

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 36

Legitimation durch Begründung

Eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse

Von

Dr. Fridel Eckhold-Schmidt



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

FRIDEL ECKHOLD-SCHMIDT

Legitimation durch Begründung

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 36

Legitimation durch Begründung

Eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse

Von

Dr. Fridel Eckhold-Schmidt



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03159 8

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat der Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Konstanz im Sommersemester 1973 als rechtswissenschaftliche Dissertation vorgelegen. Die Arbeit wurde von Professor Dr. Ekkehart Stein betreut. Für ausführliche Diskussionen und hilfreiche Kritik schulde ich ihm meinen besonderen Dank.

Konstanz, im März 1974

Fridel Eckhold-Schmidt

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil:

Einführung

<i>I. Einleitung</i>	15
1. Untersuchungsinteresse	15
2. Minima moralia der Begründung richterlicher Entscheidungen	16
3. Untersuchungsplan	23
<i>II. Der soziale Sachverhalt</i>	24
<i>III. Die Einführung von Grundrechten in den Rechtsgewinnungspro- zeß bei der Lösung privatrechtlicher Konflikte in Rechtsprechung und Lehre</i>	26
1. Problematisierungsansatz in Rechtsprechung und Lehre	26
2. Die einzelnen Lösungsansätze in ihrem Begründungszusammenhang	28
a) Dualistischer Ansatz	28
b) Grundrechtsorientierung des Privatrechts über die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt	32
c) Absolute Geltung der Grundrechte	33
<i>IV. Strukturierung des Problembereichs</i> — <i>Sprachregelungen</i> —	40
1. Ordnungsbereich der Grundrechte	41
2. Anwendungsbereich der Grundrechte	41
3. Anwendungsform der Grundrechte	41

Zweiter Teil:

Ermittlung des normativen Rahmens der Problemlösung

Überlegungen zur Normsituation

<i>I. Zur Methodik der Untersuchung</i>	43
-----------------------------------------------	----

1.	Anknüpfungspunkt der Untersuchung	43
2.	Voraussetzungen der Normqualität der dogmatischen Grundannahmen	43
3.	Erkenntnismittel	45
<i>II. Prüfung der unmittelbaren Normqualität der vertretenen Normhypothesen</i>		45
1.	Legitimierbarkeit durch positivierte Normen	45
a)	Dualistischer Ansatz	45
b)	Grundrechtsorientierung des Privatrechts über die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt	46
c)	Absolute Geltung der Grundrechte	47
d)	Zum Legitimationswert der für die dogmatischen Grundannahmen vorgetragenen Argumente	48
aa)	Zum Erkenntniswert der herkömmlichen Auslegungsbehelfe	48
bb)	Zum Legitimationswert der mittels der herkömmlichen Auslegungsbehelfe gewonnenen Argumente ..	49
2.	Legitimation durch Rechtspraxis	50
3.	Ergebnis	51
<i>III. Prüfung der mittelbaren Normqualität der vertretenen Normhypothesen</i>		
— <i>Gesellschaftsverfassung des GG und dogmatische Konstruktion des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Privatrecht</i> —		51
1.	Zur gesellschaftspolitischen Tendenz der vertretenen dogmatischen Konstruktionen des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Privatrecht	52
a)	Dualistischer Ansatz	52
b)	Absolute Geltung der Grundrechte	53
c)	Grundrechtsorientierung des Privatrechts über die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt	54
2.	Zur Gesellschaftsverfassung des Grundgesetzes	55
a)	Interpretationen einer freiheitlichen Sozialordnung zur Rechtfertigung der dogmatischen Konstruktionen des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Privatrecht	55
aa)	Formales Freiheitsverständnis	56
bb)	Materiales Freiheitsverständnis	57
b)	Bestimmbarkeit der verfassungsgesetzlich gebotenen Ordnung des Soziallebens	58
aa)	Gesellschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes	59

bb) Funktionelle Grenzen der judiziellen Verfassungskonkretisierung	59
cc) Der judizielle Konkretisierungsspielraum	61
c) Zusammenfassung	64
3. Konsequenzen der möglichen Aussagen zur Gesellschaftsverfassung des GG für die Normqualität der dogmatischen Konstruktionen des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Privatrecht	64
IV. Ergebnis	65

Dritter Teil:

Darstellungs- und Erkenntniswert der vertretenen Lösungsansätze

<i>I. Darstellungs- und Erkenntniswert eines Lösungsansatzes als „Richtigkeitskriterium“</i>	66
<i>II. Dualistischer Ansatz</i>	67
1. Rekurs auf die den Grundrechten vorgegebene Wertordnung bzw. überpositive Menschenrechte als Rationalitätsverzicht ...	67
2. Unvereinbarkeit von dualistischem Ansatz und interpretativer Einbeziehung der Grundrechte in das Privatrecht	69
3. Verfassungspolitische Zielbestimmung und Anwendungsform der Grundrechte im Privatrecht — Verhältnis von Form und Inhalt —	71
4. Gewaltenteilungsgrundsatz als Verbot einer unmittelbaren Grundrechtsanwendung	73
5. Der methodologische Wert der mittelbaren Anwendung von Grundrechten	75
6. Zusammenfassung	77
<i>III. Grundrechtsorientierung des Privatrechts über die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt (Schwabe).....</i>	78
1. Differenzierung zwischen Freiheitsrechten und Gleichheitsrechten	78
2. Staatsgerichtetheit der Grundrechte und Grundrechtsbindung des Zivilrichters bzw. Zivilgesetzgebers	79
3. Die „Unmöglichkeit“ von Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Private	81
4. Die mittelbare Anwendung von Grundrechten auf Privatrechtsverhältnisse	83
5. Zusammenfassung	83

<i>IV. Die absolute Geltung der Grundrechte</i>	84
1. Vorbemerkung	84
2. Absolute Geltung der Grundrechte und restriktive Bestimmung des Anwendungsbereichs der Grundrechte im Privatrecht	84
3. Nebeneinander von unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsanwendung — Noch einmal zum Verhältnis von Form und Inhalt —	88
4. Zusammenfassung	89
<i>V. Ergebnis</i>	90

Vierter Teil:

Inhaltliche Plausibilität der vertretenen Lösungsansätze

Rechtspolitische Richtigkeitskontrolle

<i>I. Überprüfbarkeit der rechtspolitischen Richtigkeit eines Lösungsansatzes</i>	91
1. Rechtspolitische Richtigkeitskontrolle als Argumentationskontrolle	91
2. Notwendige und nachprüfbare Elemente der rechtspolitischen Rechtfertigung eines Lösungsansatzes	93
a) Zum Verfahren judizieller Normgewinnung	94
aa) Ermittlung der Normalalternativen	95
bb) Normwahl	97
b) Zusammenfassung der notwendigen und nachprüfbaren Elemente der rechtspolitischen Rechtfertigung eines Lösungsvorschlags	99
<i>II. Inhaltliche Plausibilität der vertretenen Lösungsansätze</i>	100
1. Zur inhaltlichen Plausibilität der Rechtfertigung der Lösungsansätze	100
a) Dualistischer Ansatz	101
b) Grundrechtsorientierung des Privatrechts über die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt	102
c) Absolute Geltung der Grundrechte	103
d) Ergebnis	105
2. Zur rechtspolitischen Begründbarkeit der vertretenen Lösungsansätze — Rationalität eines allgemeinen Lösungsansatzes —	106

Inhaltsverzeichnis 11

a)	Typen von Fällen der Grundrechtsbeeinträchtigung durch Private	107
b)	Die vertretenen Normvorschläge und deren Anwendungsbereich — Zur Einheitlichkeit der Problemlage der jeweils erfaßten Fallgruppen —	109
c)	Ergebnis	115

Fünfter Teil:

Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung

<i>I. Bewertung der Drittwirkungskontroverse</i>	117
<i>II. Argumentationsregeln für die rechtliche Erfassung und Entscheidung von Fällen der Grundrechtsbeeinträchtigung durch Private ..</i>	118
Literaturverzeichnis	120

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Zivilsachen)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
f., ff.	folgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit

JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
JurA	Juristische Analysen
KJ	Kritische Justiz
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nachw.	Nachweise
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Österr. Z. f. öff. R.	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
Sp.	Spalte
st.	ständige
StPO	Strafprozeßordnung
T.	Teil
u. a.	unter anderem
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZfSchweiz.R.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZgesStw	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Erster Teil

Einführung

I. Einleitung

1. Untersuchungsinteresse

Der juristische Determinismus ist tot¹. Diese Einsicht setzt sich in der neueren methodologischen Literatur immer mehr durch². Damit ist aber die Rechtfertigung insbesondere der richterlichen Entscheidungstätigkeit als bloße Gesetzesanwendung hinfällig geworden. Die Justiz und die ihr zuarbeitende Rechtswissenschaft scheinen mit dem Problem dieser Rechtfertigung dennoch keine besonderen Schwierigkeiten zu haben, denn die Gerichte fällen ihre Entscheidungen und die Rechtswissenschaft unterbreitet ihre Norm- und Argumentationsvorschläge ohne Anzeichen einer vermehrten Unsicherheit. Dieses ungebrochene Selbstverständnis mag seine Ursache darin haben, daß der juristische Determinismus tatsächlich keineswegs tot ist, oder aber darin, daß die Praxis sein Ableben noch nicht bemerkt hat — es ist allerdings auch denkbar, daß die Praxis bereits neue Argumentationsmuster entwickelt hat, von denen die Methodenlehre ihrerseits noch keine Kenntnis genommen hat.

¹ Vgl. *Schwerdtner*, *Rechtstheorie* 1971, S. 239; *Adomeit*, *ZRP* 1970, S. 176.

² Die Vorstellung, daß das Recht für jede beliebige Rechtsfrage nur eine richtige Antwort bereit halte, die durch logische Operationen ermittelt werden könne, wurde allerdings schon sehr viel früher angezweifelt, etwa von der Freirechtswissenschaft (vgl. z. B. *Kantorowicz*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 13 ff.), der Interessenjurisprudenz (vgl. *Heck*, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, S. 13 ff., *ders.*, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, S. 102 ff.) und der Wiener Schule (vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 94 ff.); vgl. auch *von Bülow*, *Gesetz und Richteramt*, S. 28 ff. Doch während damals das Ungenügen des Subsumtionsmodells meist immer noch als Ausnahme angesehen wurde, äußert sich die Kritik am juristischen Positivismus heute zwingender und radikaler; vgl. insbesondere *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, S. 47 ff.; *Esser*, *Grundsatz und Norm*, S. 253 ff.; *ders.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*; *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*; *Säcker*, *Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit*, S. 104 ff.; *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, S. 23 ff.; *Schwerdtner*, *Rechtstheorie* 1971, S. 67 ff., 224 ff.; — s. a. *Podlech*, *AöR* 95/185 ff., 190 f.; *Rüthers*, *Institutionelles Rechtsdenken*, S. 13 f., 16 f.; *Wassermann*, *Der politische Richter*, S. 17 ff., 32 ff.; *Winter*, *Rechtstheorie* 1971, S. 171; *Zippelius*, *JZ* 1970, S. 241 ff. — Eine anschauliche Demonstration des Versagens des Subsumtionsmodells liefert *Rüthers* mit seiner Schrift „Die unbegrenzte Auslegung“.

Im folgenden soll nun anhand einer in Rechtsprechung und Schrifttum sehr ausführlich diskutierten juristischen Streitfrage dem Problem der Rechtfertigung richterlicher Entscheidungen auf einer etwas konkreteren Ebene nachgegangen werden, wobei weniger ein Interesse an Verallgemeinerungsfähigkeit in methodischer Hinsicht verfolgt wird als das Interesse daran, die Entscheidung bestimmter sozialer Konflikte einer rationaleren und offeneren Diskussion zugänglich zu machen. Zu diesem Zweck sollen die in der Diskussion verwendeten Erkenntnisinstrumente und Argumentationsmuster einer erkenntniskritischen Überprüfung unterzogen werden, um von daher Aufschluß darüber zu gewinnen, welche Argumentationsansätze am ehesten geeignet sind, in nachvollziehbarer Weise zu vernünftigen Ergebnissen zu führen. Gegenstand der hier zu analysierenden juristischen Kontroverse soll die Frage der rechtlichen Behandlung von Fällen der Grundrechtsbeeinträchtigung durch Private sein, wobei von der Hypothese ausgegangen wird, daß die umfängliche Diskussion dieses Problem bisher noch keine Argumentationszusammenhänge bereitgestellt hat, die geeignet wären, gefundene Ergebnisse plausibel zu machen und die Auffindung noch unbekannter Lösungen rational anzuleiten. Dabei wird hier von einem bestimmten Vorverständnis dessen, was eine Begründung leisten soll und unter welchen Bedingungen sie dies zu leisten am ehesten in der Lage ist, ausgegangen. Mag dieses Vorverständnis auch im wesentlichen durch literarisch bereits vorfindbare Überlegungen geprägt sein, so ist es doch im Interesse der Transparenz der nachfolgenden Ausführungen erforderlich, die hier zugrundegelegte Sicht des Begründungsproblems kurz darzulegen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß sich die hier angestellten Überlegungen nicht nur hinsichtlich des zu lösenden Rechtsproblems, sondern auch hinsichtlich der Entscheidungssituation des Richters als Überlegungen *de lege lata* verstehen, d. h. es wird eine unvollkommene Situation in Rechnung gestellt, für die es nur unvollkommene Empfehlungen geben kann.

2. *Minima moralia der Begründung richterlicher Entscheidungen*

Das Interesse an Begründungen stellt sich häufig als Interesse an dogmatischer Aufarbeitung einer bestimmten Entscheidungspraxis i. S. einer Verbesserung von Argumentationsketten zur Rechtfertigung bereits gefundener Problemlösungen dar. Damit sind jedoch die hier verfolgten Intentionen nicht zureichend beschrieben.

Geht man davon aus, daß Begründungen sich immer als rationale Rekonstruktionen des Rechtserkenntnisprozesses darstellen bzw. darstellen sollten, so ist die Beschäftigung mit Begründungen richterlicher Entscheidungen immer auch eine Beschäftigung mit Kriterien der Pro-

blemlösung und damit wiederum mit Möglichkeiten der Problemlösung selbst. Als Problemlösung kommt nur in Betracht, was auch begründbar ist, und gelingt es, einen Argumentationsgang nachhaltig zu erschüttern, so werden dadurch regelmäßig neue Handlungsspielräume eröffnet, mögen diese auch in der Praxis häufig mit Stillschweigen übergangen werden.

Das Erfordernis der Begründbarkeit richterlicher Entscheidungen ist nun allerdings unbestritten. Soweit die Verfahrensordnungen die Begründung von Entscheidungen nicht ausdrücklich vorschreiben³, ergibt sich die Begründungspflicht aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Kontrollierbarkeit staatlicher Machtausübung (Art. 20 Abs. III, 28 Abs. I GG)⁴. Diskussion kann es nur darüber geben, wann man eine Entscheidung als begründet ansehen will, und dies hängt wesentlich davon ab, welche Funktionen man den Begründungen richterlicher Entscheidungen beimißt. Eine Funktion, die man als Rechtsschutzfunktion bezeichnen könnte, wurde mit dem Grundsatz der Kontrollierbarkeit staatlicher Eingriffe bereits angesprochen. Von daher lassen sich bestimmte Mindestanforderungen an richterliche Begründungen formulieren, wie Brüggemann dies etwa in seiner Untersuchung zur richterlichen Begründungspflicht getan hat⁵. Mit der Ermöglichung der Rechtmäßigkeitskontrolle sind die Funktionen richterlicher Begründungen jedoch nicht zureichend beschrieben; hinzu kommt vielmehr noch eine darüber hinausgehende Legitimationsfunktion, die sich aus dem spezifischen Legitimationsbedarf richterlicher Entscheidungen ergibt.

Die richterliche Entscheidungstätigkeit ist Ausübung staatlicher Gewalt, die als solche demokratischer Legitimation bedarf (Art. 20 Abs. I GG). Das Grundgesetz hat dieses Legitimationsproblem durch die Gesetzesbindung des Richters zu lösen versucht⁶. Wenn der Richter lediglich Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vollzieht, so bedarf es einer besonderen Legitimation richterlichen Handelns nicht mehr. Dieser Legitimationsmechanismus funktioniert jedoch nur insoweit, als richterliches Handeln tatsächlich durch Gesetzesbestimmungen vorprogrammiert ist, was wiederum nur dann der Fall ist, wenn jeweils einschlägige Normen zur Verfügung stehen und diesen Normen ein eindeutiger Sinn entnommen werden kann, wobei von vornherein zu berücksichtigen ist, daß es Eindeutigkeit des Normsinns nur i. S. intersubjektiver Einigkeit über den Inhalt einer Norm geben

³ Vgl. z. B. §§ 313 ZPO, 34, 267 StPO, 112 Abs. 2 VwGO, 113 Abs. 2 FGO.

⁴ Vgl. dazu im einzelnen *Brüggemann*, Die richterliche Begründungspflicht, S. 110 ff., 168 ff.

⁵ Siehe dort insbes. S. 171 ff.

⁶ Siehe auch *Schwerdtner*, Rechtstheorie 1971, S. 236.