UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2016. "Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht." *JuristenZeitung* 71 (9): 435–41. https://doi.org/10.1628/002268815X14468110294512.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Professor Dr. **Jörg Neuner**, Augsburg*

Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht

Das BVerfG wird mit den verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung in zweifacher Weise konfrontiert: Zum einen muss es deren Beachtung durch die Fachgerichte kontrollieren und darf zum anderen auch selbst keine unzulässige Rechtsfortbildung betreiben. Beide Aspekte sollen nachfolgend im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu zivilrechtlichen Entscheidungen näher beleuchtet werden. Besondere Brisanz erlangt die Problematik durch den aktuellen, stark angreifbaren Beschluss zum (fehlenden) Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter zur Durchsetzung des Unterhaltsregresses (JZ 2015, 620 ff.).

I. Die Bindung der Zivilgerichte an das Grundgesetz

Die Rechtsprechung, einschließlich der Zivilgerichte, wird gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht sowie durch Art. 1 Abs. 3 GG nochmals ausdrücklich an die Grundrechte gebunden. Das *BVerfG* hat zivilgerichtliche Entscheidungen deshalb auf ihre Gesetzmäßigkeit, Rechtmäßigkeit sowie allgemeine Verfassungskonformität hin zu untersuchen.

1. Die Gesetzmäßigkeit

Das *BVerfG* ist kein Teil des Instanzenzuges, insbesondere keine „Superrevisionsinstanz“,[1] und kontrolliert daher in ständiger Rechtsprechung nur, ob ein Fachgericht „die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert“[2] und „den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung gefolgt ist.“[3] In weiser Selbstbeschränkung schreibt die Verfassung den Gerichten auch keine bestimmte Interpretationsmethode vor.[4] Sie konstituiert allerdings staatliche Fundamentalprinzipien, die es bei der Methodenwahl zu beachten gilt und deren Berücksichtigung das *BVerfG* sicherzustellen hat.

a) Der Wille des Gesetzgebers

Der funktionell-rechtliche Sinn der richterlichen Gesetzesbindung liegt im Gewaltenteilungsprinzip sowie der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers begründet. Die Gerichte dürfen sich deshalb nicht „aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben“[5] und „ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen.“[6] Demgemäß hat das *BVerfG* beispielsweise die arbeitsgerichtliche Einordnung von Sozialplanabfindungen als Konkursforderungen im Range vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO a. F. zu Recht für verfassungswidrig erklärt, „weil eine gesetzliche Regelungslücke, die es dem Richter erlaubte, für bestimmte Forderungen eine Privilegierung außerhalb des geschlossenen Systems der Konkursforderung vor der Rangstelle des § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO zu begründen, nicht (besteht).“[7] Ebenso hat das *BVerfG* unlängst die *BGH*-Rechtsprechung zur Berechnung des Unterhaltsbedarfs eines geschiedenen Ehegatten gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB als verfassungswidrig erachtet, weil sie sich mit „keiner der anerkannten Auslegungsmethoden“ rechtfertigen lässt.[8]

Das Kriterium der „anerkannten Auslegungsmethoden“ ist freilich sehr weit, sehr unbestimmt und ohne verfassungsrechtlichen Bezug. Als verfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstäbe sind stattdessen die Sachkriterien der Gewaltenteilung und Demokratie heranzuziehen, die zumindest eine argumentative Berücksichtigung und präsumtive Verbindlichkeit des (rekonstruierbaren[9]) gesetzgeberischen Willens verlangen.[10] Diese Feststellung impliziert keine definitive Vorrangstellung der intentio auctoris im Sinne einer rein subjektiven Auslegungsmethode, doch bedarf es hinreichender, verfassungsrechtlich fundierter Gründe, um von einer historischen Regelungsabsicht abzuweichen. Ein solcher Grund kann insbesondere in dem Erfordernis bestehen, das geltende Recht an veränderte Verhältnisse anzupassen.[11] So hat das *BVerfG* im „Soraya-Beschluss“[12] die zivilrechtliche Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als „sonstiges Recht“ gemäß § 823 Abs. 1 BGB für verfassungskonform erachtet, weil gravierende Wandlungen im tatsächlichen Normbereich (moderne Massenmedien, neue technische Gefährdungspotentiale) und fundamentale Veränderungen in der Gesamtrechtsordnung (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) ein Abweichen von der ursprünglich restriktiven gesetzgeberischen Regelungsabsicht legitimierten. Dieser richterliche Anpassungsbedarf entspricht der schlichten Erkenntnis, dass „der Arm des Gesetzgebers, mit dem er

---

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

1 *BVerfG* WM 2011, 857 ff. (858); NJW 2007, 499 ff. (Tz. 75).

2 *BVerfG* NJW 2015, 394 ff. (Tz. 17); 2014, 2340 ff. (Tz. 28); 2013, 1357 ff. (1359) m. w. N.

3 *BVerfGE* 132, 99 ff. (Tz. 76) = JZ 2012, 1065 mit Anm. *Sanders*; 128, 193 ff. (210 f.); restriktiver die abw. Meinung des Richters *Gerhardt* *BVerfGE* 122, 248 ff. (Tz. 146 ff.) = JZ 2009, 675 (dazu *C. Möllers* JZ 2009, 668); zu Alternativmodellen *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, 1989, S. 86 ff.; *Krauss*, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das Bundesverfassungsgericht, 1987, S. 89 ff. m. w. N.

4 Vgl. auch *BVerfG* NJW 2012, 669 ff. (Tz. 57); *BVerfGE* 88, 145 ff. (166 f.); siehe ferner nur *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 35 f.

5 *BVerfGE* 128, 193 ff. (210); 113, 88 ff. (103 f.) m. w. N. = JZ 2006, 313, dazu *Boecken/Klattenhoff* JZ 2006, 285.

6 *BVerfGE* 132, 99 ff. (Tz. 75); 128, 193 ff. (210); 82, 6 ff. (12) = JZ 1990, 811 mit Anm. *Roellecke*.

7 *BVerfGE* 65, 182 ff. (2. Leitsatz) = JZ 1984, 184.

8 *BVerfGE* 128, 193 ff. (Tz. 68).

9 Zudem kann die konkrete Feststellung des Gesetzgeberwillens zu erheblichen interpretatorischen Divergenzen führen. Den Fachgerichten steht auch insofern eine Beurteilungsprärogative zu. Eine Grenze wird aber erreicht, wenn die Interpretation der Gesetzesmaterialien durch das Fachgericht als *nicht mehr nachvollziehbar* erachtet wird, wie das beispielhaft in der abweichenden Meinung dreier Senatsmitglieder zu dem „Rügeverkümmerungs-Beschluss“ des *BVerfG* zum Ausdruck kommt; *BVerfGE* 122, 248 ff. (287, 298) = JZ 2009, 675 (dazu *C. Möllers* JZ 2009, 668).

10 Zur genetischen Argumentation ausführlich *Fleischer*, in: *ders.*, Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 1 ff. (5 ff. sowie rechtsvergleichend 21 ff.); *Landenberg-Roberg/Sehl* Rechtswissenschaft 2015, 135 ff.; zuletzt *Wischmeyer* JZ 2015, 957 ff.

11 Vgl. *BVerfGE* 128, 193 ff. (210); 96, 375 ff. (394) m. w. N. = JZ 1998, 356 (dazu *Stürner* JZ 1998, 317).

12 *BVerfGE* 34, 269 ff. (278 ff.) = JZ 1973, 662 mit Anm. *Kübler*; zivilrechtlich wurde ein allgemeines Persönlichkeitsrecht erstmals in der „Schachtbrief-Entscheidung“ *BGHZ* 13, 334 ff. anerkannt.

Juristenzeitung 71, 435–441 DOI: 101628/002268815X14468110294512
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2016

in die Zukunft vorgreift, eine endliche Länge (hat)“[13] und deshalb auch eine Norm im Fall ihrer Sinnentleerung kraftlos wird: „Cessante ratione legis cessat lex ipsa“.[14]

Das darüber hinausgehende, vor allem früher häufig gebrauchte Diktum des *BVerfG*, wonach die Auslegung „der Ermittlung des im Gesetz objektivierten Willens des Gesetzgebers (diene)“[15], birgt hingegen die latente Gefahr, dass unter dem Deckmantel des „objektivierten Willens“ rein subjektive richterliche Präferenzen als Normzweck ausgegeben und dem Gesetz untergeschoben werden. Sehr anfechtbar war daher beispielsweise die im „Soraya-Beschluss“ zusätzlich gebilligte *contralegale* Rechtsprechung des *BGH* zum immateriellen Schadensersatz („Herrenreiter-Entscheidung“[16]), die sich ohne hinreichende Gründe über die dezidierte Ansicht der Gesetzesautoren hinwegsetzte,[17] wonach es „nicht ehrenvoll“ sei, „sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen.“[18]

In neueren Entscheidungen berücksichtigt das *BVerfG* hingegen verstärkt den Gesetzgeberwillen und betont, dass „eine solche Interpretation, die (…) den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht (…) gebilligt wird, (…) unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers (eingreift).“[19] Bei einer teleologischen Reduktion prüft das *BVerfG* sogar ausdrücklich, „ob sich diese auf den Willen des Gesetzgebers stützt.“[20] Auch im Anwendungsbereich verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalte muss sichergestellt sein, „dass nicht kraft Richterrechts gesetzliche Vorschriften als Eingriffsgrundlage in einem Bereich Anwendung finden, deren Anwendung in diesem Bereich der Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen hat.“[21]

b) Der Wortlaut des Gesetzes

Die Rechtsprechung zur Bedeutung des Gesetzeswortlauts verläuft in klassischen Bahnen. Dieser bildet grundsätzlich auch dann keine Rechtsfortbildungsschranke, wenn er eindeutig ist.[22] Die anders lautende „plain meaning rule“ bzw. „acte clair doctrin“[23] verwirft das *BVerfG* ausdrücklich, indem es erklärt, dass „der Wortlaut des Gesetzes im Regelfall keine starre Auslegungsgrenze [zieht]“[24] und deshalb insbesondere das Analogieverfahren sowie die teleologische Reduktion zu den anerkannten Methoden der Rechtsfindung zählen.[25] Die Hauptausnahme bildet der Grundsatz „nulla poena sine lege“ gemäß Art. 103 Abs. 2 GG. Nach ständiger Rechtsprechung markiert hierbei der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger Interpretation.[26] So hat das *BVerfG* beispielsweise entschieden, dass ein Personenkraftwagen nicht mehr vom möglichen Wortsinn des Begriffs der „Waffe“ in § 113 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB erfasst wird.[27] Diese Rechtsprechung ist konsequenterweise auf das Zivilrecht zu übertragen, sofern es auch in diesem Bereich exzeptionellerweise Analogieverbote gibt.[28]

c) Der Vorbehalt des Gesetzes

Von der richterlichen Bindung an das Gesetz ist der Vorbehalt des Gesetzes zu unterscheiden. Neben dem strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt ist auch im Verwaltungsrecht anerkannt, dass das Tätigwerden der Exekutive prinzipiell (das heißt nach Maßgabe der Wesentlichkeitstheorie) eine gesetzliche Grundlage erfordert. Das *BVerfG* hat einen Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt namentlich bei Videokontrollen auf Autobahnen sowie im Bereich des Jugendstrafvollzugs explizit festgestellt.[29]

Ob und inwieweit über das Staat-Bürger-Verhältnis hinaus auch im Zivilrecht ein Gesetzesvorbehalt besteht, ist umstritten. Von Teilen der Literatur wird ein solcher Vorbehalt pauschal angenommen.[30] Hierbei wird indes nicht hinreichend berücksichtigt, dass im Privatrecht konfligierende Individualinteressen auszugleichen sind, während im Verwaltungsrecht ein Gesetzesvorbehalt das schlichte Unterlassen staatlichen Handelns impliziert. Ein Gesetzesvorbehalt im Zivilrecht würde daher einzelne Privatrechtsakteure schutzlos stellen und die Zivilgerichte zu rein formalen, der Sache nach aber unbilligen Klageabweisungen zwingen. Das Ausmaß an privatrechtlichen Verwerfungen, das ein Gesetzesvorbehalt herbeiführen würde, wird sofort ersichtlich, wenn man sich die „richterrechtlich“ geprägten Entwicklungen in weiten Teilen des Arbeitsrechts sowie des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes vor Augen führt.[31] Aber auch bei unzähligen sonstigen Regelungslücken wäre eine Klageabweisung völlig inadäquat. Zu denken ist nur an die eminent wichtige, vorbeugende Unterlassungsklage, die angesichts einer nur fragmentarischen gesetzlichen Normierung nicht zur Verfügung stünde, weil und sofern sie allein auf das allgemeine Rechtsprinzip zurückgeführt werden kann, dass Schadensverhütung besser ist als Schadensausgleich.[32]

Hinzu kommt, dass ein privatrechtlicher Gesetzesvorbehalt nicht rein zufällig einzelne Privatrechtsakteure träfe,

---

13 *Husserl*, Recht und Zeit, 1955, S. 27.

14 Siehe dazu auch unten im Text bei Fn. 82 sowie zur Dogmengeschichte *Löwer*, Cessante ratione legis cessat ipsa lex, 1989, S. 9 ff.

15 *BVerfGE* 131, 88 ff. (121); 119, 96 ff. (179) m. w. N. = JZ 2008, 192 mit Anm. *Waldhoff*; siehe auch die ergänzende Klarstellung in *BVerfGE* 1, 299 ff. (299, 312): „Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung.“

16 *BGHZ* 26, 349 ff.

17 Die Frage eines Verstoßes gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz ist mittlerweile freilich insofern obsolet, als der jüngere Gesetzgeber jene richterliche Rechtsfortbildung im Rahmen der Neuregelung des Schmerzensgeldes gemäß § 253 BGB ausdrücklich anerkannte; vgl. BT-Drucks. 14/7752, S. 24.

18 Bericht der Reichstagskommission, 1896, S. 98; vgl. auch Prot. I, S. 622 f.

19 *BVerfGE* 134, 204 ff. (Tz. 115); 118, 212 ff. (243).

20 *BVerfG* NJW 2012, 669 ff. (Tz. 57) m. w. N.

21 *BVerfGE* 116, 69 ff. (83 f.).

22 Vgl. nur *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 305; *Canaris* JZ 1987, 543 ff. (546) jeweils mit Hinweisen zur Argumentationslast, die derjenige trägt, der gegen den Wortlaut judizieren möchte.

23 Siehe zu beiden Regeln ausführlich *Meder*, Missverstehen und Verstehen, 2004, S. 13 f., 17 ff., 234 ff.

24 *BVerfG* WM 2012, 1179 ff. (1182); *BVerfGE* 118, 212 ff. (243).

25 *BVerfG* WM 2012, 1179 ff. (1182); NVwZ 2011, 159 ff. (160) m. w. N.

26 *BVerfGE* 92, 1 ff. (12 zur Sitzblockade) = JZ 1995, 778 mit Anm. *Gusy* und Bespr. *Hruschka* JZ 1995, 737; siehe hierzu auch näher *Roxin*, in: *Häberle*, 60 Jahre deutsches Grundgesetz, 2011, S. 65 ff. (86 f.); prinzipiell zur Wortlautgrenze *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 614 ff.; *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004.

27 *BVerfG* NJW 2008, 3627 ff.; siehe ferner z. B. *BVerfG* NJW 2007, 1666 ff., wonach das unvorsätzliche Sich-Entfernt-Haben vom Unfallort nicht mehr von den Begriffen „berechtigt oder entschuldigt“ gemäß § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst wird.

28 Siehe hierzu aus rechtstheoretischer Sicht *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 46 f.

29 *BVerfG* NJW 2009, 3293 f.; 2006, 2093 ff.

30 Vgl. *Hermes* VVDStRL 61 (2002), 119 ff. (137 ff.); *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 152; grundsätzlich auch *Pieroth/Aubel* JZ 2003, 504 ff. (509); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl. 2013, Rn. 105 ff.; aus zivilrechtlicher Sicht *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 66 ff., 119.

31 Siehe zu den Ausmaßen der Rechtsfortbildungen eingehend *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007.

32 Siehe zur Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelungen *Gursky*, in: *Staudinger*, BGB, 2012, § 1004 Rn. 13 m. w. N.; ein weiteres Exempel bildet das Schweigen des § 904 Satz 2 BGB zum Ausgleichsschuldner beim rechtfertigenden Aggressivnotstand; siehe näher *Grigoleit* ZNR 30 (2008), 259 ff. (265).

sondern zu einer ähnlichen Asymmetrie führen würde wie der stark ideologiebehaftete Grundsatz „in dubio pro libertate“: Privilegiert werden typischerweise der Angreifer gegenüber dem Opfer, der Emittent gegenüber dem Geschädigten und der machtvolle Vertragsakteur gegenüber dem unterlegenen Kontrahenten, denn Letzteren wird jeweils der Rechtsschutz versagt, falls sie in eine bewusste oder unbewusste gesetzliche Regelungslücke geraten. In concreto gäbe es keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, keine praeterlegalen Verkehrspflichten des Eigentümers und auch keine Pflicht zum Vertragsschluss bei einer Monopolstellung, um nur einige Beispiele zu nennen. Insgesamt würde ein privatrechtlicher Gesetzesvorbehalt jene benachteiligen, die des Schutzes bedürfen, er würde die Rolle der Rechtsprechung als neutrale Instanz aufheben und eine „Justiz des Stärkeren“ etablieren. Dieser Gefahr einer Instrumentalisierung der dritten Gewalt lässt sich weder mit verfassungsprozessualen Mitteln noch mit legislatorischen Maßnahmen wirksam begegnen. Verfassungsprozessual verbleibt den Rechtsschutzsuchenden im Wesentlichen nur die Verfassungsbeschwerde, die sie wegen eines Verstoßes gegen das Untermaßverbot geltend machen können.[33] Das Untermaßverbot vermittelt jedoch nur einen verfassungsrechtlichen Mindestschutz und erfasst nicht das, was der Gesetzgeber im Rahmen seines breiten Gestaltungsspielraums bewusst oder unbewusst ungeregelt ließ. Die nachträgliche Interventionsmöglichkeit des Gesetzgebers bietet ebenfalls keine hinreichende Kompensation, da diese in der Regel auf den entschiedenen Fall überhaupt nicht mehr zurückwirkt. Zudem wäre es völlig unrealistisch, zu erwarten, dass der Gesetzgeber versucht – dem Vollständigkeitsideal des preußischen Allgemeinen Landrechts nachhinkend – alle planwidrigen Gesetzeslücken nachträglich zu schließen.

Es bedarf im vorliegenden Kontext auch keiner näheren Auseinandersetzung mit der häufig vertretenen These, dass die Gerichte – in Anlehnung an das *Merkl*sche Bild vom „doppelten Rechtsantlitz“ – das Recht nicht nur anwenden, sondern selbst Recht erzeugen.[34] Jedenfalls ist die Schlussfolgerung verfehlt, dass sie hierfür einer gesetzesakzessorischen Befugnis bedürfen.[35] Dies belegt schon ein Umkehrschluss zu den ausdrücklich normierten Vorbehalten gemäß Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG oder Art. 103 Abs. 2 GG. Darüber hinaus wird in zahlreichen prozessrechtlichen Vorschriften, wie beispielsweise in § 132 Abs. 4 GVG, § 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ZPO, § 61 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG und § 45 Abs. 4 ArbGG, die richterliche Rechtsfortbildung ausdrücklich anerkannt.[36] Wie immer man den „produktiven richterlichen Anteil“ bei der Entscheidungsfindung bewertet und bezeichnet, besteht auch keine Funktionenverschränkung mit der gesetzgebenden Gewalt.[37] Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes sind die Gerichte zu einer *abstrakt-generellen* Normbildung nicht legitimiert; alle Zuweisungsnormen der Verfassung (Rechtsweggarantien, Richtervorbehalte) berechtigen den Richter allein zur *konkret-individuellen* Fallentscheidung. Richter/innen haben überdies auch keine gesetzgeberähnliche Gestaltungsfreiheit. Sie sind vielmehr gehalten, die jeweils systemkonformste Entscheidung unter Einbeziehung allgemeiner Rechtsprinzipien zu treffen. Hierzu zählen namentlich der Gleichheitssatz, der Vertrauensgrundsatz und das Sozialstaatsprinzip, die auch und gerade im gesetzesfreien Bereich mit zu berücksichtigen sind und nicht im Wege einer apriorischen Klageabweisung gleichsam aus der Rechtsordnung verdrängt werden dürfen. Flankierend zu dem formalen Justizgewährungsanspruch begründet Art. 20 Abs. 3 GG deshalb ein Rechtsverweigerungsverbot, verbunden mit einer umfassenden Entscheidungskompetenz der Judikative in zivilrechtlich nicht explizit geregelten Bereichen.[38]

d) Der verfassungsrechtliche Gehalt

Demgemäß lehnt auch das *BVerfG* einen pauschalen Gesetzesvorbehalt konsequent ab und betont, dass die Aufgabe der Rechtsprechung es erfordern kann, „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 willentliche Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.“[39] In seiner jüngsten Entscheidung zum (fehlenden) Auskunftsanspruch des Scheinvaters hebt das Gericht ebenfalls hervor, dass „schöpferische Rechtsfindung durch gerichtliche Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung praktisch unentbehrlich (ist) und vom BVerfG seit jeher anerkannt (wird).“[40]

In diesem Beschluss macht das *BVerfG* allerdings zugleich eine wesentliche Einschränkung:

> „Je schwerer die Belastung verfassungsrechtlich wiegt und je schwächer der verfassungsrechtliche Gehalt der damit durchzusetzenden Gegenposition ist, umso enger sind die Grenzen für die Rechtsfortbildung gesteckt […]. Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung verlangen gerade dort besondere Beachtung, wo sich die rechtliche Situation des Bürgers verschlechtert, ohne dass verfassungsrechtliche Gründe dafür ins Feld geführt werden können“[41].

Demzufolge lässt sich, so das *BVerfG*, ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters nicht auf die Generalklausel des § 242 BGB stützen:

> „Dafür fehlen nähere Anknüpfungspunkte im einfachen Recht. Dieser bedürfte es aber, weil die Auskunftsverpflichtung auf der einen Seite das Persönlichkeitsrecht der Mutter erheblich beeinträchtigt (…), ohne dass auf der anderen Seite die zivilgerichtliche Stärkung des vom Gesetzgeber schwach ausgestalteten Regressanspruchs des Scheinvaters verfassungsrechtlich geboten wäre“[42].

Diese ganz neuartige Kompetenzbeschränkung der Zivilgerichte ist aus mehreren Gründen angreifbar: Sie lässt sich weder aus der Verfassung ableiten noch erscheint sie interessengerecht und führt überdies in der Praxis zu unvorhersehbaren Schwierigkeiten. Betrachtet man zunächst die apodiktische Herleitung der modifizierten Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung „aus den Grundrechten“[43], ist an Art. 1

33 Siehe auch *Classen* JZ 2003, 693 ff. (697 ff.).

34 Siehe aus jüngerer Zeit nur *Schönberger* VVDStRL 71 (2012), 296 ff. (301); *Scherer de Mello Aleixo*, Verantwortbares Richterrecht, 2014, S. 79 ff. m. w. N.

35 So aber *Singer*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 182 ff., 218; kritisch hierzu auch *Bumke*, in: *ders.*, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 ff. (43 ff.).

36 Rechtsvergleichend siehe beispielhaft § 7 österr. ABGB, Art. 1 schweiz. ZGB, Art. 10 Nr. 3 portug. Código Civil; zur Problematik der „gesetzeskonformen Auslegung der Verfassung“ siehe *Leisner*, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, 1964.

37 Siehe speziell *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 95 ff., 105 ff. („Judikative: individualisierend, retrospektiv, rechtlich determiniert“; „Legislative: verallgemeinernd, zukunftsbezogen, offen“); aus der älteren Literatur *Scholz* VVDStRL 34 (1976), 145 ff. (161).

38 Vgl. auch *Mülbert* AcP 214 (2014), 188 ff. (194 ff.); *Reimer*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungshandelns, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 28; *H. Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 35; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 52 ff.

39 *BVerfGE* 34, 269 ff. (287).

40 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 39) m. w. N.

41 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 42).

42 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 36).

43 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 40).

Abs. 3 GG zu erinnern, der besagt, dass die Rechtsprechung an die Grundrechte *gebunden* ist, und zwar auch an jene Grundrechte, deren verfassungsrechtliches Gewicht im Einzelfall gering wiegen mag. Einer Rechtsfortbildungssperre stehen daher schon die Grundrechte des Scheinvaters entgegen. Den Grundrechten der Mutter ist ebenfalls kein Rechtsfortbildungsverbot zu entnehmen. Man kann zwar erwägen, die Grundrechte als negative Kompetenznormen aufzufassen, doch ergibt sich hieraus lediglich, dass die dritte Gewalt nicht *contra constitutionem* judizieren darf. Auch aus Art. 20 Abs. 3 GG lässt sich kein Argument dafür gewinnen, dass die Grenzen der fachgerichtlichen Rechtsfortbildung umso enger gesteckt sind, je schwerer sich die Belastung für einen Beteiligten verfassungsrechtlich darstellt. Dieses Belastungskriterium spielt für die *Abwägung* der beteiligten Grundrechte, für die *praktische Konkordanz*, eine zentrale Rolle, nicht aber für die Schranken der Rechtsfortbildung.

Das *BVerfG* versagt damit (ähnlich wie die Lehre vom Gesetzesvorbehalt) a priori jenem Privatrechtsakteur einen effektiven Rechtsschutz, welcher verfassungsrechtlich zwar eine schwächere Position einnimmt, nichtsdestotrotz aber Grundrechtsträger ist und bleibt. Umgekehrt wird der verfassungsrechtlich besser Positionierte von zivilrechtlichen Ansprüchen freigehalten, ohne dass es auf irgendwelche weiteren Sacherwägungen ankommt. Es mag gute Gründe geben, die Interessen der Mutter in der Regel höher zu gewichten als die des Scheinvaters.[44] Die Klage des Scheinvaters von vornherein abzuweisen, weil es an einer hinreichend präzisen Anspruchsgrundlage im einfachen Gesetz fehlt, ist allerdings nicht einsichtig. Hierfür spielt es auch keine Rolle, dass ein Regressanspruch des Scheinvaters nach Ansicht des *BVerfG* verfassungsrechtlich *nicht* geboten ist.[45] Dieses Argument zeigt vielmehr erneut eine eklatante Ungleichbehandlung auf, indem die Mutter abwägungslosen Grundrechtsschutz genießt, während dem Scheinvater nur das minimalistische Untermaßverbot potentiell zur Seite steht. Jene Diskrepanz lässt sich auch weder mit dem Demokratie- noch mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz rechtfertigen, weil der Gesetzgeber gerade keine dezidierte Entscheidung getroffen hat, die Judikative dem Rechtsverweigerungsverbot unterliegt und dem Gesetzgeber eine jederzeitige Intervention offensteht. Man kann dem Scheinvater zudem auch nicht das Subsidiaritätsprinzip entgegenhalten, weil dieser sich selbst gar nicht zu helfen vermag, eine Informationsbeschaffung mittels Detektiv zumeist aussichtslos erscheint und eine subversive Instrumentalisierung des (volljährigen) Kindes nicht zumutbar ist.

Wirft man abschließend einen Blick auf das Zivilrecht, stellt sich zunächst die kritische Frage, weshalb § 242 BGB keine hinreichende Grundlage für einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters bilden soll, da sowohl die Extension des § 242 BGB über das Recht der Schuldverhältnisse hinaus als auch der aus § 242 BGB folgende allgemeine Auskunftsanspruch mittlerweile sogar zu *Gewohnheitsrecht* erstarkt sind.[46] Das *BVerfG* geht hierauf indes nicht näher ein[47] und argumentiert, dass § 242 BGB lediglich eine „Generalklausel" sei, ein Anspruch aber „konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte voraus(setze), aus denen sich ablesen lässt, dass eine Mutter zur Auskunftserteilung der fraglichen Art verpflichtet ist."[48] Dieses „Ausdrücklichkeitserfordernis" ist wiederum insofern überraschend, als eine anspruchsbegründende Bezugnahme auf Generalklauseln gängiger Zivilrechtspraxis entspricht[49] und das *BVerfG* selbst erklärte, dass der aus § 1618a BGB i. V. mit Art. 6 Abs. 5, Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG abgeleitete Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des Vaters „keine unzulässige Rechtsfortbildung" sei.[50] § 1618a BGB lautet: „Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig" und ist damit gewiss nicht viel präziser als die Formel von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" i. S. von § 242 BGB.

Da die Mutter in beiden Fällen verfassungsrechtlich ähnlich schwer belastet wird, wäre es eigentlich nur konsequent, beide Fälle auch gleich zu behandeln. Das *BVerfG* versucht diesen Wertungswiderspruch bei der Bestimmung der Rechtsfortbildungsgrenzen dadurch zu vermeiden, dass der als unmaßgeblich erachtete verfassungsrechtliche Gehalt der Gegenposition, das heißt in concreto jene des Scheinvaters, mit zu berücksichtigen ist. Ob die effektive Durchsetzbarkeit des Regressanspruches eines jahrelang zahlenden, mitunter arglistig getäuschten Scheinvaters tatsächlich keine relevante verfassungsrechtliche Dimension aufweist, wirft allerdings Zweifel auf. Etwas vordergründig erscheint insbesondere, das Interesse des Scheinvaters auf rein finanzielle Aspekte zu verkürzen, da dessen Zahlungen in der Annahme einer Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem (vermeintlich) leiblichen Kind erfolgten (§§ 1601, 1589 Abs. 1 BGB) und insofern auch das Rückforderungsbegehren einen persönlichkeitsrechtlichen Bezug hat.

Wie dem auch sei: Legt man die „neue Formel" des *BVerfG* zugrunde, sind äußerst subtile und höchst schwierige verfassungsrechtliche Erwägungen seitens der Zivilgerichte zu treffen, deren Überprüfung sich das *BVerfG* jeweils vorbehält. Wann wiegt eine Belastung verfassungsrechtlich schwer? Wann weniger? Und wie ist die „je schwerer, je schwächer"-Relation zu bestimmen? Ähnliche Erwägungen werden zwar auch zur Bestimmung des Untermaßverbotes vorgeschlagen,[51] doch geht es hierbei lediglich um die Feststellung des verfassungsrechtlichen Minimums und nicht um eine generelle Prüfung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. So wäre beispielsweise im Arbeitsrecht bei jeder avisierten Rechtsfindung praeter legem zunächst die komparative Regel zu beachten: Je schwerer die Belastung für den Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer verfassungsrechtlich wiegt und je schwächer der verfassungsrechtliche Gehalt der damit durchzusetzenden Gegenposition des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers ist, umso enger sind die Grenzen für die Rechtsfortbildung gesteckt.

2. Die Rechtmäßigkeit

Einen weiteren verfassungsgerichtlichen Kontrollmaßstab bildet die richterliche Bindung an das „Recht" gemäß Art. 20 Abs. 3 GG i. V. mit dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG,

44 Kritisch *Rauscher* JZ 2015, 624 ff. (626); auf die Möglichkeit einer anonymen Befriedigung des Regressanspruchs verweist *Pfeiffer* LMK 2015, 368 605.

45 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 36, 44 ff.); kritisch hierzu auch *Reuß* NJW 2015, 1509 f. (1510).

46 Vgl. nur *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 260 Rn. 4; *St. Lorenz* JuS 1995, 569 ff. (573); *Pfeiffer* LMK 2015, 368 605 m. w. N.

47 Bezeichnenderweise beruft sich das *BVerfG* nur auf eine einzige zivilrechtliche Literaturstelle, nämlich *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (oben Fn. 30), S. 120 f., sowie peripher (rechtsvergleichend) auf *Helms* FamRZ 2013, 943 f. Das rechtstheoretische Schrifttum wird überhaupt nicht zu Rate gezogen.

48 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 36, 42, 48 ff.).

49 Vgl. nur *Wiedemann* NJW 2014, 2407 ff. (2410); *Löhnig* NZFam 2015, 359.

50 *BVerfGE* 96, 56 ff. (61 f.) = JZ 1997, 777 mit Anm. *Starck*.

51 Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 80.

die eine hinreichende, durch Dritte nachvollziehbare Begründung des Urteils verlangt. Diese Maxime wird missachtet, wenn ein Urteil überhaupt keine Begründung enthält,[52] das Urteil in sich Widersprüche aufweist[53] oder „unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass (es) auf sachfremden Erwägungen beruht."[54] Im Bereich des Zivilrechts hat das *BVerfG* zuletzt ein Urteil wegen Verkennung der Voraussetzungen eines arglistigen Verschweigens gemäß § 444 BGB[55] sowie einen Beschluss zur analogen Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB („Kauf bricht nicht Miete")[56] aufgehoben.

Ausnahmsweise kann auch die argumentative Nichtbeachtung eines *Präjudizes* einen Verfassungsverstoß begründen. Der deutschen Rechtsordnung ist eine strenge Präjudizienbindung im Sinne der „stare decisis"-Doktrin fremd.[57] Eine beabsichtigte Änderung der Rechtsprechung muss auch nicht vorweg angekündigt werden,[58] da dies zu einer sach- und funktionswidrigen Selbstbindung der Gerichte führen würde.[59] Präjudizien begründen jedoch grundsätzlich einen Vertrauenstatbestand, dessen Stärke von objektiven Faktoren, insbesondere der Dauer und Verfestigung der Rechtsprechung, abhängt.[60] Daher trägt derjenige die Argumentationslast, der von einem Präjudiz abweichen möchte.[61] In der weiteren Folge kann die Nichtberücksichtigung von Präjudizien in eklatanten Fällen sogar verfassungswidrig sein. In diesem Sinne hat auch das *BVerfG* festgestellt, dass „die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs (…) gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen (kann)."[62]

3. Die allgemeine Verfassungsmäßigkeit

Neben der Gesetzes- und Rechtsbindung hat das *BVerfG* die allgemeine Verfassungskonformität von fachgerichtlichen Urteilen zu überprüfen. Ein Verfassungsverstoß liegt vor, wenn Fachgerichte eine Norm anwenden, die gegen das Grundgesetz verstößt,[63] oder wenn sie alternativ im gesetzesfreien Bereich eine Rechtsfolge verkünden, die der einfache Gesetzgeber nicht festlegen dürfte. Demgemäß rügt das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung, dass Art. 3 Abs. 1 GG verkannt wird, falls ein Gericht „im Wege der Auslegung gesetzlicher Vorschriften oder der Lückenfüllung zu einer dem Gesetzgeber verwehrten Differenzierung (…) gelangt."[64]

Gegen die Verfassung wird ferner verstoßen, wenn Fachgerichte eine Grundrechtsrelevanz von vornherein verkennen, wie das bei einer Verurteilung wegen übler Nachrede geschehen ist: „Das *LG* hat die Reichweite des Art. 5 GG im konkreten Fall nicht etwa nur unrichtig bestimmt, es hat das Grundrecht der Meinungsfreiheit bei seiner Entscheidung nicht beachtet."[65] Das Gleiche gilt, falls Fachgerichte ein Grundrecht, gemessen an seinem Wortlaut und der konkreten verfassungsgeberischen Regelungsintention, falsch auslegen, wie etwa den Begriff der Koalitionsfreiheit i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG[66] oder des politisch Verfolgten i. S. des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG a. F.[67] Ebenso kann das *BVerfG* unter Berufung auf die Autorität des pouvoir constituant einen Analogieschluss überprüfen, beispielsweise die erforderliche Extension des Grundrechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auf nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen.[68] Dasselbe gilt mutatis mutandis für die Beachtung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die sich aus mehreren Verfassungsbestimmungen induktiv ableiten lassen, wie namentlich der Grundsatz der „völkerrechtsfreundlichen Auslegung".[69]

Insgesamt sind die Möglichkeiten einer autoritativen Berufung auf den Verfassungsgeber allerdings stark limitiert. Eine konkrete, fallrelevante Regelungsabsicht lässt sich oftmals nicht rekonstruieren. Normstrukturell sind die Grundrechte, jenseits ihres Regelkerns, durch Offenheit, Generalität und Unbestimmtheit gekennzeichnet. Sie müssen als Rechtsprinzipien zwar im Rahmen des tatsächlich und rechtlich Möglichen realisiert werden,[70] doch verbleibt der Maßstab der Verhältnismäßigkeit seinerseits sehr unbestimmt. Schon aus Gründen der Methodenklarheit sollte daher unter dem Begriff der *Auslegung* von grundrechtlichen Prinzipien lediglich eine *Evidenzkontrolle* verstanden werden, die sich darauf beschränkt zu klären, ob gegen das Übermaßverbot augenscheinlich verstoßen wurde[71]. Alles andere ist *Fortbildung* der Verfassung. Formell nimmt das *BVerfG* für sich lediglich in Anspruch zu kontrollieren, ob „die von den Fachgerichten vorgenommene Auslegung einer Norm die Tragweite des Grundrechts nicht hinreichend berücksichtigt oder im Ergebnis zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit führt."[72] Ebenso wie die Verhältnismäßigkeit bildet aber auch die „Tragweite" eines Grundrechts ein sehr unpräzises Kriterium, so dass insoweit ebenfalls nur von „Auslegung" gesprochen werden sollte, wenn der normative Kerngehalt eines Grundrechts offenkundig tangiert ist.

Diese Forderung nach einem restriktiven Begriff der „Verfassungsauslegung", der sich grundsätzlich an der ursprünglichen Regelungsabsicht orientiert, ist kein Plädoyer zugunsten eines undifferenzierten judicial self-restraint. Erst recht wird damit auch kein prinzipieller Vorbehalt des „Verfassungs-Gesetzes" postuliert. Eine Verfassungsjudikatur,

---

52 *BVerfGE* 71, 122 ff. (136).
53 *BVerfGE* 71, 202 ff. (205).
54 *BVerfG* NVwZ-RR 2015, 121 ff. (Tz. 25); NJW 2009, 3293 ff. (Tz. 13) m. w. N.; siehe auch *C. Möllers* JZ 2009, 668 ff. (673, zu *BGHSt* 51, 298 ff. „Rügeverkümmerung"); zur Entwicklung der Willkür-Rechtsprechung *v. Lindeiner*, Willkür im Rechtsstaat?, 2002, S. 40 ff.
55 *BVerfG* BeckRS 2015, 47767.
56 *BVerfG* NJW 2013, 3774 ff.
57 *BVerfG* NZA 2015, 1117 ff. (Tz. 72); *BVerfGE* 131, 20 ff. (Tz. 81); 84, 212 ff. (227) = JZ 1992, 48 (dazu *Richardi* JZ 1992, 27); s. zur Maxime („stare decisis et non quieta movere") im angloamerikanischen Rechtskreis etwa *Schauer*, Thinking Like a Lawyer, 2009, S. 57 ff.; *Martens* JZ 2011, 348 ff.
58 Vgl. *BVerfGE* 131, 20 ff. (42); 78, 123 ff. (126 f.).
59 Zur Ankündigung möglicher Rechtsprechungsänderungen eingehend *Maultzsch* RabelsZ 79 (2015), 322 ff. (356 ff.) m. w. N.
60 *BVerfGE* 131, 20 ff. (Tz. 81); 72, 302 ff. (326); siehe ferner zum Erfordernis der Schutzwürdigkeit des Vertrauenden *Langenbucher* JZ 2003, 1132 ff. (1135 ff.); *Krebs* AcP 195 (1995), 171 ff. (198 ff.).
61 *BVerfG* NJW 2015, 1867 ff. (Tz. 13); 2013, 523 f. (1. Leitsatz); siehe ferner *Alexy* (Fn. 22), S. 334 ff.; *Kriele* (Fn. 4), S. 243 ff.
62 *BVerfGE* 111, 307 ff. (1. Leitsatz, betreffend die Rechtsprechung des *EGMR*) = JZ 2004, 1171 mit Anm. *E. Klein*.
63 *BVerfGE* 65, 297 ff. (zu § 4 Abs. 2 HOAI); zur Möglichkeit einer Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde siehe näher *Papier*, in: Festgabe 25 Jahre BVerfG, Bd. I, 1976, S. 432 ff. (436 ff.).
64 *BVerfG* NZS 2011, 895 ff. (Tz. 32); NVwZ 2009, 1484 ff. (1485); NJW 2006, 3340 f. (3341) m. w. N.; siehe ferner *Starck* JZ 1996, 1033 ff. (1039 f.).
65 *BVerfGE* 43, 130 ff. (138).
66 *BVerfGE* 4, 96 ff. (105).
67 *BVerfG* NVwZ 1990, 151 ff.
68 Vgl. nur *Dreier*, in: *ders.*, GG-Komm., 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 3 Rn. 44 ff.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1133 f.
69 *BVerfGE* 128, 326 ff.
70 Siehe näher *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 100 ff.
71 Das Kriterium der Evidenz zieht das *BVerfG* bereits zur Bestimmung von Schutzpflichten heran; vgl. *BVerfG* NJW 2002, 1638 ff. (1639); *BVerfGE* 79, 174 ff. (202); siehe ferner auch *Voßkuhle*, in: Festschrift für Stürner, 2013, S. 79 ff. (85).
72 *BVerfG* NJW 2013, 3357 ff. (Tz. 24); 2011, 3285 ff. (Tz. 20) m. w. N.

die nicht rechtsfortbildend wirken darf, käme einer ahistorischen und völlig zweckwidrigen Versteinerung des ohnehin provisorischen Charakters des Grundgesetzes gleich. Das *BVerfG* kann somit einzelne Grundrechte fortbilden oder neuen (Teil-)Grundrechten überhaupt erst Geltung verschaffen. Es muss eine Rechtsfindung praeter constitutionem allerdings jeweils offenlegen und hinreichend begründen.[73] Im Rahmen der höchstrichterlichen Überprüfung von zivilrechtlichen Urteilen ist hierbei signifikant, dass eine *verfassungsrichterliche* Rechtsfortbildung eine gegenläufige *fachrichterliche* Rechtsfortbildung aufzuheben vermag. Es konkurrieren also unterschiedliche Rechtsfortbildungsmodelle. Unter dem Aspekt der Gewaltenteilung ist dieser inner-justizielle Kompetenzkonflikt weitgehend unbeachtlich, doch liegt auf der Hand, dass die Fachgerichte, namentlich bei der Beurteilung privatrechtlicher Konflikte, über eine deutlich größere Sachkunde und einen ungleich engeren Problembezug verfügen als das *BVerfG*.[74] Diese fachgerichtliche Qualifikation hindert das *BVerfG* nicht, vor allem bei Rechtsfragen mit starkem Bezug zur Menschenwürde sowie aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung, rechtsfortbildend einzugreifen. Gerade bei der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist freilich die Gefahr einer sachwidrigen „Superrevisionsinstanz" nicht zu übersehen.

II. Die Bindung des BVerfG an das Grundgesetz

Der früher viel beschriebene blaue Himmel über Karlsruhe wird durch die Einflüsse des *EuGH* und des *EGMR* zunehmend „getrübt", doch klingt im nationalen Bereich immer noch der Ausspruch eines ehemaligen Vizepräsidenten des *BVerfG* nach: „Wir haben das letzte Wort."[75] Diese „Letzte-Wort-Attitüde" ist vor allem deshalb bedenklich, weil die maßgeblichen und verbindlichen Worte primär der pouvoir constituant spricht und die Verfassung deshalb im Prinzip nach den gleichen Maximen zu interpretieren ist wie ein subkonstitutionelles Gesetz. Die vielfältigen und wiederholten Versuche, der Verfassung und ihrer Auslegung einen Sonderstatus zuzubilligen, vermögen nicht zu überzeugen.[76] Vor allem die Abgrenzungsthese von der Verfassung als „politischem Recht" birgt die latente Gefahr, dass der normative Gehalt der Verfassung unterlaufen und zugleich das Zivilrecht, einschließlich seines „Richterrechts", durch eine entpolitisierende Betrachtungsweise verklärt wird. Auch das Schlagwort von der „strukturellen Offenheit" des Grundgesetzes ist nicht weiterführend, da das Zivilrecht ebenfalls von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen lebt, während die Verfassung teilweise sehr präzise, privatrechtsrelevante Direktiven enthält, wie allein schon ein Blick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG oder Art. 6 GG zeigt. Gewiss lässt sich nicht leugnen, dass die Verfassung in weiten Bereichen offen und vage ist, der Verfassungsinterpret ständig mit neuartigen und komplexen gesellschaftlichen Herausforderungen zu kämpfen hat und die Auswirkungen auf die Politik besonders massiv sein können. Diese Besonderheiten spielen partiell, insbesondere im Bereich der Rechtsfortbildung, eine Rolle, ändern indes nichts am Grundsatz der Einheit der juristischen Methode.[77] Das *BVerfG* muss sich deshalb an jenen, von der Verfassung vorgegebenen Methodenstandards messen lassen, die es selbst von den Fachgerichten einfordert.

1. Die Gesetzmäßigkeit

Die Bindung des *BVerfG* an die Verfassung gemäß Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG besteht kompetenzrechtlich primär im Interesse der verfassungsgebenden Gewalt. Das *BVerfG* darf sich deshalb, analog zu den Fachgerichten, nicht „aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben" und die „eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen."[78] Es ist vielmehr grundsätzlich an die verfassungsgeberische Regelungsabsicht gebunden.[79]

Nach diesen Maßstäben wirkt zum Beispiel der höchstrichterliche Beschluss, dass „das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum i. S. von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (ist)"[80], verfassungsrechtlich kaum haltbar. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist ein klassisches Abwehrrecht, das weder normtextuell noch nach der gesetzgeberischen Regelungsabsicht irgendetwas mit sozialem Mieterschutz zu tun hat. Diese Feststellung schließt eine Rechtsfortbildung im Sinne der Implementierung sozialer Grundrechte nicht aus, doch bedarf es hierfür eines entsprechenden Begründungsaufwands.[81] Ebenso wenig lassen sich, um ein aktuelles Beispiel anzuführen, gleichgeschlechtliche Partnerschaften unter den Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG subsumieren, da es sich nach dem herkömmlichen (politisch angreifbaren) Verständnis der Verfassungsautoren um eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Frau und Mann handelt. Das *BVerfG* hat selbstverständlich die Aufgabe, Diskriminierungen i. S. von Art. 3 Abs. 1 GG zu untersagen, doch ist eine Gleichstellung dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten.

Lediglich in exzeptionellen Ausnahmefällen ist das *BVerfG* befugt, das geltende Verfassungsrecht an veränderte Verhältnisse anzupassen. So hat zum Beispiel vor längerer Zeit der *Bayerische Verfassungsgerichtshof* im Sinne des „Cessante ratione-Grundsatzes" judiziert, „daß bei einem weiteren Fortschreiten der technischen Entwicklung der Vorbehalt für öffentlich-rechtliche Rundfunkträger zum Schutz des Gemeinschaftsguts Rundfunkfreiheit nicht mehr aufrechterhalten werden darf."[82]

2. Die Rechtmäßigkeit

Die Bindung an das „Recht" gemäß Art. 20 Abs. 3 GG i. V. mit dem Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet das *BVerfG* zu nachvollziehbaren und in sich schlüssigen Urteilsbegründungen. Diese Anforderungen betreffen nicht nur den Umgang mit dem Verfassungstext, der historischen

73 Siehe ausführlicher (insbesondere auch hinsichtlich der Überprüfung von Gesetzen) *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 38 ff.

74 Vgl. auch *Voßkuhle* AöR 125 (2000), 177 ff. (196); *Starck* JZ 1996, 1033 ff. (1034, 1038).

75 Vgl. *Hassemer*, Der Spiegel 12/2008; kritisch hierzu *Lepsius*, in: *Jestaedt* u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 ff. (162 ff.).

76 Siehe hierzu ausführlicher bereits *Neuner*, in: *Häberle* (Fn. 26), S. 29 ff. (32 f.) m. umf. N.

77 Vgl. zuletzt *P. Kirchhof*, in: *Bumke*, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 71 ff. (74): „Eine Verfassung ist Gesetz, muss deshalb wie ein Gesetz […] verstanden werden […]."

78 *BVerfGE* 128, 193 ff. (210) bzw. 132, 99 ff. (Tz. 75); vgl. oben Fn. 5 f.

79 Siehe hierzu auch *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 139 ff.; generell *Rüthers* JZ 2006, 53 ff. (56 ff.).

80 *BVerfGE* 89, 1 ff. (1. Leitsatz).

81 Ausführlicher hierzu (sowie insbesondere zum grundrechtlichen Arbeitnehmerschutz) *Neuner* (Fn. 73), S. 123 ff.

82 *BayVerfGHE* 39, 96 ff. (140 f.); siehe hierzu auch *Löwer* (Fn. 14), S. 29 f.

Regelungsabsicht sowie einzelnen Sachargumenten,[83] sondern auch die Zitierweise des *BVerfG*. Auffällig ist hierbei vor allem die bereits in der Literatur wiederholt monierte, höchstrichterliche Verweisungstechnik auf eigene Urteile, mit denen eine Rechtsprechungskontinuität suggeriert wird, obwohl tatsächlich ein Wandel der Judikatur stattfindet.[84] Dieses verschleiernde Vorgehen lässt sich auch anhand des „Scheinvater-Beschlusses" sehr klar darlegen, in welchem das *BVerfG* durch den Verweis „vgl. BVerfGE 65, 182, 194 f.; 71, 354, 362 f.; 122, 248, 286, 301 – abw. M."[85] vorgibt, dass die von ihm neu gesetzten Grenzen zur richterlichen *Zivilrechts*fortbildung bereits ständiger Judikatur entsprächen. Tatsächlich betrifft die zitierte Entscheidung „[BVerfGE] 122, 248, 286, 301 – abw. M." aber gerade nicht das Zivilrecht, sondern das Strafverfahren („Rügeverkümmerung"), die Entscheidung „[BVerfGE] 71, 354, 362 f." kritisiert die Verweigerung einer Steuerbegünstigung und in der Entscheidung „[BVerfGE] 65, 182, 194 f." über Sozialplanabfindungen wurde nach herkömmlicher Methodik eine gesetzliche Regelungslücke verneint,[86] um sodann ohne Entscheidungsrelevanz zu ergänzen, dass in dem „Soraya-Fall […] lediglich eine weitere Sanktion […] hinzugefügt [wurde]," während sich der Eingriff hier „auf sämtliche übrigen Konkursgläubiger nachteilig [auswirkt]". Ähnlich wurde auch in den beiden straf- und steuerrechtlichen Entscheidungen zunächst nach klassischer Auslegungslehre nachgewiesen, dass für eine Rechtsfortbildung kein Raum besteht, während im „Scheinvater-Beschluss" erstmals und ausschließlich die „Verschlechterung der rechtlichen Situation" die ratio decidendi bildete.[87]

Eine solche Berufung auf „Schein-Kontinuitäten" spiegelt pro futuro einen besonders starken „richterrechtlichen" Vertrauenstatbestand vor und kaschiert retrospektiv eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung („overruling") oder unterbindet zumindest eine erforderliche Differenzierung („distinguishing"). Prekär ist dies nicht zuletzt auch für das *BVerfG*, da sich das Hüter-Problem („Quis custodiet ipsos custodes?") nur durch Transparenz und nachvollziehbare Begründungen entschärfen lässt.

83 Siehe hierzu beispielhaft die Dissenter-Kritik am „Rügeverkümmerungs-Beschluss" *BVerfGE* 122, 248 ff. (286 ff.) = JZ 2009, 675 (dazu *C. Möllers* JZ 2009, 668).

84 Vgl. nur *Michael* JZ 2015, 425 ff. (425); *Lepsius* JZ 2015, 435 ff. (435).

85 *BVerfG* JZ 2015, 620 ff. (Tz. 41).

86 *BVerfGE* 65, 182 ff. (191 f.): „Diese Regelung ist nach Wortlaut, Systematik und Sinn abschließend. […]. Eine gesetzliche Regelungslücke, die es dem Richter erlaubte, für bestimmte Forderungen eine Privilegierung außerhalb dieses geschlossenen Systems vor der Rangstelle des § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO zu begründen, besteht nicht."

87 Siehe zur methodischen Ermittlung der ratio decidendi näher *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 63 ff.