

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

|  |            |
|--|------------|
| <i>II. Handlungsbezogene bzw. objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte . . . .</i>   | 191        |
| <i>III. Grundrechtsausgestaltung als Ausprägung<br/>handlungsbezogener Grundrechtsgehalte . . . . .</i>  | 196        |
| <i>IV. Abgrenzung grundrechtlicher Ausgestaltungs-<br/>und Schutzpflichtdogmatik . . . . .</i>   | 250        |
| <i>V. Grundrechtliche Schutzpflichten als Ausprägung<br/>handlungsbezogener Grundrechtsgehalte . . . . .</i>   | 267        |
| <i>VI. Zwischenfazit . . . . .</i>   | 309        |
| <b>§ 10 Demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Funktion des<br/>Gesetzesvorbehalts: Gemeinwohlbezug und Prognosecharakter<br/>als Indizien für Wesentlichkeit . . . . .</b> | <b>311</b> |
| <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<br/>und die Entwicklung von Regulierungskonzepten . . . . .</i>                                   | 327        |
| <i>IV. Exkurs: Verwandte Ansätze zur Eingrenzung<br/>richterlicher Kompetenz . . . . .</i>   | 332        |
| <i>V. Zwischenfazit . . . . .</i>  | 339        |
| <b>4. Teil: Konsequenzen der Geltung des Gesetzesvorbehalts für<br/>regulatorisches Privatrecht . . . . .</b>  | <b>341</b> |
| <b>§ 11 Gesetzgebungsperspektive: Anforderungen an gesetzliche<br/>Grundlagen privatrechtlicher Regulierung . . . . .</b>  | <b>343</b> |
| <i>I. Grundsatz: Legislative Gestaltungsfreiheit bezüglich<br/>der Regelungstechnik . . . . .</i>  | 345        |
| <i>II. Präzisierung von Regulierungszielen . . . . .</i>   | 347        |
| <i>III. Präzisierung von Regulierungsinstrumenten . . . . .</i>  | 361        |
| <i>IV. Zwischenfazit . . . . .</i>   | 369        |
| <b>§ 12 Rechtsprechungsperspektive: Methodische Anforderungen<br/>an regulatorische Privatrechtsanwendung . . . . .</b>  | <b>371</b> |
| <i>I. Schritt 1: Rechtsfunktionale Einordnung des<br/>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<br/>der Rechtsanwendung . . . . .</i>      | 443 |
| <b>§ 13 Exkurs: Der Gesetzesvorbehalt im<br/>unionsrechtlichen Kontext . . . . .</b>                  | 447 |
| <i>I. Unionsrechtsnormen als Ermächtigungsgrundlagen i.S.d.<br/>Gesetzesvorbehalts . . . . .</i>      | 448 |
| <i>II. Unionsrechts- und insbesondere richtlinienkonforme Auslegung<br/>und Fortbildung . . . . .</i> | 450 |
| <b>Schluss: Zusammenfassung der Kernaussagen . . . . .</b>  | 463 |
| <b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>   | 473 |
| <b>Register . . . . .</b>   | 495 |

# Inhaltsverzeichnis

|  |     |
|--|-----|
| Vorwort .....  | V   |
| Inhaltsübersicht .....   | VII |
| Einführung .....   | 1   |
| § 1 Problemaufriss .....   | 3   |
| I. <i>Neue Impulse im Diskurs um die Grenzen<br/>        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<br/>        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<br>modernen Gesetzesverständnisses .....                                       | 36 |
| 3. Historische Entwicklung im Konstitutionalismus .....   | 39 |
| a) Der Vorbehalt des Gesetzes als Sicherung ständischer<br>Mitbestimmung in den „landständischen“ Vormärzverfassungen | 40 |
| aa) Gegenständliche Bestimmung anhand der Freiheits-<br>und Eigentumsklausel .....                                    | 41 |
| bb) Demokratisch-partizipativer Charakter des<br>anfänglichen Vorbehalts .....  | 42 |
| b) Festigung und Ausweitung des Vorbehaltsgedankens .....   | 43 |
| c) Fokussierung auf den Rechtssatzvorbehalt im<br>staatsrechtlichen Positivismus .....                                | 46 |
| aa) Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff .....   | 46 |
| bb) Fokussierung auf den Rechtssatzbegriff .....  | 49 |
| d) Zusammenführung von rechtsstaatlicher und demokratischer<br>Komponente (spätes Kaiserreich) .....                  | 50 |
| aa) Vorbehalt für (Individual-)Eingriffe in Freiheit und Eigentum<br>bzw. Grundrechte .....                           | 51 |
| bb) Unbeschränkte Delegationsmöglichkeiten und<br>vorbehaltsfreie Räume .....   | 53 |
| cc) Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes: Parallelen<br>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<br/>      dem Grundgesetz</i> .....                          | 59 |
| 1. Wandlung der Staatsform: Ausbau der<br>parlamentarischen Demokratie .....  | 60 |
| 2. Umfassender Grundrechtsschutz und<br>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 |
| III. | <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 |
| IV.  | <i>(Un-)Möglichkeit funktionaler Interferenz zwischen Judikative und Legislative?</i> .....   | 144 |
| V.   | <i>Zwischenfazit</i> .....  | 147 |
| § 7  | <b>Unklare Handhabung im Privatrecht: Rechtsprechung des BVerfG und des BGH</b> .....   | 149 |
| 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 |
| II.  | <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<br>bei Transsexualität . . . . .   | 157        |
| c) Keine Schaffung bestimmter Staatshaftungsansprüche . . . . .   | 158        |
| d) Kein Beitrittszwang zum<br>außergerichtlichen Sanierungsvergleich . . . . .  | 160        |
| 2. Übernahme des differenzierenden Ansatzes des BVerfG . . . . .  | 160        |
| 3. Zwischenbetrachtung . . . . .  | 163        |
| <br>3. Teil: Rechtsfunktionale Betrachtung: Funktionen des<br>Gesetzesvorbehalts und Privatrechtsfunktionen . . . . .                                     | <br>165    |
| <br>§ 8 Differenzierung von Rechtsfunktionen als<br>rechtstheoretische Grundlage . . . . .  | <br>167    |
| <br>§ 9 Rechtsstaatlich-grundrechtliche Funktion des<br>Gesetzesvorbehalts: Verknüpfung von Grundrechtsfunktionen<br>und Privatrechtsfunktionen . . . . . | <br>173    |
| <i>I. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat . . . . .</i>  | <i>175</i> |
| 1. „Strenger“ Eingriffsvorbehalt als Konsequenz der<br>grundrechtlichen Abwehrfunktion . . . . .  | 176        |
| 2. Strukturelle Einordnung als zweipoliges Grundrechtsverhältnis und<br>Abgrenzung zum mehrpoligen Grundrechtsverhältnis . . . . .                        | 179        |
| 3. Funktionales Pendant im einfachen Recht:<br>Die Regulierungsfunktion . . . . .   | 182        |
| 4. Einsatz von Privatrecht zu Regulierungszwecken . . . . .   | 184        |
| a) Einseitige Einschränkung der Interessen eines<br>beteiligten Privaten . . . . .  | 184        |
| b) Einschränkung eines gleichlaufenden Interesses der<br>beteiligten Privaten . . . . .   | 188        |
| c) Legitimität des Einsatzes von Privatrecht<br>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<br>handlungsbezogener Grundrechtsgehalte . . . . .  | 193        |
| <i>III. Grundrechtsausgestaltung als Ausprägung<br/>handlungsbezogener Grundrechtsgehalte . . . . .</i>   | <i>196</i> |
| 1. Überblick zum Verständnis der Grundrechtsausgestaltung . . . . .   | 197        |
| 2. Grundrechtsausgestaltung als primäre staatliche Handlungsform im<br>mehrpolgigen Grundrechtsverhältnis . . . . .                                       | 201        |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| a)  | Freiheitsermöglichender und -beeinträchtigender Charakter<br>von Grundrechtsausgestaltung .....                  | 201 |
| b)  | Geringe verfassungsrechtliche Determinierung<br>der Grundrechtsausgestaltung .....                               | 206 |
| 3.  | Ausgestaltungscompetenz: Funktion des Gesetzesvorbehalts in der<br>Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt .....  | 208 |
| a)  | Erfordernis geringerer Regelungsdichte im Bereich<br>der Grundrechtsausgestaltung .....                          | 209 |
| b)  | Fehlender Ermächtigungsgehalt des Ausgestaltungsvorbehalts   | 211 |
| 4.  | Relevanz des Ausgestaltungsvorbehalts für<br>die Privatrechtsprechung .....                                      | 212 |
| a)  | Ausgestaltung <i>im weiteren Sinn</i> (Interessenausgleichsfunktion des<br>Privatrechts) .....                   | 213 |
| aa) | Reduziertes Bedürfnis legislativer Determinierung<br>des Interessenausgleichs .....                              | 214 |
| (1) | Rahmencharakter des Interessenausgleichs .....   | 214 |
| (2) | Rationalität und Transparenz des<br>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<br>Interessenausgleichs auf Gerichte .....                            | 229 |
| (2) | Abgrenzung konkurrierender Freiheitsrechte als Indiz für<br>Wesentlichkeit? .....                                | 230 |
| dd) | Klarstellung: Keine generelle Ungeeignetheit <i>legislativer</i><br>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<br>Privatrechts) .....                           | 235 |
| aa) | Bsp. 1: Richterliche Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit<br>(Art. 9 Abs. 1 GG) .....                          | 237 |
| (1) | Rechtsfähigkeit der Außen-GbR und<br>akzessorische Haftung .....   | 238 |
| (2) | Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten<br>und Spruchverfahren .....                                     | 241 |
| bb) | Bsp. 2: Richterliche Ausgestaltung der Eigentumsgarantie<br>(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><br>schutzvermittelnder Eingriffsgrundlagen .....   | 290 |
| bb) Vorliegen <i>allgemeiner</i> schutzvermittelnder<br>Eingriffsgrundlagen und Schutzkonzepte .....  | 291 |
| cc) Bsp.: Haftung für klimawandelbedingte Schäden auf Basis<br>von Generalklauseln? .....   | 292 |
| dd) Fehlen normativer Anknüpfungspunkte bzw.<br>legislatives Unterlassen .....  | 296 |
| (1) Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG bei<br>„unechtem“ legislativem Unterlassen .....   | 296 |
| (2) Ausnahmsweise „Notkompetenz“ des Zivilgerichts? ....  | 297 |
| d) Exkurs: Mittelbare Schutzmöglichkeiten im Fall<br>legislativen Unterlassens .....  | 299 |
| aa) Aktivierung des Gesetzgebers: Verfassungsbeschwerde gegen<br>legislatives Unterlassen .....   | 299 |
| bb) Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens? .....  | 301 |
| (1) Konstellation und Funktion .....  | 301 |
| (2) Voraussetzungen in Anlehnung an den<br>unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch .....   | 303 |
| (3) Dogmatische Anknüpfung .....  | 305 |
| 3. Zwischenbetrachtung .....  | 308 |
| VI. <i>Zwischenfazit</i> .....  | 309 |
| <br>  |     |
| § 10 Demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Funktion des<br>Gesetzesvorbehalts: Gemeinwohlbezug und Prognosecharakter<br>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<br>Interesses“ durch die Rechtsanwendung .....  | 319 |
| <i>II. Gemeinwohlbezug der Regulierungsfunktion des Privatrechts</i> .....  | 323 |
| 1. Konsequenz: Legislative Bestimmung von Regulierungszielen .....  | 324 |
| 2. Punktueller Auftreten der Regulierungsfunktion im Privatrecht ....   | 324 |
| <i>III. Eignung des Gesetzgebungsverfahrens für regulatorische Prognosen<br/>und die Entwicklung von Regulierungskonzepten</i> .....                          | 327 |
| 1. Prognosecharakter von Regulierung und Rationalitätsanspruch ...  | 327 |
| 2. Übergreifende Regulierungskonzepte .....   | 332 |
| <i>IV. Exkurs: Verwandte Ansätze zur Eingrenzung<br/>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 |
| <br>   |     |
| 4. Teil: Konsequenzen der Geltung des Gesetzesvorbehalts für regulatorisches Privatrecht .....             | 341 |
| <br>   |     |
| § 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 |
| <br>   |     |
| § 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 legitimiert<sup>1</sup> und einfachgesetzlich mehrfach anerkannt.<sup>2</sup> 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,<sup>3</sup> andererseits die Rolle des Richters als die eines „mehr oder weniger virtuos“ interpretierenden Pianisten beschrieben wird,<sup>4</sup> ist dafür bezeichnend. Allgemein ist zu beobachten, dass verfassungsrechtliche Fragen zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung in der lange stark methodenrechtlich geprägten<sup>5</sup> Diskussion an Bedeutung gewonnen haben.<sup>6</sup> Darunter findet neuerdings neben dem üblichen Anknüpfungspunkt der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) und dem daraus abgeleiteten *Vor-*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

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

<sup>4</sup> *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.

<sup>5</sup> Aus der Fülle an Literatur etwa *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 177 ff.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 172 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>6</sup>1991, Kapitel 5; *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, <sup>2</sup>2012, S. 472 ff.

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Demgemäß wurde die Judikative kaum als mögliche Adressatin der Vorbehaltslehre bedacht.<sup>9</sup> 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 Gesetzeslücken<sup>10</sup> unter Bezug auf Wortlaut, Sinn und Zweck der existierenden Regelungen, ihren Weg zur Entscheidung finden bzw. finden sollten.<sup>11</sup> Damit zielt sie in erster Linie auf die Realisierung des Vorrangs des Gesetzes<sup>12</sup> ab

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 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.

<sup>9</sup> 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, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 60; krit. zur Anwendung der Wesentlichkeitstheorie auf die Verwaltungsgerichte *Roellecke*, NJW 1978, 1776 ff.

<sup>10</sup> 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, <sup>2</sup>1983, S. 15 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 191 ff.

<sup>11</sup> Vgl. dazu sowie zur Nähe von Auslegung und Rechtsfortbildung *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 187 f.

<sup>12</sup> Aus dem Vorrang des Gesetzes folgt eine Normenhierarchie, an deren Spitze formell-

und analysiert, wie der Vorgang richterlicher Rechtsfindung zu leiten und einzugrenzen ist.<sup>13</sup>

Die Perspektive des Vorbehalts des Gesetzes unterscheidet sich hiervon.<sup>14</sup> 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,<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> 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.

<sup>13</sup> Vgl. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 28.

<sup>14</sup> 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, <sup>3</sup>1995, 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.

<sup>15</sup> 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.“

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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)<sup>18</sup> in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2, Abs. 3 GG<sup>19</sup> und ist im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde rügefähig.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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 BVerfG<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> Weite

<sup>18</sup> 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).

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

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 505.

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Demgemäß werden zu starke Einschränkungen infolge einer Anwendung der als starr empfundenen Grenzen des Gesetzesvorbehalts befürchtet.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> Dafür steht paradigmatisch die Soraya-Entscheidung des BVerfG, in der es die Aufgabe und Befugnis der Gerichte zu „schöpferischer Rechtsfindung“<sup>29</sup> und zur „schöpferischen Fortbildung des Rechts“<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Die vermeintlich

---

<sup>26</sup> 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.

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

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> BVerfGE 34, 269, 287.

<sup>30</sup> BVerfGE 34, 269, 288; zum schöpferischen Element richterlicher Rechtsfortbildung auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 221–223.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 34, 269, 286; 82, 6, 12.

<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

### 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“<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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“<sup>36</sup> und schloss zugleich die Möglichkeit einer auf Rechtsfortbildung basierenden Auf-

---

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

<sup>33</sup> 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.

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

<sup>35</sup> BVerfGE 138, 377, 386, 390, 396.

<sup>36</sup> BVerfGE 138, 377, 393.

lösung des Interessenkonflikts aus.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.“<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> Dieser könne „einen stärkeren Schutz vorsehen, als ihn die Gerichte durch die Anwendung der bestehenden Generalklauseln gewähren können“<sup>42</sup>. Allgemeiner formuliert, wird

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

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

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

<sup>41</sup> BVerfGE 138, 377, 396.

<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

## 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“<sup>45</sup> spricht gegen eine Beschränkung etwa auf Konstellationen des Familienrechts, die den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts berühren.<sup>46</sup> 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?

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> BVerfGE 138, 377, 392, 393.

<sup>46</sup> In diese Richtung aber *Löhnig*, NZFam 2015, 359.

Das BVerfG stellt zwar auf die Belastung der Rechtsposition des Einzelnen ab, was eher für ein enges Verständnis der Vorbehaltslehre im Sinne des *Eingriffsvorbehalts* spricht. Zugleich betont es aber allgemein den „Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers“<sup>47</sup> mit Blick auf den privaten Interessenausgleich, was ein weites Verständnis suggeriert, das auch andere grundrechtsrelevante Konstellationen umfassen könnte, die in den weiter gezogenen Kreis der Wesentlichkeitstheorie fallen. Ohnehin stellt sich in privatrechtlichen Streitigkeiten, in denen es typischerweise um den Ausgleich gegenläufiger Interessen geht, die Schwierigkeit, dass die schützende bzw. ausgestaltende Stärkung einer Rechtsposition unweigerlich mit der Beeinträchtigung einer anderen einhergeht.<sup>48</sup>

Neben der Frage nach dem Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze im Privatrecht bleibt offen, welche konkreten Anforderungen dieser an die Gerichte stellt. Das „Ausdrücklichkeitserfordernis“<sup>49</sup> des BVerfG scheint mehr zu verlangen als methodengerechte Rechtsanwendung, wie bereits die Absage an die in der Zivilrechtspraxis übliche Herleitung eines Anspruchs aus der Generalklausel § 242 BGB zeigt. Die im Scheinvater-Beschluss angewandte „Je-umso“-Formel beseitigt die Unklarheiten nicht, denn sie setzt die zivilgerichtliche Feststellung eines abstrakten Rangverhältnisses zwischen den betroffenen Rechtspositionen voraus, das determinieren soll, ob der einen Rechtsposition unter Belastung der anderen zur Durchsetzung zu verhelfen ist.<sup>50</sup> Die Entscheidung selbst verdeutlicht die dabei entstehenden Schwierigkeiten. So ist das vom BVerfG angenommene Rangverhältnis zwischen der Rechtsposition des Scheinvaters und der Kindesmutter keineswegs eindeutig. Man kann durchaus auch die Rechtsposition des Scheinvaters als grundrechtlich geschützt ansehen.<sup>51</sup> Aufgrund der fehlenden Durchsetzbarkeit des Regressanspruchs entsteht ihm ein Vermögensnachteil und somit eine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG). Zudem lässt sich ein persönlichkeitsrechtlicher Einschlag des Auskunftsbegehens bejahen, geht es doch um die Rückforderung von Unterhaltszahlungen, die der Scheinvater über lange Zeit hinweg im Glauben an die leibliche Vaterschaft getätigt hat.<sup>52</sup> Die Etablierung einer abstrakten Hierarchie der Rechtspositionen, die das BVerfG der Frage, ob Rechtsfortbildung zulässig ist, voranstellt, hindert eine einzelfallbezogene Abwägung der Fachgerichte und lässt sich deshalb schwierig mit dem Bedürfnis nach einzelfallgerechten Entscheidungen vereinbaren.<sup>53</sup> So wäre die Herleitung eines Auskunftsan-

---

<sup>47</sup> BVerfGE 138, 377, 394.

<sup>48</sup> So auch BVerfGE 138, 377, 392 f.

<sup>49</sup> So *Neuner*, JZ 2016, 435, 438.

<sup>50</sup> Krit. auch *Neuner*, JZ 2016, 435, 437 f.; s.a. *Sachs*, JuS 2015, 859, 861; *Reuß*, NJW 2015, 1509, 1510.

<sup>51</sup> Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 52023, S. 438; *Löhnig*, NZFam 2015, 359; *Reuß*, NJW 2015, 1509, 1510.

<sup>52</sup> *Neuner*, JZ 2016, 435, 438.

<sup>53</sup> Vgl. *Reuß*, NJW 2015, 1509, 1510.

spruchs wohl auch in Fällen extrem treuwidrigen Verhaltens der Kindesmutter ausgeschlossen, etwa wenn sie den Scheinvater bewusst zur Vaterschaftsanerkennung veranlasst hätte.<sup>54</sup>

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass das BVerfG in der gerichtlichen Herleitung eines Auskunftsanspruchs des nichtehelichen Kindes gegen die Mutter zur Person des leiblichen Vaters aus § 1618a BGB i.V.m. Art. 6 Abs. 5, Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG keine unzulässige Rechtsfortbildung gesehen hat.<sup>55</sup> Den in dieser Konstellation bestehenden „Abwägungsspielraum“<sup>56</sup> sprach es nicht ausschließlich dem Gesetzgeber, sondern auch den Zivilgerichten zu.<sup>57</sup> Dabei wurde es nicht als hinderlich erachtet, dass § 1618a BGB – ebenso wie § 1353 Abs. 1 i.V.m. § 242 BGB – keine ausdrückliche Regelung des Auskunftsanspruch enthält.<sup>58</sup> Diese konsentrierte Rechtsprechung wird auf fachgerichtlicher Ebene weiter ausdifferenziert. So hat etwa der XII. Zivilsenat des BGH<sup>59</sup> jüngst in einem Streit über eine Vaterschaftsauskunft entschieden, dass eine leibliche Mutter auch nach einer Adoption (d.h. trotz Erlöschens des Eltern-Kind-Verhältnisses gem. § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB) gegenüber ihrem Kind zur Auskunft über die Identität des leiblichen Vaters verpflichtet ist und diesen persönlichkeitsrechtsintensiven Auskunftsanspruch des Kindes auf § 1618a BGB gestützt. Dabei nahm der BGH auf die vom BVerfG im Scheinvater-Beschluss statuierte Rechtsfortbildungsgrenze Bezug, hielt den Fall indes nicht für vergleichbar, da mit dem betreffenden Auskunftsanspruch eine „Rechtsposition von ganz erheblicher verfassungsrechtlicher Bedeutung, nämlich das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung“, gestärkt werde.<sup>60</sup>

Gewiss lässt sich die Bedeutung des Auskunftsanspruchs über die Person des leiblichen Vaters mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes, also dessen Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, als gewichtiger einordnen, als das Auskunftsinteresse des Scheinvaters, sodass die Rechtsfortbildungspraxis insofern mit der „Je-umso“-Formel des BVerfG in Einklang zu bringen ist. Dennoch verdeutlicht die von Fall zu Fall unterschiedliche Beurteilung, dass es maßgeblich auf eine gerichtliche *Einzelfallabwägung* ankommt. Damit ist der im Scheinvater-Beschluss verfolgte Ansatz, der fachgerichtlichen Abwägungsbefug-

<sup>54</sup> Erst in Fällen, in denen die Schwelle des § 826 BGB erreicht wäre, käme ein Auskunfts- und Schadensersatzanspruch auf dieser Grundlage in Betracht. Diese Lösung wird im ersten Teil der Entscheidung zur fehlerhaften Gewichtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Mutter erwähnt, vgl. BVerfGE 138, 377, 387 f.

<sup>55</sup> BVerfGE 96, 56, 61 f.

<sup>56</sup> BVerfGE 96, 56, 64.

<sup>57</sup> Vgl. BVerfGE 96, 56, 64.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfGE 96, 56, 62; siehe dazu auch *Neuner*, JZ 2016, 435, 438.

<sup>59</sup> BGHZ 232, 236 = NZFam 2022, 298 (mit Anm. *Löhnig*).

<sup>60</sup> BGHZ 232, 236, 244; beim Auskunftsanspruch des Scheinvaters gehe es hingegen um ein „im Wesentlichen finanzielles Interesse [...], bei dem der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu einer ‚durchsetzungsstärkeren‘ Ausgestaltung gezwungen ist“ (ebd., S. 244 f.).

nis *starre Grenzen* zu setzen, kaum vereinbar. Zudem können sich aus dieser Kompetenzbeschränkung Folgewirkungen ergeben, die den im Privatrecht typischen, kleinteiligen Interessenausgleich gerade bei Beteiligung mehrerer Personen durcheinanderbringen können – dies zumindest, solange der Gesetzgeber das Regelungskonzept nicht entsprechend angepasst hat. So könnte die generelle Versagung des Auskunftsanspruchs gegenüber dem Scheinvater etwa zur Folge haben, dass das Kind vom Scheinvater dazu gedrängt wird, die begehrte Information von der Mutter einzuholen und somit in den Konflikt zwischen Scheinvater, Mutter und leiblichem Vater hineingezogen wird.<sup>61</sup>

### 3. Vereinbarkeit mit der Rechtsfortbildungspraxis im Privatrecht?

Nach strikter Lesart der vom BVerfG im Scheinvater-Beschluss aufgestellten Vorgaben, unterfielen beträchtliche Teile gängiger Rechtsfortbildung im Privatrecht aufgrund Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit, da sie grundrechtsrelevante Belastungen oder Ausgestaltungen betreffen. Am eklatantesten erscheint die Diskrepanz im Arbeitskampfrecht, welches überwiegend auf Rechtsfortbildung des Bundesarbeitsgerichts beruht,<sup>62</sup> zugleich aber eine hohe Grundrechtsrelevanz aufweist, da es um die Ausgestaltung der in Art. 9 Abs. 3 GG – zumal schrankenlos<sup>63</sup> – garantierten Koalitionsfreiheit geht.<sup>64</sup> Werden im Rahmen eines Tarifkonflikts Arbeitskampfmaßnahmen – gleichgültig, ob auf Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite – ergriffen, stehen antagonistische Interessen und kollidierende Grundrechtspositionen der Parteien in Rede, die in Ausgleich zu bringen sind.<sup>65</sup> Die gerichtliche Billigung oder Untersagung einer Kampfmaßnahme bzw. nähere Ausgestaltung bestimmter Kampfmittel<sup>66</sup> weist stets eine grundrechtsfördernde- und zugleich eine grundrechtsbeeinträchtigende Dimension auf.

---

<sup>61</sup> Vgl. *Löhnig*, NZFam 2015, 359.

<sup>62</sup> Grundlegend BAG, NJW 1955, 882; NJW 1991 1668; vgl. dazu BVerfGE 88, 212, 213: „Das Arbeitskampfrecht ist gesetzlich nicht geregelt. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich in zwei grundlegenden Entscheidungen damit befaßt.“; s.a. *Linsenmaier*, RdA 2019, 157, 158.

<sup>63</sup> Vgl. BVerfGE 84, 212, 228; *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 9 Rn. 336.

<sup>64</sup> Gemeint ist hier die kollektive Koalitionsfreiheit, die von Art. 9 Abs. 3 GG als sog. Doppelgrundrecht neben der individuellen Koalitionsfreiheit geschützt wird, vgl. BVerfGE 84, 212, 224 f.; *Linsenmaier*, in: Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht, <sup>23</sup>2023, Art. 9 GG Rn. 39. Zur hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Arbeitskampfrechts und prinzipiellen Regelungsaufgabe des Gesetzgebers *Lerche*, NJW 1987, 2465, 2470 f.

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 92, 365, 395; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 409; s.a. *Linsenmaier*, in: Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht, <sup>23</sup>2023, Art. 9 GG Rn. 20.

<sup>66</sup> Typische Kampfmittel sind auf Arbeitnehmerseite unterschiedliche Streikformen, auf Arbeitgeberseite insbesondere die Aussperrung oder Betriebsstillegung, vgl. *Linsenmaier*, in: Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht, <sup>23</sup>2023, Art. 9 GG Rn. 95.

Nach den im Scheinvater-Beschluss angewandten Grundsätzen hinge die Befugnis der gerichtlichen Rechtsfortbildung davon ab, ob diese der Stärkung einer verfassungsrechtlich schwerwiegenden Position unter Belastung einer vergleichsweise schwächeren Rechtsposition dient (dann gelten weite Grenzen), oder ob hingegen die durchzusetzende Position einen schwächeren verfassungsrechtlichen Gehalt aufweist, als die zugleich zu belastende (dann gelten enge Grenzen).<sup>67</sup> Dass diese Maßstäbe in den typischen Arbeitskampfkonstellationen schwer umsetzbar sind, beruht vor allem auf dem Umstand, dass es meist um eine „Binnenkollision“<sup>68</sup> geht. Es können sich also beide von der Rechtsfortbildung betroffenen Seiten – im Ausgangspunkt mit identischem verfassungsrechtlichem Gewicht – auf dasselbe Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Die Rechtsfortbildungskompetenz von der im Scheinvater-Beschluss genutzten „Je-umso“-Formel abhängig zu machen, erscheint hier weder praktikabel noch mit der Aufgabe der Fachgerichte zum einzelfallbezogenen Interessenausgleich kompatibel, zumal es an gesetzlichen Anknüpfungspunkten gänzlich mangelt. Das BVerfG misst im Bereich des Arbeitskampfrechts aber offenbar mit anderem Maß und geht dort von einem „gesetzesgleichen“ Charakter gerichtlicher Rechtsfortbildung aus.<sup>69</sup>

Festzuhalten ist, dass sich die Rechtsfortbildungspraxis im Arbeitskampfrecht, wo Gerichte vielfach abstrakt-generelle Regelungen mit erheblicher Grundrechtsrelevanz entwickeln, nicht mit einer umfassenden, strengen Gesetzesvorbehaltsgeltung für die Judikative im Privatrecht verträglich ist.<sup>70</sup> Es stellt sich also die Frage, ob das BVerfG bewusst mit zweierlei Maß misst<sup>71</sup> oder noch auf der Suche nach einem einheitlichen Maßstab ist, der sich zur Bestimmung der zulässigen Reichweite privatrechtlicher Rechtsfortbildung in grundrechtsrelevanten Fragen eignet. Die Problematik beschränkt sich freilich nicht auf das Extrembeispiel des Arbeitskampfrechts. Auch in anderen Bereichen des Privatrechts anerkannte Rechtsfortbildungen gehen mit grundrechtsrelevanten Belas-

<sup>67</sup> Vgl. BVerfGE 138, 377, 393.

<sup>68</sup> So *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 409.

<sup>69</sup> Dies kommt etwa in BVerfG NJW 2020, 3089 zum Ausdruck (zur Bestätigung einer arbeitskampfrechtlichen Entscheidung im Kontext von Streikmaßnahmen einer Gewerkschaft auf privaten Betriebsparkplätzen). Hier stellte sich die Frage, ob die mit dem Streik einhergehende Besitzstörung verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB darstellt und dem Unternehmen dagegen Unterlassungsansprüche aus § 862 Abs. 1 S. 2 BGB und §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB (analog) zustehen. BAG NJW 2019, 1097 Rn. 19 ff. verneint dies unter Berufung auf die „richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskampfrechts“, die als *gesetzliche Gestattung* i.S.v. § 858 Abs. 1 BGB anzusehen seien. Nach BVerfG NJW 2020, 3098 Rn. 12 ist es „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das BAG [...] Ansprüche der Beschwerdeführerin gegen die Gewerkschaft mit dem Argument verneint, die richterrechtlichen Regelungen zum Streikrecht seien als „gesetzliche“ Gestattung i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB zu verstehen“. Die Entscheidung illustriert, dass Richterrecht im Kontext der Auflösung von Grundrechtskollisionen im Arbeitskampf weitgehend mit einfachem Gesetzesrecht gleichgesetzt wird (so BAG NJW 2019, 1087 Rn. 20).

<sup>70</sup> Vgl. dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 184.

<sup>71</sup> *Michl*, Jura 2017, 1062, 1072.

tungen oder Ausgestaltungen einher und wären unter strenger Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf den Prüfstand zu stellen. So weisen gängige Rechtsfiguren wie etwa der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,<sup>72</sup> die Beweislastumkehr im Rahmen der Produzentenhaftung<sup>73</sup> oder die Gewährung von Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>74</sup> keine „ausdrückliche“ Grundlage im Gesetz auf, obgleich sie haftungserweiternd wirken und sowohl die Eigentumsgarantie als auch die allgemeine Handlungsfreiheit des jeweiligen Anspruchsgegners beeinträchtigen. Auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext sind rechtsfortbildend begründete Haftungsausdehnungen – man denke etwa an die viel diskutierte Legalitätspflicht<sup>75</sup> – trotz Fehlens klarer gesetzlicher Anknüpfungspunkte üblich. Im privaten Nachbarrecht werden auf das richterrechtlich entwickelte „nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis“<sup>76</sup> Rücksichtnahmepflichten gestützt, die „in Ausnahmefällen dazu führen [können], dass die Ausübung gewisser aus dem Eigentum fließenden Rechte ganz oder teilweise unzulässig wird“.<sup>77</sup> Auch wichtige eigentumsgestaltende Institute wie das Sicherungseigentum oder Anwartschaftsrecht<sup>78</sup> und die personenrechtsgestaltende Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)GbR<sup>79</sup> beruhen auf Rechtsfortbildung. All diese Beispiele bieten anschauliche Belege dafür, dass die – hier freilich etwas überspitzt dargestellten – Maßstäbe des Scheinvater-Beschlusses schwerlich mit der Praxis der Privatrechtsprechung und ihrer typischen Funktion zur einzelfallgerechten Auflösung privater Interessenkonflikte in Einklang zu bringen sind.

Man könnte sich nun mit der Annahme begnügen, das BVerfG habe im Scheinvater-Beschluss keine generelle Beschränkung der Rechtsfortbildungskompetenz der Privatrechtsprechung einführen und die gängige Rechtsfortbildungspraxis nicht grundlegend infrage stellen wollen. Namentlich der familienrechtliche Kontext der Entscheidung, der eine Ausweitung auf andere privatrechtliche Streitigkeiten nicht zwingend nahelegt,<sup>80</sup> dürfte mit ein Grund dafür sein, dass sie in der Literatur wenig Aufsehen erregt hat.<sup>81</sup> In jedem Fall bietet die

<sup>72</sup> Grundlegend BGHZ 49, 350.

<sup>73</sup> Dazu etwa BGHZ 51, 91; 80, 186.

<sup>74</sup> Grundlegend BGHZ 26, 349 (Herrenreiter).

<sup>75</sup> In diesem Kontext erwähnt *Grigoleit*, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. 2, S. 367, 374 den Wesentlichkeitsvorbehalt.

<sup>76</sup> Dazu etwa BGH NJW 1977, 1447, 1448; NJW 2001, 3119, 3120 f.; NZM 2019, 890, 892.

<sup>77</sup> BGH NJW 2001, 3119, 3120 f.; s.a. BGH NJW 1977, 1447, 1448.

<sup>78</sup> Dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>6</sup>1991, S. 414 ff., der diese Institute als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung einordnet.

<sup>79</sup> Grundlegend BGHZ 146, 341; dazu *K. Schmidt*, JZ 2009, 10, 12 f.

<sup>80</sup> In diese Richtung *Löhnig*, NZFam 2015, 359, der auf die besondere verfassungsrechtliche Sensibilität des familienrechtlichen Kontextes hinweist.

<sup>81</sup> Besonders krit. aber *Neuner*, JZ 2016, 435, 437 („ganz neuartige Kompetenzbeschränkung der Zivilgerichte“); s.a. *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, <sup>13</sup>2023, S. 9; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 438.

Entscheidung aber Anlass dazu, das Verhältnis des Gesetzesvorbehalts zur Rechtsprechung im Privatrecht grundlegender zu untersuchen. Es gilt zu hinterfragen, inwieweit dieser verfassungsrechtliche Grundsatz, aus dem das BVerfG das Erfordernis einer „eindeutigen Grundlage im geschriebenen Recht“<sup>82</sup> ableitet – der paradoxerweise aber selbst keine eindeutige Grundlage im (geschriebenen) Verfassungsrecht aufweist<sup>83</sup> –, in die Dogmatik der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung einzubeziehen ist. Die vorliegende Untersuchung möchte einen Beitrag zu dem kontinuierlich geführten Forschungsgespräch über das (kompetenzielle) Spannungsfeld zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung leisten, indem sie einen Verfassungsgrundsatz beleuchtet, der zumindest im privatrechtlichen Diskurs um die zulässige Reichweite richterlicher Rechtsentwicklung wenig Beachtung findet.

### III. Aktuelle Relevanz der Problematik

Aufgrund der heute weitreichenden gesetzlichen Durchnormierung vieler Lebensbereiche könnte man annehmen, die Frage nach der Geltung des Gesetzesvorbehalts sei nicht von Aktualität, zumal bisweilen konstatiert wird, der Anteil der Rechtsfortbildung in der Entwicklung des Privatrechts sei in jüngerer Zeit rückläufig und es seien „Geländegewinne des Gesetzgebers“<sup>84</sup> zu verzeichnen. Zugleich steht aber außer Frage, dass eine „aktive“ Rolle der Rechtsprechung bei der Rechtsentwicklung nach wie vor unverzichtbar ist. So entstehen infolge gesellschaftlicher Entwicklungen ständig neue Regelungsgebiete und Rechtsprobleme, auf die selbst ein sehr aktiver Gesetzgeber niemals in „Echtzeit“ reagieren kann. Aktuelle Beispiele bieten etwa der privatrechtliche Umgang mit ökologischen Nachhaltigkeitszielen,<sup>85</sup> mit personenbezogenen Daten (z.B. Schutz und Übertragbarkeit) oder dem Einsatz künstlicher Intelligenz (z.B. Haftungsfragen im Bereich autonomen Fahrens). In all diesen Bereichen kann man die Frage aufwerfen, inwieweit exklusive Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers bestehen und inwiefern eine (autonome) Regelsetzung durch die Zivilgerichte zulässig ist. Nur am Rande sei zudem auf das auch in Deutschland zunehmende Phänomen

<sup>82</sup> BVerfGE 138, 377, 386.

<sup>83</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 126; vgl. zu expliziten Regelungen eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts etwa Art. 18 Abs. 1 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes, Art. 34 der französischen Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>84</sup> Vgl. zum Gesellschaftsrecht *K. Schmidt*, JZ 2009, 10, 19; zum Familienrecht *Röthel*, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. 2, S. 273, 274 f. Ein aktuelles Beispiel für die Legifizierung richterlicher Rechtsfortbildung bietet das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), welches die Rechtsfortbildung zur Außen-GbR weitgehend kodifiziert; dazu *Fleischer*, DSStR 2021, 430 ff.

<sup>85</sup> In diesem Kontext zur Relevanz des Gesetzesvorbehalts *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 178, 209; *Gsell*, NZM 2022, 481, 486, 488 f.

der strategischen Prozessführung<sup>86</sup> hingewiesen (z.B. climate change litigation<sup>87</sup>), die insbesondere darauf abzielt, über partikulare Interessen der klagenden Partei hinausreichende, öffentliche Belange auf dem Klagewege durchzusetzen.<sup>88</sup> Diese Form der Interessendurchsetzung unter Implikation der Dritten Gewalt wirft Probleme der Gewaltenteilung auf und ihr Erfolg hängt – von der reinen Medienwirksamkeit abgesehen – maßgeblich von der Reichweite richterlicher Rechtsgestaltungsbefugnisse ab.<sup>89</sup> Die Frage nach der Relevanz des Gesetzesvorbehalts für die Judikative im Privatrecht ist also durchaus aktuell.

---

<sup>86</sup> Gemeint ist allgemein der strategische Einsatz von Gerichtsverfahren als Mittel der – über Individualinteressen der Prozessparteien hinausgehenden – Interessenverfolgung. Eingehend zur Begriffsbestimmung der „Strategic Litigation“ Graser, RW 10 (2019), 317, 319 ff.

<sup>87</sup> Dazu eher skeptisch Wagner, NJW 2021, 2256 ff.; Wegener, NJW 2022, 425 ff.; aus rechtsvergleichender Perspektive zur „climate protection by courts“ KahllWeller (Hrsg.), Climate change litigation, 2021; für die Geltung des Gesetzesvorbehalts als Kompetenzgrenze für die Zivilrechtsprechung im Kontext von Klimaklagen gegen private Emittenten nachdrücklich Gärditz, EurUP 2022, 45, 57 ff., 66 ff.; s.a. LG Stuttgart NVwZ 2022, 1663 Rn. 25 f.

<sup>88</sup> Vgl. Graser, RW 10 (2019), 317, 320 f. und 329 (zur Rolle der Rechtsfortbildung in diesem Zusammenhang).

<sup>89</sup> Vgl. dazu Graser, RW 10 (2019), 317, 348–352. Der auf mediale bzw. öffentliche Aufmerksamkeit abzielende Aspekt strategischer Prozessführung (dazu ebd., S. 330 f.) wird davon allerdings nicht berührt.



## Gegenstand und Gang der Untersuchung

### I. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

In das Forschungsgespräch zur richterlichen Rechtsarbeit einfürend, konstatiert *Christian Bumke* die thematische „Totalität“ und damit einhergehende „Strukturlosigkeit“ des Phänomens als Untersuchungsgegenstand und weist auf die Vielzahl möglicher Perspektiven und die Unbegrenztheit an Fragen hin, die sich im Forschungsfeld um das Richterrecht auftun.<sup>1</sup> Auch für vorliegende Untersuchung, die sich mit der Kompetenzverteilung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung befasst, ist eine Verengung der Perspektive und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands essenziell.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, vorab einige Grenzlinien zu ziehen und terminologische Fragen zu klären.

#### 1. Behandelte Adressaten des Gesetzesvorbehalts

Im Zentrum dieser Untersuchung steht die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung im Privatrecht, also in erster Linie die Zivil- und Arbeitsgerichte, Adressatin des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts ist. Dabei ist die Rechtsprechung als streitentscheidende Instanz gemeint, die (letz-)verbindliche (Streit-)Entscheidung in einzelnen Rechtssachen trifft.<sup>3</sup> Neben der Recht-

---

<sup>1</sup> *Bumke*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 4.

<sup>2</sup> *Bumke*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 4 betont die Wichtigkeit der Trennung unterschiedlicher Perspektiven und weist darauf hin, dass sich etwa aus der Beobachtung des arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Gesetzgebung und Rechtsprechung keine unmittelbaren Schlüsse für die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ziehen lassen. Unter den Diskursfeldern, die *Bumke* für das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit differenziert (ebd., S. 4 f.), lässt sich der vorliegende Untersuchungsansatz am ehesten dem zur „Stellung und Aufgabe der Rechtsprechung im demokratischen Verfassungsstaat“ zuordnen.

<sup>3</sup> Siehe zu Art. 92 GG BVerfGE 4, 358, 363; 103, 111, 137 f.; dagegen spielen sog. verwaltungsähnliche Tätigkeiten der Rechtsprechung, z.B. die Bestellung eines Betreuers (§ 1814 Abs. 1 BGB) oder die Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung oder freiheitsentziehenden Maßnahme (§ 1831 BGB), hier nur am Rande eine Rolle. Für letztere bestimmt Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG einen speziellen Gesetzesvorbehalt; siehe zu strengen Rechtsfortbildungsgrenzen im Bereich solcher „paternalistischen Maßnahmen“ *Neuner*, ZfPW 2022, 257, 275 f.

sprechung wird stellenweise auch die Perspektive des Gesetzgebers zu behandeln sein, weil der Gesetzesvorbehalt in seiner verpflichtenden Dimension auch diesen adressiert, indem er verlangt, dass sich das Parlament der „wesentlichen“ Fragen selbst annimmt, sie also nicht unbeschränkt delegieren darf.<sup>4</sup> Zwischen dieser, die Legislative verpflichtenden Funktion und der an die Exekutive und – möglicherweise – die Judikative adressierten kompetenzbeschränkenden Funktion des Gesetzesvorbehalts bestehen Wechselwirkungen. So stellt sich als Gegenstück zur Frage der Zulässigkeit gesetzgeberischer Delegation von Entscheidungsgewalt – etwa durch Verwendung einer privatrechtlichen Generalklausel wie § 242 BGB – die Frage nach den Grenzen zulässiger Ausschöpfung solcher Spielräume im Zuge der Rechtsanwendung. Der Fokus der Untersuchung liegt zwar auf den Kompetenzgrenzen der (Privat-)Rechtsprechung, aufgrund der engen Verzahnung zwischen legislativer Regelungstechnik und judikativer Konkretisierungsleistung sind aber auch die Konsequenzen des Gesetzesvorbehalts für den (Privatrechts-)Gesetzgeber einzubeziehen.<sup>5</sup>

Nicht behandelt wird vorliegend das Kompetenzverhältnis zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit. Dies zum einen, weil Prüfungsmaßstab des BVerfG allein das Verfassungsrecht ist,<sup>6</sup> sodass sich die Frage nach einem dem *einfachen Gesetz* vorbehaltenen Bereich nicht stellt.<sup>7</sup> Zum anderen, weil die Stellung des BVerfG als Verfassungsorgan seine Rolle als Gericht überlagert; insbesondere kommt ihm neben seiner rechtsprechenden Funktion in gewissem Ausmaß auch eine gesetzgebungsähnliche bzw. die Legislative beratende Funktion zu,<sup>8</sup> sodass sich die Frage der Kompetenzabgrenzung zum Gesetzgeber nicht in vergleichbarer Weise stellt wie mit Blick auf die Fachgerichtsbarkeit.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Zum Wesentlichkeitsvorbehalt als Delegationsschranke im Privatrecht *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 63 ff.

<sup>5</sup> Zur Beeinflussung der erforderlichen Detailliertheit des Gesetzestextes durch die methodische Konkretisierungsleistung der Rechtsanwendungsorgane *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 128 f.

<sup>6</sup> BVerfGE 1, 418, 420 („spezifisches Verfassungsrecht“).

<sup>7</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 7 f. Auch in diesem Verhältnis stellen sich schwierige Kompetenzprobleme, insb. unter dem Aspekt des Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatzes. Diese werden häufig unter Bezug auf die aus der amerikanischen Verfassungsdoktrin stammende Forderung nach *judicial self-restraint* diskutiert; dazu etwa *Vofßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 2018, Art. 93 Rn. 36; s.a. BVerfGE 36, 1, 14.

<sup>8</sup> § 31 Abs. 1 BVerfGG sieht die allgemeine Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG vor und § 31 Abs. 2 BVerfGG bestimmt Fälle, in denen den Entscheidungen Gesetzeskraft zukommt, sodass man von einer „quasi-legislatorischen Dimension“ der Entscheidungswirkung sprechen kann (vgl. *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 1 Rn. 29); von einer Funktion als „Gesetzgebungskommission“ spricht *Flume*, Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages 1967, K 28.

<sup>9</sup> *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 203 f. betont vor diesem Hintergrund auch die unterschiedlich starke demokratische Legitimation der Richter des BVerfG und derjenigen der Obersten Bundesgerichte aufgrund der unterschiedlichen Bestellungsverfahren in Art. 94 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 2 GG.

## 2. Ausklammerung privater Normsetzung

Die Untersuchung befasst sich nicht näher mit der Frage, inwieweit *private Normsetzung* eine Grenze im Gesetzesvorbehalt findet, wenn sie funktional in die Nähe staatlicher Normierung rückt.<sup>10</sup> Diese Problematik ist hier bloß in groben Zügen zu skizzieren. Der Gesetzesvorbehalt bezieht sich auf staatliches Handeln und damit nicht auf privat gesetzte Normen.<sup>11</sup> Von Privaten gesetzte Normen können allerdings den Charakter von (staatlichen) Rechtsnormen annehmen, wenn der Staat sie für allgemeinverbindlich erklärt oder pauschal auf sie verweist und ihnen somit einen höheren – über die grundsätzlich begrenzte *inter partes* Wirkung von Verträgen hinausgehenden – Autoritätsanspruch verleiht.<sup>12</sup> In solchen Konstellationen liegt die Geltung des Gesetzesvorbehalts nahe, soweit es um Vorgaben in privaten Regelwerken geht, die zwingende Wirkung entfalten und grundrechtlich geschützte Freiheit einschränken.<sup>13</sup> Könnte der Gesetzgeber einschränkungslos und dynamisch auf private Regelwerke verweisen, würden nämlich die Kernanliegen des Gesetzesvorbehalts, d.h. die demokratische Legitimation und die Berechenbarkeit staatlicher Normsetzung, nicht gewahrt.

Von dieser Verweisungsproblematik lässt sich die Frage unterscheiden, inwieweit eine Pflicht des Gesetzgebers besteht, bestimmte Anforderungen oder Leitlinien für private Normsetzung vorzugeben,<sup>14</sup> deren faktisch zwingender Charakter sich nicht aus einer staatlichen Normanerkennung oder Verweisung, sondern daraus ergibt, dass einzelne private Akteure, die für die Teilhabe am öffentlichen Leben essenzielle Leistungen auch in grundrechtsrelevanten Bereichen erbringen (z.B. Social-Media-Plattformbetreiber), aufgrund ihrer starken Macht- und Monopolstellung eine „staatsähnliche“ Position innehaben, die sich auch in der

---

<sup>10</sup> Dazu etwa *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5, 44 f.

<sup>11</sup> *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5, 45.

<sup>12</sup> Zur Rechtsnatur privater Normsetzung *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>3</sup>2023, S. 110–112. Ein Bsp. bietet der Verweis auf den Deutschen Corporate Governance Kodex in § 161 Abs. 1 AktG, verbunden mit einer Erklärungspflicht der adressierten Unternehmen, ob den darin gemachten Empfehlungen entsprochen wird. Hierbei handelt es sich allerdings bloß um einen faktischen, durch die Erklärungspflicht vermittelten Zwang. Den Empfehlungen des Kodex wird also keine gesetzesgleiche (Zwangs-)Wirkung vermittelt; daher von der Verfassungsmäßigkeit ausgehend *Grigoleit/Zellner*, in: *Grigoleit*, AktG, <sup>2</sup>2020, § 161 Rn. 7.

<sup>13</sup> *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 66 ff.; 363 f. geht von einer differenzierten (d.h. nicht i.S.e. Regelsetzungsmonopols verstandenen) Geltung des Gesetzesvorbehalts gegenüber privater Regelsetzung aus und folgert daraus ein „grundsätzliche[s] Verbot dynamischer Verweisungen auf Regeln nicht-staatlichen Ursprungs“ (ebd., S. 66, Hervorhebung im Original); s.a. *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 178. In BVerfGE 76, 171, 1. Leitsatz und S. 184 ff. wurde unter Bezug auf den Gesetzesvorbehalt angenommen, dass berufsständische Richtlinien, die keine öffentlich-rechtliche Satzung darstellen, nicht als Hilfsmittel zur Konkretisierung anwaltlicher Berufspflichten in Auslegung der Generalklausel in § 43 BRAO herangezogen werden dürfen.

<sup>14</sup> Zu einfachgesetzlichen Leitlinien für private Normsetzung allg. *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 366 ff.

überragenden Bedeutung ihrer Regelwerke (z.B. Nutzungsbedingungen) niederschlägt. In Anbetracht aktueller Tendenzen des BVerfG, in spezifischen Konstellationen eine unmittelbare Grundrechtswirkung zwischen Privaten anzunehmen und in der Folge dem Verwaltungsverfahren ähnliche Verfahrensregeln für private Handlungen aufzustellen,<sup>15</sup> liegt der Gedanke nicht gänzlich fern, verfassungsrechtliche Anforderungen auf die Gestaltung privater Regelsetzung zu übertragen, die sich an den Anliegen des Gesetzesvorbehalts orientieren, namentlich an der Sicherung der Vorhersehbarkeit und Gleichheit (staatsähnlicher) Machtausübung durch Schaffung abstrakt-genereller Regelungen.<sup>16</sup> Diese Problematik kann hier allerdings nicht näher behandelt werden und sei bloß als möglicher Forschungsanstoß gedacht.

## II. Methodische und kompetenzielle Grenzen: Gesetzesbindung und Gesetzesvorbehalt

Aus dem Spektrum der „verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung“ wird vorliegend mit dem Gesetzesvorbehalt ein *kompetenzieller* Aspekt herausgegriffen. Es wird untersucht, ob und in welchen Konstellationen gerichtliche Entscheidungen im Privatrecht auf eine (konkrete) gesetzliche (Ermächtigungs-)Grundlage angewiesen sind.<sup>17</sup> Es handelt sich also nicht um einen *rein methodischen* Ansatz, der – ausgehend von einem vorhandenen, im Wege eines Rechtserkenntnisprozesses zu verarbeitenden Normbestand – auf die Einhaltung der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. des Gesetzesvorrangs abzielt. Diese Untersuchung nimmt vielmehr zum Ausgangspunkt, dass für viele Rechtsfragen (noch) keine konkrete gesetzliche Regelung besteht. Sie behandelt die Folgefragen, inwieweit Gerichte dann zur eigenständigen Rechtserzeugung

<sup>15</sup> Mit Bezug auf Unternehmen in öffentlicher Hand BVerfGE 128, 226, 244 (Fraport); mit Bezug auf rein private Unternehmen BVerfG NJW 2015, 2485 Rn. 6 (Bierdosen-Flashmob); BVerfGE 148, 267, 284 ff. (Stadionverbot); BVerfG NJW 2019, 1936 Rn. 15 (Facebook-Account-Sperrung); näher zu dieser Entwicklung *Hellgardt*, JZ 2018, 901 ff.; *Michl*, JZ 2018, 910 ff.; *Wiater*, JZ 2020, 379 ff.; *Jobst*, NJW 2020, 11 ff.

<sup>16</sup> Dagegen erscheint es eher fernliegend, auch die demokratisch-politische Funktion des Gesetzesvorbehalts, nach der bestimmte Fragen im parlamentarischen Willensbildungsprozess zu entscheiden sind, auf die Regelsetzung durch Private Akteure zu übertragen. Denn selbst wenn ein Unternehmen mit monopolartiger Stellung in einem bestimmten Bereich eine „staatsähnliche“ Stellung einnimmt, rechtfertigt dies keine Übertragung der für den demokratischen Rechtsstaat vorgesehenen Regeln des gemeinschaftlichen Willensbildungsprozesses, weil sich die Funktionen, Ziele und Struktur des Entscheidungsprozesses hier und dort grundlegend unterscheiden.

<sup>17</sup> Im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts ist staatliches Handeln nur rechtmäßig ist, wenn es durch Gesetz oder auf Grundlage einer – im Präzisionsgrad je nach Regelungsgegenstand variablen – gesetzlichen Ermächtigung erfolgt; vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 30.

befugt sind und welche Mindestanforderungen die dabei zugrunde gelegten gesetzlichen (Ermächtigungs-)Grundlagen erfüllen müssen.<sup>18</sup> Diese Fragen sind derjenigen, wie die Gesetzesbindung methodisch abgesichert werden kann, gedanklich vorgelagert.<sup>19</sup>

Sofern aus der Geltung des Gesetzesvorbehalts das Erfordernis einer (konkreten) gesetzlichen Grundlage für gerichtliche Entscheidungen folgt, können daraus aber auch Anforderungen an die Auslegungs- bzw. Rechtsfortbildungspraxis der Gerichte folgen,<sup>20</sup> sodass von einem *Zusammenspiel* zwischen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts und methodischen Vorgaben für die Rechtsanwendung auszugehen ist, welches im 4. Teil der Untersuchung näher behandelt wird. Die methodischen Anforderungen der (gewöhnlichen) Gesetzesbindung und die aus dem Gesetzesvorbehalt folgenden Grenzen weisen also durchaus Schnittmengen auf, können sich im Einzelfall aber unterscheiden, wie der Scheinvater-Beschluss eindrücklich zeigt, in dem einer in der Zivilrechtspraxis üblichen, bereits als Gewohnheitsrecht geltenden<sup>21</sup> Herleitung eines Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB mangels „eindeutige[r] Grundlage im geschriebenen Recht“<sup>22</sup> eine Absage erteilt wird. Hieran wird deutlich, dass der Gesetzesvorbehalt auch für die *Rechtskonkretisierung* (z.B. mittels Abwägung im Rahmen von Generalklauseln) Maßstäbe setzt, auf die die privatrechtliche Methodenlehre herkömmlich keinen Schwerpunkt legt.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Ähnlich differenziert *Jestaedt*, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, S. 25, 71 zwischen Rechtserkenntnisfragen als Methodenfragen und Fragen der (autonomen) Rechtserzeugung als solche der Rechtsermächtigung, mithin Kompetenzfragen.

<sup>19</sup> Vgl. dazu BVerfGE 40, 237, 248 f.: „Die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht, der Vorrang des Gesetzes also, würden ihren Sinn verlieren, wenn nicht schon die Verfassung selbst verlangen würde, daß staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur Rechtens ist, wenn es durch das förmliche Gesetz legitimiert wird.“; zur Gegenüberstellung von „ob“ und „wie“ des Richterrechts *Ipsen*, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 28; s.a. *Möllers*, JZ 2009, 668, 672: „Die Vorgaben, die das Grundgesetz dem Gesetzgeber zum Ob und Wie einer gesetzlichen Entscheidung macht, müssen auch für die Frage von Bedeutung sein, wie Gerichte mit dem Gesetz – oder mit der Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung – umgehen dürfen.“

<sup>20</sup> So ist gesetzesübersteigende Rechtsfindung (*extra legem*), die sich nicht auf einen konkreten Befehl des positiven Rechts stützen lässt, in diesen Bereichen meist problematisch; vgl. *Seiler*, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000, S. 131: „Eine [...] Rechtsfortbildung über die Grenze des Normierten hinaus, aber innerhalb des Rahmens und der leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung ist zwar in manchen Bereichen [...] anzuerkennen, kann aber die Funktion des Gesetzesvorbehalts keinesfalls erfüllen, da es an der zu fordernden parlamentarischen Rückbindung fehlt und die rechtsstaatlich gebotene Vorhersehbarkeit der Regelung nicht gegeben wäre.“

<sup>21</sup> *Neumer*, JZ 2016, 435, 438; *Krüger*, in: MünchKomm. BGB, 92022, § 260 Rn. 12.

<sup>22</sup> BVerfGE 138, 377, 386.

<sup>23</sup> Zum Befund, dass die Rechtskonkretisierung im privatrechtlichen Methodendiskurs bislang eine untergeordnete Rolle spielt *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 52023, S. 286; *Zimmermann*, *RabelsZ* 83 (2019), 241, 281 mit Fn. 282.

### III. Terminologische Vorbemerkungen

#### 1. Präzisierung zur Terminologie der Vorbehaltslehre

Die Begriffe des (allgemeinen) Vorbehalts des Gesetzes und Gesetzesvorbehalts werden vorliegend synonym verwendet, was der Praxis des BVerfG entspricht.<sup>24</sup> Unter Bezug auf die Ausdehnung der Vorbehaltslehre im Zuge der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, in der der Vorbehalt des Gesetzes weitgehend aufgegangen ist,<sup>25</sup> kann man auch vom Wesentlichkeitsvorbehalt sprechen.<sup>26</sup> Sofern von (speziellen) Grundrechtsvorbehalten die Rede ist,<sup>27</sup> die hier als Ausprägungen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts verstanden werden,<sup>28</sup> werden diese entsprechend bezeichnet. Selbiges gilt für andere spezielle Gesetzesvorbehalte, wie etwa den in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt, den steuerrechtlichen Gesetzesvorbehalt oder sonstige für diese Untersuchung weniger relevante Sondervorbehalte.<sup>29</sup>

Der Vorbehalt des Gesetzes bestimmt als Kompetenzzuweisungsnorm, dass bestimmte Fragen im Kern ausschließlich vom Parlament zu entscheiden sind, woraus umgekehrt folgt, dass sie außerhalb der Entscheidungskompetenz anderer Gewalten – d.h. der Exekutive und möglicherweise auch der Judikative – liegen. Man kann gedanklich also zwischen einer an den Gesetzgeber adressierten *verpflichtenden* Dimension und einer auf die Rechtsanwendungsorgane bezogenen *kompetenzbeschränkenden* Dimension unterscheiden. Erstere wird regelmäßig auch als „Parlamentsvorbehalt“ bezeichnet.<sup>30</sup> Indem die parlamentarische

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 126 f. („Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes“, „verfassungsrechtlicher Gesetzesvorbehalt“); BVerfGE 157, 30 Rn. 259 und 265 (jeweils „Grundsatz des Gesetzesvorbehalts“), Rn. 260 („Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes“); für eine begriffliche Unterscheidung hingegen *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 14 f.

<sup>25</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 93; ähnlich *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 201 f.; *ders.*, BDVR Rundschreiben 2004, 76, 77; *Ohler*, AöR 131 (2006), 336, 343 f.; s.a. BVerfGE 47, 46, 48 f., wo von einer neuen Bestimmung des Rechtsinstituts die Rede ist.

<sup>26</sup> Vgl. zu dieser Terminologie *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 200; im Privatrecht *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 64; *Grigoleit*, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. 2, S. 367, 374.

<sup>27</sup> Etwa Art. 2 Abs. 2 S. 3, 5 Abs. 2, 6 Abs. 3, 8 Abs. 2, 10 Abs. 2 S. 1, 11 Abs. 2, 12 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 7 Hs. 2, 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 S. 2; 16 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 GG.

<sup>28</sup> So auch BVerfGE 49, 89, 127; 150, 1, 96; näher zu diesem Verständnis unter § 4 I. 2.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. die Gesetzesvorbehalte in finanz- und haushaltspolitischen (Art. 110 Abs. 2 S. 1, 115 Abs. 1 S. 1 GG), außenpolitischen (Art. 24 Abs. 1, Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG), institutionellen (Art. 21 Abs. 5, 28 Abs. 2, 33 Abs. 5, Art. 97 Abs. 2 S. 1, 89 Abs. 1 und Abs. 2 GG) oder organisatorischen (Art. 54 Abs. 7, 94 Abs. 2 GG) Fragen.

<sup>30</sup> Vgl. *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 109; *Bumke*, BDVR Rundschreiben 2004, 76, 78; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 14; s.a. BVerfGE 57, 295, 321: „Dieser Vorbehalt des Gesetzes ist ein (Landes-)Parlamentsvorbehalt [...]“.

Herkunft des Gesetzes verlangt wird, also ein Gesetz *im formellen Sinn*, lässt sich dieser Vorbehalt von einem bloßen „Rechtssatzvorbehalt“ abgrenzen, der sich auf das Erfordernis eines Gesetzes *im materiellen Sinn* beschränkt.<sup>31</sup> Diese Untersuchung geht von der Einheitlichkeit des Parlamentsvorbehalts und des allgemeinen Gesetzesvorbehalts aus, sodass sich insoweit eine terminologische Unterscheidung erübrigt.<sup>32</sup> Dies entspricht der Handhabung der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG, wonach der exklusiv dem Parlamentsgesetzgeber zugewiesene Regelungsbereich zugleich eine Delegationssschranke und eine (negative) Kompetenzgrenze für andere Gewalten markiert.<sup>33</sup>

Eine materielle Differenzierung innerhalb des Gesetzesvorbehaltsbegriffs wird im Verlauf der Untersuchung zwischen *Eingriffs-* und *Ausgestaltungsvorbehalt* vorgenommen.<sup>34</sup> Mit dieser begrifflichen Unterscheidung sollen verschiedene Ausprägungen des Gesetzesvorbehalts verdeutlicht werden, die an den materiellen Gegenstand, namentlich an die Grundrechtsrelevanz des konkreten staatlichen Handelns, anknüpfen.

## 2. Präzisierung zum Verständnis richterlicher Rechtserzeugung

Diese Untersuchung geht von einem arbeitsteiligen Modell der Rechtserzeugung aus, in dem legislative Kodifizierung wie auch judikative Regelbildung eine essenzielle Rolle einnehmen.<sup>35</sup> Nach diesem Modell stehen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nicht in einem streng dichotomen Verhältnis zueinander, sondern auch richterliche Entscheidungen weisen – in ihrem schöpferischen bzw. gestalterischen Gehalt variable – Elemente der Rechtserzeugung auf, etwa indem

---

<sup>31</sup> Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 28; vgl. zur Präzisierung des Gesetzesbegriffs als Bezugsobjekt des Gesetzesvorbehalts auch Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 37 f.

<sup>32</sup> Von einem „einheitlichen Parlamentsvorbehalt“ geht auch Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 28, 200 f. aus (auch zur Verträglichkeit dieses Verständnisses mit der sprachlichen Fassung mancher grundrechtlicher Gesetzesvorbehalte). Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 392 beobachtet, dass „Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt inhaltlich zusammenfallen.“

<sup>33</sup> Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 393 f.

<sup>34</sup> Vgl. zu dieser Differenzierung Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, 140, 180 ff.; Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 180 ff.

<sup>35</sup> Zum Konzept arbeitsteiliger Rechtserzeugung mit Blick auf die zeitgenössische Gesetzgebung, die Exekutive und Judikative durch Delegationsstrategien vielfältig einbezieht Lepsius, JuS 2019, 123 ff. („Rechtserzeugungsverbund“); ders., JuS 2019, 14 ff.; von einem „System arbeitsteilig-gestufter Rechtssetzung und Rechtssetzungsermächtigung“ spricht Jestaedt, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 62; Jansen, Rechtswissenschaft und Rechtssystem, 2018, S. 47 betont die „besondere Bedeutung judikativer Rechtserzeugung heute“; näher zum Begriff sowie zu Grundlagen und Grenzen „fachgerichtlicher Rechtserzeugung“ Bumke, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33 ff.

sie den durch eine Gesetzesnorm konturierten Rahmen ausfüllen.<sup>36</sup> Den gestalterischen Anteil der Rechtsanwendung bringt auch der Begriff der Rechtskonkretisierung<sup>37</sup> gut zum Ausdruck, der impliziert, dass Gesetzesnormen zur Anwendung einer konkretisierenden Interpretation sowie der Entwicklung einer auf die zur Entscheidung gestellte Konstellation zugeschnittenen „Fallnorm“<sup>38</sup> bedürfen. Diese Beschreibung ist besonders passend, wenn Gerichte unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln<sup>39</sup> anwenden, wobei ihnen mangels eindeutig fassbaren Begriffskerns große Gestaltungsspielräume offenstehen.<sup>40</sup> Der Ermächtigungsgehalt<sup>41</sup> solcher Normen interessiert im vorliegenden Kontext besonders, weil der Gesetzesvorbehalt Aussagen zu den Grenzen zulässiger Delegation bestimmter Entscheidungen durch die Legislative auf andere Gewalten trifft, möglicherweise also auch für die Konkretisierung von Generalklauseln fruchtbar gemacht werden kann.

Von geringerer Bedeutung ist vorliegend hingegen die in der privatrechtlichen Methodenlehre dominierende, schwierige Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, wobei letztere *innerhalb* des Gesetzes, *neben* dem Gesetz oder *gegen* das Gesetz erfolgen kann.<sup>42</sup> Wie bereits festgestellt, ist die Einordnung

<sup>36</sup> Näher *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33, 35–40; krit. zur tradierten Dichotomie von Rechtsetzung und Rechtsanwendung *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 21; s.a. *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 62 ff., der sich für ein „dynamisches Rechtsgewinnungsverständnis“ ausspricht.

<sup>37</sup> Näher *Reimer*, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, S. 222 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 285 ff.

<sup>38</sup> Begriffsprägend *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, 1977, S. 202 ff.; dazu auch *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 23 f.

<sup>39</sup> Die begriffliche Unterscheidung zwischen Generalklausel und unbestimmtem Rechtsbegriff erscheint nicht zwingend, wird doch als Generalklausel letztlich ein besonders unbestimmter und deshalb ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff verstanden, mithin ein Unterfall des unbestimmten Rechtsbegriffs. Vorliegend werden beide Begriffe daher weitgehend identisch verstanden; auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 184, 836 unterscheiden nicht genauer. Als weiterer Unterfall lassen sich „normative Begriffe“ verstehen (z.B. erheblich/unerheblich, wesentlich, verhältnismäßig); dazu näher *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 39 ff.

<sup>40</sup> In diesem Kontext zur Normkonkretisierung *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 20 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 287–290.

<sup>41</sup> Allgemein zum Ermächtigungscharakter von Normen *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 82–84, insb. S. 83: „Der Richter ist durch Gesetze ermächtigt, generelle Rechtsnormen auf konkrete Fälle anzuwenden.“

<sup>42</sup> Dazu *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33, 35 f. (mit dem Hinweis, dass sich keine einheitliche Kategorienbildung etabliert hat); als Grenze der Auslegung wird herkömmlich der aus dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmende *Wortsinn* der Gesetzesnorm verstanden, vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 163 f.; zum Verständnis von Rechtsfortbildung als Fortsetzung der Auslegung sowie zur Unterscheidung von gesetzesimmanenter und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung ebd., S. 187 ff.; krit. zur Möglichkeit der Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen

als Auslegung oder Rechtsfortbildung für die Frage der Vereinbarkeit richterlicher Rechtsgestaltung mit dem Gesetzesvorbehalt nämlich nicht immer präjudizierend.<sup>43</sup> Dennoch fallen auch diese Begriffe nachfolgend häufig, weil sie im privatrechtlichen Diskurs und im Rahmen der verfassungsrechtlichen Überprüfung richterlicher Entscheidungsspielräume ganz überwiegend genutzt werden. Ansonsten werden vor allem die hier weitgehend synonym verstandenen Begriffe der richterlichen Rechtserzeugung, Rechtsgestaltung oder Regelbildung sowie, primär im Bereich der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, der Rechtskonkretisierung verwendet.

## IV. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung befasst sich zuerst mit den historischen und staatsphilosophischen Grundlagen des Gesetzesvorbehalts und der Entwicklung der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG (1. Teil). Ziel dabei ist, die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Funktionen nachzuvollziehen, die der Verfassungsgrundsatz erfüllen soll. Auf dieser Grundlage wird die Frage behandelt, ob der Gesetzesvorbehalt gegenüber der Judikative im Allgemeinen Geltung entfaltet (2. Teil). Dazu wird die traditionelle Ausrichtung allein gegenüber der Exekutive kritisch hinterfragt und untersucht, inwieweit die Vorbehaltsgeltung mit den Grundfunktionen der Rechtsprechung vereinbar ist. Es wird sich zeigen, dass weder eine kategorische Ablehnung, noch eine umfassende, strikte Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung überzeugt, sondern ein differenzierender Ansatz sinnvoll ist.

Anschließend wird für das Privatrecht ein Vorschlag zur differenzierenden Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf Grundlage der Unterscheidung von Privatrechtsfunktionen entwickelt (3. Teil). Hierzu werden Bezüge zwischen den Funktionen des Gesetzesvorbehalts (namentlich seiner rechtsstaatlichen und demokratischen Komponente) und den Charakteristika bestimmter Privatrechtsfunktionen hergestellt. Es wird sich herausstellen, dass gerade im Bereich privatrechtlicher Regulierung, die einen grundrechtlichen Eingriffscharakter und einen starken Gemeinwohlbezug aufweist, die Beachtung des Gesetzesvorbehalts in Ausprägung als klassischer Eingriffsvorbehalt geboten erscheint. Hingegen kommt im Rahmen der Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion des Privatrechts, die sich dem Bereich der Grundrechtsausgestaltung zuordnen lässt,

---

Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 58–60, der sie nicht als „fadendünn“, sondern als „fadenscheinig“ deutet; *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 15 nimmt an, dass richterliche Normanwendung stets „ein punktuelles Element der Rechtsneubildung“ (Hervorhebung im Original) enthält, dies umso mehr, je unbestimmter die Vorschrift des Gesetzgebers war.

<sup>43</sup> Siehe unter § 2 II. (am Beispiel des Scheinvater-Beschlusses).

bloß ein „gelockerter“ Gesetzesvorbehalt in der Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt zum Tragen.

Schließlich werden die dogmatischen und methodischen Konsequenzen der Geltung des Gesetzesvorbehalts im Bereich des regulatorischen Privatrechts erörtert (4. Teil). Dabei wird im ersten Schritt die Perspektive des Gesetzgebers eingenommen und gefragt, inwieweit dieser Regulierungsziele und -instrumente aufgrund der Vorbehaltsgeltung selbst festlegen muss oder deren Bestimmung auch (partiell) auf die Rechtsprechung delegieren darf. Danach wird das Augenmerk auf die regulatorische Privatrechtsanwendung gerichtet und untersucht, welche methodischen Konsequenzen für diese aus der Vorbehaltsgeltung folgen. Abschließend wird in einem Exkurs die Rolle des Gesetzesvorbehalts im unionsrechtlichen Kontext, insbesondere mit Blick auf die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts, beleuchtet.

## 1. Teil

# Grundlagen des Gesetzesvorbehalts

Der Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt unterliegt einem stetigen Bedeutungswandel, hängt sein Aussagegehalt doch maßgeblich von der gegenwärtigen Verfassungsstruktur und dem vorherrschenden Staats- und Freiheitsverständnis ab.<sup>1</sup> Seine Funktion zur Verwirklichung verschiedener Verfassungsprinzipien<sup>2</sup> – namentlich des Rechtsstaats-, Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips – kann variieren, wenn sich die staatsrechtliche Konzeption und Bedeutung dieser Prinzipien und das staatliche Leistungsspektrum wandeln. Es besteht mithin das Bedürfnis nach einer gewissen Offenheit des Grundsatzes für funktionsgemäße Anpassungen, die jedoch nicht dazu führen darf, dass sein Gehalt ausgehöhlt wird und seine Funktionen gänzlich leerlaufen. Vor diesem Hintergrund bedarf der Grundsatz einer laufend zu aktualisierenden Interpretation<sup>3</sup> und wird mit Recht zu den „ewigen Problemen des Verfassungsrechts“ gezählt.<sup>4</sup> Die folgende Darstellung der historischen Entwicklung des Gesetzesvorbehalts dient dazu, ein Grundverständnis als Basis für weitere Interpretationsschritte zu schaffen. Dazu werden die historischen und staatsphilosophischen Grundlagen des Gesetzesvorbehalts (§ 3) sowie die Entwicklung der Wesentlichkeitstheorie durch das BVerfG (§ 4) nachvollzogen. Hierbei wird nicht der Anspruch einer vollständigen, detaillierten historischen Analyse verfolgt.<sup>5</sup> Es geht vielmehr darum, die Ursprünge, staatsrechtlichen Funktionen und Interpretationsweisen des Grund-

---

<sup>1</sup> Vgl. BVerfGE 40, 237, 249; 47, 46, 48 f.; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 12; zur Wandelbarkeit des Begriffs von Gesetz und gesetzgebender Gewalt und deren Abhängigkeit von der staats- und verfassungsrechtlichen Wirklichkeit *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 332 ff.

<sup>2</sup> Zu einem funktionalen Verständnis des Gesetzesvorbehalts als Mittel zur Absicherung oder Verstärkung anderer materieller Aussagen des Grundgesetzes *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 73 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Thieme*, JZ 1964, 81–95, 85 (zur Diskussion um die Ausweitung des Gesetzesvorbehalts auf besondere Gewaltverhältnisse).

<sup>4</sup> *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 12.

<sup>5</sup> Umfassend insb. zu philosophischen Grundlagen und staatsrechtlichen Theorien zum Gesetzesbegriff und Vorbehalt des Gesetzes *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981; vertiefend zur Entstehungsgeschichte des Vorbehalts des Gesetzes *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>3</sup>1968, S. 102 ff.; *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 16 ff., *Papier*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, 11 ff.; *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 42 ff.; aus jüngerer Zeit *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 42 ff.

satzes sowie deren Veränderungen zu skizzieren und dabei Aspekte zu akzentuieren, die für die hier zu untersuchende Frage seiner Relevanz für die Judikative im Privatrecht von Bedeutung sind.

## Historische Herleitung des Gesetzesvorbehalts

Die Nachzeichnung der historischen Grundlagen des Gesetzesvorbehalts zielt darauf ab, die staatsrechtlichen Funktionen des Grundsatzes herauszustellen, darunter zuvörderst das Anliegen, die Partizipation der Bürger in wichtigen, die individuelle Freiheit betreffenden Fragen zu sichern und ihren Schutz vor willkürlicher hoheitlicher Machtausübung zu garantieren. Zugleich verdeutlichen die unterschiedlichen Schwerpunkte in der historischen Entwicklung die Wandelbarkeit des Grundsatzes und das Bedürfnis nach laufender Interpretation und Aktualisierung. Dies deutet bereits darauf hin, dass auch die traditionelle institutionelle Ausrichtung des Gesetzesvorbehalts gegenüber der Exekutive nicht als „in Stein gemeißelt“ zu betrachten, sondern als offene Forschungsfrage zu behandeln ist. Im Folgenden ist auf zwei wichtige Vorläufer des allgemeinen Gesetzesvorbehalts einzugehen (I.), bevor dessen staatsrechtliche Entwicklung erörtert wird (II.).

### I. Vorläufer des staatsrechtlichen Gesetzesvorbehalts

Deutlich vor Entstehung des allgemeinen staatsrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes verlangten bereits strafrechtliche und steuerrechtliche Vorbehalte die Gesetzesmäßigkeit hoheitlichen Handelns.<sup>1</sup> In diesen bereichsspezifisch gewachsenen Vorbehalten waren die klassischen Begründungsansätze der allgemeinen Vorbehaltslehre, namentlich seine rechtsstaatliche und demokratische Komponente, bereits angelegt.<sup>2</sup>

#### 1. Strafrechtlicher Gesetzesvorbehalt

Der Grundsatz *nulla poena sine lege*<sup>3</sup>, der heute in Art. 103 Abs. 2 GG als strenger, an die Judikative gerichteter Gesetzesvorbehalt normiert ist, hat seine Ur-

---

<sup>1</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 102 ff.

<sup>2</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 102 ff.; Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 71 ff.

<sup>3</sup> Im deutschen Sprachraum latinisiert von Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 1801, S. 20: „Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus. (Nulla poena sine lege).“ Feuerbach war maßgeblich an der Schaffung des bayerischen StGB von 1813 beteiligt, welches in Art. 1 die Gesetzmäßigkeit der Strafe vorsah;

sprünge weit vor der Entwicklung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes.<sup>4</sup> Ausgangspunkt war die Forderung des aufstrebenden Bürgertums, justizielle Willkür im sensiblen Bereich des Strafrechts zu beschränken,<sup>5</sup> Individuen also vor der willkürlichen Verhängung von Strafen zu schützen.<sup>6</sup> Der strafrechtliche Vorbehalt war bereits im Ursprung an die Rechtsprechung adressiert, die im 17. und 18. Jahrhundert weitgehend frei und arbiträr operierte.<sup>7</sup> Es bedurfte einer Bindung des Strafrichters an allgemeingültig festgelegte, vorhersehbare und klare Normen.<sup>8</sup> Eindeutige Regeln sollten auch allgemein der Verständlichkeit und Vorhersehbarkeit der Strafordnung dienen, also Rechtssicherheit garantieren.<sup>9</sup> Der strafrechtliche Vorbehalt fußt also primär auf rechtsstaatlichen Erwägungen.<sup>10</sup> Der Gedanke, dass Strafgesetze unter Beteiligung der ihnen Unterworfenen oder zumindest deren Repräsentanten beschlossen werden sollten, war zwar ebenfalls präsent,<sup>11</sup> aber nachrangig.<sup>12</sup> Inzwischen sind in den Ausführungen des BVerfG zu Art. 103 Abs. 2 GG sowohl das demokratische als auch das rechtsstaatliche Element vorhanden. Das BVerfG geht von einem Doppelzweck des Art. 103 Abs. 2 GG als strengem Gesetzesvorbehalt aus.<sup>13</sup> Zum einen soll der demokratisch legitimierte Gesetzgeber selbst die „grundlegende Entscheidung

---

näher zu Lehre und Einfluss *Feuerbachs Dannecker*, Das intertemporale Strafrecht, 1993, S. 111 ff.

<sup>4</sup> Frühe theoretische Ausführungen bei *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, 2009 [1764], S. 17 f.; normative Verankerungen finden sich bereits in Art. 39 der englischen Magna Charta Libertatum von 1215, später in Art. 7 der französischen Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789: „Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi.“; zu diesen Grundlagen *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 103, dort insb. Fn. 6; s.a. *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 71 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, 1895, S. 307, der im Kontext der Polizeistrafe betont, dass der nachhaltige Eindruck der Missstände, welche vor der Revolution aufgrund willkürlicher Strafandrohungen durch *règlements* herrschten, zur Forderung einer strikten Beachtung des *nulla poena* Grundsatzes bei der Neuordnung des Staatsrechts führte.

<sup>6</sup> *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 102 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 103 Abs. 2 Rn. 12.

<sup>7</sup> Durch veraltete Gesetze begünstigt, hatte sich zum Teil eine willkürliche Sanktionspraxis entwickelt, die strafe, was ihr als strafwürdig erschien, vgl. *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumptionsautomat?*, 1986, S. 41.

<sup>8</sup> Zum Anliegen *Feuerbachs*, die Autorität der Norm der richterlichen „Willkür“ entgegenzusetzen *Dannecker*, *Das intertemporale Strafrecht*, 1993, S. 117; s.a. *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 103 Abs. 2 Rn. 12.

<sup>9</sup> *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 102; *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 72.

<sup>10</sup> *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 72 f.

<sup>11</sup> Siehe bereits *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, 2009 [1764], S. 17: „[L]e sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita *per un contratto sociale*.“ (Hervorhebung hinzugefügt); zur demokratischen Komponente auch *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 103 f.

<sup>12</sup> *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 72.

<sup>13</sup> BVerfGE 47, 109, 120; 126, 170, 194 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 103 Abs. 2 Rn. 31.

[treffen], in welchem Umfang und in welchen Bereichen der Staat gerade das Mittel des Strafrechts als Instrument sozialer Kontrolle einsetzt.“<sup>14</sup> Die Entscheidung über diese „Form hoheitlichen Handelns, die zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit zählt“, ist der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt verwehrt.<sup>15</sup> Zum anderen wird die freiheitsgewährleistende Funktion betont, dass jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr vorhersehen können soll, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist.<sup>16</sup> Bei der Konkretisierung der Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG zieht das BVerfG auch die Wesentlichkeitstheorie heran, wobei jene für „den grundrechts-sensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt“ gelten soll.<sup>17</sup> Dabei geht es oftmals um die Überprüfung der Grenzen legislativer Delegation von Konkretisierungsbefugnissen auf die Gerichte, etwa mittels Verwendung von Generalklauseln, dynamischen Verweisungen oder Blankettstrafgesetzen.<sup>18</sup>

## 2. Steuerrechtlicher Gesetzesvorbehalt

Mit dem steuerrechtlichen Vorbehalt hat der allgemeine staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes einen weiteren bedeutsamen Vorläufer mit jahrhundertealter Tradition.<sup>19</sup> Im Ständestaat äußerte sich der Dualismus zwischen Herrscher und Ständen vornehmlich auf dem Gebiet der Finanzen.<sup>20</sup> So war die Auferlegung von Steuern dem Landesherrn bis zur Hochphase des Absolutismus nicht ohne Einwilligung der Stände möglich.<sup>21</sup> Dem steuerrechtlichen Vorbehalt wohnte also ein starkes partizipatorisches Element inne, wenn dieses auch auf die Stände als allein mitentscheidungsbefugter Ausschnitt der von Steuerbelastungen Betroffenen beschränkt blieb.<sup>22</sup> Der dahinterstehende Gedanke, dass von der Obrigkeit

<sup>14</sup> BVerfGE 153, 310, 339.

<sup>15</sup> BVerfGE 153, 310, 339; s.a. BVerfGE 47, 109, 120; 126, 170, 194 f.

<sup>16</sup> BVerfGE 143, 38, 53; 153, 310, 340.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 143, 38, 54; 153, 310, 340; 160, 284, 317 f.; Art. 103 Abs. 2 GG wird dabei eine Funktion als Bestimmtheitsgebot entnommen.

<sup>18</sup> Siehe etwa BVerfGE 153, 310, 343–345.

<sup>19</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 104 ff.; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 42 f.; *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 47 ff.; aus verfassungsrechtlich-rechtsvergleichender Perspektive zum staatenübergreifend weitgehend anerkannten bzw. verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Kongruenz zwischen demokratischer (d.h. i.d.R. parlamentarischer) Mitbestimmung, Besteuerung und Budgethoheit sowie zu Erosionserscheinungen dieses Grundsatzes eingehend *Schön*, Tax Law Review 72 (2019), 235 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 104 mit Fn. 8.

<sup>21</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 104 f. Der Landesherr war auf die Einwilligung der ständischen Vertretungen angewiesen, um seine ordentlichen Einkünfte (Regalien, Erträge der Domänen) durch außerordentliche Abgaben aufstocken zu können. Nach dem Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten (1.6.1794) war das Abgabenrecht hingegen ein Majestätsrecht (siehe Zweyter Theil, Dreyzehnter Titel, § 15 ALR).

<sup>22</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 104 mit Fn. 11 spricht neben dem Dualismus

ausgehende, individuelle Belastungen nur mit Zustimmung der Belasteten oder ihrer Repräsentanten rechtmäßig sind, findet sich später im allgemeinen Vorbehaltsprinzip wieder. Bei der Beschlussfassung der Stände im Rahmen ihrer steuerrechtlichen Mitbestimmungsbefugnis handelte es sich zwar nicht um formelle Gesetzgebungsakte, die Parallelen zur Entwicklung späterer parlamentarischer Mitbestimmungsrechte bei der Gesetzgebung sind aber eindeutig.<sup>23</sup> In späteren Verfassungen wurde die Mitwirkung bei der Steuergesetzgebung oftmals speziell neben dem Allgemeinvorbehalt für Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ geregelt.<sup>24</sup> Nach modernem Verständnis stellt die Auferlegung von Steuern zumindest im Kontext der Vorbehaltsproblematik einen Eingriff in das Eigentum der Bürger dar.<sup>25</sup> Demgemäß ging der steuerrechtliche „Sondervorbehalt“ nach und nach im allgemeinen Eingriffsvorbehalt auf.<sup>26</sup> Die Mitbestimmung bei steuerrechtlichen Fragen stellt somit bereits einen Anfang der klassischen Formel vom Eingriff in Freiheit und Eigentum als Gegenstand des Vorbehalts des Gesetzes dar.<sup>27</sup>

## II. Der staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes

Die Entstehung des allgemeinen staatsrechtlichen Vorbehalts des Gesetzes setzte eine Veränderung des Staatsverständnisses und damit verbunden eine Neubestimmung des Gesetzesbegriffs voraus. Diese Veränderung vollzog sich in Deutschland auf vergleichsweise gemäßigttem Wege<sup>28</sup> durch die Abwendung vom

---

zwischen Fürsten und Ständen von einem Trialismus zwischen Fürsten, Ständen und dem politisch rechtlosen Volk, wobei letzteres von den Ständen, die als einzige staatsrechtlich anerkannten Willen äußern konnten, nicht im modernen Sinn „repräsentiert“ wurde.

<sup>23</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 105; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 74.

<sup>24</sup> Vgl. etwa Titel VII, §§ 2 und 3 Bayerische Verf. v. 26.5.1818; §§ 65 und 53 ff. Badische Verf. v. 22.8.1818 [Hrsg.], Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1961, S. 141 ff., 157 ff.); dazu *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>3</sup>1981, S. 72 f., der darin den Fortbestand des ständischen Verfassungsrechts sieht, welches stets zwischen *pouvoir législatif* und *pouvoir financier* unterschied.

<sup>25</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 104; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 74; genereller noch *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, 388. „Die Steueraufgabe ist ein Eingriff in die Freiheit und bedarf als solcher verfassungsmäßig einer gesetzlichen Grundlage.“ Ob die Auferlegung öffentlich-rechtlicher Geldleistungspflichten einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG darstellt, ist nicht gänzlich unumstritten. Das BVerfG hat die Eingriffsqualität etwa für die Einkommensteuer und Gewerbesteuern bejaht, vgl. BVerfGE 115, 97, 110 ff.; zum Meinungsstand *Papierl/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 14 Rn. 282 f.

<sup>26</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 74.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 115, 97, 111.

<sup>28</sup> Eine revolutionäre Umwälzung wie in Frankreich blieb in Deutschland aus. Die fürstliche Herrschaft setzte sich im Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, wenn auch unter Mitwirkungsrechten von Volksvertretungen, fort; vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 60; *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>3</sup>1981, S. 65.

Absolutismus hin zum Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, welcher mit einer Stärkung gesellschaftlicher Mitwirkungsrechte einherging.

### 1. Gesetzesverständnis im Absolutismus

Der Gedanke, dass Gesetze als abstrakte und allgemeine Aussprüche gegenüber Einzelanordnungen ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen und damit auch hoheitliche Willkür zu einem gewissen Maß begrenzen, hatte bereits zur Zeit absoluter monarchischer Herrschaft Gültigkeit.<sup>29</sup> Allerdings stand die Gesetzgebung im Belieben des Fürsten und hatte keine machtbegrenzende Funktion zum Schutz der Bürger, sondern war im Gegenteil ein Mittel hoheitlicher Steuerung und Ausdruck des absoluten Herrschaftsanspruchs.<sup>30</sup> Die Entscheidungshoheit des Landesherrn sollte durch gesetzliche Regelungen gerade auch vor abweichender rechtlicher Einflussnahme der Gerichte und Rechtslehrer gesichert werden.<sup>31</sup> Eine gewisse Orientierung der Gesetzgebung am Allgemeinwohl schloss dies zwar nicht aus.<sup>32</sup> Die Beteiligung von Repräsentanten der Gesellschaft an der Gesetzgebung war allerdings nicht vorgesehen.<sup>33</sup> Da der Monarch willkürlich entscheiden konnte, welche Bereiche gesetzlicher Regelung unterliegen sollten, konnte es einen allgemeinen, auf Freiheitssicherung abzielenden Gesetzesvorbehalt nicht geben.<sup>34</sup> Zudem war der Gesetzesbegriff im absoluten Staat

<sup>29</sup> So wurde etwa im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 der Aspekt der Vorhersehbarkeit und Öffentlichkeit von Gesetzen in §§ 10–14 Einl. ALR behandelt. Die Festlegung bestimmter Konsequenzen von Handlungen der Bürger wurde in §§ 85, 87 Einl. ALR an das Bestehen von Gesetzen geknüpft; vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 109 mit Fn. 29.

<sup>30</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 109; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 43 f.; zur Verfassungsrechtslage in Preußen bis 1848 *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 79 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 39; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 43.

<sup>32</sup> So galt für den maßgeblich an der Schaffung des Allgemeinen Preußischen Landrechts beteiligten *Carl Gottlieb Suarez* (vgl. *Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 13 ff.) die Förderung der „Glückseligkeit“ als Leitmotiv, vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 43 f. mit Fn. 160. Zum *salus-publica* Topos der Gesetzgebung im Absolutismus *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 35 mit Fn. 36.

<sup>33</sup> Eine Beteiligung der Stände war im Allgemeinen Preußischen Landrecht des Königreichs Preußen (1701–1918) zunächst gar nicht vorgesehen. Die in § 7 Einl. ALR vorgesehene Beteiligung der Gesetzcombiion an der Fassung neuer Gesetze hatte eine bloße Beratungsfunktion, die eher dazu diente, für Übereinstimmung neuer Regelungen mit sonstigen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zu sorgen, als Repräsentanten der Gesellschaft inhaltlich an den Entscheidungen zu beteiligen. Vgl. dazu *Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 177 ff.; *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 79 mit Fn. 1.

<sup>34</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 110; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 43; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 44 f.

verschwommen, die Begriffe von Gesetz und Verordnung wurden häufig synonym verwendet.<sup>35</sup>

## 2. Staatsphilosophische Grundlagen des modernen Gesetzesverständnisses

Die Anstöße für die Entwicklung eines neuen Staatsverständnisses unter Abwendung vom Absolutismus gaben die staatsphilosophischen Ansätze der Aufklärung, die mit dem Grundanliegen, individuelle Freiheit und Rechte in der Gesellschaft zu sichern, Ideen zur Gesetzesherrschaft, Volksbeteiligung und Gewaltenteilung verbanden. Das gedankliche Fundament für die Entwicklung des Vorbehalts des Gesetzes im deutschen Konstitutionalismus, namentlich für seinen demokratischen und rechtsstaatlichen Begründungsansatz, wurde bereits hier gelegt. Daher sind in gebotener Kürze einige zentrale staatsphilosophische Grundgedanken anzusprechen, die für das Verständnis der Rolle des Gesetzesvorbehalts wichtig sind, bevor die historische Entwicklung in Deutschland skizziert wird.

*John Locke* (1632–1704) entwickelt seine Ideen ausgehend von einem Naturzustand, in welchem den gleichgestellten Individuen Rechte zustehen (u.a. Leben, Freiheit, Vermögen), die er unter dem Begriff *property* zusammenfasst.<sup>36</sup> Um die Erhaltung dieser Eigensphäre zu gewährleisten (*preservation of property*), schließen sich die Menschen zu einem Gemeinwesen (*civil society*) zusammen.<sup>37</sup> Dabei geben sie die ihnen ursprünglich selbst zustehende Gewalt, zur Erhaltung ihrer Eigensphäre notwendige Akte vorzunehmen und andere im Falle der Verletzung dieser Sphäre zu verurteilen und zu strafen, an das Gemeinwesen (den Staat) ab.<sup>38</sup> Alle Staatstätigkeit in Angelegenheiten der Gesellschaftsmitglieder untereinander erfolgt auf der Grundlage von Gesetzen,<sup>39</sup> zu deren Setzung die Mitglieder der Gesellschaft die gesetzgebende Gewalt (*legislative power*) autori-

<sup>35</sup> Vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 80; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 109; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 43.

<sup>36</sup> *Locke*, Two Treatises of government, 1698 [1689], Book 2, S. 229: „Man [...] hath by Nature a Power, not only to preserve his Property, that is his Life, Liberty and Estate [...]“

<sup>37</sup> *Locke*, Two Treatises of government, 1698 [1689], Book 2, S. 261: „The great and chief end, therefore, of Mens uniting under Commonwealths, and putting themselves under Government, is the Preservation of their Property.“

<sup>38</sup> Vgl. dazu *Rosin*, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, 1911, S. 17; *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 23.

<sup>39</sup> Ohne gesetzliche Grundlage ist Regierungshandeln (d.h. der Exekutive allein) im Bereich der *prerogative power* zulässig. Darunter versteht *Locke* insb. Bereiche, die aufgrund schneller Veränderung, Unvorhersehbarkeit oder dringendem Handlungsbedarf nicht durch auf Dauer angelegte Gesetze zu regeln sind; vgl. *Locke*, Two Treatises of government, 1698 [1689], Book 2, S. 292; zur Beschreibung der *prerogative power* und zu daraus entwickelten Rückschlüssen auf Gegenstände der *legislative power* s. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 25 ff.

sieren.<sup>40</sup> Die Funktion der Gesetze, allgemeingültige Standards zur Entscheidung wichtiger Fragen (insb. zur Lösung von Streitigkeiten unter Individuen) zu setzen, lässt auf deren Charakter als allgemeine, auf Dauer angelegte Regeln schließen.<sup>41</sup> Diese Regeln sollen auf dem Einverständnis der Gesellschaftsmitglieder als Gesetzesunterworfenen beruhen, von denen die Staatsgewalt nur abgeleitet wird. Eingriffe in die maßgeblich durch Freiheit und Eigentum charakterisierte individuelle Sphäre (*property*) können nicht ohne deren Zustimmung beschlossen werden.<sup>42</sup> Hier tritt bereits die später in vielen frühkonstitutionellen Verfassungen verankerte Freiheits- und Eigentumsformel in Erscheinung.<sup>43</sup>

Auch bei *Jean-Jacques Rousseau* (1712–1778) dient der gesellschaftliche Zusammenschluss unter einem *contrat social* dem Selbsterhalt der Vertragsschließenden.<sup>44</sup> Die Individuen unterwerfen sich dem *contrat social* mit dem Ziel eines durch Gesetze geordneten, gerechten Zusammenlebens und geben dafür gegenüber dem Naturzustand ein Stück ihrer Freiheit auf.<sup>45</sup> Die Gesetze sind Ausdruck des gemeinschaftlichen Willens (*volonté générale*)<sup>46</sup> der Gemeinschaftsmitglieder.<sup>47</sup> Neben der für den Gesetzesbegriff entscheidenden Mitbestimmungskom-

<sup>40</sup> *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 269: „For it being but the joynt power of every Member of the Society given up to that Person, or Assembly, which is the Legislator, it can be no more than those persons had in a State of Nature before they enter'd into Society, and gave it up to the Community.“; vgl. dazu *Rosin*, *Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht*, 1911, S. 17 f.

<sup>41</sup> So *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 1981, S. 24 f.; *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 270 ff. stellt dem Regieren auf Grundlage von „promulgated standing Laws“ (S. 271) und „stated Rules of Right and Property“ (S. 272) das Regieren „by extemporary Arbitrary Decrees“ (S. 270) gegenüber.

<sup>42</sup> *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 273: „The Supream Power cannot take from any Man any part of his Property without his own consent. For the Preservation of Property being the end of Government, and that for which Men enter into Society [...].“; auch der Repräsentationsgedanke klingt bei *Locke* an, ist aber nicht zentraler Bestandteil seines Gesetzesverständnisses; vgl. *Locke*, ebd., S. 278: „[I]n well-order'd Commonwealths, [...] the Legislative Power is put into the hands of divers persons who duly Assembled, have by themselves, or jointly with others, a Power to make Laws, which when they have done, being separated again, they are themselves subject to [...].“

<sup>43</sup> Vgl. *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 1981, S. 27 mit Fn. 38.

<sup>44</sup> Vgl. *Rousseau*, *Du contrat social*, 1896 [1762], Chap. V, S. 61: „Le traité social a pour fin la conservation des contractants.“

<sup>45</sup> Vgl. *Rousseau*, *Du contrat social*, 1896 [1762], Chap. VI, S. 64: „Dans l'état de nature, où tout est commun, je ne dois rien à ceux à qui je n'ai rien promis, je ne reconnais pour être à autrui que ce qui m'est inutile. Il n'en est pas ainsi dans l'état civil où tous les droits sont fixés par la loi.“

<sup>46</sup> Die *volonté générale* geht von allen Gemeinschaftsmitgliedern aus und zieht daraus ihre Geltungskraft; vgl. *Rousseau*, *Du contrat social*, 1896 [1762], Chap. IV, S. 56 f.: „[L]a volonté générale, pour être vraiment telle, doit l'être dans son objet ainsi que dans son essence; qu'elle doit partir de tous pour s'appliquer à tous [...].“

<sup>47</sup> *Rousseau*, *Du contrat social*, 1896 [1762], Chap. VI, S. 66 f.: „Sur cette idée on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale; ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de

ponente<sup>48</sup> betont *Rousseau* ebenfalls ihren allgemeinen, abstrakten Charakter, der willkürliches Staatshandeln verhindert.<sup>49</sup>

Nach *Immanuel Kant* (1724–1804) dient der Zusammenschluss der Einzelnen zum Gemeinwesen Staat der Erlangung einer gesetzlich gesicherten Freiheit.<sup>50</sup> Die Bindung des Gesetzes an den vereinigten Volkswillen ist für ihn ein zentrales Element.<sup>51</sup> Da die gesetzgebende Gewalt innerhalb der Gesellschaft niemandem Unrecht zufügen können soll, ist die Zustimmung ihrer Mitglieder zu den Gesetzen erforderlich, „denn *volenti non fit iniuria*“.<sup>52</sup> Ähnlich wie *Rousseau* nimmt auch er an, dass der „vereinigte Volkswille“ durch den Gesetzgeber in Form allgemeiner und abstrakter Regeln Äußerung findet.<sup>53</sup>

Hinzutritt der wichtige Gedanke, dass die Staatsgewalt funktional aufgeteilt und getrennt werden muss, um Machtkonzentration und damit einhergehende willkürliche Machtausübung zu verhindern.<sup>54</sup> Die freiheitssichernde und gemeinwohlorientierte Funktion des Gesetzes droht leerzulaufen, wenn die gesetzgebende Gewalt mit der vollziehenden und/oder richtenden Gewalt in einer Person

---

l'Etat; ni si la loi peut être injuste, puisque que nul n'est injuste envers lui-même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés.“

<sup>48</sup> Der Ursprung des Gesetzes im Volkswillen ist für *Rousseaus* Gesetzesbegriff konstitutiv; vgl. *Rousseau*, *Du contrat social*, 1896 [1762], Chap. VI, S. 68: „Le peuple, soumis aux lois, en doit être l'auteur; il n'appartient que à ceux qui s'associent de régler les conditions de la société [...]“.

<sup>49</sup> Vgl. *Rousseau*, *Du contrat social*, 1896 [1762], Chap. VI, S. 65: „Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme individu, ni une action particulière.“; dazu auch *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 40 f.

<sup>50</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, <sup>2</sup>1798, S. 198 f.: „Der Act, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat constituirt, [...] ist der ursprüngliche Contract, nach welchem alle (omnes et singuli) im Volk ihre äußere Freiheit aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinen Wesens [...] sofort wieder aufzunehmen [...]“.

<sup>51</sup> Vgl. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, <sup>2</sup>1798, S. 195: „Die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen.“

<sup>52</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, <sup>2</sup>1798, S. 196.

<sup>53</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, <sup>2</sup>1798, S. 196: „Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille Aller, so fern ein jeder über Alle und Alle über einen jeden ebendasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sein.“ *Kant* geht aber von einer rein vernunftbasierten Bestimmung der Gesetzesinhalte aus, während *Rousseau* eher auf voluntaristische und deliberative Aspekte bei der Gesetzgebung abstellt; vgl. dazu *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 98 f.; *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 45 f. mit Fn. 166.

<sup>54</sup> Vgl. *Montesquieu*, *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède*, *De l'Esprit des lois*, 1748, Chap. VI, S. 244 f. „Lorsque dans la même personne ou dans le même Corps de Magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de Liberté; parce qu'on peut craindre que le même Monarque ou le même Sénat ne fasse des Lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a point encore de Liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative & de l'exécutive.“

vereinigt wird.<sup>55</sup> So geht etwa *Locke* von einer dualistischen Gewaltenteilung aus, welche legislative und exekutive Gewalt unterscheidet.<sup>56</sup> Die Judikative wird dabei mangels Ausstattung mit eigenständigen hoheitlichen Machtbefugnissen nicht als selbstständig angesehen und der Exekutive zugeordnet.<sup>57</sup> Grundlegende Gedanken zur *dreigliedrigen* Gewaltenteilung entwickelt insbesondere *Montesquieu* (1689–1755), der zwischen gesetzgebender, vollziehender und richterliche Gewalt unterscheidet.<sup>58</sup> Auch nach *Montesquieu* kommt der richterlichen Gewalt indes keine eigenständige, politische Gewalt zu, da sie streng gesetzesabhängig agiert, wie das berühmte Zitat, „les juges de la Nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la Loi“,<sup>59</sup> illustriert.<sup>60</sup> Gerichtliche Urteile sollen nicht auf Meinungen von Richtern, sondern allein und exakt auf dem Gesetz beruhen.<sup>61</sup>

### 3. Historische Entwicklung im Konstitutionalismus

Begriff und Funktion des Gesetzes veränderten sich in Deutschland nachhaltig mit der konstitutionellen Bewegung des 19. Jahrhunderts, welche im Zeichen der „Freiheit vom Staat durch Teilhabe am Staat“<sup>62</sup> stand. Nach dem Ende der Französischen Revolution bestanden die einmal geweckten liberalen Forderungen nach Mitbestimmung und Beschränkung obrigkeitlicher Willkür fort.<sup>63</sup> Die Auseinandersetzung zwischen Fürstensouveränität und Volkssouveränität fand ver-

<sup>55</sup> Vgl. *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 277 f.

<sup>56</sup> *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 279; vgl. dazu *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 28.

<sup>57</sup> Vgl. *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 28; gleichwohl betont auch *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 262, 265, dass über rechtliche Streitigkeiten neutrale Richter („known and indifferent judges“) auf Basis etablierter Gesetze („establish'd standing Laws“) entscheiden müssen.

<sup>58</sup> *Montesquieu*, *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède*, *De l'Esprit des lois*, 1748, Chap. VI, S. 244; näher zu *Montesquieus* Verständnis der Gewaltengliederung *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 29 ff.

<sup>59</sup> *Montesquieu*, *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède*, *De l'Esprit des lois*, 1748, Chap. VI, S. 256.

<sup>60</sup> Dazu auch *Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, <sup>2</sup>1981, S. 32.

<sup>61</sup> Vgl. *Montesquieu*, *Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède*, *De l'Esprit des lois*, 1748, Chap. VI, S. 247.

<sup>62</sup> *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 108.

<sup>63</sup> *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 110; *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 47.

fassungsrechtlich vor allem in der Verankerung von Mitbestimmungsrechten der Volksvertretung<sup>64</sup> an der Gesetzgebung Ausdruck.<sup>65</sup>

*a) Der Vorbehalt des Gesetzes als Sicherung ständischer Mitbestimmung in den „landständischen“ Vormärzverfassungen*

In Art. 13 der Bundesakte von 1815<sup>66</sup> und Art. 54 der Wiener Schlussakte von 1820<sup>67</sup> wurde festgelegt, dass alle deutschen Bundesstaaten eine „landständische Verfassung“ haben sollten.<sup>68</sup> War der Gedanke der Volksrepräsentation darin also bereits verankert, sollte das „monarchische Prinzip“ dennoch fortbestehen, wie Art. 57 der Wiener Schlussakte<sup>69</sup> ausdrücklich vorsah.<sup>70</sup> Trotz des Zugeständnisses bestimmter Mitwirkungsrechte an die Stände sollte der Monarch alleiniger Träger der Staatsgewalt bleiben.<sup>71</sup> Es blieb somit eine Kompetenzpräsumpion zu seinen Gunsten erhalten, wonach ihm sämtliche Rechte zustanden, die ihm nicht in der Verfassung explizit verweigert, beziehungsweise einer Mitwirkung der Stände unterworfen wurden.<sup>72</sup>

<sup>64</sup> Die Mitwirkungsbefugnisse wurden in den Vormärzverfassungen meist nicht durch Volksrepräsentationen im modernen Sinn, sondern durch landständische Vertretungen gewährt, die nach Ständen gewählt wurden oder sich unmittelbar ständisch zusammensetzten. In der Regel waren drei Stände (Adel, Städte und Bauern) und z.T. die Geistlichkeit als weiterer Stand beteiligt, vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 72 mit Fn. 4. Die Repräsentation der Stände erfolgte meist in Form eines Zweikammersystems, wobei in der Regel in der ersten Kammer der grundbesitzende Adel, in der zweiten Kammer das gebildete und besitzende Bürgertum vertreten war; vgl. *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 318.

<sup>65</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 108 f.

<sup>66</sup> Art. 13 der Bundesakte v. 8.6.1815: „In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung stattfinden.“ (abgedr. bei *Huber* [Hrsg.], Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1961, S. 75 ff.).

<sup>67</sup> Art. 54 der Wiener Schlußakte v. 15.5.1820 (abgedr. bei *Huber* [Hrsg.], Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1961, S. 81 ff.).

<sup>68</sup> Zwischen 1814 und 1830 entstanden in 15 deutschen Staaten Verfassungen, vgl. *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 319.

<sup>69</sup> Art. 57 der Wiener Schlußakte v. 15.5.1820: „[D]er Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden.“; auch die einzelnen Verfassungen sahen das monarchische Prinzip vor, vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 72.

<sup>70</sup> *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 319 spricht von einem „Kompromiß monarchischer, aristokratischer und bürgerlich-demokratischer Elemente“.

<sup>71</sup> Zur Fortgeltung des monarchischen Prinzips und Bedeutung von Art. 57 der Wiener Schlußakte v. 15.5.1820 *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 654 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 654; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 88; *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 110; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 49.

## aa) Gegenständliche Bestimmung anhand der Freiheits- und Eigentumsklausel

Die Bundesstaaten kamen der Aufforderung zur Verfassungsbildung etappenweise und in unterschiedlicher Ausgestaltung nach.<sup>73</sup> Die Umschreibung des Bereiches, auf den sich die Mitwirkungsrechte der Volksrepräsentation erstrecken sollte, erfolgte dabei auf zwei Wegen.<sup>74</sup> Eine Gruppe von Verfassungen sah ständische Mitwirkung in einem Teilbereich der Gesetzgebung vor, welcher durch die Freiheits- und Eigentumsklausel<sup>75</sup> umschrieben wurde.<sup>76</sup> Damit wurden allgemeine Regelungen, die Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger zum Gegenstand hatten, an die Zustimmung der Stände gebunden. Die andere Gruppe von Verfassungen ging weiter, indem sie die gesamte Gesetzgebung unter den Vorbehalt ständischer Mitwirkung stellte.<sup>77</sup> Letztere Variante bedurfte wiederum einer Auslegung des Gesetzesbegriffs, der in den Verfassungen lediglich vorausgesetzt, aber nicht näher definiert wurde.<sup>78</sup> Das Auslegungsergebnis musste wiederum eine Abgrenzung der mitwirkungsbedürftigen Rechtssetzung (d.h. „Gesetzgebung“) von der in alleiniger Befugnis des Landesherrn stehenden Rechtssetzung (meist in Gestalt der „Verordnung“) ermöglichen.<sup>79</sup> Letztlich pendelte sich hier ebenfalls eine Konkretisierung anhand der Freiheits- und Eigentumsformel ein.<sup>80</sup> In dieser Interpretationsfrage war bereits die in der spätkonstituti-

<sup>73</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 111. Oftmals orientierte man sich zumindest teilweise an der französischen Charte constitutionnelle v. 4.7.1814, vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 317.

<sup>74</sup> Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, 72 f.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 111; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 44.

<sup>75</sup> Die Formulierung wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch den *Freiherrn von Stein* in die staatsrechtliche Diskussion eingeführt und fand erstmals bei der Ausarbeitung von Entwürfen einer deutschen Bundesverfassung sowie der Nassauischen Verfassung Beachtung. Näher zur Entstehungsgeschichte der Freiheits- und Eigentumsklausel Rosin, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, 1911, S. 34 ff.; s.a. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 76; Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 123; Selmer, JuS 1968, 489, 490.

<sup>76</sup> Vgl. etwa Titel VII, § 2 Bayerische Verf. v. 26.5.1818: „Ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Person oder das Eigenthum des Staatsangehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden.“; dazu näher Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 73.

<sup>77</sup> Vgl. etwa § 88 Württembergische Verf. v. 25.9.1819 (abgedr. bei Huber [Hrsg.], Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1961, S. 171 ff.): „Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert oder authentisch erläutert werden.“; dazu auch Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 111; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 44.

<sup>78</sup> Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 78; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 45.

<sup>79</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 112; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 44.

<sup>80</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 112; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Dele-

onellen Staatsrechtslehre häufig angenommene Gleichsetzung der Freiheits- und Eigentumsklausel mit der Definition des materiellen Gesetzes angelegt.<sup>81</sup> Wenn gleich sich also in der Verfassungsrealität ein Gleichlauf zwischen dem explizit durch die Freiheits- und Eigentumsklausel beschriebenen Vorbehaltsbereich und den ohne Einschränkung gewährten Vorbehaltsbereich ergab, wurde die Klausel zum Teil doch als empfindliche Beschränkung der Mitwirkungsrechte der Stände empfunden.<sup>82</sup>

*bb) Demokratisch-partizipativer Charakter des anfänglichen Vorbehalts*

Es ist festzuhalten, dass eine Klassifizierung in zustimmungsbedürftige und zustimmungsfreie Gesetze erfolgte, wobei die Freiheits- und Eigentumsklausel als Aufteilungskriterium diente, welches den zustimmungsbedürftigen Gesetzen vorbehaltenen Bereich gegenständlich bestimmte.<sup>83</sup> Erstere wurden nach und nach exklusiv dem Gesetzesbegriff, letztere dem Verordnungsbegriff zugeordnet.<sup>84</sup> Wichtig für die vorliegende Untersuchung ist die Beobachtung, dass die demokratisch-partizipatorische Komponente des Gesetzesvorbehalts in dessen Entstehungsphase im Vordergrund stand, diente er doch primär dazu, die Mitwirkungsrechte der Stände in einem bestimmten Bereich der Rechtssetzung zu sichern.<sup>85</sup> Die Mitwirkung blieb allerdings auf den Akt der Zustimmung beschränkt und hatte – auch mangels eines Initiativrechts – kaum gestalterischen Einfluss.<sup>86</sup> Das Gesetz nahm also primär eine begrenzende Funktion gegenüber der im Grunde frei agierenden monarchischen Verwaltung ein und hatte kaum steuernde und gestaltende Funktion.<sup>87</sup>

Die rechtsstaatliche Komponente des Gesetzesvorbehalts, welche primär darauf abzielt, staatliches Handeln im Vorhinein durch abstrakt-generelle Festlegung in Gesetzesform zu legitimieren und berechenbar zu machen, blieb zunächst im Hintergrund.<sup>88</sup> Dies lag auch daran, dass der anfängliche Vorbehalt darauf ausgerichtet war, die Festlegung allgemeiner Normen (*leges generales*) ständi-

---

gationsbefugnis, 1986, S. 44 f.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 12; *Selmer*, JuS 1968, 489, 490.

<sup>81</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 45; *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 75, 83 sieht in dieser Gleichsetzung eine „Verkenntnis“ der Bedeutung der Freiheits- und Eigentumsklausel; krit. auch *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>3</sup>1968, S. 145 f.

<sup>82</sup> Vgl. dazu *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 175 mit Fn. 15.

<sup>83</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 44 f.

<sup>84</sup> *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 78 f.

<sup>85</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 46; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 43.

<sup>86</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 46 f.

<sup>87</sup> Vgl. *Gusy*, JuS 1983, 189.

<sup>88</sup> Vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 47; näher zur geschichtlichen Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland *Stern*, Staatsrecht I, <sup>2</sup>1984, S. 769 ff.

scher Mitwirkung zu unterstellen,<sup>89</sup> nicht aber auch Individualakte (*leges speciales*) unter die Bedingung gesetzlicher Grundlagen zu stellen.<sup>90</sup> Im Vordergrund stand die Trennung zwischen der ausschließlich in Gestalt zustimmungsbedürftiger Gesetze zulässigen Normsetzung, die der Ausübung von Freiheit und dem Eigentum Schranken setzten konnte, und der selbstständigen, vom Monarchen allein ausgehenden Normsetzung in Form von Verordnungen.<sup>91</sup> Folglich blieben zum Teil auch in – nach heutigem Verständnis – eingriffsintensiven Bereichen, wie etwa dem Polizeirecht, administrative (Einzel-)Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage möglich.<sup>92</sup> Gesetzesvorbehalte für Einzelakte konnten allenfalls den in mehreren Vormärzverfassungen bereits enthaltenen Grundrechtskatalogen und ihren speziellen Vorbehalten entnommen werden.<sup>93</sup> Diese wiesen eher einen subjektiv-individuell orientierten Schutzgehalt auf als der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes.<sup>94</sup> Ein einheitlicher Vorbehaltsbereich für Einzelakte i.S.e. Gesetzmäßigkeitsprinzips für (Einzel-)Eingriffe der Verwaltung war daraus aber noch nicht abzuleiten.<sup>95</sup>

#### b) Festigung und Ausweitung des Vorbehaltsgedankens

Die gegenständliche Beschreibung des Vorbehaltsbereichs mit „Freiheit und Eigentum“ entwickelte sich im Frühkonstitutionalismus zum Gemeingut konstitutionellen Denkens.<sup>96</sup> Sie kann als Kompromiss<sup>97</sup> angesehen werden, der liberale Freiheitsforderungen des Bürgertums mit dem monarchischen Prinzip zumindest vorübergehend in Einklang bringen konnte, was nicht zuletzt ihrem unscharfen und damit interpretationsoffenen Charakter geschuldet sein dürfte.<sup>98</sup> So ließ sich die Freiheits- und Eigentumsklausel einerseits eng im Sinne von Eingriffen in die Bewegungsfreiheit und das Sacheigentum, andererseits weit im Sinne jeder Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit interpretieren.<sup>99</sup> Die Unbe-

<sup>89</sup> Vgl. etwa Titel VII, § 2 der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern v. 26.5.1818, wo die ständische Zustimmung für „allgemeine“ Gesetze vorgesehen ist.

<sup>90</sup> Vgl. Thoma, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 175 ff.; Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 156 ff.; Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50 f.

<sup>91</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 156.

<sup>92</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 158.

<sup>93</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 157.

<sup>94</sup> Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 51.

<sup>95</sup> Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 157.

<sup>96</sup> Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 76; Vogel, VVDStRL 24 (1966), 125, 149.

<sup>97</sup> Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 318.

<sup>98</sup> Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 76 beschreibt die Klausel als „typische[n] Fall eines ideologisch geprägten, rechtlich unklaren Begriffs, der logisch und systematisch verschiedene Auslegungen zuläßt, und dessen juristischer Gehalt daher nur durch ein loyales Aufspüren dessen erkannt werden kann, was in einer bestimmten verfassungspolitischen Gesamtlage damit rechtlich gemeint ist“; s.a. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 46.

<sup>99</sup> Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 76; Jesch, Gesetz und

stimmtheit des Vorbehaltsbereichs war anfällig für Machtstreitigkeiten zwischen Monarch und Ständen darüber, ob bestimmte Regelungsbereiche nur der Zustimmungsbefähigten Gesetzgebung oder auch der rein hoheitlichen Verordnung offenstanden.<sup>100</sup>

In der konstitutionellen Staatsrechtslehre setzte sich eine weite Interpretation der Freiheits- und Eigentumsklausel durch, bei der der umfassende Schutz der persönlichen und sachlichen Individualsphäre vor staatlichen Eingriffen im Vordergrund stand.<sup>101</sup> Dies entsprach dem vorherrschenden bürgerlich-liberalen Freiheitsverständnis, welches primär auf den Schutz der Gesellschaft vor staatlichen Übergriffen (*status negativus*) und weniger auf Teilhabe an politischer Gestaltung abzielte.<sup>102</sup> Der Vorbehaltsbereich deckte unter der weiten Auslegung der Freiheits- und Eigentumsklausel – abgesehen von dem fehlenden Bezug zu Einzelakten – auch weitgehend die Spezialvorbehalte der Grundrechte ab, sofern diese in den Verfassungen katalogweise festgelegt wurden.<sup>103</sup> Diese wurden eher als einzelne „Hauptpunkte“ der umfassend durch den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes gezogenen Grenzen des Exekutivhandelns verstanden.<sup>104</sup> Zum Teil wurde auch eine Ausweitung der Mitwirkung über den Bereich der Freiheit und Eigentum betreffenden Regelungen hinaus erwogen. So deuteten Staatsrechtslehrer zum Teil eine Ausdehnung des Vorbehalts auf für die Bürger „wichtige“ Regelungen an.<sup>105</sup> In diesem *Wichtigkeits*-Kriterium, das sich vom Erfordernis

---

Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 129 ff.; zu engen und weiten Auslegungstheorien der Freiheits- und Eigentumsklausel *Rosin*, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht, 1911, S. 7–14, der zwei Ansichten unterscheidet: die Vertreter einer weiten Auslegung nahmen an, dass Gesetze stets Bestimmungen über Freiheit und Eigentum enthalten; die Vertreter einer engen Auslegung sahen nur „Justizgesetze“ (d.h. Zivil-, Straf- und Prozessgesetze) als von der Freiheits- und Eigentumsklausel umfasst an und teilten den Gesetzgebungs- und damit Mitwirkungsbereich entsprechend auf.

<sup>100</sup> Vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 76; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 14 (auf den Streit um die Kodifikation des bayerischen Polizeistrafrechts hinweisend).

<sup>101</sup> *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 76 f.; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 132.

<sup>102</sup> *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 77; ähnlich *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 129. Von einer Gleichsetzung des von der Freiheits- und Eigentumsformel abgedeckten Bereichs mit dem *status negativus* G. *Jellineks* im Spätkonstitutionalismus spricht *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 22 f.

<sup>103</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 132.

<sup>104</sup> Vgl. dazu *Vogel*, VVDStRL 24 (1966), 125, 149 f.

<sup>105</sup> In diese Richtung etwa der Beitrag zum Gesetzesbegriff von *Welcker*, in: Rotteck/Welcker (Hrsg.), Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, Bd. 6, 1838, S. 744: „Ob und wie weit aber die übrigen Bestimmungen [...] bloß wegen ihrer Wichtigkeit und Zweckmäßigkeit durch ständische Mitwirkung zu Gesetzen erhoben und durch diese die Regierungstätigkeit geregelt werden soll, dieses hängt von den besonderen Constitutionen oder [...] von der Vereinbarung der Regierung und der Stände ab.“; dazu näher *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 190–192; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 50.

eines Eingriffs in Freiheit und Eigentum löst, kann man bereits eine Parallele zu dem später vom BVerfG entwickelten *Wesentlichkeitskriterium* erkennen.<sup>106</sup>

Die Revolution von 1848/49 rückte – trotz ihres Scheiterns – den Gedanken der Volkssouveränität weiter in den Vordergrund. Eine Stärkung der Mitbestimmungsrechte der Volksvertretung war in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28.3.1849<sup>107</sup>, aber auch in der oktroyierten Preußischen Verfassung vom 5.12.1848<sup>108</sup> und der revidierten Preußischen Verfassung vom 31.1.1850 zu verzeichnen.<sup>109</sup> So wurden die Mitwirkungsrechte der Volksvertretung an der Gesetzgebung in der Preußischen Verfassung von 1850 ausgebaut: Art. 62 sah die gemeinschaftliche Gesetzgebung durch den König und zwei Kammern<sup>110</sup> vor und das Recht zur Gesetzesinitiative wurde auf beide Kammern erstreckt (Art. 64).<sup>111</sup> Ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes wurde zwar nicht ausdrücklich festgehalten, war aber weiterhin ein notwendiges Verfassungsprinzip, um den Bereich der Gesetzgebung gegenständlich gegenüber dem in alleiniger Macht des Königs stehenden Ordnungsrecht abzugrenzen.<sup>112</sup> Grundrechtliche Gewährleistungen sahen Gesetzesvorbehalte insbesondere für Beschränkungen der persönlichen Freiheit (Art. 5) und des Eigentums (Art. 9) vor, sodass der Vorbehalt des Gesetzes i.S.d. Freiheits- und Eigentumsklausel auch hier normativ verankert werden konnte. Unabhängig von der normativen Verortung in Art. 62 oder in den Grundrechtsvorbehalten (Art. 5 und Art. 9)<sup>113</sup> blieb der Vorbehalt des Gesetzes

<sup>106</sup> So *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 50; *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 110 geht davon aus, dass bereits die Freiheits- und Eigentums-Formel – bloß mit anderen zeitgemäßen Worten – den gleichen Grundgedanken wie die heutige Wesentlichkeitstheorie umschrieb; s.a. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 385 f. mit Beispielen zu Versuchen der konstitutionellen Staatsrechtslehre, den Zuständigkeitsbereich der Gesetzgebung nach inhaltlich-sachlichen Kriterien abzugrenzen und auszufüllen.

<sup>107</sup> Die Gesetzgebung wurde nach Art. 80 S. 2 Frankfurter Reichsverfassung (abgedr. Bei *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 304 ff.) vom Kaiser in Gemeinschaft mit dem Reichstag ausgeübt. Ein allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes war nicht vorgesehen, wurde aber implizit vorausgesetzt. Der Grundrechtskatalog unter Abschnitt VI. sah vereinzelt Gesetzesvorbehalte vor.

<sup>108</sup> Art. 60 Preußische Verfassung v. 5.12.1848 (abgedr. bei *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1, 1961, S. 385 ff.) sah die gemeinschaftliche Ausübung der Gesetzgebung durch den König und zwei Kammern sowie Gesetzesvorbehalte für Eingriffe in die persönliche Freiheit (Art. 5) und Eigentum (Art. 8) vor.

<sup>109</sup> *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 49.

<sup>110</sup> Durch Gesetz v. 30.5.1955 erhielt die Erste Kammer die Bezeichnung „das Herrenhaus“ und die Zweite Kammer die Bezeichnung „das Abgeordnetenhaus“, vgl. *Huber* (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1961, S. 407 mit Fn. 43.

<sup>111</sup> Zu Ursprüngen dieser Regelungen (insb. in der belgisch-französischen Verfassungstradition, der ein formeller, auf das Zustandekommen von Gesetzen abzielender Gesetzesbegriffs zugrunde lag) *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 183 ff.; *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 221 ff.

<sup>112</sup> Vgl. *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 49 f.

<sup>113</sup> Näher zum damals geführten Streit, ob der Vorbehalt des Gesetzes in der Preußischen

also bezeichnend für die Abgrenzung der Machtsphären von Krone und Parlament.<sup>114</sup>

*c) Fokussierung auf den Rechtssatzvorbehalt im staatsrechtlichen Positivismus*

Von der Auslegungsfrage des Art. 62 der Preußischen Verfassung v. 1850 ausgehend entwickelten deutsche Staatsrechtler, darunter insbesondere *Paul Laband* und *Georg Jellinek*, die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff und unterschieden streng zwischen formellem und materiellem Gesetz.<sup>115</sup> Das dabei entwickelte Gesetzesverständnis hatte großen Einfluss auf die damalige Staatsrechtslehre und prägte auch das Verständnis bzw. die Methode zur Bestimmung des der Legislative vorbehaltenen Entscheidungsbereichs maßgeblich.<sup>116</sup>

*aa) Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff*

Die Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff ging von einem materiellen Gesetzesbegriff aus, den sie zeitlich vor der konstitutionellen Staatsform verortete und somit losgelöst vom Element der Volksvertretung betrachtete.<sup>117</sup> Das materielle

---

Verfassung v. 1850 in Art. 62 oder in Art. 5 und Art. 9 zu verorten sei, *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 221 ff.; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>3</sup>1968, S. 131 f. mit Fn. 139; *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 21.

<sup>114</sup> *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50. Dabei barg die „offene“ Bezeichnung des Gesetzgebungsbereichs in Art. 62 Preußische Verfassung v. 1850 großes Streitpotenzial, welches insbesondere im Preußischen Budgetkonflikt (1862–1866) ausbrach (dazu auch unten § 3 Fn. 136 m.w.N.).

<sup>115</sup> *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 61: „Gesetz im materiellen Sinne und im formellen Sinne verhalten sich [...] zueinander nicht wie Gattung und Art, wie ein weiterer und ein untergeordneter Begriff; sondern es sind zwei durchaus verschiedene Begriffe, von denen jeder durch ein anderes Merkmal bestimmt wird; der eine durch den Inhalt, der andere durch die Form einer Willenserklärung.“; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 226 ff., insb. S. 240. Die Aufspaltung des Gesetzesbegriffs wurde auch in den vermeintlich unterschiedlichen Gesetzesbegriffen in Art. 62 Abs. 1 („formell“) und Abs. 2 („materiell“) Preußische Verfassung v. 1850 normativ verankert (sog. Tautologiebeweis). Der Tautologiebeweis besagte, dass der formelle Gesetzesbegriff, der in Art. 62 Abs. 1 Preußische Verfassung v. 1850 gemeint war, nicht in Art. 62 Abs. 2 wiederholt werde, sondern es dort um einen materiellen Gesetzesbegriff gehen müsse, der den Regelungsbereich umschreibe, in dem der König und Kammern nur gemeinsam die Regelungsbefugnis zustehe. Dazu näher *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 186 ff., insb. 189; s.a. *Selmer*, JuS 1968, 489, 491.

<sup>116</sup> Der staatsrechtliche Positivismus war von einer Hinwendung zur begrifflich-logischen und einer Abwendung von einer historisch-konventionellen Untersuchung staatsrechtlicher Problemstellungen geprägt. Näher zum rechtswissenschaftlichen Charakter des staatsrechtlichen Positivismus und zum Einfluss der privatrechtlichen Pandektenwissenschaft auf den nun entwickelten Gesetzesbegriff *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 211 ff.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 53 ff.; zur Gegenüberstellung der historisch-konventionellen bzw. praktisch-verfassungsrechtlichen Herleitung des Rechtssatzbegriffs und der theoretisch-logischen Definition *Labands* bereits *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 176 f.

<sup>117</sup> Vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 227; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 57.

Gesetz wurde dabei als „Anordnung eines Rechtssatzes“ definiert.<sup>118</sup> Der Rechtsatzbegriff gründete wiederum in *Labands* Rechtsbegriff,<sup>119</sup> wonach Recht stets die Abgrenzung von Freiheits- bzw. Willenssphären zwischen Rechtssubjekten bezweckt.<sup>120</sup> Derartige Freiheits- bzw. Willenskollisionen konnten einerseits zwischen Privatrechtssubjekten untereinander, andererseits zwischen Privatrechtssubjekten und dem Staat auftreten, der seinerseits als eigenständiges Rechtssubjekt angesehen wurde.<sup>121</sup> Rechtssätze in diesem Sinne wurden der parlamentarischen Zuständigkeit zugewiesen, sollten also von Natur aus der Mitwirkung des Parlaments vorbehalten sein und nicht durch eigenständige Verordnung der Exekutive beschlossen werden können.<sup>122</sup> Insbesondere „staatsinterne“ Regelungen (d.h. innerhalb des Rechtssubjekts Staat) standen hingegen außerhalb des Rechtsatzbegriffs und waren damit auch dem Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes entzogen.<sup>123</sup> Solche rechts- bzw. gesetzesfreien Räume stellten demnach auch die später als „besondere Gewaltverhältnisse“<sup>124</sup> bezeichneten Bereiche dar, wie etwa das Beamten-, Disziplinar- oder Schulrecht.<sup>125</sup> Diese Pro-

<sup>118</sup> *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 1; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 240; eingehend zu Definitionen des materiellen Gesetzesbegriffs und seiner Funktion zur Bestimmung der Rechtssetzungskompetenz des Parlaments *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 12 ff.

<sup>119</sup> Vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 233.

<sup>120</sup> Vgl. *Laband*, Das Budgetrecht, 1871, S. 12; s.a. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 240: „Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Thätigkeit von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der socialen Schrankenziehung wegen erlassen worden so enthält es die Anordnung eines Rechtssatzes, ist daher auch ein Gesetz im materiellen Sinne, hat es jedoch irgend einen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinem Inhalte nach als Anordnung eines Verwaltungsakts oder als ein Rechtsspruch sich charakterisiert.“; dazu *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 233 f.; *Selmer*, JuS 1968, 489, 491.

<sup>121</sup> Vgl. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1876, S. 56 ff.; s.a. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 6 f.; dazu *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 234 f.; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50; *Selmer*, JuS 1968, 489, 491.

<sup>122</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 21.

<sup>123</sup> Beanspruchte das Parlament in diesem Bereich dennoch eine Gesetzgebungskompetenz (also i.S.e. „bloß“ formellen, nicht auch materiellen Gesetzes), wurde dies gewissermaßen als „Grenzüberschreitung“ der Legislative angesehen, vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 21 f.; s.a. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 235; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50.

<sup>124</sup> *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1876, S. 387 beschreibt die internen Verhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur zwischen Staat und Individuen (etwa das Beamtenverhältnis) bereits als „Gewaltsverhältniß des Staates“. Nach seinem Verständnis stehen diese ohnehin außerhalb des Rechtsatzbegriffs und damit naturgemäß nicht unter dem Vorbehalt des Gesetzes. Später verwendet *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 108 insb. Fn. 13, den Begriff der „besonderen Gewaltverhältnisse“ und sondert diese spezifisch aus dem Bereich des Vorbehalts des Gesetzes aus.

<sup>125</sup> Vgl. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 235 f.; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50; *Selmer*, JuS 1968, 489, 491.

blematik der vom Vorbehalt des Gesetzes von vornherein ausgenommenen, besonderen Gewaltverhältnisse sollte später ein Mitauslöser für die Entwicklung der Wesentlichkeitstheorie durch das BVerfG sein, da sich das überkommene Vorbehaltsverständnis<sup>126</sup> als zu eng erwies, um „wesentliche“ Fragen, insbesondere ihrer Grundrechtsrelevanz wegen, der exklusiven Kompetenz des Parlaments zuzuordnen.

Der *formelle* Gesetzesbegriff bezeichnete nach *Laband* jede Äußerung des Staatswillens, die sich organisatorisch durch die Art und Weise ihres Zustandekommens unter Mitwirkung des Parlaments auszeichnet.<sup>127</sup> Dabei kommt ein monolithisches Staatsverständnis zum Ausdruck, nach dem die bei der Gesetzgebung zu berücksichtigende Entscheidungsbefugnis der Volksvertretung nicht im Sinne einer Gewaltenteilung, sondern als „Willensact einer einheitlichen Staatspersönlichkeit“<sup>128</sup> verstanden wird.<sup>129</sup> Der Inhalt des geäußerten Willens ist dabei nicht maßgeblich.<sup>130</sup> Da „rein“ formelle Gesetze – darunter fiel nach dieser Lehre etwa auch das Haushaltsgesetz – keinen Rechtssatz enthielten,<sup>131</sup> markierten sie gewissermaßen eine Grenzüberschreitung der Legislative (d.h. der parlamentarischen Mitwirkung) in den (originären) Bereich der monarchischen Exekutive.<sup>132</sup> Bereiche bzw. Entscheidungen außerhalb des „Rechtssatzes“ gehörten grundsätzlich nicht zum Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes und somit nicht zur Zuständigkeit des Parlaments.<sup>133</sup> Sie konnten der parlamentarischen

<sup>126</sup> Gemeint ist hier das durch die spätkonstitutionelle Staatslehre geprägte Verständnis, wonach der Vorbehalt des (formellen) Gesetzes nur bei der „Anordnung eines Rechtssatzes“ (d.h. für den Erlass eines Gesetzes im „materiellen“ Sinn) galt; vgl. dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 58.

<sup>127</sup> Vgl. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 61: „Ein Staatsgesetz im formellen Sinne ist ein Willensact des Staates, der in einer bestimmten feierlichen Weise zustande gekommen und erklärt worden ist.“

<sup>128</sup> *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 7.

<sup>129</sup> Vgl. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1876, S. 506: „Die Gesetzgebung ist nicht ein Theil der Staatsgewalt, sondern eine Form, in welcher sie sich äußert; es giebt keine legislative Gewalt, sondern nur eine Bethätigung der Staatsgewalt in legislativer Form.“; krit. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 70 Fn. 4.

<sup>130</sup> *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 60: „In Wahrheit aber bezeichnet das Wort Gesetz in diesem Sinne nicht einen Theil der in der Staatsgewalt enthaltenen Befugnisse, sondern eine Form, in welcher der staatliche Wille erklärt wird, gleichviel was der Inhalt dieses Willens ist.“; s.a. *Laband*, ebd., S. 209.

<sup>131</sup> Vgl. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 209: „Gesetze dieser Art sind im materiellen Sinne Verwaltungsakte, sie enthalten keinen Rechtsbefehl, sondern einen Verwaltungsbefehl.“; s.a. *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 284: „[...] auf den ersten Blick klar, dass das die Aufstellung des Budgets ihrem Wesen nach kein Akt materieller Gesetzgebung, sondern der Verwaltung ist. Das Budget, isoliert betrachtet, als Veranschlagung der Einnahmen und Ausgaben des Staats, enthält keine Rechtssätze.“

<sup>132</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 22; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50.

<sup>133</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 22 f.; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 50.

Gesetzgebungsform zwar durch ausdrückliche Kompetenzzuweisung zugeordnet werden, erlangten dadurch aber keinen Rechtssatzcharakter.<sup>134</sup> Der Erlass *materieller* Gesetze (d.h. Rechtssätze) war hingegen stets auf die „Form“ des formellen Gesetzes angewiesen.<sup>135</sup> Diese Konzeption erlangte etwa im Preußischen Budgetstreit (1862–1864) praktische Relevanz: Nach der kaiserlichen Linie bedurften „innerstaatliche“ Budgetfragen – als außerhalb des Rechtssatzbegriffs stehend – naturgemäß keiner Entscheidung durch ein Gesetz unter Parlamentsmitwirkung, sondern konnten von der monarchischen Exekutive allein entschieden werden, sofern die Verfassung keine andere eindeutige Regelung vorsah; dies sollte auch für den Fall gelten, dass ein erforderliches „rein formelles“ Gesetz an der mangelnden Zustimmung des Parlaments scheitert.<sup>136</sup>

*bb) Fokussierung auf den Rechtssatzbegriff*

Die Konturen des Vorbehalts des Gesetzes wurden durch die Fokussierung der Staatsrechtslehre auf den Rechtssatzbegriff nachhaltig geprägt. Der Rechtssatz als notwendiger Inhalt des materiellen Gesetzes wurde für die gegenständliche Beschreibung des Vorbehaltsbereichs maßgebend. Damit ging zwar nicht zwingend eine Abwendung von der Freiheits- und Eigentumsklausel einher, die von der Rechtssatzdefinition umfasst bzw. mit ihr gleichgesetzt wurde, denn die Schaffung neuer Rechtssätze setzte der individuellen Freiheitssphäre der Staatsuntergebenen in der Regel Schranken.<sup>137</sup> Allerdings verschoben sich unter dem Rechtssatzbegriff die Prioritäten: Der *demokratisch-politische* Aspekt, wonach staatliche Eingriffe stets der Zustimmung der Volksvertretung bedürfen, wurde vernachlässigt und gewissermaßen zu einem bloß formellen Aspekt degradiert.<sup>138</sup> Mit dem Verlust dieser „politischen“ Dimension büßte der Vorbehaltsbereich auch an Entwicklungspotenzial ein, da seine Reichweite nicht mehr als Pendant zu den dynamischen politischen Errungenschaften des Parlaments verstanden wurde. Der vernunftrechtlich geprägte Rechtssatzbegriff *Labands* war vielmehr als inhaltlich feststehend gedacht und keinen Veränderungen im Zuge wachsender politischer Einflussnahme des Parlaments zugänglich.<sup>139</sup> Die Konturen des

<sup>134</sup> Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 229 f.

<sup>135</sup> Vgl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 1876, S. 506; dazu auch Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 58.

<sup>136</sup> Siehe Jesch, Gesetz und Verwaltung, <sup>3</sup>1968, S. 22 f.; näher zum Ursprung des Budgetstreits sowie zu der in diesem Rahmen auf königlicher Seite vertretenen „Lückentheorie“ Kraus, Der Staat 29 (1990), 209 ff.; Selmer, JuS 1968, 489, 491; aus historischer Perspektive eingehend Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 3, 1963, S. 302 ff.

<sup>137</sup> Siehe Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 205: „Die Gesetze, von denen hier die Rede ist, haben es sämtlich zu thun mit einer Abgränzung der Staatsgewalt. Sie geben die Rechtsvorschriften über die Einwirkungen, welche der Staat auf Personen und Vermögen seiner Untergebenen vornehmen darf, und sichern daher zugleich andererseits die Sphäre, welche vor diesen Eingriffen rechtlich geschützt ist.“

<sup>138</sup> Vgl. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 59.

<sup>139</sup> Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 214 spricht in dem Kontext von einer „Flucht [der Staatsrechtslehre] in unpolitische Neutralität“.

Vorbehaltbereichs blieben dabei trotz der Gleichsetzung mit dem logisch-begrifflich hergeleiteten Rechtssatzbegriff unklar,<sup>140</sup> was nicht unerwünscht war, ermöglichte die Offenheit der monarchischen Exekutive doch, aus dem Rechtssatzbegriff politisch wichtige Bereiche auszusondern und sich dadurch Kompetenzen zu sichern.<sup>141</sup> Festzuhalten ist, dass in dieser Phase der „rechtssatzfokussierten“ Beschreibung des Gegenstands des Vorbehalts des Gesetzes dessen anfänglich zentrale, demokratisch-partizipatorische Prägung in den Hintergrund gedrängt wurde.<sup>142</sup> Damit ging das Risiko einher, den Vorbehaltsgedanken gänzlich auf das Erfordernis vorhersehbarer allgemeiner Regelungen (abstrakter Rechtssätze) zu reduzieren, dem an sich auch Verordnungen gerecht werden könnten, und zu übersehen, dass auch der Ursprung der Norm aus dem Parlament essenziell ist, also ihre Entstehung unter Beteiligung von Repräsentanten der Normunterworfenen.<sup>143</sup>

*d) Zusammenführung von rechtsstaatlicher und demokratischer Komponente (spätes Kaiserreich)*

Im späten Kaiserreich wurden von *Otto Mayer*, der den Begriff vom „Vorbehalt des Gesetzes“ begründete,<sup>144</sup> wichtige Klarstellungen vorgenommen und Erkenntnisse über den Vorbehalt erarbeitet,<sup>145</sup> die später insbesondere von *Richard Thoma*<sup>146</sup> fortgeführt wurden. *Mayer* wendete sich von der strikten Spaltung des Gesetzesbegriffs in einen materiellen und formellen Teil ab<sup>147</sup> und legte ein ein-

<sup>140</sup> Vgl. *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 210; zur Schwierigkeit der Einordnung einzelner Akte als Rechtssatz auch *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 244; krit. zum Versuch, den Rechtssatzbegriff rein logisch klar zu bestimmen, *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 176 f.

<sup>141</sup> *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 219 meint deshalb: „Vornehmlich auf zwei Wegen suchte man diesem Ergebnis [d.h. eines umfassenden Rechtssatzbegriffs, der konsequent gedacht zu einer beherrschenden Stellung der Volksvertretung und Entmachtung der Exekutive führt] zu entgegen: Man engte den Rechtssatzbegriff selbst konventionell ein (ohne das freilich selbst immer zu bemerken), also daß die rechtstheoretischen Ergebnisse der verfassungsrechtlichen Wirklichkeit in etwa entsprachen, oder (und) nahm seine Zuflucht zu dem juristischen Kunstgriff beliebiger Kompetenz-Delegation [...]“

<sup>142</sup> Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 43; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 61 f.

<sup>143</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 59 f. Der Begriff des „Rechtssatzvorbehalts“ wird auch im aktuellen Diskurs zum Teil zur Bezeichnung der rechtsstaatlich geprägten Komponente des Gesetzesvorbehalts verwendet, während die demokratische Funktion unter den Begriff des „Parlamentsvorbehalts“ gefasst wird, vgl. *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 693 f.

<sup>144</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 74; dazu *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 168.

<sup>145</sup> Näher *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 321 ff.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 62 ff.

<sup>146</sup> Siehe *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165 ff.; eingehend zu dessen Theorien *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 64 ff.

<sup>147</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 71 mit Fn. 5.

heitliches Gesetzesverständnis zugrunde, welches er (formell) „durch seine Entstehungsart“<sup>148</sup>, d.h. unter Mitwirkung des Parlaments, charakterisierte.<sup>149</sup> Dadurch öffnete sich für ihn auch die zuvor durch den Fokus auf den Rechtssatzbegriff verdeckte, demokratisch-politische Dimension des Vorbehalts des Gesetzes wieder.<sup>150</sup> Mayer sah in der Erzeugung von Rechtssätzen nicht mehr die einzig mögliche Wirkungsform von Gesetzen, sondern nur eine mögliche.<sup>151</sup> Er nahm auch von der zuvor üblichen Gleichstellung des Gesetzesbegriffs mit der Freiheits- und Eigentumsklausel Abstand und bezog das „Wichtigkeitskriterium“ als Indiz für das Gesetzeserfordernis mit ein.<sup>152</sup> So stellt er fest: „Ein Gesetz kann einen Rechtssatz enthalten, ohne einen Eingriff in Freiheit und Eigentum vorzustellen [...]. Ein Gesetz kann einen Eingriff bedeuten, ohne ein Rechtssatz zu sein.“<sup>153</sup> Mayer richtete das Vorbehaltsverständnis damit neu aus und prägte es bis in die heutige Zeit.

*aa) Vorbehalt für (Individual-)Eingriffe in Freiheit und Eigentum bzw. Grundrechte*

Der Vorbehalt des Gesetzes bestimmt nach Mayer, dass „gewisse besonders wichtige Gegenstände“<sup>154</sup> einem selbstständigen Vorgehen der handelnden Staatsgewalt entzogen sind und staatliches Handeln dort unter der Bedingung eines verfassungsmäßigen Gesetzes steht.<sup>155</sup> Dieser Vorbehalt wird *primär* gegenüber der Verwaltung wirksam.<sup>156</sup> Bei der näheren inhaltlichen Bestimmung dieser Gegenstände orientierte sich Mayer an dem Vorgehen der Verfassungen, d.h. der Aufstellung von Grundrechten und der Beschreibung des Vorbehaltsbereichs durch die Freiheits- und Eigentumsklausel.<sup>157</sup> Sofern Verfassungen, wie insbesondere

<sup>148</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 71.

<sup>149</sup> Vgl. dazu Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 322.

<sup>150</sup> Vgl. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 60: „Während die alten Landstände mit gewissen beschränkenden Rechten und Privilegien der Staatsgewalt gegenüberstanden, hat die Volksvertretung einen Anteil an der Ausübung der Staatsgewalt selbst. Eine besondere, wichtigste Art von Willensäußerung derselben wird ausgeschieden, die nur unter Mitwirkung der Volksvertretung entstehen kann: das Gesetz.“; dazu auch Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 63.

<sup>151</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 71 f. mit Fn. 5, 73.

<sup>152</sup> Vgl. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 69: „Das verfassungsmäßige Gesetz ist [...] nur für bestimmte besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedingung aller Staatstätigkeit gemacht worden.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>153</sup> Mayer, AöR 18 (1903), 96, 99.

<sup>154</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 74.

<sup>155</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 74; dazu Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 323.

<sup>156</sup> Vgl. die Darstellung bei Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 323: „In erster Linie wird er [der Vorbehalt des Gesetzes nach Mayer] gegenüber der Verwaltung wirksam.“ Es folgt aber keine nähere Erläuterung dazu, ob und inwieweit auch eine Geltung gegenüber der Judikative angezeigt ist.

<sup>157</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 75.

die Reichsverfassung von 1871, weder Grundrechtskataloge noch einen allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes ausdrücklich enthielten, sah er den Eingriffsvorbehalt als ungeschriebene verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit darin enthalten.<sup>158</sup> Welche Inhalte darüber hinaus dem Gesetz vorbehalten sein können, wird von *Mayer* nicht näher erläutert. Dass es sie geben soll, wird aber schon aus seiner Definition des Vorbehalts des Gesetzes ersichtlich, die auf die „Wichtigkeit“<sup>159</sup> abstellt und (Individual-)Eingriffe und Rechtssätze gewissermaßen als Unterfälle davon behandelt.<sup>160</sup>

Entscheidend ist außerdem, dass *Mayer* den Vorbehalt des Gesetzes, der sich zu Beginn nur auf den Erlass abstrakt-genereller Normen bezog (sog. „Rechtsetzungsvorbehalt“), auch für *Einzeleingriffe* öffnete, indem er forderte, dass nicht nur die rechtssatzmäßige Regelung von Eingriffen dem Gesetz vorzubehalten sei, sondern auch tatsächliche Eingriffe im Einzelfall (z.B. eine Verhaftung oder Eigentumsentziehung) nur durch Gesetz oder auf Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig seien.<sup>161</sup> Die Verwaltung dürfe das, was ihr allgemein anzuordnen versagt sei, erst recht nicht im Einzelfall verfügen.<sup>162</sup> Die bereichsspezifische Gesetzesabhängigkeit der Verwaltung leitete *Mayer* auch unmittelbar aus der Funktion der Grundrechte ab,<sup>163</sup> die er als Beschränkung der Exekutive hinsichtlich bestimmter Eingriffe verstand, zu denen sie der Gesetzgeber ermächtigen könne oder nicht.<sup>164</sup> In der Gesetzesbindung der Verwaltung

<sup>158</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 76: „Wenn die Reichsverfassung Art. 5 sagt: „Die Reichsgesetzgebung wird ausgeübt durch Bundesrat und Reichstag“, so wissen wir alle, daß das bedeutet: die verfassungsmäßige Willenserklärung von Bundesrat und Reichstag ist auch allein ausgestattet mit der Kraft, Eingriffe in Freiheit und Eigentum zu bewirken.“

<sup>159</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 74.

<sup>160</sup> Die Wichtigkeitsdimension bei *Mayer* betont *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 63; auch nach *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 323 bezieht sich der Vorbehalt *Mayers* inhaltlich zwar „allermeist“, aber nicht zwingend immer auf Eingriffe.

<sup>161</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 76: „[D]as Gesetz kann die vorbehaltenen Eingriffe selbst aussprechen; es kann aber auch von seiner Kraft dadurch Gebrauch machen, daß es sie für gewisse Fälle überträgt an die vollziehende Gewalt, die Regierung und ihre Diener. Das sind die sogenannten gesetzlichen Ermächtigungen [...]“; s.a. *Mayer*, AöR 18 (1903), 96, 100 f.; dazu *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 180. Es sei ergänzt, dass bereits *Laband* und *Jellinek* Einzelakte in ihren Rechtssatzbegriff einbezogen, den sie zwar üblicherweise, aber nicht zwingend als „allgemein“ verstanden; siehe *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 1 f.; *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 239.

<sup>162</sup> So beschreibt *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 180 die Argumentation *Mayers*; vgl. dazu auch *Horn*, Die grundrechtsummittelbare Verwaltung, 1999, S. 44.

<sup>163</sup> Dabei wird auf Grundlage der Grundrechte der Preußischen Verfassung v. 1850 argumentiert, die insb. die Freiheits- (Art. 4) und Eigentumsgarantie (Art. 9) und diesbezüglich besondere Gesetzesvorbehalte enthielt.

<sup>164</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 75 mit Fn. 11; *ders.*, AöR 18 (1903), 96, 102; s.a. *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 216 ff.; dazu auch *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 159 f.

sah er das zentrale Merkmal des „Rechtsstaats“.<sup>165</sup> Der Eingriffsvorbehalt für Individualakte und damit das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen für Eingriffshandeln der Verwaltung setzte sich Ende des 19. Jahrhunderts in der Staatsrechtslehre<sup>166</sup> wie auch in der Gerichtspraxis<sup>167</sup> durch.

*bb) Unbeschränkte Delegationsmöglichkeiten und vorbehaltstfreie Räume*

Weitgehend unbegrenzt blieb jedoch auch bei *Mayer* die Reichweite zulässiger Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen.<sup>168</sup> Er ging, wie etwa *Jellinek*,<sup>169</sup> davon aus, das Gesetz könne „seine rechtsatzschaffende Kraft“ unbeschränkt auf andere Stellen übertragen.<sup>170</sup> Folglich konnte sich eine gesetzliche Ermächtigung inhaltlich darauf beschränken, festzustellen, dass eine Materie umfassend durch Verordnung normiert werden soll, wobei es keine Einschränkungen durch Bestimmtheitsanforderung gab, wie sie heute in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehen sind.<sup>171</sup>

Innerstaatliche Bereiche (z.B. Militär, Schulen etc.) klammerte *Mayer* nicht mehr über einen – durch die Abgrenzung von Willenssphären charakterisierten – Rechtssatzbegriff aus dem Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes aus, sondern bezog sich auf die Figur des „besonderen Gewaltverhältnisses“, innerhalb dessen die Verwaltung zweckgebunden eigeninitiativ handle und keiner gesetzlichen Grundlage für generelle wie auch individuelle Anordnungen bedürfe.<sup>172</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass gegenüber denjenigen, die sich aus

<sup>165</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 61 ff., 66.

<sup>166</sup> Ausführlich zur Entwicklung *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 156 ff.

<sup>167</sup> Das Preußische Oberverwaltungsgericht begann in den 1870er Jahren das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen für belastende Akte der Verwaltung nachzuprüfen. Namentlich für polizeiliches Handeln wurde das Vorliegen einer Rechtsgrundlage überprüft, die regelmäßig in § 10 Titel 17, Zweyter Theil des Allg. Preußischen Landrechts gesehen wurde; vgl. PrOVG 1, 337, 338 (v. 10.11.1877): „so ergibt sich die Befugnis der Polizeibehörden zu Maßnahmen, wie den hier über die Klägerinnen verhängten, schon daraus, daß es zu den Aufgaben der Polizei gehört, „die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung ... zu treffen“; s.a. das bekannte Kreuzberg-Urteil, PrOVG 9, 353 (v. 10.6.1882); dazu *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 162 f. mit Fn. 280.

<sup>168</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 53 f.; ausführlich zur Delegationsproblematik im Kaiserreich, der Weimarer Republik und Nationalsozialismus *Staupe*, ebd., S. 53 ff.

<sup>169</sup> *Jellinek*, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 382 f.

<sup>170</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 92 f., insb. S. 93: „Das Gesetz kann den Behörden mancherlei Ermächtigungen geben zu Einwirkungen, welche zu seinem verfassungsrechtlichen Vorbehalt gehören. Was bedeutet es, wenn noch besonders bestimmt wird, daß die Behörde für diese Gegenstände oder einzelne davon auch Verordnungen erlassen kann? Nichts anderes, als daß ihr auch die Fähigkeit verliehen wird, solche Einwirkung in allgemein wirkenden Sätzen zu machen, Rechtssätze für diese Gegenstände aufzustellen.“

<sup>171</sup> Dazu *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 19.

<sup>172</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 108 f. mit Fn. 13 (mit Bezug auf *Laband*); s.a. *ders.*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, <sup>3</sup>1924, S. 101 f. („verschärfte Ab-

dem „allgemeinen Gewaltverhältnis“ (Staat-Gesellschaft) heraus in ein der staatsinternen Organisation zugehöriges „besonderes Gewaltverhältnis“ begeben, grundsätzlich keine *Eingriffe* denkbar sind.<sup>173</sup>

*cc) Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes: Parallelen zur Justizgewalt*

Neben den Vorbehaltsbegriff stellte *Mayer* den Begriff vom „Vorrang des Gesetzes“, der besagt, dass der in der spezifischen Form des Gesetzes zum Ausdruck gekommene Staatswillen nicht auf anderem Wege aufgehoben, abgeändert oder unwirksam gemacht werden kann und bereits vorhandene staatliche Willensäußerungen, die zu ihm in Gegensatz stehen, aufhebt.<sup>174</sup> Es wird also zwischen zwei Aussagen unterschieden: der *Vorrang* besagt, dass staatliches Handeln (der Verwaltung oder Justiz) nicht im Gegensatz zu bestehenden Gesetzen (*contra legem*) stehen darf; der *Vorbehalt* besagt, dass staatliches Handeln (der Verwaltung oder Justiz) in bestimmten Bereichen nicht ohne Gesetz erfolgen darf.<sup>175</sup> Vorliegend ist auch von Interesse, dass *Mayer* – ohne dies näher zu problematisieren – von einer Geltung der Aussagen sowohl des Vorrangs als auch des Vorbehalts des Gesetzes für die Justiz auszugehen schien.<sup>176</sup> So entwickelte er seine Gedanken zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes für die Verwaltung ausgehend vom Vorbild der Justiz auf dem Gebiet des Zivil- und Strafrechts.<sup>177</sup> Um die Gesetzesabhängigkeit der

---

hängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird, für alle einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten“); näher zur Theorie vom besonderen Gewaltverhältnis insb. im Kontext des Schulrechts *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 75 ff.

<sup>173</sup> Vgl. *Selmer*, JuS 1968, 489, 491.

<sup>174</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 72.

<sup>175</sup> Die Unterscheidung wird bei *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 71–74 deutlich; dazu auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 64; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 51. Eine ähnliche Differenzierung unter Verwendung der Begriffe *contra* und *praeter legem* findet sich bereits bei *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1877, S. 73 f. im Rahmen seiner Ausführungen zur Zulässigkeit und Reichweite des Ordnungsrechts unter der Reichsverfassung.

<sup>176</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 58 f.: „Die beiden Zweige der vollziehenden Gewalt laufen parallel. Beide stehen unter dem Gesetz. Die Justiz wendet das Gesetz an durch Urteile, obrigkeitliche Aussprüche im Einzelfall und nach diesen richtet sich alsdann die That der Vollstreckungsbeamten. Die Verwaltung, gleichfalls gebunden an das Gesetz, ordnet ihrerseits, soweit es nötig ist, ihre Geschäfte durch obrigkeitliche Aussprüche, durch welche gebunden wird, was thatsächlich geschehen soll.“

<sup>177</sup> So bereits bei Einleitung seiner Definition des Vorbehalts des Gesetz, *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 74: „Das Gesetz giebt der Justiz die unentbehrliche Grundlage ihrer Thätigkeit; kein Urteil anders als auf Grund eines Rechtssatzes, *nulla poena sine lege*.“; s.a. ebd., S. 84: „Das Verhältnis der Verwaltung zum Gesetz ist grundsätzlich das gleiche wie das der Justiz. Die Leitung, welche ihr das Gesetz giebt, ist nicht von derselben strengen Einförmigkeit; sie läßt ihr verhältnismäßig viel mehr freien Spielraum. Aber sie bleibt in allen Fällen Leitung wie dort.“; vgl. dazu die Beobachtung von *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 72 mit Fn. 318.

Verwaltung näher zu beschreiben, fragte er, inwiefern die Rolle des Gesetzes für die Justiz im Zivilrecht und im Strafrecht dafür ein Vorbild geben können.<sup>178</sup> Den maßgeblichen Unterschied hinsichtlich des Vorbehalts bezüglich Justiz und Verwaltung sah er in dessen Reichweite, die bei ersterer umfassend, bei letzterer stufenweise je nach Wichtigkeit des Bereichs von strenger Gebundenheit bis zu freier Bewegung reicht.<sup>179</sup> Von der etablierten Gesetzesbindung der Justiz im Zivil- und Strafrecht zog er die Parallele zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung: „Das Verwaltungsgesetz bedeutet nun nichts anderes als die Übertragung dieser Form, rechtlich zu wirken, auf die Verwaltung.“<sup>180</sup>

#### 4. Weimarer Republik: Ausufernde Delegationspraxis

Die Epoche der Weimarer Republik brachte wenig neue Erkenntnisse zur Bestimmung des Gegenstands des Vorbehalts des Gesetzes, sondern knüpfte größtenteils an die überkommenen Lehren an.<sup>181</sup> Bemerkenswert ist dies vor allem, weil mit dem Wandel zur parlamentarischen Demokratie und vollen Volkssouveränität<sup>182</sup> die ursprüngliche Funktion des Vorbehalts, dem Parlament im Verhältnis zur monarchischen Exekutive Mitwirkungsrechte zuzusichern, eigentlich weggefallen war.<sup>183</sup> Der überkommene Rechtssatzbegriff *Labands*, an den insbesondere *Gerhard Anschütz* anknüpfte,<sup>184</sup> war nach wie vor präsent.<sup>185</sup> *Anschütz* beschrieb den Vorbehalt des Gesetzes in seiner Kommentierung der Weimarer Reichsverfassung etwa folgendermaßen: „Wie früher, so ist auch heute ein formelles Gesetz notwendig [...] zum Erlaß neuer Rechtsnormen (= Normen, welche die Freiheit oder das Eigentum der dem Staat unterworfenen Rechtssubjekte betreffen), mit Ausnahme derer, die kraft gesetzlicher Ermächtigung auf einem andern Wege als dem des Gesetzes, insbesondere dem der Verordnung, erlassen werden dürfen.“<sup>186</sup>

<sup>178</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 81 ff.

<sup>179</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 84.

<sup>180</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 82.

<sup>181</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 152; *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 57; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 66 f.; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: EL 2023, Art. 80 Rn. 20 f.

<sup>182</sup> Vgl. Art. 1 S. 2 der Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919: „Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.“

<sup>183</sup> Vgl. *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 57 f.; s.a. *Hansen*, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentags, 1976, M 92 (Diskussionsbeitrag): „Der alte Begriff des Gesetzesvorbehalts war ja überflüssig geworden, nachdem das Parlament mit der Weimarer Verfassung die umfassende Regelungsbefugnis erhalten hatte.“

<sup>184</sup> Vgl. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, <sup>14</sup>1933, S. 358; Vorbem. zu Art. 68, 69 WRV; zur Übernahme der Lehren *Labands* und *Jellineks* bei *Anschütz* siehe *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 253 ff., 271 ff.

<sup>185</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 66 f.

<sup>186</sup> *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, <sup>14</sup>1933, S. 360.

Darin kommt bereits die Möglichkeit einer unbeschränkten Delegation der Normsetzungsbefugnis auf die Exekutive zum Ausdruck, von der in der Weimarer Republik ausufernd Gebrauch gemacht wurde.<sup>187</sup> Der Fokus auf den Rechtssatzbegriff und die Vernachlässigung der als „bloß formell“ begriffenen *demokratischen* Komponente des Vorbehalts ermöglichte zugleich eine Entwertung des Erfordernisses formell-gesetzlicher Eingriffsgrundlagen, sodass zum Teil auch ungeschriebene, etwa gewohnheitsrechtliche Grundlagen für eingriffsintensive Verwaltungstätigkeiten als ausreichend angesehen wurden.<sup>188</sup>

### 5. Nationalsozialismus: Aushöhlung des Vorbehaltsprinzips

Die bereits in der Weimarer Republik extensiv praktizierte Delegation von Gesetzgebungsbefugnissen der Legislative auf die Exekutive gipfelte in dem Ermächtigungsgesetz vom 24.3.1933, dessen Art. 1 die Gesetzgebungskompetenz des Reichstags unbegrenzt auf die Reichsregierung übertrug.<sup>189</sup> Das Parlament entmachtete sich damit selbst, die Trennung von Gesetz und Verordnung wie auch von Legislative und Exekutive wurde aufgelöst.<sup>190</sup> Die nach Kompetenzen und Funktionen geteilte Staatsgewalt wich einer allumfassenden „Führergewalt“.<sup>191</sup> Der Vorbehalt des Gesetzes konnte in dieser neuen Ordnung keine Rolle

<sup>187</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 60 f.; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 21 f. Von großer praktischer Bedeutung für die extensive Verordnungspraxis war der Notverordnungartikel 48 Abs. 2 WRV, der den Reichspräsidenten ermächtigte, bei Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reich die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen zu treffen. Die Flucht in die Verordnungsgebung war auch auf die starke Parteienzersplitterung im Reichstag zurückzuführen, die aktionsfähige Gesetzmehrheiten verhinderte.

<sup>188</sup> Davon zeugt die Kommentierung zum speziellen Gesetzesvorbehalt für Freiheitseinschränkungen bei *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, <sup>14</sup>1933, S. 544 f. zu Art. 114 WRV: „Dem Grundsatz, welcher in Art. 1 Satz 2 seinen Ausdruck gefunden hat, ist genügt, wenn eine Rechtsnorm vorhanden ist, auf welche die öffentliche Gewalt, indem sie eine Freiheitsbeschränkung anordnet, sich berufen kann. Ob diese Rechtsnorm in einem formellen Gesetz (Reichs- oder Landesgesetz [...]) oder einer gesetzmäßigen Verordnung [...] geschrieben steht, oder ob sie überhaupt nicht geschrieben steht, sondern von der rechtsbildenden Macht der Gewohnheit getragen wird, bleibt sich gleich.“; dazu auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 67 f.

<sup>189</sup> Art. 1 S. 1 des Ermächtigungsgesetzes vom 24.3.1933: „Reichsgesetze können außer in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden.“; Art. 2 S. 1: „Die von der Reichsregierung beschlossenen Gesetze können von der Verfassung abweichen, [...]“; dazu näher *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 63 ff.

<sup>190</sup> Vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 64; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 23.

<sup>191</sup> Vgl. nur *Huber*, DJZ 39 (1934), 950: „Auch die funktionelle und organisatorische Dreiteilung der Staatsgewalt mußte von der politischen Totalität des Nationalsozialismus beseitigt werden.“ Dies galt auch für die richterliche Gewalt, die aus dem „Führertum“ abgeleitet

mehr spielen.<sup>192</sup> Dennoch wurde zum Teil unter Heranziehung rechtsstaatlicher Erwägungen (und Ausblendung der demokratischen Mitbestimmungskomponente) behauptet, für gewisse Bereiche bestehe ein Vorbehalt des (materiellen) Gesetzes i.S.e. Rechtssatzvorbehalts.<sup>193</sup>

### 6. Zwischenbetrachtung

Die historische Skizze hat gezeigt, dass der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes seit den Anfängen des Konstitutionalismus im deutschen Staatsdenken verankert ist, wobei ihm eine mit der jeweiligen Verfassungsstruktur und den politischen Machtverhältnissen variiende Funktion und Reichweite zukam.<sup>194</sup> Wichtige theoretischen Grundlagen und Veränderungsanstöße stammten vor allem aus der Staatsrechtswissenschaft.<sup>195</sup> Anfangs stand die demokratisch-partizipative Funktion des Vorbehalts des Gesetzes im Vordergrund,<sup>196</sup> die von dem Machtkampf zwischen Krone und Parlament geprägt war und bereits im steuerrechtlichen Vorbehalt einen Vorläufer hatte.<sup>197</sup> Im Spätkonstitutionalismus wurde der Gegenstand des Vorbehalts vorherrschend mithilfe des Rechtssatzbegriffs bestimmt, der sich auf die Abgrenzung von Rechtssphären bezog und weitgehend mit dem durch die Freiheits- und Eigentumsklausel beschriebenen

---

wurde; so *Schmitt*, DJZ 39 (1934), 945, 946 f. Vgl. dazu auch *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 65.

<sup>192</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 70.

<sup>193</sup> Dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 71 mit Verweis auf *Tatarin-Tarnheyden*, *Werdendes Staatsrecht*, 1934, S. 161. Eine Fortgeltung des Rechtsstaatsprinzips im nationalsozialistischen Staat wurde in der damaligen Staatsrechtslehre zum Teil behauptet; so *Tatarin-Tarnheyden*, AöR 63 (1934), 345, 348: „Der Rechtsstaat bleibt trotzdem ein höchster sozialer Ordnungswert, der allein gegen Willkür schützen kann, und der insofern die *Grundlage aller Kultur* und zumal einer deutschen Kultur ist. Denn *Deutschsein heißt gerecht sein*.“ (Hervorhebungen im Original).

<sup>194</sup> Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, §101 Rn. 19; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 75 f.

<sup>195</sup> Die Rechtsprechung hatte hingegen wenig Einfluss, insb. weil monarchische Verordnungen außerhalb der gerichtlichen Prüfungsbefugnis standen und damit Grenzüberschreitungen der Exekutive in den Bereich der Legislative nicht von Gerichten beanstandet werden konnten (vgl. etwa Art. 106 S. 2 Preußische Verfassung v. 1850); s.a. *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 208. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 75 mit Fn. 334 weist auch darauf hin, dass die Rechtsprechung damals *im Namen des Königs* ausgeübt wurde (vgl. Art. 86 Preußische Verfassung v. 1850). Erst später, als die Rechtsprechung (insb. das Preußische OVG) im Rahmen der Überprüfung von Einzelakten begann, die Verwaltungstätigkeit auf ihre gesetzlichen Grundlagen zu überprüfen, trug sie stärker zur Entwicklung des Vorbehalts des Gesetzes bei.

<sup>196</sup> Vgl. *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 107: „Der dem Vorbehalt zugrundeliegende Gesetzesbegriff ist der demokratische Gesetzesbegriff.“

<sup>197</sup> Vgl. *Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, <sup>2</sup>1968, S. 104; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 74.

Vorbehaltsbereich übereinstimmte.<sup>198</sup> Die demokratisch-politische Komponente des Vorbehalts wurde von den begrifflich-logisch geprägten Theorien des Spät-konstitutionalismus gewissermaßen verdrängt.<sup>199</sup> Als „gesetzesfreie“ Räume galten insbesondere die staatsinternen „besonderen Gewaltverhältnisse“, die vom Vorbehalt ausgenommen wurden. Mit der Öffnung des primär als „Rechtssetzungsvorbehalt“ (Abgrenzung von Gesetz und monarchischem Verordnungsrecht) begriffenen Vorbehalts für Individualakte<sup>200</sup> entstand ein individueller Schutzgehalt, wonach auch einzelfallbezogene staatliche Eingriffe gesetzlicher Grundlage bedürfen und darauf gerichtlich überprüft werden können. Die Delegationsproblematik, wieweit der Gesetzgeber seine Befugnis übertragen darf, blieb hingegen bis zur Schaffung des Grundgesetzes weitgehend unberücksichtigt.<sup>201</sup> Dies barg im Fall weitreichender, unbestimmter Übertragung von Regelungsbefugnissen auf die Exekutive die Gefahr, das Vorbehaltsprinzips gänzlich auszuhöhlen, die sich in der Weimarer Republik andeutete und im Nationalsozialismus realisierte.<sup>202</sup>

Im folgenden Teil wird sich zeigen, dass das inzwischen vom BVerfG geprägte Verständnis vom Vorbehalt des Gesetzes unter dem Grundgesetz an die historischen Wurzeln – namentlich an den demokratisch-politischen Ursprung – anknüpft, aber auch neue Entwicklungen mit sich bringt.

---

<sup>198</sup> Zu *Labands* Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 226 ff.

<sup>199</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 61.

<sup>200</sup> Vgl. dazu *Thoma*, in: FS Mayer, 1916, S. 165, 180 ff.

<sup>201</sup> Diese Dimension des Vorbehaltsprinzips wird später häufig unter dem Schlagwort „Parlamentsvorbehalt“ diskutiert und in Verbindung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (insb. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) gebracht.

<sup>202</sup> Eingehend zur Entwicklung der Delegationsproblematik in Kaiserreich, Weimarer Republik und im Nationalsozialismus *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 53 ff.

## Die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG

Mit der Schaffung des Grundgesetzes gingen gegenüber dem konstitutionell-monarchisch geprägten 19. Jahrhundert als ursprüngliche staatsrechtliche Folie des Vorbehalts des Gesetzes grundlegende Veränderung einher.<sup>1</sup> Es galt nun, den Grundsatz an die normativen Vorgaben des Grundgesetzes und das gewandelte Staats- und Gesellschaftsverständnis anzupassen.<sup>2</sup> Die Veränderungen stießen, wenn auch verzögert,<sup>3</sup> eine Neuorientierung in Wissenschaft und Rechtsprechung an, die in der heute gefestigten Wesentlichkeitstheorie des BVerfG mündeten. Im Folgenden wird zuerst der grundgesetzliche Rahmen skizziert (I.), bevor auf die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung einzugehen ist (II.).

### I. Veränderung der verfassungsrechtlichen Folie unter dem Grundgesetz

Bei Schaffung des Grundgesetzes hatte man die explizite Aufnahme des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes erwogen,<sup>4</sup> ihn aber als ein der Verfassung ohnehin innewohnendes Prinzip angesehen und letztlich auf eine explizite Normierung verzichtet.<sup>5</sup> Es wurde allerdings ein umfassender, alle Staatsgewalt bindender (Art. 1 Abs. 3 GG) und gerichtlich einforderbarer Grundrechtsschutz (einschließlich spezieller Grundrechtsvorbehalte) geschaffen, der die rechtstaat-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 20; *Selmer*, JuS 1968, 489, 492.

<sup>2</sup> Die Veränderungsfähigkeit und -bedürftigkeit des Instituts betont *Bachof*, VVDStRL 24 (1966), 224, 225.

<sup>3</sup> *Selmer*, JuS 1968, 489, 492 f. beobachtet, dass eine dezidierte Auseinandersetzung mit der Frage, ob und inwieweit die im konstitutionell-monarchischen Staat gewachsene Vorbehaltsdogmatik unverändert auf das neue Staats- und Gesellschaftsverständnis unter dem Grundgesetz übertragbar ist, zunächst nicht stattfand.

<sup>4</sup> Der Vorbehalt des Gesetzes sollte an den Anfang des Abschnitts über die Gesetzgebung (Art. 101) gestellt werden und lauten: „Jede Ausübung der Staatsgewalt bedarf der Grundlage im Gesetz.“; vgl. den Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, 1981, Bd. 2, S. 504, 555, 600. In dem Protokoll ist von der Aufnahme eines „ausdrücklichen“ Vorbehalts des Gesetzes die Rede, was darauf hindeutet, dass man den Grundsatz als Selbstverständlichkeit und seine Normierung nicht als konstitutiv ansah.

<sup>5</sup> *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 77.

lich-individualschützende Funktion des Eingriffsvorbehalts zum Teil abdeckt.<sup>6</sup> Zudem wurde mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG eine Regelung zu der zuvor weitgehend ausgeblendeten Delegationsproblematik eingeführt, die einen Rahmen für legislative Normsetzungsermächtigung gegenüber der Exekutive bestimmt.<sup>7</sup> Darüber hinaus wurden bestimmte Sondervorbehalte aufgenommen, etwa für finanz- und haushaltsrechtliche sowie außenpolitische Fragen.<sup>8</sup>

### 1. Wandlung der Staatsform: Ausbau der parlamentarischen Demokratie

Der volle Ausbau der parlamentarischen Demokratie brachte für die Vorbehaltslehre wesentliche Veränderungen mit sich. Während im Konstitutionalismus monarchische Exekutive und Parlament rivalisierten und letzterem nach und nach mehr Mitwirkungsrechte durch Beteiligung an der Gesetzgebung eingeräumt wurden, ging nun die Staatsgewalt vollständig vom Volk aus (Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG). Der vormalig herrschende Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft wich gewissermaßen einer Selbstorganisation der Gesellschaft.<sup>9</sup> Dabei ist die dreigliedrige Staatsorganisation eher im Sinne einer Funktionentrennung, denn als Gewaltentrennung zu verstehen, leitet doch jede „Gewalt“ ihre Legitimation – wenn auch mit unterschiedlichem Unmittelbarkeitsgrad – vom Volk ab (Art. 20 Abs. 1 S. 2 GG).<sup>10</sup> Der am historischen Ursprung des Gesetzesvorbehalts stehende Machtkampf zwischen Krone und Parlament fiel damit weg.<sup>11</sup> Die Gesetzgebung stellte sich nicht mehr als variable Machtfrage, sondern als eindeutig dem Parlament als Volksvertretungsorgan zugeordnete Staatsfunktion dar.<sup>12</sup> So werden die vom Parlament<sup>13</sup> im verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren

<sup>6</sup> Vgl. dazu *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 21.

<sup>7</sup> Dies geschah insbesondere in Reaktion auf die exzessive Delegationspraxis in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus, vgl. *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 163 f. Näher zu geschichtlichen Hintergründen von Art. 80 GG *Seiler*, ebd., S. 147 ff.; zum Verhältnis von Art. 80 Abs. 1 GG und Gesetzesvorbehalt *Selmer*, JuS 1968, 489, 493 f.; *Seiler*, aaO., S. 186 ff.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 77.

<sup>8</sup> Dazu *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 91 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 173; *Gusy*, JuS 1983, 189, 190. *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, <sup>1</sup>1971, S. 21 ff. geht von einem fortbestehenden Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft aus, der sich jedoch in anderer Gestalt zeige als der im 19. Jahrhundert bestehende, von der Emanzipation der bürgerlichen Schicht vom Absolutismus geprägte. Der Gegensatz bestehe nun zwischen Bedürfnissen und Partikularinteressen der Industriegesellschaft gegenüber dem Allgemeininteresse, wobei *Forsthoff* die Abwesenheit einer letzteres garantierenden Instanz beklagt (ebd., S. 27 ff).

<sup>10</sup> Vgl. *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 48; *Böckenförde/Grawert*, AöR 95 (1970), 1, 25 ff.; die demokratische Legitimation aller drei Gewalten wird auch in BVerfGE 49, 89, 125; 68, 1, 88 hervorgehoben.

<sup>11</sup> *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 48.

<sup>12</sup> So *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 48.

<sup>13</sup> Der Bundesrat hat nicht die Funktion einer „zweiten Kammer“, die mit dem Bundestag

gesetzten Rechtsquellen (formelle Gesetze) den von anderen Staatsgewalten (Exekutive und Judikative) herrührenden durch die Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG) klar hierarchisch übergeordnet (Vorrang des Gesetzes).<sup>14</sup> Neben diesem stark ausgeprägten *Vorrang* verliert der *Vorbehalt* des Gesetzes indes nicht seine Funktion.<sup>15</sup> So setzt der Vorrang die Existenz wirksamer Gesetze voraus,<sup>16</sup> trifft aber keine Aussage darüber, in welchen Bereichen diese zwingend bestehen bzw. erlassen werden müssen und welche Folgen für Exekutive (und Judikative) aus dem Fehlen gesetzlicher Regelungen resultieren.<sup>17</sup> Für diese Fragen bleibt der Vorbehalt des Gesetzes maßgebend.<sup>18</sup>

Aus der eindeutigen „Vorrangstellung des Parlaments“<sup>19</sup>, welches von den drei Staatsgewalten am unmittelbarsten demokratisch legitimiert ist, wurde namentlich von *Dietrich Jesch* auf eine umfassende Gesetzesabhängigkeit der anderen Gewalten geschlossen.<sup>20</sup> Er schreibt dem Parlament die Aufgabe und Befugnis zu, alle Bereiche staatlicher Tätigkeit zu steuern; neben Eingriffs- sollten auch Leistungs- und Gestaltungsfragen dem Gesetz vorbehalten sein.<sup>21</sup> Dabei bleibt aber unberücksichtigt, dass im demokratischen Staat auch der Exekutive (und Judi-

---

gleichwertig entscheidend am Gesetzgebungsverfahren beteiligt wäre, sondern die eines Mitwirkungsorgans (vgl. Art. 50 GG) mit begrenzten Rechten, darunter zuvörderst Zustimmungsvorbehalte, die dem Schutz des föderalistischen Staatsgefüges dienen; vgl. BVerfGE 37, 363, 379 ff.

<sup>14</sup> Eine Ausnahme gilt für die Verfassungsrechtsprechung, vgl. Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG, § 31 BVerfGG.

<sup>15</sup> Von einem gänzlichen Wegfall der ursprünglichen demokratischen Vorbehaltsfunktion wird indes teilweise ausgegangen, vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 78; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 150. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Anliegen, staatliches Handeln in bestimmten Angelegenheiten unter die Bedingung gesetzlicher Grundlagen zu stellen und damit möglichst direkt demokratisch zu legitimieren, durchaus auch in einem Staat Berechtigung hat, in dem auch die übrigen Gewalten (Exekutive und Judikative) mittelbar demokratisch legitimiert sind. Dem Gesetz kommt auch hier eine besonders hohe Legitimationsstufe zu, insb. bietet das Gesetzgebungsverfahren gegenüber eigeninitiativem Handeln der Exekutive oder Judikative in demokratischer Hinsicht Vorzüge.

<sup>16</sup> Vgl. *Gusy*, JuS 1983, 189, 191.

<sup>17</sup> Vgl. *Badura*, VVDStRL 24 (1966), 210, 213; *Gusy*, JuS 1983, 189, 191.

<sup>18</sup> Vgl. *Badura*, VVDStRL 24 (1966), 210, 213; *Gusy*, JuS 1983, 189, 191.

<sup>19</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 172.

<sup>20</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 171 ff. Nur dort, „wo es um echte politische Entscheidungen auf Regierungsebene geht“ (ebd., S. 171), gesteht *Jesch* der Exekutive originäre Handlungskompetenzen zu. Krit. zur Herleitung eines Totalvorbehalts aus dem Demokratieprinzip *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 132 ff. (*Rupp* befürwortet allerdings aus rechtsstaatlichen Erwägungen unter Fortführung und Erweiterung des traditionellen Eingriffsvorbehalts einen Totalvorbehalt, der leistende und organisatorische Bereiche der Verwaltung umfasst, ebd., S. 140 ff.); krit. auch *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 23; *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 713; *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 686.

<sup>21</sup> *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 171 ff., 205; allg. krit. zu einer Ausweitung des Gesetzesvorbehalts auf die Leistungsverwaltung *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 106–111.

kative) eine eigenständige (mittelbare) demokratische Legitimation zukommt, mag sie der unmittelbaren personellen Legitimation des Parlaments auch unterlegen sein.<sup>22</sup> Die Forderung eines „Entscheidungsmonopols“ des Parlaments schießt gewissermaßen über das Ziel hinaus, weil sie verkennt, dass ein scharfer Gegensatz zwischen monarchischer Exekutive und demokratischem Parlament – wie zu Zeiten des Konstitutionalismus – nicht mehr existiert.<sup>23</sup> Sie wäre außerdem für die staatliche Verfolgung sozialstaatlicher Ziele oder Bereitstellung dienender Infrastruktur eher hinderlich, indem sie es verwehrt, staatliche Leistungen ohne gesetzliche Grundlagen zu erbringen.<sup>24</sup> Das BVerfG hat einem „umfassenden Parlamentsvorbehalt“ denn auch eine klare Absage erteilt und betont, dass das Demokratieprinzip nicht als „Gewaltenmonismus“ zugunsten des Parlaments zu verstehen sei, sondern auch die vollziehende und rechtsprechende Gewalt ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aus der in Art. 20 Abs. 2 GG verankerten Grundentscheidung beziehen.<sup>25</sup> Die funktionelle Betrachtung beeinflusst die Handhabung des Vorbehalts des Gesetzes insofern, als sie darauf abstellt, „daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen“.<sup>26</sup>

## 2. Umfassender Grundrechtsschutz und spezielle Grundrechtsvorbehalte

Vor dem Hintergrund des im Grundgesetz vorgesehenen umfassenden Grundrechtsschutzes wurde bisweilen infrage gestellt, ob dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt überhaupt noch eine eigenständige Funktion zukomme.<sup>27</sup> Verengt man den Blick auf die Funktion des überkommenen Eingriffsvorbehalts, die mit „Freiheit und Eigentum“ umschriebene Individualspähre der Bürger vor (willkürlichem) Handeln der Exekutive zu schützen, sind Zweifel daran nicht völlig unberechtigt, da gerade neben dem in Art. 2 Abs. 1 GG normierten „Auffanggrundrecht“ der allgemeinen Handlungsfreiheit<sup>28</sup> ein ergänzender Eingriffsschutz in

<sup>22</sup> Kloepfer, JZ 1984, 685, 686.

<sup>23</sup> Kloepfer, JZ 1984, 685, 686.

<sup>24</sup> Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 111.

<sup>25</sup> BVerfGE 49, 89, 124 f.; 68, 1, 87 f.; 89, 218, 252.

<sup>26</sup> BVerfGE 98, 218, 252.

<sup>27</sup> Vgl. Vogel, VVDStRL 24 (1966), 125, 150 f.; dagegen war in der Ära des Konstitutionalismus, in der der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz meist lückenhaft war, die Ansicht vorherrschend, die Grundrechte (und ihre Gesetzesvorbehalte) seien „Exemplifikationen“ des allg. Vorbehaltssprinzips und mithin entbehrlich, vgl. etwa zur Preußischen Verfassung v. 1850 Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht, <sup>2</sup>1901, S. 49 mit Fn. 72.

<sup>28</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32, 36 f.

Gestalt des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes entbehrlich erscheint.<sup>29</sup> Diese Perspektive vernachlässigt aber vor allem die kompetenzielle, demokratiebezogene Funktion des Gesetzesvorbehalts, wonach allein der Gesetzgeber befugt ist, über Grundrechtseinschränkungen<sup>30</sup> zu entscheiden. Ein partieller Gleichlauf kann allerdings zwischen den (speziellen) Grundrechtsvorbehalten und dem (allgemeinen) Gesetzesvorbehalt angenommen werden.<sup>31</sup> So lassen sich auch den Grundrechtsvorbehalten zum Teil kompetenziell-rechtliche Aussagen entnehmen, die auf die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers hindeuten.<sup>32</sup> Allerdings bleiben diese kompetenziellen Aussagen oftmals recht unklar.<sup>33</sup> So belassen die in den Grundrechten enthaltenen, unterschiedlich formulierten und zum Teil gänzlich fehlenden<sup>34</sup> Erfordernisse einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtbeschränkungen und -ausgestaltungen weite Interpretationsspielräume hinsichtlich des erforderlichen Grades an demokratischer (d.h. formell-gesetzlicher) Legitimation.<sup>35</sup> Dabei bleiben Fragen zur Delegationsbefugnis, d.h. inwieweit etwa

---

<sup>29</sup> Vgl. *Vogel*, VVDStRL 24 (1966), 125, 151; zustimmend *Papier*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 28 f.; näher zum Verhältnis des grundrechtlichen Freiheitsschutzes und des Vorbehalts des Gesetzes *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 35 ff.; *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 712; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 21.

<sup>30</sup> Das später mit der Wesentlichkeitsrechtstheorie des BVerfG eingeführte Kriterium der Grundrechtsrelevanz umfasst nicht bloß Eingriffe, sondern auch Aspekte der Grundrechtsausgestaltung sowie sonstige „wichtige“ Fragen mit besonderer gesellschaftlicher Tragweite; näher dazu unter § 4 II. 3.

<sup>31</sup> Zur Funktion der Grundrechtsvorbehalte, insb. deren Ermächtigungs- und Begrenzungsfunktion *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 48 f.

<sup>32</sup> Daher überzeugt die Annahme, die Aussagen des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes und der Grundrechtsvorbehalte seien „grundverschieden“, nämlich einerseits „kompetenzwährend“ (allgemeiner Vorbehalt) und andererseits die legislative Gestaltungsfreiheit „begrenzend“ (Grundrechtsvorbehalte), nicht. In diese Richtung aber *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 687; ähnlich *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 21; dagegen *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 36 mit Fn. 55; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 151 f.; krit. auch *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 202.

<sup>33</sup> Vgl. *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 199, der meint, dass sich den Grundrechtsvorbehalten zwar das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage i.S.e. Rechtssatzvorbehalts entnehmen lasse, nicht jedoch ein „Parlamentsvorbehalt“, wonach ausschließlich das Parlament diesen Rechtssatz bestimmen dürfe; die Unklarheit des kompetenziellen Gehalts der Grundrechtsvorbehalte betonen auch *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 36; *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 36.

<sup>34</sup> Zu Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 195 f.

<sup>35</sup> Der kompetenzielle Gehalt der Grundrechtsvorbehalte ist umstritten. Hier können nur einzelne Ansichten Erwähnung finden: *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 111 ff. entnimmt den Grundrechtsvorbehalten eine generelle ausschließliche Kompetenzzuweisung zugunsten der Legislative; *Papier*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 30 ff. möchte zwischen 3 Stufen (unbedingt formelle Gesetzesvorbehalte, nicht zwingende Parlamentsvorbehalte, „schlichte“

grundrechtsbegrenzende Regelungen vom Gesetzgeber höchstpersönlich zu treffen sind und ob im Fall der Ermächtigung Bestimmtheitsanforderungen einzuhalten sind, weitgehend offen.<sup>36</sup>

In vorliegender Untersuchung wird daher – mit der wohl herrschenden Auffassung – ein „Nebeneinander“ des (allgemeinen) Gesetzesvorbehalts und der Grundrechtsvorbehalte angenommen, wobei letztere spezielle inhaltliche Ausprägungen des allgemeinen Vorbehalts darstellen.<sup>37</sup> Die Grundrechtsvorbehalte besagen, dass bestimmte Grundrechte (nur) „unter dem Vorbehalt“ gesetzlicher Gestaltung garantiert sind. Ihnen kommt die Funktion zu, den Gesetzgeber zur Beschränkung und Ausgestaltung bestimmter Grundrechte (im öffentlichen Interesse) zu ermächtigen, die Gestaltungsmacht dabei aber zugleich auch zu begrenzen.<sup>38</sup> Der (allgemeine) Gesetzesvorbehalt zielt ebenfalls darauf ab, bestimmte Entscheidungen dem Gesetzgeber vorzubehalten, wodurch dessen Bestimmungsrecht gestärkt und kompetenziell von anderen Gewalten abgegrenzt wird.<sup>39</sup> Im grundrechtlichen Kontext impliziert der (allgemeine) Gesetzesvorbehalt auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte,<sup>40</sup> deren punktuelle, an den Gesetzgeber adressierte Beschränkungs- und Gestaltungsermächtigungen vom allgemeineren Vorbehaltsgedanken umfasst werden.<sup>41</sup> In jedem Fall bieten die

---

Rechtsvorbehalte) unterscheiden, wobei er insb. für Einschränkungen der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG bloß einen „schlichten“ Rechtsvorbehalt annimmt, wonach jedes Gesetz im materiellen Sinn als Eingriffsgrundlage ausreiche; *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 199 kommt zu dem Schluss, die Grundrechtsvorbehalte seien in kompetenzieller Hinsicht offen. Näher zum Gesetzesbegriff im Grundrechtsabschnitt *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 195 ff., der sich vorsichtig für das Erfordernis eines Parlamentsgesetzes ausspricht, jedenfalls aber gegen die Annahme eines materiellen Gesetzesbegriffs, wie etwa von *Papier* (s.o.) vertreten. Auch *Bumke*, ebd., S. 197–200 stellt aber fest, dass sich den dem Gesetzesbegriff vorangestellten unterschiedlichen Präpositionen („durch Gesetz“, „auf Grund eines Gesetzes“, „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“, „in den Vorschriften ...“) kein klarer kompetenzrechtlicher Gehalt entnehmen lässt.

<sup>36</sup> So *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 199.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 127, wonach die „besonderen Gesetzesvorbehalte Ausprägungen dieses allgemeinen Gesetzesvorbehalts“ sind; s.a. BVerfGE 47, 46, 79; *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 687; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 203; *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 89; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 21, 36; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 92, 98; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 6 Rn. 8; a.A. *Sachs*, in: Sachs, GG, <sup>9</sup>2021, Art. 20 Rn. 113.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32, 37; *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 76, 81; *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 687; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 48, 217; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 14 f.; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 98.

<sup>39</sup> Vgl. *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 687; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 21.

<sup>40</sup> In BVerfGE 150, 1, 96 wird von einer Entwicklung der Wesentlichkeitstheorie „aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits und dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits“ ausgegangen.

<sup>41</sup> BVerfGE 47, 46, 79; 49, 89, 127; s.a. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 32; ähnlich

Grundrechtsvorbehalte wichtige normative Anknüpfungspunkte für die Konkretisierung des ungeschriebenen, allgemeinen Grundsatzes.<sup>42</sup>

### 3. Veränderung des Freiheitsverständnisses und der Rolle des Staats

Dem überkommenen Vorbehaltsbegriff lag ein liberales Freiheitsverständnis<sup>43</sup> zugrunde, welches von einer natürlichen, individuellen Freiheitssphäre ausging, also primär antistaatlich ausgerichtet war.<sup>44</sup> Staat und Gesellschaft wurden dabei als getrennt und zueinander im Gegensatz stehend betrachtet.<sup>45</sup> Ebenso wurden bürgerliche Freiheit und Recht gegenübergestellt und letzteres naturgemäß als freiheitsbegrenzend begriffen.<sup>46</sup> Dabei stand der *status negativus* der Grundrechte, also ihre Abwehrfunktion gegen freiheitsbeschränkendes staatliches Handeln, im Zentrum.<sup>47</sup> Dem Vorbehalt des Gesetzes kam in seiner Ausprägung als (Individual-)Eingriffsvorbehalt eine freiheitsschützende Rolle zu,<sup>48</sup> indem er Eingriffsakte der Exekutive in die individuelle Freiheitssphäre durch das Erfordernis

---

lassen sich bereits die Ausführungen von *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 75 f. deuten, der davon ausgeht, dass der Vorbehalt des Gesetzes in den Verfassungsurkunden auf verschiedene Weise wiedergegeben wird, namentlich im Wege der Normierung von Grundrechten mit ausdrücklichem oder stillschweigendem Eingriffsvorbehalt.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 47, 46, 79: „Ob eine Maßnahme wesentlich ist und damit dem Parlament selbst vorbehalten bleiben muß oder zumindest nur aufgrund einer inhaltlich bestimmten parlamentarischen Ermächtigung ergehen darf, richtet sich zunächst allgemein nach dem Grundgesetz. Hier vermittelt der Schutz der Grundrechte einen wichtigen Gesichtspunkt.“; s.a. *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 15; *Bunke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 202; die Bedeutung der expliziten Gesetzesvorbehalte betont *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 33: „Vielmehr bilden die expliziten Gesetzesvorbehalte des positiven Verfassungsrechts Ausgangspunkte und Ecksteine einer jeden Dogmatik vom Vorbehalt des Gesetzes.“

<sup>43</sup> Zum umstrittenen Freiheits- und Grundrechtsverständnis mit einer Unterscheidung zwischen liberaler, materieller und wertbestimmter Grundrechtsauffassung *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 39 ff.

<sup>44</sup> Vgl. die Darstellung des überkommenen Freiheitsverhältnisses bei *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 45 ff.; in BVerfGE 8, 155, 167 wird bereits angezweifelt, ob der mit der Freiheits- und Eigentumsformel beschriebene Allgemeinvorbehalt, der „historisch auf die Staatsauffassung des liberalen Bürgertums zurückzuführen“ sei, noch ausreiche.

<sup>45</sup> Vgl. *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 21971, S. 21; *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 41.

<sup>46</sup> Vgl. *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 31983, S. 146 sowie S. 145–162 (zum liberalen bzw. naturrechtlichen Freiheitsverständnis als Ursache für das traditionelle Verständnis des Vorbehalts des Gesetzes als Ermächtigung zu Freiheitseingriffen).

<sup>47</sup> Vgl. *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 41. Das BVerfG betont nach wie vor den primär abwehrrechtlichen Charakter der Freiheitsgrundrechte, vgl. BVerfGE 35, 79, 112; 39, 1, 41; 49, 89, 141 f.; 50, 290, 337; 52, 131, 166; 53, 30, 57; 66, 116, 133; 69, 315, 343.

<sup>48</sup> Vgl. *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 139.

der gesetzlichen Grundlage beschränkte.<sup>49</sup> Die vom Vorbehaltsbereich umfasste Gesetzgebung verstand man demgemäß primär als negative, weil einschränkende „Eingriffsgesetzgebung“, während dem Gesetzgeber vorbehaltene „freiheitsverwirklichende“ Akte jenem Konzept weitgehend fremd waren.<sup>50</sup>

Die Veränderung des Freiheitsverständnisses und die dazu parallel verlaufende „Expansion“ der Grundrechte beeinflusste den Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts in zwei Stoßrichtungen.<sup>51</sup> Zum einen wurde der Bereich „negativer“ Freiheit ausgedehnt<sup>52</sup> und der Eingriffsbegriff erweitert.<sup>53</sup> Insbesondere die zuvor vom Vorbehalt ausgenommenen „besonderen Gewaltverhältnisse“ konnten danach nicht mehr als „rechtsfreie“ Räume gänzlich vom Erfordernis gesetzlicher Regelung ausgenommen werden.<sup>54</sup> Zum anderen wurden die Grundrechte nicht mehr als reine Abwehrrechte verstanden, sondern auch ihre Leistungsdimension betont, die aktives Handeln des Staates verlangt, um grundrechtliche Freiheitsverwirklichung zu ermöglichen.<sup>55</sup> Dies hatte zur Folge, dass das Gesetz nicht mehr bloß als Freiheitsbedrohung, sondern auch als Instrument zur Freiheitsverwirklichung, Freiheitsermöglichung und Freiheitsausgestaltung verstanden wurde. Namentlich *Peter Häberle* hat neben der grundrechtsbegrenzenden die grundrechtsausgestaltende<sup>56</sup> Funktion der Gesetzgebung hervorgehoben<sup>57</sup> und entsprechend auch zwischen zwei Typen von Gesetzesvorbehalten, „Begrenzungsvorbehalten“ und „Ausgestaltungsvorbehalten“, unterschieden.<sup>58</sup>

<sup>49</sup> *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 67.

<sup>50</sup> *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 67.

<sup>51</sup> Vgl. *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 687 f.

<sup>52</sup> Insb. durch Interpretation des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) als „umfassende Handlungsfreiheit“, vgl. BVerfGE 6, 32, 36 f.; zur Auffangkapazität von Art. 2 Abs. 1 GG und zur Möglichkeit, das traditionelle Vorbehaltsprinzip darin zu verankern, *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 35 ff.

<sup>53</sup> Eingehend zum Eingriffsbegriff unter dem Grundgesetz *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 100 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 688. Zur Entwicklung des Vorbehalts in den besonderen Gewaltverhältnissen vgl. auch *Selmer*, JuS 1968, 489, 496 ff.

<sup>55</sup> Vgl. *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 713; *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 688; zur Einordnung der Grundrechte als „soziale“ Grundrechte im Leistungsstaat und dem Einfluss des Sozialstaatsprinzips auf das Freiheitsverständnis vgl. *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43, 80 ff.

<sup>56</sup> Der Begriff der Grundrechtsausgestaltung wird hier weit als Gegenstück zum Grundrechtseingriff verstanden, umfasst also primär staatliches Handeln, das der Grundrechtsverwirklichung dient; vgl. dazu *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 300 ff.; *Bunke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 104 ff.; *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 1 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 274 ff.; näher unter § 9 III.

<sup>57</sup> Zu „Wesen und Funktion der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich“ *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, S. 126–210.

<sup>58</sup> *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, 140, 180 ff. Dabei nimmt *Häberle* an, dass die Ausgestaltungs- und Begrenzungsbedürftigkeit eines Freiheitsrechts umso größer ist, je intensiver der „Sozialbezug“ der betreffenden Freiheit ist, vgl. ebd., S. 182 f.

Neben der individuell ausgerichteten punktuellen Aufgabe der Grundrechtsgewährleistung wuchs zudem der Bereich allgemeiner „Gewährleistungsaufgaben“ des Gesetzgebers, die ein primär rechtsstaatlich geprägter Gesetzesvorbehalt im Sinne der spätkonstitutionellen Staatsrechtslehre nicht erfassen konnte.<sup>59</sup> Neben Teilhabe an „freiheitseinschränkendem“ Staatshandeln wurde auch eine „Partizipation am und im Leistungsstaat“ verlangt, deren Konsequenz ein leistungsbezogener Gesetzesvorbehalt ist.<sup>60</sup> Zum Teil wurde auf Basis des gewandelten Freiheitsverständnisses eine durchgehende Gesetzesakzessorietät staatlichen Handelns gefordert. So vertrat etwa *Hans Heinrich Rupp*, dass nun nicht mehr wie einst der Schutz der autonomen Eigensphäre vor staatlichen Eingriffen im Vordergrund stehe, sondern individuelle Freiheit im Sinn rechtlicher Unabhängigkeit erst durch das Gesetz begründet werde und Verwaltungshandeln daher umfassend, sei es eingreifend oder gewährleistend, gesetzlicher Grundlagen bedürfe.<sup>61</sup>

## II. Begründung der Wesentlichkeitstheorie durch das BVerfG

Das BVerfG operierte in den Anfangsjahren der Bundesrepublik noch mit dem überkommenen, in Tradition der spätkonstitutionellen Staatsrechtslehre rechtsstaatlich geprägten, Eingriffsvorbehalt.<sup>62</sup> Über die dogmatischen Grundlagen des Vorbehalts des Gesetzes herrschte dabei zunächst wenig Klarheit.<sup>63</sup> Die zuvor dargelegten Veränderungen, insbesondere das Bedürfnis nach einer Ausweitung des Gesetzesvorbehalts über den klassischen Eingriffsbereich hinaus, drängten die Verfassungsrechtsprechung jedoch bald zu einer Neuorientierung. So erwies sich der überkommene, primär rechtsstaatlich geprägte Vorbehaltsbegriff als un-

<sup>59</sup> Etwa in Bereichen der Bildung, des Wohnens, der Arbeit, der Gesundheit, des Umweltschutzes sowie sonstiger organisatorischer Fragen; vgl. zur Erweiterung des staatlichen Aufgabenbereichs im Kontext des Vorbehalts des Gesetzes *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 713 f.; *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 688; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 45.

<sup>60</sup> Vgl. *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43, 81., der neben den *status activus* der Grundrechte einen *status activus processualis* stellt, der sich auf die prozessual gesicherte gleiche Teilhabe am Leistungsstaat bezieht und mit einem Leistungsvorbehalt als verfahrensrechtlichem Gesetzesvorbehalt einhergeht; s. a. die Ausführungen zum Wandel der Freiheits- und Eigentums Klausel unter dem Aspekt der „sozialen Freiheit“ (ebd., S. 85 f.).

<sup>61</sup> Vgl. *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 142 f.; dazu krit. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 24 f.

<sup>62</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 78 f.; *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 714. Eine begriffliche Annäherung an die Wesentlichkeitstheorie findet sich bereits in einem Beschluss vom 19.12.1951, der allerdings die Aufgabenabgrenzung zwischen dem Gesetzgeber und dem BVerfG betrifft, BVerfGE 1, 97, 105: „Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaats aber kann nur der Gesetzgeber tun; [...]“

<sup>63</sup> In BVerfGE 2, 307, 319 ist von einem „Vorbehalt des Gesetzes kraft Herkommens“ die Rede; zum anfänglichen Einfluss der überkommenen Vorbehaltslehre *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 78.

geeignet, um staatliches Handeln auch außerhalb der klassischen Eingriffsverwaltung – aufgrund starker Grundrechtsrelevanz oder besonderer gesellschaftlicher Tragweite – an das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen zu knüpfen.<sup>64</sup> Somit wurde eine Aktualisierung und Klarstellung der verfassungsdogmatischen Grundlagen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts erforderlich. Die Entwicklung der in diesem Kontext begründeten Wesentlichkeitstheorie wird nachfolgend in gebotener Kürze anhand einiger prägenden Entscheidungen des BVerfG dargestellt.

### 1. Renaissance der demokratischen Funktion des Gesetzesvorbehalts

In seinem Facharztbeschluss (1972) verwendet das BVerfG erstmals die „Wesentlichkeits“-Terminologie<sup>65</sup> und richtet sein Vorbehaltsverständnis neu aus.<sup>66</sup> Neben die übliche rechtsstaatliche Begründung<sup>67</sup> des Vorbehalts des Gesetzes tritt nun gleichwertig die demokratische.<sup>68</sup> Künftig wird die demokratisch-rechtsstaatliche Funktion des Vorbehalts vom BVerfG als dessen „neues Fundament“

<sup>64</sup> Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, 2007, § 101 Rn. 45.

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 33, 125, 160: „Einschneidende, das Gesamtbild der beruflichen Betätigung wesentlich prägende Vorschriften über die Ausübung des Berufs sind [...] dem Gesetzgeber zumindest in den Grundzügen vorzubehalten.“ Der Entscheidung lag die Verurteilung eines Gynäkologen durch ein Berufsgeschicht zugrunde, nachdem dieser entgegen der ärztlichen Berufsordnung die Grenzen seines Fachgebietes überschritten hatte. Im Zentrum standen die Grenzen der Satzungsgewalt autonomer Körperschaften, konkret der das Facharztwesen regelnden Ärztekammern. Das BVerfG entschied, die in den Berufsordnungen vorhandenen Einschränkungen der Berufsfreiheit der Ärzte (Art. 12 Abs. 1 GG) dürften ausschließlich vom Gesetzgeber bestimmt werden und überschritten die Grenzen autonomer Satzungsgewalt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG war in dem Kontext nicht unmittelbar anwendbar, da es sich nicht um eine Rechtssetzungsdelegation an die staatliche Exekutive handelte.

<sup>66</sup> Der Facharztbeschluss steht am Anfang der Wesentlichkeitstheorie, vgl. *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 64 f.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 79; Zweifel an der Reichweite des Eingriffsvorbehalts (i.S.d. Freiheits- und Eigentumsformel) werden bereits in BVerfGE 8, 155, 166 f.; 33, 1, 8 ff. deutlich.

<sup>67</sup> In BVerfGE 33, 125, 158 wird dazu ausgeführt: „Fordert das eine, die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen auch durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung rechtlich zu binden, so daß Machtmißbrauch verhütet und die Freiheit des Einzelnen gewahrt wird, [...]“

<sup>68</sup> BVerfGE 33, 125, 158 (die Entscheidung bezieht sich sowohl auf den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes als auch auf den Grundrechtsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, ohne deren Verhältnis zu problematisieren); die doppelte Verankerung des Grundsatzes im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip wird fortan beibehalten, vgl. BVerfGE 33, 303, 346; 34, 52, 59 f.; 40, 237, 249; 41, 251, 259 f.; 47, 46, 79; 49, 89, 126; z.T. werden zudem der Gewaltenteilungsgrundsatz (z.B. BVerfGE 34, 52, 59 f.) und das Sozialstaatsprinzip (z.B. BVerfGE 45, 400, 418) herangezogen.

aufgefasst.<sup>69</sup> Die demokratische Komponente verlangt, „daß jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muß zurückgeführt werden können.“<sup>70</sup> Dabei wird neben dem hohen Legitimationsgrad des Parlaments, „in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten [...] ausübt“,<sup>71</sup> auch auf die Öffentlichkeit und Pluralität des parlamentarischen Willensbildungsprozesses abgestellt.<sup>72</sup> Entscheidungen von besonderer Tragweite sollen aus einem Verfahren hervorgehen, „das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das die Volksvertretung anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären.“<sup>73</sup> Das parlamentarische Verfahren wird ob seiner Transparenz und Oppositionsbeteiligung am ehesten als geeignet angesehen, einen Ausgleich insbesondere zwischen widerstreitenden Gemeinschafts- und Individualinteressen vorzunehmen.<sup>74</sup> Primär der demokratische Gesetzgeber soll feststellen und Verantwortung dafür übernehmen, hinter welchen Gemeinschaftsinteressen individuelle Freiheitsrechte zurückzutreten haben.<sup>75</sup>

Über die *kompetenzwahrende* Aussage des Vorbehalts des Gesetzes hinausgehend entnimmt das BVerfG dem Vorbehaltsprinzip auch eine *verpflichtende* Dimension, wonach sich der demokratische Gesetzgeber seiner Entscheidungspflicht nicht beliebig entziehen kann.<sup>76</sup> Nach dieser, auch als „Parlamentsvorbehalt“ bezeichneten Bedeutung, darf der Gesetzgeber „seine vornehmste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation zu freier Verfügung überlassen.“<sup>77</sup> Aus der exklusiven Regelungsbefugnis folgt eine Delegationsschranke, die sich auch in Gestalt des Erfordernisses einer bestimmten *Regelungsdichte* ausdrückt, die nach dem Wesentlichkeitskriterium beurteilt

---

<sup>69</sup> So BVerfGE 47, 46, 78 f.; wie in der historischen Herleitung gesehen, ist die demokratische Begründungslinie indes nicht neu, sondern stand vielmehr bereits am Ursprung des Vorbehalts des Gesetzes; dazu auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 83.

<sup>70</sup> BVerfGE 33, 125, 158.

<sup>71</sup> BVerfGE 33, 125, 159.

<sup>72</sup> BVerfGE 33, 125, 159: „Vielmehr ist in einem Staatswesen, in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das von ihm gewählte Parlament ausübt, vor allem dieses Parlament dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden.“

<sup>73</sup> BVerfGE 85, 386, 403 f.; ebenso BVerfGE 108, 282, 312; 139, 19, 46; 150, 1, 96 f.; 157, 30, 172.

<sup>74</sup> Vgl. BVerfGE 33, 125, 159; 40, 237, 249; 41, 251, 263 f.; 139, 19, 46; 150, 1, 96 f.

<sup>75</sup> BVerfGE 33, 125, 159; s.a. BVerfGE 41, 251, 263 f.; 63, 266, 288; 86, 28, 40.

<sup>76</sup> BVerfGE 33, 125, 159; s.a. BVerfGE 150, 1, 99 (im Zusammenhang mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, der dort als Konkretisierung der Wesentlichkeitstheorie verstanden wird).

<sup>77</sup> BVerfGE 33, 125, 158; zum Teil setzt das BVerfG die Begriffe des Vorbehalts des Gesetzes und Parlamentsvorbehalts auch gleich, vgl. etwa BVerfGE 58, 257, 175.

wird,<sup>78</sup> welches sich in erster Linie an der Grundrechtsintensität der Regelung orientiert.<sup>79</sup>

## 2. Abwendung von der Lehre der „besonderen Gewaltverhältnisse“ und Lösung vom Eingriffsbegriff

Mit der gesteigerten Bedeutung der Grundrechte, die nun für alle Akte staatlicher Gewalt als Maßstab gelten, geht auch eine Ausdehnung des Vorbehaltsbereichs einher.<sup>80</sup> Zweifel an der Umschreibung des Vorbehaltsbereichs mit der Freiheits- und Eigentumsformel äußert das BVerfG bereits im Strafgefangenen-Beschluss vom 6.5.1958<sup>81</sup>, in welchem es sich von der Lehre der „besonderen Gewaltverhältnisse“ entfernt.<sup>82</sup> Auch in den nach traditioneller Auffassung aufgrund ihrer „Innerstaatlichkeit“ vom Vorbehalt ausgeschlossenen Bereichen hält das BVerfG die Sicherung der Individualsphäre durch gesetzliche Grundlagen für erforderlich.<sup>83</sup>

Im Facharztbeschluss,<sup>84</sup> der die Befugnis zu autonomer Rechtssetzung betraf (konkret: die Regelung des Facharztwesens durch Berufsverbände), wird die tradierte Freiheits- und Eigentumsformel schon nicht mehr erwähnt. Im Numerus-clausus-Urteil vom 18.7.1972<sup>85</sup> wird offengelassen, ob die Grundsätze vom Vorbehalt des Gesetzes und von der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns regelmäßig nur für die Eingriffs- und nicht für die Leistungsverwaltung gelten.<sup>86</sup> Eine gesetzliche Grundlage wird in der Konstellation aber für erforderlich erachtet, „weil die Beteiligung an staatlichen Leistungen die *notwendige Voraussetzung* für

<sup>78</sup> Man kann also differenzieren zwischen der vorgelagerten Frage, ob ein Gegenstand vom Parlament zu regeln ist, und der sich anschließenden Frage, welche Regelungsdichte erforderlich ist. Die Wichtigkeit der Unterscheidung betont *Lepsius*, in: Bertschi/Gächter/Hurst u.a. (Hrsg.), *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 123, 174.

<sup>79</sup> BVerfGE 33, 125, 160.

<sup>80</sup> Vgl. dazu BVerfGE 33, 125, 158: „Der verstärkten Geltungskraft der Grundrechte entspricht die besondere Bedeutung aller Akte staatlicher Gewaltausübung, welche die Verwirklichung und Begrenzung von Grundrechten zum Gegenstand haben.“; s.a. BVerfGE 33, 303, 330 f.: „Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung des Bürgers zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen.“

<sup>81</sup> BVerfGE 8, 155.

<sup>82</sup> BVerfGE 8, 155, 166 f.; vgl. dazu *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 714.

<sup>83</sup> Die Auseinandersetzung mit der Lehre vom „besonderen Gewaltverhältnis“ in mehreren Entscheidungen insb. zum Schulrecht (z.B. BVerfGE 41, 251, 263 ff.; 45, 400, 417 ff.; 47, 46, 78 ff.) beschleunigte die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts und Entwicklung der Wesentlichkeitstheorie; vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 23 ff.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 81.

<sup>84</sup> BVerfGE 33, 125, 157 ff.

<sup>85</sup> BVerfGE 33, 303.

<sup>86</sup> So ausdrücklich BVerfGE 33, 303, 337.

die Verwirklichung von Grundrechten darstellt.<sup>87</sup> Die Verantwortung für Entscheidungen über den Umfang bzw. die Beschränkung staatlicher Leistungen und damit einhergehende, grundrechtlich relevante Konsequenzen soll der Gesetzgeber selbst tragen.<sup>88</sup> Wenig später stellt das BVerfG ausdrücklich fest, dass „[d]ie von der konstitutionellen, bürgerlich-liberalen Staatsauffassung des 19. Jahrhunderts geprägte Formel, ein Gesetz sei nur dort erforderlich, wo ‚Eingriffe in Freiheit und Eigentum‘ in Rede stehen, [...] dem heutigen Verfassungsverständnis nicht mehr voll gerecht [wird].“<sup>89</sup> Im Rahmen der demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung soll der Gesetzgeber „die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen“,<sup>90</sup> losgelöst vom Eingriffskriterium und auch außerhalb des Bereichs von Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG selbst treffen und verantworten.<sup>91</sup> Die grundlegenden Fragen werden nun unter dem „Wesentlichkeitskriterium“ zusammengefasst.<sup>92</sup> Dieses wird häufig mit den Begriffen des Gesetzesvorbehalts und des Parlamentsvorbehalts verknüpft. In der Wesentlichkeitstheorie werden die Aussagen der Vorbehaltslehre aber vereinigt und erweitert, sodass man insoweit auch von einem eigenständigen bzw. verselbstständigten Verfassungsgrundsatz sprechen kann.<sup>93</sup>

### 3. Spezifizierung und Relativierung des Wesentlichkeitskriteriums

Die Wesentlichkeitstheorie mitsamt ihrer Verankerung im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip avanciert schnell zur ständigen Rechtsprechung des BVerfG,<sup>94</sup>

<sup>87</sup> BVerfGE 33, 303, 337 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>88</sup> BVerfGE 33, 303, 337. Die rechtstaatlich-demokratische Verankerung des Vorbehaltsprinzips erscheint hier bereits als Selbstverständlichkeit, vgl. BVerfGE 33, 303, 346: „[...] dann kann in einer rechtstaatlich-parlamentarischen Demokratie der Vorbehalt, daß in den Grundrechtsbereich lediglich durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden darf, nur den Sinn haben, daß der Gesetzgeber, die grundlegenden Entscheidungen selbst verantworten soll [...]“

<sup>89</sup> BVerfGE 40, 237, 249. Die Entscheidung betraf die Zulässigkeit der Einführung und Ausgestaltung eines verwaltungsrechtlichen Vorverfahrens bezüglich der Anfechtung von Maßnahmen im Strafvollzug durch eine Verwaltungsanordnung (Allgemeinverfügung) des nordrhein-westfälischen Justizministers. Das BVerfG hielt die Einführung und Ausgestaltung eines solchen Verfahrens durch Allgemeinverfügung im Ergebnis für zulässig, da es in § 24 Abs. 2 EGGVG eine gesetzliche Grundlage dafür sah. In dem Beschluss äußert sich das BVerfG allgemein zu Grundlagen und Grenzen des Gesetzesvorbehalts und spricht sich für eine Ausdehnung des Grundsatzes aus.

<sup>90</sup> BVerfGE 40, 237, 249.

<sup>91</sup> BVerfGE 40, 237, 249 f.

<sup>92</sup> Vgl. BVerfGE 41, 251, 260; 45, 400, 417 f., 47, 46, 79; 49, 89, 126.

<sup>93</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 89.

<sup>94</sup> BVerfGE 49, 89, 126 f.: „Heute ist es ständige Rechtsprechung, daß der Gesetzgeber verpflichtet ist, – losgelöst vom Merkmal des ‚Eingriffs‘ – in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, [...] alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen [...]. Die Art. 80 Abs. 1 und 59 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz GG sowie die besonderen Gesetzesvorbehalte sind Ausprägungen dieses allgemeinen Gesetzesvorbehalts.“

wenn auch die nähere Bestimmung dessen, was „wesentlich“ ist, vage bleibt.<sup>95</sup> Diese Begriffswahl ist denn auch eher im Sprachgefühl begründet und lässt für sich genommen, abgesehen von der Abgrenzung zur überkommenen Vorbehaltslehre, kaum dogmatische Schlüsse zu.<sup>96</sup> Entscheidend ist der Bezugspunkt der Wesentlichkeit, also die Frage, wofür oder im Hinblick worauf etwas wesentlich ist.<sup>97</sup> Diesen versucht das BVerfG in Auseinandersetzung mit kritischen Literaturstimmen<sup>98</sup> näher zu bestimmen. Dabei zeigte sich nach der anfangs selbstbewussten Begründung der Theorie, dass sie dogmatisch noch nicht ausgereift war und weiterer Orientierung bedurfte.

#### a) Die Grundrechtsrelevanz als Ausgangspunkt

Zur Spezifizierung der Wesentlichkeitstheorie stellt das BVerfG in erster Linie auf die Grundrechtsrelevanz einer Regelung ab und stützt sich dabei auch auf die dogmatische Nähe zu den Grundrechtsvorbehalten sowie auf die überkommene Vorbehaltslehre.<sup>99</sup> Wesentlich ist demnach in erster Linie, „was wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ ist.<sup>100</sup> Dabei gilt: je intensiver die Grundrechtsrelevanz einer Regelung, desto enger der Delegationsspielraum des Gesetzgebers und desto strenger die Bestimmtheitsanforderungen an die gesetzliche Grund-

<sup>95</sup> Dies wird in der Literatur stark kritisiert; vgl. *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 689: „Die ebenso rhetorisch einprägsame wie rechtlich unklare Kernaussage der Wesentlichkeitstheorie heißt: Wesentliche Entscheidungen sind dem Gesetzgeber vorbehalten.“; s.a. *Kisker*, NJW 1977, 1313, 1317 f.; *Ossenbühl*, DÖV 1977, 801, 803 f.; *Krebs*, Jura 1979, 304, 308 f.

<sup>96</sup> Vgl. zur anfangs schwankenden Terminologie des BVerfG und zur Austauschbarkeit des Begriffs „wesentlich“ etwa durch „wichtig“ oder „bedeutsam“ *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 110 f.

<sup>97</sup> Vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 112.

<sup>98</sup> Siehe dazu die Auseinandersetzung des BVerfG mit der auf dem 51. Deutschen Juristentag geäußerten Kritik am Begriff der Wesentlichkeit, BVerfGE 47, 46, 79: „Auf dem 51. Deutschen Juristentag wurde in der Diskussion [...] darauf hingewiesen, daß ‚wesentlich‘ als zunächst heuristischer Begriff und nicht als Beitrag zur Dogmatisierung zu verstehen sei, als ein Begriff, der im Grunde nur eine Binsenweisheit ausspreche, daß nämlich die wirklich wichtigen Dinge in einem parlamentarisch-demokratischen Staatswesen vor das Parlament gehörten. Bei der Abgrenzung im Einzelnen wird man mit großer Behutsamkeit vorgehen und sich die Gefahren einer zu weitgehenden Vergesetzlichung [...] vor Augen halten müssen.“

<sup>99</sup> BVerfGE 49, 47, 79: „Ob eine Maßnahme wesentlich ist und damit dem Parlament selbst vorbehalten bleiben muß oder zumindest nur aufgrund einer inhaltlich bestimmten parlamentarischen Ermächtigung ergehen darf, richtet sich zunächst allgemein nach dem Grundgesetz. Hier vermittelt der Schutz der Grundrechte einen wichtigen Gesichtspunkt. Die meisten Grundrechtsartikel sehen ohnehin vor, daß Eingriffe nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig sind. Außerdem entspricht ihre Sicherung durch Einschaltung des Parlaments dem Ansatz nach der überkommenen Vorbehaltslehre, ohne daß allerdings zwischen Eingriffen und Leistungen zu unterscheiden ist. Im grundrechtsrelevanten Bereich bedeutet somit ‚wesentlich‘ in der Regel ‚wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte‘.“

<sup>100</sup> So BVerfGE 47, 46, 79; 57, 295, 320 f.; 98, 218, 251; 139, 19, 45.

lage.<sup>101</sup> Die bereits in der Numerus-clausus-Entscheidung angenommene Notwendigkeit, auch im Bereich staatlicher Leistungen, sofern sie maßgebenden Einfluss auf die Möglichkeiten zur Grundrechtsverwirklichung haben, gesetzliche Grundlagen zu fordern, wird weiterentwickelt. So wird zum Teil auch die bei ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten (z.B. der Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) erforderliche Konkretisierung rechtlicher Gewährleistungen als wesentlich eingeordnet, namentlich wenn sie zugleich erfordert, kollidierende Grundrechtspositionen in Ausgleich zu bringen.<sup>102</sup>

Aus der Grundrechtsrelevanz und somit „Wesentlichkeit“ einer zu regelnden Materie folgt die primäre *Regelungskompetenz* des parlamentarischen Gesetzgebers und dessen *Regelungspflicht*. Dementsprechend ist eine gewisse Parallelität zwischen Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik und der Wesentlichkeitslehre zu beobachten: Die Ausweitung des Grundrechtsschutzes geht mit einer Erweiterung des Gesetzesvorbehalts einher. Um einen völligen Gleichlauf handelt es sich indes nicht.<sup>103</sup> So können außer der Grundrechtsrelevanz auch andere Faktoren – zumindest verstärkend – für die Wesentlichkeit einer Entscheidung sprechen.<sup>104</sup> Außerdem wird der Gedanke einer exklusiven Regelungsbefugnis des Gesetzgebers bisweilen folgenbezogen relativiert, so etwa zugunsten eines flexiblen Grundrechtsschutzes. Es zeigt sich, dass das Wesentlichkeitskriterium vom BVerfG teilweise bewusst flexibel gehandhabt wird, um unterschiedliche Konstellationen erfassen zu können oder gerade nicht erfassen zu müssen. Zugleich wird sich darum bemüht, das richtige Maß zwischen einer zu restriktiven und einer zu extensiven Wesentlichkeitstheorie zu finden.

---

<sup>101</sup> Vgl. BVerfGE 33, 125, 160; 58, 257, 274, 278. Geht es um die den Gesetzgeber verpflichtende Kompetenzdimension des Gesetzesvorbehalts, wird vom BVerfG und in der Literatur häufig auch der Ausdruck „Parlamentarvorbehalt“ verwendet. Der Bestimmtheitsgrundsatz in Art. 80 Abs. 1 GG wird oft als besondere Ausprägung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts verstanden, vgl. etwa BVerfGE 49, 89, 126.

<sup>102</sup> BVerfGE 57, 295, 320 f.; s.a. *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7, 35 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 126.

<sup>103</sup> Vgl. im Bereich faktisch-mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigungen BVerfGE 105, 279, 304 f.: „Wegen der zum Teil unterschiedlichen Gründe für die Ausweitung des Grundrechtsschutzes einerseits und des Gesetzesvorbehalts andererseits ist es nicht selbstverständlich, dass der Gesetzesvorbehalt zwangsläufig mit der Ausweitung des Schutzes auf faktisch-mittelbare Beeinträchtigungen von Grundrechten mitgewachsen ist.“

<sup>104</sup> Eine einheitliche Umschreibung dieser Faktoren ist kaum möglich, handelt es sich doch i. d. R. um sehr offene Aussagen, die ohne spezifische Ausführungen einleitend zur oder neben der Grundrechtsrelevanz genannt werden, so etwa „Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen“ (BVerfGE 40, 237, 249), „Ordnung wichtiger Lebensbereiche“ (E 41, 251, 260); „grundlegende normativen Bereichen“ (E 49, 89, 127); „sachliche Bedeutung des Rundfunks für das individuelle und öffentliche Leben der Gegenwart“ (E 57, 195, 320 f.).

b) *Relativierungstendenz: Ablehnung eines umfassenden Parlamentsvorbehalts*

Auf die anfänglich enthusiastische Ausdehnung des Vorbehaltsbereichs, die von der Wiederentdeckung der demokratischen Komponente und der Emanzipierung vom überkommenen Eingriffsvorbehalt geprägt war, folgt Ende der 70er Jahre eine Relativierung.<sup>105</sup> Das BVerfG mahnt zu „großer Behutsamkeit“ im Umgang mit der Wesentlichkeitstheorie im Einzelnen und betont die „Gefahr einer zu weitgehenden Vergesetzlichung“.<sup>106</sup> So erfolgt im Kalkar-Beschluss vom 8.8.1978 eine klare Distanzierung von einer ausufernden, in die Nähe eines Totalvorbehalts rückenden Wesentlichkeitstheorie.<sup>107</sup> Die vom Grundgesetz vorgesehene Kompetenzordnung dürfe nicht „durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden“.<sup>108</sup> Es wird klargestellt, dass alle drei Gewalten ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aus der in Art. 20 Abs. 2 GG getroffenen Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers beziehen und die unmittelbare personelle Legitimation der gesetzgebenden Gewalt nicht zu einem Entscheidungsmonopol des Parlaments führt.<sup>109</sup> Das BVerfG spricht sich in Kalkar auch gegen eine generelle Erstreckung des Wesentlichkeitsvorbehalts auf „politisch umstrittene Fragen“ aus,<sup>110</sup> die in früheren Entschei-

<sup>105</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 84. Damit reagiert das BVerfG auch auf kritische Stimmen in der Literatur, die auf die Gefahr einer unbestimmten, ausufernden Wesentlichkeitstheorie hinweisen; vgl. *Kisker*, NJW 1977, 1313, 1317f.; *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 692 ff.

<sup>106</sup> BVerfGE 47, 46, 79 (sinngemäß).

<sup>107</sup> BVerfGE 49, 89, 124 ff. Die Entscheidung setzt sich mit der Geltung des Parlamentsvorbehalts im Atomrecht auseinander und divergiert von der Auffassung des OVG Münster, das in Ausbau und Entwicklung neuer riskanter atomarer Technologien Fragen sah, die aufgrund der möglicherweise erheblichen gesellschaftlichen Auswirkungen einer gesonderten, über § 7 AtomG hinausgehenden Entscheidung des Parlaments bedürfen; dazu näher *Pietzcker*, JuS 1979, 710, 715; zur Ablehnung eines Totalvorbehalts auch BVerfGE 40, 237, 252; 68, 1, 109.

<sup>108</sup> BVerfGE 49, 89, 125; s.a. BVerfGE 68, 1, 86 f.; 98, 218, 252; 139, 19, 46; 150, 1, 99; 157, 30, 172.

<sup>109</sup> BVerfGE 49, 89, 125. Das BVerfG erwähnt zugleich, dass dem Parlament bei solchen, außerhalb der alleinigen Entscheidungskompetenz liegenden Fragen, Kontrollbefugnisse verbleiben, denen es etwa durch die Ausübung von Haushaltskompetenzen oder im Extremfall durch Wahl eines neuen Bundeskanzlers und damit einem Sturz der Regierung Durchschlagskraft verleihen kann.

<sup>110</sup> BVerfGE 49, 89, 126; s.a. BVerfGE 68, 1, 108 f.; 98, 218, 251; 108, 282, 312; 150, 150, 1, 97. Trotz der grds. ablehnenden Haltung gegenüber einem „politischen“ Vorbehalt spielt das Kriterium der politischen Umstrittenheit bzw. Wichtigkeit nach wie vor eine Rolle, wenn es darum geht, neben der Grundrechtsintensität Indizien für die „Wesentlichkeit“ einer Regelung zu bestimmen. In späteren Entscheidungen wird die Skepsis gegenüber einem „politischen“ Vorbehalt sprachlich relativiert, indem davon die Rede ist, dass „die Tatsache, daß eine Frage politisch umstritten ist [...] für sich genommen“ (BVerfGE 98, 218, 251) oder „allein der Umstand, dass eine Regelung politisch umstritten ist“ (BVerfGE 108, 282, 312) nicht zur Einordnung als „wesentlich“ führt (Hervorhebungen hinzugefügt).

dungen vereinzelt anklang<sup>111</sup> und auch in der Literatur vertreten wird.<sup>112</sup> Außerhalb des Kriteriums der Grundrechtsrelevanz bleibt es bei der allgemeinen Aussage, dass der Gesetzgeber zur Regelung von Fragen verpflichtet ist, „die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind“.<sup>113</sup> Im Übrigen hält das BVerfG aber an den etablierten Grundsätzen der Wesentlichkeitstheorie fest. Jüngst hat es etwa in seinem Klimabeschluss die Ablehnung eines umfassenden Parlamentsvorbehalts wiederholt und erneut die Bedeutung der funktionalen Gewaltengliederung hervorgehoben, wobei es die Vorzüge des Gesetzgebungsverfahrens betont, das sich durch Transparenz und öffentlichen Meinungsaustausch auszeichne und daher für „Entscheidungen von besonderer Tragweite“, die „den Freiheits- und Gleichheitsbereich des Bürgers wesentlich betreffen“, besonders eigne.<sup>114</sup>

### c) Praktisch-folgenbezogene Handhabung des Wesentlichkeitskriteriums

Außerdem ist in gewissem Ausmaß eine an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Handhabung der Wesentlichkeitstheorie zu beobachten.<sup>115</sup> So soll die Einordnung einer Regelung als wesentlich nicht generell, sondern „im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität einer geplanten oder getroffenen Regelung“<sup>116</sup> erfolgen, etwa unter Einbezug der Schwere und Tragweite einer Maßnahme und der Schutzbedürftigkeit betroffener Rechtsgüter.<sup>117</sup> Dabei können die Bestimmtheitsanforderungen an formelle Gesetze aufgrund spezifischer (Schutz-)Bedürfnisse variieren bzw. relativiert werden. So wird in der Kalkar-Entscheidung etwa die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. „Stand der Technik“) durch den Gesetzgeber mit Praktikabilitäts Erwägungen, insbesondere dem Bedürfnis nach „dynamischem Grundrechtsschutz“, gerechtfertigt.<sup>118</sup>

<sup>111</sup> Vgl. BVerfGE 40, 237, 249, wo der „Ausgleich widerstreitender Interessen“ dem Parlament zugesprochen wird; s.a. BVerfGE 41, 251, 259, wo die „weitreichende Bedeutung der Schulbildung für das Gemeinwesen und seine Bürger“ als Indiz für die „Wesentlichkeit“ und damit alleinige Parlamentszuständigkeit angeführt wird.

<sup>112</sup> Vgl. *Oppermann*, Verhandlungen des 51. deutschen Juristentags 1976, C 53 f. („politische Wesentlichkeit“); *Kisker*, NJW 1977, 1313, 1318; s.a. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 383; *Bauer/Möllers*, JZ 1999, 697, 702; *Lepsius*, in: Bertschil/Gächter/Hurst u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123, 176 (aus einer erkenntnistheoretischen Perspektive); zum politischen Parlamentsvorbehalt auch *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 126 ff., der zwischen einem primär grundrechtsorientierten, „individual-rechtlich-rechtsstaatlich“ und einem überindividuellen, „politisch-demokratisch“ begründeten Vorbehalt differenziert.

<sup>113</sup> BVerfGE 150, 1, 97.

<sup>114</sup> BVerfGE 157, 30, 172; s.a. schon BVerfGE 98, 218, 252; 139, 19, 46; 150, 1, 99.

<sup>115</sup> Vgl. dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 84 ff.

<sup>116</sup> BVerfGE 49, 89, 127; vgl. auch BVerfGE 98, 218, 251; 105, 279, 304 f.

<sup>117</sup> Näher zur Folgenorientiertheit des Intensitätsmerkmals der Wesentlichkeitstheorie *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 124 f.

<sup>118</sup> BVerfGE 49, 89, 137; ähnlich BVerfGE 79, 174, 196; den Gedanken „dynamischen Grundrechtsschutzes“ als Argument für die Relativierung des Gesetzeserfordernis hat

Dem Gesetzgeber wird ein größerer Gestaltungsspielraum zugesprochen, wenn er aufgrund ungewisser Risikoprognosen und schneller technischer Veränderungen flexible Regelungen für erforderlich hält.<sup>119</sup> Damit einhergehende Rechtsunsicherheiten, so das BVerfG, könnten durch die Verwaltungspraxis und Rechtsprechung verringert werden und seien aus praktischen Gründen in Kauf zu nehmen.<sup>120</sup> So könne vermieden werden, dass die Rechtsordnung „stets hinter einer weiterstrebenden technischen Entwicklung herhinkt“.<sup>121</sup> Es wird also ein „arbeitsteiliges“ Zusammenwirken der Gewalten begünstigt,<sup>122</sup> das eine flexible Rechtsentwicklung und Bewältigung gesellschaftlicher Probleme ermöglichen soll; dies insbesondere mit Blick auf die Gewährleistung eines effektiven, dynamischen Grundrechtsschutzes. Damit wird implizit anerkannt, dass grundrechtlicher Schutz nicht stets bestmöglich durch parlamentsgesetzliche Regelungen zu gewährleisten ist.<sup>123</sup> Zugleich hebt das BVerfG aber hervor, dass nur der Gesetzgeber dazu berufen und politisch verantwortlich sei, in derartigen, mit Ungewissheit belasteten Sachlagen die für zweckmäßig erachteten *Grundentscheidungen* zu treffen.<sup>124</sup> Namentlich die Gerichte sollen „mit ihrer Einschätzung [nicht] an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe [...] treten. Denn insoweit ermanget es rechtlicher Maßstäbe.“<sup>125</sup>

Die praktische Handhabung zeigt sich in einer bedenklichen Ausprägung auch in den Osho-<sup>126</sup> und Glykol<sup>127</sup>-Beschlüssen, in denen das BVerfG für grundrechtsrelevante staatliche Informationstätigkeiten das Erfordernis einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung ablehnt.<sup>128</sup> Unter Verweis auf Kalkar wird fest-

---

das BVerfG jüngst im Klimabeschluss bestätigt, im konkreten Fall aber nicht für einschlägig erachtet, vgl. BVerfGE 157, 30, 173 f.

<sup>119</sup> BVerfGE 49, 89, 136 f.

<sup>120</sup> BVerfGE 49, 89, 137. Allerdings ist der Gesetzgeber dann verfassungsrechtlich dazu angehalten zu überprüfen, ob die ursprünglich getroffene Entscheidung bei Veränderung der Umstände aufrechtzuerhalten ist und gegebenenfalls zu einem neuerlichen Tätigwerden verpflichtet (vgl. BVerfGE 49, 89, 130 ff.).

<sup>121</sup> BVerfGE 49, 89, 135.

<sup>122</sup> Zur Funktionenverschränkung um der Sachgerechtigkeit der Entscheidung willen als Grundanliegen der Gewaltenteilung *Schmidt-Aßmann*, in: HStR, Bd. II, 32004, § 26 Rn. 55.

<sup>123</sup> Vgl. *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 149.

<sup>124</sup> BVerfGE 49, 89, 131.

<sup>125</sup> BVerfGE 49, 89, 131.

<sup>126</sup> BVerfGE 105, 279.

<sup>127</sup> BVerfGE 105, 252.

<sup>128</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252, 268 f.; 105, 279, 301 ff.; krit. *Klement*, DÖV 2005, 507 ff. Hier ging es um öffentliche Informationen der Bundesregierung mit warnendem Charakter über die Osho-Bewegung sowie über Weine mit dem Inhaltsstoff Diethylenglykol. Das BVerfG verneint in den Fällen teilweise (Osho) bzw. gänzlich (Glykol) eine relevante Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzbereichs, d.h. von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG (Osho) und Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG (Glykol); vgl. dazu *Graf von Kielmansegg*, JuS 2009, 19, 22 f.; krit. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 274. Als ausreichende Rechtgrundlage für das Informationshandeln wird in beiden Fällen die generelle Aufgabenzuweisung an die Bundesregierung zur Staatsleitung angesehen. Von Interesse für das Verhältnis von Vorbehalt

gestellt, dass der konkrete Sachbereich überhaupt staatlicher Normierung zugänglich sein müsse, um den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts zu unterliegen.<sup>129</sup> Der Bereich faktisch-mittelbarer Wirkungen staatlichen Handelns, in den das staatliche Informationshandeln eingeordnet wird, entziehe sich aber typischerweise einer Normierung und lasse sich nicht sinnvoll gesetzlich regeln, so das BVerfG.<sup>130</sup> Da das staatliche Informationshandeln vielfältigen Zwecken diene und seine Folgen insbesondere aufgrund der Abhängigkeit von Drittverhalten schwer abschätzbar seien, könnten gesetzliche Grundlagen dafür „allenfalls in allgemein gehaltenen Formeln und Generalklauseln gefasst werden“<sup>131</sup>, die den Funktionen des Gesetzesvorbehalts, die Berechenbarkeit und hinreichende demokratische Legitimation staatlichen Handelns in wesentlichen Bereichen zu garantieren, ohnehin nicht gerecht würden.<sup>132</sup> Mithin fordere „[w]eder die rechtsstaatliche, grundrechtsschützende und den Rechtsschutz gewährleistende noch die demokratische Funktion des Gesetzesvorbehalts [...] eine über die Aufgabenzuweisung hinausgehende gesetzliche Ermächtigung“.<sup>133</sup> Diese Erwägungen überschneiden sich zum Teil mit der Tendenz, grundrechtliche Schutzpflichten als unmittelbare Eingriffstitel heranziehen zu wollen.<sup>134</sup> Dabei werden die formellen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts aufgrund des „Dilemmas“<sup>135</sup>, Schutzpflichten als Teil objektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalte erfüllen zu wol-

---

des Gesetzes und Grundrechtsschutz ist zudem, dass das BVerfG explizit festhält, dass sich der Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes nicht gänzlich parallel zur Ausdehnung des Grundrechtsschutzes entwickelt: „Wegen der zum Teil unterschiedlichen Gründe für die Ausweitung des Grundrechtsschutzes einerseits und des Gesetzesvorbehalts andererseits ist es nicht selbstverständlich, dass der Gesetzesvorbehalt zwangsläufig mit der Ausweitung des Schutzes auf faktisch-mittelbare Beeinträchtigungen von Grundrechten in jeder Hinsicht mitgewachsen ist.“ (BVerfGE 105, 279, 303 f.); ähnlich bereits BVerfG NJW 1989, 3269, 370.

<sup>129</sup> Vgl. BVerfGE 105, 279, 304 mit Verweis auf BVerfGE 49, 89, 126; ähnlich BVerfGE 82, 209, 224.

<sup>130</sup> BVerfGE 105, 279, 304.

<sup>131</sup> BVerfGE 105, 279, 305.

<sup>132</sup> BVerfGE 105, 279, 305.

<sup>133</sup> BVerfGE 105, 279, 304. Zu Recht kritisiert *Klement*, DÖV 2005, 507, 515 f., dass Generalklauseln dem rechtsstaatlichen und demokratischen Anliegen des Vorbehalts des Gesetzes immer noch besser Rechnung trügen als der vollständige Verzicht auf eine gesetzgeberische Entscheidung.

<sup>134</sup> Vgl. BVerfG NJW 1989, 3269, 3270 (Transzendente Meditation), wo angenommen wird, die Bundesregierung sei zu Warnhinweisen „aufgrund der aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden Pflicht des Staates, das Leben und die körperliche Unversehrtheit seiner Bürger zu schützen [...] von Verfassungen wegen grundsätzlich legitimiert“. Es wird zwar erwähnt, dass die Schutzpflicht keine hinreichende Rechtsgrundlage für eine konkrete Eingriffsmaßnahme (in Art. 4 Abs. 1 GG) darstelle, jedoch ohne Konsequenz. Denn letztlich wird die allgemeine Aufgabe der Bundesregierung zu „Beobachtung, Vorsorge und Lenkung in besonderen gesellschaftlichen Teilbereichen“ und zur Information über diese Tätigkeit gegenüber Parlament und Öffentlichkeit als hinreichende Grundlage für die Befugnis zu Warnhinweisen angesehen; dazu krit. *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 554 ff.

<sup>135</sup> So *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 558.

len und dabei zugleich in Grundrechtspositionen Dritter eingreifen zu müssen, zurückgeschraubt.<sup>136</sup>

Einer stark an Praktikabilitätsabwägungen und der Frage der Normierbarkeit des Regelungsgebietes ausgerichtete Handhabung der Wesentlichkeitstheorie ist mit Zurückhaltung zu begegnen,<sup>137</sup> weil sie dazu verleiten kann, das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen unter Berufung auf Flexibilitätsbedürfnisse oder schwere Regelungszugänglichkeit vorschnell zu reduzieren oder gänzlich abzulehnen. Dieses Risiko hat möglicherweise auch das BVerfG erkannt, blieb die stark praktisch orientierte Relativierung des Wesentlichkeitskriteriums doch eine – viel kritisierte – Ausnahme im Bereich staatlichen Informations- bzw. Warnungshandelns.<sup>138</sup>

*d) Funktionell-gewaltenteilungsbezogene Komponente des Wesentlichkeitskriteriums*

Die demokratische und rechtsstaatliche Begründung des Gesetzesvorbehalts wird, wie bereits am Beispiel der Kalkar-Entscheidung beobachtet, vermehrt von funktionell-gewaltenteilungsspezifischen Erwägungen begleitet.<sup>139</sup> Vor allem die demokratische Funktion der Wesentlichkeitstheorie wird vom Leitgedanken einer funktionellen Gewaltenteilung geprägt,<sup>140</sup> der auch legitimatorische und kompetenzielle Elemente enthält.<sup>141</sup> So geht das BVerfG davon aus, dass die organisatorische und funktionelle Trennung und Gliederung der Gewalten auch darauf abzielt, „dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.“<sup>142</sup> Dieses Ziel soll nicht durch einen umfassenden Parlamentsvorbehalt unterlaufen werden.<sup>143</sup> Die so beschriebenen Faktoren – vor allem prozedurale Aspekte des Entscheidungsverfahrens und der Entscheidungsform – werden mithin

<sup>136</sup> Näher zum Gesetzesvorbehalt im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten unter § 9 V.

<sup>137</sup> Krit. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 87 f., der von einer „unverbindlichen Heuristik“ und „durchtheologisierten Handhabung“ spricht.

<sup>138</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 88.

<sup>139</sup> Näher zu einer funktionell-strukturellen Begründung des Gesetzesvorbehalts *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 201 ff.

<sup>140</sup> Vgl. dazu auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 86.

<sup>141</sup> Nach BVerfGE 83, 60, 72 haben die „Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation Bedeutung nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zusammenwirken“; es sei nicht die Form, sondern die „Effektivität“ der demokratischen Legitimation entscheidend. Näher zu der im Gewaltenteilungsgrundsatz angelegten Funktionenverschränkung i.S.e. Systems von „checks and balances“ *Schmidt-Aßmann*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 26 Rn. 55.

<sup>142</sup> BVerfGE 157, 30, 172 f.; ähnlich BVerfGE 68, 1, 86; 98, 218, 251 f.; 139, 19, 46; 150, 1, 99.

<sup>143</sup> BVerfGE 68, 1, 86 f.; 98, 218, 252.

in die Beurteilung des (demokratischen) Legitimationsniveaus von Entscheidungen bzw. Entscheidungsträgern im jeweiligen Regelungskontext einbezogen. Sie beeinflussen, ob und inwieweit eine gesetzgeberische Entscheidung erforderlich ist<sup>144</sup> und eröffnen im Einzelfall weite Argumentationsspielräume bei der Beurteilung, ob nur der Gesetzgeber oder auch andere Entscheidungsträger in bestimmten Angelegenheiten regelungsbefugt sein sollen.<sup>145</sup> Zugunsten des Gesetzgebers wird dabei die öffentliche Willensbildung im parlamentarischen Verfahren hervorgehoben,<sup>146</sup> das sich durch Transparenz und Beteiligung der parlamentarischen Opposition auszeichne<sup>147</sup> und daher am besten eigne, wichtige Entscheidungen für das Gemeinwesen, insbesondere Abwägungsentscheidungen bei Konkurrenz gewichtiger Verfassungsgüter zu treffen.<sup>148</sup> Demgegenüber wird ein starkes Legitimationsniveau behördlicher und gerichtlicher Entscheidungen insbesondere angenommen, wenn ein Regelungsbereich aufgrund vielgestaltiger und schneller Veränderungen zügige und flexible Reaktionsmöglichkeiten erfordert.<sup>149</sup>

Die funktionellen Erwägungen erstrecken sich auch auf die Frage der *erforderlichen Regelungsdichte* gesetzlicher Normierung. Zentraler Anknüpfungspunkt für die Bestimmtheitsanforderungen bleibt die Grundrechtsintensität einer Regelung.<sup>150</sup> In diesem Kontext werden die Anforderungen der Wesentlich-

---

<sup>144</sup> Krit. zum Einbezug der Funktionalitätserwägungen *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 85 ff., der das Verhältnis der funktionell geprägten „Sachgerechtigkeitsargumentation“ zur demokratischen und rechtsstaatlichen Komponente des Vorbehalts des Gesetzes als „nebulös“ bezeichnet (S. 86); positiv zur offenen Reichweite und Flexibilität des Wesentlichkeitskriteriums auch mit Blick auf funktionelle Erwägungen dagegen *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 59.

<sup>145</sup> Vgl. dazu *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 262 f., der die Erfordernisse der Flexibilität und Anpassungsfähigkeit einer Regelung als funktionell-strukturelle Argumente für eine untergesetzliche Regelung anführt; aus schweizerischer Perspektive *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 324 f., der das Kriterium der „Eignung zu sachgerechter Entscheidung“ als mögliche Einschränkung des Vorbehalts des Gesetzes diskutiert: „Danach können aus Gründen der Technizität oder der Komplexität einer Materie oder infolge des Interesses an einer einzelfallgerechten, flexiblen, innovativen Lösung andere Organe aufgrund ihrer *Konstituierung*, Struktur und Arbeitsweise oder aufgrund ihres *Instrumentariums* (Verfahrensrecht) *besser* für die Regelung einer Frage *geeignet* sein als der oft wenig mobile, überlastete oder überforderte Gesetzgeber.“ (S. 325, Hervorhebung im Original).

<sup>146</sup> BVerfGE 33, 125, 159; 40, 237, 249; 41, 251, 263 f.; 108, 282, 312; 120, 378, 408.

<sup>147</sup> BVerfGE 150, 1, 96 f.; 157, 30, 172.

<sup>148</sup> BVerfGE 108, 282, 310 ff.; zur Unterscheidung von *formaler Legitimation* durch Legalität und *materielle Legitimation*, die vermehrt auf „die Qualität des Weges und Ergebnisse der Aufgabenerfüllung und die darüber normativ vermittelte Anerkennung einer Entscheidung als „gerecht“ abstellt“, *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5, 66 f.

<sup>149</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 133 ff.; 58, 257, 277 ff.; 123, 39, 78.

<sup>150</sup> So die übliche Handhabung nach der Wesentlichkeitstheorie, d.h. „je intensiver die Betroffenheit der Rechtsposition des Regelungsadressaten, desto höher die Bestimmtheitsanforderungen an die gesetzliche Regelung“, vgl. BVerfGE 58, 257, 274, 278; 83, 130, 145; 120, 378, 408.

keitstheorie und des in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG normierten Bestimmtheitsgrundsatzes regelmäßig in einem Zuge genannt, wobei ihr Verhältnis vom BVerfG nicht exakt erläutert wird.<sup>151</sup> Gemeinsam ist den Figuren, dass sie eine Relation zwischen Regelungsintensität und gesetzlichem Konkretisierungsgrad herstellen: Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung bzw. je größer ihre Grundrechtsrelevanz, desto höher die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Ermächtigung bzw. die gesetzliche Regelungsdichte.<sup>152</sup> Die Tendenz geht dahin, in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG eine Ergänzung und Konkretisierung der Wesentlichkeitstheorie<sup>153</sup> bzw. eine Ausprägung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts<sup>154</sup> zu sehen.<sup>155</sup> Wichtig ist dabei zu beachten, dass das Bestimmtheitsfordernis primär formale Kriterien („Inhalt, Zweck und Ausmaß“) für die Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen aufstellt, jedoch nichts darüber aussagt, *welche Regelungsmaterien* ihrem Inhalt nach dem Parlament vorzubehalten sind.<sup>156</sup> Die Heranziehung der Maßstäbe des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist zwar sinnvoll, nicht zuletzt um für die Interpretation der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG weitere normative Anknüpfungspunkte im Grundgesetz zu gewinnen. Allerdings ergibt sich aus ihnen letztlich nur ein allgemeines Gebot hinreichender Bestimmtheit, das schwer nachprüfbar Anforderungen aufstellt<sup>157</sup> und die offene, flexible Handhabung der Wesentlichkeitstheorie nicht erheblich eingrenzt.

In jüngerer Zeit tritt eine durch neue Terminologie gekennzeichnete Betrachtung hinzu, die die *Steuerungs-* oder *Leitungsaufgabe* des Gesetzes in den Vordergrund rückt.<sup>158</sup> So soll das Gesetz Bestimmtheits- und Klarheitserfordernisse

<sup>151</sup> Zum Teil begreift das BVerfG den Bestimmtheitsgrundsatz in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als Ausprägung (vgl. BVerfGE 41, 251, 266) oder Konkretisierung (BVerfGE 58, 257, 278) des Vorbehalts des Gesetzes. An anderer Stelle nimmt es an, das Bestimmtheitsgebot stehe in „enger Beziehung zum Parlamentsvorbehalt“ (BVerfGE 120, 378, 408); nach BVerfGE 157, 30, 172 Rn. 260 „berührt sich das Bestimmtheitsgebot mit dem Verfassungsgrundsatz des Vorbehalts des Gesetzes“; zu dem unklaren Verhältnis auch *Voßkuhle*, JuS 2007, 118, 119; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 89.

<sup>152</sup> Vgl. BVerfGE 139, 19, 47; 150, 1, 97 f.; 157, 30, 172.

<sup>153</sup> Vgl. BVerfGE 139, 19, 47; 150, 1, 99.

<sup>154</sup> BVerfGE 49, 89, 127; 139, 19, 47; geht es um die *erforderliche Regelungsdichte* bei wesentlichen Entscheidungen, decken sich meist die Aussagen von Wesentlichkeitstheorie und Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, vgl. BVerfGE 150, 1, 100.

<sup>155</sup> *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 82 ff., 186 ff., versteht Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als spezielle Ausprägung des allgemeinen Vorbehaltsprinzips.

<sup>156</sup> *Eberle*, DÖV 1984, 485, 487.

<sup>157</sup> BVerfGE 150, 1, 100.

<sup>158</sup> Zum Gesetz in steuerungstheoretischer Perspektive *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 142 ff. m.w.N. Hier zeigt sich der Einfluss des steuerungstheoretischen Ansatzes der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ (dazu *Voßkuhle*/Eifert/Möllers [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, <sup>3</sup>2022, Bd. 1, § 1 Rn. 17 ff.), der das Parlamentsgesetz primär als Instrument der Verwaltungssteuerung versteht (zu diesem Einfluss *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 88 f.). Zum Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab *Reimer*, in: *Voßkuhle*/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, <sup>3</sup>2022, Bd. 1, § 11; zum Vorbehalt des Gesetzes als Ausdruck des

erfüllen, damit staatliche Akteure – primär die Verwaltung<sup>159</sup> – für ihr Handeln „steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe“ vorfinden.<sup>160</sup> Betroffene Bürger sollen die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung so erkennen können, dass sie ihr Handeln danach auszurichten vermögen.<sup>161</sup> Es ist nicht klar, ob diese Perspektive zu einer strengeren Handhabung der Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte führt,<sup>162</sup> oder eher Gegenteiliges der Fall ist, weil der Steuerungsgedanke – wirkungsorientiert – auf möglichst effektive staatliche Regulierung abzielt, die regelmäßig eine *aktive Rolle* der Verwaltung (und Rechtsprechung) impliziert.<sup>163</sup> So wird dem Parlamentsgesetz nach dem steuerungswissenschaftlichen Ansatz die Funktion der „Vor- oder Grobsteuerung“, der Rechtsanwendung die Aufgabe der „Nach- und Feinsteuerung“ zugewiesen.<sup>164</sup> Dabei wird häufig auch eine *final* ausgerichtete legislative Regelungstechnik befürwortet, die allgemeine Zielvorgaben macht, aber große gestalterische Freiräume zu ihrer Umsetzung im Rahmen der Rechtsanwendung belässt.<sup>165</sup> Insofern wird das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen zugunsten einer „arbeitsteiligen Rechtserzeugung“ auf Basis einer gelockerten Gesetzesbindung also eher großzügig behandelt.

---

Steuerungsanspruchs des Gesetzes *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates*, 1998, S. 105, 110–114; *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 144–147.

<sup>159</sup> Der Steuerungsauftrag ist primär an die Verwaltung adressiert, lässt sich aber auch auf die Gerichte übertragen, vgl. dazu *Singer*, *Rechtsklarheit und Dritte Gewalt*, 2010, S. 26.

<sup>160</sup> Vgl. BVerfGE 120, 378, 407: „Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden [...]“; ähnlich BVerfGE 110, 33, 53 f.; 128, 282, 317 f.; 134, 141, 184.

<sup>161</sup> BVerfGE 110, 33, 53 f.; 128, 282, 317; 134, 141, 184.

<sup>162</sup> In diese Richtung *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 89. Auch der Begriff der Normklarheit deutet auf erhöhte Regelungsanforderungen hin, bleibt aber zugleich vage und belässt große Beurteilungsspielräume.

<sup>163</sup> Zum steuerungswissenschaftlichen Ansatz *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 261, 267, 270 f.; *Eifert*, *VVDStRL 67* (2008), 286, 293–299.

<sup>164</sup> Vgl. *Reimer*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 1. Das Gesetz wird dabei als Teil eines „Steuerungsverbunds“ (*Reimer*, ebd., § 11 Rn. 99) verstanden, was eine aktive Rolle der Rechtsanwender voraussetzt. Vgl. dazu auch die Beschreibung der Strukturmerkmale aktueller Kodifikation bei *Lepsius*, *JuS* 2019, 14 ff. und *Lepsius*, *JuS* 2019, 123 ff., der das Modell einer „arbeitsteiligen Rechtserzeugung“ hervorhebt. *Lepsius*, ebd., S. 124 konstatiert: „Heutige Gesetzgebung arbeitet also mehr mit einer Verlagerung der Regelungsverantwortlichkeit auf Stellen der Judikative oder Exekutive.“

<sup>165</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Innovation und Recht – Recht und Innovation*, 2016, S. 85 f.; *Lepsius*, *JuS* 2019, 123, 127; mit Blick auf richterliche Gestaltungsspielräume *Kirchhof*, *NJW* 2020, 1492 f.

Allgemein ist festzuhalten, dass die funktionell-gewaltenteilungsbezogene Betrachtung, die den Grundsatz *funktionsgerechter Organstruktur*<sup>166</sup> hervorhebt, einen wichtigen Platz in der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG einnimmt, wobei nicht ganz eindeutig ist, ob sie eigenständig neben den herkömmlichen Grundkomponenten des Gesetzesvorbehalts (d.h. der rechtsstaatlichen und demokratischen Funktion) steht oder bloß (optional) zu deren Konkretisierung (bzw. Attenuierung) herangezogen wird.<sup>167</sup> In jedem Fall muss eine an der aktuellen Verfassungsrechtsprechung orientierte Untersuchung zum Vorbehalt des Gesetzes – wie die vorliegende – die funktionell-gewaltenteilungsspezifische Handhabung berücksichtigen.

#### 4. Zwischenbetrachtung

Wenn das BVerfG in den 70er Jahren die Wesentlichkeitstheorie einläutet und erklärt, den Vorbehalt des Gesetzes „von seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Funktion her auf ein neues Fundament“<sup>168</sup> stellen zu wollen, trifft dies nur begrenzt zu. So kommt die Beachtung der demokratischen Funktion des Instituts eher einer *Renaissance* denn einer Neuentdeckung gleich.<sup>169</sup> Auch die Terminologie der „Wesentlichkeit“ oder „Wichtigkeit“ wurde in früheren Entwicklungsphasen des Gesetzesvorbehalts bereits vereinzelt genutzt, um den volksrepräsentativer Mitbestimmung vorbehaltenen Regelungsbereich zu beschreiben.<sup>170</sup> Insofern trifft es also zu, dass „[d]er Wesentlichkeitsgedanke so alt [ist] wie der Vorbehalt des Gesetzes selbst“.<sup>171</sup> Dennoch hat sich der „Wesentlichkeits“-Vorbehalt von einem heuristischen<sup>172</sup> zu einem dogmatischen Verfassungsrechtsbegriff mit normativem Anspruch entwickelt und die Vorbehaltslehre maßgebend geprägt.<sup>173</sup> Trotz kritischer Stimmen wurde die Wesentlichkeitstheorie nicht ver-

<sup>166</sup> Näher *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 126–128 m.w.N.

<sup>167</sup> Ähnlich *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 86.

<sup>168</sup> BVerfGE 47, 46, 79; zur Lösung vom Eingriffsvorbehalt und Betonung der demokratischen Komponente des Vorbehalts des Gesetzes auch BVerfGE 40, 237, 248 ff.; 49, 89, 126; krit. zu diesem „Theorieumsturz“ *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 689.

<sup>169</sup> Vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 34; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 93 („vermeintliche Neuentdeckung“).

<sup>170</sup> Vgl. *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 108 ff., der meint: „Der Wesentlichkeitsgedanke ist so alt wie der Vorbehalt des Gesetzes selbst.“ (S. 110); s.a. *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 85 f.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 53.

<sup>171</sup> So *Staube*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 110; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 52; s.a. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 53; zu Parallelen zwischen Wesentlichkeitstheorie und Ansätzen der konstitutionellen Staatsrechtslehre *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 385 f.

<sup>172</sup> Vgl. BVerfGE 47, 46, 79 (in Auseinandersetzung mit krit. Stimmen aus der Wissenschaft).

<sup>173</sup> Vgl. *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 81; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, <sup>3</sup>2022, Bd. 1, § 11 Rn. 47.

abschiedet,<sup>174</sup> sondern in Rechtsprechung und Literatur weitgehend übernommen.<sup>175</sup> Sie hat in Fortführung der Vorbehaltslehre gewisse Eigenständigkeit erlangt.<sup>176</sup> Ihr kompetenzieller Gehalt bezieht sich sowohl auf das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen staatlichen Handelns als auch auf die zulässige Reichweite legislativer Delegation, d.h. die erforderliche gesetzliche Regelungsdichte.<sup>177</sup> Bezüglich letzterer wird im Bereich von Verordnungsmächtigungen auch das Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG herangezogen, das zur Wesentlichkeitstheorie in einem Ergänzungs- und Konkretisierungsverhältnis steht.<sup>178</sup>

Die Wesentlichkeitstheorie wird primär in einer Kombination aus Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip verankert,<sup>179</sup> wobei in jüngerer Zeit ein Schwerpunkt auf dem Erfordernis demokratischer Entscheidungslegitimation zu liegen schien.<sup>180</sup> Ergänzend wird das im Gewaltenteilungsgrundsatz gründende Anliegen funktionsgerechter Aufgabenverteilung herangezogen, das auf die funktionelle Eignung eines Organs (insb. des Entscheidungsverfahrens und der Entscheidungsform) zur Regelung bestimmter Lebenssachverhalte abstellt.<sup>181</sup>

Trotz der langjährigen Wesentlichkeitsrechtsprechung bleibt die inhaltliche Konkretisierung des „Wesentlichen“ (bewusst?) vage.<sup>182</sup> Einen gefestigten Ausgangspunkt bildet die Grundrechtsrelevanz einer Regelung,<sup>183</sup> wobei die Umschreibung, „wesentlich zur Verwirklichung der Grundrechte“<sup>184</sup>, aus grundrechtsdogmatischer Perspektive primär auf Grundrechtseingriffe zielt, aber auch sonstige staatliche Gestaltungen im Bereich der Grundrechtsausübung (d.h. Leistungs- und Ausgestaltungshandeln) umfassen kann. Inwiefern darüber hinaus staatliche Entscheidungen etwa aufgrund ihrer „erheblichen Bedeutung für Staat und Gesellschaft“<sup>185</sup> oder „politischen Umstrittenheit“ dem Gesetzgeber

<sup>174</sup> Dafür aber *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, <sup>3</sup>2022, Bd. 1, § 11 Rn. 57 ff.

<sup>175</sup> Vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 105.

<sup>176</sup> Vgl. BVerfGE 47, 46, 78 f.; s.a. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 89, 93.

<sup>177</sup> Vgl. BVerfGE 123, 39, 78; 150, 1, 97 f.; s.a. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 201 f.; *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 53.

<sup>178</sup> Vgl. BVerfGE 123, 39, 78; 150, 1, 99 f.; 157, 30, 172.; s.a. *Voßkuhle*, JuS 2007, 118, 119.;

<sup>179</sup> BVerfGE 33, 303, 346; 34, 52, 59 f.; 40, 237, 249; 41, 251, 259 f.; 49, 89, 126; 136, 69, 114; 150, 1, 96 (ständige Rechtsprechung).

<sup>180</sup> In diese Richtung BVerfGE 85, 386, 403 f.; 108, 282, 312; 120, 378, 408; s.a. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 85, der in dieser Hinsicht *Ernst-Wolfgang Böckenförde* maßgebenden Einfluss zuspricht, der von 1983 bis 1996 Richter am BVerfG war.

<sup>181</sup> BVerfGE 79, 106, 120; 150, 1, 99; 157, 30, 172 f.; s.a. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 59.

<sup>182</sup> Siehe *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 56 ff.

<sup>183</sup> Konkrete Anknüpfungspunkte bieten die Grundrechte und ihre speziellen Gesetzesvorbehalte, die man als Ausprägungen und Konkretisierungen des Wesentlichkeitsvorbehalts begreifen kann, BVerfGE 47, 46, 79; 49, 89, 127; 150, 1, 96.

<sup>184</sup> BVerfGE 47, 46, 79.

<sup>185</sup> BVerfGE 150, 1, 97.

vorbehalten bleiben, wird nicht eindeutig beantwortet. Derartige Kriterien reichen nach der Rechtsprechung des BVerfG „für sich genommen“<sup>186</sup> nicht zur Begründung der Wesentlichkeit aus,<sup>187</sup> eine Indizwirkung<sup>188</sup> kann ihnen aber zukommen. Selbiges gilt für die Auswirkung einer Entscheidung auf die Staatsfinanzen (sog. Haushaltswirksamkeit), die zum Teil als Indiz für Wesentlichkeit herangezogen wird.<sup>189</sup> Gerade die Kombination aus starker Grundrechtsrelevanz und gesellschaftlicher Tragweite einer Regelung – so etwa bei gemeinwohlgestaltenden (Leit-)Entscheidungen, die mit Freiheitsbeschränkungen einhergehen – spricht also für die Einordnung als *wesentlich* und mithin für das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen.

### 5. Weiterer Verlauf der Untersuchung

Im Folgenden wird, ausgehend von den historischen Grundlagen und der aktuellen, durch die Rechtsprechung des BVerfG geprägten Verfassungsrechtslage, die Relevanz des Gesetzesvorbehalts als Kompetenzgrenze zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung im Privatrecht untersucht. Dabei wird die zuvor dargestellte, dreifache verfassungsrechtliche Verankerung des Gesetzesvorbehalts in Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie zugrunde gelegt,<sup>190</sup> also dessen *rechtsstaatlich-grundrechtliche, demokratisch-politische* und *funktionell-gewaltenteil-*

<sup>186</sup> BVerfGE 98, 218, 251; 150, 1, 97.

<sup>187</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 126; 68, 1, 108 f.; 98, 218, 251; 108, 282, 312, 139, 19, 45 f.; 150, 1, 97.

<sup>188</sup> Eberle, DÖV 1984, 485, 487.

<sup>189</sup> Vgl. BVerfGE 125, 175, 223 f.; auch in BVerfGE 33, 303, 333 findet der Haushaltsbezug am Rande Erwähnung. Einen Anknüpfungspunkt bietet dafür auch Art. 110 Abs. 2 GG, der das parlamentarische Budgetrecht verbürgt. Mit Blick auf die Judikative wird in diesem Kontext insbesondere die Zulässigkeit der Schaffung von Leistungsansprüchen gegen den Staat diskutiert. Vgl. dazu Koch/Rießmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 256; Reimer, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, Rn. 566 lehnt insofern einen strengen Vorbehalt ab, nimmt aber überzeugend an, dass die Haushaltswirksamkeit einer angedachten Regelung Indiz für eine negative Regelung (d.h. die gesetzgeberische Versagung der Rechtsfolge) sein könne; relativierend auch Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 179–182.

<sup>190</sup> Vorliegende Untersuchung hat nicht zum Ziel, das dogmatische Fundament des Gesetzesvorbehalts und seine Entwicklung in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie generell kritisch zu überprüfen und eine Neujustierung vorzuschlagen. Siehe zu Kritik an der herkömmlichen Dogmatik des Gesetzesvorbehalts und zu Konkretisierungsvorschlägen Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 162 ff.; Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 43 ff.; Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 103 ff.; Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 95 ff.; Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, <sup>2</sup>2022, Bd. 1, § 11 Rn. 57 ff.; Roellecke, NJW 1978, 1776, 1777–1781; ein überwiegend positives Fazit zur Funktion der Wesentlichkeitstheorie zieht Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, <sup>2</sup>1981, S. 391 ff., der betont, dass diese im Ausgangspunkt „für eine Präzisierung und dogmatische Ausformung offen“ sei (ebd., S. 398).

lungsbezogene Funktion berücksichtigt. Da insbesondere letztere zwei Funktionen miteinander verknüpft sind, werden diese nachfolgend zum Teil auch gemeinsam als *demokratisch-gewaltenteilungsbezogene* Dimension des Gesetzesvorbehalts bezeichnet. Bislang wurde bewusst noch kein Augenmerk auf das Verhältnis der Wesentlichkeitsrechtsprechung zur Judikative gelegt, um ein unvoreingenommenes Verständnis der klassischen Funktion und Entwicklung der Vorbehaltslehre zu skizzieren. Im nächsten Schritt ist nun zu untersuchen, ob neben dem traditionell adressierten Verhältnis zwischen *Legislative* und *Exekutive* auch das Verhältnis zwischen *Legislative* und *Judikative* als Anwendungsfeld des Gesetzesvorbehalts in Betracht kommt und wie sich die Verfassungsrechtsprechung hierzu positioniert.



## 2. Teil

# Die Judikative als Adressatin des Gesetzesvorbehalts

Bevor der Fokus auf die besonders umstrittene Frage gerichtet wird, ob der Gesetzesvorbehalt auch für die Rechtsprechung im *Privatrecht* gilt,<sup>1</sup> ist allgemeiner danach zu fragen, ob die Judikative überhaupt als Adressatin des Gesetzesvorbehalts in Betracht kommt.<sup>2</sup> Dabei ist darauf zu achten, die Geltung des Gesetzesvorbehalts für die Judikative nicht bloß einseitig unter Beachtung der Prämissen der Vorbehaltslehre zu untersuchen, sondern ebenso die Funktionen und Kompetenzen der Judikative einzubeziehen.<sup>3</sup> Andernfalls bestünde die Gefahr, wichtige Wirkbereiche der Rechtsprechung vorschnell unter alleiniger Betonung der „Monopolstellung“ des Gesetzgebers<sup>4</sup> zu beschneiden. Im Folgenden werden der traditionelle Ansatz zum Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts hinterfragt und Erweiterungstendenzen in der Rechtsprechung des BVerfG aufgezeigt (§ 5). Anschließend wird die Vereinbarkeit der Anwendung des Gesetzesvorbehalts mit den Grundfunktionen und der Stellung der Judikative im Gefüge der Gewaltenteilung untersucht, wobei ein Augenmerk auf der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. dem Rechtsverweigerungsverbot liegt (§ 6). Sodann ist die Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH anhand einiger Beispiele zu erörtern. Dabei wird gezeigt, dass es nicht überzeugt, die Vorbehaltsgeltung allein davon abhängig zu machen, welches Teilrechtsgebiet in Rede steht oder wer am Rechtsstreit beteiligt ist, wie es in der Verfassungsrechtsprechung bisweilen anklingt (§ 7).

---

<sup>1</sup> Vgl. die Zuspitzung der Frage nach dem Erfordernis von Eingriffsgrundlagen für judikatives Handeln auf gerichtliche Streitentscheidungen am Maßstab des Privatrechts bei *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 162.

<sup>2</sup> Dazu aus jüngerer Zeit *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 71 ff.

<sup>3</sup> Dies betont *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 204 Fn. 783; zur Notwendigkeit, den Gesetzesvorbehalt mit Kompetenzen der übrigen Gewalten in einen schonenden Ausgleich zu bringen, auch *Kloepfer*, JZ 1984, 685, 694.

<sup>4</sup> Einem „Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts“ wurde in BVerfGE 49, 89, 125; 68, 1, 86 eine klare Absage erteilt.



## Hinterfragung der traditionellen Ausrichtung des Gesetzesvorbehalts

Das traditionelle Verständnis bringt den Vorbehalt des Gesetzes bekanntlich ausschließlich gegen die Exekutive in Stellung.<sup>1</sup> Es gründet in dem bereits geschilderten historischen Ursprung des Grundsatzes im Machtkonflikt zwischen demokratischer Volksvertretung und monarchischer Exekutive. Der mit dem Vorbehalt des Gesetzes bezweckte Freiheitsschutz bezog sich auf den Kampf um politische Mitbestimmung im Wege der Parlamentsbeteiligung in wichtigen Fragen und richtete sich gegen den Alleinherrschaftsanspruch des Monarchen sowie gegen willkürliches Exekutivhandeln.<sup>2</sup> Berechtigterweise wird zwar auch heute angenommen, dass kein vergleichbares politisches Konkurrenzverhältnis zwischen Parlament und Judikative bestehe.<sup>3</sup> Allerdings kann kaum in Abrede gestellt werden, dass die Rechtsprechung zentrale Beiträge zur Rechtsgestaltung leistet, die auch grundrechtssensible sowie wesentliche Fragen des Gemeinwesens betreffen,<sup>4</sup> weshalb eine Präzisierung ihres Verhältnisses zur Gesetzgebung anhand der Vorbehaltslehre sinnvoll erscheint. Soweit es um den Schutz vor willkürlichen Einzelfallentscheidungen geht, wurde ein gewisses „Bedrohungspoten-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 204–206; *ders.*, BDVR Rundschreiben 2004, 76, 80 f.; *Horn*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S. 28 ff.; *Herzog*, in: FS Simon, 1987, S. 103, 108 ff.; gegen eine Anwendung auf die Judikative z.B. *Haltern/Mayer/Möllers*, Die Verwaltung 30 (1997), 51, 60 ff.; s.a. die Darstellung bei *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 28, 30.

<sup>2</sup> Auch in diesem historischen Kontext lag es aber nicht fern, die Justiz ähnlich der Exekutive dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterstellen, weil auch erstere lange in Repräsentation des Monarchen ausgeübt wurde (vgl. etwa Art. 86 der [revidierten] Preußischen Verfassung von 1850) und folglich der königlichen Linie näher stand als derjenigen der parlamentarischen Volksvertretung; allg. zur Kompetenzpräsumtion des Monarchen für Befugnisse, die ihm nicht ausdrücklich verweigert waren, *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 21968, S. 88.

<sup>3</sup> Zum Verständnis des Vorbehalts des Gesetzes als Instrument zum „Schutz des Parlaments“ bzw. zur Regelung der politischen Konkurrenz zwischen Erster und Zweiter Gewalt zugunsten des Parlaments, *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 139 ff.; insb. 153 ff., der mangels vergleichbarer Konkurrenzlage zwischen Erster und Dritter Gewalt eine Übertragung der Vorbehaltslehre auf dieses Verhältnis ablehnt.

<sup>4</sup> Zur Eingriffsqualität von Rechtsprechungsakten allg. *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 126 f. Auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 188 geht davon aus, dass in einigen Rechtsbereichen „wesentliche Entscheidungen im judikativen Alleingang getroffen werden“.

zial“ der Rechtsprechung bereits früh erkannt,<sup>5</sup> wie auch die bereits erwähnten Ausführungen *Otto Mayers* zum Vorbehalt des Gesetzes belegen, aus denen hervorgeht, dass jener wie selbstverständlich von dessen Geltung für die Rechtsprechung (im Zivil- und Strafrecht) ausging.<sup>6</sup> Ausgehend von einer engen Gesetzesbindung der Rechtsprechung und einem strengen Gesetzesvorbehalt für die Strafgerichte (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) wurde die Tätigkeit der Rechtsprechung im Allgemeinen aber kaum spezifisch unter dem Gesichtspunkt des Gesetzes- oder Eingriffsvorbehalts diskutiert.<sup>7</sup>

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund eines allgemein konstatierten Machtzuwachses der Judikative<sup>8</sup> unter dem Grundgesetz und der Judikatur des BVerfG ist es aber wenig überraschend, dass die Diskussion um die Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung in jüngerer Zeit Fahrt aufgenommen hat. Oftmals wird die Frage zwar bloß beiläufig angeschnitten, wenn es um Probleme geht, die zu Funktionen des Gesetzesvorbehalts Berührungspunkte aufweisen.<sup>9</sup> Dabei erkennen aber auch Literaturstimmen, die einer Ausweitung der Vorbehaltslehre auf die Judikative eher zurückhaltend gegenüberstehen, zumindest an: „Die Problematik der Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung scheint verquickt zu sein mit der Frage des Vorbehalts des Gesetzes.“<sup>10</sup>

<sup>5</sup> Siehe dazu *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 150 f.; zum strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt als Vorläufer des allgemeinen Gesetzesvorbehalts bereits unter § 3 I. 1.

<sup>6</sup> Vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 75 Fn. 11: „Wenn man die Erklärung der Menschenrechte und alle späteren Listen von Grundrechten durchgeht, so mag es auffallen, daß darin wegen der schweren Eingriffe, welche die Justiz vornehmen kann durch Abschneiden von Rechten, Verurteilen, Zwangsanordnungen, gar nichts vorbehalten ist. Der Grund ist der, daß die Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für diese als selbstverständlich vorausgesetzt wird; die Neuordnung des Staats ist [...] nur auf die Verwaltung gemünzt. Die entsprechenden Vorbehalte für das Gebiet der Justiz sind dem Gesetz schon ‚angeboren‘.“ Dazu bereits unter § 3 II. 3. d) cc); s.a. *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 151.

<sup>7</sup> *Classen*, JZ 2003, 693, 695; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 151.

<sup>8</sup> Dazu *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, 50–56, 265–277 m.w.N.; *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673 f.

<sup>9</sup> Auf die Rolle des Gesetzesvorbehalts als mögliche Grenze richterlicher Rechtsfortbildung verweisen am Rande etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, <sup>3</sup>2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 104 (aus rechtsstaatlicher Perspektive); *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 195 (aus demokratisch-legitimatorischer Perspektive); *Möllers*, Gewaltgliederung, 2005, S. 75 (zur Problematisierung der „Anmaßung legislativer Gewalt durch die Gerichte“ aus funktionell-gewaltenteilungsspezifischer Perspektive); s.a. *Reimer*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, <sup>3</sup>2022, Bd. 1, § 11 Rn. 30 f.

<sup>10</sup> *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, <sup>7</sup>2018, Art. 93 Rn. 61 mit Fn. 333.

## I. Schaffung von Eingriffsgrundlagen mittels Rechtsfortbildung

Mit Blick auf die rechtsstaatlich-grundrechtsschützende Funktion des Gesetzesvorbehalts erscheint eine Übertragung auf die Judikative besonders naheliegend, wenn Gerichte mittels Rechtsfortbildung Eingriffsgrundlagen zulasten der Bürger schaffen. Dies lässt sich anhand der Referenzgebiete des Straf- und Steuerrechts zeigen, in denen die Rechtsprechung anerkanntermaßen Adressatin des Gesetzesvorbehalts ist (1.). Auch im Verwaltungsrecht wird die Rechtsprechung insbesondere bei der Bestätigung und Konkretisierung exekutiven Eingriffshandelns am Gesetzesvorbehalt gemessen (2.). Eher unklar bleiben hingegen die vom BVerfG regelmäßig verwendeten Kriterien der Rechtsverkürzung und -förderung als Orientierungspunkte für richterliche Kompetenzgrenzen (3.).

### 1. Straf- und Steuerrecht als Referenzpunkte

Für den Bereich strafrechtlicher Sanktionen (Art. 103 Abs. 2 GG) sowie für Freiheitsentziehungen (Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG)<sup>11</sup> als besonders grundrechtsbelastende Hoheitsakte sieht das Grundgesetz strenge Gesetzesvorbehalte vor, die an die Judikative adressiert sind und als Grenze richterlicher Norminterpretation eine analoge Anwendung formell-gesetzlicher Grundlagen zulasten des Bürgers grundsätzlich verbieten.<sup>12</sup> Die Erwähnung dieser speziellen Gesetzesvorbehalte erscheint hier aus zwei Gründen wichtig. Sie belegen zum einen, dass eine Gesetzesvorbehaltsgeltung als Grenze richterlicher Interpretation möglich ist. Zum anderen stellen sie als besonders strenge Interpretationsgrenze, die der „mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert“<sup>13</sup>, gewissermaßen das „obere Ende“ des Maßstabs des Erfordernisses gesetzlicher Regelungsdichte und der Restriktion richterlicher Rechtsanwendungsspielräume dar, die aus einer Vorbehaltsgeltung für die Judikative folgen kann. Das BVerfG nimmt an, dass die im allgemeinen Gesetzesvorbehalt (in Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie) verankerten Kompetenzgrenzen im grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt gelten.<sup>14</sup> Wenig überzeugend erscheint es hingegen, aus der Existenz des Art. 103 Abs. 2 GG einen allgemeinen Schluss für oder gegen die Geltung des Gesetzesvorbehalts als Grenze richterlicher Regelbildung in anderen Rechtsge-

---

<sup>11</sup> Der Gesetzesvorbehalt in Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG verstärkt denjenigen in Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG; vgl. zur Einordnung als Analogieverbot BVerfGE 83, 24, 31 f.

<sup>12</sup> Zu Art. 103 Abs. 2 GG BVerfGE 71, 198, 115 f.; 160, 284, 317; zu Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG BVerfGE NVwZ 2007, 1296, 1297; näher zu diesen Gesetzesvorbehalten *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 71–74.

<sup>13</sup> BVerfGE 71, 108, 116 (zu Art. 103 Abs. 2 GG).

<sup>14</sup> BVerfGE 160, 284, 318; zu den zwei Stoßrichtungen des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Bestimmtheitsgebots BVerfGE 105, 135, 153: „Das Bestimmtheitsgebot ist also Handlungsanweisung an den Strafrechtsgesetzgeber und Handlungsbegrenzung für den Strafrichter zugleich.“

bieten zu ziehen.<sup>15</sup> Denn es ist ebenso legitim, im strafrechtlichen Analogieverbot eine *besonders strenge* Ausgestaltung des allgemeinen Vorbehaltsprinzips zu sehen,<sup>16</sup> wie im Umkehrschluss dazu außerhalb des Strafrechts einen an die Judikative adressierten Gesetzesvorbehalt zu bestreiten.<sup>17</sup>

Auch die richterliche Interpretation steuerlicher (Eingriffs-)Tatbestände wird vom BVerfG besonders strikt kontrolliert.<sup>18</sup> Den Parlamentsgesetzgeber trifft, wie bereits eingangs zu den historischen Vorläufern des Gesetzesvorbehalts ausgeführt, eine gesteigerte Verantwortung für die von ihm formulierten Steuertatbestände, die mit einer Begrenzung der Befugnis von Verwaltung und Rechtsprechung zur Erweiterung und Modifizierung dieser Tatbestände einhergeht.<sup>19</sup> Da das Steuerrecht „aus dem Diktum des Gesetzgebers“ lebt,<sup>20</sup> gelten auch besondere Anforderungen für eine über den Wortlaut hinausgehende richterliche Auslegung steuerrechtlicher Vorschriften. Die Neuschaffung oder Ausweitung gesetzlicher Steuertatbestände zulasten des Bürgers überschreitet bei fehlenden gesetzlichen Anknüpfungspunkten regelmäßig die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung,<sup>21</sup> ebenso wie die Einengung von Steuerbegünstigungsvorschriften.<sup>22</sup> Allgemein gesprochen, fungiert der Gesetzesvorbehalt mithin als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung, wenn diese der Begründung eines belastenden „Steuereingriffs“ gleichkommt.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> So auch *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 133, der konstatiert: „Der Wortlaut des Grundgesetzes hält insoweit keine unmißverständlichen Aussagen bereit.“

<sup>16</sup> Vgl. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 33.

<sup>17</sup> Im Umkehrschluss zu Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 S. 1 (und Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG) lehnt *Neuner*, ZfPW 2022, 257, 262, 275 f. eine Bindung der Zivilrechtsprechung an den Gesetzesvorbehalt ab.

<sup>18</sup> Vgl. *Starck*, VVDStRL 34 (1976), 43, 82; näher *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 56–58.

<sup>19</sup> *Schön*, DStJG 33 (2010), 29, 34.

<sup>20</sup> So BVerfGE 13, 318, 328; BVerfG NJW 1985, 1891.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 13, 318, 328; 21, 1, 4; BVerfG NJW 1985, 1891; NVwZ 2017, 617 Rn. 21 f.; vgl. dazu *Starck*, VVDStRL 34 (1976), 43, 82; s.a. *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 57, die sich aber im Kontext der Steuerumgehung auch für Relativierungen, also für weitere Auslegungs- und Rechtsfortbildungsspielräume, ausspricht (ebd., S. 711 f.)

<sup>22</sup> BVerfG NVwZ 2017, 617 Rn. 21: „Dementsprechend dürfen Steuerbegünstigungsvorschriften nicht in verfassungswidriger Weise einengend ausgelegt werden.“

<sup>23</sup> Ein aus dem Parlamentsvorbehalt abgeleitetes Verbot belastender Analogie im Steuerrecht befürworten etwa *Papier*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundlegende Demokratieprinzip, 1973, S. 171 ff.; *Schön*, DStJG 33 (2010), 29, 51–55; ein generelles Analogieverbot ablehnend *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 711 f.; ablehnend ggü. einer analogen Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG auf das Steuerrecht auch *Barth*, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, 1996, S. 405 ff., der aber grds. die Geltung des Wesentlichkeitsvorbehalts als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung im Steuerrecht bejaht (ebd., S. 422–429).

## 2. Bestätigung bzw. Konkretisierung exekutiver Eingriffe und verwaltungsähnliches Judikativhandeln

Über die speziellen Bereiche des Straf- und Steuerrechts hinaus besteht für den Bereich des Verwaltungsrechts weitgehend Einigkeit darüber, dass Verwaltungsgerichte nicht zur eigenständigen Schaffung von Grundrechtseingriffsgrundlagen befugt sind.<sup>24</sup> Dafür spricht insbesondere die Erwägung, dass die Gesetzesvorbehaltsgeltung gegenüber der Exekutive leerliefe, wenn deren ohne hinreichende gesetzliche Grundlage vorgenommenen Eingriffe anschließend von einem Verwaltungsgericht bestätigt und auf diese Weise gerechtfertigt werden könnten.<sup>25</sup> Der gerichtlichen Entscheidung, die einen Grundrechtseingriff der Exekutive bestätigt oder konkretisiert, kommt eine eigenständige Eingriffsqualität zu, weshalb sie bereits nach dem klassischen Eingriffsvorbehalt einer gesetzlichen Grundlage bedarf.<sup>26</sup>

Abgesehen von Gerichtsentscheidungen, die Eingriffe der Exekutive bestätigen oder konkretisieren, hat das BVerfG den Vorbehalt des Gesetzes auch zur Anwendung gebracht, wenn Gerichte verwaltungsähnliche Aufgaben wahrnehmen und dabei Grundrechte einschränken.<sup>27</sup> Ein prominentes Beispiel bietet der Verteidigerausschluss *Otto Schily*s durch den BGH im strafprozessualen Kontext, den das BVerfG mangels gesetzlicher Grundlage, die es für eine Berufseinschränkung der Anwaltstätigkeit für zwingend hielt, aufhob.<sup>28</sup> Allgemein prüft das BVerfG regelmäßig, ob die Entwicklung grundrechtseinschränkender

---

<sup>24</sup> Siehe nur BVerfG NJW 1996, 3146, wo die analoge Anwendung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für einen belastenden Verwaltungsakt durch die Fachgerichte als unzulässig angesehen wird; näher zu dieser Entscheidung *Konzak*, NVwZ 1997, 872 f. Vgl. aus der Literatur *Starck*, VVDStRL 34 (1976), 43, 81–83; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 215; *Allewelt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 300 f.; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 74 f. m.w.N.; s.a. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 205 f., der eine Übertragung des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative aber kritisch sieht.

<sup>25</sup> *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 206; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 215; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 74; ähnlich auch *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 138.

<sup>26</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 215; zur Eingriffsqualität der richterlichen Anwendung grundrechtseingreifender Normen auch *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 165.

<sup>27</sup> Vgl. *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 30 mit Fn. 240.

<sup>28</sup> BVerfGE 34, 293, 299 ff., insb. S. 301 f.: „Zweifelhaft ist bereits, ob grundrechtsbeschränkende Rechtsnormen, die der Richter lediglich unter Berufung auf Sinn, Zweck und Grundgedanken einzelner Gesetzesbestimmungen gewinnt, aus dem Leitbild des Verteidigers entwickelt und aus seiner Rolle im Strafverfahren ableitet, dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG genügen. [...] Dazu genügt es nicht, daß der Ausschußatbestand „in Umrissen“, also nur unvollkommen und lückenhaft, aus Sinn und Zweck einer Reihe gesetzlicher Vorschriften gewonnen werden kann.“; vgl. dazu *Allewelt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 304.

Rechtssätze durch Gerichte auf einer hinreichend spezifischen gesetzlichen Grundlage beruht.<sup>29</sup> Dabei bezieht es sich meist auf spezifische Grundrechtsvorbehalte, etwa in berufsrechtlichen Konstellationen auf Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG<sup>30</sup> oder bei Fragen der Zulässigkeit einer Enteignung auf Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG,<sup>31</sup> zum Teil aber auch auf den „allgemeinen“ Vorbehalt des Gesetzes.<sup>32</sup> Allerdings versteht das Gericht den Gesetzesvorbehalt offenbar nicht im Sinne einer „strengen“ Auslegungsgrenze oder eines Analogieverbots im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG. Dies wird etwa in folgender Ausführung zu den Anforderungen des Grundrechtsvorbehalts aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG deutlich: „Aus einer Gesamtregelung kann sich unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum eine hinreichend erkennbare und bestimmte, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügende Regelung der Berufsausübung ergeben.“<sup>33</sup>

Es lässt sich also festhalten, dass das BVerfG die abwehrrechtlichen Grundrechtsvorbehalte als Prüfprogramm judikativer Rechtsanwendung heranzieht<sup>34</sup> und über die speziellen Vorbehaltsregelungen hinaus auch den (allgemeinen) Gesetzesvorbehalt – jedenfalls in seiner abwehrrechtlichen Ausprägung als Eingriffsvorbehalt – als Rechtsfortbildungsgrenze anwendet.<sup>35</sup> Dies überzeugt, weil kein Grund ersichtlich ist, Gerichte, die gleich der Verwaltung an die (Kompe-

<sup>29</sup> Siehe die Übersicht bei *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 302 ff. unter dem Stichwort der „Grundlagenkontrolle“ mit einer Differenzierung zwischen Fällen, in denen eine gesetzliche Grundlage gänzlich fehlt, nicht hinreichend spezifisch ist oder keine hinreichende Eingriffstiefe aufweist; s.a. *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 75; zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung fachgerichtlicher Rechtsfortbildung in kompetenzieller Hinsicht auch *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 191 ff.

<sup>30</sup> BVerfGE 54, 224, 234 ff. (zur Einschränkung von Informationsrechten von Kassenärzten gegenüber Patienten); 86, 28, 40 f. (zu einer Bedürfnisprüfung bei der Entscheidung über die öffentliche Bestellung von Sachverständigen); 98, 49, 59 ff. (zum Sozietätsverbot zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer); s.a. BVerfGE 108, 150, 159 f. (zur Verpflichtung eines Anwalts zur Mandatsbeendigung; in dieser Entscheidung scheint das BVerfG jedoch zugleich von einer eigenständigen Einschränkungsbefugnis der Gerichte auszugehen, indem es ausführt, diese seien „an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken“); vgl. auch *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 306.

<sup>31</sup> BVerfGE 74, 264, 287, 296 f.; dazu *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 306.

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 111, 147, 158 f. (zur richterrechtlichen Einschränkung von Versammlungen wegen des Inhalts der mit ihnen verbundene Äußerungen).

<sup>33</sup> BVerfGE 54, 224, 234 f. Eine nähere Bestimmung der insoweit noch zulässigen richterlichen Auslegung wird aber nicht vorgenommen, sondern offengelassen, „ob jede nach allgemeinen Grundsätzen noch zulässige richterliche Auslegung den Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gerecht wird“ (BVerfGE 54, 224, 235).

<sup>34</sup> Vgl. *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 303; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 75.

<sup>35</sup> Vgl. *Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 195 f.

tenz-)Grenzen der Verfassung und an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) gebunden sind, im Falle von Grundrechtseingriffen hinsichtlich formal-kompetenzieller Anforderungen anders zu behandeln. Da auch die Gerichte als staatliche Herrschaftsorgane Macht ausüben,<sup>36</sup> ist es folgerichtig, sie – über den Bereich des Strafrechts hinaus – jedenfalls in solchen Konstellationen am Vorbehalt des Gesetzes zu messen, in denen sie ähnlich der (Eingriffs-)Verwaltung im zweipoligen Grundrechtsverhältnis (Staat-Bürger) entscheiden. Denn für den Bürger unterscheidet sich die Intensität grundrechtlicher Belastung nicht danach, ob sie auf einem ohne gesetzliche Grundlage erlassenen Verwaltungsakt oder Gerichtsurteil beruht. In diese Richtung liest sich etwa auch folgende, generell formulierte Aussage des BVerfG zu seinem Prüfungsmaßstab für behördliche und fachgerichtliche Rechtsanwendung bei Grundrechtseingriffen in die Kunstfreiheit:

„Ein nachhaltiger Eingriff, der zu einer intensiveren verfassungsrechtlichen Prüfung führt, liegt nicht allein bei einer strafgerichtlichen Ahndung von Verhalten vor, das unter dem Schutze des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG steht. Ein solcher Eingriff ist vielmehr auch bei anderen Entscheidungen von Staatsorganen anzunehmen, wenn diese geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkungen zu entfalten, das heißt in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können, von dem betroffenen Grundrecht Gebrauch zu machen.“<sup>37</sup>

Wann ein „nachhaltiger Eingriff“ vorliegt, der nur auf gesetzlicher Grundlage und nicht auf Basis von richterlicher Rechtsfortbildung zulässig ist, muss also für die spezifische Fallkonstellation entschieden werden und kann nicht danach bestimmt werden, ob eine Behörde oder ein Gericht entscheidet und im Bereich welcher Teilrechtsordnung (Straf-, Verwaltungs- oder Privatrecht) entschieden wird. Gerade mit Blick auf zivilgerichtliche Entscheidungen fällt es allerdings häufig schwer, zu bestimmen, wann von einem „nachhaltigen Eingriff“ auszugehen ist.

### 3. Hilfskriterien der Verkürzung und Förderung von Rechtspositionen

Wie einleitend in der Besprechung des Scheinvater-Beschlusses gesehen, verwendet das BVerfG bisweilen – unter Vermeidung der Kategorien des Grundrechtseingriffs und der Grundrechtsausgestaltung – die Kriterien der Verkürzung bzw. Förderung von Rechtspositionen, um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zu präzisieren.<sup>38</sup> Dies mag zum einen darin gründen, dass die Klassifizierung richterlich entwickelter Rechtssätze als Grundrechtseingriff bzw. Schaffung

<sup>36</sup> Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 268 f. m.w.N.

<sup>37</sup> BVerfGE 83, 130, 145 f. Die Entscheidung befasst sich mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Indizierung eines von der Kunstfreiheit umfassten Romans (Josephine Mutzenbacher) in die Liste jugendgefährdender Schriften.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 49, 304, 320; 69, 315, 372; 122, 282, 301 (Sondervotum Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio); 128, 193, 209; 138, 377, 392; s.a. Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, 2000, S. 196; Piroth/Aubel, JZ 2003, 504, 509.

einer Eingriffsgrundlage oder als Grundrechtsausgestaltung erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann und nicht immer trennscharf möglich ist, insbesondere wenn Gerichte nicht in einer zweipoligen Konstellation (Staat-Bürger) entscheiden, sondern in einer mehrpoligen Grundrechtsbeziehung (Bürger-Staat-Bürger) verschiedene Grundrechtspositionen austarieren. Zum anderen geht es bei der Vermeidung einer grundrechtsspezifischen Terminologie wohl auch darum, Flexibilität bei der Überprüfung der Rechtsfortbildungsgrenzen zu bewahren und gegebenenfalls sonstige verfassungsrechtlich relevante Kriterien einbeziehen zu können (z.B. Vertrauensschutzaspekte oder Staatszielbestimmungen). Möglicherweise soll auch der Anschein einer stetigen „Vergrundrechtlichung“<sup>39</sup> einfachgesetzlich gewährter Rechtspositionen vermieden werden, indem nicht spezifisch auf die Grundrechtsrelevanz der Rechtsfortbildung abgestellt, sondern ihre zulässige Reichweite in terminologischer Vielfalt danach beurteilt wird, welches verfassungsrechtliche Gewicht den betroffenen „Rechtsposition(en)“ bzw. „rechtliche(n) Situation(en)“ zukommt und ob die Rechtsfortbildung deren „Förderung“ bzw. „Stärkung“ oder aber „Beeinträchtigung“ bzw. „Verschlechterung“ zur Folge hat.<sup>40</sup>

Allerdings bleibt die Handhabung des Rechtsverkürzungs- und Rechtsförderungskriteriums in mancherlei Hinsicht unklar und erweist sich zum Zwecke einer allgemeinen Konkretisierung der Rechtsfortbildungsgrenzen eher als ungeeignet.<sup>41</sup> So ist bereits der Begriff der „Rechtsposition“ vage und unklar, wie die vergleichende Bestimmung des verfassungsrechtlichen Gewichts unterschiedlicher Rechtspositionen erfolgen soll. Unterstellt man, dass die gemeinten Rechtspositionen stets einen Grundrechtsbezug aufweisen, bleibt offen, ob die „Verkürzung“ an die Eingriffsdogmatik anknüpft und mit „Förderung“ die Durchsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten oder – weiter gefasst – jede grundrechtsverwirklichende Ausgestaltung gemeint ist. Außerdem bleibt insbesondere das Verhältnis des Rechtsverkürzungskriteriums zum Gesetzesvorbehalt offen.<sup>42</sup> So kann man zwar deuten, dass sich das BVerfG etwa im Scheinvater-Beschluss auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts bezieht, wenn es ausführt, dass Gerichte sich im Fall der „Verschlechterung“ einer verfassungsrechtlich schwerwiegenden Rechtsposition des Einzelnen (= Grundrechtsposition) „auf die Umsetzung bereits bestehender Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts beschränken“ müssen.<sup>43</sup> Weshalb der Gesetzesvorbehalt dann nicht *explizit* zur Sprache kommt, erschließt sich aber nicht.

<sup>39</sup> Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 56 f. mit Fn. 20.

<sup>40</sup> Vgl. die Begrifflichkeit in BVerfGE 138, 377, 392 f.; krit. zur „begrifflichen Varianz“ Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 92.

<sup>41</sup> Vgl. auch die Kritik zum Scheinvater-Beschluss des BVerfG unter § 1 II. 2.; krit. zur Unschärfe des Kriteriums auch Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 91–93.

<sup>42</sup> Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 92 f.

<sup>43</sup> BVerfGE 138, 377, 392.

Es fällt daher schwer, dieser Praxis des BVerfG klare Anhaltspunkte für den Rahmen richterlicher Befugnis zur Rechtsfortbildung zu entnehmen, zumal sie nicht widerspruchsfrei bleibt. So führt das BVerfG etwa in seiner Entscheidung zu der vom BGH entwickelten strafprozessualen Figur der Rügeverkümmierung aus: „Die Grenzen, die sich aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG für die richterliche Auslegung des einfachen Rechts ergeben, können nicht prinzipiell enger oder weiter gesteckt sein je nachdem, ob die jeweilige Auslegung sich zugunsten oder zulasten betroffener Einzelner auswirkt.“<sup>44</sup>

## II. Entscheidung *wesentlicher* Fragen mittels Rechtsfortbildung

Wie einleitend gesehen, hat sich das BVerfG mit der Wesentlichkeitstheorie von einem *eingriffsfokussierten* Gesetzesvorbehalt gelöst und den Kreis der formell-gesetzlicher Regelung vorbehaltenen Fragen ausgeweitet, wobei die Grundrechtsintensität rechtlicher Gestaltung nach wie vor maßgeblich bleibt. Die Konkretisierung dieses weiter gezogenen Kreises der Vorbehaltsgeltung erweist sich als schwieriger<sup>45</sup> und die Stellung des BVerfG zur Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative in diesem Bereich als weniger eindeutig, worauf mit Blick auf das Privatrecht sogleich näher einzugehen ist.<sup>46</sup> Vereinzelt hat das BVerfG den so ausgeprägten Wesentlichkeitsvorbehalt aber bereits gegenüber der Judikative zur Anwendung gebracht, so etwa im Bereich richterrechtlicher Ausgestaltungen der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)<sup>47</sup> oder der Rundfunkfreiheit.<sup>48</sup> An späterer Stelle wird der Versuch unternommen, das Wesentlichkeitskriterium unter Heranziehung der grundrechtsdogmatischen Unterscheidung zwischen Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung zu präzisieren.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> BVerfGE 122, 248, 269. Allerdings scheint sich die abweichende, im Sondervotum (Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio) zu dieser Entscheidung vorgeschlagene Linie durchgesetzt zu haben. So wird in späteren Entscheidungen zu den Grenzen der Rechtsfortbildung darauf verwiesen, vgl. BVerfG NVwZ 2017, 617, 618 Rn. 20; BVerfGE 138, 377, 392.

<sup>45</sup> Vgl. dazu Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 47–49 (auch zu positiven und negativen Kriterien).

<sup>46</sup> Siehe unter § 7 I.

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 57, 220, 245–248 zum Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsangehöriger zu kirchlichen Einrichtungen bzw. zur Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit und damit einhergehenden Beeinträchtigungen des Selbstbestimmungsrechts kirchlicher Einrichtungen (Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 WRV). Zu weiteren Entscheidungen im Kontext des Arbeitskampfrechts noch unter § 7 I.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 59, 231, 264 zur Praxis der Arbeitsgerichte, freie Mitarbeiter von Rundfunkanstalten als Arbeitnehmer einzuordnen, wodurch die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) beeinträchtigt wird: „Die Maßstäbe für diese Entscheidungen sind keinem Gesetz entnommen, sondern von der Rechtsprechung entwickelt, der eine unmittelbare Einschränkung von Grundrechten versagt ist.“

<sup>49</sup> Siehe § 9.

Damit wird aber schon die Kernfrage nach der Geltung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht angeschnitten, in dem die grundrechtliche Einordnung richterlicher Entscheidungen besonders umstritten ist.

Die folgende Darstellung bezieht sich primär auf die demokratische Funktion der Wesentlichkeitstheorie, welche von denjenigen, die eine Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative bejahen, häufig hervorgehoben wird.<sup>50</sup> Diese zielt auf die Sicherung demokratischer Legitimation staatlicher (Entscheidungs-)Gewalt in bestimmten, für die Bürger besonders wichtigen Fragen ab.<sup>51</sup> Dabei lässt sich das demokratische Anliegen – wie bereits besprochen<sup>52</sup> – grob in zwei Legitimationslinien untergliedern. Zum einen wird auf das *personell-organisatorische* Legitimationsniveau abgestellt, welches beim unmittelbar volksgewählten Parlament besonders hoch ist, zum anderen auf die *funktionelle Eignung* des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens zur Entscheidung wichtiger Fragen für das Gemeinwesen – zumal in grundrechtssensiblen Bereichen – abgestellt.<sup>53</sup>

### 1. Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung

Richtersprüche ergehen im „Im Namen des Volkes“<sup>54</sup>, womit ein besonders hohes Maß an demokratischer Legitimation gerichtlicher Entscheidungen suggeriert wird.<sup>55</sup> Allerdings wird als Argument für die Geltung des Gesetzesvorbehalts gegenüber der Judikative oftmals gerade deren „prekär“<sup>56</sup> ausgeprägte demokratische Legitimation angeführt.<sup>57</sup> Das Defizit wird primär in der schwachen personellen Legitimation der Rechtsprechung gesehen,<sup>58</sup> die vor allem in der richterlichen Unabhängigkeitsgarantie (Art. 97 Abs. 1 und 2 GG) gründet. So schließen die Weisungsfreiheit und Lebenszeiternennung eine periodisch aktualisierbare personelle Legitimationskette aus.<sup>59</sup> Sonstige Kontrollinstrumente,

<sup>50</sup> Siehe *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 60; *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2501.

<sup>51</sup> Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 56, 134.

<sup>52</sup> Siehe unter § 4 II. 1.

<sup>53</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5, 10.

<sup>54</sup> Vgl. § 311 Abs. 1 ZPO, § 117 Abs. 1 S. 1 VwGO.

<sup>55</sup> Vgl. *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673.

<sup>56</sup> *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 682.

<sup>57</sup> So *Hillgruber*, JZ 1996, 118; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 137; *Classen*, JZ 2003, 693, 695; s.a. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 101, der das Konzept des erforderlichen demokratischen Legitimationsniveaus jedoch grundsätzlich kritisiert (ebd., S. 113 ff.).

<sup>58</sup> *Classen*, JZ 2003, 693, 695; vgl. auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 145 f.

<sup>59</sup> Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 146 sowie 148 ff. zum Verhältnis der richterlichen Unabhängigkeit zum organisatorisch-formalen Legitimationsmodell; s.a. *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 676 ff. zu den Bausteinen demokratischer Legitimation des Richters (funktionell-institutionell, personell-organisatorisch, sachlich-inhaltlich).

mithilfe derer Richter für ihre Entscheidungspraxis zur Verantwortung gezogen werden können, unterliegen (bewusst) sehr hohen verfahrensrechtlichen Hürden und besitzen kaum praktische Bedeutung.<sup>60</sup> Indessen ist demokratische Legitimation nicht auf eine personell-organisatorische Vermittlung beschränkt, sondern beruht nach der herrschenden Lehre auf drei Säulen: einer personell-organisatorischen, einer sachlich-inhaltlichen und einer funktionell-institutionellen.<sup>61</sup> Dabei ist im Sinne eines hinreichenden Legitimationsniveaus ein flexibler Ausgleich zwischen den drei Legitimationspfaden möglich; es muss also nicht in jedem Bereich staatlicher Gewaltausübung das gleiche Niveau auf allen Legitimationsebenen gegeben sein.<sup>62</sup>

Auch der Judikative wird in Art. 20 Abs. 2 GG – neben Legislative und Exekutive – eine demokratische Legitimation funktionell-institutioneller Art vermittelt, die auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruht.<sup>63</sup> Daher wäre es verfehlt, die Judikative (wie auch die Exekutive) unter Berufung auf das Demokratieprinzip einem allumfassenden Gesetzesvorbehalt zu unterwerfen.<sup>64</sup> Allerdings resultiert aus der einmalig erfolgten demokratischen Konstituierung der Staatsgewalten noch keine hinreichende Legitimation des konkreten Handelns der im jeweiligen Funktionsbereich tätigen Amtswalter, etwa hinsichtlich eines konkreten Gerichtsurteils.<sup>65</sup> Entscheidend ist folglich ein hohes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau gerichtlicher Entscheidungen, welches ihnen durch die (Rück-)Bindung an das Parlamentsgesetz (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG) vermittelt wird,<sup>66</sup> dessen Normtext die demokratische Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck bringt.<sup>67</sup> Im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts

---

<sup>60</sup> Vgl. zur Richteranklage sowie zu anderen Kontrollinstrumenten *Vofkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 678 mit Fn. 58.

<sup>61</sup> *Böckenförde*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 24 Rn. 14 ff.; *Vofkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 675; BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 66 f.; s.a. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 51 ff. (auch zu einem alternativen Modell der Vermittlung demokratischer Legitimation durch „potenzielle Inhaltskontrolle“, ebd., S. 113 ff.).

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 83, 60, 72; 93, 37, 67; zum Zusammenwirken von organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation *Böckenförde*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 24 Rn. 23; *Vofkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 675; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 58 f. spricht von einem „Wechselspiel“ zwischen den Elementen demokratischer Legitimation.

<sup>63</sup> Vgl. *Vofkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 676; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 57.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 125; *Böckenförde*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 24 Rn. 15; s.a. unter § 4 II. 2. b).

<sup>65</sup> *Böckenförde*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 24 Rn. 15 und *Vofkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 676, weisen darauf hin, dass sich andernfalls die einmal demokratisch konstituierten Staatsgewalten verselbstständigen und den notwendigen fortlaufenden Legitimationsbezug zum Volk verlieren könnten.

<sup>66</sup> Vgl. *Hillgruber*, JZ 1996, 118; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 137; *Classen*, JZ 2003, 693, 695; s.a. *Böckenförde*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 24 Rn. 24; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 224.

<sup>67</sup> BVerfGE 149, 126, 155: „So verwirklicht sich auch die in Art. 20 Abs. 3 und Art. 97

ist das Erfordernis sachlich-inhaltlicher Legitimation in Gestalt parlamentsgesetzlicher Entscheidungsgrundlagen besonders dringlich, weil dort aufgrund des eingriffsintensiven bzw. wesentlichen Charakters der Entscheidungen ein hohes demokratisches Legitimationsniveau notwendig ist. Dementsprechend wird die Wesentlichkeitstheorie auch als Instrument zur Sicherung sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation verstanden.<sup>68</sup>

Was den verfahrensspezifischen Aspekt der sachlich-inhaltlichen Legitimation anbelangt, ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass sich gerichtliche Verfahren besonders zur Bewältigung bestimmter gesellschaftlicher Problemlagen eignen können,<sup>69</sup> besonders wenn diese aufgrund schnellen Wandels eine flexible, einzelfallbezogene Bewertung verlangen.<sup>70</sup> Gerade in solchen – später näher zu konkretisierenden – Bereichen<sup>71</sup> erscheint eine Regelsetzungsdelegation an die Rechtsprechung sinnvoll. Darüber hinaus weisen Gerichtsverfahren genuin partizipative Elemente auf, die zwar nicht dem klassischen Verständnis demokratischer Entscheidungsteilnahme entsprechen, aber keineswegs unbedeutend sind.<sup>72</sup> So bietet das Gerichtsverfahren Bürgern eine Möglichkeit der Individualpartizipation, die in jüngerer Zeit auch durch einen Trend zur Stärkung privater Rechtsdurchsetzung gefördert wird,<sup>73</sup> welche den administrativen Normvollzug zum Teil ergänzt.<sup>74</sup> Das partizipative Element zeigt sich gerade mit Blick auf den Zivilprozess auch darin, dass dieser sich stets als Folge eines Tätigwerdens der Parteien darstellt,<sup>75</sup> denen die Herrschaft über Anfang, Ende und Gegenstand des Prozesses zusteht (Dispositionsmaxime).<sup>76</sup> Wichtig ist nicht zuletzt, dass die ge-

---

Abs. 1 GG vorgegebene Bindung der Gerichte an das „Gesetz“, denn dies ist eine Bindung an die im Normtext zum Ausdruck gebrachte demokratische Entscheidung des Gesetzgebers, dessen Erwägungen zumindest teilweise in den Materialien dokumentiert sind.“

<sup>68</sup> So *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 55 f.

<sup>69</sup> Siehe zu ergänzenden Legitimationsfaktoren auch *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5, 67 f. m.w.N., der die „materiellen Garanten normativer Legitimation“ betont und dabei auf „die Qualität des Weges und Ergebnisse der Aufgabenerfüllung und die darüber normativ vermittelte Anerkennung der Entscheidung“ abstellt.

<sup>70</sup> Ähnlich *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), 5, 54, 56 bezüglich administrativer oder privater Rechtsanwendung und deren „spezifischer Fähigkeit zur Problembewältigung“.

<sup>71</sup> Siehe unter § 9 III. 4. (zur Grundrechtsausgestaltung) und § 9 V. 1. c) und 2. (zu staatlichen Schutzpflichten).

<sup>72</sup> Dazu bereits *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 681 f.

<sup>73</sup> Dazu *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 186 f.; s.a. *Fikentscher/Hacker/Podszun*, FairEconomy, 2013, Foreword, S. VI f.; ablehnend gegenüber einer Einordnung privater Klagen als Teilhabe an politischer Willensbildung und Durchsetzung aber *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 29–32.

<sup>74</sup> Eine Vorreiterrolle nimmt dabei das Unionsrecht ein, welches auf Feldern des Wirtschaftsrechts verstärkt auf privatrechtliche Rechtsdurchsetzung setzt, vgl. dazu *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 168 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 189 ff.

<sup>75</sup> Dazu *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 160–162.

<sup>76</sup> *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, 73. Aufl., Vorb. vor § 128 Rn. 162; s.a. *Voßkuhle/Sydow*, JZ

richtliche Rechtsanwendung einen Aktualitätsbezug der Rechtsordnung zu gegenwärtigen Lebenssachverhalten herstellt.<sup>77</sup> Damit fungieren Gerichte ein Stück weit auch als „juristisches Ohr“ des Staates<sup>78</sup> zur Aufnahme aktueller gesellschaftlicher Wertvorstellungen und Erkenntnisse. Die Parteien tragen somit – bewusst<sup>79</sup> oder unbewusst – zur Anpassung der Rechtsordnung an zeitlichen und gesellschaftlichen Wandel bei. Ein Beispiel dafür bietet die Fortentwicklung privatrechtlicher Infrastruktur: Private Rechtsgestaltungen, die aus praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs oder spezifischen Parteiinteressen entwickelt werden (z.B. das Anwartschaftsrecht oder Sicherungseigentum), avancieren durch die Anerkennung der Zivilgerichte zur gängigen Rechtspraxis.<sup>80</sup> Aktuell zeigt sich der „partizipative Charakter“ der Rechtsprechung besonders prominent auch in der verstärkten Bedeutung der sogenannten strategischen Prozessführung (z.B. Klimaschutzklagen), die Gerichtsverfahren gezielt zur Durchsetzung öffentlicher Interessen über den konkreten Prozess hinaus nutzt.<sup>81</sup>

Das individuell partizipative Element gerichtlicher Verfahren anzuerkennen, heißt jedoch keineswegs, es auf einer *gleichwertigen* Legitimationsebene mit dem parlamentarischen Gesetz anzusiedeln. So sind private Kläger zum einen nicht demokratisch legitimiert oder gegenüber dem Volk als Interessenvertreter verantwortlich; zum anderen ist nicht gewährleistet, dass Private überhaupt im Gemeinschaftsinteresse handeln.<sup>82</sup> Gerade zu dem vom Gesetzesvorbehalt umfassten Entscheidungsbereich, der auch die Bestimmung gesellschaftlicher Gemeinwohlziele und der Instrumente zu ihrer Umsetzung umfasst,<sup>83</sup> kann der individuell-partizipative Legitimationsgehalt des Gerichtsverfahrens also wenig beitragen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung in personell-organisatorischer sowie funktionell-institutioneller Hinsicht nicht mit der de-

---

2002, 673, 682. Dieser „partizipative“ Charakter wird aber dadurch relativiert, dass der Beteiligtenkreis stark begrenzt ist und dass sich die *beklagte* Partei dem Zivilprozess nicht entziehen kann.

<sup>77</sup> Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 158.

<sup>78</sup> Vgl. *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 259 f., der die Funktion der Rechtsprechung als „Mittler zwischen Parlament und Rechtsgemeinschaft“ betont und annimmt, dass „die Rechtsunterworfenen ihre Rechtsansichten vor allem in Gerichtssälen vor[tragen], selten im Parlament“.

<sup>79</sup> Zum Teil werden Prozesse von Interessengruppen gerade mit dem Ziel angestrengt, eine bestimmte Fortbildung des Rechts zu erreichen, vgl. Hergenröder, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 162.

<sup>80</sup> Näher dazu im Rahmen der Frage nach der Reichweite gerichtlicher Befugnisse zur Grundrechtsausgestaltung durch Schaffung privatrechtlicher Infrastruktur unter § 9 III. 4. b).

<sup>81</sup> Zu Zwecken und Problemen der Strategic Litigation *Graser*, *RW 10* (2019), 317 ff.

<sup>82</sup> *Franck*, *Marktordnung durch Haftung*, 2016, S. 32; s.a. *Stephenson*, *Virginia Law Review* 91 (2005), 93, 119 f.

<sup>83</sup> Dazu näher unter § 9 I. und § 10 I. und II.

mokratischen Legitimation des Parlaments vergleichbar ist bzw. hinter dieser zurückbleibt. Ihre demokratische Legitimation ist primär *sachlich-inhaltlicher* Natur und wird durch das Parlamentsgesetz vermittelt.

## 2. Gesetzesbindung als hinreichende Sicherung *sachlich-inhaltlicher Legitimation?*

Würde soeben die durch das Gesetz vermittelte, sachlich-inhaltliche Legitimation der Rechtsprechung hervorgehoben, drängt sich die Frage auf, ob nicht die Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG) und der daraus folgende Vorrang des Gesetzes zur Garantie eines hinreichenden sachlich-inhaltlichen Legitimationsniveaus genügt und die Anwendung des Gesetzesvorbehalts damit obsolet ist. Allerdings erscheint, trotz der später noch näher darzulegenden Erkenntnis, dass sich die Problemkreise des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes zum Teil überschneiden und Wechselbeziehungen aufweisen,<sup>84</sup> die Differenzierung beider Grundsätze unverzichtbar. Dazu hat das BVerfG treffend formuliert: „Die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht, der Vorrang des Gesetzes also, würden ihren Sinn verlieren, wenn nicht schon die Verfassung selbst verlangen würde, daß staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur rechtens ist, wenn es durch das förmliche Gesetz legitimiert wird.“<sup>85</sup>

In diesem Sinne wurde bereits einleitend darauf hingewiesen, dass der Fokus des Gesetzesvorbehalts auf der vorgelagerten Frage liegt, *ob* eine Entscheidung einer gesetzlichen Regelung bedarf, während der Vorrang des Gesetzes die Beachtung existierender gesetzlicher Regelungen absichert und eher auf die methodische Frage abzielt, *wie* diese im Zuge der Rechtsanwendung auszulegen sind. Die methodische Durchführbarkeit einer Rechtsfortbildung (z.B. in Gestalt einer Analogie oder teleologischen Reduktion) präjudiziert nicht zwingend ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit, die in bestimmten Bereichen mit der besonderen Stellung des Parlaments als Entscheidungsträger verknüpft ist und ein Mindestmaß gesetzlicher Regelungsdichte voraussetzt.<sup>86</sup> Zudem kann sich aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie auch die richterliche Konkretisierung von Generalklauseln als problematisch erweisen, obgleich sie gemeinhin nicht als Rechtsfortbildung, sondern „Gesetzesanwendung im engeren Sinn“ verstanden wird.<sup>87</sup> Denn der Einsatz von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen stellt eine Form der Rechtssetzungsdelegation dar, die nach dem Gesetzesvorbehalt Mindestanforderungen genügen muss, wie

<sup>84</sup> Zum Teil werden beide Grundsätze (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes) in der Gesetzesbindung verankert, vgl. *Hillgruber*, JZ 1996, 118.

<sup>85</sup> BVerfGE 40, 237, 248 f.

<sup>86</sup> Ähnlich im steuerrechtlichen Kontext *Schön*, DStJG 33 (2010), 29, 52.

<sup>87</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2410.

sie im Falle der Rechtssetzungsdelegation an die Exekutive insbesondere Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorsieht.

### 3. Potenzielle Inhaltskontrolle als hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation?

Namentlich *Axel Tschentscher* entwickelt den Gedanken, die „potenzielle Inhaltskontrolle“ könne zur Sicherung sachlich-inhaltlicher Legitimation der Rechtsprechung genügen.<sup>88</sup> Dem Gesetzgeber sollen demnach auch Rechtssätze, die von der Rechtsprechung (oder Verwaltung) eigenständig innerhalb legislativer Gestaltungsspielräume oder Leerräume entwickelt werden, zurechenbar sein, d.h. er soll die – aus legitimatorischer Perspektive wichtige – Verantwortung dafür tragen.<sup>89</sup> Dabei soll es keinen Unterschied machen, ob die Inhaltskontrolle als Legitimationsfaktor vor oder nach einer hoheitlichen Entscheidung einsetzt.<sup>90</sup> Das Legitimationsniveau soll in gleicher Weise bei vorgängiger Einflussnahme (Steuerung), gegenwärtiger Mitgestaltung und nachträglicher Revisionsbefugnis des Gesetzgebers bestehen.<sup>91</sup> Nach diesem Modell stellt sich die Problematik des Defizits demokratischer Legitimation der Rechtsprechung und insbesondere der richterlichen Rechtsfortbildung als entschärft dar, lässt sich für ein hinreichendes sachlich-inhaltliches Legitimationsniveau doch stets argumentieren, dass der Gesetzgeber korrigierend in unerwünschte Entwicklungen eingreifen *könnte*, indem er neue Gesetze erlässt.<sup>92</sup>

In ähnlicher Weise wird argumentiert, wenn gesetzgeberischer Untätigkeit generell ein zur Rechtssetzung ermächtigender Gehalt oder zumindest die stillschweigende Billigung der Rechtserzeugung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zugeschrieben wird.<sup>93</sup> In diese Richtung führt das BVerfG in seiner Delisting-Entscheidung für eine weitreichende Rechtsfortbildungskompetenz der Gerichte an: der Gesetzgeber sei befugt „in unerwünschte Rechtsentwicklungen

---

<sup>88</sup> *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 113 ff.; krit. dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 123 f.

<sup>89</sup> *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 128.

<sup>90</sup> *Tschentscher*, ebd., S. 127.

<sup>91</sup> *Tschentscher*, ebd., S. 127.

<sup>92</sup> So *Tschentscher*, ebd., S. 196 f., 225 f.

<sup>93</sup> Dazu krit. BVerfGE 122, 282, 297 f. (Sondervotum Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio), wo das Bild des Gesetzgebers als „Getriebenen“ der Judikative erwähnt wird; nach BVerfGE 78, 20, 25 kann aus dem Schweigen des Gesetzgebers nicht auf eine legislatorische Übernahme der höchstrichterlichen Interpretation eines mehrdeutigen Normtextes geschlossen werden; krit. auch *Flume*, Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages 1967, K 23: „Schweigen gilt auch hier nicht als Zustimmung“. Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn sich aus einem Gesetz oder aus Gesetzesmaterialien die aktive Billigung richterrechtlich geschaffenen Rechts durch den Gesetzgeber ergibt oder wenn der Rechtsprechung i.S.e. „bewussten Lücke“ bereits im Vorfeld der Auftrag zur Rechtsfortbildung zu einem bestimmten Problem erteilt wird (dazu noch unter § 12 III. 2. b) bb).

korrigierend einzugreifen und so im Wechselspiel von Rechtsprechung und Rechtssetzung demokratische Verantwortung wahrzunehmen.“<sup>94</sup> Dieses gesetzgeberische „Rückholrecht“<sup>95</sup> mag die demokratisch gebotene Rechtssetzungsprärogative des Gesetzgebers zwar theoretisch schützen. Zu bedenken ist indes, dass dieser tatsächlich bloß selten von ihr Gebrauch machen, sondern passiv auf ein judikatives Voranschreiten reagieren wird.<sup>96</sup> Vermutlich ging das BVerfG in der Konstellation der Delisting-Entscheidung auch nicht von einer *wesentlichen* Rechtsfrage i.S.d. Wesentlichkeitstheorie aus, sodass es die zivilgerichtliche Rechtsfortbildung auch nicht unter dem Aspekt des Erfordernisses einer konkreten gesetzlichen Grundlage zu prüfen brauchte.<sup>97</sup>

Allgemein erscheint das Konzept der potentiellen gesetzgeberischen Inhaltskontrolle nur schwer mit der Funktion des Vorbehalts des Gesetzes vereinbar.<sup>98</sup> Die positiv kompetenzzuweisende Funktion des Grundsatzes zielt darauf ab, bestimmte Entscheidungen aufgrund ihrer Grundrechtsintensität und tragenden Bedeutung für das Gemeinwesen exklusiv dem parlamentarischen Gesetzgeber zu überantworten. Eine teilweise Rechtssetzungsdelegation bleibt in solchen Bereichen zwar möglich. Die tragenden Entscheidungen sind jedoch vom Gesetzgeber selbst zu treffen, der die maßgebenden Impulse zur Steuerung der Rechtsanwendung setzen muss. Eine bloß nachträgliche potenzielle Aktivierung des gesetzgeberischen „Regelungspotenzials“<sup>99</sup> wird diesem Anliegen nicht gerecht, denn der Gesetzgeber könnte sich seiner Regelungspflicht zu leicht entziehen, indem er sich stets auf die potenzielle Korrekturmöglichkeit beriefe und auf ein

<sup>94</sup> BVerfGE 132, 99, 127: „Dies belässt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in unerwünschte Rechtsentwicklungen korrigierend einzugreifen und so im Wechselspiel von Rechtsprechung und Rechtssetzung demokratische Verantwortung wahrzunehmen.“; ebenso BVerfGE 149, 126, 154; *Wank*, ZGR 1988, 314, 334 hält bereits zu BVerfGE 59, 231, 267 fest, dass „das BVerfG den Gerichten nur die Funktion eines Hilfssetzgebers zugesteht, die zur Disposition des Gesetzgebers steht.“

<sup>95</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 80; vgl. dazu auch *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 392 f., der sich grds. für weitreichende Kompetenzen der Zivilgerichte im Kontext der Klimahaftung und Lieferkettenverantwortlichkeit ausspricht.

<sup>96</sup> Dazu mit Beispielen *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2012, S. 315–318, der die „mangelnde Kompensation eines Judicial Activism durch den Gesetzgeber“ beobachtet.

<sup>97</sup> Näher zu diesem Gedanken und zur Delisting-Entscheidung unter § 9 III. 4. b) aa) (2).

<sup>98</sup> Vgl. die Kritik bei *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 124. Es sei angemerkt, dass *Tschentscher* das Modell potenzieller Inhaltskontrolle primär für die Rechtsprechung entwickelt und dabei nicht näher auf den Gesetzesvorbehalt und die Wesentlichkeitstheorie eingeht. Es klingt aber beiläufig an, dass er von einer Gesetzesvorbehaltsgeltung für die Judikative ausgeht, vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 195: „Die Problematik des Richterrechts ist [...] weniger eine der Gesetzesbindung als vielmehr eine des Gesetzesvorbehalts.“ Bezüglich der Exekutive betont *Tschentscher*, dass die Wesentlichkeitstheorie gerade die sachlich-inhaltliche Legitimation sichere (ebd., S. 56, 134).

<sup>99</sup> *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 225.

Minimum oder gar vollständiges Unterlassen gesetzlicher Regelung zurückzöge.<sup>100</sup> Wichtige, die Rechtsanwendung steuernde Entscheidungen blieben dann gerade nicht *Sache des Gesetzgebers*.<sup>101</sup> Es mangelt zudem an der *Aktualität* gesetzlicher Steuerung, wenn diese bloß potenzieller Natur ist; insbesondere wird zwischen dem Erkennen einer unerwünschten richterlichen Rechtsentwicklung und dem korrigierenden Einschreiten des Gesetzgebers stets ein erheblicher Zeitraum liegen.<sup>102</sup> Außerdem liefe der mit dem Gesetzesvorbehalt intendierte „Regelungsdruck“ auf den Gesetzgeber zur Befassung mit wesentlichen Fragestellungen weitgehend leer und bestünde bloß in Sonderfällen, etwa wenn eine gesetzgeberische Lösung zwingend erforderlich wird, weil es der Rechtsprechung gar nicht gelingt, auf einem Gebiet für einheitliche Regelungen und ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu sorgen.<sup>103</sup> Schließlich ist zu bedenken, dass ein nachträglich korrigierendes Einschreiten des Gesetzgebers durch die von der Judikative bereits entwickelten Rechtssätze vorgeprägt wird<sup>104</sup> und somit möglicherweise andere Resultate hervorbringt als im Fall einer originär im parlamentarischen Verfahren entwickelten Entscheidung.<sup>105</sup> So dürfte es bereits eine Hürde darstellen, überhaupt korrigierend in ein von der Rechtsprechung entwickeltes

---

<sup>100</sup> Vgl. dazu *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2012, S. 315; s.a. *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 33, der vor der „bequemen Neigung“ des Gesetzgebers warnt, wichtige Entscheidungen auf staatliche Organe außerhalb des demokratischen Verantwortungszusammenhangs abzuschieben.

<sup>101</sup> Dies sieht auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 195 f., hält aber auch insoweit die Möglichkeit nachträglicher Korrekturen von Steuerungsschwächen für ausreichend.

<sup>102</sup> Die veränderte „Chronologie“ und damit einhergehende „faktische Vorwegnahme“ der Gesetzgebung durch richterliche Rechtsentwicklung sieht auch *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 393.

<sup>103</sup> Richterrecht vermittelt vor allem aufgrund der – anders als in Common Law-Systemen – eingeschränkten Präjudizienbindung (dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 31995, S. 253–256) kein identisch hohes Maß an Vertrauensschutz und Rechtssicherheit wie die Gesetzgebung.

<sup>104</sup> *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess, 2012, S. 317 beobachtet, dass „die Rechtsprechung mit ihrer ausgreifenden Tätigkeit auch „normative Fakten“ schafft“; anders *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 57, der annimmt, dass „das Parlament durch eine Rechtsfindung praeter legem [...] in keiner Weise präjudiziert wird.“

<sup>105</sup> Damit ist nicht gesagt, dass eine solche Vorprägung die parlamentarische Entscheidungsfindung in einem *negativen* Sinn beeinflusst. Häufig sind Erfahrungswerte der Gerichtspraxis vielmehr eine wichtige Entscheidungsbasis für den Gesetzgeber. So finden sich zahlreiche Beispiele für nachträgliche Kodifizierung gelungener Rechtsfortbildung. Näher zur gesetzgeberischen Kodifikation und Derogation von Richterrecht *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597 ff. (zum Gesellschaftsrecht). Allerdings würde die im Gesetzesvorbehalt enthaltene Regelungsprärogative des Gesetzgebers einschließlich der besonderen Eignung des parlamentarischen Verfahrens entwertet, könnte die Judikative ohne Weiteres gesetzgeberischen Entscheidung vorgreifen und dadurch mittelbar auch künftig zu erwartende Gesetzgebungsentscheidungen erheblich beeinflussen.

Regelungskonzept einzugreifen.<sup>106</sup> Darüber hinaus ist es denkbar, dass die Rechtsprechung – selbst im Fall des „korrigierenden“ Einschreitens der Legislative – an der etablierten Rechtsfortbildung festhält. Solch ein „Durchgriff“<sup>107</sup> der Gerichte auf die vorkodifikatorische Rechtsprechungspraxis ist zwar schon unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs des Gesetzes unzulässig, aber trotzdem vereinzelt zu beobachten. Dies belegen etwa Beispiele aus der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung des BGH im Anschluss an die Gesetzesreform des MoMiG (2009),<sup>108</sup> in schwächerer Ausprägung auch nach Umsetzung des UMAG (2005).<sup>109</sup>

Schließlich bleibt offen, wo die Grenze zwischen einer unzulässigen Verselbstständigung hoheitlicher Gewaltausübung und der noch zulässigen, von der potenziellen Inhaltskontrolle durch den Gesetzgeber gedeckten Rechtsprechungsentwicklung liegen soll.<sup>110</sup> Auch im Hinblick auf die rechtsstaatliche Komponente des Gesetzesvorbehalts, die aus Gründen der Transparenz und Vorhersehbarkeit gesetzliche Grundlagen namentlich für Grundrechtseingriffe verlangt, erscheint eine potenzielle, nachträglich einsetzende gesetzliche Regelung problematisch.<sup>111</sup> Insbesondere kann judikative Rechtssetzung trotz (eingeschränkter) Präjudizienbindung kein identisch hohes Maß an Vertrauensschutz und Rechtssicherheit vermitteln wie die Gesetzgebung.

<sup>106</sup> Zum warnenden Bild des Gesetzgebers als „Getriebenen“ der Judikative BVerfGE 122, 248, 298 (Sondervotum Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio).

<sup>107</sup> So krit. *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 616.

<sup>108</sup> Der Gesetzgeber sah mit dem MoMiG (2009) eine nachrangige Befriedigung von Gesellschaftern bezüglich Forderungen aus der Gewährung eigenkapitalersetzender Darlehen bzw. diesen wirtschaftlich entsprechenden Leistungen vor (§ 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 InsO). Dennoch hielt der BGH zunächst an seiner Rechtsprechung zu spezifischen Erfordernissen einer Rangrücktrittserklärung fest, bis der Gesetzgeber dies ausdrücklich für unzulässig erklärte, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9739, S. 58: „Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts erfordert es [...], die vom BGH aufgestellten Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung anzupassen. Denn die vom BGH geforderte Gleichstellung der Gesellschafterleistung mit statutarischem Eigenkapital findet künftig keine Berechtigung mehr im Gesetz.“

<sup>109</sup> Mit dem UMAG (2005) wurde die „Business Judgement Rule“ in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG kodifiziert. In seinem kurz darauffolgenden UMTS-Urteil erwähnte der BGH NJW 2008, 1583, 1584 f. die gesetzliche Neuerung in § 93 Abs. 1 S. 2 BGB aber kaum und ging primär auf die in seiner ARAG/Garmenbeck Entscheidung (BGHZ 135, 244) entwickelten Grundsätze ein; krit. dazu *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 615. In diesem Fall war die Relevanz jedoch gering, da die Kodifizierung der Business Judgement Rule ohnehin weitgehend den von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien entsprach und somit keine Divergenz zu befürchten stand.

<sup>110</sup> Dies erkennt auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, S. 128, obgleich er annimmt, dass dem Gesetzgeber auch umfassende richterliche Rechtsentwicklungen aufgrund der offenstehenden potenziellen Inhaltskontrolle zurechenbar sind.

<sup>111</sup> Vgl. die Kritik bei *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 258 f.

### III. Zwischenbetrachtung

Nach der bisherigen Beobachtung erweist sich die Übertragung des Gesetzesvorbehalts (in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie) auf die Rechtsprechung als naheliegend. Für den Bereich des Strafrechts sieht das Grundgesetz sie explizit vor; im Bereich des Verwaltungsrechts wird sie vom BVerfG praktiziert, wobei jedoch meistens auf den Maßstab spezieller Grundrechtsvorbehalte abgestellt wird. Dabei ist die Handhabung mit Blick auf Grundrechtseingriffe, die die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte auslösen und somit nach dem klassischen *Eingriffsvorbehalt* einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, gefestigt: Gerichte dürfen mittels extensiver Auslegung oder Rechtsfortbildung nicht selbst Eingriffsgrundlagen schaffen, sondern müssen sich auf konkrete gesetzliche Anknüpfungspunkte beziehen. Im weiter gezogenen Kreis der Wesentlichkeitstheorie, der – wie später erläutert – primär die *Grundrechtsausgestaltung* betrifft, ist die Handhabung weniger eindeutig. Gerade die demokratische Komponente der Wesentlichkeitstheorie, die eine positive Kompetenzzuweisung an den parlamentarischen Gesetzgeber enthält, scheint aber nicht auf das Verhältnis Legislative/ Exekutive beschränkt, sondern strukturell auf das Verhältnis Legislative/Judikative übertrabar.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> So auch *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 101 Rn. 60; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 393; im Kontext des Arbeitskampfrechts *Kloepfer*, NJW 1985, 2497, 2504 f.; ebenso zur „Wichtigkeitslehre“ im schweizerischen Verfassungsrecht *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 326 f.; s.a. *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 153 m.w.N.



## Vereinbarkeit des Gesetzesvorbehalts mit Funktionen der (Privat-)Rechtsprechung

Die Bedenken gegen eine Bindung der Judikative (mit Ausnahme der Strafgerichte) an den Gesetzesvorbehalt lassen sich verschiedenen Argumentationslinien zuordnen. Erstens lässt sich bei den Funktionen der Rechtsprechung ansetzen und hinterfragen, inwieweit diese mit einer Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Kompetenzschränke kompatibel sind (I.). Dabei liegt ein Augenmerk auf der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. dem Rechtsverweigerungsverbot, das oftmals gegen die Übertragung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung gerade im Privatrecht angeführt wird (II.). Mit diesem Aspekt verknüpft ist auch die Sorge vor einer zu starken Einschränkung richterlicher Flexibilität infolge der Geltung des Gesetzesvorbehalts (III.). Schließlich kann man unter Hervorhebung der Charakteristika gerichtlichen Entscheidens hinterfragen, ob die Verfahrens- und Entscheidungsform der Judikative überhaupt Potenzial birgt, mit exklusiven Kompetenzen des Gesetzgebers zu interferieren (IV.).

### I. Vereinbarkeit mit Kernaufgaben der Rechtsprechung

Die Funktion der Rechtsprechung hat sich historisch betrachtet seit den staatsphilosophischen Grundgedanken zur Gewaltenteilung bis zur grundgesetzlichen Verankerung stark verändert, wobei ein erheblicher Funktionszuwachs zu verzeichnen ist.<sup>1</sup>

#### *1. Staatsphilosophische Ursprünge*

In *Montesquieus* Gewaltenteilungsbild nahm die Judikative neben der legislativen und exekutiven Gewalt eine passive, unpolitische Rolle („en quelque façon nulle“<sup>2</sup>) ein, deren Funktion sich bildhaft gesprochen auf die des Sprachrohrs

---

<sup>1</sup> Eingehend zum Rechtsprechungsbild des Grundgesetzes und zum Funktionszuwachs infolge der Rechtsprechung des BVerfG *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 50 ff.

<sup>2</sup> *Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède*, De l'Esprit des lois, 1748, Chap. VI, S. 251.

des Gesetzes („bouche qui prononce les paroles de la Loi“<sup>3</sup>) beschränkte.<sup>4</sup> Die Bezeichnung der Judikative als „Gewalt“ war insofern nicht mit dem Bestehen eines originären Machtspielraums verknüpft, es genügte vielmehr die Teilhabe am allgemeinen staatlichen Gewaltmonopol.<sup>5</sup> Ihre zentrale, wenn nicht alleinige Funktion bestand darin, als unabhängige<sup>6</sup>, vom Staat bereitgestellte Instanz, neutral über die Streitigkeiten Privater nach Maßgabe des Rechts zu entscheiden.<sup>7</sup> Diese Friedens- bzw. Befriedungsfunktion war zugleich zentraler Bestandteil der modernen Staatsidee der Aufklärung, deren Legitimität in Abgrenzung zum „Naturzustand“ maßgeblich davon abhing, dass die individuelle Freiheits-sphäre der Staatsbürger durch die beim Staat monopolisierte Gewalt, mit der die staatlichen Gerichte in Form des Vollstreckungsapparats ausgestattet sind, bes-

<sup>3</sup> *Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède, De l'Esprit des lois*, 1748, Chap. VI, S. 256.

<sup>4</sup> Dem eng eingrenzenden Rechtsprechungsverständnis entsprach gewissermaßen das Bild des Richters als „Diener“ des Gesetzes, welches etwa im Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794 vorherrschte (vgl. §§ 46–54 Einl. ALR zur Auslegung der Gesetze); dazu *Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 294 f. Allgemein reagierten die monarchischen Strukturen zur Zeit der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert auf die wachsende richterliche Unabhängigkeit mit dem Streben nach strenger Gesetzesbindung, welche in zweierlei Hinsicht Bedeutung hatte: Den gesetzgebenden Fürsten ging es um die Bewahrung ungeteilter Entscheidungshoheit, ihren Untertanen um Schutz vor richterlicher Willkür (vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, S. 39). Paradigmatisch für die streng gesetzesabhängige Tätigkeit des Richters stehen die §§ 47 und 48 Einl. ALR, wonach der Richter bei Auslegungszweifeln (auch im laufenden Verfahren) zur Anfrage an die Gesetzeskommission verpflichtet ist und deren Beurteilung bei seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Dazu näher *Schwennicke*, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, 1993, S. 283 ff.

<sup>5</sup> Demgemäß wird die Gewaltengliederung *Montesquieus* faktisch als Zweiteilung der Gewalten (Legislative und Exekutive) verstanden, vgl. *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 52.

<sup>6</sup> Die richterliche Unabhängigkeit wird bereits von *Montesquieu* und *Locke* als notwendige Bedingung für willkürfreie Entscheidungen der Gerichte und damit für Freiheitsverwirklichung im Staat angesehen; vgl. *Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède, De l'Esprit des lois*, 1748, Chap. VI, S. 245: „Il n'y a point encore de Liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative & de l'exécutrice.“; nach *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 262, 265 soll über rechtliche Streitigkeiten ein „known and indifferent Judge“ bzw. „indifferent and upright Judges“ auf der Basis von „established standing laws“ entscheiden. Mit der grundgesetzlichen Verankerung in Art. 92 GG und dessen Konkretisierung durch das BVerfG wurde die richterliche Unabhängigkeit beachtlich aufgewertet und erhält eine Sonderstellung gegenüber den anderen Gewalten; dazu *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 54 ff., der das Verhältnis der Judikative zur Legislative und Exekutive mit dem Bild einer „semipermeablen Membran“ beschreibt.

<sup>7</sup> Vgl. *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 92 Rn. 8. Die Rechtsprechungstätigkeit blieb im Denken *Montesquieus* also auf Streitigkeiten in Zivil- und Strafsachen beschränkt, eine Kontrolle der Exekutive durch die Judikative war nicht beabsichtigt, vgl. *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 52.

ser und gerechter geschützt wird als durch Selbstjustiz.<sup>8</sup> Dieser Gedanke ist nach wie vor konstitutiv für zentrale rechtsstaatliche Garantien, wie die des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs und der richterlichen Entscheidungspflicht.<sup>9</sup>

## 2. Die Judikative im Funktionengefüge des Grundgesetzes

Im Grundgesetz ist die klassische Dreigewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankert und die Rechtsprechung wird als Teil der gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG vom Volk ausgehenden Staatsgewalt qualifiziert.<sup>10</sup> Eine genauere Inhaltsbestimmung der einzelnen Funktionen der Staatsgewalten sieht das Grundgesetz indes nicht vor,<sup>11</sup> sodass sich das Gewaltenteilungsprinzip nicht stets als trennscharf erweist, sondern Verschiebungen und Verschränkungen der Funktionen zulässt.<sup>12</sup> So wurde bereits an früherer Stelle beobachtet,<sup>13</sup> dass das BVerfG unter Praktikabilitäts- und Funktionalitätserwägungen Interferenzen der Judikative und Exekutive in den Bereich der Legislative anerkennt, eine gewisse funktionale Flexibilität der Gewaltengliederung also für zulässig und bisweilen geboten hält.<sup>14</sup> Folglich besteht eine zentrale Herausforderung der Gewaltenteilungsrechtsprechung des BVerfG darin, das Maß zulässiger Durchbrechungen des Gewaltenteilungsprinzips festzulegen, wozu es die Kernbereichsthese entwickelt hat,<sup>15</sup> nach der Gewaltenschränkungen keinesfalls so weit gehen dürfen, „daß wesensbestimmte Merkmale des betroffenen Funktionsbereichs angetastet werden“.<sup>16</sup> Vor diesem Hintergrund ist keineswegs jede Funktionsüberschneidung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung als Verstoß gegen die Gewaltentei-

---

<sup>8</sup> Vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312; *Calliess*, JZ 2006, 321 (zur Schutzpflicht des Staates in mehrgliedrigen Verfassungsrechtsverhältnissen); s.a. *Locke*, *Two Treatises of government*, 1698 [1689], Book 2, S. 261 f.

<sup>9</sup> Vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312.

<sup>10</sup> Vgl. *Wilke*, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 112 Rn. 1. Von der „rechtsprechenden Gewalt“ ist explizit nur in Art. 92 GG die Rede.

<sup>11</sup> Vgl. *Voßkuhle*, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993, S. 38. Konkretisierungen der Gewaltenteilung ergeben sich aus weiteren Vorschriften, die Abhängigkeiten, Kontrollkompetenzen, Einschränkungen etc. vorsehen, so etwa Art. 20 Abs. 3 GG (Gesetzesbindung), Art. 1 Abs. 3 GG (Grundrechtsbindung), Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 93 und 100 GG (Gerichtliche Kontrollkompetenzen).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 3, 225, 247; 7, 183, 188; 9, 268, 279 (ständ. Rspr.); *Di Fabio*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 27 Rn. 8.

<sup>13</sup> Unter § 4 II. 3. c).

<sup>14</sup> Zum Prinzip der funktionsgerechten Organstruktur *Di Fabio*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 27 Rn. 10; vgl. auch BVerfGE 49, 89, 124 ff.; 68, 1 86.

<sup>15</sup> Vgl. *Voßkuhle*, *Rechtsschutz gegen den Richter*, 1993, S. 39 f.; *Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 74 f.

<sup>16</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: HStR, Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 26 Rn. 56; vgl. auch BVerfGE 9, 268, 280; 30, 1, 27 f.; 68, 1, 87; *Zimmer*, *Funktion-Kompetenz-Legitimation*, 1979, S. 233 ff.; zum Verbot organfremder Gewaltenusurpation auch *Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 74 ff.

lung anzusehen – dies gilt auch für Richterrecht, verstanden als judikative Rechtserzeugung mit gesetzesgleicher oder zumindest gesetzesähnlicher Wirkung.<sup>17</sup> An dieser Stelle interessiert vor allem, ob sich ein „Kernbereich“ der Rechtsprechungstätigkeit eindeutig ermitteln lässt, denn dieser könnte als Orientierungspunkt dienen, um zu bestimmen, wann der Gesetzesvorbehalt grundsätzlich nicht oder allenfalls in schwacher Ausprägung als Kompetenzgrenze für judikatives Handeln zur Anwendung kommen kann. Einfach formuliert: Ließe sich ein Kernbereich der Rechtsprechungsfunktion klar definieren, wäre anzunehmen, dass gerichtliche Befugnisse in diesem Rahmen nicht durch den Gesetzesvorbehalt begrenzt werden. Für einen so verstandenen Vorrang der Rechtsprechung spricht auch, dass die dritte Gewalt unter dem Grundgesetz eine starke Aufwertung erfahren hat und im Gewaltengefüge eine Sonder- bzw. Monopolstellung einnimmt.<sup>18</sup> Insbesondere stehen allein der Judikative Möglichkeiten der Rechtskontrolle zu, die sie in Einzelfällen dazu befähigen, in Funktionsbereiche der Legislative<sup>19</sup> und Exekutive<sup>20</sup> einzudringen.<sup>21</sup> Mithin ist ein im Grundgesetz angelegtes „Übergewicht“<sup>22</sup> der Judikative gegenüber den anderen Gewalten zu verzeichnen. Diese grundgesetzlich verankerte starke Stellung der Judikative hat sich nach allgemeiner Auffassung bewährt, ist aber auch Gegenstand erheblicher Kritik.<sup>23</sup> Sie spricht zumindest im Ausgangspunkt dafür, den Kompetenzrahmen der Rechtsprechung eher weit zu interpretieren und erst einzuschränken, wenn Interferenzen mit – eindeutig – der ersten (oder zweiten) Gewalt zugeordneten Befugnissen drohen.

<sup>17</sup> Siehe aber zu Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung BVerfGE 9, 89, 102; 96, 375, 394; 128, 293, 209 f.; am Rande auch Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 75; eher ablehnend zur Möglichkeit einer Funktionenüberschneidung unter Berufung auf den Unterschied zwischen abstrakt-generellen und konkret-individuellen Rechtssätzen Achterberg, Probleme der Funktionenlehre, 1970, S. 149 ff.; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 53–59 (unter Hervorhebung der Pflicht zur konkret-individuellen Streitentscheidung).

<sup>18</sup> Vgl. dazu Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 890–894; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 54 ff.; Wilke, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 112 Rn. 23; Voßkuhle/Sydow, JZ 2002, 673 f.; nach BVerfGE 7, 183, 188 ist die Judikative „nach Art. 92 GG gegen Einwirkungen [...] stärker abgeschirmt als andere Gewalten.“

<sup>19</sup> Hierbei kommt insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, namentlich der Befugnis des BVerfG zur abstrakten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) und konkreten (Art. 100 Abs. 1 GG) Normenkontrolle eine herausragende Bedeutung zu. Bezüglich vorkonstitutioneller Gesetze steht aber auch den Fachgerichten ein Prüfungs- und Verwerfungsrecht zu, vgl. Wilke, in: HStR, Bd. V, <sup>3</sup>2007, § 112 Rn. 30.

<sup>20</sup> Als Paradigma für die Übernahme exekutiver Aufgaben durch Gerichte wurde das Verschreiben von Fahrverboten zum Zweck der Einhaltung europarechtlich vorgegebener Maximalwerte für Feinstaub und Stickstoffdioxid angesehen (VG Stuttgart, ZUR 2017, 620) angesehen; dazu krit. Kirchhof, NJW 2020, 1492, 1494.

<sup>21</sup> Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 53.

<sup>22</sup> Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 53.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 50 f.; s.a. Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 891.

### 3. Schwierigkeit der Bestimmung von „Kernaufgaben“ der Rechtsprechung

Allerdings wird es allgemein als schwierig erachtet, den Kernbereich der rechtssprechenden Gewalt im materiellen und funktionellen Sinne<sup>24</sup> genau zu beschreiben.<sup>25</sup> Im Grundgesetz finden sich zwar einzelne, explizite „Richtervorbehalte“, also Wirkbefugnisse, die ausschließlich unabhängigen (Art. 97 GG) Richtern vorbehalten sind.<sup>26</sup> Diese stellen für die Legislative und Exekutive zwar negative Kompetenzzuweisungen dar.<sup>27</sup> Es handelt sich bei diesen speziellen Befugnissen aber nicht um die klassische „Rechtsprechungstätigkeit“, die im Zentrum dieser Untersuchung steht, sondern um verwaltungsähnliche Aufgaben, deren richterliche Wahrnehmung insbesondere auf eine vorbeugende Kontrolle besonders eingriffsintensiver Exekutivmaßnahmen durch eine neutrale und unabhängige Instanz zielt.<sup>28</sup> Hinsichtlich des klassischen Aufgabenfeldes belässt es das Grundgesetz bei den allgemein gehaltenen Begriffen „Rechtsprechung“ (Art. 20 Abs. 2 und 3, Art. 20a GG) und „rechtsprechende Gewalt“ (Art. 92 GG) oder – im Sinne von Garantien formuliert – „Rechtsweg“ (Art. 19 Abs. 4 GG), „gesetzlicher Richter“ (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und „rechtliches Gehör“ (Art. 103 Abs. 1 GG).

Die zentrale Kompetenzzuweisung enthält Art. 92 GG, der die rechtsprechende Gewalt exklusiv den staatlichen Gerichten zuweist.<sup>29</sup> Nach den Ausführungen des BVerfG ist aus funktionaler Betrachtung kennzeichnend für die rechtsprechende Gewalt i.S.d. Art. 92 GG, dass sie als neutrale hoheitliche Instanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten<sup>30</sup> eine letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall trifft.<sup>31</sup> Namentlich für die Zivilrechtsprechung, die in der Regel den Ausgleich gegenläufiger privater Interessen herzustellen hat, wird dies

---

<sup>24</sup> Zu unterschiedlichen Begriffen der rechtssprechenden Gewalt (im formalen, materiellen und funktionellen Sinne) in der Verfassungsrechtsprechung *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 92 Rn. 31 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Zimmer*, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979, S. 231 f.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 32 f.; näher zu unterschiedlichen Ansätzen *Schlüter*, Das Orbiter dictum, 1973, S. 19 ff.

<sup>26</sup> Vgl. etwa Art. 13 Abs. 2 und 3 GG (Wohnungsdurchsuchung und akustische Wohnraumüberwachung), Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG (Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung), Art. 100 Abs. 1 GG (Vorlagerecht- und Pflicht bei Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes); vgl. dazu *Zimmer*, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979, S. 231 ff.

<sup>27</sup> So *Zimmer*, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979, S. 233.

<sup>28</sup> Vgl. etwa zu Art. 13 Abs. 2 GG BVerfGE 57, 346, 355 f.; 115, 166, 196 f.

<sup>29</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 32018, Art. 92 Rn. 17.

<sup>30</sup> BVerfGE 21, 139, 145 f.; 103, 111, 140; *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 92 Rn. 38 m.w.N.

<sup>31</sup> BVerfGE 103, 111, 137 f.; *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 92 Rn. 38 m.w.N.

auch treffend als „streitentscheidende Tätigkeit“<sup>32</sup> oder mit dem Bild eines „Schiedsrichters“<sup>33</sup> umschrieben. Allerdings ist mit dieser funktionellen Beschreibung der Rechtsprechung nicht viel darüber gesagt, wie eindeutig die Streitentscheidung auf gesetzliche Anknüpfungspunkte zurückführbar sein muss oder auch im Wege der Rechtsfortbildung erfolgen kann.<sup>34</sup>

Für den Zweck dieser Untersuchung ist dennoch wichtig festzuhalten, dass eine Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung (im Privatrecht) keinesfalls dazu führen darf, dass diese ihre Kernfunktion zur verbindlichen Streitentscheidung nicht ungehindert wahrnehmen kann. Dies leitet zur Frage über, inwieweit aus der Pflicht zur Streitentscheidung – und dem damit korrespondierenden Rechtsverweigerungsverbot – auch *materielle* Anforderungen an die gerichtliche Streitentscheidung folgen, die mit einer Pflicht bzw. Befugnis zur Rechtsfortbildung einhergehen, sofern gesetzliche Grundlagen lückenhaft sind.

## II. Richterliche Entscheidungspflicht und Rechtsverweigerungsverbot als Einwände?

Die ursprüngliche und auch unter dem Grundgesetz essenzielle Befriedungsaufgabe der Rechtsprechung wurde bereits angesprochen. In der Gerichtsbarkeit prägen sich das innerstaatliche Gewaltverbot und das staatliche Gewaltmonopol aus.<sup>35</sup> Dem Verfassungsstaat obliegt gegenüber seinen Staatsbürgern – als Gegenstück zum Gewaltmonopol – eine Justizgewährleistungspflicht in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die in der Gerichtsbarkeit und der richterlichen Entscheidung Ausdruck findet.<sup>36</sup> Dieser allgemeine Justizgewährleistungsanspruch wird vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet.<sup>37</sup> Für Akte der öffentlichen Gewalt findet er in Art. 19

<sup>32</sup> BVerfGE 73, 261, 269.

<sup>33</sup> BVerfGE 31, 194, 210.

<sup>34</sup> Zum geringen Aussagegehalt von Art. 92 GG über den Inhalt der richterlichen Entscheidungspflicht *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 169.

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 54, 277, 292: „So ist es ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen zwischen Privaten grundsätzlich zu verwehren. Die Parteien werden auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dort sollen sie ihren Streit in einem geordneten Rechtsgang gewaltlos austragen und eine verbindliche Entscheidung erwirken. In der Gerichtsbarkeit prägen sich innerstaatliches Gewaltverbot und staatliches Gewaltmonopol aus.“

<sup>36</sup> *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 92 Rn. 10; vgl. auch *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312.

<sup>37</sup> BVerfGE 85, 337, 345; 88, 118, 123; 93, 99, 107; 107, 395, 401, 406 f.; BVerfG NJW 1981, 39, 41; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312, 313.

Abs. 4 GG eine spezielle Ausprägung.<sup>38</sup> Enger als die allgemeine Justizgewährleistungsgarantie ist die richterliche Entscheidungspflicht, die als Kehrseite des ungeschriebenen Rechtsverweigerungsverbots<sup>39</sup> besagt, dass Gerichte über die in zulässiger Weise vor sie gebrachten Rechtsstreitigkeiten entscheiden müssen.<sup>40</sup> Daraus wird zum Teil – in erster Linie für den Bereich des Privatrechts – ein gewichtiges Argument gegen die Geltung des Gesetzesvorbehalts als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung hergeleitet. So wird aus der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. dem Rechtsverweigerungsverbot eine Pflicht und Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung bzw. Lückenfüllung abgeleitet,<sup>41</sup> die mit einer aus dem Gesetzesvorbehalt folgenden Kompetenzgrenze bei Fehlen gesetzlicher Regelungen nicht vereinbar sei.<sup>42</sup> Dabei wird die richterliche Entscheidungspflicht als funktional vorrangige Aufgabe der Rechtsprechung begriffen, die den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts gewissermaßen als verfassungsrechtliche *lex specialis* verdrängt.<sup>43</sup>

Diese Schlussfolgerung fußt allerdings auf einer weiten Interpretation der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. des Rechtsverweigerungsverbots, die nicht zwingend und schwerlich mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung vereinbar ist.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> BVerfGE 67, 43, 58; 96, 27, 39; mit der Rechtskontrollbefugnis gegenüber der Exekutive wurde das Kompetenzspektrum gegenüber der früheren Beschränkung auf die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Privaten bereits deutlich ausgeweitet; vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 57.

<sup>39</sup> Zu den historischen Grundlagen *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 105–107.

<sup>40</sup> Zum Verhältnis von Rechtsverweigerungsverbot und Justizgewährleistungsanspruch *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 171 f. Über die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechtsverweigerungsverbots herrscht keine Einigkeit. In BVerfGE 84, 212, 227 ist von der den Gerichten „vom Grundgesetz auferlegten Pflicht, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden“ die Rede; in BVerfG NJW 2014, 1874 Rn. 39 wird auf den allg. Justizgewährleistungsanspruch verwiesen, der aus dem Rechtsstaatsprinzip folge; *Schumann*, ZZP 81 (1968), 79, 90 f. spricht von einem gewohnheitsrechtlichen Rechtsprinzip; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 173 f. nimmt auf die in Art. 20 Abs. 3 GG normierte Bindung des Richters an das „Recht“ Bezug; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 177 verweist auf den „übergeordneten Wert der Rechtssicherheit“; vgl. zu verschiedenen Herleitungen auch *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 123 f. m.w.N.

<sup>41</sup> Vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 172 ff.; *Schumann*, ZZP 81 (1968), 79, 100 f.

<sup>42</sup> In diese Richtung BVerfGE 84, 212, 226 f.; 88, 103, 116; BVerfG NJW 2014, 1874 Rn. 39; *Söllner*, ZG 1995, 1, 7 f.; vorsichtiger für eine situationsabhängige Einschränkung des Gesetzesvorbehalts aufgrund der richterlichen Entscheidungspflicht *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 333 f.

<sup>43</sup> Vgl. die kritische Darstellung bei *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 104.

<sup>44</sup> So auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 104 ff.; *Kruse*, Die

### 1. Beschränkter Gehalt der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. des Rechtsverweigerungsverbots

Die richterliche Entscheidungspflicht besteht richtigerweise auch dann, wenn für eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage keine konkrete gesetzliche Grundlage vorhanden ist.<sup>45</sup> Das geltende (Verfassungs-)Recht sieht für den Fall von Kodifikationslücken keine Sonderregelung vor, wonach der Richter etwa zunächst den Gesetzgeber konsultieren<sup>46</sup> oder eine besonders auszuweisende „non-liquet“-Entscheidung treffen müsste.<sup>47</sup> Ebenso wenig ist indes explizit geregelt, wie Gerichte im Falle der Entscheidung über einen gesetzlich unregelmäßig (methodisch) vorzugehen haben und inwieweit ihnen dabei eigenständige Regelungsbefugnisse zukommen.<sup>48</sup> Möchte man nun die Befugnis zur Rechtsfortbildung – und damit verbunden: die Unvereinbarkeit der Rechtsprechungstätigkeit mit dem Gesetzesvorbehalt – auf die richterliche Entscheidungspflicht bzw. das damit korrespondierende Rechtsverweigerungsverbot stützen, beruht dies auf der Annahme, diese Grundsätze beinhalteten auch die Verpflichtung der Gerichte zu einer bestimmten, nämlich inhaltlich „sachgerechten“ Entscheidung.<sup>49</sup> Denn erst unter dieser Prämisse erscheint der Schluss auf die gerichtliche Befug-

---

verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 122 ff.; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 122; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 137 f.

<sup>45</sup> *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 170 f.

<sup>46</sup> Im aufgeklärten Absolutismus war das System des sogenannten *référé législatif* üblich, welches vor allem darauf abzielte, richterliche Macht einzuschränken bzw. die Entscheidungshoheit des monarchischen Gesetzgebers zu sichern. Ein Beispiel für den Versuch, auf diese Weise richterliche Auslegungsschwierigkeiten zu bewältigen, bietet § 47 Einleitung des Allgemeinen Preussischen Landrechts (1794): „Findet der Richter den eigentlichen Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so muß er, ohne die prozeßführenden Parteyen zu benennen, seine Zweifel der Gesetzcomißion anzeigen, und auf deren Beurtheilung antragen.“; näher zum *référé législatif* *Vogel*, Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, 1969, S. 20–22. Das Rechtsverweigerungsverbot steht hingegen für eine Abwendung vom System des *référé législatif*, vgl. *Schumann*, ZZP 81 (1968), 79, 89–92; s.a. *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 123.

<sup>47</sup> Zu normlogischen Alternativen zu einer richterlichen Entscheidungspflicht im Falle offener Regelungsfragen, die nicht vom positiv-rechtlichen Normbestand erfasst sind, *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 51.

<sup>48</sup> Siehe im Gegensatz dazu § 1 Abs. 2 des schweizerischen ZGB, § 7 des österreichischen ABGB.

<sup>49</sup> In diese Richtung BVerfGE 84, 212, 226 f. („Nur so können die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden“); 88, 103, 116 („Fehlen gesetzliche Regelungen, muss die Rechtsprechung sachgerechte Lösungen entwickeln [...]“); ähnlich BVerfG NJW 2014, 1874 Rn. 39; s.a. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 172; krit. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 325 f. mit Fn. 176; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 122–127.

nis gültig, nötigenfalls mittels Ergänzung bzw. Modifizierung des positiven Rechts eine bestimmte Entscheidung herbeizuführen.<sup>50</sup>

Allerdings verlangt die richterliche Entscheidungspflicht selbst nur, dass das mit einem Rechtsstreit zulässigerweise befasste Gericht über den konkreten Streitsachverhalt abschließend entscheidet, nicht wie die Streitentscheidung zu fallen ist.<sup>51</sup> Dem wird hinreichend Rechnung getragen, indem der Rechtsstreit mit einer Sachentscheidung beigelegt wird, gleich wie bzw. zu wessen Gunsten sie inhaltlich ausfällt.<sup>52</sup> Darauf deutet auch die Handhabung des Art. 4 Code civil hin, der das Verbot der Rechtsverweigerung (*déni de justice*) explizit regelt und herkömmlich rein formal und nicht materiell im Sinne eines Erfordernisses zur sachgerechten Entscheidung interpretiert wird.<sup>53</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass die Streitentscheidung auf Grundlage des geltenden Rechts sowie unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Kompetenzgrenzen getroffen wird.<sup>54</sup> Diesen Anforderungen genügt es, wenn eine Klage, für deren Begehren eine eindeutige gesetzliche Regelung fehlt, abgewiesen wird, denn dabei handelt es sich um eine den Rechtsstreit abschließende Entscheidung anhand der positiven Rechtsordnung.<sup>55</sup> *Philipp Lassahn* beschreibt die Abweisung des Begehrens in diesem

---

<sup>50</sup> Dazu krit. *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 97 Rn. 69 f.; *ders.*, JZ 1996, 118, 122; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 108 f.

<sup>51</sup> *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25, 32 mit Fn. 28. Zum formalen Charakter des Rechtsverweigerungsverbot als reine Streitentscheidungspflicht unter Bezug auf seine historischen Grundlagen *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 105–107.

<sup>52</sup> Vgl. *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 97 Rn. 70; *Bruns*, JZ 2014, 162, 164; s.a. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 108 f., der die richterliche Entscheidungspflicht als „Minimalpflicht“ begreift.

<sup>53</sup> Art. 4 Code civil: „Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.“ Mit der Vorschrift wurden ursprünglich vor allem zwei Zwecke verfolgt: die Verhinderung des Rückgriffs der privaten Streitparteien auf Selbstjustiz sowie die Vermeidung einer Praxis, in der Richter Rechtsfragen häufig im Wege eines *référé législatif* dem Gesetzgeber vorlegen; vgl. *Favoreu*, *Du déni de justice en droit public français*, 1965, S. 13, der auch vom „caractère restrictif“ der Vorschrift spricht; dazu auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 107, der zutreffend darauf hinweist, dass das parallele Bestehen von *référé législatif* und Verbot des *déni de justice* zeigen, dass letzteres nur rein formal begriffen wurde i.S.e. „refus brutal de juger“ (*Favoreu*, *Du déni de justice en droit public français*, 1965, S. 13).

<sup>54</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 109; vgl. auch *Müller*, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, <sup>2</sup>2010, S. 109–111.

<sup>55</sup> Vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, <sup>1</sup>1960, S. 248: „Indem das Gericht die Klage abweist oder den Angeklagten freispricht, wendet es die Rechtsordnung an, die dem Beklagten oder Angeklagten das Verhalten erlaubt, gegen das sich die in der Rechtsordnung nicht begründete Klage oder Anklage gerichtet hat.“; s.a. *Müller*, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, <sup>2</sup>2010, S. 110; *Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 325 mit Fn. 176; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 110; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 122; *Bruns*, JZ 2014, 162, 164.

Kontext einleuchtend als default value:<sup>56</sup> Zwischen den möglichen Varianten, die Klage abzuweisen oder nicht, liegt die passive Klageabweisung näher als die aktive Entwicklung von Rechten (insb. Ansprüchen) anhand überpositiver Gerechtigkeitsmaßstäbe.<sup>57</sup> Zwar lässt sich auch die klageabweisende Entscheidung als eine Normtextsetzung begreifen,<sup>58</sup> jedoch steht diese der gesetzgeberischen Regelungsentscheidung näher, sofern nicht eindeutig eine planwidrige Regelungslücke nachweisbar bzw. eine Ermächtigung zur gerichtlichen Regelsetzung erkennbar ist. Lediglich in Konstellationen, in denen aus höherrangigem Recht (d.h. aus Verfassungs- und Unionsrecht) zwingende Vorgaben zur Komplementierung des einfachen Rechts folgen, kann – vorbehaltlich der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG<sup>59</sup> – eine besondere Legitimation und gegebenenfalls Pflicht zur Rechtsfortbildung, namentlich in Gestalt verfassungs- oder unionsrechtskonformer Auslegung angenommen werden.<sup>60</sup>

Wenn also aus der richterlichen Entscheidungspflicht bzw. dem Rechtsverweigerungsverbot kein Gebot zu einer – von der positiven Rechtsordnung losgelösten – „sachlich richtigen“ Entscheidung folgt, so erweist sich auch der dar-

<sup>56</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 110 mit Fn. 490.

<sup>57</sup> Zu dieser Konzeption eines „minimalistischen“ Rechtsverweigerungsverbots, aus dem grds. keine Befugnis bzw. Pflicht der Gerichte zur Entwicklung positiv-rechtlich nicht vorgesehener Rechte folgt, lässt sich eine Gedankenleihe bei dem rechtstheoretischen Verständnis *Hohfelds* zur Abgrenzung individueller Freiheits- und Rechtspositionen nehmen (näher zu *Hohfelds* Konzeption *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, 188, 205; *Auer*, AcP 208 [2008] 584, 585 f.). *Hohfeld*, Yale Law Journal 23 (1913), 16, 30 ff. stellt als Gegenbegriffe (opposites) Recht und Nicht-Recht (right/no-right), sowie Privileg (bzw. Freiheit, keiner Pflicht zu unterliegen) und Pflicht (privilege/duty) gegenüber. Notwendige Korrelationen (correlatives) bestehen zwischen dem Recht (right) einer Person und der Pflicht (duty) einer anderen sowie zwischen dem Privileg (bzw. der Freiheit) einer Person und dem Nicht-Recht einer anderen, die Unterlassung des Freiheitsgebrauchs zu verlangen. Vorliegend ist die Beobachtung wichtig, dass aus dem *Privileg* bzw. der *Freiheit* einer Person (aufgrund der Abwesenheit positiv-rechtlicher Einschränkungen) keine *Duldungspflicht* einer anderen Person, sondern bloß deren *Nicht-Recht* folgt, die von der Freiheit umfasste Handlung oder Unterlassung zu verhindern (ebd., S. 33). Auf die Prozesssituation bezogen bedeutet dies, dass ein Gericht, welches in Ermangelung beschränkender positiv-rechtlicher Regelungen eine Freiheitsposition des Beklagten (oder des auf negative Feststellung Klagenden) konstatiert, bzgl. der Gegenseite nur ein *Nicht-Recht* festzustellen braucht, nicht aber aktiv eine Duldungspflicht entwickeln muss. Die gerichtliche Feststellung der Korrelation Privileg/Nicht-Recht wird also dem Rechtsverweigerungsverbot – verstanden als Minimalpflicht – gerecht.

<sup>58</sup> *Neumer*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 57. Diese hat den entgegengesetzten Inhalt des klägerischen Begehrens, d.h. dass ein entsprechender Anspruch nicht besteht.

<sup>59</sup> Nach Art. 100 Abs. 1 GG sind die Fachgerichte in Konstellationen, in denen sie von der Verfassungswidrigkeit des einfachen Rechts in einer entscheidungserheblichen Frage ausgehen und eine verfassungskonforme Auslegung ausscheidet, nicht dazu befugt, die Gesetzeslage eigenständig durch eine als sachgerecht und verfassungsmäßig angesehene Lösung zu ersetzen oder zu ergänzen. Dazu *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 97 Rn. 70; *ders.*, JZ 1996, 118, 119 f.

<sup>60</sup> So auch *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 126 f.

auf aufbauende Schluss auf eine besondere *Befugnis* der Gerichte zur Rechtsfortbildung als nicht überzeugend.<sup>61</sup> Demnach steht auch die Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative nicht in unmittelbarem Konflikt zum Rechtsverweigerungsverbot. Die Konsequenz, dass in bestimmten Streitkonstellationen Klagen abzuweisen sind, weil für ihr Begehren Anknüpfungspunkte im Gesetz fehlen (und eine Rechtsfortbildung ausgeschlossen ist),<sup>62</sup> schränkt die richterliche Entscheidungspflicht nicht per se über Gebühr ein. Bei (rechtspolitischem) Handlungsbedarf ist primär der Gesetzgeber berufen, sich der Rechtsfrage anzunehmen und die nötigen Entscheidungsgrundlagen zu schaffen.

Hinzu kommt, dass, selbst wenn man der richterlichen Entscheidungspflicht einen materiellen Gehalt beimäße, die damit zu legitimierende Rechtsfortbildung darauf beschränkt bliebe, den vorliegenden Rechtsstreit einer konkret-individuellen Streitentscheidung zuzuführen. Darüber geht richterliche Rechtsfortbildung allerdings häufig hinaus. So werden auch generelle Rechtssätze entwickelt, die zwar streng genommen, aufgrund der inter partes Wirkung gerichtlicher Entscheidungen, keine rechtliche Bindungswirkung entfalten, faktisch aber – zumal im Fall höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>63</sup> – eine Bindungswirkung für unterinstanzliche Gerichte und somit Geltungsreichweite weit über den Einzelfall hinaus entfalten,<sup>64</sup> die auch intendiert ist.<sup>65</sup> Als Beispiel sei nur die Rechtsprechungspraxis des BAG erwähnt, welches regelmäßig in Gestalt generell formulierter Leitsätze und obiter dicta die Rolle eines Ersatzgesetzgebers einnimmt.<sup>66</sup> Die Loslösung vom konkreten Streitfall wird auch deutlich, wenn Gerichte eine folgenorientierte Perspektive<sup>67</sup> einnehmen und ihre Entscheidung gezielt so gestalten, dass von ihr eine möglichst starke Steuerungswirkung für zukünftiges Verhalten der Rechtsadressaten ausgeht.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> Allgemein zum problematischen Schluss von Aufgaben auf Befugnisse *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 390 f.

<sup>62</sup> So *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 122; *Bruns*, JZ 2014, 162, 164.

<sup>63</sup> Gerade gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung findet meist durch die höchsten Gerichte statt, deren Befugnis zur Rechtsfortbildung der Gesetzgeber im Prozessrecht auch anerkennt (vgl. etwa §§ 132 Abs. 4 GVG, 45 Abs. 2 S. 2 ArbGG, 11 Abs. 4 VwGO); dazu *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 512 f.

<sup>64</sup> Siehe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 252 f., die davon ausgehen, dass Richterrecht „die gleiche faktische Geltung oder Effektivität erlangen [kann] wie ein Gesetz“ (S. 255); s.a. *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 57–59, der aber trotz Bejahung der Wirkkraft einer Entscheidung für nachfolgende Gerichte eine Funktionenverflechtung zwischen Gerichten und Gesetzgebung eher ablehnt.

<sup>65</sup> *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2410 geht davon aus, dass solche Leitscheidungen ähnlich der Grands Arrêts oder Landmark Cases „neben dem Einzelfall die Zukunft der Judikatur bestimmen sollen“.

<sup>66</sup> Vgl. etwa BAG AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 mit Anm. *Wank*; krit. zur Praxis des BAG *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 60 f.

<sup>67</sup> Näher zur Folgenorientierung in der Rechtsanwendung unter § 12 III. 1. b).

<sup>68</sup> Beispielsweise hat der BGH im Rahmen der Produzentenhaftung hohe Sorgfaltsmaßstäbe aufgestellt und eine Beweislastumkehr bezüglich des Fehlerverschuldens statuiert, wo-

## 2. Sachgerechtigkeit gerichtlicher Entscheidung als Einwand?

Wie gesehen, wird dem Rechtsverweigerungsverbot oftmals ein materieller Gehalt zugeschrieben, wenn es zur Legitimation richterlicher Rechtsfortbildung herangezogen wird. Die reine Entscheidungspflicht der Gerichte wird dabei um eine Befugnis und Pflicht zur *sachgerechten* Entscheidung anhand von übergesetzlichen Maßstäben angereichert. Dem Richter werden demnach Gestaltungsbefugnisse zugeschrieben, um auch bei fehlenden gesetzlichen Vorgaben sachgerechte Lösungen entwickeln zu können.<sup>69</sup> Auch wenn die Auffassung, die richterliche Entscheidungspflicht impliziere einen solchen materiellen Gehalt, vorliegend nicht geteilt wird, ist näher auf den Gedanken der Pflicht zur „sachgerechten“ Entscheidung einzugehen. Denn gerade mit Blick auf die Privatrechtsprechung wird – auch losgelöst von der richterlichen Entscheidungspflicht und vom Rechtsverweigerungsverbot – kritisiert, diese werde bei Beachtung des Gesetzesvorbehalts regelmäßig zu willkürlichen Entscheidungen genötigt.<sup>70</sup> Diese Kritik berührt bereits die Kernfrage der Untersuchung nach der Anwendbarkeit des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht. Da sie aber direkt an die originäre Funktion der Rechtsprechung zur Streitbeilegung anknüpft, ist bereits im Rahmen der allgemeinen Ausführungen dazu Stellung zu nehmen.

Die Beachtung des Gesetzesvorbehalts bei Entscheidungen in mehrpoligen Streitkonstellationen (d.h. unter Beteiligung zweier gleichgeordneter Privater) erweist sich als schwieriger denn im zweipoligen Verhältnis Staat-Bürger, weshalb in ersteren eine Abschwächung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts geboten erscheint (a)). Allerdings ist die Befürchtung, eine Rechtsfortbildungsgrenze in Gestalt des Gesetzesvorbehalts führe bei legislativen Regelungsdefiziten zu einer willkürlichen Begünstigung bzw. Belastung der betroffenen Parteien<sup>71</sup> oder typischerweise zu einer „Privilegierung des Angreifers gegenüber dem Opfer“<sup>72</sup> überzeichnet (b)). Dies vor allem, wenn man einen behutsamen und differenzierenden Ansatz zur Anwendung des Grundsatzes auf die Rechtsprechung wählt (c)).

---

durch das Niveau der Sicherheitsvorkehrungen in einer Produktionsbranche maßgeblich gesteuert werden kann, vgl. dazu die Leitsätze in BGHZ 51, 91; 116, 60.

<sup>69</sup> Vgl. BVerfGE 84, 212, 226 f.; 88, 103, 116; ähnlich BVerfG NJW 2014, 1874 Rn. 39 (ohne Bezug auf das Kriterium der Sachgerechtigkeit, aber unter Verweis auf die Pflicht, „wirkungsvollen Rechtsschutz zu bieten“ und das Erfordernis, „bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den bestehenden Rechtsgrundlagen ab[zu]leiten, was im Einzelfall gilt“).

<sup>70</sup> Vgl. Neuner, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159, 161; ders., JZ 2016, 435, 437 f.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, <sup>13</sup>2023, S. 8; Grigoleit, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 72 f.; Möllers, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 509 f.

<sup>71</sup> Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, <sup>13</sup>2023, S. 8 f.; Grigoleit, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 72 f.

<sup>72</sup> Neuner, JZ 2016, 435, 437; s.a. Möllers, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 510.

## a) Entscheidungen in zweipoligen oder mehrpoligen Konstellationen

Kritiker einer Übertragung des Gesetzesvorbehalts auf die Privatrechtssprechung betonen richtigerweise den Unterschied zwischen der typischen Struktur staatlicher Streitentscheidungen in verwaltungs- und privatrechtlichen Konstellationen.<sup>73</sup> Dem Verwaltungsrechtsstreit liegt regelmäßig ein zweipoliges Verhältnis (Staat-Bürger) zugrunde, wobei Streitgegenstand etwa der belastende Verwaltungsakt einer Behörde gegenüber dem Bürger ist.<sup>74</sup> Dem Gesetzesvorbehalt kann in dieser Konstellation einfach Rechnung getragen werden: Die den Bürger belastende Maßnahme der Verwaltung ist vom Verwaltungsgericht (oder der Widerspruchsbehörde) schlicht aufzuheben, sofern eine gesetzliche Grundlage dafür fehlt. Die Konsequenz liegt also in einem Unterlassen bzw. einem Interventionsverbot gegenüber der Verwaltung,<sup>75</sup> durch welches der am Streit beteiligte Bürger nicht belastet wird.

Privatrechtliche Streitigkeiten stellen sich hingegen regelmäßig als mehrpoliges Verhältnis (Bürger-Staat-Bürger) dar, in dem das Gericht die gegenläufigen Interessen der privaten Streitparteien auszugleichen hat. Das Zivilgericht kann sich dabei nicht auf ein schlichtes Unterlassen beschränken, sondern muss eine das Rechtsverhältnis zwischen den Privaten in gewisser Weise gestaltende Entscheidung treffen, die die eine Seite gerade in dem Ausmaß begünstigt, in welchem sie die andere belastet.<sup>76</sup> Dies gilt auch, wenn das Gericht sich „passiv“ verhält, indem es eine Klage abweist, die auf keiner gesetzlichen Grundlage beruht und der nur durch richterliche Rechtsfortbildung zum Erfolg verholfen wer-

---

<sup>73</sup> Neuner, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159, 160 f.; ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, <sup>13</sup>2023, S. 8 f.; s.a. Möllers, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 509 f.

<sup>74</sup> Im Bereich der Leistungsverwaltung ist die Geltung des Gesetzesvorbehalts umstritten. Jedenfalls besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Anforderungen im Vergleich zur Eingriffsverwaltung weniger streng sind; näher dazu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 6 Rn. 19 ff.; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 117–119. Für Bereiche, in denen die Verteilung staatlicher Mittel der Verwirklichung sozial-, wirtschafts- oder kulturpolitischer Ziele dient und wesentlich für die grundrechtliche Freiheitsverwirklichung des leistungsempfangenden Bürgers ist (z.B. Bafög, Subvention wirtschaftlicher oder kultureller Sektoren), erscheint eine gesetzliche Grundlage jedoch notwendig (so auch Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 6 Rn. 21).

<sup>75</sup> Vgl. Starck, VVDStRL 34 (1976), 43, 83; Classen, JZ 2003, 693, 696 f.; Neuner, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159, 160 f. Diese Konsequenz des Gesetzesvorbehalts wird auch im Kontext strafgerichtlicher Entscheidung besonders deutlich: die Gerichte müssen in Konstellationen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr erfasst sind, zum Freispruch kommen, eine belastende Verurteilung also unterlassen, vgl. BVerfGE 47, 109, 124; 64, 389, 393; 71, 108, 116.

<sup>76</sup> Vgl. die Beschreibung mehrpoliger Konflikte als „Nullsummenspiel“ bei Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 319 f.

den könnte. Die Ablehnung der begehrten Rechtsfortbildung zeitigt also grundsätzlich nachteilige Folgen für eine beteiligte Streitpartei.<sup>77</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Lockerung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts jedenfalls notwendig, wenn die zivilgerichtliche Schaffung eines Interessenausgleichs zwischen den privaten Streitparteien im Zentrum steht, die im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis erfolgt.<sup>78</sup> Die Herstellung des angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Streitparteien bedarf nicht in gleicher Weise gesetzlicher (Legitimations-)Grundlagen wie die Durchsetzung öffentlicher Interessen unter Einschränkung von Individualinteressen. Die Auflösung privater Interessenkonflikte (z.B. im rechtsgeschäftlichen Bereich) ist daher in der Regel auf eine geringere gesetzliche Determinierung angewiesen, auch weil Private ihren Interessenausgleich in erster Linie selbst koordinieren können (und sollen), sodass gesetzliche Vorgaben hier (nur) eine Rahmen- oder Spielregelfunktion für die im Grundsatz freie individuelle Lebensgestaltung erfüllen.<sup>79</sup> Spiegelbildlich erscheint auch ein größerer Konkretisierungs- und Abwägungsspielraum der Rechtsprechung gerechtfertigt, wenn es darum geht, einen privat gefundenen Interessenausgleich nachzuvollziehen und gegebenenfalls zu korrigieren.<sup>80</sup>

Dies bedeutet indes keinen völligen Dispens vom Gesetzesvorbehalt im Privatrecht. Zum einen sind auch im Bereich des privatrechtlichen Interessenausgleichs (inklusive des Vertragsrechts) zum Teil Entscheidungen politischer, insbesondere verteilungspolitischer Natur zu treffen (Beispiele bieten das soziale Mietrecht oder der Arbeitnehmerschutz)<sup>81</sup>, die primär dem Gesetzgeber obliegen.

---

<sup>77</sup> Diese „nachteiligen Folgen“ können freilich vom Gesetzgeber intendiert sein, also einer bewussten Ausgestaltung des Interessenausgleichs zwischen den am Streit beteiligten Privaten entsprechen. Ein Problem ergibt sich erst, wenn das entscheidende Gericht im mehrpoligen Verhältnis keine gesetzliche Norm zur Beantwortung der entscheidungsrelevanten Rechtsfrage auffinden kann und auf eine richterliche Eigenwertung zurückgreifen möchte, anstatt das klägerische Begehren mangels gesetzlicher Grundlage schlicht abzuweisen.

<sup>78</sup> Näher zur Abgrenzung von zweipoligen und mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen unter § 9 I.

<sup>79</sup> Dazu unter Bezug auf die Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts *Hellgardt*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 121, 128; zu diesen und weiteren rechtssoziologischen Funktionen des Rechts *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 62013, S. 186–190.

<sup>80</sup> Der BGB-Gesetzgeber trägt diesem Flexibilitätsbedürfnis namentlich Rechnung, indem er der Rechtsanwendung im Rahmen des privatrechtlichen Interessenausgleichs mittels Generalklauseln (z.B. in §§ 242, 314 BGB) große Spielräume belässt.

<sup>81</sup> *Hellgardt*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 121, 127 f. Die von *Aristoteles* geprägte Differenzierung von *iustitia distributiva* und *commutativa* eignet sich nicht als Kriterium zur Abgrenzung des Privatrechts von anderen Teilrechtsordnungen. Abgesehen von Überschneidungen beider Gerechtigkeitsformen (dazu *Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, S. 13–15; *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 69: „Am Grunde jeder kommutativen liegt eine distributive Gerechtigkeitsfrage.“) ist inzwischen anerkannt, dass sowohl im außervertraglichen als

Zum anderen beschränkt sich die Funktion des Privatrechts nicht auf den im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis erfolgenden Interessenausgleich. So treten auch im Privatrecht zweipolige Konstellationen im Sinne einer Gegenüberstellung „Staat versus Bürger“ auf, nämlich wenn der Staat Privatrecht gezielt zu Regulierungszwecken einsetzt, wobei öffentliche Interessen unter Hintanstellung grundrechtlich geschützter Individualinteressen verfolgt werden.<sup>82</sup> In diesen Konstellationen wird der privatrechtliche Interessenausgleich durch die Verfolgung öffentlicher Interessen (z.B. sozial-, wirtschafts- oder umweltpolitischer Natur) überlagert. Für die Bestimmung staatlicher Regulierungsziele und der zu ihrer Verfolgung – unter Beschränkung von Individualinteressen – einzusetzenden Regulierungsinstrumente ist der Gesetzgeber zuständig.<sup>83</sup> In diesem Kontext erscheinen schärfere Anforderungen des Gesetzesvorbehalts folglich auch im Privatrecht legitim. Auch bei der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten (mittels Privatrecht) kommt dem Gesetzgeber eine Gestaltungsprärogative zu, die nur in Sonderfällen – und vorbehaltlich der Vorlagepflicht des Art. 100 Abs. 1 GG – unmittelbar von Gerichten wahrgenommen werden darf.<sup>84</sup>

*b) Zum Einwand der Willkür bzw. systematischen „Privilegierung des Angreifers“ infolge der Vorbehaltsgeltung*

Im Rahmen mehrpoliger Streitkonstellationen, die typischerweise im Privatrecht auftreten, äußert namentlich *Jörg Neuner* die Befürchtung, ein an die Rechtsprechung adressierter Gesetzesvorbehalt führe zu einer willkürlichen bzw. systematischen den Angreifer gegenüber dem Opfer privilegierenden Entscheidungspraxis.<sup>85</sup> Auch hierbei wird den Gerichten eine – über die reine Entscheidungspflicht hinausgehende – Pflicht zur sachgerechten Entscheidung zugeschrieben. So formuliert *Neuner*: „Ein Gesetzesvorbehalt im Zivilrecht würde [...] einzelne Privatrechtsakteure schutzlos stellen und die Zivilgerichte zu rein formalen, der Sache nach aber unbilligen Klageabweisungen zwingen.“<sup>86</sup> Diesen Bedenken wird vorliegend insoweit Rechnung getragen, als im Rahmen des privatrechtlichen Interessenausgleichs im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis angenommen

---

auch im vertraglichen Bereich auch distributive Zwecke verfolgt werden (können); dazu *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 35 ff.; allg. zum Spannungsverhältnis von Individualismus und Kollektivismus im Privatrecht *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 22–45.

<sup>82</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 286–288.; näher dazu unter § 9 I. 4.

<sup>83</sup> Näher unter § 9 I.; zu Konsequenzen für die Gesetzgebung und Rechtsprechung im Privatrecht § 11 und § 12.

<sup>84</sup> Näher dazu unter § 9 V.

<sup>85</sup> *Neuner*, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159, 161; *ders.*, JZ 2016, 435, 436 f.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 132023, S. 8 f.; s.a. *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 72 f.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2023, S. 510.

<sup>86</sup> *Neuner*, JZ 2016, 435, 436.

wird, dass der Gesetzesvorbehalt nur in *schwacher* Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt Wirkung entfaltet.<sup>87</sup> Die Folgerung, die Anwendung des Gesetzesvorbehalts führe im Privatrecht per se zu untragbaren Ergebnissen und sei mit der Funktion der Zivilgerichte gänzlich unvereinbar, erscheint hingegen überzogen.

*aa) Normative Aussagekraft der positiven Rechtsordnung trotz Regelungslücken*

Ausgangspunkt für die gesetzesgebundene Rechtsanwendung ist, dass die positive Rechtsordnung den Willen des zur Normsetzung primär befugten Gesetzgebers widerspiegelt. Möchte die Rechtsprechung (oder Verwaltung) von dieser abweichen oder sie ergänzen, trifft sie eine Legitimationslast: Sie hat darzulegen, warum die Ergänzung oder Abweichung vom gesetzlich Normierten dem Gesetzgeberwillen entspricht oder ob eine gesetzliche Ermächtigung zur eigenständigen Regelsetzung vorliegt – eigene Gerechtigkeitsvorstellungen genügen indes nicht.<sup>88</sup> Wie *Hans Kelsen* in seinem Konzept der normativen Ordnung dargelegt hat, enthält die positive Rechtsordnung grundsätzlich auch bezüglich nicht explizit geregelten Sachverhalten normative Aussagen.<sup>89</sup> In diesem Fall ist das Verhalten eines Bürgers (Beklagten oder Angeklagten) „von der Rechtsordnung negativ, das heißt dadurch geregelt, daß ihm dieses Verhalten rechtlich nicht verboten und in diesem Sinne erlaubt ist“.<sup>90</sup> Eine Lücke im Sinne logischer Unanwendbarkeit des Rechts liegt also nicht vor.<sup>91</sup> Würde man hingegen alle Fälle, in denen der Rechtsordnung keine explizite Regelung zu entnehmen ist, als „Lücke“ und mithin als „Legitimationsvehikel“<sup>92</sup> für richterliche Normsetzung begreifen, hieße dies gänzlich dem Rechtsanwender die Entscheidung zu überantworten, ob die negative Aussage der positivrechtlichen Ordnung als unbillig zu beurteilen und anhand eigener rechtspolitischer (Gerechtigkeits-)Vorstellungen zu ergänzen ist oder nicht.<sup>93</sup> *Kelsen* weist darauf hin, dass sich ein solches Lückenverständnis

<sup>87</sup> Näher dazu unter § 9 III.

<sup>88</sup> Vgl. dazu *Reimer*, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, Rn. 532: „In der arbeitsteiligen, auf gerechtfertigtes Vertrauen setzenden Rechtsordnung des liberalen und demokratischen Rechtsstaats kann die Antwort [auf die Frage, wessen Gerechtigkeit zu verwirklichen ist] nur sein: bis zum Beweis des Gegenteils müssen die in der Norm niedergelegten Gerechtigkeitsvorstellungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zugrunde gelegt werden, es sei denn, dieser delegiere die Entscheidung auch insoweit auf den Rechtsanwender.“ (Hervorhebungen im Original).

<sup>89</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 15 f., 251 f.; ähnlich *Müller*, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, <sup>2</sup>2010, S. 110 f.

<sup>90</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 251.

<sup>91</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 252.

<sup>92</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 864.

<sup>93</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 252. Dieses Problem stellt sich (vor allem mit Blick auf die objektiv-teleologische Auslegungslehre) bei der Anwendung des Lückenbegriffs als Grundlage richterlicher Rechtsfortbildung allgemein: es ist schwierig zu differenzieren ob das Auffinden einer Rechts- oder Gesetzeslücke allein durch Nachvollzug des gesetzgeberischen

kaum von der Situation unterschiede, in der eine gesetzliche Regelung zwar vorliegt, aber nicht dem Rechts- bzw. Gerechtigkeitsempfinden des Rechtsanwenders entspricht, weshalb es zumindest inkonsequent sei, nur im ersten Fall eine Lücke respektive Ergänzungsbefugnis des Richters anzunehmen.<sup>94</sup>

*bb) Zum Willkür- bzw. Asymmetrievorwurf*

*Neuner* meint jedoch, die Grundregel, Klagen bei fehlenden gesetzlichen (Anspruchs-)Grundlagen abzuweisen, bewirke eine Asymmetrie, ähnlich wie der „stark ideologiebehaftete Grundsatz ‚in dubio pro libertate‘“.<sup>95</sup> Privilegiert werde dabei „typischerweise der Angreifer gegenüber dem Opfer, der Emittent gegenüber dem Geschädigten und der machtvolle Vertragsakteur gegenüber dem unterlegenen Kontrahenten“.<sup>96</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass Klagen Privater, die ihre Rechtsposition durch Dritte gefährdet oder beeinträchtigt sehen (z.B. des Geschädigten gegen den Emittenten), abzuweisen sind, sofern für das Rechtsschutzbegehren eine gesetzliche Grundlage fehlt. Das legislative (Schutz-)Defizit, so der Vorwurf, wirke sich systematisch zulasten der schutzbedürftigen Partei aus, deren Rechtsposition durch Dritte „angegriffen“ werde und die typischerweise die Klageinitiative ergreife, um gerichtlichen Schutz einzufordern. Daher müssten Gerichte, um nicht zu „rein formalen, der Sache nach aber unbilligen Klageabweisungen“<sup>97</sup> gezwungen zu sein, auf außergesetzliche Richtigkeitsmaßstäbe zurückgreifen können.<sup>98</sup> In einigen Konstellationen sind diese Bedenken gewiss nicht unberechtigt, weshalb sie vorliegend auch nicht gänzlich in Abrede gestellt werden sollen. So kann die richterliche Schaffung von (Schutz-)Ansprüchen bisweilen gewiss den rechtlichen Schutz einer durch privates Handeln beeinträchtigten Streitpartei stärken. Der Willkürvorwurf hat insbesondere eine Berechtigung, wenn legislatives Unterlassen nicht auf einer bewussten regulativen (Wertungs-)Entscheidung des Gesetzgebers (etwa im Sinne eines „beredten Schweigens“<sup>99</sup>) beruht, sondern unbewusst ohne jegliche Regulationsintention auf-

---

(objektiven) Willens und Konzepts erfolgt, oder tatsächlich nur auf dem rechtspolitischen Gefühl des Rechts- oder Gesetzesanwenders beruht; vgl. *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, S. 25, 61 f. Siehe dazu auch *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*,<sup>3</sup>1995, S. 195: „Die Grenze zwischen einer Gesetzeslücke und einem Fehler des Gesetzes in rechtspolitischer Hinsicht kann nur so gezogen werden, daß man sich fragt, ob das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Regelungsabsicht, unvollständig ist, oder ob nur die in ihm getroffene Entscheidung einer rechtspolitischen Kritik nicht standhält. Wohl handelt es sich beide Male um eine Frage der Wertung und nicht etwa um ein Tatsachenurteil oder eine logische Schlußfolgerung.“

<sup>94</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*,<sup>2</sup>1960, S. 252.

<sup>95</sup> *Neuner*, *JZ* 2016, 435, 437; ausführlich zur Widerlegung der Relevanz des Pro Libertate-Grundsatzes im Privatrecht *Neuner*, *ZfPW* 2022, 257 ff.

<sup>96</sup> *Neuner*, *JZ* 2016, 435, 437.

<sup>97</sup> *Neuner*, *JZ* 2016, 435, 437.

<sup>98</sup> Vgl. *Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem*, 1992, S. 65–68; *ders.*, *JZ* 2016, 435, 437.

<sup>99</sup> Siehe dazu in Abgrenzung zum Begriff der Gesetzeslücke *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*,<sup>3</sup>1995, S. 191.

tritt. Gerade dann erscheint die „mechanische“<sup>100</sup> Klageabweisung mangels gesetzlicher Anknüpfungspunkte für das klägerische Begehren problematisch, weil die regulative Ausgangslage gewissermaßen von dem „Zufall“ abhängt, ob der Gesetzgeber ein Regelungsdefizit bereits erkennen und sich diesem annehmen konnte oder nicht. Wäre das Gericht an diese regulative Ausgangslage strikt gebunden, sodass es Entscheidungen stets nach der „Zweifelsregelung“, keine gesetzliche Grundlage = Klageabweisung, treffen müsste, würde eine an Sachkriterien ausgerichtete, einzelfallgerechte Entscheidung erschwert.<sup>101</sup>

Dennoch folgt aus diesen Bedenken kein durchschlagender Einwand gegen eine Gesetzesvorbehaltsgeltung bzw. kein zwingendes Argument für die richterliche Befugnis zur Heranziehung überpositiver Wertungen bei der Streitentscheidung. So erscheint der Willkür- und Asymmetrievorwurf nicht derart verallgemeinerbar, wie von seinen Vertretern vorgetragen (1). Zudem wird mit dem Rückgriff auf überpositive Maßstäbe der normative Aussagegehalt der Verfassung vernachlässigt (2). Schließlich wird zu einseitig argumentiert, indem Vorzüge, die eine (eindeutige) Zweifelsregelung im Fall fehlender gesetzlicher Grundlagen in puncto Rechtssicherheit bringt, nicht berücksichtigt werden (3).

(1) *Relativität der Kategorien von „Angreifer“ und „Opfer“*

Eine Inkonsistenz des Vorwurfs, die Grundregel der Klageabweisung bei fehlenden gesetzlichen Grundlagen führe systematisch zu Asymmetrien, liegt darin, dass die Bewertung, ob das Fehlen einer (schützenden) gesetzlichen Norm unbillig ist bzw. zugunsten des „Stärkeren“<sup>102</sup> ausfällt, in der Regel ein relatives Werturteil darstellt.<sup>103</sup> So ist die Beurteilung, wer im Rechtsstreit als „Angreifer“ oder „Opfer“ anzusehen ist, keineswegs stets eindeutig bzw. objektiv, sondern bedarf einer Wertentscheidung, die der zuständigen Entscheidungsinstanz (Gesetzgeber oder Richter) obliegt. Dabei kann nicht allgemein angenommen werden, dass die gerichtliche (Fort-)Entwicklung bestimmter (Schutz-)Positionen stets sachgerechtere Streitentscheidungen ermöglicht, als sie die positive Rechtsordnung vorsieht, die keine Norm enthält, die an das beeinträchtigende Verhalten eine Sanktion knüpft.<sup>104</sup> Diese Wertungsoffenheit lässt sich auch an Beispielen

<sup>100</sup> Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 52 f. (zur Problematik der „mechanischen Willkür und Rigidität“ bei der Anwendung von Regeln, die gegenüber Prinzipien zwar eine hohe formale Realisierbarkeit aufweisen, aber die Spielräume des Richters zur Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falles einengen).

<sup>101</sup> Dazu pointiert Neumer, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 68: „Es käme vielmehr einem Zynismus gegenüber dem Parlament und den Beteiligten gleich, würde das Gericht die Prozeßparteien als Demonstrationsobjekt gesetzlichen Unvermögens vorführen, anstatt dem Gesetzgeber einen sachgerechten Lösungsweg zu unterbreiten.“

<sup>102</sup> Neumer, JZ 2016, 435, 437 meint, ein privatrechtlicher Gesetzesvorbehalt würde „die Rolle der Justiz als neutrale Instanz aufheben und eine „Justiz des Stärkeren“ etablieren“.

<sup>103</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, <sup>1</sup>1960, S. 252; ähnlich Müller, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus, <sup>2</sup>2010, S. 111.

<sup>104</sup> Dazu Kelsen, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 249: „Die Anwendung des geltenden Rechts

zeigen, die *Neuner* als Beleg seines Asymmetrievorwurfs anführt, etwa dem gesetzlich defizitär geregelten zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz oder der Privilegierung störender Emittenten in Nachbarschaftsstreitigkeiten aufgrund defizitärer gesetzlicher Regelungen eines (vorbeugenden) Unterlassungsanspruchs.<sup>105</sup> Auch in diesen Beispielen erscheint die generelle Einteilung in „Angreifer und Opfer“ zu stark vereinfachend. So ist wertungsmäßig nicht eindeutig, ob diese Interessenkollisionen die Entwicklung von Schutzansprüchen verlangen, sondern es stehen oft beidseitig schützenswerte private Interessen im Raum. So geht die (richterliche) Ausdehnung des Persönlichkeitsschutzes<sup>106</sup> in der Regel mit Einschränkungen der Meinungs- oder Pressefreiheit, die Erweiterung des nachbarlichen Immissionsschutzes mit Einschränkungen etwa der Eigentums- oder Berufsfreiheit einher.

Die Ambivalenz wird auch am Beispiel des begrenzten (Schutz-)Kreises dinglicher Rechte deutlich: Die mit einer richterrechtlichen Erweiterung des (Schutz-)Kreises dinglicher Rechte einhergehende Ausdehnung von Ausschließungsbefugnissen ist nicht zwingend als „Schutz des Opfers“ vor einem „rechtsursupierenden Angreifer“ einzuordnen, sondern lässt sich – anders gewendet – als exklusive Güterzuweisung zugunsten des – künftig Schutz genießenden – Rechteinhabers und zulasten freier Nutzungsbefugnisse Dritter betrachten, die regelmäßig eher dem bereits „starken“ Rechteinhaber zugutekommen wird.<sup>107</sup> Eine Grenze richterlicher Gestaltungsbefugnis in Gestalt eines Gesetzesvorbehalts für die Erweiterung des dinglichen Rechtskreises führt mithin nicht grundsätzlich zu unbilligen Ergebnissen. Ein weiteres Beispiel, in dem der Gesetzesvorbehalt als sinnvolle – nicht unbillige – Grenze für richterliche Gestaltungsfreiheit erscheint, bietet der Bereich der Gefährdungshaftung. Die durch risikoreiches privates Handeln Gefährdeten könnten zum Teil gewiss besser geschützt werden, wenn Gerichte die vom Gesetzgeber enumerativ gesetzten Gefährdungs-

---

mag in einem solchen Falle als unbefriedigend angesehen werden, weil sie es unterläßt, ein Interesse zu schützen, das von irgendeinem Standpunkt aus als schützenswert angesehen wird. Aber da eine Rechtsordnung nicht alle möglichen Interessen, sondern nur ganz bestimmte Interessen schützen kann, indem sie ihre Verletzung verbietet, daher die stets vorhandenen Gegeninteressen ungeschützt bleiben müssen, ist der Konflikt zwischen einem erlaubten Verhalten des einen mit einem erlaubten Verhalten eines anderen Individuums unvermeidbar und immer gegeben, wenn die Klage nur darum abzuweisen oder der Angeklagte nur darum freizusprechen ist, weil sein Verhalten nicht verboten und daher das durch sein Verhalten verletzte Interesse von der Rechtsordnung nicht durch eine generelle Norm geschützt ist, die an das gegenteilige Verhalten eine Sanktion knüpft.“

<sup>105</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, <sup>13</sup>2023, S. 8 f.

<sup>106</sup> Hier ist ein Schutz unterhalb des nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gebotenen Minimums gemeint, der also nicht aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten zwingend ist.

<sup>107</sup> Z.B. in Fällen der Ausdehnung des absoluten Schutzes von Urheber- oder Patentrechten; zu Fragen der Zulässigkeit richterrechtlicher Ausweitungen des Kreises dinglicher Rechte näher unter § 9 III. 4. b) bb).

haftungstatbestände flexibel ausdehnen könnten. Dies ginge allerdings mit starken Einbußen der Handlungsfreiheit und großer Rechtsunsicherheit einher, weshalb die Zivilgerichte (bislang) richtigerweise eine exklusive Befugnis des Gesetzgebers zur Schaffung solcher Haftungstatbestände annehmen.<sup>108</sup>

Umgekehrt kann Rechtsfortbildung auch der Schwächung von Schutzpositionen dienen, wie etwa die vom BVerfG aufgrund Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung aufgehobene Entscheidung des BGH zur Privilegierung der Sachverständigenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB verdeutlicht.<sup>109</sup> Der Glaube, dass größere Richterfreiheit im Privatrecht prinzipiell zur Stärkung von Schutzpositionen „Schwächerer“ führe, ist also zu naiv. Es ist durchaus auch möglich, dass die in einer Verteidigungsposition befindliche Partei Beklagte ist und der „angreifende“ Kläger sein Begehren auf eine vom Gericht vorzunehmende Rechtsfortbildung stützt. Dies lässt sich etwa anhand eines Nachbarrechtsstreits um die Stützung überhängender Zweige einer Schwarzkiefer veranschaulichen, den der BGH zu entscheiden hatte. Dabei ging es um die Frage, ob der gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB auf Unterlassung klagende Baumeigentümer eine Beschneidung der Zweige auf Grundlage des Selbsthilferechts des in seiner Grundstücksnutzung durch den Überhang beeinträchtigten Nachbarn aus § 910 Abs. 1 S. 2 BGB gem. § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden habe.<sup>110</sup> Maßgebend war, ob eine Einschränkung des Selbsthilferechts zulasten des in seiner Grundstücksnutzung beeinträchtigten Nachbarn und zugunsten des Baumeigentümers geboten ist, weil infolge der Beschneidung der überhängenden Zweige eine erhebliche Schädigung des Baumes drohte. Eine dogmatische Begründung für eine solche gerichtliche Einschränkung des gesetzlich vorgesehenen Selbsthilferechts wurde insbesondere im nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis i. V. m. § 242 BGB gesucht.<sup>111</sup> Dies lieferte darauf hinaus, den Unterlassungsanspruch des Baumeigentümers mittels Rechtsfortbildung unter Einschränkung des gesetzlich geregelten Selbsthilferechts des Nachbarn zu privilegieren. Der BGH hielt indes an dem vom BGB-Gesetzgeber ausgestalteten Interessenausgleich fest, der keine Verhältnismäßigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung vorgesehen und sich für eine „allgemein verständliche Ausgestaltung des Selbsthilferechts [...], die eine rasche Erledigung etwaiger Zwistigkeiten zwischen den Nachbarn ermöglicht“, entschieden habe.<sup>112</sup> Die Klageabweisung unter Ablehnung einer richterrechtlichen Stärkung des Unterlassungsanspruchs des Baumeigentümers kommt hier dem Nachbarn zugute, dessen Rechtsposition (mindestens)

---

<sup>108</sup> Näher dazu unter § 7 II. 1. a).

<sup>109</sup> BGHZ 62, 54; BVerfGE 49, 304 (näher zu dieser Entscheidung unter § 12 II. 1.).

<sup>110</sup> BGH NJW 2021, 2882.

<sup>111</sup> So OLG Brandenburg NJW 2018, 1975, 1976 Rn. 27 ff.; Thole, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2019, § 1004 Rn. 117; s.a. die Erwägungen in BGH NJW 2021, 2882 Rn. 19 ff.

<sup>112</sup> BGH NJW 2021, 2882 Rn. 24. Als Hürde des Selbsthilferechts ist nur die Schwelle der Grundstücksbeeinträchtigung durch den Überhang vorgesehen, vgl. § 910 Abs. 2 BGB.

ebenso schützenswert erscheint wie die des Baumeigentümers, geht die Störung infolge des Überhangs doch im Ursprung von letzterem aus.

Auch mit Blick auf Gestaltungsrechte (bzw. rechtsvernichtende oder -hemmende Einwendungen) überzeugt die Grobeinteilung in Angriffs- und Opferposition nicht. Man denke etwa an die Kündigung eines Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer aus einem gesetzlich nicht vorgesehenen Grund. Wehrt sich der betroffene Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage unter Verweis auf einen mangelnden, gesetzlich verankerten Kündigungsgrund, so würde die Berücksichtigung des Gesetzesvorbehalts gerade zum Erfolg der Kündigungsschutzklage führen. Könnten die Gerichte hingegen mittels Rechtsfortbildung die gesetzlich vorgesehenen Kündigungsgründe erweitern, würde dies dem – in diesem Rechtsverhältnis tendenziell unterlegenen – Arbeitnehmer zum Nachteil gereichen.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass der pauschale Vorwurf, eine Bindung der Rechtsprechung an den Gesetzesvorbehalt führe im Privatrecht systematisch zu einer Privilegierung des Angreifers, nicht überzeugt. In vielen Fällen bedarf die Zuordnung der Angreifer-/Opferrolle einer Wertentscheidung, die nach dem grundgesetzlichen Kompetenzgefüge beim Gesetzgeber liegt, der zu entscheiden hat, welche öffentlichen und individuellen Interessen in bestimmter Weise von Rechts wegen durchzusetzen bzw. zu schützen sind. Liegt keine gesetzliche Regelung vor, ist zweifelhaft, ob die – naturgemäß für subjektive Präferenzen anfälligeren<sup>113</sup> – Gerechtigkeitsmaßstäbe des entscheidenden Richters maßgebend sein sollen,<sup>114</sup> oder eher nach der – freilich weniger flexiblen – Grundregel zu entscheiden ist, wonach das klägerische Begehren in Ermangelung gesetzlicher Grundlagen abzuweisen ist. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass Richter nicht nach ihren eigenen rechtspolitischen bzw. Gerechtigkeitsvorstellungen entscheiden dürfen,<sup>115</sup> sondern diejenigen des demokratisch legitimierten Gesetzge-

---

<sup>113</sup> Die Beeinflussbarkeit der Entscheidung ist bei der Entwicklung allgemeiner Normen durch den Gesetzgeber in der Regel geringer, weil dieser die unmittelbar Betroffenen nicht kennt und somit persönliche Sympathien weniger ins Gewicht fallen als bei richterlichen Entscheidungen (dazu *Westerhoff*, NJW 1985, 457, 459, 461).

<sup>114</sup> Auch der Rekurs auf die in Art. 20 Abs. 3 GG neben der Gesetzesbindung genannte „Rechtsbindung“ bietet dafür keine taugliche Grundlage (so aber BVerfGE 34, 269, 286 f.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 65–68). Denn der speziellere Art. 97 Abs. 1 GG erwähnt nur die Gesetzesbindung, wobei die Verfassungsgeber bewusst von einem Gewissensvorbehalt des Richters absahen. Es überzeugt auch vor dem Entstehungshintergrund des Art. 20 Abs. 3 GG nicht, in der Formel „Gesetz und Recht“ eine Absage an einen engen Gesetzespositivismus zu sehen. Aber selbst wenn man dies annimmt, ist davon auszugehen, dass sich der Begriff „Recht“ – von krassen Ausnahmefällen abgesehen, in denen der „Rechts“-Bezug des Art. 20 Abs. 3 GG i.S.e. „Reservfunktion“ mobilisiert werden kann – auf das geltende Verfassungsrecht bezieht. Zu allem eingehend *Hillgruber*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 97 Rn. 32 ff.

<sup>115</sup> Das BVerfG verlangt, richterliche Rechtsfortbildung dürfe nicht dazu führen, „dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt“ (BVerfGE 128, 193, 210); der Richter dürfe eine Entscheidung des Gesetzgebers

bers ermitteln müssen, welche in der positiven Rechtsordnung Ausdruck finden.<sup>116</sup> Vor diesem Hintergrund ist in Konstellationen, in denen sich ein klägerisches Begehren auf keinerlei gesetzliche Grundlage stützen lässt, grundsätzlich davon auszugehen, dass die Klageabweisung auch den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht.

### (2) Normative Aussagekraft der Verfassung

Der Verweis auf einen „überpositiven Richtigkeitsmaßstab“<sup>117</sup> vernachlässigt auch die normative Aussagekraft der Verfassung, die – trotz ihres Rahmencharakters – eine umfassende materielle Werteordnung begründet, welche von der Rechtsprechung auch bei fehlenden einfachgesetzlichen Vorgaben zu berücksichtigen ist.<sup>118</sup> Es erscheint also nicht zwingend geboten, Gerichten die Orientierung an einem überpositiven Maßstab materialer Gerechtigkeit zu gestatten,<sup>119</sup> wenn doch die Verfassung, namentlich die grundrechtliche Werteordnung, solche Maßstäbe vorgibt, die von den Zivilgerichten ohnehin unmittelbar zu berücksichtigen sind (Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>120</sup> In den typischerweise im Privatrecht anzutreffenden mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen (Bürger-Staat-Bürger) bieten die Grundrechte materielle Maßstäbe. Auch diese legitimieren richterliche Rechtsfortbildung freilich nicht per se, weil ansonsten der insoweit bestehende Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überspielt würde. Nur in Sonderfällen erscheint eine richterliche Ergänzung etwa aufgrund dringenden Grundrechtsschutzes geboten.<sup>121</sup> Im Fall eines verfassungswidrigen Regelungsdefizits kommt auch eine Aktivierung des Gesetzgebers im Wege einer konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) infolge eines qualifizierten legislativen Unterlassens oder eine Verfassungsbeschwerde aufgrund defizitären Grundrechtsschutzes in Betracht.<sup>122</sup>

Dem – freilich legitimen und wünschenswerten – Gerechtigkeitsimpuls des Richters kommt mithin eher die Funktion zu, Kontrollüberlegungen bzw. die

---

„nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen“ (BVerfGE 82, 6, 12).

<sup>116</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, Rn. 532; vgl. zu einer eingeschränkten Zulassung der „richterlichen Eigenwertung“, falls konkrete Regeln zur Falllösung nicht durch rationale Argumentation anhand des vorhandenen Rechtsstoffes zu entwickeln sind, Bydlin-ski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 520 f.

<sup>117</sup> Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 69.

<sup>118</sup> Siehe Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 69; Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 97 Rn. 38; Classen, JZ 2003, 693, 700; vgl. auch Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 126 f.

<sup>119</sup> So aber Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 84.

<sup>120</sup> Auf den „fragmentarischen Charakter der Grundwertordnung“ der Grundrechte weist allerdings Diederichsen, AcP 198 (1998), 171, 214–218 hin.

<sup>121</sup> Zur Relevanz des Gesetzesvorbehalts im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten näher unter § 9 V.

<sup>122</sup> Siehe unter § 9 V. 2. d.

Ergründung vertiefender rechtlicher Argumente anhand des positiven Gesetzes- und Verfassungsrechts anzuregen,<sup>123</sup> nicht aber die Aufgabe, übergesetzliche Gerechtigkeitsmaßstäbe zur Ergänzung und Berichtigung der positiven Rechtsordnung hervorzubringen.

(3) Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit bzw. Flexibilität

Der Willkürvorwurf betrifft im Kern auch den Wertungsgegensatz zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit.<sup>124</sup> So ermöglicht die Zulässigkeit des richterlichen Einbezugs überpositiver Gerechtigkeitsmaßstäbe eine flexiblere und bisweilen sachgerechtere Entscheidung, dies jedoch zulasten der Rechtssicherheit.<sup>125</sup> So garantiert die Grundregel, wonach Klagen bei mangelnden gesetzlichen Anspruchsgrundlagen abzuweisen sind, ein höheres Maß an Vorhersehbarkeit als wenn die Frage, ob eine richterliche Normergänzung erforderlich ist, stets im Ermessen des Richters steht.<sup>126</sup> Das Defizit an Rechtssicherheit rührt insbesondere daher, dass die „Sachgerechtigkeits-Vorstellungen“ einzelner Richter divergieren können und das deutsche Recht grundsätzlich auch keine Präjudizienbindung vorsieht.

Dem grundlegenden Wertungsgegensatz zwischen Rechtssicherheit und Sach- bzw. Einzelfallgerechtigkeit, den *Marietta Auer* als einen von drei Grundwidersprüchen des Privatrechtsdenkens herausstellt,<sup>127</sup> entspricht auf Ebene der gesetzgeberischen Regelungstechnik der Gegensatz zwischen Regeln und Prinzipien, wobei sich erstere durch ihre hohe formale Realisierbarkeit (d.h. leichte, sichere, eindeutige Anwendung auf den konkreten Fall), letztere durch ihre materielle Realisierbarkeit (insb. offene Wertungstatbestände, die dem Richter Spielraum gewähren, um die einzelfallgerechte Regel selbst zu bilden) auszeichnen.<sup>128</sup> Die

<sup>123</sup> In diese Richtung *Reimer*, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, Rn. 535; s.a. *Kudlichl Christensen*, JZ 2009, 943, 945: „[...] die Gerechtlichkeit [ist] produktiv als Gefühl für die Notwendigkeit weiterer Argumente, aber sie funktioniert gerade nicht als Maßstab.“

<sup>124</sup> Zu diesem (formalen) „Grundwiderspruch des Privatrechts“ *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 46–63; zum Gegensatz von Flexibilität und Rechtssicherheit unter Gegenüberstellung der Systeme dezentraler Normerzeugung (durch Gerichte) und zentraler Normerzeugung (durch das verfassungsrechtlich eingesetzte Gesetzgebungsorgan) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 255–260.

<sup>125</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre, <sup>2</sup>1960, S. 256 f.; *Schumann*, ZZZ 81 (1968), 79, 98 f. erkennt bei Bejahung der richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis auf Grundlage des Rechtsverweigerungsverbots an, dass dieses einen „Unsicherheitsfaktor“ birgt; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 177 weist mit Blick auf „unausfüllbare Lücken“ (auch: Rechtsverweigerungslücken), für deren Ausfüllung das Gesetz keine Anhaltspunkte bietet, darauf hin, dass das Rechtsverweigerungsverbot Richter nicht zu einer „willkürlichen“ Entscheidungsfindung berechtige, die „die Rechtssicherheit eher erschüttern als fördern würde“.

<sup>126</sup> Dies sieht auch *Neumer*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 70.

<sup>127</sup> *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 46 ff.

<sup>128</sup> *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 47 f. m.w.N.

formale Realisierbarkeit von Regeln, die hohe Rechtssicherheit verspricht, hat den Nachteil der „mechanischen Willkür und Rigidität“.<sup>129</sup> Diese Spannungslage, die nicht genuin privatrechtlicher Natur, sondern auch im öffentlichen Recht präsent ist, lässt sich nicht generell zugunsten der einen oder anderen Seite auflösen. Ebenso ist die Abgrenzung zwischen Regeln und Prinzipien, wie *Auer* betont, keine qualitative, sondern stets nur eine graduelle.<sup>130</sup> Diese Beobachtungen sind auch für die Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Verhältnis zur Rechtsprechung wichtig. Bei der Frage, welche gesetzlichen Bestimmtheitsanforderungen erforderlich und welche Auslegungsspielräume bei richterlicher Rechtsanwendung zulässig sind, geraten die Prinzipien der Einzelfallgerechtigkeit (bzw. Flexibilität der Rechtsanwendung) und der Rechtssicherheit (bzw. Voraussehbarkeit von Rechtsfolgen) in ein Spannungsverhältnis, das weder durch einen generellen Verzicht auf Delegationsnormen, noch durch größtmögliche Richterfreiheit aufgelöst werden kann.<sup>131</sup> Mithin bedarf es einer abgestuften – auf den jeweiligen Sachbereich abgestimmten<sup>132</sup> – Handhabung des Gesetzesvorbehalts.<sup>133</sup> Demgemäß erscheint auch für die Rechtsprechung im Privatrecht weder eine generelle Ablehnung der Gesetzesvorbehaltsgeltung sachgemäß, noch deren Umsetzung als starre Rechtsfortbildungs- oder Wortlautgrenze bzw. – an den (Privatrechts-)Gesetzgeber adressiert – als Pflicht zu einer regelfokussierten Normierung.

---

<sup>129</sup> *Auer*, ebd., S. 52 f.

<sup>130</sup> *Auer*, ebd., S. 48.

<sup>131</sup> Ähnlich im Kontext der Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG an die Strafzumessung BVerfGE 105, 135, 156.

<sup>132</sup> Zur sachbereichsabhängigen, flexiblen Handhabung des Gesetzesvorbehalts BVerfGE 49, 89, 127; 98, 218, 251; 105, 279, 304 f.; s.a. unter § 4 II. 3. c).

<sup>133</sup> Dieses Verständnis deckt sich nicht mit der Einordnung des Gesetzesvorbehalts als (formelles) Verfassungsprinzip im Sinne der Prinzipientheorie *Alexys*. Vgl. in diese Richtung *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 120; zur Parallele von Wesentlichkeits- und Prinzipientheorie am Rande *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 223 mit Fn. 71; allg. zur Problematik der Kollision formeller und materieller (Verfassungs-)Prinzipien *Jestaedt*, ebd., S. 208–211, 222 ff. Begriffe man den Gesetzesvorbehalt als Optimierungsgebot, wären seine Anforderungen im Fall der Kollision mit anderen (formellen oder materiellen) Verfassungsprinzipien stets anzupassen, um sie mit diesen in Einklang zu bringen. Die Geltungskraft und Disziplinierungswirkung der formellen Schranke des Gesetzesvorbehalts würden dabei zu stark relativiert. Nur in Ausnahmefällen, die einzelfallbezogen zu beurteilen sind, ist der Gesetzesvorbehalt aufgrund kollidierender (materieller) Prinzipien, etwa einem grundrechtlichen Schutzgebot bzw. einem dringenden Bedürfnis nach dynamischem Grundrechtsschutz, anzupassen. Die trotzdem bestehende Flexibilität des Gesetzesvorbehalts ergibt sich also weniger aus seiner Eigenschaft als Optimierungsgebot, sondern daraus, dass seine Anforderungen von vornherein von variablen Faktoren (etwa Eingriffsintensität, gesellschaftliche Tragweite) abhängen.

## c) Einbezug der Eröffnung richterlicher Ermessensspielräume

Der Vorwurf, die Geltung des Gesetzesvorbehalts schränke die Sachgerechtigkeit gerichtlicher Entscheidungen drastisch ein, blendet gesetzliche Regelungstechniken, mittels derer Gerichten Ermessensspielräume eingeräumt werden, weitgehend aus.<sup>134</sup> Diese Perspektive ist zu eng, denn gerade unter Ausschöpfung solcher – vom Gesetzgeber bewusst geschaffenen<sup>135</sup> – Ermessensspielräume (insb. Generalklauseln<sup>136</sup>, unbestimmte Rechtsbegriffe<sup>137</sup>, Wertungsmaßstäbe) ergibt sich oftmals die erforderliche Flexibilität für eine den Umständen des Einzelfalls gerecht werdende Entscheidungsfindung.<sup>138</sup> Insofern überzeugt auch der Vorwurf eines „Etikettenschwindels“<sup>139</sup> nicht. Vielmehr ist weitgehend anerkannt, dass dem Erfordernis des Gesetzesvorbehalts auch mittels Generalklauseln, die den Rechtsanwendern weite Ermessensspielräume einräumen, Rechnung getragen werden kann, soweit sie Mindestanforderungen der Bestimmtheit genügen.<sup>140</sup> Nach der Wesentlichkeitstheorie ist die Reichweite zulässiger Delegation zwar begrenzt.<sup>141</sup> Sofern sich aber der auf Basis einer Generalklausel gerichtlich entwickelte Rechtssatz methodisch korrekt auf eine gesetzgeberische Intention zurückführen lässt, wird diese Grenze in der Regel nicht überschritten.<sup>142</sup> Selbst

<sup>134</sup> Bezeichnend ist folgender Randhinweis bei *Neuner*, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159, 161 Fn. 8: „Der Hinweis auf die Möglichkeit generalklauselartiger Kodifikationen, die dem Gesetzesvorbehalt genügen würden (vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324), läuft jedenfalls im Zivirecht weitgehend auf einen Etikettenschwindel hinaus.“ *Poscher* spricht sich an besagter Stelle für die Geltung des Gesetzesvorbehalts gegenüber der Rechtsprechung im Privatrecht aus und führt in diesem Zusammenhang an, dass die Generalklauseln den Gerichten „grundsätzlich eine gesetzlich abgestützte Entscheidung [ermöglichen], wo sie sich nicht auf eine spezialgesetzliche Regelung eines Konflikts beziehen können.“

<sup>135</sup> Zu dem bereits bei Entstehung des BGB vorhandenen Bewusstsein für die Funktion der Generalklauseln als Instrument zur Öffnung der Privatrechtsordnung für Flexibilisierung und (geordnete) richterliche Freiräume (damals noch nicht unter der Bezeichnung als „Generalklausel“) *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 103–110. Eine ausführliche „Generalklauseldebatte“ wurde erst bei Entstehung der Generalklausel des § 1 UWG a.F. (Vorgängervorschrift des heutigen § 3 UWG) geführt, die sich in zwei Schritten vollzog: Im ersten UWG von 1896 entschied man sich für eine kasuistische Regelungsstruktur, im zweiten UWG von 1906 wurde – in Reaktion auf die Unwirksamkeit spezieller Verbotstatbestände aufgrund ihrer Umgehbarkeit – eine Generalklausel eingeführt, um dem Problem des unlauteren Wettbewerbs beizukommen; eingehend dazu *Auer*, ebd., S. 110–115.

<sup>136</sup> Z.B. §§ 138 Abs. 1, 242, 314 Abs. 1, 826, 817 S. 2 BGB.

<sup>137</sup> Die Begrifflichkeit „unbestimmte Gesetzesbegriffe“ wäre treffender.

<sup>138</sup> Ähnlich unter Annahme der Geltung des Gesetzesvorbehalts auch für die Privatrechtsprechung *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324.

<sup>139</sup> *Neuner*, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 159, 161 Fn. 8.

<sup>140</sup> Siehe etwa zur Zulässigkeit von Generalklauseln als Ermächtigungsgrundlagen für die polizeiliche Eingriffsverwaltung BVerfGE 54, 143, 144 f.; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 112020, § 5 Rn. 5.

<sup>141</sup> Darauf hinweisend *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 191.

<sup>142</sup> Näher zu methodischen Anforderungen, die aus der Geltung des Gesetzesvorbehalts folgen, unter § 12.

wenn die Funktion der Generalklausel sich bisweilen darauf beschränkt, Ausgangspunkte, äußere Grenzen sowie Grundwertungen für richterliche Rechtsfindung vorzugeben,<sup>143</sup> kann dies den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügen, insbesondere wenn es um Sachfragen geht, die ob ihrer geringen Grundrechtsintensität keiner hohen Regelungsdichte bedürfen. Wie im nächsten Abschnitt noch näher erläutert wird, schließt die Geltung des Gesetzesvorbehalts richterliche Flexibilität und Einzelfallbetrachtung nicht aus und limitiert den Gesetzgeber nicht auf eine starre, rein regel-, statt prinzipienbasierte Regelungstechnik, sondern lässt gerade in Bereichen, in denen eine einzelfallbezogene Interessenabwägung typischerweise notwendig ist, die Einräumung richterlicher Spielräume mittels Verwendung von Generalklauseln zu.<sup>144</sup>

### III. Limitiertes Einschränkungspotenzial des Gesetzesvorbehalts für die Judikative

Die besonders im Privatrecht stark ausgeprägte Skepsis gegenüber der Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Grenze richterlicher Rechterzeugung gründet nicht zuletzt in der Sorge, dass richterliche Gestaltungsspielräume dadurch sehr empfindlich eingeschränkt würden. Dabei wird der Gesetzesvorbehalts häufig mit einem strikten Rechtsfortbildungsverbot<sup>145</sup> oder Analogieverbot nach dem Vorbild des Art. 103 Abs. 2 GG<sup>146</sup> assoziiert.<sup>147</sup> Vom Gesetzesvorbehalt erfasste Bereiche werden solchen, die der *normalen Gesetzesbindung* unterliegen, gegenübergestellt.<sup>148</sup> Daran anknüpfend wird aus methodischer Perspektive gefolgert, dass innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzesvorbehalts bloß die Auslegung gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen (*intra legem*), nicht aber Rechtsfortbil-

<sup>143</sup> So *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 191.

<sup>144</sup> Zur Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des Wertungsgegensatzes zwischen formaler und materialer Realisierbarkeit im Privatrecht, insbesondere als Ausdruck des Spannungsfeldes zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, siehe *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 59–63.

<sup>145</sup> Siehe *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123 („unüberwindliche Schranke richterlicher Rechtschöpfung“); vgl. auch die Einordnung bei *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 134–138 („Sonderfall: Gesetzliche Rechtsfortbildungsverbote“); *Dürig*, VVDStRL 34 (1976), S. 133 kritisiert am Vorschlag *Starcks*, VVDStRL 34 (1976), 43, 81 ff., den Gesetzesvorbehalt als Grenze der Rechtsprechung zu beachten, damit werde „die Rechtsverweigerung zum Prinzip erh[ö]hen“.

<sup>146</sup> In BVerfGE 71, 108, 115 wurde zum Verbot analoger Anwendung nach Art. 103 Abs. 2 GG präzisiert: „„Analogie“ ist nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechts-„Anwendung“, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.“

<sup>147</sup> So die Beobachtung von *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 129–131, 166.

<sup>148</sup> Krit. zu dieser „Zweiteilung“ *Kruse*, ebd., S. 99 f., 128 f.

dung praeter legem zulässig sei. Im Bereich der gewöhnlichen Gesetzesbindung wird Rechtsfortbildung praeter legem hingegen als zulässig erachtet und nur contra-legem Judizieren als unzulässig angesehen.<sup>149</sup> Diese Zweiteilung leuchtet auf den ersten Blick ein und für den Bereich des Strafrechts trifft die Annahme eines Verbots belastender Rechtsfortbildung auch weitgehend zu. Bei näherer Betrachtung erscheint die Aufteilung jedoch – von der schwierigen Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung abgesehen<sup>150</sup> – ungeeignet, die Konsequenzen der Vorbehaltslehre für die Rechtsprechung zu erfassen. So führt die Interpretation des Gesetzesvorbehalts als generelles, strenges Rechtsfortbildungsverbot zu einer übertriebenen Dramatisierung der Konsequenzen einer Übertragung des Grundsatzes auf die Rechtsprechung und verkennt dessen beweglichen Charakter.<sup>151</sup> Dies verdeutlicht ein Blick auf Rechtsgebiete, in denen eine strenge Gesetzesvorbehaltsgeltung für die Rechtsprechung unzweifelhaft ist (1.). Allgemein sprechen das variable Anforderungsprofil des Gesetzesvorbehalts (in Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie) und seine demokratische Fundierung, die ein variables Legitimationsniveau anerkennt, eher gegen die Gleichsetzung mit einem starren Rechtsfortbildungsverbot (2.). Schließlich verdeutlicht der Umgang mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen die Notwendigkeit, aus dem Gesetzesvorbehalt auch methodische Vorgaben abzuleiten, weil dort eine strikte Orientierung am Normwortlaut nicht ergiebig ist (3.).

### 1. Straf- und Steuerrecht als Referenzpunkte

Auch in Bereichen, in denen ein strenger Gesetzesvorbehalt an die Judikative adressiert wird, ist eine gewisse Lockerung vom Gedanken der strengen Wortlautgrenze zu konstatieren.

So geht das BVerfG selbst im Strafrecht davon aus, dass eine „weite Auslegung des Wortsinns“ geboten sein könne, gerade wenn „der Normzweck eindeutig und offensichtlich ist“.<sup>152</sup> Die Verwendung von unbestimmten Begriffen oder Generalklauseln ist auch hier zulässig, wobei den Gerichten dann die Aufgabe zukommt, diese anhand der üblichen Auslegungsmethoden (einschließlich geset-

---

<sup>149</sup> In diese Richtung *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 636: „[D]as strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 II GG, § 1 StGB) und der Gesetzesvorbehalt für hoheitliche Eingriffe machen eine Abgrenzung von schlichter Auslegung und Rechtsfortbildung notwendig.“ Vgl. dazu auch *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 128.

<sup>150</sup> Dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 187 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 796 ff.; krit. zu Abgrenzungsversuchen *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25, 46–49.

<sup>151</sup> Ähnlich *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 130 f.

<sup>152</sup> BVerfGE 160, 284, 322.

zessystematischer und teleologischer Erwägungen) zu präzisieren und Rechtsunsicherheiten zu minimieren.<sup>153</sup> Auch bezüglich der Festlegung der Strafrechtsfolgen bestehen bekanntlich Entscheidungsspielräume, sodass Richter innerhalb eines gesetzlich festgelegten Strafrahmens die im Einzelfall angemessene Strafe bestimmen können.<sup>154</sup> So ist anerkannt, dass der Gesetzgeber auf ein „abstraktes Höchstmaß an Präzision verzichte[n]“ darf, das mit absoluten Strafen theoretisch erreichbar wäre.<sup>155</sup> Allgemein legt das BVerfG einen beweglichen Maßstab zugrunde, wonach die Strafbarkeitsvoraussetzungen und Strafrechtsfolgen vom Gesetzgeber umso genauer festgelegt und präziser bestimmt werden müssen, je schwerer die angedrohte Strafe ist,<sup>156</sup> wobei auch der Normadressatenkreis (insb. dessen Sach- und Fachkundigkeit) von Bedeutung ist.<sup>157</sup>

Im Steuerrecht, wo grundsätzlich ein strenger Gesetzesvorbehalt (bzw. Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung) gilt,<sup>158</sup> erkennt das BVerfG die Befugnis zur „rechtsfortbildenden Auslegung“ der Gerichte an.<sup>159</sup> Auch hier wird ein variabler Standard angelegt, wonach die Rückbindung an Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts umso stärker ist, je intensiver eine grundrechtlich geschützte Position beeinträchtigt wird.<sup>160</sup> Die (offene oder verdeckte) Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an die rechtsanwendenden Organe ist nicht ausgeschlossen, sondern innerhalb beweglicher Grenzen zulässig,<sup>161</sup> wobei die Auslegungs- und Konkretisierungsleistung der Gerichte berücksichtigt werden kann. Beispielsweise eröffnet die Generalklausel des §42 AO,<sup>162</sup> welche die Verhinderung von Gestaltungsmissbräuchen zum Ziel der Steuerumgehung be-

<sup>153</sup> BVerfGE 160, 284, 319–322.

<sup>154</sup> Vgl. BVerfGE 105, 135, 154, wo auch aus dem verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz, nach dem die im Einzelfall verhängte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters stehen muss, gefolgert wird, dem Richter müsse die Möglichkeit belassen werden, in einem Strafrahmen die Strafe für den Einzelfall je nach seiner Überzeugung von Unrecht und Schuld des Täters anzupassen.

<sup>155</sup> BVerfGE 105, 135, 154.

<sup>156</sup> BVerfGE 48, 48, 57; 105, 135, 155 f.; 153, 310, 341 f.; 160, 284, 319 (m.w.N.).

<sup>157</sup> BVerfGE 153, 310, 342, 352 f.; 160, 284, 319.

<sup>158</sup> Näher *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 698–702; besonders starke Begrenzungswirkung kommt diesem bei *belastender* Rechtsfortbildung von Steuertatbeständen zu, vgl. *Schön*, DStJG 33 (2010), 29, 54–56.

<sup>159</sup> BVerfG NVwZ 2017, 617 Rn. 22 mit dem Zusatz: „Dabei umreißt die Auffassung, ein Richter verletze seine Gesetzesbindung gem. Art. 20 Abs. 3 GG durch jede Auslegung, die nicht im Wortlaut des Gesetzes vorgegeben ist, die Aufgabe der Rechtsprechung zu eng.“ Zur Zulässigkeit richterrechtlich entwickelter steuerrechtlicher Rechtsinstitute siehe etwa BVerfGE 69, 188, 202 ff. (zur Betriebsaufspaltung); BVerfG NJW 1993, 2734 (zum Sonderbetriebsvermögen bei Personengesellschaften).

<sup>160</sup> BVerfG NVwZ 2017, 617 Rn. 20; zustimmend *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 711.

<sup>161</sup> Vgl. *Barth*, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, 1996, S. 422–426.

<sup>162</sup> Näher zu §42 AO als deutsche „General Anti-Avoidance-Rule“ *Schön*, DStJG 33 (2010), 29, 56–63.

zweckt, Gerichten große Auslegungs- und Rechtsfortbildungsspielräume, die im Einzelfall auch eine steuerverschärfende Analogie umfassen können.<sup>163</sup> Dabei sichern weniger die Tatbestandsmerkmale des § 42 AO den Primat des Gesetzgebers als die von den Gerichten zu ermittelnde Teleologie der (umgangenen) Einzelsteuergesetze.<sup>164</sup>

Wenn also selbst in Bereichen, in denen herkömmlich ein strenger Gesetzesvorbehalt an die Judikative adressiert wird, dieser nicht stets im Sinne einer starren Wortlautgrenze, sondern als beweglicher Maßstab verstanden wird, gilt dies – erst recht – auch für weniger eingriffsintensive und mithin auf geringere legislative Determinierung angewiesene Rechtsbereiche. Beispielsweise hat das BVerfG bezüglich der Anforderungen des Grundrechtsvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG formuliert, dass dieser für eine die Berufsausübung einschränkende Gerichtsentscheidung nicht zwingend eine „ausdrückliche und bestimmte normative Regelung“ verlange.<sup>165</sup> Es könne sich auch „aus einer Gesamtregelung [...] unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in Rspr. und Schrifttum eine hinreichend erkennbare und bestimmte, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügende Regelung der Berufsausübung ergeben.“<sup>166</sup>

## 2. Stufencharakter und demokratische Komponente des Gesetzesvorbehalts

Die vom Gesetzesvorbehalt verlangte gesetzliche Regelungsdichte respektive der Gestaltungsspielraum der Rechtsanwender kann graduell je nach betroffenem Regelungsgegenstand und Intensität der Einwirkung variieren. Dies kommt in der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG deutlich zum Ausdruck, die die erforderliche Regelungsdichte der gesetzlichen Grundlage insbesondere von der Grund-

---

<sup>163</sup> *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 711 f.; *Koenig*, in: *Koenig*, Abgabenordnung, 42021, § 42 Rn. 2 f. Entscheidend für die Legitimation der Zurücknahme des rechtsstaatlichen (Vertrauens-)Schutzgehalts des Gesetzesvorbehalts bei der Anwendung des § 42 AO liegt in der vom Steuerpflichtigen gewählten unangemessenen Gestaltung, die sich etwa in innerer Widersprüchlichkeit oder einer besonders artifiziellen Struktur manifestieren kann; vgl. dazu *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 711; *Schön*, DStJG 33 (2010), 29, 60 f.

<sup>164</sup> So *Osterloh-Konrad*, Die Steuerumgehung, 2019, S. 700.

<sup>165</sup> BVerfGE 54, 224, 234. In BVerfGE 108, 150, 159 f. (zu einer zivilgerichtlichen Bestätigung eines Sozietätsverbots für Anwälte) scheint das BVerfG die gerichtliche Befugnis zur Grundrechtsbeschränkung besonders weit vom Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage (gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) zu lösen. Dortige Aussage ist aber nicht verallgemeinerbar, denn es bewendet bei der Feststellung, der Fall gebe „keinen Anlass, die Grenzen richterlicher Rechtsauslegung und -fortbildung allgemein und abschließend festzulegen“.

<sup>166</sup> BVerfGE 54, 224, 234 f. In der Konstellation fehlte indes auch ein ausreichender Auslegungsbezug zu einem Gesetz, sodass das BVerfG in der die Berufsausübung einschränkenden Entscheidung (des Bundessozialgerichts) einen Verstoß gegen das Erfordernis des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sah.

rechtsintensität der zu treffenden staatlichen Entscheidung abhängig macht.<sup>167</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage als eine Art Stufenfolge<sup>168</sup> oder Skala<sup>169</sup> beschreiben, an deren oberem Ende die strengen Gesetzesvorbehalte für strafrechtliche Sanktionen (Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG) stehen, während privatrechtliche Gestaltungsgrenzen eher am unteren Ende anzusiedeln sind, da ihnen in der Regel eine weniger freiheitseinschränkende Wirkung zukommt.<sup>170</sup> Dieser bewegliche Maßstab gilt sowohl für die (positive) Regelungspflicht des Gesetzgebers als auch bezüglich der (negativen) Kompetenzgrenze im Bereich der Rechtsanwendung. Für die Rechtsprechung im Allgemeinen ist demnach festzuhalten, dass eine umso engere Rückbindung ihrer Entscheidungen an gesetzliche Grundlagen erforderlich ist, je empfindlicher dadurch Grundrechte eingeschränkt werden. Zudem kann ins Gewicht fallen, dass Entscheidungen von besonderer gesellschaftlicher Tragweite und/oder politischer Umstrittenheit involviert sind. Anders formuliert, führt die Geltung des Gesetzesvorbehalts je nach Entscheidungskontext zu einer graduellen *Verstärkung der Gesetzesbindung*.<sup>171</sup>

Auch die demokratische Komponente des Gesetzesvorbehalts spricht nicht für dessen Handhabung als striktes Rechtsfortbildungsverbot. Sie bezieht nämlich die legitimierende Wirkung der vom Parlamentsgesetz ausgehenden Regulations- bzw. Steuerungsentention ein, die aber oftmals nicht unmittelbar im Normwortlaut Ausdruck findet, sondern erst durch Auslegung ermittelbar ist und zur Umsetzung möglicherweise einer Rechtsfortbildung bedarf. So kann dem gesetzgeberischen Regelungsziel bisweilen am ehesten entsprochen werden, indem etwa eine Regelungslücke durch analoge Anwendung oder extensive Aus-

<sup>167</sup> Vgl. nur BVerfGE 33, 125, 160: „[D]as zulässige Maß des Eingriffs in den Grundrechtsbereich [muß] um so deutlicher in der gesetzlichen Ermächtigung bestimmt werden, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beeinträchtigt, je intensiver eine auf Dauer angelegte Lebensentscheidung des Einzelnen und das Interesse der Allgemeinheit an der Art und Weise der Tätigkeit berührt werden.“ Vor diesem Kontext ist auch von einer „Gleitformel“ die Rede, vgl. *Ladeur/Gostomyk*, Die Verwaltung 36 (2003), 141, 149; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 6 Rn. 14; krit. zum Zusammenhang von Regelungsdichte und Eingriffsintensität *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 253–256.

<sup>168</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 6 Rn. 14 (zum Verhältnis Legislative/Exekutive).

<sup>169</sup> *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 168.

<sup>170</sup> Vgl. *Kruse*, ebd., S. 168; ähnlich *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 69.

<sup>171</sup> Ähnlich *Seidl*, ZGR 1988, 296, 299 f.; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 167 („Verschärfung der allgemeinen Gesetzesbindung“, „Feinststeuerung der Gesetzesbindung“); in diese Richtung auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 247 („Erfordernis einer besonderen Legitimation für eine Rechtsfortbildung“); *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 334 f. („Zusammenspiel von Vorbehaltprinzip und Vorrangprinzip“); *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, <sup>3</sup>1999, Rn. 657, 665.

legung geschlossen wird. Dabei ist in erster Linie ein besonders sorgfältiger Nachvollzug der Regelungsintention erforderlich.<sup>172</sup> Kann auf diesem Wege ein gesetzgeberisches Regelungsziel eindeutig identifiziert werden, so erscheint zum Zweck seiner Umsetzung auch im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts größere richterliche Gestaltungsfreiheit zulässig.<sup>173</sup>

### 3. Umgang mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen

Der Umgang mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen ist im hiesigen Kontext von besonderem Interesse, weil im Zuge ihrer Anwendung die Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung – und damit zugleich die Abgrenzung der Kompetenzsphären von Gesetzgebung und Rechtsprechung – besonders schwerfällt. Demgemäß werden Generalklauseln gerade im privatrechtlichen Diskurs auch als „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“<sup>174</sup>, „Delegationsnormen“<sup>175</sup>, „Ermächtigungsnormen“<sup>176</sup> oder „gesetzgeberisch geplante Lücken“<sup>177</sup> bezeichnet.<sup>178</sup> Dem Rechtsanwender kommt bei Anwendung solcher Normen eine *Konkretisierungsaufgabe* zu,<sup>179</sup> die ihm eine große Spezifizierungs-

<sup>172</sup> Zu vorrangigen Auslegungsmethoden im Anwendungsbereich des Eingriffsvorbehalts unter § 12 II. 3.

<sup>173</sup> Dabei ist im Einzelfall auch immer zu prüfen, inwieweit die konkrete Gestaltung den Rechtsunterworfenen unter rechtsstaatlichen Aspekten (insb. der Vorhersehbarkeit) zumutbar ist. Wird etwa vom Normadressaten bewusst eine artifizielle Rechtsgestaltung vorgenommen, um sich dem Anwendungsbereich einer Norm zu entziehen, so ist sein Vertrauen in die wortlautgetreue Normanwendung weniger schützenswert, vgl. dazu im Kontext der Steuerumgehung *Osterloh-Konrad*, *Die Steuerumgehung*, 2019, S. 711. Im Strafrecht wird in BVerfG NZV 2023, 118 Rn. 37 angenommen: „Gerade wenn der Normzweck eindeutig und offensichtlich ist, kann eine daran orientierte weite Auslegung des Wortsinns geboten sein, denn unter diesen Voraussetzungen kann der Normadressat das strafrechtlich Verbotene seines Handelns vorhersehen.“

<sup>174</sup> *Hedemann*, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933, S. 58.

<sup>175</sup> *Heck*, *Grundriß des Schuldrechts*, 1929, § 4, S. 11–16 (insb. zu §§ 242, 157, 826 BGB); s.a. *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, <sup>2011</sup>, S. 583 („bewußte Ermächtigung an die Entscheidungsorgane“); am Rande auch *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, <sup>1983</sup>, S. 27 („eine Art delegierte Gesetzgebungsgewalt“); *Ossenbühl*, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, 1988, S. 11 („apokryphe Delegation von Gesetzgebungsmacht auf die anwendenden Instanzen, letztlich auf den Richter“).

<sup>176</sup> *Flume*, *Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages 1967*, K 30.

<sup>177</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, <sup>12</sup>2022, Rn. 836; gegen eine Einordnung als Lücke mangels Planwidrigkeit aber *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, <sup>1983</sup>, S. 26 f.

<sup>178</sup> Näher zum Delegationsgedanken *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 49 ff. m.w.N.; zu Schwächen des Delegationsgedankens *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, S. 132–134, die von einer „Scheinrationalisierung des auf der Grundlage der Generalklausel entstandenen Richterrechts“ spricht.

<sup>179</sup> Zum Begriff der Konkretisierung aus methodischer Sicht *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, <sup>2</sup>2020, Rn. 476; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, <sup>2</sup>2023, S. 325 ff.; s.a. *Zimmermann*, *RabelsZ* 83 (2019), 241, 281 mit Fn. 282.

leistung abverlangt und auch Elemente schöpferischer Gestaltung enthalten kann, weil der Normwortlaut (z.B. „Treu und Glauben“, „gute Sitten“, „wesentliche Beeinträchtigung“) eine Subsumtion nicht unmittelbar zulässt.<sup>180</sup> Setzt man nun aber den Gesetzesvorbehalt mit einem Rechtsfortbildungsverbot gleich, folgte daraus streng genommen, dass in seinem Geltungsbereich der Einsatz von Generalklauseln bzw. der Rückgriff der Rechtsprechung auf solche schlicht unzulässig wäre, weil ihre Anwendung ja gerade Elemente eigener Rechtserzeugung impliziert.

In diese Richtung lässt sich nach strenger Lesart der Scheinvater-Beschluss des BVerfG deuten, in dem § 242 BGB nicht als hinreichende gesetzliche Grundlage zur Herleitung eines persönlichkeitsrechtsintensiven Auskunftsanspruchs erachtet wurde.<sup>181</sup> Allerdings wird die Zulässigkeit der Verwendung von Generalklauseln im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts nicht bestritten.<sup>182</sup> Vielmehr ist selbst im Geltungsbereich strenger Gesetzesvorbehalte, namentlich im Strafrecht, die Verwendung von Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und Blankettnormen zulässig.<sup>183</sup> Der Gesetzgeber soll auch in solchen eingriffssensitiven Bereichen in der Lage sein, „der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden“.<sup>184</sup> Dazu ist die Funktion der Generalklauseln, eine flexible einzelfallbezogene Rechtsanwendung sowie die Erfassung neuer Sachverhalte und Aufnahme neuer gesellschaftlicher Wertvorstellungen zu ermöglichen, unverzichtbar.<sup>185</sup> Dies gilt gerade für das Privatrecht, wo die Eingriffsintensität gerichtlicher Entscheidungen tendenziell geringer und der Anpassungsbedarf an soziale Veränderungen besonders hoch ist.<sup>186</sup> Den Gerichten kommt somit die essenzielle Aufgabe zu, durch gefestigte Rechtsprechungslinien und Fallgruppenbildung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung unbestimmter Gesetzesnormen zu

---

<sup>180</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 286.

<sup>181</sup> BVerfGE 138, 377, 395 (näher dazu unter § 1 II.). In dortiger Konstellation geht das BVerfG allerdings davon aus, dass das durchzusetzende Interesse des Scheinvaters verfassungsrechtlich deutlich geringer wiegt als das durch die Anspruchsgewährung beeinträchtigte Interesse der Kindesmutter.

<sup>182</sup> Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 166.

<sup>183</sup> Vgl. BVerfGE 153, 310, 341 f.; 160, 284, 318 f.; BVerfG NZV 2023, 118 Rn. 36; zur Eingriffsverwaltung BVerfGE 8, 274, 326.

<sup>184</sup> BVerfGE 153, 310, 341; 160, 284, 318; zur Eingriffsverwaltung BVerfGE 8, 274, 326.

<sup>185</sup> Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 185; näher zu Funktionen von Generalklauseln und Blankettnormen Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 29–35.

<sup>186</sup> So genügen etwa die deliktischen Generalklauseln (z.B. § 826 BGB) grds. den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, vgl. BVerfGE 7, 198, 214 (zu Art. 5 Abs. 2 GG); zust. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322 f.

gewinnen<sup>187</sup> und damit auch die Berechenbarkeit der Normanwendung zu verbessern.<sup>188</sup>

Fräglich bleibt somit, inwiefern der Gesetzesvorbehalt gegenüber gerichtlicher Gestaltungsbefugnis bei der Anwendung von Generalklauseln überhaupt eine Begrenzungswirkung entfalten kann. Genügte jede Generalklausel – im Privatrecht etwa § 242 BGB – einschränkungslos als gesetzliche Grundlage in Entscheidungssituationen, die den Gesetzesvorbehalt auslösen, so liefe die Begrenzungswirkung leer.<sup>189</sup> Der Verfassung sind mit Blick auf die Delegationsproblematik zwischen Legislative und Judikative allerdings keine ausdrücklichen Vorgaben zu entnehmen, wie sie etwa Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bezüglich der Verordnungsmächtigung zugunsten der Exekutive vorsieht.<sup>190</sup> Es fehlen auch einfachgesetzlich verankerte Vorgaben, wie etwa in § 40 VwVfG bezüglich der behördlichen Ermessensermächtigung.<sup>191</sup> Gleichwohl ist kaum zu bestreiten, dass auch gegenüber der Rechtsprechung eine völlig indeterminierte Ermächtigungsnorm unzulässig wäre, die keinerlei Begrenzungswirkung entfaltet und keine gesetzgeberische Regelungsintention erkennen ließ. Das BVerfG geht denn auch

---

<sup>187</sup> Die Selbstständigkeit richterlicher Rechtsfindung gegenüber der Gesetzgebung betont bereits *Bilow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 33: „[E]s wäre eine völlig verfehlete Hoffnung, wenn die Gesetzgebung etwa glaubte, der Selbstständigkeit und den Schwierigkeiten der richterlichen Rechtsfindung dadurch vorbeugen zu können, daß sie selber möglichst aufs Einzelne und Besondere einginge.“; s. a. *Portalis*, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil, 1801, S. 7 f. (zum ersten Entwurf des französischen Code Civil): „Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu’il est impossible au législateur de pourvoir à tout. [...] L’office de la loi est de fixer, par des grandes vues, les maximes générales du droit [...]. C’est au magistrats et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application.“ (zitiert aus: Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis, Portalis, Frédéric [Hrsg.], 1844). Ein detailgenaues Kodifikationsideal lag in Deutschland letztmals dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 zugrunde, vgl. *Zimmermann*, The Cambridge Law Journal 56 (1997), 315, 325 f.

<sup>188</sup> Vgl. im strafrechtlichen Kontext BVerfG NZV 2023, 118 Rn. 36 („Präzisierungsgebot“, „besondere Verpflichtung, an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken“).

<sup>189</sup> *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 129.

<sup>190</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 683, der aus dem Fehlen einer Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechenden Regelung für die Judikative schließt, der Verfassungsgeber habe richterliche Rechtsfortbildung keinen ähnlichen Anforderungen unterstellen wollen. Dieser Schluss erscheint nicht zwingend, da der Judikative in der Verfassung schlicht keine mit dem behördlichen Verordnungserlass vergleichbare Rechtssetzungsbefugnis eingeräumt wird. Die alleinige Normierung der richterlichen Gesetzesbindung (Art. 97 Abs. 1 GG) schließt es also nicht zwingend aus, in Fällen (aktiver) judikativer Rechtsgestaltung auf der Basis von Delegationsnormen auf die Maßstäbe des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Bezug zu nehmen.

<sup>191</sup> Allerdings korrespondiert § 114 VwGO hinsichtlich der gerichtlichen Ermessenskontrolle mit den Anforderungen des § 40 VwVfG, sodass die Gerichte die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens“ freilich auch nicht selbst überschreiten dürfen bzw. an den „Zweck der Ermächtigung“ gebunden sind.

mit Blick auf das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung von der Geltung des Bestimmtheitsgrundsatzes als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips aus, betont aber zugleich, dass „bei der Ableitung konkreter Bindungen mit Behutsamkeit vorzugehen [ist]“.<sup>192</sup> So wurde etwa hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel in § 1 UWG a.F.,<sup>193</sup> die an missbilligte Wettbewerbsbehandlungen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche knüpft und somit zu einer Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit und zum Teil auch der Meinungsfreiheit ermächtigt, die Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Bestimmtheit (und Rechtssicherheit) vom BVerfG bejaht.<sup>194</sup>

Vor diesem Hintergrund ist eine Konkretisierung dessen, was mit der bereits angesprochenen „Verstärkung der Gesetzesbindung“ im Vorbehaltsbereich gemeint ist, erforderlich. In dieser Untersuchung wird der Versuch unternommen, aus dem Gesetzesvorbehalt, d.h. seiner rechtsstaatlich-grundrechtlichen und demokratisch-gewaltenteilungsbezogenen Funktion, Anforderungen für die Methodik richterlicher Rechtsfindung abzuleiten.<sup>195</sup> Diese sind entscheidend, damit Gerichte im Zuge der Anwendung von Ermächtigungsnormen den Umfang und die Grenzen ihrer Befugnisse selbst ermitteln können.<sup>196</sup> Gerade bei der gerichtlichen Konkretisierung von Generalklauseln bedarf es – jenseits der insoweit wenig ergiebigen Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung – angepasster methodischer Vorgaben, die im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts auf die Wahrung der gesetzgeberischen Zwecksetzungsprärogative und eines Mindestmaßes an Voraussehbarkeit gerichtet sind.<sup>197</sup>

---

<sup>192</sup> So etwa BVerfGE 111, 54, 82; BVerfG NJW 2014, 1874 Rn. 40.

<sup>193</sup> Das aktuelle UWG enthält in § 3 Abs. 1 und 2 UWG Generalklauseln, die einen Normkonkretisierungsauftrag an die Gerichte enthalten (näher *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, <sup>8</sup>2023, § 3 Rn. 10) und an die Anspruchsgrundlagen für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche anknüpfen.

<sup>194</sup> Vgl. BVerfGE 32, 311, 317; 102, 347, 360 f.; BVerfG GRUR 2001, 1058, 1059 (im Kontext der Prüfung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit); zur Vereinbarkeit lauterkeitsrechtlicher Generalklauseln mit dem Bestimmtheitsgrundsatz auch *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, <sup>8</sup>2023, § 3 Rn. 11.

<sup>195</sup> In diese Richtung auch *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 167, die annimmt, im Bereich von Gesetzesvorbehalten müsse „dem Wortlaut im Rahmen der richterlichen Entscheidungsfindung ein gesteigertes Gewicht beigemessen“ werden, womit historische, systematische und teleologische Argumente nicht ausgeschlossen, aber weniger durchsetzungsfähig gegenüber der Gesetzesformulierung seien als außerhalb von Gesetzesvorbehalten.

<sup>196</sup> So mit Bezug auf den Vorbehaltsbereich der Exekutive auch *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, <sup>2</sup>1968, S. 33; allg. zu Grenzen für die methodisch zulässige Konkretisierung von Generalklauseln *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 584.

<sup>197</sup> Zu methodischen Konsequenzen des Eingriffsvorbehalts für die gerichtliche Rechtsanwendung § 12.

#### 4. Zwischenbetrachtung

Vorstehende Überlegungen relativieren die Befürchtung einer drastischen Einschränkung richterlicher Spielräume bei der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung infolge der Übertragung der Vorbehaltslehre. Diese lässt sich vielmehr mit methodischen Anforderungen an die Rechtsanwendung verknüpfen, sodass Gesetzesvorbehalt und Gesetzesbindung im Sinne eines Zusammenspiels zu betrachten sind.<sup>198</sup> Dabei ermöglicht die Vorbehaltslehre Schlüsse auf eine verstärkte Gesetzesbindung bzw. die Eignung bestimmter Methoden der Gesetzesanwendung.<sup>199</sup> Eine wichtige Erkenntnis besteht also darin, dass die „Wahl der [bei Auslegung des einfachen Rechts] anzuwendenden Methode“ nicht allein „Sache der Fachgerichte“ ist,<sup>200</sup> wie das BVerfG bisweilen formuliert.<sup>201</sup> Es erweist sich vielmehr auch unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts als richtig, dass Methodenfragen (auch) Verfassungsfragen sind.<sup>202</sup>

Die so skizzierte „vorsichtige“ Übertragung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung schließt ein „Modell eines arbeitsteiligen Zusammenwirkens von Legislative und Judikative im Rahmen der Rechtserzeugung“<sup>203</sup> nicht aus. Den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, die in ihrer Strenge je nach Entscheidungsgegenstand variieren können, wird nämlich oftmals auch eine richterliche Gestaltung genügen können, sofern sie auf Anknüpfungspunkten im Gesetz beruht bzw. eindeutig auf die Regelungsintention des Gesetzgebers zurückführbar ist und ihre Herleitung aus dem Gesetz sorgfältig begründet wird.

---

<sup>198</sup> Ähnlich *Biaggini*, *Verfassung und Richterrecht*, 1991, S. 334–336.

<sup>199</sup> In diese Richtung auch *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, <sup>11</sup>2013, S. 295: „Der rechtsstaatliche Vorbehalt des Gesetzes ist nicht nur einer des auf dem Papier der Gesetzesammlung stehenden Normtexts, sondern auch der des korrekt konkretisierten Gesetzes, der legal hergestellten Rechts- und Entscheidungsnorm.“; s.a. *Kruse*, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, 2019, S. 167 f. („gesteigertes Bedürfnis nach einer Rückbindung des Judikativaktes an das vom Gesetzgeber ausgesprochene“; Hervorhebung im Original); *Seidl*, *ZGR* 1988, 296, 299 f.

<sup>200</sup> So BVerfGE 82, 6, 11; 96, 375, 394.

<sup>201</sup> Krit. dazu *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, S. 25, 36.

<sup>202</sup> *Rüthers*, *JZ* 2006, 53, 60; *ders.*, *Rechtstheorie* 40 (2009), 253, 272; s.a. *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, <sup>11</sup>2013, Rn. 289; zustimmend für die Zivilrechtsprechung *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 394 f.

<sup>203</sup> *Vofßkuhle*, in: *FS Stürner*, 2013, S. 79, 83.

#### IV. (Un-)Möglichkeit funktionaler Interferenz zwischen Judikative und Legislative?

Zum Teil wird die Übertragung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung mit der Erwägung abgelehnt, die Möglichkeit einer Funktionenverschränkung zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung bestehe gar nicht<sup>204</sup> oder sei jedenfalls nicht mit dem (politischen) Konkurrenzverhältnis zwischen Legislative und Exekutive vergleichbar, auf das der Gesetzesvorbehalt originär abziele. So lehnt *Philipp Lassahn* die Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative vor allem mit dem Argument ab, dass jene nicht in vergleichbarer Weise wie die Exekutive in „politische Konkurrenz“ zum Gesetzgeber trete.<sup>205</sup> Dabei bestreitet *Lassahn* zwar nicht, dass Gerichte – auch politische – Staatsgewalt ausüben<sup>206</sup> und zum Teil „wesentliche“ Rechtsbereiche prägen.<sup>207</sup> Indes hält er diese Machtausübung im Vergleich zur Exekutive aufgrund der „vielfältigen inhaltlichen, methodischen, prozeduralen und institutionellen Bindungen [für] entscheidend mediatisiert“.<sup>208</sup> Aufgrund des Fehlens eigeninitiativer Handlungsmöglichkeiten der Rechtsprechung und ihres Aufgabenmonismus, der sich darauf beschränke festzustellen, was im Einzelfall rechtens ist, fordere auch die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzesvorbehalts keine Sicherung der Berechenbarkeit gerichtlicher Entscheidungen in Gestalt des Erfordernisses hinreichend bestimmter gesetzlicher Grundlagen.<sup>209</sup>

Es trifft zu, dass die Judikative weder in einem *ähnlichen* politischen Konkurrenzverhältnis zur Legislative steht wie die Exekutive, noch eine vergleichbar große politische Gestaltungsmacht innehat.<sup>210</sup> Diese Beobachtung genügt allerdings nicht, um dem Gesetzesvorbehalt jeden sinnvollen Beitrag zur kompetenzrechtlichen Beschränkung der Rechtsprechungstätigkeit abzusprechen. Die Argumentation *Lassahns* konzentriert sich auf die von ihm herausgearbeitete Funktion des Gesetzesvorbehalts zum Schutz des Parlaments und lässt dementspre-

<sup>204</sup> In diese Richtung *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 54–59.

<sup>205</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 241 f.: „[E]in allgemeiner Vorbehalt des Gesetzes für die dritte Gewalt besteht nicht. Denn sie ist in der Gesamtbetrachtung nicht ansatzweise ein für das Parlament so gefährlicher politischer Akteur wie die Verwaltung.“ (S. 242). Vom allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes möchte *Lassahn* den rechtsstaatlich geprägten Vorbehalt des Rechtssatzes i.S.e. Bestimmtheitsgebots abgrenzen, dessen Anwendung auf die Judikative er ebenfalls ablehnt, ebd. S. 242–247.

<sup>206</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 239 f., 260.

<sup>207</sup> *Lassahn*, ebd., S. 183–188.

<sup>208</sup> *Lassahn*, ebd., S. 240; näher zu Charakteristika des gerichtlichen Verfahrens und zur besonderen institutionellen Stellung der Rechtsprechung ebd., S. 225–239.

<sup>209</sup> *Lassahn*, ebd., S. 244 f.

<sup>210</sup> Dies folgt insbesondere daraus, dass die Verwaltung ihre Entscheidungen (auch) auf Zweckmäßigkeitserwägungen stützen darf, wohingegen für die Rechtsprechung das Gesetz den einzigen Entscheidungsmaßstab bildet, vgl. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 72018, Art. 97 Rn. 5.

chend die Funktion zur Sicherung eines hinreichenden demokratischen Legitimationsniveaus hoheitlicher Machtausübung unberücksichtigt.<sup>211</sup> Vorliegend wird dieser Aspekt aber als Grundfunktion des Gesetzesvorbehalts anerkannt und beansprucht – eingedenk der schwachen demokratischen Legitimation der dritten Gewalt – auch gegenüber dieser Geltung.<sup>212</sup> Außerdem nimmt die Rechtsprechung, wie auch *Lassahn* einräumt, regelmäßig eine aktiv gestaltende Rolle ein und prägt wesentliche Bereiche mit gesetzesähnlicher Wirkung.<sup>213</sup> Dabei kann die Rechtsprechung durchaus auch die Rolle einer (ergänzenden) regulierenden Instanz einnehmen, etwa indem sie auf der Basis von Generalklauseln selbst Regulierungsinstrumente entwickelt (z.B. neue Verkehrspflichten, erhöhte Sorgfaltsmaßstäbe), die eine an politischen Zielen ausgerichtete Verhaltenssteuerung bezwecken sollen. Nimmt man diesen „Funktionszuwachs“<sup>214</sup> der Rechtsprechung ernst, lässt sich ein Bedürfnis nach kompetenzieller Beschränkung kaum bestreiten.<sup>215</sup> In diesem Sinne hält etwa auch *Franz Reimer* mit Blick auf eine

---

<sup>211</sup> *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 153–167 begreift den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes primär als Instrument zum Schutz des Parlaments; er lehnt die Funktion zur Sicherung des demokratischen Legitimationsniveaus, die gemeinhin als eine Säule der Wesentlichkeitstheorie angesehen wird, ab (ebd., S. 113–126).

<sup>212</sup> Vgl. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 72018, Art. 97 Rn. 5; dazu bereits unter § 5 II. 1.

<sup>213</sup> *Kirchhof*, NJW 2020, 1492, 1493 f. spricht von einem Bereich der „gestaltenden richterlichen Aktion“; eindringlich zum Wirtschaftsrecht *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 174: „Die Zivilgerichte sind in Schlüsselfunktionen für die Prägung der Wirtschaftsordnung gerückt. Es sind immer seltener Wirtschaftsaufsichtsbehörden, die als staatliche Institutionen wirtschaftliche Sachverhalte regeln, dafür aber immer häufiger Zivilgerichte, die auf Antrag der Parteien Entscheidungen treffen, die wiederum Grenzen und Anreize für die wirtschaftlichen Aktivitäten der Marktteilnehmer setzen.“; zur Normativität und Bindungswirkung höchstrichterlicher Entscheidungen *Bunke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33, 38–40, der von „richterlicher Rechtserzeugung“ spricht.

<sup>214</sup> Vgl. zum Begriff BVerfGE 25, 167, 181, wo ein Funktionszuwachs der Rechtsprechung bejaht wurde, nachdem es der Gesetzgeber versäumt hatte, das einfache Recht rechtzeitig in einen verfassungskonformen Zustand zu versetzen. Konkret ging es um den aus Art. 6 Abs. 5 GG folgenden Auftrag zur Reform des unehelichen Rechts, insb. zur Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern.

<sup>215</sup> Namentlich *Bernd Rütters* kritisiert unermüdlich den starken Einfluss des Richterrechts auf die Rechtsordnung und warnt vor einem Wandel des demokratischen Rechtsstaats zum „oligarchischen Richterstaat“ (vgl. *Rütters*, JZ 2002, 365 ff.; *ders.*, NJW 2011, 1856 ff.) oder einer „heimlichen Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat“ (*ders.*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2016). *Rütters* hat zudem am Beispiel der „entgrenzten Justiz“ im Nationalsozialismus gezeigt, dass diese als Gehilfin und Motor politischer Ideologien instrumentalisiert werden und im Wege „unbegrenzter Auslegung“ das geltende Recht verformen kann. So überstanden viele Gesetze, namentlich das freiheitlich geprägte BGB, die NS-Diktatur ohne wesentliche Veränderung, wobei die Gerichte geltende Normen im Wege der Auslegung an die nationalsozialistische Weltanschauung angeschlossen, die privatrechtliche *Rechtsanwendung* im Bereich des Privatrechts also monströse Rechtsentwicklungen hervorbrachte; vgl. *Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung, 2017, S. 183–185, 216 ff. und passim.

mögliche Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung fest: „Je mehr ihr Beitrag zur Rechtssetzung aber wahrgenommen wird, desto mehr hilft die Vorbehaltslehre, ihr Verhältnis zum parlamentarischen Gesetzgeber zu klären.“<sup>216</sup> Ähnlich konstatiert *Christoph Möllers* mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt, dass „die Erstreckung verfassungsrechtlicher Vorgaben [...] auf die Rechtsprechung jedenfalls dann geboten [erscheint], wenn die Rechtsprechung mit gesetzesähnlicher Reichweite gestaltende Entscheidungen trifft“.<sup>217</sup>

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Gerichte nicht stets eine lediglich reaktiv-retrospektive Perspektive einnehmen,<sup>218</sup> sondern ihre Entscheidungen zum Teil auch – unter Loslösung vom Einzelfall<sup>219</sup> – gestalterisch-folgenbezogen ausrichten. Eine generelle Gegenüberstellung der Funktion der Rechtsprechung als *rechtsbewahrend* und derjenigen der Legislative und Exekutive als *gestaltend*<sup>220</sup> bildet das Tätigkeits- und Aufgabenfeld Rechtsprechung also nicht vollständig ab. Freilich steht der Rechtsprechung kein Initiativrecht zu, sondern ihr Handeln und gestalterischer Einfluss hängt von Anträgen – im Privatrecht von der Klag-einitiative Privater – ab.<sup>221</sup> Doch auch eine fremdinitiativ angestoßene Entscheidung kann Grundlage einer folgenbezogenen, sozialgestaltenden Rechtsentwicklung sein. Insbesondere können private Klagen auch als Mittel zur Durchsetzung öffentlicher Interessen dienen, womit in der Regel Grundrechtseinschränkungen für die Gegenseite einhergehen.<sup>222</sup> Im Übrigen ist auch die Verwaltung, wenn sie auf Antrag eines Dritten – d.h. nicht gänzlich eigeninitiativ – tätig wird, an den Gesetzesvorbehalt gebunden, sofern die begehrte Maßnahme Grundrechtseingriffe impliziert.

Auch mit Blick auf die rechtsstaatlich gebotene Berechenbarkeit hoheitlicher freiheitsbeeinträchtigender Entscheidungen erscheint die Annahme, es könne

<sup>216</sup> *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3<sup>2022</sup>, Bd. 1, § 11 Rn. 30.

<sup>217</sup> *Möllers*, JZ 2009, 668, 672.

<sup>218</sup> Nach *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 211 liegt darin das zentrale Charakteristikum richterlicher Entscheidungsfindung. Er bezeichnet die „Rechtfertigungsstruktur von Rechtsprechung“ als „streng retrospektiv“ und sieht darin den „zentrale[n] Unterschied zu Gesetzgebung und Verwaltung, die ihre Handlungen im Ausgangspunkt zukunftsbezogen entwerfen und rechtfertigen“ (ebd.).

<sup>219</sup> So kritisiert etwa *Picker*, JZ 1984, 153, 158 ff. eine Tendenz der höchstrichterlichen Judikatur zur, „bewußt vom Einzelfall losgelösten Entscheidung“ und zur „unmittelbaren Rechtsgestaltung“ (Zitate, S. 159).

<sup>220</sup> Zu dieser Gegenüberstellung *Schlüter*, *Das Orbiter dictum*, 1973, S. 21–23; s.a. *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 224.

<sup>221</sup> Dies hebt *Lassahn*, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, 2017, S. 244 f. hervor.

<sup>222</sup> *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 132 betont bzgl. der Privatrechtsprechung einen fließenden Übergang zwischen privatem und allgemeinem Interesse; zur regulatorischen Rechtsanwendung und eigenständigen Regulierung durch Zivilgerichte *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 647 ff., 673 ff.; s.a. *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 636 ff.; näher dazu unter § 9 I. 3. und 4.; zum Begriff des öffentlichen Interesses § 10 I.

sich keine Situation ergeben, in der Gerichte zur Erfüllung eines politisch gesetzten Ziels unvorhersehbar auf das Leben des Bürgers Einfluss nehmen,<sup>223</sup> zu naiv. Dies ist zwar nicht der Regelfall, ebensowenig ist aber aufgrund der Charakteristika judikativen Entscheidens von vornherein ausgeschlossen, dass Gerichtsentscheidungen auf wenig vorhersehbare Weise grundrechtlich geschützte Positionen einschränken. Dies gilt auch für zivilgerichtliche Entscheidungen, gerade weil im Privatrecht kein vorgelagertes Verfahren bzw. keine Möglichkeit zur Einholung behördlicher Auskünfte zur vorläufigen Klärung der rechtlichen Wirksamkeit oder Rechtmäßigkeit des intendierten privaten Handelns existiert, wie es im Verwaltungsrecht (z.B. im Baugenehmigungsverfahren) regelmäßig der Fall ist. Es besteht mithin – abgesehen von der Einholung anwaltlicher Beratung – keine Möglichkeit, im Vorhinein Sicherheit darüber zu erlangen, ob beispielsweise eine AGB-Klausel noch wirksam ist, ob eine urheber- oder patentrechtlich relevante Neuentwicklung Rechte Dritter verletzt oder ob ein risikogeeignetes unternehmerisches Handeln private Haftung auslöst. Auch insoweit lässt sich also argumentieren, dass kompetenzielle Grenzen bei der gerichtlichen Rechtsentwicklung die Voraussehbarkeit hoheitlicher Entscheidungen verbessern und willkürliche Rechtserzeugung eingrenzen können.

## V. Zwischenfazit

Die Geltung des Gesetzesvorbehalts gegenüber der rechtsprechenden Gewalt wird – namentlich mit Blick auf das Privatrecht – unter Verweis auf deren neutrale,<sup>224</sup> ausgleichende und friedensstiftende<sup>225</sup> oder individualschützende<sup>226</sup> Funktion abgelehnt oder zumindest relativiert.<sup>227</sup> Legt man den Fokus allein auf diese primär den Individualinteressen der Bürger dienende Funktion der Rechtsprechung, liegt der Schluss nahe, das rechtsstaatlich-machtbegrenzende Element des Gesetzesvorbehalts spiele hier keine Rolle. Es griffe jedoch zu kurz, allein auf die gerichtliche Befriedungs- und Individualschutzfunktion abzustellen

---

<sup>223</sup> So *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 245.

<sup>224</sup> *Bumke*, BDVR Rundschreiben 2004, 76, 80 verweist auf die Aufgabe zur „Streitschlichtung in einem neutralen Verfahren“; s.a. *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 33, 44.

<sup>225</sup> *Herzog*, in: FS Simon, 1987, S. 103, 108 f.

<sup>226</sup> Diese betont *Roellecke*, NJW 1978, 1776, 1781 mit Blick auf die Verwaltungsgerichte.

<sup>227</sup> Vgl. zum Privatrecht *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 132 f., *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 73 mit der Annahme, das Privatrecht vertrage „größere Unbestimmtheit als das Strafrecht oder das öffentliche Recht“, weil es „nicht der Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen gegenüber Einzelinteressen dient, sondern der Austarierung konfligierender Individualinteressen.“; auch *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 36 führt die interessenausgleichende Funktion des Privatrechts als Grund für eine geringere Gesetzesbindung an.

und kompetenzielle Schranken deshalb als entbehrlich abzulehnen. So üben auch Gerichte als staatliche Herrschaftsorgane Macht aus<sup>228</sup> und dies nicht ausschließlich zum Zweck des Individualschutzes oder der Streitschlichtung, sondern ebenso mit dem Ziel der Durchsetzung staatlicher bzw. öffentlicher Interessen. Bereits die Rechtsdurchsetzungsfunktion der Rechtsprechung impliziert, dass Gerichte (auch) eingriffsintensive Gesetze, die auf die Realisierung von Allgemeinwohlzielen gerichtet sind, konkretisierend anwenden müssen. Für den steuer- und verwaltungsrechtlichen Bereich wurde bereits erläutert, dass Gerichte dabei zum Teil auch selbst neue Eingriffstatbestände schaffen.<sup>229</sup>

Die Zivilgerichte sind davon nicht ausgenommen.<sup>230</sup> Damit soll ihre individualschützende und streitschlichtende Funktion hier keinesfalls in Abrede gestellt oder relativiert werden. Es erscheint aber verfehlt, den Blick auf *eine* Rechtsprechungsfunktion zu verengen und die Zivilgerichte daran anknüpfend pauschal von der Beachtung des Gesetzesvorbehalts auszunehmen. Vielmehr ist ein differenzierender Ansatz erforderlich, der die mit der konkreten richterlichen Entscheidung bzw. Rechtsfortbildung verfolgten Zwecke berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund erscheint auch eine schlicht nach Gerichtsbarkeiten bzw. Teilrechtsordnungen unterscheidende Handhabung des Gesetzesvorbehalts verfehlt.<sup>231</sup> Denn die Grundrechtsrelevanz oder Wesentlichkeit staatlicher Entscheidungen lässt sich nicht allein danach beurteilen, ob sie vermittels des öffentlichen oder Privatrechts umgesetzt werden.<sup>232</sup> Folglich ist losgelöst von der rechtsgebietsspezifischen Verortung zu untersuchen, ob bestimmte Regelungsanliegen aufgrund ihrer besonderen Grundrechtsintensität oder gesellschaftlichen Tragweite einer hohen gesetzlichen Regelungsdichte bedürfen und nur begrenzt durch autonome richterliche Regelbildung realisiert werden dürfen. Dieser offene Untersuchungsansatz harmoniert auch mit dem offenen Charakter der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG: „In welchen Bereichen [...] staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage im förmlichen Gesetz bedarf, läßt sich nur im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und die Intensität der geplanten oder getroffenen Regelung ermitteln.“<sup>233</sup>

---

<sup>228</sup> Vgl. nur *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, S. 268 f.

<sup>229</sup> Dazu oben § 5 I.

<sup>230</sup> Zur eigenständigen Regulierung durch Zivilgerichte *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 673 ff.

<sup>231</sup> Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324; *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 509.

<sup>232</sup> Dazu mit Blick auf Grundrechtseingriffe unter dem Stichwort des „Zufälligkeitenarguments“ *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 31 f., 35–38; *ders.*, AcP 185 (1985), 1 f.; zustimmend *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324; s.a. *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 72; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2004, 452, 456.

<sup>233</sup> BVerfGE 49, 128, 129, dazu auch *Umbach*, in: FS Faller, 1984, S. 111, 121, 126 f. mit der Forderung, es müsse „von Problembereich zu Problembereich das Maß der jeweiligen Relevanz, von Einzelfall zu Einzelfall das Profil des jeweils Wesentlichen“ bestimmt werden (ebd., S. 127).

## Unklare Handhabung im Privatrecht: Rechtsprechung des BVerfG und des BGH

Die Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht lässt sowohl in der Rechtsprechung des BVerfG (I.) als auch in der des BGH (II.) eine klare Orientierung vermissen. Teils wird wie selbstverständlich von der Vorbehaltsgeltung ausgegangen, teils ein differenzierender Ansatz zugrunde gelegt, dessen Kriterien nicht in jeder Hinsicht überzeugen.

### I. BVerfG: Anzeichen für die Gesetzesvorbehaltsgeltung im Privatrecht und Entwicklung eines differenzierenden Ansatzes

Die Verfassungsrechtsprechung geht grundsätzlich von der Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die „verpflichtende“ Dimension des Gesetzesvorbehalts aus.<sup>1</sup> Dies kommt in Entscheidungen zum Ausdruck, in denen das BVerfG eingriffsintensive Normen des Privatrechts auf ihre Vereinbarkeit mit bestimmten Grundrechtsvorbehalten prüft, wobei bislang jedoch – soweit ersichtlich – keine näheren Ausführungen zu den konkreten Anforderungen des Erfordernisses gesetzlicher Grundlagen gemacht wurden. Beispielsweise wird die Vereinbarkeit der deliktischen Generalklauseln mit den Anforderungen der Grundrechtsvorbehalte angenommen. So hat das BVerfG beispielsweise in der Lüth-Entscheidung bereits § 826 BGB als „allgemeines Gesetz“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG eingeordnet und als taugliche gesetzliche Grundlage für Eingriffe in die Meinungsfreiheit angesehen.<sup>2</sup> Auch für Eingriffe in die Berufsfreiheit auf dem Gebiet des Privatrechts wurde das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage betont, so etwa kürzlich im Kontext der Gestaltung des Individualarbeitsrechts zur Einführung eines Verbots der Kettenbefristung von Arbeitsverträgen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Wesentlichkeitsvorbehalt des Privatrechtsgesetzgebers *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 63 ff.

<sup>2</sup> BVerfGE 7, 198, 214; dazu auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322 f.

<sup>3</sup> BVerfGE 149, 126, 142: „In das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden.“

Wenn das BVerfG also von der Geltung der *verpflichtenden* Dimension des Gesetzesvorbehalts für den Privatrechtgesetzgeber ausgeht, liegt eine entsprechende Anwendung als *Kompetenzbeschränke* für die Privatrechtsprechung nicht fern. Dem Gesetzgeber vorbehaltene Entscheidungen dürften Zivilgerichte danach nicht eigenmächtig, d.h. ohne gesetzliche Grundlage, treffen.<sup>4</sup> In diese Richtung lassen sich denn auch vereinzelte Aussagen des BVerfG im Kontext der Überprüfung der Grenzen der Rechtsfortbildung verstehen. So führte das Gericht etwa in der Soraya-Entscheidung mit Blick auf das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für Einschränkungen der Pressefreiheit aus: „[N]ur die Sanktionen, zu denen das Gesetz ermächtigt, können gegen das Presseorgan verhängt werden und seine Freiheit wirksam beschränken“.<sup>5</sup> Dass diese Forderung zunächst überaus großzügig gehandhabt wurde, zeigt sich darin, dass das BVerfG die fragwürdige fachgerichtliche Herleitung von Schmerzensgeldansprüchen für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trotzdem methodisch billigte.<sup>6</sup>

### 1. Formales Differenzierungskriterium: Wer ist am Rechtsstreit beteiligt?

An anderer Stelle, nämlich im Arbeitskampfrecht, hat das BVerfG einen differenzierenden Ansatz zur Anwendung der Wesentlichkeitstheorie auf die Privatrechtsprechung entwickelt, der auch Erwägungen zur Schutzpflicht und zum Justizgewährleistungsanspruch einbezieht. Während das BVerfG ursprünglich betonte, die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 und 3 GG) sei „Sache des Gesetzgebers“ und insoweit seien auch gerichtliche Befugnisse zur Rechtsfortbildung eingeschränkt,<sup>7</sup> differenzierte es später danach, ob ausschließlich die Interessen gleichgeordneter Grundrechtsträger von einer Entscheidung betroffen sind oder ob es auch um das Verhältnis von Staat und Privatrechtssubjekten geht.

<sup>4</sup> Ähnlich Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 323–325.

<sup>5</sup> BVerfGE 34, 269, 284; dazu auch Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 323.

<sup>6</sup> BVerfGE 34, 269, 289 ff. Problematisch erscheint mit Blick auf den Gesetzesvorbehalt vor allem die Annahme, der von den Zivilgerichten gefundene Rechtssatz bilde „als ein allgemeines Gesetz“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG eine Schranke der Pressefreiheit (BVerfGE 34, 269, 292); krit. auch Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 169 mit Fn. 162.

<sup>7</sup> BVerfGE 57, 220, 246–248 zum Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsangehöriger zu kirchlichen Einrichtungen. Das BVerfG nahm an, es sei „Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit [...] zu bestimmen“ (S. 246, Hervorhebung im Original) und sah „keine hinreichende[n] Ansatzpunkte, die es erlauben würde, die Grenzen der richterlichen Gesetzesbindung auf diesem konfliktträchtigen Gebiet so weit zu ziehen und hier die Sache des Gesetzgebers, nämlich die Tragweite der Koalitionsfreiheit zu bestimmen und die Befugnisse der Koalitionen auszugestalten und näher zu regeln, dem Richter zu überbürden.“ (S. 248); der exklusive Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers wird bereits in BVerfGE 28, 295, 306; 50, 290, 368 f. betont.

Dieser Ansatz wurde maßgeblich in zwei Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht aus den 90er Jahren entwickelt.<sup>8</sup> In der Aussperrungsentscheidung<sup>9</sup> lehnte das BVerfG die Anwendbarkeit des Vorbehalts des Gesetzes bzw. der Wesentlichkeitstheorie auf Konstellationen ab, in denen Gerichte im Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger entscheiden<sup>10</sup> und folgerte, die Gerichte seien befugt, das für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebliche materielle Recht auch dort fortzubilden, „wo eine gesetzliche Regelung, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, notwendig wäre“<sup>11</sup>. In der folgenden Entscheidung zum Beamteneinsatz auf bestreikten Arbeitsplätzen<sup>12</sup> hielt es hingegen eine gesetzliche Regelung für „zwingend erforderlich“, da es in diesem Kontext „– zumindest auch – um das Verhältnis von Staat und Privatrechtssubjekten“ gehe.<sup>13</sup> In jüngerer Zeit hat das BVerfG diese Differenzierung erneut im arbeitskampfrechtlichen Kontext aufgegriffen. So führt es in einer Entscheidung zur Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen (2014) unter Verweis auf obige Entscheidungen aus:

„Die Gerichte sind nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit vorzunehmen, weil dies allein Sache des Gesetzgebers wäre. Zwar ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Koalitionsfreiheit näher auszugestalten. Soweit es um das Verhältnis der Parteien des Arbeitskampfs als gleichgeordnete Grundrechtsträger geht, muss diese Ausformung nicht zwingend durch gesetzliche Regelungen erfolgen. Die Gerichte sind auf Grund des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Justizgewährleistungsanspruchs verpflichtet, wirkungsvollen Rechtsschutz zu bieten. Sie müssen bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den bestehenden Rechtsgrundlagen ableiten, was im Einzelfall gilt. Entschieden die Gerichte für Arbeitssachen arbeitskampfrechtliche Streitigkeiten mit Hinweis auf fehlende gesetzliche Regelungen nicht, verhielten sie sich ihrerseits verfassungswidrig.“<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 84, 212 (Aussperrung); 88, 103 (Streikeinsatz von Beamten). Zur Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie im Arbeitskampfrecht mit Kritik zu den beiden Entscheidungen *Schwarze*, JuS 1994, 653 ff.; *Kloepfer*, NJW 1985, 2497 ff.; *Ehrich*, DB 1993, 1237 ff.; *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, ZG 2012, 349, 359–366.

<sup>9</sup> BVerfGE 84, 212. Es ging um die vom BAG ohne gesetzliche Grundlage gebilligte Aussperrung als Arbeitskampfabwehrmaßnahme auf Arbeitgeberseite, also eine vom BAG in Rechtsfortbildung unter Konkretisierung von Art. 9 Abs. 3 GG bestimmte Arbeitskampfmaßnahme.

<sup>10</sup> BVerfGE 84, 212, 226: „Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lehre, daß der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muß, gilt für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Bei Eingriffen in die grundrechtliche Freiheitssphäre unterliegt der Staat dem Vorbehalt des Gesetzes. [...] Im vorliegenden Fall geht es jedoch um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger.“

<sup>11</sup> BVerfGE 84, 212, 226 f.; wiederholt in BVerfGE 88, 103, 115 f.

<sup>12</sup> BVerfGE 88, 103. Es ging um den vom BAG ohne gesetzliche Grundlage gebilligten Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen als Kampfabwehrmaßnahme auf Arbeitgeberseite (der Bundespost), also ebenfalls eine vom BAG rechtsfortbildend im Wege der Konkretisierung von Art. 9 Abs. 3 GG bestimmte Arbeitskampfmaßnahme.

<sup>13</sup> BVerfGE 88, 103, 116.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2014, 1874 Rn. 39 (interne Verweise weggelassen). Bemerkenswert ist, dass in der nächsten Randnummer (40) Ausführungen zur rechtsstaatlich notwendigen Be-

Ob die Gründe für die Lockerung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts eine direkte Folge des starken gesetzlichen Regelungsdefizits auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts sind,<sup>15</sup> welches insofern Ausnahmecharakter hat, kann hier dahinstehen. Die differenzierende Rechtsprechung des BVerfG weist jedenfalls eine Kontinuität<sup>16</sup> auf und es orientiert sich nicht nur das BAG, sondern inzwischen auch der BGH<sup>17</sup> daran.

## 2. Kritik: Austauschbarkeit von Eingriffsmodalitäten

Zugleich ist es wenig verwunderlich, dass dieser Ansatz einer differenzierenden Anwendung der Wesentlichkeitstheorie in der Literatur auf Kritik gestoßen ist.<sup>18</sup> Versteht man die Differenzierung des BVerfG in der Weise, dass maßgeblich sein soll, *wer* am Rechtsstreit beteiligt ist, vermag sie kaum zu überzeugen. Der ganz überwiegende Teil privatrechtlicher Rechtsprechung wäre danach von der Geltung des Gesetzesvorbehalts freigestellt. Jener bliebe nur in Konstellationen relevant, in denen der Privatrechtsstreit einen in Privatrechtsform handelnden Hoheitsträger oder ein mehrheitlich in öffentlicher Hand stehendes Unternehmen involviert. Bei solch einer formalen Betrachtung bleibt unberücksichtigt, dass zivilgerichtliche Entscheidungen auch abseits dieser Sonderkonstellationen öffentliche Interessen verfolgen und dabei Grundrechte einschränken können. Insofern überzeugt *Jürgen Schwabes* „Zufälligkeitargument“<sup>19</sup>, wonach es oftmals nur eine Frage der Regelungstechnik ist, ob eine Streitigkeit zwischen einer Behörde und einem Privaten vor dem Verwaltungsgericht oder zwischen zwei Privaten vor einem Zivilgericht ausgetragen wird.<sup>20</sup>

---

stimmtheit folgen, die sich sowohl auf den Gesetzgeber als auch auf die Gerichte beziehen. Das BVerfG stellt letztlich aber nur fest, angesichts der Weite des Rechtsstaatsprinzips sei „bei der Ableitung konkreter Begrenzungen [...] behutsam vorzugehen“.

<sup>15</sup> In diese Richtung krit. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 323 f.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 184 f.

<sup>16</sup> Der eingangs analysierte Scheinvater-Beschluss (BVerfGE 138, 377) stellt freilich eine Abweichung von diesem differenzierenden Ansatz dar, denn das BVerfG wendet den Gesetzesvorbehalt dort gerade im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern als Rechtsfortbildungsgrenze an. Diese Entscheidung hat (bislang) jedoch Ausnahmecharakter.

<sup>17</sup> Siehe BGH ZUM-RD 2016, 156, 164 (dazu näher unter § 7 II. 2.)

<sup>18</sup> Siehe *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 9 Rn. 168; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 325 mit Fn. 35; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 184 f.; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 79 f.; *Ehrich*, DB 1993, 1237 ff.; *Schwarze*, JuS 1994, 653 ff.

<sup>19</sup> *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 31 f., 35–38.

<sup>20</sup> Vgl. dazu *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 252 ff.; *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 164 f.; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 134 f.; gegen eine „Sonderrolle“ des Privatrechts *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2004, S. 433. Der Gedanke lässt sich auch an den Regelungen in den §§ 134, 823 Abs. 2 BGB veranschaulichen,

Dies lässt sich am Beispiel des nachbarrechtlichen Immissionsschutzes veranschaulichen, in dem ein zweigleisiger Rechtsschutz verwaltungs- und privatrechtlicher Natur gängig ist.<sup>21</sup> So kann der Streit um den Betrieb einer emittierenden Anlage Gegenstand einer (Dritt-)Anfechtungsklage gegen die von der Behörde erteilte Anlagengenehmigung vor dem Verwaltungsgericht sein; ebenso kann der Nachbar aber, je nach Intensität der Störung, Unterlassungs-, Schadensersatz- oder Ausgleichsansprüche vor dem Zivilgericht geltend machen. Bei rein formaler Betrachtung der am Rechtsstreit Beteiligten stellt sich der Verwaltungsrechtsstreit als zweipoliges Verhältnis (Bürger-Staat), der Privatrechtsstreit als mehrpoliges Verhältnis (Bürger-Staat-Bürger) dar. Der Gesetzesvorbehalt entfaltet demnach ausschließlich im Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht begrenzende Wirkung für die Rechtsprechung, nicht aber im Privatrechtsstreit. Aus Perspektive des Anlagebetreibers ändert es im Ergebnis aber wenig, ob die Untersagung des Anlagebetriebs letztlich von einem Verwaltungs- oder einem Zivilgericht angeordnet wird.<sup>22</sup>

Bei einer Fokussierung auf die am Rechtsstreit beteiligten Parteien wird auch leicht übersehen, dass die Durchsetzung öffentlicher Interessen mittels Privatrecht eine (zunehmend) wichtige Rolle spielt, wobei sich deren freiheitseinschränkende Wirkung nicht immer wesentlich von öffentlich-rechtlicher Normdurchsetzung unterscheidet.<sup>23</sup> So kann die durch das private Haftungsrecht bewirkte Verhaltenssteuerung<sup>24</sup> derjenigen durch klassisches hoheitliches Handeln (Gebote, Verbote, Bußgelder) gleichstehen.<sup>25</sup> Beispielsweise ist das Ausmaß an Freiheitseinschränkung durchaus vergleichbar, wenn ein bestimmtes Marktverhalten von einer staatlichen Behörde überwacht wird, die bei Normverstößen Abhilfe anmahnen und bei Nichtbefolgung Klage erheben oder ein Bußgeld verhängen kann, oder wenn stattdessen ein Konkurrent oder Abmahnverein die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sowie Schadensersatz verlangen kann.<sup>26</sup> Selbst gegenüber strafrechtlichen Sanktionen sind z.B. hohe Scha-

---

die als Transformationsnormen öffentlich-rechtliche Verbote im Privatrecht effektivieren, wobei die Eingriffswirkung mit Blick auf das öffentlich-rechtlich geregelte Verbot und die zivilrechtlichen Folgen nicht unterschiedlich zu beurteilen ist (vgl. dazu am Rande *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 69).

<sup>21</sup> Bei nachbarschaftlichen Streitigkeiten über Emissionen können Regelungen des öffentlichen sowie des privaten Nachbarrechts Anwendung finden – gegebenenfalls auch parallel, vgl. BGH NZM 2019, 890, 891; näher zum „zweigleisigen Rechtsschutz“ *Brückner*, in: MünchKomm. BGB, 92023, §906 Rn. 18–21.

<sup>22</sup> Siehe *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 253; ähnlich *Pietzcker*, in: FS Dürig, 1990, 345–363, 351.

<sup>23</sup> Vgl. *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 33 f.

<sup>24</sup> Diese wird namentlich durch (vorbeugende) Unterlassungsansprüche sowie die präventiv abschreckende Wirkung der Schadensersatzdrohung im Falle einer Rechtsverletzung bewirkt.

<sup>25</sup> *Vofßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79, 82 f.

<sup>26</sup> *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 34.

densersatzpflichten, die im Einzelfall existenzbedrohend sein können, nicht per se als „mildere“ Sanktionen einzuordnen, die geringere Abschreckungswirkung entfalten.<sup>27</sup> Die Steuerungsmöglichkeiten des Gesetzgebers (mittels Öffentlichem bzw. Strafrecht oder Privatrecht) erweisen sich in bestimmten Konstellationen also als austauschbar.<sup>28</sup> Rechtsstaatliche Schutzmechanismen wie der Gesetzesvorbehalt sollten vom Staat aber nicht einfach dadurch „umgangen“ werden können, dass er sich zur Umsetzung öffentlicher Interessen des Privatrechts anstelle des öffentlichen Rechts bedient.

Eine unterschiedliche Grundrechtsbindung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten ist im Übrigen auch nicht in Art. 1 Abs. 3 GG angelegt.<sup>29</sup> Ebenso wenig findet ein unterschiedlicher Gesetzesbindungsgrad verschiedener Gerichtsbarkeiten in Art. 20 Abs. 3 GG Rückhalt.<sup>30</sup> Folglich determiniert die unterschiedliche Regelungstechnik (öffentliches oder Privatrecht) und auch die zuständige Gerichtsbarkeit nicht, ob ein gerichtlicher Handlungs- oder Unterlassungsbefehl aufgrund des Gesetzesvorbehalts einer konkreten gesetzlichen Grundlage bedarf oder im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ausgesprochen werden kann.<sup>31</sup>

### *3. Alternativer Interpretationsversuch: Differenzierung nach dem verfolgten Interesse*

Der Ansatz des BVerfG erscheint in anderem Licht, wenn man ihn nicht als rein formale Differenzierung nach den am Rechtsstreit beteiligten Parteien liest, sondern im Sinne einer Unterscheidung der vom entscheidenden Gericht schwerpunktmäßig verfolgten Interessen interpretiert. Danach erscheint größerer richterlicher Entscheidungsfreiraum zulässig, wenn der Ausgleich gegenläufiger privater Interessen im Zentrum der Entscheidung steht, während der Gesetzesvorbehalt strengere Beachtung verlangt, wenn die Entscheidung primär der Durchsetzung öffentlicher Interessen dient, was trotz der Beteiligung zweier Privater am Rechtsstreit der Fall sein kann. Mit diesem Ansatz lassen sich auch die bereits erwähnten divergierenden Ergebnisse in den zwei arbeitskampfrechtlichen Entscheidungen zur Aussperrung (Ablehnung der Wesentlichkeitstheorie)<sup>32</sup> und zum Beamteneinsatz auf bestreikten Arbeitsplätzen (Geltung der Wesentlichkeits-

<sup>27</sup> Vgl. *Peters*, JZ 1983, 913, 915, der sich für die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes hinsichtlich der Auferlegung privatrechtlicher Schadensersatzansprüche ausspricht und vor diesem Hintergrund insbesondere § 823 Abs. 2 BGB für bedenklich hält.

<sup>28</sup> So bereits *Peters*, JZ 1983, 913, 915.

<sup>29</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324; gegen eine „Sonderrolle“ der Zivilgerichtsbarkeit auch *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2004, S. 452.

<sup>30</sup> *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 509.

<sup>31</sup> Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324 f.; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 185; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 136 f.; ähnlich *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, <sup>3</sup>1999, Rn. 641.

<sup>32</sup> BVerfGE 84, 212, 226 f.

theorie)<sup>33</sup> besser erklären. Während in der Aussperrungsentscheidung primär der Ausgleich konfligierender Interessen der Koalitionen in Rede stand, ging es in der Entscheidung zum Beamteneinsatz als Streikbrecher vor allem darum, zum Zweck der Daseinsvorsorge den Funktionsbetrieb der Bundespost aufrechtzuerhalten, also um die Verfolgung eines überindividuell angelegten öffentlichen Interesses.<sup>34</sup> Erstere Konstellation lässt sich als *mehrpoliges Rechtsverhältnis* (Bürger-Staat-Bürger) einordnen,<sup>35</sup> in dem der Staat in Gestalt des Gerichts das Verhältnis der Koalitionen untereinander näher ausformt. Letztere Konstellation stellt sich hingegen als *zweipoliges Rechtsverhältnis* (Staat-Bürger) dar, weil das Gericht – über den konkreten Arbeitskampfstreit der Koalitionen hinaus – ein öffentliches Interesse (Sicherung des Funktionsbetriebs der Post) verfolgt und zu diesem Zweck in die Grundrechtsposition (Art. 9 Abs. 1 und 3 GG) der streikenden Arbeitnehmerkoalition eingreift.<sup>36</sup> Nach dieser Einordnung war eine strengere Beachtung des Gesetzesvorbehalts in der Tat nur in letzterer Konstellation angebracht. Diese Interpretation der divergierenden Entscheidungen des BVerfG zum Arbeitskampfrecht entspricht einem – im 3. Teil der Untersuchung näher zu entwickelnden – funktionalen Ansatz, nach dem der Gesetzesvorbehalt in strenger Ausprägung als Eingriffsvorbehalt Beachtung verlangt, wenn das einfache Recht eine regulatorische Funktion erfüllen soll. Demgegenüber ist das Erfordernis gesetzlicher Determinierung schwächer, wenn das einfache Recht primär dem privaten Interessenausgleich oder der Gewährleistung freiheitserweiternder Infrastruktur dient, denn der Gesetzesvorbehalt greift dann bloß in schwächerer Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt.

---

<sup>33</sup> BVerfGE 88, 103, 116 f.

<sup>34</sup> So auch *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, ZG 2012, 349, 360.

<sup>35</sup> Vgl. zum Begriff des mehrpoligen Rechtsverhältnisses BVerfGE 115, 204, 232 f., wo im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Konflikts aufgrund des mehrpoligen Charakters die klassischen Elemente der Grundrechtseingriffsprüfung im zweipoligen Verhältnis modifiziert werden. Zur Differenzierung zweipoliger (oder bipolarer) und mehrpoliger Verhältnisse auch *Calliess*, JZ 2006, 321, 325 f.; *Shirvani*, DÖV 2014, 173, 178 f. (zur Eigentumsgarantie); zur Verbindung dieser Differenzierung mit der Unterscheidung zwischen der Regulierungsfunktion (zweipolig) und der Interessenausgleichsfunktion (dreipolig) des (Privat-)Rechts *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 277 ff.; dazu noch näher unter § 9 I. 2.

<sup>36</sup> In der Sache ähnlich gehen *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961, 965 grundrechtsdogmatisch von einem Eingriff aus, wenn eine die Koalitionsfreiheit betreffende Regelung nicht nur das Verhältnis der Koalitionen untereinander ausformt, sondern „externe Zwecke“ (z.B. bestimmte Gemeinwohlbelange) verfolgt.

## II. BGH: Sporadische Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze und Übernahme des differenzierenden Ansatzes des BVerfG

Die Haltung des BGH zur Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht erweist sich ebenfalls als wenig stringent. Bei bestimmten Regelungsfragen wird der Gesetzesvorbehalt – mehr oder weniger explizit – als Rechtsfortbildungsgrenze berücksichtigt, wobei je nach Sachbereich eher auf die rechtsstaatlich-grundrechtliche oder die demokratisch-gewaltenteilungsspezifische Komponente abgestellt wird. Im Folgenden werden dazu einige nicht in Zusammenhang stehende Beispiele angeführt, bevor auf eine jüngere Entscheidung einzugehen ist, in welcher der BGH explizit dem differenzierenden Ansatz des BVerfG folgt.

### 1. Beispiele zum Einbezug des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze

#### a) Keine Schaffung neuer Gefährdungshaftungstatbestände

Ein erstes Beispiel bietet die Annahme eines Enumerationsprinzips für Gefährdungshaftungstatbestände und – damit verbunden – die Ablehnung der Zivilgerichte, die gesetzlich geregelten Tatbestände der Gefährdungshaftung im Wege analoger Anwendung oder extensiver Auslegung auf andere Aktivitäten auszuweiten.<sup>37</sup> Der Bezug zum Gesetzesvorbehalt kommt deutlich zum Ausdruck, wenn der III. Zivilsenat des BGH ausführt:

„Jedenfalls aber ist es dem an das Gesetz gebundenen Richter versagt, von sich aus völlig neue, mit einer erweiternden Abgrenzung der im Gesetz bereits festgelegten nicht mehr zu erfassende Tatbestände für eine Gefährdungshaftung einzuführen. Der Richter würde damit über die ihm verfassungsmäßig gesteckten Grenzen hinausgreifen und Aufgaben an sich ziehen, die nach der Verfassung dem Gesetzgeber vorbehalten sind und in dessen alleiniger Zuständigkeit und Verantwortung stehen.“<sup>38</sup>

Entscheidend ist hier die rechtsstaatlich-grundrechtliche Komponente des Gesetzesvorbehalts, konkret der Aspekt der Vorhersehbarkeit privatrechtlicher Haftung. Die Haftungsbegründung trotz fehlenden Elements individueller Vorwerfbarkeit, die eine gewisse Überwindungs- bzw. Nachlässigkeitsschwelle impliziert, hätte in Ermangelung konkreter gesetzlicher Tatbestände zum Teil Über-

<sup>37</sup> BGHZ 54, 332, 337; 55, 229, 234; 63, 234, 237; BGH NJW 1960, 1345, 1346; bereits RGZ 147, 353, 356.

<sup>38</sup> BGHZ 55, 229, 234 (Hervorhebung hinzugefügt).

raschungscharakter und ginge zulasten der Rechtssicherheit,<sup>39</sup> zumal die Verschuldenshaftung im BGB als Grundprinzip verankert ist.<sup>40</sup>

*b) Ablehnung einer Änderung des Geburteneintrags bei Transsexualität*

In einer personenstandsrechtlichen Entscheidung wird deutlich, dass sich der BGH zum Teil nicht befugt sieht, mittels Rechtsfortbildung einen Rahmen für neuartige und folgenreiche gesellschaftliche Entwicklung zu bereiten. Vor Erlass des Transsexuellengesetzes<sup>41</sup> (1980) hatte der IV. Zivilsenat die Frage zu beantworten, ob dem Antrag eines bei Geburt männlichen Transsexuellen stattzugeben sei, seinen Geburtseintrag im Standesregister dahingehend zu ändern, dass er weiblichen Geschlechts sei.<sup>42</sup> Der BGH entschied – anders als das die Rechtsfrage vorlegende Kammergericht<sup>43</sup> –, dass dem Antrag mangels gesetzlicher Grundlage nicht stattzugeben sei. Obwohl das Gericht die persönlichkeitsrechtliche Relevanz der Problematik erkannte,<sup>44</sup> nahm es an: „Im Wege richterlicher Rechtsfortbildung lassen sich die in diesem Zusammenhang auftretenden Fragen nicht lösen.“<sup>45</sup> Dabei ging der BGH davon aus, dass die damalige Rechtslage von „dem Grundsatz der geschlechtlichen Unwandelbarkeit des Menschen“ bestimmt sei.<sup>46</sup> Die mit einer Geschlechtsumwandlung einhergehenden Regelungsfragen seien zudem für andere Rechtsgebiete folgenreich, ließen sich aber mittels Rechtsfort-

<sup>39</sup> Dazu BGHZ 54, 332, 337: „Dem sich bewußt zurückhaltenden Gesetzgeber kann der Richter hier nicht vorgreifen, zumal in der Rechtsprechung eine Grenzziehung, inwieweit abweichend von dem gesetzlich verankerten Verschuldensprinzip ausnahmsweise eine Gefährdungshaftung eintreten soll, überhaupt nicht oder doch nur nach Ablauf einer langen Zeitspanne und damit nur unter Inkaufnahme einer jahrelangen Rechtsunsicherheit sich ermöglichen läßt.“

<sup>40</sup> Vgl. § 823 Abs. 1 BGB, § 280 Abs. 1 BGB. Andere Rechtsordnungen zeigen sich für die richterrechtliche Entwicklung der Haftung ohne Fehlverhalten offener als die deutsche; vgl. rechtsvergleichend zum europäischen Deliktsrecht *von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. 2, 1999, S. 378 ff.; für eine flexible Gefährdungshaftung im Rahmen eines einheitlichen Modells des Haftungsrechts, das an die Erfolgsverantwortlichkeit für den Schaden anknüpft, *Jansen*, *Die Struktur des Haftungsrechts*, 2003, S. 545 ff.; im amerikanischen Haftungsrecht entscheiden maßgeblich die Gerichte, wann eine besonders gefährliche Aktivität vorliegt und daher eine Gefährdungshaftung (strict liability) geboten ist (vgl. *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 62021, S. 252).

<sup>41</sup> Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz-TSG) vom 10.9.1980.

<sup>42</sup> BGHZ 57, 63; dazu im Kontext der (funktionellen) Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung *Hergewöder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 205 f.

<sup>43</sup> Kammergericht FamRZ 1971, 166 (Vorlagebeschluss). Das Kammergericht hielt damals eine Analogie zu gesetzlichen Möglichkeiten der Personenstandsberichtigung (§ 47 PStG) für zulässig.

<sup>44</sup> Vgl. BGHZ 57, 63, 71 f.

<sup>45</sup> BGHZ 57, 63, 71.

<sup>46</sup> BGHZ 57, 63, 69.

bildung nicht hinreichend beantworten, sodass eine große Rechtsunsicherheit drohe.<sup>47</sup> „Allein der Gesetzgeber“ habe auch die umfassenden Informationsmöglichkeiten, die nötig seien, um die Sachproblematik unter Beachtung des medizinischen Erkenntnisstands zu regeln.<sup>48</sup>

Der Entscheidung lag insofern kein „typischer“ Privatrechtsstreit zugrunde, als sich nicht zwei Private, sondern der Kläger und das Landesregister als staatliche Einrichtung gegenüberstanden. Von Interesse ist die Entscheidung aber, weil sie eine starke Zurückhaltung des BGH bei der Regelung neuartiger gesellschaftlicher Problemstellungen verdeutlicht, die auch mit funktionalen Grenzen der Rechtsfortbildung begründet wird, darunter namentlich der eingeschränkte Entscheidungsgegenstand, der begrenzte Rechtsfolgenausspruch und die beschränkten Informationsmöglichkeiten.<sup>49</sup> Im konkreten Fall wurde diese Zurückhaltung aufgrund des starken persönlichkeitsrechtlichen Einschlags der Konstellation vom BVerfG beanstandet.<sup>50</sup> Dieses nahm an, die Menschenwürde und das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung geböten es, den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört.<sup>51</sup> Daher bestehe eine Verpflichtung der Gerichte, „grundrechtsgemäß zu verfahren“, die nicht unter Berufung auf eine fehlende Rechtsgrundlage verneint werden könne.<sup>52</sup> Solange der Gesetzgeber keine Regelung getroffen habe, sei dem „unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Gebot“ mittels verfassungskonformer Auslegung Rechnung zu tragen.<sup>53</sup> Hier deuten sich bereits Schwierigkeiten an, die aus der Inkompatibilität einer strengen Vorbehaltsgeltung mit grundrechtlichen (Schutz-)Anforderungen an die Rechtsprechung im Privatrecht resultieren können, worauf später vor allem im Kontext der grundrechtlichen Schutzpflichten näher einzugehen sein wird.<sup>54</sup>

### c) Keine Schaffung bestimmter Staatshaftungsansprüche

In einer – vom BVerfG bestätigten<sup>55</sup> – Entscheidung zur Frage der Staatshaftung für Waldschäden lehnte der III. Zivilsenat die Entwicklung eines richterlichen Haftungsinstituts ab, obgleich er „die Waldschäden dem Grunde nach für ent-

<sup>47</sup> BGHZ 57, 63, 69 f.

<sup>48</sup> BGHZ 57, 63, 72.

<sup>49</sup> Die funktionellen Schranken betont in dem Kontext *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung*, 1995, S. 205 f.

<sup>50</sup> BVerfGE 49, 286; dazu wiederum krit. mit der Sorge, dass „die Gerichte etwas für eine allgemeine Erkenntnis halten, was nur Gegenstand einer kontingenten Meinung ist“, *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 3 1999, S. 256 f.

<sup>51</sup> BVerfGE 49, 286, 298.

<sup>52</sup> BVerfGE 49, 286, 301.

<sup>53</sup> BVerfGE 49, 286, 301.

<sup>54</sup> Siehe unter § 9 V.

<sup>55</sup> BVerfGE NJW 1998, 3264.

schädigungswürdig und entschädigungsbedürftig“ hielt.<sup>56</sup> Konkret ging es um die Frage, ob die öffentliche Hand für neuartige, emittentenferne Waldschäden haftet, die auf private Schadstoffausstöße zurückzuführen sind, welche hoheitlich genehmigt bzw. zugelassen wurden. Der BGH hielt die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen für eine Staatshaftung in diesem Kontext nicht für geeignet<sup>57</sup> und sah sich nicht berechtigt, „kraft Richterrechts“ ein ergänzendes Haftungsinstitut zu schaffen.<sup>58</sup> Vielmehr sei „die Zubilligung solcher Ansprüche entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip der Entscheidung des Parlamentsgesetzgebers vorzubehalten“.<sup>59</sup> Dieser habe bei der Regelung des neuartigen Problems der Waldschäden durch Fernimmissionen einen weiten Gestaltungsspielraum, während ein richterrechtliches Rechtsinstitut ungeeignet sei, die spezifischen Probleme sachgerecht zu bewältigen.<sup>60</sup> Zudem wurde eine parlamentarische Entscheidung für erforderlich gehalten, weil die Zubilligung von Haftungs- und Ausgleichsansprüchen im Kontext der Waldschäden mit weitreichenden Folgen für die Staatsfinanzen verbunden sei.<sup>61</sup>

Der BGH bezieht sich hier primär auf die demokratisch-gewaltenteilungsspezifische Komponente des Gesetzesvorbehalts. Neben den finanziellen Folgen für den Staatshaushalt stellt er auf die funktionale Eignung des Parlaments zur politisch-gestalterischen Lösung der neuartigen Problemstellung ab.<sup>62</sup> Es wird auch der parlamentarische Entscheidungsspielraum betont, der bei der staatlichen Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten besteht und häufig als Argument für die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers angeführt wird.<sup>63</sup>

---

<sup>56</sup> BGHZ 102, 350, 363; krit. zu dieser Zurückhaltung *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 69. Die Entscheidung ist insofern atypisch, als das Staatshaftungsrecht – abgesehen von der in § 839 BGB und Art. 34 GG geregelten Amtshaftung – großenteils auf richterrechtlicher Entwicklung beruht. Namentlich die Heranziehung des allgemeinen Aufopferungsgedankens der §§ 74, 75 Einl ALR entspricht dem Erfordernis eines modernen Parlamentsgesetzes kaum. Näher dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 185–187.

<sup>57</sup> Als Rechtsgrundlage werden § 14 S. 2 BImSchG in unmittelbarer oder analoger Anwendung bzw. verfassungskonformer Auslegung (BGHZ 102, 350, 351 ff.) sowie die Institute des enteignungsleichen oder enteignenden Eingriffs (ebd., S. 357 ff.) und eine Amtshaftung gem. § 839 BGB, Art. 34 GG (ebd., S. 367 f.) abgelehnt.

<sup>58</sup> BGHZ 102, 350, 362 f.

<sup>59</sup> BGHZ 102, 350, 362.

<sup>60</sup> BGHZ 102, 350, 362.

<sup>61</sup> BGHZ 102, 350, 362; zu diesem Aspekt als Argument gegen die Befugnis zu richterlicher Rechtsfortbildung im Staatshaftungskontext mit Bezug auf den Gesetzesvorbehalt auch BGHZ 212, 173, 192; 205, 63, 67 f.; zum Kriterium der Haushaltswirksamkeit als Indiz für Wesentlichkeit und als Grenze richterlicher Regelbildung näher *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 179–182.

<sup>62</sup> BGHZ 102, 350, 362 f.

<sup>63</sup> Dazu im selben Kontext BVerfG NJW 1998, 3264, 3265, wo nicht von einem verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassen von Entschädigungsregelungen infolge der Waldschäden ausgegangen wird.

*d) Kein Beitrittszwang zum außergerichtlichen Sanierungsvergleich*

In seiner, für die Unternehmenssanierungspraxis folgenreichen, Akkordstörer-Entscheidung hat es der IX. Zivilsenat abgelehnt, eine Bindungswirkung des außergerichtlichen Sanierungsvergleichs der überwiegenden Gläubigermehrheit auch für dem Vergleich nicht zustimmende Gläubiger anzuerkennen.<sup>64</sup> Die Herleitung einer solchen Bindungswirkung, etwa auf Basis einer Gefahrgemeinschaft aller Gläubiger des in die Krise geratenen Unternehmens oder unter Berufung auf den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) des dem Vergleich nicht beitretenden Akkordstörers, hielt der BGH für eine Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Dabei hob das Gericht einerseits hervor, dass ein „geschlossenes gesetzgeberisches Konzept“ des Gesetzgebers der Konkurs- und Vergleichsordnung existiere.<sup>65</sup> Andererseits wurde eine richterrechtliche Regelung der Problematik allgemein für unzulässig gehalten, weil die Wahrnehmung und Konkretisierung der damit verbundenen wirtschafts- und sozialpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten „Sache des Gesetzgebers“ sei.<sup>66</sup>

*2. Übernahme des differenzierenden Ansatzes des BVerfG*

In einer jüngeren Entscheidung aus dem Jahr 2016 hat sich der I. Zivilsenat des BGH in einem urheberrechtlichen Kontext explizit dem differenzierenden Ansatz des BVerfG angeschlossen. Er nahm an, der Gesetzesvorbehalt in Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie gelte „nur für das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern, nicht zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern“.<sup>67</sup> Hintergrund der Entscheidung war die Frage, inwieweit Telekommunikationsunternehmen als Internetzugangspanbieter für Urheberrechtsverletzungen haften, die über den von ihnen bereitgestellten Internetzugang begangen werden.<sup>68</sup> Die Urheberrechtsinhaber<sup>69</sup> verlangten nach § 1004 BGB (analog) i.V.m. §§ 97 Abs. 1, 19 a UrhG<sup>70</sup> im Rahmen einer urheberrechtlichen Störerhaftung die Verpflichtung der Access-Provider zur Sperrung des Zugriffs auf die Internetseiten, auf

<sup>64</sup> BGHZ 116, 319.

<sup>65</sup> BGHZ 116, 319, 326.

<sup>66</sup> Vgl. BGHZ 116, 319, 326: „Volkswirtschaftliche und sozialpolitische Erwägungen, so berechtigt sie sein mögen, reichen schon angesichts der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten namentlich in Bezug auf Mindestsätze, Mehrheitsverhältnisse, Forderungssummen und die Bildung von Gläubigergruppen nicht aus, die von der Revision befürwortete Rechtsfortbildung durch den Richter zu rechtfertigen. Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, dem Sanierungsgedanken in einem weiteren Umfang, als bislang geschehen, Geltung zu verschaffen.“

<sup>67</sup> BGH ZUM-RD 2016, 156 Rn. 59 (unter Verweis auf BVerfGE 84, 212; 88, 103).

<sup>68</sup> Näher zur Problematik *Durner*, ZUM 2010, 833 ff.

<sup>69</sup> Genauer: die deutsche Wahrnehmungsgesellschaft für die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an geschützten Werken der Musik.

<sup>70</sup> Vgl. die ausführliche Anspruchsprüfung der Vorinstanz, die den Anspruch ablehnt, OLG Hamburg ZUM-RD 2016, 183, 188 ff.

denen die urheberrechtlich geschützten Werke rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wurden.<sup>71</sup> In der Vorinstanz verneinte das OLG Hamburg einen solchen Anspruch gegen den Access-Provider mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage.<sup>72</sup> Aufgrund der Grundrechtsintensität einer solchen Verpflichtung (insb. eines Eingriffs in Art. 10 GG) hielt es eine konkrete gesetzliche Grundlage für unentbehrlich.<sup>73</sup> Der BGH lehnte das Erfordernis einer parlamentsgesetzlichen Regelung hingegen mit folgenden Erwägungen ab:

„Festzuhalten ist [...], dass die Wesentlichkeitstheorie nur für das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern, nicht zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern gilt. Mit dem Kriterium der Wesentlichkeit kann beurteilt werden, ob die in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Gebote der Demokratie und des Rechtsstaats der Delegation von Rechtssetzung vom Parlament auf die Exekutive entgegenstehen. Bei einer Kollision gegenläufiger Grundrechte gleichgeordneter Rechtsträger stellt sich eine solche Kompetenzfrage nicht, weil der Staat in einen solchen Konflikt über die Gerichte lediglich als Vermittler eingebunden ist, der nicht die Zulässigkeit eines hoheitlichen Grundrechtseingriffs prüft, sondern die betroffenen Belange gegeneinander abwägt.“<sup>74</sup>

Der BGH nahm daher an, dass mit der Störerhaftung, „die richterrechtlich aus einer Analogie zu § 1004 BGB abgeleitet wird und im Bereich der Immaterialgüterrechte [...] weite Anwendung findet, eine hinreichende Rechtsgrundlage“ vorliege.<sup>75</sup>

Die Herleitung des Anspruchs aus der allgemeinen urheberrechtlichen Störerhaftung mag aus methodischen Gründen vertretbar<sup>76</sup> und auch mit den An-

---

<sup>71</sup> Hintergrund ist eine unionsrechtliche Vorgabe in Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“

<sup>72</sup> OLG Hamburg ZUM-RD 2016, 183, 188 ff.; so auch die Vorinstanz LG Hamburg ZUM 2010, 902; zu einer kritischen Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung *Durner*, ZUM 2010, 833 ff.

<sup>73</sup> OLG Hamburg ZUM-RD 2016, 183, 191 ff.

<sup>74</sup> BGH ZUM-RD 2016, 156 Rn. 59 (Rechtsprechungs- und Literaturverweise weggelassen); ähnlich zur Thematik *Durner*, ZUM 2010, 833, 835: „Anders als in einer Eingriffssituation besteht die Aufgabe des Richters insoweit aber nicht in der Prüfung der Zulässigkeit eines hoheitlichen Grundrechtseingriffs, sondern in erster Linie darin, die betroffenen Belange einander im Rahmen einer Abwägung zuzuordnen.“

<sup>75</sup> BGH ZUM-RD 2016, 156 Rn. 61.

<sup>76</sup> Dafür spricht vor allem, dass die gesetzgeberische Intention, die unionsrechtliche Vorgabe des Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG mittels der allgemeinen Störerhaftung umzusetzen, nachweisbar ist, wie sich aus dem Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung dieser Richtlinie ergibt, vgl. BT-Drucks. 15/38 S. 39 f. (Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats). Es ist somit die gesetzgeberische Intention nachweisbar, dem Urheberrechtsschutz durch Einbindung der Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung zur Durchsetzung zu verhelfen. Ähnlich dazu BGH ZUM-RD 2016, 156, 164; am Rande auch *Durner*, ZUM 2010, 833 mit Fn. 2.

forderungen des Gesetzesvorbehalts vereinbar sein. Allerdings überzeugt die Einordnung als dreipoliges Grundrechtsverhältnis, in dem allein auf den Interessenausgleich der Beteiligten abgezielt wird, nicht in Gänze. Dies mag bei einer formalen Betrachtung der beteiligten Parteien der Fall sein,<sup>77</sup> die bereits zuvor mit Blick auf die Differenzierung des BVerfG kritisiert wurde.<sup>78</sup> Eine andere Einordnung ist hingegen bei einer funktionalen Betrachtung der zivilgerichtlichen Entscheidung naheliegend. Diese verfolgt nämlich auch oder sogar primär das Ziel einer effektiven Durchsetzung des Urheberrechtsschutzes. Zu diesem Zweck werden die Internetprovider als Privatunternehmen, die an sich ein legitimes, gesellschaftlich erwünschtes Geschäftsmodell betreiben,<sup>79</sup> in die Bekämpfung der Urheberrechtsverletzungen durch Dritte einbezogen. Ihnen wird aufgegeben, hinreichend effektive Sperrmaßnahmen zu ergreifen, um einen wirkungsvollen Schutz des Urheberrechts sicherzustellen.<sup>80</sup> Damit wird auch der unionsrechtlichen Vorgabe in Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG entsprochen, die eine private Rechtsdurchsetzung des Urheberrechtsschutzes in derartigen Konstellationen als Regulierungsinstrument vorsieht.<sup>81</sup> Wenn es aber darum geht, mittels Privatrecht ein überindividuelles öffentliches Interesse (hier: die effektive Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen im Allgemeinen) zu verfolgen, steht die Verfolgung eines Regulierungsziels und nicht bloß ein einzelfallbezogener Interessenausgleich zwischen den Parteien in Rede. Dementsprechend kann man hier – wie im 3. Teil der Untersuchung näher zu begründen – auch von einem zweipoligen Grundrechtsverhältnis (Staat-Bürger) ausgehen, in dem die Geltung des Gesetzesvorbehalts angezeigt ist.

---

<sup>77</sup> So wird in BGH ZUM-RD 2016, 156 Rn. 60 nur auf das Haftungsverhältnis „zwischen demjenigen, der den Schutz von Urheberrechten verfolgt und einem Telekommunikationsunternehmen“ abgestellt.

<sup>78</sup> Siehe unter § 7 I. 2.

<sup>79</sup> So BGH ZUM-RD 2016, 156 Rn. 38.

<sup>80</sup> BGH ZUM-RD 2016, 156 Rn. 38 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH, Urt. v. 27.3.2014, C-314/12, 494, ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 62 – UPC Telekabel Wien, wonach die Maßnahmen „hinreichend wirksam sein [müssen], um einen wirkungsvollen Schutz des betreffenden Grundrechts sicherzustellen, d. h., sie müssen bewirken, dass unerlaubte Zugriffe auf die Schutzgegenstände verhindert oder zumindest erschwert werden und dass die Internetnutzer, die die Dienste des Adressaten der Anordnung in Anspruch nehmen, zuverlässig davon abgehalten werden, auf die ihnen unter Verletzung des genannten Grundrechts zugänglich gemachten Schutzgegenstände zuzugreifen.“

<sup>81</sup> Art. 8 Abs. 3 Richtlinie 2001/29/EG: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“

### 3. Zwischenbetrachtung

Dieser schemenhafte Überblick zeigt, dass der BGH als wichtigster Akteur privatrechtlicher Rechtsfortbildung den Gesetzesvorbehalt – wenn auch nur vereinzelt und keinem genauen Muster folgend – als Rechtsfortbildungsgrenze berücksichtigt. Aus den zuerst dargestellten Entscheidungen geht hervor, dass dabei sowohl die rechtsstaatlich-grundrechtliche als auch die demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Dimension des Gesetzesvorbehalts von Bedeutung ist. Letztere findet namentlich in der Erwägung des BGH Ausdruck, allein der Gesetzgeber sei in bestimmten Fällen zur rechtspolitischen Gestaltung neuartiger, folgenreicher Sachprobleme befugt.

Es bleibt anzumerken, dass den angeführten Entscheidungen eher Ausnahmecharakter zukommt. Überwiegend konzentrieren sich die Zivilgerichte auf die methodische Zulässigkeit der Auslegung und Rechtsfortbildung. Auch die Bezugnahme auf den Gesetzesvorbehalt wird in der Regel mit einer methodischen Prüfung der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung verbunden.<sup>82</sup> Beispielsweise werden parallel zur Grenze des Gesetzesvorbehalts die methodischen Argumentationstopoi des geschlossenen Regulationssystems (z.B. bei der Akkordstörer-Entscheidung) oder des abschließenden Charakters gesetzlicher Regelungen (z.B. der Gefährdungshaftungstatbestände) angeführt. Der BGH rechtfertigt die Ablehnung einer Rechtsfortbildung somit „doppelt“. Zum einen wird die begehrte Regelung dem exklusiven Kompetenzbereich des Gesetzgebers zugeschrieben, zum anderen wird erörtert, dass sich methodisch keine Intention des Gesetzgebers nachweisen lässt, die Entscheidung der offenen Rechtsfrage an die Rechtsprechung zu delegieren.

Die Bezugnahme auf den differenzierenden Ansatz des BVerfG in der erwähnten Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH aus dem Jahr 2016 dürfte für die Rechtsprechungspraxis im Zivilrecht nicht besonders folgenreich sein, da der Gesetzesvorbehalt dort bislang ohnehin nur in seltenen Fällen Berücksichtigung fand. Im folgenden Teil wird genauer auf die – in dem differenzierenden Ansatz des BVerfG angedeutete – Unterscheidung zwischen zweipoligen (Staat-Bürger) und mehrpoligen (Bürger-Staat-Bürger) Grundrechtsverhältnissen einzugehen sein und davon ausgehend versucht, einen differenzierenden Ansatz für die Anwendung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht zu entwickeln.

---

<sup>82</sup> Zur Nähe der (methodischen) Grenzen der Gesetzesauslegung, d.h. der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) und der aus dem Gesetzesvorbehalt folgenden Grenzen für richterliche Rechtsfortbildung *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 90, der annimmt, dass beide „zusammenfallen“.



### 3. Teil

## Rechtsfunktionale Betrachtung: Funktionen des Gesetzesvorbehalts und Privatrechtsfunktionen

Im 3. Teil wird ein differenzierender Ansatz für die Anwendung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht entwickelt, der sich an unterschiedlichen Funktionen des Privatrechts orientiert. Dazu wird vorab die rechtsfunktionale Perspektive als rechtstheoretische Grundlage erläutert (§ 8). Anschließend wird eine Verknüpfung zwischen bestimmten Privatrechtsfunktionen und den bereits erläuterten Grundfunktionen des Gesetzesvorbehalts in Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie hergestellt. Dabei wird im ersten Schritt primär auf dessen *rechtsstaatlich-grundrechtliche* Funktion eingegangen, indem ein Bezug zwischen bestimmten Privatrechtsfunktionen und grundrechtlichen Schutzgehalten hergestellt wird (§ 9). Anschließend wird die *demokratische* und *gewaltenteilungsbezogene* Funktion des Gesetzesvorbehalts in den Blick genommen und auch in dieser Hinsicht beleuchtet, welche der zuvor identifizierten Privatrechtsfunktionen besonders auf legislative Determinierung angewiesen ist (§ 10).



## Differenzierung von Rechtsfunktionen als rechtstheoretische Grundlage

Das funktionale Verständnis von Recht, dessen sich die Untersuchung im Folgenden bedient, entstammt ursprünglich der Rechtssoziologie, die auf einer Makroebene<sup>1</sup> verschiedene Aufgaben beschreibt, die das Recht in der Gesellschaft erfüllt.<sup>2</sup> Auch in der Rechtstheorie werden Rechtsfunktionen unterschieden, wobei die Aufgabe zur „sozialen Steuerung und Kontrolle“ als Grundfunktion angesehen wird.<sup>3</sup> Unter einem enger gefassten Blickwinkel lassen sich Rechtsfunktionen auch als eine „genuin rechtswissenschaftliche Analysekategorie“<sup>4</sup> begreifen, die darauf abzielt, generalisierbare Funktionen einzelner Rechtsnormen oder Normkomplexe (d.h. auf einer Mikro- oder Mesoebene) zu identifizieren, woraus sich Folgen insbesondere für die Normauslegung und -anwendung ergeben können. Des Weiteren lassen sich die verschiedenen Funktionen des einfachen Rechts auf ihre verfassungsrechtliche Bewandnis, insbesondere ihre grundrechtsbeeinträchtigende oder -verwirklichende Wirkung, untersuchen. Gerade der zuletzt genannte Aspekt des rechtsfunktionalen Verständnisses und der Differenzierung von Rechtsfunktionen lässt sich für die Zwecke dieser Unter-

---

<sup>1</sup> Zu der aus der Soziologie stammenden Unterscheidung von Makro-, Meso- und Mikroebene *Esser*, *Soziologie*, <sup>3</sup>1999, S. 112 f. Dort bezeichnet die *Makroebene* die Strukturen der Gesellschaft als übergreifendes soziales Gebilde, die *Mikroebene* die Aktionen der individuellen Akteure, die dazwischen liegende *Mesoebene* die Systeme der sozialen Interaktion. Die in der Rechtssoziologie vorgenommene Bezeichnung von Rechtsfunktionen bezieht sich üblicherweise auf eine die Gesellschaft als Ganzes beschreibende Makroebene. Vgl. dazu auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 48.

<sup>2</sup> Zu Rechtsfunktionen aus rechtssoziologischer Perspektive *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, <sup>6</sup>2013, S. 186–190; *Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, <sup>8</sup>2014, S. 98–112; *Baer*, *Rechtssoziologie*, <sup>3</sup>2017, S. 109–114; von Aufgaben, die das Recht in der Gesellschaft zu erfüllen hat („the Law-Jobs“) spricht bereits *Llewellyn*, *Yale Law Journal* 49 (1940), 1355, 1373 ff.; dazu auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 48.

<sup>3</sup> So *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, <sup>12</sup>2022, Rn. 72, in Anlehnung an *Hart*, *The concept of law*, <sup>2</sup>1994, S. 40: „The principle functions of the law as a means of social control are [...] to be seen in the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and plan life out of court.“

<sup>4</sup> *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 49; ähnlich bereits *Krawietz*, *Das positive Recht und seine Funktion*, 1967, S. 44: „Der funktionale Aspekt des positiven Rechts stellt ein Rechtsphänomen dar, das von der Rechtswissenschaft in eigener Zuständigkeit zu bearbeiten ist.“

suchung fruchtbar machen. Wie sich im Folgenden zeigen wird, bietet die Differenzierung von Funktionen des Privatrechts wichtige Anhaltspunkte für die Beurteilung der Relevanz des Gesetzesvorbehalts. So sind bestimmte Rechtsfunktionen, namentlich die – auch mittels Privatrecht wahrgenommene – *Regulierungsfunktion*, aufgrund ihrer Grundrechtseingriffsintensität und ihres spezifischen Gemeinwohlbezugs, besonders auf gesetzliche Determinierung angewiesen und dürfen nicht im Alleingang von der Rechtsprechung verfolgt werden, während andere, insbesondere die dem Privatrecht klassischerweise zugeordnete *Interessenausgleichfunktion*, in der Regel eine geringere Grundrechts(eingriffs-)intensität aufweisen und in besonderem Maße der flexiblen richterlichen Gestaltung im Einzelfall bedürfen.

Die funktionale Betrachtung des Rechts ist eng mit der Erkenntnis der verhaltenssteuernden Wirkung von Recht verknüpft.<sup>5</sup> Sollen Rechtsnormen der Erfüllung bestimmter sozialer Aufgaben bzw. der Erreichung bestimmter politischer Ziele dienen, ist der Einbezug ihrer verhaltenssteuernden Wirkung auf die Rechtssubjekte essenziell. Aus rechtspolitischer Perspektive erscheint die Notwendigkeit des Einbezugs dieser Komponente evident, denn „das Recht kann nur dadurch etwas bewirken, dass es Verhalten ändert“.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber hat sich also naturgemäß mit der Frage zu befassen, welche Wirkungen er mit einer konkreten Normsetzung erzielen möchte.<sup>7</sup> Demgegenüber ist die Befassung mit der verhaltenssteuernden Wirkungen der Rechtsanwendung weniger geläufig.<sup>8</sup> Der

<sup>5</sup> Zu dieser *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 62013, S. 187 f.; zu rechtssoziologischen Grundlagen der Verhaltenssteuerung, insb. zum Aspekt der Effektivität des Rechts, *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 24–32; zu einer allgemeinen Definition des Begriffs rechtlicher Steuerung *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 8: „Die Nutzung des Mediums Recht zur Bewirkung erwünschter und Vermeidung unerwünschter Wirkungen wird [...] als rechtliche Steuerung bezeichnet.“

<sup>6</sup> *Engel*, Rechtspolitisches Forum 29 (2005), 1, 22; zur Wirkungsorientierung des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes in der Verwaltungsrechtswissenschaft *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 32008, S. 256 f.

<sup>7</sup> Zur Perspektive der Gesetzgebung *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 63: „Die Gesetzgebungslehre geht von der Frage aus: *Wie können mit gesetzlichen Normen soziale Zustände in einem erwünschten Sinne beeinflusst werden?*“ (Hervorhebung im Original). Sollen die Rechtswirkungen im Normgebungsprozess bewusst berücksichtigt werden, ist ein multidisziplinärer Ansatz erforderlich, etwa die Berücksichtigung sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse, um eine zielgerichtete, durch Rechtstatsachen- und Rechtsfolgenforschung unterlegte Regelsetzung zu ermöglichen, vgl. *Noll*, ebd., S. 64 ff.; zur Berücksichtigung der Sozialwissenschaften als Grundlage rationaler Gesetzgebung auch *Hopt*, JZ 1975, 341 f.

<sup>8</sup> Zur mangelnden Berücksichtigung der verhaltenssteuernden Wirkung im Rahmen der Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 143 f., 147; zur Diskussion, inwieweit Sozialwissenschaften zu rationaler Rechtsanwendung beitragen können, *Hopt*, JZ 1975, 341, 342 ff.; zu Folgenerwägungen im Richterrecht bereits *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977; zu Unterschieden zwischen der herkömmlichen prinzipienbasierten Rechtsdogmatik und einer regulatorisch-folgenorientierten Rechtsdogmatik *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 403 ff.

hier vorgeschlagene Ansatz, Rechtsfunktionen mit den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an gesetzliche Determinierung bzw. Grenzen richterlicher Rechtserzeugung in Bezug zu setzen, zielt also (auch) auf eine Sensibilisierung des Gesetzgebers sowie vor allem der Rechtsprechung für die rechtsfunktionale Perspektive im Privatrecht ab.

In Anlehnung an *Alexander Hellgardts* Studie zu „Regulierung und Privatrecht“ stehen drei zentrale Funktionen des Privatrechts im Zentrum dieser Untersuchung: die Regulierungsfunktion, die Interessenausgleichsfunktion und die Infrastrukturfunktion.<sup>9</sup> Der Fokus auf diese Funktionen beruht vor allem auf zwei Erwägungen: erstens lässt sich ihnen ein breites Spektrum privatrechtlicher Normen zuordnen,<sup>10</sup> zweitens sind sie ebenso im öffentlichen Recht präsent,<sup>11</sup> sodass mithilfe eines intradisziplinären Ansatzes untersucht werden kann, im Rahmen welcher Rechtsfunktionen der Gesetzesvorbehalt Beachtung verlangt. Dabei können gerade die gefestigten Erkenntnisse zur Rolle des Gesetzesvorbehalts im Verwaltungsrecht wichtige Anhaltspunkte für seinen potenziellen Anwendungsbereich im Privatrecht liefern. Die Charakteristika der hier behandelten Rechtsfunktionen werden im weiteren Verlauf der Untersuchung noch präzisiert, vorab sind aber bereits die zentralen Begriffe zu klären und Grundbedenken gegenüber einer rechtsfunktionalen Perspektive auszuräumen.

Die für die vorliegende Untersuchung zentrale *Regulierungsfunktion* beschreibt den Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsentention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist.<sup>12</sup> In jüngerer Zeit wurde mehrfach

---

<sup>9</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50 ff.; s.a. *Hellgardt*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 121, 124–130.

<sup>10</sup> Allerdings wird damit kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben. Es existieren eine Reihe anderer Rechtsfunktionen und es sind auch speziellere sowie abweichende Kategorisierungen denkbar; vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 55, 62 f., der etwa die Organisations- und Begrenzungsfunktion nennt.

<sup>11</sup> Zum rechtsgebietsübergreifenden Charakter der Rechtsfunktionen *Hellgardt*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 121, 124.

<sup>12</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50 (näher zu den vier Elementen der Definition ebd., S. 50–55); vgl. zu einem ähnlichen, aber offeneren Regulierungsverständnis, das sich nicht allein auf den Einsatz *staatlichen Rechts* als Regulierungsinstrument konzentriert, *Black*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 2021, 1, 4: „Regulation [...] is understood here as a series of intentional, sustained and focussed attempts to change the behavior of others in order to pursue a collective purpose, using a range of techniques which often, but not always, include a combination of rules or norms [...]“; zum Verhältnis von Regulierung und Recht mit einem Überblick zu theoretischen Ansätzen *Black*, Austl. J. Leg. Phil. 27 (2002), 1, 29–34; zur Eigengesetzlichkeit von Recht als Steuerungsinstrument *Engel*, Rechtspolitisches Forum 29 (2005), 1, 28–30. Der hier unter Bezug auf *Hellgardt* gewählte Regulierungsbegriff ist von dem – unterschiedlich nuancierten – Regulierungsverständnis im deutschen öffentlichen Recht, insb. der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ zu unterscheiden (vgl. mit einem Überblick *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 253 ff. m.w.N.; s.a. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 41–47). Zu diesem ergeben sich

eindrücklich gezeigt, dass sich neben dem – klassischerweise zu Regulierungszwecken eingesetzten – öffentlichen Recht auch das Privatrecht als Regulierungsinstrument zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen eignet und als solches bereits vielfach eingesetzt wird.<sup>13</sup> Aus regulatorischer Perspektive werden öffentliches Recht und Privatrecht also weniger als klar trennbare, in sich geschlossene Systeme, sondern als „wechselseitige Auffangordnungen“ begriffen.<sup>14</sup> Gewiss unterscheiden sich die Steuerungsmöglichkeiten des öffentlichen und Privatrechts,<sup>15</sup> der Gesetzgeber *kann* aber mittels beider Teilrechtsordnungen als „funktionell eingesetzte, alternative Grundformen ausgeübter Staatsgewalt“<sup>16</sup> (identische) Steuerungsziele verfolgen. Oftmals wird sich für den Gesetzgeber ein „Regulierungsmix“ als zielführend erweisen, der Stärken und Schwächen öffentlich- und privatrechtlicher Steuerungs- und Durchsetzungsmechanismen sinnvoll kombiniert. Auch das BVerfG erkennt den regulatorischen Einsatz von Privatrecht an. So stellt das Gericht beispielsweise im Bereich des Mietrechts klar, dass es der Einordnung einer Regelung als bürgerliches Recht (i.S.d. Kompetenztitels in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) nicht entgegenstehe, wenn ihr „ein sozialstaatlich mo-

---

zwar zum Teil klare Überschneidungen (vgl. etwa die Definition bei *Eifert*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 19 Rn. 5 f.), teilweise aber auch große Unterschiede, etwa wenn der Regulierungsbegriff nur auf marktregulierungsspezifische Steuerungsinstrumente (v.a. bei netzgebundenen Dienstleistungen) bezogen wird oder wenn auch private Regulierungsakteure einbezogen werden.

<sup>13</sup> Siehe *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 24 ff. (zu Marktregulierung durch Privatrecht); *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 39 ff. (zu Marktordnung und Verhaltenssteuerung durch private Haftung); allgemein und mit Beispielen aus verschiedenen Bereichen des Privatrechts *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 98 ff., 155 ff. und passim; *Möslein*, Dispositives Recht, 2012, S. 38 ff. (zur Steuerungsfunktion dispositiven Privatrechts); s.a. *Ackermann*, JZ 2021, 7, 11 f.; *Heese*, AcP 222 (2022), 703, 706–709; jüngst monographisch *Croon-Gestefeld*, Gemeininteressen im Privatrecht, 2022, S. 261 ff. et passim; *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 74 ff. Letztere beide stellen bereits die Richtigkeit der These eines vormals, d.h. vor allem im 19. Jahrhundert, freiheitlich-individualistisch geprägten Privatrechts infrage und sehen darin vielmehr eine durch den Privatrechtsdiskurs geprägte „Leiterzählung“ (*Croon-Gestefeld*, aaO., S. 29 ff.) bzw. „Meistererzählung“ (*Schirmer*, aaO., S. 33 ff.). Nach wie vor besteht über die Anerkennung der Regulierungsfunktion des Privatrechts im wissenschaftlichen Diskurs aber kein Konsens; zum Teil wird eine „Instrumentalisierung“ des Privatrechts zu Regulierungszwecken skeptisch gesehen, vgl. etwa *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 557–559.

<sup>14</sup> Grundlegend *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 ff.; *Schmidt-Abmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7, 8 f. betont die „Einheitlichkeit öffentlicher Aufgaben“ mit Blick auf die „unterschiedlichen Steuerungsleistungen“ der Teilrechtsordnungen.

<sup>15</sup> *Schmidt-Abmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7, 16–22.

<sup>16</sup> *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 4 Rn. 5 (am Bsp. des Wettbewerbsrechts).

tivierter Eingriff in das Marktgeschehen mit dem Ziel, sozialstaatliche Disparitäten auszugleichen oder zu beseitigen“ zugrunde liegt.<sup>17</sup>

Der teilweise zu beobachtende regulatorische Gleichlauf von öffentlichem und Privatrecht legt zugleich nahe, verfassungsrechtliche Schranken, die herkömmlich nur auf öffentlich-rechtliches staatliches Handeln bezogen wurden, im Privatrecht nicht mehr gänzlich auszublenden. Allerdings bedeutet die – in vorliegender Untersuchung geteilte – Hervorhebung der Regulierungsfunktion des Privatrechts keineswegs, dessen traditionelle Aufgabe des Ausgleichs gegenläufiger Individualinteressen in den Hintergrund zu rücken. Die *Interessenausgleichsfunktion* beschreibt vielmehr nach wie vor die *zentrale Aufgabe* privatrechtlicher Normen und ihrer Anwendung durch die Zivilgerichte, obgleich der regulatorische Einsatz von Privatrecht zuletzt – auch unter dem Einfluss des Unionsrechts – an Bedeutung gewonnen hat.<sup>18</sup> Des Weiteren erfüllt das Privatrecht regelmäßig eine *Infrastrukturfunktion*, indem es rechtliche Rahmenregelungen zur Ermöglichung und Erleichterung privater Rechtsgestaltung und -entfaltung bereitstellt.<sup>19</sup> Im Folgenden wird zu zeigen sein, dass die genannten Rechtsfunktionen aufgrund ihrer unterschiedlichen Grundrechtsintensität (dazu § 9) und demokratisch-gewaltenteilungsspezifischen Bedeutung (dazu § 10) wichtige Anhaltspunkte für eine differenzierende Anwendung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht liefern können.

Wenn vorliegend die Differenzierung von Rechtsfunktionen mit spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen – konkret: des Gesetzesvorbehalts – verbunden werden soll, stellt sich unweigerlich die Frage nach der hinreichenden Schärfe der funktionalen Betrachtung als Anknüpfungspunkt. Damit ist zugleich ein Kritikpunkt angesprochen, der einer rechtsfunktionsspezifischen Betrachtung des Privatrechts zum Teil entgegengehalten wird.<sup>20</sup> In der Tat kann die Abgrenzung von Rechtsfunktionen Schwierigkeiten bereiten. Zum Teil überschneiden sich die oben genannten Funktionen auch; so werden mit (Privat-)Rechtsnormen oder Gerichtsentscheidungen nicht selten mehrere Funktionen gleichzeitig verfolgt.<sup>21</sup> Allerdings lässt sich häufig, wie einige Beispiele in den folgenden

---

<sup>17</sup> BVerfGE 157, 223, 265 f. (Mietendeckel); ähnlich bereits BVerfGE 142, 268, 283 Rn. 55 (zur Einführung des Bestellerprinzips bei Wohnungsvermittlungen); vgl. auch BVerfG NJW 2019, 3054 Rn. 72 (Mietpreisbremse): „Der Gesetzgeber ist aber bei mietrechtlichen Regulierungen nicht darauf beschränkt, die Belange der jeweiligen Mieter zu schützen. Er kann sich vielmehr auch auf das darüber hinausgehende gesellschaftspolitische Interesse an einer durchmischten Wohnbevölkerung in innerstädtischen Stadtvierteln berufen.“

<sup>18</sup> Vgl. *Hellgardt/Jouanmaud*, AcP 222 (2022), 163, 182.

<sup>19</sup> Näher *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 56–59; *ders.*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 121, 124–126; bereits *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91 beschreibt das Zivilrecht als „Sammlung von Regeln, Institutionen und Prinzipien, die den Verkehr zwischen Gleichberechtigten nicht nur regeln, sondern in weitem Umfang überhaupt erst möglich machen“.

<sup>20</sup> Siehe *Kühne*, AcP 217 (2017), 687, 694 f.; skeptisch zur Differenzierbarkeit auch *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2020, S. 69, 168 f.

<sup>21</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 63 f.

Ausführungen belegen, eine schwerpunktmäßige Intention des Gesetzgebers oder Rechtsanwenders ausmachen, sodass die funktionale Zuordnung möglich und die Verknüpfung mit bestimmten verfassungsrechtlichen Anforderungen sinnvoll erscheint. Im Übrigen sei angemerkt, dass Abgrenzungsschwierigkeiten bei rechtlichen Systematisierungen durchaus üblich sind und kein zwingendes Hindernis für eine Theoriebildung darstellen, sofern die erforderliche Differenzierung – zumindest bei vielen Anwendungsfällen – im Sinne einer Schwerpunktbetrachtung möglich erscheint und einen dogmatischen Erkenntniswert bringt.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl. ähnliche Erwägungen zu anderen schwierigen dogmatischen Abgrenzungsfragen, etwa zur Abgrenzung von Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung bei *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 54 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 117; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 667 ff.; zur Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht bei *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 338; zur Abgrenzung zwischen *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* bei privatrechtlichen Normen bei *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 13–15.

## Rechtsstaatlich-grundrechtliche Funktion des Gesetzesvorbehalts: Verknüpfung von Grundrechtsfunktionen und Privatrechtsfunktionen

Als erstes wird die rechtsstaatlich-grundrechtsbezogene Funktion des Gesetzesvorbehalts in den Blick genommen und ihre Relevanz für die Rechtsprechung im Privatrecht untersucht. Hierbei rückt die Frage der Grundrechtswirkung im Privatrecht in den Fokus, denn von dieser ausgehend lassen sich am ehesten Rückschlüsse auf den Geltungsbereich und die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts ziehen. Dabei erscheint es sinnvoll, sich primär an der auf *Grundrechtseingriffe* bezogenen Funktion des Gesetzesvorbehalts zu orientieren, welche darauf abzielt, Bürger vor staatlichen Eingriffen durch das Erfordernis gesetzlicher (Eingriffs-)Grundlagen zu schützen und die Berechenbarkeit hoheitlicher Entscheidungsgewalt abzusichern. Wenn auch die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG den Gesetzesvorbehalt vom Grundrechtseingriff löst, besteht der Eingriffsschutz doch als Kernanliegen, welches bereits der tradierten Freiheits- und Eigentumsformel<sup>1</sup> zugrunde lag, fort.<sup>2</sup> Dementsprechend sind Grundrechtseingriffe grundsätzlich als „wesentlich“ einzuordnen und auf eine gesetzliche Grundlage angewiesen, wohingegen die Leistungs- und Teilhabedimension der Grundrechte betreffende staatliche Maßnahmen nicht per se die (Schutz-)Funktion des Gesetzesvorbehalts auslösen.<sup>3</sup> Folglich ist der Frage nachzugehen, ob sich im Privatrecht Eingriffskonstellationen im Sinne der Vorbehalts- und Grundrechtslehre identifizieren lassen oder – anders gewendet – ob bestimmte Konstellationen des Privatrechts gerade keinen Eingriffscharakter aufweisen.

Die Differenzierung soll in dieser Untersuchung, wie bereits angedeutet, nicht anhand einzelner privatrechtlicher Regelungsgebiete, sondern gebietsübergrei-

---

<sup>1</sup> Dazu unter § 3 II. 3 a) aa).

<sup>2</sup> Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 6 Rn. 16: „Der Eingriffsvorbehalt ist gleichsam die Urform des Gesetzesvorbehalts.“

<sup>3</sup> So bedarf die Bejahung des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage im Bereich der Leistungsverwaltung der besonderen Feststellung, dass die „Beteiligung an staatlichen Leistungen die notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten darstellt“, vgl. BVerfGE 33, 303, 337; s.a. BVerfGE 48, 210, 222 (in einem steuerrechtlichen Kontext): „Mögen im Steuerrecht Belastungen und Vergünstigungen nicht selten Hand in Hand gehen, sind die Anforderungen an das Maß der gesetzlichen Bestimmtheit solcher Ermächtigungen gleichwohl geringer als bei Eingriffsermächtigungen, weil deren Grundrechtsrelevanz regelmäßig erheblich gewichtiger ist.“

fend anhand unterschiedlicher *Privatrechtsfunktionen*, namentlich der Regulierungsfunktion, der Interessenausgleichsfunktion und der Infrastrukturfunktion des Privatrechts erfolgen.<sup>4</sup> Die im Folgenden näher zu begründende Prämisse lautet, dass der regulatorische Einsatz von Recht grundsätzlich die Abwehrfunktion der Grundrechte auslöst, während die Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion primär einen grundrechtsausgestaltenden Charakter aufweisen, der sich nicht adäquat mit dem abwehrrechtlichen Eingriffsmodell abbilden lässt. Dementsprechend ist im Rahmen staatlicher Regulierung – gleich ob sie mittels öffentlichem oder Privatrecht erfolgt – die machtbegrenzende und kompetenzzuordnende Funktion der Vorbehaltslehre in der klassischen Ausprägung als *Eingriffsvorbehalt* zu beachten. Zielt staatliches Handeln hingegen primär auf die Herstellung eines Interessenausgleichs zwischen Privaten oder die Bereitstellung von Infrastruktur für private Freiheitsentfaltung ab, so unterfällt dieses allenfalls dem im Rahmen der Wesentlichkeitstheorie weiter gezogenen Kreis des Gesetzesvorbehalts, also einem grundsätzlich weniger strengen *Ausgestaltungsvorbehalt*. Die Differenzierung nach Rechtsfunktionen lässt demnach Schlüsse auf die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an privatrechtliche Regelsetzung zu: für den Gesetzgeber hinsichtlich der gebotenen Regeldichte, für die Rechtsprechung hinsichtlich der Grenzen richterlichen Freiraums zur Rechtserzeugung.

Im Folgenden werden Bezüge zwischen unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen<sup>5</sup> und den bereits genannten Rechtsfunktionen hergestellt und daraus Schlüsse für die Bedeutung des Gesetzesvorbehalts in den jeweiligen Bereichen abgeleitet. Zu Beginn wird die klassische Abwehrfunktion der Grundrechte behandelt, die in der Regulierungsfunktion des einfachen Rechts ein Pendant findet (I.). Davon lassen sich handlungsbezogene bzw. objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktionen unterscheiden, die einer weiteren Binnendifferenzierung bedürfen (II.). Unter ihnen wird zuerst der Bereich der Grundrechtsausgestaltung untersucht, der ein Pendant in den Rechtsfunktionen des Interessenausgleichs und der Infrastrukturgewährleistung findet und gewissermaßen das Gegenstück zum staatlichen Eingriffs- bzw. Regulierungshandeln bildet (III.). Es folgt eine Abgrenzung des hier vertretenen Ausgestaltungsansatzes von der Dogmatik grundrechtlicher Schutzpflichten, die regelmäßig zur grundrechtsdogmatischen Erfassung des privatrechtlichen Interessenausgleichs herangezogen wird (IV.).

---

<sup>4</sup> Näher dazu unter § 8; zur Verknüpfung von Grundrechtsfunktionen und (Privat-) Rechtsfunktionen auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 277–288; *ders.*, *JZ* 2018, 901, 903 ff.

<sup>5</sup> Der Begriff der Grundrechtsfunktion bezeichnet ein breites Verständnis von Grundrechtswirkungen, die auf deren Schutz, Förderung oder Verwirklichung gerichtet sind. Synonym verwendet werden etwa die Begriffe des Grundrechtsgehalts, der Grundrechtsdimension, -wirkung oder -bedeutung, vgl. *Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 14.; *Calliess*, *JZ* 2006, 321, 325 f. Zum weiter gefassten Begriff der Grundrechtsgewährleistung *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 55 f.

Zuletzt ist vertieft auf die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten im Zuge der Rechtsanwendung einzugehen, bei der die Handhabung des Gesetzesvorbehalts besondere Probleme aufwirft (V.).

## I. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat

Wie das BVerfG im Lüth-Urteil betont hat, sind „die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt [...], die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern“; es handelt sich um „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“.<sup>6</sup> In dieser klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte spiegelt sich das zweipolige Verhältnis zwischen dem Staat als Grundrechtsverpflichtetem und dem Bürger als Grundrechtsberechtigtem wider.<sup>7</sup> Der Staat greift in der Regel mit dem Ziel, Allgemeinwohlbelange zu fördern, in die grundrechtlich geschützte Sphäre der Bürger ein.<sup>8</sup> Diesen steht gegen staatliche Eingriffe in den grundrechtlichen Schutzbereich prinzipiell ein verfassungsunmittelbarer Unterlassungsanspruch zu, die Grundrechte vermitteln also unmittelbar subjektive (Abwehr-) Rechte.<sup>9</sup> Aufseiten des Staats besteht für Eingriffe stets ein Rechtfertigungszwang, dessen Einhaltung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes überprüft wird.<sup>10</sup> Stellt sich der Eingriff als übermäßig dar, d.h. es wird zwar ein legitimes Ziel verfolgt, jedoch mit mehr-als-erforderlichen Eingriffsmitteln oder/und solchen, die in Anbetracht des verfolgten Ziels unverhältnismäßig erscheinen, ist er rechtswidrig und der belastende Akt aufzuheben.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> BVerfGE 7, 198, 204; ähnlich BVerfGE 21, 362, 369; 50, 290, 337; 61, 82, 100 f.; 68, 193, 205 (ständ. Rspr.); s.a. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 31 f. Die Organisations- bzw. Rechtsform, derer sich der Staat bei grundrechtsintensivem Handeln bedient, ist nicht entscheidend, eine „Flucht ins Privatrecht“ also nicht möglich. So betrifft die unmittelbare Grundrechtsbindung nicht nur öffentliche Unternehmen, die gänzlich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, sondern auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, wenn sie von der öffentlichen Hand beherrscht werden, vgl. BVerfGE 128, 226, 245.

<sup>7</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 9.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377, 404 f.; 33, 125, 158 f.; 41, 251, 263 f.

<sup>9</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 10; zur Unterteilung von Grundrechtsgehalten in (negative) Unterlassungsgebote und (positive) Handlungsgebote *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 171 ff.; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 59–98.

<sup>10</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 325 bezeichnet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit treffend als „bedeutsamste Grenze staatlicher Grundrechtseinschränkungen“.

<sup>11</sup> Zum Übermaßverbot *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 20 f. und S. 98 ff. (zum Geltungsbereich für den Gesetzgeber).

### 1. „Strenger“ Eingriffsvorbehalt als Konsequenz der grundrechtlichen Abwehrfunktion

Im Bereich der grundrechtlichen Abwehrfunktion haben der Gesetzesvorbehalt und die spezifischen Grundrechtsvorbehalte in der Ausprägung als „Eingriffsvorbehalt“ (oder Begrenzungsvorbehalt) ihren klassischen Anwendungsbereich als Grundrechtschranke.<sup>12</sup> Sie erlauben dem Staat Grundrechtseingriffe im Interesse des Gemeinwohls, sofern eine parlamentsgesetzliche Ermächtigung vorliegt, in der der Zweck des Eingriffs sowie sonstige für die Grundrechte wesentlichen Fragen geklärt sind.<sup>13</sup> Die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs wird damit unter *formale Bedingungen* gestellt, nämlich die Zuständigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers und die abstrakt-generelle Form des Gesetzes. Dabei erhöhen sich die Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte bzw. Bestimmtheit der gesetzlichen Eingriffsgrundlage „mit der Intensität, mit der auf Grundlage der betreffenden Regelung in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen werden kann“.<sup>14</sup> Von einem besonders „nachhaltigen Eingriff“ geht das BVerfG etwa aus, wenn hoheitliche Entscheidungen „geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkungen zu entfalten, das heißt in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können, von dem betreffenden Grundrecht Gebrauch zu machen“.<sup>15</sup>

Dieser Aspekt ist insbesondere für den sogleich näher zu erläuternden Konnex zwischen staatlicher Regulierung und grundrechtlicher Eingriffsdogmatik von Bedeutung, weil vorliegend unter Regulierung gerade der Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausgehenden Steuerungsintention zur Durchsetzung von Allgemeinwohlzielen verstanden wird. Das zukunftsbezogen-verhaltenssteuernde Element staatlicher Regulierung ist in der Regel geeignet, grundrechtliche Freiheitsbetätigung zu hemmen und löst damit

<sup>12</sup> Zur Differenzierung von Begrenzungs- und Ausgestaltungsvorbehalten *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 180; s.a. *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 373 f.

<sup>13</sup> Zum ermächtigenden Gehalt der Grundrechtsvorbehalte in Ausprägung als Begrenzungsvorbehalte *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 180, der insoweit auch von der „materiellrechtlichen Seite“ des Vorbehalts spricht; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 297 f., 300; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 373 f. Nach herkömmlichem Verständnis bezieht sich die Notwendigkeit der Eingriffsermächtigung nur auf die Verwaltung, nach hier vertretener Ansicht aber auch auf die Rechtsprechung (dazu unter § 5 bis § 7).

<sup>14</sup> BVerfGE 83, 130, 145; mit der Eingriffsintensität steigt auch die Rechtfertigungs- und Argumentationslast seitens der Fachgerichte und die verfassungsgerichtliche Kontrollbefugnis und Prüfungsdichte, vgl. BVerfGE 42, 143, 148 f.

<sup>15</sup> BVerfGE 83, 130, 146 (Mutzenbacher; Hervorhebung hinzugefügt). Das BVerfG sah in der Aufnahme eines Romans mit pornographischen Inhalten in die Liste jugendgefährdender Schriften einen besonders nachhaltigen Eingriff, weil diese mit erheblicher Tragweite über den Einzelfall hinaus die Bereitschaft zu künstlerischer Äußerung oder den Wirkungsbereich gleichwohl hergestellter Kunstwerke mindern könne.

die Abwehrfunktion der Grundrechte aus, und zwar unabhängig davon, mittels welchen Teilrechtsgebiets reguliert wird.<sup>16</sup>

Von den formalen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts lässt sich gedanklich die Frage nach der materiellen Ausrichtung bzw. Reichweite des Vorbehalts trennen, d.h. nach dem in der gesetzlichen Eingriffsgrundlage verfolgten Zweck. Dieser „legitime Zweck“ ist zugleich Ausgangspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung, denn der Staat muss jeden Grundrechtseingriff damit rechtfertigen, dass er im Dienste des Gemeinwohls erfolgt (welches durch die spezifische Zweckbestimmung konkretisiert wird) und geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>17</sup> Zum Teil enthalten die speziellen Grundrechtsvorbehalte spezifische Ziel- oder Zweckvorgaben, wie z.B. den Schutz der Jugend<sup>18</sup> oder von Kindern,<sup>19</sup> die Bekämpfung von Seuchengefahr<sup>20</sup> oder die Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.<sup>21</sup> Diese Zweckbestimmungen sind allerdings nicht erschöpfend und kaum zu systematisieren.<sup>22</sup> Die Gemeinwohlkonkretisierung eröffnet also große Spielräume auf staatlicher Seite.<sup>23</sup> Der Gesetzesvorbehalt weist die Befugnis und politische Verantwortung, Gemeinwohlbelange zu identifizieren und zu konkretisieren, hinter denen individuelle Freiheitsrechte zurückstehen sollen, primär dem Gesetzgeber zu.<sup>24</sup> Somit fungiert der Gesetzesvorbehalt auch als „Ermächtigung zur Gestaltung des Gemeinwesens“.<sup>25</sup> Sind

---

<sup>16</sup> In BVerfGE 83, 130, 145 f. betont, dass ein nachhaltiger Eingriff „nicht allein bei einer strafgerichtlichen Ahndung von Verhalten“ vorliegt, sondern „vielmehr auch bei anderen Entscheidungen von Staatsorganen anzunehmen [ist], wenn diese geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkung zu entfalten“.

<sup>17</sup> Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 104.

<sup>18</sup> Art. 5 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7 GG.

<sup>19</sup> Art. 6 Abs. 3 GG.

<sup>20</sup> Art. 11 Abs. 2 GG.

<sup>21</sup> Art. 13 Abs. 7 GG; zu den zweckausgerichteten Grundrechtsvorbehalten *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 174; Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 106 f.

<sup>22</sup> Dazu Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 106 f.: „Zu offensichtlich steht in der Verfassung, was dem historischen Verfassungsgeber mehr oder minder zufällig in den Sinn gekommen ist.“

<sup>23</sup> Zur Gemeinwohldefinition und Definitionskompetenz des Gesetzgebers näher unter § 10 I. und II.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 7, 377, 404 f.; 13, 97, 104 f.; 33, 125, 158 f.; 41, 251, 264 f. (jeweils zu Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG); zum Gemeinschaftsbezug der Gesetzesvorbehalte bereits *Bachof*, JZ 1957, 334, 338: „Die Entscheidung darüber, inwieweit die Interessen des einzelnen, inwieweit diejenigen der Gemeinschaft Vorrang haben sollen, wird ja gerade durch die Grundrechte und ihre Gesetzesvorbehalte festgelegt [...]“; vgl. auch Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 156 ff. (m.w.N.), der bezüglich der Auswahl des legitimen Zwecks als Ausgangspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung bemerkt, dass der Gesetzgeber bei der Wahl von Regelungszielen frei ist und im Grundgesetz nur einen sehr weiten Rahmen vorfindet (ebd., S. 156).

<sup>25</sup> *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 217.

Gemeinwohlziele verfassungsrechtlich vorgegeben,<sup>26</sup> d.h. im Stufenbau der Rechtsordnung<sup>27</sup> über dem einfachen Recht angesiedelt, ist der Gesetzgeber zwar zu ihrer Förderung verpflichtet, ihm verbleiben aber auch dann große Konkretisierungs- und Abwägungsspielräume insbesondere hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit sie unter Einschränkung von Grundrechten durchzusetzen sind. Zum Teil sind der Verfassung zwar Leitlinien für die Abwägung kollidierender normativer Belange zu entnehmen, in der Regel gibt sie jedoch keine Rangordnung vor, die ein eindeutiges Ergebnis der Auflösung konfligierender Verfassungsnormen vorzeichnet<sup>28</sup> und von Gerichten durch reine Verfassungsauslegung ermittelt werden könnte.<sup>29</sup>

Die Einschränkung grundrechtlicher Freiheit ist auch für die nach den Grundrechtsartikeln vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte (z.B. Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 5 Abs. 3, Art. 9 GG) anerkannt.<sup>30</sup> Das BVerfG nimmt hier allgemein an, kollidierendes Verfassungsrecht (d.h. Verfassungsgüter und Grundrechte) sei zur Begrenzung individueller Freiheitsrechte heranziehbar,<sup>31</sup> wobei es eine einfachgesetzliche Ausformung für erforderlich hält.<sup>32</sup> Die dabei typischerweise verwendeten Begriffe des „kollidierenden Verfassungsrechts“ und der „verfassungsimmanenten Schranken“ verweisen auf sämtliche, normativen Vorgaben der Verfassung, die größtenteils weit und generalklauselartig formuliert sind, sodass sich eine Vielzahl von Gemeinwohlzielen zumindest entfernt an Verfassungswerte zurückbinden lässt.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup> Etwa der Gleichstellungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 GG), der Schutz natürlicher Lebensgrundlagen (Art. 20a GG), der Staatszweck Sicherheit (BVerfGE 46, 214, 223; 49, 24, 56 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 161) oder die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staats.

<sup>27</sup> Dazu *Lepsius*, JuS 2018, 950.

<sup>28</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 165; *Ossenbühl*, Der Staat 10 (1971), 53, 77–80.

<sup>29</sup> Auch dem BVerfG kommt kein vorrangiges Entscheidungsrecht i.S.e. „(Verfassungs-)Richtervorbehalts“ für die Abwägung kollidierender Verfassungsgüter zu; vgl. *Rupp*, NVwZ 1991, 1033, 1036; krit. zur Tendenz einer Umbildung der Grundrechtsvorbehalte in Richtervorbehalte im Rahmen der Kollisionstheorie des BVerfG *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 163; *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165, 169.

<sup>30</sup> Vgl. *Rupp*, NVwZ 1991, 1033, 1036; näher *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 99–101.

<sup>31</sup> BVerfGE 49, 24, 56; 66, 116, 136; 111, 147, 157 f.; 83, 130, 142; 108, 282, 297; näher und krit. zur „Kollisionstheorie“ sowie zum alternativen Ansatz eines „Verfassungsgütervorbehalts“ *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 157–179; s.a. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 100 f.

<sup>32</sup> Die Position des BVerfG ist nicht ganz eindeutig. Oftmals wird die Pflicht des Gesetzgebers zur Bestimmung und Konkretisierung verfassungsimmanenter Schranken betont (vgl. BVerfGE 83, 130, 142; 111, 147, 158). Zum Teil wird aber nur auf die Möglichkeit der Schranke aus kollidierendem Verfassungsrecht, nicht auf die Kompetenz des Gesetzgebers zu deren Konkretisierung abgestellt (vgl. BVerfGE 30, 173, 193); dazu krit. *Rupp*, NVwZ 1991, 1033, 1036; s.a. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, 163, 177.

<sup>33</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 176.

Es erscheint allerdings eine Differenzierung zwischen zwei Grundkonstellationen kollidierenden Verfassungsrechts sinnvoll, die im nächsten Abschnitt präzisiert wird. So erfordert die Konstellation der *Grundrechtskollision* andere Auflösungsmechanismen als die Kollision (überindividueller) Gemeinwohlinteressen mit Grundrechten.<sup>34</sup> Nur letztere Konstellation weist die für die Abwehrfunktion der Grundrechte charakteristische *zweipolige* Struktur auf: Der Staat schränkt Grundrechte zum Zweck der Wahrung oder Förderung überindividueller Ziele ein. Die Auflösung von Grundrechtskollisionen findet demgegenüber im *mehrpolygonen* Grundrechtsverhältnis statt, wo dem Staat in erster Linie die Funktion des Ausgleichs und der Koordinierung gegenläufiger Grundrechtspositionen zukommt.

## 2. Strukturelle Einordnung als zweipoliges Grundrechtsverhältnis und Abgrenzung zum mehrpoligen Grundrechtsverhältnis

Die abwehrrechtliche Grundrechtsfunktion und der Eingriffsvorbehalt greifen in einem zweipolig strukturierten (Eingriffs-)Grundrechtsverhältnis: Staat versus Bürger (Staat-Bürger). Will der Staat Gemeinwohlinteressen durchsetzen und sind zu diesem Zweck Beschränkungen grundrechtlich geschützter Interessen erforderlich, weist der Gesetzesvorbehalt die hierbei zu treffenden Konkretisierungs- und Vorrangentscheidungen dem parlamentarischen Gesetzgeber bzw. der Regelungsform des formellen Gesetzes zu. Der staatliche Rechtfertigungszwang einschließlich des Erfordernisses einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage verlangt in diesem zweipoligen Eingriffsverhältnis stets Beachtung.<sup>35</sup>

Davon lassen sich drei- oder mehrpolige (Ausgestaltungs-)Grundrechtsverhältnisse unterscheiden, in denen dem Staat in erster Linie die Aufgabe zukommt, die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten von mindestens zwei Grundrechtsträgern im Konfliktfall zu koordinieren (Bürger-Staat-Bürger).<sup>36</sup> In solchen Konstellationen, die hier auch als Grundrechtskollision begriffen werden, wiegt die staatliche Rechtfertigungslast geringer als im zweipoligen Verhältnis. Im mehrpoligen Verhältnis hat der Staat primär<sup>37</sup> einen Ausgleich der grund-

---

<sup>34</sup> Vgl. die Differenzierung zwischen echten Grundrechtskollisionen und der Kollision zwischen Grundrechten und anderen von der Verfassung geschützten Rechtsgütern bei *Blasering*, Grundrechtskollisionen, 1974, S. 4–7; zur Unterscheidung zwischen Gemeinwohlinteressen und privaten, einzel- oder gruppenbezogenen Interessen *Isensee*, in: HStR, Bd. IV, <sup>3</sup>2006, § 73 Rn. 5.

<sup>35</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961, 968.

<sup>36</sup> Vgl. zu den Begriffen BVerfGE 61, 82, 114; 115, 205, 233; zur Unterscheidung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 278 f.; ähnlich unterscheidet zwischen eindimensionalen und mehrdimensionalen Freiheitsproblemen *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 40 f.; s.a. *Calliess*, JZ 2006, 321, 326.

<sup>37</sup> Entscheidend für die Abgrenzung von zweipoligen zu mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen ist, dass bei letzteren primär die kollidierenden Rechtspositionen Privater als Abwägungsgüter berücksichtigt werden, nicht aber über den Interessenausgleich hinausgehende

rechtlich untermauerten, privaten Interessen mit dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz herbeizuführen,<sup>38</sup> er nimmt dabei gewissermaßen die neutrale Rolle eines Schiedsrichters ein.<sup>39</sup> Hier kann regelmäßig keine der betroffenen Rechtspositionen im Ausgangspunkt eine Vorrangstellung und damit hinsichtlich Beeinträchtigungen durch die staatliche Abwägungsentscheidung ein höheres Rechtfertigungsmaß beanspruchen als die andere.<sup>40</sup> Auch in der Rechtsprechung des BVerfG kommt die Differenzierung zwischen zweipoligen Eingriffskonstellationen und mehrpoligen Ausgestaltungskonstellationen zum Ausdruck und wird oftmals mit der Unterscheidung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regelungen in Verbindung gebracht. An die Differenzierung wird insbesondere eine unterschiedliche Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geknüpft, wie etwa in folgender Passage aus einer jüngeren Entscheidung zum Ausgleich von Kunstfreiheit und Urheberrecht im Kontext des sog. Samplings zum Ausdruck kommt:

„Die Einräumung von dem Urheberrecht verwandten Leistungsschutzrechten sowie die Ausgestaltung ihrer Reichweite und Grenzen dienen als privatrechtliche Regelungen dem Ausgleich widerstreitender Interessen. Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.

Entsprechend kann die hierbei vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung nicht allein aus der Perspektive eines einzelnen Grundrechts vorgenommen werden, sondern hat sich auf den Ausgleich zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern zu beziehen.“<sup>41</sup>

---

öffentliche Interessen verfolgt werden. Werden öffentliche Interessen in die Konfliktschlichtung einbezogen und kommt ihnen der maßgebende Einfluss für die Entscheidungsfindung zu, liegt ein Übergang zum zweipoligen Verhältnis nahe, weil der Staat nicht mehr rein schiedsrichterlich die kollidierenden Individualinteressen austariert. Bei Überschneidungen ist im Sinne einer Schwerpunkt Betrachtung zu fragen, welche Intention der staatlichen Entscheidung primär zugrunde liegt. Vgl. zu einer Schwerpunkt Betrachtung im Rahmen der weitgehend parallel verlaufenden Unterscheidung von Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 117 f., 316.

Ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis lässt sich nur in ein zweipoliges „uminterpretieren“, indem man versucht, privates Handeln einseitig dem Staat zuzurechnen. Eine solche Zurechnungskonstruktion ist aber weder sinnvoll noch dogmatisch überzeugend, dazu näher unter § 9 IV. 4.

<sup>38</sup> Zur praktischen Konkordanz BVerfGE 41, 29, 51; 89, 214, 232; 97, 391, 401; 134, 204, 223; 142, 74, 96 f.

<sup>39</sup> Zum Bild des Schiedsrichters BVerfGE 31, 194, 210.

<sup>40</sup> Vgl. BVerfGE 41, 29, 51; im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 214 mit Fn. 813, die richtigerweise betont, dass auf einer Seite eine höhere Argumentationslast bestehen kann.

<sup>41</sup> BVerfGE 142, 74, 96 f. (zu dieser Entscheidung auch unter § 9 III. 4. a) bb) (2)); ähnlich

Die klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auf das zweipolige Staat-Bürger-Verhältnis zugeschnitten. Sie wurde ursprünglich zur Überprüfung polizeilicher Eingriffe entwickelt<sup>42</sup> und ist auf die Beurteilung einer eindimensionalen Zweck-Mittel-Relation im zweipoligen Verhältnis ausgerichtet.<sup>43</sup> Steht hingegen die Auflösung eines Konflikts unter mehreren Grundrechtsträgern im Zentrum, erscheint die eindimensionale Ausrichtung der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht adäquat.<sup>44</sup> Zwischen den konkurrierenden Grundrechtspositionen entsteht – in *Peter Lerches* Worten – ein „Kraftfeld der ‚Erforderlichkeiten‘ der einen und der anderen Rechtssphäre“<sup>45</sup>, sodass an sich von beiden Grundrechtspositionen ausgehend eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden müsste.<sup>46</sup> Demgemäß wird im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis richtigerweise in erster Linie auf die staatliche Herbeiführung praktischer Konkordanz im Sinne eines *angemessenen Ausgleichs* der beteiligten Grundrechtspositionen abgestellt.<sup>47</sup>

Wenn die Differenzierung zwischen zwei- und mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen bzw. Eingriffs- und Ausgestaltungskonstellationen für die Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes maßgebend ist, liegt es nicht fern, sie auch als Anknüpfungspunkt für eine differenzierende Handhabung des Gesetzesvorbehalts fruchtbar zu machen. Denn in ihrer Funktion als Grundrechtsschutzmechanismen sind Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Gesetzesvorbehalt miteinander vernüpft. So begrenzt das Übermaßverbot Grundrechtseingriffe als *materielle Schranke*<sup>48</sup> und präzisiert dabei die zulässige Ausgestaltung und An-

---

zur Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht bereits BVerfGE 30, 173, 199 (Mephisto), wo das BVerfG sogar – zu kategorisch – annahm, dass „diejenigen Erfordernisse, die von Verfassungs wegen im Verhältnis des Bürgers zum Staat bei Eingriffen in die Freiheitssphäre des Einzelnen zu beachten sind, auch nicht entsprechend herangezogen werden [können]“, wenn es um die Aufgabe des bürgerlichen Rechts gehe, „Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten möglichst sachgerecht zu lösen“.

<sup>42</sup> Näher *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017, S. 8–10 (m.w.N.).

<sup>43</sup> Vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 22 f.; *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 40 f.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 115, 205, 233; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 152; *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 40; die Differenzierung klingt auch bei *Classen*, AöR 122 (1997), 65, 98–100 an; s.a. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 421 ff.

<sup>45</sup> *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 152 (Hervorhebung im Original).

<sup>46</sup> Vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 152, der annimmt, dass die Normen zur Auflösung einer Grundrechtskollision in beide Rechtsbezirke eingreifen und daher die Grundsätze des Übermaßverbots nicht einseitig nur von einem Pol aus gesteuert sind, sondern „von beiden Eckpunkten her gespannt“ werden müssen.

<sup>47</sup> Vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 153; *Bumke*, Der Grundrechtsschutzvorbehalt, 1998, S. 82 mit Fn. 276; *Classen*, AöR 122 (1997), 65, 98; mit Bezug auf die Interessenausgleichsfunktion des einfachen Rechts *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 282–286; näher zur Auflösung von Grundrechtskollisionen und zu ihrer Einordnung als Grundrechtsausgestaltung (im weiteren Sinn) unter § 9 III. und IV.

<sup>48</sup> Vgl. *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland*, Eu-

wendung der gesetzlichen Eingriffsgrundlage, die der Gesetzesvorbehalt als *formelle* (und kompetenzielle) Schranke vorschreibt. Dabei orientiert sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung in klassischer eindimensionaler Ausrichtung an dem in der gesetzlichen Grundlage verankerten, vom Gesetzgeber zu bestimmenden, legitimen Zweck.<sup>49</sup> Aus dem Gesetzesvorbehalt folgt in kompetenzieller Hinsicht, dass dem Gesetzgeber bei Wahl und Konkretisierung des legitimen Zwecks ein großer Gestaltungsspielraum zukommt,<sup>50</sup> während Verwaltung und Rechtsprechung das mit einem Eingriff zu verfolgende Ziel nicht selbst bestimmen können, sondern einer gesetzlichen Grundlage entnehmen müssen,<sup>51</sup> was für Ermessens- und Verordnungsermächtigungen der Verwaltung explizit in § 40 VwVfG und Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG geregelt ist.

### 3. Funktionales Pendant im einfachen Recht: Die Regulierungsfunktion

Dem klassischen Eingriffsmodell der Grundrechtsdogmatik entspricht aus rechtsfunktionaler Perspektive die Regulierungsfunktion des einfachen Rechts.<sup>52</sup> Staatliche Regulierung erfolgt nämlich genau in der für Grundrechtseingriffe charakteristischen zweipoligen Konstellation, die die Abwehrfunktion der Grundrechte auslöst. Demgemäß ist im Bereich der Regulierungsfunktion grundsätzlich der (Eingriffs-)Vorbehalt des Gesetzes zu beachten. Typischerweise werden Grundrechtseingriffe mit öffentlich-rechtlichen Regulierungsinstrumenten assoziiert, so etwa bußgeld- oder strafbewährte Verbote, mit denen negative Anreize zur Reduzierung sozial unerwünschten Verhaltens gesetzt werden. Ein anschauliches Beispiel bieten die im Zuge der Corona-Pandemie ergriffenen regulatorischen Maßnahmen zum Zweck der Eindämmung des Pandemiegeschehens (z.B. Kontaktbeschränkungen, Ausgangssperren, einrichtungsbezogene Impfpflichten), womit die Gemeinwohlziele des allgemeinen Gesundheitsschutzes und der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems verfolgt wurden.<sup>53</sup> Die Abwehrfunktion der Grundrechte verlangt hier, dass die einschrän-

---

ropa und der Welt, 2002, S. 103, 106: „Das Übermaßverbot ist die materielle Grundrechtsschranke.“

<sup>49</sup> Das eingesetzte Mittel muss zur Erreichung des legitimen Zwecks geeignet und erforderlich sein und der Eingriff muss sich unter Betrachtung der Einbuße des Einzelnen und des verfolgten Zwecks als angemessen erweisen; näher *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 101 ff.

<sup>50</sup> Vgl. zur Weite des Erfordernisses der Verfolgung eines legitimen Zwecks *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 192; zu einer graduellen Abstufung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit je nach betreffendem Individualinteresse *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 602 ff.

<sup>51</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 103 Rn. 418 (bzgl. der Verwaltung); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 331 (zur Unterscheidung von Gestaltungskompetenzen des Gesetzgebers und Konkretisierungskompetenzen der Rechtsanwender).

<sup>52</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 280.

<sup>53</sup> Vgl. *Murswiek*, NVwZ-Extra 5/2021, 1, 3.

kenden Maßnahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen<sup>54</sup> und den Gesetzesvorbehalt wahren, also auf hinreichend konkreten gesetzlichen Grundlagen basieren.<sup>55</sup>

Die Regulierungsfunktion mit ihrer Struktur als zweipoliges Grundrechtsverhältnis ist jedoch kein Proprium des öffentlichen Rechts, sondern tritt – wenn auch seltener – ebenso im Privatrecht auf. Andererseits gibt es auch im öffentlichen Recht Konstellationen, bei denen der Ausgleich kollidierender Grundrechtspositionen im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis im Zentrum steht.<sup>56</sup> Die hier gewählte rechtsfunktionale Betrachtung liegt also quer zu den Teilrechtsordnungen<sup>57</sup> und liefert mit der Gegenüberstellung der Regulierungsfunktion auf der einen, der Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion auf der anderen Seite, einen rechtstheoretischen Unterbau zur Identifizierung von zweipoligen und mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, der sich maßgeblich am Zweck der grundrechtsbeeinträchtigenden staatlichen Maßnahme orientiert.<sup>58</sup> Während der Einsatz sowohl öffentlich- als auch privatrechtlicher Regulierungsinstrumente die Abwehrfunktion der Grundrechte und damit den Eingriffsvorbehalt als rechtsstaatlichen Schutzmechanismus auslöst, ist dies bei der Herstellung eines Interessenausgleichs oder der Bereitstellung rechtlicher Infrastruktur nicht per se der Fall. Folglich sind die Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit bei regulatorischen Normen, die stets einen (präventiven) Steuerungsanspruch haben, grundsätzlich höher anzusetzen.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Zur Rolle des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Blick auf die Corona-Maßnahmen *Murswiek*, NVwZ-Extra 5/2021, 1 ff.; spezifisch zu privatrechtlicher Regulierung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 301 ff.

<sup>55</sup> *Kingreen*, NJW 2021, 2766 ff.; s.a. BVerfGE 161, 299, 349 ff. (im Kontext der einrichtungsbezogenen Covid-19-Impfungsnachweispflicht).

<sup>56</sup> Dazu am Beispiel des öffentlichen Nachbarrechts *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 206; vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 279.

<sup>57</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 279.

<sup>58</sup> Eine Parallele lässt sich zu dem Ansatz von *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961, 963 ff. ziehen, die Grundrechtseingriff und -ausgestaltung danach abgrenzen wollen, ob der Gesetzgeber *externe Zwecke*, die außerhalb verfassungsrechtlicher Ausgestaltungsvorgaben liegen (dann Eingriff), oder *interne Zwecke*, die verfassungsrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung normgeprägter Grundrechte konkretisieren (dann Ausgestaltung), verfolgt. Ersteres entspricht der Regulierung im zweipoligen, letzteres dem Interessenausgleich bzw. der Infrastrukturwahrleistung im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis; vgl. zur Parallelität der Ansätze auch *Hellgardt*, AcP 223 (2023), 234, 289 f.

<sup>59</sup> Mit ähnlicher Tendenz aus Gesetzgebungsperspektive bereits *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 278: „Präventive Steuerungsnormen müssen möglichst bestimmt, Reparationsnormen, mit denen nachträglich ausgleichende Gerechtigkeit hergestellt werden soll, können auch unbestimmt lauten.“

#### 4. Einsatz von Privatrecht zu Regulierungszwecken

Die regulatorische Funktion privatrechtlicher Normen und ihre grundrechtliche Eingriffswirkung zeigt sich oft erst bei genauerer Betrachtung. Dies weil privatrechtliche Normen in aller Regel mehrere Grundrechtsträger adressieren (z.B. Anspruchsinhaber und -gegner) und somit auf den ersten Blick stets ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis suggerieren, in dem der Staat gegenläufige Interessen Privater austariert.<sup>60</sup> Betrachtet man jedoch genau, welches Regelungsziel mit einer Privatrechtsnorm bzw. ihrer Anwendung verfolgt wird und welche individuellen Interessen dabei eingeschränkt werden, zeigt sich bei *regulatorischen* Normen und ihrer Anwendung, dass die Freiheitsrechte einer der beteiligten Privaten oder, sofern die Interessen der beteiligten Privaten gleichlaufen, ihr gemeinsames Freiheitsinteresse, gezielt eingeschränkt werden, um ein staatliches Gemeinwohlziel zu verfolgen.<sup>61</sup> Die Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs zwischen den beteiligten Grundrechtsträgern stellt dann nicht das primäre staatliche Anliegen dar. Vielmehr werden Gemeinwohlbelange in die zivilrechtliche Waagschale gelegt, welche die Lösung des (potenziellen) Interessenkonflikts entscheidend prägen, sodass der zweipolige Charakter überwiegt.<sup>62</sup> Dieser Gedanke ist im Folgenden anhand einiger Beispiele zu illustrieren, auf die im weiteren Untersuchungsverlauf zum Teil nochmals Bezug genommen wird. An dieser Stelle liegt noch kein Schwerpunkt auf den kompetenziellen und methodischen Konsequenzen der Geltung des Eingriffsvorbehalts im Bereich regulatorischen Privatrechts, die erst im 4. Teil der Untersuchung näher behandelt werden. Es geht primär darum, den Grundrechtseingriffscharakter privatrechtlicher Regulierung herauszustellen.

##### a) Einseitige Einschränkung der Interessen eines beteiligten Privaten

In Konstellationen, in denen das Interesse *einer* der beteiligten Privaten eingeschränkt wird, möchte der Gesetzgeber in der Regel eine spezifische private Motivationslage nutzen, um die Durchsetzung von Gemeinwohlzielen zu fördern. Dazu wird im Privatrechtsverhältnis typischerweise eine der konkurrierenden Rechtspositionen eingeschränkt, die gegenläufige entsprechend gestärkt. Als Beispiel bietet sich ein kürzlich in mehreren Bundesländern eingeführter nachbarrechtlicher Duldungsanspruch an, der einen Grenzüberbau an der Grundstücksgrenze erlaubt, wenn dieser einer energieeffizienten Wärmedämmung der

---

<sup>60</sup> Für diese Sichtweise steht beispielhaft eine Passage im Mephisto-Beschluss (BVerfGE 30, 173, 199), die suggeriert, dass Eingriffe der öffentlichen Gewalt in den Freiheitsbereich des Bürgers nicht in Betracht kommen, wenn „Gerichte [...] lediglich einen von dem einen gegen den anderen Bürger geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruch zu beurteilen, d.h. ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis im Einzelfall zu konkretisieren [haben].“

<sup>61</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 279.

<sup>62</sup> Näher zur Abgrenzung von Regulierungs- und Interessenausgleichsfunktion *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 60–62.

Hauswand und damit allgemein der Förderung von Energieeffizienz und Klimaschutz dient.<sup>63</sup> Der Gesetzgeber schränkt dabei gezielt das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) des duldungspflichtigen Nachbarn ein und stärkt entsprechend das Interesse des sanierungswilligen Nachbarn, um Gemeinwohlbelange zu fördern. Der BGH, der sich in einer jüngeren Entscheidung näher mit der Verfassungsmäßigkeit eines solchen Duldungsanspruchs (§ 16a NachbarG Bln) befasst und diese bejaht hat, beschreibt den regulatorischen Charakter der Regelung folgendermaßen:

„[D]ie Regelung [betrifft] nicht allein das Verhältnis zweier Grundstückseigentümer, deren Individualinteressen zum Ausgleich zu bringen sind [...]. Sie dient vielmehr vor allem dem Klimaschutz und damit einem anerkannten Gemeinwohlbelang [...]; im Interesse künftiger Generationen ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich sogar verpflichtet, in allen Lebensbereichen Anreize für die Entwicklungen zu schaffen, die den rechtzeitigen Übergang zur Klimaneutralität ermöglichen. Ein solcher Anreiz soll hier gesetzt werden. Das wirtschaftliche Interesse des Grundstückseigentümers an der Einsparung von Energie[...] wird nicht als solches, sondern deswegen höher gewichtet als das entgegenstehende Interesse des Nachbarn [...], weil es sich mit dem Interesse der Allgemeinheit an der möglichst raschen Dämmung von Bestandsgebäuden deckt.“<sup>64</sup>

Hier kommt deutlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die Individualinteressen Privater gezielt „instrumentalisieren“ kann, um Gemeinwohlziele zu fördern. Man kann insofern auch von einer „Indienstnahme“ Privater für öffentliche Aufgaben sprechen.<sup>65</sup> Das Charakteristikum staatlicher Regulierung, die Implementierung überindividuell angelegter Gemeinwohlinteressen zu bezwecken, schließt also nicht aus, dass sich diese mit individuellen Interessen überschneiden. Dies ist vielmehr regelmäßig der Fall, wenn der Staat im Zuge privatrechtlicher Regulierung konkurrierende Privatinteressen gezielt als Mittel zur Verfolgung öffentlicher Interessen einsetzt.<sup>66</sup> Weitere Beispiele bieten Fälle, in denen der Gesetzgeber Privaten mit regulatorischer Intention bestimmte Rechte in einem Vertragsverhältnis einräumt oder sie ihnen im Gegenteil abspricht. So setzt der Ge-

---

<sup>63</sup> Vgl. etwa § 16a Abs. 1 NachbarG Bln: „Der Eigentümer eines Grundstücks hat die Überbauung seines Grundstücks für Zwecke der Wärmedämmung zu dulden, wenn das zu dämmende Gebäude auf dem Nachbargrundstück bereits besteht.“ Die Interessen des duldungspflichtigen Nachbarn werden dabei in erster Linie durch Entschädigung in Form einer Geldrente geschützt, vgl. § 16a Abs. 5 NachbarG Bln i.V.m. § 912 Abs. 2 BGB.

<sup>64</sup> BGH NJW-RR 2022, 1095 Rn. 42.

<sup>65</sup> Im Kontext der Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien und der dazu mit der EEG-Umlage bewirkten Preisregulierung in Stromlieferungsverträgen betont BGHZ 201, 355, 362: „[D]em Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben zu.“; zur Indienstnahme Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und ihren Grenzen *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 252 f.

<sup>66</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 280; zum „Eigeninteresse“ als maßgebende Steuerungsressource im Privatrecht, die (reflexhaft) auch Gemeinwohlziele verwirklichen helfen kann, *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261, 268 f.

setzgeber etwa – ebenfalls mit dem Ziel der Förderung von Energieeffizienz – Vermietern Anreize zur Vornahme energetischer Modernisierungen von Bestandsgebäuden, indem eine darauf bezogene Minderung der Miete für die Dauer von drei Monaten ausgeschlossen wird (vgl. §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1 BGB).<sup>67</sup> Dabei wird die den Mieter begünstigende Minderung, die auch dessen Privatautonomie (d.h. Wahrung des vertraglich vereinbarten Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung) und Eigentumsgarantie<sup>68</sup> schützt, eingeschränkt, um ein Gemeinwohlziel zu fördern.<sup>69</sup>

An die private (Klage-)Motivationslage knüpft auch das im wirtschaftsrechtlichen, insbesondere unionsrechtlichen Kontext vielfältig eingesetzte *private enforcement* an.<sup>70</sup> Dabei wird das Anliegen einer gemeinwohlbezogenen Normdurchsetzung gestärkt, indem die Motivationslage Privater zur Klage (z.B. auf Unterlassung oder Schadensersatz) genutzt wird, um einen öffentlich-rechtlichen, behördlich beaufsichtigten Sanktionsmechanismus zu effektivieren oder sogar zu ersetzen.<sup>71</sup> Auch hier handelt der Staat nicht primär „im Dienst“ der betroffenen Individualinteressen, deren Förderung sich eher als Reflex der Verfolgung des überindividuell angelegten Ziels darstellt.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Die Begr. RegE zum MietRÄndG, BT-Drucks. 17/10485, S. 13 hält als Regelungsziel fest, „angesichts knapper Energiereserven und des Klimawandels“ Anreize zur energetischen Sanierung von Bestandsgebäuden zu setzen.

<sup>68</sup> Die Minderung dient auch dem Schutz der Besitzposition des Mieters, die nach der Verfassungsrechtsprechung dem Eigentumsbegriff und Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt, vgl. BVerfGE 89, 1, 7 ff.

<sup>69</sup> Ein gegenteiliges Beispiel, in dem zu regulatorischen Zwecken die Vertrags- und Eigentumsfreiheit des Vermieters eingeschränkt und diejenige des Mieters gestärkt wird, bietet der jüngst mit dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG) eingeführte § 554 Abs. 1 S. 1 BGB, der einen Anspruch des Mieters auf Erlaubnis des Vermieters zur Vornahme baulicher Veränderungen begründet, die dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge dient. Ziel ist die Förderung von Elektromobilität und Energieeffizienz, auch zur Erreichung der Klimaschutzziele (vgl. Begr. RegE zum WEMoG, BT-Drucks. 19/18791, S. 1).

<sup>70</sup> Dazu näher *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 7 f., 51 ff.; *Zimmerl Höft*, ZGR 2009, 662 ff.; aus unionsrechtlicher Perspektive *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 168 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 189 ff.

<sup>71</sup> Zur besonderen Motivationslage privater Kläger sowie zu verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen zu unterschiedlich starken Anreizlagen bei Schadensersatzaussichten Geschädigter und nicht Geschädigter (*framing effect*) *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 49–51. Typische Anwendungsfelder privater Rechtsdurchsetzung im Allgemeininteresse bietet das Wettbewerbsrecht (d.h. Kartellrecht und Lauterkeitsrecht), vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 168 f. So wird der Schutz vor unlauterem Wettbewerb vorrangig zivilrechtlich in Form von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen nach dem UWG ausgestaltet, welches keinen verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsmechanismus kennt. Siehe zu kompetenziellen Konsequenzen, insb. zu einer möglichen Sperrwirkung der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts für eine behördliche Durchsetzung am Beispiel der Anwendung straßenrechtlicher Regelungen *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 164.

<sup>72</sup> Allg. zur typischerweise reflexartigen Auswirkung privatrechtlicher Regulierung für einzelne Betroffene *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 54 f.

Aus der Besonderheit privatrechtlicher Regulierung, dass die einem beteiligten Privaten auferlegte Grundrechtseinschränkung das Pendant zur Besserstellung eines anderen Privaten bildet (z.B. kommt die finanzielle „Sanktion“ in Gestalt regulatorischen Schadensersatzes der gegnerischen Partei zu), folgt nicht zwingend, dass dieser „positive“ (Neben-)Effekt der Regulierung in die Beurteilung des Eingriffsverhältnisses zwischen Staat und Regulierungsadressat einbezogen werden müsste und den Eingriffscharakter kompensieren könnte.<sup>73</sup> Das Augenmerk liegt vielmehr auf der zweipoligen Beziehung zwischen regulierendem Staat und dem eingeschränkten Grundrechtsträger. Die eindimensionale Zweck-Mittel-Relation, die auch für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeitsprüfung maßgeblich ist, bezieht sich also auf das verfolgte Gemeinwohlinteresse und die in Kauf genommene Grundrechtseinschränkung.<sup>74</sup>

Dies gilt nicht nur für gesetzgeberische Regulierung mittels Privatrecht, sondern auch für die regulatorische Rechtsanwendung bzw. -konkretisierung *durch Zivilgerichte*. So führt der für regulatorische Rechtsanwendung charakteristische Einbezug bestimmter Gemeinwohlziele in der Regel zu einer Asymmetrie des Privatrechtsstreits, die sich zulasten einer und (reflexartig) zugunsten der anderen Partei auswirkt. Dies lässt sich etwa anhand der regulatorischen Rechtsprechung des BGH zur effektiven Bekämpfung von Schwarzarbeit und des RG zur Prävention von Darlehenswucher veranschaulichen. Im ersten Fall schloss der BGH im Rahmen der Abwicklung eines aufgrund von Schwarzarbeit nichtigen<sup>75</sup> Vertragsverhältnisses bereicherungsrechtliche Ansprüche des vorleistenden Schwarzarbeiters gem. § 817 S. 2 BGB aus, um eine möglichst starke Präventionswirkung zu erzielen.<sup>76</sup> Das zweipolige Eingriffsverhältnis besteht hier zwischen dem regulierenden Zivilgericht und dem im Gemeinwohlinteresse sanktionierten Schwarzarbeiter. Der Vorteil, der dem Besteller der „schwarz“ erbrachten Werkleistung erwächst, indem er die Werkleistung „umsonst“ erhält, ist hingegen nicht in die Verhältnismäßigkeitsprüfung der regulatorischen Maßnahme einzubeziehen.

---

<sup>73</sup> So auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 314 f., der darauf hinweist, dass auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Regulierung allein das vom Gesetzgeber verfolgte öffentliche Interesse in die Eingriffsprüfung einbezogen wird. Dabei bleiben positive Nebeneffekte, die sich für Dritte ergeben, aber nicht mit dem verfolgten öffentlichen Interesse decken, bei der Abwägung außer Betracht. Vgl. dazu BVerfGE 97, 12, 31, wo in die Abwägung zwischen dem Gemeinwohlbelang der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der Berufsfreiheit von Dienstleistern, die Patentgebühren-Überwachung betreiben, nicht der Konkurrenzschutz im Interesse der Rechts- und Patentanwälte einbezogen wird.

<sup>74</sup> Vgl. dazu auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 326 f., der herausstellt, dass staatliche Regelungen in Dreieckskonstellationen einen Zweck verfolgen können, der sich nicht mit Interessen der Konfliktparteien deckt oder nur zufällig mit einem partikularen Interesse übereinstimmt, sodass die Verhältnismäßigkeit nur an dem staatlichen Regelungszweck auszurichten ist.

<sup>75</sup> § 134 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG.

<sup>76</sup> BGHZ 201, 1, 5 ff.

In der Konstellation des Darlehenswuchers entschied das RG im Rahmen der Abwicklung eines nichtigen Darlehensvertrags nach §§ 138, 817 S. 2 BGB, dass der Darlehensgeber in der vereinbarten Nutzungsdauer weder die Darlehensvaluta zurückfordern, noch etwaige Zinsen (auch nicht gesetzlicher Natur) vom bewucherten Darlehensnehmer verlangen könne,<sup>77</sup> womit eine effektive Prävention von Kreditwucher intendiert wurde.<sup>78</sup> Das zweipolige Eingriffsverhältnis besteht hier zwischen dem regulierenden Zivilgericht und dem zu Präventionszwecken sanktionierten Wucherer, dem jegliche Zinsansprüche versagt werden, die grundsätzlich den Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG genießen. Der Vorteil, der dem Bewucherten in Gestalt eines „zinslosen Darlehens“ zukommt, ist hingegen nicht in die zweipolig ausgerichtete Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen.<sup>79</sup>

*b) Einschränkung eines gleichlaufenden Interesses der beteiligten Privaten*

Ein gemeinsames Abwehrinteresse der von einer Privatrechtsnorm adressierten Privaten besteht regelmäßig beim Einsatz regulatorischen Vertragsrechts, welches die Vertragsfreiheit der Parteien (Art. 2 Abs. 1 GG) oder ein spezielleres Grundrecht (z.B. die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG) begrenzt. Ein Beispiel bietet die arbeitsrechtliche Vorschrift des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG, der die Möglichkeit wiederholter sachgrundloser Befristung von Arbeitsverhältnissen einschränkt.<sup>80</sup> Mit dieser Regelung verfolgt der Gesetzgeber das sozialpolitische Ziel, die Praxis aufeinanderfolgender, befristeter Arbeitsverhältnisse (sog. Kettenverträge) einzuschränken, also das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber in diesem Sinne zu steuern und zugleich die Chancen befristeter beschäftigter Arbeitnehmer auf eine Dauerbeschäftigung zu verbessern.<sup>81</sup> Die Regelung greift in die Arbeitsvertragsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG in Gestalt des Rechts auf privatautonome Vertragsgestaltung) sowohl des Arbeitssuchenden als auch des Arbeitgebers ein.<sup>82</sup> Folgerichtig geht das BVerfG davon aus, dass der Eingriff nur bei

<sup>77</sup> Vgl. RGZ 161, 52, 56 ff. s.a. BGH NJW 1989, 3217.

<sup>78</sup> Der Sanktionscharakter kommt in RGZ 161, 52, 57 f. zum Ausdruck, wenn zu § 817 S. 2 BGB ausgeführt wird: „Deren Bedeutung als Strafvorschrift auf bürgerlichrechtlichem Gebiete läßt es gerechtfertigt erscheinen, ihr den Vorrang vor den erwähnten anderen Bestimmungen zu geben, um dem Wucherer den Nachteil des Entgangs von Nutzungen zuzufügen, die er mit seinem verwerflichen Tun im Übermaß erstrebte.“; zur Einordnung als Regulierung auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 367 f.

<sup>79</sup> So auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 314 f.

<sup>80</sup> Die Verfassungsmäßigkeit der Norm bejaht BVerfGE 149, 126.

<sup>81</sup> Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 14/4374, S. 1, 14; in BVerfGE 149, 126, 142 wird betont, der Gesetzgeber wolle mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG „das Einstellungsverhalten der Arbeitgeber steuern“; s.a. ebd., S. 145 f.

<sup>82</sup> BVerfGE 149, 126, 141; die Begrenzungswirkung für beide Parteien wird dort zutreffend bejaht, denn selbst wenn der übereinstimmende Wille bestünde, erneut ein befristetes Arbeitsverhältnis einzugehen, wäre dies nach richtiger Auslegung des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ausgeschlossen.

Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtmäßig sei.<sup>83</sup>

Ein weiteres Beispiel bietet § 476 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach bei Verbrauchgüterkäufen Rechte des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden dürfen, bevor der Mangel mitgeteilt wurde. Auch wenn diese Regelung primär dem Verbraucherschutz dient, wirkt sie beidseitig beschränkend, da sie abweichende Vereinbarungen zwischen den Parteien kategorisch ausschließt, so etwa auch, wenn ein fachkundiger Verbraucher mit dem Unternehmer-Verkäufer im Gegenzug für einen geringeren Preis einen Gewährleistungsausschluss vereinbaren will.<sup>84</sup>

### c) Legitimität des Einsatzes von Privatrecht zu Regulierungszwecken

Bloß am Rande ist hier auf grundsätzliche Bedenken gegen den Einsatz regulatorischen Privatrechts einzugehen, die heute ohnehin nur noch selten erhoben werden. Gegen den Einsatz des Privatrechts zu Regulierungszwecken wurde eingewandt, die *Privatautonomie* müsse stets als Zweck des Privatrechts im Zentrum stehen und es stelle eine „Instrumentalisierung“<sup>85</sup>, einen „Formenmissbrauch“ oder eine „Flucht ins Privatrecht“<sup>86</sup> dar, wenn jenes (allein oder primär) zur Verfolgung öffentlicher Interesse eingesetzt werde.<sup>87</sup> Der Einwand einer „Flucht“ ins Privatrecht lässt sich, sofern damit die gezielte Nutzung niedrigerer Regulierungshürden gemeint ist, leicht entkräften, indem man auch im Rahmen *privatrechtlicher* Regulierung die aus dem öffentlichen Recht vertrauten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen anerkennt, wozu namentlich Mechanismen des Grundrechtsschutzes wie der Gesetzesvorbehalt<sup>88</sup> und der Verhältnismäßigkeits-

<sup>83</sup> BVerfGE 149, 126, 142.

<sup>84</sup> Vgl. zur Vorgängervorschrift *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 279 mit Fn. 88.

<sup>85</sup> *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 559.

<sup>86</sup> So *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 140.

<sup>87</sup> *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 207, 218 beklagt (überspitzt), dass die Entwicklung, die durch „legislatorischen Interventionsismus und judikativen Dezisionismus geprägt“ sei, dazu führe, dass sich die moderne „Privatrechtsgesellschaft“ mehr und mehr zu einem „Funktionskollektiv“ zu verformen beginne. Vgl. zu einem eher konservativ-prinzipienbasierten, auf dem Prinzip personaler Freiheit aufbauenden Privatrechtsverständnis auch *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 81 ff. (insb. am Beispiel des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes nach dem AGG); *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 556 ff. betrachtet die These von Privatrecht als Regulierungsrecht skeptisch und setzt dem Regulierungsansatz – auch mit Blick auf das Unionsrecht – denjenigen einer „dezentralen Koordinationsordnung“ entgegen.

<sup>88</sup> Vgl. dazu aus öffentlich-rechtlicher Perspektive *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 58: „Wo im Kern hoheitlich über grundrechtliche Freiheit und deren Grenzen entschieden wird und Zivilrecht nicht als bloße Ausgleichsordnung zwischen Privaten, sondern als Substitut für Verbote eingesetzt werden soll, muss es sich ungeschmälert am Vorbehalt des Gesetzes und der darin angelegten rechtsstaatlichen und demokratischen Wesentlichkeit messen lassen.“ (im Kontext der Diskussion um eine Haftung privater Treibhausgasemittenten für Klimaschäden).

grundsatz gehören.<sup>89</sup> Von diesen einzuhaltenden verfassungsrechtlichen Rahmenlinien abgesehen, existiert aber keine Verfassungsrechtsnorm, die dem Gesetzgeber die Wahrnehmung von Steuerungszwecken mit Hilfe privatrechtlicher Instrumente verböte.<sup>90</sup>

Auch die Vorstellung der Freiheit bzw. der Privatautonomie als allein gültiger „Wesenszug“ des Privatrechts,<sup>91</sup> dem gegenüber öffentlichen Regulierungszwecken stets Vorrang eingeräumt werden müsse, überzeugt nicht. Privatautonome Selbstbestimmung vermag nur „im Rahmen der geltenden Gesetze“<sup>92</sup> rechtlich verbindliche Regelungen zwischen Privaten zu schaffen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Gesetze allein dem übergeordneten Prinzip „Privatautonomie“ dienen und nicht auch andere Ziele verfolgen könnten.<sup>93</sup> Unter der – hier geteilten – Grundannahme, dass alles Recht vom Staat ausgeht, „gibt es kein Privatrecht ohne öffentlich-rechtliche Überlagerung.“<sup>94</sup> Die Privatautonomie genießt freilich grundrechtlichen Schutz<sup>95</sup> und der Staat unterliegt einem Rechtfertigungszwang, wenn er sie zugunsten öffentlicher Belange einschränken oder instrumentalisieren möchte. Dies gilt im Übrigen nicht exklusiv für das Privatrecht, denn im öffentlichen Recht ist die Freiheit rechtlicher Selbstgestaltung ebenso zu beachten.<sup>96</sup> Es ist daher überzeugender, Privatautonomie – privatrechtsbezogen – primär als ein „technisches Prinzip [zu begreifen], das besagt, dass Rechtsgeschäfte zu ihrer Entstehung einer Mitwirkung der Privatrechtssubjekte bedürfen, und welches insoweit das Gegenstück zur Officialmaxime des Öffentlichen Rechts bildet.“<sup>97</sup> Dies schließt den regulativen Einsatz von Privatrecht allerdings keineswegs aus.<sup>98</sup>

<sup>89</sup> Allg. zu verfassungsrechtlichen Anforderungen an privatrechtliche Regulierung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 288 ff.; vgl. zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes BVerfGE 78, 38, 50 f.; 149, 126, 142 ff.; s.a. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 325 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 101 f.

<sup>90</sup> *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 432.

<sup>91</sup> Siehe zum freiheitsbasierten Privatrechtsverständnis die Darstellung von *Kirchhof*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 83, 86, wonach „das Privatrecht – als Recht der Freiheit – das Recht der Gesellschaft, nicht des Staates [ist].“

<sup>92</sup> BVerfGE 81, 242, 254; vgl. auch BVerfGE 89, 214, 231: „Die Privatautonomie ist notwendigerweise begrenzt und bedarf rechtlicher Ausgestaltung.“

<sup>93</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7, 16 f.

<sup>94</sup> Das vollständige Zitat von *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014, S. 72 lautet: „Ein abschließendes Dilemma des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht lässt sich damit wie folgt formulieren: Entweder geht alles Recht vom Staat aus; dann gibt es kein Privatrecht ohne öffentlich-rechtliche Überlagerung. Oder es gibt ein gegenüber dem öffentlichen Recht normativ autonomes Privatrecht. Dann ist es jedoch nicht möglich, dass alles Recht vom Staat ausgeht.“

<sup>95</sup> Vgl. nur BVerfGE 81, 242, 254; 89, 214, 231.

<sup>96</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 541 f.

<sup>97</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 538 m.w.N.

<sup>98</sup> Zur möglichen Materialisierung der Vertragsfreiheit auch *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, S. 28–42.

### 5. Zwischenbetrachtung

Es ist festzuhalten, dass die Regulierungsfunktion des einfachen Rechts – auch in privatrechtlicher Form – im zweipoligen (Eingriffs-)Grundrechtsverhältnis operiert. Aus grundrechtlicher Perspektive der betroffenen Regulierungsadressaten macht es dabei keinen grundlegenden Unterschied, ob eine regulatorische Maßnahme auf Grundlage des privaten oder öffentlichen Rechts ergeht. Folglich entfällt auch der rechtsstaatliche Schutzgehalt des Gesetzesvorbehalts nicht dadurch, dass der Staat sich zur Umsetzung von Regulierungszielen des Privatrechts anstelle des öffentlichen Rechts bedient.<sup>99</sup> Vielmehr ist davon auszugehen, dass „alle imperativen sowie solche mittelbaren Grundrechtseingriffe, die mit einem festen Steuerungsziel erfolgen“,<sup>100</sup> dem Gesetzesvorbehalt unterliegen, also einer parlamentsgesetzlichen Regelung bedürfen.<sup>101</sup> Von dieser Grundfeststellung ist die Frage der Eingriffsintensität zu trennen, die nach dem Stufencharakter der Wesentlichkeitstheorie für die Beurteilung der erforderlichen Regelungsdichte maßgebend ist. Gewiss sind privatrechtliche Regulierungsinstrumente regelmäßig von geringerer Eingriffsintensität als Normen des öffentlichen, insbesondere des Strafrechts. Auf die variable Eingriffsintensität privatrechtlicher Regulierungsinstrumente und die entsprechend variablen Anforderungen des Gesetzesvorbehalts wird an späterer Stelle noch näher einzugehen sein.<sup>102</sup> Aus der Geltung des Eingriffsvorbehalts im Bereich privatrechtlicher Regulierung folgt aber jedenfalls im Grundsatz, dass dort eine erhöhte Regelungsverantwortung des Gesetzgebers besteht und die Zivilrechtsprechung auf hinreichend konkrete gesetzliche Grundlagen angewiesen ist, also keine autonom gesetzten Regulierungsziele verfolgen oder von gesetzlichen Grundlagen völlig losgelöste Regulierungsinstrumente entwickeln darf.

## II. Handlungsbezogene bzw. objektivrechtliche Grundrechtsgehalte

Neben die klassische Abwehrfunktion der Grundrechte tritt ihre Eigenschaft als Wertentscheidungen bzw. ihr objektiv-rechtlicher Gehalt, der auf alle Bereiche des Rechts wirkt und von dem Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung

---

<sup>99</sup> Selbiges ergibt sich im Rahmen der Regulierungsfunktion auch für den demokratisch-gewaltenteilungsspezifischen Gehalt des Gesetzesvorbehalts, siehe dazu unter § 10.

<sup>100</sup> *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 86.

<sup>101</sup> Vgl. dazu *Möslein*, Dispositives Recht, 2012, S. 421 f.: „Privatrechtliche Regulierung, die Steuerungsziele verfolgt, unterliegt demnach, auch wenn sie sich mit Mitteln des dispositiven Rechts begnügt, entsprechend strengeren verfassungsrechtlichen Anforderungen, auch im Hinblick auf den Erzeugungsmodus.“; s.a. *Engel*, JZ 1995, 213, 218.

<sup>102</sup> Siehe unter § 11 II. und III. sowie § 12 II. und III.

„Richtlinien und Impulse“<sup>103</sup> empfangen.<sup>104</sup> Auch die objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte können subjektive Rechte vermitteln.<sup>105</sup> Ein wichtiger Unterschied besteht aber darin, dass grundrechtliche Abwehrrechte bereits „von Haus aus“<sup>106</sup> als subjektive Rechte konzipiert sind, während sich aus den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten erst im Zuge einfachrechtlicher Ausgestaltung subjektive Rechte ergeben. So wird etwa in vielen einfachrechtlich gewährten Rechtspositionen grundrechtlicher Schutz konkretisiert, beispielsweise in den privatrechtlichen Ansprüchen des Deliktsrechts (z.B. §§ 823, 826 BGB) oder des Eigentumsschutzes (z.B. § 1004 BGB).<sup>107</sup> Parallel zur Differenzierung von subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten verläuft die besser greifbare Einteilung in unterlassungsbezogene und handlungsbezogene Grundrechtsgewährleistungen.<sup>108</sup> Während der Abwehrfunktion der Grundrechte mit einem schlichten Unterlassen von staatlicher Seite genügt wird, bedürfen sonstige Funktionen einer aktiven Mitwirkungshandlung von staatlicher Seite, sei es durch Normsetzungsakte („Rechte auf positive normative Handlungen“) oder Gewährung tatsächlicher Leistungen und Bereitstellung von Infrastruktur („Rechte auf positives faktisches Handeln“).<sup>109</sup> Man kann die handlungsbezogene Seite der Grundrechte auch im Sinne von Staatsaufgaben verstehen, die im Interesse der Grundrechtsträger stehen und bei deren Erfüllung dem Staat hinsichtlich der Modalitäten in der Regel ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.<sup>110</sup>

<sup>103</sup> BVerfGE 7, 198, 205.

<sup>104</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 f.; 25, 256, 263; 81, 242, 254; 89, 214, 229 f.; zu Grundrechten als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 365–369; zur Unterscheidung von Abwehrrecht und Werteordnung *Classen*, AöR 122 (1997), 65, 71 ff.

<sup>105</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 60; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 194; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 40 Rn. 128.

<sup>106</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 10.

<sup>107</sup> In BVerfGE 7, 198, 207 ist mit Blick auf die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte (Art. 1 Abs. 3 GG) bei Auslegung und Anwendung von § 826 BGB von einem „verfassungsrechtlichen Anspruch“ des Bürgers auf Beachtung seines Grundrechts durch die Rechtsprechung die Rede. Wird diesem nicht entsprochen, liegt ein Verstoß gegen objektives Verfassungsrecht wie auch eine Verletzung der Grundrechte des Betroffenen dar, der sich dagegen mit der Urteilsverfassungsbeschwerde wehren kann, vgl. BVerfGE 7, 198, 206 f.; 99, 185, 195.

<sup>108</sup> Diese Differenzierung ist geeigneter, weil die Bezeichnung der handlungsbezogenen Gehalte als „objektiv-rechtlich“ die Möglichkeit verdeckt, daraus subjektive Rechte abzuleiten; so auch *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 60–62; näher zur Einteilung der Grundrechtsgewährleistungen in Rechte auf negative Handlungen (Abwehrrechte) und Rechte auf positive Handlungen *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 171 ff.

<sup>109</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 179 f.

<sup>110</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 170.

### 1. Vielfalt handlungsbezogener Grundrechtsgehalte

Was die inhaltlichen Gewährleistungen der handlungsbezogenen Grundrechtsgehalte im Einzelnen anbetrifft, herrscht im Vergleich zur Abwehrrechtsfunktion weniger Klarheit.<sup>111</sup> Herkömmlich werden grundrechtliche Einrichtungsgarantien, Leistungs- und Teilhaberechte,<sup>112</sup> Schutzpflichten sowie verfahrens- und organisationsrechtliche Wirkungen dazu gezählt.<sup>113</sup> Als übergeordnete Kategorie wird zum Teil die Ausgestaltungsfunktion der Grundrechte verstanden, die sämtliches auf objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte bezogenes staatliches Handeln umfassen soll.<sup>114</sup> Allgemeingültige Aussagen über das Anforderungsprofil staatlichen Handelns im Bereich handlungsbezogener Grundrechtsdimension fallen folglich schwer. Der hier zu entwickelnde Ansatz zielt denn auch eher auf eine grobe Orientierung und Annäherung an die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts in diesem Bereich ab, wobei die Grundrechtsausgestaltung und die Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten mittels Privatrecht im Zentrum stehen.<sup>115</sup>

### 2. „Schwacher“ Ausgestaltungsvorbehalt im Bereich handlungsbezogener Grundrechtsgehalte

Zuvor wurde erläutert, dass sich der Gesetzesvorbehalt in klassischer Ausprägung als *Eingriffsvorbehalt* auf die Abwehrfunktion der Grundrechte bezieht.

---

<sup>111</sup> Vgl. *Bumke*, AöR 144 (2019), 1, 55; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 41 spricht von einem „Konglomerat zusätzlicher grundrechtlicher Schutzwirkungen [...], die zu dem überkommenen subjektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalt hinzutreten“.

<sup>112</sup> Zur leistungsrechtlichen Seite BVerfGE 33, 303, 330 f.; *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43, 112–120.

<sup>113</sup> Vgl. *Bumke*, AöR 144 (2019), 1, 55.

<sup>114</sup> In diese Richtung *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 51; *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 390; vgl. auch *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 104–108; *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 14–16; *ders.*, AöR 144 (2019), 1, 62. Im Einzelnen werden sehr unterschiedliche Ansätze zur Ausgestaltungslehre vertreten; näher dazu unter Differenzierung verschiedener Ausprägungen unter § 9 III.

<sup>115</sup> Ob man die Wahrnehmung der Schutzpflichten zur grundrechtlichen Ausgestaltungsaufgabe zählt oder als eigene Kategorie handlungsbezogener Grundrechtsgehalte behandelt, ist vor allem eine begrifflich-systematische Abgrenzungsfrage (vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 45). Vorliegend wird die Schutzpflicht als eigene Kategorie behandelt (unter § 9 V.). Bei ihr steht die Gestaltung der Rechtsordnung mit dem Ziel der Gewährleistung eines gebotenen Schutzminimums im Zentrum, während bei der Grundrechtsausgestaltung der grundrechtliche Schutzgegenstand einfachrechtlich konturiert und dadurch realisiert wird (ähnlich *Bumke*, ebd., S. 46; siehe zur Abgrenzung auch § 9 IV. 1. und 3.). Trotz der Differenzierung wird im Folgenden zum Teil auch mit Blick auf die Schutzpflichten der Terminus des *Ausgestaltungsvorbehalts* genutzt, womit allg. die Ausprägung des Gesetzesvorbehalts gemeint ist, die sich nicht auf staatliches Eingriffshandeln konzentriert.

Mit Blick auf die handlungsbezogene Seite der Grundrechte erweist sich diese Ausprägung aber als unpassend, weil hier der gesetzgeberische Auftrag zur Grundrechtsrealisierung, nicht die Befugnis zur Einschränkung grundrechtlicher Freiheit im Vordergrund steht. Es geht also um den im Zuge der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG weiter gezogenen Kreis des Gesetzesvorbehalts, der hier allgemein unter den Begriff des „Ausgestaltungsvorbehalts“ gefasst werden soll.<sup>116</sup> Auch wenn die Unterscheidung der Begrenzungs- und Ausgestaltungstätigkeit nicht immer trennscharf möglich ist, erscheint die begriffliche Unterscheidung von Eingriffsvorbehalt und Ausgestaltungsvorbehalt sinnvoll, um eine grobe Abstufung des Anforderungsprofils des Gesetzesvorbehalts zu markieren, die gerade für seine Anwendung im Privatrecht wichtig ist, dem in weiten Teilen eine grundrechtsausgestaltende Funktion zukommt.

Gegenüber dem Eingriffsvorbehalt und seinen speziellen Ausprägungen in Gestalt der Grundrechts(begrenzungs-)vorbehalte ist der inhaltliche Aussagegehalt des Ausgestaltungsvorbehalts insofern geschmälert, als hier der zur Freiheitseinschränkung *ermächtigende* Aspekt fehlt, der beim Eingriffsvorbehalt neben der formal-kompetenzrechtlichen Aussage über die Organzuständigkeit steht.<sup>117</sup> Eine „Ausgestaltungsermächtigung“ scheint die Verfassung vielmehr regelmäßig stillschweigend anzunehmen bzw. vorauszusetzen.<sup>118</sup> Man kann sie auch als logische Folge der staatlichen Einrichtungspflicht, die aus ausstattungsbedürftigen Grundrechten folgt,<sup>119</sup> oder als den objektiven Grundrechtsgehalten immanent begreifen.<sup>120</sup> Jedenfalls bedarf es zur Ausgestaltung keiner Ermächtigung im Sinne der „Verschaffung einer Berechtigung“, die dem Staat im

---

<sup>116</sup> Zu dieser Terminologie sowie zu einer ähnlichen Abgrenzung zwischen Begrenzungs- und Ausgestaltungsvorbehalt *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 180–182; s.a. *Häberle*, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, <sup>3</sup>1983, 140, 180–187, 193 f. (mit einem sehr weitreichenden Verständnis der Aufgabe des Gesetzgebers zur Grundrechtsausgestaltung). Spezielle Ausprägungen des Ausgestaltungsvorbehalts sind im Grundgesetz nur selten explizit normiert, so etwa in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 12a Abs. 2 S. 3 GG; näher dazu *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 203, der aus dem Mangel an speziellen Ausgestaltungsvorbehalten ein Argument für die Notwendigkeit des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes ableitet; s.a. *Häberle*, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, <sup>3</sup>1983, S. 193 f. zur Annahme, dass die Verfassung meist stillschweigend zur Ausgestaltung von Grundrechten ermächtigt und mit dem Hinweis auf die evidente Ausstattungsbedürftigkeit z.B. von Art. 6 GG (Ehe und Familie) oder Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinsfreiheit), die jedoch keinen ausdrücklichen Ausgestaltungsvorbehalt aufweisen.

<sup>117</sup> *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 181 f.; s.a. *Gellermann*, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, 2000, S. 297 f.

<sup>118</sup> So *Häberle*, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, <sup>3</sup>1983, S. 180 f., 193 f.

<sup>119</sup> In diese Richtung *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 181, 193.

<sup>120</sup> *Gellermann*, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, 2000, S. 221 mit Bezug auf die Auflösung von Grundrechtskollisionen und einer Deutung der Grundrechte Dritter als ungeschriebene Schutzbereichsgrenzen.

Ausgangspunkt nicht zusteht, wie es in Eingriffskonstellationen der Fall ist, wo die Begrenzungsvorbehalte dem Staat Befugnisse zur Einwirkung auf das vom Staat abgeschirmte Freiheitsrecht einräumen.<sup>121</sup> Der Ausgestaltungsvorbehalt hat mithin primär einen formal-kompetenziellen Gehalt<sup>122</sup> und eine demokratisch-gewaltenteilungsspezifische Bedeutung. Es geht darum, staatliche Entscheidungen, die der inhaltlichen Konkretisierung und Förderung der Grundrechte dienen, dem Parlament zuzuweisen. Einfach gesprochen stellt sich der Ausgestaltungsvorbehalt aus rechtsstaatlich-grundrechtlicher Perspektive als „schwächer“ dar als der Eingriffsvorbehalt, da der formale Schutz, den das Parlamentsgesetz vermittelt, weniger dringlich ist, wenn es um staatliche Grundrechtsrealisierung denn wenn es um staatliche Grundrechtsbeschränkung geht.<sup>123</sup> Dies bedeutet auf die erforderliche gesetzliche Regelungsdichte und die korrespondierende Befugnis gerichtlicher Rechtserzeugung bezogen, dass die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts im Bereich privatrechtlicher Grundrechtsausgestaltung lockerer sind als bei privatrechtlichen Grundrechtseingriffen.<sup>124</sup>

Folglich stehen im Zentrum dieser Untersuchung die Konsequenzen des Gesetzesvorbehalts für privatrechtliches Eingriffshandeln (d.h. Regulierung), die im 4. Teil eingehend behandelt werden. Zunächst ist aber auch der Bereich handlungsbezogener Grundrechtsgehalte näher zu beleuchten und zu fragen, welche Bedeutung dem Gesetzesvorbehalt in seiner Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt im privatrechtlichen Kontext zukommt. Unter den handlungsbezogenen Grundrechtsgehalten erscheint dabei eine Binnendifferenzierung sinnvoll. Zuerst wird – als Gegenpol zum regulatorischen Grundrechteingriff – die Grundrechtsausgestaltung behandelt, die aus rechtsfunktionaler Perspektive ein Pendant in der Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion des Privatrechts findet (III.). Sodann werden, im Anschluss an eine Abgrenzung zwischen grundrechtlicher Ausgestaltungs- und Schutzpflichtdogmatik (IV.), die grundrechtlichen Schutzpflichten behandelt (V.). Letztere gehören zwar zu den handlungsbezogenen Grundrechtsgehalten, die Handhabung des Gesetzesvorbehalts wirft in diesem Kontext aber besondere Probleme auf, weil die staatliche Wahrnehmung von Schutzpflichten in aller Regel mit Grundrechtseingriffen einhergeht.

---

<sup>121</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961, 968.

<sup>122</sup> So *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 181.

<sup>123</sup> Für einen eher stark ausgeprägten Ausgestaltungsvorbehalt auch gegenüber der Judikative hingegen *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 170 ff.

<sup>124</sup> Auch im Rahmen der Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Exekutive sind graduelle Abstufungen und bereichsspezifische Betrachtungen üblich, vgl. nur *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 104 ff. So liegen die Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte im Bereich der reinen Leistungsverwaltung niedriger als im Bereich mancher organisations- und institutionsrechtlicher Angelegenheit und am höchsten im Bereich der Eingriffsverwaltung.

### III. Grundrechtsausgestaltung als Ausprägung handlungsbezogener Grundrechtsgehalte

Als Gegenstück zum bereits näher behandelten staatlichen Grundrechtseingriff lässt sich die staatliche Grundrechtsausgestaltung begreifen.<sup>125</sup> Der Ausgangspunkt der Ausgestaltungslehre liegt in der Erkenntnis, dass Grundrechte – in unterschiedlichem Ausmaß – auf eine „subkonstitutionelle“<sup>126</sup>, also einfachrechtliche Ausformung angewiesen sind.<sup>127</sup> Die Ausgestaltungsbedürftigkeit wird besonders bei Grundrechten mit einem normgeprägten Schutzgegenstand deutlich,<sup>128</sup> wie etwa der Eigentumsgarantie und des Erbrechts,<sup>129</sup> der Privatautonomie,<sup>130</sup> der Vereinigungsfreiheit und Koalitionsfreiheit,<sup>131</sup> oder der Ehe.<sup>132</sup> Zum Teil wird der Ausgestaltungsbegriff auf den staatlichen Auftrag zur einfachrechtlichen Ausformung solcher normgeprägten Grundrechte beschränkt.<sup>133</sup> Man kann diesen Bereich, auf den sich die Ausgestaltungslehre herkömmlich bezieht, auch als Ausgestaltung *im engeren Sinn* bezeichnen.<sup>134</sup> Die begriffliche Vielfalt<sup>135</sup>

<sup>125</sup> Die Ausgestaltungsfunktion wird folglich dem Bereich objektiv-rechtlicher bzw. handlungsbezogener Grundrechtswirkungen zuzuordnet, vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 51; *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 390; *Bumke*, AöR 144 (2019), 1, 62; *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961 („Variante der Leistungsfunktion der Grundrechte“). Zum Teil werden auch sämtliche grundrechtlich gebotenen Handlungspflichten des Staats unter den Begriff der Grundrechtsausgestaltung gefasst, so *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 104–108; *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 14 f.

<sup>126</sup> *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 14.

<sup>127</sup> Siehe *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3 1983, S. 188–202, der die Ausgestaltungslehre aber auf den gesamten Grundrechtsbereich, also auch auf staatliche Grundrechtsbegrenzungen erstreckt.

<sup>128</sup> Dazu *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 21–23; *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 16–39. Gegenbeispiele zu normgeprägten Grundrechten sind solche mit einem „quasi natürlichen Schutzgut“ (*Bumke*, ebd., S. 3), z.B. Handlungsfreiheit, Leben und körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person.

<sup>129</sup> Der Ausgestaltungsauftrag findet sich hier am eindeutigsten in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG; vgl. zur Eigentumsgarantie BVerfGE 50, 300, 330, 335 f.; zum Erbrecht BVerfGE 112, 332, 348.

<sup>130</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214, 231 f.; 114, 1, 34 f.

<sup>131</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 354, 368.

<sup>132</sup> Vgl. BVerfGE 53, 224, 245 f.

<sup>133</sup> Vgl. *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7, 29 f.; s.a. die Nachweise bei *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 21 mit Fn. 46; *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 1 m.w.N.

<sup>134</sup> Darunter fallen auch Grundrechte, die in sonstiger Weise auf materielle, organisatorische und verfahrensrechtliche Infrastruktur angewiesen sind, wie z.B. die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. IV GG); vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 42.

<sup>135</sup> Zur vielfältigen Terminologie *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 14 f., z.B. „rechtliche Ausformung“ (BVerfGE 58, 300, 330), „Grundrechts-

im Bereich der Ausgestaltungsdogmatik lässt aber schon erahnen, dass sie trotz ihres gemeinsamen Ausgangspunkts als Gegenstück zum Eingriffsdenken in den einzelnen Verästelungen erhebliche Unterschiede aufweist.<sup>136</sup>

Für diese Untersuchung ist die Frage nach dem Anwendungsbereich und den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Grundrechtsausgestaltung von besonderem Interesse, weil normgeprägte Grundrechte im Privatrechtsverkehr eine herausragende Rolle spielen,<sup>137</sup> und sich – wie näher zu begründen sein wird – auch die dem Privatrecht herkömmlich zugeschriebene Aufgabe des Interessenausgleichs als Ausgestaltung (*im weiteren Sinn*) begreifen lässt. Die im Folgenden zu untersuchende Annahme lautet, dass der verfassungsrechtliche Rahmen – in Gestalt des Gesetzesvorbehalts (und ebenso des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes)<sup>138</sup> – an die staatliche Grundrechtsausgestaltung niedrigere bzw. modifizierte Anforderungen gegenüber Grundrechtseingriffen stellt. Der Gesetzesvorbehalt kommt hier nicht in der Ausprägung als Eingriffsvorbehalt, sondern als schwächerer Ausgestaltungsvorbehalt zum Tragen, woraus wichtige Schlüsse für die Befugnis und Reichweite gerichtlicher Rechtserzeugung bzw. für die erforderliche gesetzliche Regelungsdichte abzuleiten sind. Im Folgenden wird zuerst ein grober Überblick zur Ausgestaltungslehre gegeben, bevor das für diese Untersuchung maßgebliche Ausgestaltungsverständnis skizziert und das entsprechende Anforderungsprofil des (Ausgestaltungs-)Vorbehalts des Gesetzes untersucht wird.

### 1. Überblick zum Verständnis der Grundrechtsausgestaltung

Ein sehr weites Verständnis der Ausgestaltung legt *Peter Häberle* zugrunde, der die institutionelle Seite der Grundrechte hervorhebt<sup>139</sup> und betont, dass „es sich

---

prägung“ (*Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, 99, 107 ff.); „rechtliche Prägung“ (*Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 24).

<sup>136</sup> Zu unterschiedlichen Konzepten der Ausgestaltungslehre *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 1–8.

<sup>137</sup> Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 104.

<sup>138</sup> Zur eingeschränkten bzw. modifizierten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Bereich der Grundrechtsausgestaltung *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 97 f. (der inzwischen aber eher von einem Gleichlauf ausgeht, vgl. *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 50–52); *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 140–153 (im Bereich grundrechtsprägender und konkurrenzlösender Normen); *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 331 ff.; s.a. BVerfGE 30, 173, 199; 134, 204, 223 (im Kontext von Grundrechtskollisionen).

<sup>139</sup> *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs.2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, S. 112–125. Die institutionelle Seite der Grundrechte unterscheidet *Häberle* von dem individualsbezogenen Grundrechtsverständnis, das Individuum und Staat gegenüberstellt und sich primär auf die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den potenziell eingreifenden Staat bezieht. Innerhalb der Grundrechte als Institute soll der *Status* die individualrechtliche Stellung des Einzelnen beschreiben, vgl. *Häberle*, ebd., S. 113. Siehe zum wei-

nicht um rechtsleere Räume handelt, sondern um rechtlich ausgestaltete Lebensbereiche, die „durch eine Fülle von Normenkomplexen [...] angereichert“ sind.<sup>140</sup> Die Eigenschaft der Grundrechte als Institute erfordert nach *Häberle*, dass sie „durch ausgestaltende und begrenzende Normenkomplexe (ein „Normengeflecht“) in der sozialen Wirklichkeit „eingrichtet“ und dort dauerhaft vorhanden sind, so daß sie von der individuellen Freiheit samt ihrem Verpflichtungsgehalt „vorgefunden“ werden können.“<sup>141</sup> Das Ausgestaltungserfordernis bezieht sich dabei auf alle Grundrechte und umfasst sowohl nicht begrenzende als auch begrenzende Normen.<sup>142</sup> Dieses umfassende Ausgestaltungsverständnis *Häberles* hat sich zwar nicht durchgesetzt, die Idee der Freiheitsverwirklichung innerhalb oder durch die Rechtsordnung aber stark geprägt.<sup>143</sup>

Einen weitreichenden Ausgestaltungsbegriff legt auch zugrunde, wer damit alle an den Staat gerichteten Handlungsgebote, die sich aus den Grundrechten ergeben, beschreibt.<sup>144</sup> Bestimmte handlungsbezogene Grundrechtsgewährleistungen wie Schutzpflichten oder Teilhabeansprüche stellen sich dann als besondere Ausprägungen der Grundrechtsausgestaltung dar. Ähnliche aber wohl geringere Bedeutung wird der Ausgestaltung beigemessen, wenn sie nur als Gegenbegriff zur Einschränkung von Grundrechten verwendet wird. So versteht etwa *Robert Alexy* solche Normen als grundrechtsausgestaltend, die ein Grundrecht nicht einschränken, es aber dennoch in irgendeiner Art und Weise berühren.<sup>145</sup> In Abgrenzung zu Gebots- und Verbotsnormen (d.h. Einschränkungen) soll die Ausgestaltung demnach in erster Linie „Kompetenznormen“ erfassen, die Grundrechtsträgern rechtlich relevante Handlungsoptionen einräumen.<sup>146</sup> Insbesondere Normen, die privatrechtliche Rechtsinstitute wie etwa Eigentum, Erbrecht oder Ehe konturieren, werden darunter gefasst.<sup>147</sup> Problematisch ist dabei vor allem die Annahme eines Exklusivitätsverhältnisses zwischen einschränkenden und ausgestaltenden Normen. So merkt *Alexy* selbst an, dass die Einräumung privatrechtlicher Kompetenzen auch freiheitseinschränkende Wirkungen auf andere Grundrechtsträger haben kann.<sup>148</sup> Insbesondere Normen des Privat-

---

ten Ausgestaltungsverständnis *Häberles* auch *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 301 f.; *Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 9 f.

<sup>140</sup> *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, S. 116.

<sup>141</sup> *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, S. 123 (Hervorhebungen im Original).

<sup>142</sup> Krit. aufgrund der weiten Fassung des Begriffs *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 301 f.

<sup>143</sup> *Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 10.

<sup>144</sup> Vgl. *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 104–108; *ders.*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 2.

<sup>145</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 300.

<sup>146</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 303.

<sup>147</sup> Vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 303.

<sup>148</sup> *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 303. *Alexy* behandelt die Thematik aber nicht näher als Problem der Ausgestaltung, sondern verweist dazu auf seine Ausführungen zum Problem der Drittwirkung der Grundrechte.

rechts, denen in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen eine interessenausgleichende Funktion zukommt, weisen in der Regel einen „Doppelcharakter“ auf. So entfalten beispielsweise privatrechtliche Normen, die der Ausprägung des Privateigentums dienen,<sup>149</sup> regelmäßig zugleich eigentumserweiternde und eigentumseinschränkende Wirkungen. Man denke etwa an Vorschriften zum nachbarlichen Interessenausgleich, wie § 906 BGB (nachbarlicher Immissionsschutz) oder §§ 910–912 BGB (nachbarliche Befugnisse bei Überhang, Überfall und Überbau), die aus Sicht des einen Nachbarn eine „positive“ Konkretisierung (also Erweiterung oder Begründung) seiner Eigentümerbefugnisse, aus Sicht des anderen Nachbarn aber eine „negative“ Konkretisierung (also Verminderung) seiner Eigentümerbefugnisse bedeuten können. Die Schwierigkeit einer klaren Abgrenzung von Ausgestaltung und Begrenzung von Grundrechten wurde in der Literatur<sup>150</sup> und Verfassungsrechtsprechung<sup>151</sup> bereits mehrfach problematisiert. Sie dürfte mit ein Grund für die Entwicklung von Ansätzen sein, die die Ausgestaltungslehre auch auf staatliches Handeln erweitern, das auf die angemessene Auflösung von Grundrechtskollisionen abzielt,<sup>152</sup> worauf sogleich noch näher einzugehen ist.

Die allgemeine Kritik an der Ausgestaltungslehre beruht vor allem auf der Befürchtung, dass der stark ausgebildete, abwehrrechtliche Grundrechtsschutz in ihrem Anwendungsbereich unterschritten werde. So wird in einer einfachrechtlichen Gestaltung von Einrichtungsgarantien die Gefahr gesehen, dass der grundrechtliche Schutzgegenstand bereits so eng gefasst wird, dass abwehrrecht-

<sup>149</sup> Es handelt es sich zugleich um Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Die Differenzierung ist nicht eindeutig möglich, vgl. dazu *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 273–278; *Papier/Shirvani*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 14 Rn. 417.

<sup>150</sup> Zur Ablehnung eines klaren Exklusivitätsverhältnisses *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 105–107; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 667 ff.; ein Exklusivitätsverhältnis prinzipiell annehmend *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 281–284, der insb. eine Abgrenzung anhand des Normzwecks vorschlägt, aber ebenfalls die Möglichkeit der Überschneidung beider Funktionen sieht (ebd., S. 55 f.); s.a. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 104–118; *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 127 ff.

<sup>151</sup> In BVerfGE 95, 220, 235 wird ein „Doppelcharakter“ bestimmter Regelungen zur Rundfunkfreiheit angenommen; eine Doppelprüfung wird in BVerfGE 74, 297, 334, 336 vorgenommen, wobei das Verhältnis von Ausgestaltung und Begrenzung offenbleibt (vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 105 f.).

<sup>152</sup> In diese Richtung *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 10 f., 255 f.; („Ausformung von Zivilrechtsverhältnissen“, „schonender Ausgleich“); *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 207–228 („normative Konturierung“); *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 183–185; *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 907; zu Gemeinsamkeiten von Ausgestaltung und Kollisionslösung s.a. *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 393 f.; *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, <sup>3</sup>1983, S. 190 ff.; krit. aufgrund der Konturlosigkeit eines so weiten Ausgestaltungsbegriffs *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 43–45.

licher Schutz nur stark eingeschränkt greifen könne. Allgemein wird moniert, dass staatliches Ausgestaltungshandeln geringeren Rechtfertigungsanforderungen unterliegen soll als staatliches Eingriffshandeln,<sup>153</sup> obwohl sich eine klare Grenze zwischen „belastender Ausgestaltung“ und Eingriff nicht ziehen lasse.<sup>154</sup> Jede Ausdehnung der Ausgestaltungslehre wird vor diesem Hintergrund als Einbuße grundrechtlichen Schutzniveaus angesehen. Auf diesen Erwägungen beruht auch das Bestreben, die Ausgestaltung grundrechtlicher Schutzbereiche denselben Maßstäben zu unterwerfen, die für Grundrechtseingriffe gelten,<sup>155</sup> d.h. die Rechtfertigungsbedürftigkeit jeder Ausgestaltung sowie die Geltung des Gesetzesvorbehalts und der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Übertragung des abwehrrechtlichen Modells wird jedoch gerade mit Blick auf *normgeprägte* Grundrechte wie die Eigentumsgarantie, Privatautonomie oder Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit überzeugend entgegengehalten, sie setze ein „außer- oder vorrechtliches Schutzgut“ voraus,<sup>156</sup> oder müsse sich auf den bereits gesetzlich geschaffenen Normbestand beschränken, womit nur die „Umgestaltung“ der bereits einfachrechtlich geschaffenen Gewährleistungen erfasst würde.<sup>157</sup> Den Kritikern der Ausgestaltungsdogmatik ist zwar zuzugeben, dass gerade die Grundrechtsausgestaltung in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen regelmäßig begünstigende und beeinträchtigende Wirkungen zugleich zeitigt. Vorliegend wird dennoch der Versuch unternommen, Eingriffs- und Ausgestaltungs-konstellationen anhand der oben bereits eingeführten Kategorien von zweipoligen und mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen zu unterscheiden, die wiederum in der rechtsfunktionalen Unterscheidung von Regulierung einerseits und Interessenausgleich und Infrastrukturgewährleistung andererseits ein Pendant finden. Der Grundgedanke ist dabei, dass es einen zentralen Unterschied macht, ob staatliche

<sup>153</sup> Vgl. *Hillgruber*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 200 Rn. 64; krit. zu größeren legislativen Spielräumen im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 545–550.

<sup>154</sup> *Kahl*, AöR 131 (2006), 579, 602 f. betont, dass gerade in mehrdimensionalen Grundrechtslagen freiheitserweiternde meist mit freiheitseinschränkender Ausgestaltung einhergeht.

<sup>155</sup> Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 135–141; *Hillgruber*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 200 Rn. 65; s.a. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 118, der in beiden Bereichen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bejaht, jedoch mit unterschiedlicher Intensität.

<sup>156</sup> Siehe *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 20–39, der anhand der Beispiele Vertragsfreiheit, Ehe und Eigentum nachweist, dass diese nicht auf ein rein vorrechtliches Schutzgut zurückführbar, sondern auf rechtliche Ausformung angewiesen sind; vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 176; mit Blick auf die Eigentumsgarantie *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 141; gegen einen „übergesetzlichen“ oder „vor- und überstaatlichen Charakter“ des Eigentumsschutzes auch BVerfGE 2, 237, 253; 15, 126, 144.

<sup>157</sup> Vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 61 f.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 276; zur Eigentumsgarantie *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 141.

Akteure primär ausgleichend zum Zwecke der Koordinierung paralleler Freiheitsbetätigung handeln oder ob sie zur Durchsetzung öffentlicher, gewissermaßen „staatseigener“ Interessen grundrechtliche Freiheit beschränken.<sup>158</sup>

## 2. Grundrechtsausgestaltung als primäre staatliche Handlungsform im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis

Im Folgenden wird der Ansatz aufgegriffen und spezifiziert, der neben der Ausformung normgeprägter Grundrechte (hier verstanden als Ausgestaltung *im engeren Sinn*) auch die Auflösung von Grundrechtskollisionen (hier verstanden als Ausgestaltung *im weiteren Sinn*) in die Ausgestaltungslehre einbezieht.<sup>159</sup> Dieser Ansatz lässt sich mit der funktionalen Perspektive auf das Privatrecht kombinieren, wobei die Infrastrukturfunktion des Privatrechts weitgehend der Ausgestaltung i.e.S. und die Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts weitgehend der Ausgestaltung i.w.S. entspricht.<sup>160</sup> Im Gegensatz zur Regulierungsfunktion, die im zweipoligen Verhältnis (Staat vs. Bürger) operiert, kommen rechtliche Infrastruktur und rechtlicher Interessenausgleich im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis zum Tragen und erfüllen primär eine freiheitsermöglichende bzw. freiheitskoordinierende Aufgabe.

### a) Freiheitsermöglichender und -beeinträchtigender Charakter von Grundrechtsausgestaltung

Wichtig ist zunächst die Erkenntnis, dass staatliche Grundrechtsausgestaltung im Gegensatz zum Grundrechtseingriff in geringerem Ausmaß verfassungsrechtlich determiniert ist.<sup>161</sup> Besteht für den Grundrechtseingriff im zweipoligen Verhältnis (Staat-Bürger) grundsätzlich eine Unzulässigkeitsvermutung (d.h. ein subjektiv-abwehrrechtlicher Unterlassungsanspruch), verbunden mit der Rechtfertigungslast des Staates, gilt dies nicht für die Grundrechtsausgestaltung.<sup>162</sup> Letztere ist Ausdruck des objektiv-rechtlichen Gehalts<sup>163</sup> bzw. der leistungsrecht-

<sup>158</sup> Ähnlich unterscheiden *Kingreen/Poscher*, JZ 2022, 961, 962 ff. Maßnahmen, die „internen“, auf die Konturierung des Schutzguts bezogenen Zwecken dienen (Ausgestaltung), von solchen, die „externe“ Zwecke verfolgen (Eingriff).

<sup>159</sup> Vgl. obige Nachweise, § 9 Fn. 152.

<sup>160</sup> Vgl. die Einordnung bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 282 mit Fn. 105.

<sup>161</sup> Vgl. *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 140 f., 143, der privatrechtliche Regelungen im grundrechtlichen Schutzbereich – anders als hier – generell als Ausgestaltung begriff.

<sup>162</sup> Vgl. *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 122 f. (zu Einrichtungsgarantien).

<sup>163</sup> Vgl. zur objektiv-rechtlichen Wirkung der Grundrechte bei der Ausgestaltung des Privatrechts im Bereich der Vertragsfreiheit BVerfGE 97, 169, 176; 134, 204, 223.

lichen Seite<sup>164</sup> der Grundrechte, mit der ein positiver Anspruch auf ein bestimmtes Ausgestaltungshandeln des Staats korrespondieren kann.<sup>165</sup>

Der *leistungsrechtliche Charakter* leuchtet vor allem bei den grundrechtlichen Einrichtungs- oder Institutsgarantien ein, die auf einfachrechtliche Infrastruktur, also Ausgestaltung (i.e.S.), angewiesen sind. Wenn Ehe, Eigentum, Vertrags- und Vereinigungsfreiheit grundrechtlich garantiert sind, so besteht auch ein subjektiver Anspruch der Grundrechtsträger auf Erlass und Anwendung der einfachgesetzlichen Normen, die notwendig sind, um das verfassungsrechtlich abstrakt Gewährleistete realisieren zu können.<sup>166</sup> So schaffen etwa die privatrechtlichen Regelungen zum Vertragsschluss, Eigentumserwerb oder zur Gründung einer Gesellschaft die notwendigen Voraussetzungen zur Wahrnehmung der Eigentumsgarantie, Vertragsfreiheit und Vereinigungsfreiheit.<sup>167</sup> Die einfachrechtliche Infrastruktur hat also primär eine freiheitsermöglichende bzw. freiheitserweiternde Funktion zugunsten der Grundrechtsträger, selbst wenn sie zugleich mit freiheitsreduzierenden Folgen für Dritte verbunden sein kann, namentlich aufgrund ihres Ausschließungscharakters.<sup>168</sup>

Mit Blick auf die interessenausgleichende Komponente der Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) verhält es sich ähnlich. Wenn grundrechtliche Freiheitsentfaltung nur in einer „Wechselwirkung“<sup>169</sup> von konkurrierenden Freiheiten möglich ist, so hat der Staat solche Regelungen und Verfahren vorzusehen, die einen ausgewogenen, beiderseitig möglichst freiheitsschonenden Interessenausgleich ermöglichen.<sup>170</sup> Die Besonderheit liegt dabei darin, dass der Staat sich in einem

<sup>164</sup> Vgl. Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 148, 155; s.a. Jarass, AöR 110 (1985), 363, 393 f.

<sup>165</sup> Ein subjektives Recht auf Ausgestaltung grundrechtlich gebotener privatrechtlicher Rechtsinstitute bejaht Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 442–444; allg. zur umstrittenen Frage, inwieweit objektive Grundrechtsgehalte Gegenstand subjektiver Rechte sein können, Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 29.

<sup>166</sup> Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 443 f.; zum handlungsermöglichenden Charakter der Infrastrukturfunktion Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 58 f.

<sup>167</sup> Im Vordergrund steht hier die Einräumung von Rechtsmacht oder Kompetenzen, ohne die der Einzelne keine rechtsverbindlichen Handlungen vornehmen könnte, vgl. Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 41 f. Vgl. etwa zum ermöglichenden Charakter (*enabling function*) des dispositiven Rechts Möslein, Dispositives Recht, 2012, S. 33 m.w.N.; zum Gesellschaftsrecht (*enabling corporate law*) Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 56 m.w.N.

<sup>168</sup> So hat z.B. die in § 903 S. 1 BGB geregelte Ausschließungsbefugnis des Eigentümers hinsichtlich der Freiheit Dritter zur Nutzung desselben Eigentumsobjekts einschränkende Wirkung.

<sup>169</sup> Zur Auflösung kollidierender Grundrechtspositionen BVerfGE 89, 214, 232; 97, 169, 176; 142, 74, 96.

<sup>170</sup> Hellgardt, JZ 2018, 901, 907; s.a. Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 256; Jarass, AöR 110 (1985), 363, 393, der auch von „fließenden Übergängen“ der Ausgestaltung zur Kollisionslösung spricht.

mehrpolygonen Anspruchsverhältnis gegenüber (mindestens) zwei Privaten befindet, die gleichzeitig einen ihre kollidierenden Interessen angemessen berücksichtigenden Interessenausgleich verlangen können.<sup>171</sup> Dieser staatliche Schlichtungsauftrag findet – auf den konkreten privatrechtlichen Rechtsstreit bezogen – auch im allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch Ausdruck, der den Streitparteien als Gegenstück zum staatlichen Gewaltmonopol ein subjektives Recht auf effektiven Rechtsschutz vermittelt.<sup>172</sup> Auch losgelöst vom konkreten Streitfall obliegt dem Staat die Aufgabe, einen rechtlichen (Ordnungs-)Rahmen<sup>173</sup> für die Ausübung kollidierender Interessen Privater zu schaffen und dabei nötigenfalls Vorrangentscheidungen zugunsten der einen oder anderen Rechtsposition zu treffen.<sup>174</sup>

Die interessenausgleichende Ausgestaltung (i.w.S.) geht regelmäßig mit einer Beeinträchtigung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten im grundrechtlichen Gewährleistungsbereich einher:<sup>175</sup> Erstens fällt die Förderung einer Rechtsposition meistens mit der Schwächung einer Rechtsposition auf der anderen Seite zusammen.<sup>176</sup> Zweitens kann in der Regel keiner der am Konflikt beteiligten Rechts-

<sup>171</sup> Hierin liegt ein Unterschied zu Schutzpflichtkonstellationen, bei denen in der Regel ein Grundrechtsträger einen Schutzanspruch gegen den Staat geltend macht, sodass strukturell ein zweipoliges Verhältnis besteht; näher zur Unterscheidung von Ausgestaltung (i.w.S.) und Schutzpflichtkonstellationen unter §9 IV.

<sup>172</sup> Der Justizgewährleistungsanspruch verlangt die umfassende Prüfung des Streitgegenstandes in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in einem förmlichen Verfahren sowie eine verbindliche Entscheidung durch ein Gericht, vgl. *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2014, 312 f.; zur Einordnung des Justizgewährleistungsanspruchs als Grundrecht des status positivus liberalis *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 36 (auch abgrenzend zur strukturverwandten grundrechtlichen Schutzpflicht).

<sup>173</sup> Zum Begriff des Ordnungsrahmens *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 185; den Begriff prägt in seinen Ausführungen zum funktionsteiligen Zusammenwirken zwischen Gesellschaft und Staat bereits *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 102: „Obwohl die marktwirtschaftliche Ordnung das Wichtigste [...] in die Zuständigkeit der privatautonomen Entscheidung der Gesellschaftsmitglieder verweist, überträgt sie die Aufgabe, den *Ordnungsrahmen* bereitzustellen, dem *Staat*.“ (Hervorhebung im Original).

<sup>174</sup> Vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 226; *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 184 f.; *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 907; s.a. *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 256; zu Besonderheiten und zum Ausgestaltungsbezug der Auflösung von Grundrechtskollisionen BVerfGE 115, 205, 232 f.; 121, 69, 96.

<sup>175</sup> Vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 226; aus rechtsfunktionaler Perspektive mit Blick auf den Interessenausgleich *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 60.

<sup>176</sup> Vgl. die Beschreibung der zivilgerichtlichen Auflösung privater Interessenkonflikte in BVerfGE 138, 377, 392 f. Nach *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 319 f. haben mehrpolige Konflikte insofern den Charakter von Nullsummenspielen: „Das was dem einen an Freiheit eingeräumt wird, wird dem anderen genommen.“ Eine Ausnahme kann sich ergeben, wenn der Staat über Eigenmittel verfügt, die er einsetzen kann, um beide (kollidierenden) Interessen zu befriedigen (vgl. *Poscher*, ebd., S. 320 mit Fn. 14.), also insbesondere um die (z.B. finanzielle) Einbuße auf einer Seite vollständig auszugleichen.

positionen ein absoluter Vorrang eingeräumt und so zu unbeschränkter (maximaler) Freiheitsentfaltung verholfen werden, weil damit das Gebot eines ausgewogenen Interessenausgleichs verfehlt würde. Wird eine grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung der Ausgestaltung (i.w.S.) hier also nicht in Abrede gestellt, ist sie dennoch vom Grundrechtseingriff bei staatlicher Regulierung zu unterscheiden<sup>177</sup> und hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Anforderungsprofils zu differenzieren. Bei Eingriffen im zweipoligen Verhältnis ist zu prüfen, welche freiheitsbeschränkenden Mittel zur Verfolgung eines bestimmten, staatlich gesetzten Zwecks<sup>178</sup> eingesetzt werden dürfen (Geeignetheit und Erforderlichkeit) und noch zumutbar sind (Angemessenheit). Im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis ist zu fragen, ob die Grundrechtspositionen Privater bei der Auflösung eines Interessenkonflikts hinreichend berücksichtigt und in der Gesamtbetrachtung des Konflikts ein angemessener Ausgleich gefunden wurde.<sup>179</sup> Auch das BVerfG geht davon aus, dass es sich dann „nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater [handelt], sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist“.<sup>180</sup>

Die Herausforderung des Interessenausgleichs besteht also darin, kollidierende Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und schonend in Einklang zu bringen,<sup>181</sup> wodurch die grundrechtlichen Schutzbereiche ausgestaltet werden.<sup>182</sup> Die klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung passt dazu schon ihrer Struktur nach nicht, weil keine eindimensionale Zweck-Mittel-Relation (d.h. Verfolgung eines Gemeinwohlziels durch eine grundrechtsbeschränkende Maßnahme) vorliegt, sondern der Ausgleich mindestens zweier – im Ausgangspunkt gleichberechtigter – Grundrechtspositionen nötig ist.<sup>183</sup> Bildlich gesprochen bilden die gegenläufigen, grundrechtlich untermauerten Interessen die End-

<sup>177</sup> So auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 280–282; *ders.*, JZ 2018, 901, 906 f.; s.a. *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 39–41 mit einer ähnlichen Unterscheidung zwischen eindimensionalen und mehrdimensionalen Freiheitsproblemen.

<sup>178</sup> In Fällen, in denen das verfolgte öffentliche Interesse verfassungsrechtlich vorgegeben ist, kann man auch von einer Verfassungsgüterkollision sprechen. Ein Unterschied zur Grundrechtskollision liegt aber darin, dass bei letzterer nicht der Staat konkretisierend ein Verfassungsziel verfolgt, sondern die soziale Freiheitsentfaltung der Bürger für sich genommen zur Kollision und Schlichtungsaufgabe des Staats führt.

<sup>179</sup> *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 40.

<sup>180</sup> BVerfGE 134, 204, 223; 142, 74, 96; ähnlich BVerfGE 97, 169, 175 f.; zu unterschiedlichen Maßstäben bei bipolaren und mehrpoligen Rechtsverhältnissen auch BVerfGE 115, 205, 233.

<sup>181</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214, 232; 97, 169, 175 f.; 134, 204, 223.

<sup>182</sup> *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 907: „Wenn der Staat private Interessenkonflikte durch einfachgesetzliches (Privat-)Recht oder Gerichtsentscheidungen zu lösen versucht, nimmt er keinen Eingriff in den Schutzbereich von Grundrechten vor, sondern gestaltet den Schutzbereich vielmehr erst aus.“

<sup>183</sup> Vgl. BVerfGE 134, 204, 223; vgl. auch *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>3</sup>1999, S. 151 f.

punkte einer horizontalen Strecke, wobei die staatliche Ausgleichsentscheidung (des Gesetzgebers oder eines Gerichts) einen Punkt darstellt, der im Ausgangspunkt mittig zu verorten ist, je nach Konflikt aber näher zum einen oder anderen Endpol rücken kann, wobei stets ein Bestandsminimum gewahrt werden muss.<sup>184</sup> Dabei wird – anders als bei regulatorischen Maßnahmen – kein über die Normierung des Interessenausgleichs hinausgehendes Allgemeinwohlziel verfolgt.<sup>185</sup>

Die hier vorgeschlagene Unterscheidung von Eingriff und Ausgestaltung in Orientierung an Funktionen des einfachen Rechts kann sich zugegebenermaßen schwierig darstellen, gerade weil hinter bestimmten Ausgestaltungen auch die Verfolgung eines Regulierungsziels stehen kann, was nicht immer sofort erkennbar ist.<sup>186</sup> So kann mit der Schaffung einer bestimmten rechtlichen Infrastruktur gezielt ein regulatorischer Verhaltensanreiz gesetzt werden<sup>187</sup> oder eine regulatorische Regelung in einen Interessenausgleich eingebettet werden.<sup>188</sup> Eine schwerpunktorientierte Differenzierung zwischen eingreifenden und ausgestaltenden Normen ist aber regelmäßig möglich<sup>189</sup> und die Unterscheidung verschiedener Rechtsfunktionen bietet dabei eine sinnvolle Orientierungshilfe.<sup>190</sup> Die Schwierigkeit der Unterscheidung von Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsbegrenzung wird denn auch in der Literatur zur Ausgestaltungsdogmatik vielfach diskutiert, wobei Überschneidungen für möglich gehalten werden; zum Teil kann ein Rechtsakt zugleich ausgestalten und begrenzen.<sup>191</sup>

<sup>184</sup> Vgl. die Darstellung bei *Hellgardt*, in: Möslein (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 121, 127.

<sup>185</sup> Siehe *Hellgardt*, *JZ* 2018, 901, 907 f.

<sup>186</sup> Dazu bereits unter § 8; zur Schwierigkeit der Differenzierung zwischen ein- und mehrdimensionalen Freiheitsproblemen auch *Schuppert*, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, 1980, S. 45 f.; krit. deshalb *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 424–426.

<sup>187</sup> Z.B. kann dispositives Vertragsrecht, das zuvörderst als Infrastruktur zur Erleichterung der Wahrnehmung der Vertragsfreiheit dient, auch zu Regulierungszwecken eingesetzt werden, vgl. *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2012, S. 38 ff.; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 84 ff.

<sup>188</sup> Vgl. dazu oben § 9 I. 4. b) am Beispiel von § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG (zur Beschränkung wiederholt sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge) und § 536 Abs. 1a BGB (mietrechtlicher Minderungsausschluss zum Zweck energetischer Sanierungen); zu Funktionsüberschneidungen allg. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 63 f.

<sup>189</sup> Für eine Grenzziehung im Sinne einer „schwerpunktmäßigen Zuordnung“ plädiert auch *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, S. 316 und S. 117 f.; vgl. zur Vertragsfreiheit auch *Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 171: „Das führt auf die Notwendigkeit, funktional, nicht notwendig exklusiv!, zwischen Ausgestaltungs- und Eingriffsgesetzen zu unterscheiden, womit allerdings [...] schwierige [...] Abgrenzungsprobleme aufgeworfen sind [...].“

<sup>190</sup> Zur Bedeutung des Normzwecks für die Einordnung als Ausgestaltung oder Eingriff auch *Gellermann*, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, 2000, S. 283.

<sup>191</sup> Vgl. *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 104 ff.; *ders.*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, 2009, S. 46 f.; *Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 666 ff.

b) Geringe verfassungsrechtliche Determinierung der Grundrechtsausgestaltung

Der soeben hervorgehobene leistungsähnliche Charakter der Grundrechtsausgestaltung deutet darauf hin, dass die Verfassung dem Staat insoweit größere Umsetzungsspielräume belässt als mit Blick auf abwehrrechtliche Fragestellungen, die stets die Struktur eines bedingten Unterlassungsgebotes aufweisen.<sup>192</sup> Davon zeugt im Bereich der Grundrechtsausgestaltung i.e.S., dass das Grundgesetz die inhaltliche Prägung der Einrichtungsgarantie maßgeblich als Aufgabe und Verpflichtung<sup>193</sup> des einfachen Gesetzgebers ansieht, wie es Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG für die Eigentumsgarantie ausdrücklich vorsieht und das BVerfG auch für andere normgeprägte Grundrechte (z.B. zur Privatautonomie,<sup>194</sup> Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit<sup>195</sup>) klargestellt hat. Dabei sind den ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten gewiss gewährleistungsspezifische Vorgaben im Sinne bestimmter Direktiven, Wertungen und Grenzen zu entnehmen,<sup>196</sup> die als Orientierungslinien zwingend von der ausgestaltenden Staatsgewalt zu beachten sind, dieser aber trotzdem weite Gestaltungsspielräume belassen.<sup>197</sup>

Die Notwendigkeit einfachrechtlicher Determinierung gilt auch für die Auflösung grundrechtlich untermauerter Interessenkonflikte Privater,<sup>198</sup> die hier als Ausgestaltung i.w.S. verstanden wird. Aus dem Grundgesetz selbst ergibt sich nicht, wie solche Grundrechtskollisionen im Einzelnen aufzulösen sind.<sup>199</sup> Zur

<sup>192</sup> Kingreen/Poscher, JZ 2022, 961, 969 sprechen von einer „größeren Heterogenität bei den Maßstäben für die Ausgestaltung als bei der Prüfung von Eingriffen“.

<sup>193</sup> Die Verpflichtung zur Ausgestaltung kommt angesichts der bereits ausdifferenzierten Rechtsordnung selten zum Tragen; so aber etwa, wenn sich der Gesetzgeber gesellschaftlichen oder technologischen Entwicklungen durch Untätigkeit gänzlich verschließt, vgl. Kingreen/Poscher, JZ 2022, 961.

<sup>194</sup> BVerfGE 89, 214, 231; 114, 1, 34 f.

<sup>195</sup> BVerfGE 50, 290, 354, 368.

<sup>196</sup> Dazu Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 57 f.; ders., Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 52 ff. Als Beispiele führt Bumke für die Eigentumsgarantie die Privatnützigkeit und Sozialpflichtigkeit des Eigentums, für die Vertragsfreiheit den Grundsatz der Autonomie und des Vertrauensschutzes an; vgl. zu gewährleistungsspezifischen Vorgaben ausgestaltungsbedürftiger Grundrechte auch BVerfGE 50, 290, 340 (zur Eigentumsgarantie); BVerfG NJW 2001, 1617, 1618 (zu Art. 9 Abs. 1 GG).

<sup>197</sup> Vgl. Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 55: „Es soll sich um Zielvorgaben handeln, die mehr als eine Abbeviatur des positiven Rechtsstoffes und weniger als ein naturrechtlich geformtes Rechtsinstitut sind.“

<sup>198</sup> Aufgrund des umfassenden Grundrechtsschutzes, den Art. 2 Abs. 1 GG als „Auffanggrundrecht“ gewährt, weisen private Interessenkonflikte meistens einen Grundrechtsbezug auf; zum umfassenden Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit BVerfGE 6, 32, 36 f.; 55, 159, 165; 80, 137, 152; die Privatautonomie wird als privatrechtliches Pendant zu letzterer von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, vgl. BVerfGE 70, 115, 123.

<sup>199</sup> Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 72; Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 359 f. (ablehnend gegenüber einer Festlegung des Gesetzgebers auf eine „optimale Lösung“ bei der Markierung der Grenzlinie zwischen kollidierenden Freiheitsbereichen); s.a. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 21999, S. 151 („Konkurrenzlösung“); Britz, Der Staat 42 (2003), 35 f.; zum Begriff

Verdeutlichung ist erneut die Gegenüberstellung zwischen zwei- und mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen hilfreich. Greift der Staat zur Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen in Rechte des Bürgers ein, lässt sich anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit hohem Plausibilitätsgrad überprüfen, ob der Freiheitseingriff dem Bürger zumutbar ist.<sup>200</sup> Dagegen besteht bei der Kollision individueller Rechtspositionen Einzelner keine verfassungsrechtliche Vorentscheidung zugunsten der einen oder anderen Seite, welche die Auflösung vorgäbe.<sup>201</sup> Entsprechend formuliert das BVerfG bei Bestimmung des Prüfungsmaßstabs bezüglich fachgerichtlicher Entscheidungen zur Abgrenzung grundrechtlich verbürgter Positionen Privater: „Wie die ‚richtige‘ Lösung einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit konkret auszusehen hat, ist im Grundgesetz nicht vorgeschrieben.“<sup>202</sup>

Auch aus der Tatsache, dass ein Grundrecht im Grundgesetz mit einem Einschränkungsvorbehalt versehen ist und ein anderes vorbehaltlos gewährt wird, kann nicht generell gefolgert werden, dass die Kollisionslösung stets zu Lasten des ersteren erfolgen muss.<sup>203</sup> So sieht es das BVerfG als „logische Folge eines geordneten menschlichen Zusammenlebens“<sup>204</sup> an, dass etwa die in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG vorbehaltlos gewährte Kunstfreiheit Schranken aus den Grundrechten anderer Rechtsträger und sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang unterliegt.<sup>205</sup> Die fehlende verfassungsrechtliche Determinierung kann auch nicht unter Verweis auf ein für Grundrechtskollisionen generell aus der Verfassung folgendes Abwägungsgebot in Abrede gestellt werden, denn auch diesem fehlt es an rationalen Maßstäben,<sup>206</sup> die eine klar vorhersehbare und überprüfbare Kollisionslösung ermöglichen.<sup>207</sup> Lässt sich ein dezisionistisches Element im Kontext

---

der Grundrechtskollision *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 1974, S. 2 f.; *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 1 f.; *Bleckmann*, Staatsrecht II, 41997, S. 473; *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 382 ff.; *Shirvani*, DÖV 2014, 173, 174 f.; auch das BVerfG spricht im privatrechtlichen Kontext regelmäßig von „kollidierenden Grundrechtspositionen“; vgl. BVerfGE 89, 214, 232; 97, 169, 176; 134, 204, 223.

<sup>200</sup> *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 41.

<sup>201</sup> *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 41; s.a. BVerfGE 83, 130, 143.

<sup>202</sup> BVerfGE 42, 143, 148.

<sup>203</sup> Vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1999, S. 126 mit Fn. 96; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 253 mit Fn. 366, betont, dass das „Grundgesetz für abstrakte Rangunterschiede nichts hergibt“.

<sup>204</sup> BVerfGE 77, 240, 253.

<sup>205</sup> BVerfGE 142, 74, 101 f.

<sup>206</sup> Vgl. etwa *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1999, S. 129, der zur Auflösung von Spannungslagen durch Güterabwägung äußert: „Aber das scheint uns weit eher Diagnose als wirkliche Therapie.“; s.a. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 252 f.; *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35, 36.

<sup>207</sup> Vgl. dazu die Warnung von *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 69: „[D]ie Rechtsordnung einschließlich der Privatrechtsordnung, droht sich in ein unförmiges Gebilde schwer vorhersehbarer und kontrollierbarer Abwä-

des Interessenausgleichs also nicht gänzlich vermeiden,<sup>208</sup> bleibt es trotzdem erstrebenswert, der Kollisionslösung möglichst klare dogmatische Konturen zu geben.

### 3. Ausgestaltungskompetenz: Funktion des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt

Wie gesehen ist die Aussagekraft der Verfassung zum Inhalt der Grundrechtsausgestaltung gering, sodass die Frage kompetenzieller Natur, *welcher* Entscheidungsträger dazu befugt und nach seiner Struktur und Entscheidungsverfahren am besten geeignet ist, ihren Inhalt zu konkretisieren, besondere Wichtigkeit erlangt.<sup>209</sup> Würde zuvor erläutert, dass im Bereich der eingriffsbezogenen Regulierungsfunktion, die im zweipoligen Grundrechtsverhältnis operiert, der Eingriffsvorbehalt zu beachten ist, gilt es nun zu untersuchen, inwieweit der Gesetzesvorbehalt auch im Bereich der ausgestaltungsbezogenen Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion des Privatrechts Beachtung verlangt, wobei vorliegend das Kompetenzverhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zentrum steht.<sup>210</sup> Eine einheitliche Linie hat sich bei der Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Grundrechtsausgestaltung bislang weder in der Literatur noch in der Verfassungsrechtsprechung herausgebildet.<sup>211</sup> So ist etwa auch der Gehalt des in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG normierten Gesetzesvorbehalts für die Festlegung von „Inhalt und Schranken des Eigentums“ nach wie vor umstritten.<sup>212</sup> Zum Teil wird jedes Gesetz im materiellen Sinne sowie Gewohnheits-

---

gungsentscheidungen aufzulösen.“; anders wohl *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 154 f., 421 ff., der konstatiert, das im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gefundene „Abwägungsergebnis [sei] der Maßstab für Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts“ (ebd., S. 155).

<sup>208</sup> *Britz*, Der Staat 42 (2003), 35, 36.

<sup>209</sup> Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 73: „Die Verwirklichung von Grundrechten im Privatrecht setzt eine Entscheidung über die Kompetenz zur privatrechtsrelevanten Abwägung voraus. [...] Privatrechtliche Streitschlichtung ist ein Kompetenzproblem.“; näher zur Frage zulässiger Kompensation gesetzlicher Defizite in der Rechtsanwendung bei handlungsgebietenden Grundrechtsgehalten *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 372 ff.; s.a. *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 271 und 272 ff. (zur Kompetenzproblematik bei der Auflösung von Grundrechtskollisionen); *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 42 f. (primär zum Kompetenzverhältnis von Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit).

<sup>210</sup> Siehe dazu auch *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 170 ff., die einen Ausgestaltungsvorbehalt gegenüber der Judikative (auch im Privatrecht) befürwortet.

<sup>211</sup> *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 372 spricht von einem „heterogenen Bild“.

<sup>212</sup> In Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG werden Ausgestaltungs- und Eingriffsvorbehalt ausdrücklich kombiniert, vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 182.

recht und Richterrecht als geeignet angesehen, das Eigentum auszuformen.<sup>213</sup> Dagegen wird aber der Wortlaut des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und sein Zweck, die Festlegung der Reichweite der Eigentumsgarantie dem unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament vorzubehalten, angeführt.<sup>214</sup> Einigkeit besteht wohl darüber, dass dem Gesetzgeber ein Ausgestaltungsvorrang gegenüber den rechtsanwendenden Gewalten sowie ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.<sup>215</sup> Daraus ergibt sich aber noch nicht, ob er *exklusiv* zur Ausgestaltung verpflichtet ist und die eigenständige Ausgestaltung durch andere Gewalten unzulässig bzw. nur auf Grundlage konkreter gesetzlicher Delegation möglich ist. Im Folgenden werden zuerst allgemeine Argumente für einen *ingeschränkten Gehalt* des Gesetzesvorbehalts im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung behandelt, bevor spezifisch auf die Problematik der Ausgestaltungsbefugnis der Rechtsprechung im Privatrecht einzugehen ist.

*a) Erfordernis geringerer Regelungsdichte im Bereich der Grundrechtsausgestaltung*

Das Wesentlichkeitskriterium, welches zuvörderst auf die *Grundrechtsrelevanz* einer Regelung abstellt, greift bei ausgestaltungsbezogenen Regelungen nicht per se. Darauf deutet schon die verschiedene Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Eingriffs- und Leistungsverwaltung hin. So wurde bereits erläutert, dass die Leistungsverwaltung dem Gesetzesvorbehalt nicht generell unterliegt, sondern bloß im Rahmen staatlicher Leistungsgewähr, die zur *notwendigen Grundlage* der Grundrechtsverwirklichung gehört.<sup>216</sup> Eine Erstreckung auf die Leistungsverwaltung wird außerdem angenommen, wenn Leistungen in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Belastung eines anderen stehen oder wenn sie gezielt eine wirtschafts- und wettbewerbslenkende Kraft entfalten.<sup>217</sup> In letz-

<sup>213</sup> So *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 14 Rn. 418; zur Eignung von Gewohnheitsrecht BVerfG NVwZ 2009, 1158, 1160; zu richterlicher Rechtsfortbildung BVerfGE 82, 6, 15.

<sup>214</sup> So *Wieland*, in: Dreier, GG, <sup>3</sup>2013, Art. 14 Rn. 103; in diese Richtung auch BVerfGE 31, 229, 240; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 308 Rn. 1234; s.a. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, <sup>17</sup>2022, Art. 14 Rn. 35, der eine ausreichend bestimmte gesetzliche Grundlage verlangt und im Fall einer anderen (materiellen) Rechtsnorm eine formell-gesetzliche Ermächtigung fordert; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 193 geht zwar vom Erfordernis eines formellen Gesetzes aus, bejaht aber die Möglichkeit *richterrechtlich* begründeter Eigentumsrechte; *Peukert*, in: Hilty/Jäger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum, 2008, S. 47, 60 f. leitet aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ein „Rechtsfortbildungsverbot“ ab.

<sup>215</sup> Vgl. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 375 m.w.N. („vorrangige Inpflichtnahme des Gesetzgebers“); zum Gestaltungsspielraum insb. beim Ausgleich kollidierender privater Freiheitsausübung BVerfGE 97, 169, 176; 129, 78, 101; 134, 204, 223 f.; 142, 74, 97.

<sup>216</sup> Vgl. dazu BVerfGE 33, 303, 337; 40, 237, 249; 125, 175, 223 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, <sup>3</sup>2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 118.

<sup>217</sup> Vgl. *Selmer*, JuS 1968, 489, 496.

terem Fall schlägt die Leistung gewissermaßen zum Eingriff um<sup>218</sup> und unterfällt in der Regel auch nach dem vorliegend vertretenen Verständnis der Regulierungsfunktion und mithin dem Eingriffsvorbehalt. Die grobe Abgrenzungslinie zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung stützt folglich den hier verfolgten Ansatz, den Gesetzesvorbehalt auch bei privatrechtlicher Grundrechtsausgestaltung, die ebenfalls eine Leistungskomponente aufweist, in milderer Ausprägung anzuwenden als im Rahmen regulatorischer Grundrechtseingriffe.<sup>219</sup> Entsprechend ist auch der (Privatrechts-)Gesetzgeber bei ausgestaltenden Regelungen zu weiterer Rechtsetzungsdelegation berechtigt als bei Eingriffen.<sup>220</sup> Es bleibt aber zu beachten, dass essenzielle Grundstrukturen der Ausgestaltung bzw. der notwendigen rechtlichen Infrastruktur zur Grundrechtsrealisierung vom Gesetzgeber selbst festzulegen sind<sup>221</sup> und nicht gänzlich richterlicher Gestaltung überlassen werden dürfen (z.B. die Festlegung bestimmter Grundvoraussetzung zur Ausübung der Vertrags- oder Vereinigungsfreiheit).<sup>222</sup> Vergewenwärtigt man sich erneut die Funktionen des Gesetzesvorbehalts, wird deutlich, dass die *rechtsstaatlich-grundrechtliche* Funktion, die Berechenbarkeit belastender staatlicher Entscheidungen zu garantieren, bei Ausgestaltungsentscheidungen weniger relevant ist, weil Rechtsadressaten diesbezüglich nicht ihr Verhalten anpassen müssen, um gemeinwohlorientierte Sanktionen zu vermeiden.<sup>223</sup> Dass bestimmte Ausgestaltungsentscheidungen etwa aufgrund ihrer grundlegenden Bedeutung für grundrechtliche Freiheitsentfaltung und/oder besonderer gesellschaftlicher Tragweite allein vom Gesetzgeber zu treffen sind, folgt also primär aus der *demokratisch-gewaltenteilungsspezifischen* Vorbehaltsfunktion, die auf ein hohes Maß demokratischer Legitimation und die Eignung des parlamentarischen Willensbildungsprozess abstellt.

---

<sup>218</sup> Ähnlich *Selmer*, JuS 1968, 489, 496 mit Fn. 104: „In diesen Fällen lässt sich von einem relevanten ‚Eingriff‘ i.S. eines neuzeitlichen Verständnisses der ‚Freiheit und Eigentum‘-Klausel sprechen.“

<sup>219</sup> Im Bereich der Regulierung wurde festgehalten, dass der Gesetzgeber i.S.e. strengen Eingriffsvorbehalts die exklusive Kompetenz und zugleich Pflicht zur Konkretisierung der öffentlichen Interessen hat, hinter denen Partikularinteressen zurückstehen sollen.

<sup>220</sup> Dem Gesetzgeber steht im Verhältnis zu den anderen Gewalten ein *vorrangiges* Determinierungsrecht zu (Vorrang des Gesetzes); hier geht es aber um die Frage, inwieweit er dieses auf andere Hoheitsträger delegieren oder sich, in Erwartung der Ausfüllung von Regelungslücken durch die Judikative (oder Verwaltung), passiv verhalten darf.

<sup>221</sup> Zur Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) wurde in BVerfGE 57, 295, 321 angenommen, dass das Parlament „[d]as zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit Wesentliche [...] selbst bestimmen“ muss und weder allgemein der Gestaltung durch die Exekutive noch der vertraglichen Gestaltung durch private Veranstalter überlassen darf; dazu *Classen*, JZ 2003, 693, 694.

<sup>222</sup> Vgl. in diese Richtung *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 310, 378; zum Privatrecht *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 67.

<sup>223</sup> Ähnlich *Selmer*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 134 (zur Zulässigkeit begünstigender Rechtsfortbildung im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts).

## b) Fehlender Ermächtigungsgehalt des Ausgestaltungsvorbehalts

Ein weiteres wichtiges Argument für die Relativierung bzw. Ablehnung eines umfassenden Ausgestaltungsvorbehalts sieht *Christian Bumke* in dessen fehlender materiellrechtlicher Funktion.<sup>224</sup> Daran überzeugt die Erwägung, dass der Staat bei der Grundrechtsausgestaltung – anders als bei Eingriffen – keiner Handlungsermächtigung bedarf, sondern handlungsgebietende Grundrechtsgelalte sein Tätigwerden steuern.<sup>225</sup> Die Ausgestaltungspflicht ergibt sich also aus den (normgeprägten) Grundrechten bzw. aus den grundrechtlichen Kollisionsproblemen selbst.<sup>226</sup> Das Bedürfnis für eine gesetzliche Ermächtigung ist folglich geringer als bei Grundrechtseingriffen, die aufgrund der grundrechtlichen Abwehrfunktion einer speziellen gesetzlichen Erlaubnis zur gemeinwohlbezogenen Beschränkung bedürfen.<sup>227</sup>

Dennoch ist auf die Figur des Ausgestaltungsvorbehalts nicht von vornherein zu verzichten,<sup>228</sup> sind ihm doch zumindest für bestimmte Regelungsfragen kompetenzrechtlich-rechtliche Aussagen über die Aufteilung der Gestaltungsbefugnisse zwischen den Staatsgewalten zu entnehmen.<sup>229</sup> So treten auch im Bereich der Grundrechtsausgestaltung Regelungsfelder auf, die in besonderem Maße auf eine abstrakt-generelle Regelungstechnik und hohe Rechtssicherheit angewiesen sind und daher gesetzlicher Ausgestaltung bedürfen.<sup>230</sup> Außerdem kommt es bei der Auflösung von Grundrechtskollisionen, die nach hiesigem Verständnis als Grundrechtsausgestaltung i.w.S. zu begreifen ist – und insofern von *Bumke* ab-

<sup>224</sup> *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 181, 193 f.; *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 49 f. mit Fn. 132. *Bumke* schreibt dem Ausgestaltungsvorbehalt daher ausschließlich einen kompetenzrechtlichen, keinen materiellrechtlichen Gehalt zu.

<sup>225</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 181; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 297 f., dazu auch oben unter § 9 II. 2.

<sup>226</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 238. Das Ausgestaltungsverständnis *Bumkes* umfasst jedoch nicht die Ausgestaltung kollektiver oder sozialer Freiheitsbetätigung, d.h. auch nicht den Interessenausgleich im Fall von Grundrechtskollisionen (vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 43 f.). Auch wenn man – wie hier – die Kollisionsproblematik in die Ausgestaltung einbezieht, bleibt es aber dabei, dass der Ausgestaltungsvorbehalt keine eigenständige autorisierende Funktion hat. Die staatliche Pflicht zum grundrechtlichen Interessenausgleich ergibt sich vielmehr aus dem sozial-interaktiven Charakter der Grundrechtsentfaltung und aus der mit dem staatlichen Gewaltmonopol korrespondierenden Streitschlichtungspflicht des Staats.

<sup>227</sup> Vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 181.

<sup>228</sup> Dies andeutend *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 207, 238 (insoweit einschränkend, als es der Figur des Ausgestaltungsvorbehalts für die Erklärung der Vorbehalte in Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bedarf); s.a. *ders.*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 49 f.

<sup>229</sup> Den kompetenzrechtlichen Gehalt des Ausgestaltungsvorbehalts bejaht *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 238.

<sup>230</sup> Ein starkes Bedürfnis nach legislativer Gestaltung in bestimmten Bereichen des Privatrechts (soziale Gestaltung, statische Festsetzungen) bejaht etwa *Grigoletti*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 71.

weicht<sup>231</sup> –, dass bestimmte verteilungspolitische Erwägungen beim Interessenausgleich Berücksichtigung finden sollen, die häufig auch gesellschaftlich kontrovers sind. Ob solche Erwägungen den Interessenausgleich prägen und möglicherweise zu einer einseitigen Privilegierung führen dürfen, ist grundsätzlich nur vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber, nicht von Gerichten zu bestimmen.<sup>232</sup>

Allgemein ist *Bumke* aber zuzugeben, dass es ein schwieriges Unterfangen ist, angesichts der unterschiedlichen Inhalte und Wirkungen der handlungsgebietenden Grundrechtsgehalte eine „einheitliche Regel über die Kompetenzverteilung“ im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung auszumachen.<sup>233</sup> Es überrascht daher auch nicht, dass genauere Ausführungen zur Rolle des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Grundrechtsausgestaltung selten und meist vage bleiben.<sup>234</sup> Der Gesetzgeber soll etwa die „näheren Ausgestaltungsprinzipien“<sup>235</sup>, die „Eckpunkte des Ausgestaltungsmodells“<sup>236</sup>, die „Rahmenvorgaben“<sup>237</sup>, die „Markierung der Grenzlinien im Überschneidungsbereich [...] in den Grundzügen“<sup>238</sup> oder die „grundlegenden Normen über die Abgrenzung kollidierender Interessen“<sup>239</sup> selbst regeln müssen.

#### 4. Relevanz des Ausgestaltungsvorbehalts für die Privatrechtsprechung

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, zumindest einige Leitlinien zur Anwendung des Ausgestaltungsvorbehalts mit Blick auf die Kompetenzverteilung von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Privatrecht zu skizzieren. Dabei wird der rechtsfunktionale Ansatz weiterverfolgt, indem zwischen der Interes-

<sup>231</sup> Siehe *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 43 f.

<sup>232</sup> Der einfachrechtliche Interessenausgleich erhält dann typischerweise einen Charakter sozialer Gestaltung, die grundsätzlich dem Gesetzgeber obliegt. Zum Teil kann hierbei eine enge Nähe zur Regulierung entstehen, wenn die Entscheidung für einen bestimmten Interessenausgleich bloß ein Reflex der Verfolgung eines überindividuell verfolgten (z.B. sozialen) Gemeinwohls ist. Ein Beispiel bietet die Einführung der Mietpreisbremse (§§ 556d ff. BGB), die verhindern soll, dass insb. einkommensschwächere Haushalte zunehmend größere Schwierigkeiten haben, in den betroffenen Gebieten eine für sie bezahlbare Wohnung zu finden und „erhebliche Teile der angestammten Wohnbevölkerung aus ihren Wohnquartieren verdrängt werden“ (vgl. BT-Drucks. 18/3121, S. 1).

<sup>233</sup> *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 207.

<sup>234</sup> *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 170 konstatiert, dass der Bedeutung des Gesetzesvorbehalts für die Grundrechtsausgestaltung bislang wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde.

<sup>235</sup> *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 259.

<sup>236</sup> *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 259.

<sup>237</sup> *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 395 mit Bezug auf rechtliche Infrastruktur und Ausgleichsregelungen im Bereich des Arbeitskampfes (Art. 9 Abs. 3 GG).

<sup>238</sup> *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 381.

<sup>239</sup> *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 155.

senausgleichsfunktion als Pendant zur Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) und der Infrastrukturfunktion als Pendant zur Grundrechtsausgestaltung (i.e.S.) differenziert wird.

a) *Ausgestaltung im weiteren Sinn (Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts)*

Im Bereich des Interessenausgleichs wird den Zivilgerichten eine weite Kompetenz zur Rechtsfortbildung zugesprochen und ist der Gesetzgeber besonders auf ihre ergänzende Gestaltungstätigkeit angewiesen. Zum Teil wird das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen bei der Auflösung von Grundrechtskollisionen sogar gänzlich abgelehnt.<sup>240</sup> Dies wird mitunter damit begründet, dass die Auflösung von Grundrechtskollisionen bereits in der Verfassung angelegt sei, deren „Nachvollzug“<sup>241</sup> Aufgabe jeder Staatsgewalt sei, sodass weniger *Entscheidungskompetenzen*, denn *Erkenntnis*kompetenzen in Rede stünden, auf die der Gesetzesvorbehalt nicht abziele.<sup>242</sup> Dies ist in solcher Absolutheit nicht überzeugend. Es trifft zwar zu, dass die Grundrechte in Gestalt eines Wertungsrahmens eine normative Stütze für richterrechtliche Konfliktlösungen und Innovation bieten,<sup>243</sup> allerdings können sich auch beim Ausgleich von Grundrechtskollisionen Gewichtungs- und Priorisierungsfragen stellen, die nicht durch Auslegung des Grundrechtskatalogs zu beantworten sind, sondern Wertungsentscheidungen verlangen, die auch politischer Natur sein können.<sup>244</sup> Es können also auch im Rahmen des Interessenausgleichs Fragen auftreten, die aufgrund eines starken Bedürfnisses nach Rechtssicherheit oder politischer Wertung dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Grundsätzlich ist aber anzunehmen, dass Zivilgerichte auch in Abwesenheit oder auf Basis bloß rudimentärer legislativer Vorgaben in der Lage sind, im Rahmen des Zivilprozesses aktuelle Grundrechtskollisionen einzelfallbezogen zu lösen und dabei zugleich generalisierbare Maßstäbe und Regeln für künftige potenzielle Grundrechtskollisionen zu entwickeln.

Nachfolgend werden Argumente für das reduzierte Bedürfnis legislativer Determinierung des Interessenausgleichs (aa)) und für die funktionale Eignung der Rechtsprechung zum Interessenausgleich (bb)) entwickelt. Es folgt ein Abgleich mit Entscheidungen des BVerfG zur Überprüfung richterlicher Freiräume bei der

---

<sup>240</sup> Vgl. etwa *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 1974, S. 162; krit. darstellend *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165, 169; *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 149–153, lehnt den individualschützenden, rechtsstaatlichen Aspekt des (Eingriffs-)Vorbehalts des Gesetzes bei der Ausgestaltung normgeprägter Freiheitsrechte ab und unterscheidet davon den demokratisch-funktionsbezogenen Parlamentsvorbehalt, dessen Anwendung er bejaht.

<sup>241</sup> So die häufige Begriffswahl des BVerfG im Kontext von Grundrechtskollisionen, vgl. BVerfGE 89, 1, 9; 129, 79, 101 f.; 142, 47, 101.

<sup>242</sup> *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 1974, S. 162.

<sup>243</sup> Vgl. dazu *Schubert/Thedieck*, ZRP 1979, 254, 259.

<sup>244</sup> Zur Bedeutung der politischen Verantwortung bei der Zuordnung kollidierender Grundrechtspositionen BVerfGE 134, 204, 224; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 352 f.

Auflösung von Grundrechtskollisionen (cc)). Abschließend werden zwei Beispiele zu unterschiedlichen *legislativen* Regelungstechniken des Interessenausgleichs angeführt (dd)).

*aa) Reduziertes Bedürfnis legislativer Determinierung des Interessenausgleichs*

Der privatrechtliche Interessenausgleich ist ob seines Rahmencharakters und seiner Sachgesetzlichkeiten, an denen sich eine rationale gerichtliche Regelbildung orientieren kann, auf geringere legislative Determinierung angewiesen als privatrechtliche Regulierung.

*(1) Rahmencharakter des Interessenausgleichs*

Eine Eigenheit des Interessenausgleichs besteht darin, dass dieser innerhalb eines durch die involvierten Grundrechtspositionen abgesteckten „Ordnungsrahmens“ erfolgt. Der Staat ist dabei in zweierlei Hinsicht gebunden: Erstens muss er als Inhaber des Gewaltmonopols eine Konfliktlösungsentscheidung treffen, was mit Blick auf die Justiz im Rechtsverweigerungsverbot Ausdruck findet. Zweitens ist die notwendige Schlichtungsentscheidung insoweit vorprogrammiert, als die betroffenen Grundrechtspositionen maßstabsbildend sind.<sup>245</sup> Der Gestaltungsspielraum wird dabei durch die gegenläufigen Grundrechtspositionen eingegrenzt; bildlich kann man sich den Ausgleich als Bestimmung eines Punktes in dem durch die gegenläufigen Interessen begrenzten Rahmen vorstellen.<sup>246</sup> Als Rahmenlinien fungieren die involvierten Grundrechtspositionen, indem sie zum einen zwingend vom interessenausgleichenden Gesetzgeber oder Gericht zu berücksichtigen sind (Berücksichtigungspflicht)<sup>247</sup> und zum anderen nicht in ihrem Kernbereich angetastet werden dürfen (Kernbereichsachtung).<sup>248</sup> Demgemäß führt die gänzlich fehlende Berücksichtigung einer betroffenen Grundrechtsposition ebenso wie die Kernbereichsantastung einer solchen Position zur Verfassungswidrigkeit des vom Gesetzgeber oder Gericht vorgenommenen Interessenausgleichs.<sup>249</sup> Festzuhalten ist also, dass der Staat sowohl bezüglich des „ob“ als

<sup>245</sup> Zur Maßstäblichkeit der Grundrechte auch für die *privatrechtliche* Regelung von Dreiecksverhältnissen *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 38/2022, S. 49 Rn. 163; der Staat „ordnet“ das Dreiecksverhältnis (*Kingreen/Poscher*, ebd., S. 45 Rn. 148) unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Maßstäbe.

<sup>246</sup> Vgl. *Hellgardt*, in: Möslin (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 121, 127.

<sup>247</sup> Zur Berücksichtigungspflicht BVerfGE 72, 155, 172 f.; 97, 169, 176; 134, 204, 223 (jeweils zum Interessenausgleich durch den Gesetzgeber); BVerfGE 95, 28, 37; 97, 391, 401; 129, 78, 102 f. (jeweils zum Interessenausgleich durch Zivilgerichte).

<sup>248</sup> Zur Kernbereichslehre BVerfGE 80, 244, 253 (zur Vereinigungsfreiheit); 91, 294, 308 (zur Eigentumsgarantie); zur Grundrechtskollision führt BVerfGE 142, 74, 97 aus: „Eine Grundrechtsverletzung durch die gesetzliche Regelung kann nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen der Gegenseite in einer Weise untergeordnet wird, dass von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.“; s.a. BVerfGE 97, 169, 176 f. 224.

<sup>249</sup> Vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 284.

auch bezüglich des „wie“ des Interessenausgleichs verfassungsrechtlichen und sachlogischen<sup>250</sup> Vorgaben unterliegt, die seinen Gestaltungsspielraum einschränken.

Aufgrund des Rahmencharakters und des Zwangs zur interessenausgleichenden Entscheidung kann man im Ausgangspunkt von einem – im Vergleich zu staatlicher Regulierung – geringeren Bedürfnis gesetzlicher Vorprogrammierung für gerichtliche Gestaltung ausgehen. Denn die gerichtliche Ausgestaltung unterliegt auch in Abwesenheit gesetzlicher Regelungen stets einem Mindestmaß an Vorprogrammierung und Rationalität: hinsichtlich des *ob* der Streitschlichtung besteht kein Spielraum; bezüglich des *wie* der Entscheidung ist mit der Pflicht zur Berücksichtigung und Kernbereichsachtung der betroffenen Grundrechtspositionen ein Entscheidungspfad vorgegeben. Dies verdeutlicht ein kontrastierender Blick auf die zweipolige Regulierungskonstellation. Sieht man von verfassungsrechtlich determinierten Regulierungszielen ab,<sup>251</sup> stellt sich die *Auswahl* eines Regulierungsziels (d.h. die Erhebung eines gesellschaftlichen Interesses zum Gemeinwohlbelang) sowie die Frage, *ob* und *wie* es verfolgt werden soll, als gänzlich offen dar. Es ist zwar der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als materielle Grenze zu beachten. Dieser gibt aber keine inhaltliche Ausrichtung des Regulierungsziels vor und schränkt auch den Kreis einsetzbarer Mittel bloß rudimentär ein, weshalb parlamentarische Entscheidungen dazu unentbehrlich sind. Die Entscheidungsstruktur des Interessenausgleichs folgt also einer geschlosseneren, durch die kollidierenden Interessen der Beteiligten eingerahmten Entscheidungsstruktur, wohingegen staatliche Regulierung im Ausgangspunkt gänzlich offen ist, was für ein höheres Bedürfnis legislativer Determinierung spricht.

Allerdings bietet auch der Rahmen des Interessenausgleichs große Ausgestaltungsspielräume. Dabei gilt sowohl für den Gesetzgeber als für die Zivilgerichte, dass die gegenläufigen Interessen „nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen [sind], dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“.<sup>252</sup> Das BVerfG unterzieht die Herstellung des Aus-

---

<sup>250</sup> Damit ist gemeint, dass die Ausgleichsentscheidung jedenfalls im Entscheidungsraum zwischen den involvierten Positionen liegen und zudem einen Mindestabstand zu deren Kernbereichen wahren muss.

<sup>251</sup> Im Fall von in der Verfassung positiv vorgegebenen Regulierungszielen hat der Gesetzgeber keinen Festlegungs-, sondern nur einen Umsetzungsspielraum, so z.B. bei Staatszielbestimmungen wie dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) oder dem Umweltschutzziel (Art. 20a GG). Indizien für zu verfolgende Gemeinwohlziele ergeben sich zum Teil auch aus den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten. Die Verfassung beschränkt die Auswahl von Regulierungszielen auch negativ, weil diese mit den Werten der Verfassung kompatibel sein müssen.

<sup>252</sup> BVerfGE 142, 74, 96 f.; s.a. BVerfGE 89, 214, 232; 129, 78, 101 f.; 134, 204, 223 f.; 148, 267, 280; (ständ. Rspr); zur Verknüpfung bestehender Abwägungsspielräume durch die Zivilgerichte BVerfGE 96, 56, 65; 129, 78, 102 f.; zur Geltung gleicher Abwägungsregeln bei der Anwendung ausgestaltender Normen durch Zivilgerichte und beim Erlass solcher Normen durch den Gesetzgeber *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 353 mit Fn. 207.

gleichs einer negativen Prüfung, nach der *unangemessene* Ausgestaltungen verfassungswidrig sind.<sup>253</sup> „Eine Grundrechtsverletzung [...] kann nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen der Gegenseite in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.“<sup>254</sup>

Anders als die Gerichte kann der Gesetzgeber den Interessenausgleich aber durch politisch geprägte Entscheidungen über die Privilegierung oder Schutzbedürftigkeit bestimmter individueller Interessen bzw. Interessengruppen vordstrukturieren und spezifizieren. So kann er unter Bewertung der für bestimmte Konfliktlagen typischen gesellschaftlichen Rahmenbedingungen (z.B. ökonomischer, sozialer Natur) auch eine *deutlich einseitigere* Interessenprivilegierung vornehmen, als dies Gerichten bei der Konkretisierung zivilrechtlicher Generalklauseln möglich ist.<sup>255</sup> Ist eine solche spezifische Prägung des Interessenausgleichs gewollt (wie z.B. beim sozialen Mieter- oder Arbeitnehmerschutz), sollte der Gesetzgeber die entsprechenden Leitlinien des Abwägungsprogramms auch selbst vorgeben. Beispielsweise kann er auf Basis sozioökonomischer Bewertungen entscheiden, Kleinunternehmer – aufgrund ihrer typischerweise geringeren Finanzausstattung und des besonders starken Vertrauensbezugs zu dem kleinen Mitarbeiterkreis – zu privilegieren, indem sie vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommen werden.<sup>256</sup> Ebenso kann er einschätzen, dass zwischen Urhebern literarischer Werke und Verwertern beim Vertragsabschluss typischerweise ein Ungleichgewicht zugunsten der Verwerter besteht und in der Konsequenz die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Angemessenheitskontrolle bezüglich Vergütung für die Einräumung von Nutzungsrechten vorsehen (vgl. § 32 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 UrhG).<sup>257</sup> Solche primär politisch zu verantwortenden Ausgestaltungsentscheidungen sind grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten.<sup>258</sup> In diesem Sinne führt das BVerfG aus:

<sup>253</sup> Näher zu diesem Prüfungsmaßstab bei der Grundrechtsausgestaltung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 286; bei der Überprüfung zivilgerichtlicher Entscheidungen soll nicht entscheidend sein, ob das BVerfG „selbst bei der Beurteilung widerstreitender Grundrechtspositionen die Akzente anders gesetzt und daher anders entschieden hätte“ (BVerfGE 42, 143, 148).

<sup>254</sup> BVerfGE 142, 74, 97; ähnlich BVerfGE 97, 169, 176 f.; 134, 204, 224.

<sup>255</sup> So BVerfGE 134, 204, 224, mit der Betonung, dass der Gesetzgeber solche Schutzmechanismen auch einführen kann, wenn er hierzu nicht aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten angehalten ist.

<sup>256</sup> BVerfGE 97, 169, 176 ff.

<sup>257</sup> BVerfGE 134, 204, 226 f.; vgl. auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/6433, S. 7 f.

<sup>258</sup> Dafür spricht die demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Vorbehaltsfunktion. Das Gesetzgebungsverfahren verfügt über bessere Möglichkeiten, sozio-ökonomische Einflüsse zu identifizieren und zu bewerten sowie Interessengruppen anzuhören und daraus Folgen für eine bestimmte Gewichtung eines Interessenausgleichs zu ziehen. Zudem kann der Gesetzgeber besser als die Rechtsprechung einen Gesamtausgleich anstreben, bei dem nachteilige Regelungen in einem Bereich durch vorteilhafte in einem anderen kompensiert werden können.

„Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit.“<sup>259</sup>

Während dem Gesetzgeber ein politischer Einschätzungs- und Prognosespielraum hinsichtlich der zu beachtenden Schutzbedürfnisse und Priorisierungen bei der Austarierung von Interessenkonflikten zukommt, konzentriert sich die Aufgabe der Gerichte – in Abwesenheit punktueller legislativer Privilegierungs- oder Schutzentscheidungen – im Kern auf eine möglichst *neutrale Abwägung* der kollidierenden Interessen.<sup>260</sup> Dies impliziert, dass den gegenläufigen Interessen im Ausgangspunkt der Abwägung grundsätzlich äquivalentes Gewicht eingeräumt und versucht wird, das möglicherweise gestörte „Gleichgewicht“ wiederherzustellen.

Dies gilt namentlich im rechtsgeschäftlichen Bereich, wo der von den Parteien in Ausübung ihrer Privatautonomie gefundene Interessenausgleich im Ausgangspunkt als angemessen anzuerkennen ist und sich die Überprüfung darauf beschränkt, ob gesetzliche Vorschriften eingehalten wurden und die Voraussetzungen autonomer Selbstbestimmung vorlagen.<sup>261</sup> Insoweit enthält auch der judikative Interessenausgleich ein *partizipatives* Element. Von der privatautonomen Gestaltung eines Rechtsverhältnisses durch die Parteien geht nämlich auch im Streitfall eine Leitvorgabe und damit eine gewisse Legitimationswirkung für die gerichtliche Konfliktlösung aus. Diese muss den vertraglich bestimmten Interessenausgleich möglichst weitgehend berücksichtigen. Abweichungen davon sind in der Regel nur in zwei Fällen zulässig und geboten: (1) wenn eine gesetzliche Norm für die einschlägige Konstellation Gestaltungsgrenzen oder eine abweichende Gestaltung des Interessenausgleichs vorsieht bzw. den Gerichten die Aufgabe und Spielraum zu einer korrigierenden Bestimmung des Interessenausgleichs überträgt; (2) wenn sich herausstellt, dass die vertragliche Gestaltung des Interessenausgleichs nicht Ausdruck einer beiderseitig autonom getroffenen Willensübereinkunft ist und deshalb einer Korrektur bedarf. Letzteres kann bei einer

<sup>259</sup> BVerfGE 134, 204, 224; ebenso BVerfGE 97, 169, 176.

<sup>260</sup> Die Ersetzung eines gesetzlich vorgesehenen Maßstabs durch einen eigenen ist unzulässig, vgl. BVerfGE 128, 193, 215 f. (zur Ersetzung des Maßstabs der „ehelichen Lebensverhältnisse“ durch den der „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“ bei der Bestimmung des nahehelichen Unterhaltsbedarfs). Die Auswahl maßgeblicher Gerichtigkeitsprinzipien, die zu einseitigen Priorisierungen beim Interessenausgleich führen können, steht dem Gesetzgeber zu, vgl. *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 32; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, Rn. 532, 534.

<sup>261</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242, 254; 103, 89, 100; 114, 1, 34; s.a. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 55–58; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, <sup>4</sup>1992, S. 8: „Der Vertrag ist ‚richtig‘, weil und soweit er von der beiderseitigen Selbstbestimmung der Vertragsschließenden getragen ist.“; zur „Richtigkeitsgewähr“ des Vertrags bereits *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 157.

strukturellen Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien geboten sein,<sup>262</sup> die etwa auf persönlichen Eigenschaften, Informationsasymmetrien oder privater Macht beruhen kann und zu einer „Fremdbestimmung“<sup>263</sup> der unterlegenen Vertragspartei führt.

Hierzu passt auch der Symmetriegedanke, den *Bernhard Schlink* für die Rechtsprechung hervorgehoben hat. Danach sind die Gerichte grundsätzlich zur Herstellung von Symmetrie zwischen den Konfliktparteien verpflichtet; in Ermangelung einer zur asymmetrischen Gestaltung legitimierenden gesetzlichen Regelung dürfen sie diese nicht selbst herbeiführen.<sup>264</sup> Der Vertrag ist Ausdruck einer symmetrischen Gestaltung des Interessenausgleichs durch Private, sofern er von den Beteiligten selbstbestimmt ausgehandelt wurde; andernfalls (z.B. in den Fällen struktureller Ungleichgewichtslagen) kann eine Korrektur im Sinne der (Wieder-)Herstellung der Symmetrie geboten sein. Der Symmetriegedanke bzw. das Ziel praktischer Konkordanz gilt für den judikativen Interessenausgleich auch außerhalb vertraglicher Konflikte. Dagegen ist die Befugnis der Gerichte, im Rahmen eines Interessenausgleichs ohne direkten Bezug auf gesetzgeberische Wertungen politisch motivierte Priorisierungen vorzunehmen, stark eingeschränkt.<sup>265</sup> So werden die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auch im Bereich des Interessenausgleichs überschritten, wenn „der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt“.<sup>266</sup>

## (2) Rationalität und Transparenz des gerichtlichen Interessenausgleichs

Eine Schwierigkeit besteht darin, den gerichtlichen Interessenausgleich bei fehlenden oder bloß rudimentär vorhandenen gesetzlichen Vorgaben von richterlichen politischen Wert- oder Gerechtigkeitsvorstellungen freizuhalten. Diese Problematik wird aber dadurch entschärft, dass die Rechtsprechung im Bereich des Interessenausgleichs nicht „frei“ agiert, sondern – abgesehen von einer methodisch sauberen Vorgehensweise – tradierte Wertungen und allgemeine Rechtsgrundsätze berücksichtigen muss, die den Interessenausgleich steuern.<sup>267</sup> So fin-

<sup>262</sup> BVerfGE 81, 242, 254 ff.; 89, 214, 232 ff.; 103, 89, 100 ff.

<sup>263</sup> BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232; 103, 89, 101.

<sup>264</sup> *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 215–217.

<sup>265</sup> Der „politisierte“ Interessenausgleich kann sich dem Bereich der Regulierung annähern und weist dann eine Eingriffskomponente gegenüber der benachteiligten Partei auf. Z.B. nahm BVerfGE 65, 182, 193 f. eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung an, als das BAG aufgrund sozialstaatlicher Erwägungen entschied, Abfindungsansprüche von Arbeitnehmern aus Sozialplänen ein Konkursvorrecht einzuräumen, obgleich diese in der Rangordnung des § 61 Abs. 1 der damaligen Konkursordnung nicht besonders berücksichtigt wurden.

<sup>266</sup> BVerfGE 128, 193, 210; ähnlich BVerfGE 82, 6, 12.

<sup>267</sup> Ähnlich *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 201 f.; s.a. die Erwägungen von *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 216–220, insb. zur Pfadabhängigkeit und Trägheit als Wesensmerkmale der Recht-

den sich zahlreiche etablierte Vorgehensweisen und Leitprinzipien, die den Abwägungsprozess rationalisieren und für ein Mindestmaß an Vorausssehbarkeit sorgen können.<sup>268</sup> Dazu gehört beispielsweise eine an objektiven Kriterien orientierte Bestimmung und Zuordnung der Verantwortungsbereiche und Risikosphären Privater, verbunden mit dem Anspruch, einseitige Lasten- bzw. Risikoverteilungen zu vermeiden.<sup>269</sup> Dafür finden sich zum Teil auch normative Anknüpfungspunkte, im rechtsgeschäftlichen Bereich etwa typisiert für den Werkvertrag in § 645 Abs. 1 BGB<sup>270</sup> oder allgemeiner in § 313 Abs. 1 BGB („Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung“). Über den rechtsgeschäftlichen Bereich hinaus reicht der in § 254 Abs. 1 BGB enthaltene verallgemeinerungsfähige Gedanke, wonach eine Schadensverteilung zwischen ersatzpflichtigem Schädiger und Geschädigtem nach dem jeweiligen Verursachungs- oder Verantwortungsgrad zu erfolgen hat.<sup>271</sup> Ein weiteres Leitprinzip, das in zahlreichen Konstellationen des Interessenausgleichs relevant wird, ist das Gebot des Vertrauensschutzes oder Verkehrsschutzes, worauf z.B. die Annahme von Rechtsscheinvollmachten gründet.<sup>272</sup> Objektivierende Grundsätze können den gerichtlichen Interessenausgleich im Rahmen grober legislativer Vorgaben anleiten, so etwa bei der Bestimmung der Schadenshöhe nach §§ 249 ff. BGB das Prinzip der Vorteilsausgleichung<sup>273</sup>

---

sprechung, die dieser generell als Argument gegen die Geltung des Gesetzesvorbehalts für die Judikative anführt.

<sup>268</sup> Allg. zur besonderen Bedeutung der Systemrationalität im Privatrecht *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 66f. *Grigoleit* folgert aus der – für privatrechtliche Regelbildung charakteristischen – Sachgesetzlichkeit und Rationalität einen erweiterten „methodisch-logischen Spielraum für eine legitime Missachtung positivrechtlicher Vorgaben durch die Rechtsprechung“ (ebd., S. 74).

<sup>269</sup> Auf diesem Gedanken beruht z.B. die Sphärentheorie im Bereich von Vertragsstörungen (dazu *Ernst*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2022, § 326 Rn. 54) oder die im Arbeitsrecht zu § 615 BGB entwickelte Betriebsrisikolehre (vgl. BAG AP § 615 BGB Nr. 3 und Nr. 28). Bei bereicherungsrechtlichen Vorgängen in Mehrpersonenverhältnissen wird für die Frage, ob bei Nichtvorliegen einer Leistung die Nichtleistungskondition anwendbar sein soll, auf „Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und der Risikoverteilung“ abgestellt (vgl. BGH NJW 2015, 229 Rn. 22).

<sup>270</sup> Zu dem darin enthaltenen Sphärengedanken, wonach eine Risikoverteilung nach Einflüßbereichen erfolgt *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 206 f. (allerdings zurückhaltend bezüglich der Verallgemeinerungsfähigkeit des Grundsatzes).

<sup>271</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 207 f. Dies gilt über den Wortlaut „Verschulden“ hinaus anerkanntermaßen auch für Fälle der Gefährdungshaftung, etwa einer mitwirkenden Sach- oder Betriebsgefahr, vgl. nur *Oetker*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2022, § 254 Rn. 12 ff.

<sup>272</sup> Vgl. zu den von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsscheinvollmachten in Gestalt der Duldungs- und Anscheinsvollmacht z.B. BGH NJW 1976, 1402, NJW 1988, 1199, 1200.

<sup>273</sup> Das Prinzip der Vorteilsausgleichung ergibt sich bereits aus der in § 249 Abs. 1 BGB angelegten Differenzhypothese, die schädliche ebenso wie nützliche Folgen berücksichtigt. Ausdrücklich geregelt ist der Gedanke z.B. in § 642 Abs. 2 BGB, versagt wird er in § 843 Abs. 4 BGB. Von einer allgemeinen gesetzlichen Regelung hat der historische Gesetzgeber aber

oder des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots.<sup>274</sup> Durch die Entwicklung und Beachtung solcher Grundsätze bindet sich die Rechtsprechung selbst und garantiert einen weitgehend rationalen Abwägungsprozess, der den Einfluss individueller politischer Präferenzen einschränkt und die Berechenbarkeit interessenausgleichender Entscheidungen sichert. In diesem Sinne nimmt etwa *Hans-Christoph Grigoleit* an, der wichtigste Grund für die zurückhaltende Gestaltungstendenz der Legislative im Privatrecht liege darin, „dass die privatrechtlichen Sachgesetzmäßigkeiten und die Postulate rationaler Regelbildung den Möglichkeiten politischer Gestaltung enge Grenzen setzen“.<sup>275</sup>

Wichtig für die Rationalität und Transparenz des gerichtlichen Interessenausgleichs ist die Offenlegung und klare Darstellung des Abwägungsprogramms in den Entscheidungsgründen.<sup>276</sup> Der Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen zum Interessenausgleich liegt denn auch meistens eher auf dem Weg der *Entscheidungsfindung*, denn auf dem *Ergebnis*.<sup>277</sup> Das BVerfG hat diesen Aspekt etwa in einer verwaltungsrechtlichen Konstellation des Interessenausgleichs sehr deutlich zum Ausdruck gebracht:

„Vorliegend hat der Gesetzgeber die Bewältigung des Rechtsgüterkonflikts der Einzelentscheidung der Fachbehörden und -gerichte übertragen, die letztlich durch Abwägung zu erfolgen hat. Bestimmte Abwägungskriterien hat er dafür nicht vorgegeben. In solchen Fällen leistet die Darstellung der die Abwägung leitenden Gesichtspunkte in der gerichtlichen Entscheidung einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses.“<sup>278</sup>

---

bewusst abgesehen (vgl. Mot. II, S. 18 f.). Es ergeben sich im Einzelfall also Wertungsspielräume, die von den Gerichten insb. unter Bezug auf die ausdrücklich geregelten Fälle auszufüllen sind. Dabei können auch Regulierungsziele einfließen, wie etwa die Diskussion um die Anrechnung gezogener Nutzungen auf Schadensersatzansprüche gem. § 826 BGB in den Diesel-Abgas-Fällen veranschaulicht; vgl. dazu *Heese*, NJW 2019, 257, 261 (den Vorteilsausgleich unter Verweis auf die Präventionsfunktion des Deliktsrechts ablehnend); dagegen *Riehm*, NJW 2019, 1105, 1107 f.; BGH NJW 2020, 1962 Rn. 66 ff. wendet die Grundsätze des Vorteilsausgleichs an und berücksichtigt die Wagennutzungsentschädigung schadensmindernd.

<sup>274</sup> Dieses ist für die Anwendung von § 249 Abs. 1 BGB maßgeblich und besagt, dass der Geschädigte zwar vollen Ersatz verlangen kann, an dem Schadensfall aber nicht verdienen soll, vgl. nur BGHZ 154, 395, 398.

<sup>275</sup> *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 70.

<sup>276</sup> Vgl. zum Begründungserfordernis und seiner verfassungsrechtlichen Dimension *Musiak*, in: Musielak/Voit, ZPO, <sup>20</sup>2023, § 313 Rn. 10.

<sup>277</sup> Vgl. BVerfGE 30, 173, 197; 42, 143, 148; 142, 74, 101; das Ergebnis wird in der Regel nur unter dem Aspekt der Willkürgrenze überprüft, vgl. dazu auch *Lenz*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 200.

<sup>278</sup> BVerfGE 115, 205, 236 (zum Ausgleich zwischen dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Interesse an effektivem Rechtsschutz der Wettbewerber).

Fehlen gesetzgeberische Vorgaben zum Interessenausgleich, dürfen und sollen Gerichte also selbst Maßstäbe und Grundsätze zur angemessenen Konfliktlösung entwickeln und diese transparent in den Urteilsgründen darlegen. Dabei sind Systematisierungen und Fallgruppenbildungen anzustreben, um das Maß an Berechenbarkeit des gerichtlichen Interessenausgleichs in zukünftigen, ähnlich gelagerten Fällen zu erhöhen. Dadurch kann auch der rechtsstaatlichen Funktion des Gesetzesvorbehalts weitgehend Rechnung getragen werden.<sup>279</sup>

#### *bb) Eignung der Rechtsprechung zum Interessenausgleich*

Die funktionelle Eignung der Zivilgerichte zur Regelbildung im Rahmen der Auflösung privater Interessenkonflikte ist bereits angeklungen. Sie ist mit Blick auf die gewaltenteilungsbezogene Komponente des Gesetzesvorbehalts maßgeblich, die berücksichtigt, dass verfahrensspezifische Vorzüge der rechtsanwendenden Organe in bestimmten Regelungsbereichen für mehr legislative Zurückhaltung sprechen. Im Folgenden wird verdeutlicht, dass der privatrechtliche Interessenausgleich aufgrund eines starken Flexibilitätsbedürfnisses und hohen Komplexitätsniveaus regelmäßig nicht adäquat durch detaillierte Gesetzgebung, sondern besser durch die dezentral erfolgende und am Einzelfall ausgerichtete zivilgerichtliche Regelbildung zu leisten ist. Entsprechend genügt in der Regel eine bloß grobe gesetzliche Struktur zur Abgrenzung privater Interessensphären, die den Gerichten als Ausgangspunkt zu kleinteiligeren Regelungen dient.<sup>280</sup>

##### *(1) Eignung zu flexibler Regelbildung*

Im Rahmen des privatrechtlichen Interessenausgleichs besteht ein starkes Flexibilitätsbedürfnis. So ergeben sich im Zuge wechselseitiger Freiheitentfaltung ständig neue Reibungspunkte, die sich zudem mit den wandelnden gesellschaftlichen Umständen stetig verändert. Wie gesehen, hat das BVerfG das Erfordernis hoher Flexibilitäts- und Anpassungsfähigkeit eines Regelungsgebiets mehrfach als Begründung herangezogen, um die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts zu relativieren und weiträumige Delegation an Verwaltung und Rechtsprechung zuzulassen.<sup>281</sup> Dies wurde etwa für Regelungsgebiete angenommen, die unter dem Einfluss schneller technischer Veränderungen und wissenschaftlicher Erkennt-

---

<sup>279</sup> Vgl. dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 247, die aus dem Vorbehalt des Gesetzes ein erhöhtes Legitimations- und Argumentationsniveau für richterliche Rechtsfortbildung ableiten.

<sup>280</sup> Vgl. zu parallelen Überlegungen mit Blick auf die Auflösung von Grundrechtskollisionen durch die Verwaltung *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 243 f.

<sup>281</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 135–137; 79, 174, 195 f.; 58, 257, 277 f. (unter Bezug auf Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG); zum Argument rasch wechselnder Verhältnisse und flexibler Reaktionsbedürfnisse gegen eine strenge Handhabung des Parlamentsvorbehalts auch *Eberle*, DÖV 1984, 485, 492.

nisfortschritte stehen – zum Teil verbunden mit dem Bedürfnis eines dynamischen Grundrechtsschutzes.<sup>282</sup>

Diese Relativierungsgründe sind auch für den Bereich des privatrechtlichen Interessenausgleichs relevant. In Anbetracht der Vielfalt an Konstellationen und laufenden Veränderungen kommt in erster Linie den Gerichten die Aufgabe zu, einzelfallbezogen Ausgleichsregelungen und angemessene Konfliktlösungen zu entwickeln.<sup>283</sup> Der Gesetzgeber kann hingegen nur begrenzt ex ante bestimmen, welche Maßnahmen ein adäquater Ausgleich im Einzelfall erfordert.<sup>284</sup> Die Rechtsprechung wird ständig mit neuen Fallkonstellationen konfrontiert und ist veranlasst, dafür zügig Lösungen zu entwickeln.<sup>285</sup> Sie kann durch flexible Regelbildung (z.B. auf Basis von Generalklauseln) angemessene Konfliktlösungen erarbeiten und adäquat auf neu auftretende Rechtsprobleme reagieren.<sup>286</sup> Ein Beispiel bieten Probleme des Ausgleichs kollidierender Privatautonomie<sup>287</sup> in Fällen starker Disparität zwischen den Vertragsparteien, etwa aufgrund von Informationsasymmetrien, Schwächen einer Partei (Unerfahrenheit, persönliche Zwangslage) oder Übermacht eines Vertragspartners (z.B. bei faktischer Monopolstellung eines Unternehmens).<sup>288</sup> Solche Problemlagen können sich in vielfältigen Konstellationen ergeben und laufend verändern. Während sich eine umfassende gesetzliche Regelung dazu sehr schwierig gestaltet, können Gerichte fallgruppenbezogen Maßstäbe und Mechanismen entwickeln, die einen angemessenen Ausgleich zwischen den kollidierenden Privatautonomien gewährleisten.<sup>289</sup>

<sup>282</sup> Näher dazu unter § 4 II. 3. c) und d); s.a § 9 V. 1. c) (im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten).

<sup>283</sup> Die besondere Eignung der Rechtsprechung zu flexibler Regelbildung im Privatrecht betont *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 70.

<sup>284</sup> So kann der Gesetzgeber etwa durch die typisierende Festlegung eines Mindestalters eine (starre) Voraussetzung für die Vertragsabschlussfähigkeit festlegen. Es wäre ihm aber kaum möglich, kleinteilig alle Konstellationen zu bestimmen, in denen aufgrund einer strukturellen Ungleichgewichtslage zwischen den Vertragsparteien ausnahmsweise Korrekturen eines Vertrags geboten sind.

<sup>285</sup> *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 70; *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 48 betont den „Erfindungsreichtum“ der Rechtsprechung (zur Konkretisierung von Verhaltensstandards durch die Gerichte bei Schadensersatzhaftung, allerdings auch mit Bezug auf regulatorisches Privatrecht).

<sup>286</sup> *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 70.

<sup>287</sup> Die Auflösung grundrechtlicher Binnenkollisionen (z.B. der Privatautonomie zweier Vertragsparteien) wird zum Teil auch als Grundrechtsausgestaltung i.e.S. begriffen, vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 285.

<sup>288</sup> Zu solchen Einschränkungen hinreichender Selbstbestimmung als Hindernis autonomer Vertragsgestaltung *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 59–64.

<sup>289</sup> Dazu bieten die gesetzlichen Grundlagen geeignete Anknüpfungspunkte und Spielräume, etwa zur Bestimmung vorvertraglicher Aufklärungs- und Informationspflichten (z.B. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB), zur Vornahme von Vertragsanpassungen (z.B. § 242 BGB, AGB-Inhaltskontrolle gem. § 307 BGB), zur Einräumung von Gestaltungsrechten zur Loslösung vom Vertrag (z.B. §§ 123 BGB, 314 Abs. 1 BGB), zur Annahme von Nichtigkeit (z.B. § 138 Abs. 1 BGB).

Auch in Grenzbereichen des Interessenausgleichs zu grundrechtlichen Schutzpflichten – die trotz der Unterscheidbarkeit beider Bereiche regelmäßig auftreten<sup>290</sup> – kann die Eröffnung flexibler gerichtlicher Bewertungs- und Regelungsspielräume sinnvoll sein.<sup>291</sup> Das Bedürfnis nach dynamischem Grundrechtsschutz lässt sich auch im Privatrecht als Argument für eine gewisse Abschwächung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts heranziehen.<sup>292</sup> So können die Fachgerichte auf neu auftretende Risiken und Gefährdungen durch privates Handeln unmittelbar reagieren, sofern ihnen der Gesetzgeber unter Vorgabe grober Leitlinien Spielräume belässt. Demgegenüber kann der Gesetzgeber *selbst* nur mit einer nachträglichen Änderung bzw. Neuschaffung gesetzlicher Regelungen auf eine neue Gefährdungssituation reagieren und ist dabei zudem – in stärkerem Ausmaß als die Rechtsprechung<sup>293</sup> – an das allgemeine rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot (bzw. Vertrauensschutzgebot) gebunden.<sup>294</sup>

### (2) Einzelfallbezug und hinreichende Vorhersehbarkeit

Eng verknüpft mit dem Flexibilitätserfordernis ist der starke Einzelfallbezug des Interessenausgleichs, den die Gerichte als sachnahe Tatsacheninstanz besser leisten können als der Gesetzgeber.<sup>295</sup> Das Erfordernis der konkret-individuellen

<sup>290</sup> Das BVerfG nutzt die Schutzpflichtdogmatik auch im Bereich ausgestaltungsbedürftiger Grundrechte, vgl. BVerfGE 97, 169, 175 f.; 103, 89, 105 f.; 114, 1, 34 f., 37 f., 42 f.; 134, 204, 223 f.; dazu auch *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 45 f. Für Fälle, in denen die Privatautonomie einer Vertragspartei aufgrund ihrer „strukturellen Unterlegenheit“ faktisch im Sinne einer Fremdbestimmung beeinträchtigt wird, zieht das BVerfG auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) heran, vgl. BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232.

<sup>291</sup> Vgl. zu diesem Gedanken BVerfGE 97, 169, 178 f.

<sup>292</sup> Näher dazu im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten unter § 9 V. 1. c).

<sup>293</sup> Es ist umstritten, inwiefern auch die Judikative bei belastenden Rechtsprechungsänderungen einem allgemeinen Rückwirkungsverbot unterliegt, dazu allg. *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 103 Abs. 2 Rn. 128 ff. Grundsätzlich können Gerichte von einer früheren Rechtsauffassung abweichen, sofern ein Mindestmaß an Vertrauensschutz gewahrt bleibt und die Notwendigkeit zur Abweichung hinreichend begründet wird, sodass der Rahmen einer vorhersehbaren Rechtsentwicklung eingehalten wird, vgl. BVerfGE 84, 212, 227 f.; 122, 248, 277 f.; BVerfG NVwZ 2008, 1111, 1112.

<sup>294</sup> Neben dem speziellen strafrechtlichen Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) gilt für die Bürger belastende Gesetze ein allgemeines Rückwirkungsverbot oder rechtsstaatliches Vertrauensschutzgebot, welches das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ableitet, vgl. BVerfGE 109, 133, 180 ff.

<sup>295</sup> Vgl. *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 194 f. Für den Gesetzgeber gilt hingegen nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG für Grundrechtsbeschränkungen ein Verbot des Einzelfallgesetzes; zu den Anforderungen BVerfGE 99, 367, 400. Das Allgemeinheitsgebot bezieht sich zwar grundsätzlich nur auf Gesetze, die den abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte berühren (*Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 19 Abs. 1 Rn. 31), da die Grundrechtsausgestaltung beim Interessenausgleich aber grundrechtsbeeinträchtigend wirken kann, dürfte auch hier das Allgemeinheitsgebot zu berücksichtigen sein.

Streitschlichtung findet im Postulat der Einzelfallgerechtigkeit eine rechtsstaatliche Grundlage,<sup>296</sup> die zugleich auf die Verwirklichung des Gleichheitssatzes in Ausprägung des Gebots, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln, abzielt.<sup>297</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit sind gerichtliche Freiräume zur individualisierenden Regelbildung notwendig<sup>298</sup> und dürfen gerade im Kontext des privaten Interessenausgleichs nicht durch überhöhte Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte beschnitten werden.<sup>299</sup> In diesem Sinne betont etwa *Rupp*: „Um der Einzelfallgerechtigkeit willen benötigt das generell-abstrakte Gesetz im gewaltenteiligen demokratischen Rechtsstaat Öffnungen und Vorkehrungen, um eine Transformation seiner selbst auf den Einzelfall und seine Probleme zu ermöglichen. Kein Gesetz kann den Ehrgeiz haben, einen Kanon antizipierter Einzelfallrezepte zu geben.“<sup>300</sup> Die gerichtliche Ausgestaltung bietet den Vorteil, stets die spezifischen Umstände des Interessenkonflikts berücksichtigen und auch gefestigte Rechtsprechungslinien flexibel auf den Einzelfall anpassen zu können. Dies ist für den privatrechtlichen Interessenausgleich unentbehrlich, weil er oftmals eine „Güterabwägung im Einzelfall“<sup>301</sup> erfordert, wie etwa bei Kollisionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit der Meinungs- oder Kunstfreiheit.<sup>302</sup> Gerichtliche Spielräume bei Auflösung solcher Interessenkollisionen sind essenziell, weil der Gesetzgeber keine Regelung schaffen kann, mit der alle bei der konkreten Güterabwägung zu berücksichtigenden Umstände berücksichtigt werden. Zugleich bilden Zivilgerichte

<sup>296</sup> *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 318 f.

<sup>297</sup> Vgl. *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 194 f. (auch allg. zu verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Abwägungszuständigkeit, S. 195 ff.); zum Ungleichbehandlungsgebot *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 371–373.

<sup>298</sup> *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 47–58 stellt Rechtsnormen mit hoher *formaler* Realisierbarkeit (Regeln) solche mit hoher *materieller* Realisierbarkeit (Prinzipien) gegenüber. Letztere gewähren dem Richter „durch direkte Verweisung auf die einem bestimmten Rechtsproblem zugrunde liegende Interessenkollision den nötigen Spielraum [...], um die dem Einzelfall am besten gerecht werdende Regel selbst zu bilden“ (ebd., S. 47 f.).

<sup>299</sup> Vgl. dazu im Kontext des Ausgleichs der Interessen von Reitern, Wanderern und Grundstückseigentümern bei der Regelung des Erholungsverkehrs im Wald BVerfGE 80, 137, 162: „Eine sachgerechte Bewältigung dieser Konflikte entzieht sich einer detaillierten Regelung durch das Gesetz. Eine solche kann danach auch unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes von Verfassungen wegen nicht verlangt werden. Denn dieser Grundsatz darf nicht dazu führen, daß der Gesetzgeber auf eine Regelung, die er zur Erreichung eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels für geboten hält (und halten darf), verzichten müßte.“

<sup>300</sup> *Rupp*, NJW 1973, 1769, 1774.

<sup>301</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 232 bezeichnen die Güterabwägung im Einzelfall als „Methode der Rechtsfortbildung, weil sie dazu dient, Normenkollisionen, für die es an einer ausdrücklichen Regel im Gesetz fehlt, zu lösen.“

<sup>302</sup> Zur Güterabwägung mit Beispielen aus der Verfassungsrechtsprechung *Larenz/Canaris*, ebd., S. 223–232.

im Zuge der einzelfallbezogenen *aktuellen* Auflösung von Grundrechtskollisionen Maßstäbe für *potenzielle* künftige Konstellationen.

Allerdings ist zuzugeben, dass der gerichtliche Interessenausgleich in puncto Rechtssicherheit nicht das Niveau gesetzlicher Regelungen erreicht, weil er grundsätzlich nur inter partes wirkt und sich die Parteien potenzieller, gleichgelagerter Konflikte nur begrenzt daran orientieren können.<sup>303</sup> Zwischen dem Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit und dem – auch im rechtsstaatlichen Gehalt des Gesetzesvorbehalts verankerten – Anspruch der Rechtsunterworfenen auf Berechenbarkeit der Rechtsordnung und Rechtssicherheit besteht also ein Spannungsverhältnis.<sup>304</sup> Da die Auflösung von Grundrechtskollisionen aber keinen klassischen staatlichen Eingriff darstellt, sind die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit der staatlichen Ausgestaltungsentscheidung reduziert. Und wenn selbst in eingriffsintensiven Bereichen die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zulässig ist, um der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden,<sup>305</sup> steht der Gesetzesvorbehalt einer Delegation konkretisierender Regelbildung auf die Zivilgerichte im Rahmen des Interessenausgleichs erst recht nicht entgegen. Dennoch muss es Privaten möglich bleiben, Ausgang und Folgen eines potenziell erforderlichen staatlichen Interessenausgleichs ex ante grob abschätzen und Vertrauensdispositionen entsprechend ausrichten zu können.<sup>306</sup> Wenn ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit nicht gewährleistet ist, kann die Ungewissheit über den im Nachgang (ex post) einer Grundrechtskollision erfolgenden gerichtlichen Interessenausgleich nämlich zu einer Hemmung privater Freiheitsausübung führen.<sup>307</sup>

<sup>303</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, ebd., S. 255 f.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 57 f. Allerdings begrenzen der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und die Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) die Möglichkeit, von einer gefestigten Rechtsprechung abzuweichen, vgl. *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 29 f. m.w.N. Die faktische Bindungswirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der normativen Wirkung des Gesetzesrecht daher nahekommen. Bezeichnend wird in BGHZ 121, 13, 18 im Bereich des AGB-Rechts angenommen, dass „Rechtsvorschriften“ bzw. „gesetzliche Regelungen“ i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 BGB nicht nur Gesetzesbestimmungen selbst, „sondern [...] auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten“ sind (vgl. dazu *Jansen*, Rechtswissenschaft und Rechtssystem, 2018, S. 49 f.).

<sup>304</sup> Die Gebote der Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit lassen sich dem *formellen* Gehalt des Rechtsstaatsprinzips, das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit dem *materiellen* Gehalt des Rechtsstaatsprinzips zuordnen; vgl. dazu im Kontext richterlicher Rechtsfortbildungsgrenzen im Steuerrecht *Barth*, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, 1996, S. 540–551; zu unterschiedlichen Aspekten des Rechtsstaatsprinzips, das „nicht nur die Voraussehbarkeit, sondern auch die Rechtssicherheit und materielle Richtigkeit oder Gerechtigkeit“ umfasst, bereits BVerfGE 7, 89, 92.

<sup>305</sup> Siehe oben § 6 III. 3.

<sup>306</sup> Vgl. BVerfGE 82, 6, 12: „Der Bürger muß sein Verhalten auf den Inhalt der Rechtsordnung einstellen und dementsprechend disponieren können.“

<sup>307</sup> In diesem Sinne weist *Bleckmann*, Staatsrecht II, <sup>4</sup>1997, S. 241 darauf hin, eine weit-

Die Problematik lässt sich am Beispiel eines Konflikts zwischen Urheberrechten und Kunstfreiheit verdeutlichen, der Gegenstand eines langen Rechtsstreits und einer Entscheidung des BVerfG war.<sup>308</sup> Musikschaffende hatten für ein neues Werk eine kurze Sequenz des von einem anderen Künstler bespielten Tonträgers übernommen (sog. Sampling). Im Nachgang wurde darüber gestritten, ob sich das (geistige) Eigentumsrecht des Tonträgerherstellers (Art. 14 Abs. 1 GG) gegenüber der künstlerischen Betätigungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) durchsetzt und gegen den samplenden Künstler Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bestehen. Da eine konkrete gesetzliche Regelung für die Konstellation nicht vorhanden war,<sup>309</sup> kam es auf die fachgerichtliche Auslegung der allgemeinen Normen zu Verwertungsrechten an Tonträgern (§ 85 UrhG) und freien Benutzungsrechten (§ 24 Abs. 1 UrhG a.F.) sowie auf die dabei vorzunehmende Interessenabwägung zwischen Kunstfreiheit und Urheberrecht an.<sup>310</sup> Das BVerfG hielt die gesetzlichen Regelungen (§ 24 Abs. 1 UrhG [a.F.] in entsprechender Anwendung) als Grundlage zur Ausgestaltung der Reichweite und Grenzen der widerstreitenden Interessen für geeignet,<sup>311</sup> beanstandete die zivilgerichtliche Abwägung aber, weil sie der Kunstfreiheit nicht hinreichend Rechnung getragen habe.<sup>312</sup> Vorliegend ist die Beobachtung von Interesse, dass es für die Ausübung der Kunstfreiheit essenziell sein kann, im Vorhinein abschätzen zu können, ob ein geplantes Kunstwerk in rechtswidriger Weise Drittinteressen beeinträchtigt. Besteht darüber völlige Ungewissheit, kann ein Hemmungseffekt eintreten, weil Künstler ihren Einsatz und ihre Vertrauensdispositionen zur Schaffung und Vermarktung des Werks reduzieren werden, wenn möglicherweise Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche drohen.<sup>313</sup> Die Konstellation zeigt, dass die Frei-

---

gehende Kompetenz der Gerichte zur Grundrechtskonkretisierung im Privatrecht könne zu großer Rechtsunsicherheit führen und laufe dem Vorbehalt des Gesetzes, der insoweit die primäre Zuständigkeit des Gesetzgebers vorsehe, zuwider.

<sup>308</sup> BVerfGE 142, 74 (Sampling). Die Beschwerdeführer wendeten sich erfolgreich gegen die zivilgerichtliche Feststellung, die Übernahme einer zweisekündigen Sequenz aus der Tonspur eines Stücks der Band „Kraftwerk“ in einem ihrer Titel stelle eine Beeinträchtigung des Tonträgerrechts dar, die nicht von der Kunstfreiheit gedeckt sei.

<sup>309</sup> Die Sampling-Problematik spielte als musikalische Neuentwicklung bei Erlass des Urheberrechtsgesetzes 1965 noch gar keine Rolle (vgl. BVerfG 142, 74, 105).

<sup>310</sup> In BVerfGE 142, 74, 105 wurde in der analogen Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG (a.F.) auf die Nutzung eines Tonträgers i.S.v. § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG keine Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gesehen. Allerdings hielt man die konkrete Abwägungsentscheidung der Zivilgerichte mangels hinreichender Gewichtung der Kunstfreiheit des samplenden Künstlers für verfassungswidrig (BVerfGE 142, 74, 103 ff.).

<sup>311</sup> BVerfGE 142, 74, 98 f.

<sup>312</sup> BVerfGE 142, 74, 101 ff.

<sup>313</sup> BGH ZUM 2013, 484 Rn. 24 (Metall auf Metall II) hielt die bestehende „Unsicherheit bei der Beurteilung [...], ob die Übernahme einer Tonfolge in entsprechender Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG gestattet ist“, für hinnehmbar, weil Musikproduzenten sie dadurch vermeiden könnten, „dass sie die entsprechenden Rechte von den Tonträgerherstellern der Originalaufnahme erwerben, die Tonaufnahme selbst herstellen oder aber – wenn ihnen dieser

heitsausübung „auf Verdacht“<sup>314</sup> – in Ungewissheit über Leitlinien eines ex post erfolgenden Interessenausgleichs – auch im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis nicht gänzlich unproblematisch ist. Vor diesem Hintergrund versteht etwa *Gellermann* „die staatliche Rahmenvorgabe als eine notwendige Voraussetzung, um von der verbürgten Freiheit gerade auch in Relation zu anderen Grundrechtsträgern in einer rechtssicheren und zugleich effektiven Weise Gebrauch machen zu können“.<sup>315</sup> Er folgert daraus, dass solche Rahmenentscheidungen, die Grundrechtsträger in ihrem Freiheitsgebrauch maßgeblich beeinflussen, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssen.<sup>316</sup>

Der Ausgestaltungsvorbehalt verlangt für die Auflösung von Grundrechtskollisionen also ein Mindestmaß gesetzlicher Rahmenvorgaben und seitens der Gerichte die Beachtung methodischer Anforderungen und Grundprinzipien des privatrechtlichen Interessenausgleichs. Dabei sind starre Vorschriften, die eine Interessenkollision umfassend und detailliert zu regeln versuchen, ungeeignet, weil sie den mit der Abwägung im Einzelfall betrauten Gerichten keine hinreichenden Spielräume belassen. Die gerichtliche Abwägung auf Basis von allgemeinen gesetzlichen Anknüpfungspunkten und gegebenenfalls unter analoger Anwendung gesetzlicher Wertungen in ähnlich gelagerten Fällen kann die Funktion des Ausgestaltungsvorbehalts im Sinne eines Mindestanfordernisses gesetzlicher Konturierung des Interessenausgleichs also erfüllen. Fallgruppenbildungen und Systemerwägungen helfen, die Rationalität und Vorhersehbarkeit der gerichtlichen Entscheidungspraxis zu verbessern. Das erforderliche Mindestmaß an Rechtssicherheit würde hingegen unterschritten, könnten Gerichte Abwägungsentscheidungen willkürlich ohne Anwendung genereller Prinzipien und methodischer Muster vornehmen.<sup>317</sup>

### (3) Eignung zu Komplexitätsbewältigung

Schließlich kann eine flexible Regelbildung durch Zivilgerichte zur Bewältigung der Komplexität privatrechtlicher Konstellationen und Regelungsmechanismen des Interessenausgleichs beitragen.<sup>318</sup> Oftmals überlagern sich bei der Behandlung eines Interessenausgleichs mehrere privatrechtliche Regelungsbereiche und erst deren *Zusammenwirken* ermöglicht die Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs. So kann die an einer Stelle getroffene, einseitig benachteiligende Regelung durch begünstigende Regelungen an anderer Stelle ergänzt oder

---

Aufwand als zu hoch und wirtschaftlich nicht tragbar erscheint – von einer Übernahme ganz absehen“.

<sup>314</sup> *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 378.

<sup>315</sup> *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 378.

<sup>316</sup> *Gellermann*, ebd., S. 378.

<sup>317</sup> Vgl. *Ossenbühl*, Der Staat 10 (1971), 53, 76 f.

<sup>318</sup> Die Komplexität des Privatrechtssystems führt *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 70 als Grund für eine verhaltene legislative Gestaltungstendenz an.

kompensiert werden.<sup>319</sup> Erst auf Basis einer *Gesamtbetrachtung* des Interessenausgleichs kann seine Angemessenheit bewertet werden.

Die Rechtsprechung ist in der Lage, Interdependenzen privatrechtlicher Regelungsmechanismen zu erkennen und durch systematisches Vorgehen ihr sinnvolles Zusammenwirken zu fördern. Sie kann durch Auflösung von Wertungswidersprüchen zwischen verschiedenen Regelungsregimen zu einen ausgewogenen Gesamtausgleich beitragen, etwa durch einschränkende Anwendung bzw. teleologische Reduktion oder umgekehrt durch Ergänzung bzw. analoge Anwendung einzelner Regelungen. Als Beispiel lässt sich das Zusammenspiel sachenrechtlicher Regelungen mit solchen des Bereicherungs- und des Deliktsrechts anführen, etwa bei Handhabung der in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB normierten Sperrwirkung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses<sup>320</sup> gegenüber sonstigen Ansprüchen auf Nutzungsherausgabe oder Schadensersatz. Von dieser generell gehaltenen Regelung sind in mehreren Konstellationen Ausnahmen geboten, etwa in Fällen des Fremdbesitzerexzesses, bei der Rückabwicklung fehlgeschlagener oder beendeter Verträge zwischen Eigentümer und Vindikationsgegner (nicht-mehr-berechtigter Besitz) oder bei sittenwidrigen Schädigungen (§ 826 BGB).<sup>321</sup> Während die Zivilgerichte solche Ausnahmen im Wege teleologischer Reduktion der generellen Norm in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB berücksichtigen und durch Fallgruppenbildung klarifizieren können, bräuchte eine gesetzliche Aufzählung der Ausnahmefälle keinen Gewinn, sondern wäre schwerfällig, unübersichtlich und unvollständig.

#### *cc) Abgleich mit Entscheidungen des BVerfG*

Der hier vorgeschlagene Ansatz eines schwachen Ausgestaltungsvorbehalts im Rahmen der Auflösung von Grundrechtskollisionen findet in mehreren Entscheidungen des BVerfG Rückhalt. Dieses hält die weitreichende Delegation des Interessenausgleichs an die Gerichte regelmäßig für zulässig. Dabei soll den Gerichten hinreichender Spielraum belassen werden, um widerstreitende Interessen berücksichtigen und einen angemessenen Ausgleich herstellen zu können. Die Gerichte müssen diesen Spielraum zur Herstellung praktischer Konkordanz nutzen, also die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung

<sup>319</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 286.

<sup>320</sup> Die Regelungen zum EBV in §§ 987 ff. BGB dienen dem Ausgleich der Interessen des vindizierenden Eigentümers und des Besitzers. Leitgedanke ist die Privilegierung des redlichen und unverklagten unrechtmäßigen Besitzers gegenüber dem vindizierenden Eigentümer (s. *Thole*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2019, Vorb. zu §§ 987–993 Rn. 7). Diese Wertung liegt auch der Sperrwirkung des EBV zugrunde: der privilegierte Besitzer soll nur in den spezifisch geregelten Fällen, nicht darüber hinaus, nach den allgemeinen Regeln insb. des Bereicherungs- und Deliktsrechts haften.

<sup>321</sup> Vgl. *Thole*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2019, Vorb. zu §§ 987–993 Rn. 106 ff.

erfassen und so in Ausgleich bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.<sup>322</sup>

*(1) Zulässige Delegation des privatrechtlichen Interessenausgleichs auf Gerichte*

Die komplementäre Funktion des gerichtlichen Interessenausgleichs kommt etwa in einer Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel in § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG zum Ausdruck, die Kleinbetriebe teilweise vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausnimmt. Das BVerfG begründet die Verfassungsmäßigkeit der Regelung insbesondere damit, dass die Arbeitsgerichte auf Grundlage der zivilrechtlichen Generalklauseln dort für einen Mindestschutz der Arbeitnehmer vor Kündigungen des Arbeitgebers sorgen können, wo die Bestimmungen des KSchG nicht greifen.<sup>323</sup> Zugleich spricht es den Gerichten dabei einen *originären* Interessenausgleichsspielraum zu: „Wie weit dieser Schutz im einzelnen reicht, ist von den Arbeitsgerichten zu entscheiden.“<sup>324</sup>

In einer strukturell ähnlich gelagerten Konstellation ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG, die den Interessenausgleich zwischen Urhebern und Werknutzern dient, indem sie Urhebern die Möglichkeit eröffnet, eine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit der vereinbarten Vergütung für die Einräumung von Nutzungsrechten zu verlangen.<sup>325</sup> Mit der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Angemessenheit“ überantwortet der Gesetzgeber den Gerichten – unter Vorgabe einiger Anknüpfungspunkte in § 32 Abs. 2 UrhG – die Festlegung der Vergütung. Das BVerfG hielt dies für zulässig und betonte gerade den Vorteil der offenen Regelungstechnik, die im Einzelfall Raum für die gerichtliche Berücksichtigung der gegenläufigen Interessen der Verwerter biete.<sup>326</sup>

Auch in der bereits zuvor erwähnten Sampling-Entscheidung<sup>327</sup> zur Auflösung eines Konflikts zwischen Urheberrechten und Kunstfreiheit wurde angenommen, dass der Gesetzgeber den Interessenausgleich zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern den Gerichten überantworten könne und es genüge, „wenn diese auf der Grundlage der maßgeblichen Vorschriften die Möglichkeit haben, zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu gelangen“.<sup>328</sup>

Schließlich hielt es das BVerfG auch im Kontext des Ausgleichs zwischen dem grundrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnis eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Interesse der Wettbewerber an effektivem

<sup>322</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214, 232; 97, 169, 176; 129, 78, 101 f.; 134, 204, 223; 142, 74, 96 f.; zur gerichtlichen Pflicht, die Abwägungsspielräume auszunutzen, BVerfGE 96, 56, 65 f.

<sup>323</sup> BVerfGE 97, 169, 178.

<sup>324</sup> BVerfGE 97, 169, 178.

<sup>325</sup> BVerfGE 134, 204.

<sup>326</sup> BVerfGE 134, 204, 228, 231.

<sup>327</sup> BVerfGE 142, 74 (näher dazu unter § 9 III. 4. a) bb) (2)).

<sup>328</sup> BVerfGE 142, 74, 97.

Rechtsschutz für zulässig, dass der Gesetzgeber den Verwaltungsgerichten die Verwirklichung der gegenläufigen Interessen im mehrpoligen Rechtsverhältnis überträgt.<sup>329</sup> Dabei wurde aber moniert, dass die gesetzliche Delegation *nicht genügend* Spielraum biete, um im Rahmen der gerichtlichen Abwägung praktische Konkordanz herzustellen.<sup>330</sup> Der Gesetzgeber sei gehalten, Abwägungsspielräume im Fall der Delegation des Interessenausgleichs so weiträumig zu gestalten, dass nicht bloß eine starre Abwägung im Sinne einer „alles oder nichts“-Lösung möglich bleibe.

(2) *Abgrenzung konkurrierender Freiheitsrechte als Indiz für Wesentlichkeit?*

Trotz der angeführten Nachweise lässt sich der Verfassungsrechtsprechung nicht eindeutig entnehmen, dass dem Gesetzesvorbehalt im Rahmen der Auflösung von Grundrechtskonflikten im mehrpoligen Verhältnis bloß sehr eingeschränkte Relevanz zukommt. Neben dem anfangs besprochenen Scheinvater-Beschluss<sup>331</sup> finden sich nämlich – in erster Linie in verwaltungsrechtlichem Kontext – Entscheidungen, die andeuten, dass die Abgrenzung kollidierender Grundrechtspositionen dem Gesetzesvorbehalt unterliegt.<sup>332</sup> Allerdings treten dann in der Regel besondere Elemente hinzu, wie etwa die besondere politische Brisanz oder ein regulatorischer Einschlag des Interessenausgleichs. Ein Beispiel bietet die Mutzenbacher-Entscheidung, in der das BVerfG nach der Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Regelung für erforderlich hielt, „wenn miteinander konkurrierende grundrechtliche Freiheitsrechte aufeinandertreffen und deren jeweilige Grenzen fließend und nur schwer auszumachen sind.“<sup>333</sup> Dies deutet zunächst auf

<sup>329</sup> BVerfGE 115, 205, 236. Der Streit betraf ein Telekommunikationsunternehmen (Telekom AG) in marktbeherrschender Stellung und sieben Wettbewerber, die die Genehmigung des von der Telekom bestimmten Entgelts für die Nutzung des Telekommunikationsnetzes durch die Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur) angriffen. Die Wettbewerber begehrten Einsicht in die Unterlagen, die die Regulierungsbehörde im Genehmigungsverfahren über die Entgeltfestsetzung nutzte.

<sup>330</sup> BVerfGE 115, 205, 235, 237; s.a. ebd., S. 251 (Sondervotum Gaier): „So richtig es ist, dass der Gesetzgeber die Herstellung praktischer Konkordanz den Fachgerichten überlassen darf, so richtig ist es auch, dass er hierfür den gesetzgebundenen Gerichten (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht den Weg verstellen darf.“

<sup>331</sup> BVerfGE 138, 377 (näher dazu unter § 1 II.)

<sup>332</sup> Vgl. BVerfGE 83, 130, 142 f.; 108, 282, 311 f.; 139, 19, 46.

<sup>333</sup> BVerfGE 83, 130, 142 f. Die Beschwerdeführerin war Verlegerin des Romans „Josephine Mutzenbacher“, der wegen pornographischer Inhalte von der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften in eine Liste jugendgefährdender Schriften aufgenommen wurde. Sie wendete sich gegen die Entscheidung der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften und die bestätigenden Urteile der Verwaltungsgerichte. Das BVerfG nahm aufgrund der Möglichkeit zur verfassungskonformen Auslegung des § 6 GJS (a.F.) im Wege der Berücksichtigung des Kunstvorbehalts in § 1 Abs. 2 Nr. 2 GJS (a.F.) eine dem Gesetzesvorbehalt genügende Rechtsgrundlage zum Ausgleich der konkurrierenden Interessen an (ebd., S. 142 ff.), hielt aber die konkrete Anwendung durch die Bundesprüfstelle und die Verwaltungsgerichte für verfassungswidrig. § 9 Abs. 2 GJS als Regelung der Zusammensetzung der

eine Anwendung des Gesetzesvorbehalts in Kostellationen des reinen Interessenausgleichs hin. Bei Lichte betrachtet spricht aber eher der regulatorische Charakter der Streitgegenständlichen Maßnahme und der bestätigenden Verwaltungsgerichtsentscheidung für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage. Es ging zwar auch um einen Interessenausgleich, nämlich zwischen der Kunstfreiheit, auf die sich die Romanverleger beriefen und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der dadurch potenziell gefährdeten Jugendlichen.<sup>334</sup> Indessen wurde mit der Streitgegenständlichen Zensur des Romans präventiv ein allgemein angelegtes Regulierungsziel, nämlich der Jugendschutz vor künstlerischen Werken mit pornographischen Inhalten, verfolgt. Dies zeigt sich darin, dass das BVerfG die besondere Grundrechtsintensität der Streitgegenständlichen Entscheidungen darin sah, dass sie „geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkung zu entfalten, das heißt in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können von dem betroffenen Grundrecht [konkret: der Kunstfreiheit] Gebrauch zu machen.“<sup>335</sup>

Auch in seiner Kopftuch-Entscheidung ging das BVerfG – unter Bezug auf die Mutzenbacher-Entscheidung – davon aus, dass eine gesetzliche Regelung nach dem Parlamentsvorbehalt notwendig sei, wenn es um die Grenzen konkurrierender grundrechtlicher Freiheitsrechte gehe, die fließend und nur schwer auszumachen sind.<sup>336</sup> In dieser Entscheidung ging es um den Ausgleich verschiedener Grundrechtspositionen, insbesondere um die Glaubensfreiheit der Lehrerin (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), die in der Schule und im Unterricht ein muslimisches Kopftuch tragen wollte, das (religiöse) Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 4 Abs. 1 GG) und die negative Glaubensfreiheit der Schulkinder (Art. 4 Abs. 1 GG).<sup>337</sup> Hinzutrat aber – und deshalb ging es nach hier vertretener Auffassung nicht um einen *reinen* Interessenausgleich – der das Schulwesen prägende staatliche Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG), verbunden mit der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität.<sup>338</sup> Mit dem Kopftuch-

---

Bundesprüfstelle wurde wegen mangelnder Vorgaben zur Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens, in dem die Grenzen der konkurrierenden Freiheiten abgesteckt werden sollen, für verfassungswidrig erklärt (ebd., S. 151 ff.).

<sup>334</sup> Vgl. zur den involvierten Grundrechtspositionen BVerfGE 83, 130, 138–140.

<sup>335</sup> BVerfGE 83, 130, 146.

<sup>336</sup> BVerfGE 108, 282, 311 f. Die Beschwerdeführerin wendete sich gegen den ablehnenden Bescheid des Oberschulamts Stuttgart (und die bestätigenden Gerichtsentscheidungen) zu ihrer Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Probe als Lehrerin, der mit ihrer fehlenden Eignung aufgrund der Absicht, in der Schule ein muslimisches Kopftuch zu tragen, begründet wurde. Mangels gesetzlicher Grundlage für ein Verbot für Lehrkräfte, in Schulen und im Unterricht ein Kopftuch zu tragen, sah das BVerfG in den Entscheidungen eine Grundrechtsverletzung.

<sup>337</sup> BVerfGE 108, 282, 299. Die angehende Lehrerin konnte sich zudem auf Art. 33 Abs. 2 und 3 S. 1 GG berufen, wonach die Zulassung zu öffentlichen Ämtern unabhängig von dem religiösen Bekenntnis erfolgt.

<sup>338</sup> BVerfGE 108, 282, 299 ff.

verbot entschied die Behörde also nicht allein über einen Ausgleich der Interessen zwischen den beteiligten Grundrechtsträgern, sondern zielte auch auf die Durchsetzung des staatlichen Neutralitätsgebots ab. Zudem war die Problematik Gegenstand einer politisch aufgeladenen Debatte, was dafür sprach, eine Lösung im öffentlichen parlamentarischen Verfahren zu suchen.<sup>339</sup>

*dd) Klarstellung: Keine generelle Ungeeignetheit legislativer Ausgestaltung des Interessenausgleichs*

Wurde zuvor die besondere Eignung der Rechtsprechung zum privatrechtlichen Interessenausgleich hervorgehoben und ein strenger Gesetzesvorbehalt in diesem Bereich abgelehnt, bedeutet dies nicht, dass die Option, einen Interessenausgleich weitgehend gesetzlich auszugestalten, nicht besteht. Es wird also nicht behauptet, dass ein *gesetzlich standardisierter* Interessenausgleich gar nicht möglich sei und der Gesetzgeber Gerichten zwangsläufig weite Abwägungsspielräume einräumen müsse. Vereinzelt wird in der Literatur zur Problematik der Grundrechtskollision zwar vermutet, aufgrund des Erfordernisses der Einzelfallabwägung werde der Gesetzesvorbehalt dort unausweichlich durch einen *Urteilsvorbehalt* abgelöst.<sup>340</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass der Gesetzgeber durchaus auch einen standardisierten Interessenausgleich mittels wenig ausfüllungsbedürftiger Regelungen vornehmen *kann*. Es ist vielmehr vom Charakter der jeweiligen Interessenkollision abhängig und steht im Beurteilungsermessen des Gesetzgebers, inwieweit der Ausgleich an die Gerichte delegiert oder bereits auf abstrakt-genereller Ebene determiniert werden soll (z.B. durch feststehende Angaben wie Altersgrenzen oder metrische Werte; Konkretisierung in Form von Regelbeispielen). Die variable Regelungstechnik lässt sich anhand zweier Beispiele im BGB illustrieren.

*(1) Bsp. 1: Kündigung von Wohnraummietverhältnissen*

Eine Kombination unterschiedlicher Regelungstechniken hat der Gesetzgeber beim Ausgleich konkurrierender Eigentumsinteressen zwischen Mietern (Bestandsinteresse) und Vermietern (Erlangungsinteresse) bei ordentlicher Kündigung gewählt.<sup>341</sup> Die Generalklausel des § 573 Abs. 1 S. 1 BGB („berechtigtes

<sup>339</sup> Vgl. BVerfG 108, 282, 302: „Das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen positiver Glaubensfreiheit eines Lehrers einerseits und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der negativen Glaubensfreiheit der Schüler andererseits unter Berücksichtigung des Toleranzgebots zu lösen, obliegt dem demokratischen Landesgesetzgeber, der im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu suchen hat.“

<sup>340</sup> In diese Richtung *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 150; krit. darstellend *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165, 173; s.a. *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 319 f. m.w.N.

<sup>341</sup> Vgl. zum kollidierenden Eigentumsschutz des Mieters und Vermieters sowie zur Aufgabe des Gesetzgebers, diese in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen, BVerfGE 89, 1, 6 ff.;

Interesse“) stellt eine partielle Delegation der Normsetzungsbefugnis auf die Zivilgerichte dar.<sup>342</sup> Ihnen wird ein Abwägungsspielraum eingeräumt, der aber durch Regelbeispiele vorstrukturiert wird. So ist etwa in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB für Fälle des Eigenbedarfs eine Privilegierung der Vermieterinteressen geregelt. Dabei wird der gerichtliche Spielraum positiv und negativ eingegrenzt: die Gerichte müssen die besondere Privilegierung des Eigenbedarfs („für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts“) beim Interessenausgleich berücksichtigen. Andererseits dürfen sie sonstige Nutzungswünsche des Vermieters, die einen geringeren als den in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB normierten personalen Bezug aufweisen, nicht unter Rückgriff auf die generelle Abwägungsklausel in § 573 Abs. 1 S. 1 BGB als Grund für einen Vorrang der Vermieterinteressen heranziehen.<sup>343</sup> Eine weitere *Feinststeuerung* des Interessenausgleichs ermöglicht die Härtefallklausel in § 574 Abs. 1 und 2 BGB, die Gerichten eine eng am Einzelfall ausgerichtete Interessenabwägung eröffnet. Sie wird kombiniert mit wichtigen gerichtlichen Gestaltungsbefugnissen bezüglich der Fortsetzung des Mietverhältnisses (vgl. § 573a Abs. 1, Abs. 2 BGB), die dem Gericht – gemäß § 308a Abs. 1 ZPO auch antragslos – offenstehen, sofern die Parteien nicht selbst eine Einigung finden.<sup>344</sup> Damit soll erreicht werden, dass das Mietverhältnis im Härtefall zu Bedingungen fortgesetzt wird, die den Interessen beider Parteien möglichst nahekommen (z.B. unter moderater Erhöhung des Mietzinses).<sup>345</sup>

Gerade in dieser *Vertragsgestaltungsbefugnis* der Gerichte gem. § 573 BGB steckt für den rechtsgeschäftlichen Bereich ein verallgemeinerbarer Gedanke. Je mehr der staatliche Interessenausgleich darauf abzielt, eine Regelung zu finden, die dem hypothetischen Parteiwillen möglichst nahekommt, desto sinnvoller erscheint es, Gerichten die Aufgabe zu delegieren, in Orientierung an den Parteiinteressen eine angemessene Konfliktlösung zu entwickeln.<sup>346</sup> Der von den Ver-

---

der Zweck des § 573 BGB zur Herstellung eines gerechten Interessenausgleichs zwischen den Mietvertragsparteien wird unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien in BGHZ 213, 136, 146 f. hervorgehoben.

<sup>342</sup> Vgl. Häublein, WuM 2014, 635, 636.

<sup>343</sup> So Häublein, WuM 2014, 635, 638 ff. mit krit. Analyse zweier Entscheidungen des BGH und des LG Berlin, die dazu tendieren, die in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB besonders geregelte Privilegierung der Vermieterinteressen auszudehnen. Freilich erübrigt sich auch im Rahmen von § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine Auslegung der Merkmale des Regelbeispiels nicht, die wiederum einen gewissen Spielraum belässt.

<sup>344</sup> Vgl. dazu BGH NJW 2017, 1474, 1476 Rn. 24 ff.

<sup>345</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 1474, 1477 Rn. 32.

<sup>346</sup> Diese Regelungstechnik, mit der gerichtliche Spielräume zur Überprüfung vertraglicher Abreden eingeräumt werden, findet oft Verwendung, vgl. etwa § 343 BGB (Herabsetzung der Vertragsstrafe), § 632 Abs. 2 BGB (Bestimmung des üblichen Werklohns), § 655 S. 1 BGB (Herabsetzung des Maklerlohnes), § 32 Abs. 1 S. 3 UrhG (Bestimmung einer „angemessenen Vergütung“ bei urheberrechtlichen Verwertungsverträgen). Auch die AGB-Inhaltskontrolle lässt sich als gerichtliche Vertragsgestaltung begreifen, da die Unwirksamkeit einer Vertragsklausel zur Geltung eines geänderten Vertrags führt (vgl. § 306 Abs. 2 BGB). Dies gilt unabhängig davon, ob man von der Streichung der unwirksamen Klausel und dem Rückfall auf

tragsparteien gefundene Interessenausgleich muss dabei stets den Ausgangspunkt bilden.<sup>347</sup> Dagegen sind zwingende Regelungen des Vertragsrechts, mit denen nicht primär die privaten Interessen nachvollzogen werden, sondern Regulierungsziele verfolgt werden (z.B. die Verhinderung von Gentrifizierung durch einen Mietpreisdeckel; Förderung von Energieeffizienz durch Einräumung oder Einschränkung vertraglicher Rechte) nach dem Eingriffsvorbehalt vom Gesetzgeber zu bestimmen.

(2) *Bsp. 2: Minderjährigenschutz*

Anders als im obigen Beispiel nehmen die differenzierten Regelungen zum Minderjährigenschutz einen weitgehend standardisierten Interessenausgleich zwischen Interessen minderjähriger und volljähriger Geschäftspartner vor.<sup>348</sup> Dem Minderjährigenschutz wird dabei ein klarer Vorrang eingeräumt, aber auch die Interessen von Geschäftsgegnern finden gezielt Berücksichtigung, wie etwa die §§ 108 Abs. 2, 109 Abs. 1, 111 BGB zeigen.<sup>349</sup> Die Festlegung der Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 1 BGB) und der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 2 BGB) mit starren Altersgrenzen – verbunden mit den Rechtsfolgen der Nichtigkeit (§ 105 Abs. 1 BGB) oder schwebenden Unwirksamkeit (§§ 107, 108 Abs. 1 BGB) – lässt der Rechtsprechung wenig Spielraum, die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses nach den konkreten Umständen, namentlich den Fähigkeiten des betroffenen Minderjährigen, zu beurteilen, obgleich eine Regelung mit mehr Beurteilungsspielraum durchaus denkbar wäre, wie etwa die in § 828 Abs. 3 BGB geregelte Anknüpfung der Deliktsfähigkeit Minderjähriger an die Einsichtsfähigkeit zeigt.<sup>350</sup> Auch das Fehlen einer gesetzlichen Regelung zum Gutgläubens-

---

dispositives Recht ausgeht oder ihre geltungserhaltende Reduktion für zulässig hält. Man kann in der AGB-Kontrolle und § 306 Abs. 2 BGB somit eine gesetzliche Ermächtigung der Gerichte zu einer eng an den Parteiinteressen orientierten gerichtlichen Vertragsgestaltung bzw. -anpassung sehen, die von dem in § 139 BGB geregelten Prinzip der Gesamtnichtigkeit infolge von Teilnichtigkeit abweicht. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass Gerichte die AGB-Kontrolle auch zu regulatorischen Zwecken einsetzen können, vgl. dazu im Kontext des Verbraucherschutzes *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 157; vgl. zur Einschränkung des Rückgriffs auf dispositive Schadensersatzregelungen nach Nichtigerklärung einer gegen Unionsverbraucherrecht (RL 93/13/EWG) verstoßenden missbräuchlichen Schadensersatzklausel jüngst EuGH, Urt. v. 8.12.2022, Rs. C-625/21, ECLI:EU:C:2022:971, Rn. 36 ff. – Gupfinger (aus Gründen der effektiven Sanktionierung der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen).

<sup>347</sup> Vgl. BVerfGE 103, 89, 100: „Der zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt [...] in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat.“; s.a. BVerfGE 81, 242, 254; 114, 1, 34.

<sup>348</sup> Vgl. *Hellgardt*, in: Möslin (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 121, 126.

<sup>349</sup> Vgl. *Spickhoff*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2021, § 104 Rn. 10 f.

<sup>350</sup> Vgl. auch die Regelung in Art. 16, 19 des Schweizer Zivilgesetzbuchs, wo die beschränkte Geschäftsfähigkeit nicht an ein bestimmtes Alter, sondern an die „Urteilsfähigkeit“ des Minderjährigen geknüpft wird.

schutz des Vertragspartners an die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger bringt den Vorrang des Minderjährigenschutzes klar zum Ausdruck<sup>351</sup> und lässt der Rechtsprechung keinen Raum für einzelfallbezogene Korrekturen.

Das Beispiel des standardisierten Minderjährigenschutzes hat insoweit verallgemeinerbaren Charakter, als hier ein besonders starkes Bedürfnis an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit besteht, weil die Geschäftsfähigkeit als Grundlage rechtsgeschäftlichen Handelns notwendig zur Entfaltung der Privatautonomie sowie zur allgemeinen Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs ist.<sup>352</sup> Außerdem eignet sich das Gesetzgebungsverfahren zur generellen, empiriebasierten Festlegung der Geschäftsfähigkeit,<sup>353</sup> während die fallbezogene Entwicklung verallgemeinerbarer Kriterien zu ihrer Bewertung durch Gerichten schwierig erscheint.<sup>354</sup> Man kann also festhalten, dass ein starkes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und damit nach allgemeingültiger (ggf. empiriebasierter) Festlegung von Grundvoraussetzungen der Grundrechtsausgestaltung für die primäre Ausgestaltungs-kompetenz des Gesetzgebers sprechen. Ein weiteres Beispiel dafür bieten Regelungen zur Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche oder Fristen für die Geltendmachung von Ansprüchen oder Ausübung vertraglicher Gestaltungsrechte, die neben dem Ausgleich von Gläubiger- und Schuldnerinteressen eine Rechtsfriedens- und Rechtssicherheitsfunktion erfüllen,<sup>355</sup> und allenfalls geringe Interpretationsspielräume belassen sollten.

#### b) Ausgestaltung im engeren Sinn (Infrastrukturfunktion des Privatrechts)

Auch im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung i.e.S., die ein Pendant in der Infrastrukturfunktion des einfachen Rechts findet, stellt sich die Frage nach der Relevanz des Ausgestaltungsvorbehalts. Aus Perspektive der rechtsstaatlich-grundrechtlichen Funktion des Gesetzesvorbehalts erscheint das Bedürfnis nach gesetzlichen Grundlagen hier besonders reduziert, weil die Ermöglichung und Erweiterung grundrechtlicher Freiheit im Vordergrund steht.<sup>356</sup> Der „Leistungs-

<sup>351</sup> *Spickhoff*, in: MünchKomm. BGB, 92021, § 104 Rn. 11.

<sup>352</sup> Vgl. dazu *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 71, der von einem Bedürfnis nach „statischer Festlegung“ spricht.

<sup>353</sup> Der Gesetzgeber kann sich breitflächiger Forschung bedienen (zur Bestimmung des Mindestalters der Geschäftsfähigkeit etwa aus Bereichen der Soziologie, Psychologie, Neurologie), die gewonnen Erkenntnisse gewichten und daraus eine möglichst allgemeingültige Aussage ableiten.

<sup>354</sup> Ähnlich *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 71.

<sup>355</sup> *Grothe*, in: MünchKomm. BGB, 92021, § 194 Rn. 6 f.; zum Bedürfnis nach statischer gesetzlicher Festsetzung von Verjährungs- und anderen Fristen *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 71. Wenn solche primär eine regulatorische, insb. marktsteuernde Funktion haben (z.B. im Fall der kurzen Verjährung kaufrechtlicher Mängelrechte, § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB), kommt ohnehin der strengere Eingriffsvorbehalt zur Anwendung, der eine höhere gesetzliche Regelungsdichte verlangt.

<sup>356</sup> Anders verhält es sich im Fall der einschränkenden „Umgestaltung“ von zuvor einfachgesetzlich oder durch gefestigtes Richterrecht etablierten Gewährleistungen, die in der Regel

charakter“ der Grundrechtsausgestaltung (i.e.S.), d.h. die staatliche Bereitstellung von Rechtseinrichtungen, die der Existenz und Entfaltung von Grundrechtspositionen dienen,<sup>357</sup> spricht für eine lockere Handhabung des Gesetzesvorbehalts, wie sie herkömmlich auch im Bereich der Leistungsverwaltung angenommen wird. Es besteht auch Einigkeit darüber, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausgestaltung (i.e.S.) durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Rechtssetzungskompetenzen auf die Rechtsanwendungsebene delegieren kann.<sup>358</sup>

Trotzdem ist gerade mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie, die das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen vom Merkmal des Grundrechtseingriffs löst, zu untersuchen, ob im Rahmen privatrechtlicher Ausgestaltung bestimmte Fragen besondere „Grundrechtsrelevanz“ besitzen und deshalb im Kern einer gesetzgeberischen Entscheidung bedürfen. Ein vergleichender Blick auf die Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Leistungsverwaltung zeigt, dass zumindest bei Schaffung *notwendiger Grundvoraussetzungen* für die Grundrechtsausübung ein besonderes Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung besteht.<sup>359</sup> In diese Richtung gehen auch Aussagen des BVerfG, wenn es etwa bezüglich der Ausgestaltung der Eigentumsgarantie verlangt, dass der Gesetzgeber selbst die „Einzelbefugnisse und -pflichten, die den Inbegriff des Eigentums ausmachen, inhaltlich normiert“.<sup>360</sup> Es stellt sich dann die Folgefrage, welche Komponenten den „Inbegriff“ eines normgeprägten Grundrechts ausmachen und deshalb einer legislativen (Grob-)Determinierung bedürfen.<sup>361</sup>

---

als Eingriff zu behandeln ist und deshalb einer gesetzlichen Regelung bedarf. Näher zu verschärften Anforderungen an restriktive Umgestaltung *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 402 ff. (nicht von einem rein abwehrrechtlichen Bestandschutz ausgehend, ebd., S. 410 ff.); s.a. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 47; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 276 mit Fn. 70. Ein Beispiel bietet BVerfG NJW 2019, 3054 Rn. 72 (zur Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse, § 556d Abs. 1 BGB), wo das Gericht eine Eingriffsprüfung vornimmt, wenn einmal geschaffene Nutzungsmöglichkeiten des Eigentums aus Gründen des öffentlichen Interesses wieder verschlechtert werden: „Die Eigentumsgarantie gebietet nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen. [...] Die Abänderung kann durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein. Die Gründe, die für einen solchen Eingriff sprechen, müssen so schwerwiegend sein, dass sie Vorrang vor dem Vertrauen des Eigentümers auf den Fortbestand seiner Rechtsposition haben [...]“

<sup>357</sup> Näher zur grundrechtlichen Einrichtungspflicht *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 94 ff.

<sup>358</sup> Siehe BVerfGE 79, 174, 196 f.; 21, 73, 79 f. (jeweils zur Eigentumsgarantie).

<sup>359</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303, 337 zur Anwendung des Gesetzesvorbehalts im Bereich der Leistungsverwaltung, wenn die Beteiligung an staatlichen Leistungen notwendige Voraussetzungen zur Grundrechtsausübung ist.

<sup>360</sup> BVerfGE 21, 73, 79 f.

<sup>361</sup> Zum Konzept gewährleistungsspezifischer Vorgaben einzelner Grundrechte *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 57 f., 235–237; zur Entwicklung spezifischer Gewährleistungsvorgaben am Beispiel der Eigentumsgarantie und Vertragsfreiheit *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 52 ff.

Man kann auch darauf abstellen, ob ein besonders starkes Bedürfnis für eine rechtssichere, zuverlässige rechtliche Infrastruktur besteht, so etwa im Bereich normgeprägter Grundrechte mit starkem Sozialbezug, wie der Eigentumsgarantie oder der Vereinigungsfreiheit.<sup>362</sup> Dabei geht es weniger um die Perspektive des durch die Ausgestaltung begünstigten Personenkreises, sondern um die allgemeine Tragweite und die Folgen infrastruktureller Regelungen für Dritte.<sup>363</sup> Diese Aspekte erscheinen vor dem Hintergrund der demokratisch-politischen und funktionell-gewaltenteilungsbezogenen Funktion des Gesetzesvorbehalts wichtig. Dabei ist erneut nicht bloß einseitig die funktionelle Eignung des Gesetzgebers, sondern auch die der Rechtsprechung zu berücksichtigen, die bereits im Kontext der Ausgestaltung (i.w.S.) im Bereich des Interessenausgleichs erörtert wurde. So kann die Rechtsprechung insbesondere flexibel auf grundrechtsrelevante Bedürfnisse Einzelner und auf Entwicklungen des Rechtsverkehrs reagieren, indem sie eine bloß im Ansatz gesetzlich geregelte Infrastruktur ergänzt oder erweitert. Sofern dabei ein Mindestmaß an Rechtssicherheit und -klarheit gewahrt wird, insbesondere Drittinteressen nicht unvorhersehbar und wesentlich beeinträchtigt werden, erscheint eine richterliche Ausgestaltung unbedenklich. Von einer weitreichenden Befugnis zu richterlicher Rechtserzeugung geht denn auch herkömmlich die Privatrechtsprechung aus. So finden sich zahlreiche Beispiele für die richterrechtliche Schaffung oder Erweiterung grundrechtsrelevanter Infrastruktur, etwa die Entwicklung des Anwartschaftsrechts und des Sicherungseigentums im Bereich der Eigentumsgarantie oder die Annahme der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR und des nicht rechtsfähigen Vereins im Bereich der Vereinigungsfreiheit.

Im Folgenden wird anhand einiger Beispiele versucht, zu präzisieren, welche Fragen der Ausgestaltung gesetzlicher Regelung bedürfen und somit eine Grenze für gerichtliche Ausgestaltung markieren können. Dabei dient die rechtsfunktionale Betrachtung weiterhin als Orientierungslinie. Es wird sich zeigen, dass die Infrastrukturfunktion des Privatrechts oftmals Überschneidungen mit der Interessenausgleichs- sowie mit der Regulierungsfunktion aufweist, sodass entsprechend auch das Erfordernis an die gesetzliche Regelungsdichte variieren kann.

*aa) Bsp. 1: Richterliche Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)*

Art. 9 Abs. 1 GG ist die gewährleistungsspezifische Vorgabe zu entnehmen, dass der Gesetzgeber „eine hinreichende Vielfalt von Rechtsformen zur Verfügung zu stellen [hat], die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen und deren Wahl deshalb zumutbar ist.“<sup>364</sup> Im Gesellschaftsrecht finden sich mehrere

---

<sup>362</sup> In diese Richtung *Bruns*, JZ 2014, 162, 164 f.

<sup>363</sup> Vgl. den Ansatz von *Bruns*, JZ 2014, 162, 165 ff., der für die Regelung komplexer, mehrpoliger Rechtsverhältnisse, in die mehr als zwei Privatrechtssubjekte involviert sind, regelmäßig eine ausschließliche Regelungskompetenz des Parlamentsgesetzgebers annimmt.

<sup>364</sup> BVerfGE 50, 290, 355.

Beispiele, in denen die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung gesetzliche Regelungen zur Gestaltung von Gesellschaften ergänzt oder selbst gebildet hat. Diese bieten sich dazu an, den Gesetzesvorbehalt als potenzielle Grenzlinie richterlicher Ausgestaltung näher zu beleuchten.

(1) *Rechtsfähigkeit der Außen-GbR und akzessorische Haftung*

Ein Beispiel bietet die – jüngst mit dem Personengesellschaftsmodernisierungsgesetz (MoPeG) weitgehend legifizierte<sup>365</sup> – Rechtsprechung des BGH zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>366</sup> samt ihrer Folgewirkungen, insbesondere der Parteifähigkeit im Zivilprozess,<sup>367</sup> der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (analog § 128 S. 1 HGB a.F.)<sup>368</sup> und der Haftung später eintretender Gesellschafter für bestehende Verbindlichkeiten (analog § 130 Abs. 1 HGB a.F.).<sup>369</sup>

Vorliegend geht es weniger um die Frage, ob es sich dabei um Rechtsfortbildung *contra legem* handelt, wofür in Anbetracht der im Gesetz (insb. §§ 714, 718 BGB a.F.) klar verankerten Entscheidung, der GbR die volle Rechtsfähigkeit vorzuenthalten, vieles spricht.<sup>370</sup> Aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts interessiert vielmehr die vorgelagerte Einordnung, ob die Entscheidung über die Schaffung des neuen Rechtssubjekts „Außen-GbR“ und damit verbundene Haftungsfragen einer gesetzlichen Regelung vorzubehalten ist. Bejaht man dies, scheidet eine autonome, d.h. von gesetzlichen Grundlagen gänzlich entkoppelte, judikative Regelbildung grundsätzlich aus. Die richterliche Ausgestaltung müsste auf gesetzlichen Anknüpfungspunkten im Sinne einer – zumindest groben – Ausgestaltungsgrundlage beruhen. Eine rein ergebnisorientierte, methodisch fragwürdige Abweichung von den legislativen Ausgestaltungsgrundlagen wäre hingegen aufgrund der Kompetenzüberschreitung der Judikative unzulässig.

<sup>365</sup> Vgl. *Kindler*, ZfPW 2022, 409 f.: „[D]er Umstellungsbedarf [bleibt] dennoch überschaubar, weil die Novelle vielfach nur nachvollzieht, was Rechtsprechung und Lehre im 20. Jahrhundert rechtsfortbildend entwickelt haben. Das geschriebene Recht wird dem gelebten Recht angeglichen.“

<sup>366</sup> Grundlegend BGHZ 146, 341; näher dazu *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 ff. Eine vergleichbare, infrastrukturende Rechtsfortbildung stellt die Anerkennung der aktiven Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine (vgl. § 54 BGB a.F.) dar. In BGHZ 42, 210, 216 f. wurde unter offener Korrektur des Wortlauts des § 50 Abs. 2 ZPO (a.F.) entschieden, dass Gewerkschaften in der Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins die aktive Parteifähigkeit zusteht, wobei auf deren wichtige gesellschaftliche Bedeutung (mit Verweis auf Art. 9 Abs. 3 GG) sowie auf die überholte historische Zielsetzung des § 54 BGB (a.F.) hingewiesen wurde. In BGH NJW 2008, 69, 74 wurde diese Rechtsprechung auf alle nichtrechtsfähigen Vereine erstreckt; krit. dazu *Bruns*, JZ 2014, 162, 166.

<sup>367</sup> BGHZ 146, 341, 343 ff.

<sup>368</sup> BGHZ 146, 341, 358 f.; s.a. BGH NJW 2003, 1445; zustimmend *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897 ff.; krit. *Canaris*, ZGR 2004, 69, 87 ff. 109 ff.; *Beuthien*, NJW 2005, 855, 858.

<sup>369</sup> BGH NJW 2003, 1803.

<sup>370</sup> Vgl. *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 74; („unauflösbarer Widerspruch“); s.a. *Bruns*, JZ 2014, 162, 167 f.

Für den grundlegenden Charakter der Ausgestaltung spricht, dass die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR eine wesentliche Veränderung der vom Staat bereitgestellten Infrastruktur im Bereich der Vereinigungsfreiheit darstellte.<sup>371</sup> Außerdem ist der starke Sozialbezug der richterlichen Ausgestaltung zu berücksichtigen, der sich für die GbR-Gesellschafter vor allem in dem nachteiligen Effekte einer (grundrechtsrelevanten) Haftungserweiterung äußerte (d.h. analoge Anwendung von §§ 128 S. 1<sup>372</sup>, 130 Abs. 1 HGB a.F., § 31 BGB).<sup>373</sup> So wurde mit der akzessorischen Gesellschafterhaftung eine gesetzliche Haftung begründet, die unter den Gesellschaftern nicht mit Wirkung für Dritte beschränkbar ist (§ 128 S. 2 BGB a.F. analog) und zudem nicht nur rechtsgeschäftliche, sondern auch gesetzliche, namentlich deliktische (i.V.m. § 31 BGB analog) Gesellschaftsschulden umfasst.<sup>374</sup> In der Haftungserweiterung, insbesondere der Beitritts haftung nach § 130 HGB a.F. analog, sah namentlich *Canaris* eine Beeinträchtigung von Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 12 GG, weil damit auch negative freiheitseinschränkende Anreize gesetzt würden: So werde etwa ein Freiberufler aus Sorge vor der drohenden unbeschränkten persönlichen Haftung für Altverbindlichkeiten (§§ 130, 128 HGB a.F. analog) möglicherweise eher auf den Beitritt zur GbR verzichten.<sup>375</sup> Auch mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 GG ist die Entscheidung für eine unbeschränkte persönliche Gesellschafterhaftung von Relevanz.

Ein generelles Problem besteht zudem darin, dass die Rechtsprechung in der Regel nicht die mit einer neuen Rechtsschöpfung verbundenen Folgefragen<sup>376</sup>

<sup>371</sup> BGHZ 146, 341, 343 f. geht von einer „an den praktischen Bedürfnissen der Verwirklichung des Gesamthandsprinzips orientierte[n] Beurteilung der Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ aus.

<sup>372</sup> Vgl. BGHZ 146, 341, 356: „Sie [die rechtliche Einordnung der Gesellschafterhaftung] ist nunmehr in Konsequenz der Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR im Sinne einer akzessorischen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten zu entscheiden.“

<sup>373</sup> Auf die Folgen der Umgestaltung des legislativen Modells der GbR blickend, stellt *Canaris*, ZGR 2004, 69, 124 fest: „Die Anwendung des vollständigen Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die GbR überschreitet schon deshalb die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung und verstößt daher gegen Art. 20 Abs. 3 GG, weil sie praktisch das Ende der GbR als eigenständiger Gesellschaftsform bedeuten würde und dessen Herbeiführung keinesfalls in der Kompetenz der Rechtsprechung liegt.“

<sup>374</sup> *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 998 f. Krit. zur Begründung der Haftung mit der Akzessoritätstheorie *Beuthien*, NJW 2005, 855, 858, der betont: „je rechts- und damit schuldfähiger man die GbR als solche begreift (und das ist das Ziel der Gruppenlehre), desto stärker treten die Gesellschafter hinter diese zurück und desto mehr gilt es im Einzelnen zu klären, über welche rechtliche Brücke sich die Gesellschaftsschuld auf die Gesellschafter persönlich erstreckt.“

<sup>375</sup> *Canaris*, ZGR 2004, 69, 120.

<sup>376</sup> Solche Fragen ergeben sich etwa zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Innen- und Außen-GbR, zum Grad an organisatorischer Verselbstständigung, der für die Schwelle zur Annahme der Rechtsfähigkeit der GbR nötig ist, zur nötigen Registerpublizität, zu Vertretungsregeln der GbR, zum Innenverhältnis der GbR-Gesellschafter.

einheitlich und in einem klar absehbaren Zeitraum klären kann.<sup>377</sup> Sie kann zwar auf vorgelegte Rechtsfragen reagieren und Stück für Stück auch komplexe Rechtsgebilde ausformen. Der Gesetzgeber ist aber in der Lage, in einem Zug wichtige Folgefragen einer grundlegenden Ausgestaltungsentscheidung zu klären und somit direkt ein hohes Maß an Rechtssicherheit im Rechtsverkehr herzustellen. Dies erscheint bei Fragen, die nicht allein die interne Organisation und Willensbildung einer Vereinigung als Rechtssubjekt betreffen, sondern essenziell für die Handlungsfähigkeit im Rechtsverkehr und die Haftung im Außenverhältnis sind, besonders dringlich.

Nimmt man vor diesem Hintergrund an, dass jedenfalls grobe gesetzliche Anknüpfungspunkte für die vom BGH vorgenommene (Um-)Gestaltung der GbR erforderlich waren, stellt sich diese Rechtsfortbildung als Kompetenzüberschreitung dar.<sup>378</sup> Mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR wurde das legislative Konzept des Gesamthandsprinzips (verankert in §§ 714, 718 f. BGB a.F.) verlassen und durch das – maßgeblich auf *Werner Flume* zurückgehende<sup>379</sup> – Verständnis der Gesamthand als „Gruppe“ mit eigener Rechtszuständigkeit ersetzt, welches in § 124 HGB a.F. für die Personenhandelsgesellschaften normiert war.<sup>380</sup> Die weitgehende Angleichung an die Personenhandelsgesellschaften machte die Außen-GbR zur „kleinen Schwester“<sup>381</sup> oder – in *Canaris'* Worten – zum „rohen großen Bruder“<sup>382</sup> der OHG, womit der ursprüngliche gesetzliche Bauplan verlassen wurde.<sup>383</sup>

Die Bedenken lassen sich übrigens nicht vollständig mit einem Verweis auf die stellenweise erfolgte gesetzliche Anerkennung des Richterrechts zur Außen-GbR (vgl. § 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB) ausräumen. Damit wurde zwar die demokratische Legitimation der richterlich gebildeten Regelungen erhöht und die Rechtslage punktuell geklärt, es verblieb aber der Missstand, dass das gesetzliche Ausgestaltungskonzept und dasjenige der gerichtlichen Praxis divergierten und eine konsistente Gesamtsregelung fehlte. Das Beispiel bestätigt auch den Gedanken, dass die Beachtung des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungs-

---

<sup>377</sup> Dazu *Bruns*, JZ 2014, 162, 167 f., der insb. auf die Komplexität aufgrund der „Mehrpolligkeit der Rechtsbeziehungen im Innen- und Außenverhältnis“ verweist. Anders verhält es sich, wenn die Rechtsprechung ein gesetzliches Ausgestaltungskonzept in Detailfragen ergänzt, die in der Rechtspraxis auftreten, oder für die Freiheit von Wertungswidersprüchen zwischen überlappenden Regelungsgebieten sorgt (s.a. oben § 9 III. 4. a) bb) (3)). Dann baut die richterliche Rechtsfortbildung auf einen gesetzlichen Regelungsbestand auf, sodass die Gefahr offener Folgefragen und großer Rechtsunsicherheiten geringer ist.

<sup>378</sup> Einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip bejahen *Canaris*, ZGR 2004, 69, 86; *Bruns*, JZ 2014, 162, 167 f.

<sup>379</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1977, S. 54 ff.

<sup>380</sup> Vgl. zur Entwicklung *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 995; *ders.*, AcP 209 (2009), 181, 186 ff.

<sup>381</sup> *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1904.

<sup>382</sup> So krit. *Canaris*, ZGR 2004, 69, 77.

<sup>383</sup> Vgl. *Bruns*, JZ 2014, 162, 167; *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1904 mahnt dagegen eine „Bereinigung des positiven Rechts“ an.

sperre sinnvoll sein kann, um den Regelungs- bzw. Reformdruck auf den Gesetzgeber zu wahren.<sup>384</sup> So hätte die von *Karsten Schmidt* bereits im Jahr 2003 ange-mahnte „Stunde des Gesetzgebers“<sup>385</sup> zur Reform des Rechts der GbR möglicher-weise nicht erst etwa 20 Jahre später (mit dem MoPeG) geschlagen, wenn sich der Gesetzgeber nicht auf eine richterliche Modernisierung hätte verlassen können, sondern das starke praktische Reformbedürfnis selbst hätte umsetzen müssen.

## (2) Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten und Spruchverfahren

Die folgenden Beispiele betreffen ebenfalls die richterliche Gestaltung gesell-schaftsrechtlicher Infrastruktur, umfassen aber primär gesellschaftsinterne Or-ganisationsfragen und Mechanismen des internen Interessenausgleichs. Hier er-scheint das Bedürfnis nach legislativer Determinierung grundsätzlich geringer und der Spielraum für richterliche Regelbildung größer.

Das erste Beispiel bietet die – inzwischen überholte – Rechtsprechung des BGH zum Delisting<sup>386</sup> börsennotierter Aktiengesellschaften.<sup>387</sup> Der BGH führte in seiner Macrotron-Entscheidung im Wege „freier Rechtsfortbildung“<sup>388</sup> das Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses sowie eines, im Wege des Spruchverfahrens überprüfbaren Pflichtangebots der Aktiengesellschaft zugun-ten der Minderheitsaktionäre ein und begründete dies primär mit dem Schutz vor der Beeinträchtigung ihres Aktieneigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) infolge verrin-gerter Verkehrsfähigkeit ihrer Aktien.<sup>389</sup> Das BVerfG ging indes mit der herr-schenden Literatur<sup>390</sup> davon aus, dass die gesteigerte Verkehrsfähigkeit der Ak-

<sup>384</sup> Zu diesem Gedanken oben § 5 II. 3.

<sup>385</sup> *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1904 mit dem Hinweis, dass ein 20 Jahre zuvor gemachter Reformvorschlag nach literarischem Sperrfeuer unbeachtet geblieben ist.

<sup>386</sup> Beim Delisting handelt es sich um den freiwilligen Rückzug der emittierenden Gesell-schaft vom regulierten Kapitalmarkt, d.h. die Zulassung der Aktie zum Handel auf dem regulierten Markt wird auf Veranlassung der Gesellschaft widerrufen; näher *Klöhn*, NZG 2012, 1041 f.

<sup>387</sup> BGHZ 153, 47 (Macrotron). Nachdem der BGH seine Rechtsfortbildung in BGH NJW 2014, 146 (Frosta) aufgab, hat der Gesetzgeber in § 39 Abs. 2 S. 3 Nr. 1, Abs. 3 und 4 BörsG eine börsenrechtliche Abfindungsregel für den Rückzug aus dem regulierten Markt vorgesehen, die auf § 31 WpÜG verweist; vom Erfordernis eines Hauptversammlungs-beschlusses wurde abgesehen. Siehe zur Entwicklung der Rechtsprechung und Gesetzgebung den Überblick bei *Kumpan*, in: Hopt, HGB, 42/2023, § 39 BörsG Rn. 3–5.

<sup>388</sup> *Auer*, JZ 2015, 71; s.a. *Klöhn*, NZG 2012, 1041, 1043 („eine durch verfassungsrechtliche Erwägungen kaschierte Rechtsfortbildung *contra legem*“); in BVerfGE 133, 99, 126 ff. hielt man die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung nicht für überschritten, son-dern ging von einer zulässigen Gesamtanalogie zu gesetzlich geregelten Ausgleichspflichten zugunsten von Minderheitsaktionären (§§ 305, 320b, 327b AktG, §§ 29, 207 UmwG) aus.

<sup>389</sup> BGHZ 153, 47 (Macrotron); zustimmend *Lutter*, JZ 2003, 684; *K. Schmidt*, NZG 2003, 601 ff.

<sup>390</sup> Siehe nur *Mülbert*, ZHR 165 (2001), 104, 111 ff.; *Klöhn*, NZG 2012, 1041, 1044; *Ha-bersack*, JZ 2014, 147, 148.

tien kein Bestandteil des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums sei<sup>391</sup> und entzog der BGH-Rechtsprechung damit die dogmatische Grundlage. Der BGH revidierte daraufhin in der Frosta-Entscheidung die zuvor entwickelten Grundsätze und lehnte – überraschend zurückhaltend – eine Fortführung seiner Rechtsfortbildung ab, obgleich das BVerfG diese auf Grundlage einer Gesamtanalogie gebilligt hatte.<sup>392</sup>

Vorliegend interessiert, ob es sich bei der Schaffung der Hauptversammlungszuständigkeit sowie der Einführung einer im Wege des Spruchverfahrens überprüfbareren Abfindungspflicht um eine „wesentliche“ Aus- bzw. Umgestaltung gesellschaftsrechtlicher Infrastruktur handelt, die dem Gesetzgeber vorzubehalten ist.<sup>393</sup> Dagegen spricht, dass der Innovationsgehalt der Ausgestaltung (von Art. 9 Abs. 1 GG) eher gering ist. So wurden nicht, wie im vorigen Beispiel zur Außen-GbR, Grundvoraussetzungen zur Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit in Gestalt der Aktiengesellschaft geschaffen oder wesentlich verändert, sondern es wurde ein gesetzlich verankertes, komplexes Modell um Maßnahmen ergänzt, die der internen Organisation und Konfliktregelung im mehrpoligen Verhältnis zwischen Aktionärsminorität und Aktionärsmajorität im Sonderfall des Delistings dienen.<sup>394</sup> Im Vordergrund stand das Anliegen, Kompetenz- und Verfahrensmechanismen vorzusehen, die einen ausgewogenen Ausgleich der Interessen beider Gruppen ermöglichen (mit einem Schwerpunkt auf dem Schutz der Minderheitsaktionäre).<sup>395</sup> Die Macrotron-Rechtsprechung konnte dabei auf bereits gesetzlich vorgesehene Verfahren (verpflichtendes Abfindungsangebot, Spruchverfahren) und Kompetenzregeln (Beschlusserfordernis der Hauptversammlung) verweisen, schuf also auch kein gänzlich neues Prozess- oder Organkompetenzrecht für die Aktiengesellschaft. Aufgrund des interessenausgleichen-

<sup>391</sup> BVerfGE 132, 99, 120 ff.

<sup>392</sup> BGH NJW 2014, 146 (Frosta).

<sup>393</sup> Zur Beurteilung unter diesem Aspekt auch *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 187 f.; *Bruns*, JZ 2014, 162, 166.; zu methodischen Fragen näher *Klöhn*, NZG 2012, 1041, 1042 ff.; *Auer*, JZ 2015, 71, 73 ff.

<sup>394</sup> Vgl. mit Hinweis auf den grundrechtlich horizontalen Charakter des Konflikts *Auer*, JZ 2015, 71, 75; das Ziel der Herstellung eines Interessenausgleichs zwischen Aktionärsminorität und Mehrheit betonen auch *Adolff/Tieves*, BB 2003, 797, 803.

<sup>395</sup> Dies kommt in den Erwägungen in BGH NJW 2003, 1032, 1035 (Macrotron) zum Ausdruck: „[D]en Belangen der Beteiligten [kann] eher dadurch entsprochen werden, dass die Höhe des Angebotsbetrags in einem dafür geschaffenen Verfahren (Spruchverfahren) geklärt wird. Diese Überlegungen, die der Einführung des Spruchverfahrens im Unternehmensvertrags- und Umwandlungsrecht zu Grunde liegen, treffen auch auf das Verfahren des Delisting zu. Es ist daher sinnvoll, den zwischen den Parteien aufgetretenen Konflikt ebenso wie beim Squeeze out nicht auf dem Weg des Anfechtungsverfahrens, sondern des Spruchverfahrens zu lösen.“; den Individualschutzzweck betont auch *Herrler*, in: Grigoleit, AktG, 2020, § 119 Rn. 122. Bloß am Rande sei bemerkt, dass der Gesetzgeber mit der Erleichterung eines freiwilligen Delistings im Börsengesetz ursprünglich das (Regulierungs-)Ziel verfolgte die Attraktivität der deutschen Finanzmärkte zu steigern; vgl. dazu *Zetzsche*, NZG 2000, 1065, 1066; *Thomale*, ZGR 2013, 686, 720.

den und intern-organisatorischen Charakters der Regelungen zum Delisting besteht ein größerer Spielraum für Rechtsfortbildung bzw. wäre die Delegation von Normsetzungsbefugnissen auf die Gerichte in größerem Ausmaß zulässig.<sup>396</sup>

Es verbleiben Bedenken, wonach die Rechtsprechung für die Bewältigung einer derart komplexen Materie aufgrund des Risikos offener Folgefragen und Rechtsunsicherheiten schlechter geeignet ist als der Gesetzgeber. In der Gesamtbetrachtung überwiegt aber die Einschätzung, dass der BGH mit den in der Macrotron-Entscheidung aufgestellten Grundsätzen in erster Linie infrastrukturelle Regelungen zum Interessenausgleich zwischen Minderheits- und Mehrheitsaktionären schuf, ohne grundlegende Veränderungen am Konzept Aktiengesellschaft vorzunehmen oder gesetzlich nicht verankerte Präferenzentscheidungen oder Regulierungsziele zu verfolgen.

Als zweites Beispiel dient die in den Entscheidungen „Holzmüller“<sup>397</sup> und „Gelatine“<sup>398</sup> erfolgte Anerkennung „ungeschriebener“ Zuständigkeiten der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, die vom BGH ausdrücklich als „Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung“ gekennzeichnet wurde.<sup>399</sup> Diese Rechtsfortbildung betrifft die Organisationsstruktur der Aktiengesellschaft, genauer die Kompetenzverteilung zwischen Hauptversammlung und Leitungsorgan.<sup>400</sup> Als Modifizierung bzw. Konkretisierung der gesellschaftsinternen Organisation handelt es sich nicht um grundlegende Veränderungen der legislativ bereitgestellten Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit in Gestalt der Aktiengesellschaft. Vielmehr entspricht die auf bestimmte Fälle bezogene Anpassung des aktienrechtlichen Kompetenzgefüges zugunsten der Hauptversammlung der „Tendenz bereits geltenden Aktienrechts, das Minderheitsaktionäre auf mannigfache Weise vor einer Entwertung ihrer Mitgliedschaft durch unmittelbare oder mittelbare Eingriffe der Mehrheit und einer von ihr beeinflussten Verwaltung, gerade im Konzernverband, zu schützen sucht.“<sup>401</sup> Ziel ist es, in Fällen strukturändernder Maßnahmen, die schwerwiegende Auswirkungen auf die Aktionärsinteres-

---

<sup>396</sup> In Reaktion auf den Rückzug des BGH in der Frosta-Entscheidung wurde auch vertreten, die börsenrechtliche Regelung in § 39 Abs. 2 S. 2 BörsG a.F. biete eine taugliche gesetzliche Grundlage zur Herstellung eines angemessenen Schutzes der Kleinaktionäre durch die jeweilige Börsengeschäftsführung, wobei die Delegation in Gestalt der Ermessensermächtigung zugunsten der Börsengeschäftsführung keinen Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz darstelle (vgl. *Auer*, JZ 2015, 71, 76; s.a. *Thomale*, ZGR 2013, 686, 718–271).

<sup>397</sup> BGH NJW 1982, 1703 (Holzmüller).

<sup>398</sup> BGH NJW 2004, 1860 (Gelatine I); BGH NZG 2004, 575 (Gelatine II).

<sup>399</sup> BGH NJW 2004, 1860, 1863.

<sup>400</sup> Vgl. *Habersack*, NJW 2017, 3084 mit der Feststellung, der Senat habe „das Organisationsmodell der AG [...] nicht unerheblich zugunsten der Hauptversammlung verschoben“.

<sup>401</sup> BGH NJW 1982, 1703, 1707; s.a. BGH NJW 2004, 1860, 1863; zustimmend *Fleischer*, NJW 2004, 2335, 2336; *Habersack*, AG 2005, 137, 140. Es geht primär um den Schutz der (Minderheits-)Aktionäre vor einer faktischen Verkürzung ihrer mitgliedschaftlichen Rechte (Mediatisierungseffekt) und vor einer Schwächung ihres Anteilswerts (Wertverwässerungseffekt).

sen haben, interne Entscheidungskompetenzen so zu verteilen, dass die Möglichkeit des gesellschaftsinternen Interessenausgleichs gesichert ist. Zugleich wird die Wirkung ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten auf das Innenverhältnis der Aktiengesellschaft beschränkt und nicht auf die Außenvertretungsmacht des Vorstands ausgedehnt.<sup>402</sup> Es wird auch eine restriktive Handhabung der ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten angestrebt, um dem vom Gesetzgeber bei der Funktionenverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen verfolgten Ziel einer effizienten Führungsstruktur in der Aktiengesellschaft Rechnung zu tragen.<sup>403</sup> Dabei erscheint es auch sinnvoll, fallorientiert und flexibel beurteilen zu können, wann ausnahmsweise eine „strukturverändernde“ Maßnahme vorliegt, für die eine Zustimmung der Hauptversammlung zwingend erscheint. In diesem Sinne führt *K. Schmidt* treffend aus: „Die Konkretisierung und Weiterentwicklung dieser so genannten Holzmüller-Doktrin ist eine unendliche Geschichte, ein nicht enden wollendes, sich der gesetzgeberischen Abgrenzung entziehendes Thema.“<sup>404</sup>

*bb) Bsp. 2: Richterliche Ausgestaltung der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)*

Auch im Bereich privatrechtlicher Ausgestaltung der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) finden sich wichtige Beispiele richterlicher Rechtsfortbildung; zum Sacheigentum etwa die Anerkennung des Anwartschaftsrechts<sup>405</sup> und des Sicherungseigentums.<sup>406</sup> Fraglich ist, inwieweit die richterrechtliche Eigentumsausgestaltung kompetenzrechtlich mit dem Gesetzesvorbehalt kompatibel ist. Der in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG geregelte, spezielle Ausgestaltungsvorbehalt verlangt eine formell-gesetzliche Grundlage für die Einrichtung der Eigentumsgarantie, was die Delegation von Konkretisierungsfragen auf die Rechtsanwendungsebene aber nicht ausschließt.<sup>407</sup> Allerdings ist die Ausgestaltung in Form der völligen Neubegründung oder starken Modifizierung privatrechtlicher Eigentumspositionen (und eigentumsähnlicher Ausschließlichkeitsrechte), also die Bestimmung dessen, was überhaupt Gegenstand des Eigentums samt seiner dinglichen Wirkung sein soll, vom Gesetzgeber *selbst* vorzunehmen. Der Ausgestaltungsvorbehalt kommt dabei sowohl in seiner rechtsstaatlichen als auch in seiner demo-

<sup>402</sup> BGH NJW 1982, 1703; NJW 2004, 1860, 1863.

<sup>403</sup> BGH NJW 2004, 1860, 1864; dazu näher *Fleischer*, NJW 2004, 2335, 2338.

<sup>404</sup> *K. Schmidt*, NZG 2003, 601, 606.

<sup>405</sup> Grundlegend BGHZ 20, 88 (zur Möglichkeit der Übertragung des Anwartschaftsrechts).

<sup>406</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, <sup>4</sup>1992, S. 24 versteht die Anerkennung der Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung als Schaffung eines „neuen Rechtsgeschäftstyps“.

<sup>407</sup> *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 193; *Wieland*, in: *Dreier*, GG, <sup>3</sup>2013, Art. 14 Rn. 103 (gegen die Einbeziehung von Gewohnheits- und Richterrecht); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, <sup>17</sup>2022, Art. 14 Rn. 35; zum umstrittenen kompetenziellen Gehalt von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG auch oben § 9 III. 3. a).

kratischen Funktion zum Tragen. Die Konturen der Eigentumsrechte müssen für Dritte möglichst transparent sein,<sup>408</sup> weil sie gegenüber diesen aufgrund ihres absoluten Zuweisungsgehalts und ihres Ausschließlichkeitscharakters<sup>409</sup> grundrechtsbeeinträchtigende Wirkung entfalten. Zudem besteht auch hinsichtlich ihrer Behandlung im Rechtsverkehr (insb. der Übertragbarkeit) ein starkes Bedürfnis nach klaren, statischen Regelungen.<sup>410</sup> Vor allem aber ist im öffentlichen parlamentarischen Willensbildungsprozess ein Konsens darüber zu finden, welche Gegenstände im Gemeinwesen allgemeingültigen, eigentumsrechtlichen Schutz genießen sollen.<sup>411</sup> Die Begründung von Ausschließlichkeitsrechten ist in der Regel politisch,<sup>412</sup> zum Teil auch regulatorisch<sup>413</sup> geprägt und bedarf daher starker demokratischer Legitimation. Dies bedeutet im privatrechtlichen Kontext vor allem, dass Entscheidungen über die Neuschaffung bzw. Veränderung von gesetzlich vorgesehenen Eigentumspositionen grundsätzlich nicht privatautonom erfolgen und durch judikative Anerkennung verfestigt werden dürfen.

Demgemäß wird etwa im Immaterialgüterrecht, wo die Erweiterung des Eigentumsschutzes aufgrund stetiger Neuentwicklungen besonders relevant ist, wohl überwiegend vertreten, dass die Schaffung neuer Ausschließlichkeitsrechte dem Gesetzgeber vorzubehalten ist.<sup>414</sup> Ein Absolutheitsanspruch für Rechte soll nur vom Gesetzgeber, nicht durch Parteivereinbarung – unter anschließender

<sup>408</sup> Dazu auch oben § 9 III. 4. a) bb) (2) (im Kontext des Interessenausgleichs zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit).

<sup>409</sup> Zu Charakteristika von Ausschließlichkeitsrechten *Peukert*, in: Hilty/Jäger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum, 2008, S. 47, 54 f. Die Ausschließungsbefugnis des privatrechtlichen Eigentums ist in § 903 S. 1 BGB verankert, sie findet insb. in Abwehransprüchen (z.B. §§ 985, 1004 Abs. 1 BGB) sowie in (sekundären) Ansprüchen auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 1 BGB) oder Kondiktion § 812 Abs. 1 S. 1 F. 2 BGB (Eingriffskondiktion) Ausdruck.

<sup>410</sup> Zum Bedürfnis nach statischer Festsetzung als Indiz für das Erfordernis gesetzlicher Regelung *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 60, 71.

<sup>411</sup> *Wieland*, in: Dreier, GG, <sup>3</sup>2013, Art. 14 103; s.a. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 127 mit Fn. 182.

<sup>412</sup> *Kingreen*, Jura 2016, 390, 391 betont die verteilungspolitische Dimension von Ausschließlichkeitsrechten, die soziale Machtpositionen begründen, welche durch das Erbrecht auch für die Zukunft gefestigt werden; vgl. zu Begründungsansätzen für ein hohes Schutzniveau für Immaterialgüterrechte *Peukert*, in: Hilty/Jäger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum, 2008, S. 47, 49 f.

<sup>413</sup> Z.B. Steigerung einer effizienten Güterzuordnung oder Förderung von Wettbewerb und Innovation. Siehe zum Regulierungscharakter des sachenrechtlichen numerus clausus als Entscheidung für ein ungeteiltes Eigentum *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 127 ff.

<sup>414</sup> Vgl. *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 712 ff.; *ders.*, in: Hilty/Jäger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum, 2008, S. 47, 56, 60 f.; s.a. *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 181, 183; zum Markenrecht *Kurtz*, GRUR 2007, 292, 294; vgl. auch BGH GRUR 2005, 969, 970 (zur Ablehnung der Anerkennung einer Internet-Domain als absolutes Recht i.S.v. § 857 Abs. 1 ZPO); ablehnend zum Gesetzesvorbehalt aus § 14 Abs. 1 S. 2 GG und zur Wesentlichkeitstheorie hingegen *Schroeder*, Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, 2017, S. 15 ff.

Anerkennung durch die Zivilgerichte – geschaffen werden können.<sup>415</sup> In diesem Sinn formuliert *Alexander Peukert*: „Was positiv-exklusiv zugewiesen ist, ergibt sich allein aus den Gesetzen und darf von der Judikative nicht dynamisiert werden, um der [...] Eigentumslogik zum Durchbruch zu verhelfen.“<sup>416</sup>

Festzuhalten ist, dass der Ausgestaltungsvorbehalt allenfalls geringfügige Erweiterungen oder Modifizierungen dinglicher Rechte zulässt, sofern dafür konkrete gesetzliche Anknüpfungspunkte bestehen, insbesondere eine entsprechende Intention des Gesetzgebers nachweisbar ist. Dieser eher starren Kompetenzgrenze entspricht, dass die gesetzlichen Regelungen des BGB zum Sacheigentum vom sachenrechtlichen *numerus clausus* geprägt sind und keine Generalklauseln enthalten, die der Rechtsprechung größere Gestaltungsspielräume einräumen. Vor diesem Hintergrund sind abschließend kurz die maßgeblich von der Rechtsprechung entwickelten Institute der Sicherungsübereignung und des Anwartschaftsrechts zu analysieren.

Wenig problematisch erscheint die Sicherungsübereignung, da es sich nicht um die Schaffung einer neuartigen Eigentumsposition handelt, sondern lediglich das bereits gesetzlich vorgesehene Vollrecht Eigentum mit einem (schuldrechtlichen) Sicherungszweck verbunden wird und funktional in seine Nutzungsfunktion (beim Sicherungsgeber) und Sicherungsfunktion (beim Sicherungsnehmer) unterteilt wird.<sup>417</sup> Auch die Übertragungsform unter Verbleib des Besitzes beim Veräußerer ist in § 930 BGB bereits vorgesehen. Als Rechtsfortbildung *contra legem* – d.h. Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes – wurde die Sicherungsübereignung zum Teil aber deshalb eingeordnet, weil mit ihr entgegen der Wertung des §§ 1204 f. BGB faktisch ein „besitzloses Pfandrecht“ geschaffen wird.<sup>418</sup> Dieser positiv-rechtliche Wertungswiderspruch lässt sich indes entkräften, wenn man in subjektiv-historischer Auslegung berücksichtigt, dass der BGB-Gesetzgeber – wie aus den Gesetzgebungsmaterialien hervorgeht – das Sicherungseigentum kannte und neben der Regelung des Faustpfandrechts zulassen wollte.<sup>419</sup> Auch die Regulierungsentention, den Rechtsverkehr und Gütertausch durch die Zulassung der Sicherungsübereignung als wichtiges Mittel zur Befriedigung von Kreditbedürfnissen allgemein zu fördern, findet sich bereits in den Gesetzgebungsmaterialien des BGB wieder.<sup>420</sup>

<sup>415</sup> In diese Richtung BGH GRUR 2005, 969, 970; *Kurtz*, GRUR 2007, 292, 294.

<sup>416</sup> *Peukert*, in: Hilty/Jäger/Kitz (Hrsg.), Geistiges Eigentum, 2008, S. 47, 56.

<sup>417</sup> *Oechsler*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2023, Anh. §§ 929–936 Rn. 1.

<sup>418</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 234 f. (mit Hinweis auf die Heilung durch Gewohnheitsrecht und eine mittelbare gesetzliche Anerkennung durch § 51 Nr. 1 InsO); s.a. *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 60, 74.

<sup>419</sup> Vgl. *Oechsler*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2023, Anh. §§ 929–936 Rn. 3; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 234; *Gaul*, AcP 168 (1968), 351, 357 ff.

<sup>420</sup> Vgl. Prot. III, S. 201; s.a. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 234; *Gaul*, AcP 168 (1968), 351, 356.

Problematischer erscheint die Anerkennung des Anwartschaftsrechts am Sacheigentum als eigentumsähnliche Rechtsposition samt dem negativen Schutz gem. §§ 823 Abs. 1, 985, 1004 Abs. 1 BGB (analog) sowie der dem Vollrecht Eigentum angeglichenen Übertragbarkeit und Vererblichkeit.<sup>421</sup> Nach dem BGH stellt das Anwartschaftsrecht im Vergleich zum Eigentum „kein aliud, sondern ein wesensgleiches minus“<sup>422</sup> dar. Aufgrund der engen Koppelung an das Vollrecht Sacheigentum handelt es sich mithin nicht um eine wesentliche Erweiterung des gesetzlich bestimmten Gegenstands des Eigentums. Trotzdem stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit des Anwartschaftsrechts mit dem vom Gesetzgeber als abschließend gedachten *numerus clausus* dinglicher Rechte und dem damit verbundenen regulatorischen Ziel, geteiltes Eigentum zu verhindern.<sup>423</sup> In dieses legislative Konzept müsste sich die richterrechtliche Anerkennung des Anwartschaftsrechts einfügen und dürfte von der ursprünglichen Zielsetzung nicht ohne einen legitimierenden Bezug auf andere gesetzlich verankerte Zwecke abweichen.

Der BGH stützt seine Rechtsfortbildung zum Anwartschaftsrecht maßgeblich auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, insbesondere auf „wirtschaftspolitische Gründe“<sup>424</sup> und verfolgt somit (auch) regulatorische Motive.<sup>425</sup> Das Anwartschaftsrecht soll als eigener Vermögenswert nutzbar sein und insbesondere dem Anwartschaftsberechtigten als Kreditmittel dienen können.<sup>426</sup> Für den besonderen (Erwerbs-)Schutz des Anwärters, der mittelbar auch dem wirtschaftlichen Interesse des Güterverkehrs dient, finden sich mehrere gesetzliche Anknüpfungs-

---

<sup>421</sup> Vgl. BGHZ 20, 88, 98 f. zum unmittelbaren Übergang des Vollrechts auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts bei Bedingungseintritt; BGHZ 28, 16, 21 f. zur eigentumsgleichen Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts.

<sup>422</sup> BGHZ 28, 16, 21.

<sup>423</sup> Zur Einordnung des sachenrechtlichen *numerus clausus* als regulatorische Entscheidung für ein ungeteiltes Eigentum und zur Kompatibilität des Anwartschaftsrechts damit *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 132–136. Die regulatorische Zielsetzung besteht nach *Hellgardt* darin, Aufspaltungen des Sacheigentums zu verhindern, durch die insb. die Wiedereinführung eines Ober- und Untereigentums möglich würde, welche mit der Verknüpfung politischer oder gesellschaftlicher Privilegien mit dem „Obereigentum“ einhergehen könne, wie sie in der Vergangenheit im Feudalrecht bei Grundstücksrechten praktiziert wurde. Zugleich sollen Fehlanreize verhindert werden, Eigentumspositionen aus machtpolitischen Gründen zu halten und damit effizienten Gütertransfer zu behindern (hold up-Problem). Näher zum historischen Hintergrund *Hellgardt*, ebd., S. 122 ff. Man kann den *numerus clausus* also als regulatorische Begrenzung der Privatautonomie verstehen, indem ausgeschlossen wird, dass Private selbstständig durch Rechtsgeschäfte dingliche Rechte schaffen (*Hellgardt*, ebd., S. 135 f.).

<sup>424</sup> BGHZ 28, 16, 25.

<sup>425</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 134 f. In der Anerkennung einer schützenswerten Rechtsposition des Anwärters, der bereits Teilleistungen für den Erwerb erbracht hat, finden sich freilich auch interessenausgleichende Elemente. Die Verselbstständigung des Anwartschaftsrechts als eigenständig übertragbares dingliches Recht geht aber darüber hinaus und dient vorwiegend wirtschaftspolitischen Zwecken.

<sup>426</sup> BGHZ 20, 88, 98 f.

punkte, die die Anerkennung des Anwartschaftsrechts stützen. So zeigen die §§ 160, 161 BGB sowie im Immobiliarsachenrecht § 883 Abs. 2 BGB<sup>427</sup>, dass der Gesetzgeber auch das im Werden begriffene Recht schützen wollte, wenn ein mehraktiger Erwerbsvorgang vorliegt.<sup>428</sup> § 449 Abs. 1 BGB, der zwar nur eine Auslegungsregel enthält und sich auf die Beziehung zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer beschränkt, lässt erkennen, dass der Gesetzgeber allgemein die Kreditbedürfnisse von Käufern und Sicherungsbedürfnisse der – auf Zug-um-Zug Abwicklung verzichtenden – Verkäufer erkannt hat,<sup>429</sup> mithin wirtschaftlichen Interessen des Güterverkehrs Rechnung tragen wollte.<sup>430</sup> Auch mit dem übergeordneten Regulierungsziel des sachenrechtlichen numerus clausus, „geteiltes Eigentum“ und damit einhergehende Fehlanreize zum Halten von Eigentums(-macht)positionen zu verhindern, ist die Schaffung des Anwartschaftsrecht letztlich kompatibel, da sie selbst der Verbesserung der Verkehrsfähigkeit von Gütern dient.<sup>431</sup>

In der Gesamtschau erscheinen die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts daher noch gewahrt zu sein, obgleich die von der Rechtsprechung beförderte *Verselbstständigung* des Anwartschaftsrechts, von der auch nachteilige Effekte für Dritte ausgehen können,<sup>432</sup> einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage entbehrt.<sup>433</sup> Daher wäre eine gesetzliche Regelung der wichtigsten Punkte zu begrüßen, selbst wenn die Rechtsprechung im Laufe der Zeit differenzierte, ab-

<sup>427</sup> § 883 Abs. 2 BGB bezweckt zwar nur die Sicherung des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs, es besteht aber eine Funktionsäquivalenz zwischen der Vormerkung und § 161 BGB als Mechanismen zur Gewährleistung des Rechtserwerbs durch den jeweils geschützten Erwerber, vgl. *Mülbert*, AcP 214 (2014), 309, 327.

<sup>428</sup> Vgl. *Westermann*, in: MünchKomm. BGB, 92021, § 161 Rn. 2; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 31995, S. 236. Dieser Schutz begrenzt sich jedoch auf die relative Untwirksamkeit von Zwischenverfügungen sowie schuldrechtliche Ersatzansprüche (§§ 161 Abs. 1, 160 Abs. 1 BGB) und bietet daher keine hinreichende Grundlage für ein verselbstständigtes Anwartschaftsrecht, vgl. *Mülbert*, AcP 214 (2014), 309, 326.

<sup>429</sup> Vgl. *Westermann*, in: MünchKomm. BGB, 82019, § 449 Rn. 3.

<sup>430</sup> Eine nachträgliche gesetzliche Stärkung des Anwartschaftsrechts findet sich auch in dem 1999 eingeführten § 107 InsO, der die „Insolvenzfestigkeit“ des Anwartschaftsrechts in Fällen der Insolvenz des Vorbehaltskäufers und -verkäufers regelt, vgl. *Westermann*, in: MünchKomm. BGB, 82019, § 449 Rn. 71.

<sup>431</sup> So *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 134–136.

<sup>432</sup> So führt beispielsweise die Übertragung des Anwartschaftsrechts am Eigentum bei aufschiebend bedingter Verfügung dazu, dass das Vollrecht bei Bedingungseintritt unmittelbar (d.h. ohne Durchgang durch das Vermögen des Anwartschaftsrechtsveräußerers) auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts übergeht (sog. Direkterwerb), vgl. BGHZ 20, 88 (1. Leitsatz). Dies hat zur Folge, dass Pfändungen der Sache durch Gläubiger des Ersterwerbers des Anwartschaftsrechts mit Bedingungseintritt unwirksam werden, die Sache dem Haftungszugriff der Gläubiger also entzogen wird, vgl. BGHZ 20, 88 (2. Leitsatz).

<sup>433</sup> Vgl. BGHZ 20, 88, 94: „Für die Entscheidung dieser Frage ergibt sich aus den Vorschriften des BGB unmittelbar nichts.“ (zur Frage nach den Rechtsfolgen einer Verfügung über das Anwartschaftsrecht im Falle einer gegen den Anwartschaftsrechtsveräußerer gerichteten Vollstreckung in die veräußerte Sache).

strakte Regelungen hervorgebracht hat, die einer gesetzlichen Regelung dinglicher Rechte nahekommen<sup>434</sup> und eine weitgehend<sup>435</sup> rechtssichere Handhabung des Anwartschaftsrechts ermöglichen.

### 5. Zwischenbetrachtung

Im Bereich der Grundrechtsausgestaltung (i.w.S. und i.e.S.), die in der Interessenausgleich- und der Infrastrukturfunktion des Privatrechts ein Pendant findet, ist von gelockerten Anforderungen des Gesetzesvorbehalts in der Ausprägung als *Ausgestaltungsvorbehalt* auszugehen. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber den Zivilgerichten die Herstellung des privaten Interessenausgleichs in weiten Teilen überantworten darf, etwa mittels einer Angemessenheitsklausel bei der Überprüfung vertraglicher Klauseln. Grenzen des richterlichen Freiraums bestehen insbesondere, wenn es um politisch geprägte Entscheidungen zur Priorisierung der Interessen bestimmter Personengruppen geht. Die Aufgabe der Gerichte besteht nämlich primär in der Herstellung eines neutralen (oder: symmetrischen) Ausgleichs, wenn das Gesetz oder – im vertraglichen Bereich – die von den Parteien verhandelte Vereinbarung keine einseitige Priorisierung vorsieht.

Auch im Bereich privatrechtlicher Infrastruktur verfügt die Rechtsprechung über weite Befugnisse zur Regelbildung, die etwa die nähere Gestaltung der internen Organisation einer Vereinigung oder geringe Modifizierungen von Rechtsinstituten zum Ziel der Anpassung an die Bedürfnisse des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs umfassen kann. Allerdings ist beispielsweise die Schaffung neuer Rechtssubjekte, die mit wichtigen Haftungsfragen verbunden sein kann, oder die wesentliche Modifizierung oder Erweiterung des Kreises dinglich geschützter Rechte dem Gesetzgeber vorbehalten, der diese folglich auch nicht mittels Ermächtigungsnormen auf Gerichte delegieren darf. Schließlich ist zu beachten, dass auch bei der Grundrechtsausgestaltung der Stufengedanke der Wesentlichkeitstheorie Berücksichtigung verlangt, wonach parallel zur steigenden Grundrechtsintensität, die auch beim Interessenausgleich und der Bereit-

---

<sup>434</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 136. Der Rationalitätsanspruch und das Systemdenken der Privatrechtsprechung kommen etwa in BGHZ 20, 88, 89 zum Ausdruck (zur Aufgabe, die maßgebenden Rechtssätze zur rechtlichen Bewertung der Übertragung des Anwartschaftsrechts zu finden): „Dabei sind die allgemeinen Gesichtspunkte, die sich aus der Natur der Sache ergeben, zu beachten und ferner die berechtigten Interessen der von einem solchen Rechtsübergang Betroffenen zu berücksichtigen. Und zwar müssen die so zu ermittelnden Rechtssätze im Einklang mit den im geltenden Recht durchgeführten Rechtskonstruktionen stehen.“

<sup>435</sup> Es sind weiterhin Fragen umstritten, z.B. ob das Anwartschaftsrecht ein dingliches Recht zum Besitz nach § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gewährt; offenlassend BGH NJW 2006, 3488, 3490; ablehnend BGHZ 10, 69, 71.

stellung privatrechtlicher Infrastruktur variieren kann, die erforderliche Regeldichte steigt.<sup>436</sup>

#### IV. Abgrenzung grundrechtlicher Ausgestaltungs- und Schutzpflichtdogmatik

Bevor unter den handlungsbezogenen Grundrechtsgehalten näher auf die grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Wahrnehmung durch die Zivilgerichte eingegangen wird (unter V.), ist zu erläutern, wie sich die zuvor entwickelte Ausgestaltungsdogmatik zur Schutzpflichtdogmatik verhält bzw. von ihr abgrenzen lässt.<sup>437</sup> Unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts ist diese Differenzierung wichtig, weil dieser im Bereich des ausgestaltenden Interessenausgleichs ein anderes, tendenziell geringeres Anforderungsprofil aufweist als im Rahmen der staatlichen Erfüllung von Schutzpflichten. Letztere geht nämlich in aller Regel mit einem (schützenden) Grundrechtseingriff einher und weist ein regulatorisches, präventiv-sanktionierendes Element auf.<sup>438</sup> Zudem bestehen bei der Bestimmung des gewünschten Schutzniveaus<sup>439</sup> (oberhalb der Untermaßgrenze) und der Auswahl der dazu einzusetzenden (Schutz-)Mittel große Gestaltungsspielräume, deren Ausfüllung *legislativer* Direktiven bedarf.<sup>440</sup> Der privatrechtliche Interessenausgleich, der vorliegend als Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) verstanden wird, konzentriert sich hingegen auf die Präzisierung des Rahmens wechselseitiger Freiheitsentfaltung, die in Ermangelung konkreter gesetzlicher Vorgaben in der Regel auch adäquat von den Zivilgerichten vorgenommen werden kann.<sup>441</sup>

Im Folgenden werden beide Ansätze zur dogmatischen Erfassung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse gegenübergestellt (1.), bevor auf Schwächen des Schutzpflichtmodells bei der Auflösung von Grundrechtskollisionen eingegangen wird (2.). Sodann wird unter Einbezug von Literaturstimmen eine engere

<sup>436</sup> Ein besonders starkes Bedürfnis nach Berechenbarkeit des Interessenausgleichs kann für die Festlegung statischer Regeln im Gesetz sprechen (z.B. die Bestimmung fester Altersgrenzen für die Geschäftsfähigkeit zum Minderjährigen- und Verkehrsschutz).

<sup>437</sup> Vgl. dazu auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 315 f.; *ders.*, *JZ* 2018, 901, 906 f.; *Jouannaud*, in: Köhler/Bauer (Hrsg.), *Proportionality in Private Law*, 2023, S. 35, 42–47.

<sup>438</sup> Näher unter § 9 V. 1. und 2. a.; s.a. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 315 f.; *ders.*, *JZ* 2018, 901, 905.

<sup>439</sup> Die Verfassung verlangt vom Gesetzgeber, eine angemessene Balance zwischen Schutzpflichten und Freiheitsrechten bzw. zwischen Sicherheit und Freiheit herzustellen (vgl. *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 151). Die damit einhergehenden, schwierigen Priorisierungsentscheidungen müssen zumindest im Kern im öffentlichen, parlamentarischen Willensbildungsprozess getroffen werden.

<sup>440</sup> Zur erforderlichen Gesetzesmediatisierung grundrechtlicher Schutzpflichten näher unter § 9 V. 1. a) bb).

<sup>441</sup> Zum Ausgestaltungscharakter des Interessenausgleichs oben § 9 III. 2. und 4. a)

Konzeption der Schutzpflichtdogmatik im privatrechtlichen Kontext befürwortet (3.). Schließlich ist in einem kurzen Exkurs zu zeigen, dass auch die Konvergenzlösung, welche privates Handeln dem Staat zurechnen und die staatliche Auflösung von Grundrechtskollisionen allein mit der Abwehrfunktion der Grundrechte erfassen will, keine überzeugende Alternative zur Ausgestaltungsdogmatik bietet (4.).

### 1. Gegenüberstellung beider Ansätze

Zuvor wurde gezeigt (unter III.), dass sich staatliches Handeln im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis sowohl in Form der Bereitstellung privatrechtlicher Infrastruktur als auch in Gestalt des privatrechtlichen Interessenausgleichs als Grundrechtsausgestaltung begreifen lässt.<sup>442</sup> Demgegenüber möchte ein großer, maßgeblich von *Canaris* geprägter Teil der Lehre<sup>443</sup> und bisweilen auch das BVerfG<sup>444</sup> die Auflösung grundrechtsrelevanter Interessenkonflikte zwischen Privaten primär mit dem Modell grundrechtlicher Schutzpflichten erfassen. Dies schlägt sich auch in der grundrechtsdogmatischen Einordnung zivilgerichtlicher Entscheidungen und im damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Überprüfungsmaßstab nieder.<sup>445</sup> So wird eine Verurteilung (d.h. ein Gebot oder Verbot) als *Grundrechtseingriff* gegenüber der belasteten Partei eingeordnet,<sup>446</sup> eine

<sup>442</sup> Siehe § 9 III.; zum Interessenausgleich als Ausgestaltung (i.w.S.) § 9 III. 2. a) und 4. a); s.a. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 284 (mit Fn. 115), 315; vgl. außerdem zur Differenzierung der ausgestaltungsbefugten Einrichtungspflicht des Gesetzgebers gegenüber der Grundrechtsausgestaltung aufgrund von Schutzpflichten, die sich auf eine Mindestgewährleistung bezieht, *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 45 f.

<sup>443</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37–51; *ders.*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.; s.a. *Oeter*, AÖR 119 (1994), 529, 549–551; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1136 ff. (insb. zum vertraglichen Bereich); *Vofßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79, 85–88 (der das Schutzpflichtenmodell zur Beurteilung deliktsrechtlicher Fallkonstellationen für sinnvoll hält, im Bereich privatautonomer Rechtsgestaltung aber skeptisch sieht).

<sup>444</sup> Zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung zivilgerichtlicher Entscheidungen am Maßstab grundrechtlicher Schutzpflichten BVerfGE 81, 242, 256; 89, 214, 232 ff. (jeweils auch unter Bezug auf das Sozialstaatsprinzip); s.a. BVerfGE 103, 89, 100 ff.; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087. Die grundrechtsdogmatische Einordnung und Terminologie des BVerfG ist jedoch nicht einheitlich. Zum Teil wird ohne Verwendung der Kategorien von Schutzpflicht und Eingriff auf eine einzelfallbezogene Abwägung der kollidierenden, grundrechtlich geschützten Interessen abgestellt, vgl. BVerfGE 90, 27, 33 ff.; 97, 169, 176; 134, 204, 223; 142, 74, 97; zu diesem Befund auch *Vofßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79, 88. Häufig bezieht sich das BVerfG bloß auf die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte im Privatrecht und vermeidet eine klare Benennung der betroffenen Grundrechtsfunktionen bei der Überprüfung zivilgerichtlicher Urteile, vgl. BVerfGE 7, 198, 207; 30, 173, 188; 73, 261, 269; 148, 267, 280.

<sup>445</sup> *Vofßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79, 85 präzisiert, dass das Schutzpflichtenmodell zu bestimmen versucht, anhand welcher Maßstäbe die Grundrechte im Zivilrechtsverkehr wirksam werden, während mit dem Einwirkungsmodell die Frage bejaht wird, ob die Grundrechte überhaupt im Rechtsstreit zwischen Privaten zu berücksichtigen sind.

<sup>446</sup> Sehr eindeutig etwa BVerfGE 119, 1, 20 ff.

Rechtsschutz vor privatem Handeln verwehrende Klageabweisung hingegen unter dem Aspekt der möglichen *Verletzung einer Schutzpflicht* beurteilt.<sup>447</sup> Die vom Gericht durch Auslegung oder Rechtsfortbildung geschaffene Fallnorm (auch: *ratio decidendi*)<sup>448</sup> wird dabei gleich einer gesetzlichen Norm auf eine mögliche Verletzung von Grundrechten durch einen ungerechtfertigten Eingriff bzw. die Nichterfüllung einer Schutzpflicht überprüft.<sup>449</sup>

Nach dieser Konzeption wird stets auf die Schutzpflicht des Staats abgestellt, wenn eine grundrechtsrelevante Beeinträchtigung, gleich ob im vertraglichen oder außervertraglichen Bereich, von einer privaten Partei ausgeht und in der Folge gerichtlich gerügt wird. Demnach findet das Schutzpflichtmodell oftmals auch im Bereich des klassischen privatrechtlichen Interessenausgleichs Anwendung, etwa bei der gerichtlichen Überprüfung von Vertragsklauseln<sup>450</sup> oder in Fällen der Kollision sogenannter Rahmenrechte, bei denen die Rechtswidrigkeit des Übertritts nicht indiziert, sondern durch eine gerichtliche Güter- und Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall erst positiv zu begründen ist.<sup>451</sup>

Nach hier vertretener Ansicht bildet das Schutzpflichtmodell die Aufgabe des Zivilgerichts bei der Herstellung des privaten Interessenausgleichs allerdings nicht überzeugend ab. Grund dafür ist primär die Beobachtung, dass ein Großteil privatrechtlicher Streitigkeiten<sup>452</sup> keinen „schützenden Eingriff“ des Staats ver-

<sup>447</sup> Siehe *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37 ff.; *ders.*, AcP 184 (1984), 201, 210 ff.; 225 ff.; s.a. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 486–488; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529, 535–537; darstellend: *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 118 f.; *Michl*, Jura 2017, 1062, 1066; *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906.

<sup>448</sup> Zur Fallnorm begriffsprägend *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, 1977, S. 202 ff.; zum Begriff der *ratio decidendi* *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 24 ff.

<sup>449</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 26 f. (unter Bezug auf die Schumann'sche Formel, nach der eine Gerichtsentscheidung einen Verfassungsverstoß darstellt, „wenn der angefochtene Richterspruch eine Rechtsfolge annimmt, die der einfache Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte“, *Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 207).

<sup>450</sup> Zur Überprüfung einseitig benachteiligender Vertragsklauseln BVerfGE 81, 242, 256 (Handelsvertreter); 89, 214, 232 ff. (Angehörigenbürgerschaft); 103, 89, 100 ff. (Unterhaltsverzicht); BVerfG NJW 2013, 3086, 3087 (Datenschutz im privaten Versicherungsrecht). Für die Anwendung der Schutzpflichtdogmatik im vertraglichen Bereich *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 232 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37; *Singer*, JZ 1995, 1133, 1138 ff.

<sup>451</sup> Rahmenrechte (z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht am ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb) genießen als „sonstige Rechte“ gem. § 823 Abs. 1 BGB Schutz. Sie zeichnen sich nach BGHZ 196, 193, 196 durch einen „offenen[n] oder Rahmentatbestand [aus], bei dem der Eingriff nicht die Rechtswidrigkeit indiziert, sondern in jedem Einzelfall durch eine Güterabwägung ermittelt werden muß, ob der Eingriff durch schutzwürdige andere Interessen gerechtfertigt ist oder nicht“. Folglich ist den Rahmenrechten gemein, dass sie stark kasuistisch geprägt sind und sich ihr Schutzgehalt beständig verändert. Dazu näher *Croon-Gestefeld*, Jura 2016, 1374 ff.; zur Einordnung in das Schutzpflichtmodell *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 230.

<sup>452</sup> Z.B. Streitigkeiten über die Reichweite vertraglicher Pflichten, Nachbarrechtskonflikte

langt, sondern die Koordinierung konfligierender Freiheitssphären, die sich überzeugender als Ausgestaltung wechselseitiger grundrechtlicher Schutzbereiche einordnen lässt.<sup>453</sup> Die Rolle des Schutzsuchenden ist hier oftmals nicht eindeutig besetzt,<sup>454</sup> sondern ein neutraler Ausgleich zwischen verschiedenen legitimen privaten Interessen geboten.<sup>455</sup> Dazu bietet das Schutzpflichtmodell einschließlich des schwierig justiziablen Untermaßverbots aber häufig keine geeignete Grundlage.<sup>456</sup> Anstatt der Aufspaltung des gerichtlichen Interessenausgleichs in zwei zueinanderpolige Grundrechtsverhältnisse (Schutzanspruch/Eingriffsabwehr) erscheint es sinnvoller, anhand eines einheitlichen Maßstabs zu überprüfen, ob das Gericht einen adäquaten Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen hergestellt hat, das mehrpolige Grundrechtsverhältnis also insgesamt *angemessen ausgestaltet* wurde. Konkurrieren gleichermaßen legitime private Interessen und fehlt eine eindeutige gesetzliche Regelung zu ihrer Gewichtung, muss das Gericht im konkreten Fall eine Güterabwägung mit dem Ziel praktischer Konkordanz vornehmen.<sup>457</sup> Eine unangemessene Ausgestaltung liegt etwa vor, wenn eine grundrechtlich geschützte Position gänzlich unberücksichtigt bleibt, einer anderen völlig untergeordnet wird oder in ihrem Kernbereich beeinträchtigt wird.<sup>458</sup>

---

oder Streitigkeiten um die Grenzen zwischen Meinungs-, Presse- oder Kunstfreiheit einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder Urheberrechten andererseits (sofern kein eindeutig rechtswidriges Verhalten vorliegt).

<sup>453</sup> Vgl. *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906 f.; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 242: „Zwar ist der Gesetzgeber zur Konfliktlösung berufen, indessen folgt dies nicht aus seiner Rolle als ‚Schutzpatron‘ der Grundrechte, sondern aus seiner Funktion als ‚Kordinator der Freiheitssphären‘.“; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 36 stellt der „Subordinationsebene“ zwischen Bürger und Staat, in der sich die Schutzpflicht und der Eingriff vollziehen, die „Koordinationsebene“ zwischen Privaten gegenüber.

<sup>454</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 157; zum rechtsgeschäftlichen Bereich *Vofßkuhle*, in: FS Stürmer, 2013, S. 79, 87 f.

<sup>455</sup> Neben dem Justizgewährleistungsanspruch haben die Parteien eines Privatrechtsstreits gegenüber dem Gericht einen Anspruch darauf, dass Richter bei der Auslegung einschlägiger Gesetze und Interpretation rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen einen angemessenen Interessenausgleich unter Wahrung des grundrechtlichen Ausgestaltungsrahmens anstreben. Vgl. zum Anspruch Einzelner auf grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung des Privatrechts BVerfGE 7, 198, 206 f.; s.a. *Michl*, Jura 2017, 1062, 1066 (allerdings mit einer rein eingriffsdogmatischen Einordnung zivilgerichtlicher Entscheidungen).

<sup>456</sup> So auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 315; zum Untermaßverbot m.w.N. unter § 9 V. (einleitend).

<sup>457</sup> Ähnlich BVerfGE 90, 27, 33 f.; 129, 78, 102; zum Ziel praktischer Konkordanz bei der Auflösung privater Interessenkollisionen auf Gesetzgebungsebene BVerfGE 89, 214, 232; 97, 169, 176; 134, 204, 223. Man kann insofern auch von einer „Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit“ sprechen; vgl. dazu *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), I, 20 f. (krit. bezüglich der Justiziabilität dieses Maßstabs); unter Bezug auf letzteren *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 60; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 350 f., 360–362.

<sup>458</sup> Näher dazu bereits unter § 9 III. 4. a) aa) (1); vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und

Die unterschiedlichen dogmatischen Ansätze lassen sich für den vertraglichen Bereich etwa anhand der Parabolantennen-Entscheidung des BVerfG veranschaulichen, in der es um die Abwägung zwischen der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 2 GG) eines Mieters und der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) einer Vermieterin ging.<sup>459</sup> Gestritten wurde um die Erlaubnis zur Anbringung einer Parabolantenne an der Mietswohnung, die den Empfang von Fernsehprogrammen in türkischer Sprache ermöglichte, aber mit einer optischen Beeinträchtigung der Hausfassade einherging. Das Zivilgericht wies die Klage des Mieters auf Zustimmung zur Anbringung der Antenne ab, weil der vertragsgemäße Gebrauch nach § 535 Abs. 1 BGB keinen entsprechenden Anspruch umfasse. Der Mieter erhob daraufhin Verfassungsbeschwerde und rügte eine Verletzung seines Grundrechts auf Informationsfreiheit. Im Schutzpflichtmodell nach *Canaris* wäre hier zuerst zu fragen, ob eine staatliche Schutzpflicht zugunsten des Mieters bzw. seiner Informationsfreiheit besteht, die möglicherweise durch die Gerichtsentscheidung verletzt wird.<sup>460</sup> Wird dies bejaht, wäre auf zweiter Stufe im Wege einer Einzelabwägung zu prüfen, ob dem Eigentümer die Anbringung der Antenne aus besonderen Gründen unzumutbar ist oder ob der Mieter auch ohne die Antenne über hinreichende Informationsmöglichkeiten verfügt (kurz: ob der in der Verurteilung zur Erlaubniserteilung liegende schützende Eingriff verhältnismäßig wäre).<sup>461</sup> Nach dem hier vertretenen Ausgestaltungsansatz lässt sich die Konstellation hingegen als Frage des angemessenen Ausgleichs zwischen den gegenläufigen Interessen von Mieter und Vermieterin begreifen.<sup>462</sup> Danach hat das Zivilgericht die Reichweite der vertraglichen Pflichten durch Auslegung des Begriffs des „vertragsgemäßen Gebrauchs“ (§ 535 Abs. 1 BGB) unter Berücksichtigung der involvierten Grundrechtspositionen und der Umstände, die den Interessenausgleich im konkreten Fall prägen,<sup>463</sup> zu ermitteln. Dies läuft letztlich ebenfalls auf eine Abwägung hinaus, bei der unter Beachtung des Angemessenheitsmaßstabs und mit dem Ziel praktischer Kon-

---

Privatrecht, 2016, S. 283–286, 315; BVerfGE 97, 169, 176 f.; 134, 204, 224. Als unangemessene Ausgestaltung lassen sich etwa die vom BVerfG unter dem Aspekt der Schutzpflichtverletzung behandelten Fälle gestörter Vertragsparität bei struktureller Unterlegenheit einer Partei einordnen, vgl. dazu BVerfGE 89, 214, 232 ff.; 103, 89, 100 f.

<sup>459</sup> BVerfGE 90, 27.

<sup>460</sup> Vgl. die Einordnung bei *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 60 f. mit Fn. 188.

<sup>461</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 61.

<sup>462</sup> Auch das BVerfG orientiert sich in seiner Entscheidung nicht am Schutzpflichtmodell, sondern sieht die Aufgabe des Zivilgerichts darin, im Wege einer fallbezogenen Abwägung zu bestimmen, welchem grundrechtlich geschützten Interesse im Rahmen des vom Gesetzgeber abstrakt vorgenommenen Interessenausgleichs im konkreten Fall der Vorrang gebührt, vgl. BVerfGE 90, 27, 33 f.

<sup>463</sup> Z.B. ein besonderes Interesse der Vermieterin an der Fassadengestaltung, ein besonderes Bedürfnis des Mieters am Empfang ausländischer Sender oder vorhandene alternative Möglichkeiten zum Empfang solcher Sender.

kordanz zu ermitteln ist, welchem Interesse im Einzelfall Vorrang gebührt. Trotzdem weist dieser Ansatz gegenüber dem Schutzpflichtenmodell Vorteile auf: Erstens überzeugt die Zuordnung der Rolle des „Schutzberechtigten“ nicht, weil die kollidierenden privaten Interessen hier gleichermaßen eine Berechtigung haben.<sup>464</sup> So lassen sich die Rollen von Mieter (Informationsfreiheit) und Vermieterin (Eigentumsgarantie) vertauschen, wenn man im Ausgangspunkt von einer unbeschränkten Befugnis des Mieters zur Nutzung der Außenfassade ausgeht und das Verbot als Aktualisierung der Schutzpflicht zugunsten der Eigentümerin versteht.<sup>465</sup> Zweitens birgt *Canaris'* Ansatz, wonach auf erster Stufe eine grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten des Mieters zu bejahen ist, bevor auf zweiter Stufe eine Einzelabwägung erfolgt, die Gefahr, dass das Gericht gar nicht erst zur Einzelabwägung gelangt, weil es nicht davon ausgeht, durch eine Klageabweisung die Schwelle des Untermaßverbots zu unterschreiten. Dies würde sich im Beispielfall zulasten des Mieters auswirken, der die von seiner Informationsfreiheit gestützte Erlaubnis zur Antennenmontage geltend macht. Allgemeiner betrachtet, kann sich die Anwendung des schwierig justiziablen Maßstabs des Untermaßverbots im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis systematisch – und zu einem gewissen Grad aleatorisch – zulasten der Partei auswirken, die im Privatrechtsstreit einen (Unterlassungs-)Anspruch geltend macht. Auf diese Schwäche des Schutzpflichtmodells ist sogleich näher einzugehen.

## *2. Schwächen des Schutzpflichtmodells beim zivilgerichtlichen Interessenausgleich*

Die Anwendung des Schutzpflichtmodells auf die zivilgerichtliche Auflösung von Grundrechtskollisionen geht mit der Unterteilung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse in ein Schutz- und ein Abwehrrechtsverhältnis einher. Dies führt zu einem asymmetrischen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab, der mit der Aufgabe des Zivilgerichts zum neutralen Interessenausgleich schwierig vereinbar ist (a)), zumal die Rollenverteilung zwischen den Prozessparteien (als Schutz- oder Eingriffssubjekt) zu einem gewissen Grad aleatorisch ist (b)). Bedenklich ist zudem, dass der ungleiche Prüfungsmaßstab Fehlanreize zu potenziell rechtswidrigem Handeln fördern könnte (c)).

---

<sup>464</sup> So auch BVerfGE 90, 27, 34; das Gericht zieht in der Entscheidung nicht die grundrechtliche Schutzpflicht heran, sondern stellt auf einen „angemessenen Ausgleich der beiderseitig grundrechtlich geschützten Interessen“ ab (ebd., S. 33 ff., Zitat auf S. 36).

<sup>465</sup> Vgl. mit Kritik zu *Canaris'* Einordnung: *Vofßkuhle*, in: FS Stürmer, 2013, S. 79, 87 f. mit Fn. 55.

## a) Asymmetrie zwischen Schutz- und Abwehrdimension

Wie gesehen, möchte ein Teil der Lehre die zivilgerichtliche Auflösung von Grundrechtskollisionen mit einer Kombination aus Schutz- und Eingriffsdogmatik erfassen,<sup>466</sup> wonach Verurteilungen einen Grundrechtseingriff gegenüber der belasteten Partei und Klageabweisungen bei Unterschreiten des Untermaßverbots die Verletzung einer Schutzpflicht darstellen.<sup>467</sup> Aus dieser Konstruktion resultiert ein Ungleichgewicht zwischen den am Rechtsstreit Beteiligten bzw. ein unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, je nachdem, ob es sich um eine zivilgerichtliche Verurteilung oder Klageabweisung handelt.

Während ein Grundrechtseingriff des Gerichts unter Rechtfertigungszwang steht und dem Übermaßverbot unterliegt, ist vom Gericht unterlassener Schutz nicht „von Haus aus“ rechtfertigungsbedürftig und erst bei Unterschreitung der Mindestanforderungen des Untermaßverbots verfassungswidrig.<sup>468</sup> Mit dem Übermaßverbot wird also gewissermaßen eine „Maximalgarantie“, mit dem Untermaßverbot bloß eine „Minimalgarantie“ zugunsten des betroffenen Grundrechts markiert.<sup>469</sup> Fehlen gesetzliche Regelungen, wirkt die wirkungsstärkere Abwehrfunktion der Grundrechte „freiheitsbegünstigend“ auf eine Bewahrung des Status quo hin, dessen Veränderung unter Aktivierung der Schutzfunktion rechtfertigungsbedürftig und auf gesetzliche Mediatisierung angewiesen ist.<sup>470</sup> Das auf diese Weise grundrechtlich determinierte Dreieck,<sup>471</sup> an dessen Spitze das Gericht und unteren Eckpunkten die Parteien des Rechtsstreits stehen, erweist sich somit nicht als „gleichschenkelig“, vielmehr setzt sich unter der Hypothese einer einfachgesetzlichen Pattsituation die Abwehrposition durch.<sup>472</sup> Es kommt hinzu, dass die Schutzpflicht mit der Untermaßgrenze einen sozialen Zustand beschreibt,<sup>473</sup> der sehr vage bleibt. In Ermangelung legislativer Vorgaben ist es für

<sup>466</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37–43; *ders.*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.; s.a. *Calliess*, JZ 2006, 321, 325–330; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 486–489; krit. *Hager*, JZ 1994, 373, 381–383; *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906 f.; zu verschiedenen Ansätzen grundrechtsdogmatischer Erfassung zivilgerichtlicher Entscheidungen eingehend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 100 ff.

<sup>467</sup> Dazu bereits unter § 9 IV. 1.; s.a. die Darstellung bei *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 118 f.; *Michl*, Jura 2017, 1062, 1066; *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906.

<sup>468</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 43; *Calliess*, JZ 2006, 321, 324; zum niedrigen Maßstab bei der Überprüfung von Schutzpflichten auch BVerfGE 92, 26, 46; BVerfG NVwZ 2010, 702, 704 f.

<sup>469</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 304 f.

<sup>470</sup> Vgl. *Calliess*, JZ 2006, 321, 324; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 219.

<sup>471</sup> Vgl. *Calliess*, JZ 2006, 321, 326.

<sup>472</sup> Dazu *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 118: „Wer sich in Dreieckskonstellationen auf ein Abwehrrecht berufen kann, hat eine stärkere grundrechtliche Position als derjenige, dem lediglich die Schutzpflicht zur Seite steht.“

<sup>473</sup> Vgl. *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 56 f. (am Bsp. der Rechtsprechung des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch). Die vom Gericht oder Gesetzgeber zu ergreifenden Schutzmaßnahmen sollen bewirken, dass der Zustand eines minimalen Schutzniveaus erreicht bzw. gewahrt wird.

Gerichte schwierig, die Untergrenze staatlicher Schutzverantwortung festzustellen und die zur Erreichung des angestrebten gesellschaftlichen Schutzniveaus erforderlichen privatrechtlichen Schutzmittel zu bestimmen. Auch dies begünstigt eine Neigung zur Bewahrung des Status quo und mithin zur Klageabweisung im Privatrechtsstreit.

Die so beschriebene Asymmetrie zwischen Schutzanspruch und Abwehranspruch wird in der Literatur häufig thematisiert<sup>474</sup> und beanstandet.<sup>475</sup> *Canaris* begründet sie dogmatisch damit, dass der Unterlassensvorwurf gegenüber dem staatlichen Akteur eines höheren Argumentationsaufwands bedürfe als der Vorwurf eines aktiven Eingriffs.<sup>476</sup> Dem Staat könne im Bereich des Unterlassens nicht dieselbe Begründungs- und Legitimationslast auferlegt werden wie im Bereich des Eingriffshandelns.<sup>477</sup> Ähnlich weist *Alexy* mit Blick auf die Justiziabilität der Rechte auf Schutz und Abwehr darauf hin, dass bei positiven Rechten auf Schutz ein Spielraum des Schutzverpflichteten verbleibe, bei negativen Rechten auf Unterlassen hingegen nur die Option des Unterlassens bestehe.<sup>478</sup>

Diese dogmatische Begründung der Asymmetrie zwischen Unterlassungs- und Handlungsanspruch leuchtet zwar ein. Sie liefert aber keine normative Rechtfertigung dafür, weshalb sich die Asymmetrie in Konstellationen des privatrechtlichen Interessenausgleichs, in denen gleichermaßen schützenswerte Interessen kollidieren, zugunsten einer Partei auswirken soll<sup>479</sup> – regelmäßig zugunsten derjenigen, die die Sphäre der anderen beeinträchtigt und in der Folge mit (Schutz-)Ansprüchen konfrontiert wird. *Canaris* beruft sich hierzu auf den Gedanken des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips,<sup>480</sup> wonach der freien Gesell-

<sup>474</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 43–47; *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 384; *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 559 f.; *Calliess*, JZ 2006, 321, 324; s.a. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 297–305, der aber den Gleichrang von Abwehrrecht und Schutzpflicht betont.

<sup>475</sup> Siehe *Hager*, JZ 1994, 373, 381; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 219; *Calliess*, JZ 2006, 321, 327 ff. (für eine dogmatische Gleichberechtigung von Abwehrrecht und Schutzpflicht); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 382022, S. 117 f. Rn. 484; *Singer*, in: FS Windbichler, 2020, S. 139, 147 f.

<sup>476</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 43 f.

<sup>477</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 43 f.

<sup>478</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 421. Während die Unterlassung jeder beeinträchtigenden staatlichen Maßnahme notwendige Bedingung für die Erfüllung des Eingriffsverbots ist, kommen meist mehrere geeignete Schutzhandlungen in Betracht, von denen für sich genommen für die Schutzerfüllung keine zwingend ist. Allein im Fall der Verengung auf eine einzige geeignete Schutzmaßnahme zur Erfüllung der Schutzpflicht stellt diese eine notwendige Bedingung dar, sodass sich eine mit dem Abwehrrecht vergleichbare Struktur ergibt.

<sup>479</sup> Krit. *Hager*, JZ 1994, 373, 381; s.a. die Bedenken bei *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 149; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 382022, S. 117 f. Rn. 484.

<sup>480</sup> Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 47; ähnlich *Jarass*, AöR 110 (1985), 363, 384 f. (einschränkend bei „bindenden Schutzpflichten und Verfassungsaufträgen“); s.a. *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 559.

schaft grundsätzlich Vorrang gegenüber staatlichem Einfluss gebührt und sämtliche staatliche Maßnahmen, die natürliche Handlungsmöglichkeiten der Bürger einschränken, rechtfertigungsbedürftig sind.<sup>481</sup> In der Asymmetrie spiegeln sich lediglich das „Prinzip vom Vorrang der Gesellschaft gegenüber dem Staat“ wider.<sup>482</sup> Der Verkehr der Bürger bleibe grundsätzlich frei von staatlichen Eingriffen; die staatliche Intervention stelle den begründungsbedürftigen Ausnahmefall dar, auch sofern sie dem Schutz anderer Bürger diene. Im Zweifel – also auch bei Fehlen spezifischer Gesetze zu Regelung eines Konflikts – setze sich folglich der Freiheits- gegenüber einem Schutzanspruch durch (*in dubio pro libertate*).<sup>483</sup>

Diese Begründung erscheint zur Rechtfertigung einer Asymmetrie des grundrechtlichen Schutzniveaus bei der zivilgerichtlichen Auflösung von Grundrechtskollisionen nicht geeignet. Dies wird deutlich, wenn man sich erneut die Schlichtungsaufgabe des Staats in Gestalt des Zivilgerichts vergegenwärtigt, die bei solchen Streitigkeiten im Vordergrund steht. Sie besteht darin, einen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten herzustellen, wobei die kollidierenden, grundrechtlich untermauerten Interessen im Ausgangspunkt gleich zu gewichten sind.<sup>484</sup> Die Funktion als schlichtende Instanz<sup>485</sup> folgt aus dem staatlichen Gewaltmonopol,<sup>486</sup> das im Justizgewährleistungsanspruch der Streitparteien ein Pendant findet. Mit dem Verbot der Selbsthilfe aufseiten der Bürger geht die staatliche Verpflichtung einher, ihnen einen rechtlichen Rahmen zur Konfliktlösung zu bieten.<sup>487</sup> Dabei hat das Gericht grundsätzlich eine „symmetrische Optimierung“ des Verhältnisses der Konfliktparteien anzustreben.<sup>488</sup> Mit diesem

<sup>481</sup> Zum rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip *Kahl*, AÖR 131 (2006), 579, 612.

<sup>482</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 47; krit. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 149 f.

<sup>483</sup> Krit. zur Anwendung des Grundsatzes in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen *Iseen*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 47 f., allg. krit. zu dem Grundsatz und seiner Anwendung im Privatrecht *Neuner*, ZfPW 2022, 257 ff.

<sup>484</sup> Vgl. *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906 f.; zur Aufgabe störungsbezogener Konfliktschlichtung zwischen gleichberechtigten Interessen auch *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 132 f., 160.

<sup>485</sup> Vgl. BVerfGE 31, 194, 210: „[D]er Staat wird gewissermaßen nur als Schiedsrichter zwischen den streitenden Eltern tätig [...]“; BVerfGE 73, 261, 269: „Wird der Richter in einem arbeitsrechtlichen Rechtsstreit mit Sozialplänen befasst, tritt er als streitentscheidende Instanz zwischen den Parteien auf [...]“.

<sup>486</sup> *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 907; *Calliess*, JZ 2006, 321, 326 f., der aus dem Gewaltmonopol des Staates eine mit dem Abwehrrecht dogmatisch gleichberechtigte Schutzpflicht ableitet; s.a. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 48 Rn. 158, die das Gewaltmonopol, welches den Staat zur rechtlichen Ordnung von Dreieckskonflikten verpflichtet, als Grundlage der „unechten“ Schutzpflicht verstehen.

<sup>487</sup> Vgl. *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 907; *Calliess*, JZ 2006, 321, 326 (mit Bezug auf die Ausgestaltung von Schutzpflichten).

<sup>488</sup> *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 215: „beide Konfliktparteien [sind] auf eine Verfolgung ihrer mit der Rechtsordnung vereinbaren Zwecke zu verweisen [...], bei der die jeweils andere Konfliktpartei nicht mehr als notwendig beeinträchtigt wird, [...] also eine Abwägung zugunsten und zu Lasten beider Konfliktparteien.“

neutralen Schlichtungsauftrag ist eine – durch die unterschiedliche Wirkmacht der grundrechtlichen Abwehrfunktion und Schutzpflicht begründete – asymmetrische Ausgangslage bei der Auflösung privatrechtlicher Interessenkonflikte nicht vereinbar.<sup>489</sup>

*b) Zufälligkeit der Rollenverteilung im Zivilprozess*

An der starren Einordnung zivilgerichtlicher Verurteilungen als Abwehrrechts- und Klageabweisungen als Schutzpflichtkonstellation stört außerdem, dass dabei der prozessualen Rollenverteilung zu große Bedeutung zukommt.<sup>490</sup> In zahlreichen Privatrechtsstreitigkeiten, in denen nicht der Schutz vor eindeutig rechtswidrigem oder missbräuchlichem Verhalten in Rede steht, hängt es nämlich von Zufällen ab, welche Partei sich in der Rolle des Klägers oder des Beklagten befindet.<sup>491</sup> Häufig haben beide Seiten des Rechtsstreits einen Anlass und prozessuale Möglichkeiten, ein Verfahren einzuleiten. Wer sich in die Klägerrolle begibt und eine belastende Verurteilung oder Feststellung beantragt, hätte indes einen schwereren Stand als die Gegenseite, wenn man der Ansicht folgte, dass eine „aktive“ gerichtliche Verurteilung stets höheren grundrechtlichen Hürden unterliegt als eine „passive“ Klageabweisung. Es kommt verwirrend hinzu, dass sich im Instanzenzug die prozessualen Rollen (Berufungskläger/-beklagter, Revisionskläger/-beklagter) verändern. Die Einordnung der Entscheidung des Berufungs- oder Revisionsgerichts als abwehrrechtlich relevanter Eingriff oder schutzpflichtrelevantes Unterlassen hinge somit vom Ergebnis der vorinstanzlichen Entscheidung ab.<sup>492</sup>

Die Austauschbarkeit der Prozessrollen lässt sich anhand des Sachverhalts, der der Sampling-Entscheidung<sup>493</sup> des BVerfG zugrunde lag, darstellen. Die Gründer der Musikgruppe „Kraftwerk“ machten Urheberrechtsverletzungen aufgrund der Verwendung einer Sequenz aus einem ihrer Stücke durch Hip-Hop-Musiker geltend und klagten unter anderem auf Unterlassung des Vertriebs des neu geschaffenen Titels. Nach der Eingriffs-/Schutzdogmatik wäre eine der

---

<sup>489</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 118, die beobachten, dass die Asymmetrie eine – unter Umständen gewünschte – Privilegierung aktiveren, aber auch aggressiveren Verhaltens, aber auch eine grundrechtliche Verstärkung traditioneller sozialer Ungleichheiten bewirken könne, wenn die unterschiedlich starken Grundrechtspositionen gesellschaftliche Machtpositionen widerspiegeln.

<sup>490</sup> Dazu krit. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 115–119.

<sup>491</sup> Vgl. *Hager*, JZ 1994, 373, 381; *Michl*, Jura 2017, 1062, 1066 f. Die prozessuale Konstellation (wer ist Kläger, wer Beklagter?) kann beispielsweise davon abhängen, wie von den Parteien bzw. vom Gesetzgeber (i.d.R. dispositiv) die zeitliche Abfolge eines vertraglichen Leistungsaustauschs geregelt wurde. Damit ist jedoch meistens keine grundrechtsspezifische Wertung verbunden, sodass es verfehlt wäre, die Ausrichtung des grundrechtlichen Schutzmaßstabs maßgeblich an die prozessuale Konstellation des Privatrechtsstreits zu koppeln.

<sup>492</sup> Krit. darstellend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 117.

<sup>493</sup> BVerfGE 142, 74; zu dieser Entscheidung auch oben § 9 III. 4. a) bb) (2).

Unterlassungsklage von „Kraftwerk“ stattgebende Verurteilung als Eingriff in die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) der Hip-Hop-Musiker zu behandeln, eine Klageabweisung hingegen als Verwehrung des Schutzes des geistigen Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) der Gruppe Kraftwerk. Genauso hätten aber die Hip-Hop-Musiker auf Feststellung ihres Rechts zur Nutzung der entsprechenden Sequenz klagen können. Ein entsprechendes Feststellungsurteil wäre als Eingriff in das Urheberrecht von Kraftwerk, eine Klageabweisung als Verwehrung des Schutzes der Kunstfreiheit der Hip-Hop-Musiker einzuordnen. Daran wird deutlich, dass sich – sofern man dem Eingriffs-/Schutzmodell folgt – je nach prozessualer Konstellation eine unterschiedliche grundrechtliche Perspektive mit unterschiedlichem Prüfungsmaßstab ergeben kann, obwohl es um die Auflösung desselben Konflikts zwischen Kunstfreiheit und Urheberrecht geht. Das BVerfG richtete die Überprüfung der Gerichtsentscheidungen in dieser Sache denn auch nicht an den Kategorien von Eingriff und Schutzpflicht aus.<sup>494</sup> Es sah die Aufgabe der Zivilgerichte überzeugend darin, „die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung zwischen Eigentumsschutz und damit konkurrierenden Grundrechtspositionen nachzuvollziehen und dabei unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen zu vermeiden“, wobei im Falle mehrerer Deutungsmöglichkeiten diejenige den Vorzug verdiene, „die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht und die die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung bringt“.<sup>495</sup>

Die Austauschbarkeit der Prozessrollen gilt auch für den rechtsgeschäftlichen Bereich. Auch hier kann etwa eine umstrittene Leistungspflicht vom Gläubiger im Wege der Leistungsklage sowie vom Schuldner im Wege der negativen Feststellungsklage vor Gericht gebracht werden.<sup>496</sup> Außerdem hängt die Frage, wer im Fall einer gestörten Leistungspflicht Klage erhebt, maßgeblich davon ab, in welchem Stadium sich der Leistungsaustausch befindet. Regelmäßig wird die Vertragspartei, die in Vorleistung gegangen ist, auf Erbringung der Gegenleistung bzw. (Teil-)Rückzahlung klagen, wenn die Gegenseite nicht oder schlecht leistet. Die Leistungsreihenfolge ist dabei meist vertraglich oder gesetzlich (z.B. in § 614 S. 1, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB; jeweils dispositiv) vorgesehen. Die Parteien bzw. der Gesetzgeber nehmen eine Risikoverteilung vor, indem die Gefahr des Ausfalls der Gegenleistung (z.B. im Fall der Insolvenz eines Vertragspartners) zugeordnet wird. Diese Zuordnung und die mit ihr verbundene prozessuale Rollenverteilung hat aber keine Bewandnis für die grundrechtliche Prägung des im

---

<sup>494</sup> BVerfGE 142, 74, 96: „Die Einräumung von dem Urheberrecht verwandten Leistungsschutzrechten sowie die Ausgestaltung ihrer Reichweite und Grenzen dienen als privatrechtliche Regelungen dem Ausgleich widerstreitender Interessen. Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist.“ (mit Bezug auf die gesetzlichen Ausgleichsregelungen).

<sup>495</sup> Alle Zitate BVerfGE 142, 74, 101.

<sup>496</sup> Vgl. *Michl*, Jura 2017, 1062, 1066 f.

Streitfall gerichtlich vorzunehmenden Interessenausgleichs, d.h. für die Frage, ob das auf die Klage folgende Urteil mit der Eingriffs- oder Schutzpflichtdogmatik zu erfassen ist.<sup>497</sup>

*c) Anreiz zu potenziell rechtswidrigem Handeln*

Neben der Zufälligkeit der prozessualen Rollenverteilung ist bedenklich, dass die Asymmetrie zwischen Über- und Untermaßverbot unerwünschte Anreize zu potenziell rechtswidrigem Handeln bzw. Selbstjustiz fördern könnte. Dies gilt gerade für außervertragliche Streitigkeiten, bei denen die Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung der Rechtssphäre Dritter nicht eindeutig ist. Setzte sich hier die Erkenntnis durch, dass der ungleiche verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab bezüglich einer „aktiven“ zivilgerichtlichen Verurteilung (Übermaßverbot) und einer „passiven“ Abweisung des klägerischen (Schutz-)Begehrens (Untermaßverbot) zu einer Begünstigung des Status quo führt, bestünde ein Anreiz, durch die Vornahme der potenziell rechtswidrigen Handlung ohne vorherige gerichtliche Klärung Fakten zu schaffen. In dem im Nachhinein von der beeinträchtigten Gegenseite einzuleitenden Verfahren wäre dann nämlich eine „günstigere“ verfassungsrechtliche Ausgangslage zu erwarten. Der Gedanke lässt sich erneut am Beispiel der Sampling-Thematik (Kollision von Kunstfreiheit und Urheberrecht) veranschaulichen, ist aber auf andere Bereiche übertragbar, in denen die Grenzen zwischen privaten Rechtssphären nicht klar markiert und die Rechtswidrigkeit der Beanspruchung von Rechten Dritter mithin nicht eindeutig ist.<sup>498</sup> Im Fall des Samplings, das potenziell Urheberrechte Dritter verletzt, bestünde folgende Anreizsituation: Der Sampling-Künstler wäre bewogen, anstatt im Vorfeld das Bestehen einer Duldungspflicht der Urheber gerichtlich feststellen zu lassen, die potenziell rechtswidrige Nutzung des (fremden) Recht schlicht vorzunehmen, um sich erst im Nachhinein gegen ein Schutzbegehren der Urheber verteidigen zu müssen. Denn bei der ex ante zu beantragenden Feststellung einer Duldungspflicht stünden die Erfolgsaussichten aufgrund der gerichtlichen Beachtung des strengeren Übermaßverbots schlechter als bei der ex post erfolgenden Prüfung, ob aufgrund von Schutzpflichten und der Untermaßgrenze ein staatlicher Eingriff zur Rückgängigmachung des faktischen Zustandes geboten ist.

---

<sup>497</sup> Zur Schwierigkeit, das für die Unterscheidung von staatlichem Tun und Unterlassung entscheidende staatliche Verhalten (Gerichtsentscheidung oder regulatorische Gestaltung) zu identifizieren *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 116 f.

<sup>498</sup> Z.B. bei manchen Besitz- oder Eigentumsrechten, bei Rechten an Daten oder der Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

### 3. Für eine engere Konzeption der Schutzpflichten im privatrechtlichen Kontext

In Anbetracht der soeben aufgezeigten Probleme erscheint eine engere Konzeption der Schutzpflicht (oder zumindest eine Differenzierung verschiedener Schutzpflichtarten)<sup>499</sup> im privatrechtlichen Kontext vorzugswürdig. Die klassische staatliche Schutzpflicht zielt primär auf den Schutz vor rechtswidrigen Verletzungen grundrechtlich geschützter Güter durch Dritte ab und verlangt vom Staat den Einsatz präventiver Maßnahmen zur Sicherung des verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutzniveaus.<sup>500</sup> Sie kann auch aus konkreten verfassungsrechtlichen Schutz- bzw. Fürsorgeaufträgen folgen, wie etwa dem Diskriminierungsschutzgebot (Art. 3 Abs. 3 GG)<sup>501</sup> oder dem staatlichen Wächteramt über das Kindeswohl (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG).<sup>502</sup> Aus rechtsfunktionaler Perspektive handelt es sich bei dem Einsatz von Schutzinstrumenten – seien sie öffentlich- oder privatrechtlicher Natur – um staatliche Regulierung zur Durchsetzung verfassungsrechtlich verankerter öffentlicher (Schutz-)Interessen.<sup>503</sup> Im Privatrecht steht dabei der präventiv-verhaltenssteuernde Ansatz im Zentrum, der insbesondere von deliktsrechtlichen Schadensersatzandrohungen sowie von (vorbeugenden) Unterlassungsansprüchen ausgeht.<sup>504</sup> Neben dem Schutz vor eindeutig rechtswidrigem<sup>505</sup> oder missbräuchlichem Verhalten erfüllt regulatorisches Pri-

<sup>499</sup> Zu einem differenzierenden Schutzpflichtenkonzept *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, S. 75–94. Danach greift nur im engen Bereich unzumutbarer Störungen eine *Verbotspflicht* (ebd., S. 80). Die *Sicherheitspflicht* zielt auf den Schutz vor rechtswidrigen Übergriffen durch Bereitstellung tatsächlicher oder rechtlicher Mittel ab (ebd., S. 87); sie dient damit der Verbotsbewehrung und eröffnet mit Blick auf die zu ergreifenden Präventions- und Reaktionsmittel einen staatlichen Handlungsspielraum (ebd., S. 90). Die *Risikovorsorgepflicht* bezieht sich auf rechtmäßige Verhaltensweisen Privater (und des Staats), die ein hohes Schädigungspotenzial aufweisen (ebd., S. 88).

<sup>500</sup> Vgl. *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 3; *Kingreen/Poscher*, *Grundrechte*, <sup>38</sup>2022, Rn. 152; daher wird die grundrechtliche Schutzpflicht auch aus dem Staatszweck Sicherheit hergeleitet, vgl. *Calliess*, *JZ* 2006, 321, 324 m.w.N.

<sup>501</sup> *BVerfGE* 160, 79, 111 ff.

<sup>502</sup> *BVerfG NJW* 2022, 3570 Rn. 17 ff. (zu Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG); zum staatlichen Wächteramt als Paradigma der Schutzpflicht auch *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 38–40.

<sup>503</sup> Vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 315 f.; *ders.*, *JZ* 2018, 901, 905.

<sup>504</sup> Der rechtsgeschäftliche Bereich ist von den Schutzpflichten aber nicht ausgenommen. So verlangt die Pflicht zum Schutz der negativen Vertragsfreiheit, einer durch arglistige Täuschung oder Drohung zum Vertragschluss bewogenen Partei Anfechtungsmöglichkeiten zu eröffnen. Diesem Schutzanliegen trägt § 123 BGB Rechnung.

<sup>505</sup> *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 228 stellt für den Maßstab der Rechtswidrigkeit primär auf die Verfassung ab, wobei das einfache Recht die Unwerturteile der Verfassung umsetzen und konkretisieren könne. Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit ergeben sich vor allem bei sog. Rahmenrechten, deren Kontur sich erst in der Interessenabwägung mit kollidierenden Rechten ergibt (insb. bei den Kommunikationsgrundrechten des Art. 5 GG). Hier kann die Grenzziehung oftmals nur einzelfallbezogen

vatrecht auch Schutzpflichten, wenn es bei risikogeneitem privaten Handeln auf eine generelle Steuerung des Aktivitäts- und/oder Sorgfaltsniveaus abzielt, wofür sich etwa die Einführung einer Gefährdungshaftung oder bestimmter Verkehrssicherungspflichten eignen kann. Dann geht es also nicht um die punktuelle Sanktion rechtswidriger privater Übergriffe, sondern um allgemeine Risikovor-sorge bzw. Schadensprävention bei spezifischen Gefährdungslagen (z.B. infolge des Betriebs gefährlicher Anlagen oder des Vertriebs gefährlicher Produkte), die oftmals einen großen Personenkreis betreffen.<sup>506</sup>

Die Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts, die bei der zivilgerichtlichen Auflösung von Grundrechtskollisionen regelmäßig im Vordergrund steht, findet ihre grundrechtsdogmatische Grundlage hingegen nicht in der staatlichen Schutzpflicht, sondern im staatlichen Auftrag zur wechselseitigen Grundrechtsausgestaltung. Auch in der Lehre wird die Tauglichkeit des Schutzpflichtmodells zur Erfassung mehrpoliger Grundrechtsverhältnisse zum Teil in Frage gestellt und versucht, die Schutzpflichten besser operabel zu machen.<sup>507</sup>

Ein Anhaltspunkt findet sich dafür bereits im Konzept *Lerches*, der Normtypen nach ihrer Grundrechtsrelevanz unterscheidet, wobei vorliegend die Differenzierung von *missbrauchsabwehrenden* und *konkurrenzlösenden* Normen interessiert. *Lerche* stellt fest, dass beiden Normtypen eine „Störung“ zugrunde liege, die jedoch von unterschiedlicher Natur sei: „Die konkurrenzlösenden Normen sind [...] zwar *störungsbezogen*, *indessen nicht missbrauchsbezogen*. [...] Die konkurrierenden Kräfte [...] stören zwar einander und machen daher eine Schlichtung erforderlich; aber ihre Träger üben ihre Rechte nicht missbräuchlich aus.“<sup>508</sup> Die *konkurrenzlösenden* Normen grenzt er wiederum von den *grundrechtsprägenden* Normen ab, schreibt aber auch ersteren ein Moment „gestal-

---

durch die Gerichte erfolgen. Steht dabei der Interessenausgleich beiderseitig schützenswerter Grundrechtspositionen im Vordergrund, nicht die einseitig schützende Sanktion, erscheint die Einordnung als Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) adäquat. Vgl. dazu auch *Martini*, JA 2009, 839, 842, der von staatlicher Gestaltungsaufgabe unter Bindung an die Grundrechte spricht; zur Problematik der Rahmenrechte bereits oben, §9 IV. 1. mit Fn. 451.

<sup>506</sup> Dieser Bereich lässt sich im differenzierenden Konzept von *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 75 ff. am ehesten der *Risikovorsorgepflicht* zuordnen, die z.B. öffentlich-rechtliche Maßnahmen zur Eindämmung von Gefahren beim Betrieb bestimmter Anlagen erfasst. Auch im rechtsgeschäftlichen Bereich ist es in Geschäftsbranchen mit hohem Risikopotenzial denkbar, dass grundrechtliche Schutzpflichten die Ergreifung privatrechtlicher Sicherungsmechanismen verlangen, so etwa bei Behandlungsverträgen (§§ 630a ff. BGB), Verbraucherdarlehensverträgen (§§ 491 ff. BGB) oder Bank- und Immobiliengeschäften. Hier können insbesondere Informations- und Beratungspflichten aber auch erleichterte Vertragslösungsmöglichkeiten dazu dienen, das Schutzniveau zu erhöhen.

<sup>507</sup> Wie bereits erwähnt, wird die privatrechtliche Auflösung von Grundrechtskollisionen auch vom BVerfG häufig nicht mit der Schutzpflichtdogmatik erfasst, sondern primär auf einen angemessenen Ausgleich abgestellt; vgl. BVerfGE 90, 27, 33 f.; 97, 169, 176; 129, 78, 101 f.; 134, 204, 223; 142, 74, 96 f.

<sup>508</sup> *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 132 (Hervorhebung im Original).

tender‘ Abwägung“ zu.<sup>509</sup> Diese Differenzierung stützt die hier vertretene These, dass klassische Schutzpflichtkonstellationen (i.S.v. Missbrauchsabwehr) einen schützenden staatlichen Eingriff erfordern, während die Schlichtung von Grundrechtskollisionen (i.S.v. Konkurrenzlösungen) ausgestaltender Natur ist.

*Kingreen* und *Poscher* unterscheiden zwischen „echten“ Schutzpflichten, deren Gegenstand rechtswidrige Übergriffe Privater sind und „unechten“ Schutzpflichten, die sich auf die rechtmäßige Freiheitsausübung in Dreiecksverhältnissen beziehen, die grundrechtlich geschützte Interessen eines anderen beeinträchtigt.<sup>510</sup> Auch bei *Isensee* klingt eine Differenzierung an, wenn er den spezifischen Tatbestand der staatlichen Schutzpflicht von der „unspezifischen Kollision zwischen Grundrechtsträgern, unter denen nicht mehr nach Täter und Opfer unterschieden werden kann“, abgrenzt und letztere Konstellation nur unter ein weiteres Verständnis der Schutzpflicht fassen möchte.<sup>511</sup> Schließlich hält *Voßkuhle* den Problemzugriff der Schutzpflichtdogmatik im rechtsgeschäftlichen Bereich für ungeeignet, wenn die „Rolle des Schutzsuchenden nicht eindeutig besetzt“ ist, vor allem dort, „wo die grundrechtsgemäße Austarierung vertraglicher Rechte und Pflichten in Streit steht“.<sup>512</sup>

Diese Positionen bestätigen, dass die Dogmatik grundrechtlicher Schutzpflichten nicht recht auf Konstellationen passt, in denen Interessen rechtmäßig handelnder Privater widerstreiten, die im Ausgangspunkt gleichermaßen schützenswert sind.<sup>513</sup> Der Anwendungsbereich der Schutzpflicht sollte folglich nicht auf jede (zivilgerichtliche) Auflösung grundrechtsrelevanter Interessenkollisionen ausgedehnt werden.

#### 4. Exkurs: Wider eine Zurechnung privaten Handelns zum Staat als Alternativlösung

Das zuvor im Kontext des Schutzpflichtmodells monierte Problem des asymmetrischen verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs ließe sich auch vermeiden, indem man die staatliche Auflösung von Privatrechtsstreitigkeiten grundrechtsdogmatisch allein mit der Abwehrfunktion erfasste (sog. Konvergenzlösung).<sup>514</sup>

<sup>509</sup> *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, <sup>2</sup>1999, S. 132 sowie insb. 152: „Das bezieht sich auf [...] den *gestaltenden* Charakter dieser Normen. Es ist dies zwar keine Gestaltung im Sinne von Grundrechtsprägung, aber doch im Sinne der Errichtung neuer Schranken und dem Zeichen eigenständigen Ausgleichs verschiedener unmittelbar gegeneinander strebenden Verfassungsgebote.“ (Hervorhebung im Original).

<sup>510</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 46–49.

<sup>511</sup> *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 193 und Rn. 157; die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen wird nach *Isensee* grundsätzlich nicht von grundrechtlichen Schutzpflicht berührt (ebd., Rn. 252).

<sup>512</sup> *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79, 87 f.

<sup>513</sup> In BVerfG NJW 2020, 3098 Rn. 9 ist im Kontext der Überprüfung des arbeitsgerichtlichen Interessenausgleichs bei Beurteilung einer Arbeitskämpfmaßnahme von „im Ausgangspunkt gleichberechtigter Freiheit“ die Rede.

<sup>514</sup> Prägnante Darstellung dieses Ansatzes bei *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 256 f.

Darauf läuft ein von *Jürgen Schwabe* geprägter Ansatz hinaus, der grundrechtsbeeinträchtigendes Verhalten Privater umfassend dem Staat zurechnen und mit der Abwehrfunktion erfassen möchte.<sup>515</sup> Dabei wird angenommen, dass der Staat, sofern er ein grundrechtsbeeinträchtigendes Verhalten Privater nicht ausdrücklich verbiete, dieses erlaube bzw. dazu ermächtige.<sup>516</sup> Dieser *Ermächtigung* entspreche auf privater Seite eine *Duldungspflicht*,<sup>517</sup> das störende private Verhalten von Dritten hinzunehmen, solange kein gesetzliches oder gerichtliches Verbot existiere.<sup>518</sup> Durch die Abweisung etwa einer Unterlassungs- oder Schadensersatzklage eines Privaten gegen grundrechtsbeeinträchtigendes Verhalten Dritter werde die Duldungspflicht gerichtlich durchgesetzt.<sup>519</sup> Das klageabweisende Urteil stelle eine (aktive) staatliche Billigung des störenden privaten Handelns dar und löse folglich die Abwehrfunktion der Grundrechte aus.<sup>520</sup> Es gehe also nicht um staatlichen Schutz vor privaten Übergriffen, sondern um „Abwehr staatlicher, wenngleich privat bewirkter Eingriffe“.<sup>521</sup>

Näher besehen, bietet die Zurechnungslösung weder in Konstellationen der klassischen staatlichen Schutzpflicht gegenüber eindeutig rechtswidrigen privaten Übergriffen noch in solchen des staatlichen Interessenausgleichs eine überzeugende dogmatische Alternative. Geht es um den Schutz vor rechtswidrigen Übergriffen Dritter, die der Staat (bzw. die Rechtsordnung) gerade missbilligt, erscheint es sinnwidrig, sie ihm trotzdem zuzurechnen.<sup>522</sup> Der Zurechnungsansatz

<sup>515</sup> *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 26 ff., 62 ff.; *ders.*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 212 ff.; ähnlich *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 91 ff.; krit. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 415–420; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 93–97; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 233 ff.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 258 f.

<sup>516</sup> *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 64; s.a. die Darstellung bei *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 416 f.

<sup>517</sup> Vgl. *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 91–93. *Murswiek* setzt sich auch mit staatlichen Schutzpflichten bei *Gefährdungen* durch Private auseinander (ebd., S. 101–122), die er dem subjektiv-abwehrrechtlichen Grundrechtsgehalt i.S.e. eines staatlichen Eingriffs durch Unterlassen zuordnet (ebd., S. 107).

<sup>518</sup> Vgl. *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 92, der seine Argumentation auch auf das staatliche Gewaltmonopol und das damit korrespondierende allgemeine Gewaltverbot für Bürger stützt; krit. dazu *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 235.

<sup>519</sup> Vgl. *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 66. *Schwabe* illustriert die Konstellation anhand des Blinkfuer-Beschlusses (BVerfGE 25, 256), dem die Versagung eines Schadensersatzanspruchs durch den BGH zugunsten des boykottierten Herausgebers der Wochenzeitung „Blinkfuer“ zugrunde lag.

<sup>520</sup> *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 66.

<sup>521</sup> *Schwabe*, ebd., S. 149. Daraus soll folgen, dass „alle privatrechtlichen Grundrechtsbeeinträchtigungen, als von der staatlichen Rechtsmacht herrührend, prinzipiell ganz ebenso an den Grundrechten zu messen [sind] wie die öffentlich-rechtlichen“ (ebd., S. 88).

<sup>522</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 46 f. Rn. 152. Die Ermächtigungskonstruktion ist auch problematisch, weil sie voraussetzt, dass das störende Verhalten bekannt

überzeugt aber auch nicht, wenn es um die – hier als Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) begriffene – Auflösung von Interessenkollisionen im Rahmen rechtmäßigen Handelns (insb. im vertraglichen Bereich) geht. Hier scheint *Schwabe* denn auch nicht konsequent an der abwehrrechtlichen Lösung festhalten zu wollen, denn er stellt letztlich – ausgehend von einer „Doppelfunktion“ des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>523</sup> (grundrechtsbegünstigend und grundrechtsbeschränkend zugleich) – auf das Erfordernis einer Güterabwägung im Einzelfall ab,<sup>524</sup> die dem vorliegend vertretenen Ansatz des ausgestaltenden Interessenausgleichs nahesteht.

Verspricht der Zurechnungsansatz keine klaren Vorteile zur grundrechtsdogmatischen Erfassung staatlichen Handelns im Bereich privater Rechtsverhältnisse, ist er nicht zuletzt aufgrund dogmatischer Schwächen abzulehnen. Er fußt auf einer problematischen Ermächtigungskonstruktion, wonach jedem nicht ausdrücklich verbotenen privaten Verhalten eine staatliche Ermächtigung zugrunde liegt. Damit wird die Existenz privater Handlungsfreiräume negiert, indem privates Handeln stets auf der Grundlage staatlicher Konzession gedacht wird.<sup>525</sup> Dies impliziert die Annahme, privates Handeln bedürfe einer staatlichen

---

oder erkennbar ist, was im Hinblick auf die Vielfalt privaten Handelns unmöglich erscheint. Die Ermächtigungskonstruktion ist daher auf die Annahme einer ausufernden „universellen staatlichen Einstandspflicht“ für jegliches private Handeln angewiesen (vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 417 mit Fn. 88). Demgegenüber ist es überzeugender und präziser, eine staatliche Handlungs- und Einstandspflicht nur in bestimmten Fällen aufgrund entsprechender Schutzpflichten anzunehmen.

<sup>523</sup> *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 114.

<sup>524</sup> Vgl. *Schwabe*, ebd., S. 108 f. *Schwabe* präzisiert, dass „bei der Abgrenzung zweier antagonistischer Grundrechtsbereiche“ stets eine „Feinabstimmung“ notwendig sei, um den Grundrechten beider Seiten gerecht zu werden (ebd., S. 111). Insofern ist *Schwabe* bei der Durchführung seines abwehrrechtlichen Modells weniger konsequent als *Ralf Poscher*, der auch in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen betont, dass der Bezugspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes streng am konkreten Zweck der staatlichen Regelung auszurichten sei und es nicht bloß um eine Abwägung der betroffenen privaten Grundrechtspositionen gehe (vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 325–330). *Poscher* bemerkt in dem Kontext: „Schwabe verspielt ein Stück weit das Potenzial seines dogmatischen Ansatzes, wenn er für die verfassungsrechtliche Bewertung von Drittkonflikten allein auf die Güterabwägung setzt [...]“ (ebd., S. 328). Er schlägt dagegen vor, die Verhältnismäßigkeitsprüfung staatlichen Handelns stets am spezifischen Regelungszweck auszurichten, dies auch bei der Auflösung mehrpoliger Grundrechtskonflikte (ebd., S. 328 f., 333). Insofern besteht eine Nähe zu der hier vertretenen Grundrechtsdogmatik im Bereich privatrechtlicher Regulierung, die sich als zweipoliges Grundrechtsverhältnis (Staat-Bürger) darstellt. Allerdings will *Poscher* auch hinter jedem staatlichen Interessenausgleich (im mehrpoligen Verhältnis) ein bestimmtes Regelungsziel identifizieren, das der Staat durchsetzt und so zur zweipoligen Abwehrrechtsdogmatik gelangen. Im rechtsgeschäftlichen Bereich sieht er etwa die „Wahrung und Durchsetzung der Privatautonomie“ als Regelungsziel an (ebd., S. 351). Der hier vertretene Regulierungsbegriff ist hingegen enger gefasst und geht nur von einem zweipoligen Grundrechtsverhältnis aus, wenn der Staat mittels (Privat-)Recht konkrete Gemeinwohlziele unter Hintanstellung individueller Interessen verfolgt.

<sup>525</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 258. Dies ist besonders bedenklich, weil

Erlaubnisgrundlage mit korrespondierenden Duldungspflichten und verkehrt das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip ins Gegenteil, nach dem *privates Handeln* im Grundsatz frei, die Notwendigkeit einer Erlaubnis die Ausnahme ist.<sup>526</sup> Bei konsequenter Handhabung führte dies zu einem *umfassenden Gesetzesvorbehalt* für *privates Handeln*, wird diesem doch stets eine staatliche Ermächtigung zum „Übergriff“ hinzugedacht, die wiederum als staatlicher Grundrechtseingriff einer gesetzlichen Grundlage bedürfte.<sup>527</sup> Zugleich führt der Ansatz zu einer unnötig starken Ausweitung des Eingriffsbegriffs.<sup>528</sup> Dabei verschwimmt die Unterscheidung zwischen originär staatlichem (Eingriffs-)Handeln „in eigener Sache“ und staatlicher Grenzziehung bzw. Ausgestaltung im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis und mit ihr die Vorzüge einer weitgehend klar umgrenzten abwehrrechtlichen Eingriffsprüfung.<sup>529</sup>

## V. Grundrechtliche Schutzpflichten als Ausprägung handlungsbezogener Grundrechtsgehalte

Wurden im vorangehenden Teil Vorbehalte gegenüber der Eignung des Schutzpflichtmodells zur grundrechtsdogmatischen Erfassung des privatrechtlichen Interessenausgleichs geäußert, bedeutet dies nicht, dass grundrechtliche Schutzpflichten im Privatrecht keinen Anwendungsbereich hätten. Sie spielen als objektiv-rechtliche bzw. handlungsbezogene Grundrechtsgehalte durchaus auch hier eine wichtige Rolle.<sup>530</sup> Aus den grundrechtlichen Schutzpflichten folgt in erster Linie die staatliche Pflicht, grundrechtliche Güter vor rechtswidrigen „privaten Übergriffen“ zu bewahren.<sup>531</sup> Dabei gewähren sie den gefährdeten Grund-

---

*Schwabe* in dieser Hinsicht keinen Unterschied zwischen außervertraglichen und vertraglichen Freiheitsbeeinträchtigungen vornehmen möchte, vgl. zu letzteren *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 67–75.

<sup>526</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 258; ähnlich *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 273.

<sup>527</sup> Ähnlich *Calliess*, JZ 2006, 321, 325.

<sup>528</sup> Krit. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 95; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 235; *Calliess*, JZ 2006, 321, 325.

<sup>529</sup> Vgl. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 96.; die Wichtigkeit der Unterscheidung betont *Suhr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 147.

<sup>530</sup> Zu Schutzpflichten als Ausfluss des objektiven Gehalts der Grundrechte BVerfGE 92, 26, 46; 96, 56, 64; 142, 313, 337.

<sup>531</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 410 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 3; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 46 f. Rn. 152; zum Ursprung der Schutzpflicht als Entstehungsbedingung des modernen Staats und Gegenstück zum staatlichen Gewaltmonopol *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 11; *Calliess*, JZ 2006, 321 f. Die Schutzpflicht umfasst auch Maßnahmen des Katastrophen- und Zivilschutzes, vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, <sup>38</sup>2022, S. 49; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 382.

rechtsträgern keine direkten Ansprüche gegen Private,<sup>532</sup> sondern Schutzansprüche gegen den Staat.<sup>533</sup> Die Art und Weise der Schutzgewähr ist in der Regel nicht näher verfassungsdeterminiert, sodass dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Auswahl des Schutzmediums zusteht, sofern wirksamer Schutz nicht bloß durch ein einziges Mittel erreichbar ist.<sup>534</sup> Die möglichen Schutzinstrumente sind vielfältig und können isoliert, parallel sowie im Rahmen eines größeren Schutzkonzepts eingesetzt werden. So kann grundrechtlicher Schutz durch Normen des Straf- oder Deliktsrechts ebenso wie durch verwaltungsrechtliche Genehmigungserfordernisse, Eingriffsbefugnisse oder schlichtes hoheitliches Handeln gewährt werden.<sup>535</sup> Die Grenze stellt das Untermaßverbot dar, welches ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art verlangt, um einen – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessenen und wirksamen Schutz zu bieten.<sup>536</sup> Wird mittels Privatrecht, etwa in Gestalt zivilgerichtlicher Urteile, grundrechtlicher Schutz realisiert, kann man auch von einer „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte sprechen.<sup>537</sup> So können sich Private zwar nicht unmittelbar untereinander auf grundrechtliche Schutzpflichten berufen, Gerichte müssen diese jedoch bei Auslegung und Anwendung der streitentscheidenden Privatrechtsnormen (z.B. §§ 823 Abs. 1, 826, 1004 BGB) berücksichtigen.

Im Folgenden wird die Rolle des Gesetzesvorbehalts bei der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten zuerst generell untersucht (1.), bevor der Blick

<sup>532</sup> Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 3.

<sup>533</sup> Der grundrechtliche Schutzanspruch vollzieht sich also ebenfalls – aber mit umgekehrtem Vorzeichen wie beim Grundrechtseingriff – im zweipoligen Grundrechtsverhältnis (Bürger-Staat), vgl. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 36; *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 905. Er richtet sich in der Regel auf den Einsatz zusätzlicher Regulierungsinstrumente, die der Staat vor allem zum Zweck der effektiven Prävention vor rechtswidrigen Übergriffen Dritter auf grundrechtlich geschützte Interessen schaffen muss.

<sup>534</sup> BVerfGE 39, 1, 42, 44; 46, 160, 164 f.; 56, 54, 80 f.; 88, 203, 254, 262; 96, 56, 64; 157, 30, 152; s.a. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 421 f.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 44. Der Gestaltungsspielraum kann sich in Ausnahmefällen, insb. wenn es um den Schutz des Lebens geht, auf eine bestimmte Modalität verengen, vgl. BVerfGE 39, 1, 53 ff.; 46, 160, 164 f.

<sup>535</sup> Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 410; s.a. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227. Eine Pflicht des Staats zum Einsatz gerade regulatorischen *Privatrechts* zu Schutzzwecken ist nur in Sonderkonstellationen denkbar, vgl. dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 315 f.

<sup>536</sup> Zum Untermaßverbot BVerfGE 88, 203, 254 f., 257 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 149. Das BVerfG stellt die Verletzung einer Schutzpflicht nur fest, „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“ (BVerfGE 160, 79, 105); s.a. BVerfGE 77, 170, 214 f.; 92, 26, 46; 142, 313, 337 f.; 157, 30, 114.

<sup>537</sup> Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 38 (m.w.N.); *ders.*, AcP 184 (1984), 201, 227 f.

auf das Privatrecht und die zivilgerichtliche Wahrnehmung von Schutzpflichten gerichtet wird (2.).

### 1. Ambivalente Rolle des Gesetzesvorbehalts im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten

Die Beachtung des Gesetzesvorbehalts wirft im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten besondere Probleme auf. Als Ausprägung der handlungsbezogenen Dimension der Grundrechte gilt für die Wahrnehmung von Schutzpflichten bei erster Betrachtung nicht der *Eingriffsvorbehalt*, denn es geht – aus Perspektive des Schutz begehrenden Grundrechtsträgers – um staatliches Handeln zur Grundrechtsverwirklichung, nicht um Eingriffsschutz. Für die Relativierung des Erfordernisses gesetzlicher Grundlagen bei staatlichen Schutzmaßnahmen scheint auch zu sprechen, dass die grundrechtliche Schutzpflicht nicht allein den Gesetzgeber, sondern sämtliche Staatsorgane adressiert, woraus man folgern könnte, dass Verwaltung und Rechtsprechung stets zur eigenständigen Entwicklung von Schutzmaßnahmen befugt sind, sofern der Gesetzgeber nicht tätig wurde. Das Bedürfnis nach effektivem Grundrechtsschutz scheint also dem Konzept eines vom Gesetzgeber *höchstpersönlich* zu vermittelndem Schutz entgegenzustehen. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Wahrnehmung der Schutzpflicht typischerweise in Dreieckskonstellationen erfolgt, in denen der staatliche Schutz eines Grundrechtsträgers mit Eingriffen in die Grundrechte eines anderen einhergeht und insofern den Anforderungen des Eingriffsvorbehalts unterliegt. Auch die große Unbestimmtheit der Schutzpflicht und ihre wichtige Bedeutung zur Grundrechtsrealisierung sprechen dafür, dem Gesetzgeber die Gestaltung von Schutzkonzepten und -modalitäten vorzubehalten.<sup>538</sup> Die so skizzierte Spannungslage wird im Folgenden näher erörtert und Stellung zu verschiedenen Lösungsansätzen bezogen.

#### a) *Simultaneität von Schutz und Eingriff*

In schutzrechtlichen Dreieckskonstellationen („Opfer-Störer-Staat“)<sup>539</sup> stellt sich das Problem, wie die Auswirkungen staatlicher Schutzgewähr auf private Störer zu berücksichtigen sind. Unterteilt man das Dreieck gedanklich in zwei Staat-Bürger-Beziehungen („Staat-Opfer“ und „Staat-Störer“) stellt sich das dem Schutz vor privaten Übergriffen dienende staatliche Handeln auf der Gegenseite

---

<sup>538</sup> Grundlegende Entscheidungen zur Schutzausgestaltung werden regelmäßig unter das Wesentlichkeitskriterium gefasst, vgl. BVerfGE 49, 89, 126 f.; 77, 381, 403; zum Bezug des Wesentlichkeitskriteriums auf die Festlegung der Mittel der Schutzpflicht auch *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 282.

<sup>539</sup> Vgl. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 204–206; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 40; *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 556 f.; *Calliess*, JZ 2006, 321, 326.

als Eingriff in ein Abwehrrecht dar.<sup>540</sup> Dabei werden gewissermaßen beide Stoßrichtungen des Gesetzesvorbehalts aktiviert.<sup>541</sup> In der Staat-Störer-Beziehung geht es um den klassischen *Eingriffsvorbehalt*,<sup>542</sup> in der Staat-Opfer-Beziehung verlangt der bei Bestimmung der staatlichen Schutzhandlung zu beachtende *Ausgestaltungsvorbehalt* Beachtung. Liegt eine gesetzliche Grundlage vor, aus der Rechtsanwender eine konkrete Schutzmaßnahme zur Regelung des Konflikts ableiten können, wird beiden Ausprägungen des Gesetzesvorbehalts Rechnung getragen. Wie verhält es sich aber, wenn gesetzliche Regelungen fehlen, der „Schutz durch Eingriff“ dem streitentscheidenden Organ aber geboten erscheint? Ermächtigt die Schutzpflicht dann unmittelbar zu Eingriffen in Grundrechte des „Störers“ oder ist die vom „Opfer“ begehrte Schutzmaßnahme abzulehnen, im Privatrechtsstreit mithin das klägerische Schutzbegehren abzuweisen, solange der Gesetzgeber keine „Schutzgrundlage“ geschaffen hat?<sup>543</sup>

Diese Problematik wurde bislang vermehrt außerhalb des Privatrechts diskutiert und ist äußerst umstritten, wie bereits das zur Schutzpflicht grundlegende erste Abtreibungsurteil des BVerfG und das dazu ergangene Sondervotum zeigen. Die Mehrheit des Ersten Senats räumte damals der staatlichen Pflicht zum

---

<sup>540</sup> Die staatliche Schutzpflicht konzentriert sich auf den Schutz vor *rechtswidrigen Übergriffen* Dritter, während der hier als Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) verstandene Interessenausgleich die Kollision gleichermaßen schützenswerter, von der Rechtsordnung anerkannter Rechtspositionen betrifft (näher zur Differenzierung unter § 9 IV.). Bei der Durchsetzung von Schutzpflichten greift der Staat in der Regel in Grundrechte des „Störers“ ein. Ein alternativer Ansatz, der das Dilemma der Simultanität von Schutzpflicht und Eingriff umgeht, besteht darin, im Sinne eines *engen* Schutzbereichsverständnisses die „störende“ Handlungsweise bereits auf tatbestandlicher Ebene (d.h. Prüfung der Eröffnung des Schutzbereichs) auszusondern. Dies wird etwa für sozialschädliches, missbräuchliches oder unfriedliches Verhalten vertreten, das die grundrechtliche Freiheitssphäre anderer beeinträchtigt; vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 94–102; *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165, 174 ff.; vorsichtig *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 221–225; s.a. BVerfG NJW 1984, 1293, 1994 (Sprayer von Zürich). Vorherrschend ist jedoch eine *weite* Tatbestandstheorie, die „störende“ Verhaltensweisen einschließt, den staatlichen (Schutz-)Eingriff aber meist als gerechtfertigt ansieht; vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 290–299; *Kahl*, AöR 131 (2006), 579, 605–611; s.a. BVerfGE 119, 1, 23; 142, 74, 104. Grds. ist letztgenannter Auffassung zu folgen. Eine Einengung des Schutzbereichs führt zu einem Verschleifen der Prüfungsebenen und zu einer Außerachtlassung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts; vgl. *Möllers*, NJW 2005, 1973, 1977; *Kahl*, AöR 131 (2006), 579, 607. Zudem fällt es schwer, die Grenze zwischen Verhaltensweisen, die noch innerhalb und solchen, die außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereichs liegen sollen, zu ziehen. Allg. Grundsätze wie das Gebot *neminem ladeare* oder der *Kant*'sche Rechtsbegriff bleiben zu vage, um Maßstäbe für den Ausschluss konkreter Verhaltensweisen aus dem grundrechtlichen Schutzbereich zu liefern.

<sup>541</sup> So auch *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 379 f.

<sup>542</sup> Vgl. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 42–44; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 379; *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 559.

<sup>543</sup> Zu dieser Problematik *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 557–563; s.a. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 44, der von einem „verfassungsrechtlichen Dilemma“ spricht.

Lebensschutz des Embryos einen im Grundsatz bedingungslosen Vorrang gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mutter ein.<sup>544</sup> *Isensee* analysiert die Entscheidung daher folgendermaßen: „Das Recht auf Leben wird kraft der Schutzpflicht, die es auslöst, zum Eingriffstitel gegenüber dem privaten Verletzer.“<sup>545</sup> Im Sondervotum wurde dagegen moniert, die Funktion der Grundrechte werde „in ihr Gegenteil verkehrt“, wenn aus den objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte Pflichten zum Eingriff in grundrechtlich geschützte Freiheitsbereiche abgeleitet würden.<sup>546</sup> In vereinfachter Darstellung lassen sich die Position einer *unbedingten* Schutzpflichtwahrnehmung (d.h. trotz Fehlens gesetzlicher Grundlagen) (aa)) und die einer *gesetzlich mediatisierten* Schutzpflichtwahrnehmung (bb)) gegenüberstellen. Der Ansatz, gefährdendes privates Handeln selbst dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage zu unterstellen, kann hingegen von vornherein nicht überzeugen (cc)).

*aa) Grundrechtliche Schutzpflichten als unmittelbare Eingriffstitel?*

Missst man Schutzpflichten eine kompetenzbegründende Funktion im Sinne einer direkten Eingriffsermächtigung bei, wird das Erfordernis einer einfachgesetzlichen Eingriffsgrundlage entsprechend relativiert.<sup>547</sup> Dies entspricht einem Verständnis grundrechtlicher Schutzpflichten als unbedingte normative Vorgaben, die sämtliche staatliche Organe binden (Art. 1 Abs. 3 GG) und stets effektiv umsetzbar sowie von Privaten unmittelbar einforderbar sein müssen. Verwaltung und Rechtsprechung wären demnach unmittelbar zu den als notwendig befundenen Schutzeingriffen ermächtigt, auch wenn schutzvermittelnde einfachgesetzliche Normen fehlten. Bei Ablehnung eines begehrten Schutzanspruchs durch ein Gericht unter Verweis auf die defizitäre Gesetzeslage und fehlende Befugnis zur

---

<sup>544</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1, 42–44.

<sup>545</sup> *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 28. *Isensee* selbst spricht sich aber für eine gesetzesmediatisierte Schutzpflicht und die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes beim „Schutz durch Eingriff“ aus, vgl. ebd., S. 42 f.; s.a. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 281 ff.

<sup>546</sup> BVerfGE 39, 1, 73 f. (Sondervotum Rupp. v. Brünneck, Simon). Die Kritik im Sondervotum bezog sich auch darauf, dass das BVerfG erheblich in die Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers eingreife, wenn es aus den grundrechtlichen Schutzpflichten konkrete Handlungsvorgaben für diesen ableite (vgl. BVerfGE 39, 1, 72 f.).

<sup>547</sup> Vgl. *Jarass*, AÖR 110 (1985), 363, 383: „Die Schutzpflicht wird zur Berechtigung ein anderes Grundrecht zu beschränken.“ und ebd., S. 385: „Das heißt, dass ein Grundrecht ein anderes [...] ohne gesetzgeberische Konkretisierung begrenzen kann, wenn ihm eine bindende Schutzpflicht, ein bindender Verfassungsauftrag zu entnehmen ist. Unterhalb dieser Schwelle liegt der Ausgleich beim Gesetzgeber.“; *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 91–93 differenziert: die Rechtsprechung könne grds. ohne gesetzliche Ermächtigung ihre Entscheidung auf eine grundrechtliche Schutzpflicht stützen, die Verwaltung hingegen aufgrund des Gesetzesvorbehalts nur im Ausnahmefall einer Schutzlücke. Diese Differenzierung geht von der hier nicht geteilten Prämisse aus, der Gesetzesvorbehalt entfalte gegenüber der Rechtsprechung keine Wirkung (vgl. *Bumke*, ebd., S. 92, 201, 204 f.).

autonomen Entwicklung von Schutznormen stünde der negativ betroffenen Partei die (Urteils-)Verfassungsbeschwerde offen.<sup>548</sup>

*bb) Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für Schutzeingriffe*

Ein solch „absolutes“ Verständnis grundrechtlicher Schutzpflichten als unmittelbare Eingriffstitel vermag nicht zu überzeugen. Die wohl überwiegende Ansicht geht denn auch davon aus, dass sich die Schutzpflicht in Dreieckskonstellationen – zumindest im Ausgangspunkt – an den Gesetzgeber richte, der die im grundrechtlichen Schutzbedürfnis gründenden Schranken in Gesetzesform gießen müsse, bevor Verwaltung und Rechtsprechung den Schutz im Einzelfall realisieren können.<sup>549</sup> Die Schutzpflicht wird also nicht für geeignet gehalten, die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts gänzlich zu überspielen.<sup>550</sup> Zwar richtet sich der Schutzauftrag aus Art. 1 Abs. 3 GG an alle staatlichen Organe, gleichwohl nur nach Maßgabe ihrer Kompetenzen und Funktionen sowie der ihnen zur Verfügung stehenden Regelungsverfahren und Instrumentarien.<sup>551</sup> Demnach hat primär der Gesetzgeber zu entscheiden, wie Schutzpflichten im Einzelnen zu verwirklichen sind.<sup>552</sup> Der Gesetzesvorbehalt verlangt sowohl in seiner eingriffsbezogenen, primär rechtsstaatlich-grundrechtlich ausgerichteten, als auch in seiner ausgestaltungsbezogenen, primär demokratisch-gewaltenteilungsbezogenen Funktion zum Schutz der Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers eine *gesetzesmediatisierte* Schutzpflicht.<sup>553</sup> So spricht das Bedürfnis nach Vorhersehbarkeit staatlicher (Schutz-)Eingriffe und Rechtssicherheit für das Erfordernis gesetzlicher Anknüpfungspunkte.<sup>554</sup> Zugleich umfasst die Schutzpflichtausgestaltung in der Regel Entscheidungen, die nach der Wesentlichkeitstheorie im Kern einer parlamentarischen Befassung bedürfen. Dagegen weisen grundrechtliche Schutzpflichten nur äußerst selten einen derart konkreten Gehalt auf, dass Gerichte daraus mittels Auslegung klare Vorgaben zur Bestimmung von Schutzmodalitäten ableiten könnten.

<sup>548</sup> Zu privatrechtlichen Konstellationen, in denen das BVerfG mangelnde grundrechtliche Schutzgewähr durch die Zivilgerichte mittels Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln beanstandet, vgl. BVerfGE 81, 242, 255 f.; 89, 276, 285 f.; 89, 214, 233, 234; 103, 89, 100 f.

<sup>549</sup> So *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 42 f.; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 206–208; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 379 f.; *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 557 f.; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529, 549 f.; vgl. auch BVerfGE 39, 1, 73 f. (Sondervotum Rupp-von Brünneck, Simon); 88, 203, 254; zur Rechtsprechung im Privatrecht *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 231–234.

<sup>550</sup> *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 42 f.

<sup>551</sup> So *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 559; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 375 f.

<sup>552</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1, 71 f. (Sondervotum Rupp-von Brünneck, Simon).

<sup>553</sup> Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 228–231 (zur Kompetenz der Zivilgerichte zur ergänzenden Schutzpflichtwahrnehmung).

<sup>554</sup> Ähnlich *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 555 f.

cc) Wider eine „Umkehrung“ des Vorbehaltsgedankens: Kein Erfordernis gesetzlicher Grundlagen für privates Handeln

Abzulehnen ist auch eine im verwaltungsrechtlichen Kontext vereinzelt aufgetretene Konstruktion, die privates Handeln mit Gefährdungspotenzial aufgrund einer Schutzpflicht einem präventiven Verbot mit „Erlaubnisvorbehalt“ unterstellt, um die einfachrechtliche Stellung des „Schutzsuchenden“ zu stärken.<sup>555</sup> Privates Handeln mit Gefährdungspotenzial für Grundrechte Dritter wird dabei als rechtswidrig beurteilt, sofern es einer gesetzlichen Erlaubnis entbehrt. Paradigmatisch dafür steht ein Beschluss des VGH Kassel aus dem Jahr 1989 („Chemtec“) zur Genehmigungspflicht des Betriebs einer gentechnischen Anlage. Auf Betreiben der Nachbarn, die den Schutz ihrer Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 GG geltend machten, erklärte der Gerichtshof die Genehmigung des privaten Betriebs der gentechnischen Anlage<sup>556</sup> mangels spezialgesetzlicher Genehmigungsgrundlage für rechtswidrig.<sup>557</sup> Die Entscheidung beruhte auf der Annahme, aufgrund des hohen Gefährdungspotenzials der Gentechnologie stehe auch privates Handeln in diesem Bereich unter einem Gesetzesvorbehalt. Solange eine gesetzgeberische Grundentscheidung für die Nutzung der Gentechnologie fehle, könnten gentechnische Anlagen nicht errichtet und betrieben werden.<sup>558</sup> Dabei bezog sich der VGH Kassel auch auf die Wesentlichkeitstheorie, indem er die Materie der Gentechnologie parallel zur Kerntechnologie als *wesentlich* einordnete. Diese Beurteilung mochte in der Sache zutreffen, allerdings wurde die Stoßrichtung der Wesentlichkeitstheorie verkannt, indem das Gericht daraus unmittelbare Folgen für privates Handeln ableitete.<sup>559</sup> Diese Handhabung bedeutet – ähnlich der Zurechnungslösung *Jürgen Schwabes*<sup>560</sup> –, risikobehaftetes privates Handeln faktisch mit einem staatlichen Grundrechtseingriff gleichzusetzen und in der Konsequenz dem Gesetzesvorbehalt zu unterstellen. Zudem greift das Gericht, indem es in Ermangelung einer gesetzlichen Erlaubnis ein generelles Handlungsverbot annimmt, selbst einer gesetzlichen Regelung vor. Es übernimmt die – nach der Wesentlichkeitstheorie dem Gesetzgeber zugewiesene – Aufgabe, die Gefährlichkeit privaten Handelns für grund-

---

<sup>555</sup> Siehe VGH Kassel, NJW 1990, 336; krit. dazu *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 554 ff.

<sup>556</sup> Der Betrieb der Anlage liegt im Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 (Forschungsfreiheit), Art. 12 Abs. 1 (Berufs- und Gewerbefreiheit), ggf. auch Art. 14 Abs. 1 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb); vgl. VGH Kassel, NJW 1990, 336, 337.

<sup>557</sup> VGH Kassel, NJW 1990, 336. Das in voriger Instanz hatte das VG Frankfurt hingegen unter Verweis auf BVerfGE 49, 89, 131 (Kalkar) angenommen, es könne „bei einer derartigen Sachlage nicht Aufgabe der Gerichte sein, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten“, da den Gerichten insoweit die rechtlichen Maßstäbe fehlten (VG Frankfurt, NJW 1989, 1097, 1099). Krit. zur Entscheidung des VGH Kassel *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 258; *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 554 ff.

<sup>558</sup> VGH Kassel, NJW 1990, 336, 339.

<sup>559</sup> Ähnlich *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 557.

<sup>560</sup> Zur Ablehnung der Zurechnungslösung *Schwabes* näher unter § 9 IV. 4.

rechtliche Schutzgüter Dritter einzuschätzen und gegebenenfalls unter einen Genehmigungsvorbehalt zu stellen. Das Fehlen eines genehmigenden Gesetzes wird also unter Rückgriff auf grundrechtliche Schutzpflichten zum Verbot.<sup>561</sup> Dies steht jedoch mit der Struktur des Gesetzesvorbehalts und dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip, wonach Grundrechtsträger ohne Rechtfertigungszwang von ihrer Freiheit Gebrauch machen dürfen, in Widerspruch.

#### b) Weiter Adressatenkreis grundrechtlicher Schutzpflichten

Der hier befürwortete Ansatz einer *gesetzesmediatisierten* Schutzpflicht ist nicht mit einem gesetzgeberischen *Monopol* der Schutzpflichtenerfüllung zu verwechseln, welches jeden Schutz von Grundrechtsgütern ohne eine konkrete gesetzliche Anordnung ausschliesse.<sup>562</sup> Es trifft zu, dass die Schutzpflicht nach Art. 1 Abs. 3 GG alle staatlichen Organe adressiert, also nicht bloß *exklusiv* vom Gesetzgeber wahrzunehmen ist.<sup>563</sup> Allgemein gilt, dass sich staatliche Organe bei handlungsbezogenen Schutzpflichten – anders als im rein abwehrrechtlichen Kontext – nicht darauf beschränken können, eine Maßnahme zu unterlassen bzw. aufzuheben, sondern aktive Schutzhandlungen vornehmen müssen.<sup>564</sup> Problematisch ist dabei vor allem auch die Frage, *wie* die unbestimmte Schutzpflicht zu erfüllen ist.<sup>565</sup> Wenn bei der Schutzausgestaltung – wie meistens – Handlungsalternativen offenstehen, stellt sich die Frage, inwieweit die Rechtsprechung (oder im verwaltungsrechtlichen Kontext eine Behörde) befugt ist, gesetzliche Schutzregelungen zu ergänzen, zu ersetzen oder in Ermangelung gesetzlicher Vorkehrungen eigene Schutzkonzepte zu entwickeln. Dabei spielen unterschiedliche Faktoren eine Rolle, etwa wie dringlich das konkrete Schutzbedürfnis ist, welchen Inhalt die konkrete Schutzpflicht hat,<sup>566</sup> ob eine punktuelle Schutzmaßnahme oder ein gesamtes Schutzkonzept erforderlich ist und inwieweit die begehrte Schutzmaßnahme eine (intensive) Eingriffskomponente aufweist.

Das BVerfG formuliert die Befugnis zur Bestimmung, wie Schutzpflichten zu erfüllen sind, im Ausgangspunkt sehr offen: „Wie die staatlichen Organe ihre

<sup>561</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 258.

<sup>562</sup> Ähnlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 228.

<sup>563</sup> Vgl. BVerfGE 46, 160, 164 (zur Pflicht zum Schutz des menschlichen Lebens): „An diesem Gebot haben sich alle staatlichen Organe, je nach ihren besonderen Aufgaben, auszurichten.“

<sup>564</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 259.

<sup>565</sup> Zur Unterscheidung von „ob“ und „wie“ des Schutzes BVerfGE 39, 1, 68 f. (Sondervotum Rupp v. Brüneck, Simon); zur Unbestimmtheit der Schutzpflicht BVerfGE 96, 56, 64: „[D]as Abwehrrecht [fordert] in Zielsetzung und Inhalt ein bestimmtes staatliches Verhalten [...], während die Schutzpflicht grundsätzlich unbestimmt ist.“

<sup>566</sup> Zur Unterscheidung verschiedener Typen von Schutzpflichten (Verbotspflicht, Sicherheitspflicht, Risikoversorgepflicht) und einer entsprechend variierenden verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 76–89.

Schutzpflicht erfüllen, ist von ihnen in eigener Verantwortung zu entscheiden.<sup>567</sup> Es betont aber auch, dass „die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts *Sache des Gesetzgebers* ist, dem grundsätzlich auch dann ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt, wenn er verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz eines Rechtsguts zu ergreifen“.<sup>568</sup> Damit bezieht sich das BVerfG zwar primär auf die Einschränkung des eigenen Prüfungsmaßstabs (*judicial self restraint*) und weniger auf die Frage, inwieweit die Verwaltung und Fachgerichte bei der Schutzgestaltung dem Gesetzgeber vorgreifen dürfen.<sup>569</sup> Bei weitreichenden Entscheidungen über Schutzmittel, etwa bezüglich Schutzmaßnahmen vor Gefahren privater Kernenergienutzung, hat es aber auch unter Bezugnahme auf den Gesetzesvorbehalt die Kompetenz des Gesetzgebers hervorgehoben und Gestaltungsbefugnisse der Judikative eingeschränkt.<sup>570</sup> Im Grundsatz geht das BVerfG also davon aus, dass der Gesetzgeber *primärer* Adressat der Schutzpflicht sei, Gerichten aber eine „ergänzende“ Kompetenz zur Konkretisierung eines Schutzkonzepts oder offen gestalteter Schutzmaßnahmen zukomme.<sup>571</sup> Dabei bleibt vage, ob es Entscheidungen über Schutzmaßnahmen gibt, die allein der Gesetzgeber treffen darf und inwieweit sich „ergänzender“ Schutz durch die Rechtsanwendungsorgane an gesetzlichen Anknüpfungspunkten orientieren muss.<sup>572</sup> Die Handhabung scheint sich oftmals

---

<sup>567</sup> BVerfGE 96, 56, 64; s.a. BVerfGE 46, 160, 164; 77, 170, 214 f.; 92, 26, 46; 133, 59, 76.

<sup>568</sup> BVerfGE 96, 56, 64 (Hervorhebung hinzugefügt); s.a. BVerfGE 121, 317, 356; 133, 59, 76; 157, 30, 114.

<sup>569</sup> Mit Blick auf die Kompetenzabgrenzung zwischen BVerfG und Gesetzgeber ist der Gesetzesvorbehalt nicht aussagekräftig (vgl. dazu oben § 2 I. 1.). Das BVerfG bezieht sich bei der Einschränkung seines Prüfungsmaßstabs zur Wahrung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch nicht auf diesen. Näher zur verfassungsgerichtlichen Kompetenzeingrenzung BVerfGE 39, 1, 68 ff. (Sondervotum Rupp-von Brünneck, Simon); *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980.

<sup>570</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 127: „Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie [...] ist wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger [...] und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes. Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen.“; mit Bezug auf die Judikative ebd., S. 131: „Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten. Denn insoweit ermangelt es rechtlicher Maßstäbe.“

<sup>571</sup> Vgl. im privatrechtlichen Kontext BVerfGE 81, 242, 256; 84, 212, 226 f.

<sup>572</sup> Zum Teil sind die Ausführungen des BVerfG missverständlich. So wird etwa pauschal angenommen, „der Vorbehalt des Gesetzes [könne] keine größere Regelungsdichte gebiete[n] als die Schutzpflicht des Gesetzgebers“ (BVerfGE 77, 381, 403). Dabei werden unterschiedliche Maßstäbe vermischt. Die Schutzpflicht belässt dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum hinsichtlich Art und Weise der Schutzgewähr und deckt sich nicht zwingend mit möglicherweise strengeren, rechtsstaatlich und demokratisch begründeten Anforderung des Gesetzesvorbehalts an die Regelungsdichte. So genügt dem Gesetzesvorbehalt nicht jede Blankettnorm, obgleich sie sich als Grundlage für einen effektiven Grundrechtsschutz eignen könnte. So würde etwa ein „Schurkenparagrah“, nach dem „alle Schurken angemessen zu bestrafen

vorwiegend am praktischen Bedürfnis nach effektivem bzw. dynamischem Grundrechtsschutz zu orientieren, welches die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers verdrängen kann.<sup>573</sup>

*c) Relativierung des Gesetzesvorbehalts bei dynamischen Risikolagen*

Die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts werden zum Zweck der Effektivierung von Schutzpflichten typischerweise in Regelungsbereichen relativiert, die von schnellem Wandel und dynamischen Risikolagen geprägt sind. Dies kommt deutlich in der Rechtsprechung des BVerfG zur Problematik der Gefahren privater Nutzung von Kernenergie zum Ausdruck, in der die Rolle des Gesetzesvorbehalts im Kontext staatlicher Schutzpflichten näher thematisiert wurde.<sup>574</sup> Konkret ging es um die Genehmigungs- und Verfahrensvorschriften zum Betrieb gefährlicher Anlagen als Ausprägungen der aus Art. 2 Abs. 2 GG folgenden grundrechtlichen Schutzpflicht.<sup>575</sup> Diese Regelungen sah das BVerfG aufgrund ihrer hohen Grundrechtsrelevanz als „wesentlich“ und vom Gesetzesvorbehalt umfasst an.<sup>576</sup> Dennoch wurden die Anforderungen an die erforderliche Regelungsdichte insoweit relativiert, als dies einem an die technische Entwicklung anpassbaren „dynamischen Grundrechtsschutz“ diene.<sup>577</sup> So wurde die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als Form der Rechtssetzungsdelegation an die Verwaltung und Rechtsprechung aufgrund des praktischen Bedürfnisses, Schutzkonzepte an den raschen technischen Wandel und Erkenntnisfortschritt anzupassen, für zulässig gehalten.<sup>578</sup>

Allgemein stellt die eingeschränkte Regelungszugänglichkeit, die etwa aus dem dynamischen Charakter und der wissenschaftlichen Ungewissheit über die Entwicklung einer Materie folgt, ein wichtiges Argument für die Zulässigkeit einer offenen Regelungstechnik dar, mittels derer der Gesetzgeber flexible Möglichkeiten zur Wahrnehmung von Schutzpflichten im Zuge der Rechtsanwen-

---

sind“, die Anforderung von Art. 103 Abs. 2 GG verfehlen (vgl. dazu *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 34 f. mit Fn. 134).

<sup>573</sup> Dem Gesetzgeber steht aber die Möglichkeit offen, ein durch die Gerichte entwickeltes Schutzkonzept nachträglich durch eigene Regelungen zu ersetzen, vgl. *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 92.

<sup>574</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 124 ff.

<sup>575</sup> Vgl. BVerfGE 49, 89, 140 ff.; 53, 50, 57 ff.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 154.

<sup>576</sup> BVerfGE 49, 89, 126 f.

<sup>577</sup> BVerfGE 49, 89, 124 ff., 137 ff. Das BVerfG konstatiert, der Gesetzgeber könne nicht sämtliche möglichen Folgewirkungen antizipieren und sei berechtigt, unter Festlegung des Maßstabs „bestmöglicher Gefahrenabwehr und Risikoversorge“ die Gefahrenbeurteilung nach dem jeweils neuesten Erkenntnisstand der Exekutive zu überlassen (ebd., S. 138 f.). Zur praktisch-folgenbezogenen Relativierung des Gesetzesvorbehalts bereits § 4 II. 3. c.

<sup>578</sup> BVerfG 49, 89, 137; s.a. BVerfGE 56, 54, 80 ff. (Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit vor Fluglärm); 79, 174, 196 (Schutz des Eigentums vor beeinträchtigendem Verkehrslärm).

dung eröffnet.<sup>579</sup> Es wäre nicht sinnvoll, eine starre detaillierte Normierung zu verlangen, wenn sie mit der dynamischen Rechtswirklichkeit erkennbar nicht Schritt halten könnte und ständiger Anpassung bedürfte. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln fungieren hier als wichtige „Kodifikationspuffer“.<sup>580</sup> Erreicht die Entwicklung eines im Wandel befindlichen Regelungsgebiets einen Abschluss oder festigt bzw. aktualisiert sich der Forschungsstand dergestalt, dass er eine Grundlage für konkretere gesetzliche Regelungen bietet, kann sich aber auch eine Pflicht des Gesetzgebers zum „Nachfassen“ ergeben.<sup>581</sup>

## 2. Spezifizierung: Wahrnehmung von Schutzpflichten durch Zivilgerichte

Auch im Privatrecht spricht die begrenzte Regelungszugänglichkeit – verbunden mit dem Bedürfnis nach dynamischem Grundrechtsschutz – dafür, Gerichten größere Spielräume zur flexiblen Entwicklung von Schutzregelungen einzuräumen. Soll Privatrecht effektiv der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten dienen, erscheint in Anbetracht der Vielfalt privater Verhaltensweisen, die grundrechtlich geschützte Interessen gefährden können, eine offene Regelungstechnik notwendig.<sup>582</sup> Außerdem ist eine laufende Anpassung privatrechtlicher Schutzmechanismen an technische und gesellschaftliche Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen Verkehrs- und Sicherheitserwartungen der Bürger erforderlich, die der Gesetzgeber selbst kaum erfüllen kann.<sup>583</sup> Aufgrund ihres engen Gegenwartsbezugs ist die Privatrechtsprechung oftmals besser in der Lage, aktuelle Gefahrenlagen und Schutzbedürfnisse zu erkennen und darauf direkt zu reagieren. Demgemäß sind vor allem die deliktsrechtlichen Generalklauseln (§§ 823 Abs. 1 und 2, 826 BGB) – ergänzt um eine extensive Auslegung des § 1004 Abs. 1 BGB<sup>584</sup> – zum typischen Anknüpfungspunkt der Mediatisierung grundrechtlicher Schutzpflichten im Privatrecht geworden.<sup>585</sup> Auch im rechtsgeschäftlichen Bereich, in dem es zwar häufig nicht um klassische Schutzkonstellationen

---

<sup>579</sup> Vgl. dazu *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324 f.

<sup>580</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 324.

<sup>581</sup> BVerfGE 49, 89, 130–133; 56, 54, 78 f.; in privatrechtlichem Kontext zur einer möglichen Korrekturpflicht des Gesetzgebers BVerfGE 50, 290, 335.

<sup>582</sup> Vgl. BVerfGE 102, 347, 361 (zur Bestimmtheit der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel, § 1 UWG a.F.); s.a. BVerfGE 138, 377, 391 f.

<sup>583</sup> Vgl. *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 76 f.

<sup>584</sup> Aus § 1004 Abs. 1 BGB wird ein quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bezüglich aller deliktisch geschützten Rechte und Interessen abgeleitet; vgl. zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Norm *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.2.2024, § 1004 BGB Rn. 13 ff.

<sup>585</sup> Vgl. zur Umsetzung von Schutzpflichten unter Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB BVerfGE 25, 256, 263 f., 268; 49, 304, 319 f.; 54, 208, 215 f.; allg. zur Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten auf Basis der zivilrechtlichen Generalklauseln *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 231–234; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322–324.

geht,<sup>586</sup> finden sich etwa mit §§ 123, 138, 242, 307, 314, 626 BGB flexible Regelungen, die den Zivilgerichten Spielraum bieten, um in Fällen extremer einseitiger Benachteiligung, Übervorteilung oder Rechtsmissbrauch vertragliche Bindungen zum Schutz einer Vertragspartei aufzuheben.<sup>587</sup>

Im Zuge der Konkretisierung von Generalklauseln nehmen die Zivilgerichte eine aktive Rolle bei der Umsetzung grundrechtlicher Schutzaufträge wahr, jedoch nicht gesetzesunabhängig, sondern in Ausfüllung und Ergänzung des Rahmens, den der Gesetzgeber zur Erfüllung des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags setzt.<sup>588</sup> Dies genügt den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts, solange die Konturen des Delegationsrahmens erkennbar sind und die eröffneten Spielräume von den Gerichten methodengerecht konkretisiert werden, die gerichtliche Erfüllung der Schutzpflichten also *subsidiär* erfolgt.<sup>589</sup> Das BVerfG hat mit Blick auf die deliktsrechtlichen Generalklauseln mehrfach anerkannt, dass diese den Anforderungen spezieller Grundrechtsvorbehalte genügen, so etwa im Lüth-Urteil mit Blick auf den Grundrechtsvorbehalt aus Art. 5 Abs. 2 GG und die Generalklausel des § 826 BGB.<sup>590</sup> Der Konkretisierungsgrad der deliktischen Generalklauseln bleibt im Übrigen nicht hinter verwaltungsrechtlichen Eingriffsgrundlagen zum Zweck der Gefahrabwehr zurück, wie etwa das Beispiel polizeirechtlicher Generalklauseln zeigt.<sup>591</sup>

<sup>586</sup> Zur Eingrenzung der Schutzpflichtdogmatik näher unter § 9 IV.

<sup>587</sup> Vgl. dazu BVerfGE 81, 242, 256: „Selbst wenn der Gesetzgeber davon absieht, zwingendes Vertragsrecht für bestimmte Lebensbereiche oder für spezielle Vertragsformen zu schaffen, bedeutet das keineswegs, daß die Vertragspraxis dem freien Spiel der Kräfte unbegrenzt ausgesetzt wäre. Vielmehr greifen dann ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln ein, die als Übermaßverbote wirken, vor allem die §§ 138, 242, 315 BGB. [...] Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier an den Richter [...]“

<sup>588</sup> Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 232.

<sup>589</sup> Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 229, 231–234; s.a. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 90. Die Schutzpflicht legitimiert nicht zu einer völligen Loslösung von der einfachgesetzlichen Grundlage. Dies kommt im Handelsvertreter-Beschluss (BVerfGE 81, 242) zum Ausdruck, in dem das BVerfG die Verurteilung des Beschwerdeführers zur Unterlassung von Wettbewerb aufgrund Verletzung einer aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleiteten Schutzpflicht für verfassungswidrig hielt und die Entscheidung aufhob. Die Sache wurde mit folgender Vorgabe an das OLG zurückverwiesen (ebd., S. 263): „Dieses wird zunächst zu prüfen haben, ob den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen des geltenden Zivilrechts Rechnung getragen werden kann. Anderenfalls müßte es das Verfahren bis zu einer Abhilfe durch den Gesetzgeber aussetzen.“ (Hervorhebung hinzugefügt); krit. dazu Hager, JZ 1994, 373, 380.

<sup>590</sup> BVerfGE 7, 198, 211 f., 214; s.a. BVerfGE 34, 369, 282 (zu § 823 Abs. 1 BGB); 66, 116, 138 (zu §§ 823 und 826 i. V. m. § 1004 BGB); vgl. auch Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322 f.

<sup>591</sup> Zur Unbestimmtheit und Verfassungsmäßigkeit polizeirechtlicher Generalklauseln Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht, <sup>11</sup>2020, § 5 Rn. 5; in BVerfGE 54, 143, 144 f. wird von der Vereinbarkeit der polizeirechtlichen Generalklausel mit rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen und der Gewaltenteilung ausgegangen, „weil sie in jahrzehntelanger

Nachfolgend wird zunächst unter Einnahme der *rechtsfunktionalen Perspektive* erörtert, dass dem Gesetzesvorbehalt im Rahmen privatrechtlicher Erfüllung von Schutzpflichten eine ambivalente und somit in der Regel abgeschwächte Rolle zukommt (a)). Anschließend wird gezeigt, dass das BVerfG den Zivilgerichten unter Bezug auf grundrechtliche Schutzpflichten regelmäßig sehr weite Spielräume zugesteht (b)). Schließlich wird anhand der Differenzierung unterschiedlicher normativer Ausgangslagen ein umfassender Ansatz zur Handhabung des Gesetzesvorbehalts bei der privatrechtlichen Behandlung von Schutzpflichtkonstellationen skizziert (c)).

a) *Rechtsfunktionale Perspektive: Schutzpflichten zwischen Regulierung und Interessenausgleich*

Die ambivalente Rolle des Gesetzesvorbehalts zeigt sich auch bei Einnahme der rechtsfunktionalen Perspektive auf die Wahrnehmung von Schutzpflichten mittels Privatrecht. Privatrechtliche Schutzinstrumente vereinen oftmals *regulatorische* und *interessenausgleichende* Elemente, sodass eine eindeutige rechtsfunktionale Zuordnung schwerfällt. So dienen staatliche Maßnahmen zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten regelmäßig zugleich dem konkreten Schutz von Individualrechtsgütern einzelner Bürger (z.B. Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit, Eigentum)<sup>592</sup> und dem Interesse der Allgemeinheit am Erhalt eines gesellschaftlichen Mindestschutzniveaus.<sup>593</sup> Für konkret entstandene Schäden ist ex post ein angemessener Ausgleich zu gewährleisten, ex ante bedarf es hinreichender Prävention zur Schadensverhütung.<sup>594</sup> Dem individualbezogen-kompensatorischen Schutzgehalt wohnt ein *interessenausgleichendes* Element inne, während die allgemein-präventive Ausrichtung eine *regulatorische* Dimension hat, indem die Förderung des allgemeinen Schutzniveaus (hinsichtlich bestimmter Individualrechtsgüter) als Gemeinwohlbelang bzw. Regulierungsziel verfolgt wird.

---

Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist.“

<sup>592</sup> Schutzadressat kann eine vulnerable Minderheit (z.B. behinderte Menschen) ebenso wie ein großer Personenkreis aus der Mitte der Gesellschaft sein (z.B. Nichtraucher). In einen *erweiterten* Kreis der staatlichen Schutzpflicht lassen sich auch apersonale Schutzziele einbeziehen, für die staatliche Handlungspflichten bestehen, etwa der Umweltschutz (Art. 20a GG), das Sozialstaatsziel (Art. 20 Abs. 1 GG) oder – ohne verfassungsrechtliche Verankerung – der Schutz der Marktordnung (insb. des Wettbewerbs) bzw., als unionsrechtlich vorgegebenes Ziel, der Schutz des Binnenmarkts.

<sup>593</sup> BVerfGE 49, 24, 53.

<sup>594</sup> Der Staat ist verpflichtet, grundrechtliche Schutzpflichten als *absolute*, d.h. verfassungsrechtlich vorgegebene *öffentliche Interessen* durchzusetzen. Dies auch unter Einschränkung entgegenstehender Freiheitsinteressen, insb. durch präventive und repressive Maßnahmen gegen Private, von denen Gefahren bzw. Verletzungen grundrechtlich geschützter Rechtsgüter ausgehen, vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, 32011, § 191 Rn. 3.

aa) Bsp.: Bemessung regulatorischen Schadensersatzes

Diese „Doppelfunktion“ zeigt sich deutlich bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten mittels deliktischen Schadensersatzes, der in der Regel korrektiv-kompensatorische und präventiv-verhaltenssteuernde Elemente vereint.<sup>595</sup>

Die Besonderheit gegenüber straf- oder öffentlich-rechtlichen Sanktionen besteht dabei darin, dass die Haftungssumme dem konkret Geschädigten zuzuwenden und nicht an die Staatskasse zu zahlen ist, sodass private Haftung meist (auch) ein kompensatorisches Element aufweist.<sup>596</sup> Die Doppelfunktion bringt das BVerfG etwa in seinem Sachverständigen-Beschluss<sup>597</sup> zum Ausdruck, in dem es um die deliktische Haftung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen gem. § 823 Abs. 1 BGB für grob fahrlässige Fehler bei der psychologischen Begutachtung eines Angeklagten ging. Der Schadensersatzanspruch wurde hier als Ausprägung der Schutzpflicht für das Rechtsgut der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) und als geeignetes Schutzmittel angesehen, weil er „ein angemessenes Mittel der Wiedergutmachung“ sei und „präventiven Schutz“ bewirke.<sup>598</sup>

Auch die *zivilgerichtliche* Wahrnehmung von Schutzpflichten durch Verurteilung zu deliktischem Schadensersatz erfüllt in der Regel zugleich eine korrektiv-kompensatorische und eine präventiv-regulatorische Funktion und verlangt vom Gericht die Einnahme sowohl einer ex post als auch einer (folgenorientierten) ex ante Perspektive.<sup>599</sup> Ein Beispiel bietet die *Caroline von Monaco*-Rechtsprechung des BGH zum Geldersatz wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen.<sup>600</sup> In Erfüllung des Schutzauftrags aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nimmt der BGH an, der Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB diene auch der Prävention.<sup>601</sup> Von der Höhe der Geldentschädigung müsse ein „echter Hemmungseffekt“ aus-

<sup>595</sup> Näher zur Funktion des Haftungsrechts zwischen Schadensausgleich und präventiver Verhaltenssteuerung *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 79–102.

<sup>596</sup> Der Steuerungseffekt, den eine drohende Zahlungspflicht bei Regulierungsadressaten bewirkt, kann trotzdem ähnlich sein wie bei öffentlich-rechtlichen Sanktionen, vgl. *Engel*, JZ 1995, 213, 217. *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7, 22 betont den direkten Präventionscharakter öffentlich-rechtlicher Steuerungsinstrumente, während privatrechtliche Haftung einen Ausgleich ex post und zugleich eine (indirekte) generalpräventive Wirkung schaffe.

<sup>597</sup> BVerfGE 49, 304; näher zu dieser Entscheidung unter § 12 II. 3. a).

<sup>598</sup> BVerfGE 49, 304, 319 f.

<sup>599</sup> Die ex post Perspektive bezieht sich auf den eingetretenen Schaden. Das Gericht muss einen angemessenen Ausgleich zugunsten der geschädigten Partei finden, wobei auch die Interessenlage der gegnerischen Parteien einzubeziehen ist. Hierbei steht die Kompensationsfunktion des Schadensersatzes im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit (*corrective justice*) im Vordergrund. Die ex ante Perspektive bezieht sich auf die Frage regulatorischer Natur, wie durch eine bestimmte Haftungsausgestaltung – vom konkreten Fall losgelöst – hinsichtlich künftiger Verletzungshandlungen negative Anreize gesetzt werden können.

<sup>600</sup> BGHZ 128, 1; 160, 298.

<sup>601</sup> BGHZ 128, 1, 15 f.; 160, 298, 302 f.; zum Präventionscharakter dieser Rechtsprechung auch *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 422 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 384–386.

gehen und damit einer rücksichtslosen Vermarktung der Persönlichkeit vorgebeugt werden.<sup>602</sup> Die Schadenshöhe wird dazu insbesondere nach dem vom Schädiger erzielten Gewinn aus der Rechtsverletzung bemessen. Es wird also nicht nur die Situation des Geschädigten, sondern vor allem die Anreizsituation des Schädigers berücksichtigt. In den Entscheidungen kommt klar zum Ausdruck, dass der BGH nicht allein die Kompensation entstandener Schäden im Blick hat, sondern den Persönlichkeitsschutz als verfassungsrechtlich verankertes Regulierungsziel über den Einzelfall hinaus verfolgt.

Allgemein stellt sich bei der Verhängung regulatorischen Schadenersatzes die Frage, wie weit der richterliche Gestaltungsspielraum (insb. bei Bemessung der Schadenshöhe) reicht. Unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts ist zu fragen, inwieweit Zivilgerichte frei bestimmen können, ob ein Schadenersatzanspruch primär kompensatorisch oder präventiv-regulatorisch auszurichten ist. Zum Teil können beide Bemessungsfaktoren zum gleichen Ergebnis führen. So wird in Normalfällen des Ersatzes von Sach- oder Gesundheitsschäden regelmäßig auch ein Präventionszweck verfolgt, jedoch ist dies weniger deutlich, weil (implizit) angenommen wird, dass die Kompensation des tatsächlichen Schadens auch die richtigen Präventionsanreize setzt.<sup>603</sup> Allerdings verlaufen Kompensation und Prävention nicht parallel, wenn der Ausgleich des tatsächlichen Schadens die notwendigen Anreize zur (künftigen) Schadensvermeidung verfehlt.<sup>604</sup>

Nach der vorliegend vertretenen Grunddifferenzierung ist richterliche Regelformbildung umso mehr auf gesetzliche Anknüpfungspunkte angewiesen, je stärker sie *regulatorische Zwecke* verfolgt. Soll ein privatrechtlicher Schadenersatzanspruch primär Präventionszwecke erfüllen und entsprechend ausgestaltet werden, rückt er in die Nähe einer „allgemeinwohlorientierten Sanktion“<sup>605</sup> und bedarf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Folglich darf sich ein Zivilgericht bei der Schadensbemessung im Regelfall nicht einseitig an Präventions-

---

<sup>602</sup> BGHZ 128, 1, 16; 160, 298, 307. Dazu ist erforderlich, dass die Entschädigungssumme jedenfalls höher liegt als die hypothetische Lizenzgebühr, die die Presse zahlen müsste, um das betreffende Persönlichkeitsrecht rechtmäßig vermarkten zu können; vgl. dazu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 385.

<sup>603</sup> Dazu *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 90/2024, Vor § 823 Rn. 52; s.a. *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 399 f., der annimmt, dass die Präventionsfunktion in diesen Fällen von der Ausgleichsfunktion überlagert wird.

<sup>604</sup> *Wagner*, aaO., Rn. 54 ff. führt etwa folgende Beispiele an: lukrative Delikte, Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Massenmedien, Streuschäden oder Fälle, in denen zur effektiven Rechtsdurchsetzung ein kostspieliger Kontrollapparat unterhalten werden muss (vgl. die GEMA-Rechtsprechung, BGHZ 59, 286, 297–294).

<sup>605</sup> *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 132 f., 229 rechtfertigt die Lockerung der Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes im Privatrecht insb. damit, dass der Staat dort „schiedsrichterlich“ auftritt und keine allgemeinwohlorientierten Sanktionen verfolge. Dem ist für den dominierenden Bereich des privatrechtlichen Interessenausgleichs zuzustimmen, nicht aber im Bereich regulatorischen Privatrechts, bei dem die Verfolgung von Gemeinwohlzielen gerade im Vordergrund steht.

zwecken orientieren und – etwa nach dem Vorbild des Strafschadensersatzes – möglichst abschreckende, hohe Schadenssumme anvisieren, die vom konkreten Schaden losgelöst sind.<sup>606</sup>

*bb) Gerichtliche Befugnis zur Feinsteuerung regulatorischen Schadensersatzes*

Allerdings schließt der Gesetzesvorbehalt die zivilgerichtliche Feinsteuerung regulatorischen Schadensersatzes keineswegs aus. Auf Grundlage der deliktischen Generalklauseln und unter Bezug auf die – mithin gesetzlich mediatisierten – grundrechtlichen Schutzpflichten ist der Einbezug von Präventionserwägungen bei der Schadensersatzbemessung durchaus zulässig und *geboten*, sofern sich durch Auslegung die gesetzgeberische Intention ermitteln lässt, Schadensersatz als (schutzpflichtbezogenes) Regulierungsinstrument einsetzen zu wollen. Die gesetzgeberische Ermächtigung zur schadensrechtlichen Feinsteuerung kann sich auch daraus ergeben, dass in Gesetzgebungsmaterialien explizit auf die Fähigkeit der Rechtsprechung zur Fortbildung und Gestaltung des Schadensrecht verwiesen wird<sup>607</sup> und richterlich entwickelte Schadensberechnungsmethoden mit präventivem Einschlag gebilligt werden. Außerdem können praktische Schwierigkeiten bei der Schadensersatzbemessung gerade bei Nichtvermögensschäden eine starke Orientierung an Präventionsaspekten als rationale Bemessungsgrundlage rechtfertigen.<sup>608</sup> Wichtig ist dabei stets, dass Gerichte in den Entschei-

<sup>606</sup> Dem stünde je nach Konstellationen auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entgegen, der einen übermäßigen Eingriff in die Grundrechte des Schädigers verbietet. Vgl. zur Verfassungswidrigkeit exzessiver Sanktionen *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 434; allg. zu Verstößen gegen das Übermaßverbot bei besonders hoher Schadensersatzhaftung *Canaris*, JZ 1987, 993, 995 f., 1001.

<sup>607</sup> Vgl. im Kontext der Reform des Schadensrechts Begr. RegE, BT-Drucks. 14/7752, S. 14: „Es empfahl sich [...] eine behutsame Korrektur an dem bestehenden System vorzunehmen und es im Übrigen der Rechtsprechung zu überlassen, das Sachschadensrecht zu konkretisieren und weiterzuentwickeln.“; in der GEMA-Rechtsprechung weist BGHZ 59, 286, 293 f. zur Rechtfertigung der Schadensersatzberechnung anhand doppelter Lizenzgebühren auf Vorarbeiten des Gesetzgebers zur Urheberrechtsreform hin, aus denen hervorgeht, dass schadensrechtliche Fragen zum Tarifizuschlag bei widerrechtlichen Musikaufführung der Rechtsprechung überlassen werden sollen.

<sup>608</sup> Bei Nichtvermögensschäden lässt sich die Schadenshöhe meist nicht auf der Grundlage konkreter wirtschaftlicher Einbußen beziffern. Die Orientierung am Ziel effektiver Prävention (z.B. durch Abschöpfung erlangter Gewinne) bietet dann eine vernünftige Grundlage zur Bestimmung der Schadenshöhe; vgl. dazu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 469 f.; s.a. *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7, 29–31 (im Kontext der Haftung für Datenschutzverstöße). Beruht die an präventiven Zwecken ausgerichtete Schadensberechnungsmethode auf klaren Maßstäben (z.B. fiktive Lizenzgebühr, Verletzererwerb), kann sie dem rechtsstaatlichen Anliegen des Gesetzesvorbehalts nach Berechenbarkeit der gerichtlichen Entscheidungen besser Rechnung tragen als ein gänzlich im Ermessen des Richters stehender Kompensationsbetrag. Allg. können *rechtsökonomische Argumente* zur Schadensbemessung oft eine sinnvolle rationale Orientierungshilfe bieten, um die (Sanktions-)Höhe dergestalt zu bestimmen, dass von ihr Handlungsanreize ausgehen, die effektiv zur Förderung des legislativen Regulierungsziels

dungsgründen darlegen, nach welchen Bemessungsfaktoren sie den Schadensersatz bestimmen, weshalb eine regulatorische Ausrichtung geboten erscheint und inwieweit von der gewählten Berechnungsmethode und gefundenen Entschädigungshöhe Verhaltensanreize ausgehen, die der Verfolgung des jeweiligen Regulierungsziels dienen.

De lege lata räumt der Gesetzgeber den Zivilgerichten bei der Schadensersatzbemessung große Spielräume ein, wie die offen formulierten §§ 249 ff. BGB<sup>609</sup> und § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO<sup>610</sup> zeigen. Wichtige Gestaltungen der Schadensberechnungen, wie die Möglichkeit der dreifachen Schadensersatzberechnung (konkreter Vermögensschaden, Lizenzanalogie, Verletzererwerb) in Fällen privater Verletzung von Ausschließlichkeitsrechten (z.B. Urheber-, Patentrechte), wurden denn auch von der Rechtsprechung entwickelt.<sup>611</sup> Gesetzliche Anknüpfungspunkte für regulatorischen Schadensersatz finden sich – unabhängig von einem Bezug zu grundrechtlichen Schutzpflichten – häufig dort, wo der Gesetzgeber den Schutz individueller Rechte mit der Verfolgung apersonaler Regulierungsziele verbindet. Dies ist etwa im wirtschaftsrechtlichen Kontext üblich ist, wo die Durchsetzung individueller Rechte oftmals gerade (auch) dem Schutz der Marktordnung dienen soll.<sup>612</sup> So präzisiert im Recht des unlauteren Wettbewerbs § 1 UWG als Gesetzeszweck neben Individualschutz (von Mitbewerbern, Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern) den Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Entsprechend ist die in § 9 UWG normierte Schadensersatzhaftung auch am präventiven Wettbewerbsschutz auszurichten.<sup>613</sup> Im Kartellrecht dienen die an Individualrechte der Mitwettbewerber anknüpfenden Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche (§§ 33, 33a GWB) dem Schutz des Wettbewerbs als Institution und – im Rahmen des EU-Kartell-

---

beitragen; vgl. dazu *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482, 496 ff., der hervorhebt, dass der Rekurs auf Effizienzerwägungen als „objektiv nachprüfbares Kriterium“ gegenüber „bloßer richterlicher Eigenwertung“ vorzugswürdig sei (ebd., S. 500).

<sup>609</sup> Die §§ 249 ff. BGB erfüllen ursprünglich primär eine Ausgleichsfunktion, vgl. Mot. II, S. 17 f.; *Oetker*, in: MünchKomm. BGB, 9022, § 249 Rn. 8. Entscheidend ist also die rechtsfunktionale Ausrichtung der Schadensersatzanspruchsgrundlage, die auf das Schadensrecht in §§ 249 ff. BGB verweist.

<sup>610</sup> § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO dient primär der Erleichterung von Beweisschwierigkeiten, verschafft den Gerichten mit dem Schätzungsauftrag aber auch erhebliche Freiräume bei der Schadensbemessung, vgl. BGHZ 119, 20, 30 f.

<sup>611</sup> Vgl. *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 373; zur Ausdehnung auf den Persönlichkeitsschutz etwa BGHZ 20, 345; 143, 214. Inzwischen ist die dreifache Schadensberechnung stellenweise legifiziert, insb. im Bereich der Verletzung geistigen Eigentums (z.B. § 97 Abs. 2 UrhG, § 139 Abs. 2 PatG).

<sup>612</sup> Zu Grundlagen dieses Konzepts *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 35 ff., 44 ff.

<sup>613</sup> Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 82023, § 9 Rn. 1.

rechts – der Förderung des Binnenmarkts,<sup>614</sup> was die Funktion der Schadenshaftung nach § 33a GWB maßgeblich prägt.<sup>615</sup>

*b) Großzügiger Überprüfungsmaßstab des BVerfG bei richterlicher Schutzgestaltung*

Betrachtet man die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, fällt auf, dass häufig eine weite Loslösung von gesetzlichen Grundlagen unter Berufung auf grundrechtliche Schutzpflichten für zulässig erachtet wird.<sup>616</sup> Das BVerfG nimmt an, dass sich bei Abwesenheit gesetzlicher Schutzregeln der „entsprechende Schutzauftrag der Verfassung [...] an den Richter [richtet], der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat“.<sup>617</sup> Dabei wird den Zivilgerichten auch ein Gestaltungsspielraum zugesprochen, wenn sie „mangels einer Entscheidung des Gesetzgebers im Wege der Rechtsfortbildung oder der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe die Schutzpflicht wahrnehmen.“<sup>618</sup> Wenn der Schutz einer grundrechtlichen Position mit der Beeinträchtigung von Grundrechten einer anderen Person einhergeht, soll das befassende Zivilgericht eine Abwägung der kollidierenden Interessen vornehmen und dabei bestehende Spielräume ausschöpfen.<sup>619</sup> Sofern das Zivilgericht dabei primär auf die Auflösung einer Grundrechtskollision abzielt und nicht die einseitige Sanktion eines rechts-

<sup>614</sup> Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, <sup>62020</sup>, § 1 GWB Rn. 11–14; zum doppelten Ziel der Schadensersatzpflicht EuGH, Urt. v. 6.6.2013, C-536/11, EU:C:2013:366, Rn. 23 f. – *Donau Chemie*; zu Funktionen der Haftung für Kartellrechtsverstöße unter Betonung der Präventionsfunktion *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, <sup>62020</sup>, § 33a GWB Rn. 3 ff.; s.a. Begr. RegE zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 35.

<sup>615</sup> Vgl. zum doppelten Ziel der Schadenshaftung Begr. RegE zur 7. GWB-Novelle BT-Drucks. 15/3640, S. 35: „Der Schadensersatzanspruch nach § 33 Abs. 3 wird gegenüber dem alten Recht aufgewertet, um einen wirksamen Ausgleich für den Geschädigten sicherzustellen und zugleich den abschreckenden Effekt zu verstärken.“; s.a. *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, <sup>62020</sup>, § 33a GWB Rn. 8.

<sup>616</sup> Krit. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 232 f.

<sup>617</sup> BVerfGE 81, 242, 256; vgl. auch BVerfGE 103, 89, 100: „Den Gerichten obliegt es, diesen grundrechtlichen Schutz durch Auslegung und Anwendung des Rechts zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren.“; ähnlich mit Blick auf Grundrechtsschutz im Vertragsrecht *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69, 76.

<sup>618</sup> BVerfG 96, 56, 64 (zur Herleitung eines Auskunftsanspruchs des nichtehelichen Kindes gegen die Mutter auf Benennung des Vaters aus der Generalklausel des § 1618a BGB, wobei eine Abwägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes und der Mutter erforderlich ist).

<sup>619</sup> BVerfG 96, 56, 65; hier nahm das BVerfG an, das Zivilgericht habe seinen Abwägungsspielraum verkannt, weil es von vornherein eine grundrechtlich geschützte Interessenlage des nichtehelichen Kindes angenommen habe, die eine Abwägung mit den Interessen der Mutter nur in engen Grenzen zulasse.

widrigen privaten Übergriffs intendiert, handelt es sich nach hier vertretener Ansicht ohnehin nicht um die Erfüllung klassischer Schutzpflichten, die mit einem regulatorischen (Schutz-)Eingriff einhergeht, sondern um einen grundrechtsausgestaltenden Interessenausgleich im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis, bei dem das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen reduziert ist.<sup>620</sup>

*aa) Zivilgerichtliche Befugnis zur Schaffung abstrakter Schutzregelungen*

Das BVerfG spricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Wahrnehmung von Schutzpflichten auch die Kompetenz zur Schaffung abstrakter Schutzregelungen zu. So wird angenommen, dass Gerichte nicht bloß zur einzelfallbezogenen Abwägung, sondern auch zur Entwicklung normativer Grundsätze in der Lage seien, die rechtsstaatliche Anforderungen in hohem Ausmaß erfüllen.<sup>621</sup> Den gerichtlich entwickelten Rechtssätzen wird dabei eine große Nähe zu gesetzlichen Normen zugesprochen.<sup>622</sup> Ob gerade das eingriffsbezogene rechtsstaatliche Anliegen des Gesetzesvorbehalts, die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns und Rechtssicherheit zu erhöhen, durch Rechtsfortbildung in identischem Maße verwirklicht werden kann wie durch gesetzliche Normsetzung, ist fraglich.<sup>623</sup> So entfalten Präjudizien nach deutschem Recht keine fallübergreifende normative Wirkung im Sinne einer verbindlichen Sollensanordnung und sind Richter nicht diesen, sondern nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG).<sup>624</sup> Gleichwohl ist die faktische Geltung höchstrichterlicher Entscheidungen nicht in Abrede zu stellen<sup>625</sup> und vermag ein gewisses Maß an Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

---

<sup>620</sup> Zur Abgrenzung zwischen Schutzpflicht- und Ausgestaltungskonstellationen § 9 IV.; s. a. *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906 f.; zur Einordnung des Interessenausgleichs als Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) oben § 9 III. 4. a).

<sup>621</sup> Vgl. etwa BVerfGE 66, 116, 138 (Springer/Wallraff): „Wenn [...] § 823 Abs. 1 BGB in seiner Bedeutung für den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs einen nach Umfang und Inhalt „offenen“ Haftungstatbestand enthält und Entsprechendes für § 826 BGB gilt, so führt das namentlich für die höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Notwendigkeit, solche Offenheiten konkretisierend zu schließen, indem [...] Grundsätze entwickelt werden, welche die Entscheidung des Einzelfalles normativ zu leiten imstande sind: Das, was das Gesetz offenläßt, ist durch Richterrecht auszufüllen.“

<sup>622</sup> BVerfGE 6, 116, 138; allg. zum gesetzesnahen Charakter von Präjudizien *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 252–261.

<sup>623</sup> *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 230 führt das Erfordernis von Rechtssicherheit i.S.d. Rechtsstaatsprinzips als Argument für eine gesetzemediatisierte Schutzpflicht an.

<sup>624</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 255 f.

<sup>625</sup> *Larenz/Canaris*, ebd., S. 255. In der Regel folgen die Instanzgerichte den Präjudizien und der Rechtsverkehr orientiert sich daran. Für die Abweichung von einer kontinuierlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung trifft das entscheidende Gericht aufgrund der entstandenen Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes eine hohe Argumentationslast; vgl. dazu BGHZ 85, 64, 66: „Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen.“; ähnlich BGHZ 87, 150, 156; näher zur Anwendung von „Präjudizienrecht“ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 501 ff.

zu vermitteln. Eine auf groben gesetzlichen Ermächtigungen basierende, an klaren methodischen Kriterien orientierte gerichtliche Rechtsfortbildung zur Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten kann also auch das rechtsstaatliche Anliegen des Gesetzesvorbehalts in hohem Maße erfüllen.<sup>626</sup>

*bb) Problematische Loslösung des Schutzeingriffs von gesetzlichen Grundlagen: die Soraya-Entscheidung des BVerfG*

Problematisch wird die verfassungsgerichtliche Handhabung der Rechtsfortbildungsgrenzen aber, wenn Kompetenz- und Methodenfragen gänzlich relativiert werden und Rechtsfortbildungen *preater* und *contra legem* zugelassen werden, solange sie dem Zweck dienen, grundrechtliche Schutzpflichten zu effektivieren und zu einem Abwägungsergebnis gelangen, welches der Wertung des BVerfG entspricht.<sup>627</sup> Dann wird die Schutzpflicht nämlich nicht mehr subsidiär erfüllt, sondern die Zivilgerichte begeben sich gänzlich in die Rolle des Normsetzers. Besonders weit wurden die Grenzen bekanntlich in der Soraya-Entscheidung<sup>628</sup> gezogen, in der sich das BVerfG grundlegend mit den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auseinandersetzte. Zwei Aspekte dieser vielbesprochenen<sup>629</sup> Entscheidung sind hier kurz zu beleuchten.

Erstens ist hervorzuheben, dass in der Entscheidung eine zwischen den Erfordernissen des Gesetzesvorbehalts und den methodischen Anforderungen an Rechtsfortbildung differenzierende Prüfung erkennbar ist. Die Beschwerdeführerin machte nämlich unter anderem geltend, es fehle an einem „allgemeinen Gesetz“ im Sinn des Art. 5 Abs. 2 GG als Grundlage zur Einschränkung ihrer Pressefreiheit.<sup>630</sup> Das vom BGH rechtsfortbildend zugebilligte Schmerzensgeld bei immateriellen Schäden verletze aufgrund des Sanktionscharakters sogar Art. 103 Abs. 2 GG, denn es entstehe für die Verleger der Unterhaltungspresse eine latente Regressgefahr in unabsehbarer Höhe.<sup>631</sup> Darauf Bezug nehmend setzte sich das BVerfG mit der Frage auseinander, ob das vom BGH gefundene Abwägungsergebnis zwischen der Pressefreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht „trotz Fehlens einer eindeutigen Grundlage im geschriebenen Recht durch richterliche Entscheidung herbeizuführen“ sei.<sup>632</sup> Bevor es eine de-

<sup>626</sup> So *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 230.

<sup>627</sup> Allg. zur unklaren und ergebnisbezogenen Überprüfung grundrechtlich inspirierter zivilgerichtlicher Rechtsfortbildung durch das BVerfG *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 201–207.

<sup>628</sup> BVerfGE 34, 269 (zu Schadensersatzansprüche infolge eines von der Unterhaltungspresse veröffentlichten, frei erfundenen Interviews über das Privatleben von Soraya, geschiedene Ehefrau des damaligen Schahs von Persien).

<sup>629</sup> Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 202–204; aus methodischer Sicht *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 249 f. m.w.N.

<sup>630</sup> BVerfGE 34, 269, 279, 284.

<sup>631</sup> BVerfGE 34, 269, 279.

<sup>632</sup> BVerfGE 34, 269, 285. Hier zeigt sich, dass das BVerfG eine Überprüfung privatrecht-

taillierte Prüfung der Anforderungen der Gesetzesbindung vornahm,<sup>633</sup> widmete es sich insbesondere dem auf Berechenbarkeit der Rechtsordnung abzielenden, rechtsstaatlichen Gehalt des Gesetzesvorbehalts<sup>634</sup> und nahm an, dass kein Fall vorliege, in dem die rechtlichen Voraussetzungen der Schadensersatzhaftung nicht hinreichend klar definiert wären.<sup>635</sup> Geldersatz für immaterielle Beeinträchtigungen sei keine der Rechtsordnung fremde Sanktion, wie § 253 BGB (a.F.) und § 847 BGB (a.F.) zeigten, zudem habe die Haftung durch die richterliche Entwicklung von Fallgruppen klare Konturen erhalten.<sup>636</sup> Die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an die Rechtsfortbildung wurden damit extrem niedrig angesetzt. Dies erscheint besonders problematisch, weil sich der betreffenden Entscheidung des BGH<sup>637</sup> auch eine regulatorische Steuerungsintention zuschreiben ließ,<sup>638</sup> indem sie für den Sektor der Unterhaltungspresse eine geldbewährte Haftungsandrohung einführte, die – über den Einzelfall hinaus – präventive Anreize setzen sollte.<sup>639</sup>

Zweitens kommt in der Soraya-Entscheidung der ergebnisorientierte Charakter der verfassungsgerichtlichen Überprüfung richterlicher Rechtsfortbildung im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten zum Ausdruck:

„Ein Ergebnis aber, das auf einem zivilrechtlich zumindest diskutablen, jedenfalls den Regeln zivilrechtlicher Hermeneutik nicht offensichtlich widersprechenden Wege gewonnen wurde, kann von der Verfassung her nicht beanstandet werden, wenn es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsgutes dient, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertsystems ansieht.“<sup>640</sup>

Ein entscheidendes Argument für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung – die dem Enumerationsprinzip in § 253 BGB (a.F.)<sup>641</sup> eindeutig widersprach und sich folglich als *contra legem* einordnen lässt<sup>642</sup> – sah das BVerfG darin, dass das so

---

licher Rechtsprechung anhand von (speziellen) Gesetzesvorbehalten bereits in der Soraya-Entscheidung vornahm.

<sup>633</sup> BVerfGE 34, 269, 286 ff. (IV.).

<sup>634</sup> BVerfGE 34, 269, 285 f. (III.).

<sup>635</sup> BVerfGE 34, 269, 285.

<sup>636</sup> BVerfGE 34, 269, 285 f.

<sup>637</sup> BGH NJW 1965, 685.

<sup>638</sup> Von einer „wichtigen Steuerungsentscheidung“ spricht *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 202.

<sup>639</sup> Es ging in der Entscheidung also nicht allein um den abwägenden Ausgleich von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit, sondern auch um eine allgemeine Stärkung des Persönlichkeitsschutzes durch Abschreckung der Unterhaltungspresse, d.h. um „Schutz durch Eingriff“. BGH NJW 1965, 685, 686 stellt in den Entscheidungsgründen indes nur auf die Genutzungsfunktion des immateriellen Schadensersatzanspruchs ab.

<sup>640</sup> BVerfGE 34, 269, 291.

<sup>641</sup> § 253 BGB (a.F.) lautete: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.“

<sup>642</sup> Dafür spricht insb. die subjektiv-teleologische Auslegung des § 253 BGB (a.F.), denn der Gesetzgeber sah aus Bedenken gegenüber einer „Kommerzialisierung“ der Ehre bewusst kein Schmerzensgeld für Ehrverletzungen vor; vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswis-

gefundene Ergebnis den grundrechtlichen Schutz vor rechtswidrigen privaten Übergriffen stärke. Damit begründete es auch, dass die „Alternative, eine Regelung durch den Gesetzgeber abzuwarten, [...] nach Lage der Dinge nicht als verfassungsrechtlich geboten erachtet werden“<sup>643</sup> könne. Das BVerfG entfernte sich damit vom Prinzip der gesetzemediatisierten Schutzpflicht, denn es gestattete dem Zivilgericht einen Vorgriff auf die dem Gesetzgeber obliegende Schutzgestaltung, obgleich diese verfassungsrechtlich nicht *zwingend* geboten war.<sup>644</sup>

Vergleicht man den damaligen Prüfungsmaßstab des BVerfG mit den zu Beginn der Untersuchung erläuterten Maßstäben des Scheinvater-Beschlusses, erscheinen letztere weitaus strenger.<sup>645</sup> Hielt das BVerfG damals die Herleitung eines Schmerzensgeldanspruchs „trotz Fehlens einer eindeutigen Grundlage im geschriebenen Recht“<sup>646</sup> für möglich, lehnt es im Scheinvater-Beschluss die Herleitung eines Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB mangels „einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht“<sup>647</sup> ab. Den Zivilgerichten wird also eine höhere Argumentations- und Legitimationslast für Rechtsfortbildung zugewiesen.<sup>648</sup> Auch der Passivität des Gesetzgebers wird in beiden Entscheidungen unterschiedliche Bedeutung beigemessen. In der Soraya-Entscheidung führt das BVerfG zugunsten einer weitreichenden Rechtsfortbildungskompetenz auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes aus, dass zwei Gesetzgebungsentwürfe zu der Problematik gescheitert seien, „ohne daß ein gesetzgeberischer Wille erkennbar geworden wäre, es bei dem bisherigen Rechtszustand zu belassen“.<sup>649</sup> Im Scheinvater-Beschluss wird hingegen als Argument gegen die

---

senschaft, <sup>61</sup>1991, S. 425 f.; s.a. *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 18; *Gusy*, DÖV 1992, 461, 465.

<sup>643</sup> BVerfGE 34, 269, 291.

<sup>644</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 249 f.

<sup>645</sup> Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 204, der annimmt, das BVerfG habe die Darlegungsverteilungslast bezüglich der Legitimation von Rechtsfortbildung im Scheinvater-Beschluss im Vergleich zur Soraya-Entscheidung „umgekehrt“.

<sup>646</sup> BVerfGE 34, 269, 285.

<sup>647</sup> BVerfGE 138, 377, 390.

<sup>648</sup> Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 204: „[I]m Zweifel ein Votum gegen und nicht – wie nach dem Soraya-Beschluss – für richterliche Rechtsfortbildung“.

<sup>649</sup> BVerfGE 34, 269, 291 f. Im Scheitern von Gesetzesentwürfen ist regelmäßig ein Indiz für die politische Umstrittenheit und Wesentlichkeit der betreffenden Regelungsproblematik zu sehen, deren Klärung weiterhin einer parlamentarischen Entscheidung bedarf. Dieses Indiz lässt sich möglicherweise entkräften, indem man sich mit dem gescheiterten Gesetzgebungsprozess befasst und darlegt, dass bestimmte Punkte konsensfähig waren und die richterliche Rechtsfortbildung insoweit nicht dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. Grundsätzlich erscheint es zur Sicherung des Vertrauens der Bevölkerung in den demokratischen Willensbildungsprozess und für die Akzeptanz des staatlichen Funktionengefüges aber essenziell, dass der Gesetzgeber auch zur Regelung schwieriger, umstrittener Materien in der Lage ist. Daher sollte auch nach einem gescheiterten Regelungsanlauf der Regelungsdruck für den Gesetzgeber fortbestehen, was jedoch nicht der Fall wäre, wenn Gerichte ohne weiteres an seiner statt umstrittene Regelungen mittels Rechtsfortbildung entwickeln könnten.

Rechtsfortbildung angeführt, dass keine gesetzliche Regelung des Auskunftsanspruchs vorliege, „obwohl dem Gesetzgeber nicht entgangen sein kann, dass zur Durchsetzung eines Regressanspruchs die Kenntnis des Erzeugers erforderlich ist und dass in vielen Fällen allein die Mutter Hinweise auf die Person des Erzeugers geben könnte“.<sup>650</sup>

Trotz Betonung der Unterschiede dieser beiden prägenden Entscheidung zur Rechtsfortbildung sei angemerkt, dass sich bei Übertragung der Maßstäbe der Scheinvater- auf die Soraya-Entscheidung am *Ergebnis* möglicherweise nichts ändern würde, was an der komparativen Formel liegt, die im Scheinvater-Beschluss Anwendung findet und eine flexible, am gewünschten Abwägungsergebnis orientierte Überprüfung der Rechtsfortbildung ermöglicht.<sup>651</sup> So lässt sich argumentieren, dass die Rechtsfortbildung in der Soraya-Entscheidung dazu diene, eine *verfassungsrechtlich stärkere Rechtsposition* (allgemeines Persönlichkeitsrecht der Prinzessin Soraya) unter Belastung einer *verfassungsrechtlich schwächeren Position* (Pressefreiheit des Herausgebers der Unterhaltungszeitung) durchzusetzen. Dagegen hielt das BVerfG im Scheinvater-Beschluss die Rechtsposition des Scheinvaters für verfassungsrechtlich weniger gewichtig als die der Kindesmutter und verlangte deshalb konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte für die Herleitung des den Scheinvater begünstigenden Auskunftsanspruchs.<sup>652</sup>

### c) Präzisierung der Grenzen zivilgerichtlicher Wahrnehmung von Schutzpflichten anhand verschiedener normativer Ausgangslagen

Wie gesehen, finden sich im Privatrecht in der Regel gesetzliche Grundlagen zur gerichtlichen Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>653</sup> und „Schutzlücken“ bilden eher den Ausnahmefall.<sup>654</sup> Wenn die erforderliche Gesetzesmediatisierung der Schutzpflicht ausnahmsweise defizitär ist, sollte der Kompetenz-

---

<sup>650</sup> BVerfGE 138, 377, 395.

<sup>651</sup> Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 206, der die Entscheidung als weniger restriktiv ansieht, als der erste Anschein vermuten lässt: „Im Ergebnis scheint dies auf eine erhebliche Großzügigkeit gegenüber richterlicher Rechtsfortbildung immer dort hinauszulaufen, wo der Ausgleich der Grundrechtspositionen der privaten Streitparteien – jedenfalls aus Sicht des BVerfG – zu einem grundrechtlichen Anspruch einer Seite gelangt.“

<sup>652</sup> Vgl. BVerfGE 138, 377, 393 f. Problematisch ist dabei, wie schon eingangs kritisiert, dass das Rangverhältnis kollidierender Rechtspositionen häufig nicht klar verfassungsrechtlich determiniert ist. Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung sind aber intransparent, wenn sie nur von der – beim Verfassungsgericht monopolisierten – Einschätzung abhängig gemacht werden, welche Rechtsposition verfassungsrechtlich gewichtiger ist.

<sup>653</sup> In der Regel sind Grundrechtspositionen, die Schutzpflichten auslösen können, auch im Privatrecht als absolute Rechte geschützt, vgl. *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 905.

<sup>654</sup> Vgl. unter Verweis auf Generalklauseln als flexible gesetzliche Schutzgrundlagen etwa *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 43; *Möstl*, DÖV 1998, 1029, 1030; mit Bezug zum Privatrecht *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 322 f.; s.a. *Hager*, JZ 1994, 373, 379.

rahmen der Gerichte aber möglichst klar abgesteckt werden. Die Interessen der beteiligten Parteien des Privatrechtsstreits verlaufen dabei konträr: Die schutzsuchende Partei („Opfer“) begehrt unter Berufung auf die Schutzpflicht eine schutzerweiternde gerichtliche Regelbildung, während sich die andere Partei („Störer“) auf ihr Vertrauen in die bestehende Gesetzeslage beruft, die keine einschränkende Schutzmaßnahme vorsieht. Lässt sich das materielle Schutzanliegen nicht mit den rechtsstaatlich-formellen bzw. kompetenziellen Verfassungsanforderungen in Einklang bringen, droht ein „verfassungsrechtliches Dilemma“.<sup>655</sup> Das Zivilgericht kann entweder den Gesetzesvorbehalt respektieren und die Bildung einer Schutzregelung verweigern oder ohne Ermächtigungsgrundlage Rechte des Störers beschränken. Es kann hingegen nicht unter Verweis auf fehlende gesetzliche Grundlagen von einer Entscheidung absehen, weil es aufgrund des Justizgewährleistungsanspruchs zur Entscheidung des Rechtsstreits verpflichtet ist.<sup>656</sup>

Es stellt sich also die Frage, wie die formellen und materiellen verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen sind, wenn Zivilgerichte mit lückenhaften gesetzlichen Grundlagen zur Entwicklung grundrechtlicher Schutzregeln konfrontiert sind. Im Folgenden wird sich der Problemlage angenähert, indem verschiedene normative Ausgangslagen beim „Schutz durch Eingriff“ differenziert und entsprechende Anforderungen an den gerichtlichen Entscheidungsvorgang skizziert werden.

#### *aa) Vorliegen konkreter schutzvermittelnder Eingriffsgrundlagen*

Kein Problem besteht, wenn der Gesetzgeber eine konkrete Norm geschaffen hat, um einem spezifischen grundrechtlichen Schutzanliegen Rechnung zu tragen. In diesem Fall ist die Rechtsprechung aufgrund der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) verpflichtet, der Schutzpflicht im Zivilrechtsstreit unter Anwendung des vom Gesetzgeber bestimmten Mittels zur Durchsetzung zu verhelfen. Ein methodischer bzw. argumentativer Bezug unmittelbar auf die grundrechtliche Schutzpflicht erübrigt sich dann. Ein Beispiel bietet im Familienrecht die Schaffung des Anspruchs auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung in § 1598a BGB, die das individuelle Recht auf Kenntnis der Abstammung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stärkt. Die Norm wurde 2008 geschaffen, nachdem das BVerfG beanstandet hatte, der Gesetzgeber habe es unter Verletzung seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unterlassen, einen Ver-

<sup>655</sup> *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 44.

<sup>656</sup> Blicke das Gericht vorübergehend untätig, um eine Entscheidung des Gesetzgebers abzuwarten, könnten daraus möglicherweise Entschädigungsansprüche wegen unangemessener Verfahrensdauer nach §§ 198 ff. GVG resultieren, vgl. *Michl*, Jura 2017, 1062, 1072 mit Fn. 86. Siehe zum Verhältnis von Schutzpflicht und Justizgewährleistungsanspruch auch *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 36 f.

fahrensweg zu eröffnen, auf dem ein Mann sein Recht auf Kenntnis der Abstammung des ihm rechtlich zugeordneten Kindes geltend machen könne.<sup>657</sup>

*bb) Vorliegen allgemeiner schutzvermittelnder Eingriffsgrundlagen und Schutzkonzepte*

Fehlt eine konkrete Schutznorm, liegt aber eine allgemeine gesetzliche Grundlage vor oder ist ein legislatives Schutzkonzept erkennbar, aus dem Rückschlüsse auf den vom Gesetzgeber intendierten Umgang mit einer Schutzlücke zu ziehen sind, muss das befassende Gericht den Versuch unternehmen, durch verfassungskonforme Auslegung<sup>658</sup> der vorhandenen Regelungen adäquaten Schutz zu gewährleisten.<sup>659</sup> Fügt sich die begehrte Schutzmaßnahme in ein vorhandenes, aber lückenhaftes Schutzkonzept ein, spricht dies für die Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung, da die Ergänzung im Rahmen des legislativen Konzepts erfolgt und in der Regel aus Perspektive des Störers als benachteiligte Partei be-rechenbar bleibt.<sup>660</sup>

Im Privatrecht wird namentlich mit den deliktsrechtlichen Generalklauseln (§§ 823 Abs. 1 und 2, 826 BGB) und dem Beseitigungs- und (vorbeugenden) Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB ein *Basisschutz* vor rechtswidrigen Übergriffen Privater gewährleistet, der im Verwaltungsrecht am ehesten in der polizeirechtlichen Generalklausel ein Pendant findet.<sup>661</sup> Dabei lässt sich der Verweis auf „sonstige Rechte“ in § 823 Abs. 1 BGB als Ermächtigung an die Gerichte zur (begrenzten) Weiterentwicklung des Deliktsschutzes auf andere als die explizit benannten Schutzpositionen (z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht) begreifen.<sup>662</sup> Das Anliegen, einen anpassungsfähigen, effektiven Grundrechtsschutzes zu gewährleisten, spricht für eine Abmilderung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an die gesetzliche Regelungsdichte und somit für die Zulässigkeit der Delegation konkretisierender Regelungsetzung an die Rechtsanwendungsorgane mittels unbestimmter Rechtsbegriffe.<sup>663</sup> Dem durch privates Handeln Geschädigten steht ein grundrechtlicher Anspruch gegen das entscheidende Gericht zu, das

---

<sup>657</sup> BVerfGE 117, 202, 227 f.; vor Schaffung der Norm hatten (Schein-)Väter versucht, über heimliche Vaterschaftstests Klarheit über die Abstammungstests zu erlangen, die von den Gerichten jedoch nicht anerkannt wurden (vgl. BGH NJW 2005, 497); zur Entwicklung *Wellenhofer*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2024, § 1598a Rn. 3 ff.

<sup>658</sup> Zu Spielräumen und Grenzen der Auslegung privatrechtlicher Vorschriften im Lichte der Grundrechte *Michl*, Jura 2017, 1062, 1069 f.

<sup>659</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 288.

<sup>660</sup> In diesen Fällen erfolgt also kein „Systemwechsel“, der nach der Rechtsprechung des BVerfG unzulässig ist (BVerfGE 128, 193, 211), sondern das gesetzgeberische (Schutz-)System wird lediglich ergänzt.

<sup>661</sup> Vgl. zum Basisschutz durch die polizeilich Generalklausel *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 562.

<sup>662</sup> Näher *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2024, § 823 Rn. 344 ff.

<sup>663</sup> Zur Vereinbarkeit von Generalklauseln mit den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts oben § 6 III. 3.

einfache Recht möglichst so auszulegen und anzuwenden, dass die betreffende grundrechtliche Schutzpflicht realisiert wird.<sup>664</sup> Allerdings darf eine schutzpflichtkonforme Auslegung nicht in Widerspruch zum erkennbaren Gesetzgeberwillen treten. Die *Korrektur* eines für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes ist dem BVerfG vorbehalten (Art. 100 Abs. 1 GG).<sup>665</sup> Außerdem steigen die Anforderungen an die Regelungsdichte und methodische Nachvollziehbarkeit der Herleitung eines schutzvermittelnden Anspruchs, je intensiver der damit verbundene (Schutz-)Eingriff ist.<sup>666</sup> Insoweit ist der Gesetzesvorbehalt besonders in seiner rechtsstaatlichen Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit relevant.<sup>667</sup> Schwierig zu beurteilen bleibt dabei, wann der Gesetzesvorbehalt der gerichtlichen Regelbildung auf Basis von Generalklauseln (z.B. §§ 823, 826, 1004 BGB) eine „harte“ Grenze setzt.

*cc) Bsp.: Haftung für klimawandelbedingte Schäden auf Basis von Generalklauseln?*

Dies lässt sich beispielhaft an der Frage nach einer Haftung privater Treibhausgasemittenten für Schäden infolge des anthropogenen Klimawandels verdeutlichen. Hier stellt sich die Frage, inwieweit Zivilgerichte auf Basis von Generalklauseln Schutzinstrumente entwickeln dürfen, die (auch) dem Kampf gegen den Klimawandel dienen. Da der anthropogene Klimawandel potenziell Leben, Gesundheit und Eigentum (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG) bedroht, treffen den Staat diesbezüglich Schutzpflichten.<sup>668</sup> Zudem ergibt sich aus

<sup>664</sup> Zum Anspruchscharakter etwa BVerfGE 7, 198, 206 f.; 103, 89, 100; s.a. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 201.

<sup>665</sup> Vgl. *Michl*, Jura 2017, 1062, 1070. Das Rechtsverweigerungsverbot ändert daran nichts. Es verpflichtet Gerichte zur Entscheidung des Rechtsstreits, gewährt Einzelnen aber keinen Anspruch (und dem Gericht keine entsprechende Befugnis), durch Rechtsfortbildung ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen (vgl. § 6 II.; s.a. *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 389 f.). Insbesondere wenn durch Auslegung ermittelbar ist, dass der Gesetzgeber ein „Schutzdefizit“ bewusst in Kauf genommen hat, die Frage der Schutzgewähr also durch beredtes Schweigen (vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 69/1991, S. 191) negativ entschieden hat, kommt eine fachgerichtliche Korrektur nicht in Betracht, sondern nur die Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG.

<sup>666</sup> Ein Beispiel bietet die Abgrenzung von Eigentumschutz nach § 1004 Abs. 1 BGB und verschuldensabhängiger Deliktshaftung im Nachbarschaftsrecht. § 1004 Abs. 1 BGB zielt auf die effektive Beseitigung von Störungen ab, die neben dem Abstellen der Störung auch die Entfernung auf dem Grundstück verbliebener Störungs-Rückstände umfasst (vgl. *Thole*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2019, § 1004 Rn. 16 ff.). Ein weitergehender Anspruch auf Ersatz infolge der Störung entstandener Schäden ist allerdings nicht mehr von § 1004 Abs. 1 GG gedeckt, sondern kann nur auf Grundlage eines – insoweit konkreteren – verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs gewährt werden.

<sup>667</sup> Zum Gebot der Voraussehbarkeit staatlicher Belastungen als Ausprägung der Rechtsicherheit *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VII, Rn. 107.

<sup>668</sup> BVerfGE 157, 30, 110 ff.

Art. 20a GG eine staatliche Handlungspflicht zum aktiven Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen.<sup>669</sup> Fraglich ist aber, ob diese staatlichen Pflichten gerade dergestalt zu erfüllen sind, dass den infolge des Klimawandels Gefährdeten oder Geschädigten Unterlassungs- und Haftungsansprüche gegen private Treibhausgasemittenten gewährt werden.<sup>670</sup> Eine solche Verengung des legislativen Spielraums auf privatrechtliche Mittel ist grundsätzlich nicht anzunehmen, denn sowohl die grundrechtlichen Schutzpflichten als auch Art. 20a GG belassen dem Gesetzgeber einen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum, der sich nach Auffassung des BVerfG – zumindest bislang – nicht auf bestimmte Maßnahmen verengt hat.<sup>671</sup>

Dies schließt jedoch nicht aus, dass Zivilgerichte auf Basis geeigneter gesetzlicher Grundlagen privatrechtliche Schutzinstrumente entwickeln dürfen. Vielmehr haben sie – wie oben gesehen – bei der Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen verfassungsrechtliche Vorgaben, darunter grundrechtliche Schutzpflichten und Art. 20a GG, möglichst weitgehend umzusetzen.<sup>672</sup>

Der *Eignung* privatrechtlicher Instrumente zur Effektivierung der Schutzpflichten und des Art. 20a GG steht nicht entgegen, dass die staatlichen Pflichten primär zukunftsbezogen, also präventiv ausgerichtet sind.<sup>673</sup> Denn zum einen weisen etwa (vorbeugende) Unterlassungsansprüche oder Aufwendungsersatzansprüche für selbst umzusetzende Schutzmaßnahmen (z.B. Bau eines Damms zum Hochwasserschutz) einen Zukunftsbezug auf, zum anderen entfaltet auch private Haftung einen präventiven Steuerungseffekt, indem Emittenten finanzielle und reputationsbezogene Anreize gesetzt werden, ihr Geschäftsmodell möglichst treibhausgasarm zu transformieren.<sup>674</sup> Wenn also private Regulierungsinstrumente in diesem Kontext nicht von vornherein als *ungeeignet* abgetan werden können, stellt sich die Frage, ob zur Entwicklung der Haftung für Klimaschäden

---

<sup>669</sup> BVerfGE 157, 30, 138 ff.

<sup>670</sup> Besondere Aufmerksamkeit erhielt in diesem Zusammenhang die Klage des peruanischen Landwirts *Luciano Lliuya* gegen die RWE AG, mit der dieser anteiligen Ersatz von Kosten für Maßnahmen zum Schutz seines Grundstücks vor einer drohenden Flutwelle infolge des klimawandelbedingten Abschmelzens eines Gletschers beanspruchte. Dazu mit detaillierter Schilderung *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 119 ff.; das LG Essen ZUR 2017, 370 wies die Klage ab, das OLG Hamm ZUR 2018, 118 hielt zumindest eine Beweisaufnahme mit Ortstermin für erforderlich.

<sup>671</sup> BVerfGE 157, 30, 114 ff. (zu Schutzpflichten), 143 ff. (zu Art. 20a GG); ablehnend gegenüber einer Verengung des klimaschutzbezogenen Pflichtenprogramms auf privatrechtliche Instrumente *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 51, 66.

<sup>672</sup> Zur Berücksichtigung von Art. 20a GG im Rahmen zivilgerichtlicher Auslegung *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 175 f., 198 ff.

<sup>673</sup> Dies betont *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 49 und will daher eine Haftung für vergangene (historische) Emissionen unter Bezug auf grundrechtliche Schutzpflichten generell ausschließen.

<sup>674</sup> Vgl. zur Präventionseignung einer privaten Klimahaftung *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 156 ff.; mit Vorbehalten *Wagner*, NJW 2021, 2256, 2262.

mit den zivilrechtlichen Generalklauseln (insb. §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)<sup>675</sup> hinreichende gesetzliche Anknüpfungspunkte bestehen<sup>676</sup> oder ob die Gerichte damit in unzulässiger Weise eine der Legislative obliegende Entwicklung eines Klima-Schutzkonzepts an sich zögen.<sup>677</sup>

Zur Beurteilung dieser Frage ist der Gesetzesvorbehalt als Kompetenzgrenze maßgeblich, denn richtigerweise fällt die Frage, ob und wie das Privatrecht als Regulierungsinstrument zur Umsetzung von Nachhaltigkeits- bzw. Klimaschutzzielen und zugleich grundrechtlichen Schutzpflichten einzusetzen ist, in den Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts.<sup>678</sup> Dies gilt auch für klimaschutzbezogene Unterlassungs- und Haftungsansprüche gegen private Emittenten. Zum einen bedeuten diese einen erheblichen Eingriff in deren Grundrechte (etwa Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG), der vor allem bezüglich der Haftung für historische Emissionen Probleme der Voraussehbarkeit der Haftung aufwirft. Zum anderen sind die Verteilung der Lasten des Klimawandels und die Strategie des Klimaschutzes als gemeinwohlrelevante, politisch umstrittene Fragen wesentlich für das Gemeinwesen und folglich vom Gesetzgeber zu beantworten.<sup>679</sup> Wie gesehen, schließt die Vorbehaltsgeltung aber Auslegungs- und Rechtsfortbildungsspielräume der Zivilgerichte nicht aus. Auch im Bereich privater Haftung verlangt der Gesetzesvorbehalt keine detaillierte, auf einzelne Gefährdungslagen zugeschnittene Regelungstechnik. Die Delegation konkretisierender Regelsetzung an die Zivilgerichte mittels Generalklauseln (etwa

<sup>675</sup> Für den Aufwendungsersatz für selbst umgesetzte Schutzmaßnahmen werden etwa § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB oder § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB sowie § 906 Abs. 2 S. 2 BGB herangezogen. Näher zu den gesetzlichen Anknüpfungspunkten *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 175 ff.

<sup>676</sup> Diese Ansicht vertritt dezidiert *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 175 ff., 390 ff. (ohne direkten Bezug auf die Frage der Geltung des Gesetzesvorbehalts); s.a. *Schirmer*, JZ 2021, 1099 ff.

<sup>677</sup> So unter Bezug auf den Gesetzesvorbehalt *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 57 ff., 66 ff.; vgl. auch LG Stuttgart, NVwZ 2022 Rn. 24 (im Kontext einer Unterlassungsklage gegen die Mercedes-Benz AG, gerichtet auf die Einstellung des Vertriebs von Fahrzeugen mit Verbrennungsmotoren): „Die von den Klägern begehrte Rechtsfolge steht im Widerspruch zu der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit, die dem Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen für die Ausgestaltung des gesellschaftlichen Lebens und der Lebensbedingungen zuweist.“; s.a. *Wagner*, NJW 2021, 2256, 2261 ff. (insb. unter Bezug auf das Gebot richterlicher Zurückhaltung); *Chatzinerantzis/ Appel*, NJW 2019, 881, 886 (unter Bezug auf die Gesetzesbindung und Funktionsgrenzen der Judikative).

<sup>678</sup> Vgl. etwa *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 177 f., 197, 209; *Gsell*, NZM 2022, 481, 489; *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 57 f.; *Croon-Gestefeld*, Gemeininteressen im Privatrecht, 2022, S. 156 f. Auch der Wortlaut von Art. 20a GG („Der Staat schützt [...] die natürlichen Lebensgrundlagen [...] durch die Gesetzgebung [...]“) weist auf die besondere Bedeutung der Gesetzgebung bei der Umsetzung des Nachhaltigkeitsziels hin, vgl. BVerfGE 157, 30, 143.

<sup>679</sup> Ähnlich *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 67: „Eine Auslegung und Anwendung der einfachgesetzlichen Bestimmung hat [...] den Vorbehalt des Gesetzes zu beachten, weil es sich (sic!) bei einer privaten Haftung von Emittenten um eine gemeinwohl- wie grundrechtswesentliche Systementscheidung im gesamten Haftungsrecht geht.“

§§ 823, 826, 906, 1004 BGB) bleibt zulässig. Auf dieser Basis dürfen und sollen Gerichte – etwa in Konkretisierung des Störer-Begriffs (§ 1004 Abs. 1 BGB) oder der Sorgfaltsanforderungen im Kontext von Rechtsgutsverletzungen (§ 823 Abs. 1 BGB) – Fallgruppen und Rechtsbegriffe (z.B. Verkehrspflicht)<sup>680</sup> bilden, mithilfe derer der Rechtsstoff systematisiert und letztlich die Berechenbarkeit gerichtlicher Rechtsanwendung erhöht wird. Allerdings müssen solche Entwicklungen den Rahmen des gesetzlich angelegten Haftungskonzepts wahren.

Hinsichtlich klimawandelbedingter Schäden besteht das Hauptproblem darin, dass es aufgrund der hierbei relevanten diffusen Multikausalität (der Gesamtheit aller globalen Treibhausgasemissionen) kaum gelingt, konkrete Schäden einem bestimmten Verursacher zuzurechnen, was jedoch eine Grundvoraussetzung der deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB wie auch des negatorischen Rechtsschutzes nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB darstellt.<sup>681</sup> Auch § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, der eine gesamtschuldnerische Haftung für Fälle vorsieht, in denen sich bei Multikausalität nicht ermitteln lässt, welcher Tatbeitrag schadensursächlich war, greift nicht, da er die Fähigkeit jedes einzelnen Ursachenbeitrags voraussetzt, den Gesamtschaden allein herbeizuführen.<sup>682</sup> Auf Basis der allgemeinen Haftungsnormen lässt sich die private Haftung für Klimaschäden mithin – eingedenk der aufgrund der Vorbehaltsgeltung gesteigerten Anforderungen – nicht überzeugend dogmatisch herleiten. Es spricht daher vieles dafür, die Frage einer haftungsrechtlichen Verteilung der Risiken für Klimaschäden einer spezifischen gesetzgeberischen Regelung zu überlassen. Dafür lässt sich auch anführen, dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen neuartiger, teils atypischer Risikolagen spezifische Rechtsgrundlagen für eine private Haftung geschaffen hat (vgl. z.B. §§ 25 ff. AtG, §§ 32 ff. GentG, § 89 WHG). Insbesondere im UmweltHG wurde bereits eine anlagenspezifische, verschuldensunabhängige Haftung geregelt, die grundsätzlich auch emissionsbedingte Schäden erfasst. Allerdings wurde bei Schaffung dieses Gesetzes von einer Haftung für nicht individualisierbare, auf die allgemeine Umweltbelastung zurückzuführende Schäden abgesehen und in der Gesetzesbegründung gerade die Notwendigkeit einer eigenständigen Lösung dafür betont.<sup>683</sup> Dies stützt die Annahme, dass es nicht dem (historischen) Gesetzgeberwillen entspräche, auf Basis der haftungsrechtlichen Generalklauseln rich-

---

<sup>680</sup> Begriffsprägend RGZ 102, 372, 375; eingehend zu Verkehrssicherungspflichten im Deliktssystem *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 823 Rn. 482 ff.

<sup>681</sup> Näher *Hellgardt/Jouanmaud*, AcP 222 (2022), 163, 190 ff.; den Kausalitätsnachweis im Rahmen des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB versucht *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 178 ff. zu erbringen (am Bsp. des Falls *Liuuya/RWE*).

<sup>682</sup> Vgl. BGHZ 67, 14, 18 f.; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 830 Rn. 76.

<sup>683</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/7104, S. 16. Dazu wird in der Gesetzesbegründung festgehalten: „[D]ie zu ihrem [d.h. auf allgemeine Umweltbelastungen zurückgehende Schäden] Ausgleich erforderlichen Regelungen bedürfen jedoch noch weiterer eingehender Überlegungen, vor allem auch unter dem Gesichtspunkt, mit welchen Instrumenten die Entschädigung durchgeführt werden soll, und wer in welchem Umfang zu den Kosten beizutragen hat. Zu ihrem Ausgleich bedarf es eigenständiger Lösung.“; vgl. dazu auch *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 68.

terrechtliche Lösungen für die Frage nach dem ob und wie einer privater Haftung für Klimaschäden zu entwickeln.

*dd) Fehlen normativer Anknüpfungspunkte bzw. legislatives Unterlassen*

Schließlich geht es um Konstellationen, in denen normative Anknüpfungspunkte für eine grundrechtlich gebotene Schutzmaßnahme gänzlich fehlen oder für die gebotene Schutzreichweite nicht ausreichen. Hintergrund kann sein, dass der Gesetzgeber ein Schutzbedürfnis (noch) nicht erkannt hat, sich eine grundrechtliche Gefährdungslage mit der Zeit verändert hat oder ein Fall des Verzugs oder der Schlechterfüllung der Schutzpflicht vorliegt. Konstellationen mit privatrechtlichem Bezug können in verschiedenen Bereichen auftreten, beispielsweise bei Herstellung und Vertrieb gesundheitsgefährdender Produkte (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG), Diskriminierung am Arbeitsplatz oder im Gesundheitswesen (Art. 3 Abs. 3 GG) oder den – bereits angesprochenen – Umweltbeeinträchtigungen, die mittelbar Individualrechtsgüter wie das Eigentum und die Gesundheit gefährden (Art. 2 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 GG). Wenn eine gesetzliche Regelung, die das betreffende Schutzbegehren deckt, (noch) nicht existiert, stellt sich die Frage, welche Wege offen stehen, wenn die zivilgerichtliche Rechtsfortbildung zur Erfüllung eines verfassungsrechtlich verankerten Schutzbegehrens unzulässig ist.

*(1) Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG bei „unechtem“ legislativem Unterlassen*

In solchen Konstellationen ist eine Differenzierung zwischen zwei Arten legislativen Unterlassens („unechtes“ und „echtes“ Unterlassen) geboten, die vor allem für die Frage des zulässigen Gegenstands eines Vorlageverfahrens nach Art. 100 GG oder einer gegen legislatives Unterlassen gerichteten Verfassungsbeschwerde maßgebend ist.<sup>684</sup> „Unechtes“ legislatives Unterlassen liegt vor, wenn der Gesetzgeber bereits tätig geworden ist, die geschaffene Norm dem grundrechtlichen Schutzbedürfnis aber nicht gerecht wird oder infolge veränderter Umstände oder wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht mehr genügt. Stellt sich im Zivilprozess die Frage nach der Verfassungskonformität einer solchen unzureichend schützenden Norm, so ist sie nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen.<sup>685</sup> Das Vorlageverfahren ist zwar kein Instrument, um „ein von einem Gericht von Verfassungen wegen für geboten gehaltenes allgemeines gesetzgeberisches Tätigwerden zu erzwingen“<sup>686</sup>, es stellt aber durchaus ein zulässiges An-

<sup>684</sup> Zur Differenzierung mit Bezug auf den Gegenstand der Verfassungsbeschwerde *Möstl*, DÖV 1998, 1029, 1030 f.; *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 90 Rn. 219 ff.; mit Bezug auf den Vorlagegegenstand nach Art. 100 Abs. 1 GG BVerfG NJW 2013, 1148, 1149; BVerfGE 142, 313, 331 f.; *Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 80 Rn. 118 ff.

<sup>685</sup> Diese Möglichkeit erwägen auch *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 120; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119, 142 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 288.

<sup>686</sup> BVerfGE 142, 313, 331.

liegen dar, wenn das vorliegende Zivilgericht (auch) erreichen möchte, dass der Gesetzgeber infolge der verfassungsgerichtlichen Kontrolle zur schutzpflichtkonformen Umgestaltung bzw. Nachbesserung einer Norm verpflichtet wird.<sup>687</sup> Dieser Weg stellt somit auch aus Perspektive der schutzbegehrenden Partei eine Möglichkeit dar, mittelbar auf eine Gesetzesanpassung hinzuwirken, die dann im angestregten Zivilprozess berücksichtigt werden muss. Die fachgerichtseigene Korrektur bzw. das „Zurechtbiegen“<sup>688</sup> der unzureichenden gesetzlichen Grundlage ist hingegen unzulässig.

Im Fall des „echten“ legislativen Unterlassens hat der Gesetzgeber keine Regelung zur Erfüllung einer grundrechtlichen Schutzpflicht geschaffen, sodass – nach überwiegender Auffassung – auch kein vorlagefähiger Gegenstand i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG besteht.<sup>689</sup> Hier kommen für das entscheidende Zivilgericht, das von einem grundrechtlichen Schutzdefizit hinsichtlich des zu entscheidenden Falls überzeugt ist, zwei Möglichkeiten in Betracht. Entweder wird es unter Annahme einer „Notkompetenz“ selbst eine Gesetzesersetzende Schutzregelung entwickeln, oder die Klage zulasten der Schutz begehrenden Partei abweisen – letzteres gegebenenfalls unter Verweis auf die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen und die Möglichkeit einer Staatshaftung (zu den letztgenannten Möglichkeiten sogleich unter d.).

## (2) Ausnahmsweise „Notkompetenz“ des Zivilgerichts?

Grundsätzlich ist das Fachgericht nicht befugt, selbst eine Gesetzesersetzende Lösung zu entwickeln, um ein (vermutetes) Schutzdefizit zu füllen.<sup>690</sup> Damit würde der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers übergangen und der als „Störer“ identifizierten Partei eine schwierig kalkulierbare Risikoverantwortung zugeschrieben.<sup>691</sup> Allerdings sind auch hier (seltene) Ausnahmekonstellationen denkbar, in denen der Judikative eine „Notkompetenz“ zustehen sollte.<sup>692</sup> Dazu müssen aber bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllt sein. Es muss ein klarer Handlungsauftrag aus der Verfassung abzuleiten sein, der sich auf den Schutz

---

<sup>687</sup> BVerfGE 142, 313, 332.

<sup>688</sup> Oeter, AöR 119 (1994), 529, 551.

<sup>689</sup> Zur Unzulässigkeit „echten“ legislativen Unterlassens als Vorlagegegenstand *Müller-Terpitz*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 80 Rn. 118 ff.; BVerfG NJW 2013, 1148, 1149.

<sup>690</sup> Vgl. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 288; in privatrechtlichem Kontext Oeter, AöR 119 (1994), 529, 550.

<sup>691</sup> Zu denken ist etwa an die Haftung privater Treibhausgasemittenten für Eigentums- oder Gesundheitsschäden infolge des anthropogenen Klimawandels oder an die Haftung von Herstellern und Händlern infolge des Inverkehrbringens von Produkten, deren Gefahrenpotenzial zunächst unterschätzt wird (z.B. Asbest, Tabakwaren, zuckerhaltige Kindergetränke).

<sup>692</sup> Vgl. zum Gedanken einer „beschränkten Notkompetenz“ der anderen Gewalten im Falle des Versagens des Gesetzgebers bereits *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 19.

hochrangiger grundrechtlich geschützter Rechtsgüter bezieht und dem mit Blick auf den konkreten Privatrechtsstreit eine bestimmte Wertung zu entnehmen ist. Zu berücksichtigen ist auch, ob die schutzfördernde Rechtsfortbildung geeignet ist, irreversible Schäden für das grundrechtlich geschützte Rechtsgut abzuwenden. Zudem ist eine Verengung des staatlichen Handlungsspielraum zur Schutzerfüllung darzulegen. Wenn das gebotene Schutzziel ohnehin nur durch eine bestimmte oder einen stark begrenzten Kreis von Maßnahmen erreichbar ist – ähnlich einer Ermessenreduzierung auf Null –, wird der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers kaum beeinträchtigt, weil er ohnehin stark verengt ist.<sup>693</sup> Dies ist denkbar, wenn der Kreis möglicher Schutzmaßnahmen aufgrund von Sachgesetzlichkeiten des regelungsbedürftigen Lebensbereichs oder in Anbetracht einer starken Pfadabhängigkeit des bestehenden Regulationssystems stark begrenzt ist. Meistens kommen jedoch unterschiedliche Maßnahmen in Betracht, mit denen ein Schutzziel zu fördern ist.<sup>694</sup>

Die ausnahmsweise gerichtliche Notkompetenz lässt sich in materieller Hinsicht auf den vom BVerfG bisweilen genutzten „Näher-an-der-Verfassung-Gedanken“ stützen, wenn die bei Unterlassen eines „Schutzeingriffs“ bestehende Rechtslage den verfassungsrechtlichen Anforderungen „noch ferner stünde“<sup>695</sup> als im Fall der Vornahme des Schutzeingriffs trotz fehlender gesetzlicher Grundlage.<sup>696</sup> Gerichte (und Verwaltung) sollten dann in der Übergangszeit bis zur Schaffung der notwendigen gesetzlichen Regelungen Abhilfe schaffen können.<sup>697</sup> Der Judikative kommt in solchen Sonderfällen also eine „Notkompetenz“<sup>698</sup> zu; ihr gesetzvertretendes Handeln wird durch die besondere Dringlichkeit und die

<sup>693</sup> Außerdem besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit der nachträglichen legislativen Modifikation bzw. Korrektur der Schutzausgestaltung. Dieses Argument ist allerdings nicht generell als Begründung für die Unbedenklichkeit richterlicher Rechtsfortbildung tauglich, vgl. dazu oben § 5 II. 3.

<sup>694</sup> Vgl. BVerfG NJW 1998, 3264, 3265 (im Kontext der Frage nach einer Haftung für emissionsbedingte Waldschäden): „Nur unter ganz besonderen Umständen wird sich daher die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers so verengen, daß allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann.“

<sup>695</sup> Vgl. BVerfGE 33, 303, 347; 41, 251, 267; 83, 130, 154; 85, 386, 401; 130, 372, 402; 157, 30, 176. Der Gedanke wird herangezogen, um der Verwaltung ausnahmsweise in einer Übergangsfrist bis zur Schaffung erforderlicher gesetzlicher Grundlagen Grundrechtseingriffe ohne gesetzliche Grundlage zu gestatten, um dringlichen grundrechtlichen Schutzbelangen gerecht zu werden. Vgl. BVerfGE 85, 386, 401: „In derartigen Fällen hat das Bundesverfassungsgericht schon häufiger einen verfassungswidrigen Rechtszustand vorübergehend hingenommen, um eine Lage zu verhindern, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen noch ferner stünde als der bisherige Zustand.“; BVerfGE 33, 1, 13: „Bei dieser Sachlage müssen auch Eingriffe in die Grundrechte von Strafgefangenen, die keine gesetzliche Stütze haben, noch für eine gewisse Übergangsfrist hingenommen werden [...].“

<sup>696</sup> So bereits mit Bezug auf die Verwaltung und unter der Bezeichnung als „Näher-am-Grundgesetz-Gedanken“ Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 93.

<sup>697</sup> Vgl. mit Bezug auf die Verwaltung Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 93.

<sup>698</sup> Vgl. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 394 f.

verfassungsrechtliche Wertelage legitimiert.<sup>699</sup> Ein solch dringendes Erfordernis einer *privatrechtlichen* Schutzmaßnahme dürfte jedoch nur in seltenen Ausnahmefällen auftreten.<sup>700</sup>

d) *Exkurs: Mittelbare Schutzmöglichkeiten im Fall legislativen Unterlassens*

Außerhalb des vom Zivilgericht zu initiierenden Verfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG und der Sonderkonstellation einer gerichtlichen „Notkompetenz“ sind mittelbare Schutzmöglichkeiten anzudenken, darunter die Aktivierung des Gesetzgebers mittels einer Verfassungsbeschwerde und – bei bereits eingetretenen Schäden – eine Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens.

aa) *Aktivierung des Gesetzgebers: Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen*

Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen kommt bereits ex ante in Betracht, wenn die aufgrund eines legislativen Schutzdefizits bestehende konkrete Gefährdungslage dargelegt werden kann, ein Schaden aber noch nicht eingetreten ist.<sup>701</sup> Verstößt der Gesetzgeber durch Unterlassen gegen grundrechtliche Schutzpflichten, können die davon unmittelbar betroffenen Bürger Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG erheben.<sup>702</sup> Dies stellt ein notwendiges Gegenstück zu dem hier zugrunde gelegten Konzept der *gesetzesmediatisierten* Schutzpflicht dar.<sup>703</sup> Der subjektive Anspruch auf legislatives Handeln stellt also gewissermaßen einen Ausgleich zur Annahme der begrenzten Kompetenz zur fachgerichtlichen Schutzgewähr dar.

---

<sup>699</sup> Vgl. auch BVerfGE 25, 167, 181, 188 (zur Reform des Unehelichenrechts), wo der Rechtsprechung die Kompetenz zugesprochen wurde, den „Wille der Verfassung soweit wie möglich zu verwirklichen“ (S. 167), zugleich aber die Rückholkompetenz des Gesetzgebers betont wurde (S. 181): „[D]er aus der Untätigkeit des Gesetzgebers folgende Funktionszuwachs der Rechtsprechung [ist] nur subsidiärer Natur [...]: Dem Gesetzgeber steht es jederzeit frei, die Erfüllung des zunächst an ihn gerichteten Verfassungsauftrags wieder an sich zu ziehen und nach seinen Vorstellungen zu verwirklichen.“

<sup>700</sup> Vgl. allg. zum Ausnahmeharakter einer Pflicht des Gesetzgebers zum Einsatz regulatorischen Privatrechts zur Erfüllung von Schutzpflichten *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 316 f.

<sup>701</sup> Denkbar ist auch, direkt gegen die fachgerichtliche Entscheidung, die eine „schützende“ Rechtsfortbildung mangels gesetzlicher Grundlage verweigert, im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde vorzugehen, vgl. *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 122.

<sup>702</sup> *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 562; *Calliess*, JZ 2006, 321, 323; *Walter*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 93 Rn. 345.; zum gesetzgeberischen Unterlassen als tauglicher Gegenstand der Verfassungsbeschwerde etwa BVerfGE 56, 54, 70 f., 78 f. (Fluglärm); offenlassend BVerfG NJW 1998, 3264, 3265 (Waldschäden); bejahend jüngst BVerfGE 160, 79, 104 (zum Schutz behinderter Menschen bei pandemiebedingter Triage).

<sup>703</sup> Einen im Wege der Verfassungsbeschwerde durchsetzbaren Anspruch auf legislatives Handeln auf Grundlage grundrechtlicher Schutzpflichten bejahen etwa *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 208–218; *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 562; *Mörtl*, DÖV 1998, 1029 ff.; *Sodan*, NVwZ 2000, 601, 609.

Beschwerdegegenstand im Sinne des § 90 BVerfGG ist dabei das Unterlassen des Gesetzgebers, hinreichenden Schutz vor einer bestimmten – von Privaten ausgehenden<sup>704</sup> – Gefahr für die Grundrechte zu gewähren.<sup>705</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Beschwerdeführer exakt vorgibt, durch welche konkrete gesetzliche Regelung dem Schutzbegehren zu entsprechen ist.<sup>706</sup> Folglich ist auch die Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers insoweit abgeschwächt, als diesem immer noch die Befugnis zur konkreten Ausgestaltung des erforderlichen Schutzgesetzes verbleibt.<sup>707</sup> Das BVerfG fordert aber, dass der Beschwerdeführer sich auf „einen ausdrücklichen Schutzauftrag des Grundgesetzes berufen kann, der den Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen bestimmt“.<sup>708</sup> Außerdem legt es einen strengen Überprüfungsmaßstab an, wonach es die Verletzung einer Schutzpflicht nur dann feststellt, „wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben.“<sup>709</sup> Wird ein solches Schutzdefizit erkannt, stellt das BVerfG gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG den Verfassungsverstoß fest und kann dem Gesetzgeber – auch unter Setzung einer Frist – aufgeben, den verfassungswidrigen Zustand durch Erlass der erforderlichen gesetzlichen Regelungen zu beseitigen.<sup>710</sup> Solche sogenannten Appellentscheidungen enthalten in der Regel Rechtsetzungsdirektiven, welche die Erfüllung der legislatorischen Handlungspflicht grob anleiten.<sup>711</sup> In Anbetracht der Möglichkeit des Eilrechtsschutzes

<sup>704</sup> In BVerfGE 160, 79 (Triage) bezog sich die Verfassungsbeschwerde darauf, dass der Gesetzgeber aufgrund des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG gehalten sei, „wegen Behinderung drohende Diskriminierungen durch Private zu verhindern“ (S. 104).

<sup>705</sup> Vgl. *Möstl*, DÖV 1998, 1029, 1032.

<sup>706</sup> *Möstl*, DÖV 1998, 1029, 1032.

<sup>707</sup> Näher *Möstl*, DÖV 1998, 1029, 1037 f.

<sup>708</sup> So oder ähnlich BVerfGE 11, 255, 261; 56, 54, 70; BVerfG NJW 1998, 3264, 3265; weniger fordernd jüngst BVerfGE 160, 79, 104: „Dieses [das gesetzgeberische Unterlassen] kann Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, wenn sich eine Handlungspflicht des Gesetzgebers aus dem Grundgesetz herleiten lässt.“ (zum Schutz vor Diskriminierungen durch Private im Fall pandemiebedingter Triage-Entscheidungen, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG).

<sup>709</sup> BVerfGE 157, 30, 114; 160, 79, 105; ständige Rspr.

<sup>710</sup> Vgl. BVerfGE 160, 79, 129 (Triage): „Der Gesetzgeber muss zur Umsetzung der aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hier auch wegen der Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden konkreten Schutzpflicht [...] dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber ist gehalten, seiner Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen.“; s.a. BVerfGE 117, 202, 203, 243; 147, 1, 31; *Hömig*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 95 Rn. 13.

<sup>711</sup> Näher *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 35 Rn. 57. Denkbar wäre de lege ferenda, den Durchsetzungsmechanismus zu verschärfen, z.B. indem dem BVerfG die Möglichkeit zur Anordnung eines Zwangsgeldes im Falle des (weiteren) Untätigbleibens des Gesetzgebers nach Ablauf einer Übergangsfrist eingeräumt wird.

nach § 32 BVerfGG sowie der Anordnung von Übergangsanordnungen nach § 35 BVerfGG<sup>712</sup> ist dabei auch ein zügiger Rechtsschutz bezüglich „echtem“ legislativem Unterlassen nicht ausgeschlossen.<sup>713</sup> Die Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen bietet Einzelnen somit eine Möglichkeit innerhalb des grundgesetzlichen Kompetenzrahmens gegen eine defizitäre Gesetzeslage vorzugehen, die aufgrund des Gesetzesvorbehalts nicht im Alleingang von den Gerichten ergänzt werden darf.<sup>714</sup>

*bb) Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens?*

Neben der Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen, die auf den Erlass schützender Normen abzielt, ist beim Eintritt individueller Schäden, die sich als Folge eines legislativen Unterlassens darstellen, eine Staatshaftung anzudenken.<sup>715</sup> Eine tiefergehende Behandlung dieser Problematik würde den Rahmen der Untersuchung sprengen, weshalb es vorliegend bei einigen allgemeinen Erwägungen sein Bewenden haben wird.

*(1) Konstellation und Funktion*

Die Haftung wäre auf die Entschädigung für individuelle, grundrechtsrelevante Schäden gerichtet, die durch privates Handeln verursacht wurden, für die aber in Ermangelung privatrechtlicher Anspruchsgrundlagen – und der begrenzten Befugnis der Zivilgerichte zur Schaffung derselben – keine privaten Ausgleichsansprüche bereitstehen.<sup>716</sup> Die Grundrechte taugen nach dem im Grundgesetz an-

---

Aus rechtsvergleichender Perspektive ist dazu eine jüngere Entscheidung des französischen Conseil d'Etat von Interesse, in der für den Fall eines weiteren staatlichen Unterlassens notwendiger Maßnahmen zur (auch unionsrechtlich gebotenen) Luftreinhaltung ein Zwangsgeld von 10 Millionen Euro angeordnet wurde, welches an die klagenden Umweltorganisationen zu zahlen wäre, vgl. Conseil d'Etat, 10 juillet 2020, Décision N°428409, ECLI:FR:CE-ASS:2020:428409.20200710. Allerdings bezog sich die mit dem Zwangsgeld sanktionierte Handlungspflicht nicht spezifisch auf *legislatives* Unterlassen, sondern allgemeiner auf das Unterlassen staatlicher Maßnahmen zur Einhaltung von Luftreinhaltungsvorgaben.

<sup>712</sup> Das BVerfG trifft auf Grundlage dieser Regelung im Anschluss an die Nichtigkeit bzw. Unvereinbarkeitserklärung eines Gesetzes regelmäßig Übergangsregelung bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber, vgl. etwa BVerfGE 84, 9, 10, 21 ff.; 121, 317, 376 f.; 132, 134, 135 f., 174 f. Dazu und zu Problemen der Regelung aufgrund funktionaler Überschneidungen mit dem Kompetenzbereich des Gesetzgebers *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 63. EL 2023, § 35 Rn. 1 ff.

<sup>713</sup> So *Masing/Wahl*, JZ 1990, 553, 562.

<sup>714</sup> Auf die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde verweist auch *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 122.

<sup>715</sup> Dazu am Rande *Classen*, JZ 2003, 693, 698; zu Staatshaftungsansprüchen im Kontext mangelnder Regulierung der Risiken von Asbest und Tabakkonsums aus rechtsvergleichender Perspektive *Wagner/Witte*, ZEuP 2005, 895, 917 f.; zur Staatshaftung aufgrund mangelnder staatlicher Regulierung am Rande *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 440.

<sup>716</sup> Andeutend *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 271, Fn. 38 (am Ende); *ders.*, JZ 2018, 901, 902.

gelegten Konzept der *mittelbaren* Drittwirkung zwar nicht unmittelbar als Anspruchsgrundlage zwischen Privaten, bieten in der Ausprägung als staatsgerichtete Schutzpflichten aber wertungsmäßig einen Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Staatshaftung, wenn der Gesetzgeber grundrechtlich gebotene (Schadensersatz-)Ansprüche im Privatrecht nicht schafft. Als erwünschter (Neben-)Effekt könnte von einer (drohenden) Staatshaftung zudem ein Regelungsdruck für den Gesetzgeber ausgehen, gesetzliche Grundlagen zur Realisierung der Schutzpflichten zügig zu schaffen, womit ein Beitrag zur Effektivierung der Verfassungsordnung geleistet werden könnte.<sup>717</sup>

Eine Staatshaftung für legislatives Unterlassen kommt vor allem in Betracht, wenn es um finanziell ausgleichbare Schäden geht, die mangels Vorhersehbarkeit einer privaten Risikoverantwortung aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlagen nicht privaten „Störern“ aufzubürden sind, für die aber eine Einstandspflicht des Staates angemessen erscheint, weil eine bekannte Gefährdungslage durch legislative Untätigkeit aufrechterhalten oder zumindest nicht minimiert wurde. In Frankreich wurde in einem solchen Kontext beispielsweise eine Staatshaftung bei durch Asbest verursachten Gesundheitsschäden von Arbeitnehmern bejaht. Der französische Conseil d'État sah ein vorwerfbares staatliches Unterlassen darin, dass trotz Kenntnis der großen Gesundheitsrisiken, die von der Arbeit mit Asbest ausgingen, lange Zeit keine gesetzlichen Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer (insb. entsprechende Arbeitgebersorgfaltspflichten) auf den Weg gebracht wurden.<sup>718</sup> Grundsätzlich ist gegenüber Bestrebungen, dem Staat ein drittschädigendes privates Handeln zuzurechnen, jedoch Zurückhaltung geboten.<sup>719</sup> Der Gesetzgeber ist nicht verpflichtet, einen absoluten Risikoausschluss anzustreben oder für jegliche Gefahrenlage zwischen Privaten spezifische Ausgleichsansprüche vorzusehen; es besteht kein „grundrechtlich verbürgter Anspruch auf Restrisikominimierung“.<sup>720</sup> Eine Haftung kommt daher nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht, die nachfolgend grob skizziert werden.

<sup>717</sup> Ein Parallelgedanke hierzu ist dem unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zu entnehmen, der vor allem dem *effet utile* Grundsatz Rechnung trägt, also auf eine ordnungsgemäße Richtlinienumsetzung bzw. das vertragstreue Verhalten der Mitgliedstaaten hinwirken soll; grundlegend EuGH, Urt. v. 19.7.1991, Rs. C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428, Rn. 28 ff. – Francovich.; s.a. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, <sup>6</sup>2013, S. 596 f. („präventive und edukative Wirkung“); *Papier/Schirvani*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2024, § 839 Rn. 161.

<sup>718</sup> Conseil d'Etat, 3 mars 2004, Décision N°241150: „[...] du fait de ces carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiant, l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité“. Das Gericht legt dar, dass bis 1977 keine Schutzregelungen getroffen wurden, obwohl schon seit den 50er Jahren von der staatlichen Kenntnis der hohen Gesundheitsrisiken, die mit der Einatmung von Asbest verbunden sind, auszugehen ist. Vgl. dazu auch *Wagner/Witte*, ZEuP 2005, 895, 917 f.

<sup>719</sup> Zur Ablehnung des Zurechnungsansatzes zur Einordnung privater Übergriffe als abwehrrechtlich relevante, staatliche Eingriffe, siehe § 9 IV. 4.

<sup>720</sup> *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 49.

(2) Voraussetzungen in Anlehnung an den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch

Dabei erscheint es sinnvoll, vorsichtige Parallelen zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zu ziehen,<sup>721</sup> der insbesondere in Konstellationen greift, in denen eine Individualschutz bezweckende Unionsrechtsnorm einer Richtlinie nicht (rechtzeitig) im nationalen Recht umgesetzt wird und Bürger dadurch einen Schaden erleiden.<sup>722</sup> Dieser Anspruch stellt gewissermaßen einen *funktionalen Ersatz* für die fehlende Horizontalwirkung bzw. die nicht oder nicht rechtzeitig erfolgte mitgliedstaatliche Umsetzung einer Richtlinienbestimmung dar, die Bürgern unmittelbar Rechte zusichert.<sup>723</sup> Diese Konstellation ist in struktureller Hinsicht insofern mit derjenigen der fehlenden legislativen Umsetzung schützender Verfassungsvorgaben vergleichbar,<sup>724</sup> als in beiden Fällen Einzelnen, denen durch eine Verfassungsnorm (bzw. Unionsrechtsnorm) Rechte zugesichert werden, ein Schaden daraus entsteht, dass die einfachgesetzliche Umsetzung der höherrangigen Bestimmung unterbleibt und entsprechende individuelle Rechte mithin nicht gerichtlich durchsetzbar sind. In Anlehnung an die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs<sup>725</sup> lassen sich für die Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens folgende Grundvoraussetzungen skizzieren:

*Erstens* muss ein ausdrücklicher und konkreter verfassungsrechtlicher Schutzauftrag vorliegen, der Einzelnen subjektive Rechte vermittelt.<sup>726</sup> Dabei ist, wie bereits zu den Voraussetzungen der Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen dargelegt wurde, nicht zwingend, dass der Anspruchsteller einen ganz konkreten Rechtssatz bezeichnet, mit dem die Gesetzgebungspflicht zu erfüllen gewesen wäre.<sup>727</sup> In den hier im Fokus stehenden Fällen, in denen sich ein

<sup>721</sup> So am Rande auch *Classen*, JZ 2003, 693, 698 mit Fn. 81.

<sup>722</sup> Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch bezieht sich auch auf legislatives Unrecht, namentlich das Unterlassen einer Richtlinienumsetzung, vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.1996, Rs. C-46/93, ECLI:EU:C:1996:79 – *Brasserie du Pêcheur*, Rn. 32 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, <sup>6</sup>2013, S. 610 f.; s.a. *Kahl*, in: *Callies/Ruffert*, EUV/AEUV, <sup>6</sup>2022, Art. 4 EUV Rn. 163: „Das Unionsrecht kennt, mit anderen Worten, insbesondere – im Gegensatz zum deutschen Staatshaftungsrecht – keinen Ausschluss der Haftung für legislatives Unrecht.“

<sup>723</sup> EuGH, Urt. v. 19.7.1991, Rs. C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 – *Francovich*, Rn. 28 ff.; s.a. oben § 9 Fn. 717.

<sup>724</sup> Ein großer Unterschied besteht aber zwischen dem Verhältnis des Unionsrechts zum nationalstaatlichen Recht einerseits und dem Verfassungsrecht zum einfachen deutschen Recht andererseits. Letzteres ist in geringerem Maße auf die Etablierung von Durchsetzungsmechanismen (einschließlich der Staatshaftung) zur Sicherung der staatlichen Normumsetzung angewiesen, weil es nicht in vergleichbarer Weise der Anstöße zum vertragstreuen Verhalten bzw. zur europäischen Integration bedarf.

<sup>725</sup> Zu diesen *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, <sup>6</sup>2013, S. 605 ff.

<sup>726</sup> Z.B. der Gleichstellungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 GG, die Diskriminierungsschutzgebote in Art. 3 Abs. 3 GG oder die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

<sup>727</sup> So aber mit Blick auf eine mögliche Haftung für gesetzgeberische Untätigkeit auf Grundlage der Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB *Papier/Shirvani*, in: *Dürig/*

legislatives Defizit gerade (auch) im Fehlen privatrechtlicher Ansprüche äußert, wäre jedoch darzulegen, dass dem konkreten Schutzdefizit insbesondere durch den Einsatz privatrechtlicher Mittel, etwa in Gestalt von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen oder Informations- und Aufklärungspflichten, beizukommen gewesen wäre.<sup>728</sup> *Zweitens* muss eine Pflichtverletzung des Gesetzgebers dergestalt vorliegen, dass die Umsetzung des Verfassungsauftrags unterlassen wurde. Dabei ist ein *qualifiziertes* Unterlassen<sup>729</sup> in dem Sinne zu fordern, dass die Untätigkeit dem Gesetzgebungsorgan vorwerfbar ist,<sup>730</sup> wofür verschiedene Gesichtspunkte sprechen können; insbesondere, dass trotz Kenntnis oder evidenter Erkennbarkeit einer erheblichen, dringenden Gefährdungslage keine gesetzlichen Regelungen zur Schadensprävention sowie zur Klärung der Lastenverteilung in Gestalt von (privaten) Ausgleichspflichten erlassen wurden. Dies wäre etwa anzunehmen, wenn mit Blick auf das Schutzdefizit bereits eine Appellentscheidung des BVerfG – infolge einer (Urteils-)Verfassungsbeschwerde oder einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG – ergangen ist, der nicht (rechtzeitig) Folge geleistet wurde. In Ausnahmefällen kann es aber auch genügen, wenn eine Risikolage in der Öffentlichkeit bekannt und wissenschaftlich nachgewiesen ist, die Schaffung der erforderlichen gesetzlichen Grundlagen zur Risikominimierung (z.B. Auferlegung privater Instruktions- und Verkehrssicherungspflichten) und privaten Haftung aber trotzdem unterbleibt. Andererseits wäre zugunsten des Staats exkulpierend zu berücksichtigen, dass bestimmte Maßnahmen zur Erfüllung eines Schutzdefizits ergriffen wurden, die sich jedoch ex post nicht als geeignet oder genügend effektiv erwiesen haben, einen Schadenseintritt beim Anspruchsteller zu verhindern. *Drittens* muss ein Kausalbezug zwischen dieser Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt bestehen. Es ist also zu zeigen, dass der Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit entfallen oder nur begrenzt entstanden wäre, hätte der Gesetzgeber die gebotene(n) Norm(en) erlassen.<sup>731</sup>

---

Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 34 Rn. 197, die davon ausgehen, dass eine solche Haftung „im Allgemeinen ausscheiden dürfte“.

<sup>728</sup> Eine Pflicht zum Einsatz regulatorischen Privatrechts zur Erfüllung von Schutzpflichten bejaht in Sonderfällen *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 316 f.

<sup>729</sup> Im Rahmen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs wurden in EuGH, Urt. v. 5.3. 1996, Rs. C-46/93, ECLI:EU:C:1996:79, Rn. 56 – Brasserie du Pêcheur als Indizien für einen qualifizierten Verstoß im Rahmen einer unterlassenen Richtlinienumsetzung u.a. angeführt: das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden beläßt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums.

<sup>730</sup> Diesen Aspekt könnte man auch als vierte Voraussetzung eines (abgeschwächten) Verschuldenserfordernisses prüfen. Beim unionsrechtlichen Anspruch werden Verschuldenselemente aber – wie auch hier vorgeschlagen – im Rahmen des Erfordernisses eines „hinreichend qualifizierten Unionsrechtsverstoßes“ geprüft, vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6<sup>2013</sup>, S. 610.

<sup>731</sup> Dabei sind verschiedene Kausalitätsbezüge denkbar, etwa dass bei Erlass der gebote-

Von diesen Voraussetzungen abgesehen, stellt sich die Frage, inwieweit es im Vorfeld der Geltendmachung einer Staatshaftung erforderlich wäre, präventive Rechtsschutzmöglichkeiten auszuschöpfen, wie es der Grundsatzes vom Vorrang des Primär- vor dem Sekundärrechtsschutz (kein „dulde und liquidiere“) nahelegt (vgl. auch § 839 Abs. 3 BGB).<sup>732</sup> Allerdings ist die Problematik des legislativen Unterlassens nicht mit der klassischen Situation vergleichbar, in der die Haftung an ein konkretes staatliches Tun oder Unterlassen anknüpft, gegen das Einzelne im Wege des Primärrechtsschutzes vorgehen können. Als Rechtsschutzmittel gegen das „echte“ legislative Unterlassen steht – wie zuvor gesehen – in der Regel nur die Verfassungsbeschwerde offen, mit der ein rechtzeitiger Schutz vor Eintritt eines Schadens zum Teil nicht zu erreichen sein wird. Dennoch erscheint es im Sinne einer „Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde“ sinnvoll zu verlangen, dass vor Inanspruchnahme des Staats die zumutbaren Klagemöglichkeiten gegen private Störer ausgeschöpft werden, also die begehrte (schützende) Rechtsfolge (z.B. ein Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch) vor den Zivilgerichten zu beantragen, auch wenn eine eindeutige Rechtsgrundlage dafür nicht ersichtlich ist.<sup>733</sup> Dies bringt auch den Vorteil, dass die Zivilgerichte dann überprüfen müssen, ob eine taugliche Anspruchsgrundlage für das Schutzbegehren vorliegt, wobei die Möglichkeit der schutzpflichtkonformen Auslegung oder – bei „unrechtem“ legislativem Unterlassen – der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG zu erwägen sind. Auf der Grundlage der fachgerichtlichen Klageabweisung mangels tauglicher Anspruchsgrundlage und des dadurch gefestigten Schadens ist dann zur Staatshaftung überzugehen, die grundsätzlich (in Anlehnung an die Regelungen in Art. 34 S. 3 GG, § 40 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO) ebenfalls vor den Zivilgerichten geltend zu machen wäre.

### (3) Dogmatische Anknüpfung

Fraglich ist zuletzt, ob sich die so beschriebene Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens dogmatisch in das größtenteils auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhende deutsche System der Staatshaftung<sup>734</sup> einordnen lässt oder es einer

---

nen gesetzlichen Regelung das Ausmaß gefährlichen privaten Handlung eingeschränkt worden wäre (z.B. aufgrund der präventiven Wirkung einer privaten Haftungsnorm oder der Bereitstellung von Unterlassungsansprüchen) oder das Gefahrenpotenzial reduziert worden wäre (z.B. durch Erreichen eines höheren Informationsniveaus bezüglich der Gefahren).

<sup>732</sup> Zum Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz im Kontext des Amtshaftungsanspruchs *Papierl/Schirvani*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 839 Rn. 4f.; grundlegend BVerfGE 58, 300, 324 (Nassauskiesung): „Wer von den ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des verfassungsmäßigen Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von der öffentlichen Hand Geldersatz verlangen.“

<sup>733</sup> Zur Rechtswegerschöpfung im Kontext der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen *Möstl*, DÖV 1998, 1029, 1033 f.

<sup>734</sup> Näher *Kratzmeier*, Jura 2018, 1239 ff.

direkten Anknüpfung an die Grundrechte bedarf.<sup>735</sup> Die Frage nach der gesetzlichen Grundlage ist nicht zuletzt deshalb wichtig, weil die Gewährung von Staatshaftungsansprüchen für legislatives Unterlassen aufgrund der weitreichenden Folgen für die Staatsfinanzen und – damit verbunden – die Haushaltsprerogative des Parlaments dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt.<sup>736</sup> So lehnte der BGH etwa eine Haftung der öffentlichen Hand für emissionsbedingte Waldschäden aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage ab und betonte, „die Zubilligung solcher Ansprüche [sei] entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip der Entscheidung des Gesetzgebers vorzubehalten.“<sup>737</sup> In der gleichen Sache wurden auch Entschädigungsansprüche aufgrund eines Unterlassens des Gesetzgebers verneint, weil kein qualifiziertes Unterlassen ersichtlich sei und es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Haftung fehle, die nicht richterrechtlich entwickelt werden könne.<sup>738</sup>

Grundsätzlich verdient die Zurückhaltung vor einer richterrechtlichen Erweiterung der Staatshaftungstatbestände zwar Zustimmung und es ist beklagenswert, dass eine Reform des Staatshaftungsrechts seit dem Staatshaftungsgesetz von 1981, das im Folgejahr vom BVerfG für nicht erklärt wurde, nicht erfolgt ist.<sup>739</sup> Allerdings ist auch die besondere Funktion des hier angedachten Staatshaftungsanspruchs zu beachten. Es geht einerseits darum, einem materiellen Grundrechtsschutzdefizit zu begegnen, andererseits darum, ein (Druck-)Instrument zu schaffen, um den Gesetzgeber zur Wahrnehmung seiner Regelungspflicht anhalten zu können. Es handelt sich also um einen verfassungsrechtlich gebotenen Kompromiss, der zugleich auf die Wahrung der Kompetenzordnung und einen Ersatz für die mangelnde legislative Erfüllung von Schutzpflichten abzielt. Vor diesem Hintergrund kann die defizitäre einfachgesetzliche Ausgestaltung keinen kategorischen Ausschlussgrund für die hier – eng umgrenzt – angedachte Staatshaftung darstellen.

<sup>735</sup> Vgl. etwa *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 34 Rn. 197, die davon ausgehen, dass ein Amtshaftungsanspruch wegen Untätigkeit des Gesetzgebers im Allgemeinen ausscheiden dürfte.

<sup>736</sup> Vgl. BGH NJW 1987, 1875, 1877 f. (Kleingartenordnung): „[Es] fehlt eine hinreichende Legitimation für eine richterrechtliche Einführung und Ausgestaltung der Staatshaftung für die nachteiligen Folgen verfassungswidriger formeller Gesetze. Die Regelung dieser Materie muss vielmehr dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.“; s.a. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, <sup>7</sup>2018, Art. 34 Rn. 113.

<sup>737</sup> BGH NJW 1988, 478, 480 f. (Waldsterben) unter Bezug auf BVerfG, NJW 1983, 2931, 2932 (Luftreinhaltung); ähnlich BGH NJW 1987, 1875, 1877 f.

<sup>738</sup> BGH NJW 1988, 478, 481 f.

<sup>739</sup> Zur Überfälligkeit und zu Vorschlägen einer Reform *Grzeszick*, ZRP 2015, 162 ff. Mit Bezug auf den Gesetzesvorbehalt diskutiert *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 186 f. die lückenhafte Regelung der Staatshaftung und beobachtet, dass etwa die entsprechende Anwendung der §§ 74, 75 Einl. ALR kaum den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügen könne, da sie keine genaue Haftungsregelung enthalten und keine Parlamentsgesetze im modernen Sinne darstellen.

Unter den üblichen staatshaftungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen könnte sich am ehesten die in Art. 34 S. 1 GG, § 839 Abs. 1 S. 1 BGB geregelte Haftung für Amtspflichtverletzungen eignen, die sich auf den Ausgleich von Schäden infolge einer bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben begangenen (verschuldeten) Pflichtverletzung bezieht. Die Verletzung der Amtspflicht bestünde hier in dem gesamtparlamentarisch zu verantwortenden Unterlassen der gebotenen gesetzlichen Regelungen. Dabei stellt zunächst das Erfordernis der „Drittbezogenheit“ der Amtspflicht eine Hürde dar. So verneint der BGH den Drittbezug bei legislativem Unrecht – sei es in Gestalt verfassungswidrig erlassener oder unterlassener Gesetze –, weil die Gesetzgebung einen Allgemeinheitsbezug aufweise und nicht auf bestimmte Personen oder Personenkreise abziele.<sup>740</sup> Diese Hürde ließe sich indes überwinden, denn – wie oben gesehen – setzt das Erfordernis eines *qualifizierten Unterlassens* voraus, dass sich dieses auf einen konkreten Schutzauftrag der Verfassung bezieht, welcher oftmals auch einen spezifischen, vulnerablen Personenkreis adressiert.<sup>741</sup> Ein Beispiel bietet die Verfassungsbeschwerde, mit der behinderte Menschen jüngst erfolgreich das Fehlen diskriminierungsschützender (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) Gesetze für den Fall notwendiger medizinischer Triage-Entscheidungen rügten.<sup>742</sup> Der nötige „Drittbezug“ lässt sich also in bestimmten Konstellationen im Sinne eines spezifischen Schutzadressatenkreises der verfassungsrechtlich gebotenen Norm herstellen. Auch dem in § 839 S. 1 BGB verankerten Verschuldenserfordernis ist beizukommen, indem dieses – parallel zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch – mit dem Erfordernis eines qualifizierten Verstoßes abgegolten wird.<sup>743</sup>

Als Alternative zu einer Verankerung der Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens in Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB wäre eine Ableitung der Haftung unmittelbar aus den konkret verletzten grundrechtlichen Schutzpositionen denkbar. Eine Haftungsdimension der Grundrechte wird mit Blick auf ihren abwehrrrechtlichen Gehalt inzwischen auch vom BVerfG bejaht und als „Minus“ zu Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen angesehen.<sup>744</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht abwegig, auch hinsichtlich der positiven, schutzpflichtbezogenen Dimension der Grundrechte eine Effektivierung durch die Gewährung von Entschädigungsansprüchen zu bejahen, wenn der unmittelbare Schutz in Ermangelung gesetzlicher Grundlagen leerläuft. Die direkte Anknüpfung an die Grundrechte hätte auch den Vorteil, dass die Haftungsvoraussetzungen unter engem Bezug auf den konkreten Schutzauftrag entwickelt werden könnten.

---

<sup>740</sup> BGH NJW 1971, 1172, 1174; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 34 Rn. 76.

<sup>741</sup> Vgl. *Gurlit*, in: von Münch/Kunig, GG, 72021, Art. 34 GG Rn. 61.

<sup>742</sup> BVerfGE 160, 79.

<sup>743</sup> Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 62013, S. 610.

<sup>744</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2021, 398 Rn. 23–25 („grundrechtlich radizierte Sekundäransprüche“); dazu *Grzeszick*, JZ 2021, 146, 147; s.a. *ders.*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VII, Rn. 157.

### 3. Zwischenbetrachtung

Die Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten bereitet insbesondere aufgrund der Simultanität von Eingriff und Schutz in Dreiecksverhältnissen Probleme. Die Eingriffskomponente der Durchsetzung von Schutzpflichten und das demokratische Anliegen, den gesetzgeberischen Gestaltungsraum bei der Schutzausgestaltung zu wahren, sprechen für eine *gesetzesmediatisierte* Schutzpflicht. Im Privatrecht hat der Gesetzgeber insbesondere mit den deliktischen Generalklauseln und der *actio negatoria* einen „Basisschutz“ geschaffen, der Gerichten große Spielräume zur Konkretisierung privatrechtlicher Schutzmaßnahmen eröffnet. Diese Delegationsform genügt dem Gesetzesvorbehalt, dessen Anforderungen in Anbetracht des Bedürfnisses nach dynamischem Grundrechtsschutz und der Unvorhersehbarkeit der Formen privater Übergriffe abgeschwächt sind. Die richterliche Wahrnehmung verfassungsrechtlicher Schutzaufträge bleibt dabei aber *subsidiär*, d.h. sie muss den Delegationsrahmen und vom Gesetzgeber getroffene Wertungs- und Steuerungsentscheidungen respektieren<sup>745</sup> und darf gesetzgeberische Schutzkonzepte nicht im Sinne eines „Systemwechsels“<sup>746</sup> umgestalten oder beliebig ausweiten. Zudem ist der abgestufte Maßstab der Wesentlichkeitstheorie zu beachten, wonach die erforderliche gesetzliche Regelungsdichte mit der Grundrechtsintensität der Schutzmaßnahme steigt. Besonders eingriffsintensive Schutzmaßnahmen – man denke etwa an Strafschadensersatz zum Zweck effektiver Prävention – bedürfen einer konkreteren Ermächtigungsgrundlage.<sup>747</sup> Ergeben sich ausnahmsweise *echte Schutzlücken*, ist es nicht Aufgabe der Gerichte, diese selbst auszufüllen und hierzu grundrechtliche Schutzpflichten als unmittelbare Eingriffstitel heranzuziehen. Die Wege der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG), der Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen und – in Sonderfällen – einer Staatshaftung infolge legislativen Unterlassens bieten kompetenzwahrende Alternativen zu einer *autonomen* richterlichen Schutzausgestaltung.<sup>748</sup>

<sup>745</sup> Vgl. dazu BVerfGE 97, 169, 178: „Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition ist [...] gewährleistet. Wie weit dieser Schutz im Einzelnen reicht, ist von den Arbeitsgerichten zu entscheiden. Ausgangspunkt einer solchen Würdigung ist der Respekt vor der gesetzgeberischen Eingrenzung des gesetzlichen Kündigungsschutzes durch § 23 Abs. 1 KSchG.“; s.a. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 232 f.

<sup>746</sup> Dazu als Topos der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung BVerfGE 128, 193, 211 (im Kontext der Entwicklung eines vom legislativen Konzept abweichenden Modells zur Berechnung nahehehlichen Unterhalts).

<sup>747</sup> Am oberen Ende der „Intensitätsskala“ stehen strafrechtliche Schutzmaßnahmen, für die Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen, an die Judikative adressierten Gesetzesvorbehalt vorsieht.

<sup>748</sup> Eine Ausnahme wurde erwogen, wenn ein dringendes, verfassungsrechtlich gewichtiges Bedürfnis nach einer sofortigen Schutzmaßnahme durch richterliche Regelbildung erfüllt werden kann und daher eine gerichtliche Notkompetenz rechtfertigt („Näher-an-der-Verfassung-Gedanke“).

## VI. Zwischenfazit

Die Bedeutung des Gesetzesvorbehalts wurde in § 9 mit besonderem Augenmerk auf dessen rechtsstaatlich-grundrechtliche Funktion für das Privatrecht untersucht und ein nach verschiedenen Grundrechtswirkungen des Privatrechts differenzierendes Konzept entwickelt. Dieses wurde mit einer rechtsfunktionalen Betrachtung verknüpft, wonach zweipolige Konstellationen, in denen Privatrecht vom Staat als *Regulierungsinstrument* eingesetzt wird und mithin eine *Eingriffsdimension* aufweist, von mehrpoligen Konstellationen zu unterscheiden sind, in denen Privatrecht die Funktion des *privaten Interessenausgleichs* oder der *Infrastrukturgewährleistung* erfüllt und sich grundrechtsdogmatisch als *Grundrechtsausgestaltung* begreifen lässt.

Der Gesetzesvorbehalt stellt nach diesem Konzept vor allem im Rahmen der Regulierungsfunktion des Privatrechts in der Ausprägung als *Eingriffsvorbehalt* eine Schranke richterlicher Rechtserzeugung sowie eine an den Gesetzgeber adressierte Pflicht zu erhöhter Regelungsdichte dar. Im Rahmen des privatrechtlichen Interessenausgleichs und der Infrastrukturfunktion des Privatrechts ist das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen demgegenüber reduziert. Der Gesetzesvorbehalt kommt hier nur in schwächerer Ausprägung als *Ausgestaltungsvorbehalt* zum Tragen.

Schließlich wurde unter den handlungsbezogenen Grundrechtsgehalten als eigene Kategorie die privatrechtliche Wahrnehmung *grundrechtlicher Schutzpflichten* behandelt, die insofern eine Sonderstellung einnimmt, als sie in der Regel regulatorische und interessenausgleichende Elemente vereint und entsprechend die abwehrrechtliche wie auch die handlungsbezogene Seite der Grundrechte berührt. Da die Ausdehnung bzw. Konkretisierung grundrechtlicher Schutzpflichten in der Regel den zusätzlichen Einsatz staatlicher Regulierungsinstrumente bedeutet, setzt der Gesetzesvorbehalt richterlicher Gestaltung auch insoweit Grenzen. Allerdings ist die vom Gesetzgeber insbesondere in Gestalt der deliktischen Generalklauseln vorgenommene Delegation der Feinsteuerung privatrechtlicher Schutzinstrumente an die Zivilgerichte zulässig, so etwa die Konkretisierung von Sorgfaltspflichten und die Bemessung der Schadenshöhe bei regulatorischem Schadensersatz. Es wurde auch gezeigt, dass die Schutzpflichtdogmatik sich nicht generell zur Abbildung privatrechtlicher Streitentscheidungen eignet, sondern der private Interessenausgleich, der bei zivilgerichtlichen Entscheidungen meist im Zentrum steht, adäquater als Grundrechtsausgestaltung (i.w.S.) einzuordnen ist und in der Regel geringerer gesetzlicher Determinierung bedarf als die gerichtliche Durchsetzung von Schutzpflichten.

Das so entwickelte Konzept stellt eine tragfähige, wenn auch bloß grobe Orientierungsgrundlage zur Handhabung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht dar und findet – wie sogleich unter § 10 zu zeigen ist – auch in dessen demokratisch-gewaltenteilungsbezogener Funktion Rückhalt. Zugleich beansprucht dieses Konzept nicht, auf die komplizierten Fragen zulässiger Reichweite richterlicher Rechtsfortbildung und erforderlicher gesetzlicher Regelungsdichte stets klare

Antworten zu liefern.<sup>749</sup> Vielmehr sind durchaus Konstellationen denkbar, die sich in dem skizzierten Konzept nicht eindeutig zuordnen lassen. So birgt auch die rechtsfunktionale Einordnung staatlichen Handelns, die vorliegend als Hilfestellung zur grundrechtsdogmatischen Unterscheidung von Eingriff und Ausgestaltung dient, Abgrenzungsschwierigkeiten und ist auf eine schwerpunktmäßige Betrachtung angewiesen, die am *primären Zweck* bzw. der *Hauptfunktion* des jeweiligen staatlichen Handelns zu orientieren ist.

Die konkreten Konsequenzen der Gesetzesvorbehaltsgeltung für die Rechtsprechung und Gesetzgebung im Privatrecht wurden bislang nur vereinzelt thematisiert, nämlich im Kontext der ausgestaltungsbezogenen Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion des Privatrechts und bei der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten. Die Konsequenzen des (Eingriffs-)Gesetzesvorbehalts im Rahmen der Regulierungsfunktion des Privatrechts bilden den Schwerpunkt des 4. Teils der Untersuchung.

---

<sup>749</sup> Ähnlich relativierend zu ihrem Konzept der Vorbehaltsgeltung für die Rechtsprechung Kruse, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 174, die auf eine „Leitbildorientierung“, anstatt auf „schneidige Aussagen“ bzw. eine „unschärfefreie Grenze“ abzielt.

## Demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Funktion des Gesetzesvorbehalts: Gemeinwohlbezug und Prognosecharakter als Indizien für Wesentlichkeit

Die demokratische und die funktionell-gewaltenteilungsspezifische Funktion des Gesetzesvorbehalts sind miteinander verknüpft, wie bereits in den Ausführungen zur Wesentlichkeitstheorie deutlich wurde.<sup>1</sup> Die demokratische Komponente stellt auf die starke demokratische Legitimation des Parlaments ab und verlangt ein hinreichendes Legitimationsniveau für *wesentliche* Entscheidungen; die funktionelle Betrachtung hebt die Vorzüge des Gesetzgebungsverfahrens hervor (insb. Öffentlichkeit, pluralistische Meinungsbildung unter Oppositionsbeteiligung).<sup>2</sup> Der Gegenstand des „Wesentlichen“ erfährt bei Berücksichtigung dieser Vorbehaltskomponenten eine gewisse Öffnung gegenüber der auf die Grundrechtsintensität fokussierten freiheitlich-rechtsstaatlichen Funktion. So werden Entscheidungen einbezogen, „die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind“.<sup>3</sup> Diese Umschreibung bleibt allerdings äußerst vage und ist auf anreichernde Kriterien zur Präzisierung dessen, was über die Grundrechtsrelevanz hinaus für eine Einordnung als „wesentlich“ spricht, angewiesen.<sup>4</sup> Als solche Kriterien,<sup>5</sup> die ihrerseits nur Indizcharakter haben, werden regelmäßig etwa

---

<sup>1</sup> Siehe unter § 4 II. 1.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 150, 1, 99 m.w.N. Dabei steht das Prinzip funktionsgerechter Organstruktur als Konzept der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) im Vordergrund; dazu näher *Danwitz*, *Der Staat* 35 (1996), 329 ff.

<sup>3</sup> BVerfGE 49, 89, 126; 98, 218, 251; 150, 1, 97; BVerfG NJW 2023, 831 Rn. 183.

<sup>4</sup> Zur Entwicklung von Kriterienkatalogen etwa *Staube*, *Parlamentarismus und Delegationsbefugnis*, 1986, S. 247–261; s.a. *Umbach*, in: FS Faller, 1984, S. 111, 126 f. mit dem Vorschlag einer „Relevanztrias“; *Eberle*, *DÖV* 1984, 485, 490–493. Diese Vorschläge wurden zwar mit Blick auf das Verhältnis von Legislative und Exekutive entwickelt, reichen aber vor dem Hintergrund des demokratischen Anliegens, der Gesetzgeber solle das Wichtige selbst regeln, über dieses Verhältnis hinaus, vgl. *Biaggini*, *Verfassung und Richterrecht*, 1991, S. 326.

<sup>5</sup> Zu einer Übersicht *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VI, Rn. 107; *Reimer*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 48.

die gesellschaftliche Tragweite,<sup>6</sup> die politische Wichtigkeit bzw. Umstrittenheit,<sup>7</sup> die Größe des Adressatenkreises,<sup>8</sup> sowie die Merkmale der Konkretisierung offenen Verfassungsrechts und – hier von besonderem Interesse und mit vorgenannten Kriterien oftmals verknüpft – des Gemeinwohlbezugs einer Regelung<sup>9</sup> behandelt. Regelmäßig geht die Bejahung solcher Kriterien einher mit der starken Grundrechtsrelevanz einer Regelung.<sup>10</sup> Gerade durch die gemeinsame Betrachtung der verschiedenen Funktionen des Gesetzesvorbehalts lässt sich – auch für das Privatrecht – eine plausible Präzisierung seines Anwendungsbereichs vornehmen.

Der Gleichlauf zwischen starker Grundrechtsrelevanz und Bejahung weiterer Kriterien, die hier vereinfachend unter den Begriff der „gesellschaftlichen Tragweite“ gefasst seien, lässt sich – so die noch näher zu begründende These – mit Blick auf das Privatrecht namentlich für dessen *regulatorischen* Einsatz bejahen. Wurde die grundrechtliche Eingriffsintensität regulatorischen Privatrechts im vorstehenden Teil nachgewiesen, geht es nun darum, die rechtsfunktionale Perspektive auch bezüglich der demokratisch-gewaltenteilungsbezogenen Funktion des Gesetzesvorbehalts fruchtbar zu machen. Im Vordergrund steht dabei der Gedanke, dass die Regulierungsfunktion des Privatrechts auf gemeinwohlbezogene (Regulierungs-)Zielvorgaben angewiesen ist, die einer starken demokratischen Legitimation und einer Bestimmung im Wege des parlamentarischen Willensbildungsprozess bedürfen. Im Rahmen der privatrechtlichen Interessenausgleichs- oder der Infrastrukturfunktion können sich zwar ebenfalls Konstellationen ergeben, die aufgrund politischer Prägung, Kontroversität und besonderer Tragweite eine gesetzgeberische Entscheidung verlangen.<sup>11</sup> Im Regelfall werden diesbezüglich offene Aspekte aber auch adäquat von Gerichten mittels genuin

<sup>6</sup> Siehe Nachweise in § 10 Fn. 3; s.a. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 237–239, 248; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 268 f. Unter diesen Aspekt lässt sich etwa auch der Haushaltsbezug in Gestalt gravierender finanzieller Auswirkungen einer Entscheidung für den Staat fassen.

<sup>7</sup> *Oppermann*, Verhandlungen des 51. deutschen Juristentags 1976, C 53 f. („politische Wesentlichkeit“); *Kisker*, NJW 1977, 1313, 1318 („Das Wesentliche ist das politisch Kontroverse“); *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 248–250; *Bauerl Möllers*, JZ 1999, 697, 702; vorsichtig *Eberle*, DÖV 1984, 485, 487; das BVerfG sieht das Kriterium „für sich genommen“ nicht als hinreichend an, vgl. BVerfGE 98, 218, 251, 150 I, 97.

<sup>8</sup> *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 251; s.a. BVerfGE 49, 89, 127 („weitreichende Auswirkung auf die Bürger“).

<sup>9</sup> *Umbach*, in: FS Faller, 1984, S. 111, 127; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, S. 269.; jüngst BVerfG NJW 2023, 831 Rn. 183 („Bedeutung einer Rechtsmaterie für das Gemeinwesen“).

<sup>10</sup> Von der häufigen Überschneidung des „politischen und grundrechtlichen Arguments“ bei der Bestimmung des privatrechtlichen Vorbehaltsbereichs geht auch *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 65 aus.

<sup>11</sup> Vgl. in diese Richtung BVerfGE 108, 282, 311 f. zum Erfordernis einer gesetzlichen Regelung über das Verbot des Kopftuchtragens an öffentlichen Schulen.

rechtlicher Argumentation und unter Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien zu lösen sein.<sup>12</sup> Demgegenüber ist die Bestimmung von Regulierungszielen (z.B. Verhinderung von Gentrifizierung in Großstädten, Stärkung der Repräsentanz von Frauen in Leitungsorganen von Unternehmen, mehr unternehmerische Verantwortungsübernahme für soziale Belange)<sup>13</sup> genuin politischer Natur,<sup>14</sup> entzieht sich somit einer *rein rechtlichen* Beurteilung durch Gerichte und ist deshalb verstärkt auf legislatorische Vorgaben angewiesen.<sup>15</sup> Hinzu kommt, dass der Einsatz privatrechtlicher Regulierungsmittel Prognosen erfordert, die der Gesetzgeber besser anstellen kann als die Rechtsprechung. Im Folgenden wird gezeigt, dass die Befugnis zur Bestimmung staatlicher Gemeinwohlziele im demokratischen Verfassungsstaat primär dem Gesetzgeber obliegt und diese Gemeinwohldefinitionskompetenz auch aus dem Gesetzesvorbehalt folgt (I.). Anschließend wird der Bezug zwischen Gemeinwohlkonkretisierung und privatrechtlicher Regulierung präzisiert (II.) und mit Blick auf den Prognosecharakter privatrechtlicher Regulierung gezeigt, dass der Gesetzgeber zur Auswahl von Regulierungsinstrumenten funktionell besser geeignet ist als die Zivilgerichte (III.). Schließlich ist exkursartig auf Parallelen zu anderen Ansätzen zur Abgrenzung der Kompetenzen von Gesetzgebung und Rechtsprechung einzugehen (IV.).

---

<sup>12</sup> Zum reduzierten Bedürfnis legislativer Determinierung im Rahmen des privatrechtlichen Interessenausgleichs und der Infrastrukturfunktion unter § 9 III. 4. a) und b). Vor allem die Ausgestaltung privatrechtlicher Infrastruktur kann aber zum Teil aufgrund erheblicher gesellschaftlicher Tragweite und Relevanz für einen großen Adressatenkreis auf genauere Vorgaben angewiesen sein; vgl. dazu obige Beispiele zur Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts und des Eigentumsschutzes (9 III. 4. b)); vgl. in diese Richtung auch BVerfGE 128, 193, 211 ff. zur unzulässigen gerichtlichen Ausgestaltung nahehehlicher Unterhaltsansprüche (Dreiteilungsmethode) unter Loslösung vom gesetzgeberischen Konzept.

<sup>13</sup> Vgl. zu weiteren Beispielen für Regulierungsziele *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 439.

<sup>14</sup> So *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 444; vgl. auch *Black*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 2021, 1, 6: „Regulation is an inherently purposive activity, and as state-based regulatory systems are created to enable the state to pursue its goals, it is an inherently political one.“

<sup>15</sup> Die Differenzierung der Auslegung nach Gemeinwohlgesichtspunkten und einer „rein rechtlich“ zu lösenden Problematik klingt auch bei *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 306 f. an.

## I. Gemeinwohlbezug als Indiz für Wesentlichkeit

Das Gemeinwohl bzw. öffentliche Interesse<sup>16</sup> wird in der öffentlich-rechtlichen Literatur regelmäßig als Kompetenzproblem behandelt.<sup>17</sup> Die Frage, welche Organe im staatlichen Gewaltengefüge zur Bestimmung oder Konkretisierung von Gemeinwohlbelangen befugt sind bzw. deren rechtliche Verbindlichkeit festlegen dürfen, erweist sich – in den Worten *Ossenbühls* – als „nervus rerum des ganzen Problems“.<sup>18</sup> Das Bindeglied zwischen der allgemeinen Frage nach der Gemeinwohldefinitionskompetenz und der hier interessierenden privatrechtsspezifischen Betrachtung des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung liegt im genuinen Gemeinwohlbezug regulatorischen Privatrechts. Aus dem Diskurs zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses, der bislang vor allem im öffentlichen Recht geführt wurde, lassen sich möglicherweise auch Schlüsse auf die Modalitäten zur Verfolgung von Regulierungszielen im Privatrecht ziehen.

Da vorliegend nicht vertieft auf den Diskurs um das Gemeinwohl als Staatsaufgabe und seine inhaltliche Bestimmung eingegangen werden kann,<sup>19</sup> konzentriert sich die Untersuchung auf verfahrensbezogene und kompetenzielle Aussagen zur Gemeinwohlbestimmung, die Rückschlüsse auf den Gegenstand des Gesetzesvorbehalts und somit auch auf das Kompetenzverhältnis von Gesetzgebung und (Zivil-)Rechtsprechung zulassen. Dazu werden die Offenheit des Gemeinwohlbegriffs (1.) und die primäre Definitionskompetenz des Gesetzgebers (2.) behandelt sowie der verwaltungsrechtliche Diskurs zur Gemeinwoh Konkretisierung im Zuge der Rechtsanwendung beleuchtet (3.).

### 1. Offener Gemeinwohlbegriff und Bestimmung *ex processu*

Im Gegensatz zu dem früher dominierenden, meist theologisch geprägten, apriorischen Gemeinwohlverständnis<sup>20</sup> herrscht im freiheitlich-demokratischen Ver-

<sup>16</sup> Vgl. zur synonymen Verwendung der Begriffe *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 22; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 23 ff., insb. S. 28; s.a. BVerfGE 13, 97, 107 („Gemeinschaftsinteressen“ und „öffentliche Interessen“).

<sup>17</sup> Siehe etwa *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 ff.; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 71 ff., 274 ff.; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 141 ff.

<sup>18</sup> *Ossenbühl*, VR 1983, 301, 302: „Lässt sich also das Gemeinwohl in konkreten Ausprägungen substantiieren, so ist damit noch nicht gesagt, wer diese Konkretisierung vornimmt und legitimerweise vornehmen darf. Damit sind wir beim nervus rerum des ganzen Problems.“ (Hervorhebung im Original).

<sup>19</sup> Dazu monographisch *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999; s.a. *Isensee*, in: HStR, Bd. IV, <sup>3</sup>2006, § 71; zur begrifflichen Annäherung *Schuppert*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 19 ff.; aus rechtstheoretischer Perspektive *Engel*, Rechts-  
theorie 32 (2001), 23 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Schuppert*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 19, 23.

fassungsstaat ein offenes Gemeinwohlverständnis, das Gegenstand der demokratischen Willensbildung ist und sich stetig weiterentwickeln und verändern kann.<sup>21</sup> Das Konzept eines geschlossenen, wahrheitsbezogenen Gemeinwohlverständnisses wurde somit verlassen<sup>22</sup> und der Versuch einer substantiellen Gemeinwohlbestimmung weitgehend durch eine prozedurale Gemeinwohlehervorbringung – nach *Häberle*: *ex processu salus publica*<sup>23</sup> – verdrängt.<sup>24</sup> Im Rahmen dieser prozeduralen Bestimmung kommt der Frage nach dem Verfahren und der Kompetenz zur Qualifizierung und Konkretisierung des Gemeinwohls – oder besser: einzelner Belange desselben<sup>25</sup> – entscheidende Bedeutung zu.<sup>26</sup> Denn so sehr ein offener Gemeinwohlbegriff auch wichtige Vorzüge hat, birgt es zugleich eine Willkür- und Missbrauchsgefahr, wenn jeder Amtswalter bei der konkreten, autoritativen Bestimmung einzelner Gemeinwohlbelange frei wäre und seine politischen Präferenzen einfließen lassen kann.<sup>27</sup> Das offene Gemeinwohlverständnis ist mithin auf eine klare Kompetenzordnung angewiesen, welche die Gemeinwohlkonkretisierung bei einem staatlichen Entscheidungsträger bündelt, der zugleich die Wertentscheidungen der Verfassung – insbesondere der Grundrechte – beachten muss.

## 2. Gemeinwohldefinitionskompetenz des Gesetzgebers

Die mit der Gemeinwohlbestimmung einhergehende Kompetenzfrage wird eher selten im Kontext des Gesetzesvorbehalts erörtert.<sup>28</sup> Gerade vor dem historischen

<sup>21</sup> *Link*, VVDStRL 40 (1990), 7, 25 f.; zu Vorzügen offener Gemeinwohldefinitionen *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), 23, 32 ff.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 5, 85, 197; zur Notwendigkeit eines offenen Gemeinwohlbegriffs auch *Schuppert*, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 19, 21–24; *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001), 23, 25–33.

<sup>23</sup> *Häberle*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, S. 42, 87.

<sup>24</sup> Zum prozeduralen Verständnis *Schuppert*, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 19, 25; *Fuchs*, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 87, 99 ff. Den Verbleib einer substantiellen Gemeinwohlidee trotz deren Prozeduralisierung betont aber *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IV, <sup>3</sup>2006, § 71 Rn. 93.

<sup>25</sup> Zur wichtigen Unterscheidung von Gemeinwohl im Singular und im Plural siehe *Schuppert*, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 19, 29.

<sup>26</sup> Vgl. *Schuppert*, ebd., S. 25–27; eingehend zur Kompetenzfrage *Uerpman*, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 141 ff.; s.a. *Martens*, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969, S. 186–189; *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IV, <sup>3</sup>2006, § 71 Rn. 93.

<sup>27</sup> Gerade vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Gemeinwohlideologie und der damaligen Karriere des Gemeinwohlbegriffs in Rechtssetzung, Rechtsauslegung und Rechtsanwendung erscheint eine gewisse Skepsis gegenüber offenen Gemeinwohlformeln berechtigt, vgl. dazu *Hofmann*, in: *Fischer/Münkler* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 25, 27 f.

<sup>28</sup> Siehe aber zum Wesentlichkeitsgrundsatz *Uerpman*, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 182 f.; am Rande auch *Umbach*, in: *FS Faller*, 1984, S. 111, 127; *Hofmann*, in: *Fischer/*

Hintergrund des allgemeinen Vorbehaltsgrundsatzes – Kampf zwischen Krone und Parlament um Souveränität bzw. Mitbestimmung in *wichtigen* Fragen<sup>29</sup> – und in Anbetracht der Renaissance dieser demokratisch-politischen Komponente in der Wesentlichkeitsdoktrin<sup>30</sup> leuchtet es aber ein, Fragen der Gemeinwohldefinition grundsätzlich als *wesentlich* einzuordnen.<sup>31</sup> So handelt es sich in aller Regel um richtungweisende Entscheidungen, die die Staatsbürger im Allgemeinen betreffen und die meistens mit grundrechtsrelevanten Einschränkungen einhergehen. Im staatlichen Gewaltengefüge eignet sich der öffentliche, pluralistisch gestaltete Willensbildungsprozess des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens am ehesten zu einer autoritativen Bestimmung und Konkretisierung des öffentlichen Interesses und weist dazu die notwendige starke demokratische Legitimation auf.<sup>32</sup> Aus funktioneller Perspektive tritt hinzu, dass die Bestimmung von Allgemeinwohlzielen und deren Implementierung durch rechtliche Steuerung einen politisch-gestalterischen Zukunftsbezug aufweist,<sup>33</sup> der auf

---

Münkler (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 25, 33; Unger, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, 2008, S. 269; Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 242 f. Den *qualifizierten* Gesetzesvorbehalten in den Grundrechtsartikeln sind zum Teil bestimmte (Gemeinwohl-)Zwecke zu entnehmen, die in einschränkenden Gesetzen verfolgt werden dürfen (z.B. Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 7, Art. 15 S. 1, Art. 17a Abs. 2 GG). Sofern die Grundrechtsvorbehalte spezielle Zwecke vorsehen, muss sich der Gesetzgeber primär an diesen orientieren. Die explizit genannten Zwecke sind allerdings nicht immer abschließend und fehlen im Rahmen der *einfachen* Grundrechtsvorbehalte und der *vorbehaltslos* gewährten Grundrechte gänzlich. Näher zur Typologie der speziellen Gesetzesvorbehalte Kingreen/Poscher, *Grundrechte*, <sup>38</sup>2022, Rn. 384 ff.

<sup>29</sup> Dazu oben, insb. unter § 3 II. 3.

<sup>30</sup> Dazu unter § 4 I.

<sup>31</sup> Zur Einordnung der Gemeinwohldefinitionskompetenz als Souveränitätsfrage Schuppert, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 19, 26: „Der Kampf um das Gemeinwohl war und ist bis jetzt immer ein Kampf um die Gemeinwohl-Definitionskompetenz. Daher kann der Kampf um die politische Macht nicht nur als Kampf um die Schlüsselmonopole des Gewalt- und Steuermonopols beschrieben werden, sondern auch als *Kampf um das Definitionsmonopol für das Gemeinwohl*: Souverän war und ist – so können wir vereinfachend formulieren – wer das jeweilige Gemeinwohl definiert [...]“ (Hervorhebung im Original).

<sup>32</sup> Die Autorität des Gesetzgebers zur verbindlichen Festlegung öffentlicher Interessen betont Martens, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969, S. 186 f.: „Diese Autorität kann in der repräsentativen Demokratie allein das vom Volk gewählte Parlament sein, dessen Gesetzen Rang und Prädikat demokratischer Mehrheitsentscheidungen zukommt.“; vgl. unter Bezug auf die Wesentlichkeitstheorie auch Uerpman, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 182; ders., in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 179, 187; die Kompetenz des Gesetzgebers zur Bestimmung der Gemeinwohlbelange, die unter Freiheitseinschränkungen verfolgt werden können, betont auch Hillgruber, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 201 Rn. 54; von der Offenheit des Gemeinwohlbegriffs auch in kompetenzieller Hinsicht geht hingegen Link, *VVDStRL* 40 (1990), 7, 25 aus.

<sup>33</sup> Das politisch-gestalterische Element betont Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 53, 439 in seiner Regulierungsdefinition; den Zukunftsbezug politisch gestaltender Rechtsnormen hebt Steindorff, in: FS Larenz, 1973, S. 217, 233 hervor.

die Vornahme von Prognosen,<sup>34</sup> zum Teil auch auf empirische Validitätsprüfungen angewiesen ist, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens besser zu leisten sind als in einem Gerichtsverfahren.<sup>35</sup>

Die Herausbildung von Gemeinwohlzielen erfolgt freilich nicht ad hoc im Gesetzgebungsverfahren, sondern unterliegt einem allgemeinen gesellschaftlichen Prozess, der durch zahlreiche Vorgängen beeinflusst wird, an denen sich Bürger auf unterschiedliche Art und Weise beteiligen können (z.B. durch zivilgesellschaftliches Engagement, Demonstrationen, Petitionen<sup>36</sup>, Debattenkultur insbesondere in der Medienlandschaft etc.).<sup>37</sup> Geht es allerdings darum, Gemeinwohlziele durch *rechtlicher Regulierung* zu verfolgen,<sup>38</sup> muss innerhalb des staatlichen Gewaltengefüges der Entscheidungsträger bestimmt werden, der dazu berufen und befugt ist, die aus der gesellschaftlichen Debatte hervorgebrachten öffentlichen Interessen verbindlich zu identifizieren und als Regulierungsziele in rechtliche Form zu gießen. Diese Autorität schreiben die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes dem Parlament als Organ der Volksvertretung zu.<sup>39</sup>

Die besondere „legislatorische Qualifikationskompetenz“<sup>40</sup> bezüglich öffentlicher Interessen kommt auch in der Rechtsprechung des BVerfG deutlich zum Ausdruck. So führt es etwa mit Blick auf gemeinwohlbezogene Einschränkungen der Berufsfreiheit aus, der Gesetzgeber könne „vom Gemeinwohl her gebotene

<sup>34</sup> Siehe zur Einordnung von Regelungen mit Prognose- und Experimentcharakter als wesentlich *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 252 f.

<sup>35</sup> Zum Erfordernis empirischer Kohärenz und Zweckrationalität als Bestandteile des Gemeinwohls das Modell bei *Schuppert*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 19, 40.

<sup>36</sup> Das in Art. 17 GG und zahlreichen Landesverfassungen (z.B. Art. 115 Bayer. Verf.) vorgesehene Petitionsrecht ermöglicht Bürgern, konkrete Anliegen in das Bundesparlament bzw. Landesparlamente einzubringen.

<sup>37</sup> Zum Einbezug nichtstaatlicher Repräsentanten öffentlicher Interessen *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 81 f.; die Vielzahl an Beteiligten betont *Häberle*, JZ 1975, 297 ff. (im Kontext der pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation in der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpretation“); zur Wichtigkeit der Kommunikationsgrundrechte im Prozess demokratischer Gemeinwohlbestimmung auch *Hofmann*, in: Fischer/Münkler (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 25, 30.

<sup>38</sup> *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186 spricht von der Kompetenz, diejenigen Interessen auszuwählen, „die von Rechts wegen verfolgt werden sollen, und zu regeln, wie das zu geschehen hat.“

<sup>39</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 242 f.; mit Bezug auf die Wesentlichkeitstheorie *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 182 f.; ohne expliziten Bezug auf diese Grundsätze *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186–189.

<sup>40</sup> *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186. In Anlehnung an diesen unterscheidet *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 602 ff. zwischen „legislatorischer Qualifikations- und Konkretisierungskompetenz“, wobei sich letztere auf verfassungsrechtlich vorgegebene (sog. absolute) öffentliche Interessen bezieht.

Eingriffe in die Berufsfreiheit<sup>441</sup> vornehmen und dabei Gemeinschaftsinteressen zum Anlass nehmen, die „sich [...] erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen ergeben, die er also erst *selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt*.“<sup>442</sup> Der Gesetzgeber kann also in Reaktion auf gesellschaftliche Entwicklungen und Problemstellungen politische Ziele bestimmen und „in den Rang von öffentlichen Interessen erheben.“<sup>443</sup> In seinem Facharztbeschluss (1972), der am Anfang der Wesentlichkeitstheorie steht,<sup>444</sup> hob das BVerfG hervor, der Staat erfülle „durch seine gesetzgebende Gewalt die Aufgabe, Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen zu sein“ und schrieb dem Parlament die Befugnis zu, im öffentlichen Willensbildungsprozess die „Gemeinschaftsinteressen“ zu bestimmen, die so gewichtig sind, dass Freiheitsrechte des Einzelnen zurücktreten müssen.<sup>445</sup> Demgegenüber wurde ein genereller „Gemeinwohlvorbehalt“ für grundrechtliche Freiheitsentfaltung, auf den Verwaltung oder Rechtsprechung auch ohne eine spezielle normative Grundlage zurückgreifen könnten, klar abgelehnt.<sup>446</sup>

Neben der Gewichtung nebeneinanderstehender, möglicherweise kollidierender Gemeinwohlbelange<sup>447</sup> muss der Gesetzgeber diese gegenüber konfligierenden Individualinteressen abwägen,<sup>448</sup> wobei in materieller Hinsicht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als entscheidender „Schutzwall“<sup>449</sup> individueller Freiheitsrechte fungiert. Allgemein gilt, dass die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung des offenen Gemeinwohlbegriffs unabänderliche Grenzen setzt,

<sup>441</sup> BVerfGE 13, 97, 105.

<sup>442</sup> BVerfGE 13, 97, 107 (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. dazu *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 186; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 182. Mit Blick auf die Ordnung des Wirtschaftslebens betont das BVerfG in seinem Mitbestimmungsurteil (BVerfGE 50, 290, 337), dass diese dem Gesetzgeber überlassen ist, „der hierüber innerhalb der ihm durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen frei zu entscheiden hat, ohne dazu einer weiteren als seiner allgemeinen demokratischen Legitimation zu bedürfen“.

<sup>443</sup> *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 603; in BVerfGE 34, 52, 59 wird mit Blick auf die Gewaltenteilung betont: „Nur das Parlament besitzt die demokratische Legitimation zur politischen Leitentscheidung.“

<sup>444</sup> Siehe unter § 4 II. 1.

<sup>445</sup> BVerfGE 33, 125, 159.

<sup>446</sup> Vgl. zur Ablehnung einer Erstreckung des „Gemeinschaftsvorbehalts“ in Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG auf die Kunstfreiheit BVerfGE 30, 173, 192 f.; s.a. *Hofmann*, in: Fischer/Münkler (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 25, 37.

<sup>447</sup> Zur Abwägung verfassungsrechtlicher Gemeinwohlkriterien *Uerpmann*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 179, 184. Dabei lassen sich diese als Prinzipien i.S.v. von Optimierungsgeboten (vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 75 f., 87 f.) begreifen.

<sup>448</sup> Vgl. etwa BVerfGE 14, 263, 282: „Der Gesetzgeber konnte es aus gewichtigen Gründen des gemeinen Wohls für angebracht halten, den Schutz des Eigentums der Minderheitsaktionäre hinter den Interessen der Allgemeinheit an einer freien Entfaltung der unternehmerischen Initiative im Konzern zurücktreten zu lassen.“; s.a. *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 62–64.

<sup>449</sup> *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 190.

da schließlich auch die *gesetzgeberische* Gemeinwohlbestimmung Bedenken der Missbrauchsanfälligkeit nicht gänzlich ausräumen kann.<sup>50</sup> Eine grobe Differenzierung lässt sich zwischen solchen öffentlichen Interessen vornehmen, die verfassungsrechtlich vorgegeben sind („absolute“ öffentliche Interessen) und die originär vom Gesetzgeber bestimmt werden („relative“ öffentliche Interessen).<sup>51</sup> Daran anknüpfend kann man begrifflich zwischen einer legislatorischen *Konkretisierungs-* und *Qualifikationskompetenz* unterscheiden.<sup>52</sup> Auch die Konkretisierung verfassungsrechtlich vorgegebener Gemeinwohlkriterien<sup>53</sup> erfordert aufgrund des Charakters der Verfassung als (bloße) Rahmenordnung<sup>54</sup> wichtige Abwägungs- und Qualifikationsentscheidungen, die primär dem Gesetzgeber obliegen. Nur in Ausnahmefällen gibt das Grundgesetz Gemeinwohlziele so konkret vor, dass dem Gesetzgeber keine oder nur geringe Gestaltungsspielräume verbleiben.<sup>55</sup> Die Differenzierung zwischen *absoluten* und *relativen* Gemeinwohlinteressen ist deshalb trotzdem nicht obsolet. In kompetenzieller Hinsicht weist sie darauf hin, dass gerade die Befugnis zur *Qualifizierung* von Gemeinwohlinteressen exklusiv beim Gesetzgeber liegt, während zur *Konkretisierung* verfassungsrechtlich vorgegebener Gemeinwohlziele – etwa in Fällen legislativen Unterlassens – ausnahmsweise auch unmittelbar die vollziehende und rechtsprechende Gewalt berufen sein kann.<sup>56</sup>

### 3. Öffentlich-rechtlicher Diskurs zur Konkretisierung des „öffentlichen Interesses“ durch die Rechtsanwendung

Soeben wurde gezeigt, dass Entscheidungen über die Konkretisierung des Gemeinwohls und die grundrechtsrelevante Durchsetzung von Gemeinwohlbelange als *wesentlich* einzuordnen und mithin dem Gesetzgeber vorzubehalten sind. Da-

---

<sup>50</sup> Näher zu den Grenzen gesetzgeberischer Zielbestimmung *Engel*, in: Brugger/Kirste/Andersheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 155 ff.; vgl. auch BVerfGE 124, 300, 331: „Legitim ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist.“; *Hillgruber*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 201 Rn. 55; zu Anforderungen des legitimen Regelungszwecks an regulatorische Privatrechtsgesetze *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 302–304.

<sup>51</sup> Vgl. dazu BVerfG 13, 97, 107; *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 602 f.

<sup>52</sup> So *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 602 f.

<sup>53</sup> Zu materiellen verfassungsrechtlichen Gemeinwohlkriterien *Uerpmann*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 179, 180–184.

<sup>54</sup> *Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485, 507 f.

<sup>55</sup> So etwa in Art. 6 Abs. 5 GG (Gleichstellung ehelicher und nicht ehelicher Kinder) oder in speziellen Staatszielbestimmungen im Bereich der Daseinsvorsorge wie die Gewährleistung eines Schienennetzes und Bahnverkehrsangebots (Art. 87e Abs. 4 GG) oder des Postwesens (Art. 87f Abs. 1 GG); vgl. dazu *Uerpmann*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 179, 183 f.

<sup>56</sup> Dazu im Kontext zivilgerichtlicher Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten § 9 V. 2. b) und c) dd) 2).

mit ist noch nicht viel über die erforderliche Regelungsdichte bzw. die Reichweite zulässiger legislativer Delegation der Gemeinwohlkonkretisierung auf die Ebene der Rechtsanwendung gesagt. Diesbezüglich bedarf es vor allem des Einbezugs der grundrechtlich-rechtsstaatlichen Vorbehaltskomponente, nach der die erforderliche Regelungsdichte von der Grundrechtsintensität des zur Gemeinwohldurchsetzung einzusetzenden Regulierungsinstruments abhängt. Allgemein ist festzuhalten, dass die hier geteilte Forderung, der Gesetzgeber müsse die von Rechts wegen zu verfolgenden öffentlichen Interessen im Kern selbst bestimmen, nicht bedeutet, dass sämtliche Ausprägungen des öffentlichen Interesses, die von Rechts wegen zu verfolgen sind, explizit im Gesetz benannt werden müssen. Dadurch würden Gesetzestexte ohne nennenswerten rechtsstaatlichen und demokratischen Mehrwert aufgebläht und es ginge eine durchaus erwünschte gemeinwohlbezogene Flexibilität bei der Normanwendung verloren. Es ist also vielmehr davon auszugehen, dass allgemein gehaltene gesetzliche Ermächtigungen im Regelfall als Grundlage zur Verfolgung verschiedener Gemeinwohlziele dienen können, wobei die konkrete Auswahl und gegebenenfalls erforderliche Abwägung (z.B. im Fall von Zielkonflikten) erst auf Ebene der Rechtsanwendung erfolgen kann. Entscheidend ist, dass dabei der *Steuerungsanspruch des Gesetzes*<sup>57</sup> gewahrt wird, indem der Gesetzgeber die gemeinwohlbezogene Steuerrichtung selbst bestimmt.

Verwendet der Gesetzgeber etwa das „öffentliche Interesse“ oder ein Synonym als unbestimmten Rechtsbegriff in einem Normtatbestand, wird dem jeweiligen Normanwender die Befugnis eingeräumt – und trifft ihn zugleich die Pflicht – den konkreten Inhalt näher zu bestimmen.<sup>58</sup> Allerdings liefe das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen für die gemeinwohlbezogene Rechtsanwendung leer, dürften Rechtsanwender unbestimmte Rechtsbegriffe mit beliebigen Regulierungszielen füllen. Eine derart „offene“ Gemeinwohlverfolgung wäre zu willkür- bzw. missbrauchs anfällig und ginge zulasten von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz der Bürger. Im öffentlich-rechtlichen Diskurs liegt dementsprechend ein Schwerpunkt auf der Frage, wie die Verwaltung und die Rechtsprechung bei der Konkretisierung gemeinwohlbezogener Tatbestände vorzugehen haben.<sup>59</sup> Im Folgenden sind einige Kernaussagen dieser Diskussion nachzuvollziehen, die auch für die später einzunehmende privatrechtliche Perspektive wichtige Erkenntnisse liefern.

Mit dem Problem der Auslegung des Begriffs des öffentlichen Interesses im Zuge der Rechtsanwendung setzt sich *Wolfgang Martens* auseinander<sup>60</sup> und ver-

<sup>57</sup> *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 144–147.

<sup>58</sup> *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 188 f.; *Isensee*, in: HStR, Bd. IV, 2006, § 71 Rn. 71.

<sup>59</sup> Vgl. dazu *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 192 ff.; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 274 ff.; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 186 ff.; *Hofmann*, in: Fischer/Münkler (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 25, 33–36.

<sup>60</sup> *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 192 ff.

tritt ein stark legislativ geprägtes Verständnis des öffentlichen Interesses, wonach „der Rechtsanwender bei der Bestimmung dessen, was als Inhalt eines öffentlichen Interesses in Betracht kommt, keine eigenen Wertungen vorzunehmen“ hat.<sup>61</sup> Er geht davon aus, dass der Begriff stets in eine bestimmte Sachregelung eingebettet sei, „die ihn inhaltlich konkretisiert und begrenzt“.<sup>62</sup> Dem Rechtsanwender kommt also die Aufgabe zu, das vom Gesetzgeber in einem Rechtssatz und in Anbetracht eines bestimmten Lebenssachverhalts verfolgte konkrete öffentliche Interesse durch Auslegung zu ermitteln.<sup>63</sup> Dabei ist zunächst zu prüfen, welche öffentlichen Interessen in dem konkret zu beurteilenden Sachverhalt überhaupt auf dem Spiel stehen, anschließend ist zu fragen, ob die so vorab bestimmten Interessen auch von der jeweils einschlägigen Vorschrift gedeckt sind.<sup>64</sup> Hierbei erkennt aber auch *Martens* an, dass sich der sachliche Gehalt der betreffenden Vorschrift „mit den zeitlichen und örtlichen Wandlungen der sozialen Anschauungen und Bedürfnisse zu ändern vermag, also immer wieder neu zu überdenken ist“.<sup>65</sup>

Auch *Peter Häberle* beschäftigt sich intensiv mit dem öffentlichen Interesse als Problem richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung.<sup>66</sup> Er schreibt dem Parlament zwar nur „einen Primat, aber kein Monopol [zu], Interessen zu öffentlichen zu machen“,<sup>67</sup> befasst sich aber eingehend mit der Frage, wie Gerichte diesem Primat im Rahmen der Auslegung Rechnung tragen müssen.<sup>68</sup> Im Zentrum steht dabei die „Sinn- und Zweckargumentation“<sup>69</sup>, welche darauf abzielt, die hinter einem Gesetz stehenden öffentlichen Interessen bei der Auslegung fruchtbar zu machen<sup>70</sup> und eine ausdehnende wie auch begrenzende Auslegung einer

---

<sup>61</sup> *Martens*, ebd., S. 194.

<sup>62</sup> *Martens*, ebd., S. 195.

<sup>63</sup> *Martens*, ebd., S. 195 und 196: „Die Güter, die der Gesetzgeber unter dem Blankett des „öffentlichen Interesses“ geschützt wissen will, lassen sich auch dann, wenn er sie nicht selbst bezeichnet hat, bisweilen auf Grund der angegebenen Auslegungsregeln unschwer und abschließend bestimmen.“

<sup>64</sup> *Martens*, ebd., S. 196 f.

<sup>65</sup> *Martens*, ebd., S. 197.

<sup>66</sup> *Häberle*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, S. 274 ff. Dabei analysiert er den Gemeinwohlbegriff auch als „richterlichen Antitopos zum Gesetz“ (ebd., S. 336). Damit sind Fälle gemeint, in denen Gerichte das Gemeinwohlarargument im Rahmen der Auslegung ablehnen, indem sie auf dessen rechtspolitische Dimension und die Gemeinwohlbestimmungskompetenz des Gesetzgebers verweisen (vgl. ebd., S. 336 f.).

<sup>67</sup> *Häberle*, ebd., S. 276; vgl. auch ebd., S. 340: „Das richterlich konkretisierte öff. Interesse ist insofern dem gesetzlich fixierten öff. Interesse gegenüber „subsidiär“. Das folgt aus dem Vorrang des Gesetzes, seinem besonderen Gemeinwohlbezug in der demokratischen res publica und aus seinem positiven Kompetenzverständnis.“

<sup>68</sup> *Häberle*, ebd., S. 290 betont, dass die auf die Förderung öffentlicher Interessen gerichtete teleologische Auslegung den Primat des Gesetzgebers respektiert: „[D]as öff. Interesse [spielt] weder eine spekulative noch rein empirische, keine das Gesetz relativierende, sondern es stärkende Rolle [...]“.

<sup>69</sup> *Häberle*, ebd., S. 288.

<sup>70</sup> *Häberle*, ebd., S. 290, 300.

Norm rechtfertigen kann.<sup>71</sup> Auch die historische Auslegung könne helfen, um durch Beachtung des Prozesses der Entstehung des Gesetzes gesetzgeberische Motive als öffentliche Interessen zu identifizieren.<sup>72</sup> Schließlich eigne sich die systematische Auslegung („Sach- und Zweckzusammenhangstechnik“), um öffentliche Interessen zu ermitteln.<sup>73</sup> Dabei sieht *Häberle* namentlich die Analogie zu allgemeinen und spezifischen gesetzlichen Gemeinwohlbeständen als zulässig an und betont, dass sie auch dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung förderlich sei.<sup>74</sup>

Schließlich stellt auch *Robert Uerpmann-Witzack* fest: „Die Eingrenzung des öffentlichen Interesses stellt sich [...] als ein Problem der Gesetzesauslegung dar.“<sup>75</sup> Dabei hält er die Befugnis der Fachgerichte zur Gemeinwohlkonkretisierung vor dem Hintergrund ihrer maßgeblich auf der Gesetzesbindung beruhenden demokratischen Legitimation für eingeschränkt.<sup>76</sup> Er betont auch, dass die Entscheidungsspielräume der Verwaltung mit Blick auf die Gemeinwohlbestimmung größer seien als die der Rechtsprechung, was sich im Verwaltungsermessen zeige, welches nur eingeschränkt gerichtlicher Überprüfung zugänglich ist (vgl. § 114 S. 1 VwGO).<sup>77</sup> Der Gesetzgeber könne aber durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, namentlich dem des „öffentlichen Interesses“, seine Gemeinwohldefinitionskompetenz delegieren.<sup>78</sup> Die Konkretisierungsaufgabe obliege dann zwar zunächst der Verwaltung, im Fall des Rechtsstreits aber letztlich dem entscheidenden Gericht.<sup>79</sup> Allerdings dürfe die Ausfüllung von Gemeinwohlklauseln nicht „einem quasi-politischen Ermessen der Gerichte“ überlassen bleiben, sondern der Rechtsordnung müssten genaue Vorgaben zur Gemeinwohlbestimmung innerhalb einer konkreten Norm zu entnehmen sein.<sup>80</sup> Dabei hebt auch *Uerpmann-Witzack* die systematische und die teleologische Auslegung hervor.<sup>81</sup> Er hält es insbesondere für unzulässig, wenn Behörden oder Gerichte bei der Anwendung einer Norm „fachfremde Interessen“ verfolgen.<sup>82</sup>

<sup>71</sup> *Häberle*, ebd., S. 292.

<sup>72</sup> *Häberle*, ebd., S. 275: „Der Richter darf und soll sich die öffentliche Interessenlage vergegenwärtigen, aus der das öffentliche Gesetz entstanden ist.“

<sup>73</sup> *Häberle*, ebd., S. 307.

<sup>74</sup> *Häberle*, ebd., S. 316 f.

<sup>75</sup> *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 216.

<sup>76</sup> *Uerpmann*, ebd., S. 188.

<sup>77</sup> *Uerpmann*, ebd., S. 188.

<sup>78</sup> *Uerpmann*, ebd., S. 188 f.

<sup>79</sup> *Uerpmann*, ebd., S. 189.

<sup>80</sup> *Uerpmann*, ebd., S. 189; s.a. *Papier*, NJW 1974, 1797, 1800 (mit Kritik am richterlichen Rückgriff auf Gemeinwohlerfordernisse zur Einschränkung des Eigentums ohne gesetzliche Grundlage).

<sup>81</sup> *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 217–222.

<sup>82</sup> *Uerpmann*, ebd., S. 216 führt dazu als Beispiel an (angelehnt an BVerfGE 58, 300, 348), dass eine Regelung, die der Ordnung des Wasserhaushalts dient, zwar wasserwirtschaftliche Belange sowie gesundheits- und seuchenpolitische Fragen umfassen könne, nicht aber fachfremde Interessen wie den Schutz von Arbeitsplätzen oder die Verhinderung unerwünschter Bauvorhaben; ähnlich auch *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, S. 197.

Von diesem groben Überblick zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses im Rahmen verwaltungsrechtlicher Rechtsanwendung ist für die Zwecke dieser Untersuchung festzuhalten, dass die hinter einer Gemeinwohlklausel stehenden gesetzgeberischen Motive durch Auslegung zu ermitteln sind, wobei eine historisch und systematisch geprägte teleologische Auslegung vorrangig ist. Dabei ist insbesondere zu vermeiden, „fachfremde“ Interessen in eine Gemeinwohlklausel hineinzuinterpretieren. Ein wesentlicher Unterschied zur gemeinwohlbezogenen Rechtsanwendung im *Privatrecht* liegt gewiss darin, dass im öffentlichen Recht mit der Verwaltung (bzw. der jeweils zuständigen Behörde) ein – zum Teil zu politischer Gestaltung ermächtigter – Entscheidungsträger bei der Konkretisierung des öffentlichen Interesses „zwischengeschaltet“ ist, während die Rechtsanwendung im Privatrecht *allein* den Gerichten obliegt. Dies spricht für ein Bedürfnis präziserer gesetzlicher Anknüpfungspunkte beim Einsatz regulatorischen Privatrechts. Nackte Verweise auf den Begriff des „Gemeinwohls“ oder des „öffentlichen Interesses“ sind in privatrechtlichen Normen denn auch deutlich seltener als im öffentlichen Recht, wie sogleich noch näher gezeigt wird. Es finden sich allerdings zahlreiche Generalklauseln, die Zivilgerichten zur Verfolgung von Gemeinwohlzielen – in der privatrechtlichen Eigenlogik<sup>83</sup> – Spielräume eröffnen, so etwa bei der Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten (§§ 138 Abs. 1, 817 S. 1, 826 BGB) oder des Gebots von Treu und Glauben (§§ 242, 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Insoweit erscheinen auch methodische Parallelen zur gemeinwohlbezogenen Ermessensermächtigung im Verwaltungsrecht sinnvoll.<sup>84</sup>

## II. Gemeinwohlbezug der Regulierungsfunktion des Privatrechts

Für die Regulierungsfunktion des einfachen Rechts, die – wie bereits erläutert<sup>85</sup> – auch dem Privatrecht zukommt, ist ein konkreter Gemeinwohlbezug charakteristisch. So wurde Regulierung zuvor als der verhaltenssteuernde Einsatz von Recht zur Verfolgung politischer Allgemeinwohlziele definiert.<sup>86</sup> Die verhaltenssteuernde Wirkung von Recht wird dabei gezielt eingesetzt, um (überindividuelle) öffentliche Interessen zu verfolgen. Der Regulierungsfunktion wohnt dabei stets eine Mittel-Zweck-Relation inne.<sup>87</sup> Ein *Regulierungsinstrument* (Mittel) wird eingesetzt, um ein bestimmtes *Regulierungsziel* (Zweck) zu erreichen bzw. zu

---

<sup>83</sup> Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 81, betont die Eigenlogik des Privatrechts bei dessen Responsivität für Gemeinwohlerwägungen und insbesondere dessen *Bipolarität* im Sinne einer stets wechselseitigen Verknüpfung von Individuen (ebd., S. 82 ff.).

<sup>84</sup> Näher dazu unter § 12 III. 2. d) (zur zivilgerichtlichen Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten).

<sup>85</sup> Siehe unter § 8 und § 9 I. 3.

<sup>86</sup> Näher zur Definition § 8.

<sup>87</sup> Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 438, 493.

fördern. Dabei beschreibt der Begriff des Regulierungsziels einen sozialen Zustand, der durch staatliche Intervention in Form der Rechtssetzung und (drohenden) Rechtsanwendung gefördert werden soll.<sup>88</sup> Dem Gesetzgeber kommt hierbei die Aufgabe und Befugnis zu, infolge der Betrachtung eines Ausschnitts der sozialen Wirklichkeit ein konkretes normatives Regulierungsanliegen zu bestimmen und als Rechtsproblem zu definieren.<sup>89</sup> Bevor es um die Wahl der zur Zielverfolgung einzusetzenden Instrumente geht, bedarf es stets einer hinreichend konkreten Bestimmung des zu verfolgenden Regulierungsziels.<sup>90</sup>

### 1. Konsequenz: Legislative Bestimmung von Regulierungszielen

Nach der hier vertretenen Auffassung weist der Gesetzesvorbehalt zuvörderst dem Gesetzgeber die Befugnis zur Bestimmung der öffentlichen Interessen zu, „die von Rechts wegen verfolgt werden sollen“.<sup>91</sup> Daraus ergeben sich im Bereich regulatorischen Privatrechts kompetenzielle Grenzen und spezifische methodische Anforderungen für die richterliche Auslegung und Regelbildung. Während der Gesetzgeber *selbst* Regulierungsziele bestimmt, sind Zivilgerichte im Rahmen regulatorischer Rechtsanwendung gehalten, vom Gesetzgeber vorgegebene Regulierungsziele zu identifizieren.<sup>92</sup> Im Zentrum der gerichtlichen Regulierung steht also das Erfordernis einer gesetzlichen Regulierungsermächtigung sowie die sorgfältige methodische Ermittlung und Konkretisierung legislativer Regulierungsziele und -instrumente. Die *autonome* Gemeinwohlkonkretisierung unter Bestimmung von Regulierungszielen und Auswahl grundrechtsintensiver Regulierungsinstrumente liegt dagegen außerhalb der Befugnis der Zivilgerichte.

### 2. Punktuelleres Auftreten der Regulierungsfunktion im Privatrecht

Bei allgemeiner Betrachtung fällt auf, dass der Verfolgung öffentlicher Interessen im Privatrecht – verglichen zum öffentlichen Recht – Ausnahmecharakter zu-

<sup>88</sup> Siehe dazu *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 113 f.; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 438; ähnlich, wenn auch im Kontext eines weiteren, nicht auf staatliche Rechtssetzung begrenzten Regulierungsverständnisses *Black*, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2021, 1, 7: „[T]he purposes for which regulatory systems have been developed by the state have historically always been about managing the behaviour of both public and private actors to achieve socially defined goals [...]“; näher zu Eigenschaften von Regulierungszielen und ihrer legislativen Gestaltung unter § 11 II.

<sup>89</sup> *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 158.

<sup>90</sup> Ähnlich *Engel*, ebd., S. 114 (mit einer Unterscheidung zwischen Regelungsziel und Nebenbedingungen).

<sup>91</sup> *Martens*, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969, S. 186.

<sup>92</sup> Vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 665; zur Verwaltungsrechtsprechung *Uerpmann*, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 188 f.

kommt.<sup>93</sup> Während das öffentliche Recht von der Interessenabwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen geprägt ist<sup>94</sup> und spezifische öffentliche Interessen oftmals als allgemeine Zielvorgaben für Teilrechtsgebiete vorschreibt, steht im Privatrecht der individuelle Interessenausgleich im Vordergrund und öffentliche Interessen werden in der Regel bloß punktuell verfolgt.<sup>95</sup> Dies zeigt sich auch darin, dass Normen des öffentlichen Rechts sehr viel öfter einen expliziten Gemeinwohlbezug aufweisen als privatrechtliche. So sind die Begriffe des „öffentlichen Interesses“, des „Allgemeinwohls“ oder spezifische Gemeinwohlbelange als Tatbestandselemente in öffentlich-rechtlichen Normen sehr verbreitet.<sup>96</sup> Beispielhaft dafür steht etwa § 1 Abs. 5 und Abs. 6 BauGB, wo zahlreiche Gemeinwohlbelange als Ziele bzw. berücksichtigungspflichtige Belange im Rahmen der Bauleitplanung angeführt werden.<sup>97</sup> Demgegenüber ist zumindest ein *expliziter* Gemeinwohlbezug in privatrechtlichen Normen selten. So wird im BGB bloß vereinzelt explizit auf das öffentliche Interesse,<sup>98</sup> das Gemeinwohl<sup>99</sup> oder auf spezifische Gemeinwohlbelange<sup>100</sup> Bezug genommen. Typischerweise stehen hier die Berücksichtigung individueller Belange und der individuelle In-

<sup>93</sup> Dies nimmt – trotz umfassender Nachweise für regulatives Privatrecht – auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 657 an: „Im Privatrecht, das im Allgemeinen dem Interessenausgleich dient und nur punktuell zur Regulierung eingesetzt wird, stehen die einzelnen Regulierungsziele aber häufig nicht in einem übergreifenden *privatrechtlichen* Zusammenhang.“ (Hervorhebung im Original).

<sup>94</sup> Vgl. *Häberle*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, S. 281 mit Fn. 17 (mit Nachweisen aus der Verwaltungsrechtsprechung). Dies gilt jedoch nicht generell, auch im öffentlichen Recht gibt es Konstellationen, in denen der private Interessenausgleich als Rechtsfunktion im Vordergrund steht, vgl. am Beispiel des Nachbarrechts *Uerpmann*, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 206; s.a. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 279.

<sup>95</sup> *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 657.

<sup>96</sup> Zum öffentlichen Interesse als typisches gesetzliches Tatbestandelement bei der behördlichen Rechtsanwendung *Martens*, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969, S. 192; *Isensee*, in: *HStR*, Bd. IV, 2006, § 71 Rn. 71 (mit zahlreichen Normbeispielen). Vgl. zum allgemeinen Gemeinwohlbezug z.B. §§ 28 Abs. 3, 84 Abs. 4 VwVfG, § 165 Abs. 5 BauGB (jeweils „öffentliches Interesse“), § 75 Abs. 1 VwVfG („öffentliche Belange“); §§ 171d Abs. 3, 172 Abs. 4, 250 Abs. 3 Nr. 4 BauGB (jeweils „Allgemeinwohl“).

<sup>97</sup> Z.B. Wohnbedürfnisse der Bevölkerung (§ 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB), Belange des Umweltschutzes (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB) oder der Land- und Forstwirtschaft (§ 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. b BauGB); siehe zu der Norm auch *Schuppert*, in: *Schuppert/Neidhardt* (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 19, 43 f.

<sup>98</sup> § 525 Abs. 2 BGB (Schenkungsauflage im öffentlichen Interesse), § 679 BGB (Unbeachtlichkeit des entgegenstehenden Willens des Geschäftsführers bei einer GoA, „deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt“), § 1758 Abs. 1 BGB (Ausnahme vom Offenbarungs- und Ausforschungsverbot bei Annahme des Kindes, sofern das öffentliche Interesse dies erfordert), § 2194 BGB (erbrechtliche Auflage im öffentlichen Interesse).

<sup>99</sup> § 80 Abs. 2 BGB (Verbot eines das Gemeinwohl gefährdenden Stiftungszwecks), § 87 Abs. 1 BGB (Änderung des Stiftungszwecks aufgrund einer Gemeinwohlgefährdung).

<sup>100</sup> § 555d Abs. 2 BGB verlangt die Berücksichtigung der „Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes“ bei der Frage, ob der Mieter Modernisierungsmaßnahmen zu dulden hat.

teressenausgleich im Vordergrund. So wird etwa auf die Belange des Gläubigers,<sup>101</sup> des anderen oder beider Ehegatten<sup>102</sup> verwiesen oder allgemeiner die Berücksichtigung der „beiderseitigen Interessen“<sup>103</sup> der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Parteien verlangt.

Häufiger werden Regulierungsziele im Marktordnungsrecht und Verbraucherrecht explizit benannt, was auch auf eine stark unionsrechtliche Prägung zurückzuführen ist.<sup>104</sup> Der Gesetzgeber bedient sich hier regelmäßig allgemeiner Zweckvorgaben, die er dem Gesetzestext voranstellt und die für die Auslegung der folgenden Einzelnormen richtungsweisend sind.<sup>105</sup> Beispielhaft dafür steht § 1 S. 2 UWG, der den Schutz des „Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ generell als Gesetzeszweck festlegt.<sup>106</sup> Weitere Beispiele bieten im Kapitalmarktrecht etwa Art. 1 MAR<sup>107</sup> (Schutz der „Integrität der Finanzmärkte“, Stärkung des „Anlegerschutzes“) und im Verbraucherrecht Art. 1 Verbraucherrechte-RL<sup>108</sup> („hohes Verbraucherschutzniveau“ und „ordnungsgemäßes Funktionieren des Binnenmarkts“). Außerdem sei § 1 AGG erwähnt, der als Regulierungsziel festlegt, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.<sup>109</sup>

Allgemein ist aber festzuhalten, dass die *regulatorische Prägung* des Privatrechts nicht den Regelfall darstellt und folglich auch die Identifizierung von Regulierungszielen und die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und General Klauseln im Sinne spezifischer „Regulierungsermächtigungen“ bislang wenig Aufmerksamkeit im privatrechtlichen Methodendiskurs erhalten hat.<sup>110</sup>

<sup>101</sup> §§ 271a Abs. 1 und 3, 288 Abs. 6 BGB.

<sup>102</sup> §§ 1357 Abs. 2, 1361b Abs. 1, 1612 Abs. 2, 1615 Abs. 2, 1576 BGB.

<sup>103</sup> §§ 281 Abs. 2, 286 Abs. 2 Nr. 4, 314 Abs. 1 und 2, 323 Abs. 2 Nr. 3, 543 Abs. 1 und 3 Nr. 2, 569 Abs. 2, 648a Abs. 1 BGB.

<sup>104</sup> Die konkrete Benennung von Regelungszielen ist ein Charakteristikum europäischer Gesetzgebungstechnik und wird vom deutschen Gesetzgeber bisweilen übernommen; vgl. dazu *Sosnitza*, in: MünchKomm. UWG, <sup>3</sup>2020, § 1 UWG Rn. 1. Auch in Erwägungsgründen zu Sekundärrechtsakten werden Regelungsziele regelmäßig genannt, vgl. z.B. zum Nachhaltigkeitsziel ErwG (3) der CSR-Richtlinie (2014/95/EU) (im Kontext nichtfinanzieller Berichtspflichten) oder ErwG (32) der Warenkaufrichtlinie ((EU) 2019/771) (zur Gewährleistung längerer Haltbarkeit von Waren).

<sup>105</sup> Vgl. zu dieser im öffentlichen Recht üblicheren Regelungstechnik *Hofmann*, in: Fischer/Münkler (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 25, 33; s.a. *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 160.

<sup>106</sup> Näher dazu *Sosnitza*, in: MünchKomm. UWG, <sup>3</sup>2020, § 1 UWG Rn. 16 f.

<sup>107</sup> VO (EU) 569/2014 (Marktmissbrauchsverordnung).

<sup>108</sup> RL 2011/83/EU.

<sup>109</sup> Auch das AGG beruht auf der Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien, vgl. *Däubler*, in: *AGG*, <sup>5</sup>2022, Einleitung Rn. 3 ff.

<sup>110</sup> Siehe aber *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 646 ff.; *Steindorff*, in: *FS Larenz*, 1973, S. 217 ff.

### III. Eignung des Gesetzgebungsverfahrens für regulatorische Prognosen und die Entwicklung von Regulierungskonzepten

Bislang lag das Augenmerk auf dem im demokratisch-politischen Gehalt des Gesetzesvorbehalts verankerten Gemeinwohlbezug, aus dem abgeleitet wurde, dass der Gesetzgeber *Regulierungsziele*, die mittels Privatrecht verfolgt werden sollen, im Kern selbst bestimmen muss. Auf Grundlage der funktionell-gewaltenteilungsspezifischen Vorbehaltskomponente, die primär auf die organspezifische Eignung zur Regelung bestimmter Fragen abstellt, lässt sich ferner begründen, dass auch die Auswahl privatrechtlicher *Regulierungsinstrumente* vom Gesetzgeber vorzunehmen ist. Dafür spricht vor allem der Prognosecharakter von Regulierung (1.), zum Teil auch das Erfordernis, einzelne Regulierungsinstrumente in ein übergeordnetes Regulierungskonzept einzuordnen (2.).

#### 1. Prognosecharakter von Regulierung und Rationalitätsanspruch

Regulierung weist ein *Prognoseelement* auf,<sup>111</sup> weil sie Voraussagen darüber erfordert, ob und inwieweit der Einsatz eines Regulierungsinstrumentes eine Verhaltenssteuerung in Richtung des Regulierungsziels bewirken kann.<sup>112</sup> Die regulierende Instanz ist bei Einschätzung der verhaltenssteuernden Wirkungen von Rechtsnormen mit Unsicherheiten konfrontiert, die sich bereits auf die Analyse des Ist-Zustands (d.h. die Problemdefinition), vor allem aber auf die Beurteilung des verhaltenssteuernden Effekts einer Regelung in der Zukunft beziehen.<sup>113</sup> Hinsichtlich der erforderlichen Folgenbetrachtung rechtlicher Maßnahmen<sup>114</sup> unterliegen die Gesetzgebung<sup>115</sup> wie auch die Rechtsanwendung einem im Rechtsstaats-

<sup>111</sup> Zu einer logisch-methodischen Definition des Prognosebegriffs *Kröber*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 15 (1967), 772, 780: „Eine *Prognose* ist eine *Aussage* über einen *bisher nicht bekannten*, real möglichen Sachverhalt, die in einem *logischen* Schlußgefüge den Platz der *Conclusio* einnimmt [...]“ (Hervorhebung im Original); vgl. zum *Prognosecharakter* staatlicher Entscheidungen als Indiz für (politische) Wesentlichkeit *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 252 f.

<sup>112</sup> Vorgelagert ist die Frage, ob rechtliche Regulierung überhaupt erforderlich ist. Eine „Normenflut“ kann bei den Adressaten konträre Effekte bewirken, etwa infolge von Unübersichtlichkeit, Unklarheit der Regelungsentention, oder Verdruss über die Einschränkung von Freiheitsräumen. Zu Problemen der Rechtsverdichtung *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 102.

<sup>113</sup> Vgl. zur Unsicherheit der Prognose aus Gesetzgebungsperspektive *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 95 f.; s.a. BVerfGE 50, 290, 331 ff.; zum Informationsanspruch an rationale, finale Regelsetzung *Hopt*, JZ 1972, 65, 68.

<sup>114</sup> Zur Legitimität der Folgenorientierung als Gegenstand der Rechtswissenschaft und ihren Charakteristika *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 419–437.

<sup>115</sup> Zu Rationalitätsanforderungen an die Gesetzgebung BVerfGE 50, 290, 232 ff. (m.w.N.). Eine aus dem Grundgesetz folgende „eigenständige Sachaufklärungspflicht“ des Gesetzgebers lehnt das BVerfG ab (vgl. BVerfGE 143, 246, 343 f.; 157, 30, 261 f.), geht aber von einer Rationalitätspflicht in dem Sinne aus, dass der Gesetzgeber Regulierungsentschei-

und Demokratieprinzip verankerten *Rationalitätsgebot*.<sup>116</sup> Eine zielgenaue und effektive Regulierung erfordert daher die Einholung und Aufbereitung tatsächlicher Informationen (sog. *legislative facts*), um zunächst den Status quo zu analysieren und sodann die für die angestrebte Verhaltenssteuerung maßgeblichen Anreizfaktoren zu bestimmen und bewerten. Ungewissheiten im Vorfeld regulatorischer Normsetzung sind möglichst zu reduzieren.<sup>117</sup> Dazu sind – je nach Eigenart des betreffenden Sachbereichs – die Ermittlung einer möglichst breiten Informationsbasis und darauf aufbauende empirische Untersuchungen erforderlich,<sup>118</sup> die wiederum eine Auswahl und Gewichtung der für die Wirkungsanalyse maßgebenden Wissenszweige (z.B. aus Ökonomie, Soziologie, Psychologie oder Medizin) erfordern.<sup>119</sup>

Grundsätzlich eignet sich das Gesetzgebungsverfahren besser dazu, *legislative facts* zu ermitteln und auf dieser Basis regulatorische Prognosen anzustellen als das Gerichtsverfahren.<sup>120</sup> So stehen im Gesetzgebungsverfahren verschiedene,

---

dungen auf einer hinreichend sorgfältigen Informations- und Prognosebasis treffen muss. Näher zu verfassungsrechtlichen Grundlagen der Pflicht rationaler Gesetzgebung Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 206 ff. (m.w.N.); Wieckhorst, DÖV 2018, 845 ff. (auch zu Widersprüchen in der Rechtsprechung zwischen dem Ersten und Zweiten Senat des BVerfG); allg. zu Rationalität als Maßstab der Gesetzgebung Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 454 ff.

<sup>116</sup> Zum Rationalitätsgebot als allgemeine rechtsstaatliche Anforderung an staatliches Handeln im demokratischen Verfassungsstaat Voßkuhle, in: HStR, Bd. III, 32005, § 43 Rn. 1.

<sup>117</sup> Die Anforderungen an die zweckrationale Begründung eines Regulierungsinstruments dürfen nicht überspannt werden. So muss der Gesetzgeber nicht nachweisen, dass ein Regulierungsinstrument „notwendige Bedingung“ zur Erreichung eines Regulierungsziels ist oder dazu mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ beiträgt. Es reicht aus, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, den gewünschten Regulierungserfolg zu fördern. Vgl. dazu Hensche, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 99–108, der im Rahmen teleologischer Argumentation den Nachweis der „regelmäßigen Brauchbarkeit eines Mittels“ für ausreichend hält. Dabei variiert der verfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstab mit Blick auf die Gesetzgebung je nach Sachbereich und reicht von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle (vgl. BVerfGE 50, 290, 333; 159, 223). Der Rechtfertigungsbedarf des Gesetzgebers steigt in der Regel mit der Grundrechtsintensität des Regulierungsinstruments und sinkt mit der (verfassungsrechtlichen) Schwere und Dringlichkeit des verfolgten Gemeinwohlbelangs. Siehe zum Maßstab der *Geeignetheit* grundrechtseinschränkender Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch BVerfGE 63, 88, 115; 96, 10, 23.

<sup>118</sup> Das BVerfG geht von einer Sorgfaltspflicht des Gesetzgebers bei Tatsachenfeststellungen als Grundlage prognostischer Entscheidungen aus, vgl. BVerfGE 106, 62, 151.

<sup>119</sup> Den interdisziplinären Charakter *regulatorischer Rechtsdogmatik*, die auf die Ergebnisse anderer Disziplinen Bezug nehmen müsse, stellt Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 411 ff. auch mit Blick auf die Rechtsanwendung und rechtswissenschaftliche Dogmatik heraus. So sei die Bewertung der Anreizwirkungen rechtlicher Normen in typisierten Situationen, die für einen Regulierungskontext bedeutsam sind, auf die Konsultation soziologischer, ökonomischer oder psychologischer Forschungsergebnisse angewiesen (ebd., S. 413).

<sup>120</sup> Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 95; s.a. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975,

mehr oder weniger institutionalisierte Möglichkeiten zur Einholung von (internem und externem) Expertenrat bereit, darunter z.B. die Beratung durch ständige Beiräte, die Einrichtung von Enquête-Kommissionen (vgl. § 56 GOBT)<sup>121</sup> bzw. unabhängigen Sachverständigenkommissionen,<sup>122</sup> die mit der Ausarbeitung von Handlungsempfehlungen und Durchführung von Gesetzesfolgenabschätzungen (*impact assessments*) betraut werden können,<sup>123</sup> oder die Durchführung von Ad-hoc-Beratungen in Form von Anhörungen (sog. *Hearings*, vgl. § 70 GOBT).<sup>124</sup> Gewiss kann auch die gesetzgeberische Prognoseentscheidung einen „experimentellen Charakter“ nicht gänzlich ablegen und muss mit Annäherungsgewissheiten arbeiten.<sup>125</sup> Bestimmte Aspekte können auch bewusst offengelassen werden, um die Entwicklungen in der Rechtspraxis abzuwarten und auf dieser Grundlage Prognosen zu erstellen oder nachzuschärfen und Regelungen entsprechend anzupassen.<sup>126</sup>

Im direkten Vergleich bietet der (Zivil-)Gerichtsprozess deutlich begrenzte Möglichkeiten, Informationen zu Regulierungszwecken einzuholen.<sup>127</sup> Es beste-

---

S. 151 (zu *legislative facts* als Grundlage und Anlass richterlicher Rechtsfortbildung sowie zu Grenzen, die das Gerichtsverfahren und sein Einzelfallbezug für die Ermittlung und Berücksichtigung solcher generellen Tatsachen setzt); beschränkte Arbeitsmittel und Erkenntnisquellen führt *Picker*, JZ 1984, 153, 156, 160 als Grund für die Unfähigkeit der Gerichte zur zukunftsgerichteten Sozialgestaltung an.

<sup>121</sup> Eine sog. Legislativenquête bereitet Gesetzesvorhaben durch Rechtstatsachenforschung und Regelungsvorschläge vor, vgl. *Peters*, Untersuchungsausschussrecht, <sup>3</sup>2020, Rn. 27.

<sup>122</sup> Sachverständigenkommissionen werden vom Parlament wie auch von der Bundesregierung (bzw. zuständigen Ministerien) zur Vorbereitung von Gesetzesinitiativen (Art. 76 Abs. 2 GG) einberufen. Vgl. zur Rolle der Kommissionen *Simitis*, ZRP 2004, 245 f.

<sup>123</sup> Vgl. §§ 43 Abs. 1 Nr. 5, 44 GGO, der bezüglich Gesetzgebungsvorlagen der Bundesregierung eine Darstellung der Gesetzesfolgen vorsieht, die durch das jeweils fachlich zuständige Bundesministerium vorzunehmen ist.

<sup>124</sup> Vgl. zu allem m.w.N. *Vofßkuhle*, in: HStR, Bd. III, <sup>3</sup>2005, § 43 Rn. 7; näher zu unterschiedlichen Formaten der Beratungsgremien *Vofßkuhle*, ebd., Rn. 35 ff.

<sup>125</sup> Dies insbesondere, weil sich Kausalfaktoren mit der Zeit verändern und die prognostizierte Entwicklung beeinflussen können, vgl. *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 96; s.a. die Erwägungen und Bedenken von *Hopt*, JZ 1972, 65, 70 f. zu einer „Gesetzgebung auf Zeit als Experiment“. Es ist erstrebenswert, den experimentellen Charakter auf ein Minimum zu reduzieren, wird doch die Gesellschaft mit den Kosten eines „mißglückten Experiments“ belastet (*Hopt*, ebd., S. 71).

<sup>126</sup> So etwa, wenn ein Regelungsgebiet neu und im schnellen Wandel befindlich ist, sodass erfolgsversprechende Prognoseansätze noch nicht greifbar sind, oder wenn ein hoher zeitlicher Regelungsdruck besteht. Es ist nicht unüblich, dass der Gesetzgeber offene Fragen der Gesetzgebung in der Gesetzesbegründung ausdrücklich der Rechtsprechung zur Klärung bzw. Konkretisierung überlässt; dazu *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 120; *Seibert*, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 111, 121 f.

<sup>127</sup> *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, <sup>3</sup>1999, S. 246–251 hebt hervor, dass Richter in der Regel nur Einzelerkenntnisse (z.B. eines Sachverständigen in Psychologie oder Medizin) einholen, jedoch nicht den allgemeinen Charakter einer gesetzlichen Steuerungsentscheidung erreichen können.

hen zwar auch hier Wege, auf externen Sachverstand zurückzugreifen, insbesondere im Wege der Bestellung von Sachverständigen und der Beschäftigung wissenschaftlicher Hilfskräfte (§ 193 Abs. 1 GVG).<sup>128</sup> Methodisch können außerdem die Erfahrungswerte aus einer vergangenen Entscheidungspraxis<sup>129</sup> sowie der rechtsvergleichende Blick<sup>130</sup> auf eine im Ausland gesetzgeberisch und gerichtlich verfolgte Regulierungsstrategie einbezogen werden. Allerdings werden selbst höchstinstanzliche Gerichte den Zeit- und Mittelaufwand für aufwendigere oder gänzlich neue Prognosen in der Regel nicht ad hoc erbringen können.<sup>131</sup> Eine Grenze des leistbaren Untersuchungsaufwandes folgt auch aus dem eingeschränkten Radius gerichtlicher Regulierung, der aus der Bindung an den Streitgegenstand und der Pflicht zur Bescheidung des konkreten Rechtsstreits resultiert.<sup>132</sup> Hierbei sind die Grenzen für höherinstanzliche Gerichte, bei denen Rechtsmittel gerade aufgrund der „grundsätzlichen Bedeutung“ der Rechtssache oder zur „Fortbildung des Rechts“ zugelassen werden,<sup>133</sup> freilich weiter als bei unterinstanzlichen Entscheidungen. Auch dort sind dem Untersuchungsaufwand aber praktische Grenzen gesetzt, zumal die Prozessparteien, die nach dem Erfolgsprinzip das Kostenrisiko tragen, in der Regel darauf bedacht sind oder jedenfalls beanspruchen können, Gerichtskosten nicht durch aufwändige Folgenanalysen unter Einbezug Sachverständiger in die Höhe zu treiben.<sup>134</sup>

Es ist festzuhalten, dass das Gesetzgebungsverfahren, welches sich durch Öffentlichkeit, mehrstufige Beratung und Beteiligung mehrerer Verfassungsorgane auszeichnet und gerade auf ein hohes Maß an Rationalität ausgelegt ist,<sup>135</sup> in

<sup>128</sup> Dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 710 ff., der allgemein für eine weitreichende Befugnis der Zivilgerichte zur Ermittlung von *legislative facts* im Rahmen regulatorischer Privatrechtsanwendung argumentiert; die Gebotenheit von „Rechtstatsachenforschung“ durch Gerichte zur Erweiterung und Präzisierung ihrer Erfahrungsgrundlagen erwähnt auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2011, S. 394.

<sup>129</sup> *Hopt*, JZ 1972, 65, 71 verweist auf die „Praxis der Revisionsgerichte, in Fällen, deren Auswirkung noch nicht übersehen werden kann, langsam ihre Rechtsprechung aufgrund der tatsächlichen Erfahrungen, die im Laufe der Zeit gemacht werden, zu korrigieren.“

<sup>130</sup> Zum Mehrwert des Rechtsvergleichs zur Abschätzung der Wirkung von Rechtsnormen (in erster Linie bezogen auf die Gesetzgebung) *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 88–90; *Hopt*, JZ 1972, 65, 69 f.

<sup>131</sup> *Hopt*, JZ 1972, 65, 72 mit Fn. 75.

<sup>132</sup> Dazu *Hopt*, JZ 1972, 65, 71: „Der Richter hat es nun, soweit er solche Folgen bedenkt, schwerer als der Gesetzgeber; seine Mittel sind beschränkt, der Prozeß will so oder so entschieden sein.“; *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977, S. 98 betont, dass der Gesetzgeber „differenziertere Möglichkeiten [hat], einem Problemimpuls zu begegnen und die soziale Wirklichkeit in seinem Sinne zu beeinflussen.“

<sup>133</sup> Vgl. § 511 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ZPO zur Berufung, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO zur Revision.

<sup>134</sup> Zu Kritik und Reformüberlegungen zum kostenrechtlichen Erfolgsprinzip bei richterlicher Rechtsfortbildung *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, 1995, S. 454 ff.

<sup>135</sup> *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 7; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 72018, Art. 20

besonderem Maß für die Auswahl und Gestaltung privatrechtlicher Regulierungsinstrumenten geeignet ist. Der Gesetzesvorbehalt bezieht das Element *rationaler Gesetzgebung* ein, indem er auf die besondere Eignung des Legislativverfahrens abstellt, für einen überzeugenden Kompromiss zwischen Gemeinwohlbelangen und grundrechtlicher Freiheit sorgen zu können,<sup>136</sup> was eine rationale Begründung der mit einer freiheitseinschränkenden Maßnahme intendierten Folgewirkung impliziert.<sup>137</sup> Die umfassenderen Möglichkeiten zur Informationsbeschaffung und Informationsaufbereitung sprechen unter dem Gesichtspunkt der *funktionalen organspezifischen Eignung* prima facie dafür, die Auswahl der Regulierungsinstrumente dem Gesetzgeber zu überlassen. Zudem spricht die Notwendigkeit *politischer Verantwortungsübernahme* für schwierige Prognoseentscheidungen für die Kompetenz des Gesetzgebers. Das BVerfG gesteht diesem eine Einschätzungsprärogative bei Prognosen über die Auswirkungen eines Gesetzes zu<sup>138</sup> und betont bei Sachverhalten mit unsicherer Informationslage im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung den gesetzgeberischen Prognose- und Einschätzungsspielraum bezüglich der Mittelauswahl zur Verfolgung legitimer Ziele.<sup>139</sup> Einen vergleichbaren Einschätzungsspielraum bezüglich der Auswahl der Mittel zur Verfolgung gesetzgeberischer Regulierungsziele kann die Rechtsprechung nicht beanspruchen. Trotzdem ist deshalb die Möglichkeit des Gesetzgebers, seine Befugnis zur Mittelauswahl nur im Ansatz auszuüben und die Feingestaltung den Zivilgerichten zu überlassen, nicht ausgeschlossen. Auf die Ausfüllung solcher Gestaltungsspielräume wird später im Kontext der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an die zivilgerichtliche Dogmatik einzugehen sein.

---

Rn. 274; hohe Rationalitätserwartungen an das Parlamentsgesetz hebt auch *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 252 hervor.

<sup>136</sup> Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, insb. unter dem Aspekt der Geeignetheit und Erforderlichkeit, die Beachtung der Zweck-Mittel-Rationalität bei Auswahl und Einsatz grundrechtseinschränkender Maßnahmen zur Verfolgung von Gemeinwohlzielen; vgl. BVerfGE 143, 246, 344; s.a. *Neumer*, ZfPW 2022, 257, 270.

<sup>137</sup> Vgl. unter Herleitung prozeduraler Sorgfaltsanforderungen an das Legislativverfahren aus dem Gesetzesvorbehalt *Wieckhorst*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren, 2017, S. 220–222, 421 ff.; *ders.*, DÖV 2018, 845, 853 f.

<sup>138</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 332 f. (Mitbestimmung), wo das BVerfG den Prüfungsmaßstab auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt; ähnlich BVerfGE 30, 292, 317. Je komplexer der zu beurteilende Sachverhalt ist, desto weiter zieht das Gericht in der Regel den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, vgl. BVerfGE 103, 172, 189; 103, 242, 267; s.a. *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 150.

<sup>139</sup> Vgl. jüngst BVerfGE 159, 223 (Bundesnotbremse I) mit Rn. 185 f. (zur Eignung), Rn. 204 (zur Erforderlichkeit) und Rn. 217 (zur Angemessenheit); s.a. BVerfGE 30, 292, 318 f.; dazu auch *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 54 f.

## 2. Übergreifende Regulierungskonzepte

Für die bessere funktionelle Eignung des Gesetzgebers zur Gestaltung von Regulierungsinstrumenten spricht auch, dass dieser in der Lage ist, einzelne Regulierungsinstrumente in eine größere Regulierungsstrategie<sup>140</sup> einzubinden und Wechselwirkungen zwischen einzelnen Instrumenten zu berücksichtigen. Gerichte können zwar darauf achten, dass sich ein in regulatorischer Absicht entwickelter Rechtssatz kohärent in das bestehende System einfügt, haben aber nur sehr begrenzte Möglichkeiten, andere Regelungen anzupassen, um die Regulierungswirkung zu effektivieren oder unerwünschte Nebenfolgen im Zusammenspiel mit anderen Normen zu vermeiden.<sup>141</sup> Diese Schwierigkeit stellt sich gerade mit Blick auf rechtsgebietsübergreifende Regulierungskonzepte. Transformationsnormen wie die §§ 134, 823 Abs. 2 BGB bieten zwar Möglichkeiten, Regulierungsintentionen (und Regulierungsinstrumente), die der Gesetzgeber im öffentlichen und Strafrecht expliziert hat, im Zuge der Privatrechtsanwendung aufzugreifen. Dies beschränkt sich indes auf eine punktuelle Effektivierung (z.B. mittels Nichtigkeit, Haftung). Zur eigenständigen Entwicklung eines – gegebenenfalls rechtsgebietsübergreifenden – Regulierungskonzepts sind Gerichte hingegen nicht in der Lage. Außerdem können sie keine Übergangsregelungen schaffen, die notwendig sein können, wenn sich aus einer regulatorischen Entscheidung Folgeprobleme ergeben.<sup>142</sup>

## IV. Exkurs: Verwandte Ansätze zur Eingrenzung richterlicher Kompetenz

Eine gewisse Nähe zu dem hier verfolgten Ansatz, den Gesetzesvorbehalt in erster Linie im Bereich der Regulierungsfunktion des Privatrechts als verfassungsrechtliche Kompetenznorm zu beachten, ist im allgemeinen Diskurs zu den Grenzen richterlicher Kompetenz zu beobachten, wenn zum Teil darauf abgestellt wird, dass gerade politisch geprägte Entscheidungen mit Gemeinwohlbezug dem Gesetzgeber zu überlassen sind (1.). Eine weitere Parallele bietet die Unterschei-

<sup>140</sup> Näher zum Begriff der Regulierungsstrategie *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 517 ff., der davon ausgeht, dass die Gerichte eigens entwickelte Regulierungsinstrumente mit dem Regulierungskonzept des Gesetzgebers abstimmen können (s.a. ebd., S. 519, 708 f., 742).

<sup>141</sup> Bei Analyse der Folgewirkungen eines Regulierungsinstruments müssen auch mögliche (erwünschte oder unerwünschte) Nebenwirkungen bedacht werden. Zu unerwünschten Nebenwirkungen *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 503 f.; s.a. *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 113 ff. (im Kontext des Übermaßverbots).

<sup>142</sup> Vgl. *Ipsen*, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, S. 152 f.; s.a. die Argumentation in *BGH JZ* 1972, 281, 282 f. (zu Folgen einer richterrechtlichen Anerkennung der Geschlechtsumwandlung Transsexueller).

derung der Gerechtigkeitsformen (*iustitia commutativa* und *distributiva*), die herkömmlich zur Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht herangezogen wird, vorliegend aber nur als Indiz für den Kompetenzbereich des (Privatrechts-)Gesetzgebers angedacht wird (2.).

### 1. Gegenüberstellung von „Recht und Politik“

In der Literatur zur Kompetenzabgrenzung von Gesetzgebung und Rechtsprechung wird mit unterschiedlichen Nuancen darauf abgestellt, dass die Bestimmung *politischer Sachziele* in der alleinigen Kompetenz des Gesetzgebers liege und keine genuin juristische – mithin richterliche – Aufgabe darstelle. Hervorzuheben ist etwa *Werner Flumes* Vortrag „Richter und Recht“ zum 46. Deutschen Juristentag (1966), in dem er betonte, Gerichte hätten sich – ohne besondere gesetzliche Ermächtigung – der Entscheidung über rechtlich nicht determinierte „Sachziele“ bzw. über die „Gestaltung der Sozialexistenz“ zu enthalten.<sup>143</sup> Solche Fragen „politischer Rechtssetzung“ gehörten vielmehr in die ausschließliche Zuständigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers.<sup>144</sup> In ähnlicher Weise bezieht sich etwa *Rolf Wank* unter Berufung auf die im Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip angelegte sachgerechte Aufgabenverteilung auf das Gegensatzpaar von „Politik und Recht“<sup>145</sup> und vertritt, dem Gesetzgeber seien für das Gemeinwesen wichtige Fragen im Bereich sachpolitischer Verantwortung vorbehalten; die Befugnis der Gerichte werde überschritten, wenn sie „neue Sachziele, neue Werte setzen“.<sup>146</sup> *Wank* ergänzt aber, dass damit eine „gewisse inhaltliche Umorientierung bei der Anpassung alter Gesetze oder der Änderung des Richterrechts“ nicht ausgeschlossen bleibe, solange diese sich an Leitgedanken und politischen Grundentscheidungen des gegenwärtigen Gesetzgebers orientieren.<sup>147</sup>

Ein rechtsvergleichender Blick offenbart Parallelen dieser Abgrenzungsansätze zu den im angelsächsischen Raum geprägten Argumentationsfiguren der

<sup>143</sup> *Flume*, Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages 1967, K 26, s.a K 18, K 32. Eine zentrale Erwägung ist dabei, dass die Sozialgestaltung bzw. Bestimmung politischer Ziele sich einer genuin *rechtlichen* Tätigkeit entziehe bzw. nicht justiziabel sei; s.a. *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 32; deutlich restriktiver *Picker*, JZ 1984, 153, 156 f. Aus einer Common Law-Perspektive hält in ähnlicher Weise *Hodge*, *RabelsZ* 84 (2020), 211, 225 fest: „The judiciary has no democratic mandate to frame socio-economic policy.“

<sup>144</sup> *Flume*, Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages 1967, K 11.

<sup>145</sup> *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 216 ff. Der Kreis des Politischen wird dabei nach *Wank* „durch das wandelbare politische Interesse bestimmt“, ebd., S. 222.

<sup>146</sup> *Wank*, ebd., S. 221 f. (z.B. neue Sachziele auf den Gebieten der Gesellschafts-, Konjunktur oder der Verkehrspolitik); ähnlich unter dem Aspekt geringer demokratischer Legitimation der Gerichte *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 204.

<sup>147</sup> *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 221 f.

*political question doctrine*<sup>148</sup> und des *judicial self-restraint*,<sup>149</sup> die zwar überwiegend im Bereich der Verfassungsauslegung genutzt werden, aber für die Kompetenzgrenzen der (fachgerichtlichen) Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung zum Teil verallgemeinerbar sind.<sup>150</sup> Jene Ansätze stellen auf die fehlende Justiziabilität bestimmter „politischer“ Fragen ab und betonen den Respekt vor der Gestaltungsfreiheit der gesetzgebenden Gewalt; sie beruhen mithin in erster Linie auf Erwägungen der Gewaltenteilung und des Demokratieprinzips.

Die angeführten Ansätze zur Bestimmung der Reichweite richterlicher Befugnis weisen Parallelen zu der zuvor auf Basis der demokratisch-gewaltenteilungsbezogenen Funktion des Gesetzesvorbehalts entwickelten Argumentation auf, wonach die Gemeinwohlkonkretisierung als *genuin politische* Aufgabe einer parlamentarischen Befassung bedarf, um juristisch handhabbare Maßstäbe herauszubilden, die von Gerichten ausgelegt und präzisiert werden können. Allerdings ist den zuvor angesprochenen Abgrenzungsversuchen gemein, dass sie als kompetenzielle Trennungskriterien aufgrund fehlender Eindeutigkeit allenfalls eine sehr grobe Orientierung für kompetenzielle Grenzen bieten können.<sup>151</sup> So bleibt die Abgrenzung dessen, was noch justiziabel und was bereits politisch ist, äußerst vage und missbrauchsanfällig.<sup>152</sup> Auch das „Gebot richterlicher Zurückhal-

<sup>148</sup> Grundgedanke der vom US Supreme Court entwickelten *political question doctrine* ist, dass bestimmte „politische Fragen“ nicht justiziabel sind und deshalb außerhalb gerichtlicher Entscheidungskompetenz stehen. Wichtige Indizien sollen dabei etwa folgende Punkte sein, die in der grundlegenden Entscheidung *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186, (1962) 217 aufgezählt wurden: „a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion [...]“; vgl. aus jüngerer Zeit auch *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484, 2494 ff. (2019); näher zur Entwicklung und zu unterschiedlichen Strömungen der Doktrin *Barkow*, *Columbia Law Review* 102 (2002), 237 ff.; zur Ähnlichkeit der britischen *political question doctrine* *Myers*, *Virginia Law Review* 106 (2020), 1007, 1015 f.

<sup>149</sup> Zur Entwicklung und zu unterschiedlichen Strömungen *Posner*, *California Law Review* 100 (2012), 519 ff.

<sup>150</sup> Näher *Biaggini*, *Verfassung und Richterrecht*, 1991, S. 194 ff. (insb. S. 198). Ein wichtiger Unterschied der Jurisdiktionssysteme besteht darin, dass der *US Supreme Court* sowie der *UK Supreme Court* sowohl für die Interpretation des einfachen als auch des Verfassungsrechts oberste Instanz sind, während diese Kompetenzen im deutschen System zwischen den obersten Bundesgerichten und dem Bundesverfassungsgericht aufgeteilt sind, was insbesondere in Art. 100 Abs. 1 GG deutlich wird. Im System der USA und des UK fallen Fragen zu richterlichen Kompetenzgrenzen im Bereich der einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Interpretation also – anders als im deutschen System – in der Institution der *Supreme Courts* zusammen.

<sup>151</sup> Eher krit. zur *political question doctrine* *Biaggini*, *Verfassung und Richterrecht*, 1991, S. 200–202.

<sup>152</sup> So etwa *Barkow*, *Columbia Law Review* 102 (2002), 237, 331 f.: „But while there is great value in acknowledging that a question rests with the political branches, there is also a great danger that this power could be abused [...]“; die Kontroverse kam jüngst zu einem Höhepunkt, als der US Supreme Court eine seit 1973 entwickelte Rechtsprechung zum Recht auf

tung<sup>153</sup> (*judicial self-restraint* als Gegenbegriff zu *judicial activism*) bleibt weitgehend maßstabslos und wandelbar.<sup>154</sup> Der in vorliegender Untersuchung gewählte Ansatz weist zugegebenermaßen ebenfalls einen hohen Abstraktheitsgrad auf, bietet gegenüber den obigen aber den Vorteil, dass er mehrere Verfassungsgebote (Rechtsstaats-, Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip) verknüpft, Bezüge zu konkreten Ausprägungen in der Verfassung aufweist<sup>155</sup> und durch die Verbindung der Kriterien des (politischen) Gemeinwohlbezugs und der Grundrechtsintensität eine klarere Prüfungsstruktur aufweist.

Außerdem zielt der hier vertretene Ansatz nicht auf eine *Entpolitisierung* der Rechtsprechung ab.<sup>156</sup> Vielmehr können (und sollen) Gerichte politisch geprägte Gemeinwohlziele in ihre Argumentation und Entscheidungsfindung einbeziehen und zum Zweck ihrer Effektivierung Folgerwägungen anstellen, sofern dafür gesetzliche Anknüpfungspunkte bestehen. Letzteres stellt aber zugleich die notwendige normative Grundlage dar, die Zivilgerichte dazu legitimiert, öffentliche Interessen im Privatrechtsstreit gezielt zu fördern, womit in der Regel eine „Asymmetrie“ zulasten einer Partei einhergeht und mithin vom klassischen privatrechtlichen Interessenausgleich im Gleichordnungsverhältnis abgewichen wird. In Ermangelung gesetzlicher Grundlagen kann der Gemeinwohlbegriff folglich auch als „Antitopos“<sup>157</sup> in die gerichtliche Argumentation Einzug finden, etwa wenn ein gemeinwohlbezogenes klägerisches Begehren keinen Rückhalt im Gesetz findet und die Klage deshalb abzuweisen ist.

---

Abtreibung (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 [1973]; *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 [1992]) in *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 579 U.S. (2022) aufgab. Die Entscheidungsmehrheit vertrat die Auffassung, die politisch umstrittene Entscheidung über das Recht auf Abtreibung müsse dem demokratischen Entscheidungsprozess der Bundesstaaten vorbehalten bleiben und könne nicht von einem Gericht im Wege der Verfassungsauslegung entschieden werden; *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 579 U.S. (2022), 6: „It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people's elected representatives.“

<sup>153</sup> Darauf bezieht sich mit Blick auf Kompetenzen der Rechtsprechung im Rahmen von Klimaklagen jüngst *Wagner*, NJW 2021, 2256, 2262 f.; bereits *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S. 34 führt – in Anlehnung an die amerikanische Terminologie – das „Gebot der richterlichen Selbstbeschränkung“ an.

<sup>154</sup> Vgl. zum Begriff *Posner*, California Law Review 100 (2012), 519, 520: „The term ‚judicial restraint‘ is a chameleon.“; krit. aufgrund der Vagheit auch *Biaggini*, Verfassung und Richterrecht, 1991, S. 200 f.

<sup>155</sup> Insbesondere zu den Grundrechtsvorbehalten, aber auch zum strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt (Art. 103 Abs. 2 GG), zum Haushaltsvorbehalt (Art. 110 Abs. 2 GG) oder zum Bestimmtheitsgebot (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG).

<sup>156</sup> Zur Erkenntnis, „dass sich Recht nicht unpolitisch anwenden lässt“, mit Blick auf die Justiz *Grimm*, JuS 1969, 501, 508 f.

<sup>157</sup> Dazu *Hüberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 336 f.

## 2. Gegenüberstellung von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva*

Als weiteres Abgrenzungspaar ist die von *Aristoteles* geprägte Unterscheidung der Gerechtigkeitsformen der *iustitia commutativa* (Ausgleichs- oder Austauschgerechtigkeit) und *iustitia distributiva* (Verteilungsgerechtigkeit) anzusprechen,<sup>158</sup> die herkömmlich in erster Linie für eine materielle Abgrenzung zwischen öffentlichem und Privatrecht fruchtbar gemacht wird, aber auch für die Abgrenzung legislativer und judikativer Kompetenzen im Privatrecht von Interesse ist. Vereinfacht dargestellt, betrachtet die *iustitia commutativa* das Austauschverhältnis zwischen zwei Personen (in einem Gleichordnungsverhältnis)<sup>159</sup> und zielt auf die Symmetrie von Leistung und Gegenleistung (bei gewollten Transaktionen) sowie von Unrecht und Ausgleich bzw. Vergeltung (bei ungewollten Transaktionen) ab.<sup>160</sup> Die Aufgabe des Richters besteht in diesem Kontext darin, eine ungerechte Verteilung von Vorteil und Nachteil in der Zweierbeziehung zu korrigieren, also die gestörte Symmetrie wieder auszugleichen.<sup>161</sup> Die *iustitia distributiva* betrifft die Frage, wie Güter in einer Gesellschaft durch eine zuteilende Instanz zu verteilen sind.<sup>162</sup> Es handelt sich um ein *relatives* Kriterium, welches sich in mehrerer Hinsicht als offen erweist, etwa bezüglich der Fragen, ob, zu welchem Zweck und an wen welche Güter verteilt werden sollen.<sup>163</sup> Aus dieser Offenheit folgt zugleich der stark *politische* Charakter der Verteilungsgerechtigkeit.<sup>164</sup> Bei-

<sup>158</sup> *Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, <sup>2</sup>2007, V. 5.–7., 1130b–1132b, S. 195 ff.; zu den Hauptkriterien der Unterscheidung und zur Schwierigkeit der Abgrenzung *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 9–15.

<sup>159</sup> *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 10.

<sup>160</sup> *Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, <sup>2</sup>2007, V. 5. 1131a, S. 197; dazu *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 33 f.

<sup>161</sup> Vgl. *Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, <sup>2</sup>2007, V. 7. 1132b, S. 203: „So ist das Gerechte ein Mittleres wie auch der Richter. Der Richter stellt die Gleichheit her: wie wenn eine Linie in ungleiche Teile zerschnitten wäre, nimmt er vom größeren Teil dasjenige weg, was über die Hälfte hinausgeht, und fügt es dem kleinere Teil zu.“; dazu *Bien*, in: Höffe (Hrsg.), *Aristoteles: Nikomachische Ethik*, <sup>4</sup>2018, S. 105, 123 f. („korrigierende richterliche Gerechtigkeit“); *Weinrib*, Iowa Law Review 77 (1992), 403, 410 f. Unter *iustitia correctiva* wird häufig der Unterfall der Austauschgerechtigkeit verstanden, der den Ausgleich begangenen Unrechts betrifft (z.B. durch das Deliktsrecht), also nicht freiwillig eingegangene Austauschbeziehungen; vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 30 f.; *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 33; besonders im amerikanischen Diskurs steht der Begriff *corrective justice* im Zentrum, vgl. *Weinrib*, Iowa Law Review 77 (1992), 403 ff.

<sup>162</sup> *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 10.

<sup>163</sup> Zur Relativität und Offenheit der *iustitia distributiva* für rechtspolitische Zwecke *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 31 f., 38; s.a. *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 19–21, der aber annimmt, den Zweck der Distribution maßgeblich aus der „Natur der Sache“ ableiten zu können.

<sup>164</sup> Vgl. *Heyman*, Iowa Law Review 851 (1992), 851, 854 f.

spielsweise lässt sich die Entscheidung, Leitungsorgane großer deutscher Unternehmen paritätisch mit Frauen und Männern zu besetzen, als Ausprägung der Verteilungsgerechtigkeit sehen, weil es um die Verteilung begehrter Positionen in der Gesellschaft geht. Die Notwendigkeit dieser Maßnahme und ihr Ziel ergeben sich dabei nicht zwingend aus dem Konzept der Verteilungsgerechtigkeit selbst, sondern es handelt sich um eine genuin politische Entscheidung zu ihrer Konkretisierung.

Die traditionelle These lautet: „Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts.“<sup>165</sup> Besonders für das Vertragsrecht wird das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit als systemprägend angesehen,<sup>166</sup> eine „gezielte Instrumentalisierung“ des Vertragsrechts zu Verteilungszwecken hingegen als legitimationsbedürftige Ausnahme.<sup>167</sup> Allerdings steht inzwischen außer Frage, dass der Gesetzgeber auch das Privatrecht zu distributiven Zwecken einsetzen darf und einsetzt.<sup>168</sup> Bei näherer Betrachtung zeigt sich außerdem, dass sich beide Gerechtigkeitskonzepte im Privatrecht kaum voneinander trennen lassen, was sich besonders im Vertragsrecht zeigt. So beeinflusst die distributive Ausgangslage Fragen der kommutativen Gerechtigkeit, weil der Symmetrieanspruch letzterer mit den rechtlichen Ausgangsbedingungen der Parteien verbunden ist: Die Frage, ob ein Ausgleich (Leistung/Gegenleistung, Schaden/Kompensation) korrekturbedürftig ist, muss die Ausgangsbedingungen der Parteien – unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit – berücksichtigen.<sup>169</sup>

Vorliegend ist die Tauglichkeit als Abgrenzungskriterium zwischen den Teilrechtsordnungen nicht weiter maßgeblich. Von Interesse ist aber die im offenen

<sup>165</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, <sup>8</sup>1973, S. 122; Adomeit, Antike Denker über den Staat, <sup>3</sup>2001, S. 83; s.a. Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 45–51 und 123 ff. (zum Nutzen der Unterscheidung i.S.e. Regel-Ausnahme-Verhältnisses); anders unter Hinweis auf die mangelnde Unterscheidbarkeit Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 68 f.: „Distributive und kommutative Gerechtigkeit sind nicht verschiedenen Bereichen zugewiesen, sondern deckungsgleich.“ (Hervorhebung im Original); s.a. Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 135 ff.; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 548 f.

<sup>166</sup> Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 54 f.

<sup>167</sup> Canaris, ebd., S. 124 f.

<sup>168</sup> Auch Canaris, ebd., S. 51 nimmt an, dass die iustitia commutativa im Privatrecht „nicht gänzlich ohne flankierende materiale Kriterien aus[kommt]“. Bloß vereinzelt wird vertreten, dass das Privatrecht sich grundsätzlich nicht zur Verfolgung von Allgemeininteressen eigne, die der iustitia distributiva zuzuordnen sind; in diese Richtung etwa Wolf, JZ 1997, 1087, 1090, 1094: „Im Privatrecht ist in der Regel kein Platz für eine an der iustitia distributiva orientierte Regelung.“

<sup>169</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 69: „Am Grunde jeder kommutativen liegt eine distributive Gerechtigkeitsfrage.“; s.a. Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 436.

und politisch geprägten Charakter, der gemeinwohlbezogener Regulierung und *iustitia distributiva* gemein ist,<sup>170</sup> angelegte Frage, wem insoweit die Konkretisierungskompetenz zusteht. Aus demokratietheoretischer Perspektive liegt diese Kompetenz – mit Blick auf das Gemeinwohl wie auch die Verteilungsgerechtigkeit – bei der gesetzgebenden Gewalt.<sup>171</sup> Gerichte haben also im Wege der Auslegung die distributiven Vorgaben des Gesetzgebers (und ausnahmsweise unmittelbar der Verfassung) umzusetzen, jedoch nicht aus eigenen politischen Überzeugungen Verteilungsmaßstäbe einzuführen.<sup>172</sup> Insoweit besteht eine Parallele zwischen der regulatorischen Rechtsanwendung und einer solchen zur Verwirklichung distributiver Zwecke.<sup>173</sup>

Eine weitere Gemeinsamkeit liegt darin, dass der Verfolgung von Gemeinwohlzielen und distributiven Zielen im Privatrecht – bislang – eher ein Ausnahmeharakter zukommt. Dies gilt insbesondere für die Privatrechtsprechung, deren klassische Funktion im Interessenausgleich gleichgeordneter Parteien besteht, weniger in der Verfolgung überindividueller Gemeinwohlziele oder Gerechtigkeitskonzepte. Das hängt auch damit zusammen, dass sich Konkretisierungen sowohl der Verteilungsgerechtigkeit als auch des Gemeinwohls nicht aus „Sachgesetzlichkeiten“ oder „allgemeinen Prinzipien“ des Privatrechts ableiten lassen, sodass diesbezüglich ein erhöhtes Bedürfnis nach legislativer Gestaltung besteht.<sup>174</sup> Demnach sind grundsätzlich gesetzliche Anknüpfungspunkte für die gerichtliche Verfolgung distributiver Zwecke im Privatrecht erforderlich.<sup>175</sup> Zum obigen Beispiel: Die Verfolgung des Ziels einer paritätischen Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen sowie die Einführung der zugehörigen Mittel – etwa einer Frauenquote im Recht der Aktiengesellschaft – ist nicht aus Sachgesetzlichkeiten des Privatrechts abzuleiten, sondern nur auf Basis einer spezifischen gesetzlichen Grundlage möglich.

<sup>170</sup> Zur politischen Prägung der *iustitia distributiva* Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 31 f.

<sup>171</sup> So auch Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 31 f. (zur *iustitia distributiva*); näher zur Rolle des Gesetzgebers und der Gerichte als verteilende Instanz ebd., S. 286 f.

<sup>172</sup> So auch Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 291 f. (unter Hinweis auf ihre mangelnde institutionelle Eignung und fehlende demokratische Legitimation).

<sup>173</sup> So wird etwa die BGH-Rechtsprechung zum Wucherdarlehen als Beispiel für regulatorische Rechtsanwendung (dazu oben § 9 I. 4. a)) wie auch für eine Konkretisierung der *iustitia distributiva* (vgl. Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 398 f.) angeführt. Allg. zum Zusammenhang von Verhaltenssteuerung durch Privatrecht und *iustitia distributiva* Arnold, ebd., S. 291–405; zur Überschneidung von privatrechtlicher Regulierung und *iustitia distributiva* am Rande auch Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 304.

<sup>174</sup> Vgl. Grigoleit, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 71, der darauf hinweist, dass die Verfolgung distributiver Ziele im Privatrecht zufällige Belastungen Einzelner und paradoxe Marktauswirkungen zeitigen könne und daher einer starken Argumentationslast unterliege (ebd., S. 61 f.).

<sup>175</sup> Näher zu Fragen der Methodik und Privatrechtsdogmatik im Rahmen der Verwirklichung distributiver Zwecke im Vertragsrecht Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 290 ff.

Eine Abschwächung des Erfordernisses gesetzlicher Grundlagen erscheint vor allem geboten, wenn die Ausgangsbedingungen der Parteien – insbesondere bei Vertragsabschlüssen – im Sinne des Symmetriegedankens (z.B. Informationsasymmetrie, Verhandlungssymmetrie) angepasst werden sollen, etwa mittels Einführung von Aufklärungs- und Informationspflichten.<sup>176</sup> Hier zeigt sich der bereits erwähnte Konnex zwischen Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit, denn es geht darum, die Funktionsbedingungen des vertraglichen Interessenausgleichs (bzw. der Austauschgerechtigkeit) herzustellen, die wiederum regelmäßig distributiver Natur sind. Ein entsprechender Anpassungsbedarf ergibt sich oftmals auch aus den Sachgesetzlichkeiten einer Regelungsmaterie. So kann etwa aus den Umständen eines Vertragsabschlusses oder einer typischerweise starken Informationsasymmetrie (z.B. bei Bankdienstleistungen für Verbraucher) auf die Notwendigkeit bestimmter, die Voraussetzungen einer gleichmäßigen Austauschbeziehung gewährleistenden Maßnahmen geschlossen werden, die der Gesetzgeber nicht im Detail vorgeben muss, sondern auch von den Zivilgerichten auf Basis einer Generalklausel oder mittels Rechtsfortbildung entwickelt werden können.

## V. Zwischenfazit

Die unter § 9 vor einer grundrechtsdogmatischen Folie entwickelte These, dass der Gesetzesvorbehalt im Privatrecht primär dann Beachtung verlangt, wenn dieses zu Regulierungszwecken (d.h. als Instrument der Verhaltenssteuerung zur Verfolgung bestimmter Gemeinwohlziele) eingesetzt wird, lässt sich, wie in § 10 gezeigt wurde, auch auf die demokratisch-gewaltenteilungsbezogene Funktion des Grundsatzes stützen. Neben der grundrechtlichen Eingriffsrelevanz spricht aus demokratischer und gewaltenteilungsbezogener Perspektive der offene, politisch geprägte Charakter regulatorischen Privatrechts dafür, die Bestimmung von Regulierungszielen und privatrechtlichen Regulierungsinstrumenten als *wesentlich* einzuordnen und im Kern dem Gesetzgeber vorzubehalten. Auch der Prognosecharakter privatrechtlicher Regulierung, verbunden mit einem hohen Rationalitätsanspruch an grundrechtsintensive Regulierungsentscheidungen, streitet dafür, Entscheidungen über die Auswahl und Gestaltung von Regulierungsinstrumenten im Gesetzgebungsverfahren zu treffen. Demgegenüber ist in den Bereichen der Interessenausgleichs- und der Infrastrukturfunktion des Privatrechts nur in Ausnahmefällen von der Einordnung richterlicher Regelbildung als *wesentlich* auszugehen, etwa wenn eine stark sozialpolitische Prägung des Interessenausgleichs in Rede steht oder wenn die Modifizierung bzw. Erweite-

---

<sup>176</sup> Vgl. dazu *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51, 63, der annimmt, dass dem Legitimationsbedürfnis für Verteilungseingriffe in das Privatrecht einfach Rechnung zu tragen sei, „sofern sich der Eingriff darauf beschränkt, die Funktionsbedingungen der Willkürentfaltung des „Schwächeren“ zu stärken.“

rung privatrechtlicher Infrastruktur mit weitreichenden Folgen für den betreffenden Rechtsbereich oder erheblichen (finanziellen) Belastungen für den Staat einhergeht.<sup>177</sup> Zur begrifflichen Kennzeichnung dieser verschieden starken Ausprägungen des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht werden in dieser Untersuchung auch die Termini des Eingriffs- und Ausgestaltungsvorbehalts genutzt.

Es ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung im Rahmen privatrechtlicher Regulierung aufgrund des Gesetzesvorbehalts (in Ausprägung als Eingriffsvorbehalt) auf gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen angewiesen ist, deren erforderliche Regelungsdichte sich primär nach der Grundrechtsintensität der betreffenden Regelung bestimmt. Diese noch sehr abstrakte Aussage wird im 4. Teil der Untersuchung, der sich mit den Konsequenzen der Geltung des Eingriffsvorbehalts im regulatorischen Privatrecht befasst, schärfer konturiert. Die übrigen angesprochenen Privatrechtsfunktionen (Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion), für die der Gesetzesvorbehalt nach dem hier vertretenen Verständnis bloß in schwacher Ausprägung als Ausgestaltungsvorbehalt relevant ist, werden im Folgenden nicht mehr schwerpunktmäßig behandelt, was auch der begrenzte Rahmen der Untersuchung gebietet.

---

<sup>177</sup> Zur Relevanz des für diese Bereiche des Privatrechts maßgeblichen, schwächeren Ausgestaltungsvorbehalts oben unter § 9 III. 4.

## Konsequenzen der Geltung des Gesetzesvorbehalts für regulatorisches Privatrecht

Bislang wurde herausgearbeitet, dass der Gesetzesvorbehalt im Privatrecht in erster Linie dann Beachtung verlangt, wenn dieses zu Regulierungszwecken, d.h. als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist, eingesetzt wird.<sup>1</sup> Die so verstandene Regulierungsfunktion des Privatrechts wurde aufgrund ihrer Grundrechtseingriffsintensität (dazu § 9 I.) und ihres spezifischen Gemeinwohlbezugs (dazu § 10 I. und II.) dem Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts (in seiner Ausprägung als Eingriffsvorbehalt) zugeordnet. Nachfolgend wird untersucht, welche Konsequenzen daraus für die Gesetzgebung und Rechtspraxis folgen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den kompetenziellen Grenzen der Zivilgerichte im Rahmen regulatorischer Rechtsanwendung. Vorab ist auch die Perspektive des Privatrechtsgesetzgebers einzunehmen und zu fragen, ob aus dem Gesetzesvorbehalt konkrete Vorgaben für die Regelungstechnik regulatorischen Privatrechts folgen. Auf diese Weise finden beide „Stoßrichtungen“ des Wesentlichkeitsvorbehalts Berücksichtigung: die an den Gesetzgeber adressierte *Regelungspflicht* bezüglich wesentlicher Fragen und die für die Rechtsanwendung zu beachtende *Kompetenzgrenze*. Die wechselseitige Beziehung kam in der Untersuchung mehrfach zum Ausdruck. Wichtig ist, dass der Gesetzgeber bei Schaffung regulatorischer Ermächtigungsgrundlagen das methodische Leistungsspektrum der Rechtsprechung berücksichtigen darf und soll.<sup>2</sup> Gleichmaßen dürfen sich die Gerichte nicht auf eine mechanisch-literale Normanwendung beschränken, sondern müssen die hinter dem Gesetzeswortlaut stehenden (Regulierungs-)Intentionen des Normgebers ermitteln. Vor diesem Hintergrund kann man auch von einer „kommunikativen Beziehung“<sup>3</sup> zwischen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung sprechen. Der Gesetzesvorbehalt schließt einen solchen arbeitsteiligen Prozess im Bereich privatrechtlicher Re-

---

<sup>1</sup> Zur Definition und zum funktionalen Rechtsverständnis siehe § 8.

<sup>2</sup> Reimer, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2022, Bd. 1, § 11 Rn. 86 versteht die Methodenlehre als „Kehrseite“ der Gesetzgebungslehre; s.a. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2020, Rn. 19.

<sup>3</sup> Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 166; Jestaedt, in: Erguth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25, 64 spricht von einem „dynamisch-arbeitsteiligen Rechtsgewinnungsverständnis“.

gulierung keineswegs aus, solange die Vorgabe der Regulierungsziele und -instrumente im Kern auf Ebene der Gesetzgebung erfolgt. Nachfolgend werden grobe Direktiven des Gesetzesvorbehalts für die gesetzgeberische Regelungstechnik im Bereich privatrechtlicher Regulierung angedacht (§ 11), bevor vertieft auf die Anforderungen an die zivilgerichtliche Methodik bei regulatorischer Rechtsanwendung einzugehen ist (§ 12).

## Gesetzgebungsperspektive: Anforderungen an gesetzliche Grundlagen privatrechtlicher Regulierung

Aus Perspektive des Gesetzgebers stellt sich die Frage, ob aus dem Gesetzesvorbehalt bestimmte Direktiven für die Gesetzgebungstechnik<sup>1</sup> im Bereich regulatorischen Privatrechts folgen. Von den verfassungsrechtlichen Kompetenzanforderung abgesehen, hat der Gesetzgeber aber auch ein genuines Interesse an der hinreichend klaren Gestaltung regulatorischer Normen, beabsichtigt er doch, dass sein auf Verhaltenssteuerung gerichteter politischer Gestaltungswillen von den Rechtsanwendern befolgt wird.<sup>2</sup> Für die Wirkkraft der Regulierungsfunktion des Privatrechts ist entscheidend, dass die Zivilgerichte – auf Initiative Privater<sup>3</sup> – die gesetzgeberische Regulierungsintention bei der Rechtsanwendung praktisch umsetzen.<sup>4</sup> Werden gesetzliche Grundlagen so vage oder mehrdeutig gestaltet, dass die regulatorische Zielsetzung im Zuge der Rechtsanwendung nicht ermittelbar ist, droht das Regulierungsanliegen des Gesetzgebers leerzulaufen oder fehlzugehen. Neben einem Verstoß gegen die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts an die Regelungsdichte liegt dann ein Verstoß gegen das Rationalitätsgebot an die Gesetzgebung nicht fern.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber muss also,

---

<sup>1</sup> Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 90 fasst darunter: Tatbestandstechnik, Technik der Bildung von Rechtsinstituten, Gesetzssystematik, Technik der Formulierung von Rechtsätzen.

<sup>2</sup> Seibert, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 111, 116 (ohne spezifischen Bezug zur Regulierungsfunktion des Rechts); vgl. auch Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 565.

<sup>3</sup> Die Durchsetzung regulatorischen Privatrecht ist auf die Initiative der Privatrechtssubjekte angewiesen. Dies muss der Gesetzgeber berücksichtigen, insb. indem er Regulierungsinstrumente so gestaltet, dass Privaten genügend Anreize und tatsächliche Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung geboten werden (näher Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 496–498, 635 f.). Private werden insb. dann von der Geltendmachung ihrer Rechte absehen, wenn die Erfolgsaussichten der Rechtsdurchsetzung unsicher und daher mit einem hohen Kostenrisiko verbunden sind. Dies kann gerade bei einer aufgrund unbestimmter gesetzlicher Grundlage unsicheren Rechtslage der Fall sein. Vgl. dazu auch Podszun, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 178 f.

<sup>4</sup> Dazu Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 646; vgl. auch Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 117: „Ein Steuerungsinstrument nützt nur etwas, wenn es auch vollzogen wird.“

<sup>5</sup> Zum Rationalitätsgebot Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 206 ff., s.a. unter § 10 III. 1.

möchte er Privatrecht sinnvoll zu Regulierungszwecken einsetzen, die Perspektive der Zivilgerichte und ihre Methodik im Blick haben. Dies bedeutet nicht, dass eine möglichst detaillierte Ziel- und Mittelvorgabe den größten Regulierungserfolg verspricht. Im Gegenteil kann es aus Perspektive des Normgebers auch sinnvoll sein, sich auf grobe Vorgaben zu beschränken, um den Rechtsanwendungsinstanzen eine Feinsteuerung und Anpassung von Regulierungszielen und -instrumenten an aktuelle Verhältnisse und veränderte Bedingungen zu eröffnen.<sup>6</sup> Dazu eignen sich im Privatrecht vor allem die bereits angesprochenen Delegationsnormen, mittels derer der Gesetzgeber originäre Regelungsbefugnisse partiell auf die Gerichte überträgt.<sup>7</sup> Da auch diese Delegationsfreiheit grundsätzlich von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gedeckt ist, ist beim Versuch, dem Gesetzesvorbehalt bestimmte gestaltungsbegrenzende Vorgaben für die Regelungstechnik zu entnehmen, äußerst behutsam vorzugehen. Aus der Wesentlichkeitstheorie folgt zunächst nur die grobe Vorgabe, dass die Kernaspekte der wesentlicher Fragen vom Gesetzgeber zu entscheiden sind.<sup>8</sup> Im Folgenden wird gezeigt, dass dem Gesetzesvorbehalt für die gesetzgeberische Regelungstechnik im Bereich privatrechtlicher Regulierung bloß grobe Leitlinien zu entnehmen sind (I.), die mit Blick auf die Normierung von Regulierungszielen (II.) und Regulierungsinstrumenten (III.) näher beleuchtet werden.

<sup>6</sup> Allgemein zu Regulierungssystemen *Black*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 2021, 1, 7: „[G]oals may be left strategically uncertain and inchoate to facilitate the agreement of a political bargain, or, as a matter of design, to enable more experimentalist forms of governance, in which regulatory systems in different regions are allowed to experiment with ways to more closely define and achieve particular goals.“; im Kontext regulatorischer Zielsetzungen des Unionsrechts sprechen *Sabell/Zeitlin*, *European Law Journal* 14 (2008), 271, 273 f. von „framework goals“ und führen aus: „Subsidiarity in this [regulatory] architecture implies that in writing framework rules the lower-level units should be given sufficient autonomy in implementing the rules [...]“.

<sup>7</sup> Zum Delegationsgedanken *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 49 ff.; *Grigoleit*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 51, 72 geht davon aus, dass eine Geltung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht „[a]ngesichts der Vielfalt individueller Willkürfaltung [...] nur unter breitflächiger Inanspruchnahme von Generalklauseln möglich [wäre], was wiederum einer jedenfalls partiellen Delegation der Kompetenz zur Regelbildung an die Rechtsprechung gleichkomm[e]“.

<sup>8</sup> Zur flexiblen Handhabung und zum Stufencharakter der Wesentlichkeitstheorie bereits unter § 4 II. 3. c) und § 6 III.; zum Ansatz, aus der Wesentlichkeitstheorie Vorgaben für den Privatrechtsgesetzgeber zu entwickeln, s.a. *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 64–69.

## I. Grundsatz: Legislative Gestaltungsfreiheit bezüglich der Regelungstechnik

Die Stadien des Gesetzgebungsprozesses lassen sich mit *Peter Noll* grob in „Faktenanalyse, wertende Stellungnahme, Zielsetzung, Auswahl der Mittel“ unterteilen.<sup>9</sup> Letztere beiden Elemente fließen unmittelbar in die Normgestaltung ein und lassen sich für den Bereich regulatorischer Rechtssetzung als die Bestimmung von *Regulierungszielen* und *Regulierungsinstrumenten* beschreiben. Fraglich ist, ob der Gesetzesvorbehalt diesbezüglich ein bestimmtes Mindestmaß an Regelungsdichte verlangt und ob ihm generalisierbare Anforderungen an die Regelungstechnik zu entnehmen sind.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass der Gesetzesvorbehalt die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit im Bereich regulatorischen Privatrechts nicht wesentlich einschränkt, sondern nur in Einzelfällen Mindestvorgaben macht. Die Konkretisierungsskala zwischen sehr offenen, abstrakt-generellen Regelungen und konkreten Einzelmaßnahmen<sup>10</sup> eröffnet eine Vielzahl von Regelungstechniken, die auch in grundrechtssensiblen Regelungsbereichen nicht von vornherein eingeschränkt ist. Ein Blick auf die Handhabung des strengen Gesetzesvorbehalts in Art. 103 Abs. 2 GG und des Bestimmtheitsgrundsatzes in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bestätigt dies. So schließt selbst das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Bestimmtheitsgebot „die Verwendung unbestimmter, konkretisierungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln nicht aus“.<sup>11</sup> Erhebliche Konkretisierungsermächtigungen an die rechtsanwendenden Instanzen bleiben auch hier möglich.<sup>12</sup> Auch die Anforderungen in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG,<sup>13</sup> wonach „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der Verordnungsermächtigung im Gesetz zu regeln sind, bieten nur grobe Anhaltspunkte. Die zur Konkretisierung herangezogenen Formeln (Vorhersehbarkeits-, Selbstbestimmungs- und Programmformel)<sup>14</sup> wer-

<sup>9</sup> *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 86.

<sup>10</sup> Diese obliegen grundsätzlich nur den Rechtsanwendungsorganen, Maßnahmengesetze und eine einzelfallbezogene Einflussnahme (bzgl. Handelns der Exekutive) können aber zulässig sein; vgl. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V, 32007, § 100 Rn. 32; BVerfGE 159, 223, 287.

<sup>11</sup> BVerfGE 153, 310, 341; s.a. BVerfGE 28, 175, 183; 49, 168, 181 f.; 126, 170, 196; auch sog. Blankettstraftatbestände sind nicht ausgeschlossen vgl. BVerfGE 153, 310, 343; 159, 223, 293 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11, 47: „Selbst das höchste Maß an Bestimmtheit, wie es für Strafrechtsbestände in Art. 103 Abs. 2 GG vorgesehen ist, steht der Anerkennung erheblicher Konkretisierungsermächtigungen der gesetzesanwendenden Instanzen nicht entgegen.“; vgl. zur Eingriffsverwaltung auch BVerfGE 116, 24, 54.

<sup>13</sup> Zum Verständnis von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als Ausprägung des (allgemeinen) Gesetzesvorbehalts § 4 II. 3. d).

<sup>14</sup> Vgl. zu den Anfängen BVerfGE 5, 71, 77; 8, 274, 308; s.a. BVerfGE 150, 1, 101 (Vorhersehbarkeitsgebot, Selbstentscheidungsvorbehalt und Programmfestsetzungspflicht); näher dazu *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 66; *Cramer*, AöR 122 (1997), 248, 255–258.

den vom BVerfG je nach Regelungsgegenstand variabel gehandhabt.<sup>15</sup> Zudem werden die Anforderungen unter Einbezug der möglichen Konkretisierungs- bzw. Auslegungsleistung der Ermächtigungsadressaten relativiert. So formuliert das BVerfG zum Bestimmtheiterfordernis in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG:

„Die Ermächtigung muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich formuliert und gefasst sein; sie hat von Verfassungen wegen nur hinreichend bestimmt zu sein. Es genügt, wenn die Grenzen der Ermächtigung *durch Auslegung anhand der allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze bestimmbar sind*; dabei sind Zielsetzung des Gesetzes, Sinnzusammenhang mit anderen Bestimmungen und Entstehungsgeschichte des Gesetzes von Bedeutung.“<sup>16</sup>

Es zeigt sich also, dass der Wesentlichkeitstheorie – selbst in den Ausprägungen des Gesetzesvorbehalts in Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG – kaum *klare, generalisierbare Vorgaben* für die gesetzgeberische Regelungstechnik bzw. Normbestimmtheit zu entnehmen sind. Die Bestimmtheitsanforderungen sind vielmehr stets von der Eigenart der spezifischen Regelungsmaterie und der grundrechtlichen (Eingriffs-)Intensität konkreter Maßnahmen abhängig und im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu beurteilen.<sup>17</sup> Solange die gesetzgeberisch intendierten Delegationsgrenzen mittels anerkannter Auslegungsgrundsätze bestimmbar sind, wofür auch Aussagen in den Gesetzesmaterialien maßgeblich sein können,<sup>18</sup> wird die gebotene Regelungsdichte in der Regel gewahrt.

Als zentrale Anforderung lässt sich festhalten, dass der *Gesetzeszweck* vom Gesetzgeber selbst bestimmt und im Wege der Auslegung ermittelbar sein muss.<sup>19</sup> Hat eine Norm *sanktionierenden Charakter*, sollen die Normadressaten dem Normwortlaut entnehmen können, welches Verhalten sanktioniert wird bzw. das Risiko einer Sanktion nach sich zieht, wobei nach dem Stufencharakter der We-

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 123, 39, 78: „Im Einzelnen hängen die Bestimmtheitsanforderungen von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes und der Intensität der Maßnahme ab.“

<sup>16</sup> BVerfGE 123, 39, 78 (Hervorhebung hinzugefügt); ähnlich BVerfGE 150, 1, 101; vgl. dazu *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 80 Rn. 65.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 126, 170, 196 (zu Art. 103 Abs. 2 GG): „Welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit der einzelne Straftatbestand haben muss, lässt sich nach alledem nicht allgemein sagen. Deshalb ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden, ob der Gesetzgeber seinen Verpflichtungen aus Art. 103 Abs. 2 GG im Einzelfall nachgekommen ist.“

<sup>18</sup> Vgl. zum Bewusstsein des Gesetzgebers für die Relevanz der in den Gesetzesmaterialien dokumentierten Aussagen *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 156–164 (mit Nachweisen überwiegend aus dem U.S.-amerikanischen Rechtssystem); s.a. *Waldhoff*, in: Fleischer (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013, S. 75, 90.

<sup>19</sup> Vgl. in strafrechtlichem Kontext BVerfGE 120, 224, 257 (Sondervotum Hassemer): „Unverzichtbarer Bestandteil der Entscheidung des Gesetzgebers ist jedenfalls Klarheit über die Ziele, die er mit seiner Regelung verfolgt. [...] Das ist unter anderem darin begründet, dass die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Norm ohne Klarheit über den Zweck der Norm nicht gelingen, ja dass sie schon gar nicht methodengerecht durchgeführt werden kann.“; s.a. *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 125.

sentlichkeitsdoktrin gilt: Je schwerwiegender die angedrohte Sanktion, umso präziser ist der gesetzliche Tatbestand zu fassen.<sup>20</sup> Diese Vorgabe wird aber selbst im Strafrecht insofern relativiert, als Bedenken aufgrund der Weite bzw. Unbestimmtheit von Tatbestandsmerkmalen durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt und vor allem durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entkräftet werden können.<sup>21</sup> Folglich ist im Privatrecht – auch wenn es Regulierungszwecken dient und sanktionierenden Charakter hat – erst recht davon auszugehen, dass eine offene Regelungstechnik, die (nur) die Eckpunkte zur Entwicklung eines berechenbaren Abwägungsprogramms durch die Rechtsprechung bereithält, den Mindestanforderungen des Gesetzesvorbehalts genügt. Trotz des Befunds, dass dem Gesetzesvorbehalt für die legislative Normgestaltung im Privatrecht kaum generalisierbare Vorgaben zu entnehmen sind, werden die typischen Regelungselemente regulatorischen Privatrechts nachfolgend näher beleuchtet. Dazu wird schematisch zwischen Anforderungen an die Fassung von Regulierungszielen und -instrumenten getrennt.<sup>22</sup>

## II. Präzisierung von *Regulierungszielen*

Die Bestimmung der in unterschiedlichem Maß eingriffsintensiven *Regulierungsinstrumente* und Beurteilung ihrer Legitimität muss stets von einem zuvor festgelegten *Regulierungsziel* ausgehen.<sup>23</sup> Als Regulierungsziel lässt sich ein bestimmter sozialer Zustand begreifen, den die regulierende Instanz mittels regulatorischer Rechtssetzung und -durchsetzung erreichen will.<sup>24</sup> Dabei ist in der Regel eine Zielkonzeption zugrunde zu legen, die den angestrebten sozialen Zustand

---

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 126, 170, 195–197 (zu Art. 103 Abs. 2 GG).

<sup>21</sup> BVerfGE 126, 170, 196 f.

<sup>22</sup> Diese Trennung ist in der Praxis oftmals unscharf, weil die politische Entscheidung der Zieldefinition und die regulatorische Entscheidung über die Mittel zur Implementierung des Ziels eng verknüpft sind (vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 565). So lassen sich etwa Unterziele eines übergeordneten Regulierungsziels zum Teil auch als Regulierungsinstrumente begreifen. Aus Gründen methodischer Klarheit und Transparenz staatlichen Handelns für die Messung an verfassungsrechtlichen Anforderungen ist die Trennung aber grundsätzlich notwendig, vgl. *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 110 (im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung).

<sup>23</sup> Dazu *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 440; s.a. *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 114, der die Fragen über den Weg zur Zielerreichung als „abgeleitete normative Fragen“ versteht, die vom Regelungsziel ausgehen müssen.

<sup>24</sup> *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 438; *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 113 f.

dynamisch<sup>25</sup> im Sinne eines Optimierungsgebots versteht.<sup>26</sup> Es geht darum, den Status quo in einer Weise zu verändern, die dem durch das Regulierungsziel beschriebenen Zustand näherkommt.<sup>27</sup> Das Regulierungsziel fungiert dabei auch als „Rangkriterium“<sup>28</sup> (oder Beurteilungs- bzw. Steuerungsmaßstab) bei dem Vergleich zweier gesellschaftlicher Zustände *a* und *b*, wobei *a* den Zustand vor Einsatz des Regulierungsinstruments und *b* den Zustand danach beschreibt. Stellt *b* gegenüber *a* mit Blick auf das Regulierungsziel – vereinfacht gesprochen – eine Verbesserung dar, wird das mit dem Regulierungsziel beschriebene Kriterium erfüllt.<sup>29</sup>

Zur Veranschaulichung zwei Beispiele: (1) Der Gesetzgeber möchte ein stärkeres unternehmerisches Engagement für Sozial- und Umweltbelange erreichen, indem er diesbezüglich *corporate social responsibility* (CSR)-Berichtspflichten einführt. (2) Als Beitrag zur Energiewende werden energetische Modernisierungen möglichst vieler Wohnungen angestrebt; diese sollen durch eine Duldungspflicht von Mietern sowie einen dreimonatigen Minderungsausschluss (§§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1, 555d Abs. 1 BGB) erleichtert werden. In beiden Fällen zielt die regulierende Instanz (jeweils der Bundesgesetzgeber) durch den Einsatz eines bestimmten Mittels ((1) CSR-Berichtspflicht; (2) Duldungspflicht und Minderungsausschluss) auf eine Veränderung des Status quo in Richtung des durch das Regulierungsziel umschriebenen Zustands. Der „Erfolg“ (oder die Effektivität) der Regulierung bemisst sich in den Beispielen danach, ob gegenüber dem Ursprungszustand (1) ein stärkeres Ausmaß an Sozial- und Umweltengagement der von den CSR-Berichtspflichten adressierten Unternehmen oder (2) eine höhere Anzahl energetischer Modernisierungen von Mietwohnungen zu verzeichnen ist.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Zum dynamischen Charakter gesetzgeberischer Zielvorstellungen *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 85.

<sup>26</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 441; zur Einordnung von Zwecken als Zielzustand oder Rangkriterium *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 48–57 (im Kontext der teleologischen Begründung); s.a. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 245.

<sup>27</sup> Der Erfolg der Regulierung bzw. die Zielerreichung wird dabei in aller Regel nur relativ und nicht absolut zu beurteilen sein. Selbst wenn ein Optimum erreicht wird, besteht das Regulierungsziel als Daueraufgabe fort, da das erreichte Niveau stets durch neue Entwicklungen zurückgeworfen werden kann, vgl. dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 441 f.; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 85.

<sup>28</sup> *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 53.

<sup>29</sup> Zum Teil kann auch ein bloß geringes Absinken oder Gleichbleiben des Zustands einen Erfolg mit Blick auf das Regulierungsziel bedeuten, vgl. *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 54. Außerdem ist es erforderlich, auch andere Faktoren zu beachten, die auf den Kausalverlauf von *a* nach *b* einwirken und die Wirkkraft des Regulierungsinstruments relativieren können.

<sup>30</sup> Diese Darstellung ist vereinfachend. So wird etwa die Möglichkeit ausgeblendet, dass neue Faktoren hinzukommen, die die Erreichung des Regulierungsziels erschweren. Dann könnte auch der Erhalt des Status quo einen regulatorischen Erfolg darstellen, weil sich der

Der Bestimmtheitsgrad von Regulierungszielen kann stark variieren. Gibt der Gesetzgeber bloß eine sehr vage Zielsetzung vor und sieht er auch von der Bestimmung weiterer Unterziele ab, verlagert sich die Zielsetzungsaufgabe möglicherweise (zu) stark auf die Gerichte. Dies ist problematisch, weil die demokratische Funktion des Gesetzesvorbehalts die Befugnis zur rechtlich bindenden Gemeinwohldefinition (d.h. auch die Bestimmung von Regulierungszielen) im Kern allein dem Gesetzgeber zuweist.<sup>31</sup> Zudem vergrößert sich mit dem Zielradius die Zahl potenzieller Regulierungsinstrumente, deren Anwendung mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Vorhersehbarkeit in Konflikt geraten kann, sofern sie auf Grundlage einer offener Ermächtigungsgrundlage entwickelt werden. Im Folgenden wird abstrakt beschrieben, welche Aspekte aufgrund des Gesetzesvorbehalts bei der legislativen Zielfassung zu beachten sind (1.), bevor auf den regelungstechnischen Einbezug von Regulierungszielen eingegangen wird (2.). Schließlich ist zu fragen, inwiefern vom Gesetzgeber Priorisierungen für Fälle der Konkurrenz verschiedener Regulierungsziele vorzugeben sind (3.).

### 1. Zieltypen und Konkretisierungsgrade

Begrifflich lassen sich verschiedene Zieltypen unterscheiden. Auch wenn die Übergänge dabei zum Teil fließend sind, erscheint eine grobe Kategorisierung hilfreich, um den Gehalt der gesetzgeberischen Entscheidungspflicht besser fassen zu können.<sup>32</sup> Von Interesse ist insbesondere die Untergliederung in *Hauptziele* (oder *Oberziele*) und *Subziele* (oder *Unterziele*).<sup>33</sup> Von einem Hauptziel ausgehend lassen sich in der Regel mehrere Subziele ableiten, denen ein „Etappencharakter“ bei der Annäherung an das Hauptziel zukommt oder die einen Teilausschnitt des Hauptziels darstellen. Häufig ist bei näherer Betrachtung also eine Zielkette erkennbar: Durch die Verfolgung der Subziele wird eine Kausalkette in Gang gesetzt, die zur Erreichung des Hauptziels beiträgt.<sup>34</sup> Im obigen Beispiel (2) lässt sich etwa folgende Zielkette mit zunehmendem Konkretisierungsgrad bilden: Klimaschutz<sup>35</sup> / Reduzierung von Treibhausgasen / Energiewende / Energetische Sanierung von Wohnungen.

---

soziale Zustand ohne das Regulierungsinstrument noch weiter „verschlechtert“ hätte, d.h. noch weniger unternehmerisches Engagement in Sozial- und Umweltbelangen bzw. noch weniger energetische Modernisierungen von Mietwohnungen zu verzeichnen wären.

<sup>31</sup> Dazu unter § 10 I. und II.

<sup>32</sup> Die Ausführungen beziehen sich nur auf den Konkretisierungsgrad der Zieldogmatik. Siehe zu einer praktischen Systematik der Regulierungsziele mit der Unterscheidung zwischen Zielen, die auf einen Erfolg bzw. dessen Ausbleiben oder eine Handlung bzw. deren Ausbleiben gerichtet sind, *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 566 ff.

<sup>33</sup> Ähnlich verläuft die Unterscheidung zwischen Regulierungsziel und konkreteren „Stellvertreterzielen“ (vgl. *Hellgardt*, ebd., S. 568 f.) oder zwischen „Nach“- oder „Fernziel“ und „Vorziel“ (BVerfGE 21, 150, 158).

<sup>34</sup> Vgl. die Argumentation bei BVerfGE 21, 150, 158.

<sup>35</sup> Das Klimaschutzgebot ist verfassungsrechtlich in Art. 20a GG verankert. Wie bereits erläutert, ist eine verfassungsrechtliche Verankerung öffentlicher Interessen, die der Gesetz-

Unter Berücksichtigung des Gesetzesvorbehalts ist zunächst die Bestimmung der *Hauptziele*, d.h. der obersten Glieder der Zielkette, als „wesentlich“ einzuordnen und der exklusiven Kompetenz des Gesetzgebers zuzuschreiben. Eine Ausnahme hiervon ist denkbar, wenn ein Regulierungsziel unmittelbar aus der Verfassung folgt, denn darauf können sich die Gerichte in bestimmten Fällen unmittelbar beziehen.<sup>36</sup> Außerdem ist grundsätzlich eine hohe Zahl an *Subzielen* anzustreben, weil damit der Konkretisierungsspielraum seitens der Rechtsanwender verkleinert wird.<sup>37</sup> Auch aus regulatorischer Perspektive erscheint die Untergliederung von Hauptzielen in Subziele effektiv, weil dadurch die Erreichung von Teilaspekten des Hauptziels abgesichert wird und somit Umgehungsspielräume verkleinert werden.<sup>38</sup> Die Bildung von Unterzielen kann auch Probleme der Mehrdeutigkeit von Hauptzielen entschärfen.<sup>39</sup> Dies lässt sich am Beispiel des „Nachhaltigkeitsgebots“ als potenzielles Regulierungsziel verdeutlichen. Dem Nachhaltigkeitsgebot ist eine Vielzahl normativer Vorgaben zu entnehmen.<sup>40</sup> Gäbe der Gesetzgeber „Nachhaltigkeit“ ohne nähere Untergliederung als Regulierungsziel vor, bliebe völlig unklar, welche Nachhaltigkeitsbelange zu verfolgen und priorisieren sind.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber muss also gerade bei sehr weiten bzw. unbestimmten Zielen konkretere Subziele bestimmen, um seine Pflicht zur Regelung von Kernfragen der Regulierung zu erfüllen und ein Mindestmaß an Transparenz bzw. Vorhersehbarkeit für die Regulierungsadressaten zu schaffen.

Weitgehend parallel zur Unterscheidung von Haupt- und Subziel verläuft die von *Christoph Engel* vorgenommene Differenzierung von *Richtungszielen* und *Punktzielen*.<sup>42</sup> Erstere geben (nur) eine Richtung vor, in die sich ein sozialer Zustand bessern soll.<sup>43</sup> Sie zeichnen sich durch einen hohen Abstraktheitsgrad aus

---

geber von Rechts wegen verfolgen will, nicht zwingend und stellt eher die Ausnahme dar, vgl. erneut *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 439.

<sup>36</sup> Näher dazu unter § 12 II. 5.

<sup>37</sup> *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 110: „Die Menge der denkbaren Entscheidungen verengt sich immer stärker, je mehr ein normatives Ziel in Subziele aufgelöst wird.“

<sup>38</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 569.

<sup>39</sup> Von einem „Verbot mehrdeutiger Zweckbeschreibung“ spricht *Hensche*, *Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik*, 1998, S. 46.

<sup>40</sup> Es umfasst etwa nach dem „Drei-Säulen-Modell“ eine soziale, ökologische und ökonomische Dimension, vgl. *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 167 f. m.w.N.

<sup>41</sup> Zwar könnte die Bestimmung konkreter Regulierungsinstrumente Rückschlüsse darauf zulassen, welche Nachhaltigkeitsdimension gemeint ist. Fehlt es aber auch daran, bliebe die Frage offen. Wollte beispielsweise ein Zivilgericht bei der Auslegung einer Generalklausel (z.B. § 138 Abs. 1 BGB oder § 826 BGB) Nachhaltigkeitsbelange verfolgen, müsste es *selbst* präzisieren, auf welche Nachhaltigkeitsdimension abzustellen ist (soziale, ökonomische oder ökologische Nachhaltigkeit).

<sup>42</sup> *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 111 f. Die Unterscheidung zwischen Richtungs- und Punktzielen verläuft in der Regel parallel zu der zwischen Haupt- und Subzielen.

<sup>43</sup> *Engel*, ebd., S. 111.

und können oft eine Vielzahl von Punktzielen unter sich vereinigen. Als Richtungsziel ließe sich etwa die Gleichberechtigung von Frauen in Wirtschaftsunternehmen<sup>44</sup> oder die Förderung des EU-Binnenmarkts einordnen. Punktziele sind demgegenüber genauer, sie beziehen sich oftmals auf spezifische Einzelaspekte, die auch von einem Richtungsziel umfasst sind. Beispiele sind etwa die identische Bezahlung von Frauen und Männern in vergleichbaren Positionen in Unternehmen oder die Vereinfachung der grenzüberschreitenden Unternehmenssitzverlegung innerhalb der EU.

Auch *qualitative* und *quantitative Ziele* weisen unterschiedliche Konkretisierungsgrade auf.<sup>45</sup> So beinhalten quantitative Ziele bestimmte Werte, die den Grad der Zielerreichung (bzw. das Maß an Verbesserung eines sozialen Zustands) messbar machen. Beispielsweise wird das Ziel der Geschlechterparität in der Unternehmensführung inzwischen durch eine bestimmte Quotenregelungen konkretisiert<sup>46</sup> oder die Klimaschutzziele werden dergestalt verfolgt, dass eine Maximalschwelle der Erwärmung des Erdklimas festgelegt wird und die Reduktion einer bestimmten Treibhausgasemissionsmenge innerhalb eines bestimmten Zeitraums anvisiert wird. Quantitative Regulierungsziele nähern sich aufgrund ihres hohen Konkretisierungsgrades dem Charakter eines Regulierungsinstruments an.<sup>47</sup> Qualitative Ziele kommen demgegenüber mit wertungsmäßigen Beschreibungen und Maßstäben aus, die kontextbezogen zu konkretisieren sind.<sup>48</sup> In der Regel sind diese Zielzustände komplex in dem Sinne, dass sie in sich verschiedene

---

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 569.

<sup>45</sup> *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 111 f.; ähnlich differenzieren zwischen quantifizierbaren und komplexen Zielzuständen *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 245.

<sup>46</sup> Vgl. § 96 Abs. 2 AktG, wonach sich der Aufsichtsrat börsennotierter, mitbestimmter Unternehmen zu mind. 30 Prozent aus Frauen und zu mind. 30 Prozent aus Männern zusammensetzt (eingeführt durch das FÜPOG I, Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst v. 24.4.2015); s.a. § 76 Abs. 3a AktG zur Einführung einer Mindestvorgabe (mind. eine Frau bzw. ein Mann) für die Bestellung von Vorständen (mit mehr als drei Mitgliedern) für börsennotierte, mitbestimmte Unternehmen (eingeführt durch das FÜPOG II, Gesetz zur Änderung der Regelungen für die gleichwertige Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst v. 7.8.2021).

<sup>47</sup> Die Unterscheidung von Ziel und Mittel kann verschwimmen, weil ein sehr konkret gefasstes Regulierungsziel (z.B. Erreichung einer bestimmten Paritätsquote in einem Leitungsorgan der Aktiengesellschaft) zugleich als Regulierungsinstrument aufgefasst werden kann. Vgl. dazu auch *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 110.

<sup>48</sup> Ein Beispiel bieten privatrechtliche Verhaltensmaßstäbe: Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft haben bei der Geschäftsführung „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ zu beachten (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG); mit dem „sittenwidrigen Verhalten“ (§§ 138 Abs. 1, 817, 826 BGB) wird ein negativer Verhaltensmaßstab formuliert, den man auch als (sehr weites) negatives qualitatives Handlungsziel bezeichnen kann; einen positiv formulierten Handlungsmaßstab stellen etwa die „Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft“ dar (vgl. z.B. §§ 347 Abs. 1 S. 1, 581 Abs. 1 S. 1, 586 Abs. 1 S. 3, 1036 Abs. 2 BGB).

Teilziele vereinen, für die wiederum – je nach Sachverhalt – verschiedene Vorrangrelationen zu bestimmen sind.<sup>49</sup> Den Rechtsanwendungsorganen kommt hierbei also auch ein größerer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu.

Aus dem Gesetzesvorbehalt folgt keine Festlegung des Gesetzgebers auf eine *bestimmte Art der Zielvorgabe*. Es steht ihm in der Regel frei, ob er Regulierungsziele offen oder punktuell, qualitativ oder quantitativ bestimmt. Allerdings ist als Leitlinie festzuhalten, dass eine möglichst präzise Bestimmung, d.h. die Untergliederung eines Ober- bzw. Richtungsziels in Sub- bzw. Punkteziele anzustreben ist;<sup>50</sup> dies umso mehr, wenn die Zielverfolgung gewichtige Grundrechtseinschränkungen erfordert. Eine Einschränkung der gesetzgeberischen Zielgestaltung kommt außerdem im Fall eines verfassungsrechtlichen Regulierungsziels in Betracht, das ohne zügige zeitliche Konkretisierung und Umsetzung leerzulaufen droht. Hierfür steht beispielhaft das Klimaschutzziel, welches (abstrakt) aus Art. 20a GG und den grundrechtlichen Schutzpflichten folgt und auf eine *quantitative Konkretisierung* angewiesen ist, um auf dieser Grundlage ein wirksames Aktionsprogramm bestimmen zu können.<sup>51</sup>

## 2. Normtechnischer Einbezug von Regulierungszielen

Die Zielbeschreibung kann regelungstechnisch auf unterschiedliche Weise erfolgen (a)). Aus normtheoretischer Perspektive ist der Gesetzgeber aufgrund des Gesetzesvorbehalts nicht auf eine rein konditionale Programmierung regulatorischer Rechtsanwendung beschränkt (b)).

### a) Aufnahme im Gesetz oder in der Gesetzesentwurfsbegründung

Der Gesetzgeber kann Steuerungsziele unmittelbar in den Normtext aufnehmen, etwa als Zweckbestimmung im ersten Paragraphen eines Gesetzes oder in einer Präambel.<sup>52</sup> Er kann sie auch explizit in eine konditionale Wenn-dann-Norm-

<sup>49</sup> Vgl. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 245.

<sup>50</sup> In diese Richtung auch Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 112: „Die Verfassung sollte [...] auf die Formulierung qualitativer Punkteziele drängen, wo immer das möglich erscheint.“

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 157, 30, 115: „Ungeeignet wäre allerdings ein Schutzkonzept, das zwar auf eine Reduktion der Treibhausgase gerichtet wäre, ohne dabei aber das Ziel der Klimaneutralität (§ 2 Nr. 9 KSG) zu verfolgen. Erst wenn Treibhausgasemissionen auf ein klimaneutrales Niveau beschränkt werden, kann die Erderwärmung aufgehalten werden.“ Konkret wird die Festlegung eines bestimmten Zieljahrs für die Treibhausgasneutralität sowie die Festlegung bestimmter Reduktionsmengen verlangt.

<sup>52</sup> Siehe Möllers, Juristische Methodenlehre, 2023, S. 183 f.; zu finalen Zielvorgaben im Kontext der Gemeinwohlbestimmung Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 103, 160; Hofmann, in: Fischer/Münkler (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, 2002, S. 25, 33; im (Wirtschafts-)Privatrecht verwendet der Gesetzgeber regelmäßig solche Zielbestimmungen, vgl. etwa § 1 UWG, § 3 WpÜG (dazu überaus krit. Noack/Holzborn in: Schwark/Zimmer, Kapi-

struktur einbeziehen, etwa als zu berücksichtigender Belang in einer Interessenabwägung.<sup>53</sup> Im unionsrechtlichen Kontext ist auch die Aufnahme von Regulierungszielen in die Erwägungsgründe üblich.<sup>54</sup> Allerdings ist es in klassischen Kodifikationen wie dem BGB der Regelfall, dass Gesetzeszwecke *nicht* ausdrücklich in der Norm ausgewiesen werden,<sup>55</sup> sodass Funktion und Telos der Norm erst durch subjektiv-teleologische Auslegung vom Rechtsanwender zu ermitteln sind.

Aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts stellt sich die Frage, ob eine Pflicht besteht, Regulierungsziele deutlich auszuweisen, sei es im Gesetz selbst oder durch Dokumentation im Gesetzgebungsverfahren, insbesondere in der Gesetzesentwurfsbegründung.<sup>56</sup> Grundsätzlich ist eine solche Pflicht zu befürworten. Insbesondere bei Schaffung eingriffsintensiver Gesetze erscheint es zwingend, den Regelungsanlass bzw. -zweck für die Rechtsanwender sowie für die Rechtsadressaten klarzustellen.<sup>57</sup> Sieht der Gesetzgeber von expliziten Zielbestimmungen im Gesetz ab, wofür gute Gründe sprechen können – sei es nur die Vermeidung aufgeblähter Gesetzestexte –, sollten Regulierungsziele bzw. die hinter einem Regulierungsinstrument stehende Mittel-Zweck-Relation in der Gesetzesbegründung Ausdruck finden, um klare Anknüpfungspunkte für die subjektiv-teleologische Auslegung zu bieten.<sup>58</sup> Gerade im Privatrecht, welches nur

---

talmarktrechtskommentar, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 1 f.); auch im Unionsrecht ist diese Regelungstechnik typisch, vgl. etwa Art. 1 VO (EU) 569/2014 (Marktmissbrauchs-VO); Art. 1 RL 2011/83/EU (Verbraucherrechte-RL).

<sup>53</sup> Vgl. z.B. § 555d Abs. 2 S. 1 BGB: „Eine Duldungspflicht [...] besteht nicht, wenn Modernisierungsmaßnahmen für den Mieter [...] eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters [...] sowie von *Belangen der Energieeinsparung und des Klimaschutzes* nicht zu rechtfertigen ist.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>54</sup> Zur Bindungskraft der Erwägungsgründe und zu ihrer Funktion als Hilfsmittel, um den Regelungszweck des Sekundärrechtsakts (Richtlinie oder Verordnung) zu ermitteln, *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>2023</sup>, S. 184 f.; s.a. *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825, 2830.

<sup>55</sup> Vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, <sup>2008</sup>, S. 246; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>2023</sup>, S. 184.

<sup>56</sup> Zu Erscheinungsformen der Begründung *Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 36–41.

<sup>57</sup> Das BVerfG lehnt eine Begründungspflicht des Gesetzgebers bislang indes grundsätzlich ab, vgl. BVerfGE 157, 30, 162 f. (m.w.N.). Zu verfassungsrechtlichen Ansätzen einer Begründungspflicht eingehend *Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 186 ff. (m.w.N.), der die Pflicht v.a. aus einem „Verhandlungsgebot“ des Gesetzgebers ableiten möchte (ebd., S. 214 ff.); allg. für eine Begründungspflicht *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 ff. Aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts lassen sich für eine (bereichsbezogene) Begründungspflicht folgende Aspekte anführen: der rechtsstaatlich verankerte *Bestimmtheitsanspruch* (Normen werden durch die Begründung für die Rechtsanwendung durchsichtiger gestaltet), damit verbunden die Erhöhung der *Erkennbarkeit* staatlicher Gewaltausübung bzw. *Willkür einschränkung*, der *Steuerungsanspruch* (soll das Gesetz in wesentlichen Fragen eine Steuerungsfunktion erfüllen, wird diese durch Klarstellung der Lenkungszwecke in der Begründung effektiviert) und das aus dem Demokratieprinzip folgende *Befassungs- und Verhandlungsgebot* (der Gesetzgeber soll sich *selbst* mit den Kernfragen „wesentlicher“ Regelungen befassen, wozu eine transparente Darlegung in der Begründung gehört).

<sup>58</sup> Zur Zweckdienlichkeit der Begründung für die (subjektive) Auslegung auch *Gartz*, Be-

punktuell zu Regulierungszwecken eingesetzt wird, erscheint es notwendig, den Zivilgerichten und Rechtsadressaten eindeutig zu signalisieren, wenn Streitentscheidungen nicht allein am Ziel des individuellen Interessenausgleichs, sondern (auch) an bestimmten Gemeinwohlzielen ausgerichtet werden sollen.<sup>59</sup> Des Weiteren stellt sich die Frage, ob eine besonders *eindeutige* Zielformulierung eine größere Unbestimmtheit bei Gestaltung der Regulierungsinstrumente kompensieren kann. Davon ist auszugehen, wenn die Zielgenauigkeit den Gestaltungsspielraum seitens der Rechtsanwender dergestalt einengt, dass seine Ausfüllung für die Rechtsadressaten berechenbar bleibt. Der Gesetzgeber muss dabei auch präzisieren, innerhalb welchen Regelungsgebiets das betreffende Regulierungsziel verfolgt werden soll, sodass deutlich wird, dass dortige Normen im Lichte jenes Ziels auszulegen sind und auch eine Eingrenzung des Adressatenkreises möglich ist.

#### b) Eignung von Konditional- und Finalnormen

Aus normtheoretischer Perspektive ist zu fragen, ob die Unterscheidung zwischen Konditional- und Finalprogrammen<sup>60</sup> aussagekräftig für die Beurteilung ist, welche Regelungstechnik im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts vorzuzugswürdig ist. Während *Konditionalnormen* an die Erfüllung von Tatbestandsmerkmalen bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, geben *Finalnormen* in erster Linie Zielsetzungen vor und präzisieren Tatbestand und Rechtsfolgen weniger genau, wodurch auf Rechtsanwendungsebene Spielraum und Flexibilität bei der Auswahl der Mittel zur Zielerreichung entsteht.<sup>61</sup> Da Konditionalprogramme den Entscheider bzw. Normanwender von der Zweck- bzw. Folgenverantwortung weitgehend entlasten<sup>62</sup> und diese beim Normgeber (d.h. Gesetzgeber) bün-

---

gründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 86–88; *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825, 2827, 2831.

<sup>59</sup> Die Bezeichnung eines Regulierungsziels kann entbehrlich sein, wenn das zur Zielerfolgung implementierte Regulierungsinstrument so ausgestaltet ist, dass im Wege der Auslegung ein eindeutiger Rückschluss auf das Regulierungsziel möglich ist. Zudem ist denkbar, dass aus der Regelungssystematik hinreichend klar hervorgeht, dass etwa ein (übergeordnetes) Regulierungsziel in einem Regelungsgebiet generell zu beachten ist oder aus einem benachbarten Gebiet zu übernehmen ist. Diese Aspekte betreffen aber in erster Linie die Auslegungsperspektive der Rechtsanwender und werden daher später näher besprochen (unter § 12 II.).

<sup>60</sup> *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 195 ff.; *ders.*, AöR 94 (1969), 1, 3 f. Die Differenzierung spielt bislang primär für die verwaltungsrechtliche Gesetzgebungslehre eine Rolle; näher dazu *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 280 ff.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 242–246; vgl. zur Differenzierung im Kontext staatlicher Planung im Verwaltungsrecht etwa BVerfGE 80, 137, 162; 95, 1, 16: „Planung hat mithin finalen, keinen konditionalen Charakter.“

<sup>61</sup> Vgl. *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 282 f.; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 243; *Lepsius*, JuS 2019, 123, 127

<sup>62</sup> *Luhmann*, AöR 94 (1969), 1, 3 f.; dazu auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 244 f.; *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 282 f. Wenn bloß der

deln, erscheint im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts zunächst die Verwendung präziser Konditionalnormen vorzugswürdig.<sup>63</sup> Allerdings ist die strikte Trennung von Konditional- und Finalprogrammen in der Rechtsrealität schwierig, in der die Unterschiede eher graduell sind und Konditional- mit Finalnormen kombiniert werden, wobei letztere primär die teleologische Auslegung steuern.<sup>64</sup> Eine Zwischenstellung nehmen konkretisierungsbedürftige Normen wie Generalklauseln<sup>65</sup> oder Ermessensvorschriften<sup>66</sup> ein, die weite Umsetzungsspielräume eröffnen.

In jüngerer Zeit wurde vor allem in Bereichen des öffentlichen Rechts, etwa staatlicher Planung und Regulierung,<sup>67</sup> sowie im Unionsrecht eine zunehmende Verwendung von Finalnormen anstelle von Konditionalnormen konstatiert.<sup>68</sup> Diese Veränderungstendenz steht mit Reformbestrebungen der „Neuen Verwaltungswissenschaften“ und verwaltungsrechtlichen Steuerungswissenschaft<sup>69</sup> in Einklang, die das Parlamentsgesetz als *Steuerungsinstrument* begreifen,<sup>70</sup> dessen Wirkungsstärke und Reaktionsfähigkeit mitunter durch Delegationstechniken

---

Zweck bestimmt ist, muss der Entscheidende noch die Mittelauswahl treffen, während das Konditionalprogramm die Zweck-Mittel-Überlegung vorwegnimmt.

<sup>63</sup> Nach *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 195 sind „Programme des Rechtssystems [...] immer *Konditionalprogramme*“, wobei das Verständnis letzterer sehr offen ist. Sie können auch „in hohem Maße zukunfts offene Programme sein“ (ebd., S. 198). „Im Extremfall reduziert sich die Konditionierung also auf eine Kompetenznorm. Recht ist das, was der Richter letztverbindlich für ein geeignetes Mittel zum Zweck hält.“ (ebd., S. 203).

<sup>64</sup> Vgl. *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 32008, S. 246; allg. zur Instabilität der Unterscheidung *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, 2015, S. 283 f.; s.a. *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 91–97, die am Beispiel von Planungsnormen zeigen, dass diese auf eine Tatbestandsbildung (d.h. Bildung von Konditionalprogrammen) unter Heranziehung anderer Normen abzielen.

<sup>65</sup> *Sambuc*, *Folgenerwägungen im Richterrecht*, 1977, S. 43–46, nimmt an, dass sich die richterliche Ausfüllung von Generalklauseln weder als Konditional-, noch als Zweckprogramm im systemtheoretischen Sinne einordnen lasse.

<sup>66</sup> Zur Einordnung als Final- bzw. Zweckprogramme *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 85–89.

<sup>67</sup> Zur Unterscheidung des Regulierungsbegriffs im öffentlichen Recht von dem hier zugrunde gelegten Regulierungsverständnis siehe § 8 Fn. 12; s.a. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 47.

<sup>68</sup> Vgl. *Lepsius*, *JuS* 2019, 14, 17; *ders.*, *JuS* 2019, 123, 127 f.; s.a. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 45. Vorliegend kann dahinstehen, ob diese „Finalisierungstendenzen“ eher ein vieldiskutierter Trend, denn eine empirisch nachweisbare Veränderung der Gesetzgebungstechnik und ihrer Steuerungsfähigkeit sind; in diese Richtung *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates*, 2015, S. 311–313.

<sup>69</sup> Einführend *Voßkuhle*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 32022, Bd. 1, § 1; zum steuerungstheoretischen Ansatz *Voßkuhle*, ebd., § 1 Rn. 17 ff.

<sup>70</sup> Zum Gesetz aus steuerungstheoretischer Perspektive *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 142 ff.; überblicksartig zur Steuerungswissenschaft *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 32008, S. 256 f.

und Finalstrukturen verbessert werden soll. Dabei werden Akteure der Verwaltung stärker in den Steuerungsprozess einbezogen.<sup>71</sup> Zugleich halten aber auch die Vertreter der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft am Parlamentsgesetz als *zentralem Steuerungsinstrument* fest.<sup>72</sup> Es geht nicht um eine „Entmachtung“ des Parlaments,<sup>73</sup> sondern vielmehr darum, den Steuerungsanspruch des Parlamentsgesetzes zu stärken, indem das Verwaltungshandeln zur Umsetzung gesetzgeberischer Steuerungsziele effektiviert wird. Dazu wird es als förderlich erachtet, das Parlamentsgesetz eher auf wesentliche Fragen zu beschränken<sup>74</sup> und eine „Gesetzesflut“ bzw. starke Rechtsverdichtung zu vermeiden, die dem Steuerungsanspruch des Gesetzes abträglich ist.<sup>75</sup> Einer Tendenz zu gesetzlicher Verdichtung kann der Einsatz von Finalnormen insofern entgegenwirken, als die Entwicklung eines kleinteiligeren Umsetzungsprogramms im Sinne einer *Feinsteuerung* auf die Rechtsanwender übertragen wird,<sup>76</sup> wobei die Zielvorgabe gesetzlich verankert ist. Einen wichtigen Anwendungsfall stellt die Ermessensermächtigung dar, die Behörden auf Rechtsfolgenreise Entscheidungsspielräume eröffnet, deren Wahrnehmung am Zweck der Ermächtigungsnorm (als *finale* Programmelement) auszurichten ist (vgl. § 40 VwVfG).<sup>77</sup>

Auch für regulatorisches Privatrecht bietet der beschriebene Ansatz, die Rechtsanwendung durch eine finale Regelungstechnik unter Einräumung von Umsetzungsspielräumen zu steuern, Anregungen.<sup>78</sup> So ist inzwischen auch die explizite Normierung von Regelungszielen in privatrechtlichen Gesetzen häufi-

<sup>71</sup> Zu dieser methodischen Weiterentwicklung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 395 f. m.w.N.

<sup>72</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11, 47 f.; zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes als Ausdruck des Steuerungsanspruchs des Gesetzes *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 144–147. Mit dem „Steuerungsanspruch“ korrespondiert eine „Steuerungspflicht“ des Gesetzgebers, der er sich nicht sanktionslos entziehen kann (*Schuppert*, ebd., S. 145).

<sup>73</sup> Kritiker halten der Neuen Verwaltungswissenschaft indes entgegen, sie unterlaufe zum Teil die Rechtsstaatlichkeit und demokratische Legitimation der Verwaltung; siehe etwa *Grzeszick*, Die Verwaltung 42 (2009), 105, 115–117.

<sup>74</sup> Die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG markiert eine *Untergrenze* der Vergesetzlichung, bildet aber keine Sperre gegen die gesetzliche Regelung „unwesentlicher“ Materien, vgl. *Isensee*, ZRP 1985, 139, 140.

<sup>75</sup> Darst. *Reimer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, Bd. 1, § 11 Rn. 99; zum Problem der „Normenflut“ allg. *Isensee*, ZRP 1985, 139 ff., der auch vor einer „Hypertrophie des Vorbehalts des Gesetzes“ warnt (ebd., S. 140).

<sup>76</sup> Vgl. *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 223 (auch mit Blick auf die Rechtsprechung).

<sup>77</sup> Vgl. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 86 f.

<sup>78</sup> Zu Ansätzen einer rechtsgebietsübergreifenden regulatorischen Rechtsdogmatik *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 726–728; s.a. *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufangordnungen, 1996, S. 261, 270 ff.

ger zu beobachten.<sup>79</sup> Ein Beispiel für die Kombination einer Finalbestimmung mit einer weiten Generalklausel bietet das Wettbewerbsrecht, wo § 1 Abs. 1 UWG die Schutzzwecke des Gesetzes<sup>80</sup> vorgibt und § 3 Abs. 1 UWG sehr offen bestimmt, dass „unlautere geschäftliche Handlungen“ unzulässig sind. Natürlich müssen, wie auch dieses Beispiel zeigt, Finalnormen im Privatrecht stets mit Umsetzungsmechanismen in Gestalt gesetzlicher Handlungsermächtigungen versehen werden.<sup>81</sup> Letztlich muss also ein – wenn auch bloß grobes – Konditionalprogramm ermittelbar sein. Dies auch, weil die Zivilgerichte, anders als im öffentlichen Recht die Behörden (Offizialprinzip), nicht selbst die Initiative zur Verfolgung regulatorischer Zielsetzungen ergreifen können, sondern auf die *Fremdinitiative* privater Kläger angewiesen sind.<sup>82</sup> Der privatrechtliche Normbestand bietet dafür aber in Gestalt offen formulierter Verhaltensmaßstäbe und Anspruchsnormen, die für verschiedene Regulierungsziele empfänglich sind, flexible Anknüpfungspunkte.<sup>83</sup>

Insofern lässt sich eine Parallele zwischen verwaltungsrechtlichen Ermessensermächtigungen und privatrechtlichen Generalklauseln ziehen, mit denen in ähnlicher Weise die Konkretisierung des Konditionalprogramms zur Förderung bestimmter Regelungsziele auf die Rechtsanwendungsebene delegiert wird.<sup>84</sup> Die

---

<sup>79</sup> Vgl. oben § 11 II. 2. a) mit Fn. 52.

<sup>80</sup> Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen, Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

<sup>81</sup> Gesetze müssen derart vollständig formuliert sein, dass die adressierten Rechtsanwender sie im Einzelfall vollziehen können, vgl. *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 241 (auch zur Sonderstellung der Verordnungsermächtigung, bei der die Vollzugsfähigkeit noch fehlen kann).

<sup>82</sup> Private können Zivilgerichte nicht auf der Grundlage allgemeiner Gemeinwohlzielvorgaben anrufen, sondern müssen eine individuelle Rechtsposition bzw. ein individuelles Rechtsschutzbedürfnis darlegen. Diese Grundsätze werden zum Teil aufgeweicht, wenn wie etwa im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) Interessenverbänden Klagerechte eingeräumt werden, die nicht an eine individuelle Betroffenheit anknüpfen und in erster Linie der Durchsetzung öffentlicher Interessen dienen; vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 251. Der Gesetzgeber kann also gezielt *common good rights of action* (im Gegensatz zu typischen *victim rights of action*) einräumen, um die Möglichkeiten privater Rechtsdurchsetzung zu effektivieren; zur Unterscheidung *Klöhn*, in: Schulze (Hrsg.), *Compensation of private losses*, 2011, S. 179, 182 f.; zur Beschränkung justizieller Zielwahl und Zielumsetzung durch die Fallgebundenheit *Sambuc*, *Folgenerwägungen im Richterrecht*, 1977, S. 97 f.

<sup>83</sup> So bieten insb. offene Verhaltensmaßstäbe (z.B. gute Sitten in §§ 138 Abs. 1, 817 S. 2, 826 BGB, Treu und Glauben und Verkehrssitte in § 242 BGB, unangemessene Benachteiligung in § 307 Abs. 1 BGB) oder die für öffentlichen-rechtliche Wertungen empfänglichen Transformationsnormen in § 134 BGB (dazu *Fischinger/Hengstberger*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2021, § 134 Rn. 1) und § 823 Abs. 2 BGB (dazu *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 2024, § 823 Rn. 587; BGHZ 122, 1, 8) flexible Grundlagen zur Berücksichtigung von Regulierungszielen.

<sup>84</sup> Zu Parallelen zwischen judikativer und administrativer Rechtserzeugung *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, S. 25, 75–77; näher dazu unter § 12 III. 2. d).

Norm-, Konkretisierungskaskade<sup>85</sup> stellt sich im Verwaltungsrecht freilich als mehrstufiger dar, weil dort Behörden und Verwaltungsgerichte daran mitwirken,<sup>86</sup> während im Privatrecht allein die Zivilgerichte die Konkretisierungsaufgabe wahrnehmen.<sup>87</sup> Allerdings sind letztere – je nach Regelungsmaterie – durchaus in der Lage, auf der Basis vorgegebener (bzw. ermittelbarer) Regulierungsziele und eines groben Abwägungsprogramms regulatorische Feinsteuerungen vorzunehmen und Verhaltensstandards (z.B. Sorgfaltsmaßstäbe oder Verkehrssicherungspflichten im Haftungsrecht) mit einem gewissen Abstraktheitsgrad zu entwickeln,<sup>88</sup> wie zahlreiche Beispiele zivilgerichtlicher Fallgruppenbildung auf Grundlage von Generalklauseln veranschaulichen.<sup>89</sup> Zu berücksichtigen ist auch, dass sich der zivilgerichtliche Freiraum bei der Konkretisierung von Regulierungszielen und -instrumenten gegenüber der Verwaltung als eingeschränkter – und mithin in puncto Berechenbarkeit als unbedenklicher – darstellt, da sie regulatorische Vorgaben nur anhand konkret aufgetretener Sachverhalte,<sup>90</sup> also primär aus einer ex post Perspektive entwickeln.<sup>91</sup>

<sup>85</sup> Reimer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2012, Bd. 1, § 9 Rn. 106 (Vorauslage).

<sup>86</sup> Im Verwaltungsrecht nehmen Rechtsverordnungen, gemeindliche Satzungen und Allgemeinverfügungen oft eine Art Mittelstellung auf der Konkretisierungsskala allgemeiner und individueller Regelung ein. Im Privatrecht finden sich eher selten Rechtsverordnungsermächtigungen (vgl. z.B. § 556d Abs. 2 BGB, § 505e BGB), die sich nicht an die Zivilgerichte, sondern an die Verwaltung richten (z.B. Landesregierungen, Bundes- oder Landesministerien). Sie stellen aber auch hier eine gesetzeskonkretisierende Grundlage für die Zivilgerichtsentscheidung dar.

<sup>87</sup> Die Parteien können zwar vor und im Zivilprozess eine bestimmte Interpretation gesetzlicher Vorschriften vorschlagen, erfüllen dabei aber keine mit Behörden funktional vergleichbare Rolle, da sie in der Regel nicht die Durchsetzung gesetzgeberischer Steuerungsinentionen, sondern private Interessen verfolgen. Eine Annäherung besteht allenfalls, wenn der Gesetzgeber privaten Interessenverbänden Klagerechte einräumt, die der Durchsetzung öffentlicher Interessen dienen; dazu am Bsp. von Nachhaltigkeitsbelangen *Hellgardt/Jouanoud*, AcP 222 (2022), 163, 187 f.

<sup>88</sup> Zu regulatorischer Rechtsfortbildung durch Zivilgerichte *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 677 ff.; zur Konkretisierung von Verhaltensstandards durch Zivilgerichte *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 48; die „Schlüsselfunktion“ der Zivilgerichte betont *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, S. 174.

<sup>89</sup> Zu Fallgruppen als Orientierungsmuster bei der Anwendung von Generalklauseln *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 39 f.; prominente Beispiele bieten etwa: die Entwicklung der Produzentenhaftung (BGHZ 51, 91) oder der Haftung für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (BGHZ 143, 214, 218 ff.) auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB; die Klassifizierung von Fallkonstellationen, in denen nach § 817 S. 2 BGB eine Konditionssperre aus Gründen der Generalprävention greifen soll (vgl. BGHZ 201, 1, 7–9 zur Schwarzarbeit).

<sup>90</sup> Ausnahmen einzelfallgelöster Regelbildung sind obiter dicta oder judikative Quantifizierungen; z.B. die Regel, dass Reparaturkosten erst dann als unverhältnismäßig angesehen werden, wenn sie den Wiederbeschaffungswert des Unfallfahrzeugs um mehr als 30 % überschreiten (sog. Opfergrenze), vgl. BGHZ 115, 164 ff.

<sup>91</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 632.

Es ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber eine Regulierungsstrategie auch im Privatrecht nicht mittels „konditionaler Durchnormierung“<sup>92</sup> ausgestalten muss. Wird im Wege der Finalsteuerung ein angestrebter Zweck klar vorgegeben, kann ein offenes Konditionalprogramm vom Rechtsanwender daran ausgerichtet und präzisiert werden. Bleibt die Zielvorgabe sehr grob, bedarf es einer konkreteren Ausgestaltung des Konditionalprogramms, aus dem sich mittels Auslegung Rückschlüsse auf das Steuerungsziel ergeben. Eine präzise Fassung und Benennung von Regulierungszielen erscheint vor allem geboten, wenn sie auf einem Regelungsgebiet verfolgt werden sollen, in dem sie nicht naheliegend oder bereits etabliert sind, sondern sachfremd oder neu erscheinen. Beispielsweise ist die Verfolgung sozialen Mieterschutzes im privaten Mietrecht lange anerkannt, während die Verfolgung von Nachhaltigkeits- bzw. Klimaschutzbelangen auf diesem Gebiet vor Erlass des Mietrechtsänderungsgesetzes im Jahr 2013 allenfalls eine untergeordnete Rolle spielte.<sup>93</sup> Es empfahl sich daher, dieses neue Regulierungsziel und die zugehörigen Regulierungsinstrumente möglichst klar im Gesetzestext und in der Gesetzesbegründung zu verankern.<sup>94</sup>

### 3. Kollision und Priorisierung verschiedener Regulierungsziele

Schließlich ist zu fragen, ob und inwieweit sich der Gesetzgeber bei der Zielbestimmung auch mit der *Priorisierung* verschiedener Regulierungsziele befassen muss, die in Konkurrenz geraten können. So kann beispielsweise das (Sub-)Ziel der energetischen Sanierung von Wohnungen zur Förderung der Energiewende mit dem Ziel, Gentrifizierung in Stadtbezirken mit angespanntem Wohnungsmarkt zu verhindern, konkurrieren (Stichwort: „Verdrängung durch Sanierung“).<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 223 (im Kontext der Betonung der Leistungsfähigkeit einer Folgenorientierung der Rechtsprechung).

<sup>93</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 658 spricht mit Blick auf die regulatorische Zielsetzung in § 536 Abs. 1a BGB (Minderungsausschluss zur Förderung energetischer Sanierungen) im Mietrecht von einem „Fremdkörper“ im privatrechtlichen Gesamtzusammenhang.

<sup>94</sup> Dies veranschaulichen die einschlägigen Normen, etwa die Definition der Modernisierungsmaßnahme in § 555b BGB oder die mit dem WEMoG neu geschaffenen Ansprüche zur Erleichterung von baulichen Veränderungen zum Zwecke des Ladens elektronisch betriebener Fahrzeuge (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WEG und § 554 BGB).

<sup>95</sup> Die energetische Sanierung führt oftmals, zumindest kurzfristig, zu einer Verteuerung des Wohnraums. In anderen Fällen ist aber auch denkbar, dass die Verfolgung eines Regulierungsziels günstige Nebenwirkungen für die Bewältigung eines anderen sozialen Problems hat, z.B. kann sich die Förderung längerer Haltbarkeit von Produkten als Subziel ökologischer Nachhaltigkeit mit Zielen des Verbraucherschutzes decken; vgl. zu positiven und negativen Regulierungsexternalitäten *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 103, 121–123. Zielkonflikte stellen sich in großer Zahl und die Priorisierung variiert auch mit der Veränderung wissenschaftlicher Erkenntnisse und gesellschaftlicher Wertvorstellungen. Dies verdeutlicht etwa der Verlauf des

Es ist zwar denkbar, dass der Gesetzgeber zu Beginn eines Gesetzestexts klarstellt, welche Zwecke damit *vorrangig* verfolgt werden. Allerdings erscheint es wenig erstrebenswert und schwer umsetzbar, dass der Gesetzgeber eine umfassende (abstrakte) Rangordnung seiner vielfältigen Regulierungsziele prononciert. Die Vielfalt möglicher Zielkollisionen ist häufig auch kaum antizipierbar und stets bereichsspezifisch zu betrachten. Dennoch muss der Rechtsanwender im konkreten Entscheidungskontext methodisch ermitteln können, welchem Regulierungsziel Vorrang einzuräumen ist. Oftmals wird sich dies aus der stärkeren „Sachgebietsnähe“ eines Regulierungsziels gegenüber einem anderen ergeben.<sup>96</sup> Zum Teil können Rechtsanwender auch aus der gesetzgeberischen Auswahl der Regulierungsinstrumente Rückschlüsse auf die Zielhierarchie in einem konkreten Anwendungskontext ziehen. So wird der Gesetzgeber ein eingriffsintensives Regulierungsinstrument (z.B. ein strafrechtliches Verbot oder eine zivilrechtliche Gefährdungshaftung) in der Regel nur einsetzen, wenn er dem Regulierungsziel in dem spezifischen Sachbereich besonderes Gewicht beimisst.<sup>97</sup> Verfolgt er im selben Sachbereich ein anderes Regulierungsziel mit einem „schwächeren“ Regulierungsinstrument, das ohne unmittelbaren rechtlichen Zwang operiert (z.B. ein sog. Nudging-Instrument), wird man im Regelfall darauf schließen können, dass letzterem Ziel im spezifischen Kontext geringere Bedeutung beigemessen wird.<sup>98</sup> Auch der *verfassungsrechtliche* Hintergrund eines Regulierungsziels spielt

---

Zielkonflikts zwischen stabiler Energieversorgung (nach BVerfGE 30, 292, 323 f. ein „Gemeinschaftsinteresse von höchstem Rang“) und ökologischer Nachhaltigkeit sowie Gesundheitsschutz. Beispielfhaft dafür steht die Abwendung von der Kerntechnologie nach dem Reaktorunfall in Fukushima, nach dem der Gesetzgeber eine Neubewertung der Restrisiken der Technologie vornahm (vgl. dazu BVerfGE 143, 246, 347). Ähnlich verhält es sich aktuell mit der Umstellung der Energiegewinnung aus fossilen Brennstoffen auf erneuerbaren Ressourcen, wobei hier eine *verfassungsrechtliche* Zielpriorisierung zugunsten des Klimaschutzes (durch Reduktion von Treibhausgasen) gegeben ist (vgl. BVerfGE 157, 30, 138 f.). Die Wandelbarkeit der Priorisierung von Gemeinwohlzielen verdeutlicht erneut, dass zentrale Entscheidungen insoweit vom Gesetzgeber als politisch verantwortliches Organ im pluralistischen Willensbildungsprozess zu treffen sind.

<sup>96</sup> Z.B. wird man das Regulierungsziel der Geschlechtergleichstellung eher auf dem Gebiet des Arbeits- und Gesellschaftsrechts verfolgen können als etwa im Bereich des Mietrechts. Zur Unzulässigkeit der Verfolgung „fachfremder Interessen“ durch Behörden und Rechtsprechung *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 215 f.

<sup>97</sup> Dafür spricht auch die Erwägung, dass ansonsten häufig die Verhältnismäßigkeit der Norm fraglich sein dürfte, weil einschneidende Mittel nur zur Verfolgung gewichtiger Regulierungsziele zulässig sind. Vor allem die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) verlangt, dass Einschnitte in die Grundrechte dem Betroffenen angesichts des Gewichts des damit verfolgten Gemeinwohlziels zumutbar sein müssen, vgl. *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 20 Abschnitt VII, Rn. 119 m.w.N.

<sup>98</sup> Ein Beispiel bietet die aktuelle Debatte um die „Ausstrahlungswirkung“ der CSR-Berichterstattungspflichten im Unternehmensrecht. Der (Unions-)Gesetzgeber hat sich mit der CSR-Berichtspflicht bewusst für ein „schwaches“ Regulierungsinstrument in Form eines Comply-or-explain-Ansatz entscheiden, woraus abzuleiten ist, dass keine generelle Ausstrahlungswirkung dieser Pflichten etwa auf den Sorgfaltsmaßstab der Leitungsorgane und die

für die Frage der Priorisierung eine Rolle und ist bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Die Zielkonkurrenz ist also in der Regel mittels Abwägung im Rahmen der Rechtsanwendung aufzulösen, wobei die Intention des Gesetzgebers möglichst genau nachzuvollziehen ist.

### III. Präzisierung von *Regulierungsinstrumenten*

Als *Regulierungsinstrumente* werden hier rechtliche Normen verstanden, die eine Regulierungsfunktion erfüllen, also mit verhaltenssteuernder Intention zur Verfolgung eines Regulierungsziels gesetzt werden.<sup>99</sup> Dies können sowohl abstrakt-generelle Normen des Gesetzes oder des Richterrechts als auch gerichtliche (oder behördliche) Einzelfallentscheidungen sein, die über den konkreten Fall hinaus Steuerungswirkung entfalten.<sup>100</sup> Vorliegend interessiert, welche Konsequenzen aus dem Gesetzesvorbehalt für die gesetzgeberische Gestaltung der Normen, die als Regulierungsinstrument bzw. Ermächtigungsgrundlage für zivilgerichtliche Regulierung fungieren, folgen.<sup>101</sup> Diesbezüglich ist vor allem die rechtstaatlich-grundrechtliche Funktion des Gesetzesvorbehalts aussagekräftig, nach der die erforderliche Regelungsdichte in erster Linie von der *Eingriffsintensität* des Regulierungsinstruments abhängt, die sich etwa im Sanktionscharakter<sup>102</sup> einer Norm äußern kann. Die gesetzlichen Grundlagen müssen – unter Einbezug der Auslegungsperspektive der Gerichte – ein hinreichendes Maß an Transparenz und Vorhersehbarkeit gewährleisten. Auch für das Privatrecht gilt, dass der Einsatz besonders eingriffsintensiver Regulierungsinstrumente einen höheren Grad legislativer Bestimmtheit verlangt. Allerdings erweist es sich auch hinsichtlich der Gestaltung von Regulierungsinstrumenten als wenig erfolgversprechend, aus

---

Organhaftungsfragen, gewollt war. Dazu *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 208–210; *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, 2020, § 76 Rn. 22; näher unter § 12 III. 2. a).

<sup>99</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 449; *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217, 235 hebt hervor, dass „Rechtsnormen nicht nur Grenzen, sondern auch Instrument (Mittel) der Politik sind.“

<sup>100</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 449 f.

<sup>101</sup> Zum Teil präzisieren die *qualifizierten* Grundrechtsvorbehalte die Eingriffsmittel und schränken den gesetzgeberischen Spielraum dadurch ein (z.B. Art. 4 Abs. 3; Art. 10 Abs. 2 S. 2, Art. 12a Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 2, Art. 14 S. 2–4; Art. 15 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG). Diese sind allerdings für das regulatorische Privatrecht wenig relevant und fehlen außerdem bei *einfachen* Grundrechtsvorbehalten und *vorbehaltlos* gewährleisteten Grundrechten. Folglich bleibt der Versuch einer Systematisierung der Anforderungen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts sinnvoll.

<sup>102</sup> Zum Sanktionscharakter regulatorischen Privatrechts *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 461 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 364 ff.; *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804, 848 f. (zu § 817 S. 2 BGB); RGZ (GS) 161, 52, 58 hebt die Bedeutung von § 817 S. 2 BGB „als Strafvorschrift auf bürgerlichrechtlichem Gebiete“ hervor; s.a. BGHZ 145, 366, 372 („Sanktionierung des schädigenden Verhaltens“).

dem Gesetzesvorbehalt generelle Vorgaben für die gesetzgeberische Regelungstechnik entwickeln zu wollen. Im Folgenden sind aber zumindest zwei Wege zur Beurteilung der *Eingriffsintensität* privatrechtlicher Regulierungsinstrumente anzudenken, die nach der Wesentlichkeitsdoktrin das Hauptkriterium zur Bewertung der erforderlichen gesetzlichen Regelungsdichte darstellt und – spiegelbildlich – auch im Rahmen der Rechtsanwendung für die Annahme einer unterschiedlich stark ausgeprägten Gesetzesbindung maßgeblich ist. Zur Beurteilung der „Intensitätsskala“ werden hier zwei Orientierungslinien angesprochen: die von der Verhältnismäßigkeitsprüfung bekannte Stufentheorie (1.) und die Präventionswirkung privatrechtlicher Normen (2.).

### 1. Stufenweise Konkretisierung der Eingriffsintensität

Eine allgemeine Orientierung zur Systematisierung der Eingriffsintensität privatrechtlicher Regulierungsinstrumente bietet die Dogmatik der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere die Angemessenheit im engeren Sinn. Dabei kann vor allem die *stufenweise* Bewertung der Intensität (potenzieller) Grundrechtseingriffe einen Anhaltspunkt für unterschiedliche Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte bieten. So zog das BVerfG bereits im Facharztbeschluss (1972) die am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtete *Stufentheorie*<sup>103</sup> „entsprechend heran“<sup>104</sup>, um die Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigung für berufsregelnde Rechtssetzung (einer Berufskörperschaft) zu präzisieren.<sup>105</sup> Für Regelungen, die die *Freiheit der Berufswahl* betreffen, hielt es gesetzliche Regelungen für zwingend, für Regelungen der *Berufsausübung* hingegen nur dann, wenn es um einschneidende, das Berufsbild maßgeblich prägende Vorschriften geht.<sup>106</sup> Der Rückgriff auf die Stufentheorie kann also einen, wenn auch nur sehr begrenzten Beitrag zur Systematisierung der Eingriffsintensität und – daran gekoppelt – der erforderlichen Regelungsdichte leisten.

Der Gedanke einer stufenweisen Betrachtung der Eingriffsintensität ist nicht auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beschränkt, die vor allem für den Bereich marktbezogener privatrechtlicher Regulierung eine wichtige Grenze darstellt. So hat das BVerfG auch bezüglich der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) einen abgestuften Gewährleistungsgehalt entwickelt<sup>107</sup> und den Schutz-

<sup>103</sup> BVerfGE 7, 377, 404 ff. (Apotheke); 23, 50, 56; 25, 1, 11 f.

<sup>104</sup> BVerfGE 33, 125, 160; zum Facharztbeschluss näher unter § 4 II. 1.

<sup>105</sup> Dazu *Grabitz*, AöR 98 (1973), 568, 610 f., der unter Bezug auf BVerfGE 33, 125, 160 annimmt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „leitendes Prinzip“ Gesichtspunkte für die richterliche Rechtsfortbildung liefert; zum Gedanken einer *stufenweisen* Konkretisierung der Wesentlichkeitstheorie am Rande auch *Umbach*, in: FS Faller, 1984, S. 111, 128.

<sup>106</sup> BVerfGE 33, 125, 160.

<sup>107</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290, 340 f. Danach genießt die Funktion des Eigentums als Ausdruck der Individualentfaltung besonders starken Schutz. Der Schutz ist hingegen geringer bzw. der gesetzgeberische Gestaltungsraum zur Bestimmung der Inhalts- und Schrankenbestimmungen weiter, „je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funk-

bereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit der Sphärentheorie<sup>108</sup> stufenweise konkretisiert. Insofern kann der Gesetzgeber sich also an die in der Verfassungsrechtsprechung für spezielle Grundrechte entwickelten Intensitätsstufen orientieren und den Bestimmtheitsgrad regulatorischer Normen entsprechend anpassen. Allerdings muss die Hoffnung auf ein generalisierbares Schema, an dem sich die erforderliche Regelungsdichte privatrechtlicher Regulierungsinstrumente ablesen ließe, sogleich gedämpft werden. Die unterschiedenen Stufen der Eingriffsintensität bieten bloß grobe Orientierungslinien und kommen nicht ohne zahlreiche Ausnahmen aus. So wird auch die etablierte Stufentheorie zu Art. 12 Abs. 1 GG bisweilen vom BVerfG aufgeweicht, z.B. indem Regelungen, die an sich eine Berufswahlbeschränkung darstellen, dem (großzügigeren) Maßstab der Berufsausübungsbeschränkung unterstellt werden.<sup>109</sup> Für die Bewertung der Eingriffsintensität regulatorischer Rechtssetzung ist also immer eine spezifische, an den jeweiligen Regulierungskontext angepasste Betrachtung erforderlich.

Die Schwierigkeit lässt sich am Beispiel der – für das Privatrecht konstitutiven – Vertragsfreiheit<sup>110</sup> als Ausfluss der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) verdeutlichen.<sup>111</sup> Auf den ersten Blick erscheint es zwar möglich, auch für die Vertragsfreiheit eine stufenweise Systematisierung der Eingriffsintensität regulatorischer Maßnahmen vorzunehmen. Dabei käme etwa folgende Grobdifferenzierung in Betracht: Auf erster (höchster) Intensitätsstufe ließen sich Einschränkungen der negativen und positiven *Vertragsabschlussfreiheit* verorten, also Kontrahierungszwänge<sup>112</sup> sowie subjektive und objektive Vertragsab-

---

tion steht.“; vgl. auch BVerfG NJW 2019, 3054 Rn. 55; näher dazu *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 14 Rn. 425.

<sup>108</sup> Vgl. BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379; BVerfG NJW 2000, 2189 f. Dabei wird zwischen dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung („Intimsphäre“), der „Privats- oder Geheimsphäre“ und dem Öffentlichkeitsbereich bzw. der „Sozialsphäre“ unterschieden; näher *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 158–160.

<sup>109</sup> Vgl. BVerfGE 102, 197, 214 f. zum Betrieb einer öffentlichen Spielbank, wo Regelungen, die an sich eine objektive Berufswahlbeschränkung darstellen, dem (großzügigeren) Maßstab der Berufsausübungsbeschränkung unterstellt werden.

<sup>110</sup> Tritt die Vertragsfreiheit als Bestandteil eines spezielleren Grundrechts in Erscheinung (z.B. Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG), wird sie durch dieses verdrängt bzw. nur in dieser spezifischen Ausprägung geprüft; vgl. etwa zur „Arbeitsvertragsfreiheit“ BVerfGE 140, 126, 141; zur Vertragsfreiheit als Bestandteil von Art. 14 Abs. 1 GG BVerfG NJW 2019, 3061 Rn. 90; näher dazu *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 11–19.

<sup>111</sup> Zu Eingriffen in die Vertragsfreiheit durch regulatorisches Privatrecht auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 291–293.

<sup>112</sup> Z.B. § 5 Abs. 2 PflVG, § 3 PDLV, § 110 SGB XI, § 11 Abs. 1 EEG 2021; vgl. zur privaten Pflege-Pflichtversicherung auch BVerfGE 103, 197, 215, 222 ff.; aus § 826 BGB wird ein *allgemeiner Kontrahierungszwang* abgeleitet (vgl. RGZ 48, 114, 127; 133, 388, 390 f.); zu weiteren Bsp. für Kontrahierungszwänge siehe *Musielak*, JuS 2017, 949, 950; *Busche*, in: MünchKomm. BGB, 92021, Vor § 145 Rn. 12 ff.

schlusshindernisse einschließlich der mit solchen Abschlussverboten einhergehenden Nichtigkeitsfolge.<sup>113</sup> Auf gleicher Stufe wären Einschränkungen der *Vertragsgestaltungsfreiheit* anzusiedeln, d.h. der Einsatz *zwingenden Rechts* in Form zwingender Vorgaben zum Vertragsinhalt (z.B. Preisvorgaben bzw. -beschränkungen).<sup>114</sup> Dabei überschneiden sich Gestaltungsfreiheit und positive Abschlussfreiheit insofern, als Vertragsverbote in der Regel an eine von der Rechtsordnung missbilligte inhaltliche Vertragsgestaltung anknüpfen.<sup>115</sup> Auch der Schutz vor inhaltlichen Veränderungen abgeschlossener Verträge durch die öffentliche Gewalt ließe sich diesem Bereich zuordnen.<sup>116</sup> Auf zweiter Stufe könnte man zwingende Vorgaben zur *Abschlussmodalität* ansiedeln, darunter insbesondere Formvorschriften<sup>117</sup> sowie vorvertragliche Informationspflichten. Auf dritter Intensitätsstufe ließe sich schließlich regulatorisches *dispositives Recht* verorten,<sup>118</sup> welches den Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, die dispositive Regelung durch abweichende Vereinbarungen abzubedingen.<sup>119</sup>

<sup>113</sup> Konkret besteht der Eingriff in der Versagung der rechtlichen Anerkennung des Vertrages und damit einhergehend dem Ausschluss staatlicher Durchsetzungsmechanismen; vgl. *Hillgruber*, in: HStR, Bd. IX, <sup>3</sup>2011, § 200 Rn. 83. Zur Wertung der Vertragsnichtigkeit als besonders starken Eingriff in die Vertragsfreiheit und krit. zur Offenheit von § 134 BGB, der den Zivilgerichten zu viel Verantwortung bei der Entscheidung über die Nichtigkeitsfolge einräume, *Seiler*, in: FS Martens, 1987, S. 719, 729–732.

<sup>114</sup> Die vertragliche Gestaltungsfreiheit wird z.B. begrenzt durch das Bestellerprinzip im Rahmen von Wohnungsvermittlungsverträgen (vgl. § 2 Abs. 1a WoVermRG; dazu BVerfGE 142, 268, 281 ff.) oder die Mietpreisbremse (§ 556d Abs. 1 BGB; dazu BVerfG NJW 2019, 3054 Rn. 90); siehe zum Verständnis zwingenden Vertragsrechts als Schranke der Privatautonomie auch BVerfGE 7, 198, 205 f.; 81, 242, 254.

<sup>115</sup> Vgl. *Musielak*, JuS 2017, 949, 950 f.; zur Abschluss- und Gestaltungsfreiheit auch *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101 f.

<sup>116</sup> Vgl. BVerfGE 98, 48, 61; 95, 267, 304; ein Bsp. bietet die gerichtliche AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, die bei Unwirksamkeit einer Klausel zu einem veränderten Vertragsinhalt führt (vgl. § 306 Abs. 1 BGB); auch durch ergänzende Vertragsauslegung durch Gerichte wird ein Vertragsinhalt nachträglich verändert.

<sup>117</sup> Das Texterfordernis bei Verträgen über Wohnungsvermittlung (§ 2 Abs. 1 S. 2 WoVermRG i. V. m. § 126b BGB) wird in BVerfGE 142, 268, 302 als „geringfügiger Eingriff in die Vertragsfreiheit“ bezeichnet.

<sup>118</sup> Dem dispositiven Recht kommt in der Regel eine Infrastrukturfunktion zu, die grundrechtsdogmatisch als Ausgestaltung (der Privatautonomie) einzuordnen ist. Allerdings kann dispositives Recht auch zu Regulierungszwecken eingesetzt werden, indem es den Parteien einen bestimmten normativen Referenzrahmen nahelegt, von dem abzuweichen für die Parteien zeit- und kostenintensiv ist; dazu näher *Möslein*, Dispositives Recht, 2012, S. 38–42, 335 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 63. Bildet die Steuerungsfunktion im Gemeinwohlinteresse den Schwerpunkt der dispositiven Regelung, ist grundrechtsdogmatisch von einem zweipoligen Eingriffsverhältnis auszugehen; zur Eingriffsqualität dispositiver Regelungen *Möslein*, Dispositives Recht, 2012, S. 391 ff.

<sup>119</sup> Siehe *Möslein*, Dispositives Recht, 2012, S. 34. Dies freilich nur, sofern die Abweichungsvereinbarung für sich genommen wirksam ist. Dabei kommt dispositivem Recht auch eine Kontrollfunktion insoweit zu, als es ein Idealbild der Vertragsgestaltung darstellt und gerade im Rahmen der AGB-Kontrolle als Maßstab dient (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Bei näherer Betrachtung liefern diese Intensitätsstufen jedoch keine *soliden* Kriterien, weil die Unterschiede verschwimmen können und Regelungen auf zweiter und dritter Intensitätsstufe bisweilen faktisch die Effekte der höchsten Intensitätsstufe zeitigen können.<sup>120</sup> So können etwa Vertragsabschlussmodalitäten (z.B. weitreichende Informationspflichten) derart hohe Hürden begründen, dass sie Vertragsschlüsse – ähnlich der Wirkung eines Abschlussverbots – effektiv verhindern. Auch die Differenzierung der Eingriffsintensität zwischen *zwingendem* Recht und *dispositivem* Recht wird eingeebnet, wenn etwa die Abbedingung der dispositiven Regelung besonders schwer fällt.<sup>121</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit der Regulierung kann man außerdem argumentieren, dass ein Vertragsverbot bzw. eine Nichtigkeitssanktion weniger eingriffsintensiv wirkt als die Möglichkeit des Vertragsschlusses – verbunden mit dem „Risiko“ einer richterlichen AGB-Kontrolle und damit einhergehend eines Rückfalls auf dispositive Regelungen (vgl. § 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB). Damit werden die Parteien nämlich an ein Vertragsverhältnis gebunden, das sie (bzw. zumindest eine Partei) ursprünglich gar nicht wollten.

Es ist festzuhalten, dass zur Konkretisierung der Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte ein Blick auf die zur Beurteilung der Eingriffsintensität entwickelte Stufentheorie hilfreich sein kann, vor allem wenn diese, wie im Fall der Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, vom BVerfG präzisiert wurde. Oftmals erscheint eine generalisierbare Einordnung von Eingriffsintensitätsstufen aber nicht möglich, wie das Beispiel der Vertragsfreiheit zeigt, sodass eine spezifische Analyse der Eingriffswirkung des konkret angedachten privatrechtlichen Regulierungsinstruments notwendig ist.

## 2. Präventionswirkung als Beurteilungsfaktor der Eingriffsintensität

Als speziellerer Parameter kommt die Präventionswirkung privatrechtlicher Normen<sup>122</sup> in Betracht. Auf diese stellt allgemein das BVerfG ab, wenn es aus-

---

Somit wird der Abweichungsspielraum der Parteien letztlich doch erheblich durch die dispositiven Regelungen begrenzt, vgl. *Möslein*, ebd., S. 35 f.

<sup>120</sup> Eine Parallele bietet die Diskussion um die „mittelbare“ oder „faktische“ Wirkung staatlichen Informations- und Warnungshandelns, welches zwar nicht unmittelbar, aber infolge der damit (gezielt) hervorgerufenen Reaktionen Privater grundrechtsbeeinträchtigend wirkt; dazu näher unter § 4 II. 3. c).

<sup>121</sup> Dazu *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2012, S. 393–396.

<sup>122</sup> Vorliegend steht die verhaltensbeeinflussende Wirkung privatrechtlicher Normen i.S.v. Generalprävention im Zentrum, die daraus resultiert, dass potentielle Normadressaten ein bestimmtes Verhalten bzw. die Erfüllung eines Normtatbestands vermeiden, um unliebsamen Rechtsfolgen (z.B. Geldzahlungspflicht, Verlust von Rechten) zu entgehen. Vgl. dazu *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 52 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 363 f.; zum Begriff zivilrechtlicher Strafe auch *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397 ff. (zu Definitionsansätzen insb. S. 405 f., 427 f.).

führt, dass ein „nachhaltiger Eingriff“ bei „Entscheidungen von Staatsorganen anzunehmen [ist], wenn diese geeignet sind, über den konkreten Fall hinaus präventive Wirkungen zu entfalten, das heißt in künftigen Fällen die Bereitschaft mindern können, von dem betroffenen Grundrecht Gebrauch zu machen.“<sup>123</sup> Da regulatorisches Privatrecht maßgeblich auf die Entfaltung einer *Präventionswirkung* setzt,<sup>124</sup> kommt letztere als Maßstab für die Bestimmung der Intensität des Grundrechtseingriffs in Betracht.<sup>125</sup> Dies bedeutet, dass privatrechtliche Regulierungsinstrumente, die mit der Intention einer spezifischen, besonders starken Präventionswirkung geschaffen werden, einen höheren Bestimmtheitsgrad erfordern als solche mit geringer Präventionswirkung.

Der Gedanke soll hier nur mit Blick auf das private Haftungsrecht skizziert werden, dessen präventive Funktion inzwischen weitgehend anerkannt ist.<sup>126</sup> Die Androhung der Verpflichtung zu Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldzahlungen entfaltet präventive Wirkung, indem sie die künftige Bereitschaft zur Vornahme des sanktionsbedrohten Verhaltens senkt.<sup>127</sup> Dabei kann der Gesetzgeber (oder ein Zivilgericht) durch bestimmte Verhaltensanforderungen auch gezielt Anreize zur Vornahme von Sorgfaltsanstrengungen zur Schadensverhütung setzen.<sup>128</sup> Je nach Ausgestaltung der Haftungsnorm kann aber auch generell das Aktivitätsniveau unerwünschten Verhaltens reduziert werden.<sup>129</sup> Orientiert man

<sup>123</sup> BVerfGE 83, 130, 145 f. Auch in Bezug auf zivilgerichtliche Urteile spricht das BVerfG zum Teil von einem „nachhaltigen Eingriff“, vgl. etwa BVerfGE 42, 143, 149: „Je nachhaltiger ferner ein zivilgerichtliches Urteil im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Unterlegenen trifft, desto strengere Anforderungen sind an die Begründung dieses Eingriffs zu stellen [...]“; ähnlich BVerfGE 54, 208, 215; 66, 116, 131.

<sup>124</sup> Grundlegend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.

<sup>125</sup> Zum Verständnis von Prävention als Freiheitseingriff *Grimm*, KritV 1986, 38, 49 f., der für grundrechtseingreifende Prävention eine gesetzliche Grundlage fordert, bei der alle wesentlichen Entscheidungen vom Parlament selbst getroffen werden.

<sup>126</sup> Zu Verhaltenssteuerung im Haftungs- und Schadensersatzrecht grundlegend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 451 ff.

<sup>127</sup> Dazu BVerfGE 54, 129, 136 (im Kontext ehrverletzender Äußerungen): „Sie [die Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld] entfaltet unvermeidlich präventive Wirkungen, indem sie das Äußern kritischer Meinungen einem hohen finanziellen Risiko unterwirft; dadurch kann sie die Bereitschaft mindern, in Zukunft Kritik zu üben, und auf diese Weise eine Beeinträchtigung freier geistiger Auseinandersetzung bewirken, die an den Kern der grundrechtlichen Gewährleistung rühren muß.“; s.a. BGHZ 128, 1, 15 f. (Caroline von Monaco).

<sup>128</sup> Vgl. dazu aus Perspektive der ökonomischen Analyse des Deliktsrechts *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, Vor § 823 Rn. 64 f.

<sup>129</sup> In der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts wird zwischen der Steuerung des *Sorgfaltsniveaus* und des *Aktivitätsniveaus* differenziert wird. Die Verschuldenshaftung eignet sich in erster Linie dazu, potenzielle Schädiger zur Erbringung eines aus Effizienzgesichtspunkten *optimalen Sorgfaltsaufwands* zur Schadensverhinderung anzureizen (vgl. *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, Vor § 823 Rn. 58; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 62021, S. 216). Bezüglich des *Aktivitätsniveaus* wird dagegen nicht auf den Sorgfaltsmaßstab abgestellt, sondern es geht um die Steuerung des *Quantums* der scha-

sich an der Aussage des BVerfG, wonach mit der Präventionswirkung ein „nachhaltiger Eingriff“<sup>130</sup> verbunden ist, gelten für Regelungen mit *starker* und *genereller* Präventionswirkung erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Konkretisierung. Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, insbesondere Fälle der *Gefährdungshaftung*, die besonders dazu geeignet ist, das Aktivitätsniveau bestimmter Tätigkeit zu steuern bzw. generell zu reduzieren,<sup>131</sup> nur auf der Grundlage spezieller gesetzlicher Anordnungen anzunehmen (z.B. § 833 S. 1 BGB, § 7 Abs. 1 StVG, § 1 UmweltHG, § 1 HPfG).<sup>132</sup> Das Enumerationsprinzip erhöht die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, indem Einzelne sich auf die Gefährdungshaftung einstellen und gegebenenfalls durch Versicherungen Vorkehrungen bezüglich der drohenden Ersatzpflicht treffen können.<sup>133</sup>

Die Zivilgerichte lehnen es daher überzeugend ab, Gefährdungshaftungstatbestände im Wege der Analogie auf weitere Aktivitäten auszudehnen,<sup>134</sup> wofür gerade der rechtsstaatlich-grundrechtliche Gehalt des Gesetzesvorbehalts spricht, nach dem die Berechenbarkeit der Haftung gewährt sein muss. Allerdings entwickeln sie zum Teil auf der Grundlage von Generalklauseln (insb. § 823 Abs. 1 BGB) Haftungsmaßstäbe, die sich etwa durch die Einführung einer Beweislastumkehr<sup>135</sup> und Statuierung besonders hoher Sorgfaltsmaßstäbe einer Gefährdungshaftung annähern (z.B. bei der Produzentenhaftung).<sup>136</sup> Dies erscheint neben dem Defizit an Rechtssicherheit auch deshalb problematisch, weil die Statuierung einer Gefährdungshaftung zum Teil Folgeregelungen erforderlich macht (z.B. Haftungshöchstgrenzen<sup>137</sup> oder Versicherungspflichten), welche Ge-

---

densträchtigen Aktivität selbst, unabhängig davon, ob Schäden durch kosteneffiziente Sorgfaltsmaßnahmen zu verhindern sind. Hierfür bietet die Gefährdungshaftung einen Vorteil, weil sie sämtliche Schadenskosten, d.h. auch für Schäden, die trotz aller Sorgfaltsmaßnahmen entstehen, beim Akteur internalisiert (vgl. *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2009, S. 196; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2024, Vor § 823 Rn. 70 f.; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, <sup>6</sup>2021, S. 257 f.).

<sup>130</sup> BVerfGE 83, 130, 145 f.

<sup>131</sup> *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2009, S. 196–198; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 454 f.; *ders.*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2024, Vor § 823 Rn. 70 f.; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, <sup>6</sup>2021, S. 257–259; s.a. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 306 f., der von einem *stärkeren Eingriffscharakter* der Gefährdungshaftung gegenüber der Verschuldenshaftung ausgeht.

<sup>132</sup> Vgl. zum Enumerationsprinzip der Gefährdungshaftung BGHZ 55, 229, 234; s.a. *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 66 (zur Einordnung der Gefährdungshaftung als Gegenstand des Wesentlichkeitsvorbehalts).

<sup>133</sup> *Röthel*, *Jura* 2012, 444.

<sup>134</sup> Näher dazu oben unter § 7 II. 1. a.

<sup>135</sup> Zur Beweislastumkehr im Rahmen der Produzentenhaftung BGHZ 51, 91; 80, 186.

<sup>136</sup> Die Annäherung konstatieren *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, <sup>6</sup>2021, S. 252; krit. dazu bereits *Canaris*, *JZ* 1987, 993, 1001; unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts kritisiert auch *Engel*, *JZ* 1995, 213, 218 die Praxis der Zivilgerichte, in regulatorischer Absicht neue Verhaltensstandards zu entwickeln.

<sup>137</sup> Zur Notwendigkeit von Haftungshöchstgrenzen aufgrund des Übermaßverbots *Canaris*, *JZ* 1987, 993, 1001 f.

richte aber aufgrund des eingeschränkten Entscheidungsgegenstands nicht selbst normieren können. Daher erscheint eine solche Rechtsfortbildung nur in Ausnahmefällen zulässig, in denen ein besonders gewichtiges Regulierungsziel verfolgt wird, namentlich der – auch aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebotene – Schutz von Leben und Gesundheit. Seitens der Gerichte ist dabei ein hoher Begründungs- bzw. Legitimationsaufwand erforderlich. So muss ein schwerwiegendes öffentliches Interesse verfolgt und die Notwendigkeit der spezifischen Haftungsausgestaltung aus Präventionsgründen dargelegt werden. Zudem ist eine klare Spezifizierung der betroffenen Fallgruppe vorzunehmen, um einerseits ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit künftiger Sanktionen sicherzustellen und zugleich den erwünschten Präventionseffekt zielgenau auszurichten.

Als weiteres Beispiel aus dem Haftungsrecht soll die Diskussion um die Zulässigkeit von Strafschadensersatz nach dem amerikanischen Vorbild der *punitive damages* dienen. Deren Zweck liegt primär darin, potenzielle Schädiger durch das Risiko einer die Kompensationspflicht deutlich übersteigenden Haftungssumme abzuschrecken und Geschädigte für die auf ihrem Einsatz beruhende Rechtsdurchsetzung zu belohnen.<sup>138</sup> Die Androhung der Verhängung von Strafschadensersatz wäre als Regulierungsinstrument grundsätzlich geeignet. Das BVerfG hält die Verhängung von Strafschadensersatz aus materiell-rechtsstaatlichen Gesichtspunkten auch nicht für verfassungswidrig.<sup>139</sup> Auch ein Verstoß gegen den strafrechtlichen Gesetzesvorbehalt im Art. 103 Abs. 2 GG wurde bislang nicht angenommen.<sup>140</sup> Ob und inwieweit Strafschadensersatz als „besondere Art des Schadensersatzes“<sup>141</sup> in der Privatrechtsordnung einen Platz finden soll, ist damit primär eine rechtspolitische Frage.<sup>142</sup> Dieser müsste sich allerdings der Gesetzgeber selbst annehmen. Aufgrund der starken Präventionswirkung von Strafschadensersatz und seiner Nähe zur strafrechtlichen Sanktion wäre auch ein hoher Konkretisierungsgrad der gesetzlichen Grundlage geboten, insbesondere eine konkrete Ausgestaltung der Parameter, die zur Bestimmung der Schadenshöhe herangezogen werden können und die nicht allein im richterlichen Ermes-

<sup>138</sup> Vgl. BGHZ 118, 312, 335 (m.w.N.); zur Funktion des amerikanischen Strafschadensersatzes *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer *punitive damages*, 1999, S. 60 ff., die die Bestrafungs- und Abschreckungsfunktion (*punish and deter*) hervorhebt.

<sup>139</sup> Vgl. im Kontext der Zustellung U.S.-amerikanischer Klagen auf Strafschadensersatz BVerfGE 91, 335, 344: „Unverzichtbare Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaates werden jedenfalls nicht schon durch die Möglichkeit der Verhängung von Strafschadensersatz verletzt.“; ebenso BVerfG NJW 2007, 3709 (mit einer Einschränkung für den Fall offensichtlicher rechtsmissbräuchlicher Forderungen); NJW 2013, 990 Rn. 14; NJOZ 2016, 465 Rn. 41.

<sup>140</sup> In BGHZ 118, 312, 345 wird offengelassen, ob „die wenig bestimmbaren Voraussetzungen für den Erlass eines Urteils auf ‚punitive damages‘ und für deren Höhe an Art. 103 Abs. 2 GG zu messen ist.“

<sup>141</sup> BGHZ 118, 312, 337.

<sup>142</sup> Vgl. BGHZ 118, 312, 326, 337; s.a. *Jansen*, JZ 2005, 160, 170.

sen stehen sollten. Das geltende Schadensrecht (§§ 249 ff. BGB), dem primär eine Ausgleichsfunktion innewohnt,<sup>143</sup> bietet Zivilgerichten daher keine hinreichende gesetzliche Grundlage, um Strafschadensersatz zu verhängen.<sup>144</sup>

#### IV. Zwischenfazit

Dem Gesetzesvorbehalt sind für die legislatorische Gesetzgebungstechnik beim Einsatz regulatorischen Privatrechts wenig konkrete Vorgaben zu entnehmen. Bezüglich der Vorgabe von *Regulierungszielen* wurde festgehalten, dass eine möglichst *präzise Zielfassung* (insb. Untergliederung eines Oberziels in konkretere Unterziele; Punkt- anstatt Richtungsziele) anzustreben ist, die im Gesetz oder in den Gesetzgebungsmaterialien Ausdruck finden sollte, um von den Zivilgerichten durch Auslegung ermittelbar zu sein. Bezüglich der Bestimmung von *Regulierungsinstrumenten* wurde der Konnex von Regelungsdichte und Eingriffsintensität hervorgehoben. Zur Beurteilung der Eingriffsintensität kann insbesondere die Stärke des *Präventionseffekts* einer Regelung und gegebenenfalls die vom BVerfG für bestimmte Grundrechte entwickelte *Stufentheorie* eine Orientierung bieten. Allgemein hat sich bestätigt, dass sich die Konsequenzen des Gesetzesvorbehalts für regulatorisches Privatrecht nicht isoliert aus der Gesetzgebungsperspektive betrachten lassen, sondern stets einbezogen werden muss, welche Konkretisierungsleistung im Zuge der Rechtsanwendung in zulässiger Weise erbracht werden kann.<sup>145</sup> Die Rechtsanwendungsperspektive der Zivilgerichte bildet daher den Schwerpunkt des folgenden Teils, der sich mit den dogmatischen Konsequenzen des Gesetzesvorbehalts für die zivilgerichtliche Auslegung und Regelbildung befasst.

---

<sup>143</sup> Vgl. Mot. II, S. 17 f.; *Oetker*, in: MünchKomm. BGB, 92022, § 249 Rn. 8; *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 414; näher zum schadensrechtlichen Ausgleichsprinzip *Jansen*, JZ 2005, 160, 162 ff.

<sup>144</sup> Ähnlich *Jansen*, JZ 2005, 160, 170: „Jedenfalls kann für derartige Privatstrafen aber innerhalb des ausgleichsbezogenen Schadensrechts kein Platz sein; Privatstrafen müßten vielmehr als deliktische Rechtsfolgen neben dem Schadensersatz verstanden werden und wären an spezifische tatbestandliche und auch sachgerechte verfahrensmäßige Voraussetzungen zu binden.“ Einer richterrechtlichen Einführung von Strafschadensersatz widerspricht auch die schadensrechtliche Gesetzsystematik. So spricht das in § 253 Abs. 1 BGB für immateriellen Schadensersatz verankerte Enumerationsprinzip, das eine vom Prinzip des Ersatzes des Vermögensschadens abweichenden Schadensbestimmung nur begrenzt zulässt, gegen eine starke richterrechtliche Ausdehnung.

<sup>145</sup> Vgl. *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 128 f.



## Rechtsprechungsperspektive: Methodische Anforderungen an regulatorische Privatrechtsanwendung

Im Folgenden sind die Konsequenzen des Gesetzesvorbehalts für die zivilgerichtliche Methodik bei der Gesetzesauslegung und richterlichen Rechtserzeugung zu untersuchen. Es geht um die Präzisierung des bereits angesprochenen *Zusammenspiels* von Gesetzesvorbehalt und Gesetzesbindung,<sup>1</sup> welches sich einfach gesprochen dergestalt äußert, dass der Gesetzesvorbehalt eine *stärkere Gesetzesbindung* bzw. einen *erhöhten Legitimationszwang* seitens der Gerichte verlangt.<sup>2</sup> Vorliegend stehen dabei Konstellationen im Vordergrund, in denen dem Privatrecht schwerpunktmäßig eine Regulierungsfunktion zukommt, weil dann – wie im 3. Teil der Untersuchung erarbeitet wurde – prinzipiell von der Geltung des Gesetzesvorbehalts (in seiner Ausprägung als Eingriffsvorbehalt) auszugehen ist.<sup>3</sup> Auf die Methodik im Bereich der Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion wird hingegen nicht vertieft eingegangen.<sup>4</sup> Indem die dogmatischen Grundlagen regulatorischer Rechtsanwendung im Privatrecht präzisiert werden, wird zugleich das Anliegen verfolgt, dass Zivilgerichte regulatorische Motive bei der Auslegung und Rechtsfortbildung nicht „verdecken“<sup>5</sup>, sondern offenlegen und bewusst unter Berücksichtigung eines erhöhten Legitimationszwangs begründen.

Der richterliche Entscheidungsvorgang, also die sachverhaltsbezogene Auslegung gesetzlicher Normen und abgeleitete Regelbildung, wird nachfolgend als Arbeitsprozess<sup>6</sup> begriffen, der sich in Einzelschritte untergliedern lässt, deren verfassungsrechtlich-methodisches Anforderungsprofil es zu beschreiben gilt.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Dazu unter § 6 III. 2. bis 4.

<sup>2</sup> Dazu unter § 6 III. 2.; vgl. auch *Kruse*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 2019, S. 167 f.; zum erhöhten Legitimationszwang *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 247.

<sup>3</sup> Allgemein zur Anwendung regulatorischer Privatrechtsgesetze und zu eigenständiger Regulierung durch Zivilgerichte *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 646 ff., 673 ff.; zu verfassungsrechtlichen Anforderungen im Bereich regulatorischer Rechtsanwendung ebd., S. 398–403.

<sup>4</sup> Siehe dazu die Ausführungen unter § 9 III.

<sup>5</sup> Zum Begriff der „verdeckten“ Rechtsfortbildung *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 120.

<sup>6</sup> *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, <sup>11</sup>2013, S. 529.

<sup>7</sup> Zum Verständnis von Methodenfragen als Verfassungsfragen oben § 6 III. 4.; s.a. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 394 f. m.w.N.

Er lässt sich in drei Schritte untergliedern.<sup>8</sup> Im *ersten Schritt* hat das entscheidende Zivilgericht eine funktionale (Grob-)Einordnung vorzunehmen, also festzustellen, welche Rechtsfunktion den für die Entscheidung des Rechtsstreits relevanten Rechtsnormen schwerpunktmäßig zukommt (I.). Ergibt diese Analyse, dass der oder den anwendbaren Norm(en) eine Regulierungsfunktion zukommt, ist im *zweiten Schritt* das gesetzgeberische Regulierungsziel genauer zu ermitteln (II.).<sup>9</sup> Ausgehend von dem ermittelten Regulierungsziel ist im *dritten Schritt* das Regulierungsinstrument zu bestimmen, d.h. der Rechtssatz (auch: ratio decidendi) zu erarbeiten, der in der einschlägigen Rechtsnorm angelegt ist und das identifizierte gesetzgeberische Regulierungsziel im konkreten Entscheidungskontext, aber auch über den Einzelfall hinaus, fördern soll (III.).

## I. Schritt 1: Rechtsfunktionale Einordnung des einschlägigen Normprogramms

Aus der rechtstheoretischen Differenzierung von Privatrechtsfunktionen lassen sich nach dem hier vertretenen Ansatz Schlüsse auf das Anforderungsprofil des Gesetzesvorbehalts an die richterliche Rechtsarbeit ziehen. Daher empfiehlt es sich aus Perspektive des Gerichts, welches eine offene Rechtsfrage durch Auslegung oder Fortbildung einer gesetzlichen Norm zu beantworten sucht, zuerst zu klären, welche Rechtsfunktion den einschlägigen Normen schwerpunktmäßig zukommt, um daraus verfassungsrechtlich-methodische Erkenntnisse für die Normauslegung und Rechtsfortbildung zu gewinnen.<sup>10</sup> In dieser Untersuchung wurden drei zentrale Rechtsfunktionen des Privatrechts beleuchtet: die Regulierungsfunktion sowie – gewissermaßen als deren Gegenpole<sup>11</sup> – die Interessenausgleichsfunktion und die Infrastrukturfunktion.<sup>12</sup> Im Rahmen der Regulierungs-

<sup>8</sup> Dabei handelt es sich um eine schematische Untergliederung, die nicht als starre chronologische Reihenfolge, sondern als eine mögliche Abfolge gedanklich trennbarer Arbeitsschritte gedacht ist, die untereinander auch Überschneidungen und Wechselbeziehungen aufweisen.

<sup>9</sup> Das methodische Vorgehen in *Schritt 2* hängt davon, ob eine regulatorische Rechtsanwendung angezeigt ist oder nicht. Vorliegend steht die Hypothese der regulatorischen Rechtsanwendung im Zentrum, weil der Gesetzesvorbehalt nach hier verteilter Auffassung gerade dort Beachtung verlangt.

<sup>10</sup> Zum Vorschlag, die Methode der Rechtsanwendung bzw. die Auslegungs- und Rechtsfortbildungsgrenzen im Privatrecht an der rechtstheoretischen Normfunktion auszurichten, *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 410; zur Ableitung von Regeln für die Gesetzesauslegung auf Basis der Unterscheidung von Funktionen des Rechts auch *Pawlowski*, *Methodenlehre für Juristen*, 31999, S. 326 f.; auf die Gesetzesfunktion verweist im Rahmen der Zweckauslegung auch *Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, 1977, S. 365 (auf die Ausführungen zur Gesetzesfunktionenlehre auf S. 303 ff. verweisend).

<sup>11</sup> *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 62.

<sup>12</sup> Näher zur Unterscheidung § 8.

funktion des Privatrechts verlangt der Gesetzesvorbehalt in der Ausprägung als *Eingriffsvorbehalt* Beachtung,<sup>13</sup> sodass die Rechtsanwendung auf hinreichende gesetzliche (Ermächtigungs-)Grundlagen angewiesen ist.<sup>14</sup> Es bedarf einer stärkeren Rückbindung an das Gesetz bzw. an die Regulierungsintention des Gesetzgebers, was für Gerichte – etwa bei der regulatorischen Anwendung wertungsoffener Delegationsnormen – einen besonderen methodischen Legitimationsaufwand bedeuten kann. Anders verhält es sich im Bereich der Infrastruktur- und Interessenausgleichsfunktion, für die begründet wurde, dass der Gesetzesvorbehalt bloß in schwächerer Ausprägung als *Ausgestaltungsvorbehalt* Bedeutung hat. Hier ist eine *Ermächtigung* grundsätzlich nicht erforderlich, weil es primär um die Ausgestaltung bzw. Koordinierung privater Freiheitsphären und nicht um gemeinwohlbezogene Freiheitsbeschränkungen des Staats geht. Gerade im Bereich des als Kernaufgabe der Zivilgerichte anzusehenden privaten Interessenausgleichs kann sich die Rechtsanwendung an der herkömmlichen, prinzipienbasierten Rechtsdogmatik orientieren.<sup>15</sup> Diese verlangt – insbesondere im Rahmen der *objektiv-teleologischen* Auslegung, die hier eher zulässig erscheint als im regulatorischen Privatrecht<sup>16</sup> – eine Orientierung an rechtsethischen Prinzipien, Vernunftabwägungen und Sachgesetzlichkeiten.<sup>17</sup>

### 1. Bestimmung des Sachbereichs und Normprogramms

Der richterliche Arbeitsprozess beginnt damit, dass das zur Entscheidung berufene Gericht den einschlägigen Normkreis bestimmen, also eine Verbindung zwischen dem geschehenen Lebenssachverhalt und den potenziell für die Entscheidung relevanten Rechtsnormen herstellen muss. Aus dem konkreten Lebensgeschehen ist der Sachverhalt herauszubilden, der für die rechtliche Beurteilung relevant ist.<sup>18</sup> Begrifflich lässt sich dabei unterscheiden zwischen dem „Sachbe-

---

<sup>13</sup> Zu Gründen für die Gesetzesvorbehaltgeltung bei privatrechtlicher Regulierung §9 I., § 10.

<sup>14</sup> So grundsätzlich auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 696.

<sup>15</sup> Zu Charakteristika sowie zur Unterscheidung der herkömmlichen, prinzipienbasierten Rechtsdogmatik und der regulatorischen, insb. folgenbasierten Rechtsdogmatik *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 365 ff., gegenüberstellend insb. S. 404–409.

<sup>16</sup> Zum Vorrang der subjektiv-teleologischen Auslegung bei regulatorischer Rechtsanwendung unten § 12 II. 3.

<sup>17</sup> Siehe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 154 (auch *Larenz/Canaris*, ebd., betonen aber, dass die objektiv-teleologischen Kriterien dort ausscheiden, „[w]o sich der Gesetzgeber, etwa um eines von ihm als vorrangig betrachteten Zwecks willen, bewußt und erkennbar über solche Strukturen hinwegsetzen wollen“); zum *vernunftbasierten* Charakter der objektiv-teleologischen Auslegung *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 296; s.a. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 454 f., der den „Grundsatz der Gerechtigkeitsgleichheit“ erwähnt; vgl. auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 697 f., der insb. die *iustitia commutativa* als „Grundprinzip eines gerechten Interessenausgleichs“ begriff.

<sup>18</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 99–102.

reich“ (konkreter: dem „Fallbereich“), der die anfangs in den Konkretisierungsvorgang eingeführten Tatsachen („Realdaten“) beschreibt und dem „Normprogramm“, welches die Summe der normativ relevanten Normtexte („Sprachdaten“) darstellt.<sup>19</sup> Die Bildung des Sachverhalts erfolgt bereits unter Berücksichtigung seiner rechtlichen Relevanz, wie das von *Karl Engisch* geprägte Bild von einem „Hin- und Herwandern des Blickes“<sup>20</sup> zwischen Normatbestand und Lebenssachverhalt treffend beschreibt.<sup>21</sup> Besondere Anforderungen an die Sachverhaltsbildung ergeben sich im Bereich *regulatorischer Rechtsanwendung* insofern, als diese neben der vergangenheitsbezogenen Sachverhaltsermittlung auch die Einnahme einer – unten näher zu beschreibenden<sup>22</sup> – Folgenperspektive verlangt. Die Realdaten sind in diesem Rahmen also nicht ausschließlich vergangenheitsbezogen, sondern auch folgen- bzw. zukunftsorientiert zu ermitteln. Auch insoweit sind Sachverhaltsbildung und Bestimmung des Normprogramms im Sinne eines vermittelnden Vorgangs zu verstehen.

## 2. Bestimmung des rechtsfunktionalen Schwerpunkts des Normprogramms

Das unter Bezug auf den Sachverhalt näher eingegrenzte, relevante Normprogramm ist funktional zu analysieren und dabei nach Möglichkeit ein rechtsfunktionaler Schwerpunkt auszumachen.

### a) Identifizierung regulatorischer Schwerpunkte

Da der Regulierungsfunktion im Privatrecht Ausnahmecharakter zukommt und die regulatorische Rechtsanwendung besondere, von der klassischen Methodik abweichende Anforderungen birgt, erscheint es sinnvoll, das identifizierte Normprogramm zuerst auf Signale abzuklopfen, die auf einen regulatorischen Einschlag hindeuten.<sup>23</sup> Nur wenn ein Anknüpfungspunkt bzw. eine Legitimations-

<sup>19</sup> So *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, <sup>11</sup>2013, S. 529–531.

<sup>20</sup> *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, <sup>3</sup>1963, S. 15.

<sup>21</sup> Näher dazu sowie zum Verständnis des wechselseitigen Verstehensprozesses als „hermeneutischer Zirkel“ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 101 f., 27 f. Für die Auswahl bzw. Eingrenzung des Normprogramms ist das juristische Vorwissen essentiell, welches ermöglicht, die Normtextfülle des geltenden Rechts sachverhaltsbezogen einzugrenzen, vgl. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, <sup>11</sup>2013, S. 530.

<sup>22</sup> Siehe unter § 12 III. 1. b).

<sup>23</sup> Als Signal kommt etwa in Betracht: ein deutlich erkennbares Regulierungsziel, das im Gesetz oder in der Gesetzesentwurfsbegründung verankert ist; die übergeordnete regulatorische Ausrichtung eines Regelungsbereichs; der präventive bzw. sanktionierende Charakter einer Norm, die als Regulierungsinstrument fungiert; die atypische Abweichung von einem gleichmäßigen Interessenausgleich durch zwingendes Vertragsrecht. Möglicherweise ist Richtern – eingedenk ihres Vorwissens – auch der regulatorische Normanlass eines Gesetzes grob bekannt, was zur genaueren Erforschung des konkreten Regulierungsziels Anlass geben sollte.

grundlage für privatrechtliche Regulierung ersichtlich ist, ist von der üblichen zivilgerichtlichen Aufgabe des einzelfallbezogenen Interessenausgleichs zwischen den Streitparteien abzuweichen.<sup>24</sup>

Das so beschriebene Vorgehen lässt sich anhand eines kürzlich vom BGH entschiedenen Nachbarschaftstreits über die Beseitigung überhängender Äste einer alten Schwarzkiefer verdeutlichen.<sup>25</sup> Es ging darum, ob der beeinträchtigte Nachbar in Ausübung seines Selbsthilferechts gem. § 910 Abs. 1 S. 2 BGB die überhängenden Äste abschneiden darf, obwohl infolgedessen ein Absterben der alten Schwarzkiefer zu befürchten stand. Folglich war zu prüfen, ob in der Konstellation ein umweltschutzbezogenes Regulierungsziel zu beachten ist, das etwa aus einer öffentlich-rechtlichen naturschutzrechtlichen Norm hervorgeht und dem Beschneiden der Schwarzkiefer entgegensteht. Der BGH hebt zutreffend hervor, dass öffentlich-rechtliche Naturschutzvorgaben möglicherweise die Ausübung des nachbarlichen Selbsthilferechts hindern können.<sup>26</sup> Da in der Konstellation jedoch keine für den Erhalt der Schwarzkiefer streitenden, gesetzlich verankerten Naturschutzziele ersichtlich waren, beschränkt sich das Gericht überzeugend darauf, den vom Gesetzgeber, der sich für eine „allgemein verständliche Ausgestaltung des Selbsthilferechts [...], die eine rasche Erledigung etwaiger Zwistigkeiten zwischen den Nachbarn ermöglicht“ entschieden habe, vorgesehenen Interessenausgleich ohne eine umweltschutzbezogene Verhältnismäßigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung umzusetzen.<sup>27</sup> Der BGH prüft also zunächst, ob (umweltschutzbezogene) Regulierungsziele bei der Streitentscheidung zu berücksichtigen sind und beschränkt sich dann, da für letzteres keine gesetzlichen Anknüpfungspunkte bestehen, auf die Umsetzung des gesetzlich vorgezeichneten nachbarlichen Interessenausgleichs.

In anderen Konstellationen ist für den Normanwender hingegen eine *regulatorische Prägung* eindeutig zu erkennen. So ist es etwa bei Sachverhalten, in denen es um die (Rück-)Abwicklung aufgrund Schwarzarbeit nichtiger Vertragsverhältnisse geht, naheliegend, das mit der Nichtigkeitssanktion gemäß § 134 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG verfolgte Regulierungsziel der Bekämpfung von Schwarzarbeit auch bei Anschlussfragen nach Gewährleistungs- und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen zu berücksichtigen. Entsprechend argumentiert der BGH in seiner Schwarzarbeiter-Entscheidung, dass der Ausschluss von Bereicherungsansprüchen des vorleistenden Schwarzarbeiters gem. § 817 S. 2 BGB auf der *gesetzgeberischen Intention* basiert, eine *möglichst*

---

<sup>24</sup> Man kann das Verhältnis von Interessenausgleich und Regulierung in der privatrechtlichen Rechtsanwendung also vorsichtig als Regel-Ausnahme-Verhältnis beschreiben, wobei der Interessenausgleich den Regelfall, die Regulierung den begründungsbedürftigen Spezialfall darstellt. Auf diese Weise kann allerdings – angesichts der heute zahlreichen regulatorischen Normen im Privatrecht – bloß eine Tendenz beschrieben werden.

<sup>25</sup> BGH NJW 2021, 2882; vgl. dazu *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 200–202.

<sup>26</sup> BGH NJW 2021, 2882 Rn. 28 ff.

<sup>27</sup> BGH NJW 2021, 2882 Rn. 24.

starke Abschreckungswirkung zu erzielen.<sup>28</sup> Der unter Bezug auf den Gesetzgeberwillen bestimmte regulatorische Schwerpunkt *verdrängt* dabei gewissermaßen das Anliegen eines gleichmäßigen Austarierens der Interessen von Unternehmer und Besteller. Als weiteres Beispiel für ein leicht erkennbares Indiz für die Regulierungsfunktion lässt sich die Vorstandshaftung gegenüber der Aktiengesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG anführen, die zur Sicherstellung einer guten Unternehmensleitung (*Good Governance*) und Milderung des Prinzipal-Agenten-Konflikts eine Haftung des Vorstands im Falle von Sorgfaltspflichtverstößen bestimmt.<sup>29</sup> Die verhaltenssteuernde Funktion der Haftung wird insbesondere durch den 2009 eingeführten obligatorischen *Selbstbehalt* der Haftungsadressaten bei Abschluss einer Directors-and-Officers-Versicherung durch die Gesellschaft bekräftigt (vgl. § 93 Abs. 2 S. 3 AktG).<sup>30</sup> Der zwingende Selbstbehalt lässt deutlich erkennen, dass mit der Haftung (auch) eine verhaltenssteuernde Wirkung bezweckt wird. In diesem Regulierungsinstrument ist also leicht ein Signal für die regulatorische Ausrichtung zu erkennen.<sup>31</sup>

Oftmals sind Regulierungsziele indes nicht sofort bei der Sachverhaltsbildung und Sichtung des Normprogramms ersichtlich. Vor allem sind gesetzgeberische Steuerungszwecke meist nicht unmittelbar aus dem Normbefehl erkennbar, sondern erst durch weitere Auslegung, insbesondere Erforschung des Anlasses bzw. Motivs der Normsetzung. Dies kann die Rechtsprechung des BGH zur Frage des Aufwendungsersatzes infolge einer Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer veranschaulichen. Auf den ersten Blick steht hier allein der Ausgleich gegenläufiger Interessen von Käufer- und Verkäufer im Zentrum. Der BGH ermittelt aber im Wege subjektiv-teleologischer Auslegung unter Berufung auf die Gesetzgebungsmaterialien, dass der Gesetzgeber mit dem Vorrang der Nacherfüllung, der sich aus der Systematik der §§ 437 ff. BGB ergibt, und dem damit korrespondierenden „Recht zur zweiten Andienung“ bewusst eine *Privilegierung der Verkäuferposition* bezwecken wollte, die es ihm ermöglicht, wirtschaftliche Nachteile durch eine fristgerechte Nacherfüllung abzuwenden.<sup>32</sup> Die-

<sup>28</sup> BGHZ 201, 1 Rn. 17 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, 22020, § 93 Rn. 1; vom regulatorischen bzw. präventiven Schwerpunkt der Organhaftung ausgehend auch Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 251 ff.; BGHZ 219, 193, 209 betont den Doppelzweck der Haftung: „§ 93 Abs. 2 AktG verfolgt den Zweck, die Schäden der Gesellschaft auszugleichen, die ihr durch die Pflichtverletzung ihrer Vorstandsmitglieder entstanden sind, und bereits der Entstehung solcher Schäden durch eine Steuerung des Verhaltens der Vorstandsmitglieder vorzubeugen.“

<sup>30</sup> Vgl. die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433, 11: „Die Haftung mit dem Privatvermögen wirkt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.“; dazu auch *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, 2020, § 93 Rn. 183.

<sup>31</sup> Allgemeiner ist festzuhalten: Ein gesetzlich vorgeschriebener Selbstbehalt in Haftungsfragen, spricht in der Regel für eine vom Gesetzgeber intendierte, auf das Haftungssubjekt bezogene Steuerungszwecke, und zwar umso stärker, je höher der vorgesehene Selbstbehalt ist.

<sup>32</sup> BGHZ 162, 219, 225 ff., insb. 227 f. Mit dem Recht zur zweiten Andienung werden insb.

ses Regulierungsziel einer allgemeinen wirtschaftlichen Besserstellung des Käufers werde unterlaufen, so der BGH, wenn man dem Käufer im Ergebnis – etwa unter Gewährung eines Anspruchs auf Erstattung ersparter Aufwendungen des Verkäufers gem. § 326 Abs. 2 S. 2 BGB – ein Recht zur Selbstbeseitigung von Mängeln auf Kosten des Verkäufers einräumte.<sup>33</sup> Das Gericht identifiziert hier also unter Erforschung des Normanlasses einen regulatorischen Schwerpunkt und legt diesen richtigerweise seiner Entscheidung zugrunde.

#### b) Offene und bestimmte Regulierungsermächtigungen

Allgemein lässt sich eine grobe Unterscheidung zwischen Normen treffen, die eine „offene“ Regulierungsermächtigung enthalten, wie insbesondere die Prävention von Verstößen gegen die Sittenordnung (z.B. §§ 138 Abs. 1, 826, 817 BGB) oder Verstößen gegen Verbots- oder Schutzgesetze (§§ 134, 823 Abs. 2 BGB)<sup>34</sup>, und solchen, die konkretere Regulierungsziele verfolgen, wie etwa § 241a BGB (Prävention wettbewerbswidrigen Verhalten und Effektivierung des Verbraucherschutzes), § 536 Abs. 1a BGB (Förderung der Energiewende) oder die CSR-Berichtspflichten für große Unternehmen in § 289c HGB (Förderung ökologischer und sozialer Nachhaltigkeit). Dabei ist die normtechnische Ausgestaltung als Generalklausel nicht immer der entscheidende Faktor. Manche Generalklauseln geben nämlich auch konkretere Regulierungsziele vor, eröffnen aber größere Auslegungsspielräume hinsichtlich der Gestaltung des Regulierungsinstruments. Beispielsweise sehen einige Generalklauseln konkrete Präventionsziele vor, z.B. § 138 Abs. 2 BGB (Verhinderung von Wucher), § 3 UWG (Verhinderung unlauterer Geschäftspraktiken) oder verlangen den Schutz bestimmter Interessen aus Gemeinwohlerwägungen, z.B. § 1666 Abs. 1 BGB (Schutz des Kindeswohls), § 93 Abs. 1 AktG (Schutz der Vermögensinteressen der Aktionäre).<sup>35</sup>

Bei den *offenen* Regulierungsermächtigungen liegt die Schwierigkeit darin, das Regulierungsziel für den konkreten Fall zu präzisieren. Diese Präzisierung sollte unter Bezugnahme auf positiv-rechtlich verankerte Regulierungsintenti-

---

gesamtökonomische Anliegen verfolgt (vgl. Entwurfsbegründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 89: „Bedürfnisse des heutigen Handels mit industriellen Massengütern“); dazu *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 100 f., der auch den „rechtsbescheidenden Charakter des Vorrangs der Nacherfüllung“ zulasten des Käufers hervorhebt (ebd., S. 103).

<sup>33</sup> BGHZ 162, 219, 226.

<sup>34</sup> §§ 134, 823 Abs. 2 BGB dienen vor allem zur Durchsetzung von Regulierungszielen, die im Verwaltungs- oder Strafrecht verankert sind. Sie stellen eine generalisierende Kombination von Regulierungsinstrumenten dar, indem sie allgemein auf öffentlich-rechtliche Verbots- bzw. Schutznormen verweisen. Dies bietet den Vorteil, dass nicht für jede öffentlich-rechtliche Norm, die auch private Rechtspositionen schützt, eine korrespondierende privatrechtliche Unwirksamkeits- oder Schadensersatznorm geschaffen werden muss. Zudem wird die Einheitlichkeit der Rechtsordnung gefördert. Vgl. dazu *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 604.

<sup>35</sup> Vgl. *Hellgardt*, ebd., S. 652, 684.

onen des Gesetzgebers erfolgen.<sup>36</sup> So ist etwa der besonders weite Maßstab der „guten Sitten“ primär anhand einfachgesetzlicher Wertungen innerhalb der Gesamtrechtsordnung – unter Einbezug des öffentlichen Rechts – zu konkretisieren.<sup>37</sup> Bei den *bestimmten* Regulierungsvorgaben ist die Zielsetzung enger, allerdings ist die regulatorische Ausrichtung hier zum Teil nicht sogleich deutlich aus dem Normbefehl erkennbar, weil das Regulierungsziel häufig nicht ausdrücklich genannt wird, sondern sich erst aus dem Normanlass ergibt, der durch Auslegung insbesondere unter Heranziehung der Gesetzbeurteilung zu ermitteln ist.<sup>38</sup> Die Schwierigkeit besteht hier also eher darin, die regulatorische Ausrichtung der Norm überhaupt zu erkennen.

### c) Eindeutige und uneindeutige Regulierungsermächtigungen

Des Weiteren lassen sich gesetzliche Grundlagen, deren regulatorischer Ermächtigungsgehalt unzweifelhaft ist, von solchen unterscheiden, die sich nur in Ausnahmefällen als Regulierungsermächtigung eignen, weil sie zuvörderst dem Interessenausgleich dienen. Für Normen, die eindeutig einen regulatorischen Ermächtigungsgehalt aufweisen, kann auf die soeben genannten Beispiele verwiesen werden (etwa §§ 138 Abs. 1, 241a, 536 Abs. 1a, 826 BGB, § 3 UWG). Dagegen stellen etwa die §§ 242,<sup>39</sup> 307 Abs. 1 BGB sowie die §§ 314 Abs. 1, 626 Abs. 1 BGB Generalklauseln dar, die funktional *primär* dem Interessenausgleich dienen und

<sup>36</sup> Es lässt sich eine Parallele zu den Begriffen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Polizeirecht ziehen, die größtenteils anhand der einfachgesetzlichen Normen, die mit ihnen in Bezug genommen werden, konkretisiert werden, vgl. *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11/2020, § 5 Rn. 5.

<sup>37</sup> Vgl. dazu *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 58. Die Gerichte haben Regulierungsziele, die sie auf Basis einer Generalklausel wie § 138 Abs. 1 BGB verfolgen, auch an neue Entwicklungen anzupassen, insb. wenn der Gesetzgeber die Veränderung bzw. Anpassung eines Regulierungsziels im Gesetz zum Ausdruck bringt.

<sup>38</sup> Vgl. etwa zu § 241a BGB RegE BT-Drucks. 14/2658, S. 22–24; zu § 536 Abs. 1a BGB RegE zum MietRÄndG BT-Drucks. 17/10485, S. 1 f.

<sup>39</sup> § 242 BGB stellt aus funktionaler Perspektive einen Grenzfall dar, weil die Norm aufgrund ihrer vom Gesetzgeber intendierten Offenheit bzw. Ausgestaltung als allgemeiner Rechtsgrundsatz einen variablen Anwendungsbereich und normativen Gehalt aufweist. Vor diesem Hintergrund wird sie auch als Ermächtigungsnorm für richterliche Rechtsbildung angesehen (vgl. *Schwab/Löhning*, Einführung in das Zivilrecht, 20/2016, Rn. 99). Der engere Anwendungsbereich der Norm bezieht sich auf Korrekturen schuldrechtlicher Beziehungen (vgl. *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 125) mit dem Ziel, im Einzelfall einen fairen, etwa nach Maßstäben der Loyalität, Aufrichtigkeit oder Gewissenhaftigkeit zu beurteilenden Interessenausgleich herzustellen. Es ist aber allgemein anerkannt, dass der Maßstab von „Treu und Glauben“ über den Wortsinn des § 242 BGB hinaus einen „das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz“ darstellt (BGHZ 85, 39, 48). Eine regulatorische Funktion kann § 242 BGB vor allem als Schranke „missbräuchlicher Rechtsausübung“ zukommen. So können durch allgemeine Begrenzungen vertraglicher Gestaltungsmacht auf der Grundlage von § 242 BGB auch Gemeinwohlziele wie z.B. Diskriminierungsschutz verfolgt werden.

daher grundsätzlich nicht als Regulierungsermächtigungen heranzuziehen sind.<sup>40</sup> Wollen Gerichte solche Normen im Ausnahmefall trotzdem als Regulierungsgrundlage nutzen, müssen sie in der Entscheidungsbegründung darlegen, weshalb ihre Heranziehung zu regulatorischen Zwecken notwendig ist, um ein bestimmtes legislatives Regulierungsziel umzusetzen und dass dies nicht zu einer überraschenden Rechtslage für die in der Folge belastete Partei führt, rechtsstaatliche Mindestanforderungen des Vertrauensschutzes also gewahrt werden.

Mit den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts steht am ehesten ein methodisches Verständnis von Generalklauseln als Verweisungen auf *innerrechtliche* Maßstäbe<sup>41</sup> in Einklang. Innerrechtliche Maßstäbe lassen sich in erster Linie den Wertungen des einfachen Rechts und der Verfassung entnehmen<sup>42</sup> und können regulatorische Vorgaben enthalten, indem sie bestimmte, von Rechts wegen zu verfolgende Gemeinwohlinteressen bestimmen. Dies bedeutet nicht, dass sich privatrechtliche Generalklauseln beliebig mit sämtlichen Gemeinwohlzielen, die im einfachen und insbesondere im öffentlichen Recht Erwähnung finden, auf-füllen ließen. Gerade unbestimmte Normen, die primär der Flexibilität des gerichtlichen Interessenausgleichs dienen, dürfen nur ausnahmsweise zu Regulierungszwecken „umfunktioniert“ werden. Gerichte müssen also herausarbeiten, weshalb ein einfach- oder verfassungsrechtlich verankertes Gemeinwohlinteresse in der betreffenden privatrechtlichen Fallkonstellation Berücksichtigung verlangt und auf Basis einer Generalklausel mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsentention durchgesetzt werden soll.<sup>43</sup> Ein (direkter) Bezug auf die Verfassung ist insbesondere möglich, wenn dieser eindeutige Regelungsaufträge<sup>44</sup> zu entnehmen sind oder wenn bereits einfachrechtliche Konkretisierungen offener Vorgaben ersichtlich sind,<sup>45</sup> die auch für den konkret zu entscheidenden

---

<sup>40</sup> Vgl. die ähnliche Differenzierung bei *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 684.

<sup>41</sup> Siehe dazu *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, S. 150–152 (m.w.N. und Kritik). Demgegenüber eignet sich die Orientierung an *außerrechtlichen* Maßstäben (dazu *Auer*, ebd., S. 146–150 m.w.N.) nicht als Grundlage für eine *regulatorische* Konkretisierung. Die Bestimmung von Regulierungszielen, die von (Privat-)Rechts wegen durchzusetzen sind, soll nämlich nicht mittels richtereigener Interpretation der in der Gesellschaft (vermeintlich) vorherrschenden Moral- oder Sozialvorstellungen erfolgen, sondern im dafür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren. Nur in Ausnahmefällen können Gerichte etwa einer gefestigten (allgemeinen oder branchenbezogenen) Verkehrssitte generalisierbare gesellschaftliche Wertvorstellungen entnehmen, die sich zu konkreten Gemeinwohlzielen verdichten.

<sup>42</sup> *Schubert*, in: *MünchKomm. BGB*, 92022, § 242 Rn. 25.

<sup>43</sup> In diesem Kontext kann auch auf obige Ausführungen (§ 10 I. 3.) zur verwaltungsrechtlichen Konkretisierung von Gemeinwohlklauseln Bezug genommen werden.

<sup>44</sup> In der Verfassung eignen sich vor allem *ergebnisbezogene* Aussagen zur direkten Umsetzung mittels einfachgesetzlicher Generalklauseln. Zu nennen sind etwa das Gleichstellungsgebot (Art. 3 Abs. 2 GG), der Diskriminierungsschutz (Art. 3 Abs. 3 GG), der Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) oder das Gleichstellungsgebot zwischen unehelichen und ehelichen Kindern (Art. 6 Abs. 5 GG).

<sup>45</sup> Beispielsweise findet das Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 GG nähere Kon-

privatrechtlichen Sachverhalt aussagekräftig sind. Es ist also ein klarer Zusammenhang zwischen den identifizierten öffentlichen Interessen und dem Lebensbereich, in dem der Sachverhalt spielt, herzustellen.

Der so beschriebene dogmatische Ansatz lässt sich anhand eines Beispiels aus der aktuellen arbeitsgerichtlichen Praxis zur Auslegung von § 626 Abs. 1 BGB<sup>46</sup> veranschaulichen. Der Kläger wehrte sich gegen eine außerordentliche Kündigung, die ihm infolge einer rassistischen Beleidigung ausgesprochen wurde – konkret: die Äußerung von Affenlauten („Ugah, Ugah“) gegenüber einem Kollegen mit dunkler Hautfarbe während einer Betriebsratsitzung.<sup>47</sup> Das Arbeitsgericht sah in der rassistischen Beleidigung „an sich“ einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung.<sup>48</sup> Dabei bezog es sich zur Auslegung des „wichtigen Grundes“ i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB auf die Wertungen in §§ 104, 75 Abs. 1 BetrVG und §§ 1, 7, 12 AGG, die insbesondere dem Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Rechnung tragen.<sup>49</sup> Auf dieser Basis nahm das Arbeitsgericht an, dass der Arbeitgeberin eine (allgemeine) Fürsorgepflicht zukomme, ihre Arbeitnehmer vor Diskriminierung zu schützen,<sup>50</sup> der sie mit der außerordentlichen Kündigung gerecht werde. § 626 Abs. 1 BGB wird in dieser Konstellation also – unter Bezugnahme auf einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Wertungen – als Grundlage genutzt, um über den Einzelfall hinaus Diskriminierungsschutz als Regulierungsziel durchzusetzen. Der hierbei verwendete methodische Ansatz steht mit den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts in Einklang, denn das Gericht bezieht sich auf ein in der Verfassung und im einfachen Recht angelegtes Regulierungsziel, dessen Durchsetzung auf Grundlage einer am positiven Recht orientierten, konkretisierenden Auslegung einer Generalklausel (§ 626 BGB) erfolgt und somit auch berechenbar für dadurch belastete Rechtsadressaten bleibt.

Ein weiteres Beispiel, in dem § 242 BGB unter Bezugnahme auf grundrechtliche Wertungen als regulatorische Schranke vertraglicher Gestaltungsmacht in-

---

kretisierung in den Vorschriften des AGG; Art. 20a GG wird vor allem im Bundes-KlimaschutzG in Gestalt der nationalen Klimaschutzziele (insb. Treibhausgasneutralität bis 2045, § 3 Abs. 2 S. 1 KSG) konkretisiert.

<sup>46</sup> § 626 Abs. 1 BGB ist funktional primär dem Interessenausgleich zuzuordnen, da die Abwägung der beiderseitigen Interessen an der Fortsetzung des Dienstverhältnisses im Zentrum steht. Es handelt sich um eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsgedankens, dass bei extremen Belastungen eines Dauerschuldverhältnisses ein unverzichtbares Freiheitsrecht bestehen muss, sich von diesem zu lösen (vgl. *Henssler*, in: MünchKomm. BGB, 92/2023, § 626 Rn. 1). Zum Teil können bei dieser Abwägung aber auch öffentliche Interessen eine tragende Rolle spielen. Werden diese bei der Rechtsanwendung schwerpunktmäßig berücksichtigt, kommt dieser (auch) eine regulatorische Funktion zu.

<sup>47</sup> BAG, Beschl. v. 23.10.2019 – 2 AZN 824/19 = BeckRS 2019, 50810; Vorinstanz: LAG Köln, Urt. v. 6.6.2019 – 4 Sa 18/19 = BeckRS 2019, 24767.

<sup>48</sup> LAG Köln, BeckRS 2019, 24767 Rn. 40.

<sup>49</sup> Vgl. dazu die Ausführungen im bestätigenden Beschluss, BVerfG AP BGB § 626 Nr. 278 Rn. 11 und 17 f.

<sup>50</sup> Vgl. BVerfG AP BGB § 626 Nr. 278 Rn. 2.

terpretiert wird, bietet eine ältere Entscheidung des BAG, in der die Kündigung eines Arbeitgebers gegenüber einem in der Probezeit befindlichen Arbeitnehmer aufgrund dessen Homosexualität als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und damit als unzulässige Rechtsausübung angesehen wurde.<sup>51</sup> Die regulatorische Dimension dieser Entscheidung wird deutlich, wenn das BAG ausführt, der Arbeitgeber sei „nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen“.<sup>52</sup> Damit wird (auch) allgemein der Schutz der Intims- und Privatsphäre von Arbeitnehmern als Bestandteil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrecht gestärkt, indem arbeitgeberseitige Kündigungen, die bloß auf der Missbilligung persönlicher Umstände beruhen, ausgeschlossen werden.

#### *d) Zwischenbetrachtung*

Die schwerpunktmäßige, rechtsfunktionale Analyse des einschlägigen Normprogramms ergibt, welche Rechtsfunktion(en) die gerichtliche Auslegung und Regelbildung maßgeblich steuern soll(en). Ist eine regulatorische Prägung des Normprogramms nicht ersichtlich, ist im Zweifel die für den gerichtlichen Interessenausgleich maßgebliche prinzipienbasierte Methodik anzuwenden und keine verstärkte Gesetzesbindung aufgrund des Gesetzesvorbehalts zu beachten. Ist hingegen ein regulatorischer Einschlag erkennbar, hat sich die richterliche Auslegung und Regelbildung an der – sogleich näher zu beschreibenden – regulatorischen Methodik zu orientieren, die aufgrund des Gesetzesvorbehalts bestimmte Voraussetzungen erfüllen muss.

Zum Teil weisen deutliche Signale auf die regulatorische Ausrichtung des Normprogramms hin, oftmals ergibt sich ein regulatorischer (Ermächtigungs-)Gehalt privatrechtlicher Normen aber auch erst bei näherer Erforschung der Gesetzgebungsmotive bzw. des Normanlasses. Bezüglich unbestimmter Rechtsbegriffe wurde festgehalten, dass sie zum Teil offene Regulierungsermächtigungen darstellen, die anhand innerrechtlicher Maßstäbe konkretisiert werden müssen. Sofern Generalklauseln primär eine interessenausgleichende Funktion zukommt (z.B. §§ 242, 314 Abs. 1, 626 Abs. 1 BGB), besteht eine besondere Argumentationslast, wenn Gerichte sie als Grundlage zur Verfolgung von Regulierungszielen heranziehen wollen.

---

<sup>51</sup> BAG NJW 1995, 275.

<sup>52</sup> BAG NJW 1995, 275, 277.

## II. Schritt 2: Ermittlung und Konkretisierung von Regulierungszielen

Sofern die Regulierungsfunktion als (ein) Schwerpunkt des einschlägigen Normprogramms ausgemacht wurde, ist das gesetzgeberische Regulierungsziel genauer zu ermitteln und sind gegebenenfalls auftretende Zielkonflikte aufzulösen. Die Bestimmung des Regulierungsziels erfolgt zuerst, da von ihr die zulässige Konkretisierung des Regulierungsinstruments abhängt.<sup>53</sup> So versetzt die Kenntnis des Regulierungsziels das Gericht erst in die Lage, die vom Gesetzgeber intendierte Steuerungswirkung in zulässiger Weise zu fördern, indem es die Konkretisierung der Verhaltensanforderungen und Rechtsfolgen einer Norm daran ausrichtet. Zudem kann die Identifizierung eines gesetzgeberischen Regulierungsziels die gerichtliche Einnahme einer Folgenperspektive legitimieren, wenn dies erforderlich ist, um den Normanwendungsbefehl sachgemäß auszuführen.<sup>54</sup>

Aus methodischer Perspektive lassen sich Regulierungsziele dem übergeordneten Begriff des Regelungszwecks (auch: *ratio legis*) zuordnen, der im Wege *teleologischer Auslegung* zu ermitteln ist.<sup>55</sup> Als potenzieller Regelungszweck zeichnet sich ein Regulierungsziel durch einen überindividuellen, politisch geprägten Gemeinwohlbezug aus.<sup>56</sup> Dem kommt auch die von *Ernst Steindorff* vorgeschlagenen Kategorie der „Politik des Gesetzes“ nahe,<sup>57</sup> mit der letztlich die

<sup>53</sup> Vgl. in diese Richtung *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2016, S. 75: „Wer Gesetze verfassungsgemäß anwenden will, muß, [...] bei jeder Auslegung des Wortlauts zunächst immer zu erkennen versuchen, was die Gesetzgebung mit dem Erlaß der anzuwendenden Vorschrift erreichen wollte. Er muss also nach dem *Normzweck*, dem *rechtspolitischen Regelungsziel* der Vorschrift fragen. Das ist der unabdingbar notwendige *erste*, nicht der *letzte* Schritt der Gesetzesanwendung.“ (Hervorhebung im Original); ähnlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12022, Rn. 725. Zur (bloß) schematischen Trennung von Regulierungszielen und -instrumenten siehe § 11 Fn. 22; zur Definition dieser Begriffe § 11 II. und III.

<sup>54</sup> Der Gesetzgeber nimmt bei der Schaffung regulatorischer Normen in erster Linie eine Folgenperspektive ein. Er hat in der Regel weniger die Stimmigkeit des Privatrechts als prinzipienbasiertes System, denn die Implementierung politischer Ziele mittels bestimmter privatrechtlicher Regelungen im Blick, vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 370.

<sup>55</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 657 betont die zentrale Bedeutung der teleologischen Auslegung für die regulatorische Rechtsanwendung; allg. zur Ermittlung der Zwecke des Gesetzgebers durch teleologische Auslegung *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 210 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 149 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2011, S. 449 ff.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2023, S. 180 ff.

<sup>56</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 439: „Die Definition des Regulierungsziels ist vielmehr das genuin politische Element der Regulierung [...]“; dazu auch unter § 10 II.

<sup>57</sup> *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217, 230 ff. (mit einem Fokus auf wirtschaftspolitische Zielsetzungen).

politische Zielsetzung des Gesetzes gemeint ist, die im Rahmen der teleologischen Auslegung besonders berücksichtigt werden soll.<sup>58</sup> Nach dem hier entwickelten Verständnis der Rolle des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht ist entscheidend, dass solche Zielsetzungen vom Gesetzgeber selbst bestimmt werden müssen,<sup>59</sup> was etwa gegen eine richterliche Zweckermittlung im Wege objektiv-teleologischer Auslegung spricht, für die es gerade nicht auf die bewusste Regelungsabsicht des Gesetzgebers ankommen soll.<sup>60</sup> Nachfolgend werden unter Einbezug der klassischen Auslegungskanones (Grammatik, Systematik, Historie), die man auch als „Hilfsmittel“ zur Ermittlung des Gesetzeszwecks verstehen kann,<sup>61</sup> Leit- und Grenzlinien für die richterliche Ermittlung von Regulierungszielen entwickelt. Als erstes wird erläutert, dass Zivilgerichte grundsätzlich nicht berechtigt sind, eigenständig neue Regulierungsziele zu schöpfen (1.). Anschließend werden zulässige methodische Wege zur Ermittlung und Konkretisierung von Regulierungszielen aufgezeigt. Dabei lassen sich Konstellationen, in denen der Gesetzgeber Regulierungsziele explizit vorgeben hat (2.), von solchen unterscheiden, in denen konkludent vorgegebene Regulierungsziele durch subjektiv-teleologische Auslegung zu ermitteln sind (3.). Schließlich werden methodische Spielräume beleuchtet, im Rahmen derer Gerichte begrenzt schöpferische Elemente bei der Bestimmung von Regulierungszielen wahrnehmen können (4.), wobei die Umsetzung höherrangiger Regulierungsziele gesondert betrachtet wird (5.).

### 1. Grundsatz: Keine Neuschöpfung von Regulierungszielen durch Gerichte

Der Gesetzesvorbehalt verlangt, dass der Gesetzgeber Gemeinwohlziele, die im Privatrecht unter Einschränkung individueller Interessen zu verfolgen sind, selbst bestimmt. Dies schließt die autonome Neuschöpfung von Regulierungszielen durch (Zivil-)Gerichte aus.<sup>62</sup> Zur Veranschaulichung dieses Grundgedan-

<sup>58</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 153.

<sup>59</sup> Die primäre Kompetenz des Gesetzgebers zur Konkretisierung des Gemeinwohls betont Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 629 (mit Verweis auf Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 211).

<sup>60</sup> Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 154; allg. krit. zur objektiven Auslegung aufgrund ihres „schöpferischen“ Charakters Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 89 f.; Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 2017, S. 181 f.

<sup>61</sup> Vgl. Tipke, in: FS v. Wallis, 1985, S. 133, 135: „Es gibt keine grammatische, systematische und historische Auslegung neben der teleologischen Auslegung. Vielmehr ist teleologisch oder nach dem Gesetzeszweck auszulegen. Grammatik, System und Historie sind nur Mittel, den Gesetzeszweck herauszufinden.“ (Hervorhebung im Original).

<sup>62</sup> Allgemeiner ist von einem Verbot der „Zweckunterstellung“ auszugehen; vgl. Reimer, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, S. 363 f. Bei der in anderer Stoßrichtung verlaufenden Aufgabe von Regulierungszielen – etwa nach dem Grundsatz cessante legis ratiō cessat lex ipsa (näher Kramer, Juristische Methodenlehre, 2016, S. 241 f.) – besteht in erster Linie ein Konflikt mit dem Vorrang des Gesetzes, weil vorhandene gesetzliche Regulierungsvorgabe nicht (mehr) beachtet werden.

kens werden im Folgenden Beispiele zur Überschreitung richterlicher Kompetenzgrenzen angeführt, denen gemein ist, dass die entscheidenden Zivilgerichte eine Rechtsfortbildung unter Berufung auf eigens bestimmte Regulierungsziele zu rechtfertigen suchen.<sup>63</sup>

Ein prominentes Beispiel bietet die Rechtsprechung des BGH zur Begrenzung der Haftung gerichtlicher Sachverständiger aus § 823 Abs. 1 BGB auf *vorsätzliche* Schädigungen.<sup>64</sup> Das Gericht berief sich zur Begründung dieser – damals nicht gesetzlich vorgesehenen – Haftungsprivilegierung auf öffentliche Interessen, konkret auf den Schutz der „Stellung des Sachverständigen als Gehilfen des Richters bei der Urteilsfindung“ sowie „die Belange der Allgemeinheit am Funktionieren der Rechtspflege“ und folgerte, privatrechtliche Interessen Einzelner, namentlich der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder die Freiheit der Person, müssten dahinter zurücktreten.<sup>65</sup> Das BVerfG sah darin eine Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung und betonte, die Entscheidung beruhe „ersichtlich auf *eigenen rechtspolitischen Erwägungen*, kraft deren das deliktsrechtliche System der Jedermann-Haftung durch eine gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahmen durchbrochen wird.“<sup>66</sup>

Ein weiteres Beispiel bietet die Rechtsprechung des BAG zur Privilegierung von Sozialplanabfindungen im Konkurs. Die damalige Konkursordnung enthielt eine geschlossene Rangordnung der Konkursforderungen in § 61 Abs. 1 KO (a.F.),<sup>67</sup> welche eine Privilegierung der Sozialplanforderungen nicht vorsah. In Verfolgung des sozialpolitischen Ziels, den wirtschaftlichen Wert der Sozialplanabfindungsansprüche sicherzustellen und ihrer existentiellen Bedeutung für die Arbeitnehmer Rechnung zu tragen, ordnete der Große Senat des BAG die Forderungen trotz der geschlossenen Gesetzssystematik als bevorrechtigte Konkursforderungen im Sinne des § 61 Abs. 1 KO (a.F.) und zwar im Rang vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO (a.F.) ein.<sup>68</sup> Das BVerfG sah darin eine Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Es beanstandete, das BAG habe „sich aus im wesentlichen *sozialpolitischen* Gründen zu seinem Eingriff in das Ranggefüge der Konkursordnung entschlossen“.<sup>69</sup> In den Gesetzgebungsmaterialien

<sup>63</sup> In den angeführten Beispielen lässt sich zum Teil auch aufgrund einer Missachtung des Vorrangs des Gesetzes eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung annehmen. Sie eignen sich aber besonders als Anschauungsmaterial für die vorliegende Untersuchung, da die gerichtliche Rechtsfortbildung hier gerade mit der Verfolgung gerichtlich bestimmter Regulierungsziele gerechtfertigt wird.

<sup>64</sup> BGHZ 62, 54; s.a. BGH NJW 1968, 787; vgl. dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 679.

<sup>65</sup> BGHZ 62, 54, 59 f.

<sup>66</sup> BVerfGE 49, 304, 322 (Hervorhebung hinzugefügt). Der Gesetzgeber hat die Haftung nunmehr in § 839a BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt.

<sup>67</sup> Inzwischen wurde in § 123 Abs. 2 S. 1 InsO eine Sonderregelung zu Sozialplanverbindlichkeiten getroffen, mit der sie als Masseverbindlichkeiten (d.h. vorrangig vor Insolvenzforderungen) eingeordnet werden.

<sup>68</sup> BAG (Großer Senat), NJW 1979, 774, 777 ff.

<sup>69</sup> BVerfGE 65, 182, 194 (Hervorhebung im Original).

sei kein Wille des Gesetzgebers zur Besserstellung der Sozialabfindungen gegenüber anderen Konkursgläubigern erkennbar.<sup>70</sup> Eine Berufung auf höherrangiges Recht, konkret auf das Sozialstaatsprinzip, sei nicht möglich, da dessen Verwirklichung in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers sei und dem Sozialstaatsprinzip regelmäßig keine unmittelbaren Handlungsanweisungen zu entnehmen seien.<sup>71</sup> Es wurde auch darauf hingewiesen, dass die (regulatorische) Rechtsfortbildung zu starken Einbußen für sonstige Konkursgläubiger führe, deren Realisierungschancen infolge einer vorrangigen Bedienung der Sozialplanabfindungsforderungen verringert würden.<sup>72</sup>

Schließlich sei ein weniger prominentes Beispiel erwähnt, welches in Zusammenhang mit einer kürzlich vom BGH im Werkrecht vollzogenen Rechtsprechungsänderung<sup>73</sup> zur Berechnung des Schadensersatzes auf der Basis fiktiver Schadens- bzw. Mängelbeseitigungskosten steht. In Anlehnung an die auf das Werkrecht bezogene Entscheidung des BGH, wonach fiktive Mängelbeseitigungskosten keine taugliche Grundlage zur Schadensersatzberechnung mehr darstellen sollen, entschied das LG Darmstadt, dass eine Schadensersatzberechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auch im Deliktsrecht insbesondere bei Verkehrsunfällen nicht mehr zulässig sei.<sup>74</sup> Die zentrale Argumentation des Gerichts war regulatorischer Natur:

„Nach Auffassung der Kammer gebieten schließlich auch zweck- und rechtsfolgenorientierte Erwägungen diesen Schritt. Die Möglichkeit der rein fiktiven Schadensberechnungen ist [...] das Einfallstor für Versicherungsbetrügereien und gestellte, provozierte oder sonst manipulierte Verkehrsunfälle schlechthin [...]. Allgemein [...] ist die Möglichkeit der fiktiven Schadensabrechnung die unverzichtbare Geschäftsgrundlage krimineller Machenschaften im Zusammenhang mit der Regulierung von Sachschäden gerade bei Unfallsachen. Gibt man freilich mit guten Gründen die Rspr. über die Anerkennung der fiktiven Schadensabrechnung generell auf, ist diesen ‚Geschäftsmodellen‘ auf einen Schlag die Grundlage entzogen, weil dann nur noch tatsächlich angefallene Reparaturkosten geltend gemacht werden können, die in jeder Hinsicht überprüfbar sind.“<sup>75</sup>

Problematisch ist dabei vor allem, dass die regulatorische Zielsetzung, welche im Wege einer Einschränkung der Schadensersatzberechnungsmöglichkeiten erreicht werden soll, vom LG Darmstadt *selbst* bestimmt wird. Die Entwicklung findet zudem keinen Rückhalt im Wortlaut des § 249 Abs. 2 BGB, wonach der Gläubiger statt der Restitution den dafür „erforderlichen Geldbetrag“ verlangen kann, woraus sich der Grundsatz der Dispositionsfreiheit ergibt.<sup>76</sup> Das

---

<sup>70</sup> BVerfGE 65, 182, 193.

<sup>71</sup> BVerfGE 65, 182, 193.

<sup>72</sup> BVerfGE 65, 182, 195.

<sup>73</sup> BGHZ 218, 1.

<sup>74</sup> LG Darmstadt, Urt. v. 24.10.2018 – 23 O 356/17, r+s 2019, 173 (m. Anm. *Lehmke*); ebenso LG Darmstadt, Urt. v. 23.11.2018 – 2 O 471/16, BeckRS 2018, 49567.

<sup>75</sup> LG Darmstadt, Urt. v. 24. 10. 2018 – 23 O 356/17, r+s 2019, 173, 175 f.

<sup>76</sup> OLG Frankfurt a. M., NJW 2020, 482, 483 Rn. 20.

OLG Frankfurt a. M. hat die Entscheidung denn auch aufgehoben und eine Kompetenzübertretung des LG Darmstadt gerügt.<sup>77</sup>

Die Beispiele zeigen zum einen, dass die eigenständige Schöpfung von Regulierungszielen im Wege gerichtlicher Rechtsfortbildung in der Praxis durchaus vorkommt. Zum anderen wird deutlich, dass auch das BVerfG hierin regelmäßig eine Überschreitung richterlicher Kompetenzen sieht, wenn auch der Gesetzesvorbehalt dabei nicht explizit erwähnt wird, sondern der Fokus auf methodischen Fehlern liegt. Jedenfalls findet die hier vertretene These, wonach die Bestimmung der Gemeinwohlinteressen, die mittels Privatrecht verfolgt werden sollen, in der alleinigen Kompetenz des Gesetzgebers liegt, in der Rechtsprechung des BVerfG Rückhalt. Die Bestimmungskompetenz des Gesetzgebers schließt es hingegen nicht aus, dass Gerichte auf verschiedenen methodischen Wegen legislative Regulierungsziele ermitteln und fördern.

## *2. Explizit vorgegebene Regulierungsziele: Auslegung nach Wortsinn und Systematik*

Vom Gesetzgeber explizit vorgegebene Regulierungsvorgaben lassen sich im Wege der grammatischen und – auf das engere Regelungsumfeld bezogenen – systematischen Auslegung ermitteln. Ihre Berücksichtigung ist nicht bloß unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts unproblematisch, sondern nach dem Grundsatz des *Vorrangs des Gesetzes* geboten.<sup>78</sup> Die Zivilgerichte müssen den klar erkennbaren Steuerungswillen des Gesetzgebers umsetzen, indem sie die zur Streitentscheidung erforderliche Regelbildung unter Berücksichtigung ihrer Folgewirkungen an der identifizierten legislativen Regulierungsintention orientieren.

Ein Beispiel für die explizite Aufnahme von Regulierungszielen in den Gesetzestext bietet § 555d Abs. 2 BGB, der vorsieht, dass die „Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes“ zu berücksichtigen sind, wenn zu beurteilen ist, ob dem Mieter eine Modernisierungsmaßnahme zumutbar ist, oder § 536 Abs. 1a BGB, der die Vornahme einer „energetischen Modernisierung“ als Grund für einen Minderungsausschluss bestimmt. Das Gericht muss die Begriffe „Energieeinsparung“, „Klimaschutz“ und „energetische Sanierung“ semantisch erfassen und ihre regulatorische Zielrichtung erkennen. Der Wortsinn ist anhand des vorhandenen sprachlichen Erfahrungsschatzes zu ermitteln, wobei grund-

<sup>77</sup> Siehe OLG Frankfurt a.M., NJW 2020, 482, 483 Rn. 27–29: „Wenn das *LG* zur Begründung seiner Auffassung ausführt, dass die fiktive Abrechnung das Einfallstor für Betrügereien sei, übersteigt dies [...] seine Kompetenz, da der Gesetzgeber die fiktive Abrechnung vorsieht. [...] Wenn sich das *LG* in der Position sieht, die dogmatische Neujustierung des Schadensersatzrechts vorzunehmen [...], übersieht es auch insoweit, dass dies grundsätzlich Sache des Gesetzgebers und nicht des *LG* ist.“

<sup>78</sup> So auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 400; ähnlich *Steindorff*, in: *FS Larenz*, 1973, S. 217, 235.

sätzlich der entstehungszeitliche Sprachgebrauch maßgebend ist, da dieser am ehesten die Regelungsintention des Normverfassers widerspiegelt.<sup>79</sup> Gegebenenfalls sind Zielketten zu identifizieren,<sup>80</sup> um die Subziele im Lichte des Oberziels interpretieren zu können. So dient etwa die Förderung energetischer Sanierungen der Energieeinsparung und letztere dem Oberziel des Klimaschutzes. Daraus lässt sich ableiten, dass Wohnungsmodernisierungen nur unter die vorgesehenen Privilegierungen fallen, wenn sie tatsächlich auf eine emissionsreduzierende Energieeinsparung abzielen und dazu einen Beitrag leisten können. Auch bei konkreter Vorgabe von Regulierungszielen können auf semantischer Ebene Schwierigkeiten auftreten, etwa wegen Mehrdeutigkeit, Inkonsistenz oder Vagheit von Begriffen,<sup>81</sup> sodass unterstützend auf systematische und historische Auslegungskriterien abzustellen ist. So lässt sich etwa die Annahme, dass der Minderungsausschluss in § 536 Abs. 1a BGB der Förderung der Energiewende und dem Klimaschutz dient, durch einen Blick auf die in der Gesetzesbegründung genannten Motive bestätigen.<sup>82</sup>

Allgemein kommt der „rein“ grammatischen Auslegung bei der Ermittlung von Regulierungszielen im Privatrecht eine untergeordnete Bedeutung zu, weil die explizite Vorgabe solcher Ziele im Gesetzestext selten ist. So wurde bereits in obigen Ausführungen zur Perspektive des Gesetzgebers gezeigt,<sup>83</sup> dass im Privatrecht Finalnormen, die gesetzgeberische Steuerungsziele *ausdrücklich* benennen, rar sind und Normen den Gesetzeszweck meistens *konkludent* voraussetzen.<sup>84</sup> Gesetzgeberische Steuerungsintentionen sind folglich selten unmittelbar dem Normbefehl zu entnehmen, sondern durch Erforschung des Normanlasses bzw. der Gesetzgebungsmotive zu ermitteln. In neueren Gesetzen werden allerdings zunehmend Zweckvorgaben insbesondere in der Präambel oder im ersten Paragraphen eines Gesetzes festgelegt.<sup>85</sup> In diesen Fällen lassen sich die Bedeutungszusammenhänge innerhalb eines Gesetzes oder eines Regelungskomplexes durch systematisch-logische Auslegung herstellen.<sup>86</sup>

Beispielsweise sind zur Bestimmung der mit den Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen in §§ 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 UWG zu verfolgenden Regulierungsziele die in § 1 Abs. 1 UWG bestimmten Gesetzeszwecke<sup>87</sup> maßge-

---

<sup>79</sup> So Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 189; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 144.

<sup>80</sup> Dazu aus Gesetzgebungsperspektive unter § 11 II. 1.

<sup>81</sup> Zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung des semantischen Normgehalts Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 188 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Gesetzesentwurf BReg zum MietRÄndG BT-Drucks. 17/10485. S. 1 f.

<sup>83</sup> Siehe insb. unter § 11 II. 2. b).

<sup>84</sup> So allgemein zur Bestimmung von Gesetzeszwecken Möllers, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2023, S. 184.

<sup>85</sup> Möllers, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 183; s.a. unter § 11 II. 2. a).

<sup>86</sup> Dazu näher Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 145 ff.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 442 ff.

<sup>87</sup> Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor

bend. In ähnlicher Weise geben die im Unionssekundärrecht genutzten Erwägungsgründe Aufschluss über bestimmte Regelungsabsichten des Unionsgesetzgebers.<sup>88</sup> Im Fall von Legaldefinitionen ist die systematische Auslegung noch klarer angelegt. So verweist etwa der bereits erwähnte § 536 Abs. 1a BGB zum Verständnis der „energetischen Modernisierung“ auf § 555b Nr. 1 BGB, der spezifiziert, dass die Modernisierung dazu dienen muss, dass „Endenergie nachhaltig eingespart wird“ und somit das mit dem Minderungsausschluss verfolgte Regulierungsziel präzisiert.<sup>89</sup>

Problematischer ist bereits die Frage, inwieweit das Regulierungsziel einer Norm auch auf den näheren Regelungsumkreis „ausstrahlt“, etwa auf die Beurteilung, ob dem Mieter für Verschlechterungen der Mietsache infolge einer energetischen Modernisierung (z.B. Dunkelheit infolge Verkleinerung der Fenster zum Zweck besserer Isolierung) Schadensersatzansprüche aus § 536 Abs. 1a BGB wegen Mietmängeln zustehen, oder ob diese ausgeschlossen sind, wenn sie eine direkte Folge der Modernisierungsmaßnahme darstellen.<sup>90</sup> Dies ist zu verneinen, weil grundsätzlich auch bezüglich der Umsetzung und Reichweite eines Regulierungsziels eine gesetzgeberische Entscheidung erforderlich ist und diese Kompetenz nicht ohne besondere Rechtfertigung von den Gerichten beansprucht werden darf. Wenn eine „punktuelle“ privatrechtliche Regulierungsermächtigung vorliegt, wie im Beispiel des § 536 Abs. 1a BGB, darf diese von Gerichten nicht ausgedehnt werden.

Der so beschriebene Rahmen der Ermittlung konkret vorgegebener Regulierungsziele wird bereits verlassen, wenn im Wege „extensiver“ systematischer Auslegung auf Regulierungsziele Bezug genommen wird, die außerhalb des engeren Regelungskontexts liegen, also aus einem Nachbargebiet oder aus öffentlich- oder strafrechtlichen Normen stammen und für deren Übertragung keine klare Anweisung in einer privatrechtlichen Verweisungsnorm ersichtlich ist. In diesen Fällen ist der enge Legitimationszusammenhang zwischen legislativer Steuerungsintention und zivilgerichtlicher Regelbildung nicht mehr gewahrt, sodass

---

unlauteren geschäftlichen Handlungen und Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

<sup>88</sup> Nach EuGH, Urt. v. 31.7.1989, C-215/88, EU:C:1989:331, Rn. 31 – Casa Fleischhandel, kann eine Begründungserwägung „dazu beitragen, Aufschluß über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben“; vgl. auch Möllers, Juristische Methodenlehre, 52023, S. 184, der annimmt, dass hierbei teleologische und historische Interpretation ineinander übergehen.

<sup>89</sup> Die Vorgabe der „nachhaltigen“ Energieeinsparung macht deutlich, dass Maßnahmen, die bloß einer kurzfristigen Energieeinsparung dienen (z.B. mit dem Ziel einer kurzfristigen Aufstockung der staatlichen Energiereserven), nicht gemeint sind.

<sup>90</sup> Vgl. dazu ablehnend LG Düsseldorf, Urt. v. 18.6.2014, BeckRS 2015, 72: „Eine Duldungspflicht besteht lediglich in Bezug auf die Durchführung der Modernisierungsmaßnahme. Der Mieter muss aber darüber hinaus nicht dulden, dass die Mietsache nach Durchführung der Modernisierungsmaßnahme nicht mehr dem vertragsgemäßen Zustand entspricht. Die §§ 535–536a BGB bleiben von §§ 555a–f BGB weitgehend unberührt.“; vgl. auch Eissenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 152021, § 555d BGB Rn. 91.

Gerichte einen erhöhten Legitimationsaufwand erbringen müssen, worauf so gleich noch näher einzugehen ist. Auch die Anwendung von Transformationsnormen wie §§ 134, 823 Abs. 2 BGB geht über eine systematische Auslegung (im engeren Sinn) hinaus. Zwar dienen auch diese Normen – wie die systematische Auslegung allgemein – der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Allerdings beschränkt sich die richterliche Tätigkeit hier nicht auf die Umsetzung eines konkreten Normverweises oder den Einbezug des Zwecks einer benachbarten Norm, sondern dem Richter wird aufgrund des Blankettcharakters<sup>91</sup> der Verweisungsnorm ein beachtlicher Beurteilungsspielraum dabei eingeräumt, zu bestimmen, ob und inwieweit ein Verbots- oder Schutzgesetz vorliegt, das Regulierungsziele enthält, die mittels der privatrechtlichen Instrumente der Vertragsnichtigkeit bzw. des deliktischen Schadensersatzes zu verfolgen sind.

### 3. Konkludent vorgegebene Regulierungsziele: Subjektiv-teleologische Auslegung

Mit der konkludenten Verfolgung von Regulierungszielen sind die Fälle gemeint, in denen sich der regulatorische Normzweck nicht unmittelbar aus dem Wortlaut oder der engeren Gesetzssystematik, sondern erst unter Heranziehung weiterer methodischer Kriterien ergibt. Die Loslösung vom Gesetzeswortlaut und einer eng verstandenen Gesetzssystematik kann aber trotz der verstärkten Gesetzesbindung im Bereich regulatorischer Privatrechtsanwendung zulässig sein, wenn Regulierungsziele des Gesetzgebers nachvollziehbar herzuleiten sind. Auch im Bereich grundrechtsintensiver Regulierung muss sich die Rechtsprechung also nicht auf eine „Buchstabenjurisprudenz“<sup>92</sup> beschränken.<sup>93</sup> Ein dem Normwortlaut nicht unmittelbar entnehmbares,<sup>94</sup> aber methodisch überzeugend ermitteltes

---

<sup>91</sup> So zu § 134 BGB *Fischinger/Hengstberger*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2021, § 134 Rn. 9.

<sup>92</sup> *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 94.

<sup>93</sup> Ähnlich *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 134, der annimmt, dass die Funktion des Gesetzesvorbehalts nicht ausschließt, einzelne Lücken vorhandener Eingriffsregelungen durch – dem Bürger nachteilige Rechtsfortbildung – zu schließen. Trotz strengerer Geltung des Gesetzesvorbehalts ist die Rechtsprechung also nicht – nach dem Vorbild der Begriffsjurisprudenz – auf logisch-begriffliche Schlussfolgerungen innerhalb des im Gesetz vorzufindenden Begriffssystems beschränkt. Näher zur Begriffsjurisprudenz *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 109–113; als Vertreter sei *Georg Friedrich Puchta* genannt, der die Vorstellung von einer „Genealogie der Begriffe“ geprägt hat, womit er die (Haupt-)Aufgabe der Rechtswissenschaft beschreibt, den Rechtsstoff als geschlossenes System zusammenhängender Begriffe aufzubereiten (*Puchta*, *Cursus der Institutionen I*, <sup>4</sup>1853, S. 101).

<sup>94</sup> Bereits *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 92 formuliert mit Blick auf die mittels Auslegung zu ermittelnden legislativen Interessen: „Die sprachlichen Hilfsmittel sind meistens sehr wichtig, aber ein qualitativer Vorzug gebührt ihnen nicht. Die Meinung, daß jeder Gedanke irgendeinen sprachlichen Ausdruck gefunden haben müsse, um berücksichtigt zu werden, ist zwar sehr weit verbreitet aber nicht haltbar.“

Regulierungsziel kann einen tauglichen Anknüpfungspunkt für gerichtliche Regulierung darstellen. Dabei ist allerdings auch der bereits mehrfach erwähnte *Stufencharakter* des Gesetzesvorbehalts zu beachten ist: Je stärker in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen wird, desto deutlicher muss das Ziel des gesetzgeberischen Willens zum Ausdruck kommen.<sup>95</sup> Das BVerfG legt diesbezüglich bisweilen einen sehr großzügigen Maßstab an, wenn es etwa annimmt, auch eine wenig präzise gesetzliche Grundlage könne bei „starken Grundrechtseingriffen“ den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügen, wenn „mit herkömmlichen Mitteln juristischer Methoden klare Ergebnisse erzielt werden können“.<sup>96</sup> Im Folgenden ist zu präzisieren, welche methodischen Mittel bei der Ermittlung von Regulierungszielen vor der kompetenzrechtlichen Folie des Gesetzesvorbehalts (noch) zulässig bzw. vorzugswürdig sind. Dabei besteht nicht der Anspruch, eine spezifische Methode eindeutig einem bestimmten verfassungstheoretischen Kompetenzverständnis zuzuordnen, etwa die *subjektive Theorie* einem *parlamentsfokussierten* und die *objektive Theorie* einem *gerichtsfokussierten*.<sup>97</sup> Es geht vielmehr darum, sich den Methodenfragen aus der verfassungsrechtlichen Perspektive des Gesetzesvorbehalts anzunähern – die freilich eher *parlamentsfokussiert* ist –, und Argumente zu entwickeln, weshalb bestimmte Auslegungsmethoden vorzugswürdig erscheinen.

<sup>95</sup> BVerfGE 87, 287, 317 ff. (zu Bestimmtheitsanforderungen an Vorschriften der Bundesrechtsanwaltsordnung, die die Unvereinbarkeit des Anwaltsberufs mit anderen beruflichen Tätigkeiten anordnen).

<sup>96</sup> BVerfGE 87, 287, 318. Das BVerfG misst hier der Gesetzesbegründung zentrale Bedeutung für die gerichtliche Ermittlung des gesetzgeberischen Regulierungsziels bei. Zur Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage führt es aus: „Diese Unschärfe [...] wäre verfassungsrechtlich zu beanstanden, könnten nicht andere Auslegungsmittel zur Klärung beitragen. Diese Möglichkeit besteht jedoch. Der eingehenden Begründung des Regierungsentwurfs ist zu entnehmen, daß [...]“. Weiter heißt es: „Da dieses Ziel dem Gesetz und seiner Begründung eindeutig entnommen werden kann, erweist sich die Regelung insoweit als ausreichend bestimmt.“ (Zitate: BVerfGE 87, 287, 318 f.).

<sup>97</sup> In diese Richtung *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 54 f.; dagegen hält *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 348–354, den Versuch, anhand der Differenzierung zwischen objektiver und subjektiver (Auslegungs-)Theorie ein angemessenes Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu rekonstruieren, nicht überzeugend. Er versteht die Theorien eher als „Chiffren“, denn als selbstständige Kategorien, die eine „notwendige Verbindung“ zu einem bestimmten (parlaments- oder gerichtsfokussierten) verfassungstheoretischen Verständnis herstellen (ebd., S. 352 f.). Näher zur Unterscheidung einer *parlamentsfokussierten* und einer *gerichtsfokussierten* Grundposition in der Diskussion um die Aufgabenverteilung von Gesetzgebung und Rechtsprechung *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 5–11.

## a) Vorrang der subjektiv-teleologischen Auslegung

Eine wichtige Erkenntnis, die sich aus dem Gesetzesvorbehalt für die regulatorische Privatrechtsdogmatik ergibt, liegt in der Notwendigkeit, Regulierungsziele auf den subjektiven Gesetzgeberwillen zurückzuführen. Vor diesem Hintergrund lässt sich für die regulatorische Rechtsanwendung zu dem Streit um den Vorrang der subjektiv- oder objektiv-teleologischen Auslegung,<sup>98</sup> der „jede Juristengeneration stets aufs Neue beschäftigt“<sup>99</sup>, Stellung beziehen. Der Streit dreht sich um das Ziel der Gesetzesauslegung und ist hier aus Perspektive der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu beleuchten. Während die subjektive Theorie – mit unterschiedlichen Nuancen – die Entstehungsgeschichte (Historie) des Gesetzes heranziehen möchte, um den Gesetzeszweck anhand des *Regelungswillens des Gesetzgebers* zu ermitteln, stellt die objektive Theorie auf einen *dem Gesetz selbst innewohnenden Zweck* ab, der im Wege objektiv-teleologischer Auslegung bestimmbar sei.<sup>100</sup> Ein wichtiger praktischer Unterschied zwischen beiden Auslegungstheorien besteht darin, dass die subjektive Auslegung den Gesetzgebungsmaterialien einen hohen Stellenwert für die Erforschung des Gesetzeszwecks beimisst, diese also – in Ergänzung des Gesetzestexts – als maßgebliche Quelle heranzieht.<sup>101</sup> Die objektive Theorie, die insbesondere das BVerfG lange Zeit überwiegend vertrat, stellt dagegen in Abrede, dass ein historischer Gesetzgeberwille aus den Gesetzesmaterialien herzuleiten sei und nimmt an, der Wille des Gesetzgebers könne nur insoweit berücksichtigt werden, als er im Gesetz selbst hinreichend klaren Ausdruck gefunden habe.<sup>102</sup> Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass in jüngerer Zeit auch in der

---

<sup>98</sup> Krit. zur wenig geglückten Begriffswahl *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 631: „Subjektive‘ Auslegung ist objektiv, ‚objektive‘ Auslegung ist subjektiv.“; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 797: „Die sog. objektive Auslegung verwirklicht, wenn sie vom ursprünglichen Normzweck der Gesetzgebung abweicht, den subjektiven Regelungswillen der Rechtsanwender.“

<sup>99</sup> *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 321.

<sup>100</sup> Exemplarisch für die objektive Theorie *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 37: „Gewiß! Das Gesetz ist oft klüger als sein Urheber, das Gesetzbuch weiser als der Gesetzgeber! Mit anderen, nüchterneren Worten und wohl noch schärfer zutreffend: den Richtern wird oft eine größere und bessere Rechtseinsicht zugemuthet als dem Gesetzgebungspersonal!“, darst. zum Streit mit Nachweisen zu Vertretern beider Pole *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 137–141, die annehmen, dass jeder der beiden Theorien eine „Teilwahrheit“ zugrunde liegt; s.a. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 177–184; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2016, S. 137 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 796 ff.; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 321–323. Die Theorien werden meist in einem Rang-, nicht in einem Exklusivitätsverhältnis gesehen. Inzwischen werden vermehrt vermittelnde Lehren vertreten, die Elemente der subjektiven und objektiven Auslegungsmethode kombinieren, vgl. dazu *Fleischer*, ebd., S. 325 f.

<sup>101</sup> Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 353; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 323.

<sup>102</sup> Davon ging das BVerfG über lange Zeit in ständiger Rechtsprechung aus. Vgl. BVerfGE 1, 299, 312: „Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser

Rechtsprechung des BVerfG die Tendenz erkennbar ist, der subjektiv-historischen Auslegungsmethode eine Vorrangstellung einzuräumen, wobei die Gesetzesmaterialien als maßgebliche Grundlage zur Ermittlung des Gesetzeszwecks angesehen werden.<sup>103</sup>

Versteht man das Parlamentsgesetz – wie hier – als „zentrale Steuerungsressource“<sup>104</sup>, die eine notwendige Grundlage für die staatliche Durchsetzung gesellschaftlicher Gemeinwohlziele darstellt, erscheint es zwingend, die Intention des normsetzenden Organs im Rahmen der Rechtsanwendung als maßgebend anzusehen.<sup>105</sup> Ansonsten spielte – überspitzt dargestellt – jegliche Steuerungstention des demokratischen Gesetzgebers ab dem Moment des Normerlasses keine Rolle mehr.<sup>106</sup> Der Gesetzgeber könnte auch nicht mit der Umsetzung seiner Steuerungsziele rechnen, es sei denn, diese gingen eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut hervor. Auch die Alterung gesetzlicher Kodifikationen, die sich zum Teil als unterstützendes Argument für eine Anpassung des Regelungszwecks oder -instruments anführen lässt,<sup>107</sup> rechtfertigt nicht per se die Relativierung des Rechtsanwendungsbefehls.<sup>108</sup>

zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung.“; bestätigt in BVerfGE 8, 274, 307; 10, 234, 244; 11, 126, 130. Allerdings wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das BVerfG eher von einem *Vorrang* der objektiven vor der subjektiven Auslegung ausgeht, letztere also nicht gänzlich ablehnt. Dies wird deutlich, wenn es etwa in BVerfGE 8, 274, 307 annimmt, dass auch „die Entstehungsgeschichte [...] – vor allem zur Bestätigung des Ergebnisses der Auslegung – herangezogen werden [kann]“. Vgl. dazu *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 178; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 327.

<sup>103</sup> Näher zu dieser Entwicklung *Höpfner*, RdA 2018, 321, 323 ff.; *Krükkel*, Rechtstheorie 51 (2020), 301, 345 ff. Der Beginn einer „Trendwende“ (*Rüthers*, Rechtstheorie 40 [2009], 253, 280 ff.; *ders.*, NJW 2009, 1461 f.; s.a. *Höpfner*, RdA 2018, 321, 323: „Neuausrichtung in Methodenfragen“) wird in einem Sondervotum (BVerfGE 122, 248, 282 ff. – Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio) gesehen, in welchem dem Zweiten Senat eine Verkennung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfindung vorgeworfen wurde. Konkret ging es um die Billigung der Rechtsprechung des Großen Senats des BGH (in Strafsachen), mit der unter Annahme einer planwidrigen Regelungslücke die Beachtlichkeit von nach Erhebung der Verfahrensrüge erfolgten Protokollberichtigungen im Revisionsverfahren bejaht wurde. In jüngerer Zeit ist in mehreren Entscheidungen eine Betonung des subjektiven Gesetzgeberwillens bei der Überprüfung der Grenzen der Rechtsfortbildung ersichtlich, die sich zum Teil in einer restriktiveren Kontrolle auswirkt, vgl. etwa BVerfGE 128, 193, 211 ff.; 149, 126, 153 ff.

<sup>104</sup> *Waldhoff*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 75, 86.

<sup>105</sup> Vgl. *Waldhoff*, ebd., S. 86 f., zutreffend relativierend für Gesetze, die aus einem anderen verfassungsrechtlichen Legalitätszusammenhang stammen, mithin „vordemokratisch“ sind (so im Kern auch das BGB; deutlicher aber z.B. Rechtsnormen, die im nationalsozialistischen Staat gesetzt wurden).

<sup>106</sup> Krit. darst. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 797: „Die objektive Theorie geht [...] von der Vorstellung aus, das Gesetz reiße sich mit der Publikation vom Gesetzgeber los und sei fortan selbstständig, so daß der Wille des Normsetzer gleichgültig werde.“

<sup>107</sup> Dieses Argument ist zentral in der Soraya-Entscheidung, BVerfGE 34, 269, 288 f.

<sup>108</sup> *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 121 kritisiert, die Alterungsthese laufe auf eine Theorie der „Halbwertszeit“ von Gesetzen hinaus; s.a. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2023, S. 246.

Gegenüber der Bindung an den subjektiven Gesetzgeberwillen eröffnet zumindest eine stark objektiv-teleologisch geprägte Auslegungsmethode – gerade bei ausfüllungsbedürftigen oder mehrdeutigen Begriffen – weite Spielräume für rechtspolitische Eigenwertungen von Richtern.<sup>109</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass sich Gerichte auf dieser Grundlage in unzulässiger Weise „von der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben“,<sup>110</sup> wird dabei erhöht. Zugleich birgt die objektiv-teleologische Auslegung das Risiko, gesetzgeberische Zielsetzungen – etwa unter Bezug auf allgemeine Rechtsprinzipien<sup>111</sup> – schlicht zu übersehen, weil gar kein Drang zu einem möglichst genauen Nachvollzug des Gesetzgeberwillens besteht.<sup>112</sup> Unter Einbezug des Gesetzesvorbehalts, der im Bereich regulatorischen Privatrechts eine enge Bindung an die vom Gesetzgeber mit dem Normerlass verfolgten Ziele verlangt, erweist sich die möglichst genaue gerichtliche Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens daher als essenziell. Hierzu bieten in erster Linie die im Gesetzgebungsprozess hervorbrachten, schriftlich dokumentierten Materialien, von denen ein normativer Gehalt jedenfalls in Form einer starken Indizwirkung für den Gesetzgeberwillen ausgeht,<sup>113</sup> eine *rationale Grundlage*.<sup>114</sup> Insbesondere Gesetzesentwurfsbegründungen enthalten regelmäßig Angaben zu den Motiven der Gesetzgebung<sup>115</sup> und Sitzungsprotokolle können allgemeiner Aufschluss über die Entstehungsge-

---

<sup>109</sup> Besonders krit. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 800: „Die sog. objektive Methode gibt den Gerichten in den zahlreichen Fällen mehrdeutiger und inhaltlich wandlungsfähiger Wortlaute von Rechtsvorschriften einen weiten Spielraum zur Durchsetzung richterlicher Eigenwertungen, ohne daß die rechtspolitische, normsetzende Tätigkeit offengelegt wird.“

<sup>110</sup> Darin liegt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung (aufgrund Missachtung des Demokratieprinzips und des Gewaltenteilungsgrundsatzes), vgl. BVerfGE 87, 273, 280; 96, 375, 394; 128, 193, 210; 149, 126, 154.

<sup>111</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 153 ff. nennen als typische objektiv-teleologische Kriterien die Ausgewogenheit der Streitentscheidung, die Sachstruktur des Normbereichs, die Natur der Sache, den Gedanken der Gerechtigkeit (insb. Beachtung des Gleichheitssatzes), die Vermeidung von Wertungswidersprüchen, die Beachtung rechtsethischer Prinzipien wie Vertrauensschutz oder das Prinzip des Einstehens für Unzulänglichkeiten des eigenen Geschäftskreises. Für das Zusammenspiel dieser Prinzipien wird das „innere System“ des Rechts (*Larenz/Canaris*, ebd., S. 157) als maßgeblich angesehen.

<sup>112</sup> Vgl. dazu das Beispiel bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 659 f. zur legislativen Zielsetzung hinter dem Minderungsausschluss bei energetischen Modernisierungsmaßnahmen (§ 536 Abs. 1a BGB).

<sup>113</sup> Die Verbindlichkeit der Gesetzesmaterialien bejaht *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, <sup>3</sup>1999, S. 273 f.

<sup>114</sup> Vor diesem Hintergrund zur verfassungsrechtlichen Relevanz der Gesetzesmaterialien *Waldhoff*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 75, 86.

<sup>115</sup> Vgl. BVerfG 137, 350, 367: „Lenkungszwecke können sich etwa aus den Gesetzesmaterialien ergeben.“; BVerfGE 149, 126, 156: „Doch zeigen die Gesetzesmaterialien und die Entstehungsgeschichte, welche gesetzgeberische Konzeption der Norm zugrunde liegt.“; s.a. BVerfGE 128, 193, 214; 149.

schichte und den Anlass der Gesetzgebung geben.<sup>116</sup> Die Gesetzesmaterialien leisten mithin auch einen wichtigen Beitrag dazu, den Bestimmtheitsgrad einer Norm mit Blick auf den verfolgten Zweck zu erhöhen. Das BVerfG hat in diesem Sinne in einer Entscheidung zu einer die Berufsfreiheit von Anwälten einschränkenden Norm ausgeführt: „Da [das] Ziel dem Gesetz *und seiner Begründung* eindeutig entnommen werden kann, erweist sich die Regelung insoweit als ausreichend bestimmt.“<sup>117</sup>

*b) Entkräftung klassischer Argumente gegen die subjektiv-teleologische Auslegung*

Die klassischen, gegen die subjektive Auslegung vorgebrachten Argumente (Willens-, Unsicherheits- und Flexibilitätsargument) können nicht überzeugen.<sup>118</sup> Erstere Argumente stellen vor allem die praktische Möglichkeit der Ermittlung des Gesetzgeberwillens infrage. So wird mit dem *Willensargument* bestritten, dass ein kollektiver Wille „des Gesetzgebers“ existiere und mithin ermittelbar sei.<sup>119</sup> Richtig ist zwar, dass aus realpsychologischer Perspektive kein natürlicher Normgeberwille existiert, denn der Gesetzgebungsprozess erfolgt kollektiv unter Beteiligung einer Vielzahl von Personen und Willensrichtungen.<sup>120</sup> Beruht „der Gesetzgeberwille“ demnach auf einer Fiktion, stellt dies aber keineswegs infrage, dem Gesetzgeber als Organ einen normativen Willen zuzuschreiben und ihm Entscheidungen zuzurechnen.<sup>121</sup> Dies ist vielmehr ein üblicher Vorgang, der etwa auch der mehrheitlichen Entscheidungsfindung in anderen Kollektivorganen (z.B. einer Aktiengesellschaft) sowie allgemeiner dem Repräsentationsprinzip zugrunde liegt.<sup>122</sup> Der maßgebliche Wille wird in einer Kollektiventscheidung ausgedrückt, die aus dem für die parlamentarische Willensbildung vorgesehenen, verfassungsrechtlich verankerten Verfahren hervorgeht. Im Gegensatz zur objek-

<sup>116</sup> Vgl. *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825, 2826; *Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 45 f.; eingehend zu den im Gesetzgebungsverfahren entstehenden Dokumenten *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 172 ff.

<sup>117</sup> BVerfGE 87, 287, 319 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>118</sup> So auch *Koch/Rißmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 180 f.; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 353 ff.; *Gartz*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 83–85; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12022</sup>Rn. 790 f.; *Auer*, ZEuP 2008, 517, 528 f.; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 323–325.

<sup>119</sup> Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 354; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 323 f.

<sup>120</sup> Dieser beschränkt sich auf der Bundesebene nicht auf die Entscheidungsfindung im Parlament, sondern erfolgt unter Beteiligung des Bundesrats. Zudem spielt die Ministerialverwaltung bei der Fassung von Gesetzgebungsentwürfen eine zentrale Rolle und beeinflusst somit die parlamentarische Willensbildung maßgeblich.

<sup>121</sup> *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 354; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 323 f.

<sup>122</sup> *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 354 f.; *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 323 f.

tiven hat die subjektive Theorie also ein wissenschaftlich objektivierbares Erkenntnisziel, nämlich die Feststellung der im Gesetzgebungsverfahren maßgeblichen Intentionen als empirisch-historische Tatsachen.<sup>123</sup>

Mit dem *Unsicherheitsargument* wird vor allem bemängelt, dass sich auch bei Konsultation der Gesetzesmaterialien nicht immer zuverlässig eine klare Intention des historischen Gesetzgebers ermitteln lasse. Dies mag zutreffen, hat aber für die zahlreichen Fälle, in denen Gesetzgebungszwecke ermittelbar sind, keine Relevanz.<sup>124</sup> Liegt eine Gesetzesbegründung vor, kann diese die Steuerungsfähigkeit des Gesetzes steigern, indem sie Ziele für die Rechtsanwender verdeutlicht und damit eine intentionsfördernde Gesetzesanwendung begünstigt bzw. eine intentionswidrige reduziert.<sup>125</sup> Gerade bei Regulierungsanliegen, die auf privatrechtlichem Gebiet eher Ausnahmecharakter haben, empfiehlt es sich aus Perspektive des Gesetzgebers, Ziele in die Gesetzesbegründung aufzunehmen und so ein Steuerungsanliegen für die Rechtsanwendung klarzustellen.<sup>126</sup> Außerdem ist nicht im Sinn einer „radikalen“ subjektiven Theorie ausschließlich auf den historischen Gesetzgeberwillen abzustellen. Vielmehr sind die anderen Auslegungskriterien (Wortsinn und Systematik) ebenfalls heranzuziehen und können helfen, Lücken bei der Erforschung des historischen Gesetzgeberwillens zu überwinden.<sup>127</sup>

Gewichtiger erscheint das *Flexibilitätsargument*, womit beanstandet wird, die subjektiv-teleologische Auslegungsmethode sei unfähig zur Anpassung von Gesetzeszwecken an neue Normsituationen. Die subjektive Theorie führe – so der überspitzte Vorwurf – zu einer Orientierung am Vergangenen, einer „Herrschaft der Toten über die Lebenden“.<sup>128</sup> Diesem Vorwurf ist zunächst mit dem Hinweis auf die Abhilfemöglichkeit des Gesetzgebers selbst zu begegnen: Dieser hat die Aufgabe – und nach der Regel *lex posterior derogat legi priori* die Fähigkeit – die Gesetzeslage an neue Entwicklungen anzupassen.<sup>129</sup> Doch auch mit Blick auf die

---

<sup>123</sup> Heck, AcP 112 (1914), 1, 26 („Die Feststellung des subjektiven Sinns oder die historische Vorstellungsforschung wird auch wohl bezeichnet als Verstehen, als historische, empirische oder reproduktive Auslegung schlechthin.“), 50 („historische Forschung, gerichtet auf reale Erkenntnis“); unter Bezug auf letzteren Auer, ZEuP 2008, 517, 528 f.

<sup>124</sup> Vgl. dazu bereits Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, <sup>2</sup>1932, S. 33: „Die Kausalfrage kann endlich wie jede historische Untersuchung zu unsicheren Ergebnissen führen oder ganz ergebnislos bleiben. Ein Argument gegen die Methode läßt sich daraus nicht entnehmen. Wenn sich nicht entnehmen läßt, welche Interessenlagen gewertet sind, so bleibt das betreffende Gebot für die Ergänzung des Rechts außer Betracht. Ein völliges Versagen der Interessenfrage bildet übrigens bei modernen Gesetzen eine Ausnahme.“; s.a. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 355 f.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 791; Fleischer, AcP 211 (2011), 317, 324.

<sup>125</sup> Vgl. Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 80 (m.w.N. aus der Gesetzgebungslehre).

<sup>126</sup> Dazu aus Gesetzgebungsperspektive oben § 11 II. 2.

<sup>127</sup> Ähnlich Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 84.

<sup>128</sup> Ehrlich, Die juristische Logik, <sup>2</sup>1925, S. 160.

<sup>129</sup> Vgl. Gartz, Begründungspflicht des Gesetzgebers, 2015, S. 85.

Rechtsanwendung verfährt das Anpassungsargument nicht, weil die subjektive Auslegung keine rigide Übernahme des historischen Regulierungsziels fordert.<sup>130</sup> Vielmehr erscheint auch unter Bezug auf den historischen Gesetzgeberwillen eine dynamische Auslegung nicht ausgeschlossen.<sup>131</sup> Dabei erfüllt die subjektiv-historische Auslegung aber zwei wichtige Funktionen, nämlich die eines *Begründungszwangs* und die einer *Kompetenzbegrenzung*.

Mit dem *Begründungszwang* ist gemeint, dass Rechtsanwender eine Abweichung vom historischen Normzweck besonders rechtfertigen müssen.<sup>132</sup> Die (primäre) Orientierung am historischen Gesetzgeberwillen fördert also eine transparente Argumentation der Rechtsanwender und erweist sich als entscheidendes Kriterium der Methodenehrlichkeit, wenn eine Aktualisierung des Normzwecks in Rede steht.<sup>133</sup> Sie erfolgt in zwei Schritten: Zuerst ist das historische Regelungsziel zu ermitteln, dann ist die Veränderung der Umstände aufzuzeigen, die eine Anpassung des Normzwecks rechtfertigen soll.<sup>134</sup> Der erste Schritt impliziert eine auf die Gesetzesmaterialien bezogene *Konsultierungspflicht*, nicht zwingend deren Befolgungspflicht.<sup>135</sup> Die Gesetzesmaterialien sind also als Indiz zur Bestimmung des Regelungszwecks heranzuziehen. Im zweiten Schritt ist die auf der Entstehungsgeschichte beruhende Vermutung des Gesetzeszwecks gegebenenfalls zu widerlegen, d.h. es sind grundlegend veränderte Bedingungen darzulegen, „die eine Modifizierung der historischen Auslegung rechtfertigen können.“<sup>136</sup>

Mit der *kompetenzbegrenzenden* Funktion ist gemeint, dass die Ermittlung des historischen Normzwecks dazu dient, den gerichtlichen Interpretationsspielraum einzugrenzen. So bietet ein aus den Gesetzesmaterialien ermittelbarer Normzweck einen konkreten Bezugspunkt, der – neben Wortlaut und Systematik der Norm – die Interpretation steuert und eingrenzt.<sup>137</sup> Vermag ein Gericht die Notwendigkeit

<sup>130</sup> Röhll/Röhll, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 628: „Die subjektive Theorie ist nicht so rigide, dass sie den Richter auf ewig an ein Gesetz bindet.“; s.a. Fleischer, AcP 211 (2011), 317, 325.

<sup>131</sup> Vgl. Höpfner, RdA 2018, 321, 328 f.; eingehend zum Nutzen historischer Argumente für eine dynamische Auslegung Bauer, in: Bender (Hrsg.), The law between objectivity and power, 2022, S. 111, 127 ff.

<sup>132</sup> Siehe Fleischer, AcP 211 (2011), 317, 325; zu einem Verständnis der historischen Auslegungsmethode als Argumentationsform Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 249. Auch das BVerfGE 105, 135, 158 fordert vom Rechtsanwender, obgleich es den „objektivierten Willen des Gesetzgebers“ für maßgeblich erklärt, die Rekonstruktion des ursprünglichen Normgehalts und die Erbringung des Nachweises, dass „[g]rundlegend veränderte Bedingungen [...] eine Modifizierung der historischen Interpretation rechtfertigen können“.

<sup>133</sup> Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 794.

<sup>134</sup> Zu dieser historisch geprägten, dynamischen Interpretation Bauer, in: Bender (Hrsg.), The law between objectivity and power, 2022, S. 111, 135.

<sup>135</sup> Kramer, Juristische Methodenlehre, 2016, S. 150.

<sup>136</sup> BVerfGE 105, 135, 158.

<sup>137</sup> Die Funktion der subjektiven Auslegung, mit Rücksicht auf das Prinzip der Gewaltenteilung Gerichte auf den Willen des Gesetzgebers zu verpflichten, wenn dieser klar ermittelbar ist, betonen auch Röhll/Röhll, Allgemeine Rechtslehre, <sup>3</sup>2008, S. 628.

einer Abweichung vom ursprünglichen Regelungsziel nicht zu begründen, scheidet dessen Modifizierung oder Auswechslung aus, weil sie „unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers“ eingriffe.<sup>138</sup> Diese (widerlegbare) „Sperrwirkung“ des historischen Normzwecks gilt für die Ebene der unterschiedlichen Normfunktionen ebenso wie für die Bestimmung konkreter Regulierungsziele. So darf eine Norm, der nach historischer Auslegung ausschließlich eine Interessenausgleichsfunktion zukommt, grundsätzlich nicht zu Regulierungszwecken umfunktioniert werden<sup>139</sup> und – sofern eine zur Regulierung ermächtigende Gesetzesgrundlage vorhanden ist – das historisch eindeutig ermittelbare Regulierungsziel nicht modifiziert oder ausgewechselt werden.

c) *Nachrangige und eingeschränkte Eignung der objektiv-teleologischen Auslegung*

Ist die vorrangige subjektiv-teleologische Auslegung nicht zielführend, weil sich der Gesetzeszweck weder aus dem Normwortlaut noch aus Gesetzesmaterialien eindeutig ergibt, wird in der Methodenlehre üblicherweise auf objektiv-teleologische Auslegungskriterien zurückgegriffen.<sup>140</sup> Vorliegend interessiert die Frage, inwieweit diese geeignet bzw. zulässig sind, um ein vom Rechtsanwender vermutetes Regulierungsziel zu ermitteln.

*Larenz* und *Canaris* unterscheiden zwei Gruppen objektiv-teleologischer Auslegungskriterien: die rechtsethischen Prinzipien hinter einer Regelung und die Sachstrukturen des geregelten Sachbereichs.<sup>141</sup> Insbesondere Bezüge auf rechtsethische Prinzipien<sup>142</sup> oder Kriterien der Rechtsidee<sup>143</sup> – etwa die „Natur der Sache“<sup>144</sup>, „praktische Vernunft“<sup>145</sup> oder allgemeine Rechtsgedanken wie „Gerech-

<sup>138</sup> Vgl. BVerfGE 149, 126, 154; ähnlich BVerfGE 118, 212, 243; 128, 193, 210.

<sup>139</sup> Z.B. ist § 910 BGB, der dem nachbarschaftlichen Interessenausgleich dient und ein Selbsthilferecht des durch überhängende Äste beeinträchtigten Nachbarn regelt, nicht aus Gründen naturschutzbezogener Regulierung einschränkbar, sofern dafür keine gesetzlichen Anknüpfungspunkte bestehen; vgl. *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 200–203 (unter Bezug auf BGH NJW 2021, 2882). Vgl. dazu auch den Symmetriegedanken bei *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 217, wonach allein der Gesetzgeber, nicht ein Gericht, eine (regulatorisch motivierte) Asymmetrie in einen (originär symmetrischen) Konflikt tragen darf.

<sup>140</sup> Zum Vorrang der subjektiv-teleologischen Auslegung *Kochl/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 181–184; von einem ergänzenden Charakter der objektiv-teleologischen Auslegung ausgehend auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 453 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 153 f., 165.

<sup>141</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 153 f.

<sup>142</sup> *Larenz/Canaris*, ebd., S. 154. Diese werden definiert als „richtunggebende Maßstäbe rechtlicher Normierung, die vermöge ihrer eigenen Überzeugungskraft rechtliche Entscheidungen zu rechtfertigen vermögen“ (ebd., S. 240).

<sup>143</sup> *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 454.

<sup>144</sup> Dazu näher *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 236 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 459–461.

<sup>145</sup> BVerfGE 34, 269, 287.

tigkeit“<sup>146</sup>, „Selbstbestimmung und -verantwortung“<sup>147</sup> – lassen in der Regel keinen Schluss auf Regulierungsziele zu, da letztere weniger auf ethischen oder moralischen Grundanschauungen oder logischer Herleitung basieren, denn auf genuin politischen Entscheidungen.<sup>148</sup> Die genannten Aspekte können zum Teil zwar als Argumente für eine Begrenzung, Abschwächung oder Feinjustierung regulatorischer Rechtsanwendung dienen, nicht aber zur Bestimmung eines Regulierungsziels selbst. Auch auf Basis der Argumentationsfigur der „Sachstruktur des Regelungsbereichs“, die nahe Bezüge zur Argumentation mit der „Natur der Sache“ aufweist,<sup>149</sup> sind in der Regel keine Regulierungsziele herzuleiten.<sup>150</sup> Aus der Struktur eines Sachgebiets können zwar Hindernisse bzw. praktische Grenzen für gesetzgeberische Regulierung folgen,<sup>151</sup> sie begründen aber selbst keine normativen Vorgaben für regulatorische Rechtsanwendung. Es zeigt sich also, dass die gängigen objektiv-teleologischen Auslegungskriterien eher nicht zur Bestimmung von Regulierungszielen geeignet sind. Dennoch können objektiv-teleologische Kriterien – besonders wenn sie einen systematischen Schwerpunkt aufweisen – ausnahmsweise zur Herleitung oder Verifizierung regulatorischer Ziele dienen.

Eine solche Möglichkeit soll hier skizziert werden, nämlich der Schluss von einer Regelungsfigur, die als Regulierungsinstrument identifizierbar ist, auf ein Regulierungsziel.<sup>152</sup> Dabei handelt es sich um eine systematisch-teleologische Auslegung im weiteren Sinn, bei der induktiv von den gesetzgeberischen Mitteln

<sup>146</sup> Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, <sup>2</sup>2011, S. 454.

<sup>147</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 305.

<sup>148</sup> Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 439.

<sup>149</sup> So Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 154 f. Die Argumentation mit der „Natur der Sache“ geht weiter, da sie davon ausgeht, dass in einem zu regelnden Sachbereich bzw. Lebensbereich selbst schon normative Elemente angelegt sind, die eine Regelung vorzeichnen und somit den Spielraum des Gesetzgebers einschränken können. Demgegenüber zeichnet die Argumentationsfigur der „Struktur des Sachbereichs“ keine bestimmte Regelung vor, sondern fordert an die Sachstruktur angemessene Regelungen, sofern der Gesetzgeber den betreffenden Bereich regeln möchte (vgl. Larenz/Canaris, ebd., S. 155).

<sup>150</sup> Vgl. Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 439; allg. sehr krit. zur Natur der Sache als Argumentationsfigur Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 926, die von einer „Vielzweckwaffe zur unbegrenzten richterlichen Normsetzung im Dienste fast beliebiger rechtspolitischer Ziele“ sprechen.

<sup>151</sup> Z.B. gestaltet sich eine schadensrechtliche Regulierung im Fall von Massen- oder Streuschäden mit niedrigen Schadensersatzbeträgen schwierig, weil der Klageanreiz jedenfalls für einzelne Private gering und die Rechtsdurchsetzung mithin mangelhaft wäre. Auch dieses Hindernis ist für den Gesetzgeber aber nicht unüberwindbar. So könnte er dem Problem durch die Einführung prozessualer Erleichterungen (z.B. Kollektivrechtsschutz) oder vom Kompensationsmodell abweichende Methoden der Schadensersatzberechnung begegnen. Näher dazu Wagner, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2024, Vor § 823 Rn. 54 f.

<sup>152</sup> Dazu mit Bezug auf ökonomische Effizienz als Auslegungsziel Zickgraf, ZfPW 2021, 482, 493 f., 498 f.

auf den Zweck des Gesetzes geschlossen wird. Ein Beispiel dafür bietet das bereits erwähnte „Recht zu zweiten Andienung“ des Verkäufers im Kaufmängelgewährleistungsrecht. Aus der Gesetzessystematik, nach der dem Käufer zunächst (nur) ein Nacherfüllungsanspruch, sonstige Gewährleistungsrechte dagegen erst nach erfolgloser Fristsetzung zustehen, wird der „Vorrang der Nacherfüllung“ als Regulierungsinstrument ersichtlich, von dem man das Regulierungsziel einer volkswirtschaftlich motivierten Besserstellung des Verkäufers schließen kann.<sup>153</sup> Das Beispiel veranschaulicht zudem, wie Gerichte ein identifiziertes Regulierungsziel in zulässiger Weise effektivieren können, nämlich indem sie dessen „Umgehung“ durch die Anwendung anderer Rechtsinstitute sperren.<sup>154</sup> So ist im Fall einer käuferseitigen Selbstvornahme der Mängelbeseitigung, die den Vorrang der Nacherfüllung umgeht, kein Aufwendungsersatz gem. § 326 Abs. 2 S. 2 BGB analog oder unter Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 S. 1 i. V. m. § 670 BGB) zu gewähren.

#### 4. Spielräume und Grenzen richterlicher Schöpfung von Regulierungszielen

Im Folgenden ist näher zu untersuchen, inwieweit Gerichte bei der Bestimmung von Regulierungszielen auch „schöpferisch“ tätig werden dürfen. Die subjektive Auslegungsmethode beschränkt sich nicht darauf, einen bereits in Wortlaut und Systematik einer Norm angelegten Normzweck unter Bezug auf den historischen Normanlass (insb. die Gesetzgebungsmaterialien) zu belegen. Auch sie geht von der Lückenhaftigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit gesetzlicher Regelungen aus und erlaubt dem Richter, wie *Philip Heck* prägend formuliert hat, diese in „denkendem Gehorsam“<sup>155</sup> gegenüber dem Gesetzgeber zu ergänzen oder zu korrigieren, wobei der Gesetzgeberwille maßgeblicher Bezugspunkt bleiben soll.<sup>156</sup> Eine methodisch geleitete Rechtsfortbildung, die den vom Gesetzgeber gesetzten Plan und seine Zwecksetzung respektiert,<sup>157</sup> ist auch im Rahmen der Regulierungsfunktion des Privatrechts regelmäßig noch mit den Funktionen des Gesetzesvorbehalts vereinbar.<sup>158</sup> Es ginge zwar zu weit, in Ermangelung normativer Anknüpfungspunkte für die Bestimmung regulatorischer Zielsetzungen einer

---

<sup>153</sup> Näher *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 100 f. Wie oben gezeigt wurde (§ 12 I. 2. a)), ist dieses Regulierungsziel aber auch in den Gesetzgebungsmaterialien erkennbar, sodass der Schluss vom Regulierungsmittel auf das Regulierungsziel nur als ergänzendes Argument heranzuziehen ist.

<sup>154</sup> Zur insoweit „konsequenten Umsetzung der gesetzgeberischen Regulierungsintention“ durch den BGH *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 102–104.

<sup>155</sup> *Heck*, *AcP* 112 (1914), 1, 19 f.

<sup>156</sup> Dazu näher *Auer*, *ZEuP* 2008, 517, 527 f.

<sup>157</sup> So wird üblicherweise die *gesetzesimmanente* Rechtsfortbildung charakterisiert, vgl. *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, <sup>3</sup>1995, S. 187.

<sup>158</sup> *Seiler*, *Der einheitliche Parlamentsvorbehalt*, 2000, S. 134.

Norm primär auf richterliche „Eigenwertung“ bzw. freies richterliches Ermessen zu setzen.<sup>159</sup> Jedoch schließt die Geltung des Gesetzesvorbehalts eine aktive, am Regelungswillen des Gesetzgebers orientierte Rolle der Gerichte nicht aus, die zur Förderung gesetzgeberischer Steuerungsziele beitragen und zudem anderen Werten von Verfassungsrang Rechnung tragen kann, insbesondere der Kohärenz und Einheit der Rechtsordnung und dem allgemeinen Gleichheitssatz. Nachfolgend werden dazu einige methodische Vorgehensweisen näher untersucht.

*a) Verallgemeinerung und Konkretisierung von Regulierungszielen innerhalb bestimmter Regelungsgebiete*

Für bestimmte Regelungsgebiete ist eine regulatorische Grundausrichtung bestimmbar, die bei Auslegung der zugehörigen Einzelnormen zugrunde gelegt werden kann, sofern nicht eine speziellere abweichende Zwecksetzung ermittelbar ist. Man kann auch von einer regulatorischen „Makroebene“ sprechen, deren Wertungen bei Auslegung der einzelnen Norm auf der „Mikroebene“ zu berücksichtigen sind.<sup>160</sup> Zu nennen sind etwa Bereiche des Wirtschafts- oder Marktordnungsrechts (z.B. das Kartell- oder Wettbewerbsrecht), die generell auf die Umsetzung bestimmter (wirtschafts-)politischer Zielsetzungen ausgerichtet sind.<sup>161</sup> Zum Teil lässt sich eine generalisierbare Regulierungsintention auch auf bestimmte Gesetzesabschnitte beschränken. Beispielsweise wird mit den unionsrechtlich geprägten Vorschriften des BGB zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) oder Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff. BGB) allgemein eine Optimierung des Verbraucherschutzes als Mittel zur Förderung des EU-Binnenmarktes angestrebt. Wohnt einem (Sonder-)Rechtsgebiet oder Gesetzesabschnitt eine generelle regulatorische Zielsetzung inne, dürfen Gerichte diese nicht nur punktuell berücksichtigen, wenn sie eindeutig aus dem Wortlaut einer Regelung hervorgeht, sondern allgemeiner als Maßstab für eine verhaltenssteuernde Rechtsanwendung der Normen des betreffenden Bereichs berücksichtigen.<sup>162</sup> Freilich muss das Gericht die Berührungspunkte des konkret zu beurteilenden Sachverhalts mit der allgemeinen Regulierungsintention aufzeigen und

<sup>159</sup> So aber *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 159 f.; dazu *Auer*, ZEuP 2008, 517, 530 f., die es als paradoxe Eigenheit von *Hecks* Lehre beschreibt, dass dieser den Richter zwar als „Diener“ des Gesetzgebers ansieht, seine dienende Freiheit jedoch frapperierend weit versteht; s.a. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 529.

<sup>160</sup> Dazu erneut *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 657 f. 696, 699.

<sup>161</sup> Dazu *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 13 („Gewährleistung eines funktionsfähigen Marktes als wirtschaftspolitisches Ziel“); *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 4 („Marktordnendes Recht“); s.a. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 165 ff.

<sup>162</sup> Vgl. dazu *Steindorff*, in: FS Larenz, 1973, S. 217, 230–232, der indes mit der Forderung, die „Politik des Gesetzes“ als zentralen Auslegungsmaßstab zu erheben und die teleologische Interpretation dabei „an die Grenzen des Möglichen erstrecken“ zu wollen, deutlich weiter geht als hier vorgeschlagen wird.

darlegen, inwieweit sich der konkrete Fall zur Verfolgung des Regulierungszwecks eignet.

In der Regel geht eine solche regulatorische Grundausrichtung eines Regelungsgebiets bereits aus den gesetzgeberischen Motiven hervor, die den Gesetzesmaterialien oder einer allgemeinen Zweckvorschrift im Gesetz zu entnehmen sind, sodass die Ermittlung des historischen Gesetzesanlasses oder die systematische Auslegung (i.e.S.) ausreicht. Ist dies nicht der Fall, kommt die Ermittlung im Wege eines Induktionsschlusses von mehreren regulatorischen Einzelvorschriften auf ein generelles Regulierungsziel eines Regelungsgebiets in Betracht. Die herkömmliche Methodenlehre spricht – mit Bezug auf die Ermittlung allgemeiner Prinzipien – auch von „Rechtsanalogie“ oder „Gesamtanalogie“.<sup>163</sup> Hierbei ist darzulegen, dass den Normen, aus denen ein verallgemeinerbares Regulierungsziel abgeleitet werden soll, kein Ausnahmecharakter zukommt, sondern ihre regulatorische Wertung repräsentativ für das betreffende Regelungsgebiet steht.<sup>164</sup>

Auch bei diesem Vorgehen setzen Gerichte den (subjektiven) Regelungswillen des Gesetzgebers um, der nicht immer eindeutig in jeder Einzelvorschrift zum Ausdruck kommt.<sup>165</sup> Im ersten Schritt bildet sich das Gericht auf Basis systematischer und historischer Auslegung die Überzeugung, dass der Gesetzgeber in einem Regelungsgebiet ein verallgemeinerbares regulatorisches Interesse verfolgt (Makroebene), im zweiten Schritt erfolgt die Verarbeitung dieser Erkenntnis bei der Bildung des für die Entscheidung erforderlichen Gebots anhand der konkreten Einzelvorschrift (Mikroebene). Erweist sich das allgemeine Regulierungsanliegen (Makroebene) als sehr weit (z.B. allgemeiner Wettbewerbsschutz, ökologische Nachhaltigkeit) kommt der Rechtsprechung auch die Aufgabe zu, dieses zu konkretisieren und für die individuelle Fallkonstellationen operabel zu machen. Zu diesem Zweck sind gegebenenfalls Subziele zu bilden, die sich dem Oberziel bei rationaler Betrachtung eindeutig unterordnen lassen und dessen Durchsetzung im Rahmen der konkreten Fallkonstellation fördern.<sup>166</sup>

Dabei wird die demokratische und gewaltenteilungsbezogene Funktion des Gesetzesvorbehalts gewahrt, weil die Gerichte sich keine eigene Kompetenz zur

---

<sup>163</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 204 f.; s.a. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 97 f., der den Begriff der Analogie aber für ungeeignet hält, weil er nur den Vergleich zweier Tatbestände erfasse, nicht den induktiven Schluss vom Besonderen auf das Allgemeine. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Gesamtanalogie als Grundlage für Rechtsfortbildung BVerfGE 132, 99, 128 ff.

<sup>164</sup> Dabei ist im Auge zu behalten, dass die Regulierungsfunktion im Privatrecht, abgesehen von Sonderbereichen (insb. des Wirtschaftsrechts), Ausnahmecharakter hat. Die in einzelnen Normen punktuell verankerten Regulierungsziele sind also häufig gerade nicht verallgemeinerungsfähig.

<sup>165</sup> So allgemein zu einer am Gesetzeszweck ausgerichteten Auslegung und Rechtsfortbildung *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 134.

<sup>166</sup> Zu Zieltypen und unterschiedlichen Konkretisierungsgraden aus Perspektive des Gesetzgebers oben § 11. II. 1.

rechtspolitischen Richtungsbestimmung anmaßen. Der rechtsstaatlich-grundrechtsschützenden Funktion (d.h. dem Verlangen nach Berechenbarkeit der Rechtsanwendung) wird hinreichend Rechnung getragen, sofern die regulatorische Anwendung der Einzelnorm nachvollziehbar ist. Das mit der regulatorischen Rechtsanwendung verfolgte Ziel darf aus Perspektive des Normadressaten also nicht überraschend sein und die angeordnete Rechtsfolge muss in der angewandten Norm angelegt sein. Dabei ist grundsätzlich von einer Laiensphäre auszugehen. Es kann aber berücksichtigt werden, dass in dem Normadressatenkreis des regulatorisch geprägten Regelungsgebiets eine Verkehrsauffassung oder ein Sonderwissen vorherrscht, welche(s) die Möglichkeit einer nachteiligen Rechtsfolge in bestimmten Konstellationen nahelegt, obgleich dies im Normwortlaut bloß angedeutet ist.<sup>167</sup> Außerdem ist das Vertrauen der Rechtsadressaten in Fällen von Täuschung oder bewusster Normumgehung in aller Regel weniger schützenswert.<sup>168</sup>

Ein Beispiel, das vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte zur Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen im Privatrecht von Interesse ist, bietet das Regulierungsanliegen des historischen BGB-Gesetzgebers, im Allgemeininteresse eine effiziente und schonende Ressourcennutzung zu fördern.<sup>169</sup> Dieses findet insbesondere in Normen des Sachenrechts im Maßstab der Sachnutzung nach den „Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft“ (z.B. im Nießbrauchsrecht) eine gesetzliche Verankerung.<sup>170</sup> Das Regulierungsanliegen wirkt auf eine wirtschaftlich sinnvolle und zugleich nachhaltige Mittelverwendung in verschiedenen Konstellationen der Gebrauchsüberlassung hin. Es erscheint daher legitim, wenn Gerichte diese Zielsetzung in vergleichbaren Konstellationen verallgemeinern, sofern keine besondere Regelung davon abweicht. Außerdem folgt aus dem Gemeinwohlbezug, dass die Parteien den Maßstab der Sachnutzung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht abbedingen können; dies allerdings nur in den eindeutig erfassten Regelungsgebieten.<sup>171</sup>

<sup>167</sup> Vgl. *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 134 f.; zur Berücksichtigung von Sonderwissen der Normadressaten im Kontext der Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG an gesetzliche Grundlagen BVerfGE 153, 310, 352 f. („normative[s] Leitbild eines sach- und fachkundigen Normadressaten“).

<sup>168</sup> Vgl. dazu BVerfGE 116, 24, 52–54; s.a. oben § 6 III. 1. (im steuerrechtlichen Kontext).

<sup>169</sup> Näher *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 203 f.

<sup>170</sup> §§ 1036 Abs. 2, 1039 Abs. 1 BGB; zum Gemeinwohlbezug mit Ausführungen zur Gesetzeshistorie *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 203; der Maßstab wird auch in § 987 Abs. 2 BGB (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis) sowie außerhalb des Sachenrechts in § 347 Abs. 1 BGB (Vertragsrückabwicklung), §§ 581 Abs. 1, 586 Abs. 1, 596 Abs. 1 BGB (Pachtrecht) zugrunde gelegt.

<sup>171</sup> Vgl. zum Nießbrauchsrecht *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 271 f., 275.

*b) Übertragung von Regulierungszielen aus Nachbargebieten*

Als weitere Methode regulatorischer Rechtsfortbildung kommt die Übernahme von Regulierungszielen aus Nachbarrechtsgebieten in Betracht. Gesetzliche Grundlagen bieten hierfür in erster Linie die Transformationsnormen in § 134 BGB und § 823 Abs. 2 BGB,<sup>172</sup> aber auch andere Generalklauseln (z.B. §§ 138 Abs. 1, 242, 826 BGB) eröffnen Spielräume, um regulatorische Vorgaben aus anderen Teilrechtsgebieten zu berücksichtigen. Auf diesem Wege können beispielsweise Zielsetzungen von Vorschriften des öffentlichen Umweltrechts im Privatrecht Berücksichtigung finden, etwa wenn es um die Beurteilung von Verträgen geht, die gezielt bestimmte Umweltstandards missachten.<sup>173</sup> Außerhalb solcher, vom Gesetzgeber bewusst geschaffenen Transmissionsnormen erscheint die Übernahme eines Regulierungsziels aus einem anderen Rechtsgebiet unter Annahme seiner „Fernwirkung“<sup>174</sup> oder „Ausstrahlungswirkung“ aber nur ausnahmsweise zulässig. Im Einzelfall kann dafür eine enge inhaltliche und systematische Verknüpfung von Regelungsgebieten sprechen, z.B. des Steuer- und Gesellschaftsrechts oder des Arbeits- und Sozialrechts.<sup>175</sup> Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst entscheidet, in welchen Bereichen des Privatrechts bestimmte Regulierungsziele verfolgt werden sollen. Entscheidet er beispielsweise punktuell, im Mietrecht vermehrt Klimaschutzziele zu verfolgen,<sup>176</sup> oder im Recht der Aktiengesellschaft auf eine Erhöhung des Frauenanteils in den Führungsebenen hinzuwirken,<sup>177</sup> dürfen diese Regulierungsziele nicht verallgemeinert und auf andere Rechtsgebiete übertragen werden. Ähnlich wurde in den Ausführungen zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses durch die Verwaltung beobachtet, dass die in einem Regelungsgebiet verfolgten öffentlichen Interessen nicht frei auf andere Regelungsgebiete übertragbar sind.<sup>178</sup> Der Gesetzesvorbehalt bezieht sich also nicht allein auf die Frage, *welche* Allgemeinwohlziele verfolgt werden sollen, sondern auch darauf, *wie* dies erfolgen soll, womit bereits die sogleich näher behandelte Frage der Bestimmung der Regulierungsinstrumente angesprochen ist.

---

<sup>172</sup> Zu § 134 BGB als Transformationsnorm *Fischinger/Hengstberger*, in: Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2021, § 134 Rn. 1; zu § 823 Abs. 2 BGB *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 823 Rn. 587 („Transmissionsriemen für die in anderen Rechtsgebieten getroffenen Wertungen in das Deliktsrecht“); s.a. BGHZ 122, 1, 8.

<sup>173</sup> Vgl. *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 196.

<sup>174</sup> Dazu im Kontext der systematischen Auslegung *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 122022, Rn. 749.

<sup>175</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 122022, Rn. 748.

<sup>176</sup> Vgl. etwa §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1 BGB (Förderung energetischer Sanierung); § 554 BGB (Förderung von E-Mobilität); eingehend zur Verfolgung von Klimaschutzzielen im Mietrecht *Gsell*, NZM 2022, 481, 486 ff.

<sup>177</sup> Vgl. § 76 Abs. 3a, Abs. 4 AktG.

<sup>178</sup> Siehe oben § 10 I. 3.

Es besteht also seitens der Gerichte ein Argumentationszwang dahingehend, die Vermutung, nach der die Umsetzung eines Regulierungsziels nur in einem bestimmten Regelungsbereich erfolgen soll, aktiv zu widerlegen. In diesem Kontext bietet sich auch eine Parallele zur Figur des „beredten“ oder „qualifizierten“ Schweigens des Gesetzgebers an.<sup>179</sup> Sieht der Gesetzgeber für einen Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge vor, für einen anderen jedoch nicht, ist dies regelmäßig als bewusstes Schweigen in dem Sinn zu verstehen, dass er bloß in jenem bestimmten Fall die betreffende Rechtsfolge anordnen wollte. Dann liegt gerade keine planwidrige „Lücke“ vor, die einen Analogieschluss rechtfertigen könnte, sondern es ist der Umkehrschluss zu ziehen, dass bloß im gesetzlich geregelten Fall die Rechtsfolge eintreten soll.<sup>180</sup> Auf die hier behandelte Problematik gewendet bedeutet dies, dass sich ein Regulierungsziel, welches der Gesetzgeber in einem spezifischen Regelungsgebiet (punktuell) verfolgt, in der Regel nicht auf andere Gebiete übertragen lässt. Zur Widerlegung der Vermutung, dass es sich um eine „rechtsgebietspezifische“ Regulierung handelt, hat das Gericht besondere Gründe darzulegen, die für die Fernwirkung des Regulierungsanliegens auf weitere Gebiete sprechen.<sup>181</sup> Dabei können auch Argumente der Kohärenz und Folgerichtigkeit, die gemeinhin in der objektiven Methode verortet werden, eine wichtige Rolle spielen.

### c) Anpassung bzw. Aktualisierung von Regulierungszielen

Von großer Bedeutung ist schließlich die Frage, inwieweit Gerichte berechtigt sind, unter Feststellung eines gesellschaftlichen (Werte-)Wandels legislative Regulierungsziele zu modifizieren. Impliziert die Offenheit des Gemeinwohlkonzepts dessen Wandelbarkeit, geht damit auch die Vergänglichkeit und Neuentstehung regulatorischer Zielsetzungen einher. Beispielsweise spielen Themen wie Umweltschutz, soziale und umweltbezogene Verantwortung von Unternehmen oder Geschlechtergerechtigkeit in Leitungspositionen großer Unternehmen heute eine wichtigere Rolle als früher. Die Gesetzgebung kann die Aufgabe einer ständigen, simultan zum gesellschaftlichen Wandel erfolgenden Anpassung der Gesetze aber nicht stemmen, sodass ein großes praktisches Bedürfnis nach Flexibilität der Rechtsprechung zur Aufnahme gesellschaftlicher Veränderungen

<sup>179</sup> Dazu *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 40 ff., insb. 44 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 191; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 838; *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 42 f.

<sup>180</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 44 f.; *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 43–45.

<sup>181</sup> Für eine Ausstrahlungswirkung könnte z.B. ein bereits erkennbarer Anpassungs- bzw. Aktualisierungswille des Gesetzgebers für ein Nachbarrechtsgebiet sein, der erkennen lässt, dass auch dort das Regulierungsanliegen verfolgt werden soll, welches an anderer Stelle bereits eingeführt wurde. Auch die verfassungsrechtliche Relevanz eines Regulierungsziels kann zum Teil für eine Verallgemeinerung sprechen.

besteht. Daher wird zu Recht die Befugnis der Rechtsprechung bejaht, in gewissem Ausmaß an der Aktualisierung der Rechtsordnung mitzuwirken. So zählt das BVerfG „die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse [...] zu den Aufgaben der Dritten Gewalt“, insbesondere wenn ein großer zeitlicher Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Entscheidung liegt.<sup>182</sup> Zugleich betont es aber, dass sich der Richter dabei „nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen“ dürfe, sondern darauf beschränken müsse, „diesen unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen.“<sup>183</sup>

Allgemein erscheint im Rahmen dieser Anpassungsfrage eine grobe Unterscheidung zweier Konstellationen geboten: die Anpassung an *gesellschaftliche Entwicklungen* (insb. i.S.v. Fortschritten technischer oder wirtschaftlicher Art) und die Anpassung (oder Neujustierung) *gesellschaftlicher Wertvorstellungen*, verbunden mit der Schaffung neuer Regulierungsziele. In der ersten Konstellation kann die ursprüngliche legislative Zielsetzung in der Regel Bestand haben, es sind aber neuartige Sachverhalte einzubeziehen (z.B. neue Probleme des Verbraucherschutzes bei Online-Vertragsschlüssen, neue Risiken bei autonomen Fahrzeugen), die zur Zeit der Gesetzgebung noch außerhalb des Vorstellungskreises des Gesetzgebers lagen. Hier bietet die methodische Figur der „nachträglichen Lücke“ ein hilfreiches Kriterium zur Legitimation der Rechtsfortbildung. Eine solche entsteht, wenn infolge technischer oder wirtschaftlicher Entwicklungen Fragen auftreten, die von der historischen Grundabsicht des Gesetzgebers gedeckt sind, obgleich er sie bei Schaffung der Regelung noch nicht vor Augen hatte.<sup>184</sup> In der Terminologie der Regulierungsdogmatik geht es dann in erster Linie darum, die rechtlichen Instrumente, die der Gesetzgeber zur Verfolgung eines Regulierungsziels vorgesehen hat, zu erweitern oder leicht zu modifizieren. Dies ist aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts zulässig, wenn die Regulierungsintention des Gesetzgebers auf die neuartigen Fallkonstellationen übertragbar ist. Damit wird nämlich weder ein neues Regulierungsziel eingeführt, noch dürfte die extensive Auslegung oder analoge Anwendung einer Regelung zum Einbezug der neuartigen Fallkonstellation für die Rechtsadressaten überraschend sein. Das „anpassende“ Gericht muss aber eingehend begründen, weshalb die Regulierungsintention des Gesetzgebers eine Normerweiterung auf die neuartigen Fallkonstellation verlangt.

Geht es hingegen darum, das positive Recht an einen *gesellschaftlichen Wertewandel* anzupassen und dabei neue Regulierungsziele zu bestimmen, ist dazu

---

<sup>182</sup> BVerfGE 96, 375, 394; s.a. BVerfGE 34, 269, 288 f.; 98, 49, 59 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 854.

<sup>183</sup> BVerfGE 96, 375, 394.

<sup>184</sup> Näher und in Abgrenzung zu „anfänglichen Lücken“ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 199–201; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 859 ff.; *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 26 f.

nur der Gesetzgeber berufen. Denn ein Wandel der Sozialvorstellungen der Gesellschaft (z.B. die Erklärung ökologischer Nachhaltigkeit als *Maxime* in bestimmten gesellschaftlichen Bereichen, die Aufwertung alternativer Partnerschaftsmodelle gegenüber der Ehe, die Zielvorstellung von Geschlechterparität in Führungsgremien großer Unternehmen) lässt sich kaum von Gerichten beurteilen, wenn dafür noch gar keine positivrechtlichen Anknüpfungspunkte vorliegen. Ein Sonderfall – auf den noch näher einzugehen ist<sup>185</sup> – liegt vor, wenn eine Anpassung regulatorischer Zielsetzungen unmittelbar infolge der Interpretation höherrangigen Rechts zwingend erscheint.

Allerdings kann eine Zielanpassung, die den entstehungszeitlichen Normanlass als Ausgangspunkt nimmt und eine Veränderung des Gesetzgeberwillens infolge gesellschaftlicher Entwicklungen sorgfältig darlegt, ausnahmsweise zulässig sein. Der Gedanke dabei ist, dass der gesetzgeberischen Regelungsabsicht – und der Entscheidungsprärogative des Parlaments – gerade damit gedient ist, den historischen Willen an die gesellschaftliche Aktualität anzupassen.<sup>186</sup> Ein positiv-rechtlich verankerter Ansatz zur Feststellung eines veränderten Gesetzgeberwillens kann darin bestehen, einen Wertungswiderspruch zwischen der einschlägigen (älteren) Norm und aktuelleren Normen offenzulegen.<sup>187</sup> Auch hier ist die Figur der „nachträglichen Lücke“ hilfreich: Die Lücke erschließt sich daraus, dass in aktuellen gesetzlichen Regelungen Wertvorstellungen des Gesetzgebers zum Ausdruck kommen, die zu älteren – im konkreten Entscheidungsfall einschlägigen – Normen in einem Spannungsverhältnis oder gar Widerspruch stehen.<sup>188</sup> Philip Heck spricht auch von „Kollisionslücken“<sup>189</sup>, weil verschiedene ge-

<sup>185</sup> Siehe unter § 12 II. 5.

<sup>186</sup> Vgl. dazu Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 149.

<sup>187</sup> Dies ist bei der Konkretisierung von Generalklauseln möglich, etwa des offenen Maßstabs der guten Sitten (§§ 138 Abs. 1, 817, 826 BGB). Ein Beispiel bietet BGH NJW 2008, 140, 141, wo angenommen wurde, dass die Beurteilung der Erbringung von Telefonsexleistungen als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) nicht mehr haltbar sei, seitdem der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostitution (ProstG) die Wirksamkeit der Vereinbarung einer Entgeltforderung für die Vornahme sexueller Handlungen anerkannt habe, auch wenn solche Geschäfte noch mit einem Makel in ethisch-moralischer Hinsicht behaftet seien. Ein anderes Beispiel, dass in erster Linie der Infrastrukturfunktion des Privatrechts zuzuordnen ist, bietet die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR in § 899a BGB, ohne dass damals zugleich eine Anpassung der §§ 705 ff. BGB erfolgte. Mit der Reform des Personengesellschaftsrechts, die ab dem 1.1.2024 gilt und die Rechtsfähigkeit der am Rechtsverkehr teilnehmenden GbR regelt (vgl. § 705 Abs. 2 BGB n.F.), wird diese Widersprüchlichkeit beseitigt.

In umgekehrter Stoßrichtung kann einer geübten Rechtsfortbildungspraxis auch die Grundlage entzogen werden, indem der Gesetzgeber Gesetzesänderungen vornimmt, die zeigen, dass sich der zuvor für eine Rechtsfortbildung angeführte normative Kontext wesentlich verändert hat, vgl. dazu BVerfGE 98, 49, 59 f.

<sup>188</sup> Rühlers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 862.

<sup>189</sup> Heck, AcP 112 (1914), 1, 179 f. Die Auflösung der Kollision ist nach Heck nicht allein mittels Subsumtion möglich, sondern erfordert eine richterliche „Gebotsbildung“. Den Vor-

setzliche (Wert-)Vorgaben kollidieren. Daraus kann sich für Gerichte die Legitimation ergeben, die ältere Norm entsprechend anzupassen, sofern eine vergleichbare Interessenlage besteht. Dabei ist darzulegen, inwieweit aus den aktuelleren Regelungen der Normgeberwille hervorgeht, dass ältere Vorschriften nicht mehr unverändert gelten sollen.<sup>190</sup>

Das BVerfG räumt der Rechtsprechung in solchen Konstellationen regelmäßig große Freiräume ein. Ein älteres Beispiel dafür bietet die Billigung der analogen Anwendung einer Norm zum Eintrittsrecht von Ehegatten und Familienangehörigen in das Mietverhältnis bei Tod des Mieters (§ 569a BGB a.F.).<sup>191</sup> Damals weitete das Landgericht Hamburg den Anwendungsbereich der Regelung auf einen nichtehelichen Lebenspartner aus, womit es dem „sozialen Phänomen“ der eheähnlichen Gemeinschaften Rechnung tragen wollte, welches der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm nicht in diesem Umfang vorhergesehen habe. Damit ging eine erhebliche Einschränkung des Eigentumsrechts des Vermieters einher, dessen Dispositionsfreiheit in Gestalt der freien Auswahl der Mietpartei eingeschränkt wurde.<sup>192</sup> Der Grundrechtsvorbehalt in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verlangt dafür eine *gesetzliche* Schrankenbestimmung. Das BVerfG hielt die Rechtsfortbildung dennoch für zulässig, da sie keine „grundsätzlich neue richterliche Bestimmung der Vermieterbefugnisse“ darstelle.<sup>193</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung werde nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen durch eine judikative Lösung ersetzt, sondern nur ein Wandel des Norminhalts entsprechend der sozialen Verhältnisse und gesellschaftspolitischen Anschauungen konstatiert.<sup>194</sup> Eine normative Stütze für die gerichtliche Rechtsfindung sah das BVerfG darin, „daß der Gesetzgeber nichteheliche Lebensgemeinschaften in verschiedenen Regelungsbereichen ausdrücklich berücksichtigt hat“.<sup>195</sup> Auch das BVerfG sieht demnach ein tragendes Argument für die Legitimation der Rechtsfortbildung darin, dass sich die gerichtliche Feststellung veränderter Wertvorstellungen auf *positivierte* bzw. *innerrechtliche* Wertungsmaßstäbe stützt. Demgegenüber nimmt auch das BVerfG an, dass „sich der Rechtsanwender im ge-

---

zug der *lex posterior* und der *lex specialis* sieht er dabei als Anleitung für Einzelfälle der Ausgleiche verschiedener Gesetzesgebote und Werturteile an.

<sup>190</sup> Zum Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 122022, Rn. 772.

<sup>191</sup> BVerfGE 82, 6.

<sup>192</sup> BVerfGE 82, 6, 16.

<sup>193</sup> BVerfGE 82, 6, 15.

<sup>194</sup> BVerfGE 82, 6, 12.

<sup>195</sup> BVerfGE 82, 6, 14. Allerdings führt das BVerfG wenig konsequent hinzu: „Ob dies – wie das Landgericht meint – mit dem Ziel einer Gleichstellung der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Ehegatten erfolgte, braucht dabei nicht entschieden werden. Hier reicht allein aus, daß der Gesetzgeber diese Erscheinungsform nicht mehr unberücksichtigt lässt.“ (ebd., S. 14 f.). Sieht man in der Entscheidung des Zivilgerichts die *regulatorische Intention*, nichteheliche Lebensgemeinschaften besser zu stellen, wäre der Nachweis, dass dies dem Gesetzgeberwillen entspricht, aber gerade erforderlich.

waltenteilenden Rechtsstaat nicht über den klaren Wortlaut eines Gesetzes hinwegsetzen darf, um einem *vermuteten Ziel des Gesetzgebers* Wirkung zu verschaffen“.<sup>196</sup>

### 5. Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Regulierungsziele

Gerichte können Regulierungsziele auch höherrangigem Recht entnehmen, namentlich dem Verfassungs- und Unionsrecht, wobei sich die Ausführungen hier auf verfassungsrechtliche Vorgaben konzentrieren. Regulierungsziele lassen sich zum einen Staatszielbestimmungen entnehmen, etwa dem ökologische Nachhaltigkeitsziel (Art. 20a GG) oder dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG). Zum anderen sind den Grundrechten – besonders in ihrer Funktion als Schutzpflichten – staatliche Handlungsvorgaben und Leitlinien zu entnehmen, die auch im Privatrecht als Regulierungsziele zu berücksichtigen sein können.<sup>197</sup> Grundsätzlich ist eine Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch den Gesetzgeber erforderlich, weil sie als offene Rahmenvorgaben in der Regel keine unmittelbaren Handlungsanweisungen für die Rechtsanwendung enthalten.<sup>198</sup> Der Stufenbau der Rechtsordnung verlangt aber auch, dass Normen des einfachen Rechts von Gerichten so auszulegen sind, dass sie den Wertungen der Normen des Verfassungsrechts (als höhere Rangstufe) entsprechen.<sup>199</sup> Der gerichtliche Spielraum bei der verfassungskonformen Auslegung unterliegt dabei in zweierlei Hinsicht kompetenziellen Schranken. Zum einen sind Gerichte nicht befugt, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes festzustellen, da Art. 100 Abs. 1 GG hierfür dem BVerfG ausschließliche Kompetenz einräumt.<sup>200</sup> Zum anderen reicht die Befugnis zur verfassungskonformen Auslegung nur so weit, als sie dem Wortlaut des Gesetzes und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht widerspricht.<sup>201</sup> Andernfalls, so das BVerfG, „könnten die Gerichte der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorgreifen oder diese unterlaufen.“<sup>202</sup> Die verfassungskonforme Aus-

<sup>196</sup> BVerfGE 118, 212, 244 (in strafprozessualen Kontext); BVerfG NVwZ 2017, 617 Rn. 23 (in steuerrechtlichem Kontext) (Hervorhebung jeweils hinzugefügt).

<sup>197</sup> Zu Grenzen gerichtlicher Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten näher unter § 9 V.

<sup>198</sup> Dazu auch unter § 10 I. 2.; zum Sozialstaatsprinzip BVerfGE 65, 182, 188 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 161 betonen den „Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers“ für Prinzipien von Verfassungsrang.

<sup>199</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 763; s.a. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 160.

<sup>200</sup> Die Begrenzung vorlagefähiger Gesetze auf nachkonstitutionelles Recht spielt mit Blick auf Normen des Privatrechts inzwischen keine bedeutende Rolle mehr, weil davon auszugehen ist, dass seit der Schuldrechtsreform sämtliche vorkonstitutionellen, d.h. vor Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenen Normen des BGB wie nachkonstitutionelles Recht zu behandeln sind; dazu überzeugend *Leipold*, NJW 2003, 2657, 2658 f.

<sup>201</sup> BVerfGE 138, 64, 94; s.a. BGH NJW-RR 2022, 1095 Rn. 22.

<sup>202</sup> BVerfGE 138, 64, 94.

legung hat also die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers zu wahren und führt nicht zu einem Kompetenzzuwachs der Gerichte. Der Gesetzesvorbehalt entfaltet also auch hier in seiner demokratischen und gewaltenteilungsspezifischen sowie – hinsichtlich der Wortsinnengrenze als Kriterium der Berechenbarkeit der Rechtsanwendung – in seiner rechtsstaatlich-grundrechtlichen Funktion Relevanz.

In Abhängigkeit von der normativen Ausgangslage lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden, in denen Zivilgerichte verfassungsrechtliche Zielvorgaben berücksichtigen müssen. Bei der ersten liegt eine gesetzliche Regelung vor, die verfassungsrechtliche Vorgaben aber nicht hinreichend umsetzt. Dann stellt sich die Frage, ob die Norm nach ihrem Wortsinn und der prinzipiellen gesetzgeberischen Zielsetzung eine (verstärkte) Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Ziels zulässt. Ist dies der Fall, hat das Gericht diejenige Auslegungsvariante zu wählen, die der verfassungsrechtlichen Zielvorgabe am besten entspricht.<sup>203</sup> Damit wird zugleich dem Grundsatz der Normerhaltung (*favor legis*) Rechnung getragen.<sup>204</sup> Ist dies nicht der Fall und ist das betreffende Gericht zugleich von der Verfassungswidrigkeit überzeugt,<sup>205</sup> bedarf es der Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG.<sup>206</sup> Im Bereich regulatorischen Privatrechts sind Zivilgerichte also nicht dazu berechtigt, vorhandene Normen unter Berufung auf Verfassungsrecht zu *korrigieren*,<sup>207</sup> etwa indem sie regulatorische Zielvorgaben des Gesetzgebers modifizieren, unberücksichtigt lassen<sup>208</sup> oder Zielvorgaben in Normen hineininterpretieren, obgleich dafür kein Anknüpfungspunkt besteht. Gerade zivilgerichtliche Generalklauseln (z.B. §§ 138 Abs. 1, 242, 823 Abs. 1, 826 BGB) bieten aber, ob ihrer weiten Formulierung und offenen Zielsetzung, Spielräume zur regulatorischen Umsetzung verfassungsrechtlicher Zielvorgaben.

---

<sup>203</sup> BVerfGE 8, 210, 221; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 160.

<sup>204</sup> Dazu *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), 177, 183 f.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 191 ff. Der Gesetzgeber hat Interesse an der Normerhaltung, sofern diese verfassungskonform und unter Wahrung seiner Zielsetzung möglich ist. Damit wird ein regelungsfreier Zustand verhindert und der Gesetzgeber von ständigen Gesetzesnachbesserung entlastet, vgl. *Herresthal*, JuS 2014, 289, 296.

<sup>205</sup> Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes reichen zur Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG nicht aus, vgl. BVerfGE 138, 64, 92 f.; BGH NJW-RR 2022, 1095 Rn. 29.

<sup>206</sup> Das BVerfG fungiert in diesen Fällen gewissermaßen als „Gesetzgebungskommission“, indem es prüft, ob die vorgelegte Norm mit höherrangigem Recht vereinbar ist, einer verfassungskonformen Auslegung offensteht oder ob ein Reformbedarf seitens des Gesetzgebers besteht. Indem das vorlegende Fachgericht hierfür den entscheidenden Anstoß gibt, trägt es mittelbar zu legislativen Reformanstöße bei.

<sup>207</sup> Näher *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 675–677.

<sup>208</sup> Ein Beispiel bietet BGH NJW-RR 2022, 1095 Rn. 21 ff. Hier lehnt der BGH die verfassungskonforme Auslegung eines nachbarrechtlichen Duldungsanspruchs bezüglich des Grenzüberbaus zum Zweck der Wärmedämmung (§ 16a NachbG Bln) ab. Sie liefe darauf hinaus, die Duldungspflicht von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen, was allerdings dem Ziel des Gesetzgebers, die Duldungspflicht möglichst einfach zu gestalten, um Anreize zu energieeffizienter Wärmedämmung zu setzen, widerspräche.

Eine andere Ausgangslage besteht, wenn es an einer vorlagefähigen Norm im Sinne des Art. 100 Abs. 1 GG fehlt. In dieser Konstellation hat der Gesetzgeber ein verfassungsrechtliches Regulierungsziel im Privatrecht also nicht bloß unzureichend in einer Norm umgesetzt (sog. „qualifiziertes“ oder „unechtes“ Unterlassen)<sup>209</sup>, sondern überhaupt nicht. Dann stellt sich die Frage, ob Zivilgerichte unmittelbar auf verfassungsrechtliche Vorgaben Bezug nehmen dürfen, um eine regulatorische Entscheidung zu legitimieren.<sup>210</sup> Parallel hierzu wurden oben bereits im Kontext unzureichender Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten die Möglichkeiten eines Anspruchs auf legislatives Handeln sowie eines Staatshaftungsanspruchs erwogen und ausnahmsweise für eine gerichtliche „Notkompetenz“ zur unmittelbaren Umsetzung von Schutzpflichten argumentiert.<sup>211</sup> Auf diese Ausführungen kann hier Bezug genommen werden. Die unmittelbare gerichtliche Umsetzung verfassungsrechtlicher (Staats-)Zielbestimmungen ist restriktiv zu behandeln, weil sie der Konkretisierungsprärogative des Gesetzgebers vorgeht und für Rechtsunterworfenen, deren Grundrechte durch die regulatorische Umsetzung von Verfassungsvorgaben eingeschränkt werden, mangels konkretisierender gesetzlicher Regelungen überraschend sein kann.<sup>212</sup> Anknüpfend an die bereits erfolgten Ausführungen lassen sich folgende Voraussetzungen rekapitulieren, unter denen eine gerichtliche Regulierung unter Rückgriff auf verfassungsrechtliche Zielsetzungen ausnahmsweise zulässig erscheint: (1) Es darf kein vorlagefähiger Gegenstand i.S.v. Art. 100 Abs. 1 GG vorliegen. (2) Es muss ein schwerwiegendes verfassungsrechtliches Regulierungsanliegen identifiziert werden, aus dem sich konkrete Handlungspflichten ergeben.<sup>213</sup> Je bestimmter der verfassungsrechtliche Handlungsauftrag ist, desto eher kommt ein Rückgriff auf diesen in Betracht, weil der legislative Konkretisierungsspielraum dann ohnehin sehr begrenzt ist und auch ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit aus Sicht der Rechtsadressaten gewahrt wird. Hierbei ist auch zu prüfen, ob die verfassungsrechtliche Vorgabe bereits an anderer Stelle im einfachen Recht konkretisiert wurde, sodass die dortige gesetzgeberische Wertung als Maßstab für eine zivilgerichtliche Umsetzung dienen kann.<sup>214</sup> (3) Schließlich muss ein dringender Umsetzungsbedarf des verfassungsrechtlichen Regulierungsziels herausgestellt wer-

<sup>209</sup> Dazu oben § 9 V. 2. c) dd) (1).

<sup>210</sup> Z.B. auf Art. 20a GG zur Herleitung privatrechtlicher (Haftungs-)Ansprüche zur Förderung von Umweltschutzziele oder auf das Gleichstellungsgebot in Art. 3 Abs. 2 GG zur Begründung von Einschränkungen der Privatautonomie (z.B. Kontrahierungszwänge).

<sup>211</sup> Siehe unter § 9 V. 2. c) dd) und d).

<sup>212</sup> Dazu auch unter § 9 V. 1. a) bb) (im Kontext grundrechtlicher Schutzpflichten).

<sup>213</sup> Ergebnisbezogene Zielvorgaben, denen bestimmte Handlungsanforderungen zu entnehmen sind, enthalten z.B. der Gleichstellungsauftrag (Art. 3 Abs. 2 GG) oder Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG).

<sup>214</sup> Z.B. nimmt das Klimaschutzgesetz wichtige Konkretisierungen von Art. 20a GG vor, indem es bestimmte Klimaschutzziele festschreibt (z.B. Emissionsreduktionsziele, Erreichung von Treibhausgasneutralität bis 2045). Diese können auf andere Rechtsgebiete ausstrahlen; vgl. dazu im Kontext des Mietrechts *Gsell*, NZM 2022, 481, 483.

den, der es rechtfertigt, eine gesetzgeberische Konkretisierung nicht abzuwarten. Dafür kann sprechen, dass andernfalls unumkehrbare Schäden bzw. Fehlentwicklungen drohen, vor deren Hintergrund die gerichtliche Rechtsfortbildung in Wahrnehmung einer Notkompetenz dem „Näher-an-der-Verfassung-Gedanken“ entspricht.<sup>215</sup> Es bedarf hier letztlich einer Abwägung zwischen dem verfassungsrechtlichen Regulierungsziel und der mit dessen Verfolgung einhergehenden Beeinträchtigung individueller Rechte.

### III. Schritt 3: Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten

Bezüglich der methodischen Ermittlung von Regulierungsinstrumenten kann in Teilen auf obige Ausführungen zur Ermittlung der Regulierungsziele verwiesen werden, weil beide Aspekte eng miteinander verknüpft sind und die teleologische Auslegung hier wie dort das Kernstück bildet.<sup>216</sup> Aus Gesetzgebungsperspektive wurde bereits erläutert, dass primär die funktionell-gewaltenteilungsbezogene und die rechtsstaatlich-grundrechtliche Funktion des Gesetzesvorbehalts bei der Bestimmung von Regulierungsinstrumenten Beachtung verlangt.<sup>217</sup> Entsprechend steht nun die funktionelle Eignung der Zivilgerichte zur Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten sowie das Anliegen, dass regulatorische Rechtskonkretisierung aus Sicht der Rechtsadressaten berechenbar bleibt, im Vordergrund. Es werden zuerst allgemeine Charakteristika zivilgerichtlicher Anwendung von Regulierungsinstrumenten angesprochen (1.), bevor auf bestimmte methodische Anforderungen eingegangen wird (2.).

#### 1. Spezifika zivilgerichtlicher Anwendung von Regulierungsinstrumenten

Der Erfolg privatrechtlicher Regulierung hängt maßgeblich davon ab, wie Zivilgerichte gesetzliche Grundlagen im Lichte regulatorischer Zielsetzungen auslegen und konkretisieren. Sie nehmen mithin eine wichtige Rolle bei der praktischen Gewährleistung der durch den gesetzlichen Rahmen vorgegebenen Gemeinwohlbelange ein.<sup>218</sup> Aus methodischer Perspektive geht es darum, durch Normauslegung und -konkretisierung die zur Verfolgung eines zuvor identifizierten legislativen Ziels zulässigen Regelungsmittel zu bestimmen.<sup>219</sup> Dabei ist die für (privat-)rechtliche Regulierung charakteristische und bereits mit Blick auf die Gesetzgebung erläuterte Zweck-Mittel-Relation entscheidend,<sup>220</sup> die sich hin-

---

<sup>215</sup> Dazu unter § 9 V. 2. c) dd) (2).

<sup>216</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 657.

<sup>217</sup> Näher unter § 10 III. und § 11 III.

<sup>218</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 689.

<sup>219</sup> Dazu allgemein *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 216; *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 22.

<sup>220</sup> Siehe unter § 10 III. 1. (auch zum damit einhergehenden Rationalitätserfordernis).

sichtlich der gerichtlichen Ermittlung von Regulierungsinstrumenten zugleich legitimierend und limitierend auswirkt (a)). Über das klassische privatrechtsdogmatische Verständnis teleologischer Auslegung hinausreichend, ist im Rahmen privatrechtlicher Regulierung auch eine bewusste Folgenorientierung der Gerichte bei der Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten erforderlich und (begrenzt) zulässig (b)).

*a) Legitimierende und limitierende Wirkung der Finalität von Regulierungsinstrumenten*

Die Identifizierung eines *Regulierungsziels* nach den unter Schritt 2 (§ 12 II.) beschriebenen Methoden lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber auch taugliche *Regulierungsinstrumente* schaffen möchte, die zur Förderung des erstrebten Regulierungszustands beitragen. Dies folgt aus dem bereits angesprochenen Rationalitätsgebot an rechtliche Regulierung bzw. an die ihr innewohnende Zweck-Mittel-Relation, die als normlogische Grundlage auch bei richterlicher Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten zu beachten ist.<sup>221</sup> Letztere darf nicht dazu führen, dass ein vom Gesetzgeber vorgesehenes Regulierungsinstrument dergestalt modifiziert wird, dass es die intendierte regulatorische Wirkung nicht mehr entfaltet. Insoweit *limitiert* das identifizierte Regulierungsziel den gerichtlichen Konkretisierungsspielraum. Zugleich sind die Kapazitäten und Befugnisse der Gerichte begrenzt, die Rationalität einer legislativen Regulierungsstrategie – etwa mittels empirischer Analysen – zu überprüfen, weshalb sie nur *Feinsteuerungen*<sup>222</sup> im Rahmen des gesetzlichen Regulierungskonzepts und der damit verbundenen Prognoseentscheidungen vornehmen können.<sup>223</sup> Auch gerichtliche *Korrekturen* im Falle legislativer Fehlannahmen sind nur sehr eingeschränkt im Rahmen des methodisch Zulässigen möglich.<sup>224</sup> Beruht etwa die Wir-

<sup>221</sup> Vgl. allg. Koch/Trapp, in: Harenburg/Podlech/Schlink (Hrsg.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung*, 1980, S. 83, 112; Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 216 („Rationalitätsregel“); s.a. Hensche, *Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik*, 1998, S. 21 f. Zu Unterschieden des Rationalwahl- (*rational choice*) und des Zweck-Mittel-Modells und zu Vorzügen des letzteren im Rahmen der Rechtsdogmatik siehe Hensche, ebd., S. 124–129. Das *Rationalwahlmodell* soll Handlungsalternativen, zu erwartende Konsequenzen und relevante Bewertungskriterien umfassend abbilden und würde mithin unrealistische Bedingungen juristischen Entscheidens durch Gerichte voraussetzen. Die Optimierung einer Regulierungsstrategie unter Heranziehung des Rationalwahlmodells obliegt daher nur dem Gesetzgeber (vgl. Hensche, ebd., S. 128 f.).

<sup>222</sup> Zum Begriff der Feinsteuerung Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 223.

<sup>223</sup> Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 702 f. geht im Fall der zivilgerichtlichen Änderung des gesetzlichen Regulierungskonzepts von einer Überschreitung der Gewaltenteilungsgrenzen aus. Siehe zur funktionell besseren Eignung des Gesetzgebers zu Prognoseentscheidungen und zur Schaffung größerer Regulierungskonzepte unter § 10 III.

<sup>224</sup> Bei offensichtlichen Verstößen gegen das Rationalitätsgebot, z.B. wenn eindeutig ein Widerspruch zwischen der legislativen Zwecksetzung und der Wirkung einer bestimmten

kungslosigkeit eines Regulierungsinstruments auf einer Fehlprognose des Gesetzgebers, muss dieser in der Regel selbst Nachbesserungen vornehmen.

Das Regulierungsziel stellt aber nicht nur einen *limitierenden*, sondern zugleich einen – begrenzt – *legitimierenden* Faktor in dem Sinn dar, dass die Legitimität des Regulierungsinstruments an der Legitimität des Regulierungsziels teilhat.<sup>225</sup> Dieser Legitimationsbezug, der von Gerichten herauszustellen und zu begründen ist, kommt beispielsweise in der BGH-Rechtsprechung zur Schwarzarbeit zum Ausdruck. Die Konditionssperre zulasten des vorleistenden Schwarzarbeiters nach § 817 S. 2 BGB (Regulierungsinstrument) beruht auf der in den Urteilsgründen dargelegten, rationalen Annahme, dass damit negative Anreize bezüglich der Vornahme von Schwarzarbeit gesetzt werden, mithin das gesetzgeberische Ziel effektiver Bekämpfung von Schwarzarbeit (Regulierungsziel) gefördert wird. So führt der BGH aus:

„Der Ausschluss auch eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs mit der ihm zukommenden abschreckenden Wirkung ist ein *geeignetes Mittel*, die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende *Zielsetzung des Gesetzgebers* mit den Mitteln des Zivilrechts zu fördern. Denn § 817 S. 2 BGB hat zur Folge, dass ein Schwarzarbeitergeschäft mit einem großen Risiko behaftet ist.“<sup>226</sup>

Gerade in Fällen, in denen Gerichte auf der Basis von Generalklauseln (z.B. § 817 S. 2 BGB) Regulierungsinstrumente entwickeln, ist die klare Herstellung des Bezugs zu einem gesetzgeberischen Regulierungsziel essenziell. Denn aus dem Wortsinne der Generalklausel und aus den zugehörigen Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich in der Regel kein direkter Bezug zu dem konkret verfolgten Regulierungsziel. Der vom Gericht unter Berücksichtigung der Entscheidungsfolgen hergestellte Zusammenhang zwischen Instrument und Ziel ist daher als zentrales Element der teleologischen Auslegung in den Entscheidungsgründen darzulegen.<sup>227</sup>

Aus dem Legitimitätsbezug zwischen Ziel und Mittel folgt als weitere methodische Konsequenz, dass gerichtliche Spielräume bei der Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten geringer sind, wenn ein gesetzliches Regulierungsziel

---

Norm besteht, kommt auch eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG in Betracht. Handelt es sich um eine grundrechtseinschränkende Norm, ist ein Verstoß gegen die *Geeignetheit* als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung naheliegend.

<sup>225</sup> Vgl. *Koch/Trapp*, in: Harenburg/Podlech/Schlink (Hrsg.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung*, 1980, S. 83, 112 f.; nach *Hensche*, *Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik*, 1998, S. 22 wohnt dieser Gedanke jedem teleologischen Argument inne. Ist der Zweck geboten bzw. wertvoll, so ist grundsätzlich auch ein Mittel, das dafür notwendig bzw. hinreichend oder brauchbar ist, geboten bzw. wertvoll. Er bezeichnet dies als „teleologisches Prinzip“ oder „Zweck/Mittel-Prinzip“ (ebd.); vgl. dazu auch (vorsichtiger) *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, Rn. 366.

<sup>226</sup> BGHZ 201, 1, 9 Rn. 29 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>227</sup> Insofern kann die Folgenorientierung auch zur Rationalität und Transparenz der Gerichtsentscheidung beitragen; dazu näher *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 227–232.

nicht klar ermittelbar ist. Das BVerfG stellt diesen Zusammenhang bei der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung her, indem es fordert, dass „der Rechtsanwender sich im gewaltenteilenden Rechtsstaat nicht über den klaren Wortlaut eines Gesetzes hinwegsetzen [darf], um einem *vermuteten* Ziel des Gesetzgebers Wirkung zu verschaffen.“<sup>228</sup> Selbiger Konnex besteht nach dem Stufencharakter der Wesentlichkeitsdoktrin für die Grundrechtsintensität der Regulierungsmittel. So hat das BVerfG im Kontext richterrechtlich entwickelter Einschränkungen der Berufsfreiheit mit Blick auf den Grundrechtsvorbehalt des Art. 12 Abs. 2 S. 2 GG betont: „Je stärker in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen wird, desto *deutlicher* muß das gesetzgeberische Wollen zum Ausdruck kommen.“<sup>229</sup> Der Gesetzesvorbehalt erlegt dem Richter aber auch Zurückhaltung auf, „wenn er vornehmlich aus bloßen gesetzgeberischen Zielsetzungen die Wahl des geeigneten und erforderlichen Mittels abzuleiten sucht.“<sup>230</sup> Die Orientierung an einem richtig ermittelten, Regulierungsziel legitimiert die Judikative folglich nicht per se dazu, vom gesetzlichen Normprogramm abweichende Regulierungsinstrumente zu entwickeln oder vorhandene zu verschärfen, weil sie zur Förderung des angestrebten Zielzustands effektiver erscheinen.<sup>231</sup>

#### b) (*Begrenzte*) Legitimität folgenorientierter Rechtsanwendung

Ein Charakteristikum regulatorischer Rechtsanwendung besteht darin, dass Gerichte die über den Einzelfall hinausreichenden Realfolgen<sup>232</sup> ihrer Entscheidung für die Realisierung des gesetzlich vorgegebenen Allgemeinwohlziels berücksichtigen müssen. In der vorliegend verwendeten Regulierungsdefinition findet sich dieser Aspekt in dem Merkmal wieder, dass Recht mit einer „über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention“ eingesetzt wird.<sup>233</sup> Gerichte sollen dem-

<sup>228</sup> BVerfGE 118, 212, 244; NVwZ 2017, 617, 618 Rn. 23 (Hervorhebung jeweils hinzugefügt).

<sup>229</sup> BVerfGE 98, 49, 60; ähnlich BVerfGE 87, 278, 317 f. (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>230</sup> BVerfGE 98, 49, 60 f.

<sup>231</sup> Insofern gilt: Der Zweck heiligt *nicht* die Mittel.; vgl. im Kontext der Grenzen subjektiv-teleologischer Auslegung *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 217; im Kontext der Grenzen zweck- und folgenbezogener Wertungskriterien *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 436 f.

<sup>232</sup> Zum Begriff *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, 1981, S. 25. Mit *Realfolgen* sind vorliegend die tatsächlichen Effekte gemeint, die richterliche Entscheidungen auf die Rechtsgemeinschaft haben, wozu neben der Verhaltenssteuerung auch die präjudizierende Wirkung höchstrichterlicher Entscheidungen gehört. Den Begriff verwendet im Kontext der teleologischen Auslegung auch *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 25–28, 37. Der Begriff der *Realfolge* ist weiter gefasst als derjenige der *Rechtsfolge*, der sich (aus gerichtlicher Perspektive) auf die (konkretisierende) Anordnung der rechtlichen Folgen bezieht, die in einem Rechtssatz an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sind (z.B. die Verpflichtung zur Vertragserfüllung oder zu Schadensersatz), vgl. zur Differenzierung *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 107, 111.

<sup>233</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50.

nach nicht allein den konkreten Rechtsstreit entscheiden, sondern die Anreizwirkung ihrer Entscheidung für unbeteiligte Dritte einbeziehen, also versuchen, Regulierungsadressaten Anreize zu setzen, sich in ähnlich gelagerten Situationen dem Regulierungsanliegen entsprechend zu verhalten.<sup>234</sup> Dies verlangt neben der üblichen retrospektiven Ausrichtung der Zivilrechtsprechung die Einnahme einer Folgenperspektive.<sup>235</sup> In der Literatur zur folgenorientierten Rechtsanwendung wird begrifflich entsprechend zwischen zwei Arten von Folgen differenziert:<sup>236</sup> etwa zwischen „Individualfolgen“ und „Sozialfolgen“,<sup>237</sup> „Einzelfallfolgen“ und „generellen Folgen“<sup>238</sup> oder „Entscheidungsfolgen“ und „Adaptationsfolgen“.<sup>239</sup> Wichtig ist dabei, dass die so benannten Folgenpaare nicht stets kongruent sind.<sup>240</sup> Die Folgenorientierung kann im Rahmen der Rechtsanwendung also den Blick für verschiedene Alternativen öffnen, wie die *ratio decidendi* ausgestaltet werden kann und welcher Wirkungsunterschied sich daraus ergibt.<sup>241</sup> Lassen sich auf methodisch zulässigem Wege verschiedene Entscheidungsalter-

<sup>234</sup> Vgl. *Hellgardt*, ebd., S. 661.

<sup>235</sup> Allerdings fehlte es einer „rein“ folgenorientierten Dogmatik, die Rechtsfolgen bloß am regulatorisch wünschenswerten Ergebnis ausrichtete, an der erforderlichen rechtlichen Verankerung und an berechenbaren Grenzen der Rechtsanwendung; vgl. dazu *Hellgardt*, aaO., S. 382 f., 661 f.; zum begrenzten methodischen Wert der Folgenorientierung auch *Hensche*, *Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik*, 1998, S. 37 f.; krit. zur Folgenberücksichtigung *KochlRißmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 227: „Über die Gesetze aber darf sich ein Jurist in der parlamentarischen Demokratie grundsätzlich nicht hinwegsetzen, auch nicht mit Rücksicht auf die sozialen Folgen einer Entscheidung. [...] Die sozialen Auswirkungen einer Entscheidung bedenken heißt, in Zukunft möglicherweise eintretende *Tatsachen* beachten. Aus *Tatsachen* lässt in keinem Falle ohne *weitere* Prämissen darauf schließen, wie entschieden werden *soll!*“ (Hervorhebungen im Original).

<sup>236</sup> Vgl. dazu m.w.N. *Hensche*, *Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik*, 1998, S. 28.

<sup>237</sup> *Sambuc*, *Folgenerwägungen im Richterrecht*, 1977, S. 101–103; ähnlich *Waelde*, *Juristische Folgenorientierung*, 1979, S. 6 („Mikrofolgen“, „Makrofolgen“).

<sup>238</sup> *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 109 f.

<sup>239</sup> *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 139 f. *Entscheidungsfolgen* meinen die Folgen der Geltung und Anwendung einer Rechtsnorm, „deren Realisierung durch aufgrund der Rechtsnorm ergehende autoritative Entscheidung angeordnet wird“. *Adaptationsfolgen* erfassen die verhaltenssteuernde Wirkung von Recht: „[D]ie Geltung und Anwendung rechtlicher Regeln [hat] aber auch insofern Wirkungen, als Rechtssubjekte sich, um Vorteile aus der Geltung einer Regel zu ziehen oder Nachteile daraus zu vermeiden, anders verhalten, als sie sich unter der Geltung einer anderslautenden Regel verhalten würden.“ (Zitate ebd., S. 139). Gegenstand der Folgenorientierung (des Gesetzgebers sowie der Gerichte) sind nach dieser Terminologie also in erster Linie die *Adaptationsfolgen*.

<sup>240</sup> Dazu anhand mehrerer Beispiele *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 141 ff.; zur Differenzierung von Entscheidungsfolgen nach herkömmlicher Rechtsdogmatik und im Kontext regulatorischer Rechtsanwendung auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 405 ff.

<sup>241</sup> Vgl. dazu *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 22 f., 139 f.; zum Folgenvergleich im Rahmen regulatorischer Rechtsanwendung *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 663 f.

nativen (d.h. Rechtsfolgenaussprüche) ermitteln, soll diejenige Alternative ausgewählt werden, die das Regulierungsziel effektiver fördert.<sup>242</sup> Kritiker warnen allerdings davor, dass mit einer folgenorientierten Rechtsanwendung Rechtspolitik betrieben werde, indem nicht mehr das Gesetz selbst, sondern eine „schnittige outputorientierte Betrachtung“ den Auslegungsprozess steuere.<sup>243</sup> Diesen nicht ganz unberechtigten Bedenken ist beizukommen, indem man die gerichtliche Folgenorientierung – abgesehen von Fällen, in denen der Gesetzgeber sie ausdrücklich anordnet – eng an das Normtelos, d.h. an die vom Gesetzgeber angestrebten Rechtsfolgen bindet.<sup>244</sup>

Ein in diesem Sinn methodisch zulässiger Folgenbezug lässt sich am Beispiel des in § 393 BGB geregelten Verbots der Aufrechnung gegen Forderungen aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung veranschaulichen. Die *Entscheidungsfolge* der Norm besteht in der Besserstellung des Gläubigers der aus Delikt begründeten Forderung. Jener soll seine Ersatzforderung in angemessener Frist durchsetzen können und sich kein Erfüllungssurrogat in Gestalt einer Aufrechnung des Schuldners aufdrängen lassen müssen.<sup>245</sup> Bei weiterer Nachforschung werden aber auch die generellen Präventionszwecke (d.h. die intendierten *Adaptationsfolgen*) der Norm deutlich, deren Einbezug im Rahmen der teleologischen Auslegung zur Umsetzung des legislativen Regulierungsanliegens essenziell ist. So soll die Norm zum einen sanktionslose „Privatrache“ bzw. private Selbsthilfe verhindern,<sup>246</sup> zum anderen kommt ihr – nach historisch-teleologischer Auslegung *primär* – eine Straffunktion und mithin eine präventiv-verhaltenssteuernde Wirkung zu, indem Schädigern das Recht der Aufrechnung allgemein entzogen wird.<sup>247</sup> Folglich ist bei Anwendung des § 393 BGB zu berücksichtigen, inwieweit dem jeweiligen Schadensersatzanspruch auch ein über den Einzelfall hinausreichendes präventiv-verhaltenssteuerndes Element zukommt. Ist dies der Fall, ergänzt das Aufrechnungsverbot den erwünschten Präventionseffekt sinnvoll.

<sup>242</sup> Näher zum Denken in Entscheidungsalternativen *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 405 f., 661 ff.

<sup>243</sup> *Hassemer*, *JZ* 2008, 1, 7; zu grundlegender Kritik an zukunftsorientierten Zweckerwägungen im Recht, insb. in der Rechtsprechung *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 199 ff.; s.a. *Luhmann*, *AÖR* 94 (1969), 1, 3 f.

<sup>244</sup> Ähnlich *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 52023, S. 196.

<sup>245</sup> Vgl. *BGH NJW* 1987, 2997; *BiederlGursky*, in: *Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2022*, § 393 Rn. 1.

<sup>246</sup> Ohne die Vorschrift könnte der Gläubiger einer nicht betreibbaren Forderung dem Schuldner bis zur Höhe der Schuld vorsätzlich Schaden zufügen, ohne zivilrechtliche Nachteile befürchten zu müssen; näher *BiederlGursky*, in: *Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2022*, § 393 Rn. 2 (m.w.N.); s.a. *Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, S. 149.

<sup>247</sup> Vgl. *Mot. II*, S. 112: „Der Grund der Vorschrift ist unverkennbar der, daß dem Diebe und dem einem Diebe gleichzustellenden Uebelthäter ausnahmsweise das Recht der Aufrechnung allgemein und schlechthin entzogen werden sollen.“; *BiederlGursky*, in: *Staudinger, BGB, Stand: Neubearbeitung 2022*, § 393 Rn. 2 (m.w.N.); näher zum rechtshistorischen Kontext *Franck*, *BB* 2009, 1935, 1936 f.

Diese Folgenerwägung kann etwa im wirtschaftsrechtlichen Kontext relevant werden, wenn z.B. die Anwendbarkeit des Aufrechnungsverbots auf Schadensersatzansprüche infolge von Kartellrechtsverstößen<sup>248</sup> oder Kapitalmarktrechtsverstößen infrage steht. Dort spielt der Aspekt der Gläubigerbesserstellung oder der Verhinderung von Privatrache eine untergeordnete Rolle.<sup>249</sup> Die sorgfältige teleologische Auslegung unter Herausstellung des Präventionszwecks von § 393 BGB und des konkreten Schadensersatzanspruchs kann aber die Anwendung des Aufrechnungsverbots als – (auch) folgenorientiertes – Regulierungsinstrument legitimieren.

Allgemein besteht für die Zivilgerichte eine Herausforderung darin, dass der regulatorische Folgenbezug einer Gerichtsentscheidung in der Regel nicht kongruent zu der Herstellung eines auf den Einzelfall bezogenen, privaten Interessenausgleichs verläuft.<sup>250</sup> Die regulatorisch imprägnierte teleologische Auslegungsmethode beansprucht vielmehr einen „Vorrang [des Regulierungsziels] vor allen alternativen Möglichkeiten zur Bestimmung der ratio legis“.<sup>251</sup> Dieser Vorrang muss im Gesetz verankert werden können. Möchte ein Zivilgericht in seine Argumentation regulatorische Folgeerwägungen einbeziehen, erfordert dies also, im Rahmen der teleologischen Auslegung herauszustellen, auf welcher gesetzlichen Grundlage (Mittel) ein bestimmter sozialer Zustand gefördert werden soll (Zweck).<sup>252</sup> Ein erhöhter Begründungsaufwand ergibt sich dabei auch aus dem Ausnahmecharakter, der regulatorischen Normen im privatrechtlichen Gesamtzusammenhang (Makro-Ebene) regelmäßig zukommt.<sup>253</sup> So verlangt die Identifizierung einer regulatorischen Norm (Mikro-Ebene) im privatrechtlichen Gesamtkontext (Makro-Ebene), der in der Regel primär auf den retrospektiv ausgerichteten Interessenausgleich ausgerichtet ist,<sup>254</sup> eine sorgfältige Begründung und Darlegung in den Entscheidungsgründen.

Dem erhöhten Legitimationsbedürfnis werden Zivilgerichte gerecht, indem sie gezielt begründen, welche Steuerungswirkungen von der gebildeten ratio decidendi für potenzielle Normadressaten ausgehen sollen und inwieweit diese im Gesetz verankert sind. Ein Beispiel bietet erneut die zuvor erwähnte Schwarzar-

---

<sup>248</sup> Dazu eingehend *Franck*, BB 2009, 1935 ff.

<sup>249</sup> Vor diesem Hintergrund bejaht *Franck*, BB 2009, 1935, 1937 ff. die Anwendbarkeit von § 393 BGB auf kartellrechtliche Schadensersatzansprüche (§ 33 Abs. 3 GWB), deren Primärzweck er in der Verhaltenssteuerung durch Sanktion sieht.

<sup>250</sup> So *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 658 f.

<sup>251</sup> *Hellgardt*, ebd., S. 659.

<sup>252</sup> Vgl. zu teleologischen Begründungen *Hensche*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, 1998, S. 20 f.; zum Teil verpflichtet der Gesetzgeber Rechtsanwender auch eindeutig zur Folgenabwägung, vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2023, S. 195 f.

<sup>253</sup> Dazu erneut *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 657 f.

<sup>254</sup> Der klassische Interessenausgleich (z.B. in Form der Kompensation eines eingetretenen Schadens) erfolgt primär vergangenheitsorientiert und weist einen Zukunftsbezug in der Regel nur insoweit auf, als den allgemeinen Anliegen der Herstellung von Rechtsfrieden und Schaffung von Rechtssicherheit Rechnung getragen werden soll.

beiter-Rechtsprechung des BGH, in der dieser allgemein die „abschreckende Wirkung“ des Ausschlusses eines bereicherungsrechtlichen Anspruches betont und auf die gesetzgeberische Regulierungsintention zurückführt.<sup>255</sup> Auch in einer jüngeren Entscheidung des BGH<sup>256</sup> zu den formellen Anforderungen an eine Mieterhöhungserklärung gemäß § 559b Abs. 1 BGB nach Durchführung energetischer (u.a.) Modernisierungsmaßnahmen kommt der Folgenbezug klar zum Ausdruck.<sup>257</sup> Der BGH argumentiert darin, dass es der (umweltpolitischen) Zielsetzung des Gesetzgebers, nachhaltig Energie einzusparen,<sup>258</sup> indem Vermietern Anreize zu Modernisierungsmaßnahmen gesetzt werden, widerspräche, „wenn eine Durchsetzbarkeit eines dem Vermieter materiell-rechtlich zustehenden Ausgleichs [in Gestalt der Mieterhöhung] für seine erbrachte Eigenleistung durch überhöhte formelle Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung erheblich erschwert würde“.<sup>259</sup> Die Konkretisierung der formellen Anforderungen wird folgenbezogen an dem legislativen Regulierungsziel ausgerichtet.

Die Relevanz folgenorientierter Rechtsanwendung beschränkt sich nicht zwingend auf Konstellationen, in denen Regulierungsziele verfolgt werden, sondern kann auch bei anderen, dem Interessenausgleich zuzuordnenden Gestaltungszwecken eine Rolle spielen.<sup>260</sup> Aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts ist aber die *Grundrechtsintensität* der regulatorisch imprägnierten Folgenorientierung der Rechtsanwendung entscheidend, die daraus folgt, dass eine überindividuelle Lenkungswirkung zur Durchsetzung politischer Steuerungsanliegen intendiert wird. So zielt etwa die Prävention durch Rechtsverlust (z.B. im Schwarzarbeiter-Fall) oder Auferlegung von Zahlungspflichten darauf ab, dass Regulierungsadressaten in vergleichbaren Situationen die „exemplarisch“ sanktionierte Verhaltensweise unterlassen. In anderen Konstellationen werden Rechtspositionen gezielt gestärkt oder Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten erleichtert (z.B. des Vermieters bei der Mieterhöhungserklärung nach Modernisierungsmaßnahmen oder des Verkäufers durch die Effektivierung des Vorrangs der Nacherfüllung), wodurch die für die Gegenpartei repräsentativ stehenden Regulierungsadressaten gezielt entmutigt werden, mögliche rechtliche Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Außerdem sind Rechtsfolgen, die ein Gericht gezielt unter Berücksich-

<sup>255</sup> BGHZ 201, 1, 9 Rn. 29.

<sup>256</sup> BGH NZM 2022, 795.

<sup>257</sup> Die in § 559 Abs. 1 BGB vorgesehene Möglichkeit der einseitigen Mieterhöhungserklärung des Vermieters dient dem Ausgleich seiner Modernisierungskosten und setzt damit einen Anreiz zur vermehrten Vornahme insb. einergieeinsparender Modernisierungsmaßnahmen (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 58). Zu diesem Zweck wird von allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts – insbesondere vom Äquivalenzgrundsatz – abgewichen, indem der Vermieter durch einseitige Mieterhöhungserklärung die Pflicht des Mieters zur Mietzahlung gestalten kann.

<sup>258</sup> Das Gericht verweist hierzu auf BGH WuM 2021, 109 Rn. 25 sowie auf die dortige Bezugnahme auf BT-Drucks. 14/4553, S. 58 (zu § 559 BGB).

<sup>259</sup> BGH NZM 2022, 795 Rn. 39.

<sup>260</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 659.

tigung der durch sie ausgelösten Adaptationsfolgen konkretisiert, aus Perspektive der Rechtsadressaten zum Teil schwerer vorhersehbar, da sie dem Normbefehl meist nicht unmittelbar zu entnehmen sind. Dies führt zwar nicht zur Unzulässigkeit gerichtlicher Folgenorientierung, verstärkt aber das Erfordernis, diese jedenfalls im regulatorischen Kontext an eindeutig nachweisbaren Regulierungszielen auszurichten und den gesetzlichen Rahmen zulässiger Folgenberücksichtigung zu wahren. Aus demokratisch-gewaltenteilungsbezogener Perspektive ist auch zu beachten, dass es in der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers liegt, mit welchen rechtlichen Mitteln politische Gemeinwohlziele verfolgt und wie grundrechtsintensiv diese ausgestaltet werden sollen. Die Mittelauswahl reflektiert nämlich auch die (politische) Wichtigkeit, die das Parlament dem zu verfolgenden Ziel beimisst. Gerichte sind folglich nicht befugt, von der gesetzlichen Auswahl der Regulierungsinstrumente wesentlich abzuweichen oder die vom Gesetzgeber mit bestimmten Regelungen intendierten regulatorischen Effekte infolge eigener Prognose- und Folgerwägungen zu verschärfen oder abzuschwächen.

## 2. Methodische Anforderungen des Gesetzesvorbehalts

Notwendige Voraussetzung für die zivilgerichtliche Konkretisierung und die damit einhergehende Gestaltung von Regulierungsinstrumenten ist eine gesetzliche (Ermächtigungs-)Grundlage. Delegationsnormen sind mit dem Gesetzesvorbehalt vereinbar, solange der Gesetzgeber selbst „die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs“<sup>261</sup> festlegt und dem Gesetz ein „berechenbares rechtsstaatliches Abwägungsprogramm“<sup>262</sup> zu entnehmen ist, dass den gerichtlichen Spielraum bei der regulatorischen Konkretisierung von Tatbestand und Rechtsfolgen einer Norm begrenzt. Dabei greifen im Rahmen privatrechtlicher Regulierung grundsätzlich mildere Anforderungen als im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht, wo etwa eine Norm, die Strafen bzw. Geldbußen an „Verstöße gegen die guten Sitten“ knüpfte, aufgrund mangelnder Bestimmtheit ohne Zweifel dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterliefe.<sup>263</sup> Auch bei der Anwendung von Delegationsnormen im Privatrecht ist aber ein klarer methodischer Rahmen erforderlich, der gewährleistet, dass regulatorische Rechtsanwendung für die Rechtsunterworfenen berechenbar bleibt und dass die

---

<sup>261</sup> BVerfGE 49, 89, 127.

<sup>262</sup> BVerfGE 116, 24, 52, 55.

<sup>263</sup> Etwas anderes gilt, wenn paternalistische Maßnahmen (insb. zum Selbstschutz) im Privatrecht mit einer Freiheitsentziehung einhergehen, sodass der strenge Gesetzesvorbehalt des Art. 103 Abs. 1 S. 1 GG Anwendung findet, etwa bei zwangweiser zivilrechtlicher Unterbringung eines Betreuten (vgl. dazu § 1831 BGB); näher zum ultima ratio-Charakter solcher „harten paternalistischen Maßnahmen“ und zur Unzulässigkeit der Rechtsfortbildung in diesem Bereich *Neuner*, ZfPW 2022, 257, 275. Siehe zu verschiedenen Intensitätsstufen und entsprechenden Anforderungen an die gesetzliche Regelungsdichte auch unter § 11 III.

gesetzgeberische Steuerungsintention und -strategie gewahrt wird.<sup>264</sup> Im Folgenden sind unter Berücksichtigung des Gesetzesvorbehalts Spielräume und Grenzen der gerichtlichen Konkretisierung und Schaffung von Regulierungsinstrumenten zu untersuchen, wozu im ersten Schritt *bestimmte* und *offene* Regulierungsermächtigungen unterschieden werden (a) und b)) und im zweiten Schritt zulässige Konkretisierungsansätze bezüglich letzterer beleuchtet werden (c) und d)).

a) *Bestimmte Regulierungsermächtigungen und ihre (begrenzte) Ausstrahlungswirkung*

Gestaltet der Gesetzgeber Regulierungsinstrumente präzise aus, bereitet die regulatorische Rechtsanwendung unter dem Aspekt des Gesetzesvorbehalts kein Problem und ist aufgrund der Gesetzesbindung geboten.<sup>265</sup> Die Ermächtigunggrundlage belässt Gerichten in diesen Fällen nur geringe Gestaltungsspielräume. Tatbestand und Rechtsfolge weisen weitgehend bestimmte Rechtsbegriffe auf, unter die Gerichte subsumieren können, sodass die Normanwendung aus Sicht der Normadressaten vorhersehbar bleibt. Der (regulatorische) Rechtsanwendungsprozess wird hier also weitgehend vom Gesetzgeber „fremdprogrammiert“<sup>266</sup> und gerichtliche Modifizierungen des vorgegebenen Regulierungsprogramms sind grundsätzlich unzulässig. Beispiele für bestimmte Regulierungsinstrumente bieten § 241a BGB, der die Sanktion wettbewerbs- und verbraucher-schutzwidrigen Markverhaltens mittels Ausschlusses von Ansprüchen nach Zusendung unbestellter Waren oder Erbringung unbestellter Leistungen anordnet, oder § 536 Abs. 1a BGB, der den Ausschluss der Mietminderung bei energetischer Sanierung vorsieht. Die am Wortlaut und an der engeren Gesetzessystematik ausgerichtete teleologische Auslegung ist hier ausreichend, um das Regulierungsprogramm des Gesetzgebers umzusetzen.

Eindeutig ausgestaltete Regulierungsinstrumente sind methodisch aber auch insoweit von Interesse, als sie eine *Ausstrahlungswirkung* auf andere Normen bzw. Rechtsinstitute entfalten können, die sich insbesondere in Gestalt eines gerichtlich umsetzbaren „Umgebungsschutzes“ manifestieren kann.<sup>267</sup> Damit

<sup>264</sup> Wird der Delegationsrahmen einer Norm so überdehnt, dass die Rechtsanwendung aus Sicht verständiger Normadressaten ex ante nicht oder nur sehr schwer antizipierbar ist, kann dies auch das Steuerungspotenzial der Norm konterkarieren, vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 383.

<sup>265</sup> Vgl. die parallelen Erwägungen bei eindeutig vorgegebenen Regulierungszielen unter § 12 II. 2.

<sup>266</sup> *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 67–69, spricht im Bereich der ordinären richterlichen Gesetzesanwendung von einem höheren Anteil gesetzlicher „Fremdprogrammierung“, in dem herkömmlich als richterliche Rechtsfortbildung bezeichneten Bereich hingegen von einem erhöhten Anteil an richterlicher „Selbstprogrammierung“.

<sup>267</sup> Vgl. zur Argumentationsfigur der Vermeidung von Gesetzesumgehungen *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 52023, S. 192 f.

sind Fälle gemeint, in denen die regulatorische Wirkung einer bestimmten Norm leerzulaufen droht, weil das im Normtatbestand adressierte Verhalten leicht abgeändert wird oder gezielt auf andere, in der Regel allgemeinere Regelungen Bezug genommen wird, unter deren Heranziehung sich die regulatorische Norm umgehen oder abschwächen ließe. Den Gerichten obliegt es dann, die Wertungen des legislativen (Regulierungs-)Programms möglichst effektiv umzusetzen. In diesen Fällen sprechen auch die Gebote der Kohärenz und Einheit der Rechtsordnung dafür, den vom Gesetzgeber speziell geregelten Regulierungsmechanismus zu fördern, indem dieser bei der Auslegung anderer Normen berücksichtigt wird. Als Beispiel lässt sich erneut das „Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung“ anführen, welches aus der Systematik der §§437 ff. folgt und – wie die subjektiv-teleologische Auslegung ergibt – aus gesamtwirtschaftlichen Erwägungen gezielt den Verkäufer privilegiert.<sup>268</sup> Würde in diesem Kontext nun eine käuferseitige Mangelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme „honoriert“, indem Aufwendungsansprüche etwa auf Grundlage einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 S. 1 i. V. m. § 670 BGB) oder mittels Anrechnung einer Aufwendungsersparnis nach § 326 Abs. 2 S. 2 BGB (analog) gewährt würden, ginge der mit dem Vorrang der Nacherfüllung bezweckte Regulierungseffekt verloren. Um dies zu vermeiden, lehnt der BGH die Anwendbarkeit dieser Normen überzeugend ab.<sup>269</sup> Ein weiteres Beispiel bietet die bereits erwähnte Entscheidung des BGH zu den formalen Anforderungen einer Mieterhöhungserklärung nach Modernisierungsarbeiten (§ 559b Abs. 1 BGB), in der es aus regulatorischer Perspektive darum geht, den Anreiz des Vermieters zu Modernisierungsmaßnahmen in Gestalt der Berechtigung zur einseitigen Mieterhöhung nicht durch überhöhte formale Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung zu konterkarieren.<sup>270</sup> Dem gesetzlichen Regulierungsplan wird also im Wege der restriktiven Auslegung der formalen Anforderungen Rechnung getragen.

Die Effektivierung der vom Gesetzgeber intendierten Regulierungswirkung, insbesondere durch die Verhinderung von Umgehungsmöglichkeiten, kann auch mittels analoger Anwendung einer regulatorischen Norm<sup>271</sup> oder mittels Übernahme einer explizit verankerten regulatorischen Wertung bei Auslegung einer Generalklausel erfolgen. So wurde bereits ausgeführt, dass die Geltung des Gesetzesvorbehalts eine analoge Anwendung und den Rückgriff auf Generalklauseln nicht ausschließt, gerade wenn sie der Verhinderung einer von den Adressaten bewusst angestrebten Normumgehung dient.<sup>272</sup> Diese Umgehungsvermei-

---

<sup>268</sup> Dazu bereits unter § 12 I. 2. a.

<sup>269</sup> BGHZ 162, 219, 224 ff. (zur Ablehnung von § 326 Abs. 2 S. 2 BGB analog).

<sup>270</sup> BGH NZM 2022, 795 Rn. 39.

<sup>271</sup> Vgl. dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 706 f., der dies unter dem Aspekt der Erweiterung des Regulierungsziels diskutiert; sehr offen gegenüber einer Analogie auch bei die Privatautonomie einschränkenden Ausnahmebestimmungen *Neuner*, ZIPW 2022, 257, 276 (unter Bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz und die Effektivierung der Gesetzesbindung).

<sup>272</sup> Näher dazu unter § 6 III. 1. (insb. im steuerrechtlichen Kontext); s.a. BVerfGE 116, 24,

dung ist auch aus rechtsstaatlich-grundrechtlicher Perspektive in der Regel unproblematisch, soweit die Ausstrahlungswirkung des gesetzlich vorgesehenen Regulierungsinstruments nicht zu einer wesentlichen tatbestandlichen Ausweitung oder zur Begründung völlig neuer Pflichten bzw. Haftungsfolgen führt.

Davon abzugrenzen ist die unzulässige Verschärfung oder tatbestandliche Erweiterung spezifisch vorgegebener bzw. bewusst eng gestalteter Regulierungsinstrumente, etwa mittels Generalisierung bzw. Übertragung einer speziellen regulatorischen Wertung im Wege extensiver Auslegung, analoger Anwendung oder Ausfüllung wertungsoffener Normen. Insofern kann man auch von einer *Sperrwirkung* eindeutiger Regulierungsermächtigungen sprechen. Hat sich der Gesetzgeber bewusst für ein bestimmtes privatrechtliches Regulierungsinstrument entschieden, darf diese Auswahl nicht von der Rechtsprechung überspielt werden. Der Gedanke lässt sich am Beispiel der auf Unionsrecht beruhenden Berichtspflichten großer Unternehmen bezüglich Umwelt-, Sozial- und Governance-Themen (corporate social responsibility-Reporting) nachvollziehen.<sup>273</sup> Die europäischen Vorgaben der CSR-Richtlinie von 2014<sup>274</sup> wurden in den §§ 289b, 289c, 315b, 315c HGB umgesetzt. Nach § 289c Abs. 1 HGB haben die adressierten Unternehmen ihr Geschäftsmodell zu beschreiben und dabei zumindest auf die in § 289c Abs. 2 HGB aufgeführten ökologischen und sozialen Belange einzugehen (z.B. Treibhausgasverbrauch, Wasserverbrauch, Luftverschmutzung). Mit diesen nichtfinanziellen Offenlegungspflichten bezweckt der (Unions-)Gesetzgeber neben der klassischen Informationsfunktion der Publizitätspflichten die Steuerung der berichtspflichtigen Unternehmen hin zu einem nachhaltigeren, gesellschaftlich verantwortungsvollen Unternehmensverhalten.<sup>275</sup> Dazu wird allerdings ein vergleichsweise „mildes“ Mittel eingesetzt, indem das erwünschte unternehmerische Verhalten nicht durch direkte Regulierung, etwa in Gestalt eines Verbots oder Umsetzungszwangs verbunden mit Haftungsfolgen, erzwungen wird, sondern „nur“ über die betreffenden Sachverhalte zu berichten ist.<sup>276</sup>

---

52 ff. (zur behördlichen Rücknahme einer erschlichenen Einbürgerung), wo von reduzierten Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage ausgegangen wird, weil dem Täuschenden kein schützenswertes Vertrauen zustehe und das rechtsstaatliche Interesse an der Sanktion bzw. Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands durch Rücknahme der Einbürgerung grundsätzlich überwiege (ebd., S. 53 f.).

<sup>273</sup> Näher *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 207–211.

<sup>274</sup> Änderungs-RL 2014/95/EU zur Novellierung der Bilanz-RL 2013/34/EU. Inzwischen wurden die nicht-finanziellen Berichtspflichten durch die neue RL (EU) 2022/2464 vom 14.12.2022 (Corporate Sustainability Reporting Directive) deutlich erweitert und intensiviert.

<sup>275</sup> Vgl. Erwägungsgründe (3), (12) der Änderungs-RL EU 2014/95/EU; Begr. RegE CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz, BT-Drucks. 18/9982, S. 26: „Durch die neuen Vorgaben für die Berichterstattung kann mittelbar auch das Handeln der Unternehmen beeinflusst und ein Anreiz geschaffen werden, nichtfinanziellen Belangen und damit verbundenen Risiken, Konzepten und Prozessen stärkeres Gewicht in der Unternehmensführung beizumessen.“; die genuin regulierende Funktion betont *Hell*, EuZW 2018, 1015, 1017.

<sup>276</sup> *Hell*, EuZW 2018, 1015, 1017; zur Einordnung als Nudging-Instrument *Grigoleit*, in: *Grigoleit*, AktG, 2020, § 76 Rn. 22.

Die erhöhte Transparenzpflicht (Comply-or-explain-Ansatz)<sup>277</sup> bezüglich der unternehmenseigenen Nachhaltigkeitsstrategie soll zu einer Selbststeuerung der Unternehmen infolge von Selbstreflexion sowie zu einer Fremdsteuerung aufgrund der Öffentlichkeitswahrnehmung bzw. der Anpassung der Transaktionsentscheidungen der Marktteilnehmer führen.<sup>278</sup> Die CSR-Vorschriften verfolgen mithin unzweifelhaft das Regulierungsziel, ökologische und soziale Belange stärker in die Unternehmenspolitik zu integrieren. Hier interessiert nun, ob von diesem spezifisch ausgestalteten Regulierungsinstrument eine weiterreichende „Ausstrahlungswirkung“<sup>279</sup> ausgeht, die von der Rechtsprechung zu realisieren wäre. Dem ist insoweit zu widersprechen, als dadurch der vom (Unions-)Gesetzgeber eingesetzte Regulierungsmechanismus, dem bewusst ein Etappencharakter<sup>280</sup> zukommt, verschärft bzw. wesentlich modifiziert würde, um das Regulierungsziel effektiver zu verfolgen. Daher wäre es etwa – entgegen vereinzelt gebliebener Auffassungen<sup>281</sup> – unzulässig, die CSR-Belange im Wege der Auslegung bzw. Rechtsfortbildung allgemein in den Leitungs- (§ 76 Abs. 1 AktG) oder Sorgfaltsmaßstabs (§ 93 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG) der Unternehmensleitung einzubeziehen.<sup>282</sup> Damit griffe die Rechtsprechung einer (erneuten) gesetzgeberischen Entscheidung darüber, mit welchen Mitteln Nachhaltigkeit als Regulierungsziel im Unternehmensrecht (effektiver) verfolgt werden soll, vor und schüfe selbst ein neues, grundrechtsintensives Regulierungsinstrument.

#### b) Offene Regulierungsermächtigungen

Unter offenen Regulierungsermächtigungen, die den Zivilgerichten erhebliche Spielräume bei der Feingestaltung von Regulierungsinstrumenten einräumen, kann man zwischen *Generalklauseln* und vom Gesetzgeber *bewusst geschaffenen Lücken* differenzieren. Beiden ist gemein, dass der Gesetzgeber damit die Befugnis zu konkretisierender Rechtserzeugung bewusst auf die Gerichte delegiert. Die

<sup>277</sup> Nach § 289c Abs. 4 HGB hat das Unternehmen, sofern es kein Konzept bezüglich der in Abs. 2 aufgeführten Aspekte verfolgt, „dies anstelle der auf den jeweiligen Aspekt bezogenen Angaben [...] in der nicht finanziellen Erklärung klar und begründet zu erläutern“.

<sup>278</sup> *Hell*, EuZW 2018, 1015, 1017; zum Wirkungsmechanismus auch *Schön*, ZHR 180 (2016), 279, 287 f.

<sup>279</sup> *Hommelhoff*, in: FS Kübler, 2015, S. 291, 298.

<sup>280</sup> Dieser geht aus Erwägungsgrund (12) der CSR-RL 2014/95/EU hervor: „Der Zugang von Investoren zu nichtfinanziellen Informationen ist ein Schritt auf dem Weg zur Erreichung des im Rahmen des Fahrplans für ein ressourcenschonendes Europa festgelegten Etappenziels, wonach bis 2020 Marktanreize und politische Anreize eingeführt sein sollen, die Investitionen von Unternehmen in Effizienz belohnen.“; auf den Etappencharakter hinweisend auch *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, <sup>2020</sup>, § 76 Rn. 22.

<sup>281</sup> Vgl. *Hommelhoff*, in: FS Kübler, 2015, S. 291, 298; *ders.*, NZG 2015, 1329, 1330 f.

<sup>282</sup> Vgl. dazu *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 209 f.; in der Sache auch *Schön*, ZHR 180 (2016), 279, 287 f.; *Grigoleit*, in: Grigoleit, AktG, <sup>2020</sup>, § 76 Rn. 22; allg. zu Verbindungsmöglichkeiten von corporate governance und Klimaschutz *Fleischer*, DB 2022, 37, 40 f.

Schwierigkeit besteht darin zu bestimmen, wie groß dabei nach den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts der Anteil gesetzgeberischer Fremdprogrammierung sein muss bzw. wie weit der Anteil gerichtlicher Selbstprogrammierung reichen darf.<sup>283</sup> Im Folgenden werden beide Delegationsformen kurz dargestellt, bevor auf die Konkretisierungsansätze einzugehen ist.

*aa) Delegation mittels Generalklauseln*

Die Funktion von Generalklauseln als Delegationsnormen ist anerkannt und ihre Vereinbarkeit mit dem Gesetzesvorbehalt wurde bereits behandelt.<sup>284</sup> Neben der Delegationsfunktion erfüllen Generalklauseln in materieller Hinsicht eine Verweisungs- und Flexibilitätsfunktion, die es Gerichten ermöglicht, die Einheit und Kohärenz der Rechtsordnung zu wahren und zu fördern sowie das Recht an den gesellschaftlichen und technischen Wandel anzupassen.<sup>285</sup> Dies wird rechtstechnisch durch einen sehr hohen Abstraktionsgrad<sup>286</sup> bzw. die bloße Vorgabe grober Leitlinien zur Gesetzesanwendung<sup>287</sup> umgesetzt, wodurch Gerichten viel Raum für konkretisierende Regelbildung belassen wird, die Möglichkeit der klaren Subsumtion des Sachverhalts unter den Normtatbestand hingegen nicht mehr besteht.<sup>288</sup> Das Bewusstsein des Gesetzgebers, dem richterlichen Ermessen viel Freiraum zu gewähren, geht aus den Erwägungen zur Schaffung von Generalklauseln meistens deutlich hervor, wie etwa die Motive zum späteren § 138 BGB zeigen:

„Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist.“<sup>289</sup>

<sup>283</sup> Die Begriffe der Fremd- und Selbstprogrammierung verwendet *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49, 63 f., 67–69.

<sup>284</sup> Siehe unter § 6 II. 2. c) und III. 3., § 11 I.; *Ossenbühl*, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, 1988, S. 11 spricht mit Blick auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe von einer „apokryphen Delegation von Gesetzgebungsmacht auf die anwendenden Instanzen, letztlich auf den Richter“.

<sup>285</sup> Näher zu diesen Funktionen der Generalklauseln *Ohly*, *AcP* 201 (2001), 1, 6 ff.; *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, <sup>5</sup>2023, S. 288 f.

<sup>286</sup> *Ohly*, *AcP* 201 (2001), 1, 9.

<sup>287</sup> *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 125.

<sup>288</sup> *Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, <sup>5</sup>2023, S. 288.

<sup>289</sup> *Mot. I*, S. 211 f.; vgl. aus jüngerer Zeit auch *BT-Drucks. 18/6571*, S. 13 f. zu § 3 Abs. 1 UWG, wonach die Vorschrift als „Auffangtatbestand“ für solche geschäftliche Handlungen dienen soll, die von den nachfolgenden Bestimmungen nicht erfasst werden, wobei es „der Rechtsprechung überlassen bleiben [sollte], in Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit [...] gegebenenfalls angemessene Spürbarkeitserfordernisse aufzustellen, um insbesondere Abmahnungen von Bagatelverstößen zu verhindern.“

bb) *Delegation mittels „bewusster“ Lücken*

Die dogmatische Figur der bewussten Lücke beschreibt Fälle, in denen der Gesetzgeber einen bewussten Regelungsverzicht mit einem Regelungsauftrag an die Rechtsprechung verbindet. Sie lässt sich in zwei Richtungen abgrenzen, einerseits vom bewussten (oder beredten) Schweigen des Gesetzgebers, andererseits von der unbewussten (oder planwidrigen) Lücke. Beredtes oder qualifiziertes<sup>290</sup> Schweigen liegt vor, wenn der Gesetzgeber nur für die explizit geregelten Tatbestände eine bestimmte Rechtsfolge vorsehen möchte, nicht aber für andere, ähnlich gelagerte Fälle.<sup>291</sup> Der Gesetzgeber gibt also dadurch, dass er für einen Fall eine bestimmte Rechtsfolge bewusst nicht vorsieht, mittelbar eine negative Lösung vor.<sup>292</sup> In diesen Fällen liegt keine ergänzungsbedürftige Lücke vor, weil sich die Rechtsfolge aus der Umkehrung des positiv geregelten Rechtssatzes ergibt.<sup>293</sup> Dagegen lässt sich aus dem Vorliegen einer (bewussten oder unbewussten) Lücke darauf schließen, dass es der Intention des Gesetzgebers entspricht, eine vorhandene Regelung zu ergänzen – insbesondere mittels eines Ähnlichkeitsschlusses. Mit Bezug auf die regulatorische Rechtsanwendung bedeutet ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzgebers, dass der begrenzt gefasste legislative Regulierungsansatz nicht mittels extensiver Auslegung oder Analogiebildung effektiviert werden darf, weil dies dem Gesetzgeberwillen widerspräche.<sup>294</sup>

Innerhalb der Lückentypologie lassen sich (unter anderem) „unbewusste“ und „bewusste“ Regelungslücken differenzieren.<sup>295</sup> Das übliche Lückenverständnis knüpft an die *Planwidrigkeit* an und setzt voraus, dass eine nach dem legislativen Regelungsplan in den Regelungsbereich fallende Frage übersehen worden oder erst später durch nach Inkrafttreten des Gesetzes erfolgte gesellschaftliche Veränderungen entstanden ist.<sup>296</sup> Bei der *bewussten Lücke* lässt der Gesetzgeber hingegen eine Frage gezielt offen, um ihre Entscheidung der Rechtsprechung (und Wissenschaft) zu überlassen.<sup>297</sup> Es liegt also gerade keine Planwidrigkeit im Sinne

<sup>290</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 40 ff.

<sup>291</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 191; *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 42 f.

<sup>292</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 44.

<sup>293</sup> So *Canaris*, ebd., S. 45 f.

<sup>294</sup> Ein Beispiel bietet die vom BAG vorgenommene Privilegierung von Sozialplanabfindungen in der Insolvenz trotz Bestehens eines geschlossenen gesetzgeberischen Systems der Rangfolge, vgl. BVerfGE 65, 182, 190–195 (näher dazu unter § 12 II. 1.). Aufgrund der gesetzgeberischen Aufzählung bestimmter Privilegierungstatbestände (und dem bewussten Schweigen bezüglich anderer), war die Ausweitung im Wege der Analogie unzulässig und stellte eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung dar.

<sup>295</sup> *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 134; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 850 ff.; *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 24–26.

<sup>296</sup> Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 134 f.

<sup>297</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 199; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 851.

einer unbewussten Lücke vor, weil der Rechtserzeugungsanteil der Rechtsprechung vom Gesetzgeber eingeplant wird. Insofern weist diese Form der Delegation auch Parallelen zur Regelungstechnik mittels Generalklauseln auf.<sup>298</sup> Der Delegationswille kommt dabei insbesondere zum Ausdruck – und ist entsprechend mittels historischer Auslegung nachweisbar –, wenn die offen gelassene Regelungsfrage in den Gesetzesmaterialien mit dem Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“ versehen wird.<sup>299</sup> Auch hierbei handelt es sich um eine legislative Methode, die zur Förderung der Entwicklungsfähigkeit und Flexibilität des Gesetzes beitragen soll.<sup>300</sup>

Aus Perspektive des Gesetzesvorbehalts stellt die *bewusste Lücke* grundsätzlich eine geeignete Grundlage für eigenständige regulatorische (Fein-)Steuerung durch Gerichte dar, weil in diesem Fall ein parlamentarischer Konsens darüber nachweisbar ist, dass bezüglich einer bestimmten Problematik auf die Fähigkeit der Gerichte zur fall(-gruppen)bezogenen Entwicklung von Lösungsansätzen vertraut werden soll. Solange es sich um die Lösung eines umgrenzten Problemkreises handelt und bei der gerichtlichen Lösung eine Orientierung an positivrechtlich verankerten Regulierungsintentionen möglich ist, wird dabei in aller Regel ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit gewahrt.<sup>301</sup> Im Fall der *unbewussten Lücke* fehlt es dagegen an einer Delegationsentscheidung des Gesetzgebers; hier kann allenfalls von einem (konkludenten) Schweigen bzw. Untätigbleiben des Gesetzgebers im Nachgang einer gerichtlichen Rechtsfortbildung auf dessen Billigung geschlossen werden.<sup>302</sup> Unbewusste Lücken können folglich nur ausnahmsweise als Grundlage für regulatorische Rechtsfortbildung dienen, wenn im Wege teleologischer und systematischer Auslegung des vorhandenen Normprogramms ein (auch) regulatorischer Regelungsplan des Gesetzgebers er-

<sup>298</sup> *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 38; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 125 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12/2022, Rn. 836 bezeichnen Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe als „gesetzgeberisch geplante Lücken“.

<sup>299</sup> Eingehend dazu mit mehreren Beispielen aus den Materialien des BGB *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 49 ff.; die Möglichkeit, eine Rechtsetzungsdelegation aus den Gesetzesmaterialien herzuleiten, betont auch *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25, 78 f.

<sup>300</sup> *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 110.

<sup>301</sup> Erforderlich ist eine nachvollziehbar am positiven Recht orientierte Entscheidung zur Ergänzung der bewussten Lücke, etwa unter Bezug auf konkrete regulatorische Normen oder in Ausrichtung an generellen bzw. gebietsübergreifenden Regulierungszielen und -mechanismen. Vgl. auch *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 110 f., der den Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“ als Ausdruck einer „streng positivistischen Forderung nach Nachvollziehbarkeit der Rechtsfindung“ versteht, die jegliches Abstellen auf das Rechtsempfinden verbietet.“

<sup>302</sup> Dazu bereits krit. unter § 5 II. 3.

kennbar ist, der die nicht geregelte Konstellation umfasst.<sup>303</sup> Zudem darf sich die Erweiterung bzw. (im Fall der teleologischen Reduktion) Einschränkung der Norm aus Perspektive der Rechtsadressaten nicht als völlig überraschend darstellen; dies wird insbesondere dann in der Regel nicht der Fall sein, wenn sie der Verhinderung von bewussten Umgehungen vorhandener Vorschriften dient.<sup>304</sup>

Ein Beispiel für die Delegation mittels *bewusster Lücken* bietet die Problematik des schadensrechtlichen Vorteilsausgleichs, also die Frage, ob sich ein Geschädigter, wenn ihm infolge des zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses auch Vorteile zukommen, diese auf seine Schadensersatzforderung anrechnen lassen muss.<sup>305</sup> Die Frage wird in den §§ 249 ff. BGB nicht allgemein geregelt und in den Motiven zum BGB wurde die Lösung ausdrücklich „der Rechtswissenschaft und Praxis“ überlassen.<sup>306</sup> Die Rechtsprechung hat auf dieser Basis konkrete Voraussetzungen entwickelt, unter denen eine Vorteilsanrechnung in Betracht kommt.<sup>307</sup> Zum Teil beziehen sich Fragen nach der Zulässigkeit und Reichweite des Vorteilsausgleichs allein auf die Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien.<sup>308</sup> Es kann sich allerdings auch ein regulatorischer Schwerpunkt ergeben, etwa wenn es darum geht, den (Präventions-)Zweck eines deliktischen Schadensersatzanspruchs zu effektivieren. In diesem Kontext haben Gerichte zu prüfen, ob der Zweck der privaten Haftung – insbesondere eine Abschreckungsintention – der (unbeschränkten) Vorteilsanrechnung entgegensteht. Dabei ist das bereits erwähnte Denken in Entscheidungsalternativen wichtig,<sup>309</sup> d.h. seitens des Gerichts ist der Vergleich anzustellen, ob der Schadensersatz unter Ausschluss oder Beschränkung der Vorteilsanrechnung bei Einbezug der Folgenperspektive ein effektiveres Mittel zur Förderung des legislativen Regulierungsziels darstellt als bei voller Vorteilsanrech-

---

<sup>303</sup> Siehe zur Bestimmung der Planwidrigkeit einer Lücke anhand der Wertungen des geltenden Rechts (auch: immanente Teleologie des Gesetzes) in Abgrenzung zu einer außergesetzlichen Bewertungsgrundlage sowie zur Abgrenzung zwischen planwidriger Lücke und „rechtspolitischem Fehler“ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>2</sup>1983, S. 31 ff.

<sup>304</sup> Zur Schaffung neuer Regulierungsinstrumente mittels Analogie großzügiger als hier *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 678 f., 706 f. (insb. zur Schaffung eines Umgehungsschutzes).

<sup>305</sup> Zu dem Beispiel auch *Brodführer*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 65 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 851.

<sup>306</sup> Mot. II, S. 18 f. Man ging davon aus, dass der Versuch einer gesetzlichen Regelung insbesondere mit Blick auf Deliktswfälle zu einer „weitgehenden Kasuistik führen [müßte], von welcher keine befriedigenden Resultate zu erwarten wären“ und folgerte: „Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden.“ (beide Zitate, Mot. II, S. 19).

<sup>307</sup> Siehe *Oetker*, in: MünchKomm. BGB, <sup>9</sup>2022, § 249 Rn. 235.

<sup>308</sup> Darauf beziehen sich insbesondere die Aspekte der Zumutbarkeit für den Geschädigten, der Angemessenheit der Entlastung des Schädigers und der Gedanke des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots.

<sup>309</sup> Siehe unter § 12 III. 1. b); näher *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 661 ff.

nung. Ist dies der Fall und bildet die Präventionsfunktion einen Schwerpunkt des betreffenden Schadensersatzanspruchs, liegt ein gewichtiges Argument vor, Vorteile nicht oder nur eingeschränkt anzurechnen.

Ein Beispiel dazu bietet die Diskussion um die Möglichkeit und Reichweite der Vorteilsanrechnung (insb. von Nutzungsvorteilen) im Rahmen der Rückabwicklung von Käufen manipulierter Dieselfahrzeuge gemäß § 826 BGB.<sup>310</sup> In diesen Fällen liegt die regulatorische Effektivierung mittels einer Schadensersatzberechnung unter Ausschluss oder starker Einschränkung der Vorteilsanrechnung nahe, um zum einen die Präventionswirkung der Haftung nach § 826 BGB bezüglich eines vorsätzlich sittenwidrigen und umweltschädigenden Verhaltens zu effektivieren<sup>311</sup> und zum anderen Fehlanreize bezüglich einer beklagenseitigen Verfahrensverlängerung mit dem Ziel der Erhöhung der Nutzungsvorteile zu verhindern.<sup>312</sup> Der BGH hat zumindest eine nur *eingeschränkte* Vorteilsausgleichung angenommen, bei der nur die Wagennutzungsentschädigung schadensmindernd berücksichtigt wird.<sup>313</sup> Dabei betont das Gericht die präventive Wirkung des Deliktsrechts, sieht sie aber nicht als Schwerpunkt an, der es rechtfertige, die Vorteilsanrechnung auszuschließen. Andernfalls – so der BGH – „würde der Ersatzanspruch in die Nähe eines dem deutschen Recht fremden Strafschadensersatzes gerückt“.<sup>314</sup>

### c) Leit- und Grenzlinien richtlicher Konkretisierung von Regulierungsermächtigungen

Abschließend sind wichtige Leit- und Grenzlinien zu skizzieren, die bei der gerichtlichen Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten auf Basis genereller

<sup>310</sup> Vgl. zur Ablehnung des Vorteilsausgleichs etwa *Heese*, NJW 2019, 257, 261; *Bruns*, NJW 2019, 801, 804 (beide unter Verweis auf die Präventionsfunktion des Deliktsrechts); s.a. *Staudinger*, NJW 2020, 641–646 (unter Berücksichtigung von kauf- und bereicherungsrechtlichen Wertungen sowie des Aufrechnungsausschlusses nach § 393 BGB bei deliktischen Forderungen); *Klöhn*, ZIP 2020, 341, 344 ff.; (insb. unter Bezug auf die Wertung des § 817 S. 2 BGB); für eine stark eingeschränkte Anrechnung der Nutzungsvorteile *Fervers/Gsell*, NJW 2020, 1393, 1394 ff.; für eine weitreichende Vorteilsanrechnung hingegen *Riehm*, NJW 2019, 1105, 1107 f.

<sup>311</sup> Vgl. *Heese*, NJW 2019, 257, 261; *ders.*, VuR 2019, 123, 127 ff.; *Bruns*, NJW 2019, 801, 804; in diese Richtung nun auch EuGH, Urt. v. 21.3.2023, C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 – Mercedes Benz Group AG, wonach der Schadensersatz als Sanktion von Verstößen gegen die VO (EG) Nr. 715/2007 durch den Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein muss (Rn. 90), woraus folgt, dass die Nutzungsanrechnung jedenfalls nicht zur einer „übermäßigen Erschwerung“ führen darf, einen angemessenen Schadensersatz geltend zu machen (Rn. 93). Der EuGH ergänzt allerdings, dass die nationalen Gerichte auch befugt seien, dafür zu sorgen, dass der Schadensersatz nicht zu einer „ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten“ führt (Rn. 94).

<sup>312</sup> Dazu *Klöhn*, ZIP 2020, 341, 343; s.a. *Heese*, VuR 2019, 123, 128.

<sup>313</sup> BGH NJW 2020, 1962 Rn. 66 ff.

<sup>314</sup> BGH NJW 2020, 1962 Rn. 67.

gesetzlicher Ermächtigungen zu beachten sind, um dem Gesetzesvorbehalt Rechnung zu tragen. Dabei kann es etwa um den individualisierenden Zuschnitt eines Haftungstatbestands oder einer Rechtsfolge gehen, der zur Förderung der gesetzlichen Regulierungsentention beitragen soll.<sup>315</sup> Aus funktioneller Perspektive sind die Zivilgerichte primär zu regulatorischer Reaktion und Feinsteuerung geeignet (aa)). Diese muss sich kohärent in das bestehende gesetzliche Regelungsumfeld einfügen (bb)) und den Konnex zwischen erforderlicher Regelungsdichte und Grundrechtsintensität sowie gesellschaftlicher Tragweite der Regulierung beachten (cc)).

#### aa) Zulässigkeit regulatorischer Reaktion und Feinsteuerung

Bei Beurteilung der zulässigen Reichweite gerichtlicher Ausgestaltung von Regulierungsinstrumenten sind die institutionellen Eigenschaften der Rechtsprechung zu beachten, die auch der Gesetzgeber bei seinen Delegationsentscheidungen bedenken muss. Regulatorische Rechtsanwendung durch die Zivilrechtsprechung stellt kein Substitut zu gesetzgeberischer Regulierung dar, sondern weist gegenüber dieser Schwächen und Vorzüge auf und kann vor allem eine ergänzende, präzisierende Funktion erfüllen.<sup>316</sup> Spiegeln sich in einer regulatorischen Normkonkretisierung die institutionellen Charakteristika und Stärken der Rechtsprechung wider, spricht dies für die Wahrung der Grenzen des Gesetzesvorbehalts, dessen demokratisch-gewaltenteilungsbezogener Gehalt gerade auch das Anliegen einer *funktionsgerechten Aufgabenerfüllung* verfolgt.

Zwei institutionelle Vorteile zivilgerichtlicher Regulierung, die bereits stellenweise angeklungen sind, sind hervorzuheben: die Möglichkeit zur reaktiven, d.h. ex post erfolgenden Entwicklung und Anpassung von Regulierungsinstrumenten und die Möglichkeit des einzelfallbezogenen, detaillierten Zuschnitts von Regulierungsinstrumenten.<sup>317</sup> Der erste Punkt betrifft die zeitliche Dimension der Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die idealtypische Gegenüberstellung der Legislative als zukunftsbezogen und Judikative als vergangenheitsbezogen ist zwar verkürzend,<sup>318</sup> beschreibt im Kern aber zutref-

---

<sup>315</sup> Die vorangehende Ermittlung des Regulierungsziels bildet stets die essenzielle Grundlage und begrenzt den Kreis der Instrumente von vornherein (dazu unter § 12 III. 1. a)) Auch im Rahmen administrativer Konkretisierung von Ermächtigungsnormen ist die Bindung an den Ermächtigungszweck entscheidend. So verlangt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG (insb. die Selbstbestimmungsformel), dass der Gesetzgeber den Verordnungszweck selbst bestimmt; § 40 VwVfG bindet den Zweck der Ermessensausübung an die gesetzliche Vorgabe.

<sup>316</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 689; allg. zu Eigenheiten der Regelbildung durch Höchstgerichte im Vergleich mit dem Gesetzgeber *Schönberger*, VVDStRL 71 (2012), 296, 311–313.

<sup>317</sup> Vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 689.

<sup>318</sup> Zum berechtigten Folgenbezug der Rechtsprechung unter § 12 III. 1. b); zur zulässigen Abänderung von Gesetzen zur Korrektur vergangener Entscheidungen durch den Gesetzgeber *Lepsius*, JZ 2014, 488, 494 f.

fend, dass Gesetze zukunftsbezogen gestaltet werden, während Gerichte vergangene Sachverhalte behandeln, wobei sie das einschlägige Gesetzesprogramm möglichst gegenwartsgerecht anwenden müssen.<sup>319</sup> Dabei haben Gerichte – anders als der Gesetzgeber – die Möglichkeit zur unmittelbaren Reaktion auf bestimmte gesellschaftliche (Fehl-)Entwicklungen, weil sie keinem Rückwirkungsverbot unterliegen und auch von gefestigten Rechtsprechungslinien bezüglich einer Gesetzesauslegung oder Rechtsfortbildung abweichen können, sofern dafür gewichtige Gründe sprechen.<sup>320</sup> Offene Regulierungsermächtigungen ermöglichen Gerichten also Anpassungen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene in Reaktion auf erwünschte oder nicht erwünschte gesellschaftliche Entwicklungen. So vollzog etwa der BGH seinen Rechtsprechungswechsel zum Ausschluss des Kondiktionsanspruchs vorleistender Schwarzarbeiter gem. § 817 S. 2 BGB aufgrund der Einsicht, „dass sich die Annahme des Senats, der Ausschluss vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit entfalte bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung, nicht bewahrheitet“ habe.<sup>321</sup> Die Entscheidung verdeutlicht auch den erforderlichen Wechsel zwischen vergangenheits- und folgenorientierter Perspektive des Gerichts.<sup>322</sup> Die sich im konkreten, vergangenen Fall manifestierende unerwünschte soziale Entwicklung (hohes Niveau der Schwarzarbeit) bot den Anlass, eine regulatorische Stellschraube zu bewegen – konkret: die Ablehnung einer teleologischen Reduktion des § 817 S. 2 BGB zugunsten des Schwarzarbeiters aufgrund des Treu und Glauben-Grundsatzes –, womit zukunftsbezogen eine verhaltenssteuernde Wirkung erreicht werden sollte.

Der reaktive Charakter richterlicher Entscheidungsfindung birgt auch eine *innovationsfördernde* Komponente. So bieten die Fülle und Vielfalt privat initiiert Klagen den Gerichten Gelegenheit, Normtatbestände (z.B. Verhaltensstandards und Verschuldensmaßstäbe im Rahmen deliktischer Haftung) und Rechtsfolgen (z.B. die Art der Schadensersatzberechnung) zu präzisieren, an neu auftretende Konstellationen anzupassen und somit kleinteilig zu innovieren.<sup>323</sup> Ein

<sup>319</sup> Kirchhof, in: ders. (Hrsg.), Stetige Verfassung und politische Erneuerung, 1995, S. 160, 169.

<sup>320</sup> Vgl. BVerfGE 84, 212, 227; 122, 248, 277; s.a. Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 689. Zu Grenzen, die insb. aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 3 GG) folgen, bereits oben unter § 9 III. 4. a) bb) (2) mit Fn. 303.

<sup>321</sup> BGHZ 201, 1, 8.

<sup>322</sup> Vgl. dazu die Beschreibung des gerichtlichen Entscheidungsprozesses bei sog. „trouble cases“ (im Gegensatz zu „clear cases“), d.h. bei Fällen, die aufgrund unbestimmter Regelungslage nicht durch reine Subsumtion einer gesetzlichen Regelung entscheidbar sind, bei Seidman, Modern Law Review 32 (1969), 516, 522: „In the trouble case, [...] the judge must fashion a new rule *ex post facto*, which will simultaneously determine the case at hand, and act *in futuro* to control similar cases.“ (Hervorhebung im Original).

<sup>323</sup> Das Innovationspotenzial der Rechtsprechung betont mit Blick auf die Vorzüge des

wichtiges Beispiel hierfür bietet die Entwicklung der Verkehrspflichten<sup>324</sup>, die als deliktische Sorgfaltspflichten zur Konkretisierung des Rechtswidrigkeits- und Fahrlässigkeitsmaßstabs (§ 276 Abs. 2 BGB) dienen. Aus dem konkreten Fallbezug gerichtlicher Regulierung resultiert auch ein besonderer Detailgrad, der auf Gesetzebene nicht erreichbar ist.<sup>325</sup> Zugleich begrenzt der Fallbezug judikativer Regelbildung das Innovationsausmaß und -tempo. So ist eine Fallgruppenbildung auf das Auftreten bestimmter Konstellationen in der Lebenswirklichkeit angewiesen und kann nicht mittels Ausspruchs vom Fall losgelöster regulatorischer (Rechts-)Auffassungen (z.B. in Form von obiter dicta) erfolgen. Vor diesem Hintergrund ist es treffend, der Rechtsprechung nur die Kompetenz zu einer regulatorischen *Feinsteuerung* innerhalb der Grenzen der vom Gesetzgeber vorgegebenen *Grobsteuerung* zuzusprechen.<sup>326</sup> In ähnlicher Weise lässt sich die zulässige richterliche Innovation auch als inkrementell oder träge und pfadabhängig bezeichnen.<sup>327</sup> Der schrittweise Charakter wirkt sich auch dergestalt aus, dass die vorangegangenen Konkretisierungsstufen im Rahmen einer Rechtsprechungsentwicklung (z.B. die Spezifizierung einer bestimmten Verkehrspflicht oder eines Verschuldensmaßstabs) zu berücksichtigen sind, wenn zu beurteilen ist, wie berechenbar die neueste Entwicklung für die Rechtsadressaten war. Kleine Innovationsschritte sind mithin in der Regel weniger rechtfertigungsbedürftig als große Veränderungen, die sich nicht in einen bereits entwickelten Konkretisierungspfad bzw. eine bereits etablierte Fallgruppenbildung einfügen.

#### *bb) Kohärenz im System des Regelungsumfeldes*

Als methodische Grenze für regulatorische Rechtsanwendung ist zu beachten, dass sich die regulatorische Konkretisierung in das gesetzgeberische Gesamtsystem einfügen muss. Die Bestimmung einer von der vorhandenen Systematik des Regelungsumfeldes abweichenden Norm oder die Modifizierung des gesetzlichen Systems steht hingegen allein dem Gesetzgeber zu.<sup>328</sup> Dieses Kohärenzerfordernis

---

privaten Normvollzugs *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 48; s.a. *Stephenson*, Virginia Law Review 91 (2005), 93, 112 f.

<sup>324</sup> Grundlegend RGZ 52, 373, 379; 102, 372, 375; zu Verkehrspflichten im Deliktssystem eingehend *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 823 Rn. 482 ff.

<sup>325</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 689.

<sup>326</sup> Hierzu lassen sich auch Anleihen bei der Selbstentscheidungs- und Programmformel nehmen, die das BVerfG in Kombination mit der Vorhersehbarkeitsformel zur Handhabung des Bestimmtheitsgebots in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG heranzieht (dazu auch unter § 11 I.). Danach muss sich aus der Verordnungsermächtigung das grobe Regelungsanliegen und das zu erreichende Regelungsprogramm ergeben, während der Verwaltung die Präzisierung des Regelungsanliegens und die Ausfüllung bzw. Feinsteuerung des groben Programms überlassen werden kann.

<sup>327</sup> Vgl. *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 218–220, der so die Besonderheit der Entscheidungslogik der Rechtsprechung beschreibt.

<sup>328</sup> Vgl. zur Überschreitung der Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung durch einen „Systemwechsel“ BVerfGE 128, 193, 211 ff.; 149, 126, 155 (Ersatz des gesetzgeberischen

verlangt zum einen die Prüfung, ob die regulatorische Konkretisierung einer gesetzlichen Ermächtigung in den *funktionalen* Kontext des betreffenden Regelungsgebiets passt;<sup>329</sup> zum anderen, ob sie allgemein im Lichte des vorhandenen Regelungssystems, welches die betreffende Rechtsfrage umgibt, tragbar erscheint. Das so beschriebene Systemverständnis lässt sich innerhalb der von *Philipp Heck* für die Interessenjurisprudenz geprägten Unterscheidung zwischen „äußerem“ und „inneren System“<sup>330</sup> eher letzterem zuordnen, weil es darum geht, dass sich die regulatorische Normkonkretisierung durch ein Gericht – etwa auf Basis einer Generalklausel oder bewussten Lücke – in den vom Gesetzgeber gewählten Regelungsansatz zur Behandlung eines Interessenkonflikts sowie in dessen ansatzweise vorgegebenen Modi zur Konfliktsentscheidung sinnvoll einfügt.<sup>331</sup>

Das Erfordernis nach Kohärenz im funktionalen Regelungsumfeld lässt sich an einem Beispiel aus dem Nachbarrecht veranschaulichen, und zwar anhand der Frage, ob Nachbarn einen (geringfügigen) Überbau der Grundstücksgrenze dulden müssen, wenn dieser der Anbringung einer energieeffizienten Dämmung der Hauswand dient. Inzwischen wurden in mehreren Bundesländern spezielle Duldungsansprüche dieser Art normiert.<sup>332</sup> Vorliegend ist aber von Interesse, ob das Nachbarrecht auch *in Abwesenheit einer speziellen Normierung* taugliche Anknüpfungspunkte für eine entsprechende (gerichtliche) Regulierung zum Zweck der Förderung der Energiewende bzw. des Klimaschutzes böte. Es käme insbesondere die Herleitung des Duldungsanspruchs aus dem nachbarrechtliche Ge-

---

„Regelungsmodells“). Auch der Gesetzgeber ist freilich zu systematisch stimmigen Regelungen, die Mindestanforderungen an Folgerichtigkeit und Kohärenz genügen, angehalten. Dies ergibt sich sowohl aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (vgl. *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 72018, Art. 3 Rn. 199) als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip.

<sup>329</sup> Dazu sowie zur Unterscheidung von regulatorischer Makro- und Mikroebene unter § 11 II. 4. a). Ein Beispiel für die Anknüpfung an den Systemgedanken zur Eingrenzung gerichtlicher Regulierung bietet die Rechtsprechung des BGH zu § 823 Abs. 2 BGB, wonach auch zu prüfen ist, ob die mit der Anerkennung als Schutzgesetz verbundene Haftung „im Lichte des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint“, vgl. etwa BGHZ 186, 58, 68 ff.; BGH NJW 2019, 2003 Rn. 13; *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 823 Rn. 571 f.

<sup>330</sup> *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 139 ff. Dabei meint das „äußere“ System nur die äußerliche Anordnung des Rechtsstoffs, das „innere“ System hingegen den eigentlich relevanten sachlichen Zusammenhang der einzelnen Rechtsgedanken, vgl. darstellend *Auer*, ZEuP 2008, 517, 532 f. Im Anschluss an *Heck* unterscheiden auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 31995, S. 264 f. in ähnlicher Weise zwischen „äußerem“ und „innerem System“, messen ersterem aber wichtigere Bedeutung zu, indem sie als „äußeres“ System die auf hoher begrifflicher Abstrahierung beruhende Durchdringung der Gesamtrechtsordnung verstehen, die zugleich von deren Gesamtheit bzw. Widerspruchslosigkeit zeuge (ebd., S. 263 f.).

<sup>331</sup> Zum „inneren System“ als System der Konfliktsentscheidungen *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 149 ff.; s.a. *Auer*, ZEuP 2008, 517, 532.

<sup>332</sup> Z.B. § 23a NachbG NRW, § 16a NachbG Bln; zum regulatorischen Charakter dieser Normen unter § 9 I. 4. a).

meinschaftsverhältnis (i.V.m. § 242 BGB) in Betracht, auf dessen Grundlage nach der Rechtsprechung ausnahmsweise bestehende Rechte beschränkt oder ausgeschlossen und stattdessen Ausgleichsansprüche gewährt werden können.<sup>333</sup> Damit würden Gerichte ein Regulierungsinstrument auf Basis einer Generalklausel weitgehend eigenständig begründen. Der regulatorische Impuls zeigt sich darin, dass dem Interesse des überbauenden Nachbarn gerade deshalb Vorrang eingeräumt wird, weil dies zur Förderung von Energieeffizienz und mithin zum Klimaschutz beiträgt.<sup>334</sup> Für den duldungspflichtigen Nachbarn bedeutet dies einen intensiven Eigentumseingriff. Mithin ist nach dem Gesetzesvorbehalt eine gesetzliche Grundlage erforderlich und fraglich, ob § 242 BGB i.V.m. den Grundsätzen des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses dem genügen kann. In Ausnahmefällen kann auf der Grundlage von § 242 BGB, der in erster Linie dem Interessenausgleich dient, ein Regulierungsziel wie das – verfassungsrechtlich verankerte – Klimaschutzgebot verfolgt werden. Dazu wäre aber erforderlich, dass sich eine solche regulatorische Konkretisierung auch kohärent in das Regelungssystem des betroffenen Sachbereichs einfügt. Allerdings steht im Rechte- und Pflichtengefüge bzw. im funktionalen Gesamtkontext des privaten Nachbarrechts der angemessene Interessenausgleich im Vordergrund. Zwar sieht § 912 Abs. 1 BGB im Fall des versehentlichen Grenzüberbaus einen Duldungsanspruch vor und trägt damit auch dem öffentlichen Interesse an der Verhütung einer gemeinwirtschaftlich schädlichen Zerstörung wirtschaftlicher Werte Rechnung.<sup>335</sup> Allerdings lässt sich zumindest kein umweltschutzspezifischer Regulierungsansatz und keine Privilegierung eines bewussten Grenzüberbaus erkennen. Folglich bedürfen Abweichungen von dieser Systematik einer speziellen gesetzlichen Normierung und dürfen nicht durch richterlicher Rechtsfortbildung bzw. Konkretisierung des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses unter Bezugnahme auf § 242 BGB vorgenommen werden. Dafür spricht auch, dass es sich – je nach Ausmaß des Grenzüberbaus – um einen vergleichsweise intensiven Eigentumseingriff handelt, sodass erhöhte Anforderungen an den Konkretisierungsgrad der gesetzlichen Grundlage bestehen. Demnach verstieße die Begründung des besagten Duldungsanspruchs ohne eine konkretere gesetzliche Grundlage gegen den Gesetzesvorbehalt und überschritte mithin die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.<sup>336</sup>

---

<sup>333</sup> Siehe nur BGHZ 113, 384, 389 ff. (unter Bezug auf § 16a NachbG Bln).

<sup>334</sup> So zum Telos des Duldungsanspruchs bei Überbau in § 16a Nachbarrechtsgesetz Berlin BGH NJW-RR 2022, 1095, Rn. 42.

<sup>335</sup> Mot. III, S. 283.

<sup>336</sup> Vgl. in diesem Sinne auch LG Köln, Urt. v. 14.5.2020 – 29 S 223/19, BeckRS 2020, 50575 Rn. 16: „Schließlich ergibt sich zu Lasten der Beklagten auch keine Duldungspflicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis. [...] Der politische Wunsch zur Verbesserung des Klimaschutzes wirkt sich also zivilrechtlich insbesondere nicht anspruchsbegründend aus. Deshalb bedarf es insoweit nicht des billigen Ausgleichs widerstreitender nachbarlicher Interessen.“

cc) *Relation zwischen regulatorischer Intensität und erforderlicher Regelungsdichte*

Der Konnex zwischen regulatorischer Intensität und erforderlicher Regelungsdichte der gesetzlichen Grundlage, auf den die Wesentlichkeitstheorie abstellt, wurde bereits dargestellt und aus gesetzgeberischer Perspektive beleuchtet.<sup>337</sup> Wichtigster Anknüpfungspunkt ist dabei die *Grundrechtsintensität* einer Regelung: Je intensiver der regulatorische Grundrechtseingriff, desto eindeutiger müssen die gesetzlichen Anknüpfungspunkte für die richterliche Regelbildung sein.<sup>338</sup> Gerichte müssen sich folglich die Eingriffsintensität der in Betracht kommenden regulatorischen Auslegungs- bzw. Rechtsfortbildungsalternativen gegenwärtigen und den Grad erforderlicher Rückbindung an gesetzliche Anknüpfungspunkte entsprechend anpassen.<sup>339</sup> Auch sonstige Indizien, die zur Konkretisierung des Wesentlichkeitskriteriums dienen, sollten Berücksichtigung finden. Unter ihnen wurde der *Gemeinwohlbezug* regulatorischen Privatrechts hervorgehoben, der wiederum eine unterschiedliche Tragweite, personelle Reichweite und politische Kontroversität aufweisen kann.<sup>340</sup> Auch *funktionelle Kriterien*, wie das Bedürfnis einer wissenschaftlich fundierten Prognoseentscheidung oder einer übergreifenden Regulierungsstrategie, sprechen für ein erhöhtes Bedürfnis legislativer Determinierung.<sup>341</sup> Lässt die Zusammenschau dieser Aspekte ein erhöhtes Bedürfnis nach legislativer Determinierung erkennen, hat der Gesetzgeber aber noch keine Direktiven einer privatrechtlichen Regulierungsstrategie vorgegeben, ist bei der eigenständigen gerichtlichen Schaffung von Regulierungsinstrumenten auf Basis von Generalklauseln Zurückhaltung geboten.<sup>342</sup> Als grobe Orientierungslinie lässt sich dabei für die Gerichte festhalten, dass eingriffsintensive Neuschöpfungen, Verschärfungen sowie grundlegende Modifizierungen privatrechtlicher Regulierungsinstrumente auf der Basis von Generalklauseln unzulässig sind, wenn genauere gesetzliche Anknüpfungspunkte fehlen.

<sup>337</sup> Siehe unter § 11 III.

<sup>338</sup> So auch das BVerfG, wenn es die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung bei Verschlechterung der rechtlichen Situation des Einzelnen enger steckt und die Rechtsfindung umso stärker auf die Umsetzung bereits bestehender Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts beschränkt, je schwerer die beeinträchtigte Rechtsposition verfassungsrechtlich wiegt; vgl. BVerfGE 138, 377, 392 (allerdings in einer dem privatrechtlichen Interessenausgleich zuzuordnenden Konstellation); darauf Bezug nehmend auch BGHZ 232, 236, 244; s.a. BVerfGE 122, 248, 286, 301 (Sondervotum Voßkuhle, Osterloh, Di Fabio).

<sup>339</sup> Wie bereits aus gesetzgeberischer Regelungsperspektive festgestellt wurde, ist eine generalisierbare Intensitätsskala zur Beurteilung der grundrechtlichen Eingriffsintensität privatrechtlicher Regulierungsinstrumente nur schwer bestimmbar und stets eine Betrachtung der spezifischen Konstellation erforderlich (siehe unter § 11 III.).

<sup>340</sup> Zu Indizien zur Konkretisierung des Wesentlichkeitskriteriums neben der Grundrechtsrelevanz § 10 (einleitend).

<sup>341</sup> Dazu unter § 10 III.

<sup>342</sup> So am Beispiel der Frage nach der Zulässigkeit einer zivilgerichtlichen entwickelten Haftung für Schäden infolge des Klimawandels *Gärditz*, EurUP 2022, 45, 61 f.

Bezüglich der *Neuschöpfung* von Regulierungsinstrumenten ist auf das im vorigen Abschnitt besprochene Beispiel der gerichtlichen Begründung eines nachbarlichen Duldungsanspruchs beim Grenzüberbau zwecks energieeffizienter Isolierung Bezug zu nehmen. Da die nachbarrechtlichen Vorschriften des BGB keinen klaren Anknüpfungspunkt für eine solche regulatorische Duldungspflicht bieten,<sup>343</sup> würde bei ihrer gerichtlichen Schöpfung unter Rückgriff auf das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis und § 242 BGB in unzulässiger Weise ein neues, eingriffsintensives Regulierungsinstrument ohne konkrete gesetzliche Anknüpfungspunkte geschaffen. Es ist eine speziellere gesetzliche Regelung erforderlich, die in mehreren landesrechtlichen Nachbarrechtsgesetzen auch geschaffen wurde.

Der Fall der *Verschärfung* von Regulierungsinstrumenten lässt sich am Beispiel des Übergangs von einem mittelbar verhaltenssteuernden Ansatz zu einem zwingenden Gebot darstellen, der bereits im Kontext der begrenzten Ausstrahlungswirkung regulatorischer Vorschriften angesprochen wurde.<sup>344</sup> Der Gesetzgeber hat im Gesellschafts- und Bilanzrechts Berichtspflichten für große Kapitalgesellschaften vorgesehen, die das unternehmerische Engagement für ökologische und soziale Belange (vgl. § 289c HGB) oder die Einführung von Zielgrößen für Frauenquoten in den Führungsebenen bestimmter Aktiengesellschaften (vgl. § 76 Abs. 4 AktG) betreffen. Dabei wird die Transparenzpflicht mit einem *Comply-or-explain*-Ansatz versehen,<sup>345</sup> d.h. das Unterlassen des erwünschten unternehmerischen Verhaltens wird nicht unmittelbar sanktioniert, die Unternehmen müssen aber erklären, weshalb sie von der nahegelegten Handlungsweise, etwa der Erarbeitung einer CSR-Strategie oder der Einführung einer Frauenquote über Null, abweichen.<sup>346</sup> Der Gesetzgeber hat damit bewusst einen vergleichsweise milden Regulierungsansatz gewählt und zunächst vom Einsatz weiterer, möglicherweise effektiverer – aber auch stärker freiheitsbeschränkender – Regulierungsinstrumente abgesehen.<sup>347</sup> Daraus folgt, dass wenig Spielraum für

---

<sup>343</sup> § 912 BGB sieht nur ausnahmsweise im Falle des versehentlichen Grenzüberbaus eine Duldungspflicht vor.

<sup>344</sup> Oben § 12 III. 2. a); siehe außerdem zum Beispiel des unzulässigen Übergangs von einer Verschuldenschaftung zu einer Gefährdungshaftung oben § 11 III. 2.

<sup>345</sup> § 289c Abs. 4 HGB bestimmt eine Erklärungspflicht, wenn die Kapitalgesellschaft kein ESG-Konzept verfolgt; § 76 Abs. 4 S. 3 AktG sieht eine Begründungspflicht vor, wenn der Vorstand einer börsennotierten oder der Mitbestimmung unterliegenden Aktiengesellschaft für den Frauenanteil in den beiden Führungsebenen unter dem Vorstand die Zielgröße Null festlegt.

<sup>346</sup> Zum mittelbaren Wirkungsmechanismus des *Comply-or-explain*-Ansatzes im Rahmen des ESG-Engagements *Hell*, *EuZW* 2018, 1015, 1017; s.a. *RegE zum CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz*, BT-Drucks. 18/9982, S. 26 („mittelbare Beeinflussung“); mit Blick auf Zielgrößen für den Frauenanteil in den Führungsebenen von Unternehmen *Grigoleit*, in: *Grigoleit, AktG*, <sup>2020</sup>, § 76 Rn. 124.

<sup>347</sup> *Grigoleit*, in: *Grigoleit, AktG*, <sup>2020</sup>, § 76 Rn. 22; *Hellgardt/Jouannaud*, *AcP* 222 (2022), 163, 209.

eine *Effektuierung* bzw. *Verschärfung* dieses Regulierungsansatzes im Wege extensiver Auslegung und Rechtsfortbildung besteht.<sup>348</sup> Allgemein ist festzuhalten, dass ein vom Gesetzgeber bewusst „mild“ ausgestalteter Regulierungsansatz eine *Sperrwirkung* gegenüber einer judikativen Verschärfung entfalten kann.

Schließlich bietet sich als Beispiel für die *grundlegende Modifizierung* von Regulierungsinstrumenten die Frage nach der privaten Haftung für Klimaschäden an, die im Rahmen der Behandlung grundrechtlicher Schutzpflichten und verfassungsrechtlicher Zielvorgabe (Art. 20a GG) als Grundlage für regulatorische Rechtsfortbildung näher diskutiert wurde.<sup>349</sup> Dort wurde gezeigt, dass aufgrund der Schwierigkeit, die auf einer diffusen Multikausalität beruhenden, klimawandelbedingten Schäden bestimmten Emittenten zuzurechnen, die bestehenden Haftungsgrundlagen (§§ 823 Abs. 1, 830 Abs. 1 S. 2 BGB) sowie die *actio negatoria* (§ 1004 Abs. 1 BGB) keine geeignete Haftungsgrundlage bieten. Das Haupthindernis liegt dabei in der nach geltendem Recht erforderlichen Kausalität, die sich bei einzelnen Verursachungsbeiträgen selbst großer Treibhausgasemittenten kaum begründen lässt, weil auch ihre Beiträge ohne die Emissionen der anderen Emittenten keine klimaverändernde Wirkung entfalten können und mithin keine *conditio sine qua non* für das Gesamtphänomen Klimawandel darstellen.<sup>350</sup> Um privatrechtliche Haftung im Sinne eines *private enforcement* als Regulierungsinstrument zur Reduktion von Treibhausgasemissionen einzusetzen, bedürfte es vielmehr der Einführung einer *Proportionalhaftung*, nach der die jeweiligen Schädiger anteilig in Höhe ihres individuellen Verursachungsbeitrags zum Gesamtschaden haften, ohne dass die konkrete Kausalität nachzuweisen wäre.<sup>351</sup> Dieser Ansatz weicht indes grundlegend von den Voraussetzungen der geltenden deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen ab, weshalb eine solche Haftungslösung nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 BGB oder einer entsprechenden Anwendung von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB herbeigeführt werden kann, sondern eine gesetzgeberische Entscheidung erfordert.

#### d) Anleihen bei der Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse

Abschließend ist – in Ergänzung zu den bisherigen Ausführungen – erneut ein Blick auf die Handhabung administrativer Entscheidungsspielräume sinnvoll,<sup>352</sup>

<sup>348</sup> So auch *Grigoleit*, in: *Grigoleit*, AktG, <sup>2</sup>2020, § 76 Rn. 22 und Rn. 125 (zum Nudging-Ansatz der CSR-Berichterstattungspflicht und zu Zielgrößen für den Frauenanteil); näher dazu bereits unter § 11 III. 2. a).

<sup>349</sup> Siehe unter § 9 V. 2. c) cc).

<sup>350</sup> *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 192.

<sup>351</sup> Zu dieser rechtspolitischen Option eingehend *Wagner*, in: *MünchKomm. BGB*, <sup>2</sup>2024, § 830 Rn. 85 ff.; s.a. *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 193.

<sup>352</sup> Zu gemeinwohlkonkretisierender administrativer Rechtsanwendung bereits unter § 10 I. 3. (auch zu Unterschieden und Parallelen gemeinwohlkonkretisierender Rechtsanwendung im öffentlichen und Privatrecht).

weil die Dogmatik der behördlichen Letztentscheidungsbefugnis auf Grundlage legislativer Ermächtigungen klarer strukturiert ist und Erkenntnisse für die zivilgerichtliche Konkretisierung von Regulierungsermächtigungen bieten kann.<sup>353</sup> Die Parallele ist zunächst ungewohnt, weil Rechtsprechung und Verwaltung im staatlichen Gewaltengefüge unterschiedliche Rollen einnehmen.<sup>354</sup> Allerdings weisen die Entscheidungsspielräume der Verwaltung<sup>355</sup> und der Rechtsprechung<sup>356</sup> bei näherer Betrachtung gerade mit Blick auf das kompetenzielle Spannungsfeld zur Legislative Gemeinsamkeiten auf.<sup>357</sup> Zudem werden die Unterschiede bei Einnahme der – in vorliegender Untersuchung zentralen – funktionalen Perspektive eingegeben, weil privatrechtliche Regulierung (z.B. in Gestalt eines mit regulatorischer Intention eingeräumten zivilrechtlichen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruchs) ein funktionales Äquivalent zu verwaltungsrechtlicher Regulierung (z.B. in Form einer behördlichen Unterlassungsverfügung oder Bußgeldandrohung) darstellen kann.<sup>358</sup> Dabei nimmt die Zivilrechtsprechung zum Teil durchaus eine *rechtsgestaltende* Rolle ein und weist auch insoweit Parallelen zur Verwaltungstätigkeit auf, sodass – soweit es um zivilgerichtliche Regulierung geht – das Erfordernis gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen, in denen das „politische Entscheidungsprogramm“ hinreichend deutlich angelegt sein muss,<sup>359</sup> vergleichbar ist.

Die Dogmatik behördlicher Letztentscheidungsbefugnis bezieht sich auf die Wahrnehmung gesetzlich eingeräumter Beurteilungs- und Ermessensspielräume, die verwaltungsgerichtlicher Überprüfung nur begrenzt zugänglich sind.<sup>360</sup> In

---

<sup>353</sup> Vgl. zu diesem Ansatz mit Blick auf die judikative Rechtsgewinnung im Allgemeinen *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, S. 25, 75–79; *ders.*, in: *Bumke* (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49, 64 ff.

<sup>354</sup> Näher zum Verwaltungsbegriff mit verschiedenen Definitionsansätzen *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2020, § 1 Rn. 6 f.

<sup>355</sup> Herkömmlich wird zwischen der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ermessensausübung unterschieden, wobei erstere einen Spielraum bei der Beurteilung des Tatbestands (z.B. § 4 GastG: „erforderliche Zuverlässigkeit“), letztere bei der Wahl der Rechtsfolge (z.B. Art. 11 Abs. 1 S. 1 BayPAG: „kann die notwendigen Maßnahmen treffen“) einräumt. Allerdings ist diese, an die Normstruktur anknüpfende Trennung eher didaktischer Natur und stellt keine notwendige, klar differenzierbare Unterteilung administrativer Gestaltungsspielräume dar, was sich bereits daran zeigt, dass sich eine Norm – bei identischem Inhalt – oftmals sowohl unter Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs als auch als Ermessensnorm formulieren lässt, vgl. *Herdegen*, *JZ* 1991, 747, 748 f.

<sup>356</sup> Zur herkömmlichen, wenig trennscharfen Unterscheidung von Auslegung und Rechtsfortbildung erneut *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 31995, S. 187 f.

<sup>357</sup> Vgl. *Bauer*, *Rescriptum* 2014, 98, 99 ff.

<sup>358</sup> Zur Parallelität von öffentlich- und privatrechtlicher Regulierung auch unter § 8 und § 9 I. 4.

<sup>359</sup> So zur Geltung des Gesetzesvorbehalts bei gerichtlicher Rechtsanwendung *Gärditz*, *EurUP* 2022, 45, 57.

<sup>360</sup> Grds. steht der Verwaltungsgerichtsbarkeit als (nachvollziehende bzw. korrigierende) „Zweitinterpretin“ des Gesetzes im Verhältnis zur Verwaltung als „Erstinterpretin“ die Kom-

ähnlicher Weise kann man auch zivilgerichtliche (Gestaltungs-)Entscheidungen – vorbehaltlich höherinstanzlicher Korrekturen – als Letztentscheidungen begreifen, weil über die Ausfüllung des vom Gesetzgeber geschaffenen Spielraums abschließend entschieden wird.<sup>361</sup> Es lässt sich also gedanklich ein Bogen von der im Verwaltungsrecht gefestigten normativen Ermächtigungslehre<sup>362</sup> zu der zivilgerichtlichen Ausfüllung privatrechtlicher Ermächtigungsnormen spannen. Den Vorschlag, zur Entwicklung einer normativen Ermächtigungslehre für die Rechtsprechung Anleihen bei der Dogmatik administrativer Letztentscheidung zu nehmen, hat bereits *Mathias Jestaedt* im Rahmen seiner Rechtsgewinnungstheorie, nach der „jeder Rechtsanwendungsakt mehr oder minder große Rechtssetzungsanteile [enthält]“,<sup>363</sup> unterbreitet.<sup>364</sup> Kerngedanke der normativen Ermächtigungslehre ist, dass sich die (gerichtskontrollfreien) Letztentscheidungsbefug-

---

petenz zur Letztentscheidung zu. Die Kontrollkompetenz ist aber im Fall gelockerter Gesetzesbindung, d.h. bei Einräumung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen zugunsten der Verwaltung, eingeschränkt, sodass dieser Befugnisse zur Letztentscheidung zukommen können (vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2020, § 7 Rn. 6; BVerfGE 129, 1, 22). Die Verwaltungsgerichte können insoweit nur prüfen, ob die behördliche Rechts-erzeugung den Rahmen der gesetzlich erteilten Normsetzungsdelegation wahrt (vgl. *Lepsius*, JuS 2019, 123, 124). Da sich folglich Bereiche ergeben, in denen die Rechtsschutzmöglichkeiten infolge zurückgenommener gerichtlicher Überprüfung begrenzt sind, hat das BVerfG dazu insb. aus Art. 19 Abs. 4 GG Grenzen entwickelt (vgl. etwa BVerfGE 129, 1, 17 ff.).

<sup>361</sup> Auch das BVerfG schränkt seine Prüfungscompetenz bezüglich der (zivil-)gerichtlichen Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts ein und sieht die Wahl der hierbei anzuwendenden Methoden als Sache der Fachgerichte an, vgl. BVerfGE 34, 269, 284; 82, 6, 11.

<sup>362</sup> Näher zu Typen von Letztentscheidungsermächtigungen im Verwaltungsrecht *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188 ff., der begrifflich unter anderem zwischen Verwaltungsermessen, Planungsermessen, Regulierungsermessen und Normsetzungsermessen differenziert; zur normativen Ermächtigungslehre auch *Lepsius*, JuS 2019, 123, 125 f.

<sup>363</sup> *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49, 64; *ders.*, in: Erbuth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25, 69 f.; zum Verständnis delegierter Rechtserzeugung auch *Lepsius*, JuS 2019, 123 (mit der Feststellung, dass Legislative, Exekutive und Judikative einen „Rechtserzeugungsverbund“ bilden).

<sup>364</sup> *Jestaedt*, in: Erbuth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25, 75 ff., insb. 77: „Ob gebundene oder Ermessensverwaltung, ob „normale“ richterliche Gesetzesanwendung oder Rechtsfortbildung – stets handelt es sich bei der rechtsgewinnungstheoretischen Einordnung um ein bloßes Skalierungsproblem.“ *Jestaedt* schlägt eine Unterscheidung zwischen *strukturell notwendigen* und *gewillkürten* Rechtsetzungsfreiräumen vor. Erstere ergäben sich bereits aus der Konkretisierungsbedürftigkeit von Gesetzen, die – als nicht selbstvollziehbar – der richterlichen Rechtsindividualisierung bedürften (insb. Generalklauseln). Bei letzteren müsse darüber hinaus eine gesetzgeberische Anweisung an den Richter vorliegen, wie der Vollzug zu erfolgen und welche eigenen Entscheidungsanteile der Richter beizutragen habe (z.B. freies richterliches Ermessen gem. § 938 Abs. 1 ZPO, freie richterliche Überzeugung gem. § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO).

nisse der Verwaltung aus einer vom Gesetzgeber eingeräumten Ermächtigung ergeben müssen,<sup>365</sup> wobei die Genauigkeit der gesetzlichen Vorzeichnung von den Anforderungen des das jeweilige Regelungsgebiet beherrschenden Gesetzesvorhalts abhängt.<sup>366</sup>

Vorliegend soll nur das gesetzlich eingeräumte Verwaltungsermessen<sup>367</sup> als Ausschnitt der normativen Ermächtigungslehre näher beleuchtet und insbesondere eine Übertragung der gefestigten Ermessensfehlerlehre auf die zivilgerichtliche Konkretisierung von Generalklauseln angedacht werden. Charakteristisch für die Delegationsform der Ermessensermächtigung ist, dass der Gesetzgeber der vollziehenden Gewalt die Befugnis einräumt, aus einer Bandbreite von gleichermaßen rechtmäßigen Entscheidungen diejenige auszuwählen, die sie für die zweckmäßigste hält.<sup>368</sup> In vergleichbarer Weise haben Zivilgerichte innerhalb regulatorischer Konkretisierungsspielräume diejenige Auslegungs- bzw. Rechtsfortbildungsvariante zu wählen, die zur Förderung des Regulierungsziels unter Einbezug einer Folgenperspektive zweckmäßig ist und die gesetzlichen Rahmen-

---

<sup>365</sup> *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen*, 2005, S. 25, 75; vgl. auch *Voßkuhle*, *JuS* 2008, 117, 118; *Lepsius*, *JuS* 2019, 123, 124.

<sup>366</sup> *Schmidt-Aßmann*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand: 102. EL 2023, Art. 19 Abs. 4 Rn. 189; vgl. zum Bezug auf die Wesentlichkeitstheorie zur Bestimmung der Ermessensspielräume *Bullinger*, *JZ* 1984, 1001, 1005 f.

<sup>367</sup> Verwaltungsermessen besteht, wenn durch Gesetz die behördliche Befugnis eingeräumt wird, bei Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes eigenverantwortlich zwischen verschiedenen Verhaltensweisen zu wählen. Das Ermessen kann sich darauf beziehen, ob die Verwaltung überhaupt eingreifen und tätig werden soll (*Entschließungsermessen*), und darauf, welche der möglichen und zulässigen Maßnahmen im konkreten Fall getroffen werden soll (*Auswahlermessen*); vgl. *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2020, § 7 Rn. 7. Die hier angestellten Überlegungen zur Übertragung der Ermessensdogmatik auf die Rechtsprechung beziehen sich in erster Linie auf das *Auswahlermessen*, denn Zivilgerichte sind auf die Initiative privater Kläger angewiesen, sodass ihnen ein *Entschließungsermessen* im engeren Sinn nicht zusteht, zumal sie – wenn ihnen ein Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt wurde – auch nicht von einer Entscheidung absehen dürfen (richterliche Entscheidungspflicht). Vergleichbar ist insoweit allenfalls der Entscheidungsspielraum der Zivilgerichte bei der Frage zustehen kann, ob eine gesetzliche Grundlage im konkreten Fall zu Regulierungszwecken genutzt werden soll. Diese Frage ist allerdings primär mittels funktionaler und teleologischer Auslegung der Norm zu beantworten. Ist ein Regulierungsziel im Wege subjektiv-teleologischer Auslegung ermittelbar, besteht bezüglich dessen Verfolgung grundsätzlich kein Entschließungsermessen des Zivilgerichts. Es verhält sich dann ähnlich wie bei „Soll-Vorschriften“ als Ermessensgrundlage bzw. „intendiertem Ermessen“ der Verwaltung, d.h. es darf nur in Ausnahmefällen bzw. atypischen Situationen von der Ausübung des gesetzlich eingeräumten regulatorischen Ermessens abgesehen werden, vgl. *Reimer*, *Juristische Methodenlehre*, 2020, Rn. 525.

<sup>368</sup> *Lepsius*, *JuS* 2019, 123, 124.

linien einhält.<sup>369</sup> Als Ermächtigungsgrundlagen wurden dafür vorstehend insbesondere *Generalklauseln* und *bewusste Lücken* identifiziert.<sup>370</sup>

Für den richterlichen Entscheidungsvorgang wurde bereits präzisiert, dass Gerichte im ersten Schritt zu prüfen haben, inwieweit die jeweilige Norm in funktionaler Hinsicht als Ermächtigungsgrundlage für Regulierung geeignet ist.<sup>371</sup> Im zweiten Schritt ist das Regulierungsziel zu konkretisieren.<sup>372</sup> Im dritten Schritt geht es um die genauere Konkretisierung der in der Generalklausel oft nur richtungsweise<sup>373</sup> angelegten Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen (d.h. Regulierungsinstrumente). An dieser Stelle bietet die Ermessensfehlerlehre, mit der die in § 40 VwVfG und § 114 S. 1 VwGO enthaltenen Vorgaben für behördliche Ermessensentscheidungen konkretisiert werden und die zwischen Ermessensnichtgebrauch, -fehlgebrauch und -überschreitung unterscheidet,<sup>374</sup> Anhaltspunkte für ein Prüfprogramm.

Ein Fehler liegt danach auch vor, wenn das Gericht einen eröffneten Regulierungsspielraum *gar nicht erkennt* (*Ermessensnichtgebrauch*).<sup>375</sup> Beispielsweise könnte ein Gericht im Rahmen einer Schadensersatzberechnung die Möglichkeit verkennen, den Vorteilsausgleich einzuschränken oder zu unterlassen, um die Präventionswirkung des Ersatzanspruchs zu effektivieren.<sup>376</sup> Ein weiteres Beispiel bietet die Rechtsprechung zur Abwicklung nichtiger Verträge bei Schwarzarbeit oder Zinswucher, die verdeutlicht, dass regulatorische Spielräume bei der Anwendung von § 817 S. 2 BGB bestehen, die eine Effektivierung legislativer Regulierungsziele (z.B. Bekämpfung von Schwarzarbeit oder Zinswucher) ermöglichen und vom entscheidenden Gericht erkannt werden müssen. Wird in solchen Fällen das regulatorische Ermessen verkannt, also etwa die regulatorische Stoßrichtung des Schadensersatzanspruchs oder der Vertragsnichtigkeit gar

<sup>369</sup> Der in dieser Untersuchung vorgeschlagene Ansatz einer nach Rechtsfunktionen differenzierenden Handhabung der erforderlichen gesetzlichen Regelungsdichte findet eine Parallele in der Überlegung, administrative Entscheidungsspielräume in Abhängigkeit von der jeweiligen Funktion des Ermessens für die Erfüllung verschiedenartiger Aufgaben der Verwaltung zu konkretisieren (vgl. dazu *Bullinger*, JZ 1984, 1001, 1007 f.).

<sup>370</sup> Siehe unter § 12 III. 2. b).

<sup>371</sup> Oben § 12 I. 2.

<sup>372</sup> Oben § 12 II.

<sup>373</sup> Vgl. *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, <sup>3</sup>1983, S. 27.

<sup>374</sup> Näher zu den einzelnen Ermessensfehlern *Voßkuhle*, JuS 2008, 117, 118; *Mauer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, <sup>20</sup>2020, § 7 Rn. 19 ff.

<sup>375</sup> Insbesondere im Kontext der gerichtlichen Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten hat das BVerfG bisweilen gerügt, dass Zivilgerichte nicht hinreichend von einem eröffneten „Spielraum für die Abwägung“ Gebrauch machen bzw. diesen verkennen, vgl. etwa BVerfGE 96, 56, 63, 65.

<sup>376</sup> Auch bei der bereits besprochenen Rechtsprechung zur Abwicklung nichtiger Verträge bei Schwarzarbeit oder Zinswucher sind regulatorische Spielräume bei der Anwendung von § 817 S. 2 BGB ersichtlich, die eine Effektivierung legislativer Regulierungsziele (Bekämpfung von Schwarzarbeit oder Zinswucher) ermöglichen, die vom entscheidenden Gericht erkannt werden müssen.

nicht gesehen und der Fokus allein auf den Interessenausgleich gelegt, stellt dies eine mangelnde Berücksichtigung der *ratio legis* dar.

Wird der Ermessensspielraum erkannt, kann ein Fehler darin bestehen, dass vom Ermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht wird, indem gesetzliche Zielvorstellungen *nicht beachtet* oder *sachwidrige Gesichtspunkte* einbezogen werden (*Ermessensfehlgebrauch*). Letzteres ist der Fall, wenn Zivilgerichte bei Ausübung ihres Entscheidungsspielraums Belange in die erforderliche Abwägung einbeziehen, die weder im Normtelos angelegt, noch aufgrund der betroffenen individuellen Rechtspositionen einzubeziehen sind. Ein Beispiel bietet die bereits angesprochene Rechtsprechung des LG Darmstadt zum Ausschluss der Sachdensersatzberechnung anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten bei Verkehrsunfällen zur Verhinderung von Versicherungsbetrügen bzw. Manipulation von Verkehrsunfällen.<sup>377</sup> Der Einbezug dieser Aspekte (kurz: die Prävention bestimmter strafbarer Verhaltensweisen im Bereich von Verkehrsunfällen) als primäres Entscheidungskriterium war in der Streitgegenständlichen Konstellation (eines gewöhnlichen Auffahrunfalls) und der allgemeinen Vorschrift des § 249 Abs. 1 BGB schlicht nicht angelegt und mithin unzulässig. Die Fallgruppe der *Nichtbeachtung* gesetzgeberischer Zielvorstellungen kommt vor allem in Betracht, wenn Zivilgerichte allein einen angemessenen Interessenausgleich anstreben und dabei regulatorische Ziele des Gesetzgebers gänzlich außer Acht lassen, wobei eine Nähe zum Ermessensnichtgebrauch besteht. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass Gerichten auch bei der Wahl zwischen einer primär regulatorischen oder interessenausgleichenden Normkonkretisierung ein (Nivellierungs-)Ermessen zusteht, besonders wenn die Funktion des anzuwendenden Gesetzes (Regulierung oder Interessenausgleich) nicht eindeutig ist. Diesen Spielraum kann eine jüngere Entscheidung des BGH zur Vererblichkeit des Anspruchs auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung (Kohl-Protokolle II) veranschaulichen,<sup>378</sup> die vom BVerfG in einem Nichtannahmebeschluss bestätigt wurde.<sup>379</sup> Darin legt der BGH den funktionalen Schwerpunkt auf die Genugtuungsfunktion des Geldentschädigungsanspruchs, die für einen Verstorbenen nicht mehr erfüllt werden könne.<sup>380</sup> Die Präventionswirkung des Geldentschädigungsanspruchs gebiete nicht die Vererblichkeit und mithin einen postmortalen Geldentschädigungsanspruch.<sup>381</sup> Das BVerfG hat bestätigt, dass auch die aus

---

<sup>377</sup> Näher zu diesem Beispiel mit Entscheidungsnachweisen unter § 12 II. 1.

<sup>378</sup> BGH NJW 2022, 868 mit krit. Anm. *Gsell*.

<sup>379</sup> BVerfG NJW 2023, 757.

<sup>380</sup> BGH NJW 2022, 868 Rn. 10 und 15: „Die grundsätzliche Unvererblichkeit ergibt sich dabei entscheidend aus der Funktion des Geldentschädigungsanspruchs. Insofern steht der Genugtuungsgedanke im Vordergrund; einem Verstorbenen kann Genugtuung aber nicht mehr verschafft werden.“ (Zitat Rn. 10). Ob dies zutreffend ist, kann hier dahinstehen; die wohl überwiegende Literatur (vgl. die Nachweise bei BGH NJW 2022, 868 Rn. 11) geht hingegen von der Vererblichkeit des Entschädigungsanspruchs – unter Präventions- und Genugtuungserwägungen – aus.

<sup>381</sup> BGH NJW 2022, 868 Rn. 10.

dem postmortalen Schutzanspruch der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) folgende Schutzpflicht „nicht die Bereitstellung einer bestimmten Sanktion für Würdeverletzungen [gebietet]“.<sup>382</sup> Zwar müssten die Gerichte bei Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale von Normen, die die Persönlichkeit postmortal schützen, die Fundierung des Schutzes in Art. 1 Abs. 1 GG beachten.<sup>383</sup> Daraus folge aber „keine Pflicht der Zivilgerichte, die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen des persönlichkeitsrechtlichen Sanktionensystems auszuweiten.“<sup>384</sup> In anderen Worten geht das BVerfG insoweit nicht von einer *Ermessensreduktion auf Null* aufgrund der grundrechtlichen Gebotenheit des Entschädigungsanspruchs aus. Der BGH hat also in zulässiger Weise die Funktionen des Entschädigungsanspruchs (Genugtuungs- und Präventionsfunktion) abgewogen und – auch eingedenk grundrechtlicher Schutzpflichten – in vertretbarer Weise von einer, aus Präventionsgesichtspunkten freilich effektiveren Gewährung des postmortalen Entschädigungsanspruchs infolge einer Persönlichkeitsrechtsverletzung abgesehen.

Schließlich ist ein Fehler anzunehmen, wenn eine Anordnung getroffen wird, die von der Ermächtigungsvorschrift nicht mehr gedeckt ist (*Ermessensüberschreitung*), wobei vor allem die Grundrechte und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (insbesondere die Erforderlichkeit und Angemessenheit des Regulierungsinstruments) zu beachten sind. Zivilgerichte können ihr Ermessen insbesondere überschreiten, indem sie eine in den herangezogenen Ermächtigungsnormen nicht angelegte oder das darin angelegte Konzept verschärfende, grundrechtsintensive Tatbestands- oder Rechtsfolgenerweiterung vornehmen. Hierzu kann auf das vorstehend erläuterte Beispiel einer Verschärfung des gesetzgeberischen Nudging-Ansatzes bezüglich des unternehmerischen CSR-Engagements verwiesen werden. Auch im Bereich privater Haftung für die Verletzung von Verkehrspflichten kann die Ermessensüberschreitung eine Rolle spielen, wenn neue Verkehrspflichten begründet werden, die für die Pflichtadressaten nicht zumutbar und schwer vorhersehbar sind.<sup>385</sup> Allgemein ist mit Blick auf eine drohende Ermessensüberschreitung die Relation zwischen notwendiger Regulungsdichte der Ermessensermächtigung und Grundrechtsintensität des Eingriffs zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber kann Ermessensspielräume der Zivilgerichte außerdem explizit begrenzen, indem er die Herleitung bestimmter Regulierungsinstrumente aus einer offenen Ermächtigung durch eine konkrete Regelung oder einen Hinweis in der Gesetzesbegründung ausschließt.<sup>386</sup>

<sup>382</sup> BVerfG NJW 2023, 757 Rn. 22.

<sup>383</sup> BVerfG NJW 2023, 757 Rn. 22.

<sup>384</sup> BVerfG NJW 2023, 757 Rn. 24.

<sup>385</sup> Zur Grenze des Zumutbaren bei Verkehrspflichten *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 90/2024, § 823 Rn. 528 f.

<sup>386</sup> Vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 605 mit dem Beispiel des § 120 Abs. 4 S. 3 AktG, der die Möglichkeit der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 243 AktG) bezüglich des Vergütungssystems des Vorstands ausschließt. Die Anfechtung

Besonders große Spielräume sind anzunehmen, wenn nachweisbar ist, dass der Gesetzgeber dem Rechtsanwender ein sogenanntes *planerisches Ermessen* einräumen will.<sup>387</sup> Dies wird im Privatrecht kaum vorkommen, vor allem weil der „Ermessenskorridor“ durch die beteiligten Parteiinteressen begrenzt ist und eine zukunftsbezogene „Planung“ kaum zulässt. Es geht aber zumindest in die Richtung eines *strategischen Ermessens*, wenn Gerichte flexibel und unter wechselnden Gegebenheiten auf unerwünschte Verhaltensweisen reagieren sollen.<sup>388</sup> So etwa, wenn ihnen mit dem Ziel der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs weite Spielräume bei der Reaktion auf unlauteres Geschäftshandeln eingeräumt werden, etwa durch die Generalklausel in § 3 UWG, verbunden mit den „strategischen“ Zielsetzungen in § 1 Abs. 1 UWG. Hier nehmen die Zivilgerichte eine sehr aktive Rolle ein, indem sie auf Umgehungsversuche der Wirtschaftsakteure reagieren sollen, um die gesetzliche Zielbestimmung möglichst effektiv zu verwirklichen. Die deliktischen Generalklauseln (insb. §§ 823 Abs. 2, 826 BGB) und die Nichtigkeitssanktion bei Verträgen (§ 138 Abs. 1 und § 134 BGB), einschließlich bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsfragen (insb. § 817 S. 2), eröffnen – jeweils verbunden mit gesetzlichen Regulierungszielvorgaben – zum Teil in ähnlicher Weise „strategische“ Spielräume.

Neben dem Prüfprogramm der Ermessensfehlerlehre ist auch die ermessensbezogene *Begründungspflicht* (vgl. § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG) von Interesse, die bezweckt, Entscheidungen für die Adressaten und das überprüfende Gericht nachvollziehbar zu machen und die Rationalität der Entscheidung zu fördern.<sup>389</sup> So ist auch bei der Wahrnehmung regulatorischer Entscheidungsspielräume durch Zivilgerichte von einer besonderen Begründungspflicht auszugehen, die nachfolgend beschrieben wird.

#### IV. Ergänzung: Offenlegung regulatorischer Argumente in der Rechtsanwendung

Vorstehend wurden die dogmatischen Anforderungen, die aus der Geltung des Gesetzesvorbehalts bei regulatorischer Rechtsanwendung folgen, beschrieben. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass Gerichte den Prozess regulatorischer Rechts-

---

nach § 243 AktG kann eine regulatorische Stoßrichtung haben, namentlich wenn es um die Rüge von Gesetzesverletzungen geht.

<sup>387</sup> *Voßkuhle*, JuS 2008, 117, 119.

<sup>388</sup> Vgl. die Überlegungen zum „taktischen Ermessen“ bei *Bullinger*, JZ 1984, 1001, 1007.

<sup>389</sup> Die Begründungsanforderung an die Ermessensausübung bildet ein prozedurales Korrektiv, indem die Mitteilung der Gesichtspunkte, von denen sich die Behörde bei Ausübung ihres Ermessens hat leiten lassen, sowohl zur Information der Betroffenen als auch der Rationalität der Behördenentscheidung dient und dem überprüfenden Gericht die notwendige Grundlage zum Nachvollzug der Ermessensentscheidung gibt, vgl. *Schuler-Harms*, in: *Schoch/Schneider*, VwVfG, Stand: 3. EL August 2022, § 39 Rn. 67.

anwendung bzw. Regelbildung auch *offenlegen* müssen, regulatorische und folgenbezogene Erwägungen sowie deren Rückbindung an den Gesetzgeberwillen also in den Entscheidungsgründen darzustellen haben.<sup>390</sup>

Gerade wenn die richterliche Regelbildung nicht bloß auf einfacher Subsumtion des Gesetzeswortlauts und der engeren Gesetzessystematik beruht, sondern einen erhöhten Anteil richterlicher *Selbstprogrammierung* aufweist, ist die Herleitung des Regulierungsziels und des Regulierungsinstruments sorgfältig zu begründen<sup>391</sup> und darzulegen, inwiefern die entwickelte ratio decidendi zur Förderung des Ziels beitragen soll (Mittel-Zweck-Relation).<sup>392</sup> Auch bei der Konkretisierung offener Regulierungsermächtigungen (insb. Generalklauseln, bewusste Lücken) ist die methodische Ermittlung eines Regulierungsziels und die daran ausgerichtete Normkonkretisierung in den Entscheidungsgründen essenziell. Ihr kommt eine wichtige *legitimatorische Funktion* zu, indem für die Rechtsadressaten Nachvollziehbarkeit – als Grundlage für Akzeptanz oder Anfechtbarkeit – hergestellt wird und zugleich mit Blick auf eine mögliche Überprüfung der Rechtsfortbildungsgrenzen durch ein höheres Gericht bzw. das BVerfG Transparenz geschaffen wird.<sup>393</sup> Auch die durch die regulatorische Rechtsanwendung begrenzten Grundrechtspositionen sind zu benennen und – je nach Konstellation – sollte dargelegt werden, inwiefern die richterlich entwickelte Maßnahme (z.B. Rechtsverlust, Verhängung regulatorischen Schadensersatzes) für die belastete Partei vorhersehbar war.<sup>394</sup> Neben ihrer legitimatorischen Funktion ist die transparente Urteilsbegründung auch aus regulatorischer Perspektive zentral, weil

<sup>390</sup> Im Sinne eines verstärkten Begründungserfordernisses lässt sich die Aussage von *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, <sup>3</sup>1995, S. 247 deuten, wonach aus dem Gesetzesvorbehalt für die Gerichte das „Erfordernis einer *besonderen Legitimationsgrundlage*“ für Rechtsfortbildung und – damit verbunden – die Notwendigkeit einer Herleitung „mit *spezifisch juristischen Argumenten*“ folgt (Hervorhebung jeweils im Original).

<sup>391</sup> Ähnlich zu benachteiligenden Rechtsfortbildungen *Seiler*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, S. 135.

<sup>392</sup> *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977, S. 121–123 betont bezüglich Folgenerwägungen im Richterrecht die legitimatorische Wirkung der Entscheidungsbegründung und empfiehlt eine „Kongruenz von Herstellung und Darstellung der Entscheidung“; s.a. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, <sup>2</sup>1976, S. 315; unter Verweis auf Letzteren auch *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995, S. 229 f.

<sup>393</sup> Allg. zur Funktion der Methodenlehre, eine rationale Kontrollierbarkeit gerichtlicher Entscheidungen zu ermöglichen, *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 815 und Rn. 652: „Die Verpflichtung zur Offenlegung der Gründe und Argumente für die Entscheidung ermöglicht die Prüfung der Stichhaltigkeit der verwendeten Prämissen und der daraus gezogenen Schlüsse.“

<sup>394</sup> In diesem Sinne wurde in BVerfGE 54, 224, 235 aus dem Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gefolgert, „daß auch der Richter, wenn er Gesetzesbestimmungen auslegt, gehalten ist zu prüfen und darzulegen, ob, inwieweit und aus welchen Gründen seine Entscheidung in die Freiheit der Berufsausübung eingreift, ferner, daß dieser Eingriff den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Absichten des Gesetzgebers entspricht.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

von einer Zivilgerichtsentscheidung bloß dann eine gezielte, über den Einzelfall hinausreichende verhaltenssteuernde Wirkung ausgehen kann, wenn die richterlich konkretisierte Verhaltensnorm und Rechtsfolge deutlich erkennbar zum Ausdruck kommt.<sup>395</sup>

Allgemein ist ein *offener* und – im zulässigen Rahmen – *selbstbewusster* Umgang der Zivilgerichte mit regulatorischen und folgenbezogenen Erwägungen anzustreben.<sup>396</sup> Dringend zu vermeiden ist hingegen eine Praxis, in der Gerichte den regulatorischen Gehalt ihrer Entscheidung verschleiern und stets allein den Interessenausgleich ins Zentrum ihrer Argumentation stellen, um gewissermaßen einem erhöhten Legitimationserfordernis bzw. einer restriktiveren Kontrolle anhand der Maßstäbe des Gesetzesvorbehalts zu entgehen. Dies liefe dem Anliegen dieser Untersuchung, die Grenzen richterlicher Regelbildung zu präzisieren, Methodenehrlichkeit<sup>397</sup> zu fördern und zur Voraussehbarkeit richterlicher Entscheidungen beizutragen, gerade entgegen.

Der vorliegend verfolgte, nach Rechtsfunktionen differenzierende Ansatz zur Übertragung des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative kann dazu beitragen, das Argumentationsprofil richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung zu schärfen.<sup>398</sup> In Konstellationen, in denen die regulatorische Funktion einer entscheidungserheblichen Norm eindeutig ist, wäre es ohnehin – bereits aufgrund der Gesetzesbindung – verfehlt, diese bei Abfassung der Entscheidungsgründe nicht einzubeziehen und allein auf den angemessenen Interessenausgleich abzustellen. In sonstigen Konstellationen, in denen bei der Bestimmung des Normtelos und der Konkretisierung von Rechtsfolgen Spielräume bestehen, die regulatorische Aspekte involvieren, ist die Abwägung zwischen regulatorischen und anderen, vor allem auf den ausgewogenen privaten Interessenausgleich bezogenen Argumenten in den Entscheidungsgründen offenzulegen. Die vorangehend gemachten methodischen Ausführungen bieten eine Hilfestellung für eine bewusste und strukturierte Herangehensweise der Zivilgerichte an regulatorische Privatrechtsanwendung unter Berücksichtigung der infolge des Gesetzesvorbehalts verstärkten Gesetzesbindung.

---

<sup>395</sup> Vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 720, der annimmt, dass die Urteilsbegründung „selbst zu einem Medium der Regulierung wird, ähnlich dem Gesetz oder einem regulatorischen Verwaltungsakt“.

<sup>396</sup> Für ein „offenes Argumentieren mit Folgenüberlegungen“ *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 60, 229 f.; s.a. *Sambuc*, *Folgenerwägungen im Privatrecht*, 1977, S. 121 ff.; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 721.

<sup>397</sup> Nach *Deckert*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, S. 230 bedeutet Methodenehrlichkeit, dass „die Methode, nach der das geltende Recht angewendet wird, erkennbar sein muß und daß die tatsächlichen tragenden Argumente offengelegt werden.“

<sup>398</sup> Zu den methodischen Anforderungen an regulatorische Rechtsanwendung bereits eingehend *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 646 ff.



## Exkurs: Der Gesetzesvorbehalt im unionsrechtlichen Kontext

Die Rolle des Gesetzesvorbehalts im unionsrechtlichen Kontext wird bloß exkursartig behandelt, da sich die Untersuchung auf den im deutschen Verfassungsrecht verankerten Gesetzesvorbehalt und die nationale Rechtsprechung konzentriert.<sup>1</sup> Der Exkurs ist aber sinnvoll, weil dem Unionsrecht auf dem Gebiet des nationalen Privatrechts – gerade auch für die zivilgerichtliche Rechtsanwendung – große Bedeutung zukommt.<sup>2</sup> Allgemein lässt sich die Bedeutung des Gesetzesvorbehalts im Unionsrecht aus unterschiedlichen Richtungen beleuchten. So kann man etwa fragen, inwieweit Art. 52 Abs. 1 S. 1 der EU-Grundrechtecharta – bezogen auf Maßnahmen der Union – ein Pendant zum nationalen Gesetzesvorbehalt darstellt<sup>3</sup> oder Abgrenzungen zum unionsrechtlichen Vertragsvorbehalt<sup>4</sup> und zum Prinzip des institutionellen Gleichgewichts<sup>5</sup> vornehmen. Vorlie-

<sup>1</sup> Der nach deutschem Verfassungsrecht geprägte Gesetzesvorbehalt lässt sich nicht ohne Weiteres auf den unionsrechtlichen Kontext übertragen, weil insofern wichtige rechts- und verfassungssystematische Unterschiede bestehen; vgl. dazu *Hilff/Classen*, in: FS Selmer, 2004, S. 71, 76–80; *Ohler*, JZ 2006, 359 f.

<sup>2</sup> Zur Prägung zivilrechtlicher Praxis und Methodik durch das Zusammenspiel unionsrechtlicher und nationaler Rechtsquellen *Gsell*, AcP 214 (2014), 99, 100, 129 ff.; zum Bedürfnis einer „europäischen Methodenlehre“ infolge der Überlagerung nationaler Rechtsordnungen durch europäisches Recht *Wagner/Zimmermann*, AcP 214 (2014), 1, 3 f.

<sup>3</sup> Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-Grundrechtecharta bestimmt einen einfachen Gesetzesvorbehalt für Beeinträchtigungen der Unionsgrundrechte und knüpft an die EuGH-Rechtsprechung an, in der dieser als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt wurde (vgl. EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Rs. C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337, Rn. 19 – Hoechst/Kommission); zu Anforderungen an gesetzliche Eingriffsgrundlagen *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 2022, Art. 52 EU-GRCharta Rn. 61 f.; zu ähnlichen Funktionen des nationalen und unionalen Gesetzesvorbehalts *Kingreen*, ebd., Rn. 62; *Gassner*, in: FS Oppermann, 2001, S. 503, 519 ff.; *Hilff/Classen*, in: FS Selmer, 2004, S. 71, 80. Soweit mitgliedstaatliche Maßnahmen an den Unionsgrundrechten zu messen sind (Art. 51 Abs. 1 EU-GRCharta), wird bzgl. der Anforderungen an die Eingriffsgrundlage mitgliedstaatliches Verfassungsrecht als maßgeblich angesehen, vgl. *Kingreen*, aaO., Art. 52 EU-GRCharta Rn. 63.

<sup>4</sup> Dieser bezieht sich als Ausprägung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV) auf die Frage, welche Kompetenzen der EU *überhaupt* zustehen, nicht aber darauf, von welchen Organen bestehende Kompetenzen zum Erlass von Sekundärrechtsakten ausgehen müssen; vgl. *Hilff/Classen*, in: FS Selmer, 2004, S. 71, 76.

<sup>5</sup> Dieses dient der Sicherung der im Primärrecht angelegten Kompetenz- und Befugnisordnung und betrifft auch das Verhältnis zwischen EuGH und Unionsgesetzgeber. Dem EuGH

gend geht es aber weniger um den Befund, dass das Unionsrecht einen vergleichbaren Grundsatz kennt, denn um die Frage, inwieweit unionsrechtliche Normen aus Perspektive des nationalen Verfassungsrechts taugliche Ermächtigungsgrundlagen für belastende Maßnahmen deutscher Rechtsanwendungsorgane darstellen.<sup>6</sup> In der Regel ist davon auszugehen, dass die im Privatrecht relevanten Rechtsakte der Union den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts bzw. der speziellen Grundrechtsvorbehalte genügen, sofern sie unmittelbar anwendbar sind (I.). Folglich stellt es unter diesem Aspekt kein Problem dar, wenn sich Zivilgerichte auch im Bereich *regulatorischen Privatrechts* auf Normen bzw. Zielvorgaben des Unionsrechts stützen und nationales Recht unionsrechtskonform konkretisieren, sofern – vor allem bei der richtlinienkonformen Regelbildung – methodische und kompetenzielle Grenzen eingehalten werden (II.).

## I. Unionsrechtsnormen als Ermächtigungsgrundlagen i.S.d. Gesetzesvorbehalts

Gewiss unterscheiden sich Form und Verfahren der unionalen Rechtssetzung von der nationalen Gesetzgebung. Die Verwendung des *Gesetzesbegriffs* ist im europäischen Primärrecht denn auch eher selten.<sup>7</sup> Dennoch erfüllen jedenfalls Verordnungen<sup>8</sup> in vergleichbarer Weise die Funktionen, die dem formellen Gesetz nach nationalem Verständnis zukommen.<sup>9</sup> Dies gilt zunächst mit Blick auf die *rechtsstaatliche* Komponente des Gesetzesvorbehalts. Sofern unionsrechtliche Vorschriften eine hinreichende Normdichte aufweisen und unmittelbar gelten – wie

---

werden Befugnisse zur Fortbildung des Unionsrechts eingeräumt (vgl. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV), er darf aber zugleich nicht die Kompetenzen des Unionsgesetzgebers unterlaufen. Primärrechtliche Rechtsfortbildung des EuGH bindet den Unionsgesetzgeber und schränkt seine Gestaltungsfreiheit ein. Insofern besteht eine Vergleichbarkeit eher in Bezug auf das nationale Kompetenzverhältnis zwischen BVerfG und Gesetzgeber, weniger auf das zwischen Fachgerichten und Legislative. Zu Anforderungen des institutionellen Gleichgewichts im privatrechtlichen Kontext (insb. in Fragen des *private enforcement*) *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 620–628.

<sup>6</sup> Dazu mit Blick auf Verwaltungshandeln *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 198 ff.

<sup>7</sup> In der Regel ist von „Rechtsakten“ die Rede. Siehe aber Art. 12 lit. a EUV: „Gesetzgebungsakte der Union“; Art. 14 Abs. 1 S. 1 EUV: „Das Parlament wird gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber tätig [...]“; Art. 289 AEUV: ordentliches und besonderes „Gesetzgebungsverfahren“.

<sup>8</sup> Auch Richtlinien weisen oftmals eine erhebliche normativen Dichte auf, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4022, Art. 288 AEUV Rn. 26. Sie bedürfen aber der Umsetzung in nationales Recht und sind nur ausnahmsweise unmittelbar anwendbar; zwischen Privaten entfalten sie grds. keine Wirkung (dazu sogleich näher).

<sup>9</sup> Vgl. *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3022, Bd. 1, § 11 Rn. 19 f.

im Fall von Verordnungen –, gewährleisten sie als abstrakt-generelle Rechtssätze Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Rechtsanwendung.<sup>10</sup> In *demokratischer* Hinsicht ist zu beachten, dass die europäische Gesetzgebung unter Beteiligung des Rats und – inzwischen in den überwiegenden Fällen – des Europäischen Parlaments<sup>11</sup> eine „doppelte“ demokratische Legitimation aufweist: durch vom nationalen Parlament kontrollierte Vertreter der Mitgliedstaaten im Rat und direkt gewählte Abgeordnete im Europäischen Parlament.<sup>12</sup> Schließlich weist das unionsrechtliche Gesetzgebungsverfahren auch in *funktionaler* Hinsicht vergleichbare Vorzüge auf wie das nationale. So zeichnet es sich insbesondere durch Öffentlichkeit (Art. 16 Abs. 8 EUV, Art. 15 Abs. 2 AEUV), Rationalität und einen pluralistischen Willensbildungsprozess aus.<sup>13</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, die nationalen Grundsätze sowohl des *Gesetzesvorbehalts* als auch des *Gesetzesvorrangs* im Anwendungsbereich des Unionsrecht dergestalt auszuweiten, dass sie unmittelbar geltendes Unionsrecht einschließen.<sup>14</sup> Mit dem Bezug nationaler Rechtsanwendungsorgane – einschließlich der Judikative – auf das Unionsrecht geht freilich eine gewisse Kompetenzverschiebung einher, die die Entscheidungsprärogative der *nationalen Legislative* reduziert.<sup>15</sup> Diese beruht aber auf der in Art. 23 Abs. 1 GG verankerten, gezielten Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union durch formelle Gesetze.

---

<sup>10</sup> *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 198 ff. hält unmittelbar geltende Unionsrechtsakte (Verordnungen, z.T. Primärrecht) als Ermächtigungsgrundlage für eingreifendes Verwaltungshandeln geeignet, Richtlinien hingegen grds. nur bei Umsetzung im nationalen Recht (vgl. ebd., S. 207).

<sup>11</sup> Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 1 AEUV) wirken Rat und Parlament bei der Gesetzesannahme zusammen; im besonderen Gesetzgebungsverfahren (Art. 289 Abs. 2 AEUV) liegt bei der ersten Alternative die Präpondanz beim Europäischen Parlament, bei der zweiten beim Rat.

<sup>12</sup> Vgl. unter Bezug auf den unionsrechtlichen Gesetzesvorbehalt *Ohler*, JZ 2006, 359, 361; von einer gegenüber dem nationalstaatlichen Verständnis „modifizierten“ demokratischen Legitimation des Unionsgesetzgebers geht *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 130–132, 140 f. aus, der als Legitimationsgrundlage insbesondere Art. 23 Abs. 1 GG, verstanden als „Strukturprinzip der integrierten (Verfassungs-)Staatlichkeit“ (ebd., S. 137), heranzieht; s.a. *Herresthal*, JuS 2014, 289, 291.

<sup>13</sup> Vgl. mit Bezug auf Verordnungen *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 32022, Bd. 1, § 11 Rn. 19. Zudem besteht – anders als im deutschen Verfassungsrecht – eine Begründungspflicht für Rechtsakte (Art. 196 Abs. 2 AEUV).

<sup>14</sup> So im Kontext judikativer unionskonformer Rechtsgewinnung *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 215; mit Bezug auf den Gesetzesvorbehalt und belastendes Verwaltungshandeln *Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, 2007, S. 198 ff. (differenzierend bzgl. Richtlinien).

<sup>15</sup> Vgl. *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 144 f., der vor diesem Hintergrund annimmt, dass der nationale Vorbehalt des Gesetzes „beschränkt“ wird (ebd., S. 145).

Auch *Verweisungen* auf unionsrechtliche Normen in nationalen Ermächtigungsgrundlagen sind unproblematisch, verbleibt hier doch die Grundentscheidung, dass etwa ein Verstoß gegen Unionsrecht in bestimmter Weise zu sanktionieren ist, beim nationalen Gesetzgeber. Das BVerfG hält selbst Blankettstrafgesetze mit Verweisungen auf unmittelbar anwendbare Unionsrechtsakte für zulässig und geht davon aus, dass sie den Anforderungen des strengen Gesetzesvorbehalts in Art. 103 Abs. 2 GG in seiner kompetenzsichernden und freiheitsgewährenden Funktion sowie dem Bestimmtheitsgebot in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügen können.<sup>16</sup> Dabei nimmt es an, dass die „vielfältige Verschränkung von Unionsrecht und nationalem Recht [es] verbietet [...], Verweisungen auf Unionsrecht anders zu beurteilen als Verweisungen auf nationales Recht.“<sup>17</sup> Dies ist auch im privatrechtlichen Kontext wichtig, weil gerade auf der Basis von Verweisungsnormen (§§ 134, 823 Abs. 2 BGB)<sup>18</sup> und von Generalklauseln unionsrechtliche Vorschriften – als „innerrechtliche Maßstäbe“<sup>19</sup> – berücksichtigt werden können.

## II. Unionsrechts- und insbesondere richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung

Probleme in kompetenzieller Hinsicht und in puncto Rechtssicherheit können aber im Kontext der unions- und besonders der richtlinienkonformen Rechtsgewinnung<sup>20</sup> auftreten. Deutsche Gerichte sind infolge des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts<sup>21</sup> dazu verpflichtet, das nationale Recht in Übereinstimmung mit Normen des Unionsprimär- und Sekundärrechts anzuwenden, sofern diese unmittelbare Wirkung beanspruchen.<sup>22</sup> Letzteres ist bei hinreichend bestimmten Normen des Primärrechts<sup>23</sup>, bei Verordnungen (vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV) und

<sup>16</sup> BVerfGE 153, 310, 339 ff. (insb. Rn. 78, 81), zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ebd., S. 353 ff.

<sup>17</sup> BVerfGE 153, 310, 78; ebenso BVerfGE 29, 198, 210; 143, 38, 55 f.

<sup>18</sup> Zu Verbotsgesetzen im Primär- und Sekundärrecht *Armbrüster*, in: MünchKomm. BGB, 92021, § 134 Rn. 51 ff.; zu Schutzgesetzen im Primär- und Sekundärrecht *Wagner*, in: MünchKomm. BGB, 92024, § 823 Rn. 595 ff.

<sup>19</sup> Zum Verständnis von Generalklauseln als Verweisung auf innerrechtliche Maßstäbe oben § 12 I. 2. c.

<sup>20</sup> *Herresthal*, JuS 2014, 289 ff. nutzt den Begriff der richtlinienkonformen Rechtsgewinnung als Oberbegriff für Auslegung und Rechtsfortbildung (ebd., S. 190).

<sup>21</sup> BVerfGE 73, 339, 375; 75, 223, 244; EuGH, Urt. v. 7.2.1991, Rs. C.184/89, ECLI:EU:C:1991:50, Rn. 17–21 – Hinz; zur Abgrenzung von Anwendungs- und Geltungsvorrang *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 167 f.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 92022, Art. 1 AEUV Rn. 18.

<sup>22</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 218 f.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 92020, Rn. 646; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 122022, Rn. 767.

<sup>23</sup> Z.B. in Art. 101 f. AEUV, die sich im Wettbewerbsrecht unmittelbar an Unternehmen richten.

– unter bestimmten Voraussetzungen sowie in begrenztem Ausmaß – bei Richtlinien<sup>24</sup> der Fall. Dabei führt der Anwendungsvorrang zur Suspendierung der mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Norm,<sup>25</sup> während die – vorrangig zu unternehmende – unionsrechtskonforme Auslegung das nationale Recht unter Einbezug seiner Konkretisierungsspielräume nutzt.<sup>26</sup>

Die *richtlinienkonforme* Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts stellt einen Sonderfall dar, weil Richtlinien im Grundsatz nicht unmittelbar wirken, von Gerichten mithin nicht direkt als Rechtsquellen zu berücksichtigen sind.<sup>27</sup> Die Mittel zur Umsetzung der in einer Richtlinie verfolgten Ziele sind vielmehr vom Mitgliedstaat zu bestimmen (Art. 288 Abs. 3 EUV), wobei die innerstaatliche, d.h. verfassungsrechtliche Kompetenzordnung maßgeblich ist.<sup>28</sup> Die Umsetzungs- und Durchsetzungspflicht richtet sich zwar an sämtliche nationale Gewalten einschließlich der Judikative, deren Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung aus der mitgliedstaatlichen Umsetzungspflicht (Art. 288 Abs. 3 EUV) und der Loyalitätsverpflichtung nach Art. 4 Abs. 3 EUV zur effektiven Umsetzung des Unionsrechts hergeleitet wird.<sup>29</sup> Sie besteht aber nur „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten“.<sup>30</sup> Dient die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung mithin einerseits als „wirkungsvolles Instrument, die Rechtsangleichung in Europa über den Umweg der Auslegung nationalen Rechts herzustellen“ und zugleich als Möglichkeit, die Mitgliedstaaten vor den Konsequenzen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung zu schützen, birgt sie andererseits das Risiko, in eine

<sup>24</sup> Richtlinien bedürfen der mitgliedstaatlichen Umsetzung (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Sie sind nur ausnahmsweise unmittelbar anwendbar, wenn sie nicht fristgerecht oder nur unvollständig im nationalen Recht umgesetzt wurden, inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sind; vgl. EuGH, Urt. v. 19.1.1982, Rs. 8/81, ECLI:EU:C:1982:7, Rn. 25 – Becker; s.a. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 232. Von der unmittelbaren Anwendbarkeit ist die Frage der unmittelbaren Wirkung zwischen Privaten (Horizontalwirkung) zu unterscheiden, die der EuGH unter Bezug auf die staatliche Umsetzungspflicht (Art. 288 Abs. 3 AEUV) in ständ. Rspr. ablehnt, vgl. EuGH, Urt. v. 14.7.1991, Rs. C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, Rn. 24 f. – Faccini Dori; Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, Rn. 108 f. – Pfeiffer.

<sup>25</sup> EuGH, Urt. v. 4.2.1988, Rs. C-157/86, ECLI:EU:C:1988:62, Rn. 11 – Murphy.

<sup>26</sup> Vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 230–232; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 767a. Der Vorrang der unionsrechtskonformen Auslegung ist anzunehmen, weil er die Erhaltung der niederrangigen nationalen Norm ermöglicht und mithin den nationalen Gesetzgeber schützt (favor legis-Gedanke).

<sup>27</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 249 f.

<sup>28</sup> Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 174; Nettesheim, AöR 119 (1994), 261, 287 f.

<sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Rn. 26 – van Colson; Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, Rn. 8 – Marleasing; Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, Rn. 113 – Pfeiffer; s.a. Reimer, Juristische Methodenlehre, <sup>2</sup>2020, Rn. 657; Herresthal, JuS 2014, 289, 290; zu weiteren Begründungsansätzen Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, <sup>6</sup>2022, Art. 288 AEUV Rn. 79 f.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Rn. 26 – van Colson; s.a. Canaris, in: FS Bydlinki, 2002, S. 47, 56; Herresthal, JuS 2014, 289, 290.

„Bevormundung des nationalen Gesetzgebers“ umzuschlagen.<sup>31</sup> Ein Vorgreifen der Judikative auf legislative Gestaltungsspielräume bei der Richtlinienumsetzung oder Beiseiteschieben des eindeutigen Gesetzgeberwillens zum Zweck der richtlinienkonformen Anpassung des nationalen Rechts verlangt das Unionsrecht indes nicht, sieht es für Fälle mangelhafter Umsetzung doch gerade die Sanktionsinstrumente des Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 258 f. AEUV) und der Staatshaftung vor.<sup>32</sup> Jeglicher Regelungsdruck auf den Gesetzgeber ginge außerdem verloren, könnte er bezüglich der Richtlinienumsetzung stets auf die produktiv-gestalterische Rechtsprechungstätigkeit verweisen.<sup>33</sup>

Die damit angesprochene Problematik wurde im Schrifttum bereits sehr ausführlich diskutiert,<sup>34</sup> weshalb vorliegend bloß einige Überlegungen unter Berücksichtigung des Gesetzesvorbehalts anzustellen sind. Dazu wird – in Fortsetzung des rechtsfunktionalen Differenzierungsansatzes – gezeigt, dass die richtlinienkonforme Rechtsgewinnung im Privatrecht regelmäßig eine *regulatorische* und mithin *freiheitsbeschränkende* Dimension aufweist, sodass der Gesetzesvorbehalt (in seiner Ausprägung Eingriffsvorbehalt) Beachtung verlangt (1.). Es bedarf folglich gesetzlicher Anknüpfungspunkte im nationalen Privatrecht, die sich zur gerichtlichen Umsetzung der von der Richtlinie verfolgten Regulierungsziele eignen (2.).

### 1. Regulatorische Prägung richtlinienkonformer Rechtsgewinnung

Aus rechtsfunktionaler Perspektive stellt sich die richtlinienkonforme Rechtsgewinnung regelmäßig als *Regulierung* – im Sinne der vorliegenden Untersuchung<sup>35</sup> – oder genauer: als Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten in Ausrichtung an unionsrechtlichen, durch die jeweilige Richtlinie präzisierten Regulierungszielen dar. Der überwiegend regulatorische Charakter – rührt daher, dass die Europäische Union als „zielorientiertes Handlungssystem“<sup>36</sup> auf die Verfolgung bestimmter übergreifender politischer Gemeinwohlziele ausgerichtet ist,<sup>37</sup> die grob in Art. 3 EUV festgelegt sind und die Unionsorgane wie auch die uni-

<sup>31</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 253 (beide Zitate). Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 912e, warnen davor, dass der „deutschen Gesetzgebung ihre Normsetzungsprärogative abgesprochen“ werde.

<sup>32</sup> Vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 256; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, <sup>12</sup>2022, Rn. 912d.

<sup>33</sup> Zur dabei problematischen Verschränkung von Legislative und Judikative auch Huber, EuR 2021, 696, 715.

<sup>34</sup> Siehe etwa Canaris, in: FS Bydliniski, 2002, S. 47 ff.; Herresthal, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 217 ff.; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 249 ff.

<sup>35</sup> Zur Definition der Regulierungsfunktion § 8; zu ihrer grundrechtlichen Eingriffswirkung § 9 I. 3. und 4.

<sup>36</sup> Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, <sup>6</sup>2022, Art. 3 EUV Rn. 3.

<sup>37</sup> Vgl. Gsell, AcP 214 (2014), 99, 131: [D]er Europäische Gesetzgeber [wird] nach wie vor auf der Grundlage von Kompetenzen tätig, die übergreifende politische und gemeinwohlori-

onspolitisch handelnden Mitgliedstaaten verpflichten.<sup>38</sup> Des Weiteren geht das zielorientierte Unionsrecht von der *funktionalen Äquivalenz* öffentlich- und privatrechtlicher Regulierungsmittel zur Umsetzung seiner Zielvorgaben aus.<sup>39</sup> Dementsprechend verlangen auch zahlreiche Richtlinienvorgaben eine Umsetzung in Form regulatorischer Privatrechtsnormen.<sup>40</sup> Mithin lässt sich das zuvor für das deutsche Privatrecht beobachtete „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zwischen der Interessenausgleichsfunktion und der Regulierungsfunktion<sup>41</sup> für das Unionsrecht nicht ohne Weiteres aufrechterhalten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass im unionsrechtlichen Kontext zum Teil auch solche Normen, denen aus nationaler Perspektive primär eine Interessenausgleichsfunktion zukommt, einen regulatorischen Charakter annehmen können.<sup>42</sup> Entscheidend dafür ist die aus Art. 4 Abs. 3 UA 2 EUV folgende Pflicht zur effektiven Um- und Durchsetzung des Integrationsziels (*effet utile*),<sup>43</sup> die bezogen auf die Rechtsanwendung zum Teil auch im Sinne einer besonderen Form der teleologischen Auslegung verstanden wird.<sup>44</sup>

Allerdings ist im Blick zu behalten, dass die unionsrechtlich geprägte, *regulatorische Rechtsanwendung* – wie im nationalen Kontext auch – aufgrund ihrer überindividuell angelegten Steuerungsintention zur Verfolgung unionsrechtlicher Politikziele in der Regel eine freiheitsbeschränkende Dimension aufweist.<sup>45</sup>

---

enterte Ziele und Aufgaben wie insbesondere die Vollendung des Binnenmarktes verfolgen.“; s.a. *Gsell*, ebd., S. 115.

<sup>38</sup> Zur abschließenden Zielfestlegung in Art. 3 EUV *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 175. Inhaltlich sind die Unionsziele in der Geschichte der Union stark ausgeweitet worden. Ging es ursprünglich fast ausschließlich um ökonomisch ausgerichtete Integration (Stärkung des Binnenmarktes), nehmen nun auch sozial-, umwelt- und kulturpolitische Ziele eine wichtige Rolle ein, vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 62022, Art. 3 EUV Rn. 6. Der Integrationsprozess stellt dabei kein Ziel an sich dar, sondern es geht um die Erreichung bestimmter Ziele *durch Integration*, vgl. *Ruffert*, ebd., Art. 3 EUV Rn. 3 f.; *Hellgardt*, aaO., S. 175 f. (auch zu negativer und positiver Integration).

<sup>39</sup> Dazu *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 187–189 (mit Nachweisen aus der Rspr. des EuGH); s.a. *Hellgardt/Jouannaud*, AcP 222 (2022), 163, 178–181 (am Beispiel unionsrechtlicher Nachhaltigkeitsziele).

<sup>40</sup> *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 190–193.

<sup>41</sup> Siehe dazu unter § 10 II. 2. und IV. 2., § 12 I. 2. a)).

<sup>42</sup> Näher *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 187 f.

<sup>43</sup> Dazu eingehend *Hellgardt*, ebd., S. 178 ff. (am Beispiel des Ziels der Herstellung eines einheitlichen Binnenmarktes).

<sup>44</sup> Dazu mit Vorbehalten *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, Rn. 373 f.; krit. *Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates, 2015, S. 355–357.

<sup>45</sup> Dies wird besonders deutlich, wenn privatrechtliche Mittel als Sanktion zur Abschreckung von Unionsrechtsverstößen eingesetzt werden. Der EuGH postuliert die Pflicht der Mitgliedstaaten, zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit unionsrechtlicher Gebote Sanktionsmechanismen vorzusehen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind (EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Rs. 68/88, ECLI:EU:C:1989:339, Rn. 24 – Kommission/Griechenland). Dabei werden öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Sanktionen als gleichwertig betrachtet (EuGH, Urt. v. 6.10.2021, Rs. C-882/19, ECLI:EU:C2021:800 Rn. 37 f. – Sumal).

Der EuGH nimmt mit Blick auf die Richtlinienumsetzung freilich primär die Begünstigtenperspektive ein und betont, dass es den nationalen Gerichten obliegt, „den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für den Einzelnen aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ergibt, und deren volle Wirkung sicherzustellen“.<sup>46</sup> Die zivilgerichtliche Durchsetzung von Richtlinienzielen geht aber in der Regel zugleich mit einer (unions-)grundrechtlich relevanten Belastung Einzelner in Gestalt der Auferlegung einer Pflicht oder Entziehung eines Rechts einher.<sup>47</sup> Eine entsprechende Belastung *ohne gesetzliche Grundlage* wird nicht allein dadurch zulässig, dass sie zur Stärkung eines durch die Richtlinien verliehenen individuellen Rechts<sup>48</sup> erfolgt.<sup>49</sup> In Konstellationen, in denen sich ein Umsetzungsdefizit von der Judikative nicht methodisch überzeugend überwinden lässt und daraus ein Schaden für die durch die Richtlinie begünstigte Partei entsteht, haftet vielmehr der bei der Umsetzung säumige Staat.<sup>50</sup> Das Umsetzungsver säumnis kann hingegen nicht zulasten Einzelner gehen.<sup>51</sup>

## 2. Erfordernis gesetzlicher Anknüpfungspunkte

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage der zulässigen Reichweite richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung auch unter dem Aspekt des Gesetzesvorbehalts beleuchten. Wie soeben festgestellt, ist die zivilgerichtliche Durchsetzung von Richtlinienzielen unter Belastung Einzelner auf hinreichende

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, Rn. 111 – Pfeiffer.

<sup>47</sup> Zu belastenden bzw. rechtsbeschränkenden Folgen der (Direkt-)Wirkung von Richtlinien im Privatrechtsverhältnis auch *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 911; *Herresthal*, JuS 2014, 289, 293 f.; vgl. mit Bezug auf die (Unions-)Grundrechte auch *Gassner*, in: FS Oppermann, 2001, S. 503, 520–523.

<sup>48</sup> Eingehend zum „individuellen Recht“ als Konzept der Unionsrechtsordnung *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 184 ff., 193 ff. Die Einräumung individueller Rechte wird dabei primär als Mittel zur Verbesserung der unionalen Rechtsdurchsetzung verstanden (*Hellgardt*, ebd., S. 195; s.a. *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, S. 195 ff.). Folglich entspricht es dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot, dass die im Unionsrecht verfolgten Politikziele in möglichst großem Ausmaß individuelle Rechte an Einzelne vermitteln. So haben etwa unionsrechtlich verankerte Schadensersatzansprüche regelmäßig eine regulatorisch-sanktionierende Funktion, indem sie Haftpflichtige ex ante dazu anhalten sollen, unionsrechtliche Vorgaben zu beachten (vgl. *Franck*, aaO., S. 197 ff.; *Hellgardt*, aaO., S. 200). Vgl. dazu im wettbewerbsrechtlichen Kontext etwa EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, Rn. 27 – *Courage*; Urt. v. 6.10.2021, Rs. C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 35 f. – *Sumal*.

<sup>49</sup> Dies betont mit Blick auf die Unionsgrundrechte *Gassner*, in: FS Oppermann, 2001, S. 503, 522 f. Nach dem unionsrechtlichen „Normtypenvorbehalt“ sollen nur Verordnungen, nicht aber Richtlinien unmittelbare Eingriffsbefugnisse enthalten dürfen (*Gassner*, ebd. S. 520).

<sup>50</sup> Zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch näher unter § 9 V. 2. d) bb) (2).

<sup>51</sup> Vgl. *Gassner*, in: FS Oppermann, 2001, S. 503, 524 f.

gesetzliche Grundlagen angewiesen. Anders als Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Primärrecht bieten Richtlinien selbst, sofern sie nicht vollständig im nationalen Recht umgesetzt wurden, keine taugliche Grundlage, um einen Privatrechtsstreit unter Verfolgung des Richtlinienziels zulasten einer Partei zu entscheiden. Wenn infolge nicht fristgerechter oder unvollständiger Richtlinienumsetzung ihre unmittelbare Wirkung angenommen wird, gilt dies nicht im Horizontalverhältnis zwischen Privaten, sondern bloß zugunsten Einzelner im Vertikalverhältnis zum Staat.<sup>52</sup> Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung verläuft oftmals nah an der Grenze zur Herstellung einer de facto Horizontalwirkung,<sup>53</sup> darf diese aber nicht überschreiten, weil Einzelne bei Richtlinien darauf vertrauen dürfen, erst infolge eines nationalen Umsetzungsakts belastet zu werden.<sup>54</sup>

Es bedarf folglich gesetzlicher Anknüpfungspunkte im nationalen Recht, die sich zur Mediatisierung einer nicht fristgemäß oder unvollständig umgesetzten Richtlinie eignen bzw. für das in der Richtlinie verfolgte Ziel empfänglich sind. In der bereits verwendeten Terminologie der regulatorischen Rechtsdogmatik geht es um die gerichtliche Konkretisierung bzw. Schaffung von *Regulierungsinstrumenten* innerhalb der Spielräume des nationalen Rechts, während das – normhierarchisch höherrangige – *Regulierungsziel* der Richtlinie zu entnehmen ist.<sup>55</sup> Insofern erscheint es in methodischer Hinsicht sinnvoll, den *Unionsgesetzgeberwillen* einzubeziehen und nicht primär den (hypothetischen) Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers zu bemühen, sofern dieser nirgends Ausdruck gefunden hat.<sup>56</sup> Maßgeblich ist der nationale Gesetzgeberwillen aber dann, wenn er mit dem Telos der Richtlinien eindeutig unvereinbar ist<sup>57</sup> oder ein spezifisches Umsetzungskonzept erkennen lässt, das von der Richtlinie abweicht bzw. sich zur Umsetzung des Richtlinienziels als völlig untauglich erweist. Dann muss das Gericht von einer richtlinienkonformen Korrektur oder Anpassung absehen, um eine Bevormundung des nationalen Gesetzgebers<sup>58</sup> und eine undurchsichtige

<sup>52</sup> Vgl. zur EuGH-Rspr. die Nachweise oben, § 13 Fn. 24; s.a. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 62022, Art. 288 AEUV Rn. 58; *Jarass*, NJW 1991, 2665, 2666; *Röthel*, ZEuP 2009, 34, 41; *Herresthal*, JuS 2014, 289, 293.

<sup>53</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 52023, S. 456 Rn. 54.

<sup>54</sup> Vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 62022, Art. 288 AEUV Rn. 62 (m.w.N.).

<sup>55</sup> Insofern stellt sich die richtlinienbezogene Ermittlung von Regulierungszielen als unbedenklicher dar als die „freie“ gerichtliche Schöpfung von Regulierungszielen. Denn es wird – ähnlich wie bei der Berücksichtigung verfassungsrechtlich verankerter Regulierungsziele – auf ein „höherrangiges“ Ziel des Unionsrechtsgesetzgebers Bezug genommen, der ebenfalls demokratisch legitimiert ist; dazu ähnlich *Herresthal*, JuS 2014, 289, 291.

<sup>56</sup> Krit. zur Heranziehung des Umsetzungswillens des Gesetzgebers *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 254–259; *Canaris*, in: FS Bydlinki, 2002, S. 47, 49–51; *Schürrenbrand*, JZ 2007, 910, 913 f.; *Herresthal*, JuS 2014, 289, 293; *Huber*, EuR 2021, 696, 708–710.

<sup>57</sup> *Herresthal*, JuS 2014, 289, 291 f.; zur Grenze des unzulässigen contra-*legem*-Judizierens näher *Canaris*, in: FS Bydlinki, 2002, S. 47, 70 f., 91 ff.; s.a. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, 122022, Rn. 769.

<sup>58</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 276.

Rechtslage infolge von Überlagerungen nationaler Rechtsquellen durch die richtlinienbezogene richterliche Regelbildung zu vermeiden.<sup>59</sup>

Entscheidend ist, ob das nationale Recht Normen bereithält, die sich unter Ausschöpfung methodischer Spielräume zur Verfolgung der Richtlinienziele eignen, wobei nicht nur die spezifisch zur Umsetzung einer Richtlinie erlassenen Vorschriften, sondern „das gesamte nationale Recht“<sup>60</sup> zu berücksichtigen ist. Bezüglich der methodischen Anforderungen kann auch auf obige Ausführungen zur gerichtlichen Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten verwiesen werden, insbesondere zur Umsetzung verfassungsrechtlich vorgegebener Regulierungsziele.<sup>61</sup> Ähnlich wie bei der verfassungskonformen Auslegung ist bei Anwendung der klassischen Auslegungskriterien von einer „interpretatorischen Vorrangregel“ zugunsten der Auslegungsmethode auszugehen, welche zur Förderung des Richtlinienziels führt.<sup>62</sup> Eröffnen die nationalen Normen Interpretations- bzw. Konkretisierungsspielräume, sind diese im Sinne des in der Richtlinie verfolgten Ziels auszunutzen.<sup>63</sup> In methodischer Hinsicht ist dabei eine Unterscheidung zwischen Konstellationen, in denen der nationale Gesetzgeber die Richtlinie umgesetzt hat und solchen, in denen eine Umsetzung der Richtlinie fehlt und die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, sinnvoll.<sup>64</sup>

Im Fall der Umsetzung dient zuvörderst der spezifisch zur Umsetzung geschaffene Normbestand als Grundlagen zur Umsetzung des Richtlinienziels. Spielraum für richterliche Konkretisierung können dabei insbesondere bewusste Lücken sowie Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe bieten.<sup>65</sup> Ge-

<sup>59</sup> Vgl. dazu *Huber*, EuR 2021, 696, 718: „Die Rechtsunterworfenen wären also dazu gezwungen, eine „Collage“ aus nationalem Recht und Richtlinie als Rechtsquelle zu konsultieren.“; nach *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 914 wäre eine „quasi-unmittelbare Wirkung“ dem „Grundsatz der Klarheit der Rechtsordnung in hohem Maße abträglich“. Auch der EuGH verlangt, dass die Rechtslage infolge der Umsetzung einer Richtlinie, insbesondere wenn diese darauf abzielt, Einzelnen Rechte einzuräumen, „hinreichend bestimmt und klar“ sein muss (EuGH, Urt. v. 9.9.1999, Rs. C-217/97, ECLI:EU:C:1999:395, Rn. 31 f. – Kommission/ Deutschland).

<sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 5.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, Rn. 115 – Pfeiffer.

<sup>61</sup> Dazu unter § 12 II. 5.; zu Parallelen zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Auslegung *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 253 f.; *Herresthal*, JuS 2014, 289 (auch zu Unterschieden, ebd., S. 296 f.).

<sup>62</sup> *Canaris*, in: FS Bydliniski, 2002, S. 47, 68 ff.; *Herresthal*, JuS 2014, 289, 291; a.A. *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 283 f., der allein darauf abstellt, dass das richtlinienkonforme *Auslegungsergebnis* Vorrang beansprucht, während die (nationalen) Auslegungskriterien unverändert bleiben.

<sup>63</sup> Der EuGH verlangt, dass die Gerichte Richtlinienvorgaben „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums“ des nationalen Rechts berücksichtigen, vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, ECLI:EU:C:1984:153, Rn. 28 – van Colson; Urt. v. 15.4.2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, Rn. 101 – Impact.

<sup>64</sup> So überzeugend *Canaris*, in: FS Bydliniski, 2002, S. 47, 87 ff.

<sup>65</sup> Näher zur Differenzierung der legislativen Delegationstechniken unter § 12 III. 2. b).

richte können dabei in *subjektiv-teleologischer* Auslegung auf den Regelungsplan des nationalen Gesetzgebers abstellen, der die Richtlinie mit der Umsetzung in der Regel „in seinen Willen aufgenommen und in das nationale Recht integriert“ hat.<sup>66</sup> Über die Wortsinngrenze hinaus kann auch eine Ausfüllung unbewusster Lücken, verstanden als „planwidrige Unvollständigkeit“ des legislativen Umsetzungsprogramms,<sup>67</sup> mittels Analogie oder teleologischer Extension oder Reduktion zulässig sein.<sup>68</sup> Einen Grenzfall stellt beispielsweise die Quelle-Entscheidung<sup>69</sup> des BGH dar, weil sich hier zwar der konkrete Wille des Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Regelung schaffen zu wollen, nachweisen ließ, die einschlägige nationale Regelung jedoch nach sämtlichen Auslegungskriterien – einschließlich des ausdrücklichen Willens des deutsche Gesetzgebers – keine unionsrechtskonforme Interpretation zuließ.<sup>70</sup> Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke und Vornahme einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion war hier dennoch vertretbar, weil der BGH aufzeigen konnte, dass der Gesetzgeber konkret beabsichtigte, die Richtlinie mit der betreffenden Norm korrekt umzusetzen.<sup>71</sup> Es handelte sich mithin nicht um eine unzulässige „rechtspolitische Korrektur“ einer bestimmten gesetzgeberischen Entscheidung unter bloßem Verweis auf einen „allgemeinen“ Konformitätswille des Gesetzgebers.

Eine harte Grenze besteht hingegen, wenn die systematische und subjektiv-teleologische Auslegung des legislativen Umsetzungsprogramms ergibt, dass der Gesetzgeber die Richtlinie in bestimmter Hinsicht bewusst nicht umgesetzt hat oder wenn er ein bestimmtes Umsetzungskonzept gewählt hat, das sich als untauglich erweist und nicht durch kleinere Modifizierungen anpassen lässt.<sup>72</sup> In solchen Fällen bleibt – wie bereits erwähnt – eine „Bevormundung“ des nationalen Gesetzgebers durch die Judikative im Wege (politischer) Korrekturen oder

<sup>66</sup> *Canaris*, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47, 85. Allerdings ist zu beachten, dass der Gesetzgeber bei Umsetzung der Richtlinie ein eigenes Regelungsgebäude entwickelt, das nicht *zwingend* mit den Richtlinienvorgaben deckungsgleich ist. Insofern kann nicht pauschal auf die Richtlinie als objektiv-rechtliches Prinzip abgestellt werden, sondern die konkrete gesetzgeberische Umsetzung ist maßgeblich. Vgl. dazu *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 913 (mit Kritik zu *Canaris*' Ansatz)

<sup>67</sup> Näher *Canaris*, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47, 82 f.

<sup>68</sup> Zur Wirkungsweise der Richtlinie bei der Lückenfüllung näher *Canaris*, ebd., S. 89 f.

<sup>69</sup> BGHZ 179, 27; im Anschluss an EuGH, Urt. v. 17.4.2008, Rs. C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231 – Quelle.

<sup>70</sup> Es ging um die aus § 439 Abs. 4 BGB (a.F.) i.V.m § 346 Abs. 1 BGB folgende Verpflichtung des Verbrauchers zu Nutzungersatz nach Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs in Gestalt der Ersatzlieferung. Der deutsche Gesetzgeber ging (irrtümlich) von der Konformität der Regelung mit der Verbrauchsgüterkauf-RL (RL 1999/44/EG) aus (vgl. dazu unter Bezug auf die Gesetzesbegründung BGHZ 179, 27, 35 f.). Die Problematik wurde durch die Einführung von § 474 Abs. 5 S. 1 BGB (a.F.) bzw. § 475 Abs. 3 S. 1 BGB (n.F.) beseitigt, der den Nutzungersatz beim Verbrauchsgüterkauf ausschließt; dazu *Lorenz*, in: MünchKomm. BGB, <sup>8</sup>2019, § 474 Rn. 3.

<sup>71</sup> BGHZ 179, 27, 35 f.; krit. dazu *Lorenz*, in: MünchKomm. BGB, <sup>8</sup>2019, § 474 Rn. 5.

<sup>72</sup> *Canaris*, in: FS Bydlinski, 2002, S. 47, 85–87.

durch Ersetzung eines Regelungskonzepts ausgeschlossen.<sup>73</sup> Vor diesem Hintergrund stellt die Weber/Putz-Entscheidung<sup>74</sup> des BGH (in Teilen) eine Kompetenzübertretung dar, weil hier der eindeutige Wortlaut der nationalen Regelung<sup>75</sup> sowie die Regelungsintention des Gesetzgebers einer richtlinienkonformen Lösung entgegenstanden, vom BGH aber unter bloßem Verweis auf das gesetzgeberische „Grundanliegen, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie [...] ordnungsgemäß umzusetzen“<sup>76</sup>, überspielt wurden.<sup>77</sup> Der Nachweis, dass der nationale Gesetzgeber davon ausging, die Richtlinie mit der konkreten Norm korrekt umzusetzen, konnte hier gerade nicht erbracht werden.

Eine andere methodische Ausgangslage ist gegeben, wenn eine Richtlinie nicht umgesetzt wurde und die Umsetzungsfrist abgelaufen ist. In diesem Fall kann nicht auf einen (hypothetischen) Umsetzungsplan des Gesetzgebers abgestellt werden, sodass die *subjektiv-teleologische* Auslegung zur richtlinienkonformen Konkretisierung des nationalen Rechts wenig zielführend ist. Es erscheint dann aber – eingedenk des Gebots der Richtlinienumsetzung (Art. 288 Abs. 3 EUV) und der effektiven Wirksamkeit des Unionsrechts (Art. 4 Abs. 3 EUV) – trotzdem zulässig, das in der Richtlinie verfolgte Ziel als normhierarchisch höherrangigen Steuerungsmaßstab bei der Auslegung zu berücksichtigen, es sei denn der Gesetzgeber hat zum Ausdruck gebracht, die Richtlinie nicht umsetzen zu wollen, sodass dieses „beredte Schweigen“ von der Judikative zu

<sup>73</sup> Eine Ausnahme ist auch dann nicht geboten, wenn der Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Richtlinienumsetzung infolge sehr konkreter Vorgaben „auf Null“ reduziert ist (so auch *Huber*, EuR 2021, 696, 717f.). In solchen Konstellationen würden Gerichte zwar nicht die Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers beanspruchen, es drohte aber eine Überlagerung nationaler Normen und Richtlinienvorgaben zulasten der Rechtsklarheit. Zudem widerspräche eine solche Ausnahme der gefestigten EuGH-Rspr. zur Ablehnung einer unmittelbaren Horizontalwirkung von Richtlinien. Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch und das Vertragsverletzungsverfahren bieten auch in diesem Fall geeignete Sanktionsinstrumente. Vgl. zur ähnlich gelagerten Frage der Reichweite von Befugnissen der Zivilgerichte zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben (insb. grundrechtlicher Schutzpflichten) unter § 9 V. 2. c) dd).

<sup>74</sup> BGHZ 192, 148; im Anschluss an EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Rs. C-65/09, ECLI:EU:C:2011:396 – *Weber/Putz*.

<sup>75</sup> Es ging u.a. um § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB (a.F.) (Einrede der Unverhältnismäßigkeit), wonach auch bei Verbrauchsgüterkäufen beide Arten der Nacherfüllung im Fall eines unverhältnismäßigen Kostenaufwands verweigert werden konnten (sog. absolute Unverhältnismäßigkeit), was gegen die Verbrauchsgüterkauf-RL verstieß. Seit dem 1.1.2018 schloss daher § 475 Abs. 4 S. 1 BGB (a.F.) einen vollständigen Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit aus. Da inzwischen Art. 13 Abs. 3 der Warenkauf-RL (RL [EU] 2019/771) dem Verkäufer gestattet, die Nacherfüllung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit insgesamt zu verweigern, wurde § 475 Abs. 4 S. 1 BGB mit Wirkung vom 1.1.2022 wieder aufgehoben.

<sup>76</sup> BGHZ 192, 148, 162 f. (Rn. 33).

<sup>77</sup> Krit. zur richtlinienkonformen teleologischen Reduktion von § 439 Abs. 3 S. 3 BGB (a.F.) durch den BGH *Lorenz*, in: MünchKomm. BGB, § 2019, § 474 Rn. 3 und 5; *ders.*, NJW 2011, 2241, 2244; *Kaiser*, JZ 2013, 346, 347.

beachten ist. Grundsätzlich kann die Richtlinie als „objektiv-teleologisches Kriterium“ bei Auslegung der nationalen Vorschriften einbezogen werden.<sup>78</sup> Dazu eignen sich insbesondere Generalklauseln (z.B. §§ 138 Abs. 1, 242, 307 Abs. 1, 314 Abs. 1, 817, 826 BGB) und Verweisungsnormen (§§ 134, 823 Abs. 2 BGB).<sup>79</sup> Auch bewusste Lücken, mittels derer der Rechtsprechung die Klärung bestimmter Fragen überlassen wird, bieten Raum zur Berücksichtigung von Richtlinienvorgaben, wenn sie im entsprechenden Regelungsbereich verortet sind. Als Grenze ist die Systematik des engeren Regelungsumfelds zu beachten, in dem der Sachverhalt spielt und die infolge der richtlinienkonformen Konkretisierung nicht mit erheblicher Inkohärenz belastet werden darf.<sup>80</sup> Beispielsweise kann vom grundlegenden Verschuldensprinzip des deutschen Haftungsrechts durch unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 823, 253 Abs. 1 BGB nicht abgewichen werden, wenn keine spezifische gesetzliche Grundlage für eine entsprechende Gefährdungshaftung vorliegt, selbst wenn eine verschuldensunabhängige Sanktion dem unionsrechtlichen Regulierungsanliegen entspräche.<sup>81</sup> Bei präziseren Normen kann etwa der eindeutige Wortlaut oder ein von den Richtlinienvorgaben klar abweichender Willen des nationalen Gesetzgebers entgegenstehen.<sup>82</sup>

Abschließend bleibt zu konstatieren, dass die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung in der Praxis inzwischen etabliert und vom BVerfG anerkannt ist, welches die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gleichermaßen und unabhängig davon überprüft, ob das anzuwendende

<sup>78</sup> Vgl. *Canaris*, in: FS Bydliński, 2002, S. 47, 87, der „der Richtlinie in Fortentwicklung der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung den Rang eines für die Rechtsprechung bindenden objektiv-teleologischen Kriteriums“ zuerkennt.

<sup>79</sup> Vgl. *Canaris*, ebd., S. 71 ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 465 Rn. 86.

<sup>81</sup> Vgl. dazu BAG NJW 1996, 2529, 2533 im Kontext der Frage nach einem Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung (gem. §§ 823 Abs. 1, 847 BGB; nun: §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 1 BGB) eines aufgrund einer unionsrechtswidrigen, geschlechtsbezogenen Quotenregelung benachteiligten Bewerbers. Das BAG führt dazu aus (ebd., S. 2533): „Dies [d.h. Zweifel, ob das Unionsrechts nicht eine verschuldensunabhängige Sanktion einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung verlangt] ändert aber nichts daran, daß es zum Zeitpunkt der hier zu beurteilenden Diskriminierung an einer gesetzlichen Grundlage fehlte, die diesen Anforderungen genügen könnte. Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der §§ 823 Abs. 1, 847 BGB, wonach in Fällen der Diskriminierung auf ein Verschulden zu verzichten wäre, ist nicht möglich.“; dazu zustimmend *Möllers*, Juristische Methodenlehre, <sup>5</sup>2023, S. 465 Rn. 86. Siehe zur Ablehnung einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung ohne spezifische Rechtsgrundlage im nationalen Recht jüngst auch BGH Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, BeckRS 2023, 15117, Rn. 36 f. (zur Haftung von Fahrzeugherstellern infolge des Verkaufs eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung i.S.v. Art. 5 VO [EG] Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs).

<sup>82</sup> *Herresthal*, JuS 2014, 289, 291 f. (relativierend bei fehlender Aktualität oder unbewusstem Abweichen des Gesetzgeberwillens); nähere Ausführungen zu den Grenzen bei *Canaris*, in: FS Bydliński, 2002, S. 47, 91 ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 272 ff.; *Schürmbrand*, JZ 2007, 910 ff.

einfache nationale Recht der Umsetzung einer Richtlinie dient oder nicht.<sup>83</sup> Der BGH nimmt die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung – unter Bezug auf die vom EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) vorgegebene Auslegung des Unionsrechts selbstbewusst vor<sup>84</sup> und reizt dabei zum Teil die methodischen und kompetenziellen Grenzen aus.<sup>85</sup> Grundsätzlich respektiert das Gericht aber die *contra legem*-Grenze bzw. die aus dem Rechtsstaats-, Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip folgenden Grenzen richterlicher Kompetenz zur Umsetzung von Richtlinienvorgaben im nationalen Recht.<sup>86</sup> Allgemein gilt, dass die richterliche Ausfüllung methodischer Spielräume zur Umsetzung von Richtlinienzielen nicht zu – aus der Perspektive verständiger Normadressaten – völlig *überraschenden* Belastungen führen darf, etwa infolge einer Verkehrung des Wortsinns einer Norm oder starken Abweichung von einer klaren Regelungssystematik.<sup>87</sup> In solchen Fällen unzulässiger Rechtsfortbildung (*contra legem*) wird regelmäßig auch ein Verstoß gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes oder des Rückwirkungsverbots vorliegen, die der EuGH als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfortbildung des nationalen Rechts anerkennt<sup>88</sup> und die auch im rechtsstaatlichen Gehalt des Gesetzesvorbehalts verankert sind. Nationale Gerichte müssen auch – dem Stufencharakter des Gesetzesvorbehalts gemäß – die (Grundrechts-)Intensität der Belastung, die mit der Umsetzung von Richtlinienzielen mittels Rechtsfortbildung für eine Partei einhergeht, im Blick haben. Besonders intensive Belastungen gebieten eine engere Gesetzesbindung und stärkere Gewichtung des Vertrauensschutzes. Methodische Spielräume sind folglich enger zu handhaben und ihre Ausfüllung ist besonders sorgfältig zu begründen. Auf der anderen Seite kann aber auch das unionsprimärrechtliche und möglicherweise zugleich verfassungsrechtliche Gewicht der durch die Richtlinie gestärkten (Schutz-)Position Berücksichtigung finden.<sup>89</sup>

<sup>83</sup> BVerfG NJW 2012, 669, 670 f.

<sup>84</sup> Grundlegend BGHZ 179, 27, 34 ff. (Quelle); s.a. BGHZ 192, 148, 158 ff. (Weber/Putz); 201, 101, 108 ff. (Widerruf von Lebensversicherungen).

<sup>85</sup> Krit. zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in BGHZ 179, 27 (Quelle) und BGHZ 192, 148 (Weber/Putz) Lorenz, in: MünchKomm. BGB, §2019, §474 Rn. 3 und 5.

<sup>86</sup> Vgl. BGHZ 207, 209, 225 ff. (Kostensteigerung des Energieversorgers); s.a. BGH NJW 2020, 148 Rn. 20 ff. (Widerruf von Verbraucherdarlehen); BGH NJW 2021, 1008 Rn. 25 ff. (Unionswidrige Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche); dazu auch Möllers, Juristische Methodenlehre, §2023, S. 464 f.

<sup>87</sup> Vgl. Herresthal, JuS 2014, 289, 294 (auch mit Bezug auf das Vertrauensschutzprinzip); s.a. Huber, EuR 2021, 696 ff. (am Bsp. der BGH-Entscheidung „Cookie-Einwilligung II“, BGH NJW 2020, 2540).

<sup>88</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 4.7.2006, Rs. C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, Rn. 110 – Adeneler; diese Grenzen betont auch Möllers, Juristische Methodenlehre, §2023, S. 464; zu Anforderungen des Vertrauensschutzes an richtlinienkonforme Rechtsfortbildung auch BVerfG NJW 2012, 669, 672.

<sup>89</sup> Steht eine nationale Bestimmung mit einem *allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts* im Widerspruch, dem auch das in der Richtlinie verfolgte Ziel Rechnung trägt, muss das Gericht direkt auf diesen abstellen und dessen Anwendungsvorrang verwirklichen, vgl. EuGH, Urt. v.

## Schluss: Zusammenfassung der Kernaussagen

### *I. Grundlagen des Gesetzesvorbehalts (1. Teil)*

Der allgemeine Gesetzesvorbehalt erfüllt als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz, der maßgeblich durch die Wesentlichkeitstheorie des BVerfG geprägt wurde, verschiedene verfassungsrechtliche Funktionen. Die bereits in den historischen Ursprüngen des Grundsatzes verankerte *demokratische* und *rechtsstaatliche* Funktion wird von der Verfassungsrechtsprechung vor allem um eine *funktionell-gewaltenteilungsbezogene* Perspektive ergänzt, die auf die organspezifische Eignung zu bestimmten Entscheidungen abstellt.<sup>1</sup>

Im Grundgesetz speziell geregelte Gesetzesvorbehalte, insbesondere die Grundrechtsvorbehalte, aber auch der strafrechtliche Gesetzesvorbehalt (Art. 103 Abs. 2 GG) und der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG) lassen sich als *Ausprägungen* bzw. *Konkretisierungen* des allgemeinen Vorbehalts begreifen.<sup>2</sup> Als konkrete verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte sind sie für die Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes essenziell.

Als Kompetenznorm fordert der Gesetzesvorbehalt für bestimmte, auch als *wesentlich* bezeichnete Fragen eine formell-gesetzliche Grundlage und entfaltet in zwei Stoßrichtungen Wirkung: Zum einen verlangt er eine formell-gesetzliche Grundlage für staatliches Handeln und fungiert in Ermangelung einer solchen als *Kompetenzgrenze*; zum anderen hält er den Gesetzgeber im Sinne einer Delegationsgrenze zur Wahrung einer gewissen *Regelungsdichte* an.<sup>3</sup>

Das Wesentlichkeitskriterium knüpft primär an die *Grundrechtsrelevanz* einer Regelung an, kann aber auch weitere Kriterien (z.B. politische Wichtigkeit bzw. Umstrittenheit, Größe des Adressatenkreises, Gemeinwohlbezug) einbeziehen.<sup>4</sup>

Der Gesetzesvorbehalt begründet kein Entscheidungsmonopol des Parlaments, sondern weist einen *variablen Maßstab* bzw. *Stufencharakter* auf. Danach können auch wesentliche Entscheidungen – je nach Grundrechtsintensität und

---

22.11.2005, Rs. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74 ff. – Mangold (zu einem Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung).

<sup>1</sup> Zur historischen Herleitung § 3, S. 31 ff.; zur Entwicklung der Wesentlichkeitstheorie § 4, S. 59 ff.

<sup>2</sup> Zu den Grundrechtsvorbehalten § 4 I. 2., S. 62 ff.; zu Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG § 4 II. 3. d), S. 79 f.

<sup>3</sup> § 4 II. 1., S. 68 f.; s.a. § 2 III. 1., S. 24 f.

<sup>4</sup> § 4 II. 3., S. 71 ff.; zur Freiheits- und Eigentumsklausel § 3 II. 3. a), S. 40 ff.; zum Gemeinwohlbezug als Indiz für Wesentlichkeit § 10, S. 311 ff.

gesellschaftlicher Tragweite – partiell an andere Entscheidungsträger delegiert werden, solange der Entscheidungskern beim Gesetzgeber verbleibt.<sup>5</sup> Gerade in Regelungsbereichen, die auf flexible Anpassung angewiesen und gesetzlicher Regelung schwer zugänglich sind, ist die Delegation konkretisierender Regelbildung auf die rechtsanwendenden Instanzen – etwa mittels Generalklauseln – zulässig.<sup>6</sup>

## II. Anwendbarkeit des Gesetzesvorbehalts auf die Judikative im Allgemeinen (2. Teil)

Die Übertragung der Vorbehaltslehre auf die Judikative ist eingedenk ihrer traditionellen Ausrichtung gegenüber der (monarchischen) Exekutive rechtfertigungsbedürftig, wenn auch vereinzelt bereits im historischen Kontext von ihrer Geltung für die Judikative ausgegangen wurde.<sup>7</sup> In jedem Fall müssen Überlegungen zur Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung beachten, dass dadurch Kernfunktionen der Rechtsprechung – zuvörderst ihr Auftrag zur letztverbindlichen Streitentscheidung – nicht behindert werden dürfen.<sup>8</sup>

1. Nach Funktion und Struktur ist der Gesetzesvorbehalt (in Ausprägung der Wesentlichkeitsdoktrin) auf die Rechtsprechung übertragbar, denn Gerichte können als Träger staatlicher Gewalt Recht in wesentlichen, namentlich grundrechtsintensiven Fragen konkretisieren, gestalterisch ergänzen und neu entwickeln.<sup>9</sup> Folglich kann sowohl die demokratische als auch die rechtsstaatliche Vorbehaltsfunktion gegenüber der Rechtsprechung eine sinnvolle Begrenzungswirkung entfalten. Dies gilt umso mehr, je stärker Gerichte eine aktiv-rechtsgestaltende Rolle einnehmen.

a) Bezüglich der demokratischen Vorbehaltsfunktion ist maßgeblich, dass die demokratische Legitimation der Rechtsprechung in *organisatorisch-personeller* Hinsicht prekär ist und primär auf der *sachlich-inhaltlichen* Rückbindung an das Parlamentsgesetz beruht.<sup>10</sup> Zudem bezweckt der Gesetzesvorbehalt auch einen *Regelungsdruck* für den Gesetzgeber, dem dieser sich nicht unter Verweis auf richterliche Rechtsfortbildung entziehen können soll. Daher kann auch der Gedanke, das demokratische Legitimationsniveau bleibe aufgrund der Rückholkompetenz des Gesetzgebers gegenüber Richterrecht ohnehin stets gewahrt, nicht gänzlich überzeugen.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> § 6 III. 2., S. 136 f.

<sup>6</sup> Zur flexiblen Handhabung der Wesentlichkeitstheorie durch das BVerfG § 4 II. 3. c) und d), S. 75 ff.

<sup>7</sup> Zu den Ausführungen *O. Mayers* zur Justizgewalt § 3 II. 3. d) cc), S. 54 f.

<sup>8</sup> Zur Vereinbarkeit der Vorbehaltsgeltung mit Funktionen der Rechtsprechung § 6, S. 109 ff.

<sup>9</sup> § 5 I. und II., S. 91 ff.

<sup>10</sup> § 5 II. 1., S. 98 ff.

<sup>11</sup> § 5 II. 3., S. 103 ff.

b) In rechtstaatlicher und grundrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass Gesetznormen eine höhere Berechenbarkeit bzw. Rechtssicherheit vermitteln als richterliche Regelbildung, die keine *normative* Bindungswirkung gegenüber anderen Gerichten entfaltet. Allerdings ist zu beachten, dass eine gefestigte (höchstrichterliche) Rechtsprechung und Fallgruppenbildung aufgrund ihrer *faktischen* Bindungswirkung durchaus auch ein hohes Maß an Rechtssicherheit, das rechtsstaatlichen Anforderungen genügt, gewährleisten kann.<sup>12</sup>

c) Aus funktionell-gewaltenteilungsbezogener Perspektive ist entscheidend, dass die Eigenschaften des *parlamentarischen Entscheidungsverfahrens* (insb. Öffentlichkeit, pluralistische Willensbildung unter Oppositionsbeteiligung) bei der Behandlung bestimmter Fragen wichtige Vorzüge gegenüber dem gerichtlichen Entscheidungsprozess aufweist.<sup>13</sup> Auch die *Gesetzesform*, die durch Stabilität und einen abstrakt-generellen Regelungsansatz ein hohes Maß an Rechtssicherheit sowie eine hohe Steuerungskapazität vermittelt, weist funktionale Vorteile auf.

2. Ein an die Judikative adressierter Gesetzesvorbehalt ist mit verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Funktion der Rechtsprechung vereinbar. Die oftmals gegen einen an die (Privat-)Rechtsprechung adressierten Gesetzesvorbehalt angeführten Grundsätze der *richterlichen Entscheidungspflicht* bzw. des *Rechtsverweigerungsverbots* weisen bloß einen Minimalgehalt auf und ermächtigen Gerichte in Ermangelung gesetzlicher Vorgaben nicht zu einer ermessensgeleiteten Regelbildung. Sie stehen folglich auch der Anwendung des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze nicht entgegen.<sup>14</sup> Eine differenzierende, d.h. nicht generell als strikte Auslegungs- und Rechtsfortbildungsgrenze verstandene Anwendung des Gesetzesvorbehalts ist folglich mit den Kernfunktionen der Rechtsprechung zu vereinbaren.<sup>15</sup> Beispiele aus der Rechtsprechung des BGH belegen, dass der Gesetzesvorbehalt als Grenze richterlicher Rechtserzeugung bereits Berücksichtigung findet, ohne verfassungsrechtliche Verwerfungen hervorzurufen.<sup>16</sup>

Die Konsequenz der Vorbehaltsgeltung für die Rechtsprechung kann in privatrechtlichen Streitigkeiten darin bestehen, dass in Konstellationen, in denen das klägerische Begehren, welches sich auf *keinerlei gesetzliche Grundlage* stützen lässt, abzuweisen ist. Damit geht nicht zwingend eine systematische „Privilegierung des Angreifers“ im Privatrechtsstreit einher, wie zum Teil angenommen

---

<sup>12</sup> § 6 II. 1. (zur richterlichen Entscheidungspflicht), S. 119; s.a. § 9 III. 4. a) bb) (zum gerichtlichen Interessenausgleich), S. 224 f.

<sup>13</sup> § 4 II. 3. d), S. 78 ff.

<sup>14</sup> § 6 II., S. 114 ff.

<sup>15</sup> Zum limitierten Einschränkungspotenzial des Gesetzesvorbehalts für die Rechtsprechung § 6 III., S. 134 ff.

<sup>16</sup> § 7 II., S. 156 ff.; siehe aber zu Kritik an der Handhabung des Gesetzesvorbehalts als Rechtsfortbildungsgrenze im Privatrecht nach Maßgabe des Scheinvater-Beschlusses des BVerfG § 1 II., S. 7 ff.

wird, sondern die Zweifelsregel der Klageabweisung kann in manchen Konstellationen ebenso der „schwächeren“ Partei dienlich sein und weist in puncto Rechtssicherheit Vorzüge auf.<sup>17</sup> Sofern grundrechtliche Schutzpflichten betroffen sind, die eine bestimmte staatliche Schutzmaßnahme gebieten, sind außerdem besondere Maßstäbe zu beachten.<sup>18</sup>

### III. Differenzierender Ansatz zur Anwendung im Privatrecht anhand einer rechtsfunktionalen Betrachtung (3. Teil)

Das Privatrecht nimmt mit Blick auf die Frage der Geltung des Gesetzesvorbehalts für die Gesetzgebung (in Form einer Regelungspflicht) und die Zivilrechtssprechung (in Form einer Kompetenzgrenze) keine Sonderrolle ein, ähnlich wie auch die Grundrechtsbindung der Legislative und Judikative im Privatrecht keine Sonderbehandlung erfährt (Art. 1 Abs. 3 GG).<sup>19</sup> Insbesondere lässt sich die Relevanz des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht nicht generell mit der Erwägung abtun, letzterem komme ausschließlich eine interessenausgleichende und freiheitsverwirklichende Funktion, nicht aber die einer „gemeinwohlorientierten Sanktion“ zu, sodass der machtbegrenzende und grundrechtsschützende Gehalt des Gesetzesvorbehalts hier keinerlei Relevanz habe. Dabei bliebe unbeachtet, dass Privatrecht durchaus gezielt als Steuerungsinstrument zu Verfolgung staatlicher Gemeinwohlziele eingesetzt werden kann und insofern ähnlichen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen unterunterliegt wie öffentlich-rechtliche Regulierung.

1. Vor diesem Hintergrund erscheint – anstelle einer „Alles-oder-nichts“-Lösung – ein *differenzierender Ansatz* sinnvoll, der unter Beachtung der rechtsstaatlichen, demokratischen und funktionell-gewaltenteilungsbezogenen Funktion des Gesetzesvorbehalts darauf abstellt, in welchen Konstellationen privatrechtliche Regelungen eine regulatorische Funktion erfüllen und daher in besonderem Maße auf *gesetzliche Determinierung* angewiesen sind, sodass autonome richterliche Rechtserzeugung unzulässig erscheint.<sup>20</sup>

2. Als rechtstheoretische Grundlage für die differenzierende Anwendung des Gesetzesvorbehalts im Privatrecht eignet sich eine *rechtsfunktionale Betrachtung* des einfachen Rechts. Die Erwägung dabei ist, dass sich Verbindungslinien zwischen unterschiedlichen Rechtsfunktionen und dem Anforderungsprofil des Gesetzesvorbehalts ziehen lassen. In dieser Untersuchung wurden als zentrale Rechtsfunktionen, die auch (nicht exklusiv) das Privatrecht erfüllt, die *Regulierungsfunktion* sowie – gewissermaßen als Gegenpol – die *Interessen ausgleichsfunktion* und die *Infrastrukturfunktion* des einfachen Rechts unterschieden.<sup>21</sup> Zur

<sup>17</sup> § 6 II. 2., S. 120 ff.

<sup>18</sup> § 9 V., S. 267 ff.

<sup>19</sup> Zur (unklaren) Anwendungspraxis des BVerfG § 7 I., S. 149 ff.; zur Austauschbarkeit von Eingriffsmodalitäten § 7 I. 2., S. 152 ff.

<sup>20</sup> § 6 V., S. 147 f.

<sup>21</sup> Zu dieser mit Blick auf das Privatrecht von A. Hellgardt geprägten Differenzierung § 8, S. 167 ff.

Abgrenzung ist auf die schwerpunktmäßige Intention staatlichen Handelns abzustellen und die dominierende Rechtsfunktion zu bestimmen.

a) Diese Rechtsfunktionen wurden zunächst auf ihre *Grundrechtsrelevanz* untersucht. *Regulierung*, verstanden als der Einsatz staatlichen Rechts mit einer verhaltenssteuernden Intention zur Verfolgung politischer Gemeinwohlziele, operiert im *zweipoligen Grundrechtsverhältnis* (Staat-Bürger) und entfaltet unabhängig davon, ob sie mittels öffentlich- oder privatrechtlicher Regelung erfolgt, eine grundrechtsbegrenzende Wirkung.<sup>22</sup> Der Gesetzesvorbehalt findet hier daher in seiner klassischen Ausprägung als *Eingriffsvorbehalt* Anwendung.<sup>23</sup> Dies gilt auch, wenn Privatrecht zu regulatorischen Zwecken eingesetzt wird und wenn Zivilgerichte mit regulatorischer Intention Recht konkretisieren bzw. fortbilden. Zielt eine Zivilgerichtsentscheidung beispielsweise darauf ab, durch den Ausschluss jeglicher Bereicherungsansprüche des vorleistenden Schwarzarbeiters gem. § 817 S. 2 BGB eine möglichst starke Abschreckungswirkung (über den Einzelfall hinaus) zu erreichen, muss es diese „allgemeinwohlorientierte Sanktion“ besonders gründlich (im Sinne einer *verstärkten Gesetzesbindung*) an ein legislatives Regulierungsziel zurückbinden.<sup>24</sup>

b) Demgegenüber erfolgen der privatrechtliche Interessenausgleich und die Bereitstellung privatrechtlicher Infrastruktur typischerweise im *mehrpolygonen Grundrechtsverhältnis* (Bürger-Staat-Bürger). Hier geht es in der Regel nicht um finale staatliche Verhaltenssteuerung zur Erreichung bestimmter Gemeinwohlziele, sondern der Staat handelt (bzw. wird beansprucht), um einen ausgewogenen Ausgleich individueller Interessen herzustellen oder privatrechtliche Rahmenbedingungen bzw. Erleichterungen zur individuellen Freiheitsentfaltung zu schaffen. Diese Rechtsfunktionen lassen sich grundrechtsdogmatisch dem Bereich der *Grundrechtsausgestaltung* zuordnen.<sup>25</sup> Der Gesetzesvorbehalt verlangt hier folglich bloß in seiner schwächeren Ausprägung als *Ausgestaltungsvorbehalt* Beachtung. Zivilgerichte sind daher gerade im Rahmen des Interessenausgleichs verstärkt zu eigenständiger Regelbildung befugt. Dies wurde unter Vornahme einer Binnendifferenzierung zwischen Ausgestaltung im engeren Sinn (Infrastrukturgewährleistung) und im weiteren Sinn (Interessenausgleich) anhand von Beispielen erläutert.<sup>26</sup> Geht es etwa um die Konkretisierung vertraglicher Nebenpflichten (z.B. Schönheitsreparaturen im Mietrecht) oder um die Feingestaltung

---

<sup>22</sup> § 9 I. 2., 3. und 4., S. 179 ff.

<sup>23</sup> Zum Konnex zwischen Eingriffsvorbehalt und grundrechtlicher Abwehrfunktion § 9 I. 1., S. 176 ff.

<sup>24</sup> Zu diesem Beispiel § 9 I. 4. a), S. 187 f.; § 12 I. 2. a), S. 375 f.; § 12 III. 1. a), S. 413.

<sup>25</sup> Allgemein zur Ausgestaltungsdogmatik § 9 III. 1., S. 197 ff.; spezifisch zu dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Ausgestaltungverständnis § 9 III. 2., 3. und 4., S. 201 ff.

<sup>26</sup> § 9 III. 4. a), S. 212 ff., zum Interessenausgleich (Ausgestaltung i.w.S.); § 9 III. 4. b), S. 235 ff. zur Infrastrukturfunktion (Ausgestaltung i.e.S.).

intern-organisatorischer Verfahrensfragen im Gesellschaftsrecht (Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit) besteht größerer Freiraum für richterliche Regelbildung. Die Grundrechte setzen dabei einen äußeren Ausgestaltungsrahmen und privatrechtliche Leitprinzipien bieten gefestigte Grundlagen für die richterliche Rechtserzeugung.

c) Eine Sonderstellung nimmt die privatrechtliche Erfüllung *grundrechtlicher Schutzpflichten* ein, die sich – anders als bisweilen angenommen – nicht generell zur Beschreibung der Grundrechtswirkung im Privatrecht eignen.<sup>27</sup> Die Erfüllung von Schutzpflichten weist in der Regel sowohl ein Leistungs- als auch ein Eingriffselement auf, sodass der Gesetzesvorbehalt (in seiner Ausprägung als Ausgestaltungs- und Eingriffsvorbehalt) Beachtung verlangt.<sup>28</sup> Das Bedürfnis nach effektivem, flexiblem Grundrechtsschutz kann eine Abschwächung des Erfordernisses gesetzlicher Grundlagen rechtfertigen. Zivilgerichte müssen die gesetzgeberische Prärogative zur Schutzausgestaltung aber wahren und können legislative Schutzregelungen bloß (subsidiär) konkretisieren.<sup>29</sup> Bei defizitären gesetzlichen Schutzgrundlagen kommt eine Aktivierung des Gesetzgebers (mittels einer konkreten Normenkontrolle oder einer Verfassungsbeschwerde gegen legislatives Unterlassen) in Betracht; in Sonderfällen ist auch eine „Notkompetenz“ der Zivilgerichte oder eine Staatshaftung aufgrund legislativen Unterlassens anzudenken.<sup>30</sup>

d) Der zu Beginn der Untersuchung analysierte Scheinvater-Beschluss des BVerfG erscheint insofern bedenklich, als er eine strenge Anwendung des Gesetzesvorbehalts in einer Konstellation des (reinen) privatrechtlichen Interessenausgleichs suggeriert.<sup>31</sup> Der hier vertretene differenzierende Ansatz geht hingegen davon aus, dass Zivilgerichte, soweit sie sich auf die Herstellung eines individuellen Interessenausgleichs im konkreten Rechtsstreit konzentrieren, große Spielräume zur flexiblen, einzelfallbezogenen Regelbildung – etwa auf der Basis von Generalklauseln wie § 242 BGB und unter Berücksichtigung privatrechtlicher Leitprinzipien – haben und nicht zwingend auf gesetzliche (Detail-)Vorgaben angewiesen sind.<sup>32</sup> Die Anwendung eines strengen „Eingriffsvorbehalts“ beschränkt die zivilgerichtliche Flexibilität beim Interessenausgleichs hingegen in bedenklicher Weise, weil sie die Möglichkeit einer einzelfallbezogenen Abwägung zwischen kollidierenden privaten Interessen stark begrenzt.

3. Auch mit Blick auf das demokratische und das funktionell-gewaltenteilungsbezogene Fundament des Gesetzesvorbehalts erscheint es sinnvoll, diesen primär im Bereich *privatrechtlicher Regulierung* zu beachten. Für das Erfordernis

<sup>27</sup> Zur Eingrenzung der Schutzpflichtendogmatik, insb. in Abgrenzung zum Interessenausgleich, § 9 IV., S. 250 ff.

<sup>28</sup> § 9 V. 1., S. 269 ff.; zur rechtsfunktionalen Perspektive § 9 V. 2. a), S. 279 ff.

<sup>29</sup> § 9 V. 2., S. 277 ff.

<sup>30</sup> § 9 V. 2. c) und d), S. 289 ff.

<sup>31</sup> § 1 II., S. 7 ff.

<sup>32</sup> § 9 III. 4. a), S. 213 ff.

gesetzlicher Grundlagen spricht – verbunden mit der starken Grundrechtsrelevanz – der spezifische *Gemeinwohlbezug* von Regulierung, der sich unter das Wesentlichkeitskriterium fassen lässt.<sup>33</sup> Die *Gemeinwohldefinitions*kompetenz liegt im demokratischen Rechtsstaat primär beim Gesetzgeber, der die von Rechts wegen zu verfolgenden öffentlichen Interessen (als Regulierungsziele) zumindest in Grundzügen selbst bestimmen muss. Dazu ist der öffentliche und pluralistische parlamentarische Willensbildungsprozess auch in besonderer Weise geeignet. Auch aufgrund des starken *Prognoseelements* von Regulierung und des Bedürfnisses nach *übergreifenden Regulierungsstrategien* sind Zivilgerichte nur eingeschränkt in der Lage, abseits gesetzlicher Grundlagen Regulierungsinstrumente zu entwickeln.<sup>34</sup> Sie können allerdings *Feinststeuerungen* auf Basis eines groben gesetzlichen Steuerungskonzepts vornehmen.

#### IV. Konsequenzen der Vorbehaltsgeltung für regulatorisches Privatrecht (4. Teil)

Die Anwendung des Gesetzesvorbehalts auf die Rechtsprechung schließt eine „arbeitsteilige“ Rechtserzeugung durch Gesetzgebung und Gerichte nicht aus. Es ist vielmehr von einem *Zusammenspiel* zwischen Gesetzesvorbehalt und Gesetzesbindung in dem Sinn auszugehen, dass die Vorbehaltsgeltung zu einer *graduellen Verstärkung der Gesetzesbindung* bei richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung führen kann.<sup>35</sup> In Fortsetzung des differenzierenden Ansatzes wurden die dogmatischen Konsequenzen des Gesetzesvorbehalts primär für den Bereich des *regulatorischen Privatrechts* untersucht, wo dieser in seiner Ausprägung als Eingriffsvorbehalt Relevanz hat. Dabei wurde, eingedenk der zwei Stoßrichtungen des Gesetzesvorbehalts (legislative Regelungspflicht; Kompetenzgrenze für die Rechtsanwendungsorgane), sowohl die Gesetzgebungs- als auch die Rechtsprechungsperspektive eingenommen.<sup>36</sup> Ausgehend vom Ansatz einer regulatorischen Rechtsdogmatik (für das Privatrecht) wurde schematisch zwischen der Bestimmung von *Regulierungszielen* und *Regulierungsinstrumenten* differenziert.<sup>37</sup>

1. Für die legislative Regelungstechnik im Bereich regulatorischen Privatrechts folgen aus dem Gesetzesvorbehalt keine exakten Vorgaben, sondern bloß grobe Orientierungslinien.<sup>38</sup> *Regulierungsziele*, die mittels Privatrecht verfolgt werden sollen, sind möglichst konkret zu fassen und im Gesetz oder in der Gesetzesbegründung zu verankern, insbesondere dann, wenn sie in einem Regelungsgebiet des Privatrechts neu oder fremdartig erscheinen (z.B. Klimaschutz-

<sup>33</sup> § 10, S. 311 ff.

<sup>34</sup> § 10 III., S. 327 ff.

<sup>35</sup> Zu diesem Zusammenspiel § 6 III. 2. bis 4., S. 137 ff.; § 12, S. 371 ff.

<sup>36</sup> Zur Verschränkung von Gesetzgebungs- und Rechtsprechungslehre 4. Teil, § 11 (jeweils einleitend), S. 341 f., 343 f.

<sup>37</sup> Zu diesen von A. Hellgardt übernommenen Begrifflichkeiten § 11 II. und III., S. 347 ff., S. 361 ff.

<sup>38</sup> § 11 I., S. 345 ff.

ziele im Miet-, Nachbar- oder Gesellschaftsrecht).<sup>39</sup> Hinsichtlich der erforderlichen Regelungsdichte bei der Gestaltung von *Regulierungsinstrumenten* ist primär deren Grundrechtsintensität zu beachten. Zu ihrer Beurteilung kann insbesondere an die anhand spezieller Grundrechte entwickelte *Stufentheorie* des BVerfG sowie an die Stärke der intendierten *Präventions-* bzw. *Abschreckungswirkung* einer Regelung angeknüpft werden.<sup>40</sup> Allgemein darf und soll der Gesetzgeber bei der Gestaltung von Delegationsnormen zu Regulierungszwecken die Auslegungs- bzw. Konkretisierungsleistung der Zivilgerichte berücksichtigen.

2. Mit Blick auf die Zivilgerichte wurde versucht, das methodische Anforderungsprofil für regulatorische Rechtsanwendung unter Einbezug des Gesetzesvorbehalts zu schärfen. Das richterliche Vorgehen wurde dazu in drei Arbeitsschritte untergliedert: die rechtsfunktionale Grobeinordnung des einschlägigen Normprogramms (1); sofern ein regulatorischer Schwerpunkt zu erkennen ist: die Ermittlung eines konkreten Regulierungsziels (2); die Auslegung bzw. Konkretisierung der einschlägigen Normen in Orientierung am Regulierungsziel (3).<sup>41</sup>

a) Der Gesetzesvorbehalt weist die Befugnis zur Bestimmung politischer Gemeinwohlziele, die von Rechts wegen zu verfolgen sind, allein dem Gesetzgeber zu, sodass Zivilgerichte nicht berechtigt sind, *eigenständig* Regulierungsziele zu schöpfen.<sup>42</sup> Daraus folgt, dass die Ermittlung von Regulierungszielen mittels grammatischer, systematischer und subjektiv-teleologischer Auslegung erfolgen darf, nicht aber unter bloßem Bezug auf allgemeine Rechtsprinzipien im Wege objektiv-teleologischer Auslegung.<sup>43</sup> Der Einbezug verfassungsrechtlich vorgegebener Regulierungsziele (sog. absolute öffentliche Interessen) rechtfertigt größere methodische Spielräume.<sup>44</sup> Ähnliches gilt für unionsrechtlich vorgegebene Regulierungsziele, insbesondere im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung.<sup>45</sup>

b) Spielraum für die Konkretisierung von *Regulierungsinstrumenten*, verstanden als gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen zur Durchsetzung von Regulierungszielen, bieten im Privatrecht insbesondere *Generalklauseln* und *bewusste Lücken*, mittels derer der Gesetzgeber die Aufgabe regulatorischer Feinsteuerung auf die Privatrechtsprechung delegieren kann.<sup>46</sup> Dabei dürfen Zivilgerichte auch Folgerwägungen anstellen, um zwischen mehreren Entscheidungsalternativen

<sup>39</sup> § 11 II., S. 347 ff.; zum normtechnischen Einbezug von Regulierungszielen, insb. Zulässigkeit finaler und konditionaler Regelungstechniken § 11 II. 2., S. 352 ff.

<sup>40</sup> § 11 III., S. 361 ff.

<sup>41</sup> § 12, S. 371 ff.

<sup>42</sup> § 12 II. 1., S. 373 ff. (mit Beispielen zur Überschreitung der richterlichen Kompetenzgrenzen).

<sup>43</sup> § 12 II. 2. und 3., S. 382 ff.; näher zu methodischen Spielräumen und Grenzen § 12 II. 4., S. 399 ff.

<sup>44</sup> § 12 II. 5., S. 408 ff.

<sup>45</sup> § 13, S. 450 ff.

<sup>46</sup> § 12 III. 2. b), S. 423 ff.

die regulatorisch sinnvollste auszuwählen.<sup>47</sup> Delegationsnormen sind primär als Verweis auf innerrechtliche Maßstäbe zu begreifen, die die Zivilgerichte bei der Konkretisierung identifizieren müssen. Insofern lassen sich auch Parallelen zur Konkretisierung von Gemeinwohlklauseln in der verwaltungsrechtlichen Rechtsanwendung ziehen.<sup>48</sup> Nach dem Stufencharakter des Gesetzesvorbehalts ist stets die Relation zwischen regulatorischer Intensität und erforderlicher Regelungsdichte zu beachten. Neuschöpfungen, Verschärfungen sowie grundlegende Modifizierungen privatrechtlicher Regulierungsinstrumente auf der Basis von Generalklauseln sind unzulässig.<sup>49</sup>

c) Die Geltung des Gesetzesvorbehalts im Bereich regulatorischer Rechtsanwendung drängt zu einem erhöhten *Legitimations-* bzw. *Argumentationsaufwand* seitens der Gerichte. Sie müssen die Herleitung von Regulierungszielen und Konkretisierung von Regulierungsinstrumenten in den Entscheidungsgründen offenlegen. Insbesondere ist darzulegen, inwiefern eine in regulatorischer Intention konkretisierte Fallnorm gerade zur Förderung des identifizierten legislativen Regulierungsziels beitragen soll (Mittel-Zweck-Rationalität).<sup>50</sup>

#### V. Schlussbemerkung

In dieser Untersuchung wurde ein Ansatz zur differenzierenden Handhabung des Gesetzesvorbehalts als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht entwickelt. Es handelt sich dabei nicht um ein trennscharfes Konzept, welches stets eindeutige Aussagen zu kompetenziellen Grenzen richterlicher Rechtserzeugung im Privatrecht liefert. Der Ansatz bietet aber eine sinnvolle verfassungsrechtliche Ergänzung – oder zumindest Denkanstöße – zum oftmals rein methodisch geführten Diskurs um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht. So eröffnet das beschriebene Zusammenspiel zwischen Gesetzesvorbehalt und Gesetzesbindung eine neue verfassungsrechtliche Perspektive auf privatrechtliche Methodenfragen, die insbesondere die Grundrechtsintensität und Gemeinwohlrelevanz richterlicher Rechtserzeugung im Privatrecht einbezieht und mit dem Erfordernis gesetzlicher Grundlagen verbindet. Auch für die gesetzgeberische Normgestaltung im Bereich regulatorischen Privatrechts sind dem Gesetzesvorbehalt grobe Orientierungslinien zu entnehmen.

Der hier entwickelte, nach (Privat-)Rechtsfunktionen (Regulierungs-, Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion) differenzierende Ansatz zur Anwendung des Gesetzesvorbehalts steht in Einklang mit dem variablen Anforderungsprofil bzw. Stufencharakter der Wesentlichkeitsdoktrin. Skizziert man

---

<sup>47</sup> § 12 III. 1., S. 411 ff.

<sup>48</sup> § 10 I. 3., S. 319 ff. (zum verwaltungsrechtlichen Diskurs zur Gemeinwohlkonkretisierung); zu Bezügen zur behördlichen Ausübung des Verwaltungsermessens § 12 III. 2. d), S. 436 ff.

<sup>49</sup> § 12 III. 2. c), S. 428 ff.; unter Einbezug der Ermessensfehlerlehre § 12 III. 2. d), S. 436 ff.

<sup>50</sup> § 12 IV., S. 443 ff.

rechtsordnungsübergreifend eine – stark vereinfachende – Intensitätsskala, die primär die Grundrechtsrelevanz staatlicher Maßnahmen und zugleich die erforderliche gesetzliche Regelungsdichte abbildet, finden sich am oberen Ende strafrechtliche Sanktionen, im mittleren Bereich öffentlich-rechtliche Regulierung in Gestalt verwaltungsrechtlichen Eingriffshandelns, auf ähnlicher Höhe regulatorisches Privatrecht (z.B. in Form zwingenden Vertragsrechts oder regulatorischen Schadensersatzes) und am unteren Ende die reine Leistungsverwaltung sowie das interessenausgleichende und Infrastruktur gewährleistende Privatrecht. Teilausschnitte dieser Skala wurden in der vorliegenden Untersuchung mit Blick auf das Kompetenzgefüge zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung näher beleuchtet.

## Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert*, Probleme der Funktionenlehre, München 1970.
- Ackermann, Thomas*, Das bürgerliche Recht in der bundesstaatlichen Ordnung, JZ 2021, S. 7–15.
- Adolff, Johannes/Tieves, Johannes*, Über den rechten Umgang mit einem entschlossenen Gesetzgeber: Die aktienrechtliche Lösung des BGH für den Rückzug von der Börse, BB 2003, S. 797–805.
- Adomeit, Klaus*, Antike Denker über den Staat, 3. Aufl., Heidelberg 2001.
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt am Main 1983.
- , Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main 1994.
- Alleweldt, Ralf*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006.
- Anschütz, Gerhard*, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl., Tübingen/Leipzig 1901.
- , Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 – Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Berlin 1933.
- Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik – Griechisch – Deutsch, übersetzt von: *Gigon, Olof*, 2. Aufl., Düsseldorf 2007.
- Arnold, Stefan*, Vertrag und Verteilung – Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Tübingen 2014.
- Auer, Marietta*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit – Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- , Methodenkritik und Interessenjurisprudenz – Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008, S. 517–533.
- , Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds, AcP 208 (2008), S. 584–634.
- , Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014.
- , Der Rückzug von der Börse als Methodenproblem, JZ 2015, S. 71–79.
- Augsberg, Steffen*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft – Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, Berlin 2003.
- Bachmann, Gregor*, Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006.
- Bachof, Otto*, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S. 334–342.
- , Diskussionsbeitrag, VVDStRL 24 (1966), S. 224–228.
- Badura, Peter*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 24 (1966), S. 210–214.
- Baer, Susanne*, Rechtssoziologie – Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Bar, Christian von*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. 2 – Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999.

- Barczack, Tristan*, Richterrecht – Vervollkommnung des Rechtsstaats oder Verkehrung in einen Richterstaat?, *Ad Legendum* 2016, S. 101–108.
- Barkow, Rachel E.*, More Supreme than Court – The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, *Columbia Law Review* 102 (2002), S. 237–336.
- Barth, Rainer*, Richterliche Rechtsfortbildung im Steuerrecht, Berlin 1996.
- Bauer, Franz*, Entscheidungsspielräume in Verwaltung und Rechtsprechung, *Rescriptum* 2014, S. 98–101.
- , Historical Arguments, Dynamic Interpretation, and Objectivity: Reconciling Three Conflicting Concepts in Legal Reasoning, in: Bender, Philip M. (Hrsg.), *The law between objectivity and power*, Baden-Baden 2022, S. 111–144.
- Bauer, Hartmut Möllers, Christoph*, Die Rechtschreibreform vor dem Bundesverfassungsgericht, *JZ* 1999, S. 697–702.
- Beccaria, Cesare*, *Dei delitti e delle pene*, Bologna 2009 [1764].
- Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. bis 23.8.1948, in: *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle*, Bd. 2, Boppard am Rhein 1981.
- Bethge, Herbert*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977.
- , Der Grundrechtseingriff, *VVDStRL* 57 (1998), S. 7–56.
- Beuthien, Volker*, Zur Grundlagenungewissheit des deutschen Gesellschaftsrechts, *NJW* 2005, S. 855–860.
- Biaggini, Giovanni*, Verfassung und Richterrecht – Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991.
- Bien, Günther*, Gerechtigkeit bei Aristoteles (V), in: Höffe, Otfried (Hrsg.), *Aristoteles: Nikomachische Ethik*, 4. Aufl., Berlin/Boston 2018, S. 105–128.
- Black, Julia*, Critical Reflections on Regulation, *Austl. J. Leg. Phil.* 27 (2002), S. 1–35.
- , Constitutionalising Regulatory Governance Systems, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2021, S. 1–29.
- Blaesing, Heiner*, Grundrechtskollisionen, Bochum 1974.
- Bleckmann, Albert*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln u.a. 1997.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt – Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, 2. Aufl., Berlin 1981.
- , Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), S. 1–31.
- , Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), S. 165–192.
- , §24 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat*, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zit. *Böckenförde*, in: *HStR*, Bd. II).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang/Grawert, Rolf*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, *AöR* 95 (1970), S. 1–37.
- Böhm, Franz*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17 (1966), S. 75–151.
- Börstinghaus, Ulf* (Hrsg.), *Schmidt-Futterer – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 15. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: *Schmidt-Futterer, Mietrecht*).
- Britz, Gabriele*, Prozedurale Lösung von Grundrechtskollisionen durch „Grundrechtliches Vorverfahren“, *Der Staat* 42 (2003), S. 35–60.

- Brodführer, Michael*, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, Baden-Baden 2010.
- Bruns, Alexander*, Zivilrichterliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung, JZ 2014, S. 162–171.
- Bruns, Jan*, Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge, NJW 2019, S. 801–805.
- Bullinger, Martin*, Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, S. 1001–1008.
- Bülow, Oskar von*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
- Bumke, Christian*, Der Grundrechtsvorbehalt – Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998.
- , Der Gesetzesvorbehalt heute, BDVR Rundschreiben 2004, S. 76–82.
  - , Ausgestaltung von Grundrechten – Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, Tübingen 2009.
  - , Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 1–31.
  - , Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 33–47.
  - , Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 144 (2019), S. 1–80.
- Bydlinski, Franz*, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), S. 319–351.
- , Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien 2011.
- Bydlinski, Franz/Bydlinski, Peter*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Aufl., Wien 2012.
- Calliess, Christian*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verhältnis, JZ 2006, S. 321–330.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 6. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983.
- , Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201–246.
  - , Verstöße gegen das Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993–1004.
  - , Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München 1997.
  - , Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz; stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin u.a. 1999.
  - , Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit – Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, S. 47–103 (zit. *Canaris*, in: FS Bydlinski).
  - , Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem, ZGR 2004, S. 69–125.
- Chatzinerantzis, Alexandros/Appel, Markus*, Haftung für den Klimawandel, NJW 2019, S. 881–886.

- Classen, Claus Dieter*, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 65–107.
- , Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, JZ 2003, S. 693–748.
- Clérico, Laura*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Baden-Baden 2001.
- Cornils, Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte – Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005.
- Cremer, Wolfram*, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt – Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 248–267.
- , Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, Tübingen 2004.
- Croon-Gestefeld, Johanna*, § 823 Abs. 1 BGB: Die Rahmenrechte, Jura 2016, S. 1374–1379.
- , Gemeininteressen im Privatrecht – Eine Betrachtung der privatrechtlichen Leiterzahlung, Tübingen 2022.
- Dannecker, Gerhard*, Das intertemporale Strafrecht, Tübingen 1993.
- Danwitz, Thomas von*, Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur, Der Staat 35 (1996), S. 329–350.
- Däubler, Wolfgang/Beck, Thorsten* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Mit Entgelttransparenzgesetz, Berliner LADG : Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Däubler/Beck [Hrsg.], AGG).
- Deckert, Martina Renate*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995.
- Di Fabio, Udo*, § 27 Gewaltenteilung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zit. *Di Fabio*, in: HStR, Bd. II).
- Diederichsen, Uwe*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht. Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 171–260.
- Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 [Hrsg.], Erfurter Komm. zum Arbeitsrecht).
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013 (auch Bd. 2, 3. Aufl. 2015; Bd. 3, 3. Aufl. 2018) (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier, GG).
- Dürig, Günther/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H.* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Stand 102. EL 2023, München (zit. *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG).
- Durner, Wolfgang*, Fernmeldegeheimnis und informationelle Selbstbestimmung als Schranken urheberrechtlicher Sperrverfügungen im Internet?, ZUM 2010, S. 833–846.
- Düwel, Martin*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen – Zu einem Kooperationsverhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2000.
- Eberle, Carl-Eugen*, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, S. 485–493.
- Eckhoff, Rolf*, Der Grundrechtseingriff, Köln u.a. 1992.
- Ehrich, Christian*, Die Bedeutung der Wesentlichkeitstheorie im Arbeitskampfrecht, DB 1993, S. 1237–1239.
- Ehrlich, Eugen*, Die juristische Logik, 2. Aufl., Tübingen 1925.
- Eifert, Martin*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), S. 286–329.
- , § 19 Regulierungsstrategien, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022 [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts).
- Engel, Christoph*, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln – Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überlegungen am Beispiel des Haftungsrechts, JZ 1995, S. 213–219.

- , Offene Gemeinwohldefinitionen, *Rechtstheorie* 32 (2001), S. 23–52.
- , Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots. Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in: Brugger, Winfried/Kirste, Stephan/Anderheiden, Michael (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden 2002, S. 103–172.
- , Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, *Rechtspolitisches Forum* 29 (2005), S. 1–40.
- Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.
- , Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963.
- Esser, Hartmut*, Soziologie – Allgemeine Grundlagen, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1999.
- Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1972.
- Favoreu, Louis*, Du déni de justice en droit public français, Paris 1965.
- Fervers, Matthias/Gsell, Beate*, Vorteilsausgleich und Nutzungsvorteil bei manipulierten Dieselfahrzeugen, *NJW* 2020, S. 1393–1398.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, Gießen 1801.
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, Tübingen 1977.
- Fikentscher, Wolfgang/Hacker, Philipp/Podszun, Rupprecht*, FairEconomy – Crises, Culture, Competition and the Role of Law, Berlin, Heidelberg 2013.
- Fischer, Christian*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, Tübingen 2007.
- Fleischer, Holger*, Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: Von „Holzmüller“ zu „Gelatine“, *NJW* 2004, S. 2335–2339.
- , Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, *AcP* 211 (2011), S. 317–351.
- , Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, *DStR* 2021, S. 430–439.
- , Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, *DB* 2022, S. 37–45.
- Fleischer, Holger/Wedemann, Frauke*, Kodifikation und Derogation von Richterrecht: Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht, *AcP* 209 (2009), S. 597–627.
- Flume, Werner*, Richter und Recht – Gutachten K, Verhandlungen des 46. deutschen Juristentages 1967.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 – Die Personengesellschaft, Berlin 1977.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin 1992.
- Forsthoff, Ernst*, Der Staat der Industriegesellschaft – Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München 1971.
- Franck, Jens-Uwe*, Verbot der Aufrechnung gegen Forderungen auf Kartellschadensersatz, *BB* 2009, S. 1935–1939.
- , Marktordnung durch Haftung – Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, Tübingen 2016.
- Franzen, Martin/Thüsing, Georg/Waldhoff, Christian*, Ein Gesetzesentwurf zur Regelung des Arbeitskampfs im Bereich der Daseinsvorsorge, *ZG* 2012, S. 349–373.
- Frieling, Tino*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers – Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, Tübingen 2017.
- Fuchs, Dieter*, Gemeinwohl und Demokratieprinzip, in: Schuppert, Gunnar Folke/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, Berlin 2002, S. 87–106.

- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Verfassungsfragen zivilrechtliche Klagen zur Durchsetzung von Klimaschutzziele, EurUP 2022, S. 45–73.
- Gartz, Henrik*, Begründungspflicht des Gesetzgebers, Baden-Baden 2015.
- Gassner, Ulrich M.*, Richtlinien mit Doppelwirkung, in: Classen, Claus Dieter/Dittmann, Armin u.a. (Hrsg.), „In einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen ...“ – Liber amicorum Thomas Oppermann, Berlin 2001, S. 503–529 (zit. *Gassner*, in: FS Oppermann).
- Gaul, Hans Friedhelm*, Lex commissoria und Sicherungsübereignung – Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübereignung, AcP 168 (1968), S. 351–382.
- Gellermann, Martin*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande – Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000.
- Grabitz, Eberhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568–616.
- Graf von Kielmansegg, Sebastian*, Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, S. 19–23.
- Graser, Alexander*, Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann, RW 10 (2019), S. 317–353.
- Grigoleit, Hans Christoph*, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Jes-taedt, Matthias (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, S. 51–78.
- , Begründungslinien der Legalitätsverantwortung im Kapitalgesellschaftsrecht, in: Bolele-Woelki, Katharina/Faust, Florian/Jacobs, Matthias (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Bd. 2, 2019, S. 367–390 (zit. *Grigoleit*, in: FS K. Schmidt, Bd. 2).
- (Hrsg.), Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Grigoleit, AktG).
- Grimm, Dieter*, Recht und Politik, JuS 1969, S. 501–510.
- , Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, S. 38–54.
- Grzeszick, Bernd*, Anspruch, Leistungen und Grenzen steuerwissenschaftlicher Ansätze für das geltende Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 42 (2009), S. 105–120.
- , Notwendigkeit und Grundzüge eines Staatshaftungsgesetzes, ZRP 2015, S. 162–166.
- , Anmerkung BVerfG, Kammerbeschluss v. 20.11.2020 – 2 BvR 477/17, JZ 2021, S. 146–149.
- Gsell, Beate*, Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, AcP 214 (2014), S. 99–150.
- , Miete und Recht auf Klimaschutz, NZM 2022, S. 481–489.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar, Stand: 1.2.2024, München (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOGK).
- Gusy, Christoph*, Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, S. 189–194.
- , Richterrecht und Grundgesetz, DÖV 1992, S. 461–470.
- Häberle, Peter*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem – Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, Bad Homburg 1970.
- , Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43–141.
- , Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, JZ 1975, S. 297–305.
- , Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum Institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., Heidelberg 1983.
- Habersack, Mathias*, Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macrotron und Gelatine, AG 2005, S. 137–149.

- , Anmerkung zu BGH JZ 2014, 145 (Frosta), JZ 2014, S. 147.
- , Anmerkung zu BGH NJW 1982, 1703 (Holzmüller), NJW 2017, S. 3084.
- Hager, Johannes*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373–383.
- Halter, Ulrich/Mayer, Franz/Möllers, Christoph*, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit, Die Verwaltung 30 (1997), S. 51–74.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus*, The concept of law, 2. Aufl., Oxford 1994.
- Hasemer, Winfried*, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, 213.
- , Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, S. 1–10.
- Häublein, Martin*, Eigenbedarf und eigenbedarfsähnliche Kündigungsgründe, WuM 2014, S. 635–641.
- Heck, Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1–318.
- , Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- , Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
- , Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932.
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.
- Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm. UWG).
- Heese, Michael*, Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge, NJW 2019, S. 257–263.
- , Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge?, VuR 2019, S. 123–130.
- , Regulierung durch Kaufrecht, AcP 222 (2022), S. 703–735.
- Hell, Patrick*, Grundsatzfragen der Ausgestaltung der nichtfinanziellen Unternehmenspublizität, EuZW 2018, S. 1015–1020.
- Hellgardt, Alexander*, Regulierung und Privatrecht – Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.
- , Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, S. 901–910.
- , Regelungsziele im Privatrecht, in: Möslin, Florian (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, Tübingen 2019, S. 121–135.
- , Die Schadensersatzhaftung für Datenschutzverstöße im System des unionalen Haftungsrechts, ZEuP 2022, S. 7–43.
- , Krisenbewältigung und Vertragsrecht, AcP 223 (2023), S. 234–343.
- Hellgardt, Alexander/Jouannaud, Victor*, Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht, AcP 222 (2022), S. 163–216.
- Hensche, Martin*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik, Baden-Baden 1998.
- Herdegen, Matthias*, Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, S. 747–751.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Tübingen 1995.
- Hermes, Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
- , Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDS<sub>t</sub>RL 61 (2002), S. 119–154.
- Herresthal, Carsten*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen – Methoden, Kompetenzen, Grenzen dargestellt am Beispiel des Privatrechts, München 2006.

- , Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, S. 289–298.
- Herzog, Roman*, Gesetzgeber und Gerichte, in: Brandt, Willy/Gollwitzer, Helmut/Friedrich, Henschel (Hrsg.), Ein Richter, ein Bürger, ein Christ: Festschrift für Helmut Simon, Nomos 1987, S. 103–112 (zit. *Herzog*, in: FS Simon).
- Heyman, Steven J.*, Aristotle on Political Justice, Iowa Law Review 851 (1992), S. 851–863.
- Hilf, Meinhard/Classen, Kai-Dieter*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Recht der Europäischen Union, in: Osterloh, Lerke/Schmidt, Karsten/Weber, Hermann (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung – Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 71–91 (zit. *Hilf/Classen*, FS Selmer).
- Hillgruber, Christian*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, AcP 191 (1991), S. 69–86.
- , Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118–125.
- , Neue Methodik – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, S. 745–755.
- , § 200 Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit. *Hillgruber*, in: HStR, Bd. IX).
- , § 201 Grundrechtsschranken, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit. *Hillgruber*, in: HStR, Bd. IX).
- Hirsch, Günther*, Zwischenruf – Der Richter wird’s schon richten, ZRP 2006, S. 161.
- Hodge, Patrick*, The Scope of Judicial Law-Making in the Common Law Tradition, Ra-belsZ 84 (2020), S. 211–227.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261–336.
- , Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch – Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), S. 5–70.
- , Innovation und Recht – Recht und Innovation – Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016.
- Höfling, Wolfram*, Vertragsfreiheit – Eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991.
- Hofmann, Hasso*, Verfassungsrechtliche Annäherung an den Begriff des Gemeinwohls, in: Fischer, Karsten/Münkler, Herfried (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht – Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Berlin 2002, S. 25–41.
- Hohfeld, Wesley Newcomb*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 23 (1913), S. 16–59.
- Hommelhoff, Peter*, Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, NZG 2015, S. 1329–1336.
- , Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution übers Bilanzrecht, in: Bork, Reinhard/Kayser, Godehard/Kebekus, Frank (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 291–299 (zit. *Hommelhoff*, in: FS Kübler).
- Höpfner, Clemens*, Die systemkonforme Auslegung – Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen 2008.
- , Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, S. 321–337.

- Hopt, Klaus J.*, Finale Regelungen, Experiment und Datenverarbeitung in Recht und Gesetzgebung, JZ 1972, S. 65–75.
- , Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, S. 341–349.
- (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch – Kommentar*, 42. Aufl., München 2023 (zit. *Bearbeiter*, in: Hopt, HGB).
- Horn, Hans-Detlef*, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung – Zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz, Tübingen 1999.
- Huber, Christopher*, Wortlaut und „Wille des Gesetzgebers“ im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung – Zu den nationalen contra-*legem*-Grenzen bei der richtlinienkonformen Interpretation beurteilt anhand der Entscheidung *Cookie-Einwilligung II* des BGH vom 28.5.2020, I ZR 7/16, EuR 2021, S. 696–720.
- Huber, Ernst Rudolf*, Die Einheit von Staatsgewalt, DJZ 39 (1934), S. 950–960.
- , *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1 – Reform und Restauration 1789 bis 1830, Stuttgart 1961.
- , *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 3 – Bismarck und das Reich, Stuttgart 1963.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht).
- Ipsen, Jörn*, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975.
- Isensee, Josef*, Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. Nov. 1982; erweiterte Fassung, Berlin u.a. 1983.
- , Mehr Recht durch weniger Gesetze?, ZRP 1985, S. 139–145.
- , § 71 Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates*, 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IV).
- , § 73 Staatsaufgaben, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates*, 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IV).
- , § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren*, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX).
- Jansen, Nils*, *Die Struktur des Haftungsrechts – Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen 2003.
- , Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, S. 160–173.
- , *Rechtswissenschaft und Rechtssystem – Sieben Thesen zur Positivierung des Rechts und zur Differenzierung von Recht und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2018.
- Jarass, Hans D./Piero, Bodo* (Hrsg.), Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363–397.
- , Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, S. 2665–2669.
- , Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345–381.
- Jarass, Hans D./Piero, Bodo* (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, 17. Aufl., München 2022 (zit. *Bearbeiter*, in: Jarass/Piero, GG).
- Jellinek, Georg*, *Gesetz und Verordnung – Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg im Breisgau 1887.

- Jesch, Dietrich*, Gesetz und Verwaltung – Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes, 2. Aufl., Tübingen 1968.
- Jestaedt, Matthias*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz – Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999.
- , Rechtsprechung und Rechtssetzung – eine deutsche Perspektive, in: Erbuth, Wilfried/Masing, Johannes (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen – Europarecht und nationales Recht; Referate und Diskussionsbeiträge des XIII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 17.–20. September 2003 an der Universität Rostock, Stuttgart u.a. 2005, S. 25–79.
- , Richterliche Rechtsetzung statt richterlicher Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtung zum sog. Richterrecht, in: Bumke, Christian (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 49–69.
- Jobst, Simon*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, S. 11–16.
- Jouannaud, Victor*, The Various Manifestations of the Constitutional Principle of Proportionality in Private Law, in: Köhler, Ben/Bauer, Franz (Hrsg.), Proportionality in Private Law, Tübingen 2023, S. 35–61.
- Kahl, Wolfgang*, Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, AöR 131 (2006), S. 579–620.
- Kaiser, Dagmar*, Gesetzgeber gefordert: Aus- und Einbaupflicht des Verkäufers, JZ 2013, S. 346–350.
- Kant, Immanuel*, Die Metaphysik der Sitten – Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre., 2. Aufl., Königsberg 1798.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960.
- , Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.
- Kindler, Peter*, Die „rechtsfähige Gesellschaft“ als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), ZfPW 2022, S. 409–424.
- Kingreen, Thorsten*, Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), Jura 2016, S. 390–405.
- , Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, NJW 2021, S. 2766–2771.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Polizei- und Ordnungsrecht – Mit Versammlungsrecht, 11. Aufl., München 2020.
- , Die Ausgestaltung von Grundrechten, JZ 2022, S. 961–970.
- , Grundrechte – Staatsrecht II: Lehrbuch & Entscheidungen, 38. Aufl., Heidelberg 2022.
- Kirchhof, Ferdinand*, Der Richter als Kontrolleur, Akteur und Garant der Rechtsordnung, NJW 2020, S. 1492–1497.
- , Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht“, in: Kirchhof, Paul (Hrsg.), Stetige Verfassung und politische Erneuerung, Goldbach 1995, S. 160–175.
- Kirchhof, Paul*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2007, S. 83–103.
- Kisker, Gunter*, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, S. 1313–1320.
- Klement, Jan Henrik*, Der Vorbehalt des Gesetzes für das Unvorhersehbare, DÖV 2005, S. 507–515.
- , Verantwortung – Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Tübingen 2006.

- Kloepfer, Michael*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685–756.
- , Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie – Zur Verfassungspflicht einer Gesetzgebung insbesondere im Arbeitskampfrecht, NJW 1985, S. 2497–2505.
- Klöhn, Lars*, Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß, AcP 210 (2010), S. 804–856.
- , Private versus Public Enforcement of Laws – A Law & Economics Perspective, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), Compensation of private losses – The evolution of torts in European business law, Berlin 2011, S. 179–198.
- , Delisting – Zehn Jahre später – Die Auswirkungen von BVerfG, NZG 2012, 826, auf den Rückzug vom Kapitalmarkt und den Segmentwechsel, NZG 2012, S. 1041–1047.
- , Nutzungsanrechnung und deliktische Zinsen im VW-Dieselskandal, ZIP 2020, S. 341–350.
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Koch, Hans-Joachim/Trapp, Rainer*, Richterliche Innovation – Begriff und Begründbarkeit, in: Harenburg, Jan/Podlech, Adalbert/Schlink, Bernhard (Hrsg.), Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung – Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation, Darmstadt 1980, S. 83–121.
- Koenig, Ulrich* (Hrsg.), Abgabenordnung – Kommentar (§§ 1 bis 368), 4. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Koenig [Hrsg.], Koenig, Abgabenordnung).
- Konzak, Olaf*, Analogie im Verwaltungsrecht, NVwZ 1997, S. 872–873.
- Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre, München u.a. 2016.
- Kratzmeier, Fabian*, Die Systematik des Staatshaftungsrechts, Jura 2018, S. 1239–1250.
- Kraus, Hans-Christoph*, Ursprung und Genese der „Lückentheorie“ im Preussischen Verfassungskonflikt, Der Staat 29 (1990), S. 209–234.
- Krawietz, Werner*, Das positive Recht und seine Funktion – Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie, Berlin 1967.
- Krebs, Walter*, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte – Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes, Berlin 1975.
- , Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1979, S. 304–312.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung – Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976.
- Kröber, Günter*, Prognose, Hypothese, Gesetz – Logisch-methodologische Bemerkungen, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 15 (1967), S. 772–784.
- Krükel, Amon*, Objektiv, subjektiv, vermittelnd – Das Ziel der Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Rechtstheorie 51 (2020), S. 301–361.
- Kruse, Frauke*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung – Zur Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung unter dem Grundgesetz, Tübingen 2019.
- Kudlich, Hans/Christensen, Ralph*, Die Lücken-Lüge, JZ 2009, S. 943–949.
- Kühne, Gunther*, Alexander Hellgardt: Regulierung und Privatrecht, AcP 217 (2017), S. 687–695.
- Kulick, Andreas*, Horizontalwirkung im Vergleich – Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Tübingen 2020.
- Kurtz, Constantin*, (Un-)Übertragbarkeit von (ausschließlichen) Markenlizenzen, GRUR 2007, S. 292–295.
- Laband, Paul*, Das Budgetrecht – Nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1871.

- , Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, Tübingen 1876.
- , Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, Tübingen 1877.
- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias*, Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat, Die Verwaltung 36 (2003), S. 141–169.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995.
- Lassahn, Philipp*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz – Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes, Tübingen 2017.
- Leipold, Dieter*, Gibt es noch vorkonstitutionelle Vorschriften im BGB?, NJW 2003, S. 2657–2659.
- Lenz, Sebastian*, Vorbehaltlose Freiheitsrechte – Stellung und Funktion vorbehaltloser Freiheitsrechte in der Verfassungsordnung, Tübingen 2006.
- Lepsius, Oliver*, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: Bertsch, Martin/Gächter, Thomas u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit – 39. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, Zürich 1999, S. 123–180.
- , §4 Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010.
- , Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung, JZ 2014, S. 488–500.
- , Normenhierarchie und Stufenbau der Rechtsordnung, JuS 2018, S. 950.
- , Gesetzesstruktur im Wandel – Teil 1: Strukturmerkmale der Kodifikation, JuS 2019, S. 14–17.
- , Gesetzesstruktur im Wandel – Teil 2: Strukturmerkmale delegierter Rechtserzeugung, JuS 2019, S. 123–128.
- Lerche, Peter*, Koalitionsfreiheit und Richterrecht, NJW 1987, S. 2465–2472.
- , Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Aufl., Goldbach 1999.
- Link, Christoph*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – Nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 40 (1990), S. 7–55.
- Linsenmaier, Wolfgang*, „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal“ – Zur Rechtsfortbildung durch das BAG, RdA 2019, S. 157–169.
- Llewellyn, Karl N.*, The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method, Yale Law Journal 49 (1940), S. 1355–1400.
- Lobinger, Thomas*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), S. 28–106.
- Locke, John*, Two Treatises of government, London 1698 [1689].
- Löhmig, Martin*, Anmerkung zu BVerfGE 138, 377, NZFam 2015, S. 359.
- Lorenz, Stephan*, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, S. 2241–2245.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Rechtsfolgen und Realfolgen – Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg im Breisgau 1981.
- , Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte – Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.
- Luhmann, Niklas*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), S. 1–31.

- , Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993.
- Lutter, Marcus*, Anmerkung zu BGHZ 153, 47 (Macrotron), JZ 2003, S. 684.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Hrsg.: *Mangoldt, Hermann von*, 7. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG).
- Martens, Wolfgang*, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1969.
- Martini, Mario*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, S. 839–845.
- Masing, Johannes/Wahl, Rainer*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553–563.
- Maultzsch, Felix*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2012.
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., München 2020.
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Leipzig 1895.
- , Rezension: Adolf Arndt, Das selbständige Ordnungsrecht, AöR 18 (1903), S. 96–103.
- , Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1924.
- Medicus, Dieter*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35–70.
- Michl, Fabian*, Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, Jura 2017, S. 1062–1076.
- , Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, S. 910–918.
- Möllers, Christoph*, Gewaltgliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
- , Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, NJW 2005, S. 1973–1979.
- , Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009, S. 668–673.
- Möllers, Thomas M. J.*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.
- Montesquieu, Charles-Louis de/Secondat, Baron de la Brède*, De l'Esprit des lois, Genf 1748.
- Morgenthaler, Gerd*, Freiheit durch Gesetz – Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen 1999.
- Mörsdorf-Schulte, Juliana*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages – Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um die Zustellung und Anerkennung in Deutschland, Tübingen 1999.
- Möslein, Florian*, Dispositives Recht – Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2012.
- Möstl, Markus*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten – Die Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen, DÖV 1998, S. 1029–1039.
- Mülbert, Peter*, Rechtsprobleme des Delisting, ZHR 165 (2001), S. 104–140.
- , Erwerberschutz bei gestreckten Erwerbsvorgängen – Funktions- und Wirkungsparallelen bei Vorbehaltseigentum, Vormerkung und dinglichem Vorkaufsrecht, AcP 214 (2014), S. 309–361.
- Müller, Friedrich*, Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus – Elemente einer Verfassungstheorie III., 2. Aufl., Berlin 2010.
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik – Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG).

- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik – Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985.
- , Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-Maßnahmen, NVwZ-Extra 5/2021, S. 1–15.
- Musielak, Hans-Joachim*, Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, JuS 2017, S. 949–954.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 20. Aufl., München 2023 (zit. *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO).
- Myers, Jackson A.*, Transatlantic perspectives on the political question doctrine, Virginia Law Review 106 (2020), S. 1007–1030.
- Nettesheim, Martin*, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), S. 261–293.
- Neuner, Jörg*, Die Rechtsfindung contra legem, München 1992.
- , Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, S. 159–176.
- , Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 2016, S. 435–441.
- , Pro libertate? – Zur Freiheitsbegünstigung durch Recht und Methodik –, ZfPW 2022, S. 257–284.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023.
- Noll, Peter*, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.
- Oeter, Stefan*, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 529–563.
- Ogorek, Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986.
- Ohler, Christoph*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 6.12.2005, C-66/04, JZ 2006, S. 359–362.
- , Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AöR 131 (2006), S. 336–377.
- Ohly, Ansgar*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1–47.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG – Kommentar, 8. Aufl., München 2023 [Hrsg., Ohly/Sosnitza, UWG].
- Oppermann, Thomas*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? – Gutachten C, Verhandlungen des 51. deutschen Juristentags 1976.
- Ossenbühl, Fritz*, Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration, Der Staat 10 (1971), S. 53–84.
- , Schule im Rechtsstaat, DÖV 1977, S. 801–812.
- , Umweltschutz und Gemeinwohl in der Rechtsordnung, VR 1983, S. 301–308.
- , Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat – Rede zur Eröffnung des akademischen Jahres 1987/88 am 19. Oktober 1987, Bonn 1988.
- , § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V).
- , § 101 Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit. *Ossenbühl*, in: HStR, Bd. V).
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013.
- Osterloh-Konrad, Christine*, Die Steuerumgehung, Tübingen 2019.

- Papier, Hans-Jürgen*, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsformen der Grundrechtseingriffe, Berlin 1973.
- , Immissionen durch Betriebe der öffentlichen Hand, NJW 1974, S. 1797–1802.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes; ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 1999.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, „Hartplatzhelden.de“ – Das Ende des unmittelbaren Leistungsschutzes?, GRUR-Prax 2011, S. 181–185.
- Peters, Butz*, Untersuchungsausschussrecht – Länder und Bund, 2. Aufl., München 2020.
- Peters, Frank*, Zur Gesetzestechnik des § 823 II BGB, JZ 1983, S. 913–926.
- Peukert, Alexander*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008.
- , Güterzuordnung und Freiheitsschutz, in: Hilty, Reto M./Jäger, Thomas/Kitz, Volker (Hrsg.), Geistiges Eigentum – Herausforderung Durchsetzung, Berlin u.a. 2008, S. 47–84.
- Picker, Eduard*, Richterrecht und Richterrechtsetzung – Zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts, JZ 1984, S. 153–163.
- , Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht – Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2007, S. 207–270.
- Pieroth, Bodol/Aubel, Tobias*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504–510.
- Pietzcker, Jost*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, S. 710–715.
- , Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: Maurer, Hartmut (Hrsg.), Das Akzeptierte Grundgesetz – Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag, München 1990, 345–363 (zit. *Pietzcker*, in: FS Dürig).
- Podszun, Rupprecht*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte – Evolution und Legitimation der Rechtsprechung in deregulierten Branchen, Tübingen 2014.
- Poelzig, Dörte*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, Tübingen 2012.
- Portalis, Jean-Étienne-Marie*, Discours préliminaire sur le projet de Code Civil 1801.
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- Posner, Richard A.*, The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, California Law Review 100 (2012), S. 519–556.
- Puchta, Georg Friedrich*, Cursus der Institutionen I – Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk: mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Leipzig 1853.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973.
- Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Stuttgart u.a. 2013.
- Redeker, Konrad/Karpenstein, Ulrich*, Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, NJW 2001, S. 2825–2831.
- Rehbinder, Manfred*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014.
- Reimer, Franz*, § 9 Das Parlagmentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012 (zit. *Reimer*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts).
- , Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- , § 11 Das Parlagmentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022 (zit.

- Reimer*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle [Hrsg.], Grundlagen des Verwaltungsrechts).
- Reuß, Philipp*, Anmerkung zu BVerfGE 138, 377, NJW 2015, S. 1509–1510.
- Rieckhoff, Henning*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen 2007.
- Riehm, Thomas*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung – Argumentation Beweis Wertung, München 2006.
- , Deliktischer Schadensersatz in den „Diesel-Abgas-Fällen“, NJW 2019, S. 1105–1111.
- Roellecke, Gerd*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Grenzbereich der Gesetzgebung, NJW 1978, S. 1776–1781.
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Köln/München 2008.
- Rosin, Franz*, Gesetz und Verordnung nach badischem Staatsrecht – Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Freiheits- und Eigentumsformel, Freiburg im Breisgau 1911.
- Röthel, Anne*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- , Vorwirkung von Richtlinien: viel Lärm um Selbstverständliches, ZEuP 2009, S. 34–55.
- , Gefährdungshaftung, Jura 2012, S. 444–450.
- , Wie geschieht Rechtsfortbildung? Entscheidungsmuster im Gesellschaftsrecht und im Familienrecht, in: Boele-Woelki, Katharina/Faust, Florian/Jacobs, Matthias (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Bd. 2, 2019, S. 273–287 (zit. *Röthel*, in: FS K. Schmidt, Bd. 2).
- Rousseau, Jean-Jacques*, Du contrat social – ou principes du droit politique, Paris 1896 [1762].
- Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.
- Rupp, Hans Heinrich*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre – Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, Tübingen 1965.
- , Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, S. 1769–1774.
- , Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, NVwZ 1991, S. 1033–1038.
- Rüthers, Bernd*, Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, S. 1856–1858.
- , Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, S. 365–371.
- , Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, S. 53–60.
- , Methodenfragen als Verfassungsfragen?, Rechtstheorie 40 (2009), S. 253–283.
- , Trendwende im BVerfG? – Über die Grenzen des „Richterstaates“, NJW 2009, S. 1461–1462.
- , Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat – Verfassung und Methoden: ein Essay, 2. Aufl., Tübingen 2016.
- , Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl., Tübingen 2017.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie – und juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022.
- Sabel, Charles F./Zeitlin, Jonathan*, Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU, European Law Journal 14 (2008), S. 271–327.
- Sachs, Michael*, Staatsorganisationsrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, JuS 2015, S. 859–862.
- (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 9. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Sachs, GG).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2019 (auch

8. Aufl. 2020, 9. Aufl. 2021, 9. Aufl. 2022 und 9. Aufl. 2023) (zit. *Bearbeiter*, in: Münch-Komm. BGB).
- Sambuc, Thomas*, Folgenerwägungen im Richterrecht – Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des 1 UWG, Berlin 1977.
- Schäfer, Carsten*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), S. 397–434.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2021.
- Schirmer, Jan-Erik*, Klimahaftung und Kausalität – und es geht doch!, JZ 2021, S. 1099–1106.
- , Nachhaltiges Privatrecht, Tübingen 2023.
- Schlink, Bernhard*, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- Schlüter, Wilfried*, Das Orbiter dictum, München 1973.
- Schmidt, Karsten*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig – Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.1.2001, NJW 2001, S. 993–1003.
- , Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis – Zum Stand der nach den BGH-Urteilen vom 24. 2. 2003 und vom 7. 4. 2003, NJW 2003, S. 1897–1904.
- , Macrotron oder: weitere Ausdifferenzierung des Aktionärsschutzes durch den BGH, NZG 2003, S. 601–606.
- , Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“: Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes „Personengesellschaft“, AcP 209 (2009), S. 181–204.
- , Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, JZ 2009, S. 10–20.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 11–63.
- , Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 7–61.
- , § 26 Der Rechtsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004 (zit. *Schmidt-Aßmann*, in: HStR, Bd. II).
- Schmidt-Bleibtreu, Brunol/Klein, Franz/Bethge, Herbert* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, Stand: 63. EL 2023, München (zit. *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG).
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130–197.
- Schmitt, Carl*, Der Führer schützt das Recht – Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934, DJZ 39 (1934), S. 945–950.
- Schneider, Hans-Peter*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht – Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen, Frankfurt am Main 1969.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter* (Hrsg.), Verwaltungsrecht – VwVfG – Kommentar, München (zit. *Bearbeiter*, in: Schoch/Schneider, VwVfG).

- Schön, Wolfgang*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, Köln 1992.
- , Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit als Grundlagen des Steuerrechts, *DStJG* 33 (2010), S. 29–63.
- , Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, *ZHR* 180 (2016), S. 279–288.
- , Taxation and Democracy, *Tax Law Review* 72 (2019), S. 235–303.
- Schönberger, Christoph*, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, *VVDStRL* 71 (2012), S. 296–335.
- Schroeder, Moritz*, Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, Berlin 2017.
- Schubert, Reinhardt/Theidiek, Franz*, Grundrechtstheorie und legislative Gestaltungsfreiheit, *ZRP* 1979, S. 254–260.
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung – Besonders des 9. Deutschen Bundestages (1980–1983), Berlin 1988.
- Schumann, Ekkehard*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963.
- , Das Rechtsverweigerungsverbot – Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, *ZZP* 81 (1968), S. 79–102.
- Schuppert, Gunnar Folke*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein/Ts. 1980.
- , Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaats, in: ders. (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates – Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Christian Starck, Baden-Baden 1998, S. 105–155.
- , Gemeinwohl, das – Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: Schuppert, Gunnar Folke/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Berlin 2002, S. 19–64.
- , Governance und Rechtsetzung – Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011.
- Schürmbrand, Jan*, Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, *JZ* 2007, S. 910–918.
- Schwab, Dieter/Löhnig, Martin*, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl., Heidelberg 2016.
- Schwabe, Jürgen*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte – Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971.
- , Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.
- , Grundrechte und Privatrecht, *AcP* 185 (1985), S. 1–8.
- Schwarze*, Arbeitskampfrecht – Differenzierend zur Anwendung des Wesentlichkeitsvorbehalts, *JuS* 1994, S. 653–659.
- Schweitzer, Heike*, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, *AcP* 220 (2020), S. 544–586.
- Schwennicke, Andreas*, Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts von 1794, Frankfurt am Main 1993.
- Sehl, Markus*, Was will der Gesetzgeber?, Baden-Baden 2019.
- Seibert, Ulrich*, „Gesetzesmaterialien“ in der Gesetzgebungspraxis, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ – Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 111–126.
- Seidl, Otto*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, *ZGR* 1988, S. 296–313.
- Seidman, Rober B.*, The Judicial Process Reconsidered in the Light of Role-Theory, *Modern Law Review* 32 (1969), S. 516–531.

- Seiler, Christian*, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, Berlin 2000.
- Seiler, Hans Hermann*, Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB) – Eine Bestandsaufnahme, in: Selmer, Peter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, S. 719–732 (zit. *Seiler* in: FS Martens).
- Selmer, Peter*, Der Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1968, S. 489–499.
- Shavell, Steven*, Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge 2009.
- Shirvani, Foroud*, Eigentumsschutz und Grundrechtskollision, DÖV 2014, S. 173–180.
- Simitis, Spiros*, Berater für den Gesetzgeber – Die Rolle der Kommissionen: Interdisziplinärer Sachverständigenrat und Forum für die öffentliche Diskussion, ZRP 2004, S. 245–246.
- Singer, Jörg*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt – Zur Vorhersehbarkeit arbeitsteiliger Rechtserzeugung am Beispiel des Rechtsmittelrechts, Baden-Baden 2010.
- Singer, Reinhard*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, S. 1133–1141.
- , Grundrechte im Privatrecht: Eingriffsverbote, Schutzgebote und Teilhaberechte, in: Bachmann, Gregor/Grundmann, Stefan u.a. (Hrsg.), Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, Berlin, Boston 2020, S. 139–154 (zit. *Singer*, in: FS Windbichler).
- Sodan, Helge*, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, S. 601–609.
- Stöllner, Alfred*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, ZG 1995, S. 1–16.
- Starck, Christian*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), S. 43–93.
- Staudinger, Ansgar*, Vorteilsanrechnung und Verzinsung im Dieselskandal, NJW 2020, 641–646.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stand: Neubearbeitung 2019 (auch 2021 und 2022), Berlin (zit. *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB).
- Staupe, Jürgen*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis – Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht, Berlin 1986.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Tübingen 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).
- Steindorff, Ernst*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 217–244 (zit. *Steindorff*, in: FS Larenz).
- Stephenson, Mathew C.*, Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies, Virginia Law Review 91 (2005), S. 93–173.
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980 (zit. *Stern*, Staatsrecht II).
- , Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984 (zit. *Stern*, Staatsrecht I).
- Suhr, Dieter*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen – Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976.

- Tatarin-Tarnheyden, Edgar*, Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat, AöR 63 (1934), S. 345–358.
- , *Werdendes Staatsrecht – Gedanken zu einem organischen und deutschen Verfassungsneubau*, Berlin 1934.
- Thieme, Werner*, Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 1964, 81–95.
- Thoma, Richard*, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrecht, in: Festschrift für Otto Mayer – Zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Freunden, Verehrern und Schülern, Tübingen 1916, S. 165–221 (zit. *Thoma*, FS Mayer).
- Thomale, Chris*, Minderheitenschutz gegen Delisting – Die MACROTRON-Rechtsprechung zwischen Eigentumsgewähr und richterlicher Rechtsfortbildung, ZGR 2013, S. 686.
- Tipke, Klaus*, Über teleologische Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenausfüllung, in: Klein, Franz/Vogel, Klaus (Hrsg.), *Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung: Grundfragen, Grundlagen – Festschrift für Hugo von Wallis zum 75. Geburtstag*, Bonn 1985, S. 133–150 (zit. *Tipke*, in: FS v. Wallis).
- Tischbirek, Alexander*, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, Tübingen 2017.
- Tschentscher, Axel*, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, Tübingen 2006.
- Uerpmann, Robert*, *Das öffentliche Interesse – Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Tübingen 1999.
- , *Verfassungsrechtliche Gemeinwohlkriterien*, in: Schuppert, Gunnar Folke/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, Berlin 2002, S. 179–195.
- Umbach, Dieter C.*, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Zeidler, Wolfgang/Maunz, Theodor/Roellecke, Gerd (Hrsg.), *Festschrift Hans Joachim Faller*, 1984, S. 111–131 (zit. *Umbach*, in: FS Faller).
- Unger, Sebastian*, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie – Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips*, Tübingen 2008.
- Vogel, Klaus*, *Zweiter Beratungsgegenstand: Gesetzgeber und Verwaltung*, VVDStRL 24 (1966), S. 125–182.
- Vogel, Thilo*, *Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat*, Berlin 1969.
- Voßkuhle, Andreas*, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit)*, JuS 2008, S. 117–119.
- , *Rechtsschutz gegen den Richter – Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, München 1993.
- , *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte – Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung*, AöR 125 (2000), S. 177–201.
- , §43 Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band III: Demokratie – Bundesorgane*, 3. Aufl., Heidelberg 2005 (zit. *Voßkuhle*, in: HStR, Bd. III).
- , *Grundwissen – öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*, JuS 2007, S. 118–119.
- , *Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht*, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Band I, Tübingen 2013, S. 79–92 (zit. *ders.*, FS Stürner).

- , § 1 Neue Verwaltungswissenschaft, in: Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022 (zit. *Voßkuhle*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts).
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch, JuS 2014, S. 312–314.
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673–682.
- Waelde, Thomas W.*, Juristische Folgenorientierung – „Policy analysis“ u. Sozialkybernetik: Method. u. organisator. Überlegungen zur Bewältigung d. Folgenorientierung im Rechtssystem, Königstein/Ts. 1979.
- Wagner, Gerhard*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), S. 352–476.
- , Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), S. 227–281.
- , Zivilrechtswissenschaft heute – Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2020, S. 69–182.
- , Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, S. 2256–2263.
- Wagner, Gerhard/Witte, Lorenz*, Tabakklagen – Anm. zu Cour de cassation, 2e civ., Entscheidung vom 20. November 2003, ZEuP 2005, S. 895–918.
- Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard*, Vorwort: Methoden des Privatrechts, AcP 214 (2014), S. 1–6.
- Wahl, Rainer*, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485–516.
- Waldhoff, Christian*, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ – Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, S. 75–94.
- Wank, Rolf*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978.
- , Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, S. 314–380.
- Wegener, Bernhard W.*, Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private, NJW 2022, S. 425–431.
- Weinrib, Ernest J.*, Corrective Justice, Iowa Law Review 77 (1992), S. 403–425.
- Westerhoff, Rudolf*, Verkehrsrecht und Verfassung – Ein Beitrag zur Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1985, S. 457–462.
- Wiater, Patricia*, Verwaltungsverfahren durch Private? – Ein neuer Blick auf grundrechtsdogmatische Folgen des Stadionverbots-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2020, S. 379–388.
- Wieacker, Franz*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956.
- Wieckhorst, Arno*, Grundrechtsschutz durch Legislativverfahren – Grundrechtlich induzierte Prozeduralisierung der Gesetzgebung und ihrer Kontrolle im Verfassungs- und Unionsrecht, Tübingen 2017.
- , Verfassungsrechtliche Gesetzgebungslehre, DÖV 2018, S. 845–854.
- Wiedemann, Herbert*, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, S. 2407–2412.
- Wilke, Dieter*, § 112 Die rechtsprechende Gewalt, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007 (zit. *Wilke*, in: HStR, Bd. V).
- Wischmeyer, Thomas*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates – Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur, Tübingen 2015.

- Wolf, Christian*, Übertriebener Verkehrerschutz, JZ 1997, S. 1087–1094.
- Zetsche, Dirk*, Reguläres Delisting und deutsches Gesellschaftsrecht, NZG 2000, S. 1065–1070.
- Zickgraf, Peter*, Das rechtsökonomische Argument in der Wertungsjurisprudenz, ZfPW 2021, S. 482–511.
- Zimmer, Daniell/Höft, Jan*, „Private Enforcement“ im öffentlichen Interesse? – Ansätze zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung bei Streu- und Massenschäden im Kapital-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, ZGR 2009, S. 662–720.
- Zimmer, Gerhard*, Funktion-Kompetenz-Legitimation – Gewaltenteilung in d. Ordnung d. Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- u. Verantwortungsbereiche zu e. verfassungsgemäßen Funktions- u. Interpretationslehre, Berlin 1979.
- Zimmermann, Reinhard*, Statuta Sunt Stricte Interpretanda – Statutes and the Common Law: A Continental Perspective, The Cambridge Law Journal 56 (1997), S. 315–328.
- , Juristische Methodenlehre in Deutschland, RabelsZ 83 (2019), S. 241–287.

# 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.  
Auslegungskanones 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
- Gelantine-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  
*Lerche, 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  
 Sphärengedanke 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.