HANS HANAU

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht

Jus Privatum 89

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 89



Hans Hanau

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht

Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungs wegen

Mohr Siebeck

Hans Hanau, geboren 1962; Studium der Rechtswissenschaft in Frankfurt/M. und Tübingen, 1993 Promotion, 2002 Habilitation; seitdem Vertretungsprofessuren in Erfurt, Freiburg i.Br. und Darmstadt.

ISBN 3-16-148257-3 ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

978-3-16-157928-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Habilitationsschrift angenommen. Spätere Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Sommer 2003 berücksichtigt.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner, danke ich für den Freiraum zum Verfassen der Schrift sowie eine Fülle fachlicher Anregungen. Herrn Prof. Dr. Harm Peter Westermann schulde ich Dank für die Zweitbegutachtung und Herrn Prof. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum für die Übernahme des zusätzlichen, öffentlich-rechtlichen Gutachtens.

Danken möchte ich auch meinen Freunden und Kollegen Prof. Dr. Mathias Rohe und Dr. Tobias Tröger für die freundschaftlich-kritische Lektüre der Arbeit, weiterführenden Rat und manche Ermunterung sowie meinen Eltern für ihre großzügige Unterstützung.

Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme in die Reihe "Jus Privatum".

Ich widme die Arbeit meiner Frau Dorothee und unseren Kindern Katharina und Moritz.

Tübingen, im Herbst 2003

Hans Hanau

Inhalt

Vorwort
§ 1. Einleitung
A. Aufgabe der Untersuchung
B. Zu Gang und Schwerpunkt der Darstellung 6
§ 2. Das "Gestaltungsrecht" als einheitlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle privater Gestaltungsmacht
A. Normlogischer Ansatz – Erweitertes Verständnis des Gestaltungsrechts
B. Kritik und Erweiterung des Konzepts
I. Unzureichendes Privatautonomieverständnis
II. Vertragliches Gestaltungsrecht als Akt der Privat-
autonomie
III. Rechtsbegründender Vertrag als Kombination von Ermächtigung und Gestaltung
1. Inhaltlicher Unterschied zum "klassischen" Gestaltungsrecht
2. Strukturelle Gemeinsamkeiten
 a) Gestaltungsrecht des Adressaten der Ermächtigung
Freiheitsdisposition
d) Rechtsbegründendes Gestaltungsrecht kein eigenes Rechtsgeschäft

VIII Inhalt

IV.	Ergebnis
C. Faz	sit 20
,	§ 3. Ansatz und Reichweite der Grundrechtswirkung im Privatvertragsrecht
	chtsbegründung durch Vertrag – Der verfassungsrechtliche utz der negativen Vertragsfreiheit
I.	Privatautonomie und Rechtsordnung
	1. Unterscheidung von positiver und negativer Vertragsfreiheit – Die Ambivalenz des Vertragsschlusses
	2. Das Verhältnis der positiven Vertragsfreiheit zur Vertragsrechtsordnung – Der staatliche Geltungsbefehl für private Abreden
II	Selbstbindung als Disposition über grundrechtlich geschützte Freiheit
	 Grundrechtsschutz der negativen Vertragsfreiheit
	3. Die grundrechtliche Dimension der Selbstbindung
	aa) Rechtsbindung als Eingriff? – Rechtsgeschäft als Geltungserklärung32

Inhalt	IX
innaii	12

(1) Zielen auf einen wirtschaftlichen Erfolg	32
(2) "Normierender Wille" der Vertragsschließenden	32
(3) Der Grundsatz der Vertragstreue als Eingriff	
gegenüber später geändertem Willen?	33
(4) Fazit	37
bb) Rechtszwang als Eingriff? - Selbstbindung auch	
gegenüber dem Staat	37
(1) Gewährleistung der Durchsetzung vertraglicher	
Abreden durch staatliche Beteiligung	38
(2) Gewaltmonopol beim Staat – Vermeiden der Privat-	
exekution	38
cc) Rechtliche Ausgestaltung als Eingriff?	39
(1) Übersetzung in Rechtsbegriffe	39
(2) Spannungsverhältnis zwischen Wille und Erklärung	40
dd) Fazit	41
b) Konsequenzen für Grundrechtswirkung: Obsolenz,	
soweit die Selbstbindung reicht	41
aa) Disposition über grundrechtlich geschützte Freiheit	42
bb) Kein Grundrechtsverzicht – Die strikte Trennung von	
geschützter Freiheit und grundrechtlichem Abwehrrecht .	42
III. Zwischenergebnis	44
P. Dan wantanana ana ahti aha Cahutu muiyataytan am haaniin datar	
B. Der verfassungsrechtliche Schutz privatautonom begründeter	
Rechtspositionen gegenüber Rechtsänderung und -aufhebung	
durch Gestaltungsrecht	46
I. Schutz der Zuwendung	47
II. Schutz der eigenen Disposition – Grundrechtlicher Schutz	
der eigenen Leistung	48
1. Schutz der materialisierten positiven Freiheit	49
2. Drohender Verlust von durch eigene Leistung	
Erworbenem – Schutz des Surrogats für eigenen	
Freiheitsverzicht	4 0
3. Normbestandsschutz	
5. INOTHIDESTANGSSCHUTZ	50
III Fazit	51

X Inhalt

	gerungen für den Streit um Geltung und Wirkungsweise Grundrechte im Privatrecht	51
I.	Streit um die sog. Drittwirkung der Grundrechte	52
	 Theorie der unmittelbaren Drittwirkung. a) Formell: Ansetzen am unzutreffenden Abwehrobjekt b) Materiell: Übermäßige Freiheitsbeschränkung wegen nicht hinreichender Berücksichtigung der Selbstbindung. c) Die "etatistische Konvergenztheorie" von Jürgen Schwabe 	52 54
	2. Grundrechtsfreiheit des Privatrechts? a) Formelle Einwände b) Materielle Einwände	58
	3. Theorie der sog. mittelbaren Drittwirkung a) Generalklauseln als Einbruchstellen b) Schutzfunktion aa) Verwandtschaft mit Dürigscher Lehre bb) Schutzfunktion als Ausgleich natürlicher Freiheiten cc) Untermaßverbot nur begrenzt operabel	61 62 63 64
II.	Zwischenergebnis: Bindung der Privatrechtsordnung an die Grundrechte	68
	 Die Aufgabe: Kontrolle der staatlichen Geltungsanordnung privater Gestaltungsbefugnisse Das Ziel: Vermeidung einer Grundrechtsverletzung – Rechtfertigung des Eingriffs oder verfassungskonforme Reduktion der Ermächtigungsnormen 	
D. Die	Grundrechtsprüfung	
I.	Paternalistischer Schutz – Schranken der Selbstbindung :	70
	1. Charakteristikum 2. Fallgruppen a) Fehlende Tauglichkeit von Dispositionssubjekt oder -objekt aa) Fehlende Zurechenbarkeit wegen intellektueller Defizite bb) Dispositionsverbot cc) Fehlende Relevanz für den Gegenstand dieser Arbeit b) Beschränkte Disponibilität aa) Relative, dispositionsabhängige Kernbereiche	70 71 71 71 72 73
	bb) Imparität	74

Inhalt XI

	II.	Nichtpaternalistischer Schutz - Grenzen der Selbstbindung .	78
		1. Eingriff in den Schutzbereich? (Potentielles Überschießen	70
		der gesetzlichen Ermächtigungsnorm)	
		a) Regelungsunterwerfung	
		bb) Willenskonkretisierung	
		(1) Treu und Glauben	
		(2) Abgrenzung zur vertragsergänzenden Auslegung b) Partielle Regelungsunterwerfung – Einbeziehung von	
		Allgemeinen Geschäftsbeziehungen	81
		c) Fazit	
		2. Rechtfertigung (bei sicherem Überschießen der	
		gesetzlichen Ermächtigungsnorm)	
		a) Schranke	
		aa) Gesetzesvorbehalt	
		bb) Ausnahme: vertraglich begründete Eingriffskompetenz b) Schranken-Schranke	
		aa) Eingriffsinteresse	
		(1) Verfassungslegitime Ziele	
		(2) Ergänzung der Privatautonomie	
		bb) Güterabwägung	
		c) Fazit	92
	III.	Ergebnis	92
		§ 4. Struktur der Kontrolle –	
		Die Verhältnismäßigkeitsprüfung	
A.	Einl	eitung	93
	I.	Charakteristika der erforderlichen Abwägung	93
	II.	Strukturierung der Abwägung durch das Verhältnismäßig-	
		keitsprinzip	94
	TTT	• •	
	111.	Weiteres Vorgehen	96
В.	Die	Verhältnismäßigkeit i.e.S.	96
	I.	Maßstab	97
	TT	Verhältniemäßigkeitenringin als Flement der Rechtsidee	00

XII Inhalt

	1.	Iustitia distributiva als Urform der Gerechtigkeit – Verteilungsgerechtigkeit
	2.	Iustitia commutativa als bekannter Spezialfall – Austauschgerechtigkeit
	3.	Offener Fall: Einseitige Gestaltungsmacht im Zweipersonenverhältnis ohne vertragliche Unterwerfung
		c) Iustitia protectiva als Unterfall der iustitia distributiva 103
III.	Di	e beiden zu unterscheidenden Maximen
	1.	Erste Maxime: Das Äquivalenzprinzip
		b) Geforderte Interessenproportion
	2.	Zweite Maxime: Das Prinzip des überwiegenden Interesses
IV.	Zι	ır Argumentationslast106
	1.	Unterscheidung von Gebot der Verhältnismäßigkeit und Verbot der Unverhältnismäßigkeit
	2.	Einschlägigkeit je nach Abweichen von der vertraglichen Vereinbarung
		a) Abweichen nach oben – Gebot des Überwiegens
		des Gestaltungsinteresses
		des Gestaltungsinteresses
V.		nordnen des "Übermaßverbots" in der Rechtsprechung s Bundesverfassungsgerichts109
		Übermaßverbot lediglich als Äquivalenzprinzip? 109 Übermaßverbot als Argumentationslastregel? 111
		Fazit
VI.	im	lanz: Zur Rolle des Verhältnismäßigkeitsprinzips Spannungsfeld von Willkürfreiheit und Gleichheits-
	bi	ndung112
	1.	Verhältnismäßigkeitsprinzip als Willkürbegrenzung und Willkürverbot

Inhalt	XIII
--------	------

		a) Vertrag als Gleichordnung der Interessen
		 2. Mißachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Gleichheitsverletzung 115 a) Gleichheitssatz als Willkürverbot 15 b) Verstoß gegen Verhältnismäßigkeitsprinzip als Verletzung des Gleichheitssatzes 116
C.	Der	Grundsatz der Erforderlichkeit
	I.	Immanente Begrenzung des Eingriffsinteresses 117
	II.	Erforderlichkeit setzt Eignung voraus
	III.	Gebot der Iustitia protectiva
D.		Beziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit i.e.S. Grundsatz der Erforderlichkeit
	I.	Zusammenhang zwischen Prinzip des überwiegenden Interesses und Grundsatz der Erforderlichkeit
		 "Natürliche" Affinität
	II.	Unverträglichkeit von Äquivalenzprinzip und Grundsatz der Erforderlichkeit hinsichtlich der Schranken der Gestaltungsmacht
	III.	Fazit
E.		ultat: Zur Feststellung von Grenzen und Schranken – beiden zu unterscheidenden Verhältnismäßigkeiten i.w.S 121
	I.	Das Verbot des Unterliegens des Gestaltungsinteresses 122
		1. Inhalt
		2. Beispiele

XIV Inhalt

a) Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschaftsbedingungen 123 b) Inhaltskontrolle von Klauseln in Mietverträgen über	5
Wohnraum	
abstrakt umrissenen Arbeitspflicht	6
II. Das Gebot des Überwiegens des Gestaltungsinteresses i.V.m. dem Gebot der Erforderlichkeit	7
1. Inhalt	7
2. Beispiele 128	8
a) Umgestaltungsvorbehalt im Arbeitsverhältnis	
herabsetzung (BGHZ 129, 136 – "Girmes")	
aa) Eingriff durch Mehrheitskonzept	
III. Sonderfall bei Interessengleichrichtung: Komplementarität der beiden Verhältnismäßigkeiten	,
· ·	
Zustimmungspflicht der Minderheit	3
a) Abwagungsmanstab	
2. Komplementarität der Gerechtigkeitsmaximen 135	5
a) Parallele im Recht der Personenhandelsgesellschaften 135b) Fazit: Vom Mehrheits- zum Gerechtigkeitsprinzip 137	
§ 5. Ergebnis der Untersuchung	9
Literaturverzeichnis143	3
Literaturverzeichnis	

§1. Einleitung

A. Aufgabe der Untersuchung

Die folgenden Überlegungen gehen von dem Leitgedanken aus, daß Privatrecht "letztlich der Aufrechterhaltung der Freiheit des einzelnen in der Gesellschaft dient, daß die individuelle Freiheit eine der grundlegenden Ideen ist, um deretwillen das Privatrecht existiert"¹. "Das Prinzip der Selbstbestimmung verlangt, daß jeder einzelne der Betroffenen an der Neuordnung der Rechtsverhältnisse teilnimmt. Würde einer von ihnen nicht gehört, käme es nicht auf sein Einverständnis an, so wäre die (auch) in seinen Rechtskreis hineinwirkende Regelung nicht selbstgesetzt, sondern ihm aufgezwungen"2. Vor diesem Hintergrund soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit die Rechtsordnung einem Privaten das Recht einräumen darf, aufgrund vertraglicher Abrede in die Freiheitssphäre eines anderen hineinzuwirken bzw. auf sie zuzugreifen: Wie läßt sich diese Kompetenz mit dem Schutz der Selbstbestimmung des Betroffenen vereinbaren? Wann und wie kommt es zu einem Eingriff in dessen Rechte? Und unter welchen Voraussetzungen läßt sich ein solcher Eingriff rechtfertigen?

Die damit angesprochene Angemessenheitskontrolle privater Gestaltungsmacht ist seit Jahrzehnten ein zentrales Thema der Privatrechtstheorie. Die sog. Bürgschaftsentscheidung³, mit der das Bundesverfassungsgericht die Problematik schließlich sogar auf die verfassungsrechtliche "Meta-Ebene" gehoben hat, konnte die Diskussion als höchstrichterliches Diktum nicht etwa zum Abschluß bringen, sondern hat im Gegenteil als Katalysator für eine mit neuer Wucht entbrannte Debatte gewirkt. Bis heute muß die Frage nach dem Freiheitsschutz, den die Grundrechte im – oder gar vor dem – Vertragsrecht gewährleisten, als ungelöst gelten. Die-

¹ Coing, Geschichte, S. 23.

² Thiele, Zustimmungen, S. 2.

³ BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, 214.

ser Umstand ist um so bedauerlicher, als das verfassungsrechtliche Argument prima facie schwer wiegt, ist es doch in der Normhierarchie auf höchster Stufe angesiedelt und könnte, so die Grundrechte im Privatvertragsrecht tatsächlich Wirkung entfalten und sich ihnen hinreichend konkrete Vorgaben entnehmen lassen sollten, verbindliche Maßstäbe für die Angemessenheitskontrolle vorgeben.

Die Aufarbeitung dieser Problematik in allen ihren Verästelungen ist selbst monographisch kaum noch zu leisten. Deshalb wird vorliegend ein bescheidenerer Ansatz gewählt. Die Arbeit versucht den Zugang über die Konzentration auf ein viel gebrauchtes, sowohl im Rahmen der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle als auch beim Grundrechtsschutz zentrales, aber insbesondere in seiner Herleitung und Reichweite für das Zivilrecht weitgehend unklares Institut: das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Beweggrund ist dabei nicht in erster Linie ein rechtstheoretisches oder philosophisches, sondern vor allem ein ganz praktisches Interesse, die Frage nach Begründung und Leistungsfähigkeit dieses Rechtsgrundsatzes für Angemessenheitskontrolle und Freiheitsschutz im Privatvertragsrecht.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat zwar im Bürgerlichen Recht zahlreiche gesetzliche Ausformungen gefunden⁴ und ist darüber hinaus praeter legem fester Bestandteil der Zivilrechtsdogmatik⁵. Teilweise erfreut es sich bei der Kontrolle privater Gestaltungsmacht ausgesprochener Beliebtheit⁶. Trotz Untersuchungen aus jüngerer Zeit⁷ hat sich aber zu Anwendungsvoraussetzungen und Wirkungsweise dieser Rechtsfigur noch keine systembildende Dogmatik herausgebildet. Das mag vor allem daran liegen, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip zugleich als Kernbestand der Grundrechtsprüfung gilt; ironisch wird es sogar gelegentlich als "Obernorm" der gesamten Rechtsordnung bezeichnet⁸. Aus diesem Umstand wird anscheinend in allgemeiner Wahrnehmung geschlossen, daß neben die "rein zivilrechtlich verstandene Verhältnismäßigkeit" eine "dem Ver-

⁴ Etwa §§ 138 II, 227 II, 228, 230 I, 275 II, III, 320 II, 343, 439 III, 635 III BGB. Weitere Beispiele bei *Singer*, Selbstbestimmung, S. 94 ff.; *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, 129 ff.; *Wieacker*, FS Fischer, S. 867, 868 f.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 37 f.

⁵ Dazu insbesondere Canaris, ZHR 143 (1979), 113, 128 ff. m. Fn. 45, 47-50.

⁶ Siehe etwa Zöllner, AG 2000, 145, 149, der sich als "Liebhaber" des Prinzips bekennt.

⁷ Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, FS Dieterich 1999, S. 429; *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35.

⁸ Ossenbühl, Abwägung, S. 25, 35.

fassungsrecht eigene Verhältnismäßigkeit" tritt⁹. Diese "verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit" stößt verbreitet auf große Skepsis. Man sieht die Gefahr, "daß die feinen, in langen Zeiträumen gewachsenen Strukturen, die sich in der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung gebildet haben (...), durch eine übergeordnete Verhältnismäßigkeit platt gewalzt werden"10. Sorge besteht also einerseits vor einer Konstitutionalisierung der Rechtsordnung¹¹, die Rechtsfragen unsachgemäß verfassungsrechtlich auflädt und zugleich den gesetzgeberischen Spielraum einengt. Mit dieser "Hochzonung" soll nach verbreiteter Befürchtung andererseits eine Banalisierung der Rechtsanwendung einhergehen: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt als "der große Gleich- und Weichmacher"¹², der die "harten" Subsumtionsergebnisse durch Abwägungserfordernisse relativiere, deshalb die Steuerungsfunktion der Gesetze konterkariere und dadurch die Rechtssicherheit gefährde. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung werde "zum Einfallstor eines unkontrollierbaren und unkontrollierten Gerechtigkeitsgefühls, das die objektiven Wertungen von Verfassung und Gesetz durch die subjektiven des Richters ersetzt"¹³. Die Ablehnung basiert also zum einen - neben prinzipiellen Zweifeln an der Geltung der Grundrechte im Privatrecht überhaupt - auf Argwohn vor einer Überlagerung des angestammten Rechtsgebiets durch anscheinend als fremdartig empfundene verfassungsrechtliche Wertungen. Zum anderen wird der Abwägungsvorgang offensichtlich als beliebiger, unstrukturierter Vorgang verstanden, der nicht einmal aus der verfassungsrechtlichen Werteordnung, die er doch ins einfache Recht transferieren soll, Profil gewinnt. Es besteht deshalb nahezu Einigkeit darin, daß der Anwendungsbereich dieses scheinbar ubiquitären Grundsatzes begrenzt und der Abwägungsvorgang rationalisiert werden muß14.

⁹ Medicus, AcP 192 (1992), 35, 40. Siehe etwa auch *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 431, der die Legitimation des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den Hinweis auf das Wesen der Grundrechte und das Rechtsstaatsgebot für einen spezifisch staatsrechtlichen Ansatz hält.

¹⁰ Ossenbühl, Abwägung, S. 25, 33.

¹¹ Dazu Canaris, Zwischenbilanz, S. 10; Oldiges, FS Friauf, S. 281; Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, S. 70.

¹² Ossenbühl, VVDStRL 39 (1981), S. 189. Siehe auch Merten, FS Schambeck, S. 349, 350.

¹³ Gentz, NJW 1968, 1600, 1601.

¹⁴ Dazu, daß nur hierin die Aufgabe bestehen kann, Ossenbühl, Abwägung, S. 25, 34; Stern, FS Lerche, S. 165, 175.

Zur Bestimmung des Stellenwerts dieses Prinzips wird im folgenden gefragt, ob hinsichtlich Geltung und Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips wirklich zwischen einfachrechtlicher und verfassungsrechtlicher Ebene unterschieden werden kann. Es wird zu zeigen sein, daß ein Großteil der Einwände auf einem unzutreffenden Verständnis von der Grundrechtswirkung im Privatvertragsrecht beruht und daß deshalb Anwendungsvoraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips wie Struktur der Abwägung keine klare Kontur gewinnen konnten. Das Privatrecht muß, wie die gesamte sonstige einfache Rechtsordnung auch, seine Freiheitlichkeit am Maßstab der Grundrechte messen lassen 15. Sollte sich zeigen lassen, daß, warum und wieweit die Grundrechte für den Freiheitsschutz eine wesentliche Rolle spielen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip dabei eine zentrale Stellung einnimmt, wäre der Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsprinzips von der höchsten gesetzlichen Ebene im Stufenbau der Rechtsordnung aus abgesteckt. Für ein rein privatrechtlich verstandenes Verhältnismäßigkeitsprinzip bliebe dann schon aus normlogischen Gründen nur noch jenseits der grundrechtlichen Anforderungen Platz. Ein solches Kontrollinstrument könnte also nur (noch) engmaschiger ausfallen. Eine über die verfassungsrechtlichen Ansprüche hinausgehende Angemessenheitskontrolle ist aber, soweit ersichtlich, bislang nirgendwo in Erwägung gezogen geworden - und auch in der Sache nicht veranlaßt, läßt sich doch zeigen, daß der Grundrechtsschutz nicht, wie befürchtet, im Widerspruch zur Privatautonomie steht, sondern bei richtigem Verständnis vielmehr die gleiche Zielrichtung verfolgt¹⁶.

Die Beschäftigung mit den Grundrechten entspringt also nicht in erster Linie einem originären verfassungs- oder staatsrechtlichen Interesse. Sie ermöglicht lediglich, aber immerhin, eine Betrachtung von einer der einfachen Rechtsordnung übergeordneten "Meta-Ebene" aus. Der

¹⁵ Vgl. Canaris, Zwischenbilanz, S. 15: "Das Privatrecht ist nämlich 'einfaches' Recht und steht als solches im Stufenbau der Rechtsordnung im Range *unter* der Verfassung. Es ist also auch ein Gebot der Normlogik, daß die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts nach dem Grundsatz vom Vorrang der lex superior an die Grundrechte gebunden ist" [Hervorhebung im Original].

¹⁶ Dazu unten bei § 3 Fn. 84. Siehe auch *J. Schmidt*, Vertragsfreiheit, S. 62, der sich zwar im Gegensatz zum hier eingeschlagenen Weg bei seiner Beschäftigung mit der Vertragsfreiheit auf das einfache Recht beschränkt, aber mit seiner Annahme, daß man die Auslegung von Verfassungsentscheidungen mit ähnlichen Überlegungen und Argumenten betreiben müßte wie die Ermittlung der gerechtfertigten Inhalte von 'Vertragsfreiheit' überhaupt, offensichtlich von einem Gleichlauf ausgeht.

Grundrechtsschutz verkörpert das unerläßliche rechtliche Minimum an Schutz gegenüber staatlich sanktionierten heteronomen Freiheitsbeeinträchtigungen. Die Grundrechte wecken Sensibilität für Bereiche "ausgedünnter" Freiheit und verdeutlichen den instrumentellen, dienenden Charakter des einfachen Gesetzes zur Freiheitsverwirklichung einerseits und zum Rechtsgüterschutz andererseits. Nicht zuletzt erlauben sie einen Perspektivenwechsel: Bislang wird Inhaltskontrolle vor allem verstanden als Begrenzung der Gestaltungsmacht des Rechtsinhabers aufgrund übergeordneter Prinzipien oder besonderer Verantwortlichkeiten, also als Kontrolle "von oben". Der grundrechtliche Ansatz - mit seiner Differenzierung zwischen Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung - erlaubt hingegen einen Ansatz aus der Perspektive des Betroffenen, des "Objekts" der Rechtsausübung, also eine Kontrolle "von unten". Die Grundrechte sind in der Normhierarchie gegenüber dem Vertragsrecht formal auf einer höheren Ebene angesiedelt, materiell unterfangen sie es aber mit einem elementaren Freiheitsschutz. Sie bilden also inhaltlich gewissermaßen eine "Basis-Ebene". Der Grundrechtsschutz schärft das Bewußtsein dafür, daß das Vertragsrecht nur dann freiheitlich ausgestaltet ist, wenn es sicherstellt, daß der von der Rechtsausübung Betroffene die Kompetenz des Rechtsinhabers selbst mitherbeigeführt hat, daß fehlende oder unvollständige Selbstbindung also Abgrenzungs- oder gar Rechtfertigungserfordernisse auslöst. Damit relativiert sich im übrigen auch die gängige Unterscheidung zwischen Inhaltsund Ausübungskontrolle¹⁷, die sich lupenrein nur aus der Perspektive des Rechtsausübenden durchhalten läßt. Denn wenn es selbst für die Wirksamkeit einer konkreten Rechtsausübung auf den Beitrag des Betroffenen zur Rechtserzeugung ankommt, gehen Inhalts- bzw. Vertragsund Ausübungskontrolle Hand in Hand¹⁸.

Nicht zuletzt versucht die Arbeit mit diesem Ansatz, einen Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung zu leisten. Die Ableitung der Inhaltskontrolle aus einer einheitlichen, allgemeinverbindlichen Wurzel wird zunächst erweisen, daß verschiedene, bisher getrennt diskutierte Felder und Institute der Inhaltskontrolle einen gemeinsamen Ursprung haben und gleichen Regeln folgen. Insofern ist mit dieser Untersuchung ein, dem Freiheitsschutz gewidmeter, Beitrag zu einem "allgemeinen Teil" des Privatvertragsrechts intendiert. Darüber hinaus soll deutlich werden,

¹⁷ Siehe dazu nur Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 24 ff.

¹⁸ Siehe dazu unten bei § 4 Fn. 2.

daß der Schutz vor Freiheitsbeeinträchtigungen universellen Regeln folgt. Es wird sich zeigen, daß die zunächst für das öffentliche Recht entwickelte grundrechtliche Schutzdogmatik – mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als zentralem Element – im Grundsatz gleichermaßen für das Privatrecht gilt. Bislang kategorial getrennte Bereiche entpuppen sich damit als Teil eines zusammenhängenden Kontrollspektrums mit abgestufter Kontrollintensität. Ob und Umfang der Kontrolle unterscheiden sich allein durch Ob und Umfang des Beitrags, den der Betroffene selbst zur Erzeugung der Rechtswirkung, der er nunmehr ausgesetzt ist, geleistet hat.

B. Zu Gang und Schwerpunkt der Darstellung

Gem. Art. 1 Abs. 3 GG sollen die Grundrechte die private Freiheit gegenüber staatlicher Machtausübung schützen. Auf private Machtausübung scheinen sie deshalb nicht anwendbar zu sein. Dieses schlichte Ergebnis ruft jedoch ganz überwiegend Unbehagen hervor, da man den durch die Grundrechte vermittelten Freiheitsschutz auch in diesem Bereich nicht gänzlich missen möchte. Es hat deshalb nicht an Versuchen gefehlt, zumindest Elemente des Grundrechtsschutzes anwendbar zu machen. Die berühmte Debatte um die sog. Drittwirkung der Grundrechte soll hier aber zunächst nicht wieder aufgerollt werden. Statt zur bestehenden Schlachtordnung Stellung zu nehmen wird ein neuer Ansatz versucht (§ 3. A – C).

Vorweg soll jedoch zunächst gefragt werden, ob der Gegensatz zwischen privater und staatlicher Gestaltungsmacht wirklich so fundamental ist, wie gemeinhin angenommen wird. Immerhin ist die Privatautonomie ja keine natürliche Freiheit, sondern rechtlich präformiert; der private Wille ist, will er Rechtsverbindlichkeit erlangen, auf gesetzliche Anerkennung und Ausgestaltung angewiesen¹⁹. In das "horizontale" Verhältnis zwischen den beteiligten Privaten mischt sich also eine "vertikale" staatliche Komponente. Um Klarheit über die rechtliche Funktionsweise der Privatautonomie zu gewinnen, soll deshalb vor der Erklärung der Grundrechtswirkung diesem Verhältnis auf den Grund gegangen werden (§ 2).

¹⁹ Dazu unten unter § 3.A.I.2., S. 27 ff.

Aus dieser Grundlegung werden schließlich Verankerung und Funktionsweise des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatvertragsrecht hergeleitet (§ 3. D, § 4).

Gegenstand der Arbeit sind allein Herleitung und Struktur des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht. Soweit für das Verständnis der verschiedenen Elemente der Angemessenheitskontrolle erforderlich, werden Beispiele aus verschiedenen zivilrechtlichen Problemfeldern zur Veranschaulichung herangezogen. Bewußt wird aber darauf verzichtet, die Folgen des hier entwickelten Ansatzes für sämtliche denkbaren Anwendungsfelder in voller Breite zu entwickeln. Ein Kompendium der (verfassungsrechtlichen) Inhaltskontrolle ist nicht beabsichtigt.

Da die Beschäftigung mit dem Verhältnis von Privatautonomie und Grundrechtsschutz vorliegend allein den Zweck hat, die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Schranken privater Gestaltungsmacht zu klären, kann auf die zahlreichen Fragen, die gleichfalls im Spannungsverhältnis von Selbstbestimmung und heteronomer Zurechnung angesiedelt sind, nicht oder allenfalls am Rande eingegangen werden: Die Überprüfung etwa der Objektivierungstendenzen in der Dogmatik der Willenserklärung oder des Vordringens der Vertrauenshaftung auf ihre Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsschutz muß daher eigenen Untersuchungen vorbehalten bleiben²⁰.

²⁰ Dazu v.a. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995 sowie *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, wenn auch beide leider nicht aus verfassungsrechtlicher Sicht.

§2. Das "Gestaltungsrecht" als einheitlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle privater Gestaltungsmacht

Aufschlüsse über die Wirkung der Privatautonomie lassen sich anhand der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung gewinnen. Unabhängig davon, wie man zu ihren rechtstheoretischen und -philosophischen Grundlagen stehen mag¹, ist sie in besonderer Weise geeignet, Aufschlüsse über die Funktionsweise von Rechtsakten zu geben².

A. Normlogischer Ansatz – Erweitertes Verständnis des Gestaltungsrechts

Nach konventioneller Anschauung vermittelt ein Gestaltungsrecht das rechtliche Können, eine fremde Rechtssphäre, insbesondere durch Änderung oder Aufhebung von Rechten, zu gestalten – etwa durch Kündigung, Aufrechnung, Rücktritt, Anfechtung etc. Es zielt auf die Modifizierung oder Beseitigung gegnerischer Herrschaftsrechte³, vor allem auf gegnerische Ansprüche. Das Gestaltungsrecht wird durch Rechtsge-

¹ Dazu etwa Zöllner, Rechtsnatur, S. 25 f. m. Fn. 76.

² Mayer-Maly, FS Melichar, S. 441, 447: "Entwirft man ein Modell für den Stufenbau des Rechts, so muß darin auch die rechtsgeschäftliche Betätigung einen Platz finden. Sie ist nicht nur Nutzbarmachung der sie steuernden Normen, sondern selbst Rechtserzeugung. Um diese Einsicht akzeptieren zu können, muß man den meisten anderen Aussagen der Reinen Rechtslehre nicht beitreten (was der Verfasser dieser Arbeit ja auch bekanntlich nicht tut). Die Deutung des rechtsgeschäftlichen Handelns als eines zugleich rechtsvollziehenden und rechtserzeugenden Aktes bildet meines Erachtens eine aus dem Gesamtgebäude dieser Theorie herauslösbare und für sich allein voll überzeugende Strukturanalyse."

³ Zum Begriff von Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 133 ff.

schäft ausgeübt⁴. Es ist self-executing, wirkt also unmittelbar auf die gegnerische Sphäre ein.

Adomeit erweitert das bisherige Verständnis, indem er die privatautonome Gestaltungsmacht mit dem Begriff des Gestaltungsrechts identifiziert. Das Gestaltungsrecht vermittelt damit eine umfassende Kompetenz zum Zugriff auf die gegnerische Rechtssphäre. Gestaltungsrecht und Rechtsgeschäft werden ihrem Umfang nach zur Deckung gebracht. Das Gestaltungsrecht ist die übergeordnete Kategorie, es wird exklusiv durch Rechtsgeschäft ausgeübt: "Das Gestaltungsrecht ist die Kompetenz zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts." Die Gesamtheit sämtlicher Gestaltungsrechte ist hiernach wiederum mit der Privatautonomie identisch6, die Privatautonomie umfaßt alle Ermächtigungen zu privatwillkürlicher Einwirkung auf Rechtslagen. Der Begriff des Gestaltungsrechts wird somit, entgegen herkömmlicher Vorstellung, auf zweiseitige Rechtsgeschäfte erweitert: Auch die Vertragsfreiheit wird zum Gestaltungsrecht7, das beim Vertragsschluß durch eine Personenmehrheit gemeinsam ausgeübt wird.

Folgt man diesem Ansatz, ergibt sich eine klare Hierarchisierung im Sinne des Stufenbaus der Rechtsordnung, zwischen allen Elementen besteht ein Ableitungszusammenhang: Gestaltungsrechte beruhen auf gesetzlichen Ermächtigungen, sie begründen, ändern oder beseitigen Verhaltensnormen. Die Verhaltensnormen wiederum räumen dem Begünstigten das Herrschaftsrecht ein, vom Verpflichteten ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können, verleihen also einen Anspruch. Das Rechtsgeschäft vermittelt somit zwischen Gestaltungsrecht und Herrschaftsrecht, und zwar nicht nur zu dessen Änderung und Aufhebung, sondern auch zu seiner Begründung.

Einem Gestaltungsrecht entspricht hiernach kein Pflichtbereich⁸, sondern nur die nachteilige Position des möglichen Rechtsgeschäftsadressaten, die Inkraftsetzung einer ihn verpflichtenden bzw. – so ist zu ergänzen – das Beseitigen einer ihn berechtigenden Verhaltensnorm hinnehmen zu müssen. Diese Position trete "bei der vertraglichen Gestaltung weniger ins Bewußtsein, weil hier der Adressat der verpflichtenden Norm an ihrem Erlaß mitbeteiligt, weil er Mitinhaber des Gestaltungs-

⁴ Bötticher, Gestaltungsrecht, S. 2.

⁵ Adomeit, Gestaltungsrechte, S. 23.

⁶ Adomeit, Gestaltungsrechte, S. 21.

⁷ Adomeit, Gestaltungsrechte, S. 12.

⁸ Adomeit, Gestaltungsrechte, S. 35 ff.

Abgrenzungsfreiheit 25 f.
Ableitungszusammenhang s. Stufenbau der Rechtsordnung
Abstraktionsprinzip 40
Abwägung 4, 33, 57, 73 ff., 80, 91 ff., 97, 103 f., 108, 112, 114, 116 f., 120, 122, 133, 140

- rechtstheoretische Präzisierung der 97 Fn. 10

- Vorrangrelation 73, 91, 93 f., 140

Abwägungserfordernis 3, 77, 93, 95, 105, 120

Abwägungsergebnis 110 Abwägungsgebot s. Abwägungserfordernis Abwägungsmaßstab 98, 128, 131, 133

Abwägungsnotwendigkeit s. Abwägungserfordernis Abwägungsvorgang 3, 95 f., 111 Abwehrfunktion s. Grundrechte

Aquivalenzgebot 108 Fn. 41 Äquivalenzprinzip 75 f., 99, 104 ff., 109 ff., 119, 121 f., 127 f.

- objektives 49 Fn. 94, 67

- subjektives 49, 76, 79, 88, 104 f., 112, 122 f., 141

Allgemeine Geschäftsbedingungen 81 ff., 123 f.

Angebot 16 ff., 24 Fn. 12

 Abgrenzung zur Ermächtigung 16 f.

Anerkennung, gesetzliche/staatliche 6, 31, 35 ff., 45 f., 50 f., 56, 65 f., 69, 87, 139

Angemessenheitskontrolle 1 f., 4, 7, 31, 93, 95, 121, 127, 140

Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit s. Verhältnismäßigkeit
Anspruch 10, 14 ff., 18 f., 24, 26
Fn. 17, 30, 35, 49, 53, 65 f.
Anspruchsbegründung/-einräumung 14, 16 f., 47, 65

Arbeitsverhältnis 9 Fn. 29, 74, 84 Fn. 207

- Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers 126 f.
- Umgestaltungsvorbehalt im 88
 Fn. 220, 126 f., 128 f.
- Weisungsrecht im 12 Fn. 12, 78, 126

Arbeitsvertrag s. Arbeitsverhältnis Argumentationslast 96, 106 ff., 111, 114, 119, 122 ff., 135, 140

Abgrenzung zur Beweislast 106
 Ausgestaltung s. Gestaltungsmacht
 Auslegung 4 Fn. 16, 61 f., 79 f., 84 f.,
 128, 135

- vertragsbegrenzende 79 f.
- vertragsergänzende 80 f.

Austauschgerechtigkeit s. Gerechtigkeit, ausgleichende

Ausübungskontrolle

 Abgrenzung zur Inhaltskontrolle 5, 94

Begründungslast s. Argumentationslast

Beschwer 18, 20, 33 f., 38 f., 91 Bestandsinteresse 87, 91 f., 102, 105, 108 ff., 114, 116, 128, 132, 135, 140 f.

Beweislast 106, 108 Fn. 46, 126

 Abgrenzung zur Argumentationslast 106

Bindungswille s. Rechtsbindungswille

Delegationskette 11, 13 Disparität s. Imparität Disposition s. Freiheitsdisposition Drittwirkung der Grundrechte 6, 51 ff., 95, 139

- Theorie der mittelbaren Drittwirkung 51, 55, 57, 60 ff.
- Theorie der unmittelbaren Drittwirkung 52 ff.

Eingriff, potentieller 29 ff., 67 Fn. 147 Eingriffsbefugnis s. Eingriffskompetenz

Eingriffsdogmatik 62 Fn. 130

Eingriffsermächtigung, gesetzgeberische/gesetzliche 86 f.

Eingriffshürde 84

Eingriffsinteresse 89 ff., 102, 105, 108 ff., 114, 116, 127, 136

Eingriffskompetenz 18 Fn. 23, 88 f., 102, 140

Eingriffsrechtfertigung 111, 115, 121, 131, 136 f.

Eingriffsschwelle 68

Einwilligung 56 f.

 s. auch Freiheitsdisposition; Selbstbindung; Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit

Einziehungsbefugnis 34

Entfaltungsfreiheit 27

Erforderlichkeit

- Grundsatz der 96, 110 f., 117 ff., 119 ff., 135
- Gebot der 111, 119, 122, 127 ff.

Ermächtigung

- abstrakte 78 f., 82, 92, 112, 122, 126, 135
- private/rechtsgeschäftliche/vertragliche 10 ff., 19, 51, 78 f., 84, 88, 94, 107, 122, 125, 127, 129

- gesetzliche/staatliche 10 ff., 20, 78, 84, 90, 92, 94, 139 f.
- Abgrenzung zum Angebot 16 f.
- s. auch Freiheitsdisposition;
 Rechtsbindungswille; Selbstbindung; Unterwerfung; Willenskonkretisierung

Ermächtigungsgeschäft 11 ff., 19 f., 94 Ermächtigungsnorm 13, 20, 69, 78, 94

- verfassungskonforme Reduktion der 69f.
- s. auch Geltungsanordnung; Überschießen der gesetzlichen Ermächtigungsnorm

"Etatistische Konvergenztheorie" 55 ff.

Freiheit

- "ausgedünnte" 5, 79, 104, 127
- materialisierte 49
- natürliche 6, 14, 22, 28, 29, 44, 47,50, 53, 56, 64 ff.
- negative s. Vertragsfreiheit
- normativ konstituierte 28 Fn. 24,
 47 f.,
- positive s. Vertragsfreiheit
- Präponderanz 106, 108, 119
- vorrechtliche s. natürliche
- Schwellengewicht der 106, 120
- s. auch Urzustand

Freiheitsdefizit 77, 101

Freiheitsdisposition 17 ff., 24, 29, 31 ff., 38, 42 f., 48 f., 55, 59, 65 f., 69, 71 ff., 77 ff., 104, 118, 122, 139 f.

- abstrakte 78, 104 f.
- Bereicherungswirkung der 18, 47 f.
- Disponibilität, beschränkte 73 ff.
- Dispositionsbefugnis/-freiheit 55, 66, 69
- Dispositionsobjekt 71 ff.
- Dispositions schutz 48 ff.
- Dispositionssubjekt 71 ff.
- Dispositionsverbot 72 f.
- Enteignungswirkung der 18, 47 f.

- s. auch Einwilligung; Selbstbindung; Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit
 Freiheitspartikel 26 Fn. 16
 Freiheitsrecht 48, 57 Fn. 116, 90 Fn. 224, 104, 117, 127
 Freiheitsschutz 1ff., 20, 69, 71, 95 f., 134
 Freiheitssphäre 1, 16, 19, 30, 44, 46, 53, 59, 68 f., 85, 108, 115, 132
 Freiheitsverletzung 65, 73
 Freiheitsvermutung 108
 Freiheitsverzicht s. Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit
 Friedensordnung 23, 39, 54, 90
- Gebot des Überwiegens des Gestaltungsinteresses s. Gestaltungsinteresse
- Geltungsanordnung, staatliche/ gesetzliche 27 ff., 37 f., 45, 53, 56, 69, 86, 91 ff., 104
- s. auch Ermächtigungsnorm; Überschießen
- Geltungsbefehl s. Geltungsanordnung
- Geltungserklärung 32 ff., 87 Gemeinschaftsgrundrechte 62 f. Fn. 133
- Generalklauseln, zivilrechtliche 61 ff.,
- als "Einbruchstellen" 61 ff., 70
 Gentlemen's agreement 32
 Gerechtigkeit 98 ff., 103, 113, 115
- ausgleichende 82 Fn. 204, 99 ff., 101, 104 f., 113
- austeilende 98 ff., 113 f.
- schützende 102 f., 114
- soziale 70 Fn. 151

Gerechtigkeitsgebot s. Gerechtigkeitsprinzip

Gerechtigkeitsgefühl 3 Gerechtigkeitsmaßstab 104 f., 113 Gerechtigkeitsmaximen 103 ff., 112 ff., 140 Komplementarität der 135 ff.
 Gerechtigkeitsprinzip 115, 137 f.
 Gerechtigkeitsproportion 102, 111
 Geschäftsfähigkeit, wirtschaftliche 71, 75

Gesellschaftsrecht 72, 78, 86, 118, 128 Fn. 115, 129 ff.

- Bestimmtheitsgrundsatz 135 f.
- Gesellschaftermehrheit 72, 78,
- Gesellschaftsinteresse 118, 131, 135, 137
- Gesellschaftsvertrag 135 ff.
- Gesellschaftszweck 131 ff.
- Kapitalgesellschaft 129, 134
- Kapitalherabsetzung 129 ff.
- Minderheitsgesellschafter 131 ff.
- Personengesellschaft 88, 130, 135 f.
- Sanierung einer Kapitalgesellschaft
 129 ff.
- Strukturmaßnahmen 72, 107, 130 f., 137
- s. auch Kernbereich; Zustimmungspflicht

Gesetzesrecht s. Vertragsrecht Gesetzesvorbehalt 55, 84 ff., 88 f., 92, 113 f., 129, 131, 136, 140

- s. auch Wesentlichkeitslehre
 Gestaltungsfreiheit 16, 34
 Gestaltungsinteresse 87, 92, 107 ff., 122 ff., 127 ff., 133, 135, 140 f.
- Gebot des Überwiegens des Gestaltungsinteresses 107, 122, 127 ff., 135
- Verbot des Unterliegens des Gestaltungsinteresses 108, 122 ff.
- Gestaltungsmacht, private 1, 2, 5 ff., 9 f., 14 f., 19 f., 24, 44 ff., 60, 69 f., 73, 78 f., 82 f., 85 ff., 101, 104 f., 107 ff., 112, 115, 117 ff., 127, 131, 134 f., 139 f.
- Ausgestaltung, gesetzliche/rechtliche/staatliche 6, 22, 33 Fn. 41, 39 ff., 44 f., 47, 58 f., 67 Fn. 147, 89, 139

Sanktionierung, staatliche 13, 20, 28 ff., 36, 45, 47, 90, 96, 139
Gestaltungsmachtinhaber 11 f., 15, 47, 81, 86, 88, 92, 104 ff, 108 f, 113 f

81, 86, 88, 92, 104 ff., 108 f., 113 f., 117 f., 121 ff., 140

Gestaltungsrecht 9ff., 46ff., 79

- "klassisches" 14 f., 46
- rechtsänderndes 14 ff., 78, 86
- rechtsaufhebendes 14 ff., 78, 86
- rechtsbegründendes 16 ff., 78
- zweiseitig auszuübendes 12

Gestaltungsrechtsinhaber s. Gestaltungsmachtinhaber

Gewaltmonopol 38 f., 54

Gleichheitsbindung 112, 115

Gleichheitssatz 94, 115 f.

Gleichheitsverletzung 115 ff.

Grundfolgentheorie 32

Grundfreiheiten 62 f. Fn. 133

Grundrechte

- Abwehrfunktion 33 Fn. 41, 45, 47,
 50, 52 ff., 59 f., 62, 64 f., 67, 69, 79,
 94, 140
- Drittwirkung s. dort
- Geltung 3, 22, 31, 45, 47, 51 ff.
- als Optimierungsgebote 46
 m. Fn. 87
- Schranke 84 ff.
- Schutzfunktion/Schutzgebotslehre 62 ff., 73
- status negativus 45, 50, 73, 94
- status positivus 45 f., 67
- Werteordnung, objektive 3, 60 f.,63
- Wirkung 2, 4, 6, 21 ff., 41 ff., 45, 51 ff., 95

Grundrechtsbindung 54, 56 f., 59 f., 62, 68 ff., 91

Grundrechtsverletzung 69 f., 73

Grundrechtsverzicht 42 f., 139 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

s. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Güterabwägung s. Abwägung

Handlungsfreiheit 24, 26, 33, 45

- allgemeine 21, 29, 64 f., 67, 84
- natürliche 53, 56

Herrschaftsrecht 9f., 14, 16, 26

Imparität 74 ff., 123

In dubio pro libertate 108 f., 111

Inäquivalenz 75 ff.

Inhaltskontrolle 2, 5, 7, 21, 57, 71, 74 f., 80 f., 83, 94, 112, 123 f.

 Abgrenzung zur Ausübungskontrolle 5, 94

Inhaltsunterwerfung 82

- s. auch Regelungsunterwerfung

Intellektuelle Defizite 71

Interesse s. Gestaltungsinteresse

Interessenabwägung s. Abwägung Iustitia commutativa s. Gerechtig-

keit, ausgleichende

Iustitia distributiva s. Gerechtigkeit,

austeilende

Iustitia protectiva s. Gerechtigkeit, schützende

Iustum pretium 105

Kaufvertrag 17f., 40

Kernbereich

- absoluter/unverzichtbarer/ verzichtsfester 72
- relativer/mehrheitsfester/dispositionsabhängiger/unentziehbarer
 72, 74, 88, 130, 136

Kernbereichslehre 130, 136

Konstitutionalisierung der Rechtsordnung 3

Laesio enormis 75 Fn. 170, 76

Leistungsbestimmungsrecht

s. Arbeitsververhältnis

Lex contractus 29, 33

Lex situationis 93

Mehrheitsinteresse 132 ff. Mehrheitsmacht 72, 78, 130 ff. Mehrheitsprinzip 88 f., 130, 135 ff. Mietverhältnis, Mietvertrag 74, 124 ff.

Naturalobligation 36 Non-liquet 106 ff. Normbestandsschutz 50 f. Normhierarchie 2,5 Normlogischer Ansatz s. Stufenbau der Rechtsordnung Normsetzung

- heteronome 11 f.
- private 85, 90 f. Fn. 227

Optimierungsgebot s. Grundrechte

Paternalistischer Schutz 70 ff., 125, 127

Prinzip des überwiegenden Interesses 102 f., 105 f., 107, 110, 119 f., 122 Privatautonomie 4, 6, 7, 9 ff., 21 ff., 25, 28, 30 ff., 40, 42, 44 f., 47, 50,

53 ff., 58, 60, 62, 65, 66 ff., 74 f., 82, 90, 104, 112, 132

- Selbstgesetzgebung 11, 31
- verfassungsrechtliche Gewährleistung 45 f., 67

Privatexekution 38, 54

Privatheteronomie 21, 44 f., 84, 87 f., 90, 97, 105, 127, 131, 139 f.

Privatrechtsordnung/Privatvertragsrechtsordnung s. Vertragsrechtsordnung

Privatvertragsrecht s. Vertragsrecht

Rechtsänderung s. Gestaltungsrecht Rechtsaufhebung s. Gestaltungsrecht Rechtsbegründung s. Gestaltungsrecht

Rechtsbindung 32, 40, 87 Rechtsbindungswille 33, 35, 37 f., 40, 82 f., 112

Rechtserzeugungszusammenhang s. Stufenbau der Rechtsordnung

Rechtsgeschäft 9 ff., 27 f., 32 ff., 38, 51 f., 54, 57 f., 61 f., 65, 68, 79, 83, 88, 130

Rechtsgeschäftslehre 81, 87 Rechtsgüter, unverzichtbare 65, 72 Rechtsidee s. Gerechtigkeit Rechtsordnung 1 ff., 9 ff., 22 f., 28 f., 32, 35 ff., 44 ff., 51, 58 ff., 68 f., 86 f., 108, 112, 139

- s. auch Privatrechtsordnung Rechtsqualität 27 ff., 32, 41, 53 Fn. 100, 60, 65, 68, 139
- s. auch Sanktionierung, staatliche Rechtsstaat 38 f., 54, 89, 108 Rechtsstaatsgebot/-prinzip 43 Fn. 82,

Rechtswirkung 12, 15, 21 Fn. 4, 28, 39, 41, 45, 51, 69, 73, 86, 90 f., 141 Rechtszwang 27 ff., 29 ff., 36 ff., 53,

- s. auch Zwangsmittel, staatliche Regelungsunterwerfung 78 ff., 81 ff., 122 f., 126, 133
- partielle 81 ff. Richtigkeitschance 105

Sanktionierung, staatliche s. Gestaltungsmacht, private Schranken privatautonomer Gestaltungsmacht 96, 121, 140 Schranken privatheteronomer Gestaltungsmacht 97, 140 Schranken-Schranke 89 ff., 92, 114 Schuldvertrag s. Vertrag Schutz vor sich selbst 70 Schutzfunktion s. Grundrechte Schutzgebotslehre s. Grundrechte Schutzprinzip 102, 114, 119 - s. auch Iustitia protectiva Selbstbestimmung 1, 7, 21, 24 f., 33,

Selbstbindung 5, 12 f., 15 f., 19, 22, 24, 25 Fn. 16, 29 ff., 47, 49, 54, 57, 59, 62, 65, 69, 70 ff., 77 ff., 87, 90, 92, 97, 105, 114, 127, 132, 139 f.

- Grenzen der 78 ff., 96 f., 122 ff.
- Schranken der 70 ff.
- s. auch Einwilligung; Freiheitsdisposition; Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit

Selbstgesetzgebung s. Privatautonomie
Selbstschädigung 70
Selbstverantwortung 35 Fn. 49, 87, 90, 132
Solidarbindung 113
Solidaropfer 136
Solidaritätsprinzip 113
Stimmrechtsmacht 72, 107, 129
Fn. 119, 133
Stufenbau der Rechtsordnung 4, 9ff., 13f., 51, 58, 61 ff., 68

- Ableitungszusammenhang 10 ff., 51, 86, 100 Fn. 22
- Normlogischer Ansatz 4, 9 ff., 20, 37, 46
- Rechtserzeugungszusammenhang
 13 f., 37, 48, 50, 57, 67, 86, 139

Treu und Glauben 79, 123, 126 Treupflicht 134, 136 f.

Übermaßverbot 109 ff. Überschießen der gesetzlichen Ermächtigungsnorm/der gesetzlichen Geltungsanordnung 44 f., 59 f., 69, 78 ff., 84 ff., 94, 104 f.,

- potentielles 78 ff., 94
- sicheres 84 ff., 94
- s. auch Ermächtigungsnorm; Geltungsanordnung

Überwiegensprinzip s. Prinzip des überwiegenden Interesses

Umgestaltungsvorbehalt s. Arbeitsverhältnis

Umverteilung 90 f., 103, 107, 113 f., 116, 132

Unterlassensfreiheit s. Vertragsfreiheit, negative

Untermaßverbot 64, 68 Unterwerfung 11 ff., 17, 50, 79, 92,

101, 105, 130, 132

unter Mehrheitsmacht 78, 130, 132 ff. s. auch Ermächtigung; Regelungsunterwerfung; Selbstbindung
 Unterwerfungsabrede 11 ff.
 Unterwerfungsakt 12, 78 Fn. 186
 Unverhältnismäßigkeit, Verbot der 107 f., 109, 111, 115, 122
 Urzustand, vorrechtlicher 14, 22, 25 Fn. 15, 29, 45, 47

- s. auch Freiheit, natürliche; Vertragsfreiheit, negative

Verbot des Unterliegens des Gestaltungsinteresses s. Gestaltungsinteresse

Verfassungskonforme Reduktion s. Ermächtigungsnorm

Verhältnismäßigkeit

- Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit 97, 104, 117 Fn. 70
- Gebot der 106 f., 109, 115, 122
 Verhältnismäßigkeit i.e.S. 96 ff., 117 f., 119 ff.
- s. auch Abwägung
 Verhältnismäßigkeit i.w.S. 96, 121 ff.,
 140

Verhältnismäßigkeitsprinzip 2 ff., 7, 47 Fn. 89, 68, 73, 94 ff., 98 ff., 103 ff., 108, 112 ff., 115 ff., 119 ff., 121 ff., 140 f.

- als Weichmacher 3, 93

Verhältnismäßigkeitsprüfung 3, 44, 55, 93 ff.

Verhaltensnorm 10, 16, 20, 91 Versprechensvertrag 25 Fn. 16 Verteilungsgerechtigkeit s. Gerechtigkeit, austeilende

Verteilungsprinzip, rechtsstaatliches 108

Vertrag

- rechtsbegründender 14 ff., 23 ff.,65
- Schuldvertrag 11, 18 ff.
- s. auch Selbstbindung
 Vertragsfreiheit 4, 10, 14, 21, 23 ff.,

- 31 ff., 46, 55, 65, 66 Fn. 145, 84 Fn. 207, 100 f.
- Institutsgarantie 46
- materielle/materiale 74 f. m.
 Fn. 168, 82 Fn. 204
- negative 15, 23 ff., 29 ff., 32, 34, 37 f., 40, 42, 45, 49, 54, 58, 62 f.
 Fn. 133, 65, 78, 84 Fn. 207, 85, 87, 139
- positive 15 f., 23 ff., 29, 34, 40, 45, 49 ff., 58, 62 f. Fn. 133, 67, 78
- s. auch Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit

Vertragsgerechtigkeit s. Gerechtigkeit, ausgleichende

Vertragsrecht 1 f., 4 f., 7, 21 f., 33, 35 47, 51, 54 ff., 57, 59 ff., 64, 67, 69, 90, 95, 107 Fn. 41

- dispositives 81, 124 Fn. 94
 Vertragsrechtsordnung 27, 41 f., 45, 59, 89
- s. auch Rechtsordnung
 Vertragstreue 33 ff.
 Vertrauenshaftung 7, 87 f., 90
 s. auch Selbstverantwortung
 Vertrauensschutz 49 f., 79, 82, 131
 Verzicht auf die negative Vertragsfreiheit 24 ff., 31 ff., 47, 49, 69, 73, 78 f.

Vorrangrelation s. Abwägung

Weichmacher s. Verhältnismäßigkeitsprinzip Weisungsrecht s. Arbeitsverhältnis

Wertordnung, objektive s. Grundrechte

Wesentlichkeitslehre 85 ff., 92, 113, 129, 136, 140

 s. auch Gesetzesvorbehalt
 Wille, normierender 32 f.
 Willensdisposition s. Freiheitsdisposition

Willenskonkretisierung 79 f., 104

- Abgrenzung zu vertragsergänzender Auslegung 80
- s. auch Ermächtigung
 Willkürbegrenzung 112 f.
 Willkürfreiheit 55, 112 ff.
 Willkürverbot 102, 114, 115

Zustimmungspflicht 91, 128 Fn. 115, 133 ff.

Zwangsmittel, staatliche 18, 29 f., 44 f., 53 Fn. 101, 65

s. auch Rechtszwang
Zwangsordnung 31, 41
Zweckbindung 97, 102, 118, 137

Jus Privatum

Beiträge zum Privatrecht - Alphabetische Übersicht

Adolphsen, Jens: Internationale Dopingstrafen. 2003. Band 78.

Assmann, Dorothea: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. Band 29.

Barnert, Thomas: Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts. 2003. Band 82.

Bayer, Walter: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. Band 11.

Beater, Axel: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. Band 10.

Beckmann, Roland Michael: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. Band 34.

Berger, Christian: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. Band 25.

Berger, Klaus: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. Band 20.

Bittner, Claudia: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000.

Band 46.

Bodewig, Theo: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. Band 36.

Braun, Johann: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. Band 4.

Brors, Christiane: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. Band 67.

Bruns, Alexander: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung. 2003. Band 74.

Busche, Jan: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. Band 40.

Dauner-Lieb, Barbara: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. Band 35.

Dethloff, Nina: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. Band 54.

Dreier, Thomas: Kompensation und Prävention. 2002. Band 71.

Drexl, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. Band 31.

Eberl-Borges, Christina: Die Erbauseinandersetzung. 2000. Band 45.

Ebert, Ina: Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, Band 86.

Einsele, Dorothee: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. Band 8.

Ekkenga, Jens: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. Band 30.

Ellger, Reinhard: Bereicherung durch Eingriff. 2002. Band 63.

Escher-Weingart, Christina: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. Band 49.

Giesen, Richard: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. Band 64.

Götting, Horst-Peter: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. Band 7.

Gruber, Urs Peter: Methoden des internationalen Einheitsrechts. 2004. Band 87.

Gsell, Beate: Substanzverletzung und Herstellung. 2003. Band 80.

Habersack, Mathias: Die Mitgliedschaft – subjektives und 'sonstiges' Recht. 1996. Band 17.

Haedicke, Maximilian: Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. 2003. Band 77. Hanau, Hans: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater

Hanau, Hans: Der Grundsatz der Verhaltnismalligkeit als Schränke private: Gestaltungsmacht. 2004. Band 89.

Hau, Wolfgang: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. 2003. Band 83.

Heermann, Peter W.: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. Band 24.

Heinemann, Andreas: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. 2002. Band 65.

Heinrich, Christian: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. Band 47.

Henssler, Martin: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. Band 6.

Hergenröder, Curt Wolfgang: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. Band 12.

Hess, Burkhard: Intertemporales Privatrecht. 1998. Band 26.

Hofer, Sibylle: Freiheit ohne Grenzen. 2001. Band 53.

Huber, Peter: Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. Band 58.

Jänich, Volker: Geistiges Eigentum – eine Komplementärerscheinung zum Sacheigentum? 2002. Band 66.

Jansen, Nils: Die Struktur des Haftungsrechts. 2003. Band 76.

Jung, Peter: Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. 2002. Band 75.

Junker, Abbo: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. Band 2.

Kaiser, Dagmar: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. 2000. Band 43.

Katzenmeier, Christian: Arzthaftung. 2002. Band 62.

Kindler, Peter: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. Band 16.

Kleindiek, Detlef: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. Band 22.

Krause, Rüdiger: Mitarbeit in Unternehmen. 2002. Band 70.

Luttermann, Claus: Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. Band 32.

Looschelders, Dirk: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. Band 38.

Lipp, Volker: Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. Band 42.

Mäsch, Gerald: Chance und Schaden. 2004. Band 92.

Mankowski, Peter: Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute. 2003. Band 81.

Merkt, Hanno: Unternehmenspublizität. 2001. Band 51.

Möllers, Thomas M.J.: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. Band 18.

Muscheler, Karlheinz: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994.

Band 5.

- Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. Band 68.

Oechsler, Jürgen: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. Band 21.

Oetker, Hartmut: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. Band 9.

Ohly, Ansgar: "Volenti non fit iniuria" Die Einwilligung im Privatrecht. 2002. Band 73.

Oppermann, Bernd H.: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. Band 3.

Peifer, Karl-Nikolaus: Individualität im Zivilrecht. 2001. Band 52.

Peters, Frank: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. Band 1.

Raab, Thomas: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. Band 41.

Jus Privatum - Beiträge zum Privatrecht

Reiff, Peter: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. Band 19.

Repgen, Tilman: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. Band 60.

Robe, Mathias: Netzverträge. 1998. Band 23.

Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. Band 39.

Saenger, Ingo: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. Band 27.

Sandmann, Bernd: Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. Band 50.

Schäfer, Carsten: Die Lehre vom fehlerhaften Verband. 2002. Band 69.

Schnorr, Randolf: Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 - 758 BGB). 2004. Band 88.

Schubel, Christian: Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften. 2003. Band 84.

Schur, Wolfgang: Leistung und Sorgfalt. 2001. Band 61.

Schwarze, Roland: Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. Band 57.

Sieker, Susanne: Umgehungsgeschäfte. 2001. Band 56.

Sosnitza, Olaf: Besitz und Besitzschutz. 2003. Band 85.

Stadler, Astrid: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. Band 15.

Stoffels, Markus: Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. Band 59.

Taeger, Jürgen: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. Band 13.

Trunk. Alexander: Internationales Insolvenzrecht. 1998. Band 28.

Veil, Rüdiger: Unternehmensverträge. 2003. Band 79.

Wagner, Gerhard: Prozessverträge. 1998. Band 33.

Waltermann, Raimund: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. Band 14.

Weber, Christoph: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. Band 44.

Wendehorst, Christiane: Anspruch und Ausgleich. 1999. Band 37.

Wiebe, Andreas: Die elektronische Willenserklärung. 2002. Band 72.

Würthwein, Susanne: Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. Band 48.