

## Zivilrechtliche Dogmatik und verfassungsrechtliche Bindungen der unabhängigen Richterschaft

Liebe Leserinnen und Leser,

ein – zugegeben – eher kleineres „Jubiläum“ gibt Anlass für diese Zeilen; denn es ist fast auf den Tag genau ein Vierteljahrhundert vergangen, seit der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts die Erkenntnis formulierte, dass auch Gesetze einem „Alterungsprozess“ unterworfen sind (BVerfGE 82, 6, 12). Die tatsächliche oder rechtliche Entwicklung, so führt der Senat aus, könne eine bis dahin eindeutige und vollständige Regelung lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig werden lassen. Und eben auf die Tatsache eines solchen – kaum ernsthaft zu leugnenden – Älterwerdens von Gesetzesrecht hat der Senat dann auch die verfassungsrechtlich gesicherte Befugnis der Gerichte gestützt, sich in Gesetzen an „Lückensuche und -schließung“ zu wagen.

Dabei lässt das Bundesverfassungsgericht bisweilen erstaunliche Großzügigkeit walten. Das führt gerade dann zu sinnvollen Ergebnissen, wenn eine dynamische Entwicklung im rechtlichen Bereich auf neue gesellschaftliche Herausforderungen trifft. Dies war im Vorfeld der *Soraya*-Entscheidung aus dem Jahr 1973 geschehen (BVerfGE 34, 269): Hier standen die Zivilgerichte vor der Aufgabe, den mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes gestärkten Persönlichkeitsschutz gegenüber einer zunehmend rücksichtslosen Sensations- und Unterhaltungspresse durchzusetzen. Bekanntlich ist das dadurch geschehen, dass der Bundesgerichtshof bei schuldhaften Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Ersatzanspruch in Geld zuerkannte. Daran ist bemerkenswert, dass ein solcher Anspruch seinerzeit im geschriebenen Gesetzesrecht keine Rechtsgrundlage hatte, die Verurteilung also aufgrund einer Rechtsfortbildung „contra legem“ erfolgen musste. Gleichwohl ließ das Bundesverfassungsgericht eine solch weitreichende Entwicklung geschehen, weil die Rechtsprechung nach Art. 20 Abs. 3 GG nicht nur an das „Gesetz“, sondern ausdrücklich auch an das „Recht“ gebunden sei. Rechtsfortbildung soll richterliche „Aufgabe und Befugnis“ sein; richterliche Tätigkeit bestehe nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers.

Gewissermaßen am anderen Ende der Skala lässt sich als Fall nicht mehr tolerierter Rechtsfortbildung die – mit denkbar knapper Mehrheit ergangene – Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Dreiteilungsmethode bei der Ermittlung des nahehelichen Unterhalts lokalisieren (BVerfGE 128, 193). In diesem Beschluss definiert das Bundesverfassungsgericht mit der Beachtung der *ratio legis* als gesetzgeberischer Grundentscheidung eine strenge Grenze: Der Richter dürfe sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen.

Aus der Sicht der Fachgerichte bewegt sich richterliche Rechtsfortbildung damit zwischen *Skylla* und *Charybdis*: Es kann verfassungswidrig sein, wenn sie unterbleibt – es



kann aber auch verfassungswidrig sein, wenn sie geschieht. Die gefährliche Passage lässt sich allerdings – nicht nur in der Sage – unbeschadet überstehen. Der Weg dazu lässt sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts leicht ausmachen: Das Gericht hat nämlich seit jeher – und auch in der eingangs erwähnten Entscheidung – klargestellt, dass die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode zunächst Sache der Fachgerichte ist. Für verfassungsrechtliche Bedenken ist jedenfalls dann kein Platz, wenn sich das Fachgericht dabei herkömmlicher Auslegungsmethoden bedient. Auch eine Rechtsfortbildung auf dem Weg der Analogie bewegt sich danach im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen. Wird sie methodengerecht angewandt, führt eine Analogie nicht zu unzulässiger richterlicher Eigenmacht, die sich über den erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt.

Eigentlich ist es eine Selbstverständlichkeit, die aber trotzdem zur Vermeidung von Missverständnissen nicht unerwähnt bleiben soll: Auch das Bundesverfassungsgericht ist zur Rechtsfortbildung aufgerufen und auch für dieses Gericht gilt, dass diese Aufgabe und Befugnis in einem gewaltenteiligen Staat nicht schrankenlos sein kann. Die Kompetenzen insbesondere des Gesetzgebers sind zu achten und zu wahren. Hier kommt der juristischen Methodik gleichfalls die Aufgabe zu, Zuständigkeiten der Staatsgewalten abzugrenzen und einzuhegen. Lässt sich ein Ergebnis also unzweifelhaft nicht mit Argumenten aus dem anerkannten Auslegungskanon begründen, geht es nicht mehr um Anwendung oder Fortbildung von Verfassungsrecht, sondern um politische Gestaltung.

Man mag in diesem verfassungsrechtlich sensiblen Umfeld von „gefahrneigter Arbeit“ sprechen können. Selbst wenn ein Gericht bei der Anwendung gealterter Gesetze darauf bedacht sein muss, den durch die Methodenlehre begrenzten Korridor nicht zu verlassen, darf es die Mühen einer Rechtsfortbildung nicht scheuen und sich dieser nicht entziehen. Mit anderen Worten: Den Rechtsuchenden ist verfassungsrechtlich das geschuldet, was *Friedrich von Schiller* so treffend beschrieben hat: „Weisere Fassung ziemt dem Alter.“

Ihr

Prof. Dr. Reinhard Gaier  
Richter des Bundesverfassungsgerichts