

Schriften zur Rechtstheorie

Band 297

Sekundäre Lücken im Recht

Richterliche Rechtsanpassungen angesichts
des Umstands- und Wertewandels

Von

Manuel Fallmann



Duncker & Humblot · Berlin

MANUEL FALLMANN

Sekundäre Lücken im Recht

Schriften zur Rechtstheorie

Band 297

Sekundäre Lücken im Recht

Richterliche Rechtsanpassungen angesichts
des Umstands- und Wertewandels

Von

Manuel Fallmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Konstanz
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-18343-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58343-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Diese Arbeit wurde 2020 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Die Verteidigung der Dissertation fand am 14. Januar 2021 bei den Referenten Prof. Dr. Clemens Höpfner und Prof. Dr. Christian Picker statt.

Die Idee der Arbeit entstand aus dem Bedürfnis, zentralen juristischen Fragestellungen auf den Grund zu gehen und dabei auch interdisziplinäre Forschungsansätze zu verfolgen. Prof. Dr. Dres. h. c. em. Bernd Rütters, den ich über mehrere Jahre als wissenschaftliche Hilfskraft unterstützen durfte, vermittelte mir in vielen bereichernden Gesprächen die Begeisterung für die juristische Methodenlehre und führte mir vor Augen, welche wissenschaftliche, aber auch politische Brisanz methodische Fragestellungen aufweisen. Es war dann ein Glücksfall, dass Prof. Dr. Clemens Höpfner seine Professur 2016 in Konstanz antrat und mich als Mitarbeiter und Doktorand aufnahm. Eine bessere und fachlich versiertere Betreuung meiner Promotion als bei Prof. Dr. Clemens Höpfner konnte ich mir nicht wünschen. Besonders möchte ich daher diesen beiden Herren danken! Ohne sie wäre diese Arbeit wohl nie geschrieben worden.

Für die Erstellung des Zweitgutachtens und viele wichtige Hinweise zur Strukturierung meiner Arbeit bin ich Prof. Dr. Christian Picker zu großem Dank verpflichtet.

Weiterhin schulde ich Prof. Dr. Hans Christian Röhl, Prof. Dr. Carsten Bäcker und Prof. Dr. Wolfgang Spohn Dank für ihre Unterstützung. Prof. Dr. Hans Christian Röhl unterstützte mich vor allem bei der Bewerbung auf ein Stipendium der Landesgraduiertenförderung, Prof. Dr. Carsten Bäcker gab mir in vielen anregenden Diskussionen wertvolle Denkanstöße und Prof. Dr. Wolfgang Spohn nahm sich mehrmals Zeit, mir eine Vielzahl von Fragen zu beantworten, die ich im Zusammenhang mit der philosophischen Theorie des Überzeugungswandels (auch: Belief Revision Theory) hatte, die für mein Konzept des hypothetischen Gesetzgeberwillens von zentraler Bedeutung ist.

Für die finanzielle Förderung meiner Arbeit durch die Universität Konstanz und das Land Baden-Württemberg auf der Grundlage des Landesgraduiertenförderungsgesetzes möchte ich ebenfalls danken.

Der Verlagsleitung von Duncker & Humblot danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Schriften zur Rechtstheorie“.

Nicht zuletzt gebührt meiner Mutter und meinem Kommilitonen Raphael Ilg Dank, die mir beide besonders in der Abschluss- und Redigierphase meiner Doktorarbeit tatkräftig und mit großer Genauigkeit zur Seite standen!

Stuttgart, 19.08.2021

Manuel Fallmann

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Begriff und Methode der sekundären Lücke – theoretische Grundlegung	21
I. Der Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegung und seine Bedeutung für die Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken	23
II. Allgemeiner Begriff der „Gesetzeslücke“	34
1. Historische Entwicklung der Lückendiskussion in Deutschland	34
2. Der heutige Begriff der „Lücke“ in der Rechtswissenschaft	37
a) Unvollständigkeit der Rechtsordnung	38
aa) Die „Rechtsordnung“ als das Unvollständige	38
bb) Die vollständige Vergleichsordnung für die unvollständige Rechtsordnung	39
b) Planwidrigkeit der Regelungslücke	42
3. Ausblick: Sekundäre Lücken als sekundäre planwidrige Unvollständigkeiten oder Überschüsse der Rechtsordnung	47
4. Canaris' Systematisierung der Gesetzeslücken	48
a) Die Rechtsverweigerungslücke und ihre Relevanz für die Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken	48
b) Teleologische Lücken	52
aa) Analogie und teleologische Reduktion als Mittel der Lückenfeststellung?	52
bb) Mögliche und notwendige Analogie	55
cc) Relevanz der teleologischen Lücken für die Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken	56
c) Prinzipienlücken und ihre Relevanz für die Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken	58
III. Begriff und Kritik der sekundären Lücke	60
1. Begriff	60
2. Notwendigkeit des Konzepts der sekundären Lücke	62
3. Kritische Stimmen gegenüber dem Konzept der sekundären Lücke	63
IV. Sekundäre Lücken und sekundäre Überschüsse im Gesetz angesichts der Vorlagepflicht des Richters nach Art. 100 I GG	70

V.	Ein ähnlicher Fall? Exkurs zur Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 I BGB im Vergleich zur „Störung der Gesetzesgrundlage“	75
VI.	Grundmodell zur Methode der Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken	79
	1. Erste Variante: Wegfall eines anfänglich sinnvollen Regelungsgedankens auf Grund eines Wandels der Normsituation	80
	2. Zweite Variante: Plötzliche Regelungsbedürftigkeit eines bisher unregulierten Sachverhalts	85
VII.	Grundbegriffe und -techniken zur Umsetzung der Methode der Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken	89
	1. Gesetzgeberwille	91
	2. Gesetzesmaterialien als Erkenntnisquelle des Willens des Gesetzgebers? ...	97
	3. Hypothetischer Gesetzgeberwille	105
	a) Das irreale Moment in hypothetischen Aussagen – Die Semantik kontrafaktischer Konditionalaussagen	107
	b) Gewandelte Bedingungen – gewandelte Gesetzesanwendung? Zur logischen Struktur und epistemologischen Möglichkeit der Erkenntnis des hypothetischen Gesetzgeberwillens	113
	c) Resümee und Folgen für Art. 100 I GG	127
VIII.	Hypothetische Überlegungen als Spezifikum der sekundären Lücken?	131
IX.	Gefahren des hypothetischen Gesetzgeberwillens im Falle der europarechtskonformen Rechtsanwendung im Zivilrecht	135
	1. Bewertung der Heiningen-Entscheidung	140
	2. Bewertung der Quelle-Entscheidung	140
	3. Bewertung der Weber/Putz-Entscheidung	143
	4. Ergebnis zur Gefährlichkeit des hypothetischen Gesetzgeberwillens	144
X.	Das Vorsichtsgebot und die speziellen verfassungsrechtlichen Grundlagen nachträglicher richterlicher Rechtsanpassungen	145
XI.	Rechtsfolge der Feststellung der sekundären Überschüssigkeit	148
C.	Systematik sekundärer Lücken	151
I.	Eigener Einteilungsvorschlag	151
II.	Andere Einteilungsvorschläge	154
	1. Wandel des Sprachgebrauchs als Grund sekundärer Lücken? (Larenz)	154
	2. Rechtswidrigwerden von Normen (Baumeister)	158
	a) Baumeisters Vorschlag	158
	b) Kritische Würdigung	160

D. Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken anhand beispielhafter Fälle ..	166
I. Sekundäre Lücken durch innerrechtliche Veränderungen	166
1. Sekundäre Lücken durch Gesetz	166
a) Zweckverlust der beamtenrechtlichen Haftungsprivilegierungen?	170
aa) Das Verweisungsprivileg nach § 839 I 2 BGB	171
bb) Die Subsidiarität der Schadensersatzklage nach § 839 III BGB	177
b) Erweiterung der Inhabilitätsgründe durch die Schaffung neuer Straf- gesetze?	178
c) Europarecht als Entstehungsgrund sekundärer Lücken am Beispiel von § 239 BGB	181
2. Sekundäre Lücken durch Richterrecht am Beispiel des allgemeinen Persön- lichkeitsrechts	183
3. Ergebnisse	188
II. Sekundäre Lücken durch außerrechtliche Veränderungen	190
1. Sekundäre Lücken durch Veränderungen im Bereich der objektiven Um- stände	190
a) Technische Veränderungen	192
aa) Gefahr für das Urheberrecht durch Magnettonbandgeräte	193
bb) Veränderte Zählmaschinen – veränderte Automatensteuer	200
cc) Digitale Inhalte gegen Daten – ein neuer Vertragstypus?	203
(1) Unentgeltlichkeit?	206
(2) Kauf-, Miet- oder atypischer Vertrag?	208
(3) Rechtsfolgen des Rücktritts und Möglichkeit der Kündigung ..	213
dd) Fazit zur Möglichkeit der Rechtsfortbildung im noch unregelmten Bereich	215
b) Wirtschaftlicher Wandel	218
aa) Veränderte Zinsen, verändertes Gesetz? – Canaris' Lösung für die An- passung des § 247 BGB a.F.	219
bb) Hausarbeitstag – nur noch entbehrlicher Luxus?	222
c) Sozialer Wandel als Grund für sekundäre Planwidrigkeiten? Am Beispiel des Kranzgeldanspruchs	228
d) Sonderfall: Veränderter Kenntnisstand	233
e) Ergebnisse	234
2. Sekundäre „Lücken“ durch Veränderungen im Bereich der Wertevorstel- lungen	235
a) Soraya	242
b) Die Ehe für alle – das Rechtsinstitut der Ehe im Wandel der moralischen und rechtlichen Verständnis	248
aa) Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts	253

bb) Die Argumentation des einfachen Gesetzgebers	262
c) Resümee	267
E. Ergebnisse, Fazit und Ausblick	270
Literaturverzeichnis	278
Sachverzeichnis	301

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildung 1: Canaris' Systematisierung der Gesetzeslücken	48
Abbildung 2: Wahrheitstafel der materialen Implikation	110
Abbildung 3: Systematik sekundärer Lücken, eigener Einteilungsvorschlag	151

A. Einleitung

„Was ist das Vergänglichere, der Geist oder der Körper? – In den rechtlichen, moralischen und religiösen Dingen hat das Äußerlichste, das Anschauliche, also der Brauch, die Gebärde, die Zeremonie, am meisten Dauer: sie ist der Leib, zu dem immer eine neue Seele hinzukommt. Der Kultus wird wie ein fester Wort-Text immer neu ausgedeutet; die Begriffe und Empfindungen sind das Flüssige, die Sitten das Harte.“

Friedrich Nietzsche, Der Wanderer und sein Schatten, 77

Der Brauch, die Gebärde und die Zeremonie der rechtlichen, moralischen und religiösen Dinge weisen nach Nietzsche eine eigentümliche Form der Flexibilität auf. Ihre äußerliche, wahrnehmbare Seite – der „Kultus“ – bleibt unverändert, doch ihre Bedeutung ändert sich mit der Zeit. Diese Eigenschaft teilen sie mit dem „festen Wort-Text“, der immer neu ausgedeutet wird, obwohl seine Zeichen identisch bleiben. Nietzsches Beschreibung ist der juristischen Praxis im Umgang mit ihrem Gegenstand – dem Gesetzestext – nicht fremd. Gesetzestexte bleiben häufig über lange Zeiträume semiotisch unverändert, während sich die ihnen zugrundeliegende gesellschaftliche, wirtschaftliche, technische, rechtliche und weltanschauliche Ausgangslage drastisch verändern kann. Um diesen gewandelten Verhältnissen gerecht zu werden, wird häufig versucht, dem hoffentlich geduldigen Wortlaut des jeweiligen Gesetzestextes eine neue Bedeutung abzurufen, was die rechtssprechenden Organe durch verschiedenste Argumentationstechniken und -topoi zu rechtfertigen suchen.¹ Doch selbst dann, wenn der Wortlaut als unflexibel erfahren wird und eine aktualisierende Auslegung ausscheidet, sind die Bestrebungen der Juristen, die Gesetze anzupassen, noch nicht beendet. Nicht selten wird unter vager Berufung auf die „gewandelten Verhältnisse“ der Norm eine neue Deutung zugeschrieben, die geeignet ist, sie von ihrer Entstehungsgeschichte zu entfremden und ihren historischen Regelungszweck zu neutralisieren.² Gleichwohl kann nicht geleugnet werden, dass die Rechtsordnung von der Wirklichkeit, die sie eigentlich regeln soll, abhängig ist.

Gesetz und Wirklichkeit sind keine separaten Sphären, die ohne kausale Verbindungen nebeneinanderstehen. Gesetze werden erlassen, um die Wirklichkeit zu steuern. Verändert sich die Wirklichkeit, kann das Gesetz seine einst vorhandene

¹ Für das Zivilrecht mit einem Verzeichnis verdeckter Rechtsfortbildungsstrategien *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, S. 546 ff.

² Mit vielen Beispielen aus der Rechtsprechung *T. Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 162 ff., 201.

Steuerungswirkung einbüßen. Schon von Jhering forderte, dass das Gesetz den Bedürfnissen des Lebens und der Zeit anzupassen sei, anstatt sich ihm blindlings zu unterwerfen.³ Heute wird dann eher von der Innovationsoffenheit⁴ oder – in Anlehnung an Smend – von der Integrationsfähigkeit⁵ des Rechts gesprochen, das für außerrechtliche Entwicklungen offen sein soll.

Neben dem Befund der Verbindung von Recht und Wirklichkeit wird eine zunehmende Veränderungsgeschwindigkeit in modernen Gesellschaften konstatiert.⁶ Nach Luhmann fließt die Zeit wegen der zunehmenden Interdependenz aller Vorgänge immer schneller, wodurch auch das Recht in Fluss gerate.⁷ Das veranlasste beispielsweise Esser, manche Gesetze schon in ihrer Jugend als veraltet anzusehen.⁸ Die Überzeugung einer immer schneller fließenden Zeit, die bei Juristen fast schon zum Gemeinplatz geworden ist,⁹ impliziert dann zugleich, dass die Justiz dem Gesetzgeber immer häufiger unter die Arme greifen muss, weil nur so ein wirklichkeitsadäquates Entscheiden möglich bleiben kann. Doch der Glaube, in einer besonders schnelllebigen Zeit zu leben, ist nicht neu. Schon kurz nach dem Erlass des BGBs wurde das hohe Tempo des „modernen“ Lebens bemerkt. Gerade erst erlassen, wurde das BGB schon für veraltet gehalten.¹⁰ Behauptet wurde, dass die beständig gesteigerte Beschleunigung des modernen Lebens die Mannigfaltigkeit von Rechtsfragen ins Unerschöpfliche treibe; Rechtsentwicklungen, die früher nur in fünfhundert Jahren möglich gewesen seien, vollzögen sich nun in fünf.¹¹

Dem steht der Befund gegenüber, dass das BGB, das die privatrechtliche Rechtspraxis nun schon seit über hundert Jahren steuert, in wesentlichen Bereichen unverändert geblieben ist. Dies gilt auch für viele andere Rechtsgebiete und ihre zentralen Gesetze. Die gesteigerte Veränderungsgeschwindigkeit steht daher unter dem Verdacht, immer dann beschworen zu werden, wenn Gesetzesbindungen von Gerichten als unliebsame Einschränkungen erfahren werden.¹² Gleichwohl darf nicht bestritten werden, dass sich die Innovationsdichte mit fortschreitender Zeit

³ von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, S. 490; von Jhering, Theorie der juristischen Technik, in: Krawietz, Werner (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976, S. 11 (11 f.).

⁴ Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, Recht und Innovation, S. 29; Hoffmann-Riem, Innovation durch Recht und im Recht, S. 9.

⁵ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 ff. (189); Volkman, Grundzüge einer Verfassungslehre, S. 50 ff., 68.

⁶ Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, S. 145 f.

⁷ Luhmann, Rechtssoziologie, S. 210 f.

⁸ Esser, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, S. 7 f.

⁹ Vgl. mit vielen Nachweisen T. Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 68 f., 201 f.

¹⁰ T. Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 68 f. 73 f.

¹¹ Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 154.

¹² T. Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 70; T. Möllers, Juristische Methodenlehre, § 6 Rn. 76.

immer weiter erhöht¹³ und damit das Recht vor immer neue Herausforderungen stellt, die das richterliche Intervenieren erforderlich machen können.

Besonders deutlich zeigt sich das in Zeiten des Umbruchs oder der Krise. Die methodischen Operationen, die in der zivilgerichtlichen Praxis der NS-Zeit für die Anpassung der Rechtsordnung an die neue Weltanschauung verwendet wurden, untersuchte vor allem Bernd Rüthers.¹⁴ Rüthers meinte anfänglich, einen rechtlichen Sonderfall zu analysieren, der durch die Besonderheiten des totalitären NS-Regimes geprägt sei, nicht aber für den juristischen Alltag gelte.¹⁵ In seiner weiteren Beschäftigung mit dem Thema ist er aber von dieser Ansicht abgekommen. Die Aufgabe, die überkommene Rechtsordnung an die gewandelten Verhältnisse anzupassen, bestünde nicht nur während der NS-Rechtsperversion oder anderen extremen Umbruchsituationen, sie bestimme die juristische Praxis vielmehr dauerhaft.¹⁶ Das Richterrecht bleibt also in jeder bewegten Zeit – und wahrscheinlich ist inzwischen jede Zeit bewegt genug – unser Schicksal.¹⁷ Doch ist die Stellung der dritten Gewalt in diesem Prozess noch nicht hinreichend geklärt. Behält sie auch hier ihr dienende¹⁸ Funktion bei oder schwingt sie sich zum Rechtsschöpfer, virtuosen Pianisten des Gesetzes¹⁹ oder gar einer Art salomonischen Richter auf?

Dieses übersteigerte Verständnis des Richters als Sprachrohr der Gerechtigkeit ist noch nicht ausgestorben. Erst kürzlich forderte der nordrheinwestfälische Innenminister Herbert Reul die Justiz auf, ihre Entscheidungen dem „Rechtsempfinden der Bevölkerung“²⁰ anzupassen. Doch das Rechtsempfinden der Bevölkerung ist keine verfassungsrechtlich verankerte Rechtsquelle, die den Richter binden könnte. Vielmehr bergen solche Forderungen die Gefahr, die im Grundgesetz garantierte richterliche Unabhängigkeit, die ihre Grenze nach Art. 97 I GG nur in der Bindung an das Gesetz findet, zu unterminieren.²¹

Andererseits kann es sich wohl keine Rechtsordnung auf Dauer leisten, kontinuierlich an den moralischen und politischen Anschauungen der Rechtsunterworfenen vorbeizugehen. Diesem Umstand tragen schon die vielen Generalklauseln²² in den Einzelgesetzen und das Grundgesetz mit seiner Vielzahl an deutungsoffe-

¹³ So lassen sich allein im letzten Jahrhundert mehr als doppelt so viele Erfindungen verzeichnen wie in den Jahren 1–1700 nach Christus, dazu <https://www.oppisworld.de/zeit/erfinder/chronik01.html> (Stand: 1. 3. 2019).

¹⁴ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 91 ff.

¹⁵ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, Nachwort, S. 481.

¹⁶ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, Vorwort zur 5. Auflage; Rüthers, Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., S. 28; Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, S. 90.

¹⁷ Frei nach *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 (445): „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal“.

¹⁸ Der Dienervergleich geht auf Heck zurück, *Heck*, AcP 112 (1914), 1 (55).

¹⁹ So *Hirsch*, ZRP 2006, 161.

²⁰ <https://www.presseportal.de/pm/30621/4035641> (Stand: 6. 3. 2019).

²¹ *Säcker*, NJW 2018, 2375 (2377 f.).

²² Dazu mehr unter B. II. 2. b).