

VICTOR DAVID JOUANNAUD

Der Gesetzesvorbehalt im Privatrecht

Studien zum Privatrecht

123

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 123



Victor David Jouannaud

Der Gesetzesvorbehalt im Privatrecht

Eine nach Rechtsfunktionen
differenzierende Betrachtung

Mohr Siebeck

Victor David Jouannaud, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften in München und Paris; Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin mit Wahlstation in Brüssel; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Grundlagen des Rechts an der Universität Regensburg; Rechtsanwalt in München.
orcid.org/0000-0002-2374-2950

Gedruckt mit Unterstützung des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Grundlagen des Rechts der Universität Regensburg

Zugleich Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg; 2023

ISBN 978-3-16-163760-5 / eISBN 978-3-16-163761-2
DOI 10.1628/978-3-16-163761-2

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Victor David Jouannaud

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von AZ Druck in Kempten auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2023/24 von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Literatur konnte bis Ende 2023 berücksichtigt werden.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Betreuer, Professor *Alexander Hellgardt*, der mir während der gesamten Promotionsphase als beeindruckender und freundlicher Gesprächspartner und Ratgeber zur Seite stand und ohne dessen wertvolle Anregungen diese Arbeit nicht entstanden wäre. Besonderer Dank gebührt auch Professor *Thorsten Kingreen* für die zügige Erstellung des Zeitgutachtens, sowie Professor *Michael Heese*, der den Vorsitz der mündlichen Prüfung übernommen hat.

Dem gesamten Team des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Grundlagen des Rechts der Uni Regensburg verdanke ich wertvollen Austausch, Unterstützung bei der Finalisierung der Arbeit und eine schöne Zeit in Regensburg. Als wertvolle Gesprächspartner standen mir von Beginn an insbesondere *Constanze Pfaller* und *Fabian B. Schwarzfischer* zur Seite. Für musikalische Anregung und Ablenkung danke ich dem Uni-Jazz-Orchester unter der Leitung von *Peter Thoma*.

Gute Arbeitsbedingungen sowie wertvollen wissenschaftlichen und persönlichen Austausch ermöglichte neben der Uni Regensburg die finanzielle und idelle Unterstützung der Studienstiftung des Deutschen Volkes, der ich herzlich danke. Außerdem haben die schöne Atmosphäre in der Stadt Regensburg und unzählige erfrischende Bäder in der Donau meine Promotionsphase bereichert.

Aus dem Freundes- und Kollegenkreis haben viele Personen durch inspirierende und motivierende Gespräche zum Gelingen der Arbeit beigetragen, von denen ich besonders *Franz Bauer*, *Philip Bender*, *Florian Liedl* und *Stefan Schäferling* danken möchte.

Ganz besonderer Dank gebührt schließlich meinen Eltern und meinem Bruder, die mich in dem Promotionsvorhaben und sonst in allen Bereichen immer unterstützt haben. Un très grand merci revient aussi à mon épouse *Aurélié* qui m'a accompagné et soutenu tout le long du processus de thèse et qui, dans tous les domaines, enrichit tellement ma vie.

Regensburg, im August 2024

Victor Jouannaud

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Einführung	1
§ 1 Problemaufriss	3
I. <i>Neue Impulse im Diskurs um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung</i>	3
II. <i>Das Sprengpotenzial des Scheinvater-Beschlusses des BVerfG</i>	7
III. <i>Aktuelle Relevanz der Problematik</i>	16
§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchung	19
I. <i>Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands</i>	19
II. <i>Methodische und kompetenzielle Grenzen: Gesetzesbindung und Gesetzesvorbehalt</i>	22
III. <i>Terminologische Vorbemerkungen</i>	24
IV. <i>Gang der Untersuchung</i>	27
1. Teil: Grundlagen des Gesetzesvorbehalts	29
§ 3 Historische Herleitung des Gesetzesvorbehalts	31
I. <i>Vorläufer des staatsrechtlichen Gesetzesvorbehalts</i>	31
II. <i>Der staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes</i>	34
§ 4 Die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG	59
I. <i>Veränderung der verfassungsrechtlichen Folie unter dem Grundgesetz</i>	59
II. <i>Begründung der Wesentlichkeitstheorie durch das BVerfG</i>	67

2. Teil: Die Judikative als Adressatin des Gesetzesvorbehalts	87
§ 5 Hinterfragung der traditionellen Ausrichtung des Gesetzesvorbehalts	89
I. <i>Schaffung von Eingriffsgrundlagen mittels Rechtsfortbildung</i>	91
II. <i>Entscheidung wesentlicher Fragen mittels Rechtsfortbildung</i>	97
III. <i>Zwischenbetrachtung</i>	107
§ 6 Vereinbarkeit des Gesetzesvorbehalts mit Funktionen der (Privat-)Rechtsprechung	109
I. <i>Vereinbarkeit mit Kernaufgaben der Rechtsprechung</i>	109
II. <i>Richterliche Entscheidungspflicht und Rechtsverweigerungsverbot als Einwände?</i>	114
III. <i>Limitiertes Einschränkungspotenzial des Gesetzesvorbehalts für die Judikative</i>	134
IV. <i>(Un-)Möglichkeit funktionaler Interferenz zwischen Judikative und Legislative?</i>	144
V. <i>Zwischenfazit</i>	147
§ 7 Unklare Handhabung im Privatrecht: Rechtsprechung des BVerfG und des BGH	149
I. <i>BVerfG: Anzeichen für die Gesetzesvorbehaltsgeltung im Privatrecht und Entwicklung eines differenzierenden Ansatzes</i>	149
II. <i>BGH: Sporadische Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze und Übernahme des differenzierenden Ansatzes des BVerfG</i>	156
3. Teil: Rechtsfunktionale Betrachtung: Funktionen des Gesetzesvorbehalts und Privatrechtsfunktionen	165
§ 8 Differenzierung von Rechtsfunktionen als rechtstheoretische Grundlage	167
§ 9 Rechtsstaatlich-grundrechtliche Funktion des Gesetzesvorbehalts: Verknüpfung von Grundrechtsfunktionen und Privatrechtsfunktionen	173
I. <i>Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat</i>	175

<i>II. Handlungsbezogene bzw. objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte</i>	191
<i>III. Grundrechtsausgestaltung als Ausprägung handlungsbezogener Grundrechtsgehalte</i>	196
<i>IV. Abgrenzung grundrechtlicher Ausgestaltungs- und Schutzpflichtdogmatik</i>	250
<i>V. Grundrechtliche Schutzpflichten als Ausprägung handlungsbezogener Grundrechtsgehalte</i>	267
<i>VI. Zwischenfazit</i>	309
§ 10 Demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Funktion des Gesetzesvorbehalts: Gemeinwohlbezug und Prognosecharakter als Indizien für Wesentlichkeit	311
<i>I. Gemeinwohlbezug als Indiz für Wesentlichkeit</i>	314
<i>II. Gemeinwohlbezug der Regulierungsfunktion des Privatrechts</i>	323
<i>III. Eignung des Gesetzgebungsverfahrens für regulatorische Prognosen und die Entwicklung von Regulierungskonzepten</i>	327
<i>IV. Exkurs: Verwandte Ansätze zur Eingrenzung richterlicher Kompetenz</i>	332
<i>V. Zwischenfazit</i>	339
4. Teil: Konsequenzen der Geltung des Gesetzesvorbehalts für regulatorisches Privatrecht	341
§ 11 Gesetzgebungsperspektive: Anforderungen an gesetzliche Grundlagen privatrechtlicher Regulierung	343
<i>I. Grundsatz: Legislative Gestaltungsfreiheit bezüglich der Regelungstechnik</i>	345
<i>II. Präzisierung von Regulierungszielen</i>	347
<i>III. Präzisierung von Regulierungsinstrumenten</i>	361
<i>IV. Zwischenfazit</i>	369
§ 12 Rechtsprechungsperspektive: Methodische Anforderungen an regulatorische Privatrechtsanwendung	371
<i>I. Schritt 1: Rechtsfunktionale Einordnung des einschlägigen Normprogramms</i>	372

<i>II. Schritt 2: Ermittlung und Konkretisierung von Regulierungszielen . . .</i>	382
<i>III. Schritt 3: Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten</i>	411
<i>IV. Ergänzung: Offenlegung regulatorischer Argumente in der Rechtsanwendung</i>	443
§ 13 Exkurs: Der Gesetzesvorbehalt im unionsrechtlichen Kontext	447
<i>I. Unionsrechtsnormen als Ermächtigungsgrundlagen i.S.d. Gesetzesvorbehalts</i>	448
<i>II. Unionsrechts- und insbesondere richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung</i>	450
Schluss: Zusammenfassung der Kernaussagen	463
Literaturverzeichnis	473
Register	495

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einführung	1
§ 1 Problemaufriss	3
I. <i>Neue Impulse im Diskurs um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung</i>	3
II. <i>Das Sprengpotenzial des Scheinvater-Beschlusses des BVerfG</i>	7
1. Analyse des Scheinvater-Beschlusses	8
2. Unklare Maßstäbe und Konsequenzen der Entscheidung	10
3. Vereinbarkeit mit der Rechtsfortbildungspraxis im Privatrecht?	13
III. <i>Aktuelle Relevanz der Problematik</i>	16
§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchung	19
I. <i>Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands</i>	19
1. Behandelte Adressaten des Gesetzesvorbehalts	19
2. Ausklammerung privater Normsetzung	21
II. <i>Methodische und kompetenzielle Grenzen: Gesetzesbindung und Gesetzesvorbehalt</i>	22
III. <i>Terminologische Vorbemerkungen</i>	24
1. Präzisierung zur Terminologie der Vorbehaltslehre	24
2. Präzisierung zum Verständnis richterlicher Rechtserzeugung	25
IV. <i>Gang der Untersuchung</i>	27
1. Teil: Grundlagen des Gesetzesvorbehalts	29

§ 3 Historische Herleitung des Gesetzesvorbehalts	31
I. <i>Vorläufer des staatsrechtlichen Gesetzesvorbehalts</i>	31
1. Strafrechtlicher Gesetzesvorbehalt	31
2. Steuerrechtlicher Gesetzesvorbehalt	33
II. <i>Der staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes</i>	34
1. Gesetzesverständnis im Absolutismus	35
2. Staatsphilosophische Grundlagen des modernen Gesetzesverständnisses	36
3. Historische Entwicklung im Konstitutionalismus	39
a) Der Vorbehalt des Gesetzes als Sicherung ständischer Mitbestimmung in den „landständischen“ Vormärzverfassungen	40
aa) Gegenständliche Bestimmung anhand der Freiheits- und Eigentumsklausel	41
bb) Demokratisch-partizipativer Charakter des anfänglichen Vorbehalts	42
b) Festigung und Ausweitung des Vorbehaltsgedankens	43
c) Fokussierung auf den Rechtssatzvorbehalt im staatsrechtlichen Positivismus	46
aa) Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff	46
bb) Fokussierung auf den Rechtssatzbegriff	49
d) Zusammenführung von rechtsstaatlicher und demokratischer Komponente (spätes Kaiserreich)	50
aa) Vorbehalt für (Individual-)Eingriffe in Freiheit und Eigentum bzw. Grundrechte	51
bb) Unbeschränkte Delegationsmöglichkeiten und vorbehaltstfreie Räume	53
cc) Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes: Parallelen zur Justizgewalt	54
4. Weimarer Republik: Ausufernde Delegationspraxis	55
5. Nationalsozialismus: Aushöhlung des Vorbehaltssprinzips	56
6. Zwischenbetrachtung	57
§ 4 Die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG	59
I. <i>Veränderung der verfassungsrechtlichen Folie unter dem Grundgesetz</i>	59
1. Wandlung der Staatsform: Ausbau der parlamentarischen Demokratie	60
2. Umfassender Grundrechtsschutz und spezielle Grundrechtsvorbehalte	62
3. Veränderung des Freiheitsverständnisses und der Rolle des Staats	65
II. <i>Begründung der Wesentlichkeitstheorie durch das BVerfG</i>	67

1.	Renaissance der demokratischen Funktion des Gesetzesvorbehalts	68
2.	Abwendung von der Lehre der „besonderen Gewaltverhältnisse“ und Lösung vom Eingriffsbegriff	70
3.	Spezifizierung und Relativierung des Wesentlichkeitskriteriums	71
a)	Die Grundrechtsrelevanz als Ausgangspunkt	72
b)	Relativierungstendenz: Ablehnung eines umfassenden Parlamentsvorbehalts	74
c)	Praktisch-folgenbezogene Handhabung des Wesentlichkeitskriteriums	75
d)	Funktionell-gewaltenteilungsbezogene Komponente des Wesentlichkeitskriteriums	78
4.	Zwischenbetrachtung	82
5.	Weiterer Verlauf der Untersuchung	84
2.	Teil: Die Judikative als Adressatin des Gesetzesvorbehalts	87
§ 5	Hinterfragung der traditionellen Ausrichtung des Gesetzesvorbehalts	89
I.	<i>Schaffung von Eingriffsgrundlagen mittels Rechtsfortbildung</i>	91
1.	Straf- und Steuerrecht als Referenzpunkte	91
2.	Bestätigung bzw. Konkretisierung exekutiver Eingriffe und verwaltungsähnliches Judikativhandeln	93
3.	Hilfskriterien der Verkürzung und Förderung von Rechtspositionen	95
II.	<i>Entscheidung wesentlicher Fragen mittels Rechtsfortbildung</i>	97
1.	Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung	98
2.	Gesetzesbindung als hinreichende Sicherung sachlich-inhaltlicher Legitimation?	102
3.	Potenzielle Inhaltskontrolle als hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation?	103
III.	<i>Zwischenbetrachtung</i>	107
§ 6	Vereinbarkeit des Gesetzesvorbehalts mit Funktionen der (Privat-)Rechtsprechung	109
I.	<i>Vereinbarkeit mit Kernaufgaben der Rechtsprechung</i>	109
1.	Staatsphilosophische Ursprünge	109
2.	Die Judikative im Funktionengefüge des Grundgesetzes	111
3.	Schwierigkeit der Bestimmung von „Kernaufgaben“ der Rechtsprechung	113
II.	<i>Richterliche Entscheidungspflicht und Rechtsverweigerungsverbot als Einwände?</i>	114

1.	Beschränkter Gehalt der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. des Rechtsverweigerungsverbots	116
2.	Sachgerechtigkeit gerichtlicher Entscheidung als Einwand?	120
	a) Entscheidungen in zweipoligen oder mehrpoligen Konstellationen	121
	b) Zum Einwand der Willkür bzw. systematischen „Privilegierung des Angreifers“ infolge der Vorbehaltsgeltung	123
	aa) Normative Aussagekraft der positiven Rechtsordnung trotz Regelungslücken	124
	bb) Zum Willkür- bzw. Asymmetrievorwurf	125
	(1) Relativität der Kategorien von „Angreifer“ und „Opfer“	126
	(2) Normative Aussagekraft der Verfassung	130
	(3) Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit bzw. Flexibilität	131
	c) Einbezug der Eröffnung richterlicher Ermessensspielräume	133
<i>III.</i>	<i>Limitiertes Einschränkungspotenzial des Gesetzesvorbehalts für die Judikative</i>	134
1.	Straf- und Steuerrecht als Referenzpunkte	135
2.	Stufencharakter und demokratische Komponente des Gesetzesvorbehalts	137
3.	Umgang mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen	139
4.	Zwischenbetrachtung	143
<i>IV.</i>	<i>(Un-)Möglichkeit funktionaler Interferenz zwischen Judikative und Legislative?</i>	144
<i>V.</i>	<i>Zwischenfazit</i>	147
§ 7 Unklare Handhabung im Privatrecht: Rechtsprechung des BVerfG und des BGH		149
<i>I.</i>	<i>BVerfG: Anzeichen für die Gesetzesvorbehaltsgeltung im Privatrecht und Entwicklung eines differenzierenden Ansatzes</i>	149
1.	Formales Differenzierungskriterium: Wer ist am Rechtsstreit beteiligt?	150
2.	Kritik: Austauschbarkeit von Eingriffsmodalitäten	152
3.	Alternativer Interpretationsversuch: Differenzierung nach dem verfolgten Interesse	154
<i>II.</i>	<i>BGH: Sporadische Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze und Übernahme des differenzierenden Ansatzes des BVerfG</i>	156
1.	Beispiele zum Einbezug des Gesetzvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze	156

a) Keine Schaffung neuer Gefährdungshaftungstatbestände	156
b) Ablehnung einer Änderung des Geburteneintrags bei Transsexualität	157
c) Keine Schaffung bestimmter Staatshaftungsansprüche	158
d) Kein Beitrittszwang zum außergerichtlichen Sanierungsvergleich	160
2. Übernahme des differenzierenden Ansatzes des BVerfG	160
3. Zwischenbetrachtung	163
 3. Teil: Rechtsfunktionale Betrachtung: Funktionen des Gesetzesvorbehalts und Privatrechtsfunktionen	 165
 § 8 Differenzierung von Rechtsfunktionen als rechtstheoretische Grundlage	 167
 § 9 Rechtsstaatlich-grundrechtliche Funktion des Gesetzesvorbehalts: Verknüpfung von Grundrechtsfunktionen und Privatrechtsfunktionen	 173
<i>I. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat</i>	<i>175</i>
1. „Strenger“ Eingriffsvorbehalt als Konsequenz der grundrechtlichen Abwehrfunktion	176
2. Strukturelle Einordnung als zweipoliges Grundrechtsverhältnis und Abgrenzung zum mehrpoligen Grundrechtsverhältnis	179
3. Funktionales Pendant im einfachen Recht: Die Regulierungsfunktion	182
4. Einsatz von Privatrecht zu Regulierungszwecken	184
a) Einseitige Einschränkung der Interessen eines beteiligten Privaten	184
b) Einschränkung eines gleichlaufenden Interesses der beteiligten Privaten	188
c) Legitimität des Einsatzes von Privatrecht zu Regulierungszwecken	189
5. Zwischenbetrachtung	191
<i>II. Handlungsbezogene bzw. objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte</i>	<i>191</i>
1. Vielfalt handlungsbezogener Grundrechtsgehalte	193
2. „Schwacher“ Ausgestaltungsvorbehalt im Bereich handlungsbezogener Grundrechtsgehalte	193
<i>III. Grundrechtsausgestaltung als Ausprägung handlungsbezogener Grundrechtsgehalte</i>	<i>196</i>
1. Überblick zum Verständnis der Grundrechtsausgestaltung	197
2. Grundrechtsausgestaltung als primäre staatliche Handlungsform im mehrpolgigen Grundrechtsverhältnis	201

a)	Freiheitsermöglichender und -beeinträchtigender Charakter von Grundrechtsausgestaltung	201
b)	Geringe verfassungsrechtliche Determinierung der Grundrechtsausgestaltung	206
3.	Ausgestaltungscompetenz: Funktion des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt	208
a)	Erfordernis geringerer Regelungsdichte im Bereich der Grundrechtsausgestaltung	209
b)	Fehlender Ermächtigungsgehalt des Ausgestaltungsvorbehalts	211
4.	Relevanz des Ausgestaltungsvorbehalts für die Privatrechtsprechung	212
a)	Ausgestaltung <i>im weiteren Sinn</i> (Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts)	213
aa)	Reduziertes Bedürfnis legislativer Determinierung des Interessenausgleichs	214
(1)	Rahmencharakter des Interessenausgleichs	214
(2)	Rationalität und Transparenz des gerichtlichen Interessenausgleichs	218
bb)	Eignung der Rechtsprechung zum Interessenausgleich	221
(1)	Eignung zu flexibler Regelbildung	221
(2)	Einzelfallbezug und hinreichende Vorhersehbarkeit	223
(3)	Eignung zu Komplexitätsbewältigung	227
cc)	Abgleich mit Entscheidungen des BVerfG	228
(1)	Zulässige Delegation des privatrechtlichen Interessenausgleichs auf Gerichte	229
(2)	Abgrenzung konkurrierender Freiheitsrechte als Indiz für Wesentlichkeit?	230
dd)	Klarstellung: Keine generelle Ungeeignetheit <i>legislativer</i> Ausgestaltung des Interessenausgleichs	232
(1)	Bsp. 1: Kündigung von Wohnraummietverhältnissen	232
(2)	Bsp. 2: Minderjährigenschutz	234
b)	Ausgestaltung <i>im engeren Sinn</i> (Infrastrukturfunktion des Privatrechts)	235
aa)	Bsp. 1: Richterliche Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)	237
(1)	Rechtsfähigkeit der Außen-GbR und akzessorische Haftung	238
(2)	Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten und Spruchverfahren	241
bb)	Bsp. 2: Richterliche Ausgestaltung der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)	244
5.	Zwischenbetrachtung	249

<i>IV. Abgrenzung grundrechtlicher Ausgestaltungs- und Schutzpflichtdogmatik</i>	250
1. Gegenüberstellung beider Ansätze	251
2. Schwächen des Schutzpflichtmodells beim zivilgerichtlichen Interessenausgleich	255
a) Asymmetrie zwischen Schutz- und Abwehrdimension	256
b) Zufälligkeit der Rollenverteilung im Zivilprozess	259
c) Anreiz zu potenziell rechtswidrigem Handeln	261
3. Für eine engere Konzeption der Schutzpflichten im privatrechtlichen Kontext	262
4. Exkurs: Wider eine Zurechnung privaten Handelns zum Staat als Alternativlösung	264
<i>V. Grundrechtliche Schutzpflichten als Ausprägung handlungsbezogener Grundrechtsgehalte</i>	267
1. Ambivalente Rolle des Gesetzesvorbehalts im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten	269
a) Simultanität von Schutz und Eingriff	269
aa) Grundrechtliche Schutzpflichten als unmittelbare Eingriffstitel?	271
bb) Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für Schutzeingriffe	272
cc) Wider eine „Umkehrung“ des Vorbehaltsgedankens: Kein Erfordernis gesetzlicher Grundlagen für privates Handeln	273
b) Weiter Adressatenkreis grundrechtlicher Schutzpflichten	274
c) Relativierung des Gesetzesvorbehalts bei dynamischen Risikolagen	276
2. Spezifizierung: Wahrnehmung von Schutzpflichten durch Zivilgerichte	277
a) Rechtsfunktionale Perspektive: Schutzpflichten zwischen Regulierung und Interessenausgleich	279
aa) Bsp.: Bemessung regulatorischen Schadensersatzes	280
bb) Gerichtliche Befugnis zur Feinststeuerung regulatorischen Schadensersatzes	282
b) Großzügiger Prüfungsmaßstab des BVerfG bei richterlicher Schutzgestaltung	284
aa) Zivilgerichtliche Befugnis zur Schaffung abstrakter Schutzregelungen	285
bb) Problematische Loslösung des Schutzeingriffs von gesetzlichen Grundlagen: die Soraya-Entscheidung des BVerfG	286
c) Präzisierung der Grenzen zivilgerichtlicher Wahrnehmung von Schutzpflichten anhand verschiedener normativer Ausgangslagen	289

aa) Vorliegen <i>konkreter</i> schutzvermittelnder Eingriffsgrundlagen	290
bb) Vorliegen <i>allgemeiner</i> schutzvermittelnder Eingriffsgrundlagen und Schutzkonzepte	291
cc) Bsp.: Haftung für klimawandelbedingte Schäden auf Basis von Generalklauseln?	292
dd) Fehlen normativer Anknüpfungspunkte bzw. legislatives Unterlassen	296
(1) Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG bei „unechtem“ legislativem Unterlassen	296
(2) Ausnahmsweise „Notkompetenz“ des Zivilgerichts?	297
d) Exkurs: Mittelbare Schutzmöglichkeiten im Fall legislativen Unterlassens	299
aa) Aktivierung des Gesetzgebers: Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen	299
bb) Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens?	301
(1) Konstellation und Funktion	301
(2) Voraussetzungen in Anlehnung an den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch	303
(3) Dogmatische Anknüpfung	305
3. Zwischenbetrachtung	308
VI. <i>Zwischenfazit</i>	309
 § 10 Demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Funktion des Gesetzesvorbehalts: Gemeinwohlbezug und Prognosecharakter als Indizien für Wesentlichkeit	311
I. <i>Gemeinwohlbezug als Indiz für Wesentlichkeit</i>	314
1. Offener Gemeinwohlbegriff und Bestimmung ex processu	314
2. Gemeinwohldefinitionskompetenz des Gesetzgebers	315
3. Öffentlich-rechtlicher Diskurs zur Konkretisierung des „öffentlichen Interesses“ durch die Rechtsanwendung	319
II. <i>Gemeinwohlbezug der Regulierungsfunktion des Privatrechts</i>	323
1. Konsequenz: Legislative Bestimmung von Regulierungszielen	324
2. Punktueller Auftreten der Regulierungsfunktion im Privatrecht	324
III. <i>Eignung des Gesetzgebungsverfahrens für regulatorische Prognosen und die Entwicklung von Regulierungskonzepten</i>	327
1. Prognosecharakter von Regulierung und Rationalitätsanspruch ...	327
2. Übergreifende Regulierungskonzepte	332
IV. <i>Exkurs: Verwandte Ansätze zur Eingrenzung richterlicher Kompetenz</i>	332

1. Gegenüberstellung von „Recht und Politik“	333
2. Gegenüberstellung von <i>iustitia commutativa</i> und <i>iustitia distributiva</i>	336
V. <i>Zwischenfazit</i>	339
4. Teil: Konsequenzen der Geltung des Gesetzesvorbehalts für regulatorisches Privatrecht	341
§ 11 Gesetzgebungsperspektive: Anforderungen an gesetzliche Grundlagen privatrechtlicher Regulierung	343
<i>I. Grundsatz: Legislative Gestaltungsfreiheit bezüglich der Regelungstechnik</i>	345
<i>II. Präzisierung von Regulierungszielen</i>	347
1. Zieltypen und Konkretisierungsgrade	349
2. Normtechnischer Einbezug von Regulierungszielen	352
a) Aufnahme im Gesetz oder in der Gesetzesentwurfsbegründung	352
b) Eignung von Konditional- und Finalnormen	354
3. Kollision und Priorisierung verschiedener Regulierungsziele	359
<i>III. Präzisierung von Regulierungsinstrumenten</i>	361
1. Stufenweise Konkretisierung der Eingriffsintensität	362
2. Präventionswirkung als Beurteilungsfaktor der Eingriffsintensität	365
<i>IV. Zwischenfazit</i>	369
§ 12 Rechtsprechungsperspektive: Methodische Anforderungen an regulatorische Privatrechtsanwendung	371
<i>I. Schritt 1: Rechtsfunktionale Einordnung des einschlägigen Normprogramms</i>	372
1. Bestimmung des Sachbereichs und Normprogramms	373
2. Bestimmung des rechtsfunktionalen Schwerpunkts des Normprogramms	374
a) Identifizierung regulatorischer Schwerpunkte	374
b) Offene und bestimmte Regulierungsermächtigungen	377
c) Eindeutige und uneindeutige Regulierungsermächtigungen	378
d) Zwischenbetrachtung	381
<i>II. Schritt 2: Ermittlung und Konkretisierung von Regulierungszielen</i> ...	382
1. Grundsatz: Keine Neuschöpfung von Regulierungszielen durch Gerichte	383
2. Explizit vorgegebene Regulierungsziele: Auslegung nach Wortsinn und Systematik	386
3. Konkludent vorgegebene Regulierungsziele: Subjektiv-teleologische Auslegung	389

a)	Vorrang der subjektiv-teleologischen Auslegung	391
b)	Entkräftung klassischer Argumente gegen die subjektiv-teleologische Auslegung	394
c)	Nachrangige und eingeschränkte Eignung der objektiv-teleologischen Auslegung	397
4.	Spielräume und Grenzen richterlicher Schöpfung	
	von Regulierungszielen	399
a)	Verallgemeinerung und Konkretisierung von Regulierungszielen innerhalb bestimmter Regelungsgebiete	400
b)	Übertragung von Regulierungszielen aus Nachbargebieten	403
c)	Anpassung bzw. Aktualisierung von Regulierungszielen	404
5.	Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Regulierungsziele	408
III.	<i>Schritt 3: Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten</i>	411
1.	Spezifika zivilgerichtlicher Anwendung von Regulierungsinstrumenten	411
a)	Legitimierende und limitierende Wirkung der Finalität von Regulierungsinstrumenten	412
b)	(Begrenzte) Legitimität folgenorientierter Rechtsanwendung	414
2.	Methodische Anforderungen des Gesetzesvorbehalts	419
a)	Bestimmte Regulierungsermächtigungen und ihre (begrenzte) Ausstrahlungswirkung	420
b)	Offene Regulierungsermächtigungen	423
aa)	Delegation mittels Generalklauseln	424
bb)	Delegation mittels „bewusster“ Lücken	425
c)	Leit- und Grenzzlinien richtlicher Konkretisierung von Regulierungsermächtigungen	428
aa)	Zulässigkeit regulatorischer Reaktion und Feinsteuerung	429
bb)	Kohärenz im System des Regelungsumfeldes	431
cc)	Relation zwischen regulatorischer Intensität und erforderlicher Regelungsdichte	434
d)	Anleihen bei der Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	436
IV.	<i>Ergänzung: Offenlegung regulatorischer Argumente in der Rechtsanwendung</i>	443
§ 13	Exkurs: Der Gesetzesvorbehalt im unionsrechtlichen Kontext	447
I.	<i>Unionsrechtsnormen als Ermächtigungsgrundlagen i. S. d. Gesetzesvorbehalts</i>	448
II.	<i>Unionsrechts- und insbesondere richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung</i>	450

1. Regulatorische Prägung richtlinienkonformer Rechtsgewinnung . . .	452
2. Erfordernis gesetzlicher Anknüpfungspunkte	454
Schluss: Zusammenfassung der Kernaussagen	463
Literaturverzeichnis	473
Register	495

Einführung

Problemaufriss

I. Neue Impulse im Diskurs um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Richterliche Rechtsfortbildung im Privatrecht ist von der Verfassungsrechtsprechung seit langem legitimiert¹ und einfachgesetzlich mehrfach anerkannt.² Dies bedeutet keineswegs, dass die Fragen zum Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung in der Rechtspraxis geklärt und das Forschungsgespräch hierzu erschöpft wäre. Die bisweilen kontrovers geführte Debatte, in der einerseits vor dem zunehmenden Einfluss richterlicher Rechtsetzung und einem „oligarchischen Richterstaat“ gewarnt,³ andererseits die Rolle des Richters als die eines „mehr oder weniger virtuos“ interpretierenden Pianisten beschrieben wird,⁴ ist dafür bezeichnend. Allgemein ist zu beobachten, dass verfassungsrechtliche Fragen zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der lange stark methodenrechtlich geprägten⁵ Diskussion an Bedeutung gewonnen haben.⁶ Darunter findet neuerdings neben dem üblichen Anknüpfungspunkt der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) und dem daraus abgeleiteten *Vor-*

¹ Grundlegend BVerfGE 34, 269, 286 ff.; 82, 6, 11 ff.; 96, 375, 394 f.; krit. zu dort angeführten Legitimationsgründen *Hillgruber*, JZ 2008, 745, 746 ff.; *ders.*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 97 Rn. 64 ff.

² Vgl. zur Zivilrechtsprechung §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO, § 132 Abs. 4 GVG. Eine explizite Regelung zur gerichtlichen Befugnis bzw. Pflicht zur Rechtsfortbildung bei Fehlen gesetzlicher Grundlagen fehlt jedoch; anders etwa Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, § 7 des österreichischen ABGB.

³ *Rüthers*, JZ 2002, 365 ff.; *ders.*, JZ 2006, 53, 57; ähnlich *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 138 f.; *Hillgruber*, JZ 2008, 745, 746.

⁴ *Hirsch*, ZRP 2006, 161; darauf erwidern *Rüthers* FAZ v. 27.12.2006: „Deckel zu! Richter sind keine Pianisten.“; *Möllers*, FAZ v. 26.10.2006: „Mehr oder weniger virtuos, Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch?“; vermittelnd *Hassemer*, ZRP 2007, 213, 214.

⁵ Aus der Fülle an Literatur etwa *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 177 ff.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, ²1983, S. 172 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ⁶1991, Kapitel 5; *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, ²2012, S. 472 ff.

⁶ Zu verfassungsrechtlichen Kompetenzfragen *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; *Starck*, VVDStRL 34 (1976), 43, 76 ff.; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 129 ff.

rang des Gesetzes die Frage nach der Geltung und Reichweite des *Vorbehalts des Gesetzes* vermehrt Beachtung.⁷ Dieser ungeschriebene, vom BVerfG in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie ausgedehnte Verfassungsgrundsatz verlangt, dass bestimmte, „wesentliche“ Entscheidungen dem förmlichen Gesetz vorbehalten bleiben, also ausschließlich vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffen werden.

Dass der Vorbehalt des Gesetzes lange Zeit nicht als Baustein der Grenzen richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung in Betracht gezogen wurde, verwundert nicht. Zum einen entfaltet der Grundsatz nach traditionellem Verständnis ausschließlich im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive Wirkung, gründet er doch in dem im 19. Jahrhundert auftretenden Bestreben, Eingriffsbefugnisse des Monarchen insbesondere in die persönliche Freiheit und das Eigentum der Bürger durch das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen einzuschränken.⁸ Demgemäß wurde die Judikative kaum als mögliche Adressatin der Vorbehaltslehre bedacht.⁹ Zum anderen konzentriert sich der Diskurs um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung klassischerweise auf methodische Fragen. Im Zentrum der Methodenlehre steht die Frage, wie Gerichte, ausgehend von einem vorhandenen Normbestand, durch Gesetzesauslegung und nötigenfalls Ausfüllung von Gesetzeslücken¹⁰ unter Bezug auf Wortlaut, Sinn und Zweck der existierenden Regelungen, ihren Weg zur Entscheidung finden bzw. finden sollten.¹¹ Damit zielt sie in erster Linie auf die Realisierung des Vorrangs des Gesetzes¹² ab

⁷ Siehe *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123 f.; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 136–139; *Clasen*, JZ 2003, 693 ff.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 182 ff.; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 71 ff., 141 ff.; mit Bezug zum Privatrecht *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 130–133, 228–231; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322–325; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 63 ff.; *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 72 f.; *Bruns*, JZ 2014, 162, 164 f.; *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 55 ff. (im Kontext zivilrechtlicher Klimaschutzklagen). Zur Differenzierung von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes bereits *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 72–76; s.a. BVerfGE 40, 237, 248 f.

⁸ Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, ³2007, § 101 Rn. 18 f.; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 77; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 136 f.

⁹ Vgl. die vorsichtige Distanzierung von einer Betrachtung der Vorbehaltsproblematik unter der „aus der konstitutionellen Ära herrührende[n] Verengung des Blickwinkels auf das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Verwaltung“ bei *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, ³2007, § 101 Rn. 60; krit. zur Anwendung der Wesentlichkeitstheorie auf die Verwaltungsgerichte *Roellecke*, NJW 1978, 1776 ff.

¹⁰ Unter einer Gesetzeslücke wird gemeinhin die planwidrige Unvollständigkeit eines Gesetzes verstanden, vgl. BGHZ 165, 174; BGH NJW 2009, 427, 429; näher zum Lückenbegriff *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, ²1983, S. 15 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ³1995, S. 191 ff.

¹¹ Vgl. dazu sowie zur Nähe von Auslegung und Rechtsfortbildung *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ³1995, S. 187 f.

¹² Aus dem Vorrang des Gesetzes folgt eine Normenhierarchie, an deren Spitze formell-

und analysiert, wie der Vorgang richterlicher Rechtsfindung zu leiten und einzugrenzen ist.¹³

Die Perspektive des Vorbehalts des Gesetzes unterscheidet sich hiervon.¹⁴ Sie ist der Frage, *wie* existierende Normen auszulegen und methodisch fortzubilden sind, gedanklich vorgelagert, indem sie zu beantworten sucht, *ob* bestimmte Entscheidungen ausschließlich vom Gesetzgeber zu treffen sind, eine eigenständige richterrechtliche Regelung also ausscheidet. Der Vorbehalt des Gesetzes begründet für den Gesetzgeber eine Regelungspflicht, die mit einer Delegationsbeschränkung einhergeht,¹⁵ für die Organe der Rechtsanwendung hingegen eine Kompetenzgrenze. Bezieht man diese Kompetenzgrenze in einem *strengen* Sinn auf die Judikative, ergibt sich folgende Konsequenz: In Fallkonstellationen, in denen eine vom Gesetzesvorbehalt erfasste Rechtsfrage entscheidungserheblich ist, konkrete gesetzliche Regelungen aber fehlen, greift eine strikte Rechtsfortbildungsgrenze. Die Befugnis der Zivilgerichte, mittels richterrechtlicher Ergänzung bestehender Regelungen oder Konkretisierung von Generalklauseln einzelfallgerechte Lösungen zu entwickeln, würde somit erheblich eingeschränkt. Ist diese Vorstellung aus dem Strafrecht bekannt, wo Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt an die Judikative adressiert,¹⁶ erscheint sie im Privatrecht, wo die Grenzen der Rechtsfortbildung herkömmlich weit gezogen werden, auf den ersten Blick abwegig.

Eine dogmatische Erweiterung des Spektrums der verfassungsrechtlichen Rechtsfortbildungsgrenzen um den Gesetzesvorbehalt könnte für die Praxis folgenreich sein.¹⁷ So verletzt die fachgerichtliche Überschreitung dieser Grenzen

gesetzliche Normen stehen, die den von der Exekutive und Judikative begründeten Normen übergeordnet sind, vgl. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 72; Pietzcker, JuS 1979, 710.

¹³ Vgl. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 28.

¹⁴ Zum Verhältnis der Grundsätze des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes im Kontext der Rechtsfortbildungsgrenzen Biaggini, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 334 ff.; differenzierend auch Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 28; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ³1995, S. 246 f.; Möllers, JZ 2009, 668, 672. Von einem Zusammenfallen der Anforderungen der Gesetzesbindung und des Vorbehalts des Gesetzes im Bereich der Rechtsfortbildung geht Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 90 aus; ähnlich Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 323.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 150, 1, 97 f.: „Die Qualifikation einer Regelung als ‚wesentlich‘ hat typischerweise ein Verbot der Normdelegation und ein Gebot größerer Regelungsdichte durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge.“

¹⁶ Dies hat zur Folge, dass Angeklagte freizusprechen sind, wenn das Gesetz für das in Rede stehende Verhalten keine Strafe vorsieht, auch wenn dies Gemeinwohlinteressen zuwiderlaufen mag, vgl. Roellecke, NJW 1978, 1776, 1780.

¹⁷ Zum Teil wird festgestellt, dass die Kontrolle der Rechtsfortbildungsgrenzen im Privatrecht gerade deshalb milder ausfallen, weil das BVerfG dort den durch die Wesentlichkeitstheorie erweiterten Grundsatz des Gesetzesvorbehalts nicht zur Anwendung bringe, vgl. Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 208; s.a. Pieroth/Aubel, JZ 2003, 504, 509.

nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)¹⁸ in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG¹⁹ und ist im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde rügefähig.²⁰ Damit erhalten die methodisch-kompetenziellen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung einen subjektiv-rechtlichen Anknüpfungspunkt. Ihre Einhaltung kann von dem durch die konkrete Rechtsfortbildung Belasteten – über Art. 2 Abs. 1 GG als grundrechtlichen Hebel – zur Überprüfung gebracht werden.²¹ Die Berücksichtigung des Gesetzesvorbehalts als Grenze richterlicher Gestaltung führte also zu einer Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten fachgerichtlicher Urteile. Möglicherweise gewönne die bisweilen nicht näher aufgeschlüsselte „Vertretbarkeitskontrolle“ des BVerfG²² aber auch an Struktur und Transparenz, würde der Gesetzesvorbehalt explizit in den Kanon der verfassungsrechtlichen Rechtsfortbildungsgrenzen aufgenommen.

Eine natürliche Skepsis gegenüber einer uneingeschränkten Übertragung der Vorbehaltslehre auf die Judikative erscheint eingedenk ihrer ursprünglichen Ausrichtung gegen die Verwaltung angebracht.²³ Vor allem kann eine institutionelle Erweiterung des Gesetzesvorbehalts nicht einseitig unter Beachtung des parlamentsfokussierten Vorbehaltsgedankens angenommen werden, ohne zugleich die Kernfunktionen der Judikative zu berücksichtigen.²⁴ Gerade im Privatrecht, welches herkömmlich kein staatliches Eingriffsrecht ist, scheint die primär abwehrechtliche Ausrichtung der Vorbehaltslehre mit der dienenden, neutralen und streitschlichtenden Funktion der Rechtsprechung schwer vereinbar.²⁵ Weite

¹⁸ Zum Teil wird auch an das von der Rechtsfortbildung konkret betroffene, spezielle Grundrecht angeknüpft; vgl. BVerfGE 69, 315, 369 (Art. 8 Abs. 1 GG); 82, 6, 12 (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG).

¹⁹ Das BVerfG bezieht sich dabei in erster Linie auf das Rechtsstaatsprinzip, insbesondere die Gesetzes- und Rechtsbindung des Richters sowie auf den Grundsatz der Gewaltenteilung.

²⁰ Vgl. BVerfGE 87, 273, 279; 128, 193, 209; 132, 99, 127; 149, 126, 154; *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 194 f.; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 120; *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 505.

²¹ *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 505.

²² Zu Kritik an der Prüfungspraxis des BVerfG *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 72018, Art. 93 Rn. 61, 66; *Möllers*, JZ 2009, 668 ff. (mit Bezug auf BVerfGE 122, 248).

²³ Ablehnend gegenüber einer Übertragung des Vorbehaltsprinzips auf die Judikative *Lasahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 241 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 52023, S. 509 f.; *Haltern/Mayer/Möllers*, Die Verwaltung 30 (1997), 51 ff.; *Bumke*, BDVR Rundschreiben 2004, 76, 80 f.; aus privatrechtlicher Sicht *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 72 f.; *Neuner*, JZ 2016, 435, 436 f.; *ders.*, ZfPW 2022, 257, 260 ff.

²⁴ So *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 204 mit Fn. 783; zur Notwendigkeit, den Parlamentsvorbehalt mit den Kompetenzen der übrigen Gewalten in einen schonenden Ausgleich zu bringen, auch *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 694.

²⁵ Vgl. *Herzog*, in: FS Simon, 1987, S. 103, 108 f.; *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 132 f.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 131.

Spielräume der Gerichte zur Rechtsfortbildung werden hier unter Betonung ihrer typischen Aufgabe zum flexiblen Interessenausgleich und des Bedürfnisses nach Anpassung teils veralteter Normen an aktuelle Lebensbedürfnisse und Verkehrsanschauungen als unentbehrlich angesehen.²⁶ Demgemäß werden zu starke Einschränkungen infolge einer Anwendung der als starr empfundenen Grenzen des Gesetzesvorbehalts befürchtet.²⁷ Andererseits liegt der Vorbehaltsgedanke auch im Privatrecht nahe, wenn dieses nicht in seiner klassischen interessenausgleichenden Funktion, sondern als Instrument zur Durchsetzung politischer Ziele unter Hintanstellung individueller Interessen eingesetzt wird, mithin weniger den Charakter einer freiheitskoordinierenden Rahmenordnung denn einer gemeinwohlorientierten Maßnahme trägt.

II. Das Sprengpotenzial des Scheinvater-Beschlusses des BVerfG

Besondere Brisanz erhält die Problematik nicht zuletzt aufgrund der unklaren Position, die das BVerfG dazu einnimmt. Traditionell erfolgt die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Grenzen der Rechtsfortbildung im Privatrecht großzügig.²⁸ Dafür steht paradigmatisch die Soraya-Entscheidung des BVerfG, in der es die Aufgabe und Befugnis der Gerichte zu „schöpferischer Rechtsfindung“²⁹ und zur „schöpferischen Fortbildung des Rechts“³⁰ hervorgehoben und für die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung einen sehr niedrigen Maßstab vorgegeben hat. Den Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Kontrolle bilden dabei üblicherweise die Gesetzesbindung und der aus ihr folgende Vorrang des Gesetzes.³¹ Einer Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes und der daraus entwickelten Wesentlichkeitstheorie auf die Rechtsprechung im Privatrecht erteilte das BVerfG hingegen in einer Entscheidung zum Arbeitskampfrecht aus den 90er Jahren noch eine deutliche Absage.³² Die vermeintlich

²⁶ Vgl. *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 36; zur Anpassungsaufgabe der Dritten Gewalt und daraus abgeleiteten Legitimation von Rechtsfortbildung BVerfGE 34, 269, 288 f.; 96, 375, 394.

²⁷ Vgl. die Beobachtung von *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 76.

²⁸ Vgl. dazu BVerfGE 34, 269, 286 ff.; 82, 6, 11 ff.; 96, 375, 394 f. In einigen jüngeren Entscheidungen sind jedoch Tendenzen zu einer restriktiveren Handhabung erkennbar, vgl. BVerfGE 128, 193, 211 ff.; 138, 377, 390 ff.; 149, 126, 154 ff.; zur Beobachtung von Tendenzen des BVerfG zu einer eher subjektiv-historisch geprägten Auslegungsmethode seit dem Sondervotum zum Rügeverkümmernbeschluss im Jahr 2009 (BVerfGE 122, 248, 282 ff. – Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio) siehe *Krükel*, Rechtstheorie 51 (2020), 301, 345 ff.

²⁹ BVerfGE 34, 269, 287.

³⁰ BVerfGE 34, 269, 288; zum schöpferischen Element richterlicher Rechtsfortbildung auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, ³1995, S. 221–223.

³¹ Vgl. BVerfGE 34, 269, 286; 82, 6, 12.

³² BVerfGE 84, 212, 226 f.; bestätigt in BVerfGE 88, 103, 116; näher zu diesen Entschei-

klare Positionierung des BVerfG ist allerdings besonders durch einen jüngeren Beschluss zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters aus dem Jahr 2015 ins Wanken geraten, in dem das BVerfG den Vorbehalt des Gesetzes – wenn auch ohne explizite Bezeichnung – als Rechtsfortbildungsgrenze in einem reinen Privatrechtsstreit anzuwenden scheint.³³

1. Analyse des Scheinvater-Beschlusses

Gegenstand der Entscheidung war die zivilgerichtliche Herleitung des Auskunftsanspruchs eines Scheinvaters gegen die Kindesmutter über die Identität des leiblichen Vaters aus § 1353 Abs. 1 i.V.m. § 242 BGB. In der Begründung dieses Auskunftsanspruchs „trotz Fehlens einer eindeutigen Grundlage im geschriebenen Recht“³⁴ sah das BVerfG eine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und zugleich eine Verletzung der Rechte der Mutter aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.³⁵ Den Anknüpfungspunkt für die Vorbehaltslehre bot die auf fachgerichtlicher Ebene unter Heranziehung der Generalklausel des § 242 BGB vorgenommene Auflösung des Konflikts der grundrechtlich untermauerten Rechtspositionen von Scheinvater und Kindesmutter. Dem Auskunftsinteresse des Scheinvaters, der auf Informationen über die Sexualbeziehungen der Mutter angewiesen war, um seinen Unterhaltsregressanspruchs aus § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB geltend machen zu können, stand das Geheimhaltungsinteresse der Mutter gegenüber. Die zivilgerichtliche Gewährung des Auskunftsanspruchs zugunsten des Scheinvaters geht mit einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Mutter einher, die zur Offenlegung von Informationen über ihr Intimleben verpflichtet wird. Aufgrund der starken Grundrechtsrelevanz der Fragestellung nahm das BVerfG an, „die zivilgerichtliche Rechtsfindung [müsse sich] innerhalb der Grenzen des gesetzten Rechts halten“³⁶ und schloss zugleich die Möglichkeit einer auf Rechtsfortbildung basierenden Auf-

dungen und zur Relevanz des Gesetzesvorbehalts im Kontext des Arbeitskampfrechts unter § 7 I. 1.

³³ BVerfGE 138, 377, 390 ff. Die Entscheidung ebenfalls in diesem Sinn interpretierend: *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 91–93; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 108 f.; *Neuner*, JZ 2016, 435, 437 f.; *ders.*, ZfPW 2022, 257, 261; *Barczack*, Ad Legendum 2016, 101, 106 f.; am Rande auch *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 57, 59. Für diese Interpretation sprechen nicht zuletzt die vom BVerfG in der Entscheidung an einschlägiger Stelle (BVerfGE 138, 377, 392 f.) zitierten Literaturbeiträge, die sich gerade mit der Frage der Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung befassen, insb. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 132, 232; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324 f.; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 120 f.

³⁴ BVerfGE 138, 377, 386, s.a. 395: „konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte“.

³⁵ BVerfGE 138, 377, 386, 390, 396.

³⁶ BVerfGE 138, 377, 393.

lösung des Interessenkonflikts aus.³⁷ Dabei übersah das BVerfG freilich nicht, dass infolge des Rechtsfortbildungsverbots nicht allein die Rechtsposition der Kindesmutter gestärkt, sondern gleichzeitig diejenige des Scheinvaters geschwächt wird, dessen in § 1607 Abs. 3 S. 2 BGB gesetzlich vorgesehener (!) Regressanspruch ohne die Herleitung des Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB faktisch leerläuft.³⁸ Das Gericht behalf sich daher einer komparativen Formel, um festzustellen, wann eine konkrete Rechtsgrundlage aufgrund des Gesetzesvorbehalts zwingend ist und folglich ein strenges Rechtsfortbildungsverbot greift:

„Je schwerer die Belastung verfassungsrechtlich wiegt und je schwächer der verfassungsrechtliche Gehalt der damit durchzusetzenden Gegenposition ist, umso enger sind die Grenzen für die Rechtsfortbildung gesteckt, umso strikter muss sich also die zivilgerichtliche Rechtsfindung innerhalb der Grenzen des gesetzten Rechts halten. [...] Auf eine privatrechtliche Generalklausel lässt sich eine verfassungsrechtlich schwerwiegende Belastung eines Beteiligten dann umso weniger stützen, je weniger sich im einfachgesetzlichen Umfeld Anknüpfungspunkte dafür finden lassen.“³⁹

Kurz: Sobald richterliche Rechtsfortbildung zur Beeinträchtigung einer verfassungsrechtlich geschützten Rechtsposition führt und nicht zugleich eine „gleichrangige“ Rechtsposition stärkt, greift der Gesetzesvorbehalt in Gestalt eines strengen Rechtsfortbildungsverbots. Eine weitergehende Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Rückgriff auf Rechtsfortbildung bleibt dem Fachgericht dann verwehrt.⁴⁰ Der Gesetzgeber müsse vielmehr *selbst* tätig werden, sofern eine Stärkung der aus Perspektive des BVerfG verfassungsrechtlich geringwertigeren Rechtsposition – konkret: des Interesses des Scheinvaters, den gezahlten Kindesunterhalt zurückfordern zu können – gewollt sei.⁴¹ Dieser könne „einen stärkeren Schutz vorsehen, als ihn die Gerichte durch die Anwendung der bestehenden Generalklauseln gewähren können“⁴². Allgemeiner formuliert, wird

³⁷ Bemerkenswert ist, dass das BVerfG sich nicht damit begnügt, das Abwägungsergebnis, zu dem das Zivilgericht im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB unter dem Tatbestandsmerkmal der „Zumutbarkeit der Auskunftserteilung“ gelangt, zu korrigieren. Zur fehlerhaften Abwägung aufgrund einer Verkennung der Tragweite der Grundrechte der Kindesmutter durch die Fachgerichte äußert sich das BVerfG bereits im ersten Teil seiner Entscheidung, BVerfGE 138, 377, 386–389 f. Darüber hinaus hält es offenbar – „unabhängig von den konkreten Umständen des vorliegenden Falls“ (S. 386) – eine Einschränkung der Rechtsfortbildungskompetenz der Zivilgerichte für notwendig.

³⁸ Dies stellt das BVerfG zwar infrage (BVerfGE 138, 377, 395 f.), allerdings erscheinen die genannten Konstellationen, dass der Scheinvater den leiblichen Vater ohnehin kennt oder die Information freiwillig von der Kindesmutter erfährt, eher abwägig. So auch *Löhnig*, NZFam 2015, 359; *Reuß*, NJW 2015, 1509, 1510.

³⁹ BVerfGE 138, 377, 393; dazu scharfe Kritik von *Neuner*, JZ 2016, 435, 437 f.

⁴⁰ Krit. aufgrund einer Einschränkung der Möglichkeit zur einzelfallgerechten Entscheidungsfindung *Neuner*, JZ 2016, 435, 438; *Reuß*, NJW 2015, 1509, 1510.

⁴¹ BVerfGE 138, 377, 396.

⁴² BVerfGE 138, 377, 396; zugleich wird klargestellt, dass der Gesetzgeber dazu im konkreten Fall nicht aufgrund einer grundrechtlichen Schutzpflicht angehalten sei.

dem Gesetzgeber eine *exklusive Kompetenz* zugesprochen, den Interessenausgleich zwischen den privaten Streitparteien – Scheinvater und Kindesmutter – näher auszugestalten, konkret durch Einführung eines Auskunftsanspruchs.⁴³ Nur am Rande sei erwähnt, dass eine gesetzliche Normierung des Auskunftsanspruchs des Scheinvaters seit der Entscheidung des BVerfG im Jahre 2015 ausgeblieben ist und in der Praxis folglich erhebliche Probleme bei der Durchsetzung des Regressanspruchs des Scheinvaters bestehen.⁴⁴

2. Unklare Maßstäbe und Konsequenzen der Entscheidung

Der Scheinvater-Beschluss lässt klare Maßstäbe vermissen. In welchen Fällen ist der Vorbehalt des Gesetzes als Kompetenzschranke von Zivilgerichten zu beachten und welche konkreten Anforderungen folgen daraus? Die generelle Herleitung der neuartigen Rechtsfortbildungsgrenze „aus den Grundrechten“⁴⁵ spricht gegen eine Beschränkung etwa auf Konstellationen des Familienrechts, die den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berühren.⁴⁶ Aus grundrechtsdogmatischer Perspektive stellt sich die Frage, welche Grundrechtsgehalte den Gesetzesvorbehalt als Rechtsfortbildungsgrenze im Privatrecht auslösen. Soll bloß solche Rechtsfortbildung ausgeschlossen werden, die einen Eingriffscharakter aufweist, also die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte auslöst, oder bleiben auch grundrechtsrelevante Schutz- und allgemeiner Ausgestaltungsfragen gesetzlicher Regelung vorbehalten?

⁴³ Das BVerfG zielt im Scheinvater-Beschluss nicht auf Konstellationen ab, die eindeutig verfassungs- bzw. grundrechtsdeterminiert sind, d.h. in denen Gerichte möglicherweise nach Art. 1 Abs. 3 GG zur verfassungskonformen Regelbildung verpflichtet wären, obwohl der primär zuständige Gesetzgeber untätig geblieben ist. Ein Beispiel für die Herleitung einer *Verpflichtung* zur Rechtsfortbildung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie Art. 1 Abs. 3 GG bietet BVerfGE 49, 286, 303 f. Dort hob das BVerfG eine Entscheidung des BGH auf, nachdem dieser es unter Verweis auf die exklusive Regelungskompetenz des Gesetzgebers abgelehnt hatte, im Wege der Rechtsfortbildung die Berichtigung des Geburtseintrags eines Transsexuellen nach Geschlechtsumwandlung anzuordnen; dazu näher *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 205 f.

⁴⁴ Zwar wurde in der 18. Legislaturperiode ein Gesetzesentwurf eingebracht, der in § 1607 Abs. 4 BGB (neu) einen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Kindesmutter wie folgt vorsah: „Die Mutter des Kindes ist verpflichtet, dem Dritten, der dem Kind als Vater Unterhalt gewährt hat, auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, wer ihr während der Empfängniszeit beigewohnt hat, soweit dies zur Feststellung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs erforderlich ist. Die Verpflichtung besteht nicht, wenn und solange die Erteilung der Auskunft für die Mutter des Kindes unzumutbar wäre.“ (BT-Drucks. 18/10343, S. 7; zur Erläuterung S. 15, 17, 19 f.). Allerdings kam es nicht zur Verabschiedung des Entwurfs. Aktuell ist kein anderer Gesetzesentwurf geplant, vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zum „Auskunftsanspruch des Scheinvaters nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts“, BT-Drucks. 19/18517, S. 2.

⁴⁵ BVerfGE 138, 377, 392, 393.

⁴⁶ In diese Richtung aber *Löhnig*, NZFam 2015, 359.

Register

- Abschreckungswirkung 376
- Absolutismus 35 f.
- Abwehrfunktion, der Grundrechte 65, 175 f.
- Adaptationsfolgen 415 f.
- Adressaten, des Gesetzesvorbehalts 19 f.
- Alexy, Robert* 198, 257
- Anpassung, an gesellschaftliche Entwicklung / Wertvorstellung 405 f.
- Anschütz, Gerhard* 55
- Äquivalenz, funktionale 453
- Asymmetrie, zwischen Schutz- und Abwehrdimension 256 f.
- Auffangordnungen, wechselseitige 170
- Ausgestaltung der Grundrechte
 - angemessene 253
 - der Eigentumsgarantie 244 f.
 - der Vereinigungsfreiheit 237 f.
 - unangemessene 253
- Ausgestaltungscompetenz 208
- Ausgestaltungsvorbehalt 66, 174, 193–195, 373
- Auslegung
 - objektiv-teleologische 391, 393, 397 f.
 - richtlinienkonforme 451–454
 - subjektiv-historische 396
 - subjektiv-teleologische 389, 457 f.
 - teleologische 382
 - verfassungskonforme 291, 408 f.
- Auslegungskanon 383
- Ausstrahlungswirkung
 - von Regulierungszielen 403
 - von Regulierungsinstrumenten 420 f.
- Austauschgerechtigkeit 336
- Befriedungsfunktion der Rechtsprechung 110
- Begrenzungsvorbehalt 66
- Begründungspflicht
 - des Gesetzgebers 353 (Fn. 57)
 - der Rechtsanwender 396, 443
- Berufsfreiheit 362
- Bestimmtheitsgebot 83, *siehe auch* Bestimmtheitsgrundsatz
- Bestimmtheitsgrundsatz 80, 345 f.
- Bürgertum 32, 43

- Canaris, Claus-Wilhelm* 251, 254
- Chemtec-Entscheidung 273
- common good rights of actions* 357 (Fn. 82)
- Comply-or-explain-Ansatz 423, 435
- corporate social responsibility* 348, 422 f.
- corrective justice* 280 (Fn. 599), 331 (Fn. 161)

- Darlehenswucher-Rechtsprechung 187 f.
- Delegationsmöglichkeit, unbeschränkte 53
- Delisting-Entscheidung 103 f., 241 f.
- Demokratie, parlamentarische 60 f.
- déni de justice* 117
- Directors-and-Officers-Versicherung 376
- Diskriminierungsschutz 380
- Disparität, zwischen Vertragsparteien 222, *siehe auch* Informationsasymmetrie
- Dispositionsmaxime 100
- Dreieckskonstellation 269
- Dreigewaltenteilung 111
- Dualismus, zwischen Staat und Gesellschaft 60

- effet utile* 453
- Eigentumsgarantie 362

- Eingriffsbegriff 70
 Eingriffsgrundlagen, schutzvermittelnde 290–292
 Eingriffsintensität, privater Regulierungsinstrumente 362
 Eingriffsmodalitäten 152
 Eingriffsvorbehalt 174, 176, 373
 Einzeleingriff 51 f.
 Einzelfallbezug, des Interessenausgleichs 223 f.
 Einzelfallgerechtigkeit 131 f., 224, *siehe auch* Gleichheitssatz
Engisch, Karl 374
 Entpolitisierung, der Rechtsprechung 335
 Entscheidungsfolgen 415 f.
 Entscheidungspflicht, richterliche 114
 Entscheidungsspielräume
 – der Rechtsprechung 437
 – der Verwaltung 437
 Enumerationsprinzip 156
 Ermächtigungsgesetz 56
 Ermächtigungslehre, normative 438 f.
 Ermessen
 – behördliches 439–441
 – strategisches 443
 Ermessens Fehlgebrauch 441
 Ermessensnichtgebrauch 440
 Ermessensspielraum, richterlicher 133
 Ermessensüberschreitung 442

 Facharzt-Beschluss 68, 70, 318, 362
 Feinststeuerung 412
 – der Rechtsanwendung 81, 356, 412
 – des Interessenausgleichs 233
 – des regulatorischen Schadensersatzes 282 f.
 – regulatorische 429–431
 Fernwirkung, eines Regulierungsziels 403
 Finalnormen 354 f.
 Flexibilitätsargument 395
 Flexibilitätsbedürfnis 221
Flume, Werner 333
 Folgenorientierung, der Rechtsanwendung 414 f.
 Freiheits- und Eigentumsklausel 41 f.
 Freiheitsermöglichung 66

 Freiheitsverständnis 65
 Fremdinitiative, im Zivilprozess 357
 Funktionentrennung 60
 Funktionszuwachs, der Rechtsprechung 145

 Gebot richterlicher Zurückhaltung 334 f.
 Gefährdungshaftung 156, 367
 Gelatine-Rechtsprechung 243
 Gemeinwohl 314 f.
 – -begriff 314 f.
 – -definitionskompetenz 315
 – -konkretisierungskompetenz 319
 – -qualifikationskompetenz 319
 Generalklausel 139 f., 424
 – *siehe auch* Rechtsbegriffe
 – polizeirechtliche 278, 291
 – wettbewerbsrechtliche 283, 357
 Gerechtigkeitsvorstellungen 129
 Gesamtanalogie 242, 401
 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) 238–241
 Gesetzesabhängigkeit 52, 61
 Gesetzesbegriff
 – doppelter 46
 – formeller 48
 Gesetzesbindung 22 f., 102, 371
 Gesetzesentwurfsbegründung 352 f., 393
 Gesetzeskommission 110 (Fn. 4)
 Gesetzesvorbehalt 4 f.
 – *siehe auch* Vorbehalt des Gesetze
 – *siehe auch* Ausgestaltungsvorbehalt
 – *siehe auch* Eingriffsvorbehalt
 – im unionsrechtlichen Kontext 447 ff.
 – staatsrechtlicher 34
 – steuerrechtlicher 33 f., 92
 – strafrechtlicher 31 f., 91 f.
 Gesetzgebung, rationale 331
 Gesetzmäßigkeitsprinzip 43
 Gewaltenteilung, funktionelle 78
 Gewaltenteilungsprinzip 111
 Gewaltentrennung 60
 Gewaltverschränkung 111
 Gewaltverhältnis, besonderes 47, 54, 66, 70
 Gleichheitssatz
 – *siehe auch* Einzelfallgerechtigkeit
 – allgemeiner 224 f. (Fn. 303)

- Gleitformel 138 (Fn. 167)
 Glykol-Beschluss 76
 Grobsteuerung, regulatorische 431
 Grundrechte, als Abwehrrechte 175 f.,
siehe auch Abwehrfunktion
 Grundrechtsausgestaltung 196–201
 – *siehe auch* Ausgestaltung der Grundrechte
 – im engeren Sinne 201, 235
 – im weiteren Sinne 201, 213
 Grundrechtseingriff 177
 Grundrechtsgehalte
 – handlungsbezogene 191–193
 – objektiv-rechtliche 191–193
 Grundrechtsintensität 418
 Grundrechtskollision 179, 213, 225,
 250 f., 255 f., 284
 Grundrechtsrelevanz 72 f.
 Grundrechtsschutz 59 f.
 – dynamischer 75, 276
 – umfassender 62 f.
 Grundrechtsverhältnis
 – mehrpoliges 179–182, 201
 – zweipoliges 179–182
 Grundrechtsvorbehalte 24, 62–65
 Grundrechtswirkung, unmittelbar zwischen Privaten 22
 Grundsatz der Normerhaltung (favor legis) 409
 Güterabwägung 224
- Häberle, Peter* 66, 315, 321
 Handlungsfreiheit, allgemeine 62
Heck, Philip 399, 406, 432
Hohfeld, Wesley Newcomb 118 (Fn. 57)
 Holzmüller-Rechtsprechung 243
- Indienstnahme, Privater für öffentliche Aufgaben 185
 Individualeingriff 51 f., *siehe auch* Einzeleingriff
 Individualfolgen 415
 Induktionsschluss 401
 Informationsasymmetrie 218, 222
 Informationshandeln, staatliches 77
 Infrastrukturfunktion, des Privatrechts 171
- Interessenausgleichsfunktion, des Privatrechts 171
 Interferenz, zwischen Judikative und Legislative 144
iustitia commutativa 336
iustitia distributiva 336
- Jellinek, Georg* 46, 53
Jesch, Dietrich 61 f.
judicial self-restraint 334 f.
 Justizgewalt 54
- Kaiserreich 50
 Kalkar-Beschluss 74 f.
Kant, Immanuel 38 f.
Kelsen, Hans 124
 Kernaufgaben, der Rechtsprechung 113 f.
 Kernbereich
 – der Grundrechte 214
 – der Rechtsposition 253
 – der Rechtsprechungstätigkeit 112 f.
 – privater Lebensgestaltung 336 (Fn. 103)
 Kernbereichsthese 111
 Kleinbetriebsklausel-Entscheidung 229
 Klima-Beschluss 75
 Koalitionsfreiheit 97, 150 f.
 Kohärenz 431–433
 Kollisionslücke 406
 Kompetenzverständnis
 – gerichtsfokussiertes 390
 – parlamentsfokussiertes 390
 Konditionalnormen 454 f.
 Konkordanz, praktische 218, 230, 253
 Konkretisierungsskala 345
 Konstitutionalismus 39
 Konvergenzlösung 264 f., *siehe auch* Zurechnungslösung
 Kopftuch-Entscheidung 231
 Kündigung, von Wohnraummietverhältnissen 232 f.
- Laband, Paul* 46 f., 49
legislative facts 328 f.

- Legitimation
 – demokratische der Rechtsprechung 98–102
 – funktionell-institutionelle 99
 – personell-organisatorische 98 f.
 – sachlich-inhaltliche 99 f., 102 f.
- Legitimationsgrundlage, für privatrechtliche Regulierung 375
- Legitimationszwang, der Gerichte 371
- Letche, Peter* 181, 263
- Letztentscheidungsbefugnis, behördliche 436 f.
- Locke, John* 36 f.
- Lücke
 – bewusste 425 f.
 – unbewusste 425 f.
- Lüth-Entscheidung 149, 175
- Machtkampf, zwischen Krone und Parlament 57, 60
- Machtzuwachs der Judikative 90
- Macrotron-Rechtsprechung 241 f.
- Makroebene 167
 – regulatorische 400 f., 417
- Maßstäbe
 – innerrechtliche 379, 407
 – positiviert 407
- Mayer, Otto* 50–54, 90
- Mesoebene 167
- Mikroebene 167
 – regulatorische 400 f., 417
- Minderjährigenschutz 234 f.
- Mitwirkung, ständische 41
- Monarch 35
- Montesquieu, Charles-Louis Secondat, Baron de la Brède* 39, 109
- Mutzenbacher-Entscheidung 230 f.
- Nachbarschaftsstreit 375
- Nachhaltigkeitsgebot 350 f.
- Nachhaltigkeitsziel 402
- Näher-an-der-Verfassung-Gedanke 298, 411
- Nationalsozialismus 56
- Natur der Sache 398 f.
- Naturzustand 110
- Neuschöpfung, von Regulierungszielen durch Gerichte 383
- Normsetzung, private 21 f.
- Notkompetenz der Zivilgerichte 297 f., 409 f.
- Nudging 360, 442
- Numerus-clausus-Urteil 70, 73
- obiter dicta* 119
- Offenlegung, regulatorischer Argumente 443–445
- Öffentliche Interessen
 – absolute 319
 – relative 319
- Öffentliches Interesse 314 f.
- Officialprinzip 357
- Optimierungsgebot 348
- Osho-Beschluss 76
- Otto Schily-Beschluss 93
- Parabolantennen-Entscheidung 254 f.
- Parlamentsvorbehalt 24, 69
 – umfassender 62, 74, 78
- Persönlichkeitsrecht, allgemeines 363
- political question doctrine* 334
- Positivismus, staatsrechtlicher 46
- Präventionswirkung 365 f., 428 f.
- Preußische Verfassung von 1850 45
- Prinzip institutionellen Gleichgewichts 447 (Fn. 4)
- Privatautonomie 363
- private enforcement* 186
- Privilegierung des Angreifers 123
- punitive damages* 368 f.
- ratio decidendi* 252, 372, 415, 444
- Rationalität, des gerichtlichen Interessenausgleichs 218
- Rationalitätsgebot
 – der Gesetzgebung 328, 343 f.
 – der rechtlichen Regulierung 412
- Recht
 – dispositives 364 f.
 – zwingendes 364
- Rechtsanalogie 401
- Rechtsbegriffe, unbestimmte 139 f.
- Rechtserzeugung, richterliche 25
- Rechtsfortbildung
 – *contra legem* 287
 – richterliche 3–6, 13 f., 26

- Rechtsfunktionen 167, 372, *siehe auch*
 Privatrechtsfunktionen
 Rechtskonkretisierung 26
 Rechtssatzbegriff 47, 49
 Rechtssicherheit 131 f.
 Rechtssoziologie 167
 Rechtsverkürzungskriterium 95 f.
 Rechtsverweigerungsverbot 114 f.
 Regelbildung, flexible 221
 Regelungsdichte 69, 79, 80 f., 91, 137,
 209, 309, 345, 361
 Regelungsdruck, auf den Gesetzgeber
 105
 Regulierung 169 f.
 Regulierungsermächtigung
 – bestimmte 377 f.
 – eindeutige 378 f.
 – offene 377 f., 423 f.
 – uneindeutige 378 f.
 – bestimmte 420
 Regulierungsfunktion 169 f.
 Regulierungsinstrument 361 f.
 Regulierungskonzept 332
 Regulierungsziel 347–352
 Richtlinienziel 454–456
 Risikosphäre 219
Rousseau, Jean-Jacques 37 f.
 Rückholrecht, des Gesetzgebers 104
 Rundfunkfreiheit 97
Rupp, Hans Heinrich 67
- Sachgebietsnähe, von Regulierungszielen
 360
 Sachgerechtigkeit, gerichtliche Entschei-
 dung 120
 Sampling-Entscheidung 226, 229, 259 f.
 Sanktionscharakter
 – von Normen 346 f.
 – regulatorischen Privatrechts
 361 (Fn. 102)
 Schadensersatz, regulatorischer 280–284
 Scheinvater-Beschluss 7 ff., 23, 95 f.,
 140, 288 f., 466
 Schulrecht 47
 Schutzpflichten, grundrechtliche, 267
 – Dogmatik der Schutzpflicht (Abgren-
 zung zur Ausgestaltungsdogmatik)
 250–264
- als Eingriffstitel 271
 – gesetzemediatisierte 272, 299, 308
 – Grenzen zivilgerichtlicher Wahrneh-
 mung 289 f.
 – subsidiäre Erfüllung 278
 – Wahrnehmung durch Zivilgerichte
 277
 Schwarzarbeiter-Rechtsprechung 187,
 375 f., 413, 418, 430
 Schweigen
 – beredtes 125, 292 (Fn. 665), 425
 – des Gesetzgebers 404
 – qualifiziertes 425
 Soraya-Entscheidung 7, 286 f.
 Sozialfolgen 415
 Sperrwirkung, des historischen Norm-
 zwecks 397
 Sphärendenke 219 (Fn. 271), *siehe*
 auch Risikosphäre
 Staatshaftung
 – infolge legislativen Unterlassens
 301–307
 – unionsrechtliche 303
status negativus, der Grundrechte 44, 65
Steindorff, Ernst 382
 Steuerung, soziale 167
 Steuerungsaufgabe, des Gesetzes 80,
 335 f.
 Strafschadensersatz 368 f.
strategic litigation 17 (Fn. 86)
 Stufenbau der Rechtsordnung 178, 408 f.
 Stufencharakter
 – der Wesentlichkeitsdoktrin 414
 – des Gesetzesvorbehalts 390, 460
 Stufentheorie 362
 Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde
 305
 Symmetriegedanke 218
- Theorie
 – objektive 391
 – subjektive 391
Thoma, Richard 50
 Transformationsnormen 322, 403
 Transparenz, des gerichtlichen Interes-
 senausgleichs 218
- Unabhängigkeit, richterliche 98

- Unionsgesetzgeberwillen 455
 Unsicherheitsargument 395
 Unterlassen, legislatives 269 f., *siehe auch* Staatshaftung
 Untermaßverbot 253

 Vereinigungsfreiheit 237 f.
 Verfassungsbeschwerde, gegen legislatives Unterlassen 299 f.
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 175
 Verteilungsgerechtigkeit 336
 Verteilungsprinzip, rechtsstaatliches 257
 Vertragsfreiheit 363 f.
 Vertragsvorbehalt, unionsrechtlicher 447 (Fn. 4)
 Vertrauensschutz 219
 Verwaltungsermessen 439–441
victim rights of action 357 (Fn. 82)
 Volkssouveränität 39, 45
 Volksvertretung 40, 45
 Vorbehalt des Gesetzes 4 f., *siehe auch* Gesetzesvorbehalt
 Vorbehaltslehre 24
 Vorhersehbarkeit 223
 Vorlagepflicht 408 f.
 Vorlageverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG) 296 f.

 Vormärzverfassungen 40
 Vorrang der Nacherfüllung 376 f., 399, 421
 Vorrang des Gesetzes 3 f., 54, 61, 102, 386
 Vorteilsanrechnung 427 f.
 Vorteilsausgleich 219, 427 f.

 Weimarer Republik 55 f.
 Wesentlichkeitskriterium 45, 69, 71, 209
 Wesentlichkeitstheorie 59
 Wichtigkeitskriterium 44, 51
 Willensargument 394
 Willkürvorwurf 125

 Zielkollision 359 f.
 Zieltypen 349–352
 Zinswucher-Rechtsprechung 440
 Zufälligkeit, der Rollenverteilung im Zivilprozess 259
 Zufälligkeitsargument 152
 Zurechnungslösung 264 f., *siehe auch* Konvergenzlösung
 Zweck-Mittel-Relation 187, 411 f.