

Zur Methodik von ungeschriebenen Korrekturinstrumenten im Zivilprozessrecht: Einordnung und Vorrang anderer Lösungen

Ben Eyler*

Abstract: Treu und Glauben und das Rechtsschutzbedürfnis sind ungeschriebene Korrekturinstrumente, die im Zivilprozessrecht zur Lösung von Rechtsproblemen herangezogen werden. Der Beitrag wirft einen Blick „hinter deren Kulissen“ und wendet sich methodischen Grundfragen zu: Zunächst werden die ungeschriebenen Korrekturinstrumente rechtstheoretisch eingeordnet. Anschließend wird die für die Rechtsanwendung wichtige Frage untersucht, ob vorrangig andere Methoden zum Einsatz kommen sollten.

A. Einführung

Die ZPO soll die Grundlage für ein zweckmäßiges und schnelles Verfahren zur Verwirklichung des materiellen Rechts schaffen.¹ Dabei sind die Rechte aller Beteiligten² und vor allem die prozessuale „Waffengleichheit“³ zu wahren. Das aber gelingt scheinbar nicht immer: Die Rechtsfolgen mancher zunächst tatbestandlich einschlägiger Normen „gefallen [...] unserem Rechtsgefühl nicht“⁴. Beispielsweise, wenn sie nur genutzt werden, um der anderen Partei Unannehmlichkeiten zu bereiten⁵ oder ein der zweifelhaften eigenen Rechtsauffassung wohlgesonnenes Gericht zu finden⁶.

Die Judikative begegnet Situationen der „arglistige[n] Schaffung“⁷ oder „missbräuchliche[n] Ausnutzung prozessualer Befugnisse“⁸ oft, indem sie einem Parteiverhalten den Grundsatz von Treu und Glauben, besonders das daraus abgeleitete⁹ Verbot des Rechtsmissbrauchs⁹, entgeghält oder das Rechtsschutzbedürfnis verneint.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig und ist als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht von Prof. Dr. Florian Loyal beschäftigt. Dem Beitrag liegt eine wissenschaftliche Studienarbeit aus dem Seminar „Probleme der gerichtlichen Zuständigkeit“ bei Prof. Dr. Florian Loyal zugrunde

¹ BGH NJW 1992,438 (439).

² BGHZ 101, 134 (137) in Anschluss an GmS-OGB BGHZ 75, 340 (348).

³ Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, 1954, S. 9 ff.

⁴ Zeiss, Die arglistige Prozesspartei, 1967, S. 14.

⁵ Vgl. für solche Fälle nur KG WRP 2008, 511 (512 f.); LG Aurich MMR 2013, 249.

⁶ Zur dies ermöglichenden hürdenlosen Antragsrücknahme im einstweiligen Rechtsschutz OLG Hamburg NJW-RR 2007, 763; OLG Karlsruhe GRUR 1993, 135.

⁷ Kategorisierung von *Baumgärtel*, ZZP 69 (1956), 89 (108).

⁸ *Baumgärtel*, ZZP 69 (1956), 89 (108).

⁹ Vgl. nur BGH NJW 2014, 2285 (2286); im Einzelnen strittig, dazu m.w.N. *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 242 Rn. 213 ff.

Diese Institute werden im Folgenden als „ungeschriebene Korrekturinstrumente“¹⁰ bezeichnet. Deren Verwendung ist, im Hinblick auf das einzubeziehende Judiz des Richters¹¹, dessen Rechtsverweigerungsverbot¹² und dem Zeitdruck infolge von Überlastung,¹³ durchaus nachvollziehbar: Sie kann eine (im Ergebnis oft richtige) Entscheidung scheinbar effizient und „bequem“ begründen.

Dieser Beitrag soll zeigen, dass es gute Gründe gibt, methodisch anders vorzugehen und ungeschriebene Korrekturinstrumente gegenüber Auslegung und gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung¹⁴ nachrangig einzusetzen. Dabei muss von der Prämisse ausgegangen werden, dass die ungeschriebenen Korrekturinstrumente überhaupt im Zivilprozessrecht gelten.¹⁵ Angesichts der teils weit divergierenden Rahmenbedingungen¹⁶ wird nur deutsches Recht behandelt.

B. Methodischer Gehalt ungeschriebener Korrekturinstrumente

Die Frage nach einem möglichen Nachrang kann kaum beantwortet werden, ohne zunächst zu klären, welcher methodische Gehalt dem Rechtsmissbrauchsverbot als Ausfluss von Treu und Glauben und dem Rechtsschutzbedürfnis selbst zukommt. Was also geschieht „technisch“, wenn sich der Rechtsanwender dieser Instrumente bedient? Wegen der kaum trennbaren Anwendungsbereiche, einer uneinheitlichen Zuordnung einzelner Fallgruppen und der gemeinsamen Natur als korrigierende Generalklauseln müssen sie zusammen behandelt werden.¹⁷

I. Teil der prozessualen Rechtssätze?

Unabhängig davon, ob man die ungeschriebenen Korrekturinstrumente aus einer (analogen) Geltung des § 242 BGB im Prozessrecht ableitet¹⁸ oder als eigenständiges

¹⁰ Terminologie nach *Loyal*, *Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht*, 2018, S. 51.

¹¹ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 294 f.

¹² *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, S. 139 („Anwendungs- und Entscheidungszwang“); *Schumann*, *ZZP* 81 (1968), 79 ff.; dazu schon *Jordan*, *AcP* 8 (1825), 191 (227).

¹³ So schon *Brenner*, *Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts*, 1926, S. 98.

¹⁴ Nach *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 381 ff. die Ausfüllung von Gesetzeslücken i.e.S. besonders durch Analogie und teleologische Reduktion; andere Terminologie bei *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 12. Aufl. 2018, S. 193 („Rechtsergänzung“); *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie und juristische Methodenlehre*, 12. Aufl. 2022, Rn. 888 ff. („Lückenausfüllung“).

¹⁵ Ausführlich kritisch zu Geltungsgründen und Daseinsberechtigung *Loyal*, *Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht*; ebenso schon *Schneider*, *Treu und Glauben im Civilprozesse und der Streit über die Prozessleitung*, 1903.

¹⁶ Dazu *Klöpfer*, *Missbrauch im europäischen Zivilverfahrensrecht*, 2016, S. 43 ff. m.w.N.

¹⁷ *Loyal*, *Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht*, S. 44 ff.; *Teichmann*, *JuS* 1990, 269 (270); a.A. *Baumgärtel*, *ZZP* 69 (1956), 89 (99 f.); *Leidner*, *Rechtsmissbrauch im Zivilprozess*, 2017, S. 238 ff. weist oberflächlich etwa auf Unterschiede bei Beweisregeln und Aufbaufragen hin; wohl auch *Brenner*, *Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts*, S. 44 f.

¹⁸ *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger, BGB*, 2019, § 242 Rn. 1102 ff.; *Schmidt*, in: *Staudinger*, 12. Aufl. 1983, § 242 Rn. 162 („ggf. analog“); wohl auch *BAG NJW* 1962, 463; *BGHZ* 206, 219 (226 f.); sehr kritisch *Pritting*, in: *FS Stürner*, Bd. I, 2013, S. 455 (458 ff.).

Phänomen sieht¹⁹, wäre es nach der Lehre vom Rechtssatz²⁰ denkbar, sie in jeden einzelnen prozessualen Rechtssatz als Ausnahmetatbestand, der ein bestimmtes missbilligtes Verhalten verbietet²¹, hineinzulesen.²² Denn zur vollständigen Erfassung muss man auch alle „negativen Geltungsanordnungen“²³ berücksichtigen. Eine besondere Methode käme hiernach nicht zum Einsatz; die abgeleiteten Korrekturinstrumente wären der Auslegung, die auch auf ungeschriebene Normen angewendet werden kann²⁴, als deren Gegenstand weder vor- noch nachrangig.

Als geltende Normen sind sie jedenfalls Bestandteil der Rechtsordnung²⁵, aber die Frage ist, ob sie wie „gewöhnliche“ Sachnormen gehandhabt werden können.²⁶ Bedenken begegnet dies zunächst aus historischer Sicht – die Motive zu § 157 BGB, der § 242 BGB deutlich ähnelt²⁷, führen aus: „Vorschriften dieser Art sind im Wesentlichen Denkgeln ohne positiv rechtlichen Gehalt. [...] Dabei liegt die Gefahr nahe, daß die Vorschriften für wirkliche Rechtssätze genommen werden“.²⁸ Das lässt die Sicht des Gesetzgebers auf derartige Generalklauseln erkennen und ist auf § 242 BGB ebenso wie auf ungeschriebene Varianten übertragbar²⁹ – sie haben eine gewisse Sonderstellung inne.

Diese Feststellung wird noch plausibler, wenn man ihren Einbezug in Sachrechtssätze versucht. Diese müssen als Rechtsnorm in der Regel durch Subsumtion im juristischen Sinne zur Anwendung zu bringen sein.³⁰ Eine lückenlose Logik in Form des aristotelischen

¹⁹ *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 221 ff.; *Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, S. 19 f.

²⁰ Ausführlich dazu *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 36 ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 250 ff.

²¹ Wenn man das in dieser Pauschalität überhaupt sagen will; bei § 242 BGB, erst recht bei entsprechenden ungeschriebenen Normen, fällt mangels klar ableitbarer Rechtsfolge schon die sprachliche Formulierung schwer.

²² So wohl allgemein *Mader*, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, 1994, S. 84 ff., obwohl er – insoweit inkonsequent – später (S. 132 ff.) das Verhältnis zu Auslegung und Lückenausfüllung behandelt; zu § 242 BGB *Siebert/Knopp*, in: *Soergel/Siebert*, BGB, Bd. II, 10. Aufl. 1967, § 242 Rn. 358.

²³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 259.

²⁴ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 33.

²⁵ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, Rn. 139.

²⁶ Um „Innen-“ und „Außentheorie“ (dazu *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 85 ff.) geht es nicht; die verwendete Metaphorik ist ohnehin kritisch zu sehen (*Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998, S. 66), für den hier untersuchten Rechtsfindungsprozess kann sie mangels Relevanz aber unbehandelt bleiben.

²⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 308 f.

²⁸ *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I: Einführungsgesetz und allgemeiner Theil, 1899, S. 437.

²⁹ So wohl auch *Schmidt*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 1983, § 242 Rn. 155.

³⁰ *Weber*, AcP 192 (1992), 516 (526); ähnlich *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 128.

Syllogismus³¹ kann und muss dabei nicht eingehalten werden³², doch unbestimmte Generalklauseln³³, wie das „Verbot missbräuchlichen Verhaltens“ oder auch „Treu und Glauben“, enthalten letztlich weder in Tatbestand noch Rechtsfolge überhaupt anknüpfungsfähigen „konkreten Inhalt“^{34, 35}. Der (geschriebene oder gedachte) Normtext ist vielmehr „leere[r] Inhalt[...]“³⁶. Das ist eine Steigerung im Vergleich zu den §§ 138 I, 826 BGB, die wenigstens eine Rechtsfolge umreißen.

Ein solch schwacher Gehalt kann kaum als Gegenstand der Auslegung (und der anschließenden Subsumtion) akzeptiert werden³⁷, ohne die methodologische Unterscheidung zwischen dieser und der Rechtsfortbildung als beliebig aufzugeben³⁸ und die herkömmliche Methodenlehre zu verwerfen: Die Auslegung ist durch ein Element des Verstehens und auch Akzeptierens eines bestehenden Zustands geprägt³⁹, gerade das ist aber kaum möglich – es geht letztlich um richterliche Normsetzung.

Behandelt wird also keine subsumtionsfähige „Sachnorm“⁴⁰, sondern ein formales Gebilde.⁴¹ Gegen diese Einordnung hilft auch die teils angeführte Ausformung durch die Gerichte⁴², die wohl die fehlende originäre Erkenntnismöglichkeit kompensieren soll, nicht weiter, denn wie kann die spätere Rezeption einer Norm ihre Rechtsnatur ändern? Selbst

³¹ Zurückgehend auf *Aristoteles*, *Analytica priora*, zitiert nach: *Zekl*, *Organon*, Bd. III/IV: Erste Analytik, Zweite Analytik, 1998, S.13 ff.

³² *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, S. 54; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 273 ff.; *Merz*, *AcP* 163 (1964), 305 (306); *Teichmann*, *Die Gesetzesumgehung*, 1962, S. 17; ausführlich *Heller*, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, 1961, S. 64 ff.

³³ *Gernhuber*, *JuS* 1983, 764 bezeichnet (im Kontext von § 242 BGB) Generalklauseln als „äußerste[s] Extrem der Unbestimmtheit“.

³⁴ Zu § 242 BGB *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, S. 309.

³⁵ Die Gegenauffassung, die dem Wortlaut „Treu und Glauben“ eine gewisse Bedeutung zuweist, führt im Ergebnis letztlich nur zu unerheblichen Abweichungen. Die Auslegung von *Kähler*, in: *BeckOGK-BGB*, 01.07.2023, § 242 Rn. 418 ff. fördert nur ebenso unbestimmte Ergebnisse wie „Vertrauen“ und „Verlässlichkeit“ zutage, weshalb auch dort die Konkretisierungsbedürftigkeit und Schwächen der Auslegung zugegeben werden (Rn. 52). Auch der Bezug von *Böttcher*, in: *Erman*, *BGB*, 16. Aufl. 2020, § 242 Rn. 12 auf die „herrschenden sozialemischen Wertvorstellungen“ hilft bei der Rechtsfindung kaum weiter.

³⁶ *Schmidt*, in: *Staudinger*, *BGB*, 12. Aufl. 1983, § 242 Rn. 164; ähnlich *Merz*, *AcP* 163 (1964), 305 (330) („umfassend inhaltsleer[...]“).

³⁷ Zur dortigen Untauglichkeit üblicher Auslegungsmittel *Kamanabrou*, *AcP* 202 (2002), 662 (670 ff.).

³⁸ *Merz*, *AcP* 163 (1964), 305 (330).

³⁹ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 313.

⁴⁰ *Schmidt*, in: *Staudinger*, *BGB*, 12. Aufl. 1983, § 242 Rn. 155; a.A. *Mader*, *Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung*, S. 84 ff.: Das Rechtsmissbrauchsverbot sei eine Sachnorm, selbst wenn es auf gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung fußt (es wird wohl die abstrakt-generelle Ebene der Legitimationsnorm und die konkret-individuelle Anwendung vermischt); ähnlich *Merz*, *AcP* 163 (1964), 305 (323): § 242 BGB sei eine Sachnorm, weil dieser „die zu verwirklichenden Werte erkennbar“ genug konkretisiere, ein Überwiegen des „Ermächtigungscharakters“ wird aber zugegeben; überzeugender *Merz*, *ZfRV* 1977, 162 (170), wo der Sachnormcharakter nur noch auf „umschriebene Werte“ beschränkt und zur Ermächtigungsfunktion abgegrenzt wird.

⁴¹ Kritisch zum Einbezug in Sachrechtssätze auch *Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, S. 275; *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, S. 14.

⁴² *Merz*, *AcP* 163 (1964), 305 (333).

wenn man den hermeneutischen Einbezug von Vorerkenntnissen⁴³ in Gestalt bereits ergangener Entscheidungen billigt⁴⁴, wäre eine solche Wertung zweifelhaft: Durfte die Rechtsprechung eine Norm nicht auslegen und konnte sie es damit auch nicht sinnvoll, taugen gebildete Fallgruppen kaum als Beleg für die Sinnhaftigkeit der Auslegung. Hinzu kommt, dass Entscheidungsbegründungen oft nicht deutlich werden lassen, welcher Methode sich ein Gericht überhaupt bediente.

Termini wie „Treu und Glauben“ sowie „Verkehrssitte“ tragen also keine konkrete Regelung in sich, sondern sind maximal bei der Rechtsfindung zu beachtende vage Wertmaßstäbe.⁴⁵ Es geht nicht um die Auslegung solcher Institute, sondern allenfalls um deren Konkretisierung⁴⁶ und bessern Anwendung⁴⁷.

II. Verschleierte klassische Methoden?

Wenn also die ungeschriebenen Korrekturinstrumente nicht als Sachnorm Objekt der Methoden sein können, müssen sie „auf anderer Seite“ stehen, also selbst als Methoden bzw. als eine irgendwie geartete „Hilfsfigur der Methodenlehre“⁴⁸ für deren Anwendung bedeutsam sein.

Nicht zu folgen, ist der Ansicht⁴⁹, dass die Korrekturinstrumente generell oder in Teilbereichen in der gewöhnlichen Auslegung oder gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung des Spezialrechts aufgehen lassen. Einen Vorrang derartiger Methodenarbeit wird auch hier gefordert, doch ohne einer Art umgekehrtem Sein-Sollen-Fehlschluss⁵⁰ zu unterliegen, kann davon nicht auf den *status quo* geschlossen werden. Dieser muss deskriptiv erfasst werden.

Grundlegende Unterschiede zwischen den ungeschriebenen Korrekturinstrumenten und den „klassischen“ Methoden lassen sich nicht leugnen: Während sich die Letztgenannten

⁴³ Grundlegend *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 43 ff.; *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 1990, S. 330 ff.

⁴⁴ So aber *Weber*, AcP 192 (1992), 516 (530) mit Verweis auf die Rechtswissenschaft als „Wissenschaft vom tatsächlich existierenden Recht“.

⁴⁵ *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 87.

⁴⁶ *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662 (672).

⁴⁷ Ähnlich *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 59: kein Subsumieren, sondern „unmittelbare[s] ad hoc-Normieren[...]“.

⁴⁸ *Schmidt*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, § 242 Rn. 155; zustimmend *Weber*, AcP 192 (1992), 516 (560).

⁴⁹ *Reuß*, „Forum Shopping“ in der Insolvenz, 2011, S. 207 ff.: Einbezug als „besondere teleologische Kriterien“; beim „arglistigen Schaffen prozessualer Rechtslagen“ *Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, S. 58 ff.; zur „Gesetzesumgehung“ *Klöpfer*, Missbrauch im europäischen Zivilverfahrensrecht, S. 60 ff.; zum Rechtsschutzbedürfnis *Münzberg*, AcP 168 (1968), 392 (393 f.); im Unionsrecht *Thole*, ZZP 122 (2009), 423 (437) (einschränkend: „wichtigste Funktion“ als Auslegungsmaxime, daneben Schranke im Einzelfall); dagegen plädiert *Brenner*, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, obwohl von *Zeiss* rezipiert, lediglich für einen Vorrang der genannten Methoden (insbesondere S. 97) und räumt ein, dass vorgenommene Rechtsfortbildung oft durch die *exceptio doli generalis* verdeckt werde, ohne dies auf die Lückenfüllung zu beschränken (S. 73 f.).

⁵⁰ Zurückgehend auf *Hume*, A Treatise of Human Nature, 1739, zitiert nach: Selby-Bigge, A Treatise of Human Nature, 1896, S. 469 f.

in ihrer Erkenntnisfindung im Kern auf die Canones von *Savigny*⁵¹ stützen, ergänzt um teleologische Überlegungen⁵², sind die ungeschriebenen Generalklauseln als „Einfallstor für beliebige Ergänzungen und Korrekturen“⁵³ offener. Diese setzen stärker am Einzelfall als an abstrakten Kriterien an⁵⁴, wodurch Tat- und Rechtsfragen verschwimmen⁵⁵. Deutlich wird der Unterschied an Fällen, wo ein Verhalten im atypischen Einzelfall rechtsmissbräuchlich erscheint (oder zumindest gewertet wird), aber vom subjektiven Willen des Gesetzgebers und objektiven Normtelos erfasst ist.⁵⁶

Solche Konstellationen folgen auch aus der Untauglichkeit, das gewünschte Ergebnis – kein Rechtsmissbrauch, keine Treuwidrigkeit etc. – zum Normzweck zu erklären: Oftmals ist das nicht angelegt und zirkulär.⁵⁷ Eine solche Feststellung hat keinen Inhalt; an Begründung hat man, wenn überhaupt, nur formal gewonnen.⁵⁸

Hielte man das geschilderte Vorgehen aber dennoch für richtig, müsste man konsequent weiterdenken: Offensichtlich wäre dann jedes gewünschte, für billig gehaltene Ergebnis nicht nur durch ein ausgewiesenes Spezialinstrument, sondern durch die „klassischen“ Methoden begründbar. Damit spräche man ihnen jeden Erkenntniswert ab. Ein unerträgliches Ergebnis, wäre eine nachvollziehbare Arbeit des nach Art. 20 Abs. 3 GG an „Gesetz und Recht“ gebundenen Richters doch kaum mehr möglich⁵⁹. Es würde keine Rechtsfindung aus dem Gesetz heraus geschehen, sondern letztlich „das Ergebnis nur mit anderen Worten vorweggenommen“⁶⁰. Ausgehend vom Grundgesetz ist das kaum zu akzeptieren, geht es doch „bei der richterlichen Gesetzesbindung darum [...], den Wert der Rechtssicherheit auf der Grundlage einer demokratisch legitimierten Regelvorgabe zu verwirklichen“⁶¹. Nötig ist eine deduktive und ergebnisoffene Arbeit, die dem geschriebenen Recht als legitimierten Fixpunkt große Bedeutung zuweist.

⁵¹ v. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 213 f.

⁵² *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 110 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 333 ff.

⁵³ *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 454.

⁵⁴ *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 63; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 242 Rn. 345.

⁵⁵ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 146.

⁵⁶ Zur „Ausnutzung“ von § 23 ZPO *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 184 f.; für teleologische Reduktion *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 193 f., der im Grunde gegen die Daseinsberechtigung der Norm an sich argumentiert und aus seiner Sicht untragbare Folgen zu vermeiden sucht; besser *Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, S. 71 ff. mit Hinweis auf die prozessuale Waffengleichheit; weiteres materiell-rechtliches Beispiel bei *Merz*, AcP 163 (1964), 305 (314 ff.).

⁵⁷ *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 184; ähnlich *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 16; zweifelhaft *Thole*, ZZP 122 (2009), 423 (437), wenn er pauschal „das Missbrauchsverbot als [...] Grenze des teleologischen Geltungsbereichs“ sieht.

⁵⁸ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 8. Aufl. 2017, S. 52.

⁵⁹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 210 f.

⁶⁰ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 275.

⁶¹ *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 111.

III. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung?

Zur Lösung gelangt man über die *ratio*, die der Anwendung ungeschriebener Korrekturinstrumente zugrunde liegt: Maßgeblich ist nicht die „immanente[...] Teleologie des Gesetzes, sondern [ein] darüber hinausgreifende[r] Rechtsgedanke[...]“⁶². Ergebnisse wurzeln eben „gerade nicht in der konkreten Norm selbst [...], sondern [werden] über § 242 BGB [oder die ungeschriebene Formalnorm, Anm. des Verf.] an die konkrete Norm herangetragen“⁶³. Das entspricht dem Modell der „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“⁶⁴.

Treu und Glauben, geschrieben oder ungeschrieben, ist demgemäß ein Leitgedanke, der zur Rechtsfortbildung legitimiert⁶⁵ § 242 BGB eine Ermächtigungsnorm⁶⁶. Die Geltung der ungeschriebenen Korrekturinstrumente soll hier wie gesagt nicht vertieft werden, doch sei darauf hingewiesen, dass derartige Normen nach der hier vertretenen Lesart, insbesondere wegen der heutigen Bindung des Richters auch an das „Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG), teils für bedeutungslos erklärt werden⁶⁷ und man darüber hinaus den Wert einer im Zivilprozessrecht wohl selbst nicht auf geschriebenem Recht fußenden Legitimation durchaus bezweifeln kann⁶⁸.

⁶² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 414.

⁶³ Leidner, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 134.

⁶⁴ Terminologie von Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 413 ff; ähnlich Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 71 („gesetzesüberschreitend“).

⁶⁵ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 421; ähnlich Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 583; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 60; wohl auch Schneider, Treu und Glauben im Civilprozesse und der Streit über die Prozessleitung, S. 8; ähnlich sehen auch Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, Rn. 836 ff. in Generalklauseln eine „gewollte Gesetzeslücke“, die mittels gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung gefüllt werden soll; ähnlich, aber noch nicht in dieser Deutlichkeit Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, S. 55; zum Rechtsmissbrauchsverbot Dommermuth-Albhäuser, Arbeitsrechtsmissbrauch, 2015, S. 105; Kudlich, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 93.

⁶⁶ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, S. 55; Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 43; Merz, ZfRV 1977, 162 (170); kritisch Schmidt, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1983, § 242 Rn. 163: Diese Einordnung sei auf faktische Wirkungen gestützt, normativ handle es sich es sich aber um einen Satz zur formalen Entscheidungsbegründung (Rn. 159 f.) – wo überhaupt Unterschiede bestehen und wie die Entscheidungsfindung, wenn nicht durch Rechtsfortbildung, stattfinden soll, ist unklar.

⁶⁷ So zu § 242 BGB Schmidt, in: FS Wieacker, S. 231 (244) bei Verständnis als „institutionelle Norm“ mit überzeugendem Verweis auf den überkommenen klassischen Gesetzespositivismus.

⁶⁸ Sehr kritisch Loyal, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 93 ff.

Die Einordnung überzeugt insbesondere, weil sie sich in herkömmliche Strukturen einfügt⁶⁹ und schon entwickelte Voraussetzungen und Grenzen⁷⁰ genutzt werden können. Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung erlaubt als „nächste Stufe“ der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ein weniger gebundenes Arbeiten, ist dabei aber kein unkontrollierbares *sui generis*-Konstrukt. Wichtig ist, dass keine Gesetzeslücke i.e.S. erforderlich ist⁷¹, denn sie kann bei einer eigenständigen Bedeutung der ungeschriebenen Korrekturinstrumente für Einzelfälle eben gerade fehlen.⁷²

C. Vorrang von Auslegung und gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung

Die geschehene Einordnung der ungeschriebenen Korrekturinstrumente erlaubt es nun, präzise zu untersuchen, ob Auslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung bei der Rechtsanwendung zunächst Vorrang genießen. Ein solcher Vorrang speziell vor Korrekturinstrumenten⁷³ wie auch vor der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung im Allgemeinen⁷⁴ wird oft postuliert. Dabei wird aber teils nur lapidar auf den Charakter als Ausnahme⁷⁵ oder *ultima ratio*⁷⁶ verwiesen, ohne das inhaltlich zu begründen.

I. Wesen der Auslegung und Methodenklarheit

Die Erstrangigkeit der Auslegung ergibt sich schon aus ihrem Verständnis als „vermittelndes Tun, durch das sich der Auslegende den Sinn eines Textes [...] zum Verständnis bringt“⁷⁷: Ohne ein Regelungssystem in seinem Bestand zu erfassen, kann man kaum eine Lücke in ihm feststellen, geschweige denn es „übersteigen“.⁷⁸ Solche Differenzierungen sind aber nötig, wenn man seine Methode präzise wählen und offenlegen will.

⁶⁹ Die *Larenz'sche* Figur der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung wird – unter diesem oder anderem Namen – verbreitet anerkannt, vgl. nur *Assmann*, ZWE 2001, 294 (301); *Bruns*, JZ 2014, 162 (163); *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 57 ff.; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 194 ff.; *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662 (683 ff.); *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 267 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 311 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, Rn. 13 ff.; *Wiedemann*, NJW 2014, 2407 (2409).

⁷⁰ Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 426 ff.; ergänzend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl. 1995, S. 245 ff.

⁷¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, S. 246.

⁷² Dazu unter B. II mit Nachweisen.

⁷³ *Gernhuber*, JuS 1983, 764 (766); *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 186; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 242 Rn. 345 ff.; *Teichmann*, in: Soergel, BGB, Bd. II, 12. Aufl. 1990, § 242 Rn. 8; vor Rechtsmissbrauchsverbot *Dommermuth-Albhäuser*, Arbeitsrechtsmissbrauch, S. 109; vor Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Generalklauseln *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662 (686).

⁷⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 426.

⁷⁵ *Dommermuth-Albhäuser*, Arbeitsrechtsmissbrauch, S. 105.

⁷⁶ *Reuß*, „Forum Shopping“ in der Insolvenz, S. 213.

⁷⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 204; den ebenso treffenden Terminus „Inhaltsfeststellung“ nutzt *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662 (679).

⁷⁸ Ähnlich *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, S. 76.

Im Verhältnis nach außen besteht dazu ein Zwang, denn der Begründungspflicht der Rechtsanwendung⁷⁹ ist nur genügt, wenn diese – mit *Brüggemanns* Worten – „einsichtig und anschaulich nachzuvollziehen“⁸⁰ ist. Wird beispielsweise überhaupt nicht deutlich, ob ein Ergebnis auf dem richterlichen Verständnis des Gesetzeswortlauts beruht oder dieser gerade bewusst überwunden wird, ist das nicht der Fall.⁸¹

Auch für den Richter selbst ist Klarheit über die angewandte Methode wichtig, denn sie weist auf das individuell notwendige Maß an Begründungsaufwand hin und mahnt zum sauberen Arbeiten innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen.⁸²

II. Sachgerechtigkeit und Bindungen der Rechtsfindung

Für einen Vorrang auch der Lückenausfüllung spricht weiter, dass man schlicht zu sachnäheren Ergebnissen kommt, wenn man als Ausgangspunkt der bestehenden gesetzlichen Systematik ihre Wertungen und Zwecke entnimmt.⁸³ Ein übergeordnetes, sehr grundsätzliches und wenig auf die konkrete Sachmaterie zugeschnittenes Prinzip kann das weniger bieten.

Das ist keine reine Zweckmäßigkeitserwägung: Die „Achtung vor dem Gesetz“⁸⁴ des Richters ist in Art. 20 Abs. 3 GG verankert.⁸⁵ Gerecht wird man ihr durch eine möglichst große Orientierung am bestehenden geschriebenen Recht und einer nachvollziehbaren Entscheidungsfindung.⁸⁶ Kann die Rechtsfindung direkt an das Gesetz und dessen Zweck anknüpfen, ist ein Mehr an Legitimation anzuerkennen und zu begrüßen.⁸⁷ Das ergibt sich auch aus der dann stärkeren Nachprüfbarkeit der Methode.⁸⁸ Diese Nachprüfbarkeit resultiert wiederum aus der wesentlich engeren *Ratio*, der Auslegung und Lückenausfüllung zugrunde liegen: Ist das Normtelos die Leitschnur, so wird der Raum des Vertretbaren⁸⁹ zwar immer noch individuell durch den Rechtsanwender ausgefüllt, aber doch stärker determiniert als durch ein allgemeines „Billigkeitsprinzip“. Zudem werden wesentliche Begründungsaspekte leichter abstrahierbar, sodass eine Erkenntnis auf

⁷⁹ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 1 Rn. 60; *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, S. 15; ausführlich *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, S. 91 ff.

⁸⁰ *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, S. 75.

⁸¹ Auch BVerfGE 34, 269 (287 ff.) fordert vor „schöpferischer Rechtsfindung“ die Klarstellung, dass der Boden des geschriebenen Rechts verlassen wird.

⁸² *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 13 Rn. 11.

⁸³ *Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, S. 60; ähnlich *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662 (686); *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 184.

⁸⁴ *Brenner*, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, S. 73.

⁸⁵ Ausführlich *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, S. 6 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 52 sieht das Gesetz als „zentrale[s] Steuerungsmedium im Rechtsstaat“.

⁸⁶ *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 183; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 175 f.

⁸⁷ *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 182 f.

⁸⁸ *Zeiss*, Die arglistige Prozesspartei, S. 60; ähnlich *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 247.

⁸⁹ Als „Mindestmaß[...] an Entscheidungsgerechtigkeit“ ist nach *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 211 zu fordern, dass sich die durch den Richter gefundene Antwort hierin bewegt.

gleichgelagerte Fälle angewendet werden kann.⁹⁰ Das entspricht dem auch der Rechtsfindung zugrunde zu legenden⁹¹ Gebot von Art. 3 GG, Gleiches gleich zu behandeln.

Dem rechtsstaatlichen Argument kann man – jedenfalls wenn man von einer geschriebenen Generalklausel spricht – entgegenhalten, dass diese ebenso wie einschlägige Sachnormen eine gesetzgeberische Entscheidung verkörpert. *Loyal* folgert daraus, dass die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung „inhaltlich“, nicht aber zwangsläufig „formal“ Vorrang genieße.⁹²

Diese Unterscheidung ist obsolet, wenn man davon ausgeht, dass eine „formale“ Rangordnung über das korrekte Vorgehen bei der Entscheidungsfindung, die sich um materiell taugliche Lösungen bemüht, ohnehin nichts aussagen kann. Gegen eine solche Differenzierung spricht auch, dass jede Rechtsfindung im Regelfall zumindest einen gewissen Ansatz im Gesetz finden muss. Eine entsprechende gesetzgeberische Regelung ist also selbstverständlich; sie ist Voraussetzung, um überhaupt sicherzustellen, dass der Richter einen Aspekt oder eine Vorgehensweise berücksichtigt. Die bloße Tatsache der gesetzlichen Regelung kann also keinerlei Aussage über eine „Rangfolge“ bieten, diese muss immer aus inhaltlichen Kriterien ermittelt werden. Anknüpfend hieran ist zu sehen, dass jedenfalls geschriebene Generalklauseln zwar nicht weniger als andere Normen legitimiert sind, der Gesetzgeber aber gerade durch den Erlass speziellerer Regelungsabschnitte zeigt, dass diese vorrangig zu berücksichtigen sind.⁹³ Erkennt man ein allgemeines „lex specialis“-Postulat an⁹⁴, folgt das Gesagte im Grunde schon daraus.

Will man die Unterscheidung doch treffen, so muss man dem erwähnten Art. 3 GG Rechnung tragen: Im Grundsatz fordert er die Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte formal und strikt⁹⁵. Dann ist es konsequent, die Vorgehensweisen, die dies am ehesten gewährleisten, auch als formal vorrangig zu sehen.

III. Rechtsunsicherheit und mangelnder Erkenntniswert

Der engere methodische Rahmen, den Auslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung abstecken, ist weiter zu begrüßen, weil er weniger an der durch ungeschriebene Korrekturinstrumente geschaffenen Rechtsunsicherheit leidet.⁹⁶ Diese wird teils herangezogen, um Institute wie Treu und Glauben – welche mit dem formenstrengen Zivilverfahrensrecht unvereinbar sind – ganz abzulehnen.⁹⁷ Auch im

⁹⁰ Ähnlich wohl *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 188.

⁹¹ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, S. 193.

⁹² *Loyal*, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 246 f.

⁹³ Bei der relativ gesetzesnahen teleologischen Lückenfüllung geschieht das, trotz Lösung vom Wortlaut, noch.

⁹⁴ Dazu *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 226 ff.

⁹⁵ *Kirchhof*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 99. EL 2022, Art. 3 Rn. 96.

⁹⁶ *Brenner*, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, S. 2; allgemein zur Rechtsunsicherheit durch richterliche Rechtsfortbildung *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 197 ff.

⁹⁷ *Prütting*, in: FS *Stürner*, S. 455 (464).

materiellen Recht wird vor einer „allgemeine[n] Billigkeitsrechtsprechung“⁹⁸ gewarnt. Das ist durchaus berechtigt: Eine inhaltliche Aussage geht von Instrumenten dieser Art kaum aus⁹⁹, im Vordergrund steht deren vermeintliche formale Legitimationswirkung¹⁰⁰. Ohne klare Voraussetzungen für ihren Einsatz¹⁰¹ sind Ergebnisse kaum vorherzusehen.¹⁰²

Relativierend bringt etwa *Baumgärtel* vor, Treu und Glauben gestatte dem Richter keine subjektiven, willkürlichen Eingriffe in das Verfahren, sondern sei eine weitgehend objektive Redlichkeitsgrenze für Parteiverhalten.¹⁰³ Die Billigkeit könne zudem durchaus den Vorzug vor der Rechtssicherheit genießen.¹⁰⁴ In diese Kerbe schlägt auch *Leidner*, der anmerkt, dass Maßstab der Rechtsfindung ohnehin niemals allein der Normtext sei und dass man keine unrealistischen Erwartungen an die Rechtssicherheit stellen dürfe.¹⁰⁵

Diese Einwände können die geäußerten Bedenken nicht entkräften: Die Anwendung im Einzelfall liegt doch zunächst allein in der Hand des Gerichts, das anhand von wenig konkreten Maßstäben eine Billigkeitsentscheidung trifft. Dass die Entscheidungsfindung „weitgehend objektiv“ vonstattengeht, ist angesichts der fehlenden klaren Maßstäbe anzuzweifeln. Einen Beleg dafür bleibt *Baumgärtel* jedenfalls schuldig. Auch *Leidners* Verweis geht fehl: Er wird kaum das Erfordernis der Rechtssicherheit im Allgemeinen aufgeben wollen. Präzise, problemlos reproduzierbare Ergebnisse wie in der empirischen Wissenschaft kann man in der normativen Welt der Jurisprudenz freilich nicht erwarten¹⁰⁶, aber wenn die einbezogenen Variablen zumindest eingegrenzt sind, wird eine Entscheidung nicht nur retrospektiv nachvollziehbar, sondern schon prospektiv berechenbar.¹⁰⁷ Für die Vorrangfrage ist allein entscheidend – Auslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung bieten jedenfalls *größere* Rechtssicherheit als Generalklauseln und das ist wohl unbestritten positiv.

IV. Gewaltenteilung und Grenzen der Rechtsfortbildung

Zuletzt muss bedacht werden, dass der Rechtsanwender nicht „den Gesetzgeber überspiel[en]“¹⁰⁸ darf, indem er eine in seinen Augen unbefriedigende Rechtslage mithilfe von allgemeinen Billigkeitsgrundsätzen torpediert. Das ist unzulässig, wenn kein Einzelfall

⁹⁸ *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. II, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 22.

⁹⁹ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 275; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 52.

¹⁰⁰ *Koziol*, AcP 212 (2012), 1 (56); *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 52.

¹⁰¹ Das völlige Fehlen „eigentliche[r] Voraussetzungen“ gibt für § 242 BGB etwa *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 120 f. zu.

¹⁰² *Teichmann*, in: Soergel, BGB, § 242 Rn. 7.

¹⁰³ *Baumgärtel*, ZZP 69 (1956), 89 (92).

¹⁰⁴ *Baumgärtel*, ZZP 69 (1956), 89 (92).

¹⁰⁵ *Leidner*, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, S. 234 f.

¹⁰⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 195 ff.

¹⁰⁷ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 59 fordert wohl aus ähnlichen Gründen größtmögliche Rationalität als Ziel der Methodenanwendung.

¹⁰⁸ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103.

vorliegt, der von der im Gesetz abgebildeten typisierten Vorstellung abweicht¹⁰⁹ und für den der Gesetzgeber Generalklauseln gerade geschaffen hat.¹¹⁰ Einen rechtspolitischen Fehler¹¹¹ hat – von krassen Ausnahmeständen¹¹² abgesehen – nicht die Judikative¹¹³, sondern nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG die Legislative zu beseitigen.¹¹⁴

In Bezug auf die Vorrangfrage lässt sich zweierlei ableiten. Zum einen ist die gründliche methodische Befassung mit einer Sachmaterie, etwa die Lückenfeststellung, nötig, um zu ermitteln, ob ein atypischer Einzelfall vorliegt, der die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung erlaubt, oder ob das gefundene Ergebnis von der Rechtsordnung unumstößlich beabsichtigt ist. Zum anderen kann der Richter diese verfassungsrechtlich heikle Frage und Fehlentscheidungen darüber von vornherein vermeiden, wenn es ihm gelingt, den Fall ohne Treu und Glauben oder dergleichen zu lösen.

D. Zusammenfassung

1. Bei der Lösung zivilprozessualer Rechtsprobleme ist eine „reflexartig[e]“¹¹⁵ Korrektur von als unbillig empfundenen Ergebnissen zu beobachten. Dabei kommen ungeschriebene Korrekturinstrumente in Form von Treu und Glauben und dem Rechtsschutzbedürfnis zum Einsatz.

2. Rechtstheoretisch ist dieses Vorgehen als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung einzustufen. Daraus folgt, dass die hierfür im Schrifttum entwickelten Voraussetzungen und Grenzen auch beim Einsatz ungeschriebener Korrekturinstrumente zu beachten sind.

3. Ungeschriebene Korrekturinstrumente sind hochproblematisch und letztlich das „Trugbild eines einheitlichen Mittels zur Lösung uneinheitlicher Rechtsfragen“¹¹⁶. Logik, Begründungspflicht der Rechtsanwendung, Sachgerechtigkeit, Rechtssicherheit und das Grundgesetz gebieten sie – wenn überhaupt – nur dann einzusetzen, sofern Auslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung nicht zu einem adäquaten Ergebnis führen.

¹⁰⁹ Honsell, in: FS Mayer-Maly, 1996, S. 369 (385) („krasse Einzelfälle“); Looschelders/Roth, JZ 1995, 1034 (1043).

¹¹⁰ BVerfGE 57, 361 (388); Lehmann, JZ 1952, 10 (11).

¹¹¹ Zum Begriff *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 69 m.w.N., der den rechtspolitischen Fehler teils nur als Grenze der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung sieht.

¹¹² Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 140 ff.; Lehmann, JZ 1952, 10 (11).

¹¹³ Honsell, in: FS Mayer-Maly, S. 369 (385).

¹¹⁴ Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103 f.

¹¹⁵ Loyal, Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozeßrecht, S. 183.

¹¹⁶ Brenner, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, S. 73.