

## § 3. Die richterliche Rechtsfortbildung

### A. Grundlagen

#### I. Bindung der Gerichte an „Gesetz und Recht“

Wenn das Gesetz zu einer Frage so sehr schweigt, dass sich ihm auch im Wege der Auslegung keine Antwort entnehmen lässt, so befreit dies das Gericht nicht davon, seinerseits den Parteien eine Antwort geben zu müssen. Es gilt ein Rechtsverweigerungsverbot – oder positiv formuliert: Der einzelne hat einen Anspruch auf Justizgewähr, auf effektiven Rechtsschutz. Das Gericht muss daher – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – rechtsschöpferisch tätig werden.<sup>75</sup> Allerdings steht einer Entscheidung an sich Art. 20 III GG entgegen, der die Gerichte an Gesetz und Recht bindet: Wenn das Gesetz dem Kläger keine Anspruchsgrundlage zur Verfügung stellt, dann ist das Gericht an sich daran gebunden und muss die Klage abweisen. Wenn umkehrt das Gesetz dem Kläger eine Anspruchsgrundlage zur Verfügung stellt, dem Beklagten jedoch kein Gegenrecht einräumt, ist der Klage stattzugeben. Mit dieser Gesetzesbindung der Gerichte verträgt es sich nicht, wenn die Gerichte selbst Recht schöpfen, also beispielsweise im Wege der Analogie eine Anspruchsgrundlage oder ein Gegenrecht generieren.

Allerdings bindet Art. 20 III GG die Gerichte nicht nur das Gesetz, sondern auch an das Recht. Nach der Lesart des BVerfG ist dies keine tautologische Dopplung; Gesetz und Recht seien zwar regelmäßig, aber eben nicht immer deckungsgleich. Hier die berühmte Passage aus der Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (am besten lesen Sie aber die gesamte Entscheidung!):

„Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist (Art. 20 Abs. 3). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewußtsein aufrecht, daß sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig und immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzli-

---

75

che Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft.“<sup>76</sup>

**Vertiefender Hinweis:** Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 97 GG den einzelnen Richter dem „Gesetz“ unterwirft, das „Recht“ jedoch unerwähnt lässt.

## II. Rechtsfortbildung preter und contra legem

### 1. Grundsätzliches

Die Rechtsfortbildung kann unterschiedliche Funktionen erfüllen, zwischen denen es zu differenzieren gilt. Erstens kann sie dazu dienen, Lücken im Gesetz zu füllen; zweitens kann sie dazu dienen, eine als bestehende Vorschrift unangewendet zu lassen, also gewissermaßen eine Lücke ins Gesetz zu reißen. Sowohl die Lückenfüllung als auch das Lückenreißen dienen dabei in aller Regel dem Ziel, den Gesetzeszweck zu verwirklichen: Lückenfüllung dort, wo eine Regelung unterblieben ist, nach dem Gesetzeszweck aber eigentlich hätte erfolgen müssen; Lückenreißen dort, wo ein Sachverhalt von einer Regelung umfasst ist, nach dem Gesetzeszweck aber eigentlich nicht umfasst werden dürfte. Man spricht von einer Rechtsfortbildung preter legem. Die Rechtsfortbildung bleibt innerhalb des Gesetzesplans, verhilft dem Gesetz gewissermaßen zu einer zweckkonformen Anwendung.

Demgegenüber kann die Rechtsfortbildung auch dazu eingesetzt werden, das Gesetz zu überwinden, indem eine Lücke gefüllt wird, die der Gesetzgeber bewusst gelassen hatte, oder indem eine Norm unangewendet bleibt, die der Gesetzgeber bewusst auf den in Rede stehenden Sachverhalt erstreckt hatte. Man spricht von einer Rechtsfortbildung contra legem. Das Gericht stellt sich gegen (eigentlich sogar: über) das Gesetz.

Während eine Rechtsfortbildung preter legem nicht nur zulässig ist, sondern sogar erforderlich sein kann, ist eine Rechtsfortbildung contra legem allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen statthaft.

<sup>76</sup> BVerfG, 14.2.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269.

## 2. Rechtsfortbildung preter legem

Eine Rechtsfortbildung preter legem ist immer dann zulässig, wenn die Auslegung zu einem Ergebnis führt, das in einem Widerspruch zu Sinn und Zweck des Gesetzes steht. Das dies vorkommen kann, liegt daran, dass weder nach der objektiven, noch nach der subjektiven Theorie die teleologische Auslegung Vorrang vor allen anderen Auslegungsformen genießt. Nach der objektiven Theorie ist ein zweckorientiertes Auslegungsergebnis ausgeschlossen, wenn ihm der Wortlaut der auszulegenden Vorschrift entgegensteht (oben ##); nach der subjektiven Theorie ist es ausgeschlossen, wenn der Wille des historischen Gesetzgebers entgegensteht.

Ein entgegenstehender Gesetzgeberwille schließt jedoch regelmäßig auch die Rechtsfortbildung aus bzw. genauer: führt dazu, dass eine Rechtsfortbildung nicht mehr als preter legem, sondern als contra legem einzustufen ist und daher den diesbezüglichen strengen Anforderungen genügen muss (unten ##). Unter der subjektiven Theorie besteht daher nur dann Raum (und: Notwendigkeit) für eine Rechtsfortbildung, wenn der historische Gesetzgeber eine Frage nicht in seinen Willen einbezogen hat, sei es, weil er die betreffende Frage nicht bedacht hat, sei es, weil sich die gesellschaftlichen Gegebenheiten seit Erlass des Gesetzes geändert haben. Aber Achtung: Eine Auslegung ist immer dann möglich, wenn der Gesetzgeber eine Regelung bewusst so offen formuliert hat, dass sie neue oder unbedachte Gegebenheiten umfasst – wie dies insbesondere bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Fall ist.

Für die Rechtsfortbildung preter legem enthält die juristische Methodik zwei Instrumente: die Analogie und die teleologische Reduktion.

- Die **Analogie** dient der Lückenfüllung: Weist das Gesetz dem in Rede stehenden Tatbestand A keine Rechtsfolge zu, wohl aber dem wertungsmäßig vergleichbaren Tatbestand B, so bewirkt die Analogie, dass die Rechtsfolge, die das Gesetz für Tatbestand B vorsieht, auf Tatbestand A übertragen wird. Die Analogie dient also der Lückenfüllung.
- Die **teleologische Reduktion** dient exakt dem gegenteiligen Zweck, nämlich nicht der Lückenfüllung, sondern dem Lückenreißen: Ordnet das Gesetz eine Rechtsfolge sowohl für Tatbestand A als auch für Tatbestand B an, bewirkt die teleologische Reduktion, dass die Rechtsfolge für Tatbestand A nicht eintritt.

## 3. Rechtsfortbildung contra legem

Eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz ist im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung höchst problematisch. Hinzu kommt, dass Art. 100 I GG den Gerichten vorgibt, bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, eine Klärung durch das Bundesverfassungsgericht herbeizuführen. Wenn die Gerichte ein verfassungswidriges Gesetz nicht selbständig unangewendet lassen dürfen, dann doch erst Recht ein Gesetz, das zwar aus der Zeit gefallen sein mag, aber dennoch verfassungskonform ist. Allerdings trägt dieser Erst-Recht-Schluss (argumentum a maiore ad minus) nicht vollständig, weil sich die beiden Situationen in einem wesentlichen Aspekt unterscheiden: Bei verfassungswidrigen Gesetzen besteht nicht nur die Pflicht, sondern auch die Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht anzurufen;

bei Gesetzen, die dem Zeitgeist nicht mehr entsprechen, besteht diese Möglichkeit hingegen nicht. Insofern wird man es – in äußerst engen Grenzen! – für zulässig halten können und müssen, dass Gerichte sich im Wege der Rechtsfortbildung über eine bestehende Regelung hinwegsetzen. Der BGH formuliert diesbezüglich:

“Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt [...], die im Bereich der Zivilrechtspflege nach § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO gerade dem BGH zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht schrankenlos, sondern wird durch Art. 20 II und III GG begrenzt [...]. Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen [...]. Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst [...]. Diese können sich aus der Verfassung [...], insbesondere den Grundrechten [...], oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben [...].“<sup>77</sup>

Greift das Gericht zur Rechtsfortbildung *contra legem*, muss es diesen Umstand transparent darstellen. Dass Gerichte dies in der Praxis oftmals nicht tun, ist einer der Hauptkritikpunkte an der objektiven Theorie: Denn sie führt dazu, dass das Gericht das Gesetz, wenn erforderlich, flexibel an die neuen Gegebenheiten anpassen kann, und zwar im Wege der teleologische Auslegung. Der Gesetzeszweck kann sich ja im Laufe der Zeit wandeln.

Ein prominentes Beispiel einer richterlichen Rechtsfortbildung gegen das Gesetz ist das Institut des Wegfalls bzw. der Störung der Geschäftsgrundlage. Bis zur Schuldrechtsreform im Jahr 2002 war dieses Institut im BGB nicht vorgesehen; vielmehr galt dort an sich der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“. Bei Schaffung des BGB war es ausdrücklich abgelehnt worden, diesen Grundsatz im Falle einer Störung der Geschäftsgrundlage zu durchbrechen.<sup>78</sup> Dennoch sah sich das Reichsgericht gezwungen, in Folge der Umwälzung durch den ersten Weltkrieg und der anschließenden dramatischen Geldentwertung die Vertragsbindung im Einzelfall aufzuheben.<sup>79</sup> Auch in der oben zitierten Soraya-Entscheidung ging es darum, eine bestehende gesetzliche Regelung zu übergehen: § 253 BGB, der anordnet, dass immaterielle Schäden nicht ersatzfähig sind (es sei denn, das Gesetz ordnet eine Ersatzfähigkeit ausdrücklich an). Der BGH wollte diese Regelung bei einer schweren Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unangewendet lassen, und das BVerfG hielt dies – mit der oben zitierten Begründung – für verfassungskonform.

Diese Beispiele dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Rechtsfortbildung gegen das Gesetz auf absolute Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss und nur unter strengen Voraussetzungen statthaft sein kann. Es muss gewissermaßen zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage in Bezug auf die betreffende gesetzliche Regelung gekommen sein: Zum einen

<sup>77</sup> BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187.

<sup>78</sup> Mot. I, S. 249.

<sup>79</sup> RGZ 103, 328 – Vigognespinnerei.

müssen sich also die gesellschaftlichen Umstände seit Erlass des Gesetzes schwerwiegend verändert haben; zum anderen muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass der Gesetzgeber unter den geänderten Umständen eine andere Regelung getroffen hätte.<sup>80</sup>

## B. Die Analogie

### I. Voraussetzungen

#### 1. Planwidrige Regelungslücke

Grundvoraussetzung einer Analogiebildung ist das Bestehen einer planwidrigen Gesetzeslücke. Das Gesetz muss zunächst einmal also unvollständig sein; der in Rede stehende Sachverhalt darf nicht von einer gesetzlichen Regelung erfasst sein. Neben dieser – man mag sagen: selbstverständlichen – Grundvoraussetzung einer Lücke wird verlangt, dass diese Lücke „planwidrig“ ist, dass der Gesetzgeber sie also gewissermaßen „aus Versehen“ gelassen hat. Eine Analogie scheidet also dort aus, wo der Gesetzgeber ganz bewusst von einer Regelung abgesehen hat, bzw. genauer: wenn er also bewusst die Entscheidung getroffen hat, nur den Tatbestand A mit einer Rechtsfolge zu sanktionieren, nicht aber auch Tatbestand B.

Achtung: Es kommt vor, dass der Gesetzgeber aus einem anderen Grund *bewusst* von einer Regelung absieht, nämlich mit dem Ziel, der Rechtsprechung die Entscheidung zu überlassen. Diese Delegation der Entscheidung auf die Judikative kann darauf beruhen, dass sich für eine bestimmte Regelung keine Mehrheit im Parlament finden ließ, oder aber – häufiger – darauf, dass die Materie zu kleinteilig ist, um sie sinnvoll gesetzlich zu regeln. Auch dann ist die Lücke planwidrig: der Gesetzgeber möchte die Lücke gefüllt sehen; er will sie nur nicht selbst füllen.

**Hinweis:** Ob eine Lücke planwidrig ist oder nicht, können Sie in einer Klausur kaum jemals feststellen; allerdings liegt die Vermutung dann nahe, wenn der in Rede stehende Sachverhalt auf aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen beruht und bei Erlass des Gesetzes nicht abzusehen war. Ein wichtiger Hinweis auf die Planwidrigkeit ergibt sich letztlich auch aus der Vergleichbarkeit der Interessenlagen: Je größer die Vergleichbarkeit zwischen dem geregelten und dem unregulierten Tatbestand ist, umso eher liegt die Vermutung nahe, dass die Gesetzeslücke planwidrig ist. In der Klausur kann es sich daher anbieten, zuerst die Voraussetzung der vergleichbaren Interessenlage zu prüfen und erst anschließend die Planwidrigkeit der Regelungslücke (also 1. Regelungslücke, 2. Vergleichbare Interessenlage, 3. Planwidrigkeit der Regelungslücke).

#### 2. Vergleichbare Interessenlage

Eine bestehende Regelung zu Tatbestand A darf nur dann analog auf Tatbestand B angewendet werden, wenn die Interessenlage bei beiden Tatbeständen vergleichbar ist. Sie muss also

---

<sup>80</sup> Heck, AcP 112 (1914) 197, 222; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie Rn.960; vgl. auch Wank, Juristische Methodenlehre Rn. 80 ff.

nicht identisch sein und auch nicht zwingend im Verhältnis „größer-kleiner“ zueinander stehen, wohl aber muss es als unangemessen erscheinen, Tatbestand A mit der Rechtsfolge zu belegen, Tatbestand B hingegen nicht. Dahinter steht letztlich das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot aus Art 3 I GG: Gleiches darf nicht ungleich behandelt werden.

**Vertiefender Hinweis:** Allerdings gerät die Analogie gleichzeitig auch in Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben, nämlich mit dem Gebot der Rechtssicherheit (das eine Ausprägung des Rechtsstaatsgebots ist). Wie immer ist es Aufgabe des Gerichts, die beiden widerstrebenden Grundsätze (Gleichbehandlung vs. Rechtssicherheit) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Bei der Bewertung, ob die Interessenlagen A und B vergleichbar sind, ist der Rechtsanwender vergleichsweise frei. Allerdings darf er selbstverständlich keine Bauchentscheidung fällen; auch bei der Analogiebildung besteht ein Willkürverbot. Vielmehr müssen alle Umstände, die für und gegen die Annahme einer Vergleichbarkeit sprechen, sorgsam zusammengetragen und anschließend gewichtet werden. Diese Gewichtung ist am Wertmaßstab des Gesetzes vorzunehmen; dessen Sinn und Zweck sind also zu berücksichtigen. Der BGH formuliert:

„Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.“<sup>81</sup>

### 3. Kein Analogieverbot

Eine Analogie muss dann ausscheiden, wenn das Gesetz sie untersagt. Das wichtigste Analogieverbot normiert der bereits mehrfach erwähnte Art. 103 II GG. Ein weniger ausdrücklich, aber nicht minder wichtiges Analogieverbot ergibt sich aus dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) und der Wesentlichkeitslehre, wonach grundrechtsrelevante (belastende) Hoheitsmaßnahmen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>82</sup> Ein Eingriff in die Grundrechte kann daher nicht auf die analoge Anwendung einer gesetzlichen Regelung gestützt werden.<sup>83</sup>

## II. Sonderfall: Gesamtanalogie

Einen Sonderfall der Analogie bildet die sog. Gesamtanalogie. Dabei wird nicht die Rechtsfolge einer einzelnen gesetzlichen Vorschrift auf einen unregulierten Tatbestand übertragen, sondern die (gemeinsame) Rechtsfolge mehrerer Vorschriften. Aus diesen Vorschriften wird gewissermaßen ein gemeinsamer Grundgedanke abstrahiert, der dann auf den unregulierten

---

<sup>81</sup> BGH, 12. 07.2017 – XII ZR 26/16 BGHZ 215, 236 Rn. 34.

<sup>82</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, S. 253.

<sup>83</sup> BVerfG, 14.8.1996 – 2 BvR 2088/93, NJW 1996, 3146.

Sachverhalt übertragen wird. Ein derartiger Rückgriff auf mehrere Vorschriften ist dann nötig, wenn eine Vergleichbarkeit zu einer einzelnen Vorschrift nur schwer zu begründen ist und sich die Vergleichbarkeit erst aus dem Gesamtbild verschiedener Vorschriften ergibt.

Das klassische Beispiel für eine Gesamtanalogie liefert die Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1905, in der das Gericht die §§ 12, 862 und 1004 BGB analog heranzog, um einen sog. quasi-negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu begründen.<sup>84</sup> Hintergrund: Die §§ 12, 862, 1004 BGB regeln jeweils tatbestandlich eng begrenzte Unterlassungsansprüche (§ 12 zum Namensrecht, § 862 zum Besitz und § 1004 zum Eigentum). In diesen Bereichen kann der (potentielle) Geschädigte also vorbeugend gegen den (potentiellen) Schädiger vorgehen: Er muss nicht erst eine Schädigung abwarten, um dann Schadensersatz zu verlangen, sondern er kann vor Eintritt einer drohenden Rechtsgutsverletzung verlangen, dass der potentielle Schädiger das schädigende Handeln unterlässt. Dieses Schutzbedürfnis besteht jedoch nicht nur für Namen, Besitz und Eigentum, sondern in gleicher Weise auch für alle anderen Rechtsgüter des § 823 I BGB (sie sind ja schließlich „absolut geschützt“).

**Vertiefender Hinweis:** Letztlich wird aus den herangezogenen Vorschriften zunächst ein gemeinsamer Grundsatz abstrahiert, der dann auf den konkreten Fall angewendet wird. Oftmals kommt es zu einer gewissen Verselbständigung des so gewonnenen Grundsatzes, der dann in Folgeentscheidungen als „allgemeines Rechtsprinzip“ herangezogen wird. Herausragendes Beispiel ist der Grundsatz „pacta sunt servanda“, der an keiner Stelle im BGB ausdrücklich geregelt ist, sondern nur in verschiedenen Regelungen zum Ausdruck kommt (etwa denjenigen die strenge Voraussetzungen an einen Rücktritt oder eine Anfechtung stellen).

Bei der Begründung einer Gesamtanalogie ist allerdings stärkere Zurückhaltung geboten als bei der Begründung einer einfachen (= Einzel-) Analogie. Dass der Gesetzgeber nur einzelne Fälle geregelt, aber keine allgemeine Vorschrift erlassen hat, legt oftmals eher einen Umkehrschluss nahe, als dass es eine Analogiebildung rechtfertigt.

### III. Lesenswerte Beispiele

#### 1. Analogie zu § 566 BGB bei Personenverschiedenheit von Veräußerer und Vermieter?

Wird eine vermietete Immobilie veräußert, so führt dies nicht zu einem Ende des Mietverhältnisses; vielmehr tritt der Erwerber automatisch in den Mietvertrag ein, wird also zum Vermieter. § 566 I BGB normiert wörtlich: „Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein.“ Dem Wortlaut nach greift die Vorschrift jedoch nur dann, wenn der Vermieter den Wohnraum veräußert. Was aber, wenn Vermieter und Eigentümer nicht dieselbe Person sind? Gilt § 566 BGB dann analog? Der BGH hat diese Frage bejaht, und zwar mit einer lesenswerten, weil schulbuchmäßigen Begründung:

„Gem. §§ 566 I, 578 II 1 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums

<sup>84</sup> RG, 5.1.1905 – VI 38/04, RGZ 60, 6.

aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat [...]. Nach seinem Wortlaut findet § 566 I BGB allerdings nur dann Anwendung, wenn das vermietete Grundstück durch den Vermieter veräußert wird. Wie das BerGer. richtig sieht, ist § 566 I BGB deshalb grundsätzlich nur bei Identität zwischen Vermieter und Veräußerer unmittelbar anwendbar [...].

[...]

Zutreffend ist das BerGer. auch davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall § 566 I BGB entsprechend anwendbar ist.

[...]

Mit dem BerGer. ist der Senat der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 566 I BGB jedenfalls dann vorliegen, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat. In diesem Fall ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, sondern der zur Beurteilung stehende Sachverhalt ist auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat.

Eine Gesetzeslücke im Sinn einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes liegt vor. Ob eine derartige Lücke vorhanden ist, die im Weg der Analogie ausgefüllt werden kann, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrunde liegenden Regulationsabsicht zu beurteilen. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Regulationsabsicht, unvollständig sein [...].

Aus dem Wortlaut des § 566 I BGB ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 566 I BGB (= § 571 BGB aF) eine abschließende Regelung dahingehend treffen wollte, den Mieter nur dann bei einem Eigentumswechsel an der Mietsache zu schützen, wenn die Identität zwischen Vermieter und Veräußerer gewahrt ist.

Durch die Einführung des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete“ in das BGB wollte der historische Gesetzgeber vornehmlich Mieter von Gewerberäumen und Pächter von Landgütern und Gewerbebetrieben umfassend davor schützen, bei einer Veräußerung des Grundstücks ihren Besitz an dem Miet- oder Pachtobjekt zu verlieren (Prot. II, 1873 f., zit. bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. II, 815 f.). Um diesen Mieterschutz vor vorzeitiger „Austreibung“ [...] zu gewährleisten, wollte der Gesetzgeber mit § 571 BGB aF eine Vorschrift schaffen, mit der

‘der Mieter das nach dem Inhalt des Mietvertrags geschuldete trotz eines Wechsels in der Person des Eigentümers der vermieteten Sache von dem Eigentümer in natura verlangen‘

kann (Mot. II, 385, zit. bei Mugdan, Bd. II, 244). Um diesen Schutzzweck zu erreichen, entschied sich der Gesetzgeber zu einer Regelung, die eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes, wonach Rechte und Pflichten nur zwischen den am

Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen, enthält. Dem Mietverhältnis wurde für den Fall der Veräußerung des Mietgrundstücks eine gleichsam dingliche Wirkung beigelegt, indem sie mit dem Übergang des Eigentums am vermieteten Grundstück auf den Erwerber auch die Vermieterrechte und -pflichten auf diesen übergehen lässt [...].

Nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers hatte die Regelung damit Ausnahmecharakter, weil sie eine Durchbrechung des schuldrechtlichen Relativitätsprinzips beinhaltet [...]. Ihr Anwendungsbereich sollte daher auf Miet- und Pachtverhältnisse über Grundstücke oder Grundstücksteile beschränkt sein. Aus den Gesetzesmaterialien lassen sich hingegen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber den durch die Vorschrift vermittelten Bestandsschutz des Mieters auch im Übrigen beschränken wollte. Der historische Gesetzgeber ist dabei offensichtlich davon ausgegangen, dass der veräußernde Vermieter gleichzeitig auch Eigentümer der Mietsache ist. Die Möglichkeit, dass ein Dritter den Mietvertrag im eigenen Namen, aber im Einvernehmen mit dem Eigentümer und in dessen wirtschaftlichem Interesse abschließt, wurde bei den Beratungen der Vorschrift nicht in den Blick genommen.

Dass § 566 BGB (§ 571 BGB aF) nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers auch auf andere Sachverhalte Anwendung finden sollte, in denen ein Mieter Gefahr läuft, aufgrund eines Wechsels der dinglichen Berechtigung an dem Mietgegenstand sein Besitzrecht zu verlieren, zeigt zudem die Vielzahl an Vorschriften, die eine Verweisung auf die §§ 566 ff. BGB anordnen (vgl. § 581 II [Pacht]; § 567 S. 1 BGB [Belastung des Wohnraums durch den Vermieter]; §§ 1056 I, 1059d BGB [Nießbrauch], § 2135 BGB iVm § 1056 BGB [Nacherbfolge]; § 37 WEG [Dauerwohnrecht]; § 11 ErbbauRG [Erbbaurecht]; § 57 ZVG [Zwangsversteigerung]).

**Hinweis:** Sie sehen, dass schon die Feststellung einer planwidrigen Regelungslücke mit einem erheblichen Begründungsaufwand verbunden sein und letztlich eine (grammatische, historische und systematische) Auslegung der bestehenden Regelung erfordern kann.

Es besteht auch die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Vorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen [...]. So liegen die Dinge hier.

Der in § 566 BGB geregelte Eintritt des Erwerbers in ein bestehendes Mietverhältnis dient dem Schutz des Mieters, dem eine Wohnung, ein Grundstück (§ 578 I BGB) oder gewerblich genutzte Räume (§ 578 II 1 BGB) aufgrund eines wirksamen Mietvertrags überlassen worden sind. Die ihm dadurch von seinem Vertragspartner eingeräumte Rechtsstellung – der berechtigte Besitz – soll ihm auch gegenüber einem späteren Erwerber des Grundstücks erhalten bleiben [...].

Dieser Gesetzeszweck greift indes nicht nur dann, wenn das Mietobjekt unmittelbar vom Eigentümer des Mietobjekts gemietet wird, sondern auch dann, wenn ein Nicht-eigentümer den Mietvertrag im eigenen Namen, aber mit Zustimmung des Eigentümers abschließt. Zwar hat der Mieter auch in diesen Fällen aus dem Mietvertrag kein unmittelbar gegen den Eigentümer wirkendes Recht zum Besitz. Er kann sich jedoch gem. § 986 I 1 Alt. 2 BGB auf ein von seinem Vermieter abgeleitetes Besitzrecht berufen [...]. Der Eigentümer, der die Fremdvermietung seines Grundstücks gestattet, räumt demjenigen, der als Vermieter auftritt, regelmäßig ein Besitzrecht und die Berechtigung zur Gebrauchsüberlassung an den Mieter ein. Diese bis zum Eigentümer reichende Besitzkette genügt, um dem Mieter ein abgeleitetes Besitzrecht iSv § 986 I 1 Alt. 2 BGB zu verschaffen [...].

Der von § 566 I verfolgte Zweck, das Bestandsinteresse des Mieters zu schützen, rechtfertigt es, ihm bei einer Veräußerung der Mietsache dieses abgeleitete Besitzrecht gegenüber dem Erwerber zu erhalten. Die Vorschrift verlangt nicht, dass sich der Mieter vor dem Abschluss des Mietvertrags über die Eigentumsverhältnisse des Mietobjekts informiert. Sie knüpft vielmehr an das sich aus dem Mietvertrag ergebende Recht des Mieters zum Besitz der Mietsache an [...]. Sein Interesse, nach einem Wechsel der Eigentumsverhältnisse unbeeinträchtigt die angemieteten Wohn- oder Geschäftsräume weiter nutzen zu können, besteht unabhängig davon, ob er den Mietvertrag mit dem Eigentümer selbst oder einer anderen Person abgeschlossen hat, die hierbei für den Eigentümer mit dessen Wissen und Einverständnis tätig geworden ist. Im Übrigen könnte sonst der von § 566 I BGB gewährte Mieterschutz dadurch umgangen werden, dass der Eigentümer nicht selbst den Mietvertrag abschließt, sondern eine dritte Person einschaltet, die formal als Vermieter auftritt, letztlich aber allein im Interesse des Eigentümers handelt.

Auch der Vermieter erfährt keine Nachteile durch die entsprechende Anwendung des § 566 I BGB, wenn er den Mietvertrag mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen wirtschaftlichem Interesse abgeschlossen hat. Er verliert zwar durch die Überleitung des Mietvertrags auf den Erwerber des Grundstücks seine Vermieterstellung. Da er jedoch für den Eigentümer tätig geworden ist, besteht bei ihm regelmäßig kein eigenes Interesse am Fortbestand seiner Vermieterstellung bei einem Eigentumswechsel. Entgegen der Auffassung der Revision wird der Vermieter in diesen Fällen auch nicht dadurch unangemessen benachteiligt, dass er gem. § 566 II BGB gleich einem Bürgen für die Erfüllung der auf den Erwerber übergegangenen mietvertraglichen Pflichten haftet. Lehnt man mit der Revision in dieser Sachverhaltskonstellation eine analoge Anwendung des § 566 I BGB und damit einen Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis auf den Erwerber ab, bliebe der Vermieter bei einer Veräußerung des Mietobjekts durch den Eigentümer weiterhin gegenüber dem Mieter nach § 535 I 1 BGB zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet, obwohl er nach der Übertragung des Eigentums auf den Erwerber in der Regel diese Verpflichtung nicht mehr erfüllen könnte. Er wäre deshalb Schadensersatzansprü-

chen des Mieters ausgesetzt. Deshalb wird die Rechtsstellung des Vermieters bei einer analogen Anwendung des § 566 BGB und der damit verbundenen bürgengleichen Haftung nach § 566 II BGB nicht verschlechtert.

Die Interessen des Erwerbers stehen in dieser Konstellation einer analogen Anwendung des § 566 I BGB ebenfalls nicht entgegen. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Mietsache vor der Veräußerung dem Mieter überlassen worden ist. Das Erfordernis der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfüllt eine Publizitätsfunktion, denn der Erwerber kann in der Regel bereits aus der Besitzlage ablesen, in welche Mietverhältnisse er eintreten muss [...].

Durch eine Beschränkung der analogen Anwendung des § 566 I BGB auf die Fälle, in denen der Dritte nicht nur mit Zustimmung des Eigentümers, sondern auch in dessen wirtschaftlichem Interesse handelt, ist schließlich gewährleistet, dass bei einer bloßen Untervermietung eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ausscheidet. Bei der Untervermietung gestattet der Eigentümer zwar dem Hauptmieter auch, das Mietobjekt weiterzuvermieten. Der Abschluss des Untermietvertrags erfolgt jedoch nicht im Interesse des Eigentümers, sondern stellt eine besondere Art der Nutzung der Mietsache durch den Hauptmieter dar.<sup>85</sup>

**Hinweis:** Die Argumente zur Vergleichbarkeit der Interessenlagen sind teleologischer Natur; sie enthalten auch folgenorientierte Gesichtspunkte sowie allgemeine Gerechtigkeitsüberlegungen.

## C. Die teleologische Reduktion

### I. Voraussetzungen

Für die teleologische Reduktion gelten letztlich dieselben Voraussetzungen wie für die Analogie – nur mit umgekehrten Vorzeichen:

- Es muss eine planwidrige Zuvielregelung bestehen; der Normtext muss – gemessen am Gesetzesplan – zu weit sein.
- Der mitgeregelte Sachverhalt muss Unterschiede gegenüber den übrigen geregelten Sachverhalten aufweisen; das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 I GG muss also dergestalt verletzt sein, dass Ungleiches gleich behandelt wird.
- Es darf kein Rechtsfortbildungsverbot bestehen. Bei der teleologische Reduktion eines Strafgesetzes greift Art. 103 II GG jedoch nicht: Eine Rechtsfortbildung ist nur zu Lasten des Angeklagten unzulässig. Nicht teleologisch reduziert werden dürfen also Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Entsprechendes gilt für wiederum im Bereich hoheitliche Eingriffe in Grundrechte; auch hier dürfen zwar Eingriffsgrundlagen, nicht aber Ausnahmen von diesen teleologisch reduziert werden.

---

<sup>85</sup> BGH, 12.7.2017 – XII ZR 26/16, BGHZ 215, 236.

## II. Lesenswertes Beispiel

§ 828 III BGB regelt, dass Kinder zwischen ihrem siebten und ihrem zehnten Geburtstag für Schäden bei „einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug“ nicht verantwortlich (= nicht deliktfähig) sind. Der BGH hat diese Regelung dahingehend teleologisch reduziert, dass Unfälle mit parkenden Kraftfahrzeugen ausgenommen sind; auch Siebenjährige können hier also verantwortlich sein.

„Der erkennende Senat hat [...] eine teleologische Reduktion des Wortlauts dieser Vorschrift in Fällen vorgenommen, in denen Kinder der privilegierten Altersgruppe mit einem Kickboard oder Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß geparktes Kraftfahrzeug gestoßen sind und dieses beschädigt haben. Er hat hierzu ausgeführt, die Vorschrift greife nach ihrem Sinn und Zweck nur ein, wenn sich bei der gegebenen Fallkonstellation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert habe [...].

Der Gesetzgeber hat nämlich mit der Einführung der Ausnahmvorschrift des § 828 II BGB dem Umstand Rechnung getragen, dass Kinder bis zur Vollendung ihres zehnten Lebensjahres regelmäßig überfordert sind, die besonderen Gefahren des motorisierten Straßenverkehrs zu erkennen, insbesondere die Entfernungen und Geschwindigkeiten von anderen Verkehrsteilnehmern richtig einzuschätzen und sich den Gefahren entsprechend zu verhalten. Dabei hat er sich von der Erkenntnis leiten lassen, dass Kinder in diesem Alter wegen ihres Lauf- und Erprobungsdrangs, ihrer Impulsivität, Affektreaktionen, mangelnden Konzentrationsfähigkeit und ihrem gruppendynamischen Verhalten oft zu einem verkehrsgerechten Verhalten nicht in der Lage sind (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 16f. und 26f.). Allerdings wollte er die Deliktsfähigkeit nicht generell und nicht bei sämtlichen Verkehrsunfällen erst mit Vollendung des zehnten Lebensjahres beginnen lassen. Er wollte die Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit vielmehr auf im motorisierten Straßen- oder Bahnverkehr plötzlich eintretende Schadensereignisse begrenzen, bei denen die altersbedingten Defizite eines Kindes, wie zum Beispiel Entfernungen und Geschwindigkeiten nicht richtig einschätzen zu können, zum Tragen kommen, weil sich das Kind durch die Schnelligkeit, die Komplexität und die Unübersichtlichkeit der Abläufe im motorisierten Verkehr in einer besonderen Überforderungssituation befindet (vgl. BT-Dr 14/7752, S. 26f.).“<sup>86</sup>

## D. Die Rechtsfortbildung contra legem

### I. Voraussetzungen

Soll die Rechtsfortbildung dazu eingesetzt werden ein als fehlerhaft erkanntes Gesetz gegen dessen Wortlaut und gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers anzuwenden (oder unangewendet zu lassen), so spricht man von einer Rechtsfortbildung contra legem. Sie ist – wie gesagt – im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung höchst problematisch und

<sup>86</sup> BGH, 17.4.2007 – VI ZR 109/06, NJW 2007, 2113, Rn. 8f.

daher nur unter äußerst engen Voraussetzungen zulässig: Es muss auf Basis geänderter gesellschaftlicher Verhältnisse ein „unabdingbares Bedürfnis“ bestehen, den Willen des Gesetzes und des Gesetzgebers unberücksichtigt zu lassen. Der BGH formuliert wie folgt:

„Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst [...]. Diese können sich aus der Verfassung [...], insbesondere den Grundrechten [...], oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben [...].“<sup>87</sup>

Es muss – wie gesagt – letztlich zu einer Art zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage in Bezug auf die betreffende gesetzliche Regelung gekommen sein: Zum einen müssen sich also die gesellschaftlichen Umstände seit Erlass des Gesetzes schwerwiegend verändert haben; zum anderen muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen, dass der Gesetzgeber unter den geänderten Umständen eine andere Regelung getroffen hätte.<sup>88</sup>

## II. Lesenswertes Beispiel

Wenn ein Schuldner nicht freiwillig zahlt, kann der Gläubiger seinen Einspruch vor Gericht einklagen und das Urteil anschließend vollstrecken lassen. Bei einer solchen Vollstreckung können Gegenstände des Schuldners versteigert und der Erlös aus dieser Versteigerung an den Gläubiger ausgezahlt werden. Ist der Schuldner verheiratet, stellt sich jedoch die praktische Schwierigkeit, dass er behaupten kann, der konkrete Gegenstand gehöre gar nicht ihm, sondern dem Ehegatten. Dann hätte es der Gläubiger schwer, das Gegenteil zu beweisen. Deshalb schützt ihn § 1362 BGB: „Zugunsten der Gläubiger eines der Ehegatten wird vermutet, dass die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören. Diese Vermutung gilt nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben und sich die Sachen im Besitz des Ehegatten befinden, der nicht Schuldner ist.“ Was gilt, wenn zwei Personen in einem gemeinsamen Haushalt leben, aber nicht verheiratet sind, sondern nur eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bilden? Kann (oder muss) § 1362 BGB dennoch angewendet werden. Der BGH verneinte diese Frage. Dabei schloss er zunächst eine Analogie aus, weil sich der Gesetzgeber ganz bewusst gegen eine Ausdehnung der Vorschrift auf nichteheliche Lebensgemeinschaften entschieden habe. Anschließend prüfte er die Notwendigkeit einer teleologischen Extension – und verneinte sie:

„§ 1362 BGB kann auch nicht im Rahmen einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ [...] auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewendet werden.

Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Umstände zu den Aufgaben der Dritten Gewalt [...], die im Bereich der Zivilrechtspflege nach § 543 II 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO gerade dem BGH zugewiesen ist. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung besteht jedoch nicht

<sup>87</sup> BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187.

<sup>88</sup> Heck, AcP 112 (1914) 197, 222; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie Rn.960; vgl. auch Wank, Juristische Methodenlehre Rn. 80 ff.

schränkenlos, sondern wird durch Art. 20 II und III GG begrenzt [...]. Mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und Gesetzesbindung wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begäben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Gesetz und Recht entzögen [...]. Die „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ setzt deshalb voraus, dass das Gesetz lückenhaft ist, wobei sich die Unvollständigkeit der rechtlichen Regelung nicht wie bei der Analogie am Plan des Gesetzes selbst, sondern an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung misst [...]. Diese können sich aus der Verfassung [...], insbesondere den Grundrechten [...], oder einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs ergeben [...].

Unabweisbare Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind hier nicht gegeben. Auch die Grundrechte erfordern es nicht, die Vermutung des § 1362 I 1 BGB auf Gemeinschaften zu erstrecken, die nicht personenstandsrechtlich verfestigt sind. Ein solches Bedürfnis ergibt sich weder aus dem Schutz der Ehe (Art. 6 I GG) noch aus dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 I GG) oder dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes.

Die bisher ergangenen Entscheidungen des BVerfG könnten darauf hindeuten, dass die vollstreckungsrechtliche Schlechterstellung von Ehegatten von dem Gericht als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden ist. So hat es angenommen, die von ihm für nichtig erklärte Vorschrift des § 45 KO verletze das Übermaßverbot, weil die Gläubiger bereits durch die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB und die Vorschriften über die Schenkungsanfechtung bei Eheleuten (§ 32 Nr. 2 KO) hinreichend geschützt seien [...]. Diese Begründung setzt voraus, dass die Eigentumsvermutung des § 1362 BGB nicht ihrerseits verfassungswidrig ist [...]. Auch in anderem Zusammenhang hat sich das BVerfG mittelbar mit der Problematik befasst. So hat es § 3 I Nr. 4 AnfG a.F. als verfassungsgemäß angesehen. Die bei unentgeltlichen Verfügungen an Ehegatten bestehende Anfechtungsfrist von zwei Jahren verstoße nicht gegen Art. 6 I GG und behandle Eheleute nicht ohne sachlichen Grund schlechter als nicht miteinander verheiratete Personen [...]. Eine unmittelbar einschlägige Entscheidung des BVerfG steht allerdings aus.

Letztlich kann die Verfassungsmäßigkeit des § 1362 BGB auch dahingestellt bleiben. Sollte es an ihr fehlen, führte dies keineswegs dazu, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift im Wege der Auslegung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken wäre. Kann eine Korrektur der verfassungswidrigen Regelung auf verschiedene Weise vorgenommen werden, ist der Verfassungsverstoß grundsätzlich durch eine Neuregelung der einschlägigen Vorschriften durch den Gesetzgeber zu beseitigen [...]. So liegt es hier. Die von der Revision behauptete Diskriminierung von Eheleuten durch § 1362 BGB kann vermieden werden, indem die Regelung insgesamt beseitigt wird oder ihr Anwendungsbereich auf einen näher zu definierenden Personenkreis erstreckt wird. Der Gesetzgeber hat von einer Erstreckung der Vermutungen der § 1362 BGB, § 739 ZPO auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft bewusst abgesehen. Auch andere Rechtsprobleme, die aus dem nichtehelichen Zusammenle-

ben typischerweise herrühren, hat er bislang nicht geregelt. So bestehen weder während der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Unterhaltspflichten noch nach der Trennung (Ausnahme: § 1615I BGB). Nach Trennung der unverheirateten Partner hat keiner von beiden Anspruch auf Zugewinn. Mögliche Lösungsansätze waren schon im Jahr 1988 Gegenstand der Erörterungen des Deutschen Juristentags [...]. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber bis heute nicht zu einer Regelung entschließen können. Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften aus dem Jahre 1997 (Nicht-eheliche-LebensgemeinschaftenG, BT-Dr 13/7228) ist nicht Gesetz geworden. Ein einheitliches Regelungssystem, in das sich die entsprechende Anwendung des § 1362 BGB einfügen könnte, ist danach bisher nicht erkennbar.

Schließlich zwingt das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 I GG i.V. mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes [...]) nicht zu einer Erstreckung der Vermutungswirkung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften.

Dem Gläubiger stehen im Interventionsprozess zur Verteidigung seines Verwertungsrechts die Beweismittel der ZPO zur Verfügung. Diese gewährleisten im Allgemeinen die Wirksamkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes. Die erstrebten gesetzlichen Beweiserleichterungen können demgegenüber dazu führen, dass der Gläubiger seinen titulierten Zahlungsanspruch im Wege der Verwertung schuldnerfremden Eigentums verwirklicht. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, eine derartige Regelung einzuführen. An diese Wertung sind die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 1362 BGB gebunden. Es kommt hinzu, dass die Gewährung der Beweiserleichterung zu Lasten des Dritteigentümers dessen grundgesetzlich geschütztes Eigentum (Art. 14 I GG) berührt.<sup>89</sup>

## E. Die europarechtskonforme Rechtsfortbildung

### I. Grundlagen

Auch europäische Vorgaben können eine Rechtsfortbildung erfordern, zumindest eine solche praeter legem. Der EuGH verlangt von den Gerichten Folgendes:

„Ermöglicht es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.“<sup>90</sup>

Der BGH kommt dieser Vorgabe regelmäßig dadurch nach, dass er zu einer Analogie oder (häufiger) einer teleologischen Reduktion greift.

<sup>89</sup> BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05, BGHZ 170, 187.

<sup>90</sup> EuGH 27.4.2004, ECLI:EU:C:2004:584 – Pfeiffer, Rn 116

„Der von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs „Auslegung“ nicht von der im deutschen Rechtskreis – anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen – üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom EuGH formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen darf [...], bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des Contra-legenem-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist [...]. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden [...].<sup>91</sup>

Voraussetzung einer Rechtsfortbildung praeter legem, ist jedoch – wie gesagt – die Planwidrigkeit des status quo: Das Gesetz muss planwidrig zu eng (Analogie) oder planwidrig zu weit (teleologische Reduktion) sein. Oftmals entspricht die getroffene Regelung aber exakt dem Gesetzesplan, hat der Gesetzgeber sie exakt so formuliert, wie er sie formulieren wollte. Nur war er davon ausgegangen, dass seine Regelung den europäischen Vorgaben genüge. Auch in einem solchen Fall geht der BGH indes regelmäßig von einer Planwidrigkeit des Gesetzes aus: Der Plan des Gesetzes (bzw. des Gesetzgebers) sei es, den Richtlinienvorgaben zu genügen. Werde dieser Plan verfehlt, sei auch eine bewusst getroffene Regelung als planwidrig einzustufen.<sup>92</sup> Dieser Kunstgriff hat in der Literatur viel Kritik auf sich gezogen, ist aber m.E. durchaus statthaft und angemessen.<sup>93</sup> Der Gesetzgeber verfolgt bei der Umsetzung einer Richtlinie zwei Pläne gleichzeitig: Er will eine bestimmte Regelung treffen und er will die Richtlinienvorgaben erfüllen. Schlägt einer der beiden Pläne fehl, dürfte das für die methodische Zulässigkeit einer – nicht zu vergessen: vom Europarecht geforderten – Rechtsfortbildung ausreichen. Der Gesetzgeber hätte die betreffende Regelung nicht in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht.<sup>94</sup>

## II. Lesenswertes Beispiel

Die wohl bekannteste Entscheidung des BGH stammt aus dem Jahr 2008. Sie ist zwar zwischenzeitlich überholt, weil der Gesetzgeber reagiert und das Gesetz selbst reduziert hat; dennoch bleibt sie lesenswert. In der Sache ging es um die Frage, ob ein Käufer, der eine mangelhafte Sache über einen gewissen Zeitraum genutzt und anschließend wegen des Mangels eine Ersatzlieferung verlangt und bekommen hat, die gezogenen Nutzungen herausgeben muss (bzw. eigentlich natürlich: Wertersatz dafür). § 439 IV BGB a.F. (= § 439 V BGB n.F.) ordnet dies qua Verweis auf § 346 BGB ausdrücklich an. Der BGH reduzierte diese Anordnung teleologisch auf Fälle, in denen kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt.

<sup>91</sup> BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 - Quelle, BGHZ 179, 27 Rn. 21.

<sup>92</sup> BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 - Quelle, BGHZ 179, 27 Rn. 25.

<sup>93</sup> Etwa *Gsell*, JZ 2009, 522.

<sup>94</sup> So völlig zu Recht BGH, 26.11.2008 – VIII ZR 200/05 - Quelle, BGHZ 179, 27 Rn. 25.

„Eine Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus [...]. Diese Voraussetzung ist erfüllt.

In der Begründung des Koalitionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz heißt es in der Einzelbegründung zu § 439 IV BGB (BT-Dr 14/6040, S. 232f.):

„Ebenso wie bisher § BGB § 480 BGB § 480 Absatz 1 2 i.V. mit § BGB § 467 S. 1 steht dem Verkäufer ein Rückgewähranspruch nach den Vorschriften über den Rücktritt zu. Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gem. §§ 439 IV, § 346 I RE auch die Nutzungen, also gem. § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll. (...) Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Art. 3 II ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. (...) Der vertragsgemäße Zustand wird indes durch die Lieferung der neuen Ersatzsache hergestellt. (...) Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezahlt werden. (...) Des Weiteren werden dem Verbraucher auch nicht Kosten, auch nicht solche der Rückgabe der gebrauchten, mangelhaften Sache auferlegt. Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat, (...) Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt. (...)“

Daraus ergibt sich, dass die Absicht des Gesetzgebers einerseits dahin ging, dem Verkäufer für den Fall der Ersatzlieferung einen Anspruch auf Herausgabe der vom Käufer gezogenen Nutzungen zuzubilligen. Andererseits sollte aber – was die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung belegen – auch eine Regelung geschaffen werden, die mit der Richtlinie vereinbar ist. Die explizit vertretene Auffassung, dass die Regelung über den Nutzungsersatz den Anforderungen der Richtlinie genüge, ist jedoch fehlerhaft, wie der EuGH nunmehr mit Bindungswirkung festgestellt hat.

Damit erweist sich das Gesetz als planwidrig unvollständig. Es liegt eine verdeckte Regelungslücke[...] vor, weil die Verweisung in § 439 IV BGB keine Einschränkung für den Anwendungsbereich der Richtlinie enthält und deshalb mit dieser nicht im Einklang steht. Dass diese Unvollständigkeit des Gesetzes planwidrig ist, ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich seine Absicht bekundet hat, auch und gerade hinsichtlich des Nutzungsersatzes eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen. Somit steht die konkrete Regelungsabsicht hinsichtlich des Nutzungsersatzes nicht lediglich im Widerspruch zu einem generellen, allgemein formulierten Umsetzungswillen [...]. Vielmehr besteht ein Widerspruch zur konkret geäußerten, von der Annahme der Richtlinienkonformität getragenen Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers. Deshalb ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 439 IV BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die

Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht. Diese Annahme wird dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber nunmehr eine Gesetzesänderung in die Wege geleitet hat, die der im Streitfall ergangenen Entscheidung des EuGH Rechnung tragen und eine richtlinienkonforme Umsetzung der Richtlinie gewährleisten soll (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 15. 10. 2008, BT-Dr 16/10607, S. 4, 5f.). Danach soll § 474 II BGB dahingehend neu gefasst werden, dass § 439 IV BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.