

Schriften zur Rechtstheorie

Band 288

Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz

Plädoyer für ein methodisches Vorgehen
auf Grundlage des Legitimitätsgedankens

Von
Anke Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

ANKE SCHMIDT

Richterliche Rechtsfortbildung
in Deutschland und der Schweiz

Schriften zur Rechtstheorie

Band 288

Richterliche Rechtsfortbildung in Deutschland und der Schweiz

Plädoyer für ein methodisches Vorgehen
auf Grundlage des Legitimitätsgedankens

Von
Anke Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung
der Juristischen Fakultät der Universität Genf.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Die Juristische Fakultät der Universität Genf
hat diese Arbeit im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-15223-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55223-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85223-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Jan

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Universität Genf als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zum 31. Mai 2016 berücksichtigt werden.

Die Idee zu der Arbeit ist in meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Genf entstanden. Ausgangspunkt war mein besonderes Interesse für Rechtsphilosophie und Zivilrecht und die Frage, an welchem Punkt sich beide Gebiete berühren. Ein solcher Berührungspunkt liegt vor, wenn Lücken im Recht bestehen, der Richter dennoch Recht sprechen muss und so Rechtsfortbildung betreibt. In diesem Moment sieht sich der rechtsfortbildende Richter mit der Frage nach der Legitimation seiner Entscheidung konfrontiert, die in letzter Konsequenz eine rechtsphilosophische Frage ist.

Aus diesen Vorüberlegungen entstand mit Hilfe meines Doktorvaters, Prof. Dr. Bénédict Winiger, die Idee, zivilrechtliche höchstrichterliche Urteile aus Deutschland und der Schweiz hinsichtlich ihres Umganges mit dem Legitimitätsproblem bei der Lückenfüllung zu analysieren. Da die Art und Weise richterlichen Vorgehens bei der Rechtsfortbildung aber eine Frage der Methodik ist, ist daraus schließlich eine Arbeit zur juristischen Methodenlehre mit rechtsphilosophischer Grundlage geworden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem bereits erwähnten Doktorvater, der mich mit seiner freundlichen und zugewandten Art stets motiviert hat, an mich selbst und an das Projekt zu glauben. Besonders geschätzt habe ich, dass er mir bei der Ausarbeitung der Arbeit alle Freiheiten gelassen hat, gleichzeitig aber bei Problemen und Fragen immer kurzfristig ansprechbar war. Einen besseren Doktorvater hätte ich mir nicht vorstellen können.

Weiterer Dank gilt meinem Zweitkorrektor, Prof. Dr. Thomas Kadner Graziano, der mit seiner Kritik und wertvollen Hinweisen wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat.

Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei den weiteren Mitgliedern der Prüfungskommission, Prof. Dr. Corinne Zellweger-Gutknecht, schweiz. Bundesrichterin a.D. Prof. Dr. Hans Peter Walter und Prof. Dr. Christian Fischer. Jeder/jede von ihnen hat mir aus seiner/ihrer Sicht Hinweise gegeben, die die Arbeit besser und kompletter gemacht haben.

Schließlich möchte ich mich bei der Juristischen Fakultät der Universität Genf und bei der Fondation Ernst et Lucie Schmidheiny für die von ihnen geleisteten

Zuschüsse zu den Druckkosten bedanken. Diese finanzielle Hilfe hat die Publikation der Arbeit erst möglich gemacht.

Besonderer Dank gilt auch meinen Eltern, die mich zu einem selbständig und kritisch denkenden Menschen erzogen und so die Grundlagen für das Gelingen des Projektes gelegt haben.

Nicht zuletzt danke ich meinem Freund und Partner Jan Gehlhoff für seine Zuwendung, seine unendliche Geduld und sein stetes Bemühen, mir das Leben angenehmer zu machen, u. a. durch regelmäßige Bereitstellung von Nervennahrung. Ohne ihn hätte ich die Arbeit nicht schreiben können.

Berlin, im Juli 2017

Anke Schmidt

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	27
B. Theoretische Grundlagen	29
I. Rechtsphilosophische Legitimation von Recht	29
II. Legitimes Recht	33
1. Gesetzesrecht	33
a) Gesetzesbindung der Richter	33
b) Auslegung	35
aa) Auslegungsmethoden	35
bb) Ziel der Auslegung	35
(1) Darstellung des Streits zwischen objektiver und subjektiver Theorie	36
(2) Argumentation und eigene Stellungnahme	37
(a) Allgemeine Argumentation	38
(b) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung	39
(c) Ergebnis: Entscheidung für die objektive Theorie mit der Wortlautgrenze	41
2. Vertragsrecht	42
a) Vertragsauslegung	42
b) Vertragliche Lückenfüllung	43
3. Gewohnheitsrecht	45
4. Richterrecht	46
a) Legitimität von Richterrecht an sich	47
b) Richterrecht als Gewohnheitsrecht?	48
c) Anwendbarkeit von Richterrecht bei der Rechtsfortbildung	50
d) Präjudizienbindung	50
e) Schlussbetrachtung	51
5. Lehre	51
6. Rechtsvergleichung	52
7. Ergebnis	54
III. Grenzen des legitimen Rechts	54
1. Grenzen der Auslegung	55
a) Wortlautgrenze	55

b) Lückenbegriff	56
aa) Planwidrigkeit	58
bb) Lückenarten	59
(1) Lücken intra legem	60
(2) Offene und verdeckte Lücken	61
c) Grenze der Analogie (zweite Grenze)	62
2. Lückenfüllung	63
a) Gesetzesnahe Methoden	63
aa) Analogie und teleologische Reduktion	63
bb) Annex-Schluss	66
cc) Rechtsprinzipien	67
dd) Sonstige systematische und teleologische Argumente	68
b) Gesetzesunabhängige Rechtsfortbildung	69
aa) Rechtsphilosophisch legitimierte außerrechtliche Argumente: Die Rechtssicherheit	70
bb) Gesetzesunabhängige Rechtsfortbildung an sich	71
IV. Rechtsverweigerungsverbot	74
1. Rechtsfreier Raum	75
2. Rechtslücke oder rechtsfreier Bereich	76
V. Lückenfüllungsnormen	77
1. Anleitung zur Lückenfüllung in Deutschland	78
a) Der Entwurf der Kommission vom 22. Juni 1874	78
b) Art. 20 III GG	79
c) § 242 BGB	80
aa) Am Wortlaut orientiertes Verständnis von § 242 BGB	81
bb) Erweitertes Verständnis von § 242 BGB	82
2. Art. 1 ZGB	85
a) Entstehungsgeschichte und Bekenntnis zur Lückenhaftigkeit	87
b) Die Analogie wird zur Auslegung gezählt	88
c) Inhalt und Bedeutung der Gesetzgebungslösung	89
aa) Verhältnis Analogie – Gesetzgebungslösung	90
bb) Inhalt der Gesetzgebungslösung im Besonderen	91
(1) Methodische Anweisungen	91
(2) Inhaltliches Vorgehen	93
d) Was bedeutet „bewährte Lehre und Überlieferung“?	95
aa) Bewährte Lehre	95
bb) Bewährte Überlieferung	96
e) Anwendbarkeit von Art. 1 ZGB im öffentlichen Recht	96
3. Legitimität durch die Lückenfüllungsnorm selbst?	98

VI. Fragestellung	99
1. Urteilsauswahl	99
2. Vorgehensweise bei den Urteilsanalysen	100
3. Thesen	100
C. Rechtsfortbildung in Deutschland	102
I. Urteilsanalysen Deutschland	102
1. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	102
a) RGZ 56, 271 – Vorsichtige Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb (Urteil vom 14. Dezember 1902)	103
aa) Rechtsfrage	103
bb) Grenzen der Auslegung	103
cc) Lückenfüllung	105
dd) Ergebnis	107
b) BGHZ 36, 252 – Subsidiarität des Rechts am Gewerbebetrieb gegenüber Wettbewerbsrecht (Urteil vom 22. Dezember 1961)	108
aa) Rechtsfrage	108
bb) Grenzen der Auslegung	108
cc) Lückenfüllung	109
dd) Ergebnis	110
c) BGHZ 69, 128 – Abwendung vom Grundsatz der Subsidiarität (Urteil vom 16. Juni 1977)	110
aa) Rechtsfrage	110
bb) Grenzen der Auslegung	111
cc) Lückenfüllung	113
dd) Ergebnis	114
2. Rechtsscheinvollmacht	114
a) RGZ 65, 292 – Annahme des Grundsatzes der Anscheinsvollmacht ohne Begründung (Urteil vom 14. März 1907)	114
aa) Rechtsfrage	114
bb) Grenzen der Auslegung	115
cc) Lückenfüllung	115
dd) Ergebnis	117
b) RGZ 117, 164 – Bestätigung des Grundsatzes der Rechtsscheinvollmacht unter Bezugnahme auf Vorentscheidungen (Urteil vom 27. Mai 1927)	117
aa) Rechtsfrage	117
bb) Grenzen der Auslegung	117
cc) Lückenfüllung	118
dd) Ergebnis	120

c)	BGH MDR 1953, 345 – Verfestigung der Rechtsprechung zur Anscheinsvollmacht: „anerkannter Rechtsgrundsatz“ (Urteil vom 10. März 1953) ..	121
aa)	Rechtsfrage	121
bb)	Grenzen der Auslegung	121
cc)	Lückenfüllung	122
dd)	Ergebnis	125
d)	BGHZ 65, 13 – Vergleichbarer Fall: Abhandengekommene Vollmachtsurkunde (Urteil vom 30. Mai 1975)	126
aa)	Rechtsfrage	126
bb)	Grenzen der Auslegung	126
cc)	Lückenfüllung	127
dd)	Ergebnis	130
3.	Culpa in contrahendo	130
a)	RGZ 95, 58 – Herleitung der culpa in contrahendo über Bekräftigungen und Treu und Glauben, obwohl eine Rechtsanalogie angedacht wird (Urteil vom 24. September 1918)	131
aa)	Rechtsfrage	131
bb)	Grenzen der Auslegung	131
cc)	Lückenfüllung	131
dd)	Ergebnis	135
4.	Positive Vertragsverletzung	135
a)	RGZ 106, 22 – Ableitung der PVV aus dem Gesetzesrecht (§ 276 BGB) (Urteil vom 29. November 1922)	135
aa)	Rechtsfrage	135
bb)	Grenzen der Auslegung	136
cc)	Lückenfüllung	138
dd)	Ergebnis	139
b)	BGHZ 11, 80 – Herleitung der PVV aus einer Analogie zu den §§ 325, 326 BGB a.F. in Verbindung mit § 242 BGB (Urteil vom 13. November 1953)	140
aa)	Rechtsfrage	140
bb)	Grenzen der Auslegung	141
cc)	Lückenfüllung	143
dd)	Ergebnis	145
5.	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	145
a)	RGZ 127, 218 – Herleitung der Schutzwirkung mit Hilfe von Vertragsauslegung über einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) (Urteil vom 10. Februar 1930)	146
aa)	Rechtsfrage	146
bb)	Grenzen der Auslegung	146
cc)	Lückenfüllung	148
dd)	Ergebnis	152

b)	BGHZ 56, 269 – Herleitung der Schutzwirkung alternativ über Vertragsauslegung oder Gesetzesrecht (§ 242 BGB) (Urteil vom 15. Juni 1971) . . .	152
aa)	Rechtsfrage	152
bb)	Grenzen der Auslegung	153
cc)	Lückenfüllung	154
dd)	Ergebnis	155
6.	Verwirkung	155
a)	RGZ 144, 22 – Ablehnung einer allgemeinen Geltung der Verwirkung wegen fehlender Rechtssicherheit (Urteil vom 17. April 1934)	155
aa)	Rechtsfrage	155
bb)	Grenzen der Auslegung	156
cc)	Lückenfüllung	157
dd)	Ergebnis	159
b)	RGZ 155, 148 – Annahme einer allgemeinen Geltung der Verwirkung unter Rückgriff auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) (Urteil vom 4. Juni 1937)	159
aa)	Rechtsfrage	159
bb)	Grenzen der Auslegung	160
cc)	Lückenfüllung	160
dd)	Ergebnis	163
7.	Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund	163
a)	BGHZ 9, 157 – Zulässigkeit des Ausschlusses: Begründung über eine Rechtsanalogie oder ein allgemeines Prinzip? (Urteil vom 1. April 1953)	164
aa)	Rechtsfrage	164
bb)	Grenzen der Auslegung	164
cc)	Lückenfüllung	166
dd)	Ergebnis	170
8.	Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Haftungsausschluss beim Kaufvertrag	171
a)	BGHZ 22, 90 – Nachbesserungsrecht des Käufers: Begründung über eine Interessenabwägung unter Rückgriff auf § 242 BGB (Urteil vom 29. Oktober 1956)	171
aa)	Rechtsfrage	171
bb)	Grenzen der Auslegung	171
cc)	Lückenfüllung	175
dd)	Ergebnis	176
9.	Produzentenhaftung	177
a)	BGHZ 51, 91 – Grundsatzentscheidung zur Produzentenhaftung mit Hilfe einer Kombinationsbegründung (Urteil vom 26. November 1968)	177
aa)	Rechtsfrage	177
bb)	Grenzen der Auslegung	177
cc)	Lückenfüllung	179

dd) Ergebnis	183
10. Leasingvertrag – Einwendungsdurchgriff	184
a) BGHZ 97, 135 – Bejahung eines Einwendungsdurchgriffes mit scheinbarer Vertragsauslegung (Urteil vom 19. Februar 1986)	185
aa) Rechtsfrage	185
bb) Grenzen der Auslegung	185
cc) Lückenfüllung	188
dd) Ergebnis	189
11. Ausgleich zwischen zwei Sicherungsgebern	189
a) BGHZ 108, 179 – Bejahung des Ausgleichs über eine Analogie zu den Gesamtschuldregeln; letzte Begründung ist aber § 242 BGB (Urteil vom 29. Juni 1989)	190
aa) Rechtsfrage	190
bb) Grenzen der Auslegung	190
cc) Lückenfüllung	192
dd) Ergebnis	195
12. Nichteheliche Lebensgemeinschaft – Eintrittsrecht in den Mietvertrag	195
a) BGH NJW 1993, 999 – Bejahung des Eintrittsrechts über eine Analogie zu der Regelung für Familienangehörige (§ 569a II BGB a.F.) (Beschluss vom 13. Januar 1993)	196
aa) Rechtsfrage	196
bb) Grenzen der Auslegung	196
cc) Lückenfüllung	197
dd) Ergebnis	203
II. Ergebnisse Deutschland	204
1. Bewusstsein des Legitimitätsproblems in der Lücke	204
a) Hinweis auf die Lücke	204
aa) Die Lücke wird erwähnt	205
bb) Die Lücke wird nicht erwähnt	206
b) Bewusstsein des Legitimitätsproblems	207
aa) Erkennen des Legitimitätsproblems	207
bb) Vernachlässigen des Legitimitätsproblems	208
(1) Die Anwendung von konkretem Gesetzesrecht wird zugunsten von durch Rechtsfortbildung gefundenen Lösungen offen gelassen	208
(2) Die Reihenfolge von Auslegungs- und Lückenfüllungsargumenten wird nicht eingehalten	208
(3) Einhalten der Reihenfolge von gesetzesnahen und nicht gesetzesnahen Methoden bei der Lückenfüllung am Beispiel von BGH NJW 1993, 999	209
cc) Lückenfüllende Begründungen	210

- 2. Grenzen der Auslegung 210
 - a) Überdehnen materiellen Rechts 211
 - aa) Gesetz 211
 - (1) Anwendung von konkretem Gesetzesrecht in der Lücke 211
 - (2) § 242 BGB 211
 - (a) Begründung nur aus § 242 BGB 212
 - (b) Ergänzendes Heranziehen von § 242 BGB 212
 - bb) Vertrag 213
 - b) Zurückschieben der Grenzen der Auslegung 214
 - c) Zutreffende Bestimmung der Grenzen der Auslegung 214
 - d) Die Grenzen der Auslegung werden ohne besonderen Grund nicht bestimmt 215
- 3. Lückenfüllung 215
 - a) Verdecken der zweiten Grenze 216
 - aa) Überdehnen der Grenzen der Auslegung 216
 - bb) Verdecken durch ergänzende Argumente, mit denen Legitimität suggeriert wird 216
 - (1) Leerformeln und andere scheinlegitime Methoden 217
 - (2) Pauschalverweise auf Präjudizien und Literaturmeinungen 217
 - (3) Deduktion statt Induktion 218
 - b) Zurückschieben der zweiten Grenze 218
 - c) Rechtsfortbildung contra legem 218
 - d) Kombinationsbegründungen 219
 - e) Dem Legitimitätsgedanken entsprechende Lückenfüllung 220
 - aa) Analogie 220
 - bb) Ablehnung der Lückenfüllung mit zulässigen Argumenten 221
 - cc) Sonderfall: Unvermeidbare eigene Wertung des Richters 221
- 4. Gesamtergebnis 222
 - a) Wirkungen der Erwähnung der Lücke 222
 - b) Vorgehensweise bei der Rechtsfortbildung 223
 - aa) Grenzen der Auslegung 223
 - bb) Lückenfüllung 224
 - (1) Scheinbare Legitimität 224
 - (2) Rechtsprechungsentwicklungen contra legem 225
 - (3) Restliche Tendenzen 226
 - (4) Unvermeidbare eigene Wertung des Richters 226
 - c) Bewusstsein des Legitimitätsproblems 226
 - d) Endergebnis 227

D. Rechtsfortbildung in der Schweiz	229
I. Urteilsanalysen Schweiz	229
1. Rechtsscheinvollmacht	230
a) BGE 31 II 667 – Annahme des Grundsatzes der Rechtsscheinvollmacht unter Bezugnahme auf deutsche Literatur (Urteil vom 1. Dezember 1905)	230
aa) Rechtsfrage	230
bb) Grenzen der Auslegung	230
cc) Lückenfüllung	231
dd) Ergebnis	232
b) BGE 74 II 149 – Bestätigung des Grundsatzes der Anscheinvollmacht für das schweizerische Recht unter Bezugnahme auf BGE 31 II 667 (Urteil vom 2. November 1948)	232
aa) Rechtsfrage	232
bb) Grenzen der Auslegung	233
cc) Lückenfüllung	234
dd) Ergebnis	236
c) BGE 120 II 197 – Herleitung der Rechtsscheinvollmacht über Art. 33 Abs. 3 OR i.V.m. dem Vertrauensprinzip (Urteil vom 21. Juni 1994)	237
aa) Rechtsfrage	237
bb) Grenzen der Auslegung	237
cc) Lückenfüllung	242
dd) Ergebnis	242
2. Selbstkontrahieren des Vertreters	242
a) BGE 39 II 561 – Aufstellen einer Regel zum Selbstkontrahieren mit Hilfe einer Kombinationsbegründung (Urteil vom 2. Oktober 1913)	243
aa) Rechtsfrage	243
bb) Grenzen der Auslegung	243
cc) Lückenfüllung	244
dd) Ergebnis	247
3. Abstraktions- oder Kausalitätsprinzip beim Eigentumserwerb	248
a) BGE 55 II 302 – Entscheidung für das Kausalitätsprinzip über eine Kom- binationsbegründung mit ausführlichem Gesetzgebervorgehen (Urteil vom 29. November 1929)	248
aa) Rechtsfrage	248
bb) Grenzen der Auslegung	248
cc) Lückenfüllung	249
dd) Ergebnis	252

4. Gesetzlicher Übergang von Grundpfandrechten im Rahmen eines Kauf- und Schuldübernahmevertrages	253
a) BGE 60 II 179 – Bejahung der Subrogation mit Hilfe von Analogie, ohne es so zu nennen (Urteil vom 23. März 1934)	253
aa) Rechtsfrage	253
bb) Grenzen der Auslegung	253
cc) Lückenfüllung	255
dd) Ergebnis	259
5. Culpa in contrahendo	260
a) BGE 77 II 135 – Herleitung der culpa in contrahendo mit Hilfe einer Kombinationsbegründung (Urteil vom 6. Juni 1951)	260
aa) Rechtsfrage	260
bb) Grenzen der Auslegung	260
cc) Lückenfüllung	261
dd) Ergebnis	265
6. Entschädigung bei einer Duldungspflicht von Immissionen, die durch notwendige Baumaßnahmen an einem Nachbargrundstück entstehen	266
a) BGE 83 II 375 – Begründung einer Entschädigung mit dem Gesetzesrecht (Urteil vom 19. September 1957)	266
aa) Rechtsfrage	266
bb) Grenzen der Auslegung	267
cc) Lückenfüllung	268
dd) Ergebnis	268
b) BGE 91 II 100 – Annahme einer Entschädigungspflicht mit Hilfe einer Kombinationsbegründung (Urteil vom 28. Januar 1965)	268
aa) Rechtsfrage	268
bb) Grenzen der Auslegung	269
cc) Lückenfüllung	269
dd) Ergebnis	274
c) BGE 114 II 230 – Annahme einer Entschädigungspflicht mit Hilfe einer Rechtsanalogie (Urteil vom 19. Mai 1988)	274
aa) Rechtsfrage	274
bb) Grenzen der Auslegung	275
cc) Lückenfüllung	275
dd) Ergebnis	276
7. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen ohne zeitliche Begrenzung („ewige Verträge“)	277
a) BGE 97 II 390 – Begründung der Kündbarkeit eines „ewigen Vertrages“ mit Hilfe von Vertragsauslegung (Urteil vom 7. Dezember 1971)	277
aa) Rechtsfrage	277
bb) Grenzen der Auslegung	277

cc) Lückenfüllung	281
dd) Ergebnis	283
8. Legalzession der Gewährleistungsansprüche der einzelnen Stockwerkeigentümer an die Stockwerkeigentümergeinschaft	284
a) BGE 114 II 239 – Ablehnung der Legalzession mit Hilfe einer Kombinationsbegründung wegen eines qualifizierten Schweigens (Urteil vom 11. Oktober 1988)	284
aa) Rechtsfrage	284
bb) Grenzen der Auslegung	284
cc) Lückenfüllung	285
dd) Ergebnis	289
9. Kündigung eines Franchisevertrages	290
a) BGE 118 II 157 – Lösung des Problems über eine allgemeine Analogie zum arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz und eine Contra-legen-Entscheidung hinsichtlich der konkret anzuwendenden Regelung (Urteil vom 26. März 1992)	290
aa) Rechtsfrage	290
bb) Grenzen der Auslegung	290
cc) Lückenfüllung	293
dd) Ergebnis	297
10. Sozialversicherungsrecht: Reisekostenerstattung bei Heilbehandlungen im Ausland im Zusammenhang mit Eingliederungsmaßnahmen nach dem IVG	298
a) BGE 119 V 250 – Herleitung der Reisekostenerstattung über einen Annex-Schluss (Urteil vom 17. November 1993)	298
aa) Rechtsfrage	298
bb) Grenzen der Auslegung	299
cc) Lückenfüllung	302
dd) Ergebnis	304
11. Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen	305
a) BGE 120 II 331 – Herleitung der Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen über eine Kombinationsbegründung (Urteil vom 15. November 1994)	306
aa) Rechtsfrage	306
bb) Grenzen der Auslegung	306
cc) Lückenfüllung	306
dd) Ergebnis	310
12. Richterliche Vertragsanpassung bei Übervorteilung nach Art. 21 OR	311
a) BGE 123 III 292 – Herleitung der richterlichen Vertragsanpassung über eine Kombinationsbegründung (Urteil vom 26. Juni 1997)	311
aa) Rechtsfrage	311
bb) Grenzen der Auslegung	311
cc) Lückenfüllung	312
dd) Ergebnis	318

13. Sozialversicherungsrecht: Zugrunde zu legender Verdienst eines Schnupperlehrlings bei der Berechnung der Invalidenrente in der Unfallversicherung	319
a) BGE 124 V 301 – Bestimmung des Verdienstes mit Hilfe einer Kombinationsbegründung unter Heranziehung von Art. 26 Abs. 1 IVV (Urteil vom 30. Juni 1998)	319
aa) Rechtsfrage	319
bb) Grenzen der Auslegung	320
cc) Lückenfüllung	321
dd) Ergebnis	324
14. Schuldbetreibungsrecht: Zeitpunkt der Geltung der alten oder neuen Privilegienordnung des Art. 219 SchKG im Rahmen des Nachlassverfahrens nach dem SchKG	325
a) BGE 125 III 154 – Festlegen des Zeitpunktes der Bewilligung der Nachlassstundung mit Hilfe von Analogie (Urteil vom 15. Dezember 1998)	326
aa) Rechtsfrage	326
bb) Grenzen der Auslegung	327
cc) Lückenfüllung	328
dd) Ergebnis	332
15. Frage nach der Geltung der nationalen oder der internationalen Erschöpfung im Patentrecht	333
a) BGE 126 III 129 – Entscheidung für die nationale Erschöpfung über eine Kombinationsbegründung mit ausführlichem Gesetzgebervorgehen (Urteil vom 7. Dezember 1999)	333
aa) Rechtsfrage	333
bb) Grenzen der Auslegung	334
cc) Lückenfüllung	336
dd) Ergebnis	342
16. Sozialversicherungsrecht: Zeitpunkt des Krankenversicherungswechsels bei verspäteter Mitteilung des neuen Versicherers im Rahmen von Art. 7 Abs. 5 KVG	343
a) BGE 127 V 38 – Lösung des Problems in reinem Gesetzgebervorgehen (Urteil vom 9. Januar 2001)	344
aa) Rechtsfrage	344
bb) Grenzen der Auslegung	344
cc) Lückenfüllung	345
dd) Ergebnis	347
II. Ergebnisse Schweiz	348
1. Bewusstsein des Legitimitätsproblems in der Lücke	348
a) Hinweis auf die Lücke und auf Art. 1 ZGB	348
aa) Die Lücke und Art. 1 ZGB werden erwähnt	348
bb) Die Lücke und Art. 1 ZGB werden nicht erwähnt	349

b) Bewusstsein des Legitimitätsproblems	350
aa) Umgang mit der Gesetzgebungslösung	350
bb) Vernachlässigen des Legitimitätsproblems	351
cc) Lückenfüllende Begründungen	352
2. Grenzen der Auslegung	353
a) Überdehnen materiellen Rechts	353
aa) Gesetz	353
(1) Anwendung von konkretem Gesetzesrecht in der Lücke	353
(a) Tatsächliche Anwendung von Gesetzesrecht	354
(b) Die Analogie wird zur Auslegung gezählt	354
(2) Art. 2 Abs. 1 ZGB	355
bb) Vertrag	356
b) Zurückschieben der Grenzen der Auslegung	356
c) Zutreffende Bestimmung der Grenzen der Auslegung	356
d) Die Grenzen der Auslegung werden ohne besonderen Grund nicht be-	
stimmt	357
3. Lückenfüllung	358
a) Verdecken der zweiten Grenze	358
aa) Überdehnen der Grenzen der Auslegung	358
bb) Verdecken durch ergänzende Argumente, mit denen Legitimität sug-	
geriert wird	359
b) Zurückschieben der zweiten Grenze	359
c) Rechtsfortbildung contra legem	360
d) Kombinationsbegründungen	360
aa) Vertragsauslegung	361
bb) Präjudizien	361
cc) Leerformeln und eigene Wertungen des Richters	362
dd) Gesetzgebervorgehen	363
e) Dem Legitimitätsgedanken entsprechende Lückenfüllung	364
aa) Analogie und ähnliche Methoden	365
bb) Sonderfall: Unvermeidbares Gesetzgebervorgehen	365
4. Gesamtergebnis	366
a) Wirkungen von Art. 1 ZGB	366
aa) Grenzen der Auslegung	366
bb) Lückenfüllung	367
b) Vorgehensweise bei der Rechtsfortbildung	368
aa) Grenzen der Auslegung	368
bb) Lückenfüllung	368
(1) Kombinationsbegründungen und vollständig gesetzesnahe Lü-	
ckenfüllung	369

(2) Rechtsprechungsentwicklungen contra legem	369
(3) Restliche Tendenzen: Scheinbare Legitimität	370
(4) Unvermeidbare eigene Wertung des Richters	370
c) Bewusstsein des Legitimitätsproblems	371
d) Endergebnis	371
E. Vergleich	373
I. Vergleich der Ergebnisse der Urteilsanalysen	373
1. Haupttendenzen bei der Rechtsfortbildung	373
a) Grenzen der Auslegung	374
b) Lückenfüllung	376
aa) Haupttendenzen bei der Lückenfüllung	376
(1) Deutschland	376
(2) Schweiz	377
(3) Ergebnis	378
bb) Rechtsfortbildung contra legem	378
cc) Unvermeidbare eigene Wertung des Richters	379
2. Nebenbei auftretende Phänomene	379
a) Erwähnung der Lücke bzw. von Art. 1 ZGB	379
b) Bewusstsein des Legitimitätsproblems	380
3. Abgleich der Ergebnisse mit den Thesen	381
II. Vorschlag einer Lückenfüllungsnorm	382
1. Begründung	382
2. Normtext	385
Literaturverzeichnis	386
Personen- und Sachverzeichnis	398

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht/andere Ansichten
aAktG	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937 (deutsch)
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (deutsch)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969 (deutsch)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976, aufgehoben durch Art. 6 SMG vom 26. November 2001 (deutsch)
AJP	Aktuelle juristische Praxis (schweiz.)
Anm.	Anmerkung
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (schweiz.)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (schweiz.)
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral = BGE (schweiz.)
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1; schweiz.)
Aufl.	Auflage
aUWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (deutsch)
BBl.	Bundesblatt (schweiz.)
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
Begr.	Begründer
begr. v.	begründet von
ber.	berichtigt
BG	Bundesgesetz (schweiz.)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (Schönfelder Nr. 20; deutsch)
BGBL	Bundesgesetzblatt (deutsch)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht (schweiz.)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110; schweiz.)
BGH	Bundesgerichtshof (deutsch)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (deutsch)

BK	Berner Kommentar (schweiz.)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz vom 30. Juni 1961 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 1987 (deutsch)
BSK	Basler Kommentar (schweiz.)
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, in Kraft getreten am 1. Januar 2000 (SR 101)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (deutsch)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (deutsch)
bzw.	beziehungsweise
Chap.	Chapitre = Kapitel
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
c.i.c.	culpa in contrahendo
CO	Code des obligations = OR (schweiz.)
CR	Commentaire romand (schweiz.)
ders.	derselbe (Autor)
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
dt. Recht	deutsches Recht
E.	Erwägung
Einf	Einführung
Einl.	Einleitung
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711; schweiz.)
Erl.	Erläuterung
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FamRZ	FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (deutsch)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (Schönfelder Nr. 53; deutsch)
GenG a.F.	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 (deutsch)
GewO	Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (Sartorius Nr. 800; deutsch)
GewO a.F.	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869 in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juli 1900
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Sartorius Nr. 1)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 (Schönfelder Nr. 52; deutsch)
GmbH-Rdsch.	Rundschau für GmbH, später GmbH-Rundschau (deutsch)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 12. September 1950 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (Schönfelder Nr. 95; deutsch)
Habil.	Habilitation
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Schönfelder Nr. 50; deutsch)
h.L.	herrschende Lehre

h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
i.E.	im Ergebnis
Intro	Introduction = Einleitung
i.S.v.	im Sinne von
ital.	italienisch
ius.full	ius.full: Forum für juristische Bildung (schweiz. Zeitschrift)
IV	Invalidenversicherung (schweiz.)
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20; schweiz.)
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201; schweiz.)
JW	Juristische Wochenschrift (deutsch)
JZ	Juristenzeitung (deutsch)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht (Oberlandesgericht von Berlin)
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (schweiz.), aufgehoben durch das KVG
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10; schweiz.)
LG	Leasinggeber
lit.	litera = Buchstabe
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. v. Lindenmaier und Möhring
LN	Leasingnehmer
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16. Februar 2001 (Schönfelder Nr. 43; deutsch)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen vom 25. Oktober 1994 (Schönfelder Nr. 72; deutsch)
m.a.W.	mit anderen Worten
m. Bespr.	mit Besprechung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.N.	mit Nachweisen
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (deutsch)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
n.F.	neue Fassung
N.F.	neue Folge
NJW	Neue juristische Wochenschrift (deutsch)
Nr.	Nummer
österreich.	österreichisch
OHG	offene Handelsgesellschaft (deutsch)
OR	Obligationenrecht; Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)

PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (SR 232.14; schweiz.)
portugies.	portugiesisch
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 15. Dezember 1989 (Schönfelder Nr. 27)
PVV	Positive Vertragsverletzung
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (schweiz.)
RG	Reichsgericht (deutsch)
RGBl.	Reichsgesetzblatt (deutsch)
RGRK	Reichsgerichtsratekommentar, später nur RGRK (deutsch)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (deutsch)
RiWG	Richterwahlgesetz vom 25. August 1950 (Sartorius Nr. 610; deutsch)
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (deutsch)
s.	siehe
S.	Seite
Sartorius	Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze – Textsammlung, begr. v. Carl Sartorius
ScheckG	Scheckgesetz vom 14. August 1933 (Schönfelder Nr. 56)
SchKG	Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1; schweiz.)
SchIT	Schlusstitel
Schönfelder	Schönfelder, Deutsche Gesetze – Sammlung des Zivil-, Straf- und Verfahrensrechts, begr. v. Heinrich Schönfelder
schweiz.	schweizerisch
sic!	sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (schweiz.)
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001, in Kraft seit 1. Januar 2002 (deutsch); Vorschriften des BGB vor dem SMG abgedruckt in Schönfelder, Ergänzungsband Nr. 20
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte (bei einigen älteren deutschen Zeitschriften sind die Seiten jeweils in zwei Spalten aufgeteilt; die Spalten sind fortlaufend nummeriert)
span.	spanisch
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung; schweiz.); zugänglich über www.admin.ch
StenBullNR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (schweiz.; 1907–1962: Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung)
StGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (Schönfelder Nr. 85)
StVG	Straßenverkehrsgesetz vom 3. Mai 1909 in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. März 2003 (Schönfelder Nr. 35; deutsch)
s. u.	siehe unten
Syst. Teil	Systematischer Teil
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge

SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TRIPs-Abkommen	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum im Rahmen des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (Schweiz: SR 0.632.20, Anhang 1C)
TVG	Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949 in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (Schönfelder, Ergänzungsband Nr. 81; deutsch)
u.	und
u. a.	unter anderem, und andere
Überbl	Überblick
Urt. v.	Urteil vom
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20; schweiz.)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202; schweiz.)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (deutsch)
v	vor
V	Verordnung (schweiz.)
Verf.	Verfasserin
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (deutsch)
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume = Band
Vorbem.	Vorbemerkungen
WG	Wechselgesetz vom 21. Juni 1933 (Schönfelder, Ergänzungsband Nr. 54)
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (schweiz.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZIP	ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (deutsch)
ZK	Zürcher Kommentar (schweiz.)
ZPO	Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (Schönfelder Nr. 100; deutsch)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zugl.	zugleich
z. Zt.	zur Zeit

A. Einleitung

Diese Arbeit soll sich der Frage widmen, wie Rechtsfortbildung in der Schweiz und in Deutschland betrieben wird. Da das Recht vor allem dann fortgebildet werden muss, wenn keine einschlägige Regel existiert, soll es in dieser Arbeit um das Vorgehen der Richter in der Regelungslücke gehen. Dort stellt sich das Problem, dass die Richter entscheiden müssen, obwohl kein demokratisch legitimes Recht vorhanden ist. In der Arbeit wird untersucht, wie die Richter mit diesem Problem umgehen. Gleichzeitig wird ein Vorschlag gemacht, wie eine methodisch genaue und am Legitimitätsgedanken orientierte Lückenfüllung aussehen könnte.

Legitimität wird in dieser Untersuchung zwar als rechtsphilosophischer Begriff verstanden. In der Demokratie kann man jedoch rechtsphilosophische Legitimität mit demokratischer Legitimität gleichsetzen. Der rechtsphilosophische Ansatz ist dennoch wichtig, da nur so die Bedeutung von Legitimität vollständig erklärt werden kann. Legitimität kann man in der Rechtsphilosophie als Geltung in dem Sinne beschreiben, dass das Recht für den einzelnen nicht durch Zwang, sondern aufgrund seiner eigenen Gewissensentscheidung verpflichtend ist. In der Demokratie drückt sich das so aus, dass der einzelne über die parlamentarischen Repräsentanten darüber mitentscheidet, was für ihn gelten soll und so selbst- statt fremdbestimmt ist.

Stellt man diesen Gedanken der Selbstbestimmung und damit der Freiheit in den Vordergrund, wird erklärlich, warum Legitimität von Recht so wichtig ist. Sie bedeutet, dass Recht im Staat nicht durch Zwang und Fremdbestimmung gesetzt wird. In der Regelungslücke gibt es nun zwangsläufig ein Legitimitätsdefizit, weil dort das Gesetzesrecht an seine Grenzen gelangt. Um dort dennoch ein größtmögliches Maß an Selbstbestimmung zu gewährleisten, muss auch bei der Rechtsfortbildung der Legitimitätsgedanke im Vordergrund stehen. Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit aus dem Legitimitätsgedanken eine Methode entwickelt, die der Richter bei der Rechtsfortbildung anwenden kann.

Ob er diese Methode auch anwendet oder ihr zumindest nahekommt, soll in Analysen überwiegend zivilrechtlicher rechtsfortbildender Entscheidungen geklärt werden. Dabei wird die Vorgehensweise der Richter in je zwanzig deutschen und schweizerischen Urteilen untersucht, in denen sich ein Rechtsfortbildungsproblem stellt.

Der Vergleich von Deutschland und der Schweiz wird unternommen, weil es in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland mit Art. 1 ZGB¹ eine Lückenfüllungs-

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (AS 24, 233), aktuelle Fassung abgedruckt in SR 210.

norm gibt, die eine bei der Lückenfüllung zu beachtende Methode vorschreibt. Dies legt nahe, dass es in beiden Ländern Unterschiede in der Rechtsfortbildung gibt, die den Vergleich interessant machen. Insbesondere stellt sich die Frage, wie sich die Existenz von Art. 1 ZGB auf die Qualität der lückenfüllenden Begründungen und die Beachtung des Legitimitätsgedankens auswirkt.

Schließlich sollen die theoretischen Erwägungen über eine ideale, dem Legitimitätsprinzip entsprechende Lückenfüllung in Kombination mit den aus den Urteilsanalysen gewonnenen Erkenntnissen dazu genutzt werden, einen Vorschlag für eine Lückenfüllungsnorm zu machen, die in besonderer Weise zu einer am Legitimitätsgedanken orientierten Lückenfüllung anleitet.

Um methodisch genaue und dem Legitimitätsgedanken entsprechende Lückenfüllung zu betreiben, braucht man jedoch nicht zwingend eine Lückenfüllungsnorm. Dies ist vor allem für Deutschland wichtig, da ungewiss ist, ob dort eine Lückenfüllungsnorm eingeführt werden wird. Die in dieser Arbeit erläuterte Methode kann man aber auch ohne Lückenfüllungsnorm anwenden. Dafür können Richter auf den theoretischen Teil der Arbeit zurückgreifen, aber auch auf die Urteilsanalysen selbst. Diese enthalten immer Vorschläge, wie man die jeweilige Regelungslücke nach hier vertretener Methode füllen kann.

B. Theoretische Grundlagen

In diesem Abschnitt sollen die theoretischen Grundlagen der Arbeit dargelegt werden. Zunächst wird erklärt, wie sich Recht grundsätzlich aus philosophischer Sicht legitimiert und wie die philosophische Legitimation von Recht im Staat erfolgt. Im Folgenden wird ausgeführt, welches Recht von diesem Standpunkt aus als legitim bezeichnet werden kann. Sodann werden die bei der Lückenfüllung auftretenden Grenzen der Legitimität erläutert und es werden Vorschläge für eine am Legitimitätsgedanken orientierte Lückenfüllung gemacht. Aus dem Legitimitätsprinzip ergibt sich so die bei der Lückenfüllung zu beachtende Methode. Als Voraussetzung jeder Lückenfüllung wird außerdem auf das Rechtsverweigerungsverbot eingegangen und es werden die zur Lückenfüllung herangezogenen oder bestimmten Normen, insbesondere § 242 BGB¹ und Art. 1 ZGB, vorgestellt.

Aus der dargelegten Methode der am Legitimitätsgedanken orientierten Lückenfüllung wird sodann die Vorgehensweise bei den Urteilsanalysen entwickelt und erklärt. Aus der Tatsache, dass es in Deutschland keine Lückenfüllungsnorm gibt und stattdessen § 242 BGB als Grundlage der richterlichen Rechtsfortbildung genutzt wird, sowie aus der Existenz von Art. 1 ZGB und dessen spezifischen Inhalts werden schließlich zwei Thesen dahingehend abgeleitet, wie die Lückenfüllung im Hinblick auf den Legitimitätsgedanken in beiden Ländern aussehen könnte.

I. Rechtsphilosophische Legitimation von Recht

Aus rechtsphilosophischer Sicht kann man das Recht als eine Sollensordnung verstehen.² Sollensordnung bedeutet zum einen, dass es sich dabei um ein System von Imperativen handelt, also von vorschreibenden statt von beschreibenden Sätzen.³

Zum anderen kann man mit dem Begriff des „Sollens“ aber auch die rechtsphilosophische Urfrage⁴ nach dem „richtigen“ im Sinne von „gerechten“ Recht ver-

¹ Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. I 2003, S. 738), aktuelle Fassung abgedruckt in *Schönfelder*, Deutsche Gesetze, Nr. 20.

² *Hofmann*, Rechtsphilosophie, § 1 I. (S. 3); Hinweis auf Autoren, die diese These vertreten bei *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § 2 4. b) Rn. 46 und vorhergehende Randnummern (S. 48 f.).

³ *Hofmann*, Rechtsphilosophie, § 1 I. (S. 3); *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie, § 2 4. b) Rn. 44 (S. 48).

⁴ *Hofmann*, Rechtsphilosophie, § 1 I. (S. 4).