleichheitssatz durchsetzt.

Was das im Verhältnis zum Gesetzgeber bedeutet, mag ein Vergleich mit dem Gleichberechtigungsgesetz verdeutlichen, das auch der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes diene. Die neuen Rechtssätze, die dieses Gesetz einführt, waren nämlich nicht nur die Konsequenz des vorher schon geltenden Gleichheitssatzes; sie definieren vielmehr die Gleichheit neu, anders. So hätte z.B. die Regelung der Zugewinnngemeinschaft nicht von den Gerichten aus dem Gleichheitssatz abgeleitet und im Wege der Rechtsfortbildung eingeführt werden können. Aufgabe des Gesetzgebers bei der stärkeren Verwirklichung des Gleichheitssatzes ist es also nicht, die Konsequenzen des schon geltenden Gleichheitssatzes zu formulieren; der Gesetzgeber muss vielmehr neu definieren, was gleich und was ungleich ist, wofür u.a. Art. 3 II GG ein gutes Beispiel gibt.

Damit werden jetzt die Unterschiede deutlich, die zwischen der Tätigkeit des Gesetzgebers und des Richters darauf richtet, die Zahl der Fälle zu vermehren, in denen das, was das geltende Recht als "gleich" qualifiziert, auch "gleich" behandelt wird (Erweiterung der "formellen" — bereits vorhandenen — Gleichheit), richtet sich die Tätigkeit des Gesetzgebers zunächst darauf, das, was jetzt gleich behandelt wird, anders (besser, und damit auch ungleich)

zu behandeln, um dadurch eine neue Gleichheit einzuführen (Erweiterung der materiellen Gleichheit). Das Ziel der Tätigkeit des Gesetzgebers ist also Änderung; das Ziel der Tätigkeit des Richters ist Gleichbehandlung — und damit Durchsetzung des bereits geltenden Rechts. Der Gesetzgeber kann und soll das geltende Recht im Namen der Gerechtigkeit ändern, wenn und weil er berufen ist, das gegenüber dem vorhandenen Recht "bessere" (neue) Recht durchzusetzen — das Recht, das dem Stand der heutigen Erkenntnis entspricht. Und er kann dies, weil ihm grundsätzlich alle neuen Erkenntnisse zugänglich sind. Der Richter dagegen dient der Gerechtigkeit, indem er das geltende (positive) Recht durchsetzt — in seiner Beschränkung auf frühere politische etc. Erkenntnisse, aber befreit von Widersprüchen: das Recht als konsequente, widerspruchsfreie Regelung. Er kann dies, weil ihm die neuen Rechtserkenntnisse zugänglich sind. Daraus ergibt sich, dass ein Urteil des Richters nie Anlass zu einer "Übergangsregelung" geben kann, die den zeitlichen Geltungsbereich des neu formulierten Rechtssatzes regelt. Denn Anlass zu einer Übergangsregelung besteht nur dann, wenn ein neuer Rechtssatz die vorhandenen Rechtsverhältnisse aufgrund neuer, ausserrechtlicher Erkenntnisse anders ordnet als früher. Wird dagegen — wie bei der richterlichen Rechtsfortbildung — die frühere Ordnung aufrechterhalten und nur konsequent ausgestaltet, dann kann man zwar u.U. in den Fällen nicht auf den "neu formulierten" Rechtssatz des Richters zurückgreifen, in denen es auf die subjektive Kenntnis des Rechts ankommt — geht es aber um Fragen des gerechten Interessenausgleichs dann gilt auch der neue, vom Richter Entwickelte "Rechtssatz": weil er als Konsequenz des Gleichheitssatzes schon immer galt.

In diesem Zusammenhang sei noch kurz angemerkt, dass sich die Unterschiede zwischen dem hier dargestellten methodologischen Ansatz und den heute verbreiteten Methodologien letztlich aus der Verschiedenheit des Rechtsbegriffs ergeben. Die "modernen" (offenen) Methodologien gehen durchweg von der Vorstellung aus, dass das Recht (das positive Recht) etwas sei, dass "vom Gesetzgeber" geschaffen werde (und d.h. von staatlichen Organen). Dann ist nicht zu bestreiten, dass die Rechtssätze, die das Parlament und die

von ihm mit Gesetzgebungsaufgaben betrauten Behörden der Exekutive erlassen haben — also die "Gesetze" —, zur Entscheidung aller Streitfälle nicht ausreichen. Man kommt also bei diesem Modell nicht ohne einen "Ersatzgesetzgeber" aus, den man dann in dem Richter findet. Und als "Ersatzgesetzgeber" muss der Richter naturgemäßen denselben — oder doch vergleichbaren — Anforderungen genügen wie die übrigen "Gesetzgeber". Deshalb soll der Richter "politisch" (bz. politisch bewusst) handeln; deshalb soll er sozialwissenschaftlich, wirtschaftswissenschaftlich, etc. (aus-) gebildet sein usf., und deshalb hilft ihm die herkömmliche (formal-) juristische Dogmatik so wenig, wie man heute immer häufiger hört: weil der Richter wie die übrigen Gesetzgeber sich vor einer Entscheidung klarmachen soll, zu welchen Folgen seine Entscheidung führt, und dann die Entscheidung wählen soll, die zu den (politisch, sozial etc.) "besten" Folgen führt usf. Berücksichtigt man aber, dass der Richter anders als der Gesetzgeber nicht "die beste" (die angesichts der sozialwissenschaftlichen, medizinischen, volkswirtschaftlichen etc. Erkenntnisse "beste") Entscheidung wählen kann, sondern nur die, die ihm das positive Recht zur Verfügung stellt — im vorliegenden Fall also z.B. nicht die steuerrechtliche Lösung, die z.B. verhindert, dass frühere Versorgungversprechen aufgrund der "neuen rechtlichen Regelung" infolge einer Änderung der Geschäftsgrundlage ganz entfallen können, worauf *K. Adomeit* zu Recht hinweist —, dann verliert dieses heute verbreitete Modell seine Überzeugungskraft. Der Richter, der nur mit Hilfe sehr beschränkter Mittel "ändern" kann, muss andere Überlegungen anstellen und seine Änderungsvorschläge anders rechtfertigen als ein Gesetzgeber: Er muss sie aus dem geltenden Recht ableiten — und zwar unter Berücksichtigung des gesamten vorhandenen "rechtlichen Materials": der Gesetze, Urteile, Lehrmeinungen, Gewohnheiten, Rechtsbehauptungen usf., die alle zusammen das geltende (positive) Recht ausmachen, das die Einheit (das System) dieses rechtlichen Materials ist. Und er kann dies, wie sich gezeigt hat,

indem er dieses rechtliche Material "systematisiert" um die Gleichbehandlung des Gleichen zu gewährleisten.

Richterliche Rechtsfortbildung und Gesetzgebung sind nach diesen Überlegungen also Tätigkeiten, die sich sinnvollerweise nach sehr verschiedenen Leitbildern — und damit nach unterschiedlichen methodischen Anweisungen — vollziehen müssen: Der Gesetzgeber muss aufgrund seiner politischen (allgemeinen) Erkenntnisse ändern, gestalten; der Richter muss die Formulierung des geltenden Rechts dem jeweiligen Stand der Rechts (er-) kenntnis anpassen. Somit erweisen sich auch die heute weit verbreiteten "offenen" Methodenlehren als unangemessen, die den Richter auffordern, bei seinen Urteilen politischen und rechtspolitischen "Wertungen" oder "sozialen Trends" u.a.m. Rechnung zu tragen, weil er nur dann "richtiges" (gerechtes) Recht setzen könne: weil sie nicht der Beschränkung der richterlichen Erkenntnis- und Gestaltungsmöglichkeit Rechnung tragen.

Es hat sich zwar gezeigt, dass die Fortbildung des vorhandenen Rechts eine wichtige und verantwortungsvolle Tätigkeit der Gerichte ist und insbesondere der Obergerichte: weil das vorhandene positive Recht nie vollkommen (nie konsistent) ist. Es hat sich aber andererseits auch gezeigt, dass sich die Gerichte bei dieser Rechtsfortbildung angesichts der Beschränkung ihrer Erkenntnis- und Gestaltungsmöglichkeiten auf die Durchsetzung neuer "rechtlicher Erkenntnisse" oder, genauer, neuer positiv - rechtlicher Erkenntnisse beschränken müssen. Sie können dies, weil das positive Recht infolge der auch positivrechtlichen Geltung des Gleichheitssatzes immer schon konsequent sein will, ohne es faktisch zu sein. Es lässt einen weiten Raum für erkennende (kognitive) Rechtsfortbildung, die sich nicht an den persönlichen "Wertungen" der Richter orientiert, die also keine "volitiven" Handlungen sind.

In der Praxis werden Urteile allerdings in vielen Fällen immer wieder Entscheidungen (Entschlüsse) der beteiligten Richter erfordern: weil nämlich Urteile immer innerhalb einer bestimmten Zeit gefällt werden müssen. Und das heisst nicht selten — insbesondere dann, wenn Anlass zu einer "Rechtsfortbildung" besteht—, dass die Urteile schon dann

gefällt werden müssen, wenn dem Gericht noch nicht alles "klar" ist, wenn also der Erkenntnisprozess noch nicht völlig abgeschlossen ist. Es gibt eine Anzahl Rechtsgebiete, auf denen die Diskussion noch nicht zu einem allgemein überzeugenden Ergebnis geführt hat. Hier können die Gerichte nicht das Ende der Diskussion abwarten; sie müssen vielmehr zu einem bestimmten Zeitpunkt entscheiden und ein gewissermassen "summarisches" Urteil fällen. Das heisst aber nicht, dass sie jetzt nach ihrer "politischen" oder "rechtspolitischen" Überzeugung entscheiden sollen — wenn auch in diesen Fällen oft nicht zu vermeiden sein wird, dass sich politische Präferenzen der Richter (unbewusst) auf die Entscheidung auswirken werden, weil angesichts der bestehenden Unklarheit Recht und Rechtspolitik nicht klar unterschieden werden können. Die Gerichte sollen sich aber auch in diesen Fällen um die "Erkenntnis" des geltendes Rechts bemühen und diesen Erkenntnisprozess nicht vorzeitig mit einer politischen (willentlichen) Entscheidung abbrechen. Sie sind in diesen Fällen nur gezwungen, Urteile zu fällen, die einen geringen Grad der Sicherheit haben, deren Richtigkeit also gewissermassen nicht nachgewiesen, sondern nur "glaubhaft" gemacht werden kann, um diesen Ausdruck aus dem Beweisrecht zu gebrauchen. Sie sollten daher auch diese Unvollkommenheit ihrer Erkenntnis in Rechnung stellen und ihre Entscheidung sorgfältig auf den zu entscheidenden Fall begrenzen und zur weiteren Diskussion auffordern. Methodisch gesehen spricht also nichts dagegen, diese "summarischen Urteile" als "Erkenntnisse" zu qualifizieren.

Abschliessend sei noch darauf hingewiesen, dass diese Beschreibung der rechtsfortbildenden Tätigkeit der Gerichte keinen Anlass zu der Meinung gibt, dass die Obergerichte heute zu häufig oder zu selten Rechtsfortbildung betreiben. Aus ihr kann man auch nicht folgern, dass Gerichte nur "kleine" — wenig bedeutende — Neuerungen einführen dürften usf. Umfang und Art der (rechtlich) notwendigen Rechtsfortbildung bemessen sich nach dieser Beschreibung vielmehr nach den Gegebenheiten des geltenden Rechts selbst: Die rechtliche Betrachtungsweise braucht auch hier

nicht durch eine metarechtliche (politische etc.) Betrachtungsweise ergänzt zu werden. Massgebend für Art und Umfang der heute notwendigen Rechtsfortbildung ist das Ausmass, in dem neue rechtliche (juristische) Erkenntnisse gewonnen werden. Dies wiederum ist einmal bedingt durch das Mass an juristischer Phantasie und des Gedankenreichtums der Mitglieder der Organisation unseres Rechtswesens; es ist aber vor allem bedingt durch die Produktion neuen rechtlichen Materials (neuer Gesetze, neuer Urteilsrechtssätze, neuer Gewohnheiten der Rechtsgenossen), die mit dem bisherigen rechtlichen Material nicht voll harmonieren.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber ein Gericht unangemessen belastet, wenn er diesem bei starken Veränderungen des rechtlichen Materials allein die Aufgabe überlässt, die auftretenden Widersprüche auszugleichen. Denn es war für die frühere Rechtsprechung verhältnismässig einfach darzulegen, wie die eben genannten Widersprüche im Kaufrecht konsequenterweise aufgehoben werden mussten. Ist ein Gericht aber immer wieder genötigt, grosse Widersprüche unter erheblichem Zeitdruck — und ohne einen Konsens in der Literatur — auszugleichen, dann werden sich die Fälle häufen, in denen es nicht überzeugend darlegen kann, dass sein Urteil (nur) die konsequente Folgerung aus dem vorhandenen rechtlichen Material ist — dass es also richtig erkannt hat, wie der aufgedeckte Widerspruch im vorhandenen rechtlichen Material konsequenterweise zu beseitigen ist. Und das nicht deshalb, weil in diesen Fällen eine derartige Erkenntnis nicht gewonnen werden könnte, sondern allein deshalb, weil das Gericht nicht die Zeit hat zu warten, bis die Erkenntnis gewonnen worden ist. Das Gericht muss also in dieser Lage immer häufiger entscheiden, bevor der Erkenntnisprozess zu Ende geführt ist. Das wirkt sich dann aber auf die Integrationskraft seiner Entscheidungen aus; diese werden eher auf die persönlichen Präferenzen der an ihr beteiligten Richter zurückgeführt; sie rufen daher leicht eine emotional und persönlich gefärbte Diskussion hervor — weil sich die Richter (zu Recht) missverstanden fühlen. Häufen sich diese Fälle, dann ist die Friedensfunktion der Rechtsprechung des Gerichts gefährdet — und das besonders dann, wenn die öffentliche Diskussion stark politisiert ist: wenn das allgemeine

“politische Bewusstsein” einen hohen Grad erreicht hat. Gerade dann kann die Friedensfunktion der Gerichte nicht dadurch gestärkt werden, dass man ihnen empfiehlt, offen politisch oder rechtspolitisch zu argumentieren: Integrativ kann nur die Entscheidung, die sich darauf beruft, dass das Gericht andere politisch oder rechtspolitische Ziele verfolge (oder dass es aus der Verfassung andere politische oder rechtspolitische Zielvorstellungen ableite) als die unterlegene Partei. Es wäre daher zu empfehlen, dass der Gesetzgeber in Zukunft dem BAG nicht in demselben Masse wie bisher die Aufgabe überlässt, die infolge der Entwicklung des Sozialstaates auftretenden Widersprüche auszugleichen, da sonst die Gefahr besteht, dass die Integrationsfähigkeit der Rechtsprechung des BAG nachlässt.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Die Rechtsfortbildung durch den Richter und durch den Gesetzgeber dient verschiedenen Aufgaben und folgt daher auch verschiedenen Regeln:

1. Aufgabe der richterlichen Rechtsfortbildung ist es, die Widerspruchsfreiheit des bestehenden positiven Rechts herzustellen, um so die Gleichbehandlung gleicher Fälle zu gewährleisten, die der Gerechtigkeit entspricht. Die richterliche Rechtsfortbildung dient damit immer der Durchsetzung des bereits geltenden Rechts, da sie den positiv geregelten Gleichheitsgrundsatz verwirklicht. Die Gleichheit und Ungleichheit von Fällen bestimmt sich daher immer nach Kriterien, die das positive Recht bereits festgelegt hat.

2. Aufgabe der Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber ist es, die Gleichheit und Ungleichheit von Fällen nach neuen (besseren) Kriterien zu bestimmen. Daneben hat der Gesetzgeber allerdings auch eine grosse Anzahl technischer Bestimmungen zu erlassen, die bereits geltendes Recht besser (rationeller) ausdrücken.

3. Die richterliche Rechtsfortbildung kann daher zwar zu subjektiv neuen - bisher nicht gewussten — Rechtssätzen führen.

Die Geltung dieser Rechtssätze beginnt aber nicht erst mit deren Erkenntnis. Es gibt daher keine Übergangsregelung für die zeitliche Geltung von Richterrecht. Die mangelnde Kenntnis von Rechtssätzen, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung formuliert wurde, kann allerdings bei subjektiven Tatbestandsmerkmalen — für Rechtsirrtümer, für die subjektive Geschäftsgrundlage etc. — von Bedeutung sein.

4. Die zeitliche Geltung neuer, vom Gesetzgeber erlassener Rechtssätze ist dagegen häufig durch Übergangsbestimmungen zu regeln.

5. Anlass zur richterlichen Rechtsfortbildung gibt das Auffinden von Widersprüchen im vorhandenen positiven Recht aufgrund des Fortschritts der richterlichen Erkenntnis; Anlass zur Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber — vornehmlich — die Erkenntnis neuer Zusammenhänge und Unterschiede von Sachverhalten — aufgrund des Fortschritts der Allgemeinen Erkenntnis.

6. Der Richter ist faktisch häufig auch dann zur Rechtsfortbildung gezwungen, wenn ihm noch keine gesicherte Rechtserkenntnis zur Verfügung steht. Er muss sich in diesen Fällen an dem "wahrscheinlich Richtigen" (an plausiblen Erkenntnissen) orientieren. Er muss sich aber auch in diesen Fällen um Rechtserkenntnis bemühen und nicht — willentlich - Recht setzen.

7. Die Verpflichtung auf das — gemeinsam anerkannte Recht verpflichtet den Richter zur (rechts-) politischen Abstinenz. Urteile, die sich auf politische oder rechtspolitische Entscheidungen der Richter stützen, gefährden die Integrationswirkung der Rechtsprechung.

Prof. Dr. Hans - Martin Powlowski
