

Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme

**Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung
der Theorie der „beweglichen Systeme“ (Wilburg)**

Von

Lothar Michael



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Vorbemerkungen zu Thema und Gliederung	17
B. Bestandsaufnahme zur allgemeinen Methodenlehre	21
I. Der Gegenstand der Methodenlehre	21
II. Der Inhalt der Methodenlehre	22
III. Die Reichweite der Methodenlehre	25
C. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Was ist mit „Methodennorm“ und „Methodenrecht“ gemeint?	29
I. Die Funktionen der Methodenlehre: Zum Begriff der „Methodennorm“	29
1. Die Methodenlehre als beschreibende Wissenschaft?	29
2. Die Methodenlehre als normative Wissenschaft? Gibt es Methodennormen?	30
3. Gerechtigkeitsanspruch der Methodenlehre?	34
II. Das Bedürfnis nach Legitimation von Methodennormen: Zum Begriff des „Methodenrechts“	39
III. Das Verfassungsrecht als „Quelle“ des Methodenrechts	44
D. Bestandsaufnahme und Erörterung der „beweglichen Systeme“ und verwandter Lehren	50
I. Wilburgs sogenannte „bewegliche Systeme“	50
1. Eigenschaften, Wesensmerkmale	50
a) Ranggleichheit der „beweglichen“ Elemente	52
b) Wechselseitige Austauschbarkeit der „beweglichen“ Elemente?	54

c) Verzicht auf abschließende Tatbestandsbildung?	55
2. Erkenntnisfunktion „beweglicher Systeme“	55
3. „Bewegliche Systeme“ als Alternative zu starren Tatbeständen?	57
4. „Bewegliche Systeme“ als Auslegungsalternative de lege lata?	69
a) Tatbestandsmerkmale als „bewegliche Elemente“	71
b) Konkretisierung von Tatbestandsmerkmalen durch „bewegliche Systeme“	71
c) Umdeutung starrer Tatbestandsmerkmale in „bewegliche“ Elemente?	74
II. Das sog. „Sandhaufentheorem“ als Beispiel aus der Rechtsprechung – methodenrechtliche Schranken für „bewegliche Systeme“	76
1. Die Struktur des § 138 Abs. 2 BGB	76
2. Das „Sandhaufentheorem“ als „bewegliches System“ des § 138 Abs. 2 BGB	78
a) Erstes Argument: Systematische Auslegung des § 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB	79
b) Zweites Argument: Rechtsvergleichung	80
c) Drittes Argument: Übergesetzliche Grundnormen – Zum Unterschied zwischen Regelbeispielen und „Insbesondere“-Tatbeständen	82
d) Gesamtwürdigung des „Sandhaufentheorems“	85
3. Lösungsalternativen? § 138 Abs. 1 BGB als „bewegliches System“?	85
4. Das Verhältnis dieser Lösungsalternativen zu der Rechtsprechung des BGH	89
III. Die Topikdiskussion seit Viehweg – Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zu den „beweglichen Systemen“	92
IV. Die Lehre von den Rechtsprinzipien von Esser bis Alexy	95
1. Kollisionsfähigkeit (Abwägbarkeit) der Rechtsprinzipien	96
2. Graduelle Wertigkeit der Rechtsprinzipien („dimension of weight“)	98
3. Rechtsprinzipien als Optimierungsgebote	99
a) Die Kategorie des „idealen Sollens“	99

b) Die Möglichkeit der Über- und Untererfüllung von Rechtsprinzipien	100
4. Harte oder weiche Trennung zwischen Regel und Rechtsprinzip?	102
5. Normqualität von Rechtsprinzipien	104
6. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der Lehre von den Rechtsprinzipien und Wilburgs „beweglichen Systemen“	105
V. Der Typusbegriff	106
1. Die Ursprünge der Typuslehre bei Hempel und Oppenheim	107
2. Die heutige Typuslehre	109
a) Der „normative Realtypus“	109
b) Der „rechtliche Strukturtypus“	111
c) Der „Falltypus“	113
E. Einführung in die Theorie der komparativen Systeme	115
I. Begriffswahl	115
II. Merkmale: Was ist unter komparativen Elementen, komparativen Systemen und komparativen Normen zu verstehen?	117
1. Komparative Elemente	118
2. Komparative Systeme	118
3. Komparative Normen	119
III. Bedürfnis nach einer allgemeinen Theorie der komparativen Systeme	122
F. Die Funktionen der komparativen Systeme	125
I. Erkenntnisfunktion: Komparative Systeme als Strukturprinzip des Rechts	125
II. Rechtsgewinnungsfunktion (Rechtsetzungsmethoden)	127
1. Gesetzgebungs- und Rechtsfortbildungsfunktion komparativer Systeme	127
a) Die komparative Gewinnung komparativer und starrer Tatbestände	127
b) Zur komparativen Struktur der Analogie	128

c)	Komparative Strukturen der Güterabwägungen im Verfassungsrecht	133
(1)	Verfassungsrechtsgüter als komparative Elemente	133
(2)	Verhältnismäßigkeit i. e. S. und praktische Konkordanz	137
(3)	„Abwägungsenthusiasmus“ oder „Abwägungsskeptizismus“?	141
2.	Bildung komparativer Normen als Alternative zu starren Normen?	144
a)	Zivilrecht: Zu den Beispielen des Mitverschuldens und der Sittenwidrigkeit	147
b)	Strafrecht: Die Strafzumessungslehren und Interessenabwägungen bei den Rechtfertigungsgründen	147
(1)	Strafzumessungslehre	147
(2)	Gesetzliche Regelung	148
(3)	Methodische Strukturen bei der Strafzumessung	150
(4)	Beispiele für komparative Systeme im Strafrecht	151
(5)	Überprüfung strafgerichtlicher Ermessens- und Abwägungsentscheidungen	158
c)	Verwaltungsrecht: Die Lehren vom Ermessen und vom unbestimmten Rechtsbegriff	160
(1)	Nur begriffliche oder auch rechtliche Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff?	160
(2)	Darf und soll die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte hinter der verwaltungsrechtlichen Bindung der Behörden zurückbleiben?	162
(3)	Auf welche Maßstäbe kann die gerichtliche Kontrolldichte beschränkt bzw. verlagert werden?	165
(4)	Keine Unterscheidung zwischen Rechtsfolgerneressen und unbestimmtem Rechtsbegriff hinsichtlich der Kontrolldichte	169
(5)	Komparative Strukturen als Differenzierungskriterium zur Bestimmung der gerichtlichen Kontrolldichte	173
d)	Exkurs: Die Struktur der Abwägungsgebote im Planungsrecht am Beispiel des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB	178

(1) Das Verhältnis des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB zum Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriff sowie zu den „beweglichen Systemen“	178
(2) Einzelaspekte der gerichtlichen Kontrolldichte nach § 1 Abs. 5 und 6 und § 214 ff. BauGB	180
(3) Das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 5 und 6 BauGB als Optimierungsgebot	182
III. Rechtsfindungsfunktion (Rechtsanwendungsmethoden): Komparative Systeme als Auslegungsalternative de lege lata	186
1. Keine komparative Anwendung starrer Tatbestände	188
a) Die komparative Bestimmung von Beweislast und Beweismaß	188
(1) Beweislast im öffentlichen Recht: „In dubio pro racione legis“ (Berg) als komparatives System	192
(2) Beweislast im Strafrecht: „In dubio pro reo“	195
(3) Beweislast im Zivilrecht: Komparative Abweichungen von der Normentheorie	197
(4) Komparative Systeme des Beweismaßes?	200
b) Zur Struktur der Auslegungsmethoden: Der Kanon der Auslegungsmethoden als komparatives System	205
c) Exkurs: Die „fünfte Auslegungsmethode“ der Rechtsvergleichung als Rechtsgewinnungs- und Rechtsfindungsmethode	209
2. Keine starre Anwendung komparativer Systeme	213
a) Ermessensreduzierung auf Null als Ausnahme?	213
b) Keine starre Bindung durch Verwaltungsvorschriften und Selbstbindung der Verwaltung – Ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften als komparative Systeme	214
G. Der Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme	223
I. Ungleichheit als gemeinsamer Anknüpfungspunkt für verschiedene Bindungsmaßstäbe des Gleichheitssatzes	223
II. Drei Differenzierungsmaßstäbe des Art. 3 Abs. 1 GG: Unterscheidung zwischen Differenzierungsverboten, -erlaubnissen und -geboten	228

1. Das Gleichbehandlungsgebot als Summe von Differenzierungsverboten	228
2. Ermessensbereich des Art. 3 Abs. 1 GG als komparatives System – Zur Reduktion der Kontrolldichte im Verfassungsrecht .	230
3. Bedarf es eines Differenzierungsgebotes?	235
4. Differenzierungsgebot und Differenzierungsverbot als Reduzierungen des Ermessensbereichs auf Null	242
III. Rechtsinhalte i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG als notwendige Voraussetzung des Art. 3 Abs. 1 GG	244
1. Warum und für wen sind Differenzierungskriterien geboten, erlaubt bzw. verboten? Art. 3 Abs. 1 GG als Selbst- und Fremdbindungsnorm	246
2. Exkurs: Die Rechtsqualität der Verwaltungsvorschriften und der Selbstbindung der Verwaltung	249
3. Exkurs: Methodenrechtliche Überlegungen zum „Richterrecht“	252
a) Gesetzgeberische, wissenschaftliche, berufungs- bzw. revisionsgerichtliche sowie verfassungsgerichtliche Kontrolle richterlicher Rechtsfortbildung	254
b) Zur Bindungswirkung des „Richterrechts“: Selbst- und Fremdbindung der Gerichte?	257
4. Art. 3 Abs. 1 GG als Gebot der Vergleichung – Bedarf es eines „allgemeinen“ Willkürverbotes aus Art. 3 Abs. 1 GG?	261
IV. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als komparative Struktur des Art. 3 Abs. 1 GG	262
1. Zwei Dimensionen der Verhältnismäßigkeit	263
2. Zur Herleitung des Verhältnismäßigkeitsprinzips	267
3. Exkurs: Zum allgemeinen Gleichheitssatz und Verhältnismäßigkeitsprinzip im Europarecht	268
V. Art. 3 Abs. 1 GG als Methodennorm zur Rechtsgewinnung (Rechtsetzung) und Rechtsfindung (Rechtsanwendung)	271
1. Legitimation der Bildung komparativer Systeme durch Art. 3 Abs. 1 GG	272
2. Methodenrechtliche Maßstäbe für die Anwendung komparativer Systeme – Art. 3 Abs. 1 GG als Ermessensmethodennorm .	274
VI. „Systemgerechtigkeit“ komparativer Systeme?	275

VII. Kontrollmaßstäbe des Gleichheitssatzes: Überlegungen zur Kontrolldichte des Art. 3 Abs. 1 GG	284
1. Verschiedene Kontrollmaßstäbe	284
a) Beschränkung auf die Willkürkontrolle?	285
b) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kontrollmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG?	285
c) Eigener Ansatz	287
2. Funktionellrechtliche Beschränkungen der Ermessenskontrolle	288
3. Berufungs- und revisionsgerichtliche Kontrolle der Bildung komparativer Systeme	292
H. Methodenrechtliche Schranken bei der Bildung komparativer Systeme	295
I. Das Postulat der Vorhersehbarkeit im Methodenrecht	295
II. Exkurs: Die Rechtsprechung des BVerfG zu den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG an Normen und deren Auslegung	296
III. Komparative Systeme und Bestimmtheits- bzw. Vertrauensprinzip – Zur Vertretbarkeitstheorie	298
Thesen	306
Literaturverzeichnis	315
Sachwortverzeichnis	327