

FRAUKE KRUSE

Die verfassungsrechtlichen
Grenzen richterlicher
Rechtsfortbildung

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

42

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 42



Frauke Kruse

Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Zur Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung
unter dem Grundgesetz

Mohr Siebeck

Frauke Kruse, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft in Berlin und Warschau; 2013 Erste Juristische Prüfung; wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Freien Universität Berlin; Referendariat am Kammergericht Berlin; 2019 Zweite Juristische Prüfung; 2019 Promotion; derzeit Lehrauftrag an der Deutsch-Türkischen Universität in Istanbul.

ISBN 978-3-16-157617-1 / eISBN 978-3-16-157618-8
DOI 10.1628/978-3-16-157618-8

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Herbst 2017 abgeschlossen und ist im Sommersemester 2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen worden.

An dieser Stelle möchte ich gerne denjenigen danken, ohne deren Unterstützung aus den nachfolgenden Gedanken kein Buch hätte werden können. Mein Dank gilt dabei zunächst Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Philip Kunig, an dessen Lehrstuhl ich über viele Jahre hinweg, erst als Studentin, später als wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, tätig sein durfte. Für die prägenden Einsichten in die Welt des Rechts und darüber hinaus, die Begleitung bei der Entwicklung des Eigenen und die beständige Wertschätzung bin ich ihm sehr dankbar.

Herrn Professor Dr. Markus Heintzen danke ich für die freundliche Erstattung des Zweitvotums.

Für die Kolloquiumstreffen voll gedanklichen Austauschs über die Fächergrenzen hinweg, die mühsame Durchsicht zahlreicher Entwürfe und vieles mehr bin ich Frau Katharina Liero und Frau Anita Schnettger zu großem Dank verpflichtet. Meiner Mutter, Frau Friederike Barth-Kruse, gilt mein Dank für ihre wertvolle Hilfe als Korrekturleserin.

Danken möchte ich schließlich dem Mohr Siebeck Verlag für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe sowie der Ernst-Reuter-Gesellschaft, die diese Veröffentlichung durch die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses gefördert hat.

Berlin, im März 2019

Frauke Kruse

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Bedeutungsklärung	7
<i>I. Begriffliche Annäherung</i>	8
1. Das Bedeutungsspektrum des Rechtsfortbildungsbegriffs.....	8
2. Richterliche Rechtsfortbildung als Topos des Verfassungsrechts.....	12
<i>II. Problemgeschichtlicher Abriss</i>	15
1. Zur vorgrundgesetzlichen Problemwahrnehmung	16
2. Die Entfaltung eines verfassungsrechtlichen Rechtsfortbildungskonzepts unter dem Grundgesetz.....	21
a) Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere: die Soraya-Entscheidung vom 14. Februar 1973	22
b) Der Beitrag der verfassungsrechtlichen Literatur der siebziger Jahre ..	27
c) Die jüngere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur	32
3. Zwischenfazit: Das Problem hinter den „verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“	34
<i>III. Dogmatische Kontextualisierung</i>	38
1. Methodenverfassungsrechtliche Einordnung.....	38
2. Kompetenzrechtliche Einordnung.....	41

Kapitel 2: Zur Rolle der Verfassungsinterpretation in Methodenfragen	45
<i>I. Zur Notwendigkeit einer reflektierten Erwartungshaltung</i>	45
<i>II. Grenzen der verfassungsrechtlichen Problemlösungskapazität</i>	47
1. Kompetenzordnung qua Gesetzesbindung?.....	48
2. Hinreichende Aussagekraft der grundgesetzlichen Vorgaben?.....	52
3. Gefährdung des Eigenstands der Methodenlehre?.....	54
a) Die Konstitutionalisierung der Methodenlehre als Problem.....	55
b) Die Aufgabenverteilung zwischen Verfassungsrecht und Methodenlehre	58
<i>III. Zusammenfassung</i>	60
 Kapitel 3: Kritische Bestandsaufnahme der herkömmlichen Grenzziehungsdogmatik	63
<i>I. Die Grundannahme: Die Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung</i>	64
<i>II. Die Grenzen der Befugnis des Richters zur Rechtsfortbildung</i>	69
1. Die Grenzziehung am Maßstab von Gesetzesvorbehalten	71
a) Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG.....	71
b) Das Verbot richterrechtlicher Eingriffsgrundlagen.....	74
c) Die beschränkte Anwendbarkeit der Wesentlichkeitstheorie	77
2. Die Grenzziehung außerhalb von Gesetzesvorbehalten.....	80
a) Die Grenze der Gesetzesbindung.....	80
b) Die These vom Normsetzungsverbot.....	86
c) Grenzziehung qua Gesamtabwägung.....	89
aa) Das Kriterium der Rechtsförderung.....	90
bb) Das Kriterium der Rechtsverkürzung.....	91
cc) Die „funktionsimmanenten“ Grenzen der Rechtsprechung	93
3. Zusammenfassung	99
<i>III. Fazit: Das Problem des fehlenden Orientierungswerts</i>	100

Kapitel 4: Möglichkeiten der Neubestimmung.....	103
<i>I. Ungenügen einer bloßen Ergänzung des konventionellen Konzepts.....</i>	<i>103</i>
1. Begründungsdefizite bei der Präzisierung der Gesetzesbindungsgrenze.....	104
2. Inkonsistenzen einer „erweiterten“ Einbeziehung der Gesetzesvorbehalte.....	107
<i>II. Überprüfung der Grundannahme des konventionellen Konzepts.....</i>	<i>110</i>
1. Der Bezugspunkt der verfassungsrechtlichen Überlegungen.....	111
a) Funktion und Dysfunktion der Rechtsfortbildungskategorie.....	111
b) Vorzüge einer neutralen Begrifflichkeit.....	115
2. Die Legitimationsgrundlage.....	118
a) Das Rechtsverweigerungsverbot als herkömmliche Hauptbegründung.....	118
b) Unhaltbarkeit des Rechtsverweigerungsverbots unter dem Grundgesetz.....	122
3. Folgerungen für die Grenzziehungsdogmatik.....	127
a) Konsequenzen des veränderten Bezugspunkts.....	128
b) Konsequenzen der veränderten Legitimationsgrundlage.....	131
<i>III. Der weiterzuverfolgende Lösungsansatz: Neubewertung der judikativen Gesetzesvorbehaltsbindung.....</i>	<i>133</i>
1. Klarheitsgewinn als Zielsetzung.....	134
2. Mögliche Einwände.....	136
 Kapitel 5: Gesetzesvorbehalte als Grenzen richterlicher Rechtsgestaltung: Eine Neubewertung.....	 141
<i>I. Differenzierungsbedarf: Die Bedeutungsschichten der Vorbehaltslehre.</i>	<i>141</i>
<i>II. Die Gesetzesvorbehaltsbindung der Judikative.....</i>	<i>146</i>
1. Die klassischen Vorbehaltsgrundsätze.....	147
a) Der überkommene Eingriffsvorbehalt.....	148
b) Die Wesentlichkeitstheorie als eigenständiger Verfassungsgrundsatz	152
2. Die Grundrechtsbestimmungen.....	157
a) Die abwehrrechtlichen Gesetzesvorbehalte.....	158
aa) Die Bereiche eingreifenden Rechtsprechungshandelns.....	159
bb) Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage.....	166

b) Die dem Gesetzgeber vorbehaltene Grundrechtsausgestaltung	170
aa) Die Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung	171
bb) Die Überschreitung der Wesentlichkeitsschwelle durch die Judikative	174
c) Die verbleibende Notkompetenz der Judikative	177
3. Zum Kriterium der „Haushaltswirksamkeit“	179
4. Zusammenfassung	182
<i>III. Praktischer Vorteil des Klarheitsgewinns</i>	185
Schlussbemerkungen.....	191
Literaturverzeichnis.....	195
Sachregister.....	219

Abkürzungsverzeichnis

Soweit nicht bei *Hildebert Kirchner* (Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl., Berlin u.a. 2015) nachgewiesen, werden nachstehende Abkürzungen verwendet:

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BDVR	Bund deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen
Begr.	Begründer
bes.	besonders
bzw.	beziehungsweise
Chap.	Chapter
dems.	demselbe(n)
dens.	denselbe(n)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Einl.	Einleitung
FG	Festgabe
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts
HChE	Entwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee (10.–23. August 1948)
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdbGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
insb.	insbesondere
i.Ü.	im Übrigen
m.	mit
sog.	sogenannte(r)
u.a.	unter anderem; unter anderen
v.a.	vor allem
Vorb.	Vorbemerkung(en)
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht

Einleitung

Mit der Debatte um den Einfluss der Rechtsprechung auf die Gestalt der Rechtsordnung, wie sie in jüngerer Zeit erneut mit gesteigerter Intensität geführt wird,¹ ist eine verfassungsrechtliche Frage, deren Beantwortung auf der Grundlage einer über Jahrzehnte hinweg gefestigten Judikatur geklärt zu sein schien, auf einmal wieder in den Vordergrund gerückt. Gemeint sind die – um den inzwischen gebräuchlichsten Problemausdruck zu verwenden – „verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“,² also jene maßgeblich durch die Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Februar 1973³ geprägten Thesen zu dem vom Grundgesetz vorgegebenen Rahmen, in welchem die Gerichte das Recht fortzubilden befugt sind.

Der Soraya-Entscheidung zufolge sind der Rechtsfortbildungsbefugnis im Allgemeinen keine engen Grenzen gesetzt, jedenfalls sollen sie „sich nicht in einer Formel erfassen [lassen], die für alle Rechtsgebiete und für alle von ihnen geschaffenen oder beherrschten Rechtsverhältnisse gleichermaßen gäl-

¹ Als Auslöser für die jüngere Debatte gilt *G. Hirschs* Bild vom Richter als einem „mehr oder weniger virtuos“ interpretierenden Pianisten (vgl. hierzu *G. Kirchhof*, DVBl 2011, S. 1068 [1070]). Stellvertretend sei auf folgende Beiträge dieser – auf unübersehbar viele Stellungnahmen angewachsenen – Debatte verwiesen: *Rüthers*, JZ 2002, S. 365; monographisch *ders.*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl., 2016; *G. Hirsch*, Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung, 2003; *Hassemer*, ZRP 2007, S. 213; *Kriele*, ZRP 2008, S. 51; *Wenzel*, NJW 2008, S. 345; vgl. auch *Albers*, VVDStRL 71 (2012), S. 257, und *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), S. 296; *Bryde*, SR 2015, S. 128; *Barczak*, AL 2016, S. 101; *Basedow*, RabelsZ 80 (2016), S. 237; *Haas*, FS Landwehr, 2016, S. 423; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017.

² Es handelt sich hierbei um einen bereits seit geraumer Zeit in dieser oder ähnlicher Wortwahl gebräuchlichen Ausdruck (vgl. etwa *E. Stein*, NJW 1964, S. 1745; *H.-P. Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 30; s.a. *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 93 Rn. 61; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl., 2018, Rn. 301). Im Laufe des letzten Jahrzehnts hat sich die Wendung von den „verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“ v.a. in der Rechtsprechung mehr und mehr verfestigt, vgl. BVerfGE 132, 99 (118); BVerfGE 138, 377 (386, 390, 393); BVerfGK 9, 83 (87); BVerfGK 17, 240 (242); BVerfG (K), NJW 2009, S. 499 (500); BVerfG (K), WM 2011, S. 924; NJW-RR 2013, S. 1300 (1301); s.a. OVG Rh.-Pf., NVwZ 2013, S. 881 (883); OLG Düsseldorf, BB 2016, S. 974 (975).

³ BVerfGE 34, 269; dazu noch u. Kap. 1 unter II. 2. a) und öfter.

te“.⁴ Seit einiger Zeit erscheint dieser Ausgangspunkt allerdings nicht mehr selbstverständlich. Zwar gibt es noch Stimmen, die betonen, dass der richterliche Beitrag zur Fortbildung des Rechts ganz im Sinne der Soraya-Entscheidung verfassungsrechtlich gesehen „keine[n] engen Fesseln“⁵ unterliege. Aber gegenüber dieser Sichtweise sind vermehrt Bedenken laut geworden: So heißt es etwa, dass für richterliche Rechtsfortbildung unter dem Grundgesetz „kaum mehr Platz“⁶ sei und eine nachlässige Handhabung der verfassungsrechtlichen Grenzen die „Gewaltenbalance des Grundgesetzes [...] aus den Angeln [hebe]“⁷. Dahinter steht die Furcht vor „einer der grundgesetzlichen Funktionenordnung nicht gemäßen Macht der Gerichte“⁸ und einem Abgleiten in den „Jurisdiktionsstaat“.⁹

Die Kritik am bisherigen Konzept der verfassungsrechtlichlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung erschöpft sich dabei nicht in der Forderung nach einer restriktiveren Linie. Es geht auch um die Frage, ob besagte Grenzen – insbesondere in ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Handhabung – überhaupt einen substantiellen Maßstab darstellen. So lautet der Vorwurf, dass das Bundesverfassungsgericht mitunter durch den Rekurs auf die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung lediglich die eigentlich entscheidungsbestimmenden Gründe zu kaschieren sucht.¹⁰

Schließlich ist auch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung selbst in Bewegung geraten. Zumindest hat eine Frage aus dem strafprozessualen Rechtsmittelrecht – in Bezug auf das sogenannte Verbot der Rügeverkümmern – zu zwei Sondervoten mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung geführt.¹¹ Alle drei der vorgenannten Standpunkte finden sich hier wieder.

⁴ BVerfGE 34, 269 (288) bezogen auf Aufgabe und Befugnis zur „schöpferischen Rechtsfindung“.

⁵ *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), *Richterrecht*, 2012, S. 33 (47). – Gleichsinnig auch *Herzog*, FS Simon, 1987, S. 103 (112); *Poscher*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung*, 2005, S. 127 (143).

⁶ *Hillgruber*, JZ 1996, S. 118 (125). – Ähnlich *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 97 Rn. 73; s.a. *G. Hermes*, VVDStRL 61 (2002), S. 119 (137 f.); *Lembke*, *Einheit aus Erkenntnis?*, 2009, S. 268; *Singer*, *Rechtsklarheit und Dritte Gewalt*, 2010, S. 217 f.; diese Tendenz befürwortend *Durner*, *Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung*, 2010, S. 17.

⁷ *Klement*, JöR 61 (2013), S. 115 (143).

⁸ *G. Hermes*, VVDStRL 61 (2002), S. 119 (138).

⁹ *Hillgruber*, *Journal für Rechtspolitik* 9 (2001), S. 281 (293).

¹⁰ So etwa *Papier*, JZ 1980, S. 608 (611) zu BVerfGE 54, 224 und E 54, 237; *H. Schneider*, DÖV 1985, S. 783 (784 f.) zu E 69, 315; *Rieble*, NJW 2011, S. 819 (820 f., 822) zu E 128, 193.

¹¹ BVerfGE 122, 248 (257 ff.) mit Sondervotum *Vofßkuhle/Osterloh/Di Fabio*, BVerfGE 122, 282 und Sondervotum *Gerhardt*, E 122, 302; dazu noch u. Kap. 1 unter II. 2. c).

Woher dieses neue Problembewusstsein rührt, nachdem die Formeln der Soraya-Entscheidung über lange Zeit kaum Gegenstand kritischer Überprüfung geworden sind, lässt sich recht leicht beantworten, wenn man die Rolle bedenkt, welche richterlicher Rechtsfortbildung neuerdings zukommt. Besonders deutlich tritt das verfassungsrechtliche Problembewusstsein nämlich in der Auseinandersetzung mit dem gegenwärtig bedeutsamsten Rechtsanpassungsbedarf, also dem durch die Internationalisierung der Rechtsordnung veranlassten, zutage. Denn soweit sich der Anpassungsdruck, dem das nationale Recht unterliegt, nicht in der Vorrangigkeit einer völker- oder unionsrechtlichen Norm ausdrückt, sondern sich in die Pflicht zur harmonisierenden Auslegung kleidet, rückt damit notwendig die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen einer von den Gerichten geschulterten Umsetzung inter- oder supranationaler Vorgaben in den Vordergrund.¹² Beobachten lässt sich dies etwa an der Frage, inwieweit die Rechtsprechung die verwaltungsprozessuale Klagebefugnis nach den (auch unionsrechtlich vermittelten) Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 der Århus-Konvention umgestalten darf,¹³ oder an der Kritik, die gegenüber der unionsrechtskonformen Reduktion des § 8 Abs. 5 S. 4 VVG a.F., wie sie der Bundesgerichtshof vorgenommen hat, laut geworden ist.¹⁴ Wo aber nun dem nationalen Verfassungsrecht die Funktion zuge-dacht wird, der Harmonisierungsbefugnis des Richters eine letzte Grenze zu ziehen, da lässt es sich nicht mehr übersehen, dass über den Verlauf dieser Grenze nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand kaum etwas mit Sicherheit gesagt werden kann.¹⁵ Klar erscheint derzeit nur, dass sich insbesondere der richtlinienkonform rechtsfortbildende Richter „verfassungsrechtlich auf ziemlich dünnem Eis [bewegt]“.¹⁶

Solange über die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung weitestgehend Konsens herrschte, mag es aus verfassungsrechtlicher Perspektive ausgereicht haben, einer passend erscheinenden Grundgesetzaus-

¹² Vgl. etwa *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 8 f., 11 f., 115 ff., 191 ff., 289 ff., 309 ff., 347 ff., 351 ff.; *M. Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, 2010, S. 41 ff., 156 ff., 205 ff.; *Baldauf*, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-*legem*-Grenze im Privatrechtsverhältnis, 2013, S. 206 ff.

¹³ Vgl. insb. OVG Rh.-Pf., NVwZ 2013, S. 881 (883); BVerwGE 147, 312 (315 ff.); *Franzius*, DVBl 2014, S. 543 (550); *Gärditz*, EurUP 2014, S. 39 (41 f.); *Schlacke*, DVBl 2015, S. 929 (936 f.).

¹⁴ Vgl. das insbesondere unter verfassungsrechtlichem Aspekt kritische Echo auf BGH, NJW 2015, S. 1023 (1024 f.) bei *Frohnecke*, NJW 2015, S. 985 (986 f.); *Michael*, Der Staat 54 (2015), S. 349; *dems./Payandeh*, NJW 2015, S. 2392 (2396 ff.).

¹⁵ So auch die Beobachtung bei *Durner*, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010, S. 13, dem zufolge „die umstrittenen Fälle richtlinienkonformer Auslegung gleichsam brennpunktartig zentrale deutsche Methodenprobleme sichtbar gemacht [haben]“.

¹⁶ *Ph. Reimer*, JZ 2015, S. 910 (919).

sage¹⁷ die floskelhaft verschleierte Aussagen der Soraya-Entscheidung zuzuordnen.¹⁸ Vor dem Hintergrund der Aktualität aber, die das Thema im Lichte der Internationalisierung der Rechtsordnung erhalten hat, besteht Anlass, die bereits seit Langem nicht mehr eingehend behandelte Frage¹⁹ einer näheren Untersuchung zu unterziehen, was sich hinter der Wendung von den verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung verbirgt. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist daher die hinter diesem Topos stehende Interpretation des Grundgesetzes – wie sie gehandhabt wird und wie sie gegebenenfalls abweichend hiervon gehandhabt werden sollte. Mit dem prozessualen Aspekt der Kontrolldichte im Rahmen der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung fachgerichtlicher Entscheidungen kann eine vertiefte Beschäftigung dabei angesichts der insofern vorhandenen Untersuchungen unterbleiben.²⁰ Im Vordergrund soll das Problem stehen, was sich dem nationalen Verfassungsrecht für die Befugnisse des auf nationaler Ebene agierenden Richters mit Blick auf seinen Anteil an der Gestaltung der Rechtsordnung entnehmen lässt.²¹

Zur Beantwortung der Untersuchungsfrage muss zunächst die Bedeutung geklärt werden, die den verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als hergebrachter dogmatischer Figur zukommt (1. Kapitel). Hieran anknüpfend ist eine Erwartungshaltung hinsichtlich der spezifischen Aufgabe zu entwickeln, welche die Verfassungsinterpretation in der vorliegenden Frage erfüllen kann und soll (2. Kapitel). Vor dem Hintergrund einer solchermaßen reflektierten Erwartungshaltung ist sodann die herkömmliche Grenzziehungsdogmatik freizulegen und zu bewerten (3. Kapitel). Denn bevor sinnvoll über Alternativen nachgedacht werden kann, muss zunächst

¹⁷ Erstaunlich variabel ist das Thema in den Grundgesetzkommentaren verortet, vgl. etwa *Robbers*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 20 Rn. 2089 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 92 Rn. 40 f.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 97 Rn. 63 ff. Eine jüngere, diesem Themenkreis zuzuordnende Senatsentscheidung spricht nun erstmals von den „grundrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“ (BVerfGE 138, 377 [393]).

¹⁸ Vgl. etwa *Robbers*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 20 Rn. 2089–2095.

¹⁹ Die letzten monographischen Untersuchungen stammen von *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, und *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978. Für das schweizerische Verfassungsrecht ist noch *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, zu nennen.

²⁰ Vgl. *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 187 ff.; *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 95 f., 286 ff.

²¹ Zum in jüngerer Zeit häufiger behandelten Parallelproblem der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Union vgl. nur *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995, S. 90 ff., 127 ff., 152 ff.; *Calliess*, NJW 2005, S. 929 (930, 932 f.); *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 227 ff.; *Di Fabio*, Grenzen der Rechtsfortbildung in Europa, 2012, S. 6 ff.; *Neuner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl., 2015, § 12 Rn. 7 ff.

Klarheit darüber bestehen, ob überhaupt und wenn ja unter welchen Gesichtspunkten die bisherige Handhabung defizitär bleibt. Erst im nächsten Schritt können dann die Möglichkeiten einer Neubestimmung unter Einbeziehung der insbesondere in jüngerer Zeit vorgebrachten Kritik sondiert werden (4. Kapitel). Basierend auf den hiermit verbundenen Neujustierungen ist ein letzter Schritt dem Unterfangen gewidmet, Grundzüge einer besser mit den grundgesetzlichen Aussagen verzahnten Grenzziehungsdogmatik zu skizzieren (5. Kapitel).

Am Ende wird sicherlich nicht jede Unsicherheit beseitigt sein. Das ist auch nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung. Denn es kann von vornherein nicht darum gehen, einen Maßstab aus der Verfassung herauszuschälen, der keinerlei Unschärfen aufweist.²² Allerdings darf man die begründete Hoffnung haben, eine Grundlage für einen reflektierteren Umgang mit den häufig allzu unkritisch in Bezug genommenen verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zu schaffen. Damit wäre bereits viel erreicht, könnte doch hierdurch die – an chronischer Unübersichtlichkeit und thematischer Überbeanspruchung leidende – Rechtsfortbildungsdebatte zumindest in diesem einen Punkt an Klarheit hinzugewinnen.

²² In diesem Sinne auch *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 474 f.

Kapitel 1

Bedeutungsklä rung

Da sich das Interesse der Untersuchung zunächst auf eine Bestandsaufnahme des Hergebrachten richtet, kann nicht der Weg beschritten werden, den folgenden Ausführungen eine vorliegend für richtig befundene Rechtsprechungstheorie zugrunde zu legen.¹ Vielmehr muss zunächst zutage gefördert werden, was mit den verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung („im Sinne der Soraya-Entscheidung“) regelmäßig gemeint ist, welchem Realitätsausschnitt also die solchermaßen bezeichneten Bemühungen gelten sollen. Dies liegt nicht auf der Hand. Denn schließlich ist der Begriff der richterlichen Rechtsfortbildung lediglich der derzeit geläufigste unter einer unüberschaubaren Vielzahl an Begriffsvariationen, die für den Gegenstand stehen, dem das Verfassungsrecht Grenzen setzen soll.²

Ihren Ausgangspunkt nehmen die folgenden Ausführungen daher auf der begrifflichen Ebene (I). Sodann soll problemgeschichtlich die Herausbildung einer spezifisch verfassungsrechtlichen Sichtweise auf das Phänomen der richterlichen Rechtsfortbildung nachverfolgt werden (II). Dogmatisch³ bleibt

¹ Wo dies geschieht, wie etwa bei *Poscher*, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung, 2005, S. 127 (130 ff.), oder *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 33 (35 ff.), kann jedenfalls keine unvoreingenommene Bestandsaufnahme stattfinden.

² Das Arsenal an mehr oder weniger synonym gebrauchten Ausdrucksweisen ist vielgestaltig, vgl. nur BVerfGE 122, 248 (258): „die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung“; E 132, 99 (127): „die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Entscheidungsbefugnis“; *Hufen*, ZRP 2003, S. 248: „Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts“; *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (325): „Verfassungsrechtliche Grenzen höchstrichterlicher Rechtserzeugung“.

³ Ohne sich einer bestimmten Definition der Rechtsdogmatik – vgl. dazu *Waldhoff*, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17 (22 ff.) – anzuschließen oder den vorhandenen eine neue hinzuzufügen, genügt es für die vorliegende Untersuchung, sich des Kerngehalts dieses Begriffs bewusst zu sein, der sich freilich einer exakten Umschreibung entzieht. Mit dem Verweis auf das Bemühen, den Rechtsstoff zwecks Rationalitätssicherung zu ordnen, mag er hinreichend gekennzeichnet sein. Aufschlussreich ist auch die Beobachtung bei *Jansen*, in: Essen/ders. (Hrsg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, 2011, S. 1 (2), nach der Dogmatik für viele Juristen schlicht die geordnete, insbesondere kommentarmäßige Darstellbarkeit des Rechts meint. Infrage steht also die Erfassung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechts-

schließlich noch zu klären, wie sich die Figur der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung von verwandten Problemfeldern abgrenzen lässt (III).

I. Begriffliche Annäherung

Der Begriff der Rechtsfortbildung entzieht sich einer einfachen Definition. Er lässt in erster Linie – zumindest nach heutigem juristischen Sprachgebrauch – an diejenigen Ausformungen der Rechtsordnung denken, die durch richterliche⁴ Entscheidungen bewirkt werden. Als Ausdruck, der weder auf den Bereich der Verfassungsrechtswissenschaft beschränkt ist noch hier seine Wurzeln hat, erfolgt seine Bedeutungsprägung vor allem in anderen Zusammenhängen, die es sich zunächst vor Augen zu führen gilt (1). Zu klären bleibt dann freilich noch, ob eine spezifisch verfassungsrechtliche Färbung auszumachen ist (2).

1. Das Bedeutungsspektrum des Rechtsfortbildungsbegriffs

Dem auf *Savigny* zurückgehenden⁵ und während der sechziger Jahre – wohl vor allem durch *Larenz*’ „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“⁶ – populär gewordenen Begriff der Rechtsfortbildung eignet ein ausgesprochen diffuses Bedeutungsspektrum. Bereits wenige Jahre nach seiner Verbreitung ist von einem „zur Leerformel ausgefertigten Begriff“⁷ die Rede.

Einen recht klar konturierten Bedeutungsgehalt⁸ weist der Begriff einzig in seinem Ursprungskontext auf, nämlich der (deutschen)⁹ Methodenlehre, wie

fortbildung als einer Figur der Verfassungsrechtsdogmatik, d.h. einem in sich geschlossenen Bestand an Aussagen über das Grundgesetz.

⁴ Von anderer als richterlicher Rechtsfortbildung wird i.d.R. allenfalls der Vollständigkeit halber gesprochen, vgl. etwa *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rn. 454a. Zur „Rechtsfortbildung durch die Verwaltung“ vgl. aber immerhin *Classen*, JZ 2003, S. 693 (701); *Weimar*, DÖV 2009, S. 932.

⁵ Vgl. die häufige Verwendung des Begriffs der „Fortbildung des Rechts“ bei *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1. Bd., 1840, v.a. unter §§ 46 f., 50 f.; näher hierzu *Ch. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 68–75.

⁶ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 273 ff.; näher hierzu *Ch. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 83–86.

⁷ *Rupp*, in: Lanzenstiel (Hrsg.), Rechtsstaat oder Richterstaat, 1970, S. 22 (28) bezogen auf die richterliche „Rechtsfortbildungsaufgabe“.

⁸ Das immer noch sehr facettenreiche Bedeutungsspektrum des methodologischen Rechtsfortbildungsbegriffs ist detailliert nachgezeichnet bei *Ch. Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 38 ff.

sie durch die Präponderanz des *Larenz'schen* Lehrbuchs geprägt ist. Hier versteht man unter der Rechtsfortbildung ein gegenüber der Auslegung nachrangiges Mittel der Rechtsfindung, das dem Interpreten – und damit auch dem Richter – „im Prozeß der Gesetzesanwendung“¹⁰ zur Verfügung steht, wenn nicht ausnahmsweise ein Rechtsfortbildungsverbot greift. Die Rechtsfortbildung unterscheidet sich von der Auslegung durch den höheren interpretatorischen Aufwand und Eigenanteil des Rechtsanwenders am „gefundenen“ Ergebnis; sie wird üblicherweise am Überschreiten des möglichen Wortsinns oder Wortlauts festgemacht.¹¹ So scharf, wie der Gegensatz zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung anmutet, ist er aber nicht, denn es handelt sich nach *Larenz* und *Canaris* lediglich um „voneinander verschiedene Stufen desselben gedanklichen Verfahrens“.¹²

Üblicherweise wird zwischen insgesamt drei Stufen unterschieden, nämlich der Rechtsfindung *secundum*, *praeter* und *contra legem*.¹³ Während Rechtsfindung *secundum legem* für den Bereich der Auslegung steht, kann eine Rechtsfortbildung entweder *praeter* oder *contra legem* erfolgen: Ist der hohe interpretatorische Eigenanteil durch eine fehlende gesetzliche Determinierung bedingt, handelt es sich um eine Rechtsfortbildung *praeter legem*. Rührt der hohe interpretatorische Eigenanteil daher, dass die Rechtsfindung das normative Konzept herausfordert und von dessen Vorgaben abweicht, spricht man von einer Rechtsfortbildung *contra legem*. Was an Abgrenzungs- und Einteilungsfragen über diese holzschnittartige Skizze hinausgeht, ist stark positionsgebunden. Als weitgehend akzeptiert¹⁴ wird man noch die

⁹ Vgl. *Vogenaier*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, Bd. II, S. 1280.

¹⁰ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 312.

¹¹ Vgl. nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 468; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 2016, S. 191; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 143, 187; *Looschelders/W. Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 67; *K.F. Röhl/H.C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 614; präzisierend *Koch/Rißmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 248 f.; vgl. auch *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004, S. 235 ff. Von einigen wird bestritten, dass eine solche Grenzziehung sprachtheoretisch möglich ist, vgl. *Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989, S. 77 ff.; *F. Müller/dens.*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. Aufl., 2013, Rn. 533; ebenfalls kritisch *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung, 2005, S. 25 (60 f.).

¹² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 187; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 367 m. Fn. 1.

¹³ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010, S. 235; *Krey*, JZ 1978, S. 361 (361 f.); *Rhinow*, Rechtsetzung und Methodik, 1979, S. 32 ff. Statt von „*secundum legem*“ ist teilweise auch von „*intra legem*“ die Rede, vgl. z.B. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 252.

¹⁴ Vgl. nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 472 f.; *E. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 2016, S. 199; *Looschelders/*

Funktion des Lückenbegriffs für die praeterlegale Rechtsfortbildung als ein „Kürzel für die Präzisierung des Fortbildungsbedarfs“¹⁵ bezeichnen dürfen.¹⁶ Durch die methodische Schließung einer Lücke – per Analogie, Umkehrschluss oder teleologischer Reduktion – soll eine möglichst rationale Rechtsfindung erzielt werden können, die sich trotz Fortbildungscharakter immer noch als Anwendung eines vorhandenen Gesetzes verstehen kann. Über diese lückenfüllende (gesetzesimmanente) Rechtsfortbildung hinaus wird schließlich noch ein Bedarf für gesetzesübersteigende Rechtsfortbildungen gesehen: Mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache oder ein rechtsethisches Prinzip soll eine solche Rechtsfortbildung extra legen, sed intra ius möglich sein.¹⁷ Dies bildet im Groben das Bedeutungsspektrum, das mit dem Rechtsfortbildungsbegriff im methodologischen Kontext verbunden wird.

Außerhalb dieses Kontextes schwimmt der Bedeutungsgehalt. Zwar kennt auch das positive Recht seit geraumer Zeit den Ausdruck der „Fortbildung des Rechts“ – nämlich als prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzung,¹⁸ doch gehen hiervon keine nennenswerten Impulse für die Bedeutungsprägung aus.¹⁹ Der Rechtsfortbildungsbegriff bleibt schillernd und wird auch in der Gegenüberstellung zum traditionsreichen²⁰ und mindestens ebenso schillernden Richterrechtsbegriff nicht klarer. Ersterer betont wohl eher den Tätig-

W. Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 280; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rn. 455, 475; kritisch hingegen *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 254; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rn. 462, 475; *K.F. Röhl/H.C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., 2008, S. 635.

¹⁵ *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 218.

¹⁶ Grundlegend für die heutige Prägung *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 39.

¹⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 187, 232, 233 ff., 236 ff., 240 ff.; kritisch demgegenüber *Rüthers/Ch. Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl., 2018, Rn. 913 ff.

¹⁸ Zurückgehend auf § 137 Abs. 1 GVG (eingeführt durch Art. 3 Nr. 1c des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935, RGBl I, S. 844) findet sich die Fortbildungsklausel heute in den Regelungen über die Grundsatzvorlage (§ 132 Abs. 4 GVG; § 45 Abs. 4 ArbGG; § 11 Abs. 4 FGO; § 41 Abs. 4 SGG; § 11 Abs. 4 VwGO) sowie im Rahmen des Rechtsmittelrechts (vgl. etwa §§ 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1, 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 566 Abs. 4 S. 1 Nr. 2, 574 Abs. 2 Nr. 2, 577 Abs. 6 S. 3 ZPO; § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO; § 74 Abs. 2 Nr. 2 GWB).

¹⁹ Vgl. nur *Zimmermann*, in: MüKo, ZPO, § 132 GVG Rn. 25.

²⁰ Als Begriffsschöpfung des späten 19. Jahrhunderts (zum rechtsgeschichtlichen Hintergrund vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 177 f.) wird er im Laufe des 20. Jahrhunderts immer gebräuchlicher, vgl. *Heusinger*, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S. 60 m. Fn. 14; *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 50 Fn. 6.

Sachregister

Verweise auf Fußnoten stehen im Kursivdruck.

- Abstraktionsgrad als Kriterium 175
Abstraktionsniveau der Verfassung 46, 98, 134
Abwägungsmodell 90, 101
Analogieverbot
– allgemein 39, 71, 76, 99, 129, 166, 183
– steuerrechtliches 39, 77
– strafrechtliches 19, 39, 72 f.
– verwaltungsrechtliches 39, 77
Arbeitskampfrecht 78 f., 127, 172, 175, 177
Ausgestaltung, *siehe* Dimensionen der Grundrechte, objektiv-rechtliche
Auskunftsanspruch des Scheinvaters, *siehe* Scheinvater-Entscheidung
Auslegung, harmonisierende 3, 69, 127, 178
Ausschluss des Strafverteidigers, *siehe* Schily-Beschluss
Aussperrungs-Entscheidung 79, 177 204

Befristung, sachgrundlose 34
Begriffsjurisprudenz 19, 49
Beschuldigter 161
besonderes Gewaltverhältnis 154
Beurteilungsspielraum, *siehe* Gestaltungsspielraum, administrativer
Bindung
– an das Gesetz, *siehe* Gesetzesbindung
– an das Recht, *siehe* Rechtsbindung
– an die Grundrechte, *siehe* Grundrechtsbindung

Daseinsvorsorge 176

Delegationsverbot, parlamentarisches 155
Deliktsrecht 165
Demokratieprinzip 31, 33, 94, 96–98, 128, 135, 155, 171
déni de justice 123
– *siehe auch* Rechtsverweigerungsverbot
Dimensionen der Grundrechte
– abwehrrechtliche 151 f., 158
– objektiv-rechtliche 155 f., 158, 170 f.
Dogmatik, *siehe* Rechtsdogmatik
Dreiteilungsmethode 34
Drittbetroffenheitskriterium 176
Dritte Gewalt, *siehe* Rechtsprechung
Drittwirkung der Grundrechte 142, 163
Duldungspflicht 164
Düsseldorfer Tabelle 175

Eingriff, *siehe* Grundrechtseingriff
Eingriffsvorbehalt, spätkonstitutioneller 144, 148–152
Entschädigungsansprüche 24, 181
Entscheidungsbefugnis, richterliche 117
Entscheidungspflicht, formale 68, 134
Ermessen, *siehe* Gestaltungsspielraum, administrativer

Fachgerichtsbarkeit 36, 41
Formalisierungsgrad 175
Freiheit und Eigentum, *siehe* Eingriffsvorbehalt, spätkonstitutioneller
Freirechtsbewegung 19, 49
Funktionenlehre 17 f., 86

Generalklausel 169, 178, 186–188

- Gericht
- ~liche Sachentscheidung, *siehe* Sachentscheidung
 - ~liche Verfahrenshandlungen, *siehe* Verfahrenshandlungen
 - ~sgebrauch 19
 - ~sverfahren 31, 95 f., 172
 - Individualrechtsschutz durch ~e 118
- Gesetzesbegriff 13, 18, 29, 82, 84, 149
- Gesetzesbindung
- ~smaßstab 80–86, 104–106
 - ~svorgabe 48–51
- Gesetzspflichtigkeit, *siehe* Schutzpflichtenlehre
- Gesetzesunterworfenheit des Richters, *siehe* Gesetzesbindung
- Gesetzesvorbehalt
- grundrechtlicher 144, 151, 155 f., 158
 - haushaltspolitischer, *siehe* Haushaltswirksamkeit
 - ratifikationsrechtlicher 146
 - strafrechtlicher, *siehe* Analogieverbot, strafrechtliches
 - *siehe auch* Vorbehaltsgrundsatz, Vorbehaltslehre
- Gesetzgebungskontrolle, verfassungsgerichtliche 43
- Gesetzmäßigkeit
- der Rechtsprechung 35, 37, 116, 135, 185, 191 f.
 - der Verwaltung 135, 151
 - des Strafrechts, *siehe* Analogieverbot, strafrechtliches
- Gestaltungsbefugnis des Richters, *siehe* Rechtsgestaltung
- Gestaltungsspielraum, administrativer 42
- Gewaltenteilung, *siehe* Grundsatz der ~ gewohnheitsrechtliche Begründung 65, 119, 124
- Gleichbehandlungsgebot, *siehe* Willkürverbot
- Grundentscheidung, gesetzgeberische 84, 104
- Grundlagenkontrolle, bundesverfassungsgerichtliche 75, 76
- Grundrechtsausgestaltung, *siehe* Dimensionen der Grundrechte, objektiv-rechtliche
- Grundrechtsbindung des Richters 173
- Grundrechtseingriff
- administrativer 163
 - faktischer 159
 - judikativer 74, 93, 159–166
 - klassischer 159
 - ~sintensität 169
- Grundrechtsverweigerung 173
- Grundsatz
- der Gewaltenteilung 23, 31, 33, 35, 81, 86–88, 94 f., 98, 128, 135
 - der Rechtssicherheit 23, 81, 94, 172, 178
 - der Verhältnismäßigkeit 37
 - des Vertrauensschutzes 37, 40, 106, 107
- Grundsatzvorlage 10, 115, 119, 120
- Haushaltsprärogative des Parlaments 181
- Haushaltswirksamkeit 179, 181
- Heck'sche Formel 26
- Individualrechtsschutz, *siehe* Gericht
- Interdisziplinarität 50, 57
- Interessenjurisprudenz 20
- Judikative, *siehe* Rechtsprechung
- Justizgewährleistungsanspruch 123
- *siehe auch* Rechtsverweigerungsverbot
- Kernbereich der Legislative 88
- Klarheitspostulat in Kompetenzfragen 46
- Kompetenzbegriff 35 178, 41
- Konstitutionalisierung
- allgemein 21, 56
 - der Methodenlehre 55, 57, 60 f.
- Kontrolldichte, bundesverfassungsgerichtliche 4, 26, 33, 39, 42, 63, 138 f.
- Konventionsfreundlichkeit, *siehe* Rechtsfortbildung, konventionsfreundliche

- Legitimation, demokratische, *siehe*
Demokratieprinzip
- Leistungsverwaltung 154, 180
- Leitbildorientierung 60 f., 86, 102, 174
- Lückenbegriff 10, 111, 120
- Lückenhaftigkeit des Gesetzesrechts
65, 120
- Mediatisierung der Schutzpflicht, *siehe*
Schutzpflichtenlehre
- Methodengesetz 47, 193
- Methodenverfassungsrecht 38, 166, 183
- Nationalsozialismus 14
- normative Ermächtigungslehre, *siehe*
Gestaltungsspielraum, administrativer
- Normenkontrolle, konkrete 31, 82,
106 f.
- Notkompetenz der Judikative 177–179
- nulla poena sine lege, *siehe*
Analogieverbot, strafrechtliches
- Operationalisierung der Grundgesetz-
bestimmungen 31, 104, 106, 127
- Orientierungswert, *siehe* Leitbild-
orientierung
- Parlamentsvorbehalt, *siehe* Delegations-
verbot, parlamentarisches
- Patent-Beschluss 26
- Positivismus, staatsrechtlicher 18, 114
- Präjudizienbindung 39, 40
- praktische Konkordanz 89
- Prozesspartei 161
- Prüfungsrecht, richterliches 16
- Quantifizierungswerke, judikative 175
- Rahmenordnung 58, 59, 60
- Recht, überpositives 55, 66, 122, 125–
127, 131, 173
- Rechtsarbeit 12 30, 32
- Rechtsbindung 66, 125, 131
- Rechtsdogmatik 7 3
- Rechtserzeugung 116
- Rechtsetzung
– ~sbegriff 18, 116
– ~s-Rechtsanwendungs-Gegen-
satz 87, 94, 113
– ~sverbot 86
– ~svorbehalt 148, 150
- Rechtsfindung, *siehe* Stufen der
Rechtsfindung
- Rechtsförderungskriterium 90 f., 132,
184
- Rechtsfortbildung
– contra legem 9, 82 f., 101
– gesetzesimmanente 10, 111
– gesetzesübersteigende 10, 111
– hafrichterliche 72
– im Privatrecht 76, 79, 100, 109,
163, 169, 172
– im Steuerrecht, *siehe* Analogiever-
bot, steuerrechtliches
– im Strafrecht, *siehe* Analogieverbot,
strafrechtliches
– im Verwaltungsrecht, *siehe* Analo-
gieverbot, verwaltungsrechtliches
– im Verfassungsrecht, *siehe* Verfas-
sungswandel
– konventionsfreundliche 36
– praeter legem 9, 10, 99, 106, 128
– richtlinienkonforme 3, 35, 133,
siehe auch Unionsrechtskonformität
– verfassungskonforme 31, 35, 66, 82,
90
– völkerrechtsfreundliche 69, 83, 91,
122
– ~sbeschränkung 99, 128
– ~sfreundlichkeit 100
– ~sgebot 90
– ~sverbot 99, 108, 128, 129
- Rechtsgestaltung 117
- Rechtsprechung
– ~saufgabe 123, 161
– ~sbegriff 161
- Rechtsproduktion 116
- Rechtsquelleneigenschaft des Richter-
rechts 39 f.
- Rechtssicherheit, *siehe* Grundsatz der ~
Rechtsstaatsprinzip 31, 126, 144, 155
- Rechtsverkürzungskriterium 92 f., 159,
163, 169, 170, 184
- Rechtsverordnung 146, 150
- Rechtsverweigerungsverbot 67 f., 76,
79, 99, 109, 121–124, 127, 131 f.

- référé législatif 13 38, 16, 123
 Regelungskonzeption 105
 Regressanspruch des Scheinvaters,
 siehe Scheinvater-Entscheidung
 Richter, *siehe* Gericht
 Richterrechtsbegriff 10 f.
 Rückbindungserfordernis 167, 176
 Rücksichtnahmepflicht, finanzielle 180
 Rügeverkümmungsverbot 2, 33 f.,
 104 f., 138, 162 126
- Sachentscheidung
 – gerichtliche 162
 – zivilgerichtliche 163, 187
 Sachverständigen-Entscheidung 26, 94
 Scheinvater-Entscheidung 34, 90,
 108 f., 165, 185–188
 Schiedsgerichtsbarkeit 36 185
 Schily-Beschluss 24, 75, 161
 Schutzpflichtenlehre 142, 155, 172
 Solange-Formel 34
 Sozialplan-Entscheidung 26, 94
 Staatshaftungsrecht 160, 177, 180 f.
 Streikeinsatz von Beamten 79
 Streitentscheidung, *siehe* Sachentscheidung
 Strukturierende Rechtslehre 113 f.
 Stufen der Rechtsfindung 9, 111
 Stufenbau der Rechtsordnung 112
 Superrevision, *siehe* Kontrolldichte,
 bundesverfassungsgerichtliche
- Totalvorbehalt 154
 Typen der Rechtsfindung, *siehe* Stufen
 der Rechtsfindung
 Typen des Richterrechts 70
- Überforderung des Gesetzgebers 136
 Übergangsfrist 178
 Unabhängigkeit, richterliche 16, 81, 83,
 96
 Unionsrechtskonformität 3, 69, 82, 91,
 122, 132
 – *siehe auch* Rechtsfortbildung,
 richtlinienkonforme
 Unterworfenheit des Richters unter das
 Gesetz, *siehe* Gesetzesbindung
- Verfahrenshandlungen, gerichtliche
 161
 Verfassungsauftrag 23, 66
 Verfassungsbildung, *siehe* Verfas-
 sungswandel
 Verfassungsinterpretation 52–54
 Verfassungsrecht, verfassungswidriges
 22 f. 93
 Verfassungstheorie 52, 53, 54
 Verfassungswandel 27, 43, 114
 Verhältnismäßigkeit, *siehe* Grundsatz
 der ~
 Vertrauensschutz, *siehe* Grundsatz des
 ~es
 Verwaltungskontrolle, gerichtliche 18,
 42, 162 f.
 Völkerrechtsfreundlichkeit, *siehe*
 Rechtsfortbildung, völkerrechts-
 freundliche
 Vorbehalt des Gesetzes, *siehe* Geset-
 zesvorbehalt
 Vorbehaltsgrundsatz, allgemeiner 144
 Vorbehaltslehre
 – allgemein 142
 – Ausweitung der ~ 110, 132
 Vorlagepflicht, *siehe* Normenkontrolle,
 konkrete
 Vorrang
 – des Gesetzes 81 f., 105,
 siehe auch Gesetzesbindung
 – der Verfassung 21, 56
 Vorverständnis 49, 53
- Werteordnung 59, 126
 Wesentlichkeitsschwelle 175, 177
 Wesentlichkeitstheorie 77–80, 98, 136,
 144, 152–157, 170
 Willkürverbot 34, 41, 85
 Wortlautgrenze 73, 84 f., 106
- Zulässigkeit ziviler Kernkraftnutzung
 172
 Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrich-
 tungen 165
 Zutrittsrecht, betriebliches 175