



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung
- Judikative Rechtsfortbildung und Reformgesetzgebung
im Dialog -“**

Dissertation vorgelegt von Nina Benz

Erstgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung

- Judikative Rechtsfortbildung und Reformgesetzgebung im Dialog -

Die Arbeit mit dem Titel „Symbiotische Gesellschaftsrechtsentwicklung“ befasst sich mit dem Zusammenwirken von Rechtsfortbildung und Gesetzgebung im Gesellschaftsrecht. Ihre Kernthese geht dahin, dass der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber richterliche Rechtsfortbildung unter bestimmten Voraussetzungen sogar dann kodifizieren sollte, wenn er in der Sache keine abweichende Entscheidung treffen möchte. Die Arbeit entwickelt dafür drei Voraussetzungen: *Erstens* sollte die Rechtsfrage abstrakt kodifikationsgeeignet sein, *zweitens* sollte die zu kodifizierende Rechtsprechungslinie konkret kodifikationsreif sein und *drittens* sollte die Kodifikation einen konkreten Rechtssicherheitszugewinn versprechen.

Die Arbeit beantwortet zwei Leitfragen: Sollte richterliche Rechtsfortbildung überhaupt jemals kodifiziert werden? Und falls ja: Nach welchen Kriterien sollte der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber die Fälle auswählen, die er kodifiziert?

I. Gründe für eine Kodifikation richterlicher Rechtsfortbildung

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass die Kodifikation einer Rechtsfortbildung keinen Mehrwert schafft, wenn der Gesetzgeber die Sachentscheidung durch die Rechtsprechung nur wiedergibt. Dass eine Kodifikation von Rechtsfortbildung den Gesetzgebungsaufwand dennoch rechtfertigt, begründet die Arbeit mit einer institutionenökonomischen Analyse des Verfassungsrechts sowie mit einer prozessualen Betrachtung von judikativer und legislativer Rechtsentwicklung.

Das Zusammenspiel von Gerichten und Gesetzgeber ist eine Frage der Gewaltenteilung und als solche verfassungsrechtlich determiniert, weshalb die Arbeit mit einer verfassungsrechtlichen Problemverortung beginnt. Das Verfassungsrecht ermöglicht richterliche Rechtsfortbildung, solange diese im zulässigen Rahmen bleibt. Umstritten bleiben aber die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Zur näheren Bestimmung dieser Grenze sind verschiedene Theorien entwickelt worden. Gemeinsam ist ihnen, dass sie ein Aufschwimmen der Gerichte zu einem Quasi-Gesetzgeber mit eigenen rechtspolitischen Vorstellungen als unzulässig erachten. Für die Vermessung dieser Zulässigkeitsgrenze trägt der Gesetzgeber eine größere Verantwortung als ihm im Diskurs häufig zugesprochen wird: Die verfassungsrechtlichen und rechtsmethodischen Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung hängen vom gesetzgeberischen Regelungsplan ab. Ist dieser im Gesetz unvollständig abgebildet, erweitert dies den Entscheidungsspielraum der Rechtsprechung. Enthält das Gesetz große Lücken, steigt die Judikative deshalb zwangsläufig zum „Ersatzgesetzgeber“ auf.

Untermauern lässt sich dieser Befund durch Erkenntnisse der Institutionenökonomik: Betrachtet man den Gesetzgeber als Auftraggeber (Prinzipal) und die Rechtsprechung als Auftragnehmer (Agent), dient ein klarer gesetzlicher Regelungsplan der Steuerung des Agenten: Die juristischen Auslegungsmethoden können die Judikative nämlich nur dann effektiv an den Gesetzgeberwillen binden, wenn das Gesetz genügend Anknüpfungspunkte für die Auslegungsmethoden enthält, die wiederum das Spektrum zulässiger Entscheidungen für die Judikative einengen. Die Kodifikation von Rechtsfortbildung gehört zu einer *Kodifikationspflege*, die das Gesetz auf einem aktuellen Stand hält und der Judikative einen

klaren Rahmen zur Verfügung stellt. Umgekehrt kann sich der Gesetzgeber auch durch ein Abweichen von der Rechtsfortbildung (*Derogation*) zur Rechtsfortbildung verhalten und damit die Verantwortung für die künftige Rechtsentwicklung selbst übernehmen. Mit diesem Vorgehen lässt sich ein Regelungsplan erreichen und aufrechterhalten, der größere Lücken, die eine besonders weite Rechtsfortbildung typischerweise ermöglichen, gar nicht erst enthält.

Neben diesen verfassungsrechtlich-ökonomischen Gründen identifiziert die Untersuchung einen weiteren, im bisherigen Diskurs eher wenig beachteten Begründungsstrang für Rechtsprechungskodifikationen: Diese bringen bei genauer Betrachtung selbst dann eine unmittelbare Veränderung des Rechtszustandes mit sich, wenn sie nur eine bereits getroffene und gelebte Entscheidungslinie verschriftlichen. Dies deshalb, weil sich Gesetzgebung und judikative Rechtsfortbildung im Entstehungsprozess stark unterscheiden. Mit einer Kodifikation erfährt die vormalige Rechtsfortbildung infolgedessen beispielsweise eine höhere demokratische Legitimation, weshalb der Rechtsverkehr verstärkt auf den Fortbestand der Regelung vertrauen darf. Schließlich kann der Gesetzgeber mit ihr auch rechtsgebietsübergreifende Konsistenz bewirken, was der auf die Entscheidung des jeweiligen Falls ausgelegten Rechtsprechung nur begrenzt möglich ist. Umgekehrt zeichnet sich die judikative Rechtsfortbildung durch ihren Einzelfallbezug aus, der eine erhöhte Richtigkeitsgewähr für einzelfallbezogene Fragestellungen bietet. Er ermöglicht der Judikative eine Rechtsentwicklung im *trial and error*-Verfahren.

Schließlich legitimiert auch die Kodifikationsidee eine aktive Kodifikationspflege durch den Gesetzgeber. Die Untersuchung nimmt dabei einen kurzen historischen Überblick der Kodifikationsidee vor, bevor sie sich der Kodifikationskrise der heutigen Zeit zuwendet und Alternativen zur klassischen Kodifikation vorstellt. Sie kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Kodifikationsidee, sofern sie die Kodifikationsideale realistisch definiert, noch nicht überholt ist und die Herangehensweise des Gesetzgebers nach wie vor prägen sollte.

II. Kriterien für Rechtsprechungskodifikationen im Gesellschaftsrecht

Da der Gesetzgeber nicht jede Rechtsfortbildungslinie kodifizieren kann und sollte, schlägt die Untersuchung Leitlinien vor, an denen sich der Gesetzgeber orientieren kann. Dabei finden die Ergebnisse eines Rechtsvergleichs mit dem englischen Recht Berücksichtigung, das sich aufgrund seiner richterrechtlichen Prägung als Vergleichsfolie anbietet. Rechtspraktische Erwägungen bezieht die Untersuchung durch eine Analyse der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung sowie der Rechtsprechungskodifikationen der letzten Jahrzehnte ein.

Die Untersuchung entwickelt drei Kodifikationskriterien.

Das erste Kodifikationskriterium wird als „Kodifikationseignung“ bezeichnet und nimmt die Rechtsfrage in den Blick, welche der Rechtsfortbildung zugrunde liegt. Maßgeblich ist, inwieweit die Rechtsfrage *abstrakt* von einer Kodifikation profitieren kann. Grundsätzlich nicht kodifikationsgeeignet sind rein dogmatische Fragen (z.B. das Wesen der Gesamthand) sowie reine Einzelfallentscheidungen (z.B. die konkrete Ausformung positiver Handlungsstandards). Jenseits klarer Fälle kann eine Kodifikationseignung stärker oder schwächer ausgeprägt sein. Bestimmende Faktoren sind zum einen die Stärken und Schwächen legislativer Rechtsetzung. Zum anderen speist sich die Kodifikationseignung einer Rechtsfrage aus den Bedürfnissen des jeweiligen (Teil-)Rechtsgebiets. Die Arbeit exemplifiziert dies anhand der verschiedenen Teilbereiche des Gesellschaftsrechts (Infrastruktur, Außenrecht und Innenrecht). Sie untersucht diese darauf hin, ob ihre Kodifikation regelmäßig einen Mehrwert schafft. Die Arbeit

berücksichtigt dabei neben dem deutschen gesellschaftsrechtlichen Schrifttum auch den englischen und US-amerikanischen Diskurs zur effizienten Rechtsetzung. Dieser stellt primär auf die Kodifikationsdichte ab (mit detaillierten *rules* und vagen *standards* als Gegenpolen) und setzt diese ins Verhältnis zu den Wirkungen der Rechtsetzung sowie zu den mit ihr verbundenen Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungskosten. Hieraus schließt die Untersuchung, dass die Kodifikationseignung in einem Wechselbezug zur angestrebten Kodifikationsdichte steht: Will der Gesetzgeber lediglich eine Generalklausel kodifizieren, muss der Bereich weniger kodifikationsgeeignet sein als bei einer detaillierten Regelung.

Das zweite Kriterium, die Kodifikationsreife, liegt vor, wenn die Rechtsfortbildung so weit abgeschlossen ist, dass der Gesetzgeber nicht Gefahr läuft, eine noch laufende Rechtsentwicklung vorzeitig zu unterbrechen. Bei einer verfrühten Kodifikation droht die Gefahr einer Verfestigung unfertiger Rechtszustände.

Einen drittens erforderlichen konkreten Zugewinn an Rechtssicherheit bewirkt eine Kodifikation dann, wenn mit der vorangegangenen Rechtsfortbildung eine systematische Unschärfe in der Rechtslage entstanden ist. Letzteres ist vor allem dann der Fall, wenn die Rechtsprechung das System des geschriebenen Rechts für die Praxis grundlegend verändert. Eine Betrachtung der Rechtsfortbildung des Zweiten Zivilsenats zeigt, dass systemverändernde Tendenzen zu den Charakteristika der gesellschaftsrechtlichen Rechtsfortbildung gehören (z.B. durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR), sodass dieses Kriterium in aller Regel vorliegt.

Neben dem Hauptmotiv der Rechtssicherheit bietet das dritte Kodifikationskriterium Raum für weitere Kodifikationsziele, die der Gesetzgeber mit der Rechtsprechungskodifikation verwirklichen kann. Das volle Potential der Kodifikation zeigt ein rechtsvergleichender Exkurs zum englischen Recht auf: Mit der Reform des UK Companies Act 2006 wurden die vormals rein richterrechtlich ausgestalteten Geschäftsleiterpflichten in Gesetzesform überführt, wobei der dortige Gesetzgeber einige in Kontinentalrechtsordnungen als überwunden geltende Kodifikationsziele zur Handlungsmaxime erhoben hat: Die Reform des Companies Act war zuvörderst der Zugänglichkeit verpflichtet. Dieses Ziel ist zeitgemäß, wenn man das zugängliche Gesetz nicht als Bürgerkatechismus missversteht, sondern auf seine Zugänglichkeit für die Beratungspraxis und die Judikative abstellt – beide Akteure können ihre Aufgabe nur dann wahrnehmen, wenn die Rechtslage für sie ergründbar ist. Als weitere Inspiration für den deutschen Gesetzgeber können die Erwägungen zur Verhaltenssteuerung von Rechtsprechungskodifikationen im Vorfeld des Companies Act dienen: Jedenfalls ein Deutungsschub durch Dogmatik und Beratungspraxis, wie er anlässlich der Kodifikation der *directors' duties* in England, aber auch im deutschen Gesellschaftsrecht nach der Kodifikation der *business judgment rule* eingetreten ist, folgt in aller Regel auf eine Rechtsprechungskodifikation und stellt ein legitimes Kodifikationsziel dar. Diesen Effekt kann sich der Gesetzgeber auch zunutze machen, wenn er etwa einen Verhaltensstandard kodifiziert, der aus seiner Sicht unterbeleuchtet oder dem Rechtsverkehr nicht hinreichend bekannt ist. Die Untersuchung sieht in einer solchen Rechtsprechungskodifikation zu Signalzwecken eine zukunftsfrüchtige Sonderform der Rechtsprechungskodifikation.

Neben der Kodifikation beleuchtet die Untersuchung schließlich auch ihr Gegenstück, die Derogation. Das Anforderungsprofil ist hier naturgemäß ein anderes, weil bereits die Unzufriedenheit mit einer Rechtsprechungslinie dem Gesetzgeber regelmäßig als Motivation für sein Einschreiten genügen wird. Die Untersuchung identifiziert deshalb das berechnete Vertrauen der Rechtsunterworfenen als alleinigen Faktor, der dem Gesetzgeber beim Abweichen von bestehender Rechtsfortbildung eine Rechtfertigungslast aufbürdet. Besonders

hoch ist das Gewicht des Vertrauensschutzes dann, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsprechungslinie rückwirkend derogiert.

III. Ergebnis

Insgesamt versteht sich die Arbeit damit als ein Plädoyer für eine planvolle, methodische Herangehensweise an die Kodifikation richterlicher Rechtsfortbildung. Der Gesetzgeber sollte eine der Rechtsentwicklung zuträgliche Aufgabenteilung mit der Judikative (sog. *multi-stage lawmaking*) anstreben und sich aus diesem Grund zu judikativer Rechtsfortbildung prinzipiell verhalten. Die Arbeit gelangt abschließend zu den folgenden Ergebnissen:

1. Rechtsschöpfung ist das Produkt eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Judikative und Legislative. Aufgrund des Primats der Gesetzgebung sollte für ein gelungenes Zusammenwirken von Judikative und Legislative vor allem der Gesetzgeber seine Gestaltungsmöglichkeiten nutzen.
2. Auch bei gleicher Sachentscheidung stellt die judikative Rechtsentwicklung aufgrund ihrer prozessualen und institutionellen Sachgesetzlichkeiten ein aliud zur Gesetzgebung dar. Dies spricht gegen eine gleichartig-konkurrierende Rechtsetzung und für die Sinnhaftigkeit einer Kodifikation von Richterrecht.
3. Die Kodifikationsidee bleibt ein wichtiges Instrument bei der Lösung der Kodifikationskrise. Sie legitimiert ein Einschreiten des Gesetzgebers zum Zwecke der System- und Kodifikationspflege und umfasst damit auch die Kodifikation von Richterrecht. Dieser Ansatz geht über eine rein pragmatisch-ergebnisbezogene Gesetzgebungsstrategie hinaus.
4. Der 2006 reformierte Companies Act im Vereinigten Königreich steht in weiten Teilen im Zeichen der Kodifikationsidee. Die Kodifikation der directors' duties stellt sein Herzstück dar und soll Rechtszugänglichkeit, Rechtssicherheit und Rechtsmodernisierung vorantreiben.
5. Die Reformdiskussion um den Companies Act hat aufgrund ihres modernen Verständnisses von Kodifikationszielen eine Vorbildfunktion auch für civil law-Rechtsordnungen. Mit der Kodifikation der directors' duties verfolgt der Companies Act das Anliegen, Einsatzpotentiale klassischer Kodifikationsziele im modernen Gesellschaftsrecht zu finden.
6. Zur besseren Planung von Rechtsprechungskodifikationen könnte man im deutschen Recht die Einführung einer Kodifikationskommission nach dem Vorbild der englischen *Law Commission* erwägen, die das gelebte Recht konstant auf Kodifikationspotentiale untersuchen würde. Sie könnte durch empirische und rechtsvergleichende Forschung zu einer informierten Kodifikationsentscheidung beitragen und einer Kodifikationsträgheit des Gesetzgebers entgegenwirken.
7. Die judikative Rechtsfortbildung im Gesellschaftsrecht ist in qualitativer und in quantitativer Hinsicht weitreichend. Charakteristisch ist eine Kombination systembildender Tendenzen, erheblicher praktischer Folgen und einer weiten Entfernung vom Gesetzestext.

8. Eine Kodifikation von gesellschaftsrechtlicher Rechtsprechung sollte sich an den Bedürfnissen des betreffenden Teilbereichs des Gesellschaftsrechts orientieren. Das Gesellschaftsrecht fordert den Gesetzgeber in seiner Infrastrukturverantwortung und bringt insoweit eine Beobachtungs- und Anpassungsobliegenheit mit sich. Der Gesetzgeber kann seine Stärken darüber hinaus im rechtssicherheitsbedürftigen Gesellschaftsaußenrecht sowie bei teilrechtsgebietsübergreifenden Rechtsproblemen in Stellung bringen. Im Gesellschaftsbinnenrecht sollte sich der Gesetzgeber bei der gesellschaftsinternen Konfliktbewältigung in Zurückhaltung üben.
9. Um die Inanspruchnahme gesetzgeberischer Ressourcen zu rechtfertigen und der Gefahr einer Versteinering zu begegnen, sollten für eine Kodifikation von richterlicher Rechtsfortbildung drei Voraussetzungen vorliegen: abstrakte Kodifikationseignung der Rechtsfrage, konkrete Kodifikationsreife der Rechtsfortbildung sowie ein konkreter Zugewinn an Rechtssicherheit durch die Rechtsprechungskodifikation.
10. Der Gesetzgeber sollte eine Kodifikation von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Verhaltensstandards erwägen, wenn er eine mittelbare Verhaltensbeeinflussung für möglich hält oder einen Deutungsschub herbeiführen will. Dass eine verhaltenssteuernde Wirkung von Rechtsprechungskodifikationen empirisch überprüfbar sein wird, sollte allerdings nicht erwartet werden.
11. Derogationen verursachen häufig Rückwirkungs- und Vertrauensschutzprobleme, deren verfassungsrechtliche Behandlung unsicher ist. Sie rechtfertigen es, den Gesetzgeber bei einer gefestigten Rechtsprechungslinie einer höheren Argumentationslast zu unterwerfen. Der Gesetzgeber sollte sein Anliegen, eine Rechtsfortbildung abzuändern, gegen die Kosten eines Einschnitts in die gesellschaftsrechtliche Planungssicherheit abwägen.
12. Für eine Derogation von richterlicher Rechtsfortbildung sollten zwei Kriterien erfüllt sein: Kodifikationseignung und Derogationsreife. Bei der praktischen Umsetzung sollte der Gesetzgeber auf eine einheitliche, aus den Gesetzesmaterialien klar ersichtliche Willensrichtung achten.