

Schriften zur Rechtstheorie

Band 312

Rechtswandel

Von

Michel Göbel



Duncker & Humblot · Berlin

MICHEL GÖBEL

Rechtswandel

Schriften zur Rechtstheorie

Band 312

Rechtswandel

Von

Michel Göbel



Duncker & Humblot · Berlin

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft
der Goethe-Universität Frankfurt am Main im Wintersemester 2024/2025
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.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY-SA
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/>) veröffentlicht. Die E-Book-Version ist
unter <https://doi.org/DOI: 10.3790/978-3-428-59614-0> abrufbar.

Die Open-Access-Publikation dieses Buches wurde durch den Open-Access-
Publikationsfonds der Goethe-Universität Frankfurt am Main unterstützt.
The open access publication of this book was funded by the Open Access Publication
Fund of Goethe University Frankfurt am Main.



D30

© 2025 Michel Göbel
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: Prime Rate Kft., Budapest, Ungarn

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-19614-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59614-0 (E-Book)
DOI: 10.3790/978-3-428-59614-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten darüber hinaus nur sporadisch berücksichtigt werden.

Danken möchte ich an dieser Stelle zunächst und in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Uwe Volkmann, der mir alle Freiheiten gelassen hat, die ich vor allem brauchte, sich aber auch stets Zeit nimmt, wenn sein Rat gefragt ist. Das Vertrauen und die Wertschätzung, die er mir und meiner Arbeit von Anfang an entgegengebracht hat, halte ich nicht für selbstverständlich. Kurzum: Bessere Forschungsbedingungen hätte ich mir nicht wünschen können.

Mein Dank gilt sodann Frau Prof. Dr. Gabriele Britz, Richterin am Bundesverfassungsgericht a. D., die mir, trotz mancher Differenz in der Sache, ein wohlwollendes Zweitgutachten ausgestellt hat, sowie Herrn Prof. Dr. Dr. Günter Frankenberg, der mich seit meinem Studium fördert.

Die Entstehungsjahre dieser Arbeit werden mir als überaus schöne und durchweg glückliche Zeit in Erinnerung bleiben. Das liegt insbesondere an meinen wunderbaren Kolleginnen und Kollegen bzw. Freundinnen und Freunden am Institut für Öffentliches Recht der Goethe-Universität. Die herzliche Atmosphäre hatte nicht zuletzt Einfluss auf das Gelingen der Arbeit. Deren konkreten Entstehungsprozess am nächsten mitbekommen haben dabei meine Bürogenossin Dr. Samira Akbarian – und Amina Gutjahr, mit der ich Sinn und Unsinn meiner Einfälle meist als erstes diskutiert habe. Gemeint sind aber auch alle anderen. Danke!

Danken möchte ich überdies der Studienstiftung des deutschen Volkes für die großzügige Förderung mit einem Promotionsstipendium sowie dem Open-Access-Publikationsfonds der Goethe-Universität für die Beteiligung an den Publikationskosten.

Frankfurt am Main, im Mai 2025

Michel Göbel

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
A. Konzeption und Analyse des Rechtswandels	17
I. Begriffliche Klärung und Abgrenzung	22
1. Verfassungswandel	22
a) Entwicklung als eigenständige Kategorie	23
b) Heutige Bedeutung	30
aa) Bedeutungswandel	31
bb) Verfassungsdogmatische Eingrenzung des Verfassungswandels	35
cc) Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts	39
dd) Stellenwert in der aktuellen Diskussion	44
2. Rechtswandel als übergeordnete Perspektive auf Wandel von Normen jeglichen Ranges	52
a) Strukturelle Besonderheiten von Verfassungsrecht	52
b) Verfassungstheoretisch vermittelte Besonderheiten	58
aa) Integration	59
bb) Negation der Besonderheiten	63
cc) Umgekehrt besondere Stabilität der Verfassungsinterpretation?	66
dd) Verfassungssätze als Orientierungsgesichtspunkte	67
c) Konstitutionalisierung der Rechtsordnung	69
d) Zwischenbilanz	73
3. „Rechtswandel“ im bisherigen Schrifttum	74
4. Abgrenzung von Rechtsfortbildung, Rechtswirklichkeit und Auslegung	80
a) Rechtsfortbildung	81
aa) Theoretische Abgrenzungskriterien	81
bb) Abgrenzung in der Praxis	87
b) Rechts- und Verfassungswirklichkeit	91
c) Auslegung	96
aa) Subjektive Auslegungstheorie	97
bb) Objektive Auslegungstheorie	101
(1) Annäherung an denkbare Abgrenzungskriterien	102
(2) Sinnvolle Abgrenzungskriterien	105
II. Ursachen des Rechtswandels	111
1. Veränderte Umstände und Wertvorstellungen	112

2.	Hindernisse einer formellen Anpassung	115
3.	Konstitutionalisierung und Europäisierung der Rechtsordnung	120
III.	Analyse der zu einem Rechtswandel führenden Argumentationen	123
1.	Vorab: Performative Rechtserzeugung als theoretische Grundlage?	124
2.	Scheinbare Kontinuität durch gezielte Sachverhaltsbeschreibung und Entkontextualisierung; Verhältnismäßigkeit	128
3.	Wandel von der Freiheits- zur Gleichheitsperspektive	130
4.	Wandel vom subjektiven zum objektiven Recht – und umgekehrt	136
a)	Die objektive Bedeutung der Grundrechte	136
b)	Exkurs: Adressatenwandel durch Drittwirkung – oder: Von der Freiheitsgarantie zur privaten Pflicht	144
c)	Subjektivierung objektiver Normen	148
5.	Zwischenbetrachtung	154
6.	Anreicherung formaler Normen mit materialen Gehalten	154
7.	Wandel durch Induktion von Prinzipien	162
8.	Rechtswandel und Wertewandel	168
9.	Wandel durch Erlass niederrangiger Normen	169
10.	Einordnung des Befunds und nochmals: Zwecke und Mittel im Recht	170
B.	Grundpositionen zur Legitimitätsfrage – und deren Kritik	173
I.	Grundsätzliches	173
II.	Legitimationsmodell inhaltlicher Repräsentation	176
1.	Wissenschaft und Praxis als Repräsentanten des Volks	179
2.	Repräsentationsobjekt: Volk, Betroffene, global vernetzter Kultur- kreis	186
3.	Rechtsverständnis des inhaltlich-repräsentativen Modells	192
a)	Integration der pluralistischen Gesellschaft	192
b)	Kurzsichtiger Politikbetrieb	195
c)	Minderheitenschutz	198
d)	Aufgaben des Rechts	200
III.	Das positivistisch-prozedurale Legitimationsmodell	201
1.	Das Ideal und seine Wirklichkeitsnähe	204
a)	Recht als kontrafaktische Sollensordnung	204
b)	Das Parlament als Quelle der Rechtsordnung	206
c)	Gefahr der „Versteinering“	213
d)	Rechtsänderungen und allgemeines Rechtsbewusstsein	215
e)	Symbolik der Rechtsänderung: Anerkennung oder semantischer Ausschluss?	220
2.	Möglichkeiten des Rückgriffs auf den Willen des historischen Gesetzgebers	222
a)	Existenz und Konstruktion eines Gesetzgeberwillens	224
b)	Wann ergibt sich aus einem Materialienbefund ein belastbares Argument?	227

c) Daraus folgende Anforderungen an die Rechtskultur	233
3. Notwendige Konkretisierung des Gesetzes und Wandel auf Ebene der Dogmatik	235
4. Kombinationslösungen zur Sicherung des prozeduralen Elements?	238
a) Konkretisierung anhand der „objektiven Wertordnung“	238
b) Geltungszeitlich-subjektive Theorie und Wertungsjurisprudenz	240
c) Stillschweigende Billigung	246
d) Verfassung als Konzentrat des einfachen Rechts	249
e) „Popular Constitutionalism“ als Kombinationsmodell?	250
IV. Zwischenbilanz	252
C. Recht und Diskurse	255
I. Warum Recht und Diskurse?	256
1. Recht als Ergebnis von Diskursen	257
2. Die Aufhebung des Gegensatzes im Diskursbegriff	259
II. Die „Hochschätzung des Rechtlichen“	261
III. Recht als Argument	269
1. Vermischung der Diskursebenen	269
2. Rechtliches Argumentieren als strategisches Handeln	275
a) Das Problem auf Ebene des gesellschaftlichen Diskurses	276
b) Spezialfall juristischer Diskurs	278
c) Praktischer Begründungs- oder moralischer Anwendungsdiskurs?	281
3. Zwischenbilanz	284
IV. Der Anspruch auf Richtigkeit – Inszenierung und Sakralisierung des Rechts	286
1. Inszenierung	287
2. ‚Sakralisierung‘	293
a) Verfassungspatriotismus und Werte	294
b) Sakralisierungstendenzen	296
c) Leerer Ort der Macht?	298
3. Gefahr der Geringschätzung	304
V. Desintegration durch Überdruß: Wer glaubt dem Recht noch?	307
D. Elemente eines konstruktiven Gegenkonzepts	312
I. Leitgedanke: Formelle Änderungen forcieren	313
1. Grundsätzliches	314
2. Beispiele und Abgrenzungen	320
3. Die zentrale Rolle des Wahlakts	323
II. Mögliche methodische und dogmatische Konsequenzen	327
1. Dogmatisches Gebot der Normenklarheit?	328
2. Klarheit auf methodischer Ebene berücksichtigen	330
3. Funktionaler Vorrang kompromissermöglichender Rechtspositionen?	332
4. Verfassende Urteile oder judikativer Minimalismus?	333
a) Verfassende Urteile	334

b) Judikativer Minimalismus	339
5. Rechtsprechung auslegen	346
6. Recht im Bewusstsein seiner Änderbarkeit auslegen	352
a) Grundsatz	352
b) Einwände, insbesondere für die Verfassungsebene?	356
Zusammenfassung und Ausblick	359
Literaturverzeichnis	362
Sach- und Personenverzeichnis	411

Einleitung

Recht soll gerecht sein. Und so sind auch die handelnden Personen bei seiner Setzung vom Willen beseelt, Gerechtigkeit zu positivieren – oder ihr zumindest ein Stückchen näher zu kommen. Jenseits von despotischen Staaten lässt sich Gesetzgebung immer irgendwie auf dieses Motiv herunterbrechen. Doch ob und wie lange ein Gemeinwesen diese Einschätzung teilt, steht auf einem anderen Blatt: Die lebensweltlichen Umstände verändern sich, Wertvorstellungen sind permanent im Fluss. Normen erscheinen dann bald als bereits vom Ansatz her grundfalsch oder umgekehrt als nicht konsequent genug. Nicht alle aber werden dementsprechend geändert – oder erst sehr viel später. Dafür gibt es Gründe, denen im Laufe dieser Untersuchung nachzugehen ist. Im Mittelpunkt steht jedoch das Phänomen, dass den Normen selbst – auch ohne formelle Textänderung – ein Inhalt beigemessen wird, der sich von dem ursprünglich gesetzten zugunsten der veränderten Einstellungen entfernt. Dieses Phänomen soll hier *Rechtswandel* heißen.

Der Forschungsstand hierzu ist gleichzeitig unüberschaubar und äußerst spärlich: unüberschaubar, soweit man das Thema als Ausschnitt der allgemeinen Methodendiskussion begreift. Insbesondere die Interpretationslehren der sog. objektiven Theorie beschäftigen sich seit jeher mit den Spielräumen, die das positive Recht seinen Interpreten lässt. Aber das Bild des Wandels veranschaulicht die tatsächliche Dynamik ganz anders, als es im Rahmen dieser Lehren geschieht. Dort geht es von vorneherein nur um die Veränderlichkeit als Möglichkeit und auch diese schwingt nur implizit mit, wenn vom Gesetz, das klüger als sein Verfasser sei, oder statt vom Nachdenken des Vorgegachten vom Zu-Ende-Denken des Gedachten die Rede ist¹. Sucht man indes nach Arbeiten, die den Rechtswandel als eigenständige Kategorie begreifen, so wird es spärlich und die einzelnen Beiträge liegen Jahre, wenn nicht Jahrzehnte, auseinander – was bereits vermuten lässt: ohne nachhaltige Beachtung gefunden zu haben. Vertraut, als solcher dann aber auch geradezu prominent, ist der Wandel allein als *Verfassungswandel*. Er wurde vor deutlich über 100 Jahren in den Diskurs eingeführt, seitdem kontinuierlich behandelt und hat seit längerem nachgerade Konjunktur, taucht jedenfalls in wissenschaftlichen Texten immer häufiger auf – zumindest in Form einer knappen Auseinandersetzung oder auch nur schlagwortartigen Anspielung auf eine bestimmte

¹ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 107 bzw. *ders.*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 254; vgl. auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.

Vorstellung der Dynamik. Neben der Änderung, der Interpretation und dem Verfassungswandel gibt es weitere ‚klassische‘ Entwicklungsmechanismen des Rechts. Zu nennen ist hier insbesondere die (richterliche) Rechtsfortbildung, die gleichsam den Raum außerhalb des positiven Rechts, die von ihm – und sei es nur in Form unbestimmter Begriffe – gelassenen Lücken, nutzt, um gesellschaftliche Gerechtigkeitsvorstellungen in verbindliche Normen umzusetzen. Selbst die Analogie als vergleichsweise gesetzesnahe Variante hängt über das Merkmal der Vergleichbarkeit der Interessenlagen ja letztlich von solch gesellschaftlichen Wertungen ab.² Die durch die Rechtsfortbildung eingenommene Perspektive wirft aber jedenfalls ganz andere Fragen auf als die Vorstellung des Rechtswandels, schon allein weil jene sich dem positiven Recht nach Art eines Vorrangs des Gesetzes unterordnet, während die Frage der Unterordnung für diesen keinen Sinn ergibt, beschreibt er doch gerade die Dynamik der geschriebenen Norminhalte selbst. Daneben stehen Konzepte wie die „Innovation“ im Recht, die rechtliche Neuerungen unabhängig von ihrer Zuordnung zu einer dieser Kategorien betrachten möchte bzw. allgemein nach der Reaktion des Rechts auf gesellschaftliche Neuerungen fragt.³

In dieser Arbeit soll nun der Begriff des Wandels, wie wir ihn vom Verfassungswandel kennen, ausgearbeitet werden. Das heißt zunächst, dass herauszuarbeiten ist, was genau darunter zu verstehen ist. Denn so geläufig der Topos des Verfassungswandels auch sein mag: Von einer trennscharfen Definition, die im Diskurs konsentiert wäre, kann keine Rede sein. Übergreifende These der Arbeit ist zudem, dass Wandel nicht exklusiv auf Verfassungsebene stattfindet, sondern im gesamten – insbesondere auch im einfachen, aber ebenfalls, hier allerdings nur vereinzelt thematisiert, im untergesetzlichen und internationalen – Recht beobachtet werden kann. Der Rechtswandel erscheint dann als aus dem Verfassungswandel induzierte Oberkategorie. Als Bezeichnung käme neben Rechts- etwa auch Normwandel in Betracht, was möglicherweise eleganter und moderner geklungen hätte. Der gewählte Begriff soll indes herausstellen, dass es sich um spezifisch rechtliche Zusammenhänge handelt und Fragen im Mittelpunkt stehen, die sich so beim Wandel anderer, etwa moralischer, Normen nicht stellen. Mit einem Wort: Es geht um den

² Diese Wertungsabhängigkeit wird anhand der „Vergleichbarkeit“ aber nur besonders deutlich und gilt genauso bereits für das Feststellen einer Lücke, s. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 16 f., 31 ff.

³ Um diese Kategorie hat sich insbesondere Hoffmann-Riem verdient gemacht, s. etwa *ders./Schneider* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung; *ders.* (Hrsg.), Innovationen im Recht; *ders.*, AöR 131 (2006), S. 255 ff.; monografisch *ders.*, Innovation und Recht; hinzu kommen vier zwischen 2008 und 2011 gemeinsam mit Martin Eifert herausgegebene Sammelbände zum Thema Innovation und Recht. S. ferner *Hornung*, Grundrechtsinnovationen. Eine frühe Auseinandersetzung erfolgte bereits mit dem Sammelband von *Harenburg u. a.* (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung.

Transfer außerrechtlicher Entwicklungen in die Rechtsnormen hinein; welchen Gesetzen die Veränderung von Normsystemen wie z. B. der Moral unterliegt, ist dagegen ein eigenes Thema, das hier weitgehend ausgeklammert werden muss.

Der hierfür gewählte Forschungsansatz ist zwar ein rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer; die Untersuchung erfolgt aber nicht losgelöst von der juristischen Praxis, sondern operiert eng an tatsächlichen Beispielen und ist um konkrete methodische Erkenntnisse bemüht, die mit dem Konzept des Rechtswandels im engeren Sinne nicht stehen und fallen müssen. Denn dieser betrifft nicht jede Rechtsnorm, ist in seiner Reinform vielmehr durchaus selten, dabei aber ein Phänomen, an dem sich viele Grundprobleme des Rechts mit besonderer Klarheit studieren lassen. Sobald die Arbeit sich dann jedoch dem Rechtswandel über die Besprechung von Beispielen desselben nähert, nehmen die Erläuterungen bisweilen einen kritischen Ton an, den es vorab einzuordnen gilt: Der Untersuchung geht es nicht um die inhaltliche Bewertung bestimmter Rechtszustände. Folglich ist es ausdrücklich nicht die sachliche Entwicklung der Rechtsordnung in diese oder jene Richtung, die kritisiert wird. Dass bei der Analyse rechtswandelnder Vorgänge mitunter dieser kritische Ton durchklingt, liegt stattdessen an der Schwierigkeit, eine Veränderung herauszuarbeiten und als solche auszuweisen, die das Rechtssystem selbst aus legitimatorischen Gründen als Kontinuität darstellen muss. Zumindest in dieser Hinsicht begibt man sich automatisch in Opposition zur eingübten Lesart und verwendet Argumentationslinien, die jedenfalls parallel zu solchen verlaufen, mit denen die aktuell maßgeblichen Interpretationen als inhaltlich fehlerhaft gekennzeichnet werden sollen. Hinzu kommt, so viel sei vorweggenommen, dass die Arbeit dem Mechanismus des Rechtswandels aus demokratietheoretischen Gründen – die im Anschluss an das erste, konzeptionelle Kapitel (A.) dargelegt werden – durchaus eher ablehnend gegenübersteht. Wenn damit aber die einzelnen rechtswandelnden Vorgänge als rechtstheoretische und in methodischer Hinsicht tatsächlich kritisch gesehen und entsprechend besprochen werden, dann heißt das eben nicht unbedingt, dass – bzw. es spielt keine Rolle, ob – zugleich der konkrete aus einem Wandel resultierende Rechtszustand inhaltlich missbilligt, also etwa das Konzept der grundrechtlichen Schutzpflicht oder, weniger abstrakt, die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare per se für ‚schlecht‘ befunden würde. Man muss sich nur eben bewusst sein, dass die Richtung, in welche die einmal etablierten Argumentationsspielräume genutzt werden, nicht ein für alle Mal feststeht.

Im bisher Gesagten ist der Gang der Untersuchung bereits teilweise angeklungen. Sie gliedert sich in vier thematische Blöcke: Im ersten Kapitel (A.) wird das Konzept des Rechtswandels ausgehend vom Verfassungswandel von Grund auf entwickelt, gegenüber anderen Kategorien abgegrenzt sowie seinen Ursachen und den Argumentationsmustern nachgespürt, die ihn hervorbrin-