

**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 Rüthers, 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!



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	13
<b>B. Begriff und Methode der sekundären Lücke – theoretische Grundlegung</b> .....	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 sekundären 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 Vorlauffpflicht 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 ungeregelten 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 kontraktionscher 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 Heininger-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

<b>D. Feststellung und Ausfüllung sekundärer Lücken anhand beispielhafter Fälle . . . . .</b>	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 Inabilitätsgründe durch die Schaffung neuer Strafgesetze? . . . . .	178
c) Europarecht als Entstehungsgrund sekundärer Lücken am Beispiel von § 239 BGB . . . . .	181
2. Sekundäre Lücken durch Richterrecht am Beispiel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts . . . . .	183
3. Ergebnisse . . . . .	188
II. Sekundäre Lücken durch außerrechtliche Veränderungen . . . . .	190
1. Sekundäre Lücken durch Veränderungen im Bereich der objektiven Umstände . . . . .	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 ungeregelten Bereich . . . . .	215
b) Wirtschaftlicher Wandel . . . . .	218
aa) Veränderte Zinsen, verändertes Gesetz? – Canaris’ Lösung für die Anpassung 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 Wertvorstellungen . . . . .	235
a) Soraya . . . . .	242
b) Die Ehe für alle – das Rechtsinstitut der Ehe im Wandel der moralischen und rechtlichen Verständnisse . . . . .	248
aa) Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	253

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

## **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 abzuringen, was die rechtsprechenden Organe durch verschiedenste Argumentationstechniken und -topoi zu rechtfertigen suchen.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> Für das Zivilrecht mit einem Verzeichnis verdeckter Rechtsfortbildungsstrategien Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, S. 546ff.

<sup>2</sup> Mit vielen Beispielen aus der Rechtsprechung T. Honse, 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.<sup>3</sup> Heute wird dann eher von der Innovationsoffenheit<sup>4</sup> oder – in Anlehnung an Smend – von der Integrationsfähigkeit<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Nach Luhmann fließt die Zeit wegen der zunehmenden Interdependenz aller Vorgänge immer schneller, wodurch auch das Recht in Fluss gerate.<sup>7</sup> Das veranlasste beispielsweise Esser, manche Gesetze schon in ihrer Jugend als veraltet anzusehen.<sup>8</sup> Die Überzeugung einer immer schneller fließenden Zeit, die bei Juristen fast schon zum Gemeinplatz geworden ist,<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Behauptet wurde, dass die beständig gesteigerte Beschleunigung des modernen Lebens die Mannigfaltigkeit von Rechtsfragen ins Unerhörliche treibe; Rechtsentwicklungen, die früher nur in fünfhundert Jahren möglich gewesen seien, vollzogen sich nun in fünf.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> Gleichwohl darf nicht bestritten werden, dass sich die Innovationsdichte mit fortschreitender Zeit

<sup>3</sup> 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 (11f.).

<sup>4</sup> Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, Recht und Innovation, S. 29; Hoffmann-Riem, Innovation durch Recht und im Recht, S. 9.

<sup>5</sup> Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119 ff. (189); Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre, S. 50 ff., 68.

<sup>6</sup> Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, S. 145 f.

<sup>7</sup> Luhmann, Rechtssociologie, S. 210 f.

<sup>8</sup> Esser, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, S. 7 f.

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

<sup>10</sup> T. Honsell, Historische Argumente im Zivilrecht, S. 68 f. 73 f.

<sup>11</sup> Sternberg, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 154.

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

immer weiter erhöht<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Das Richterrecht bleibt also in jeder bewegten Zeit – und wahrscheinlich ist inzwischen jede Zeit bewegt genug – unser Schicksal.<sup>17</sup> Doch ist die Stellung der dritten Gewalt in diesem Prozess noch nicht hinreichend geklärt. Behält sie auch hier ihr dienende<sup>18</sup> Funktion bei oder schwingt sie sich zum Rechtsschöpfer, virtuosen Pianisten des Gesetzes<sup>19</sup> 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 Innensenminister Herbert Reul die Justiz auf, ihre Entscheidungen dem „Rechtsempfinden der Bevölkerung“<sup>20</sup> 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 garantie richterliche Unabhängigkeit, die ihre Grenze nach Art. 97 I GG nur in der Bindung an das Gesetz findet, zu unterminieren.<sup>21</sup>

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 Generalklauseln<sup>22</sup> in den Einzelgesetzen und das Grundgesetz mit seiner Vielzahl an deutungsoffe-

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 91 ff.

<sup>15</sup> Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, Nachwort, S. 481.

<sup>16</sup> 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.

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

<sup>18</sup> Der Dienervergleich geht auf Heck zurück, Heck, AcP 112 (1914), 1 (55).

<sup>19</sup> So Hirsch, ZRP 2006, 161.

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

<sup>21</sup> Säcker, NJW 2018, 2375 (2377 f.).

<sup>22</sup> Dazu mehr unter B. II. 2. b).