

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1552

Rechtsfortbildungsgleichheit

**Richterliche Rechtsfortbildung als Gebot
des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)**

Von

Felix Thrun



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX THRUN

Rechtsfortbildungsgleichheit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1552

Rechtsfortbildungsgleichheit

Richterliche Rechtsfortbildung als Gebot
des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)

Von

Felix Thrun



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahre 2023 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

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-18965-6 (Print)

ISBN 978-3-428-58965-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Für Annika

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurde sie geringfügig überarbeitet.

Mein herzlichster Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Wolfgang Höfling, M.A., für die stetige Unterstützung, die zahlreichen zielführenden und hilfreichen Anregungen sowie insbesondere auch für die Freiheit und das Vertrauen, welche mir im Rahmen meines Dissertationsprojektes entgegengebracht wurden. Bei Herrn Professor Dr. Burkhard Schöbener bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die anregende Diskussion.

Bedanken möchte ich mich auch bei den Menschen, die mich während meiner Promotionszeit begleitet haben, unter anderem den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für Staatsrecht und des Seminars für Staatsphilosophie und Rechtspolitik sowie den Mitgliedern des Graduiertennetzwerkes Öffentliches Recht an der Universität zu Köln.

Schließlich möchte ich meinen Eltern danken für die jahrelange Unterstützung und vor allem für jene Befähigungen, ohne die diese Arbeit nie begonnen und erst recht nie vollendet worden wäre: Selbstvertrauen und Hingabe.

Köln, im Februar 2024

Felix Thrun

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
B. Begriff und verfassungsrechtlicher Problemaufriss	25
I. Begriffsprobleme und Annäherung	25
1. Mehr als Auslegung	32
a) Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung als verfassungsrechtliche Notwendigkeit?	33
b) Ergebnisbezogene Zuordnung	35
c) Begründungsbezogene Zuordnung und verfassungsrechtlicher Rechtsfortbildungsbegriff	36
d) Mehr als Interpretation	41
e) Mehr als Konkretisierung	44
f) Rechtsfortbildung als Rechtsveränderung	47
2. Weniger als Rechtssetzung	50
3. Gebundenheit des fortbildenden Rechtsanwenders	52
4. Vorläufige Definition für die nachfolgende Untersuchung	53
II. Verfassungsrechtliche Problemlagen	55
1. Richterliche Gesetzesbindung	57
a) Die Paradoxie von Modifikation und Bindung	57
b) Anknüpfungspunkte richterlicher Gesetzesbindung	61
c) Widersprüchlichkeit in der Gesetzesbindung	62
2. Rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot und Vorhersehbarkeit	64
a) Rechtsfortbildung als rückwirkende Modifikation	64
b) Beispiel: Rechtsfortbildung im Fall der positiven Vertragsverletzung	69
c) Rechtsfortbildung als unvorhersehbare staatliche Handlung	70
d) Rechtsfortbildung und Zumutbarkeit	71
3. Demokratische Legitimität und politische Verantwortung	76
a) Rechtsfortbildung als legitimationsbedürftige Rechtsveränderung	79
b) Textkorrektur und Gesetzeskorrektur als zwei unterschiedlich problematische Modifikationen	82
c) Verantwortungsvakuum bei richterlicher Inhaltskorrektur am Beispiel des Versammlungsrechts	84
d) Legitimationsprobleme bei richterlicher Rechtsfortbildung am Beispiel des Werkvertragsrechts	88
4. (Verfassungs)gerichtliche Kontrolle	93
a) Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG	93

b)	Dysfunktionalitäten im verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzsystem	95
c)	Urteils- und Gesetzesverfassungsbeschwerde als unzureichende Kategorien	97
d)	Kontrolldefizite am Beispiel der Verständigung im Strafverfahren	98
e)	Dysfunktionale Übertragung reduzierter Kontrollmaßstäbe	100
f)	Die Methodenlehre als unzureichendes Kontrollinstrument	102
g)	Modifikationsbedarf hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs bei der Verfassungsbeschwerde	103
C.	Verfassungsmäßigkeit richterlicher Rechtsfortbildung	105
I.	Bisherige Legitimierungs- und Begrenzungsansätze	106
1.	Verfassungsrechtliche Legitimität	106
1.1	a) Argument des gesetzgeberischen Willens	107
1.1	b) Argument der einfachrechtlichen Ermächtigung	108
1.1	c) Traditionargument	109
1.1	d) Argument der Rechtsbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG	112
1.1	e) Argument der Rechtsverweigerung	118
1.2	2. Verfassungsrechtliche Begrenzung	121
1.2.1	a) Herkömmliche externe Begrenzung durch entgegenstehendes Verfassungsrecht	122
1.2.1	b) Herkömmliche interne Begrenzung durch subjektive Interpretationsmittel	125
1.2.1	c) Kombination von subjektiven und objektiven Aspekten	128
1.2.2	3. Beispiel: Willenserklärungen von beschränkt Geschäftsfähigen und Geschäftsunfähigen	133
1.2.2.1	a) Rechtsfortbildung bei beschränkter Geschäftsfähigkeit	133
1.2.2.1	b) Möglichkeit weiterer Rechtsfortbildungen bei Geschäftsunfähigkeit	138
1.2.2.1	c) Mangelnde Begrenzungswirkung von gesetzgeberischem Willen und Konzept	141
1.2.2.1	d) Widersprüchlichkeiten bei Willen und Konzeption	142
1.2.2.2	4. Zwischenergebnis: Schwächen der bisherigen Ansätze	143
II.	Rechtsfortbildung als Gleichheitsgebot	145
1.	1. Gleichheit als verfassungsrechtlich legitimer Zweck der Rechtsfortbildung	145
1.1	a) Keine Lockerung der Gesetzesbindung	145
1.1	b) Fehlende Verbindung von Rechtsfortbildungsdogmatik und Verfassungsrecht	148
1.1	c) Analogieschluss als Gleichbehandlung	151
2.	2. Rechtsfortbildungskompetenz durch den Gleichheitssatz	156
2.1	a) Begrenzte Wirkungen der Rechtsanwendungsgleichheit	156
2.1	b) Zurechnung der gesetzlichen (Un)Gleichbehandlung	159
2.1	c) Informationsasymmetrie	161

d) Differenzierung verschiedener Ebenen des Modifikationsbedarfs	165
e) Normkonflikt innerhalb der Gesetzesbindung als Legitimationsquelle	167
f) Judikative Modifikationskompetenz oder reine Verwerfungskompetenz?	168
g) Besonderheiten der Modifikationsbedarfe bei gleichheitswidrigen Gesetzen	170
h) Zwischenergebnis: Gleichheitsbindung als Grundlage der Rechtsfortbildung	179
3. Fachgerichtliche Rechtsfortbildung und Art. 100 GG	187
a) Konkurrenz von Rechtsfortbildung und Normverwerfung	187
b) Umfang der Monopolisierung	188
c) Unterschiedliche Wirkungen und Bedingungen von Verwerfung und Rechtsfortbildung	191
4. Differenzierende Rechtsfortbildung	194
a) Geringe praktische Relevanz des Ungleichbehandlungsgebots	194
b) Überschneidungen mit freiheitsrechtlichen Gewährleistungen	195
c) Der Gleichheitssatz als Adäquanzsatz	198
d) Reformulierung als vergleichsfeindliche Individualisierung	200
e) Argument gesetzgeberischer Überforderung	201
f) Symmetrischer Gleichheitssatz und symmetrische Rechtsfortbildung	203
III. Grenzen vergleichender Rechtsfortbildung	204
1. Primat gesetzgeberischer Entscheidung	204
2. Begrenzung auf die Wirksamkeit im Einzelfall	206
3. Begrenzung auf den Vergleich	207
4. Keine Rechtsfortbildungsgleichheit im Unrecht	210
5. Bindung an höherrangiges Recht	211
D. Zusammenfassung in Thesen	213
Literaturverzeichnis	218
Stichwortverzeichnis	233

A. Einleitung

Die sich stetig verändernde Wirklichkeit stellt die Rechtsordnung vor eine Herausforderung. Ständig muss das Recht weiterentwickelt und einer neuen Realität angepasst werden. Ursprünglich einmal angemessene Gesetze drohen mit der Zeit durch Wandel ihrer Entwurfsbedingungen an Adäquanz zu verlieren.

Dieser in erster Linie rechtspolitische Modifikationsbedarf findet über den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG¹ auch eine verfassungsrechtliche Ausgestaltung. Neue, bisher ungeregelte Fälle müssen – soweit sie bereits geregelten Fällen hinreichend ähnlich sind – gleichbehandelt werden. Gesetze können insofern durch Zeitablauf² in Konflikt mit dem Gleichheitssatz geraten.

Dieser Herausforderung des „ewigen Flusses“, aus welcher sich immer neue Gleichbehandlungsansprüche ergeben, stehen Rechtsanwender und Rechtssetzer zunächst gemeinsam gegenüber, allerdings nehmen sie verschiedene Rollen bei dem notwendigen Veränderungsprozess ein. Es ist der Rechtsanwender – und für den hier relevanten Zusammenhang vor allem der Richter – auf den im Zuge seiner Tätigkeit immer neue Fälle „zuströmen“. Er bekommt den Modifikationsbedarf unmittelbar und in Anbetracht einzelner Fälle zu spüren, denn er hat das Gesetz auf tatsächliche Lebensverhältnisse anzuwenden und dabei eine gesetzmäßige Entscheidung zu treffen.

Der Gesetzgeber nimmt demgegenüber eher eine Position ein, die ihn das Gesamtbild überschauen und größere Entwicklungslinien und Zusammenhänge erkennen lässt. Gesetzliche Modifikationsbedarfe stellen sich ihm insofern ganz anders dar als dem Richter; nicht als praktische Probleme bei der Entscheidung konkreter Fälle, sondern eher als ein Auseinanderfallen von politisch Gewolltem und tatsächlich Erreichtem.

¹ Im Folgenden wird der besseren Lesbarkeit halber von „dem Gleichheitssatz“ gesprochen. Dabei soll nicht verkannt werden, dass im Einzelfall spezielle Gleichheitssätze vorrangig anzuwenden oder auch andere Gleichheitssätze (insbesondere Art. 20 EuGRCh) einschlägig sein können. Für die hier angestellte Untersuchung der Fortbildung deutscher Gesetze durch die deutsche Fachgerichtsbarkeit ergeben sich daraus aber keine Unterschiede.

² Zum „Wandel der Normsituation“ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 350.

In einem durch Gewaltenteilung geprägten Rechtssystem sind die Rechts-modifikationskompetenzen unterschiedlich verteilt. Der Gesetzgeber führt Gesetzesänderungen im abstrakt-generellen Sinne herbei, wohingegen der Richter in erster Linie im Wege seiner Gesetzesanwendung auf Besonderheiten des konkreten Falles reagiert. Da das Gesetz lediglich als Text vorliegt,³ kommen dem Richter Interpretationsspielräume zu, die er im Sinne einer „zeitgemäßen Auslegung“ nutzen kann. Der Gesetzgeber kann die Grenzen dieser Spielräume durch die in Bezug auf das Gesetz gewählte Formulierung beeinflussen.

Darüber hinaus ist es jedoch auch stets als richterliche Aufgabe begriffen worden, zu der Weiterentwicklung des Rechts (und nicht bloß zu seiner richtigen und zeitgemäßen Konkretisierung im Rahmen der durch den Gesetzgeber eröffneten Spielräume) beizutragen. Dazu bedient sich die Rechtsprechung des Instrumentariums der Rechtsfortbildung. Die richterliche Weiterentwicklung des Rechts geschieht aus der praktischen Entscheidungssituation heraus und ist insofern auf eine konkrete Wirkung ausgerichtet (z.B. die analoge Rechtsanwendung, welche eine praktische Anwendung von Rechtsfolgen auf gesetzlich nicht erfasste Fälle ermöglicht). Im Ergebnis kann damit eine (aus Sicht des Richters) erforderliche Modifikation im Rahmen der Gesetzesanwendung sofort vorgenommen und in dem von ihm zu entscheidenden Fall auch sogleich zur „Geltung“ gebracht werden, ohne dass es zuvor eines ändernden Gesetzgebungsakts bedürfte.

Unklar ist, ob diese überkommene Rollenverteilung den Vorgaben des Grundgesetzes entspricht, insbesondere dem Bild eines streng an das Gesetz gebundenen Richters, wie es in Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommt. Wenn der Richter am notwendigen Wandlungsprozess des Rechts beteiligt ist, erscheint seine Bindung an das Gesetz paradox.⁴ Mehr noch: er wendet in dem zu entscheidenden Fall nunmehr eine modifizierte Variante des vormals ergänzungsbedürftigen Gesetzes an, sodass seine Entscheidung gerade nicht dem „alten“ Gesetz entspricht, welches überdies seine Geltung durch die richterrechtliche Modifikation nicht verloren hat. Dass die grundsätzliche Legitimität richterlicher Rechtsfortbildung heute insbesondere in der Praxis nicht mehr in Frage gestellt wird und sich auch die verfassungsrechtliche Diskussion im Wesentlichen mit den Grenzen, aber kaum mit dem

³ Zum Text als „notwendigem Platzhalter“ der Norm *Jestaedt*, ZÖR 2000, 133 (156); vgl. zur Abgrenzung von Norm und Normtext auch *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 24.

⁴ Siehe zur Paradoxie richterlicher Gesetzesbindung insb. *Christensen*, in: *Lerch, Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, S. 1 (92) – „Es zeigt sich nämlich das Paradox, dass Juristen an das gebunden sind, was sie selbst produzieren.“

„Ob“ der Rechtsfortbildung beschäftigt, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Legitimationsfrage keineswegs geklärt ist.

Im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Betrachtung ist zugunsten der richterlichen Rechtsfortbildung gleichwohl zu berücksichtigen, dass dabei eine nach Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichbehandlung praktisch verwirklicht werden kann, welche der Gesetzgeber wegen seiner der Praxis weitgehend entrückten Position sowie seiner reglementierten Zugriffsmöglichkeiten herzustellen kaum in der Lage ist. Rechtsfortbildung kann insofern gleichheitsrechtlich geboten und verfassungsrechtlich legitim sein. Die vorliegende Arbeit versucht, unter Berücksichtigung der richterlichen Bindungen an das anzuwendende Gesetz sowie an den allgemeinen Gleichheitssatz ein Konzept der richterlichen Rechtsfortbildung zu entwickeln, welches mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Einklang steht.

Bedeutsam ist dabei die angesprochene Textförmigkeit der Gesetze als Kommunikationsakte zwischen Legislative und Judikative,⁵ denn diese wirkt sich erheblich auf die Beschaffenheit der richterlichen Gesetzesbindung aus und ist zugleich der designierte Bezugspunkt der notwenigen Entscheidungsgrundung. Die Verknüpfbarkeit von Text und Entscheidung bestimmt letztlich die Zuordnung des Judikats in den Bereich der Rechtsfortbildung oder der Auslegung.

Die Rechtsprechung als Empfänger und Transmitter gesetzgeberischer Kommunikation befindet sich in einer besonderen Lage; sie soll den Gesetzesstext anwenden und außerdem daran gebunden sein. Beides stellt sich als schwierig dar,⁶ denn Texte kann man eigentlich nur lesen, aber nicht wie ein Werkzeug praktisch anwenden. Erst recht kann niemand an einen Text wirklich gebunden sein. Das Gesetz, seine Anwendung und seine Bindungswirkung sind nur rechtliche Vorstellungen, die lediglich teilweise durch den Text zu vermitteln sind.

Um von einem Text zu einer rechtlichen Vorstellung zu gelangen, mit deren Hilfe dann eine konkrete Rechtsfrage gelöst werden kann, braucht es mehr als den Text selbst. Dieser muss durch den Richter erst semantisch und pragmatisch entschlüsselt werden.⁷ Dabei konstruiert er die Norm auch insofern, als

⁵ Vgl. *P. Kirchhof*, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, S. 71 (71): „[Der Gesetzgeber] spricht im geschriebenen Text.“

⁶ Siehe *Chr. Schönberger*, in: VVDStRL 71, S. 296 (300) – „Die Bindung an Texte hat sich insgesamt als ungesichert erwiesen.“

⁷ Zum Kommunikationsmodell nach *B. Badura* siehe *ders.* Sprachbarrieren, S. 25 ff.; *ders.* in: Burkart/Hömberg, Kommunikationstheorien, S. 11 ff.; vgl. zu dem klassischen Kommunikationsmodell nach *Shannon/Weaver Schützeichel*, Soziologische Kommunikationstheorien, S. 20 ff.