

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 18

Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm  
in der verfassungskonformen Auslegung  
und Rechtsfortbildung

Verfassung Konkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem

Von

Detlef Christoph Göldner



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**DETLEF CHRISTOPH GÖLDNER**

**Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm  
in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung**

**Schriften zur Rechtslehre**

**Heft 18**

# Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung

Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem

Von

Detlef Christoph Göldner



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**

## Vorwort

Vom Verwaltungsrecht hat *Fritz Werner* mit einer vielzitierten Formel gesagt, daß es „konkretisiertes Verfassungsrecht“ sei. Allgemeiner hat man, mit leicht metaphysischer Tönung, von einer „Allgegenwart des Verfassungsrechts“ gesprochen. Das mag manchem zu hoch greifen. Sicher ist jedenfalls, daß das Traditionsschema der Rechtsdogmatik, das das Verfassungsrecht lediglich *neben* die anderen Einzeldisziplinen stellen will, einiges an Glaubwürdigkeit eingebüßt hat. Wie allerdings das Verfassungsrecht von der heutigen Rechtswissenschaft in ihr dogmatisches (und didaktisches) System einzubauen ist, ist damit noch nicht gesagt. Gegen eine Überordnung der Verfassungsdogmatik über die übrigen Rechtsdisziplinen wird sich sogleich das Bedenken anmelden, ob ein Wissenschaftssystem überhaupt irgendeine „Fächerhierarchie“ verträgt und nicht vielmehr Eigenständigkeit jedes seiner Zweige verlangt. Nur bleibt dann die Frage, wie eine solche Gebietsautonomie mit dem vertikalen Geltungsanspruch der Strukturprinzipien des Verfassungsrechts auf einen Nenner zu bringen ist.

Wieviel hier noch aufzuarbeiten ist, zeigt auch das Spannungsverhältnis von Verfassungsprinzip und Zivilrechtssatz. Zwar hat sich hierzu eine breit ausgefächerte zivilistische Fachdiskussion angebahnt, die auch durch besondere Problemnähe ausgezeichnet ist. Indessen sind dabei die verfassungstheoretischen Voraussetzungen zivilrichterlicher Verfassungsverwertung noch weitgehend ausgespart geblieben. Vielleicht hat die Verfassungstheorie das Zivilrecht hier, zum Schaden beider Seiten, bislang zu sehr sich selbst überlassen. So scheint sich in der neueren Judikatur teilweise ein improvisierter Gebrauch des Verfassungsprinzips anzukündigen, der unter anderem deshalb nachdenklich macht, weil er zugleich den kaum zu entbehrenden systemgerechten Prinzipiengebrauch mit zu diskreditieren geeignet ist.

Eine Theorie des Verfassungsprinzips wird also nicht mehr allzu lange auf sich warten lassen dürfen. Sie wird allerdings auch verfrühte doktrinäre Festlegungen zu vermeiden haben, wie sie den Umgang mit Axiomen ohnehin nur zu leicht belasten. So versteht sich auch die folgende Untersuchung, auch wo thesenförmig gefaßt, nur als Beitrag zu einer in nahezu jeder Hinsicht offenen (und grundsätzlich auch offen zu haltenden) Diskussion.

Schrifttum und Rechtsprechung sind in der Arbeit im allgemeinen bis etwa Frühjahr 1967 berücksichtigt; spätere Veröffentlichungen — bis etwa Frühjahr 1969 — konnten nur noch teilweise Berücksichtigung finden.

Herzlich danken möchte ich auch auf diesem Wege meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Karl Larenz (München), der die Arbeit und ihren Verfasser mit unermüdlichem Wohlwollen begleitet hat. Für wertvolle Hinweise habe ich auch Herrn Prof. Dr. Victor Böhmert (Kiel) und Herrn Prof. Dr. Wolfgang Münzberg (Tübingen) zu danken. Der Kieler Rechtswissenschaftlichen Fakultät danke ich für die Zuerkennung des Fakultätspreises 1968/69. Besonders danken möchte ich nicht zuletzt Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann, dem Verleger und Herausgeber der Schriftenreihe, für vielfältiges Entgegenkommen bei der Drucklegung.

Kiel, im November 1969

*Detlef Christoph Göldner*

# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

§ 1. Problem und Meinungsstand. Plan der Darstellung .....	17
--	----

## Erster Teil

### Einordnungsprobleme

#### Erster Abschnitt

#### *„Rechtsethische“ (materiale) Verfassungsprinzipien. Begriff und Rechtsquellenfrage*

§ 2. Zum Begriff des „rechtsethischen“ (materialen) Verfassungsprinzips	23
1. „Rechtsethische“ Prinzipien. Terminologisches .....	23
2. Rechtsprinzipien und Verfassungsprinzipien .....	25
§ 3. Verfassungsprinzip und System des geltenden Rechts. Verfassungsprinzipien als Rechtsergänzungsquellen .....	26
1. Rechtsprinzip und herkömmliche Rechtsquellenlehre .....	27
2. Rechtsprinzip und verfassungsrechtlicher Positivierungsakt: a) Unmittelbarkeit der Rechtsgeltung. b) Geltung im Privatrechtsbereich. Abgrenzung zum Drittwirkungsproblem. c) Verfassungsprinzip und Verfassungsvorrang .....	30
3. Inhaltliche Unbestimmtheit des Prinzips. Zum Verhältnis von funktioneller und substantieller Unmittelbarkeit der Rechtsgeltung .....	36
4. Begriff der Rechtsergänzungsquellen .....	41
5. Ergebnis .....	41

#### Zweiter Abschnitt

#### *Verfassungsprinzip und Gesetzesnorm im System der allgemeinen Rechtsanwendungslehre. Stufen verfassungskonformer Rechtsanwendung*

§ 4. Verfassungsprinzip und Gesetzesauslegung .....	43
I. Begriff und Funktion verfassungskonformer Gesetzesauslegung	43
1. Verfassungskonforme Auslegung als gesetzeserhaltendes Prinzip (Normerhaltungstheorie) .....	44

2.	Verfassungskonforme Auslegung als verfassungsentfaltendes Prinzip (rechtshierarchische Theorie) .....	45
II.	Verfassungsprinzip, verfassungskonforme Auslegung und herkömmliche Auslegungsmethoden .....	47
1.	Verfassungskonformität als Auslegungsnorm des positiven Verfassungsrechts .....	47
2.	Prinzipienverwertung, subjektive und objektive Auslegungstheorien: a) Vermittlungstendenzen der modernen Auslegungslehre. b) Zur Problemabgrenzung. Verfassungsprinzipien als legislative Grundsatzwertungen. Verfassungskonforme Auslegung als Rechtsquellenkombination .....	48
3.	Verfassungskonformität und Einheit der Rechtsordnung: a) Interpretation als Integration. b) Reichweite des Integrationsgedankens. c) Folgerungen. Inhalt des Einheitspostulats. Verfassungsprinzip und „offenes“ Rechtssystem .....	52
4.	Rechtsproduktiver Charakter der Vermittlung von Verfassungsprinzip und Gesetzesnorm und heutiges Bild der Rechtsanwendung .....	63
5.	Verfassungsprinzip und übliche Auslegungskriterien: a) grammatische, b) historische, c) systematische, d) teleologische Auslegungsstufe .....	65
6.	Ergebnis .....	67
§ 5.	Verfassungsprinzip und Rechtsfortbildung .....	67
I.	Grenzen des Konformitätsgedankens in der vorherrschenden Meinung .....	67
1.	Unstimmigkeiten in der bisherigen Lehre und Praxis .....	67
2.	Kritik und Problemstellung .....	70
II.	Verfassungsprinzip, verfassungskonforme Rechtsfortbildung und herkömmliche Rechtsfortbildungslehre .....	71
1.	Vorüberlegungen zur Frage funktionell-verfassungsrechtlicher Grundsatzbedenken .....	71
2.	Verfassungskonforme Rechtsfortbildung und theoretischer Ansatz des Konformitätsgedankens: a) Normerhaltungstheorie und Rechtsfortbildung. b) Rechtshierarchietheorie und Rechtsfortbildung .....	73
3.	Verfassungsprinzip und System der herkömmlichen Rechtsfortbildungsdogmatik: a) Verfassungsprinzip und Lückewertungsbasis. Das Prinzip als Wertungsfaktor richterlicher Rechtsfortbildung. b) Prinzipienbezogene Rechtsfortbildung und Bindungskraft der gesetzlichen Wertungen. Grenzen abstrakter Vermittlungsformeln. Methodische Bedeutung des Einzelproblems .....	75
4.	Ergebnis .....	83
<i>Zweiter Teil</i>		
<b>Konkretisierungsprobleme</b>		
§ 6.	Notwendigkeit der Konkretisierung .....	85
1.	Konkretisierung als notwendiger Teilakt verfassungskonformer Rechtsanwendung .....	85

2. Grenzen der Konkretisierungsbedürftigkeit: a) Eigenbedeutung des Prinzips. b) Gesetzgeberische Vorkonkretisierungen. Sonstige Konkretisierungsformen .....	87
<b>§ 7. Methodenprobleme der Konkretisierung .....</b>	<b>91</b>
I. Konkretisierung als Spezifizierung .....	91
II. Wertbezogenheit und gedanklicher Stil richterlicher Prinzipienkonkretion .....	92
III. Konkretisierung, interpretatorisches und legislatorisches Verfahren .....	95
1. Prinzipienkonkretisierung und Gesetzesauslegung: a) Problemstand und Kritik. b) Bedeutung der Struktureigenart des Prinzips .....	96
2. Prinzipienkonkretisierung und legislatorisches Verfahren: a) Legislatorische Lückenfüllung? Verfassungsprinzip und „intra-legen-Lücke“. b) Funktionsvergleich von gesetzgeberischer und richterlicher Prinzipienkonkretion. Erfordernis typisierender Regelbildung. Richterliche Konkretisierung als quasigesetzgeberisches Verfahren. Auseinandersetzung mit Krieles Theorie der Normbildung .....	104
3. Ergebnis .....	112
<b>§ 8. Fortsetzung. Orientierungshilfen (Kriterien) richterlicher Prinzipienkonkretisierung im Einzelfall .....</b>	<b>112</b>
I. Musterfunktion anderweit vorgeformter Prinzipienkonkretisierungen (Verweisungskriterien) .....	113
1. Judizielle Vorkonkretisierungen (Präjudizien) .....	113
2. Rechtsdogmatische Konkretisierungsvorschläge .....	118
3. Konkretisierungsmodelle fremder Rechte .....	120
4. Rechtshistorische Konkretisierungsmuster .....	122
5. Gesetzgeberische Konkretisierungsprojekte (insbesondere Revisionspläne) .....	123
II. Wertungsmaßstäbe richterlicher Prinzipienkonkretisierung (Wertungskriterien) .....	124
1. Verfassungsprinzip und Wertungen des positiven Gesamtrechtsgefüges (Konkretisierung als Integration): a) Anderweite Verfassungswertungen (kombinatorische Konkretisierung). b) Rückgriff auf Wertungen und Rechtsinstitute der einfach-gesetzlichen Rechtsordnung (gesetzeskonforme Prinzipienkonkretion). Wertungskollisionen .....	124
2. Ethische Konkretisierungsmaßstäbe .....	129
3. Verfassungskonkretisierung und allgemeine Rechtsüberzeugung .....	130
4. Zur „Natur der Sache“ als Konkretisierungshilfe .....	133
5. Der Gedanke sozialeffektiver Verfassungskonkretisierung (Konkretisierung als Realisierung). Mehrdeutigkeit der Effektivitätsmaxime .....	138
6. Ergebnis .....	143

§ 9. Konkretisierungsspielraum. Konkretisierungsbefugnis .....	143
1. Vorhandensein eines Konkretisierungsspielraums .....	143
2. Notwendigkeit authentischer Konkretisierungswahl .....	146
3. Konkretisierung als Kompetenzproblem. Konkretisierungsbefugnis .....	147
4. Ergebnis .....	148

### *Dritter Teil*

## **Abgrenzungsprobleme**

### Erster Abschnitt

#### *Funktionelle Grenzen richterlicher Verfassungskonkretisierung*

Vorbemerkung. Funktion und Methode in der Rechtsanwendungslehre .....	149
---	-----

§ 10. Verfassungskonforme Rechtsanwendung und Gewaltenteilung ....	151
I. Richterfunktion und allgemeine Gewaltenteilungstheorie. Problemstand und Kritik .....	151
1. Gewaltenteilung und richterliche Rechtsschöpfungskompetenz	152
2. Grundsätzliche Respektierung der gesetzgeberischen Prärogativen .....	153
3. Versuche vermittelnder Lösungswege. Kritik .....	154
II. Materiales Verfassungsprinzip und Gewaltenteilung. Voraussetzungen und Grenzen des Gewaltenteilungsarguments .....	155
1. Struktur des Gewaltenteilungsgedankens. Seine Offenheit. Materielle und funktionelle Gewaltenteilung .....	155
2. Zum Verhältnis von gewaltenteilungstheoretischem und methodischem Richterbild .....	157
3. Systembezogenheit und historische Variabilität der Gewaltenteilung .....	158
4. Folgerungen für die Grenzen richterlicher Verfassungskonkretion. Verfassungsrechtlicher Konkretisierungsauftrag: a) Prinzipienrezeption und konkretisierende richterliche Regelformbildung. b) Mehrdeutigkeit der Konkretisierungsbasis. c) Konkretisierungsgegenstand und „politische“ Fragen .....	158
5. Folgerungen. Normgebundenheit und Normorientierung im Konkretisierungsakt .....	166
6. Ergebnis .....	167
§ 11. Verfassungskonforme Rechtsanwendung und richterliche Normenkontrollkompetenz .....	168
1. Das Problem .....	168
2. Die Verfassungstendenz des GG zugunsten des Richters. Zur richterlichen Kontrollfunktion .....	169

3. Folgerungen für die verfassungskonforme Rechtsanwendung. Normenkontrollkompetenz und allgemeine Konkretisierungskompetenz .....	170
<b>§ 12. Verfassungskonforme Rechtsanwendung und richterliche Gesetzesgebundenheit .....</b>	<b>173</b>
1. Zusammentreffen von Verfassungs- und Gesetzesbindung .....	173
2. Bindungskraft und Bindungsweise mehrdeutiger Verfassungsprinzipien .....	173
3. Verfassungsprinzip und Systematik der gesetzlichen Privatrechtsordnung .....	174
<b>§ 13. Fortsetzung. Rangfragen im Verhältnis von gesetzgeberischer und richterlicher Verfassungskonkretisierung .....</b>	<b>177</b>
1. Verfassungssystematische Grenzen gesetzgeberischer Konkretisierung .....	178
2. Ausschluß eines richterrechtlichen Konkretisierungsmonopols ..	180
3. Ansatzpunkte einer vermittelnden Lösung: a) Zusammenspiel der Konkretisierungsinstanzen. Richterliche Würdigungs- und Koordinierungspflicht. b) Legislativer Konkretisierungsprimat. Funktionelle Überlegenheit der gesetzgeberischen Regelbildung. Richterliche Konkretisierungskontrolle. Auseinandersetzung mit Essers Lehre vom Fallrechtsprimat. Zu den Voraussetzungen des Gesetzmäßigkeitsprinzips. Rechtsvergleichendes .....	181
4. Folgerungen: a) Legislativprimat und Konkretisierungsspielraum (Subsidiarität richterlicher Prinzipienkonkretion). b) Richterliche Argumentationslast. c) Verfassungssystematik und Einzelfallbeurteilung .....	201
5. Besondere Funktionsgrenzen richterlicher Prinzipienkonkretion	205
6. Ergebnis .....	208

Zweiter Abschnitt

*Methodische Grenzen richterlicher Verfassungskonkretisierung*

<b>§ 14. Verfassungskonkretisierung und Auslegungsrahmen .....</b>	<b>209</b>
1. Das GG als „Gesetz“ im Sinne des Art 2 EGBGB .....	209
2. Konkretisierungsakt und Gesetzesauslegung .....	210
3. Verfassungskonformität in der Stufensystematik von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung .....	211
4. Verfassungskonforme Auslegung „im weiteren Sinne“? .....	215
<b>§ 15. Verfassungskonkretisierung und Rechtsfortbildungsrahmen .....</b>	<b>216</b>
I. Grenzen verfassungskonformer Lückenergänzung. Legislative Sperrnormen .....	216
1. Verfassungsprinzip und Grenzen des Lückenbegriffs. Problematik der Grenzbestimmung .....	216
2. Lückenbegriff und Richtersubsidiarität .....	217

3. Verfassungsprinzip, Ausnahmeregelung und legislative Sperrnorm .....	217
II. Grenzen verfassungskonformer Gesetzesrestriktion. Verfassungskonformität und contra-legen-Doktrin .....	219
1. Richtereingriff in Negativnormen .....	219
2. Verfassungsprinzip, Gesetzesrestriktion und contra-legen-Problem .....	221
3. Zur Nomenklatur. Begriff des „immanenten Rechtswiderspruchs“ (Systemwiderspruchs) .....	224
4. Modellanalyse verfassungskonformen Persönlichkeitsschutzes: a) Vorkonstitutionelle Schutzregelungen. b) Grenzen vorkonstitutioneller Konkretisierungswahl .....	226
5. Formalschranken verfassungskonformer Gesetzesrestriktion	230
<b>Ergebnisse .....</b>	<b>235</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>239</b>
<b>Namenverzeichnis .....</b>	<b>259</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>262</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht bzw. am Anfang
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung bzw. alte Folge
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
aPR	allgemeines Persönlichkeitsrecht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (= ARWPh)
ARWPh	Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie (= ARSP)
ArchSozWissSozPol	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
Aufl.	Auflage
Ausl.	Auslegung
BAG	Bundesarbeitsgericht bzw. Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayerVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayerVGHE	Entscheidungen des bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Band, Seite)
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, Zivilsachen

BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht bzw. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht bzw. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Einführungsgesetz
EheG	Ehegesetz
Einf	Einführung
Einl	Einleitung
f. bzw. ff.	folgende
GG	Grundgesetz
GrünhZ	Grünhuts Zeitschrift, Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht
Grundrechte	Bettermann-Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte (Band, Seite)
Grundrechte und Grundpflichten	Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (Band, Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.A.	herrschende Ansicht
HdbDStR	Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Band, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.S.d. (v.)	im Sinne des (von)
i.V.m.	in Verbindung mit
JherJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht. N.F. (Band, Seite)
JR	Juristische Rundschau
JurBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KUG	Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LitUrhG	Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive der I. Kommission zum Entwurf eines BGB, zit. nach Mugdan
N.	Note
Nachw.	Nachweis(e)
n.F.	Neue Fassung bzw. neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	revidiertes schweizerisches Obligationenrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖV	Die öffentliche Verwaltung
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
Prot.	Protokoll der II. Kommission zum Entwurf eines BGB, zit. nach Mugdan
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr	Randnummer
RG	Reichsgericht
RG-Festgabe	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts, Strafsachen (Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts, Zivilsachen (Band, Seite)
Rspr	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SavZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
SchIHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
s.o.	siehe oben

SozGer	Die Sozialgerichtsbarkeit (Jahr, Seite)
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StudGen	Studium Generale
s.u.	siehe unten
Summum ius	Summum ius summa iniuria, Tübinger Ringvorlesung 1963
u.	und bzw. unten
Ufita	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
u.ö.	und öfter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Verf.	Verfasser
verfg., verfk.	verfassungsgerecht, verfassungskonform
VersR	Versicherungsrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WarnRspr	Warneyers Rechtsprechung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZPöR	GrünhZ (s. dort)
ZS	Zivilsenat
ZSR	Zeitschrift für Schwedisches Recht. N.F.
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß
z.Zt.	zur Zeit

# Einleitung

## § 1. Problem und Meinungsstand. Plan der Darstellung

Die juristische Methodenlehre, auf die jede Theorie des Verfassungsprinzips zurückführt, kennt zwei Arten von Problemstellungen. Sie beschäftigt sich einmal, und das vorzugsweise, mit Fragen *rechtstheoretischer Natur*, so etwa mit Problemen des Rechtsquellenbegriffs, der Auslegungs- und Rechtsfortbildungslehre, der Analogie, der Natur der Sache, mit der Spannung von positivem und vorpositivem Recht, mit dem Verhältnis von Richter und Gesetz usw. Es sind dies Fragen, die zwar ständig neu, aber, mit dem Ziel möglichst ungebrochener Entwicklungskontinuität, herkömmlicherweise weitgehend unabhängig vom jeweiligen historischen Rechtsinhalt abgehandelt werden. Eine zweite, eher kleinere Kategorie von Fragestellungen entnimmt die Methodentheorie unmittelbar der Entwicklung des jeweils geltenden *historischen Rechts* selbst. Zu denken ist hierbei etwa an vom Gesetzgeber statuierte Auslegungsregeln, Auslegungs- und Kommentierungsverbote oder Rechtsfortbildungsaufträge, oder, allgemeiner, auch an die das Kontinentalrecht kennzeichnende Herausbildung eines modernen Kodifikationssystems, die Ausbreitung von Generalklauseln und sonstigen unbestimmten Rechtsbegriffen in der neueren Gesetzgebungstechnik oder die fortschreitende Ethisierungstendenzen in der modernen Rechtsentwicklung, aber auch und insbesondere an die so aktuellen Wandlungen des historischen Verfassungsrechts.

Je tiefer der Einbruch der historischen Problemmasse, desto stärker auch die Herausforderung des auf Kontinuität angelegten rechtstheoretischen Methodengefüges. So kann es nicht wundernehmen, wenn nichts die Rechtsanwendungslehre mehr in Bewegung versetzt als die Etablierung eines veränderten Verfassungssystems, das, wie die materialen Rechtsziele, so auch das Funktionsgefüge der Staatsgewalten souverän und universal neu zu bestimmen beansprucht. Das GG hat das mit der Proklamierung allgemeinsten Verfassungsprinzipien und mit dem Entwurf eines neuen Richterbildes in betonter Weise getan. Die methodischen Spannungen, die damit ausgelöst werden, hat das GG mit der Geste der Unbekümmertheit, die das Privileg des Verfassungsgebers ist, der Rechtslehre zur Bewältigung aufgegeben.

Es ist die Eigenart der Rechtsanwendungslehre, daß die Methoden-  
spannungen in ihrer ganzen Schärfe erst am *Fall* aufbrechen. Der  
Fall ist für die Methodenlehre nicht nur didaktische Illustration,  
Dogmentest oder Beurteilungs- und Einordnungsgegenstand, sondern  
ihr „bewegendes Prinzip“ insofern, als er ihr ihre Realthematik zu-  
liefert, sie auf Neuland herausfordert und der heilsamen Nötigung  
zu konkreten Selbstfestlegungen aussetzt<sup>1</sup>.

Das gilt auch für unseren Sachbereich des Verhältnisses von all-  
gemeinem Verfassungsprinzip und legislativ ausgeformtem Rechtssatz.  
Greifen wir einige Fälle richterlicher Inanspruchnahme allgemeiner  
Verfassungsprinzipien heraus: Darf der Richter das Armenrecht im  
Klageerzwingungsverfahren gewähren, wenn das Gesetz es versagt?<sup>2</sup>  
Darf er Wiedereinsetzung der armen Partei dort zubilligen, wo das  
Gesetz sie verweigert?<sup>3</sup> Darf er der Gewerkschaft aktive Parteifähig-  
keit zugestehen, wo das Gesetz sie verneint?<sup>4</sup> Darf er das Un-  
ehelichenrecht weiterbilden, wo sich der Gesetzgeber dem verschließt?<sup>5</sup>  
Darf er Persönlichkeitsschutz auch in den Formen entwickeln, die das  
Gesetz nicht kennt und vielleicht auch nicht kennen will?<sup>6</sup>

Sehen wir uns im folgenden den Problembereich verfassungskonformen  
richterlichen Persönlichkeitsschutzes näher an und behalten wir dabei  
die Rechtsprechung zur Gewährung von Schmerzensgeld entgegen dem  
Recht des BGB, das wohl provozierendste Beispiel richterlicher Rechts-  
bildungsaktivität nach dem Zweiten Weltkrieg, als Modellproblem  
besonders im Auge. Diese Rechtsprechung, in der das Spannungsver-  
hältnis von Verfassungsprinzip und Rechtssatz seine vielleicht schärfste  
Zuspitzung findet, ist zu bekannt und in ihrem Sachproblem auch zu  
oft erörtert, als daß sie hier im einzelnen ausgebreitet werden sollte<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Ein vom Fallmaterial losgelöstes, ihm gegenüber präexistentes Methoden-  
gefüge wäre nur ein abstraktes Gedankenspiel, dem die Rechtsrealität  
entzogen würde. Es ist deshalb mehr als die vorsichtige Scheu vor verfrühter  
Dogmenbildung und auch nicht nur das Interesse an Präzision und Anschau-  
lichkeit, wenn die *paradigmatische Methode* in der Rechtsanwendungslehre  
immer deutlichere Erfolgshaft findet. Vgl. etwa *Larenz, Methodenlehre*  
(1960); *Eckehart Stein, Staatsrecht* (1968).

<sup>2</sup> BVerfG 2, 336 ff.

<sup>3</sup> BVerfG 22, 83 ff.

<sup>4</sup> BGHZ 42, 210 ff.; 50, 325 ff.

<sup>5</sup> BVerfG 8, 210 ff.; BVerfG NJW 69, 597 ff.

<sup>6</sup> BGHZ 26, 349 ff.; 35, 363 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Anm. 6. Auffallend ist übrigens, wie spät sich der BGH, gemessen  
an seiner jetzt so betonten Berufung auf das GG, zu seinem Meinungs-  
wechsel entschlossen hat. Noch im Jahre 1956 hatte der I. Sen. die Ausdeh-  
nung der Geldentschädigung über den § 253 hinaus mit einem knappen  
Hinweis auf die Gesetzeslage abgelehnt (BGHZ 20, 352/3), also derselbe  
Senat, der 1958 die Schmerzensgeldverweigerung als unerträgliche „Miß-

Ihr methodisch interessierender Punkt ist, daß der Bundesgerichtshof, unbeirrt von aller Kritik, sein Verfassungsentagement mit der These zu rechtfertigen sucht, daß das allgemeine Verfassungsprinzip des Persönlichkeitsschutzes die entgegenstehende Detailregelung des BGB (§ 253) verdränge. In der methodischen Würdigung dieser Judikatur sind Anhänger wie Kritiker bis jetzt spürbar unsicher geblieben: Handelt es sich hier etwa um die schlichte „Anwendung“ des späteren und höherrangigen „Gesetzes“ (nämlich des GG)<sup>8</sup>, um verfassungsorientierte Gesetzesauslegung (also des BGB)<sup>9</sup>, oder ist die neue Rechtsprechung in Wahrheit durch (wie immer zu bewertende) rechtspolitische Erwägungen motiviert<sup>10</sup> — und dabei vielleicht sogar ein Ausdruck „materialistischer“ Zeitströmung<sup>11</sup> —, ein Produkt „unvorsichtiger Tatkraft“<sup>12</sup>, richterrechtlicher „Usurpation“<sup>13</sup>?

So richtig es ist, daß Methodenfragen durch den Fall aufgeworfen werden, so richtig ist es auch, daß ihre Beantwortung über den (sich vielleicht legislativ erledigenden)<sup>14</sup> einzelnen Fall hinausführt. Was der Methodologe dem Rechtsanwender im einen Falle zugesteht, kann er ihm im anderen Falle nicht versagen, und umgekehrt. Die Fallmaxime wird zur Generalnorm; *das Methodenbeispiel produziert Methodenregeln*. Wie das Methodenbeispiel verlangt dabei auch das Methodensystem sein Recht.

Das hochgreifende Pathos richterlicher Verfassungstreue, das, mit besonderer emotionaler Steigerung etwa im vielerörterten Herrenreiterurteil<sup>15</sup>, solche judizielle Prinzipienwertung nur zu gern begleitet, darf dabei nicht von den Schwierigkeiten der Methoden-einordnung ablenken, die jeder unmittelbare Rückgriff auf allgemeine,

achtung“ der Persönlichkeit verwerfen sollte (BGHZ 26, 356). — Im Ergebnis übereinstimmend dann etwa BGHZ 39, 124 ff.; LM § 23 KUG Nr. 5; NJW 62, 1004; 66, 1215 u. ö. — Zusammenfassend Hartmann NJW 62, 12; 64, 793; Wiese 37 f.; Larenz, Schuldrecht II § 66 I c.

<sup>8</sup> So Rötelmann NJW 64, 1458 mit Anm 9. Ähnlich anscheinend Wiese 43 mit dem Gedanken einer unmittelbaren Abänderung des BGB durch das GG.

<sup>9</sup> Dazu eingehend Hartmann NJW 64, 793 ff.

<sup>10</sup> In dieser Richtung Larenz, Methodenlehre 318/19.

<sup>11</sup> So Ekkehard Kaufmann AcP 162 (1963), 421 (438 f.).

<sup>12</sup> Vgl. Esser in: Summum ius 25.

<sup>13</sup> Hierzu Bötticher MDR 63, 353 (356 lks. oben).

<sup>14</sup> Für das Modellproblem sind die bisherigen Versuche zur Novellierung des BGB in Ansätzen steckengeblieben. Der in der 3. Wahlperiode eingebrachte Entwurf (BT-Drucksache III/1237 = BR-Drucksache 217/59) ist, unter dem Eindruck der öffentlichen Kritik, im folgenden fallengelassen worden. Zum Entwurf s. die Gutachten von Schüle und H. Huber, Tübingen 1961; zur rechtspolitischen Diskussion vgl. etwa den Beschluß des 42. DJT (1957) I. Abt. D 155 sowie die Verh. des 45. DJT (1966) Bd. II C 7 ff., 31 ff. (Bötticher, Krüger-Nieland) und dazu das Gutachten von Stoll (Band I, Teil 1, 1964). — S. a. J.-P. Müller, Grundrechte 19 ff.

<sup>15</sup> Vgl. etwa die Wendungen BGHZ 26, 354, 356.