

**Pro libertate?
– Zur Freiheitsbegünstigung durch Recht und Methodik –**

*Jörg Neuner**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	257
II. Verfassungsrecht	259
1. Drittinteressen	259
a) Grundrechte	259
b) Rechtsfortbildung	260
2. Gemeinwohlinteressen	269
a) Grundrechte	269
b) Rechtsfortbildung	273
3. Eigeninteressen	274
a) Grundrechte	274
b) Rechtsfortbildung	275
III. Privatrecht	276
1. Normen	276
a) Ausnahmebestimmungen	276
b) Generalklauseln	277
c) Zwingendes Recht	277
d) Sonderregelungen	279
2. Willenserklärungen	279
3. Einwilligungen	280
IV. Non liquet	280
1. Pattsituation	280
2. Alternativen	281
a) Argumentationslast	282
b) Losentscheid	283
c) Selbstablehnung	283
V. Resümee	284

I. Einleitung

Die Begünstigung der Freiheit, das Konzept des *favor libertatis* hat seine Wurzeln im römischen Freilassungsrecht.¹ War unklar, ob ein Testament die Freilassung oder

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

das Vermächtnis eines Sklaven anordnete, galt Ersteres.² War in einem solchen Freiheitsprozess ein Kollegialgericht zuständig, wurde bei Stimmgleichheit *pro libertate* entschieden.³ Auch abstammungsrechtlich war ein Kind bereits dann frei geboren, wenn die Mutter während der Dauer ihrer Schwangerschaft nur für einen Augenblick frei (und nicht Sklavin) war.⁴ Während Freiheitsbegünstigungen ursprünglich auf jenen Status als Nicht-Sklave beschränkt waren,⁵ wird heute mitunter ganz generell der Grundsatz „*in dubio pro libertate*“ verfochten. Aber was heißt „im Zweifel für die Freiheit“? Für wessen Freiheit und auf wessen Kosten? Die scheinbar eingängige Formel „*pro libertate*“ wirft nicht nur das Verteilungsproblem „*contra libertatem*“ auf, sondern es konkurrieren mit ihr auch alternative Programme, die mehr Sicherheit und Staat („*in dubio pro securitate*“, „*pro auctoritate*“) oder auch weniger soziale Ungleichheit favorisieren („*in dubio pro paupere*“). Was „*in dubio*“ gelten soll, hat folglich keine apriorische Evidenz oder Geltung. Es ist vielmehr dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten, Zweifelsregeln abstrakt-generell festzulegen, die sodann von der hieran gebundenen Judikative konkret-fallbezogen umzusetzen sind. An jener nachgeordneten, rekonstruktiven Aufgabe der Rechtsprechung ändert auch das Vorverständnis der jeweiligen Gesetzesinterpreten nichts. Das Vorverständnis ist zwar Grundbedingung für jedes Textverständnis, doch reicht das schöpferische Element nicht so weit, dass Auslegungsfragen bereits im Sinne einer präferierten Zweifelsregel vorentschieden sind.⁶ Materiale Auslegungsmaximen dürfen daher dem Gesetz nicht unterlegt werden, sondern sind nur insofern maßgeblich, als sie der *lex lata* selbst entstammen. Vergleichbar den Grundrechtstheorien,⁷ die aus der Verfassung abzuleiten und ihr nicht von außen übergestülpt werden dürfen, müssen auch „*In dubio*“-Grundsätze verfassungskonform erschlossen sein.

¹ Ausführlich Ankom in Finkenauer, Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag, 2006, S. 1 ff.; Huchthausen *Philologus* 120 (1976), 47 ff.

² Pomp. D. 50, 17, 20; Einzelheiten bei Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972, S. 79 ff., 112 ff., 168 ff.; Harke/Harke, Facetten des römischen Erbrechts, 2012, S. 55 ff. (71 ff.); eine amüsante Geschichte referieren Honsell/Fagnoli, *Römisches Recht*, 9. Aufl. 2021, S. 15 unter Berufung auf Gaius: Das Gesetz erlaubte nur eine begrenzte Zahl testamentarischer Freilassungen von Sklaven und bestimmte die Streichung der über die zulässige Höchstzahl hinausgehenden Namen. Ein Erblasser kam nun auf die Idee, die Namen der Freizulassenden nicht nacheinander, sondern in kreisförmiger Anordnung zu schreiben. Da man jetzt nicht wusste, welche Namen gestrichen werden sollten, mussten wegen des *favor libertatis* alle Sklaven freigelassen werden.

³ Ernst, *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten*, 2016, S. 26 f. m.w.N.; wurde ein Verfahren als *vindicatio in servitum* (Vindikation in die Sklaverei) geführt, lebte der Umstrittene während des Prozesses als Freier, vgl. Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. 2021, § 25 Rn. 14 m.w.N.

⁴ Marci. D. 1, 5, 5, 2; Marci. D. 1, 5, 5, 3.

⁵ Zum Geltungsgrund Nörr, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten - Der Fall Arescusa et alii* (Dig. 19.1.43 sq.), 2005, S. 16 f. (Fn. 30): „Es erscheint mir wenig erhellend, wenn man (...) den *institutus a maioribus libertatis favor* (...) mit der neuzeitlichen Idee der Menschenrechte in Verbindung bringt (...). Plakativ: Es gibt keine Literaturgattung (*sit venia*) *de iure hominum* (...). Überdies läßt sich das Konzept des *favor* (...) schwerlich mit der Vorstellung eines ‚subjektiven‘ Rechts vereinbaren. Schließlich: Man sollte sich vergegenwärtigen, daß die Einstellung gerade auch der Stoa zur Sklaverei nicht eindeutig war.“

⁶ Ausführlicher Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, 1998, S. 6 ff.

⁷ Zu den verschiedenen Theorien Böckenförde *NJW* 1974, 1529 ff.

II. Verfassungsrecht

Der Grundsatz „*pro libertate*“ hat verschiedene Stoßrichtungen. Er kann mit den Interessen Dritter, den Interessen des Gemeinwohls und in paternalistischer Konnotation auch mit Eigeninteressen kollidieren.

1. Drittinteressen

Freiheit ist nicht neutral, nicht indifferent. Ihr Gebrauch kann sich spiegelbildlich zulasten der Rechtsgüter anderer auswirken: die Pressefreiheit zulasten des Persönlichkeitsschutzes, die allgemeine Handlungsfreiheit zulasten des Gesundheitsschutzes und so weiter. Auf der verfassungsrechtlichen Ebene stellt sich die „*Pro libertate*“-Frage unmittelbar im Rahmen solcher „Grundrechtskollisionen“, aber auch mittelbar bei der Bestimmung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.

a) Grundrechte

Vereinzelte Stimmen in der Literatur plädieren generell für eine „Präponderanz“ der Freiheit.⁸ Der Vorrang der Freiheit sei anthropologisch auf eine „Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen“ zurückzuführen, der „aller Wahrscheinlichkeit nach spontan ‚rechtmäßig‘ und in Übereinstimmung mit dem Gemeinwohl handeln wird.“⁹ Zudem sei verfassungsrechtlich „die *Würde des Menschen* in einer *Ordnung größerer Freiheit* eher gewährleistet [...] als in einer *Ordnung größerer Sicherheit*“¹⁰.

Die Vermutung rechtmäßigen Verhaltens führt allerdings nicht weiter, sofern gegenläufige Interessen auszugleichen sind. Streiten sich zwei Nachbarn über Lärm- oder Geruchsemissionen, besteht kein Sachgrund, einen von beiden *a priori* zu privilegieren. Dem Emittenten ein „spontan rechtmäßiges Handeln“ zu unterstellen, würde gegenüber dem Geschädigten beinahe zynisch wirken. Auch die Würde des Menschen begründet keine Vorrangstellung des Emittenten, da es zwei Grundrechtsträger gibt, die gleichermaßen ihre Freiheits- und Sicherheitsbedürfnisse gewahrt sehen wollen.¹¹ Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt deshalb die Menschenwürde „zu achten und zu schützen“, konstituiert ein Schutzgebot ebenso wie eine Freiheitsgarantie.¹²

Stehen sich zwei Grundrechtspositionen gegenüber, versagt somit die Zweifelsregel, und zwar unabhängig davon, wie man das Einwirken der Grundrechte auf das Privatrecht konzipiert. Präferiert man die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, sind – wie das *BVerfG* in der „*Recht auf Vergessen I*“-Entscheidung verdeutlicht hat – zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die „gleichberechtigten Freiheiten“ zwischen dem Presseunternehmen und dem aus der Haft entlassenen Straftäter auszugleichen, ohne dass „die Abwägung [...] von einer übergreifenden Vorrangre-

⁸ Schneider FS Deutscher Juristentag, II, 1960, 263 ff. (280); Schneider VVDStRL 20 (1963), 1 ff. (31 ff.); Maihofer, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 12 Rn. 125 (S. 504).

⁹ Schneider FS Deutscher Juristentag, II, 1960, 263 ff. (290).

¹⁰ Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 127.

¹¹ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 517; v. Arnould, Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, 1999, S. 279; Bethge, Handbuch der Grundrechte, III, 2009, § 72 Rn. 83; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 47 f.; Jestaedt, Handbuch der Grundrechte, IV, 2011, § 102 Rn. 32; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 64.

¹² Vgl. Merten, Handbuch der Grundrechte, III, 2009, § 56 Rn. 53.

gel geleitet [ist]¹³. Dieselbe Symmetrie hat die Schutzpflichtenlehre zu gewährleisten, denn das Grundgesetz sichert jedem Bürger den gleichen freiheitsrechtlichen Status zu, verweigert ihm aber zugleich, seine Position selbst zu verteidigen, und spricht stattdessen das Gewaltmonopol dem Staat zu. Die Verbote des Übermaßes und des Untermaßes werden demzufolge jeweils durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt, sodass die Grundrechte in ihren Funktionen als Schutzgebote und Abwehrrechte gleich stark wirken.¹⁴ Das Untermaßverbot wird nur bei *sozialen* Schutzpflichten durch das Subsidiaritätsprinzip begrenzt. Kann der Einzelne sich selbst effektiv helfen, scheiden materielle oder informationelle Ansprüche (etwa Unterhaltspflichten oder Kontrahierungszwänge) prinzipiell aus.¹⁵

b) Rechtsfortbildung

Die Freiheit kann auch durch Rechtsfortbildungsschranken begünstigt werden. Dies verdeutlicht der Grundsatz „*nulla poena sine lege certa et stricta*“ (Art. 103 Abs. 2 GG), demzufolge strafrechtlich alles erlaubt ist, was das Gesetz nicht ausdrücklich untersagt. Das Gleiche gilt *mutatis mutandis* im Bereich des Privatrechts, sofern man für dieses Rechtsgebiet ein analoges Rechtsfortbildungsverbot postuliert.¹⁶ Den dogmatischen Ausgangspunkt bildet hierfür die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes.

aa) Vorbehalt des Gesetzes

Nach dem bürgerlich-liberalen Staatsverständnis des 19. Jahrhunderts erforderten lediglich hoheitliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum eine gesetzliche Regelung.¹⁷ Diese herkömmliche Formel „Kein Eingriff in Freiheit und Eigentum ohne Gesetz“ wird unter der Geltung des heutigen Grundgesetzes als zu restriktiv erachtet.¹⁸ Eine demokratisch-parlamentarische Staatsverfassung verlange, dass „alle grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz (entschieden werden), und zwar losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des ‚Eingriffs‘.“¹⁹ Alle „wesentlichen“ Entscheidungen seien in Form eines Parlamentsgesetz-

¹³ BVerfGE 152, 152 ff. (Tz. 76 bzw. 82); s. auch BVerfG NJW 2022, 680 ff. (Tz. 30).

¹⁴ Vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 89 ff.; Kritische Justiz/Eifert, Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009, S. 211 ff. (213) m.w.N.; a.A. Möllers/Weinberg JZ 2021, 1069 ff. (apodiktisch S. 1072: „Das ergibt sich aus der rechtsstaatlichen Asymmetrie von Schutz und Eingriff“); Störing, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, S. 149 ff. (Notwendigkeit eines ausreichenden Gestaltungsspielraums der Politik); Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 69; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 43 ff. = Gesammelte Schriften, I, 2012, S. 641 ff. (675 ff.).

¹⁵ Ausführlicher Neuner NJW 2020, 1851 ff. (1852 f.).

¹⁶ S. etwa Hillgruber JZ 1996, 118 ff. (125: „für richterliche Rechtsfortbildung kaum mehr Platz“).

¹⁷ Ausführlicher Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, GG, 2021, Art. 20 Rn. 77; Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 16 ff.; relativierend Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 110: „Letztlich umschrieb daher die Freiheit- und Eigentum-Formel nur mit anderen – zeitgemäßen – Worten den gleichen Grundgedanken wie die heutige Wesentlichkeitstheorie.“

¹⁸ S. nur Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 107 ff.; Lerche, Handbuch der Grundrechte, III, 2009, § 62 Rn. 25 ff.

¹⁹ BVerfGE 40, 237 ff. (249).

zes zu erlassen (sog. *Wesentlichkeitsdoktrin*).²⁰ Der Vorbehalt des Gesetzes verpflichtet deshalb den Gesetzgeber, den Entschluss über die friedliche Nutzung der Kernenergie,²¹ die Einführung von Sexualkundeunterricht in den Schulen²² oder etwa die Grundentscheidung über die Rücknahme von Verwaltungsakten²³ selbst zu treffen. Dogmatisch verankert wird der Vorbehalt des Gesetzes im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.²⁴

Teile der staatsrechtlichen Literatur extendieren diese Wesentlichkeitstheorie über das Verwaltungsrecht hinaus auf das Privatrecht.²⁵ Es herrsche ein „allgemeines Verbot analoger Rechtsanwendung im Eingriffsbereich“²⁶, es gelte der Vorbehalt des Gesetzes uneingeschränkt „auch und gerade für die rechtsprechende Gewalt“²⁷ oder müsse jedenfalls für jenen Richter gelten, „der rechtsfortbildend in Grundrechte eines der am zivilrechtlichen Rechtsverhältnis beteiligten Bürger eingreife.“²⁸ Anders gewendet: Die Rechtsprechung bedürfe zur „Rechtsetzung“ einer „(positiv)rechtlichen Ermächtigung“²⁹. Obgleich diese staatsrechtlichen Stimmen die konkreten zivilrechtlichen Folgen eines Gesetzesvorbehalts zumeist nicht näher thematisieren, gibt es Affirmation auch aus dem Zivilrecht. Die Rechtsprechung verfüge über „keine originäre Rechtsetzungskompetenz“, argumentiert *Anne Röthel*,³⁰ und unterliege deshalb einem Wesentlichkeitsvorbehalt des Privatrechtsgesetzgebers. Das *BVerfG* schloss sich im Jahr 2015 dieser Auffassung unter Berücksichtigung der jeweiligen Belastungsschwere an und verwies die Judikative in die entsprechenden Schranken: „Die gerichtliche Verpflichtung einer Mutter, zur Durchsetzung eines Regressanspruchs des Scheinvaters (§ 1607 Abs. 3 BGB) Auskunft über die Person des mutmaßlichen Vaters des Kindes zu erteilen, überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehlt.“³¹

bb) Anwendungsbereich

Die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes ist für den Bereich des Zivilrechts aus mehreren Gründen abzulehnen. Sie widerspricht in dieser extensiven Ausrichtung der

²⁰ Zuletzt BVerfGE 145, 20 ff. (Tz. 182) m.umf.N.

²¹ BVerfGE 49, 89 ff. (127); BVerfGE 53, 30 ff. (56).

²² BVerfGE 47, 46 ff. (5. LS).

²³ BVerfGE 116, 24 ff. (58).

²⁴ BVerfGE 141, 143 ff. (Tz. 59); BVerfGE 134, 141 ff. (Tz. 126); BVerfGE 108, 282 ff. (311 f.); Kloepfer JZ 1984, 685 ff. (685 f.).

²⁵ BK-GG/Gärditz, 2021, Art. 20 Rn. 174 f.; Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 109.

²⁶ Gusy DÖV 1992, 461 ff. (464).

²⁷ Hermes VVDStRL 61 (2002), 119 ff. (137) m.w.N.

²⁸ Pieroth/Aubel JZ 2003, 504 ff. (509) m.w.N.

²⁹ Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 152; Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 218.

³⁰ Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 54 ff.

³¹ BVerfGE 138, 377 ff. 2. LS sowie Tz. 42: „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 (vgl. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 120f.).“

Verfassung, sie läuft konträr zur Rechtsfortbildungspraxis des *BVerfG* und sie führt im Ergebnis zu untragbaren Begünstigungen der Freiheit.³²

(1) *Rechtslage*

Analysiert man zunächst die Regelebene der Verfassung, zeigen *e contrario* die explizit normierten Vorbehalte in Art. 103 Abs. 2 GG zur Strafgewalt und in Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG zur Enteignung,³³ dass die zivilrechtliche Judikatur grundsätzlich keinen vergleichbaren Restriktionen unterliegt. Diesen Umkehrschluss bestätigen zahlreiche prozessrechtliche Bestimmungen, in denen die richterliche Fortbildung des Rechts ausdrücklich und uneingeschränkt anerkannt wird (vgl. nur §§ 132 Abs. 4 GVG, 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ZPO, 45 Abs. 4 ArbGG). Man mag nun vordergründig einwenden, dass eine einfachgesetzliche Anerkennung der Rechtsfortbildung keine verfassungsrechtlichen Befugnisse verleihen kann,³⁴ doch hat der historische Verfassungsgeber die vorkonstitutionelle Praxis bestens gekannt und in keiner Weise die herkömmlichen Kompetenzen der Zivilrechtsprechung einschränken wollen.³⁵ Die *culpa in contrahendo*, die positive Vertragsverletzung, die Sicherungsübereignung, die Drittschadensliquidation, der vertragliche Drittschutz und nicht zuletzt die gesamte „richterrechtliche“ Ausformung der BGB-Generalklauseln waren den Autoren des Grundgesetzes hinlänglich bekannt und schon unter der *Weimarer Reichsverfassung* etabliert. Die Diskussion der Verfassungsgeber über eine ausdrückliche Verankerung des Vorbehalts des Gesetzes betraf allein das überlieferte, unumgehbare Diktum des Staatsrechts, dass Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.³⁶ In Rede stand ein explizites Interventionsverbot für die Verwaltung (zunächst normiert in Art. 101 Satz 1 *Herrenchiemsee-Entwurf*).³⁷ Die gerichtliche Schlichtung widerstreitender Interessen im Privatrecht war kein Diskussionsthema. Die historisch-genetische Auslegung bietet somit keinerlei Anhaltspunkte, dass der Verfassungsgeber an der prinzipiellen Kompetenz der Zivilgerichte zur Rechtsfortbildung etwas ändern wollte. Es sollte vielmehr der (bisherige) Anspruch der Privatrechtssubjekte auf eine sachgerechte Gerichtsentscheidung fortgeschrieben und nicht auf eine rein formale Justizgewährung reduziert werden. Die Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG weist deshalb neben ihrer historisch bedingten Korrektivfunktion eine weitere, komplementäre Funktion im Sinne eines Rechtsfortbildungsauftrags auf.³⁸

³² S. partiell auch schon Neuner JZ 2016, 435 ff. (436 ff.).

³³ S. ferner zur Freiheitsentziehung gem. Art. 104 Abs. 1 GG sowie zu Art. 2 Abs. 2 GG unten im Text bei Fn. 111 f.

³⁴ Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 203.

³⁵ Zur historischen Interpretation des Grundgesetzes s. näher Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 139 ff. m.w.N.; zur Bedeutung des einfachen Gesetzesrechts Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung, 1964.

³⁶ Ausführlich Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 77 m.w.N.

³⁷ S. auch den Bericht des Unterausschusses III des Verfassungskonvents, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, II, 1981, S. 302: „Im Hinblick auf die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit“ hielt der Ausschuss „einen ausdrücklichen Vorbehalt des Gesetzes“ für wünschenswert.

³⁸ S. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 37 Fn. 95 = Ges. Schriften, I, 2012, S. 3 ff. (S. 28 Fn. 95); H. Hofmann, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 18, 35; Staudinger/Honsell, 2018, BGB Einleitung § 1 Rn. 188;

Die Jahrzehnte später entwickelte Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes im Privatrecht beruft sich hingegen vor allem auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.³⁹ Beide Grundsätze begründen und verlangen indes eine Auslegungsmaxime, die einen Primat der gesetzlichen Regelebene gegenüber der allgemeineren Prinzipienebene festschreibt. Es geht daher bereits methodologisch nicht an, mittels eines Rückgriffs auf das Rechtsstaats- oder Demokratieprinzip die konkreten grundgesetzlichen Bestimmungen zu den richterlichen Rechtsfortbildungskompetenzen zu derogieren. Aber auch in der Sache stehen weder das Rechtsstaats- noch das Demokratieprinzip einer Rechtsfortbildung *praeter legem* entgegen. Den Zivilgerichten die Entscheidung wesentlicher Fragen vorzuenthalten, bringt keinen rechtsstaatlichen Gewinn, weder Rechtssicherheit noch befriedete Verhältnisse.⁴⁰ Die Rechtsschutzsuchenden bekommen Steine (formale Streitentscheidungen mit Verweis auf die gesetzgeberische Untätigkeit) statt Brot (materiale Streitentscheidungen). Ebenso wenig vermag das Demokratieprinzip einen Vorbehalt des Gesetzes zu begründen. Das Legitimationsniveau ist zwar umso höher, je präziser sich die gesetzgeberische Regelungsabsicht rekonstruieren und im Urteil umsetzen lässt, doch weisen auch gesetzliche, die Rechtsfortbildung leitende Prinzipien eine demokratische Legitimation auf, unabhängig davon, ob sie ausdrücklich normiert sind oder induktiv hergeleitet werden.⁴¹ Die Rechtsprechung ist darüber hinaus unmittelbar dem Konsensgedanken verpflichtet, muss Verkehrssitten und Handelsbräuche berücksichtigen und eine breite Akzeptanz des Urteilsspruchs anstreben, wie der Verweis auf die „guten Sitten“ in § 138 BGB exemplarisch zum Ausdruck bringt.⁴² Selbst wenn, rein hypothetisch, Vorgaben der Legislative zur Gänze fehlen würden,⁴³ lässt sich aus der gesetzgeberischen Passivität nicht des Volkes Wille herleiten, dass alles erlaubt ist, was gesetzlich nicht geregelt ist.⁴⁴ Das Interesse des Souveräns besteht vielmehr darin, dass Rechtsstreitigkeiten sachlich-argumentativ befriedet und nachhaltig beigelegt werden.

Das *BVerfG* geht zwar von keinem generellen Vorbehalt des Gesetzes im Privatrecht aus, doch leitet es verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung aus der Grundrechtsbeeinträchtigung ab. Es argumentiert im „*Scheinvater-Beschluss*“ mit der Schwere der verfassungsrechtlichen Belastung und sieht hierin den Maßstab und Grund einer Rechtsfortbildungssperre: „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 [...]“. ⁴⁴⁵ Dieses Belastungskriterium lässt sich jedoch eben-

Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 252; Neuner, Die Rechtsfindung *contra legem*, 2. Aufl. 2005, S. 6 ff., 47 ff.

³⁹ Vgl. oben Fn. 25 ff.

⁴⁰ S. auch Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 263 ff.

⁴¹ Vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 91 ff. m.umf.N.

⁴² Zu den „weichen“ Legitimationsfaktoren der Richterschaft (Öffentlichkeits- und Mündlichkeitsprinzip, Begründungserfordernis, Laienbeteiligung u.a.) s. Voßkuhle/Sydow JZ 2002, 673 ff. (680 ff.).

⁴³ Siehe zu den Grenzen des Demokratieprinzips auch unten im Text nach Fn. 71.

⁴⁴ Zur logischen und rechtlichen Unhaltbarkeit des „allgemeinen negativen Satzes“ eingehend Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 49 f. = Ges. Schriften, I, 2012, S. 3 ff. (39 f.); es überzeugt daher auch nicht die Position von Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 234, der zumindest generalklauselartige Kodifikationen fordert, soweit ein Sachbereich sich mit Spezialregelungen nicht angemessen erschließen lässt.

⁴⁵ BVerfGE 138, 377 ff. (Tz. 42).

so wenig wie die allgemeine Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes aus der *lex lata* herleiten. Die Schwere der Belastung erlangt im Rahmen der Grundrechtsabwägung und praktischen Konkordanz eine zentrale Bedeutung, führt aber nicht zu einer pauschalen Rechtsfortbildungsschranke. Weder aus den Grundrechten noch aus dem Rechtsstaats-, Demokratie- oder Gewaltenteilungsprinzip ergeben sich Anhaltspunkte, dass eine nach grundrechtlicher Abwägung *an sich* begründete Klage nur deshalb abzuweisen ist, weil es an einer expliziten Regelung fehlt. Die Zivilgerichte maßen sich auch bei stark belastenden Entscheidungen weder eine gesetzgeberische Rolle an (im Sinne einer abstrakt-generellen Regelsetzung) noch stellen sie ihre Bindung an das Gesetz (und damit die Funktion des parlamentarischen Gesetzgebers) in Frage. Sie wenden vielmehr die Grundrechte an, wozu sie gem. Art. 1 Abs. 3 GG ausdrücklich verpflichtet sind.⁴⁶ Das verfassungsrechtliche Gewicht der jeweils betroffenen Grundrechte determiniert die Abwägung, verändert jedoch nicht die Entscheidungskompetenz der Zivilgerichte und den Anspruch *aller* beteiligter Grundrechtsträger auf einen effektiven Rechtsschutz am Maßstab des jeweils einschlägigen Grundrechts.

(2) Antinomien

Wer epistemologisch die richterliche Bindung an das Gesetz zur Gänze oder zumindest im Hinblick auf die Prinzipienebene anzweifelt, wird der Wesentlichkeitstheorie nicht mehr abgewinnen können als die Einsicht: „Wesentlich ist, was das *BVerfG* dafür hält.“⁴⁷ Ein solcher Skeptizismus oder Nihilismus verkennt zwar die prinzipiellen richterlichen Erkenntnismöglichkeiten, doch befördert das *BVerfG* selbst solche Vorbehalte an der Wesentlichkeitstheorie, indem es Generalklauseln einerseits als anspruchsbegründende Normen anerkennt, wie etwa § 1618a BGB als Grundlage eines Auskunftsanspruchs,⁴⁸ andererseits aber einen analogen Rückgriff auf § 242 BGB für unzulässig erachtet.⁴⁹ Das Gericht ruft damit den Eindruck höchstrichterlicher Dezision selbst hervor und disqualifiziert das postulierte Wesentlichkeitskriterium.

Noch prekärer wirkt der Umstand, dass das *BVerfG* die von ihm formulierten verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung nicht auf die eigene Rechtsprechung bezieht und bei der höchstrichterlichen Fortbildung des Grundgesetzes unberücksichtigt lässt. So wäre bereits für die Einführung der Wesentlichkeitstheorie („Belastungskriterium“) nach den theorie-immanenten Maßstäben der verfassungsändernde Gesetzgeber, der *pouvoir constitué* zuständig gewesen, weil es für Restriktionen der Privatrechtsprechung im Sinne dieser Doktrin keine konkreten rechtsgesetzlichen Anknüpfungspunkte gibt. Darüber hinaus müsste sich die gesamte Rechtsprechung des *BVerfG* in permanentem *judicial self-restraint* üben und alle wesentlichen, mit schweren Belastungen verbundenen Entscheidungen dem verfassungsändernden Gesetzgeber überlassen. Das *BVerfG* bildet die Verfassung indes legitimerweise fort, setzt sich damit über das eigene Postulat hinweg und sollte die Zivilgerichte nicht mehr einschränken als sich selbst.

⁴⁶ Von einer „willkürlichen Behandlung durch den Staat“ (Berner RW 2020, 1 ff., 2) kann daher schwerlich die Rede sein.

⁴⁷ Kloepfer JZ 1984, 685 ff. (692).

⁴⁸ BVerfGE 96, 56 ff. (61 f.).

⁴⁹ BVerfGE 138, 377 ff. (Tz. 23 ff.).

Wendet man den Blick auf die einfachgesetzliche Ebene des Zivilrechts, würde ein Vorbehalt des Gesetzes nicht nur die Geltendmachung von Ansprüchen erschweren, sondern gleichermaßen die Berufung auf Einwendungen und Einreden blockieren. Bietet die Generalklausel des § 242 BGB keine Grundlage für einen Auskunftsanspruch (des Scheinvaters), müsste der gleiche restriktive Maßstab für die Beschränkung von Rechten gem. § 242 BGB gelten, etwa für die Verwirkung eines Anspruchs. Und können die Zivilgerichte noch über ein Rückkehrverbot beim Praxisaustausch zweier Ärzte rechtsfortbildend entscheiden, weil und sofern die Belastung für den Heimkehrwilligen verfassungsrechtlich besonders schwer wiegt? Was bleibt, ist Rechtsunsicherheit, hervorgerufen durch den untauglichen, bereits hermeneutisch zum Scheitern verurteilten Versuch, die Rechtsprechung mit kompetenziellen Mitteln auf einen „*bouche qui prononce les paroles de la loi*“ zu reduzieren.

(3) Konsequenzen

Während der Vorbehalt des Gesetzes von der Verwaltung ein schlichtes Unterlassen verlangt und Interventionen verbietet, sind im Privatrecht widerstreitende Interessen gleichberechtigter Akteure betroffen.⁵⁰ Ein Gesetzesvorbehalt impliziert hier kein bloßes Unterlassen, sondern die Klage wird mangels hinreichender gesetzlicher Vorgaben abgewiesen: Der Kläger verliert und trägt die Kosten des Verfahrens. Die unterbliebene richterliche Rechtsfortbildung ist deshalb ebenso wie das Unterlassen des Gesetzgebers kein einfaches Nichtstun. Es begünstigt den Beklagten und stellt im Gegenzug den Kläger schutzlos. Diese Konsequenzen werden auch gesehen und explizit gebilligt: „Der deliktsrechtliche Normenbestand (insbes. §§ 823 ff., 1004 BGB) ist Ausdruck dieses Gesetzesvorbehalts. Damit ist allerdings zugleich vorgegeben, dass deliktischer Schutz prinzipiell nicht über die geschriebenen Instrumentarien hinaus gewährt werden darf.“⁵¹

Was bedeutet dies konkret? Solange Verkehrspflichten nicht gesetzlich niedergeschrieben sind, gibt es keine deliktsrechtlichen Verhaltenspflichten zur Abwehr von Gefahrenquellen. Ein Schutz der reproduktiven oder informationellen Selbstbestimmung wäre mangels einer normtextuellen Grundlage gleichfalls zu versagen. Dasselbe gilt ganz allgemein für das Persönlichkeitsrecht, das man schwerlich im Sinne der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes als „Konkretisierung“ oder „Mediatisierung“ eines „sonstigen Rechts“ gem. § 823 Abs. 1 BGB verstehen kann. Selbst eine vorbeugende Unterlassungsklage wäre nicht möglich, sofern man diese allein auf das Rechtsprinzip zurückführt, dass Schadensverhütung besser ist als Schadensausgleich.⁵² Im Bereich des Vertragsrechts gäbe es weder ungeschriebene Kontrahierungspflichten noch „Schutzpflichten zugunsten Dritter“. Und schließlich hätten wir bis dato wilde, den freien Kräften überlassene Arbeitskämpfe, ohne gerichtliche Präjudizien für Aussperrungen, Kündigungen und Streikmaßnahmen.

Wie bereits diese wenigen Beispiele zeigen, führt die Lehre vom Gesetzesvorbehalt zu keiner neutralen, passiven Justiz. Die Gerichte stellen in einer Art „negativer Rechtsetzung“ fest, was vom Gesetzgeber nicht näher geregelt ist und damit rechtlich nicht geschützt wird. Es gilt der *favor libertatis*: Begünstigt wird die Freiheit des Angreifers, des Mächtigeren, der zulasten anderer tun und lassen kann, was er möch-

⁵⁰ Vgl. Classen JZ 2003, 693 ff. (696 f.) m.w.N.

⁵¹ Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 68.

⁵² Ausführlich Staudinger/Gursky, 2012, BGB § 1004 Rn. 13 m.w.N.

te, solange eine konkrete gesetzgeberische Regelung fehlt. Betroffen ist typischerweise der Schwächere, im Deliktsrecht das geschädigte Opfer, im Vertragsrecht die unterlegene Partei, eben alle diejenigen, die einen Übergriff nicht abwehren können oder auf sozialen Schutz angewiesen sind. Die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes privilegiert damit systematisch den Stärkeren und überlässt ihm den „gesetzesfreien“ Raum. Diese Begünstigung widerspricht elementaren Gerechtigkeitsanforderungen und befördert darüber hinaus schädigende Handlungen, die es aus ökonomischer und ökologischer Sicht zu vermeiden gilt. Es wird Verhalten nicht mehr gesteuert, es herrscht Nicht-Regulierung.

cc) Apologien

Dieser *favor libertatis* wird gleichwohl verteidigt. Er wird gerechtfertigt mit der klassischen staatsphilosophischen Argumentationsfigur des *status quo ante* (Ur-Zustand) sowie dem faktischen *status quo*. Zugunsten des Vorbehalts des Gesetzes werden zudem verfahrensrechtliche Optionen angeführt.

(1) *Status quo (ante)*

„Aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit“, schreibt *Carl Schmitt*, ergibt sich ein Verteilungsprinzip: „die Freiheitssphäre des einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre *prinzipiell begrenzt* ist.“⁵³ Legt man dieses sogenannte „rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“⁵⁴ zugrunde,⁵⁵ kann man nicht nur das Handeln des Staates für die Zwecke des Gemeinwohls, sondern auch für private Interessen als limitiert erachten. Soweit der Staat hiernach keine gesetzlichen Regelungen trifft, bleibt es beim vorstaatlichen, unregulierten, dem Naturzustand entsprechenden Freiheitsgebrauch. Plausibel wird allerdings nicht, was dieses Verteilungsprinzip legitimiert, geschweige denn als „rechtsstaatlich“ qualifiziert. Bereits die Herleitung aus der „Grundidee der bürgerlichen Freiheit“ wirkt zirkulär, zumal mit Blick auf die Demarkation konkurrierender Freiheitssphären. Auch die Vorstellung, dass die individuelle Freiheit dem Staat vorausliegt, begründet für sich noch keine Prädomination. Erst ein vom *zoon politikon* abgewandtes, egozentrisches Menschenbild, ausgerichtet auf prioritären Freiheits- und Besitzstandsschutz, erklärt das Verteilungsprinzip. Die Rolle des Verteilungsschlüssels übernimmt damit die *prima occupatio*, die als solche über Rationalität und Gerechtigkeit indes nichts aussagt. Was bleibt, ist eine Apologie des Zufälligen. Das Zufällige ficht die Vorstaatlichkeit der Freiheit nicht an, kann deren Priorität aber nicht rechtfertigen. Über dieses Legitimationsdefizit hilft auch der Arbeits- und Leistungsgedanke nicht hinweg, der keine a-historische oder a-soziale Größe darstellt, sondern von staatlichen Rahmenbedingungen essenziell geprägt wird. Und unabhängig vom „Natur-Zustand“: Hat der Souverän eine Rechtsordnung erlassen, ist diese als positives Recht zu interpretieren und nicht „naturrechtlich“ umzudeuten.⁵⁶ Selbst

⁵³ Schmitt, *Verfassungslehre*, 11. Aufl. 2017, S. 126.

⁵⁴ Dreier/Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Vorbem. vor Art. 1 GG Rn. 70; Isensee, *Handbuch des Staatsrechts*, XII, 3. Aufl. 2014, § 254 Rn. 76.

⁵⁵ S. auch Schmitt, *Verfassungslehre*, 11. Aufl. 2017, S. 158 f.; aus der Sekundärliteratur zuletzt Augsberg, *Theorien der Grund- und Menschenrechte*, 2021, S. 98 ff.

⁵⁶ Ähnlich Möllers, *Staat als Argument*, 2000, S. 270: „ohne im engeren Sinne grundrechtsdogmatische Relevanz“; anders Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG, 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 2: „Das

wenn das Narrativ vom ursprünglichen, nichtstaatlichen Gesellschaftsraum stimmt,⁵⁷ obliegt es den ursprünglich freien Individuen und nicht den Interpreten, verfassungsrechtlich festzulegen, welches Maß an individueller Freiheit sie aufgeben.

Die Begrenzung staatlichen Handelns mit entsprechenden „Freiräumen“ lässt sich des Weiteren auch nicht auf die Ordnungsaufgabe des Rechts und deren Ursprünge zurückführen. Geht man, so die Argumentation, „von einer lediglich subsidiären Ordnungsfunktion des Rechts aus, die nur dann eingreift, wenn in der realen Welt ein Ordnungsbedarf besteht, dann liegt gewissermaßen die Ur-Argumentationslast bei demjenigen, der die Notwendigkeit eines Eingreifens des Rechts bejaht.“⁵⁸ Diese Apologie des „*In dubio pro libertate*“-Grundsatzes setzt sich über den umfassenden Ordnungsbedarf in der realen Welt hinweg, der durch die permanent vorherrschende Knappheit von Gütern hervorgerufen wird.⁵⁹ Selbst im hypothetischen Fall eines partiellen Überflusses begründet ein nicht regelungsbedürftiges Segment keine subsidiäre Ordnungsfunktion des Rechts mit entsprechenden Argumentationslasten.

Der weitere Verweis auf „die unschädliche Freiheit des Einzelnen“⁶⁰ geht ebenfalls fehl. Viele alltägliche Handlungen berühren zwar keine Rechtsgüter oder Interessen Dritter, doch lässt sich aus diesen rechtlich irrelevanten Formen der Selbstbestimmung keine Zweifelsregel für die Freiheit ableiten. Rechtlich besehen ist die „unschädliche“ Freiheit von der „schädlichen“ Freiheit abzugrenzen, die wiederum mit der Unfreiheit Dritter korrespondiert. Irgendein Vorrang ist den Kategorien „unschädlich“ und „schädlich“ nicht zu entnehmen. Es bleibt daher zumeist bei zirkulären oder apodiktischen Zuweisungen der Begründungslast nach dem Motto: „Einschränkungen der Freiheit sind in einer liberalen Demokratie nur gerechtfertigt, wo für die Sicherheit der Andern notwendig.“⁶¹

Ähnliches gilt für die Feststellung: „Die Argumentationslast (liegt) bei demjenigen, der eine Veränderung des status quo anstrebt“⁶². Sofern diese Behauptung hinterfragt wird, versucht man sie ontologisch auf die Sterblichkeit des Menschen zurückzuführen: „Dadurch ist das Leben des Menschen stets zu kurz, um sich von dem, was er schon ist, in beliebigem Umfang durch Ändern zu lösen: er hat schlichtweg keine Zeit dazu. [...] Darum muß man, wenn man - unter den Zeitnotbedingungen unserer vita brevis - überhaupt begründen will, nicht die Nichtwahl begründen, sondern die

Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (...) legt die öffentliche Gewalt und die von ihr hervorbrachte Rechtsordnung auf eine prinzipielle Freiheitsvermutung fest. Dieses in seinem personalen Bezug grundlegende Freiheitsrecht knüpft an naturrechtliche Traditionen an und bestimmt mit der Verbindung von Menschsein und Freiheit einen Vorrang der Freiheit vor jeder kollektiv definierten Ergebnisgleichheit.“

⁵⁷ Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG, 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 4: „Die natürliche Freiheit der Bürger vor dem Staat lebt von dem Bild eines ursprünglichen, nichtstaatlichen Gesellschaftsraumes, in den einzugreifen die Hoheitsgewalt nur rechtsförmlich und unter sachlichen Rechtfertigungen befugt ist.“

⁵⁸ Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 152.

⁵⁹ Vgl. Richers, Rechtslast, 2017, S. 195 m.w.N.

⁶⁰ Maihofer, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 12 Rn. 125 (S. 504).

⁶¹ Maihofer, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 12 Rn. 125 (S. 504).

⁶² Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 152; ähnlich Pröls FS Georgiades, 2005, 1063 ff. (1075 f.); aus dem staatsrechtlichen Schrifttum Isensee AöR 140 (2015), 169 ff. (171).

Wahl (die Veränderung): die Beweislast hat der Veränderer.⁶³ An dieser Sichtweise ist richtig, dass infolge von Zeitnöten nicht immer alles beliebig oft änderbar ist, zumal durch Zeitablauf auch schutzwürdige Kontinuitätsersparungen begründet werden können (Ersitzung, Verjährung u.a.). Eine verallgemeinerbare Regel, insbesondere für unaufwendige Veränderungen, lässt sich aus der Endlichkeit menschlicher Existenz jedoch nicht ableiten.

Neben dem Faktor Zeit können ökonomische oder ökologische Aspekte für die Beibehaltung des *status quo* sprechen. Der *status quo* kann auch Wertungen widerspiegeln, die auf allgemeiner Akzeptanz beruhen (konsentiertere Standards) oder einen Vertrauenstatbestand vermitteln. Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt daher die Argumentationslast und es darf ein von der herrschenden Meinung formulierter, bislang nicht angegriffener rechtsdogmatischer Satz ohne Begründung erneut verwendet werden.⁶⁴ Mitunter schützt das Gesetz aus den übergeordneten Gründen des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit auch den bloßen Besitzstand (Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers, Verbot der Eigenmacht u.a.).

Es bedarf jedoch stets eines Sachgrundes, weshalb eine Sachlage beizubehalten ist. Die Sachlage als solche indiziert nichts. Dem *status quo* eine Argumentationsregel abzugewinnen, bleibt der vergebliche Versuch, aus dem schlichten Sein ein Sollen herzuleiten. Deshalb kann man „Beharrungsinteressen“ im Zweifel auch nicht „Änderungsinteressen“ pauschal vorziehen.⁶⁵ Weder bei der Interpretation der §§ 932 ff. BGB genießt „eine den Eigentumsübergang ablehnende Ansicht im Zweifelsfalle den Vorrang“ noch ist bei einem Streit über die Rechtswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen gem. § 823 Abs. 1 BGB „im Zweifel der verneinenden Lösung der Vorzug zu geben, da sie die Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruches vermeidet.“⁶⁶

(2) Verfahrensrecht

Flankierend zur Wesentlichkeitstheorie wird auf die prozessualen Mittel verwiesen, die gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers zur Verfügung stehen.⁶⁷ Eine *konkrete Normenkontrolle* gem. Art. 100 Abs. 1 GG setzt jedoch voraus, dass das Gericht ein „Gesetz“ für verfassungswidrig erachtet. Das bloße gesetzgeberische Unterlassen kann hingegen grundsätzlich nicht Gegenstand einer Vorlage sein. Lediglich bei einem „qualifizierten“⁶⁸ Unterlassen ist eine Vorlage möglich, wenn der Gesetzgeber auf einem Rechtsgebiet bereits tätig wurde und ein Gericht die erlassenen Vorschriften in Anbetracht einer grundrechtlichen Schutzpflicht für unzureichend hält.⁶⁹

Die Alternative einer *Verfassungsbeschwerde* gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG mit dem Ziel einer gesetzgeberischen Lückenfüllung hilft schon aufgrund der zeitlichen Dauer und des Rückwirkungsverbots in der Regel nicht weiter.⁷⁰ Vor allem aber be-

⁶³ Marquardt, Abschied vom Prinzipiellen, 1981, S. 4 ff. (16); rezipiert bei Isensee, Staat und Verfassung, 2018, S. 531 ff. (534).

⁶⁴ Ausführlicher Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, S. 320 ff., 334 ff.

⁶⁵ A.A. Prölss FS Georgiades, 2005, 1063 ff. (1076).

⁶⁶ So aber Prölss FS Georgiades, 2005, 1063 ff. (1076).

⁶⁷ Hillgruber JZ 1996, 118 ff. (120, 122, 124); Singer, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 215 ff.

⁶⁸ Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Müller-Terpitz, BVerfGG, 2021, § 80 Rn. 121.

⁶⁹ BVerfG NJW 2013, 1148 f. (1149); v. Mangoldt/Klein/Starck/Sieckmann/Kessal-Wulf, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 100 Rn. 18.

⁷⁰ Vgl. Lassahn, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, 2017, S. 190.

gründet das Untermaßverbot nur einen verfassungsrechtlichen Mindestschutz und erfasst nicht jenen gestaltungsoffenen Bereich, den der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst unkodifiziert beließ.⁷¹ Die Vorstellung, dass der Gesetzgeber im Bereich des Privatrechts alles Wesentliche selbst zu regeln hat, erweist sich auch in diesem prozessualen Kontext als unrealistisch. Das Parlament wäre nicht nur gänzlich überlastet, sondern kann das, was in zukünftigen Rechtsstreitigkeiten als „wesentlich“ erscheint, überhaupt nicht vollumfänglich antizipieren: Auch der demokratisch legitimierte Gesetzgeber vermag nicht zweimal in denselben Fluss zu steigen. Die Wesentlichkeitstheorie verlangt daher entweder vom Parlament etwas Unmögliches oder lässt das parlamentarische Unvermögen zum Nachteil einer Partei gereichen. So oder so: Das Demokratieprinzip stößt an seine Grenzen. Umso mehr gefordert ist deshalb die Rechtsfortbildung und nicht die Willkür in Form einseitiger Belastungen einzelner Privatrechtsakteure. Theoretisch bietet sich zwar noch die Anrufung einer Gesetzeskommission per *référé législatif* an, wie sie etwa aus dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten überliefert ist (Einl. §§ 47 ff.), doch hat sich auch dieses Modell als (praxis-)untauglich erwiesen.⁷²

2. Gemeinwohlinteressen

Sollen Grundrechte zugunsten von Gemeinwohlinteressen eingeschränkt werden, stellt sich erneut und unmittelbar die Frage der Freiheitsbegünstigung. Mittelbar wird die Freiheit begünstigt, soweit eine Rechtsfortbildung zugunsten von Gemeinwohlinteressen unzulässig ist.

a) Grundrechte

Viele, die den „*In dubio pro libertate*“-Grundsatz in polygonalen Grundrechtsbeziehungen für unanwendbar erachten, halten ihn zumindest in bipolaren Verhältnissen zwischen einem Grundrechtssubjekt und dem Staat, also insbesondere bei Eingriffen in den Privatrechtsverkehr zu Gemeinwohlzwecken, für einen sachgerechten Maßstab. Auch das *BVerfG* sprach in seiner frühen Rechtsprechung von einer „grundsätzlichen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers“⁷³, doch wird dies mittlerweile zu Recht nicht mehr judiziert.

aa) Rechtslage

„Der Staat ist um des Menschen willen da“, lautet die berühmte Eingangsformulierung im *Herrenchiemsee-Entwurf*. Die Grundrechte stehen deshalb am Anfang des Grundgesetzes und an deren Spitze wiederum der Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde. In diese Grundrechte darf der Gesetzgeber nicht unverhältnismäßig eingreifen, darf deren Wesensgehalt gem. Art. 19 Abs. 2 GG nicht antasten und muss die Gründe für sein freiheitseinschränkendes Legiferieren benennen, das heißt, jede Freiheitsbegrenzung „um des Menschen willen“ rational begründen. Er muss die Rechtsunterworfenen als Vernunftpersonen respektieren, einen Diskurs über sein Handeln ermöglichen und sich selbst Rechenschaft über freiheitseinschränkende

⁷¹ Vgl. Classen JZ 2003, 693 ff. (697 ff.); Neuner JZ 2016, 435 ff. (437).

⁷² Ausführlicher Miersch, Der sogenannte *référé législatif*, 2000, S. 158 ff.

⁷³ BVerfGE 17, 306 ff. (313 f.); ähnlich BVerfGE 42, 263 ff. (295).

Maßnahmen ablegen.⁷⁴ Diese Anforderungen sind der genetisch-historischen Auslegung des Grundgesetzes geschuldet, ungeachtet der Erkenntnis, dass „rationale Gesetzgebung [...] seit der Aufklärung ein Pleonasmus [...], ein unhintergebarer Maßstab für alle heutigen Formen der Rechtssetzung [ist].“⁷⁵

Aus dem allgemeinen *status negativus* oder *libertatis* folgt allerdings keine Nachrangigkeit staatlichen Handelns. Der Souverän muss sich nicht „rechtfertigen“, muss nicht sein „besseres Recht beweisen“.⁷⁶ Die „Rechtfertigung“ wird bereits antizipiert im demokratisch politischen Prozess, im Akt der Selbstbestimmung der Rechtsunterworfenen.⁷⁷ Die Grundrechte schränken die Gestaltungsmacht des parlamentarischen Gesetzgebers ein (*et vice versa*), doch bedarf die Legislative für ihr Handeln keiner Legitimation, die über das Mandat der Wählerschaft und den politischen Auftrag hinausgeht. Die in der Gesetzgebung zum Ausdruck gebrachte kollektive Selbstbestimmung wurzelt wie die individuelle Selbstbestimmung im Autonomiegedanken. Beide beruhen gleichermaßen auf der Kompetenz zur freien Willensbildung als Grundwert der Verfassung.⁷⁸ Darüber hinaus ist das Menschenbild des Grundgesetzes „nicht das eines isolierten, souveränen Individuums; das GG hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG.“⁷⁹ Eine gegenteilige Freiheitsvermutung würde die Gemeinschaftswerte *per se* in den Nachrang verweisen und scheidet folglich als Auslegungsmaxime von Verfassungen wegen aus.⁸⁰

Der parlamentarische Gesetzgeber wird des Weiteren auch nicht durch einen *numerus clausus* an vorgegebenen Gemeinschaftsgütern eingeschränkt.⁸¹ Er kann diese kraft seiner demokratischen Legitimation eigenständig definieren und als Gründe für sein Handeln anführen. Das *BVerfG* hebt zu Recht hervor, dass der Gesetzgeber Gemeinschaftsinteressen zu bestimmen vermag, die sich „erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben“, und es „den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber die Anerkennung nur versagen

⁷⁴ Ähnlich Eifert, Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 18 Rn. 72 (der sodann aber, Rn. 73, auch eine umfassende „Rechtfertigungslast des Staates“ annimmt).

⁷⁵ Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 458; s. auch Siehr VVDStRL 78 (2019), 393 ff. (410); Grigoleit 2. FS Canaris, 2017, 239 ff. (240 f.).

⁷⁶ A.A. Isensee, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 79; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 1 Rn. 3.

⁷⁷ Vgl. Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 282.

⁷⁸ S. zur Gleichwertigkeit individueller und demokratischer Selbstbestimmung auch Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 29 ff., 56 ff.; Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 48; Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 381: „Das System der Rechte verlangt die gleichzeitige und komplementäre Verwirklichung von privater und staatsbürgerlicher Autonomie, die, normativ betrachtet, gleichursprünglich sind und sich wechselseitig voraussetzen, weil eine ohne die andere unvollständig bliebe.“; speziell zur Gleichursprünglichkeit Lohmann in Hilgendorf/Zabel, Die Idee subjektiver Rechte, 2021, S. 53 ff. (66 ff.).

⁷⁹ BVerfGE 30, 1 ff. (20); BVerfGE 4, 7 ff. (15 f.); ferner BVerfGE 109, 133 ff. (151); BVerwG NVwZ 2021, 713 ff. (Tz. 15).

⁸⁰ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 164; Ossenbühl, Handbuch der Grundrechte, I, 2004, § 15 Rn. 23.

⁸¹ Vgl. v. Arnould in Bumke/Röthel, Privates Recht, 2012, S. 247 ff. (252); Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, GG, Stand 2021, Art. 12 Rn. 353.

[darf], wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind.“⁸²

bb) Apologien

Im Zivilrecht wird die „*In dubio pro libertate*“-Formel zumeist ohne nähere Begründung eingeführt oder mit einem bloßen Evidenzappell („rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit“⁸³) verbunden. Im Staatsrecht sind rein begriffsjuristische Ableitungen keine Seltenheit: „Grundrechtliche Freiheit soll individuelle Autonomie und selbstbestimmte Lebensgestaltung gewährleisten. Grundrechtsdogmatisch ergibt sich daraus eine prinzipielle Rechtfertigungslage [...].“⁸⁴ Sieht man von dem ebenfalls unsubstantiierten Versuch ab, eine Darlegungslast aus der Sicherung und Bewahrung vorstaatlicher Freiheit zu folgern,⁸⁵ bleibt im Wesentlichen nur die Berufung auf das Subsidiaritätsprinzip: Die „*In dubio pro libertate*“-Formel „hat, als küchenlateinisches Kürzel für das rechtsstaatliche Subsidiaritätsprinzip, dort Sinn, wo grundrechtslegitime private oder gesellschaftliche Selbstregulierung mit staatlicher Fremdregulierung konkurriert.“⁸⁶

En détail wird der Primat der Selbstregulierung häufig mit *von Hayeks* Idee vom „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“⁸⁷ und einem wesentlich effizienteren marktwirtschaftlichen Wettbewerbsmechanismus im Vergleich zu staatlicher Planung und Lenkung begründet.⁸⁸ Dem modernen Gesetzgeber fehle außerdem die Steuerungskompetenz, weil er kein überlegenes Wissen mehr besitze, vielmehr die „Institutionen“ (als Gegenbild des postmodernen Sozialstaats) das „kollektive Gedächtnis“ bilden.⁸⁹ Der Staat könne in einer „Gesellschaft der Netzwerke“ „primär nur als eine Art Moderator fungieren, der [...] die distribuierte ‚kollektive Intelligenz‘ zu erhalten und zu steigern sucht – jedenfalls aber nicht ein festes Regelsystem durchsetzt oder ein substantiell beschreibbares ‚Gemeinwohl‘ verfolgt.“⁹⁰ Darüber hinaus bewirke der „*Trickle-down-Effekt*“, dass Selbstorganisation und wachsender Wohlstand in oberen Schichten der Gesellschaft *peu à peu* auch unteren Schichten zugutekomme, frei nach *Mandevilles* Bienenfabel („*Private vices - Public benefits!*“).⁹¹

⁸² BVerfGE 13, 97 ff. (107); speziell zum Kontrollmaßstab auch BVerfGE 77, 84 ff. (106); BVerfGE 121, 317 ff. (350).

⁸³ Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 118.

⁸⁴ Dreier/Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Vorbem. vor Art. 1 GG Rn. 70; ohne nähere Begründung (nur in Auseinandersetzung mit Einwänden) Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 517 f.; unter Berufung auf den „*status libertatis naturalis fictivus*“ Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 212 ff.

⁸⁵ S. dazu bereits oben im Text bei Fn. 53 ff.

⁸⁶ Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 47.

⁸⁷ von Hayek, Freiburger Studien, 1969, S. 249 ff.

⁸⁸ Engert in Grundmann/Möslein, Innovation und Vertragsrecht, 2020, S. 153 ff. (154 f.) m.umf.N.

⁸⁹ Ladeur in Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, S. 599 ff. (621 ff.: „Institutionen als Platzhalter der verlorenen Transzendenz“); s. auch Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 36.

⁹⁰ Ladeur in Depenheuer/Grabenwarter, Verfassungstheorie, 2010, S. 599 ff. (631).

⁹¹ Mit Bezug auf ein liberales Grundrechtsverständnis überblicksartig Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021, S. 40 ff.

Ob es sich bei diesen Deutungen des Subsidiaritätsprinzips um richtige, empirisch belastbare Beobachtungen handelt, ist schon wegen der Gefahr freiheitsbeeinträchtigender Wirtschaftsmacht zweifelhaft.⁹² Jedenfalls ist das Prinzip der Subsidiarität unter rechtsstaatlichen und demokratischen Auspizien restriktiv zu interpretieren. Es besagt lediglich, dass der Staat die Eigenständigkeit der unteren Sozialeinheiten zu respektieren hat und deren originäre Kompetenzen nicht an sich ziehen darf.⁹³ Es garantiert dem Einzelnen einen Freiraum selbstbestimmten Handelns und sichert auch anderen kleineren sozialen Einheiten Autarkie, namentlich Familien. Man kann hierin eine Form „vertikaler Gewaltenteilung“ sehen. Das Subsidiaritätsprinzip begründet indessen keine darüberhinausgehende Kompetenzvermutung zugunsten des *homo singularis*, die mit den Grundprinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats sowie dem gesamten Selbstverständnis des Grundgesetzes als offene Gesellschaftsverfassung unvereinbar wäre. In der weiteren Folge ist die selbstregulierende Ordnung der Wirtschaft oder der „Netzwerke“ auch nicht prioritär, sondern der Gesetzgeber verfügt über eine konkurrierende Kompetenz zur privatrechtlichen Sozialgestaltung.⁹⁴ Die gegenläufige Forderung, daß der Gesetze nicht mehr sind, als das Wohl der Bürger und des Staates unbedingt erfordert, erweist sich als (wirtschafts-)liberaler Oktroi. Es sind die Bürgerinnen und Bürger selbst, die über ihr Wohl und die Zahl ihrer Gesetze zu befinden haben.

cc) Beispiel: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Die Thematik lässt sich am Beispiel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) gut illustrieren, dessen Einführung rechtspolitisch höchst umstritten war.⁹⁵ Ungeachtet der Kritik an dem legislativen Vorhaben, hatte der Gesetzgeber ein demokratisches Mandat, um (über verschiedene EU-Richtlinien hinaus) seine gesellschaftspolitischen Ziele zu definieren und zu verfolgen: Schutz des Einzelnen vor Diskriminierung, überindividueller Gruppenschutz durch Ausgleich struktureller Beeinträchtigungen sowie Schutz der Allgemeinheit durch Befriedung.⁹⁶ Mit der Benennung und Erläuterung solcher Zwecke genügt der Gesetzgeber den allgemeinen Rationalitätsanforderungen, die einen kritischen Diskurs über sein Handeln ermöglichen. Der Gesetzgeber muss sich indes nicht rechtfertigen, muss nicht „sein besseres Recht beweisen“, muss kein „Marktversagen“ darlegen oder sonstige Missstände belegen. Er hat vom Wähler einen politischen Auftrag erhalten, der ihn zum Handeln berechtigt und ihm ebenso vom Wähler wieder entzogen werden kann.

Trotzdem wird vom demokratischen Gesetzgeber verlangt, dass er sich für die Einführung von Diskriminierungsverboten rechtfertigt.⁹⁷ Aber warum? „Kurz: der kate-

⁹² Vgl. Kriele, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2011, § 118 Rn. 3; prononcierter Keller, Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes, 1960, S. 279: „anarchistischer Individualismus“, „Manchesterliberalismus“.

⁹³ S. auch schon Herzog Der Staat 2 (1963), 399 ff. (423); Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 110.

⁹⁴ So bereits Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 276 ff.; ferner v. Arnald in Bumke/Röthel, Privates Recht, 2012, S. 247 ff. (268); Scholz, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2010, § 175 Rn. 43.

⁹⁵ Ausführlicher (und mit sachlicher Zwischenbilanz) Armbrüster FS R. Singer, 2021, 13 ff.

⁹⁶ Vgl. u.a. BT-Drs. 16/1780, 20; aus der Literatur Mansel 1. FS Canaris, I, 2007, 809 ff. (829); Neuner JZ 2003, 57 ff. (58 f.).

⁹⁷ Reichold ZfA 2006, 257 ff. (271).

goriale Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft hat sich auch darin zu bewähren, dass bei der etwaigen Überprüfung privatrechtlichen Handelns auf ‚politische Korrektheit‘ die Vermutung ‚in dubio pro libertate‘ gelten muss und vom Gesetz nicht konterkariert werden darf.⁹⁸ Typischerweise wird auch hier erst gar nicht eine Rückbindung an die Vorgaben der Verfassung versucht, sondern die schlagwortartige, gleichsam zirkuläre Berufung auf jene sehr komplexe und ihrerseits äußerst umstrittene Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft dient als rhetorischer Kunstgriff für die Ausrufung des ‚In-dubio‘-Satzes.⁹⁹

Der Gesetzgeber braucht sich für Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierungen zwar nicht zu rechtfertigen, jedoch sind die Schranken seines Gestaltungsspielraums ebenso klar vorgezeichnet: Er darf in die Grundrechte des belasteten Freiheitsträgers nicht unverhältnismäßig eingreifen und deren Wesensgehalt gem. Art. 19 Abs. 2 GG nicht antasten. Verfassungsrechtlich stark angreifbar ist daher die These, dass jede Ungleichbehandlung im Privatrechtsverkehr, d. h. jede ‚nicht-identische Behandlung mindestens zweier Personen in einer – auch nur hypothetischen – Vergleichssituation‘, rechtfertigungsbedürftig sei.¹⁰⁰ Mit diesem Postulat wird nicht mehr die kollektive Selbstbestimmung beschnitten, sondern umgekehrt die individuelle Selbstbestimmung negiert und aufgehoben. Denn ‚die private Autonomie reicht soweit, wie das Rechtssubjekt *nicht* Rede und Antwort stehen, für seine Handlungspläne *keine* öffentlich akzeptablen Gründe angeben muß.¹⁰¹

b) Rechtsfortbildung

Das Privatrecht berücksichtigt Gemeinwohlbelange allenthalben. Beginnend mit der Gewährleistung von Verkehrssicherheit und Rechtsklarheit über Formvorschriften, die die Steuererhebung oder eine behördliche Kontrolle erleichtern sollen, bis hin zum lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz gem. § 3 UWG, dem Gebot von ‚Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte‘ gem. § 242 BGB oder dem Verweis auf die ‚guten Sitten‘ in §§ 138 Abs. 1, 826 BGB. Die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes bereitet auch in diesen Konstellationen erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Insbesondere bei Generalklauseln ist äußerst zweifelhaft, ob der Gesetzgeber mit der Benennung bloßer Blankettbegriffe tatsächlich alle ‚wesentlichen‘ Entscheidungen selbst getroffen hat.

Noch problematischer sind die Folgen eines *favor libertatis*: Werden Rechtsgebiete überhaupt nicht vom Gesetzgeber ausgestaltet, bleiben nach der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes Gemeinwohlbelange bei der Bestimmung der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens außen vor. So dürften beispielsweise Arbeitskämpfe ohne Rücksicht auf die allgemeine Daseinsvorsorge geführt werden. Auch das Argument der Rechts- und Verkehrssicherheit könnte zur Ausfüllung von Gesetzeslücken nicht eingebracht werden. Hält man die ‚Gute Sitten‘-Klausel in § 138 Abs. 1 BGB für keine hinrei-

⁹⁸ Reichold ZfA 2006, 257 ff. (267).

⁹⁹ Zur Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft für das Privatrecht Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 ff.; zur Ideengeschichte Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 29 ff., 63 ff.; Luhmann, Soziologische Aufklärung, IV, 5. Aufl. 2018, S. 65 ff.

¹⁰⁰ Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 750 ff.; differenzierend im Sinne einer Sphärentheorie hingegen Mangold, Demokratische Inklusion und Recht, 2021, S. 421 ff.

¹⁰¹ Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 153.

chende „Ermächtigung“ der Judikative, wären Verträge, die die Sicherheit des Straßenverkehrs gefährden (Kauf eines Radarwarngeräts¹⁰²) oder darauf abzielen, die Allgemeinheit zu täuschen (Kauf eines akademischen Titels¹⁰³), allesamt rechtmäßig. Auch die Berufung auf einen wirksamen Unterhaltsverzicht in einem Ehevertrag könnte gem. § 242 BGB nicht mehr mit der Begründung für treuwidrig erklärt werden, dass der Verzichtende sonst auf Sozialhilfe angewiesen wäre.¹⁰⁴

Insgesamt erweist sich die Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes auch bei Eingriffen in den Privatrechtsverkehr zu Gemeinwohlzwecken als inadäquat. Die Judikative ist hier ebenso und aus denselben Gründen wie bei kollidierenden Grundrechten¹⁰⁵ zur Rechtsfortbildung prinzipiell berechtigt.¹⁰⁶

3. Eigeninteressen

Wird in Grundrechte eingegriffen, um den Grundrechtsberechtigten selbst zu schützen, handelt es sich in der Regel um Paternalismus, das Gegenteil von Freiheitsbegünstigung.

a) Grundrechte

Im wissenschaftlichen Diskurs wird auf vielfältige Weise versucht, den Schutz des Menschen vor sich selbst als Eingriff *pro libertate* zu rechtfertigen. Man unterscheidet zwischen dem jetzigen und dem zukünftigen Selbst („*multiple-selves theory*“), zwischen Kurz- und Langzeitpräferenzen oder verweist auf den Erhalt „zukünftiger“ Freiheiten.¹⁰⁷ Mit der Idee der Freiheit lassen sich diese Relativierungen allerdings schwer vereinbaren, weil es allein dem Betroffenen obliegt, über seine Zukunft zu befinden, Handlungsmöglichkeiten zu gewichten und selbstbestimmt das zu tun, was er tun möchte. Untersagt das Gesetz einem freien Bürger oder einer freien Bürgerin, über zukünftiges Vermögen Verpflichtungen einzugehen (§ 311b Abs. 2 BGB), dem Ärzteteam eine „Odysseus-Anweisung“ zu geben (§ 630d Abs. 3 BGB) oder einer anderen Person eine unwiderrufliche Generalvollmacht zu erteilen (§ 138 Abs. 1 BGB), sind dies alles harte paternalistische und keine freiheitsbegünstigenden Maßnahmen.

Können Personen keinen freien Willen bilden, ist ihr natürlicher, unreflektierter Wille Ausdruck des verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrechts.¹⁰⁸ Bei „weichem“ Paternalismus, der in Form von „*nudges*“ darauf abzielt, Präferenzen zu überdenken, wird gleichfalls die Freiheit eingeschränkt, wenn etwa zum Schutz vor Übereilung die Teilnahme an einem Beratungsgespräch oder die Einhaltung einer bestimmten Form verlangt wird.

Sämtliche dieser paternalistischen Grundrechtseingriffe müssen sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientieren. Bei gleicher Eignung ist jeweils das mildere

¹⁰² Zur Sittenwidrigkeit BGH NJW 2010, 610 ff. (Tz. 13); 2005, 1490 f.

¹⁰³ Zur Sittenwidrigkeit OLG Koblenz NJW 1999, 2904 f.

¹⁰⁴ Zur Treuwidrigkeit BGH NJW 1991, 913 ff.

¹⁰⁵ S. oben im Text bei Fn. 32 ff.

¹⁰⁶ S. mit Verweis auf das Rechtsverweigerungsverbot auch Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 673 ff. (687, 691).

¹⁰⁷ Ausführlicher Neuner JZ 2020, 269 ff. (274 f.) m.umf.N.

¹⁰⁸ BVerfGE 142, 313 ff. (Tz. 72 ff.); Lindner/Huber NJW 2017, 6 ff. (7).

Mittel zu wählen. „Harter“ Paternalismus kommt nur als *ultima ratio* in Betracht. § 1906a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB sieht daher vor, dass der Betreuer in eine ärztliche Zwangsmaßnahme erst dann einwilligen darf, „wenn die ärztliche Zwangsmaßnahme zum Wohl des Betreuten notwendig ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden“. Desgleichen muss bei einer freiheitsentziehenden Maßnahme gem. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB ein erheblicher Schaden „drohen“. Schlichte Zweifel, ob eine Gefahr sich verwirklichen wird, reichen hingegen nicht aus, um einen solchen harten gesetzgeberischen Paternalismus zu legitimieren. Man kann dies als Ausprägung des „*In dubio pro libertate*“-Satzes interpretieren. Zu demselben Ergebnis gelangt man allerdings auch ohne Rückgriff auf die Zweifels-Formel. Fasst man das Erforderlichkeitskriterium entsprechend weit, bleibt die gesamte Argumentation im Spektrum des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁰⁹ So ist beispielsweise auch ein Einwilligungsvorbehalt gem. § 1903 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich anzuordnen, „soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist.“ Man kann hier ebenfalls sagen, es gilt der Grundsatz „*in dubio pro libertate*“, doch führt diese Feststellung nicht über die Anforderungen der Verhältnismäßigkeitsmaxime hinaus, wonach ein Einwilligungsvorbehalt nur angeordnet werden darf, wenn „keine weniger gravierenden Maßnahmen [...] zur Gefahrenabwehr ausreichen“.¹¹⁰ Auch sonstige paternalistische Maßnahmen lassen sich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz adäquat begrenzen, ohne dass es zusätzlicher Kriterien bedarf.

b) Rechtsfortbildung

Paternalistische Maßnahmen, die mit einer Freiheitsbeschränkung verbunden sind, können nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG „nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes“ erfolgen (s. auch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG). Zwangsweise zivilrechtliche Unterbringungen durch einen Betreuer, Vormund, Pfleger oder die Eltern müssen deshalb gesetzlich geregelt sein (vgl. §§ 1906, 1800 Satz 1, 1915 Abs. 1 Satz 1, 1631b BGB). Aus diesem Vorbehalt des Gesetzes resultiert zugleich ein Verbot der analogen Anwendung.¹¹¹

Paternalistische Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit dürfen ebenfalls „nur auf Grund eines Gesetzes“ stattfinden (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 3 GG). Folgerichtig hat der BGH eine ambulante Zwangsbehandlung (Dauermedikation mit Neuroleptika) für nicht genehmigungsfähig erachtet und Analogieschlüsse für unzulässig erklärt.¹¹² Nur wenn der Grundrechtssträger einwilligt, ist der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit selbstbestimmt und gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat allerdings die für Minderjährige höchst grundrechtsrelevante und „wesentliche“ Frage bislang nicht geregelt, ab welchem Alter man üblicherweise einwilligungsfähig wird.

Bei sonstigen paternalistischen Maßnahmen besteht *e contrario* grundsätzlich kein Vorbehalt des Gesetzes.¹¹³ Auch ohne explizite gesetzliche Regelung sind daher eini-

¹⁰⁹ Ähnlich Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 63.

¹¹⁰ MüKoBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, BGB § 1903 Rn. 17; s. auch BayObLG NJW-RR 2003, 871 f. (871); BeckOGK/Schmidt-Recla, 2022, BGB § 1903 Rn. 39.

¹¹¹ BVerfGE 29, 183 ff. (196); Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 3. Aufl. 2018, Art. 104 Rn. 34 m.w.N.

¹¹² BGHZ 145, 297 ff. (304, 308); zur unveränderten aktuellen Rechtslage BeckOGK/Brilla, 2022, BGB § 1906a Rn. 12 ff.

¹¹³ S. auch schon oben im Text bei Fn. 33 ff.

ge fundamentale Rechte unverfügbar (die eigene Rechtsfähigkeit, der bürgerliche Name) und bestimmte Erklärungen zwingend widerrufbar (etwa eine Generalvollmacht).¹¹⁴ Analogieschlüsse sind in der weiteren Konsequenz zulässig, es sei denn, das einfache Gesetz gewichtet das Gleichbehandlungsgebot ausnahmsweise nachrangig.

III. Privatrecht

Im Privatrecht stellt sich die „*Pro libertate*“-Problematik vor allem bei der Auslegung von Normen, aber auch bei der Interpretation von Willenserklärungen und Einwilligungen.

1. Normen

Normen des Privatrechts werden nicht selten „*in dubio pro libertate*“ interpretiert, doch handelt es sich hierbei um keine eigenständige Auslegungsdirektive. Die Berufung auf die Zweifelsregel ist entweder redundant oder unschlussig. Die Auslegung hat allein den allgemeinen verfassungs- und methodenrechtlichen Vorgaben zu folgen. Verschiedene Normtypen sind zu unterscheiden:

a) Ausnahmebestimmungen

Wird die Privatautonomie durch einen Ausnahmetatbestand eingeschränkt, führt die Auslegungsregel „*singularia non sunt extendenda*“ zu einer Begünstigung der Freiheit. In einer streng restriktiven Lesart ist diese Parömie jedoch unhaltbar, weil ein Ähnlichkeitsschluss zwischen einem ausdrücklich geregelten und einem zweiten, nicht explizit normierten Ausnahmetatbestand auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung beruht und der Effektivierung der Gesetzesbindung dient.¹¹⁵ Unzulässig ist nur, die Ausnahme durch die Herausbildung eines allgemeinen Prinzips zur Regel zu erheben. Zudem trägt die Argumentationslast, wer einen Ähnlichkeitsschluss zwischen zwei Sondertatbeständen ziehen und damit über den Wortlaut des Gesetzes hinaus judizieren möchte.

So wird beispielsweise das Zessionsrecht vom Grundsatz der Abtretungsfreiheit beherrscht und die beiden Abtretungsverbote des § 399 BGB bilden Ausnahmetatbestände. Wenn nun gefordert wird, § 399 BGB „*in dubio pro libertate*“ auszulegen,¹¹⁶ stimmt dies mit anerkannten Methodenstandards insoweit überein, als eine Rechtsfortbildung rechtfertigungsbedürftig ist und die Ausnahmetatbestände mittels Induktion ihren Sonderstatus nicht verlieren dürfen. Im Übrigen ist eine extensive Interpretation in den Grenzen der gesetzgeberischen Zwecksetzungen aber zulässig.

¹¹⁴ S. näher Neuner JZ 2020, 269 ff. (275 f.) m.w.N.

¹¹⁵ S. nur Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 181 f. = Ges. Schriften, I, 2012, S. 3 ff. (155 f.).

¹¹⁶ BeckOGK/Lieder, 2021, BGB § 398 Rn. 4, § 399 Rn. 5.

b) Generalklauseln

Mitunter wird auch bei der Auslegung von Generalklauseln die „*In dubio pro libertate*“-Formel herangezogen. So sei eine auf Treu und Glauben gem. § 242 BGB gestützte Rechtseinschränkung im Zweifel abzulehnen,¹¹⁷ ebenso wie eine Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 BGB.¹¹⁸ Dieser Ansicht ist schon aus historischen Gründen insofern beizupflichten, als bei der Annahme von Sitten- oder Treuwidrigkeit große Zurückhaltung geboten ist, ungeachtet aller definitorischen Schwierigkeiten. Das Gebot einer restriktiven Interpretation geht allerdings von keinem „liberalen“ Impetus aus. Es beruht vielmehr auf der inhaltlichen Unbestimmtheit von Generalklauseln, auf der Einbeziehung von Moralvorstellungen und der damit einhergehenden Gefahr der Ideologisierung und Instrumentalisierung. Die Auslegungsmaxime lautet daher aus erkenntnistheoretischen und nicht aus freiheitsbegünstigenden Gründen „im Zweifel keine Sitten- oder Treuwidrigkeit“. Eine „freiheitliche“ Zweifelsregel böte überdies bei mehreren Freiheitsträgern mit divergierenden Interessen keinen Ausweg.¹¹⁹ Wird das Verhalten des Geschäftspartners oder eines Dritten im Zweifel nicht als unbillig gem. §§ 138, 242 BGB erachtet, wirkt sich dies für die andere Seite potenziell nachteilig aus und bedeutet das Gegenteil einer Freiheitsbegünstigung. Sind staatliche Belange oder paternalistische Erwägungen im Zweifel ungeeignet, eine Sitten- oder Treuwidrigkeit zu begründen, mag man von einer „mittelbaren“ Freiheitsbegünstigung sprechen, genauer formuliert handelt es sich um eine „unterlassene Freiheitseinschränkung“.

c) Zwingendes Recht

Bereits dispositives Recht greift prinzipiell in Grundrechte ein.¹²⁰ Ein solcher Grundrechtseingriff ist im Vergleich zu zwingendem Recht allerdings das mildere Mittel und deshalb vom Gesetzgeber zu präferieren, solange die verfolgten Zwecke in gleicher Weise durch eine abdingbare Norm erreichbar sind. Dieses verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit schlägt auf die Auslegung einfachen Rechts durch und impliziert im Ausgangspunkt eine Vermutung zugunsten dispositiven Rechts.

Soll eine Norm dem Gemeinwohl, dem Schutz einer Vertragspartei oder Drittinteressen dienen, ist jedoch typischerweise zwingendes Recht das effektivere Mittel zur Verfolgung der gesetzgeberischen Ziele. In aller Regel sind die intendierten Zwecke durch eine abdingbare Norm nicht in gleichem Maße erreichbar. Die Ausgangsvermutung ist daher für diese Fälle widerlegt und lässt sich auch nicht pauschal auf die „*In dubio pro libertate*“-Formel stützen.¹²¹ Erforderlich ist eine Differenzierung nach den geschützten Interessen:

¹¹⁷ BeckOGK/Kähler, 2021, BGB § 242 Rn. 62.

¹¹⁸ Coester-Waltjen FS BGH, I, 2000, 985 ff. (1008); MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, BGB § 2074 Rn. 20.

¹¹⁹ S. oben im Text bei Fn. 8 ff.

¹²⁰ Zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen Tobisch, Dispositives Recht und Grundgesetz, 2021, S. 155 ff.

¹²¹ A.A. Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 363 ff. (i.V.m. S. 256 ff.).

Sollen *Drittinteressen* etwa von Mietern oder Arbeitnehmern geschützt werden, gibt es keine Vermutung für die Abdingbarkeit gesetzlicher Regelungen. Trifft der Hauseigentümer mit dem Erwerber oder der Betriebsinhaber mit dem Übernehmer eine Vereinbarung, steht der gesetzliche Schutz involvierter Dritter im Zweifel nicht zur Disposition der Vertragsparteien. Die Privatautonomie rechtfertigt keine Vermutung zulasten Dritter.

Dienen gesetzliche Regelungen dem *Gemeinwohl*, besteht ebenfalls keine Vermutung zugunsten dispositiven Rechts. Will der Gesetzgeber Verkehrssicherheit oder Rechtsklarheit, Umwelt- oder Gesundheitsschutz gewährleisten, ist die gesetzliche Ausgestaltung in Form abdingbaren oder zwingenden Rechts nicht präjudiziert. Auch *de constitutione lata* gibt es keine Zweifelsregel zugunsten von Eigennutz.¹²²

Werden *Parteinteressen* geschützt, kommt es auf den konkreten Zweck an. Wird das natürliche Wollen, das „*Wollen erster Ordnung*“¹²³ durch eine Zwangslage, eine Täuschung oder einen einfachen Irrtum beeinträchtigt, besteht primär die Möglichkeit der Anfechtung. Der Betroffene kann selbst darüber befinden, ob er sich von dem anfechtbaren Rechtsgeschäft wieder lösen möchte oder nicht. Eine Anfechtung ist grundsätzlich dispositiv und deren Abbedingung rechtstechnisch als Verzicht einzuordnen.¹²⁴

Das „*Wollen zweiter Ordnung*“ dient dazu, auf einer reflexiven Ebene den natürlichen, spontanen Willen, das „*Wollen erster Ordnung*“ zu evaluieren. Ist diese Kompetenz beeinträchtigt, kann der Gesetzgeber entweder intervenieren, um das Ausnutzen von Schwächen des Vertragspartners (bei Haustürgeschäften oder bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen) zu verhindern, oder Optimierungsmaßnahmen ergreifen, um (endogen bedingte) Defizite zu kompensieren (durch Aufklärungspflichten, Formerfordernisse oder etwa die Einräumung von Bedenkzeiten). Identifiziert der Gesetzgeber eine Beeinträchtigung des reflexiven Wollens, wäre es unplausibel, die Schutzmaßnahme zur Disposition desjenigen zu stellen, dem die Kompetenz abgesprochen wird, ohne Schutzmaßnahme sein unmittelbares Wollen kritisch hinterfragen und an Gründen messen zu können. Eine Vermutung zugunsten der Abdingbarkeit solcher Schutzmaßnahmen besteht daher nicht. Angreifbar ist höchstens die jeweils zugrundeliegende gesetzgeberische Annahme einer Ungleichgewichtslage.

Es verbleiben rein paternalistische Eingriffe, mit denen zwar häufig Gemeinwohlbelange einhergehen oder Ungleichgewichtslagen verbunden sind, die aber auch ausschließlich „fürsorglichen“ Charakter zum Schutz fremddefinierter Interessen haben können. Solche massiven Eingriffe in die Freiheit eines Freien sind jedenfalls nur dann zu rechtfertigen, wenn kein Zweifel über das Erfordernis der Maßnahme besteht. Man wird daher auch klare gesetzliche Vorgaben verlangen müssen, um rein paternalistische Regelungen als *ius cogens* einordnen zu können, anderenfalls greift die Freiheitsvermutung (als Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).

¹²² S. oben im Text bei Fn. 73 ff.

¹²³ Zu den verschiedenen Formen des Wollens ausführlicher Neuner FS R. Singer, 2021, 471 ff. (472 ff.).

¹²⁴ S. näher, auch zur Dispositivität der Haftung aus c.i.c., Wiegand, Vertragliche Beschränkungen der Berufung auf Willensmängel, 2000, S. 87 ff.

d) Sonderregelungen

Gelten Normen lediglich für eine spezielle Personengruppe, werden statusbezogene ebenso wie freiheitsbegünstigende Auslegungsdirektiven vertreten. Verbraucherschützende Vorschriften sollen demnach „*in dubio pro consumatore (consumente)*“¹²⁵ oder umgekehrt „*pro libertate*“¹²⁶ interpretiert werden. Beide Ansätze sind unschlüssig. Erachtet der Gesetzgeber den Verbraucher in besonderen Konstellationen als schutzbedürftig, besteht methodisch kein Raum, über das vorgesehene Schutzniveau hinauszugehen.¹²⁷ Im Unterschied zu einem Analogieschluss wird bei einer generellen Zweifelsregel Gleiches nicht gleichbehandelt, sondern Verbraucher werden *kategorial* anders gestellt und damit die gesetzliche Grundannahme der (formalen) Gleichheit aller Privatrechtssubjekte aufgehoben. In der Gegenrichtung ist es ebenso verfehlt, das Schutzniveau unter Berufung auf die Privatautonomie im Zweifel abzusenken. Sieht der Gesetzgeber einen speziellen Schutz des Verbrauchers vor, gibt es keine logischen oder normativen Anhaltspunkte, dass er diesen Schutz im Zweifel nicht will.

Was für die Interpretation verbraucherschützender Bestimmungen gilt, gilt auch für andere Sonderregelungen. Werden arbeits- oder urheberrechtliche Vorschriften interpretiert, sind Vermutungen zugunsten von Arbeitnehmern oder Urhebern genauso deplatziert wie zugunsten der Freiheit.¹²⁸ Selbst § 305c Abs. 2 BGB, der besagt, dass Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zulasten des Verwenders gehen, erfasst nur Erklärungen des Verwenders, nicht aber autoreflexiv die Norminterpretation.

2. Willenserklärungen

Willenserklärungen sind entweder subjektiv im Sinne des Gewollten oder normativ aus Sicht des Erklärungsempfängers zu erfassen. Bei der Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen ist grundsätzlich der Wille des Erklärenden und damit das Prinzip der Selbstbestimmung maßgeblich. Die meisten Willenserklärungen greifen jedoch in den Rechtskreis eines anderen ein, sodass die Grundsätze des Vertrauens- und Verkehrsschutzes verlangen, den Sinn der Erklärung so zu ermitteln, wie ihn der Empfänger redlicherweise verstehen konnte (§§ 133, 157 BGB). Für eine generelle Zweifelsregel „*in dubio pro libertate*“, die sich zulasten des Empfängers auswirken würde, besteht kein Raum. Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt, gilt vielmehr umgekehrt „*in dubio contra preferentem*“ (§ 305c Abs. 2 BGB).

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, erstreckt sich nach § 139 BGB die Nichtigkeit auf das ganze Rechtsgeschäft, sofern nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Diese Vermutungsregel dient der Privatautonomie und wirkt damit *pro libertate*, weil die Parteien nicht an den Restbe-

¹²⁵ Rösler/Tonner JZ 2006, 400 ff., 402 ff. (jeweils zum Gemeinschaftsrecht); zur eigenwilligen Latinisierung Adomeit JZ 2006, 557.

¹²⁶ Reichardt, Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr, 2008, S. 69.

¹²⁷ S. Riesenhuber JZ 2005, 829 ff.

¹²⁸ Vgl. Riesenhuber/Rebhan/Franzen, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 17 Rn. 18 ff.; Riesenhuber/Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 57.

stand eines Rechtsgeschäfts gebunden werden, den sie als selbständigen Teil überhaupt nicht gewollt haben.¹²⁹

3. Einwilligungen

Eine Einwilligung ist, wie eine empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Kommunikationsakt, darauf gerichtet, dem Adressaten ein bestimmtes Handeln zu gestatten. Auch Einwilligungen sind daher analog §§ 133, 157 BGB im Lichte „von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ auszulegen,¹³⁰ ohne dass eine Zweifelsregel eingreift.

Eine Ausnahme gilt, wenn ein Patient außer Stande ist, in eine Heilbehandlung einzuwilligen und sich der mutmaßliche Wille im Hinblick auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation nicht ermitteln lässt. Ein Betreuer, ein sonstiger Vertreter oder der Notarzt haben in diesem Fall *in dubio pro vita* und damit inzidenter *in dubio pro libertate* zu entscheiden, um (idealerweise) dem Genesenen zukünftige Handlungsoptionen offen zu halten.¹³¹ Dasselbe gilt für Patientenverfügungen, bei denen manifeste Zweifel an der Ablehnung bestimmter medizinischer Maßnahmen bestehen.

IV. Non liquet

Zweifelsregeln legen einen *prima facie*-Vorrang des proklamierten „*pro*“ fest. Der Gesetzgeber kann mit Hilfe dieser Regeln die Argumentationslast nach seinen rechtspolitischen Vorstellungen verteilen und damit zugleich die Rechtsprechung bei der Entscheidung von Zweifelsfällen entlasten. Die Zweifelsregel „*in dubio pro libertate*“ hat *de lege lata* allerdings nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich und verkörpert keine systemprägende Maxime. Die Rechtsprechung kann sich daher in Zweifelsfällen nicht auf einen *prima facie*-Vorrang des Prinzips der Freiheit berufen. Dies wirft das Problem auf, wie in einer hypothetischen Pattsituation zu verfahren ist, in der sich die Argumente für und gegen eine Rechtsposition exakt die Waage halten.

1. Pattsituation

Eine Pattsituation tritt erst dann ein, wenn gleich gute Gründe für die eine genauso wie für die andere Lösung sprechen.¹³² Bloße Zweifel begründen kein *non liquet*. Sie zeichnen nach *Gustav Radbruch* gerade den kompetenten Rechtsanwender aus: „Denn ein guter Jurist kann nur der werden, der mit einem schlechten Gewissen Jurist ist.“¹³³ Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Argumente für eine bestimmte Lösung überwiegen, kann es die Rechtsfrage beantworten, selbst wenn die Gründe nur schwach dominieren.

¹²⁹ Vgl. NK-BGB/Faust, 4. Aufl. 2021, § 139 Rn. 1; BeckOGK/Jakl, 2022, BGB § 139 Rn. 2 f.

¹³⁰ Ausführlicher Neuner JuS 2021, 617 ff. (621).

¹³¹ Vgl. Spickhoff/Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, BGB § 1901a Rn. 23, 25; Janda MedR 2018, 778 ff. (782 ff.).

¹³² S. näher, auch zu Fällen erhöhter Begründungsanforderungen, Prölss FS Georgiades, 2005, 1063 ff. (1079 ff.).

¹³³ Radbruch, Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlass, 1952, S. 24.

Ungeachtet dieser Präzisierung bleibt fraglich, ob ein Richter sich überhaupt auf eine Pattsituation berufen kann und darf, in der die Argumente *pro* und *contra* als absolut gleichgewichtig erachtet werden. Das damit verbundene Offenlassen einer Rechtsfrage wird als unvereinbar mit den Rechtsregeln „*da mihi factum, dabo tibi ius*“ bzw. „*iura novit curia*“ angesehen. Es sei überdies mit dem Rechtsverweigerungsverbot und der richterlichen Rechtsfindungsaufgabe inkompatibel.¹³⁴ Rechtstheoretisch steht dabei, gleichsam umformuliert, das Problem im Mittelpunkt, ob es für jede Rechtsfrage eine richtige Antwort gibt. Gute Gründe sprechen dafür, dass die Judikative sich zumindest von der regulativen Idee einer einzig richtigen Antwort leiten zu lassen hat¹³⁵: „Abgesehen davon, daß die Anwendung der Begriffe ‚Vermutung‘ und ‚Zweifel‘ auf Normen, statt auf Tatsachen, nicht sehr glücklich ist, gilt in der dialektischen Einheit von Freiheit und Ordnung, wie Keller es sehr schön formuliert hat, ‚im ‚Zweifel‘ ... weder die freiheitlichere noch die unfreiheitlichere, sondern, nur die richtige Regelung.“¹³⁶

Diese rechtstheoretische Sicht ändert allerdings nichts an dem Umstand, dass ein Richter sich zumindest subjektiv außer Stande sehen kann, angesichts der Komplexität und Schwierigkeit eines Falles ein argumentatives Übergewicht festzustellen und einer bestimmten Lösung inhaltlich zuzuneigen.¹³⁷ Es bleibt dann bei dem psychologischen Faktum, dass er keine Entscheidung nach Sachargumenten zu treffen vermag und zu einer solchen auch nicht gezwungen werden kann: *ultra posse nemo obligatur*.¹³⁸

2. Alternativen

Welche Wege führen aus einem solchen Dilemma? In der gerichtlichen Praxis wird die Problematik nur selten thematisiert.¹³⁹ Es bedarf jedoch einer Lösung. Zwei Opti-

¹³⁴ Ausführlicher zu diesen Positionen Riehm, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 114 ff. m.umf.N.

¹³⁵ S. näher Neumann, *Wahrheit im Recht*, 2004, S. 37 ff.; Langenbacher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, S. 30 ff.; differenzierend Herbst JZ 2012, 891 ff.

¹³⁶ Ehmke VVDStRL 20 (1961), 53 ff. (87) mit Verweis auf Keller, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, 1960, S. 279.

¹³⁷ Im romanischen Rechtskreis gibt es allerdings explizite Rechtsverweigerungsverbote, z. B. Art. 4 franz. C. c.: „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.“; hierzu näher Wendehorst *RabelsZ* 75 (2011), 730 ff. (736 ff.); Schumann *ZZP* 81 (1968), 79 ff. (81 ff.); s. ferner rechtsvergleichend § 7 S. 2 österr. ABGB: „Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“; Art. 1 Abs. 2 schweiz. ZGB: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“

¹³⁸ Vgl. Riehm, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, S. 115 f.

¹³⁹ Eine Ausnahme bilden die Ausführungen des ehemaligen Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Sendler *DÖV* 1991, 521 ff. (526): „Die Mehrheitsverhältnisse können sogar im einzelnen Richter selbst - nur scheinbar ein denkgesetzlicher Widerspruch - ebenfalls von Schwanken bestimmt sein. Gespalten in seiner Seele, mit zwei Seelen in der Brust oder auch noch mehr davon, hin- und hergerissen zwischen dem Für und dem Wider der verschiedenartigsten Argumente, hat manchmal so mancher Richter in sich ein Abstimmungsergebnis von kaum mehr als 50:50 aufzuweisen.“

onen scheiden von vornherein aus:¹⁴⁰ Zum einen das Verschleiern eines *non liquet*, indem der Richter Argumente „blind“ gewichtet und eine eigene Sachentscheidung lediglich vortäuscht. Zum anderen darf der Richter sein Urteil aber auch nicht offen damit „begründen“, dass er den Fall ebenso gut anders hätte entscheiden können und allein aufgrund des Entscheidungszwangs zu dem Verfahrensergebnis gelangt ist.¹⁴¹ Beides wären evident willkürliche Akte und keine Rechtsfindung.

a) Argumentationslast

Teile der Wissenschaft suchen deshalb nach einem „*tie-break*“ in Form einer Argumentationslastregel. *Claus-Wilhelm Canaris* hat diesen Gedanken wohl als erster eingebracht und die Last der Argumentation (ähnlich wie die Beweislast) bei demjenigen gesehen, „der die umstrittene Rechtsfolge anstrebt – also z. B. das Eigentum beansprucht (...)“.¹⁴² Ähnlich lauten Forderungen nach einem prinzipiellen Vorrang des „Bewahrungs- vor dem Bewegungsinteresse“ oder das gleichsinnige Plädoyer „im Zweifel für die Konservierung des status quo“.¹⁴³ Eine solche Argumentationslastverteilung überzeugt nicht. Sie beruht im Kern auf der Maxime „*in dubio pro libertate*“, ist dogmatisch unschlüssig und führt zu unbilligen, einseitig freiheitsbegünstigenden Ergebnissen.¹⁴⁴ Sie privilegiert die Gruppe der *beati possidentes* und benachteiligt schwächere, vulnerable Schichten, die überdies auf eine kostspielige anwaltliche Vertretung zur Bewältigung der Argumentationslast angewiesen wären.

Ähnliche Unbilligkeiten ruft eine normtheoretisch ausgerichtete Argumentationslastregel hervor, die bei unüberwindbaren Zweifeln auf der Ebene der Rechtsanwendung die *Rosenbergsche* Formel fortschreibt,¹⁴⁵ nach der in der Regel jede Partei die Beweislast für Tatsachen trägt, die zum Tatbestand einer für sie günstigen Rechtsnorm gehören.¹⁴⁶ Bei Anspruchsnormen trägt demnach derjenige, der sich des Anspruchs berührt, die „Rechtslast“, bei Gegennormen der Anspruchsgegner.¹⁴⁷ Während sich für die Verteilung der Beweislast noch hinreichende Sachgründe finden lassen, ist dies bei der Begründungslast nicht mehr möglich.¹⁴⁸ Die Beweislastverteilung lässt sich vor allem auf empirisch-heuristische Aspekte stützen, wonach es sehr unwahrscheinlich erscheint, dass irgendeiner beliebigen Person ein bestimmter Anspruch gegen eine andere zusteht, es sei denn, sie kann ausnahmsweise entsprechende

¹⁴⁰ Zur Untauglichkeit des *référé législatif* s. bereits oben im Text bei Fn. 72.

¹⁴¹ Vgl. Neumann, Wahrheit im Recht, 2004, S. 41; Canaris, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, Grazer Universitätsreden 50 (1993), S. 23 ff. (25 ff.) = Ges. Schriften, I, 2012, S. 423 ff. (424 f.).

¹⁴² Canaris, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, Grazer Universitätsreden 50 (1993), S. 23 ff. (30) = Ges. Schriften, I, 2012, S. 423 ff. (426); allgemein zur Begründungslast Krebs AcP 195 (1995), 171 ff.

¹⁴³ Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 158; s. auch schon Prölls FS Georgiades, 2005, 1063 ff. (1075 f.).

¹⁴⁴ S. im Einzelnen bereits oben im Text bei Fn. 50 ff.

¹⁴⁵ So die These von Richers, Rechtslast, 2017, S. 151 ff.

¹⁴⁶ Rosenberg, Die Beweislast, 1965, S. 98 f.

¹⁴⁷ Richers, Rechtslast, 2017, S. 208.

¹⁴⁸ Nach *h.M.* gilt auch der Grundsatz *in dubio pro reo* allein für die Sachverhaltsfeststellung; vgl. Schönke/Schröder/Hecker, StGB, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 51; MüKoStGB/Streng, 4. Aufl. 2020, StGB § 20 Rn. 29 m.w.N.; anders aber („*in dubio mitius*“) Art. 22 Abs. 2 Satz 2 IStGH-Statut.

Fakten zur Überzeugung des Gerichts vorbringen.¹⁴⁹ Auch der Gefahr des Missbrauchs in Form von Klagen „ins Blaue hinein“ soll begegnet werden. All diese Faktoren spielen bei der Auslegung des Gesetzes jedoch keine Rolle mehr. Sie betreffen den konkreten Sachverhalt und nicht die normative Ebene der Rechtsfindung. Im Ergebnis führt auch die Verteilung der Argumentationslast anhand des „Rosenberg-Modells“ zu einer unbilligen Bewahrung des *status quo* und einer Privilegierung des damit verbundenen „Bewahrungsinteresses“. Der Anspruchsbehauptende müsste, wie etwa im Deliktsrecht, immer nachweisen, dass ein Anspruch rechtlich besteht, während der Anspruchsgegner seine rechtliche Position nur in den besonderen Fällen eines potenziellen Gegenrechts darzulegen hätte. Von einer faktischen „Waffengleichheit“ kann daher keine Rede sein. Im Gegenteil trägt derjenige, der sich eines Anspruchs berührt, eine doppelte Last: die Beweis- und außerdem die Begründungslast.

b) Losentscheid

Im Unterschied zu einseitig privilegierenden Argumentationslastregeln birgt ein Losentscheid keine Ungerechtigkeiten. Beide Parteien haben die gleichen Chancen. Der Würfel ist dem Richter an Unparteilichkeit sogar überlegen. Wie der Würfel fällt, hängt allerdings vom Zufall und keinem Argument ab. Es entscheidet ein Stück Würfelholz anstelle der menschlichen Vernunft. Lediglich im Falle ganz „gleichwertiger“ Entscheidungsalternativen ist der Losentscheid vernunftgeleitet, um dem Schicksal von *Buridans* Esel zu entgehen, der verhungerte, weil er sich zwischen zwei gleich großen Heuhaufen nicht entscheiden konnte.¹⁵⁰ Auch bei der Verteilung unteilbarer Güter kennt das Zivilrecht den Losentscheid, wie etwa bei der Aufhebung der Gemeinschaft (§ 752 Satz 2 BGB) oder der Erbauseinandersetzung (§ 2042 Abs. 2 BGB). Im Übrigen wird eine Urteilsfindung durch Zufall jedoch treffend als „Bankerotterklärung des Rechts“¹⁵¹ zurückgewiesen.

c) Selbstablehnung

Anstelle zufälliger oder einseitig privilegierender Entscheide kennt die Rechtsgeschichte eine vorzugswürdige, ebenso plausible wie sachgerechte Verfahrenslösung, bei der der betroffene Richter „*rem sibi non liquere*“ schwört, sich damit von der Urteilspflicht entbindet und ein neuer Richter aufgeboten werden muss.¹⁵² Ein ähnliches *Procedere* würde auch die heutige Rechtsordnung eröffnen, sofern sich ein Richter angesichts eines *non liquet* selbst wegen Besorgnis der „Befangenheit“ ablehnen könnte (§ 48 ZPO). Zu den bislang anerkannten Gründen einer solchen richterlichen Selbstablehnung zählen ein ernsthafter Gewissenskonflikt sowie die Unzumutbarkeit einer weiteren Bearbeitung.¹⁵³ Ob eine Analogie hierzu möglich ist oder eine Gesetzesergänzung notwendig wäre, mag dahinstehen. Als weitere Möglichkeit käme die Einholung eines Sachverständigengutachtens in Betracht, wie dies bereits bei interna-

¹⁴⁹ S. Riehm, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 133.

¹⁵⁰ Vgl. Depenheuer JZ 1993, 171 ff. (176 ff.); zur Historie des Losverfahrens Buchstein, Demokratie und Lotterie, 2009, S. 17 ff.

¹⁵¹ Maunz/Dürig/Dürig, GG, 2015, Art. 3 Abs. 1 Rn. 231.

¹⁵² Ausführlich Ernst, Rechtserkenntnis durch Richter Mehrheiten, 2016, S. 21 f., 60.

¹⁵³ MüKoZPO/Stackmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 48 Rn. 3 m.w.N.

tionalen Rechtsstreitigkeiten, bei Gewohnheits- oder statutarischem Recht vorgesehen ist (§ 293 ZPO) und auch schon in speziellen Steuerfragen (zur gerichtlichen Urteilsbildung) für zulässig erachtet wurde.¹⁵⁴ Gegen eine solche prozedurale Lösung, die der Idee einer sachgerechten Entscheidung verpflichtet bleibt, mag man einwenden, dass neue Richter oder Sachverständige abermals ein *non liquet* feststellen können. Die damit verbundene Gefahr einer erfolglosen Suche nach Ersatzkandidaten ist theoretisch denkbar, ebenso wie derzeit schon bei Befangenheitsfällen. Praktisch ist es aber kaum vorstellbar, dass sich in einem entwickelten Rechtssystem kein Richter oder keine Richterin finden lassen, die bei genügend langem und intensivem Nachdenken zu der Erkenntnis gelangen, dass für eine der beiden Seiten jedenfalls geringfügig die besseren Gründe sprechen.¹⁵⁵

V. Resümee

„*Pro libertate*“ ist eine politische Maxime. *Werner Maihofer* hat sie mit aller Konsequenz bis ins Innenministerium hineingetragen und sich als „Freiheits-“ nicht als „Bundessicherheitsminister“ verstanden.¹⁵⁶ Als juristische Maxime „*iudicandum est*“ ist sie hingegen eine unzulässig verallgemeinernde, stark ideologiegefährdete Regel. Sie stellt die Äquivalenz von kollektiver und individueller Selbstbestimmung, aber auch den gleichen freiheitsrechtlichen Status aller Privatrechtssubjekte in Frage. Dies widerspricht dem geltenden Privat- wie Verfassungsrecht. Der Staat des Grundgesetzes hat keine Schlagseite – weder in Richtung Minimalstaat noch in Richtung Maximalstaat.

¹⁵⁴ BGHZ 140, 111 ff. (113).

¹⁵⁵ Vgl. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, 1978, S. 279 ff. (286).

¹⁵⁶ Zit. nach Klenner, *Demokratischer Sozialismus begegnet Sozialem Liberalismus - Un hommage très personnel à Maihofer*, in: Kirste/Sprenger, *Menschliche Existenz und Würde im Rechtsstaat*, 2010, S. 67 ff. (76).