

# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
1. Teil: Einführung.....	1
I. Problemaufriss und Hintergrund.....	1
II. Entwicklung und Stand des Forschungsgesprächs.....	3
III. Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit – Gegenstand der Arbeit.....	7
IV. Legitimität und Rechtmäßigkeit – Charakter der Arbeit.....	8
V. Methodisches Vorverständnis.....	9
VI. Terminologische Vorfragen.....	14
VII. Gang der Untersuchung.....	16
2. Teil: Historische Hinführung – Die Evolution des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetz.....	18
I. Kodifikation als Normalfall?.....	18
II. Klarstellung: Richterrecht als historischer Normalfall.....	20
3. Teil: Der Vorbehalt des Gesetzes.....	33
I. Terminologische Präzisierungen.....	34
II. Die drei Dimensionen der Kompetenzverteilung.....	38
III. Historische Entwicklung.....	42
IV. Das vorherrschende Modell: Die Wesentlichkeitslehre und ihre Ratio.....	77
V. Eigener Ansatz: Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument zum Schutz des Parlaments.....	139

4. Teil: Die Logik der Rechtsprechung .....	182
I. <i>Was wäre wenn? Konsequenzen eines Vorbehalts des Gesetzes für die dritte Gewalt</i> .....	183
II. <i>Richterliches Entscheiden unter dem Grundgesetz</i> .....	193
III. <i>Zusammenfassende Einschätzung richterlicher Entscheidungstätigkeit unter dem Grundgesetz</i> .....	239
5. Teil: Synthese.....	241
I. <i>Die Unanwendbarkeit des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung</i> .....	241
II. <i>Zur Rolle eines rechtsstaatlichen Vorbehalts des Rechtssatzes: Das Bestimmtheitsgebot</i> .....	242
III. <i>Stichhaltigkeitsprobe</i> .....	247
IV. <i>Fazit und Ergebnis der Untersuchung</i> .....	262
6. Teil: Schluss .....	263
I. <i>Zusammenfassung des Gedankengangs</i> .....	263
II. <i>Ausblick</i> .....	265
Literaturverzeichnis.....	267
Sach- und Personenregister.....	289

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
<b>1. Teil: Einführung .....</b>	<b>1</b>
<i>I. Problemaufriss und Hintergrund.....</i>	<i>1</i>
<i>II. Entwicklung und Stand des Forschungsgesprächs.....</i>	<i>3</i>
<i>III. Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit – Gegenstand der Arbeit .....</i>	<i>7</i>
<i>IV. Legitimität und Rechtmäßigkeit – Charakter der Arbeit .....</i>	<i>8</i>
<i>V. Methodisches Vorverständnis.....</i>	<i>9</i>
1. Recht als Rekonstruktion eines stimmigen Systems .....	9
2. Die zentrale Rolle von Text und historischem Telos .....	10
3. Abgrenzung gegenüber rigidem Textualismus und Originalismus.....	10
4. Verwahrung gegen übertriebene Theoretisierungen .....	11
5. Maßstäbe für die Bewertung juristischer Systembildung.....	12
6. Zusammenfassung.....	13
<i>VI. Terminologische Vorfragen.....</i>	<i>14</i>
1. „Vorbehalt des Gesetzes“ vs. „Gesetzesvorbehalt“ .....	14
2. „Rechtsprechung“ .....	15
<i>VII. Gang der Untersuchung .....</i>	<i>16</i>
<b>2. Teil: Historische Hinführung – Die Evolution des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetz.....</b>	<b>18</b>
<i>I. Kodifikation als Normalfall? .....</i>	<i>18</i>
<i>II. Klarstellung: Richterrecht als historischer Normalfall.....</i>	<i>20</i>

1. Die Evolution des Rechts als Geschichte der Rationalisierung und Ausdifferenzierung .....	20
2. Quellenpluralität als reguläres Szenario .....	24
3. Zur Rolle von Gesetz und Kodifikation .....	27
4. Insbesondere: Der Vorrang des Gesetzes .....	29
5. Die Rolle des Grundgesetzes in der historischen Entwicklung .....	30
6. Zwischenfazit .....	32
3. Teil: Der Vorbehalt des Gesetzes .....	33
I. Terminologische Präzisierungen .....	34
1. „Erforderliche Regelungsdichte“ vs. „Entscheidungskonkurrenz“ .....	34
2. Der Gesetzesbegriff .....	37
II. Die drei Dimensionen der Kompetenzverteilung .....	38
1. Erste Dimension: Suprematie .....	39
2. Zweite Dimension: Exklusive Kompetenzen .....	40
3. Dritte Dimension: Delegationsverbote .....	41
III. Historische Entwicklung .....	42
1. Der staatsrechtliche Vorbehalt des Gesetzes .....	43
a. Ursprünge: Aufklärung und Französische Revolution (Kant, Rousseau, Locke, Montesquieu) .....	45
b. Entstehung: Restauration und Frühkonstitutionalismus (Klüber, früher Mohl) .....	47
c. Konsolidierung: Vormärz (Maurenbrecher, Welcker) .....	49
d. Ausdehnung und Verfestigung: Märzrevolution bis Reichsgründung .....	51
i) Der Vorbehalt als Selbstverständlichkeit: Um 1848/49 (Weiss, Stahl) .....	51
ii) Weitere politisch-theoretische Erfassung: Revidierte Verfassung bis 1870/71 (Bluntschli, Zoepfl, später Mohl) .....	52
iii) Zwischenfazit .....	53
e. Verschiebungen: „Staatsrechtlicher Positivismus“ .....	53
i) Ausblendung politisch-historischer Hintergründe und Fokussierung auf den Rechts(satz)begriff (Gerber) .....	54
ii) Der Gesetzes- und Rechts(satz)begriff im Mittelpunkt (Laband) .....	56
iii) Konsolidierung der Gerber-Laband'schen Lehren (Jellinek) ..	60
iv) Zwischenfazit und Folgentwicklungen .....	61

f. Klarstellungsversuche: Spätes Kaiserreich .....	62
i) Der Zusammenhang von Parlament und Vorbehalt (Otto Mayer) .....	62
ii) Politisch-staatsrechtliche Einordnungsbemühungen (Thoma) .....	64
g. Verwirrung: Weimarer Republik .....	66
i) Die Wirkung der Laband'schen Lehren (Anschütz) .....	66
ii) Das Fehlen einer überzeugenden Vorbehaltstheorie .....	68
iii) Zur Frage der Delegation .....	69
h. Auflösung: Nationalsozialismus (Huber, Tatarin-Tarnheyden) .....	70
2. Parallele Entwicklungen: Straf- und budgetrechtlicher Vorbehalt .....	71
a. Strafrechtlicher Vorbehalt .....	71
b. Steuer- und budgetrechtlicher Vorbehalt .....	73
3. Zusammenfassung und Einschätzung der Genealogie .....	75
<i>IV. Das vorherrschende Modell: Die Wesentlichkeitslehre und ihre Ratio .....</i>	<i>77</i>
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Vom Vorbehalt des Gesetzes zur Wesentlichkeitslehre .....	78
a. Anfangszeit des Gerichts: Übernahme tradierter Formeln aus der Vorkriegszeit .....	78
b. Entstehung der Wesentlichkeitslehre: Der Facharztbeschluss von 1972 .....	79
i) Bedeutung des Facharztbeschlusses: Verankerung im Demokratieprinzip und Ausbau als Delegationsverbot .....	79
ii) Vorläufer der Wesentlichkeitslehre .....	80
(1) Befassung mit Delegationsfragen und Terminologie der Wesentlichkeit .....	80
(2) Ausprägung der Grundrechtsdogmatik und Aufbrechen des besonderen Gewaltverhältnisses .....	81
c. Konsolidierung .....	82
d. Relativierung und Spezifizierung .....	84
i) Wandel in einen Legitimationsdiskurs .....	84
ii) Die unklare Bedeutung prozeduraler Aspekte .....	86
iii) Bisheriger Höhepunkt der Relativierung: Die Osho-/Glykol-Entscheidungen von 2002 .....	87
e. Verfestigung und Schärfung: Auswirkungen der Steuerungstheorie .....	88
f. Aktuelle Fragen: Auswirkungen der Wesentlichkeitslehre auf die Grundrechtsdogmatik und Bedeutung für die dritte Gewalt .....	89
i) Umgehung komplizierter Grundrechtsprobleme .....	90
ii) Anwendung auf die Rechtsprechung? .....	91

g. Zusammenfassende und übergreifende Beobachtungen .....	93
2. Dogmatische Rekonstruktion und Kritik der herrschenden Auffassung .....	95
a. Weitgehende normative Irrelevanz von Spezialvorbehalten für die Wesentlichkeitslehre .....	95
b. Erste Säule der Wesentlichkeitslehre: Das Demokratieprinzip als Gebot eines hinreichenden Legitimationsniveaus .....	95
i) Annahmen und Folgerungen der Lehre vom Legitimationsniveau .....	97
ii) (Vermeintliche) Vorteile: Normative Potenz, „Überwindung“ des Eingriffsdenkens und hohe Flexibilität .....	100
iii) Bedeutung für die Rechtsprechung? .....	101
(1) Inkonsistenz und Inkonsequenz: Unzureichende demokratische Legitimation der Rechtsprechung .....	101
(2) Keine Kompensation durch „funktionell-institutionelle“ demokratische Legitimation .....	102
(3) Keine Kompensation defizitärer demokratischer Legitimation aus anderen Quellen .....	103
(4) Die richterliche Entscheidungspflicht als Ausweg? .....	104
(a) Gedankenexperiment: Die hypothetische Abschaf- fung des BGB .....	104
(b) Zur Historie der richterlichen Entscheidungspflicht ..	105
(c) Der unklare Gehalt der richterlichen Entscheidungspflicht im Grundgesetz .....	108
(d) Die richterliche Entscheidungspflicht als Minimalpflicht .....	108
(5) Zwischenfazit .....	110
iv) Exkurs: Inkonsistenzen in der Auseinandersetzung mit der Lehre vom „Totalvorbehalt“ .....	110
v) Zwischenfazit .....	112
vi) Theoretische Unzulänglichkeiten der Lehre vom Legitimationsniveau .....	113
(1) Auslegung von Art. 20 GG .....	113
(a) Wortlaut .....	113
(b) Historie und Genese .....	114
(c) Systematik .....	114
(d) Teleologie und theoretische Durchdringung .....	115
(2) Legitimation als außerrechtliches Konzept .....	116
(3) Demokratietheoretische Implausibilitäten .....	117
(4) Pathologisierung der zweiten und dritten Gewalt .....	119
(5) Unterbestimmtheit und dogmatische Gehaltlosigkeit des Maßstabs .....	120
(6) Missbrauchs- und Missverstehenspotential .....	121

(7) Demokratische Ambivalenz von Delegationsverboten ....	122
vii) Untauglicher Rettungsversuch: Das sog. Kontrollmodell demokratischer Legitimation.....	123
viii) Ausblick auf eine Alternative: Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG als Gebot eines Mindestzurechnungs- zusammenhangs .....	124
ix) Zwischenergebnis .....	125
c. Zweite Säule der Wesentlichkeitslehre: Das Rechtsstaatsprinzip ..	126
i) Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit .....	126
ii) Publizität.....	129
iii) Normenbeständigkeit und Vertrauensschutz .....	130
(1) Trägheit von Normen als Wert?.....	131
(2) Die ambivalente Rolle des Vertrauensschutzes .....	131
(3) Höheres Bedürfnis für Beständigkeit bei „wesentlichen“ Entscheidungen?.....	132
(4) Prozedurale Ursachen der Trägheit: Jenseits des Rechtsstaatsprinzips .....	132
iv) Gewaltenteilung .....	133
v) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung .....	134
vi) Materielle Gerechtigkeit im Einzelfall?.....	135
vii) Gebot effektiven Rechtsschutzes?.....	135
viii) Zwischenergebnis .....	138
d. Fazit .....	138

V. *Eigener Ansatz: Der Vorbehalt des Gesetzes als Instrument zum Schutz des Parlaments*..... 139

1. Textlich-normatives Umfeld: Die Anordnung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes in grundgesetzlichen Spezialvorbehalten ...	140
a. Die entscheidende, aber ungenügende Rolle der Grundrechte.....	140
i) Dimensionen und Entwicklungslinien: Die Grundrechte zwischen substantieller und kompetenzieller Dimension.....	140
ii) Mehrdimensionalität unter dem Grundgesetz: Abwehrrecht, Gesetzesvorbehalt und (allgemeiner) Vorbehalt des Gesetzes.....	142
iii) Kompetenzrechtliche Verwertbarkeit der Grundrechte: Voraussetzung und Anordnung, aber keine Erklärung des Vorbehalts des Gesetzes.....	144
iv) Keine Relevanz der Grundrechte für Delegationsbeschränkungen .....	146
v) Zwischenergebnis: Grundrechte als Geltungsgrund, nicht aber als Erklärung des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes.....	147

b. Geschriebene Spezialvorbehalte: Kompetenzrechtliche Ähnlichkeit zu den Grundrechtsvorbehalten.....	147
c. Insbesondere: Der rein formale Gehalt von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG .....	148
d. Zwischenergebnis: Bedarf für eine erklärende Theorie zum Vorbehalt des Gesetzes .....	150
2. Historisch-genetische Prämissen und Herausforderungen .....	151
3. Synthese und Theoriebildung: Das Anliegen des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes .....	153
a. Politische Konkurrenz zwischen erster und zweiter Gewalt: Die Logik der Politik .....	153
b. Schutzwürdigkeit des Parlaments: Die Logik der Legislative .....	155
i) Parlament als Zentrum des demokratischen Systems.....	155
ii) Besonderheiten des Gesetzgebungsverfahrens .....	156
(1) Formalisierte und deliberative Entscheidungsfindung.....	157
(2) Beteiligung des Bundespräsidenten .....	157
(3) Föderalismus .....	157
(4) Die Bedeutung der Opposition.....	158
(5) Kontrolle durch Medien und Öffentlichkeit .....	159
iii) Zwischenfazit: Legislative als konsolidierende und zügelnde Institution.....	160
c. Schutzbedürftigkeit des Parlaments .....	160
i) Schutz vor der Exekutive: Der „klassische“ Vorbehalt des Gesetzes.....	161
ii) Schutz vor den Gefahren des politischen Systems: Delegationsschranken und die zutreffende Stoßrichtung der Wesentlichkeitsdoktrin.....	163
(1) Neue Gefahrenlage: Strukturelle politische Homogenität von Regierung und Parlament.....	163
(2) Verfassungsdogmatische Verwertbarkeit.....	166
d. Ergebnis .....	167
4. Operationalisierbarkeit: Das Wesentlichkeitskriterium.....	168
a. Grundsätzliche Berechtigung.....	168
b. Zur Ermittlung der Wesentlichkeit .....	168
c. Exkurs: Politische Umstrittenheit als Indiz? .....	170
d. Fazit .....	171
5. Konsequenzen und Leistungsfähigkeit .....	172
a. Institutionelle Vorbehalte .....	172
b. Satzungen und Selbstverwaltung .....	173
i) Kommunale Selbstverwaltung.....	173
ii) Funktionale Selbstverwaltung .....	174
c. Vorbehalt des Gesetzes und Vorbehalt des Parlaments .....	175

d. Zum Verhältnis zwischen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG .....	177
e. Vorbehalte der Exekutive?.....	177
f. Rechsthistorische Erklärungsmacht.....	178
g. Rechtsvergleichende Umschau (Schweiz, USA, Frankreich).....	179
h. Fazit .....	180
6. Bedeutung für das Verhältnis zur Rechtsprechung .....	180
4. Teil: Die Logik der Rechtsprechung .....	182
I. <i>Was wäre wenn? Konsequenzen eines Vorbehalts des Gesetzes für die dritte Gewalt</i> .....	183
1. Anwendungsbereich: „Wesentliche“ Entscheidungen durch Rechtsfortbildung praeter legem .....	183
a. Arbeitskampfrecht .....	184
b. Staatshaftungsrecht.....	185
c. Ungeschriebene Spruchverfahren im Aktienrecht .....	187
2. Konsequenzen: Die Bedeutung der prozessualen Konstellation.....	188
3. Untauglichkeit vermeintlicher Auswege.....	189
a. Verfassungsprozessrechtliche Auswege? .....	189
b. Generalklauseln als Ausweg? .....	190
4. Erinnerung: Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit dem Problem .....	191
5. Zwischenfazit.....	193
II. <i>Richterliches Entscheiden unter dem Grundgesetz</i> .....	193
1. Die Logik rechtlicher Entscheidungen .....	193
a. Die Auslegung als Ausgangspunkt .....	195
i) Zur grundsätzlichen Berechtigung und Rationalität von Interpretation .....	196
ii) Die klassische Auslegungslehre: Objektive Teleologie?.....	197
iii) Subjektive Interpretation als Kern und Ausgangspunkt.....	198
(a) Hintergrund: Die retrospektive Rechtfertigungs- struktur juristischer Entscheidungen .....	199
(b) Mögliche Einwände und ihre Bewältigung .....	201
(i) Probleme des Autors?.....	201
(ii) Instrumentelle Kritik .....	202
(c) Grenzen.....	203
iv) Klarstellung: Auslegung jedenfalls als spezifisch juristische Rekonstruktion.....	204
b. Jenseits der Auslegung .....	206

i)	Was ist Rechtsfortbildung? .....	207
ii)	Zum Charakter der Rechtsfortbildung .....	207
(1)	Strukturelle Ähnlichkeit von Auslegung und Rechtsfortbildung .....	208
(2)	Zur Relevanz des subjektiven Interpretationsmodells .....	209
(3)	Die Rolle der Rechtsdogmatik .....	210
(4)	Zwischenfazit .....	211
c.	Einwände .....	212
i)	Rechtsrealistische Ansätze .....	212
(1)	Rechtliche Darstellung, politische Herstellung? .....	215
(2)	Entgegnung .....	216
(a)	Bindungen auch in Wertungsfragen .....	216
(b)	Die Bedeutung des institutionellen Rahmens: Pfadabhängigkeiten und Trägheit .....	218
ii)	Zur jüngeren empirischen Rechtsforschung .....	220
iii)	Kelsenianischer Einwand: Strukturgleichheit der Gewalten? .....	221
d.	Zwischenfazit .....	224
2.	Verfahren und institutionelle Stellung: Grundgesetzliche Parameter gerichtlichen Entscheidens .....	225
a.	Gerichtliches Verfahren .....	225
i)	Initiativverbot (Verfahrensbeginn) .....	226
ii)	Konkretheit (Verfahrensgegenstand) .....	227
iii)	Diskursiver Charakter (Verfahrensablauf) .....	228
iv)	Öffentlichkeit (Verfahrensablauf) .....	228
v)	Entscheidungspflicht (Verfahrensende) .....	229
vi)	Einzelfallbezogenheit (Verfahrensergebnis) .....	230
b.	Rolle und Stellung des Richters .....	232
i)	Neutralität (Rolle im Verfahren) .....	232
ii)	Unabhängigkeit (institutionelle Stellung) .....	233
iii)	Fragmentierung der Richterschaft (institutioneller Rahmen) .....	234
iv)	Bestimmtheit des gesetzlichen Richters (Stellung gegenüber den Parteien) .....	235
v)	Professionalisierung der Richter (Stellung im gesellschaftlichen System) .....	235
c.	Zwischenfazit .....	235
3.	Die einzelnen Gerichtsbarkeiten .....	236
a.	Zivilgerichte .....	236
b.	Strafgerichte .....	237
c.	Verwaltungsgerichte .....	238
4.	Klarstellung: Rekonstruktion und Staatsgewalt .....	239

III. Zusammenfassende Einschätzung richterlicher Entscheidungstätigkeit unter dem Grundgesetz .....	239
5. Teil: Synthese.....	241
I. Die Unanwendbarkeit des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes auf die Rechtsprechung .....	241
II. Zur Rolle eines rechtsstaatlichen Vorbehalts des Rechtssatzes: Das Bestimmtheitsgebot .....	242
1. Geltungsgrund: Rechtsstaatlichkeit und Spezialvorbehalte.....	242
2. Anliegen: Vorhersehbarkeit staatlicher Eingriffe .....	243
3. Anwendbarkeit auf die Rechtsprechung? .....	243
a. Kein eigeninitiatives Handeln der Rechtsprechung.....	244
b. Der besondere Aufgabenmonismus der Rechtsprechung.....	245
c. Kein rechtsstaatlicher Gewinn bei Anwendung eines rechtsstaatlichen Vorbehalts auf die Rechtsprechung .....	245
4. Klarstellung: Besonderheiten im Verwaltungs- und Strafrecht .....	246
5. Ergebnis .....	247
III. Stichhaltigkeitsprobe.....	247
1. Verfassungssystematische und dogmatische Stimmigkeit .....	247
a. Grundrechtsnormen .....	248
b. Art. 103 Abs. 2 GG .....	248
c. Bestimmtheitsgebot .....	250
d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG .....	250
e. Sonstige Normen des Grundgesetzes .....	251
2. Theoretische Stichhaltigkeit.....	252
a. Schwabes Zufälligkeitsargument .....	252
b. Rolle der Rechtsmethodik .....	254
c. Die analoge Rechtsanwendung im Verwaltungsrecht.....	255
d. Besondere Problematik des Staatshaftungsrechts?.....	256
3. Historische Plausibilität .....	257
4. Funktionale Überzeugungskraft .....	258
a. Gesellschaftliche Funktion und institutionelle Autonomie der Rechtsprechung.....	259
b. Verharmlosung der Rechtsprechung? .....	260
5. Unzulänglichkeit alternativer Begründungen .....	261
IV. Fazit und Ergebnis der Untersuchung.....	262

6. Teil: Schluss .....	263
I. Zusammenfassung des Gedankengangs .....	263
II. Ausblick .....	265
Literaturverzeichnis.....	267
Sach- und Personenregister.....	289