

MATTHIAS RUFFERT

Vorrang der Verfassung
und Eigenständigkeit
des Privatrechts

Jus Publicum

74

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum öffentlichen Recht

Band 74



Matthias Ruffert

Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung
zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes

Mohr Siebeck

Matthias Ruffert, geboren 1966; 1987–1992 Studium der Rechtswissenschaft in Passau, London (King's College) und Trier; 1992/93 Verwaltungspraktikant in der EU-Kommission; 1994–1996 Referendariat in Schleswig-Holstein; 1996 Promotion; Herbst 1996 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Trier; 2000 Habilitation; Privatdozent am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Trier gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ruffert, Matthias:

Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes / Matthias Ruffert. – 1. Aufl. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2001

(Jus publicum ; 74) 978-3-16-158015-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISBN 3-16-147628-X

© 2001 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Vorwort

Diese Untersuchung wurde im Wintersemester 2000/2001 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Habilitationsschrift angenommen. Sie war im Juni 2000 eingereicht worden. Spätere Rechtsprechung und Literatur wurden für die Veröffentlichung bis April 2001 berücksichtigt. Auf wesentliche Änderungen im Text konnte dabei verzichtet werden.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn *Prof. Dr. Meinhard Schröder*, danke ich für den Freiraum zum Verfassen der Schrift und für eine Fülle fachlicher Anregungen. Herrn *Prof. Dr. Peter Krause* schulde ich Dank für die Zweitbegutachtung, Herrn *Prof. Dr. Walter F. Lindacher* für die Übernahme des zusätzlichen, zivilrechtlichen Gutachtens.

Meinen Kollegen *Priv.-Doz. Dr. Christian Calliess, M.A.E.S. (Brügge)*, *LL.M.Eur.*, *Dr. Michael Hoffmann, LL.M. (London)*, und *Dr. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown)*, danke ich für die zahlreichen gedanklichen Anstöße, die mich in der Beschäftigung mit dem Thema oft entscheidend vorangebracht haben. Besonderer Dank gebührt außerdem den Hilfskräften am Lehrstuhl von Herrn Professor Schröder.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft bin ich für die großzügige Beihilfe zu den Druckkosten zu Dank verpflichtet. Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme in die Reihe „Jus Publicum“.

Ich widme die Arbeit meiner Frau *Christiane* und unseren Töchtern *Sophie* und *Anna*.

Trier, Ostern 2001

Matthias Ruffert

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Einleitung	1
A. Grundlagen	7
§ 1 Verfassungsrechtliche Einflußnahmen auf das Privatrecht im Wandel des juristischen Zeitgeistes	7
§ 2 Privatrecht in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung	31
§ 3 Verfassung und Privatautonomie	53
B. Grundrechte und Privatrecht	61
§ 4 Privatrecht und Funktionen der Grundrechte	61
§ 5 Grundrechte als Einrichtungsgarantien im Privatrecht	75
§ 6 Grundrechte als subjektive Abwehrrechte im Privatrecht	88
§ 7 Grundrechtliche Schutzpflichten im Privatrecht	141
§ 8 Soziale Leistungsansprüche aus den Grundrechten und Privatrechtsordnung	256
§ 9 Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien im Privatrecht	276
C. Rechtsgüter der Verfassung im Privatrecht	287
§ 10 Grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie	287
§ 11 Verfassungskonforme Eigentumsordnung im Privatrecht	360
§ 12 Der besondere Schutz von Ehe und Familie im Privatrecht ...	398
§ 13 Arbeitsrecht im Licht der Berufsfreiheit	424
§ 14 Verfassungsrechtliche Personalität und Privatrecht	476
§ 15 Kommunikationsgrundrechte im Privatrecht	514
Ausblick	549
Kurzfassung in Thesen	551
Literaturverzeichnis	559
Sachregister	611

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung	1
A. Grundlagen	7
§1 Verfassungsrechtliche Einflußnahmen auf das Privatrecht im Wandel des juristischen Zeitgeistes	7
I. Vorbemerkung	7
II. Von der Drittwirkungsdebatte zur Resubjektivierung objektiver Grundrechtsfunktionen	8
1. Grundsätzliche Kontroversen und Entscheidungen	8
a) Das Grundgesetz als Auslöser der Drittwirkungsdebatte ..	8
b) Grundpositionen und wesentliche Argumente in der Drittwirkungsdiskussion	12
aa) Unmittelbare Drittwirkung	12
bb) Mittelbare Drittwirkung	13
c) Die Grundentscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Lüth-Urteil	15
2. Konsolidierung und Kritik	16
a) Grundrechtsgeltung und staatliche Verantwortung	16
b) Differenzierung und Kombination	19
3. Schutzpflichtendogmatische Neuorientierung und funktionell-rechtlicher Konflikt	20
a) Paradigmenwechsel durch grundrechtliche Schutzpflichten?	20
b) Das Bundesverfassungsgericht zwischen Kontinuität, Neuorientierung und Fundamentalkritik	24
aa) Zur neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	24
bb) Objektive Grundrechtsfunktionen als Gegenstand der Kritik	25
cc) Das Bundesverfassungsgericht im Brennpunkt grundsätzlicher Infragestellung	26
III. Kritischer Ausblick und offene Fragen	28

§2	Privatrecht in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung	31
	I. Das Grundproblem	31
	II. Das Verhältnis der Verfassung zur Rechtsordnung	32
	1. Formeller oder materieller Vorrang der Verfassung	32
	2. Modelle der Verfassungswirkung im Gesetzesrecht und in seiner Anwendung	35
	a) Stufenbau der Rechtsordnung	35
	b) Gesetzesrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht	37
	c) Das Konzept der Teilverfassungen	39
	d) Verfassung als Rahmenordnung	40
	e) Blattstruktur und Verwirklichung der Verfassung	41
	f) Einheit der Rechtsordnung – Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	42
	g) Begrenzung durch die Verfassung und Aufträge aus der Verfassung	44
	III. Besonderheiten des Privatrechtsgesetzes	45
	1. Doppelung der Begriffe und Institute	45
	2. Doppelung der Rechtsdogmatik und Verhältnis der Wertungen	47
	3. Geltungs- und Erkenntnisvorrang	49
§3	Verfassung und Privatautonomie	53
	I. Verfassungsrecht in der Privatrechtsgesellschaft	53
	II. Privatautonomie und Verfassungsrecht – zwischen subjektiv-grundrechtlicher Garantie und objektiver Funktion für den Verfassungsstaat	55
	1. Begriff und Bestandteile der Privatautonomie	55
	2. Funktionen der Privatautonomie	56
	a) Privatautonomie als Rechtsgut	56
	b) Privatautonomie als Verfassungsvoraussetzung und Verfassungserwartung	56
	3. Privatautonomes Recht als Regelung der Beziehungen zwischen den Bürgern	59
B.	Grundrechte und Privatrecht	61
§4	Privatrecht und Funktionen der Grundrechte	61
	I. Von der Eindimensionalität der Drittwirkungsdebatte zur Mehrdimensionalität der Grundrechte	61
	II. Von der Ausstrahlungswirkung zur funktionalen Auffächerung einzelner Grundrechtstatbestände	63
	1. Objektive Grundrechtsfunktionen und Privatrechtswirkung der Grundrechte	63
	2. Die sogenannte Ausstrahlungswirkung der Grundrechte	65

3. Objektiv-rechtliche Vorgaben der Grundrechte als Leitgrundsätze für einfachgesetzliches Recht	66
4. Ausstrahlungswirkung und subjektives Grundrecht	67
5. Schwächen der Konzeption	68
6. Ableitung einzelner Grundrechtsfunktionen aus den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten	69
III. Funktionenübergreifende Grundprobleme der Grundrechtsgeltung im Privatrecht	71
1. Entwicklung und Herleitung einzelner Grundrechtsfunktionen, ihre Anwendbarkeit im Privatrecht und Einzelheiten der Anwendung	71
2. Mechanismen zur Auflösung von Grundrechtskollisionen	72
3. Grundrechtsverwirklichung durch die einzelnen Staatsgewalten	73
4. Privatrechtsbildung und normgeprägte Grundrechte	73
IV. Grundrechtsinterpretation und Verfassungsverständnis	74
§ 5 Grundrechte als Einrichtungsgarantien im Privatrecht	75
I. Verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantien und Privatrecht	75
1. Vorbemerkung und Begriffliches	75
2. Typische verfassungsrechtliche Institutsgarantien im Privatrecht	76
II. „Institut“: Zum Objekt der Institutsgarantien	77
III. „Garantie“: Schutzcharakter, Schutzdichte und Schutzrichtung der Institutsgarantien im Privatrecht	79
1. Schutzcharakter	79
2. Schutzdichte	80
a) Institutsgarantien als Kernbereichsgarantien	80
b) Umfang der institutionellen Kernbereichsgarantie	81
c) Institutsgarantie und Schutz vor gesetzgeberischem Unterlassen	82
3. Schutzrichtung	85
IV. Einrichtungsgarantien und subjektive Grundrechte	86
V. Institutsgarantien als privatrechtsrelevante Grundrechtsfunktion	87
§ 6 Grundrechte als subjektive Abwehrrechte im Privatrecht	88
I. Grundrechte als Abwehrrechte	88
II. Grundrechtliche Abwehrrechte gegen Eingriffe durch privatrechtliche Gesetze	89
1. Die Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte als Abwehrrechte	89
a) Das Privatrechtsgesetz zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung	89

b) Wirkung der grundrechtlichen Abwehrfunktion bei der Setzung verschiedener Formen des Privatrechts	91
aa) Zwingendes Gesetzesrecht	91
bb) Dispositives Gesetzesrecht	96
cc) Exkurs: Privat- und tarifautonom gesetztes Recht, insbesondere Tarifverträge	96
2. Eingriffsrechtfertigung und Kollisionslösung	99
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Übermaßverbot im Privatrecht	99
b) Kollisionslösung ohne Eingriffsabwehr?	102
3. Gesetzesrecht zwischen Ausgestaltung und Einschränkung ...	104
a) Das Dilemma normgeprägter Grundrechte	104
b) Schaden und Nutzen des „Eingriffs- und Schrankendenkens“	106
c) Die Grundrechtsbindung des grundrechtsausgestaltenden Gesetzgebers	107
aa) Zum Ausmaß der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bei der Grundrechtsprägung	107
bb) Tradition, Einrichtungsgarantien und „natürliche“ Grundrechtspositionen	109
cc) Bestand einfachgesetzlicher Regeln als Grundrechtsgut	115
dd) Regel-Prinzipien-Modell	116
d) Verhältnismäßigkeit als Leitgrundsatz und grundrechtsspezifische Differenzierung	117
4. Gleichberechtigung der Privatrechtssubjekte durch Rechtsetzungsgleichheit	119
a) Gleichheitssätze als Abwehrrechte und als Maßstab für Privatrechtsgesetze	119
b) Gesetzgeberischer Entscheidungsspielraum bei der Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes	119
c) Besondere Gleichheitssätze	121
III. Grundrechtliche Abwehrrechte gegen Eingriffe durch die Zivilrechtsprechung	122
1. Art. 1 III GG und die Bindung der Zivilrechtsprechung an die Grundrechte	122
2. Ausstrahlungswirkung und Kontrolle ihrer Beachtung nach der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts	123
3. Anwendungsbereich und Grenzen der Abwehrfunktion für die Privatrechtsprechung	124
a) Gesetzliches Privatrecht, Zivilrechtsprechung und staatliche Verantwortung	124
b) Verfassungswidriges Privatrecht und verfassungskonforme Auslegung	129

4. Folgerungen des Einflusses der Grundrechte als Abwehrrechte auf die Rechtsprechung	130
a) Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes	130
b) Verhältnismäßigkeitsprinzip	133
c) Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht	134
IV. Zu den Grenzen der grundrechtlichen Abwehrfunktion im Privatrecht	139
§7 Grundrechtliche Schutzpflichten im Privatrecht	141
I. Staatliche Schutzpflichten als Grundrechtsfunktion in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und im Schrifttum	141
II. Schutzpflichtenlehre und Privatrechtswirkung der Grundrechte	144
1. Schutzpflichtenlehre und Drittwirkung: Perspektivenwechsel im Schrifttum	144
2. Schutzpflichtenlehre und Privatrecht: Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	146
III. Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten	152
1. Grundrechtliche Schutzpflichten im Verfassungstext	152
2. Ausdehnung grundrechtlicher Schutzpflichten auf alle Grundrechte	154
a) Staatsaufgabe Sicherheit – Sicherheit als Menschenrecht ...	154
b) Grundrechte als objektive Wertentscheidungen	158
c) Schutz der Menschenwürde und Menschenwürdegehalt der Grundrechte	160
d) Abwehrrechtliche Lösung und sozialstaatsbezogener Ansatz	162
3. Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips bei der Begründung der grundrechtlichen Schutzpflichten	164
4. Zwischenergebnis	166
IV. Gegenstand grundrechtlicher Schutzpflichten und Privatrecht ...	166
1. Grundrechtsschutz und Grundrechtsgut	166
a) Grundrechtliche Schutzpflichten und grundrechtliche Binnenstruktur	166
b) Begriff des Grundrechtsgutes	168
2. Kategorien von Grundrechtsgütern	170
a) Gegenstände grundrechtlichen Schutzes	170
aa) Lebens- und Persönlichkeitsgüter	170
bb) Handlungsmöglichkeiten (= Freiheiten)	171
cc) Rechte	172
dd) Grundrechtsgüter mit überindividuellem Bezug	173

e)	Freiheits- und Gleichheitsrechte: Allgemeiner Gleichheitssatz und spezielle Diskriminierungsverbote	173
(1)	Gleichbehandlung als Grundrechtsgut im Privatrecht	173
(2)	Gleichbehandlung als übergreifendes Rechtsprinzip und arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot	176
(3)	Besondere Diskriminierungsverbote	177
(a)	Art. 3 III GG im Privatrecht	177
(b)	Sonderfall: Gleichberechtigung der Geschlechter	179
(4)	Gleichheitssatz und Kontrahierungszwang	183
ff)	Dogmatisches Potential und Grenzen der Kategorisierung	184
b)	Sach- und normgeprägte Grundrechtsgüter	185
aa)	Sachgeprägte Grundrechtsgüter	185
bb)	Normgeprägte Grundrechtsgüter	186
(1)	Inhaltliche Bindung des Gesetzgebers	186
(2)	Anhaltspunkte für die gesetzgeberische Bindung ..	188
(a)	Institutionelle Kernelemente	188
(b)	Bestandsschutz	189
(c)	Verknüpfung von Ausgestaltung und Schutz ..	191
c)	Privatrechtsverwandte und privatrechtsfremde Grundrechtsgüter	193
3.	Rang und Anordnung der Grundrechtsgüter	194
V.	Schutzrichtung der grundrechtlichen Schutzpflichten	195
1.	Schutz vor Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes durch Private	195
2.	Rechtswidrigkeit des Übergriffs oder Schutzbedarf des Grundrechtsträgers als Voraussetzung der Schutzpflicht?	196
3.	Grundrechtsgüterschutz in der Spannungslage zwischen grundrechtlichen Schutzpflichten und Sozialstaatsprinzip	197
4.	Zwischenergebnis	201
VI.	Umfang der Schutzpflichten und Auflösung von Kollisionslagen	201
1.	Der primäre Schutzauftrag an den Gesetzgeber	201
2.	Der Schutzauftrag an den Gesetzgeber als Konfliktschlichtungsauftrag	203
3.	Zur Kontrolle der Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht: Das Untermaßverbot als Maßstab der Privatrechtsetzung	208
a)	Handlungsnorm und Kontrollnorm	208

b)	Maßstäbe für die Nachprüfung der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten durch den Gesetzgeber in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	210
aa)	Allgemeine Kontrollmaßstäbe für gesetzgeberisches Handeln	210
bb)	Spezielle Kontrollmaßstäbe bei der Verwirklichung von Schutzpflichten	211
(1)	Evidenz	211
(2)	Untermaßverbot	212
(3)	Angemessener Ausgleich	212
cc)	Bewertung der in der Rechtsprechung angelegten Maßstäbe	213
c)	Das Untermaßverbot als Maßstab der Privatrechtsetzung	215
aa)	Das Untermaßverbot als Bestandteil des gesetzgeberischen Schutzauftrages	215
bb)	Das Untermaßverbot als selbständige Kategorie	216
cc)	Das Untermaßverbot als eingeschränkt relativer Maßstab	217
dd)	Das Untermaßverbot als Gebot einer Mindestgewährleistung grundrechtlichen Schutzes	218
d)	Orientierungspunkte des verfassungsrechtlichen Mindestschutzes im Privatrecht	220
4.	Der subsidiäre Schutzauftrag an die Rechtsprechung	223
a)	Grenzen legislativer Schutzpflichtenerfüllung im Privatrecht	223
b)	Möglichkeiten und Schwierigkeiten judikativer Schutzergänzung	225
aa)	Explizite ausschließliche Organkompetenz der Legislative?	225
bb)	Verfassungsprozessuales Dilemma oder <i>déni de justice</i> ?	226
cc)	Gesetzesmediatisierung als Gegenstück des Gesetzesvorbehalts?	228
c)	Grundrechtsschutz durch Auslegung und Rechtsfortbildung im Privatrecht	231
d)	Erfüllung der Schutzpflichten durch die Fachgerichtsbarkeit und Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht	235
5.	Zwischenergebnis	237
VII.	Objektive Staatsverpflichtung und subjektives Schutzrecht	237
1.	Resubjektivierung des objektiven Schutzauftrages als Problem der Grundrechtswirkung im Privatrecht	237

2. Dogmatische Schwierigkeiten der Begründung subjektiver Rechte auf Schutz	238
3. Grundrechtliche Schutzansprüche mit Privatrechtsrelevanz ...	241
VIII. Schutzdimension der Grundrechte und Privatautonomie	242
1. Schutz der Grundrechte und rechtsgeschäftliches Handeln ...	242
2. Dogmatische Zuordnung privatautonomer Verfügung	244
a) Grundrechtsverzicht	244
b) Grundrechtsschutz vor sich selbst	247
c) Grundrechtsgebrauch	249
3. Umfang des Schutzauftrages bei rechtsgeschäftlichem Handeln	250
IX. Bedeutung und Grenzen der Schutzpflichtendogmatik für die Privatrechtswirkung der Grundrechte	252
1. Schutzpflichten und Drittwirkung	252
2. Schutzpflichten und andere Grundrechtsfunktionen	253
3. Schutzpflichten und Staatsaufgaben	253
4. Zusammenfassung: Tatbestand der Schutzpflichten im Privatrecht	255
§ 8 Soziale Leistungsansprüche aus den Grundrechten und Privatrechtsordnung	256
I. Sozialstaatsprinzip und Grundrechte	256
1. Die Diskussion um sozialstaatliche Grundrechtsfunktionen und ihre Ausprägungen	256
2. Soziale Grundrechte	259
3. Teilhaberechte	261
4. Besondere grundrechtliche Leistungsansprüche und Schutz sozialer Grundrechtsvoraussetzungen	262
a) Punktuelle soziale Ansprüche im Grundrechtskatalog	262
b) Sozialstaatliche Elemente der Gleichheitsrechte und Privatrecht	263
aa) Gleichheitssatz und Sozialstaat	263
bb) Sozialstaatliche Gleichstellungsaufträge	264
c) Grundrechtsvoraussetzungsschutz als Grundrechtsfunktion durch Grundrechtsinterpretation ...	265
II. Grenzen und Möglichkeiten sozialstaatlicher Grundrechtsfunktionen im Privatrecht	268
1. Aufgabenprivatisierung durch sozialstaatliches Privatrecht? – Elemente der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	268
2. Soziale Gestaltung durch Gesetzgebung	270
3. Sozialstaatsprinzip, Grundrechte und Rechtsprechung	273
III. Ergebnis	275

§9 Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien im Privatrecht	276
I. Organisation und Verfahren als Grundrechtsdimension	276
II. Privatrechtswirkung der Grundrechte, Organisation und Verfahren	280
1. Grundrechte und Zivilprozeßrecht, insbesondere Zwangsvollstreckungsrecht	280
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	280
b) Verfahrensrecht zwischen hoheitlichem Eingriff und Privatrechtswirkung der Grundrechte	282
2. Ausdehnung des Verfahrensbegriffs und Einbeziehung organisatorischer Gewährleistungen	283
III. Ergebnis	285
 C. Rechtsgüter der Verfassung im Privatrecht	287
§10 Grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie	287
I. Privatautonomie als Verfassungsvoraussetzung, Verfassungserwartung und Individualrechtsgut	287
II. Grundrechtsthematische Vielfalt der Privatautonomie	288
1. Zuordnung der Privatautonomie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	288
2. Grundrechtskonkurrenzen und grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie	289
3. Spezielle Einzelgrundrechte und Privatautonomie	294
a) Privatautonomie und Eigentumsschutz (Art. 14 I 1, 1. Alt. GG)	294
b) Privatautonomie und Erbrecht (Art. 14 I 1, 2. Alt. GG)	297
c) Privatautonomie und Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG)	297
d) Privatautonomie im Familienrecht	299
e) Weitere Grundrechte	299
4. Subsidiäre Gewährleistung durch Art. 2 I GG	301
a) Privatautonomie als unbenanntes, subsidiäres Freiheitsrecht	301
b) Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht	302
5. Folgerungen	303
III. Grundrechtsfunktionale Vielfalt der Privatautonomie	304
1. Privatautonomie als Institutsgarantie	304
2. Privatautonomie zwischen Eingriffsabwehr und staatlicher, leistender Ausgestaltung	307
a) Privatautonomie als subjektives Abwehrrecht?	307

b) Die rechtliche Ausgestaltung der Privatautonomie und ihre Grenzen	314
c) Einzelfälle	319
aa) Geschäftsfähigkeit	319
bb) Gesetzliche Vertretung	321
cc) Deliktshaftung	323
3. Privatautonomie zwischen Rechtsgüterschutz und Sozialgestaltung	326
a) Formale und materielle Privatautonomie	326
b) Perspektivenwandel in der Zivilrechtslehre: Von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen	328
c) Rezeption des Materialisierungsgedankens in Verfassungsrechtsprechung und -lehre	332
d) Formelle oder materielle Privatautonomie als Rechtsgut grundrechtlicher Schutzpflichten	335
aa) Art. 2 I GG als Quelle grundrechtlicher Schutzpflichten	335
bb) Schutzpflichtendogmatische Konsequenzen der Rechtsordnungsabhängigkeit der Privatautonomie	336
cc) Privatautonomie zwischen rechtsstaatlichem Schutz und sozialstaatlichem Ausgleich	338
e) Schutz der Privatautonomie durch Gesetz und Richterrecht	342
aa) Gesetzlicher Schutz der Privatautonomie	342
bb) Subsidiärer Schutz der Privatautonomie durch den Richter	344
(1) Schutzpflichtenlehre und Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts	344
(2) Rückwirkungen auf die abwehrrechtliche Perspektive	352
(3) Zwischenergebnis	357
IV. Ergebnis	359
§ 11 Verfassungskonforme Eigentumsordnung im Privatrecht	360
I. Eigentumsgrundrecht und Privatrecht	360
1. Freiheitsgewähr des Eigentums in Verfassungs- und Privatrecht	360
2. Eigentumsinhalt, Grundrechtsfunktionen und Privatrecht	361
II. Schutzgut der Eigentumsgarantie und Privatrecht	362
1. Einzelne Schutzgegenstände	362
2. Geistiges Eigentum	363
3. Das Besitzrecht des Mieters	366

III. Funktionen des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes im Privatrecht	371
1. Abwehrfunktion	371
a) Grenzen für den Mietrechtsgesetzgeber aus Art. 14 I GG ..	371
b) Abwehrrechtliche Grenzen für den Zivilrichter im Mietrecht	373
c) Abwehrrechtlicher Schutz für vermietende Nicht(-grund-)eigentümer?	379
d) Eigentumsbeeinträchtigung im Privatrecht und verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz	381
aa) Grenzen des Privateigentums als abwehrrechtliches Problem	381
bb) Privatrechtliche Eigentumsgrenzen als Inhalts- und Schrankenbestimmungen	382
cc) Grenzen eigentumsbeschränkender Privatrechtsgesetzgebung	383
2. Schutzpflichten (insbesondere im Mietrecht)	386
a) Grundrechtliche Schutzpflichten als mieterschützende Grundrechtsfunktion	386
b) Elemente der grundrechtlichen Schutzpflicht zugunsten des Mieters	387
aa) Schutzgut	387
bb) Umfang der Schutzpflicht	388
(1) Grundsatz	388
(2) Gesetzlicher Mieterschutz	388
(3) Mieterschutz durch den Zivilrichter	391
IV. Erbrecht als verfassungsrechtliches und privatrechtliches Institut	392
V. Ergebnis	397
§ 12 Der besondere Schutz von Ehe und Familie im Privatrecht	398
I. Ausprägungen des Art. 6 GG im Familienrecht	398
II. Institutionelle Gewährleistungen	399
1. Verfassungsrechtliche Sperrwirkungen des Ehebegriffs	399
2. Scheidungsrecht	401
3. Nichteheliche Lebensgemeinschaft	402
4. Institutsgarantie der elterlichen Sorge	403
5. Inhalt und Grenzen der Institutsgarantien	404
III. Abwehrrechtliche Dimensionen des Art. 6 GG im Privatrecht ...	404
1. Ausgestaltung und Eingriff	404
2. Ausgestaltung der Eheschließungsfreiheit und der Freiheit ehelichen Lebens	405
3. Freiheit elterlicher Sorge	407

IV. Schutzpflichten aus Art. 6 GG und ihre Wirkung im Privatrecht	412
1. Rechtsgüterschutz für Ehe und Familie	412
2. Das staatliche Wächteramt über die Kindererziehung	413
V. Der „besondere Schutz“ von Ehe und Familie	413
1. Bedeutung der Formulierung	413
2. Diskriminierungsverbot	414
3. Förderungspflicht im Privatrecht? – Besonderer Schutz als Ordnungsauftrag	415
4. Mutterschutz	417
VI. Explizite Gleichbehandlungsgebote der Verfassung	418
1. Gleichberechtigung der Geschlechter in der Familie	418
2. Gleichbehandlung nichtehelicher Kinder	419
VII. Verfassungskonformes Familienrecht – Familienrechtsgeprägtes Verfassungsrecht	421
§ 13 Arbeitsrecht im Licht der Berufsfreiheit	424
I. Art. 12 I GG: Von der Gewerbefreiheit zum Grundrecht der Arbeit	424
1. Perspektiven der Auslegung des Art. 12 I GG	424
2. Besonderheiten nichtselbständiger Arbeit und ihre grundrechtsdogmatische Aufarbeitung	428
a) Das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers	428
b) Das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers als Herausforderung an die Grundrechtsdogmatik	429
aa) Unmittelbare Drittwirkung	429
bb) Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidung als verfassungsrechtlicher Impuls	429
cc) Interpretation des Art. 12 I GG im Arbeitsrecht	430
(1) Der abwehrrechtliche Gehalt des Art. 12 I GG im Arbeitsrecht	430
(2) Schutzpflichten aus Art. 12 I GG im Arbeitsrecht	434
c) Kollektivvereinbarungen und Grundrechte	439
II. Berufsfreiheit und Vertragsschluß im Arbeitsrecht	439
1. Arbeitsrechtlicher Kontrahierungszwang kraft grundrechtlicher Anordnung?	439
2. Konkurrenzverbote als privatrechtliche Zulassungssperren	441
a) Konkurrenzverbote und Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung	441
b) Konkurrenzverbote in der Kollision von Abwehrrecht und Schutzanspruch	443
III. Berufsfreiheit im Arbeitsverhältnis	449
1. Arbeitsverhältnis und Berufsausübung	449
2. Berufsfreiheit und Grenzen der Arbeitnehmerhaftung	450

a) Die Kontroverse um die arbeitsrechtliche Haftungsverteilung	450
b) Arbeitnehmerhaftung als gerechtfertigter Eingriff in das Abwehrrecht aus Art. 12 I GG	452
IV. Berufsfreiheit und Aufhebung von Arbeitsverhältnissen	455
1. Art. 12 I GG als Grundlage der Kündigungsfreiheit	455
a) Kündigungsfreiheit und berufsspezifische Privatautonomie	455
b) Beschränkungen der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers .	456
c) Beschränkungen der Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers	457
aa) Von der unmittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Anwendung der Bürgschaftsrechtsprechung	457
bb) Schutzpflichtendogmatische Neuorientierung	458
2. Art. 12 I GG als Grundlage arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes	460
a) Der Wandel der Rechtsprechung	460
b) Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Schutzpflicht aus Art. 12 I GG	462
c) Grundrechtskonformität des geltenden Kündigungsschutzrechts	465
d) Subsidiäre richterrechtliche Flankierung	468
3. Art. 12 I GG als Grundrecht der Arbeitslosen	471
V. Fazit	475
§ 14 Verfassungsrechtliche Personalität und Privatrecht	476
I. Wirkungen des Menschenbildes des Grundgesetzes im Privatrecht	476
II. Schutz der Menschenwürde im Privatrecht	477
III. Persönlichkeitsgüter im Privatrecht	481
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	481
a) Verfassungsrechtlicher Schutzauftrag und privatrechtliche Umsetzung – Zur Struktur des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts	481
b) Auswirkungen und Grenzen der Schutzpflicht im Privatrecht	485
aa) Fallgruppenbildung in Privat- und Verfassungsrecht ..	485
bb) Darstellung des einzelnen in der Öffentlichkeit, insbesondere Ehrenschatz	486
cc) Persönlichkeitsschutz im Arbeitsrecht	487
dd) Datenschutz	490
ee) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	491
c) Ergänzender Diskriminierungsschutz	492

2. Integrität von Leben, körperlicher Unversehrtheit und Freiheit der Person	495
3. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis zwischen staatlicher Verantwortung und privatrechtlichem Schutz	497
4. Unverletzlichkeit der Wohnung	498
IV. Besondere Freiheitsverbürgungen im Privatrecht	499
1. Glaubens-, Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit im Privatrecht	499
a) Glaubens-, Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit als privatrechtsfremde Grundrechtsgüter im Privatrecht	499
b) Exkurs: Die Sonderrolle der Kirchen im Arbeitsrecht als Anwendungsfall des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht	500
c) Glaubensfreiheit als Abwehrrecht	502
d) Glaubens- und Gewissensfreiheit als Grenzen des Vertragsrechts	502
aa) Grundproblem und Fallkonstellationen	502
bb) Die Schutzgüter Glaubens- und Gewissensfreiheit	504
(1) Glaubensfreiheit	504
(2) Gewissensfreiheit	505
cc) Gegenläufige Grundrechte und Untermaß des Grundrechtsschutzes	506
dd) Kollisionsauflösung durch den Gesetzgeber	507
ee) Fachgerichtliche Kollisionsauflösung	508
(1) Drittwirkungslehren	508
(2) Schutzpflichtendogmatische Neuorientierung	509
2. Freizügigkeit und Aufenthalt	511
3. Versammlungsfreiheit	512
V. Ergebnis	513
§ 15 Kommunikationsgrundrechte im Privatrecht	514
I. Kommunikationsgrundrechte und Wirkung der Grundrechte im Privatrecht	514
II. Kommunikationsgrundrechte als Abwehrrechte im Privatrecht ..	520
1. Der abwehrrechtliche Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit im Privatrecht	520
a) Privatrechtsgesetze als allgemeine Gesetze und Schutzgut Ehre	520
b) Verfassungsrechtliche Grenzen konkretisierender Rechtsprechung aus Sicht des Grundrechtsträgers der Kommunikationsfreiheit	523
2. Kunstfreiheit im Privatrecht	526
3. Abwehrrechtlicher Schutz der Presse- und Rundfunkfreiheit im Arbeitsrecht	527

III. Schutz der Kommunikationsfreiheit im Privatrechtsverhältnis . . .	530
1. Kommunikationsfreiheiten im Arbeitsverhältnis:	
Notwendigkeit funktionaler Differenzierung	530
a) Grundregeln über Arbeitsverhältnisse als allgemeine Gesetze?	530
b) Schutz der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers	533
c) Schutz arbeitnehmerischer Meinungsfreiheit in Presse- und Rundfunkunternehmen	534
2. Kommunikationsfreiheiten und Mietrecht	536
a) Fallkonstellationen und ihre Behandlung in der Rechtsprechung	536
b) Grundrechtsfunktionale Gesichtspunkte: Abwehr oder Schutz?	538
c) Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit	540
aa) Schutzgut	540
(1) Meinungsfreiheit	540
(2) Informationsfreiheit	540
bb) Schutzzumfang	543
cc) Umsetzung des Schutzauftrages im privaten Mietrecht	544
dd) Umsetzung des Schutzauftrages im Wohnungseigentumsrecht	547
d) Fachgerichtliche Rechtsfortbildung und grundrechtlicher Maßstab	547
IV. Funktionale Differenzierung und konsistente Begründung	548
 Ausblick	 549
Kurzfassung in Thesen	551
 Literaturverzeichnis	 559
Sachregister	611

Einleitung

Gut vierzig Jahre sind seit dem Erscheinen der Habilitationsschrift *Walter Leisners* über das Verhältnis der Grundrechte zum Privatrecht vergangen¹. Noch ein wenig weiter zurück liegt die „Lüth“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht seinen Ansatz zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht formulierte, den es bis heute nicht aufgegeben hat². Daß die danach eingelebte Ruhe in der dogmatischen Auseinandersetzung eine trügerische war, konnte sich dem kundigen Beobachter nicht nur durch einen Blick auf die vielfältigen Konzeptionen und Auffassungen erschließen, die seither im Schrifttum zur gesamten Problematik oder zu Einzelfragen entwickelt wurden. Eine Reihe spektakulärer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beendete den vermeintlichen Ruhezustand spätestens in den frühen neunziger Jahren. Handelsvertreter³ und vor allem Bürgschaftsbeschuß⁴ stifteten in gleicher Weise Unruhe wie die Entscheidungen zum Mietereigentum⁵, zur Parabolantenne ausländischer Mieter⁶ und – wenig später – zum Kündigungsschutz im Individualarbeitsrecht⁷. Tief scheint das Verfassungsrecht in die gewachsenen Strukturen des Privatrechts einzudringen, unbegrenzt droht der bundesverfassungsgerichtliche Zugriff, wehrlos erscheint manchen die ausgefeilte Privatrechtsdogmatik gegen die Überlagerung durch diffuse, vermeintlich höherrangige rechtspolitische Wertungen. Das Thema ist auf die Tagesordnung der Verfassungs- wie der Privatrechtswissenschaft gleichermaßen zurückgekehrt. Was bisher zu den unverrückbaren dogmatischen Grundüberzeugungen gehörte, scheint nur noch für Zwischenbilanzen im Fluß der Rechtsentwicklung auszureichen⁸; eine abschließende Klärung, die auf allgemeine Zustimmung stößt, wird gefordert⁹.

¹ *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960.

² BVerfGE 7, 198.

³ BVerfGE 81, 242.

⁴ BVerfGE 89, 214.

⁵ BVerfGE 89, 1.

⁶ BVerfGE 90, 27.

⁷ BVerfGE 97, 169. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Ähnliche Diskussionen sind infolge des erst am 6. Februar 2001 ergangenen Urteils zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (BVerfG, NJW 2001, 957) zu erwarten.

⁸ Vgl. den Titel der Schrift von *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz, 1999.

⁹ *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Vorb., Rn.57 a.E.; *W. Roth*, in: Wolter/Riedel/Taupitz

In vierzig Jahren ist die Entwicklung des Verfassungsrechts, dessen Perspektive die vorliegende Untersuchung einnimmt, nicht stehengeblieben. Ausgangspunkt ist die Überlegung, die Ergebnisse jener Entwicklung mit der Frage nach dem Verhältnis von Verfassung und Privatrecht zu verbinden. Das untersuchungsleitende Vorverständnis geht dahin, daß auf diese Weise eine Grundlage erarbeitet werden kann, um die neuere, für viele unhaltbare Verfassungsrechtsprechung in differenzierte Kategorien des Verfassungsrechts einzubinden oder aber ihre Einzelresultate anhand klarer verfassungsrechtlicher Maßstäbe zu verwerfen. Diesem Vorverständnis folgend beginnt die Grundlegung für die weitere Arbeit mit einer historischen Aufarbeitung des Streitstandes seit 1949, die der präzisen Formulierung der einzelnen Fragestellungen dient. Der Grundlegung ist eine privatrechtsbezogene Stellungnahme über das Verhältnis der Verfassung zum einfachgesetzlichen Recht und seiner Auslegung ebenso zugeordnet wie eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung der Privatautonomie. Auf dieser Basis werden im zentralen Teil der Untersuchung grundrechtsfunktionenübergreifende Probleme aufgezeigt und vor allem die einzelnen Grundrechtsfunktionen in ihrer Bedeutung für das Privatrecht entfaltet. Der abschließende Teil ist anwendungsorientiert. In der Verknüpfung einzelner Grundrechtsgüter mit verschiedenen Bereichen des Privatrechts, in denen jene Güter vermittelt durch die unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen Schutz erfahren, wird das im Vorverständnis angedachte Erkenntnisziel erreicht.

Die thematische Spannweite der berührten Fragen erfordert Einschränkungen. „Verfassung“ in Titel und Gegenstand dieser Untersuchung meint das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Grundsätzlich wird damit das Landesverfassungsrecht aus der Analyse herausgenommen. Trotz des gewachsenen Selbstandes landesverfassungsgerichtlicher Judikatur soll es hier bei vereinzelt Bezugnahmen auf besondere Einzelgewährleistungen der Landesverfassungen sein Bewenden haben. Eine ausführliche Analyse des zwar vielfach anregenden, jedoch in seiner praktischen Bedeutung für die Privatrechtswirkung als gering einzustufenden Landesverfassungsrechts¹⁰ ließe sich zudem mit Blick auf eine weitere, in ihrer Tragweite gravierende Eingrenzung des Themas nicht rechtfertigen: Wenn im folgenden auch die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des Rechts der Europäischen Menschenrechtskonvention außen vor bleiben und allenfalls punktuelle Erwähnung finden, so geschieht dies nicht in Leugnung der supranationalen Bedingtheit des Grundgesetzes im europäischen Verfassungsverbund oder unter Verkenning der konstitutionellen Grundentscheidung für die internationale Offenheit¹¹. Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das Privatrecht ist ebenso offenkundig wie jede Analyse von Grundrechten ohne Einbeziehung der gemeineu-

(Hrsg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht*, S. 229 (229).

¹⁰ S. nur den Hinweis bei A. Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, § 10, Rn. 72.

¹¹ Vgl. nur C. Tomuschat, *HStR VII*, § 172.

ropäischen Ebene unvollständig bleiben muß¹² und wie die prägende Einflußnahme des weiterentwickelten Völkerrechts (Stichwort: WTO) auch für das Privatrecht zu erwarten ist. Die Aussparung der genannten Bereiche erfolgt allein zu dem Zweck, die Überschaubarkeit der Untersuchung zu wahren¹³, zumal die grundsätzliche Konzentration auf die Verfassungsnormen des Grundgesetzes nicht verhindert, zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im Einzelfall zu benennen und zu beschreiben.

Das ebenfalls im Titel genannte „Privatrecht“ läßt sich ebenfalls nicht ohne erhebliche Einschränkungen erfassen, wenn der Verlust der Überschaubarkeit vermieden werden soll. Ähnlich wie im Kontext des Verfassungsrechts bleibt auch auf hier die Ebene des Internationalen ausgespart. Mit der Untersuchung des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und Internationalem Privatrecht würden Fragen angesprochen, die – wie beispielsweise die Frage nach der extraterritorialen Wirkung der deutschen Grundrechtsordnung – weit über das hinausreichen, was zum Kern einer Untersuchung zu den Rechtsverhältnissen Privater in der grundgesetzlichen Ordnung gehört, womit weder über das Gewicht noch den intellektuellen Reiz dieser Fragen eine Aussage getroffen wird. Das Verhältnis IPR-GG ist auch in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts präsent¹⁴. Dies gilt ebenfalls für einen weiteren, ausgesprochen bedeutsamen Bereich des privaten Wirtschaftsrechts, dessen ausführliche Behandlung nicht nur den äußeren Rahmen der Untersuchung gesprengt hätte. Auch das Vereins- und Gesellschaftsrecht (Personen- und Kapitalgesellschaften¹⁵) bleiben nicht deswegen außen vor, weil ihre verfassungsrechtlichen Bezüge unwichtig oder uninteressant wären – beides ist keineswegs der Fall –, sondern weil sich die involvierten Fragestellungen anderen Dimensionen des Privat- wie Verfassungsrechts öffnen. Die umfassende Inhaltskontrolle von Verbandsregeln durch die Zivilrechtsprechung¹⁶ illustriert diesen kategorialen Unterschied zwischen privatrechtlichen Rechtsbeziehungen und den Rechtsbeziehungen innerhalb privater Gemeinschaften gleich welcher Rechtsnatur, der sich auch in den Querverbindungen zum Verfassungsrecht niederschlägt. Wenn die Untersuchung zudem auf das materielle Privatrecht unter Ausschluß des Zivilprozeßrechts (Erkenntnisverfahren und Vollstreckung) begrenzt wird, so soll auch dies ihrer Übersichtlichkeit und ihrem inneren Zusammenhang dienen.

¹² Zur Drittwirkung der EMRK-Grundrechte *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 3, Rn. 29ff.; *R. Ellger*, *RechtsZ* 63 (1999), 625 (634ff.); *B. Moser*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht, S. 125ff.

¹³ Diesem Zweck dient auch die Außerachtlassung rechtsvergleichender Bezüge, vgl. nur für die USA *T. Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992; für die Schweiz *R. Zäch*, *SJZ* 1989, 1, sowie jetzt auch für Großbritannien: *W. Wade*, *L.Q.R.* 116 (2000), 217.

¹⁴ BVerfGE 91, 335 (*punitive damages*); 92, 26 (Zweitregister); 99, 145 (Kindesentführungsübereinkommen). S. bereits BVerfGE 31, 58 (Spanier); 63, 181; 68, 384.

¹⁵ S. zuletzt BVerfGE 100, 289; sowie bereits BVerfGE 14, 263. Vgl. auch *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/ders.*, GG, Art. 9, Rn. 60.

¹⁶ Aus der neuesten Rechtsprechung: BGHZ 142, 304.

Daß das Verfahrensrecht verfassungsrechtlicher Bezüge nicht entbehrt, wird daher nur stellenweise in den Blick genommen¹⁷.

Auf der Seite des Privatrechts nimmt das Arbeitsrecht eine Sonderrolle ein. Die Entscheidung, individualarbeitsrechtliche Problemstellungen aufzunehmen und aufzuarbeiten, dem kollektiven Arbeitsrecht im Rahmen der Untersuchung jedoch nur eine randständige Rolle zuzuweisen, mag auf den ersten Blick Unbehagen wecken. Beide Teilgebiete des Arbeitsrechts sind in erheblichem Umfang durch das Verfassungsrecht beeinflusst. Die verfassungsrechtlichen Bezüge der Regelungen über die Rechtsverhältnisse der Tarifparteien oder des Betriebsverfassungsrechts sowie des Arbeitskampfrechts führen aber wiederum aus den Kernfragen der Privatrechtswirkung des Grundgesetzes hinaus. Die Untersuchung zielt nicht auf eine Neubestimmung der Koordinaten des Art. 9 III GG, so daß nur punktuell und sehr knapp auf Einzelfragen des kollektiven Arbeitsrechts Bezug genommen werden wird. Eine Ausparung des Individualarbeitsrechts ließe sich hingegen nur schwer rechtfertigen. Trotz aller dogmatischen Einordnungsschwierigkeiten, deren Auflösung der Arbeitsrechtswissenschaft überlassen werden muß, zählt das Individualarbeitsrecht nach ganz überwiegender Auffassung zum Privatrecht¹⁸. Vor allem aber haben einige der zentralen neueren Entwicklungen im Kontext des Verhältnisses von Grundgesetz und Privatrecht im Individualarbeitsrecht stattgefunden oder sind ohne den Blick auf arbeitsrechtliche Parallelentwicklungen nicht zu verstehen.

Die deutsche Rechtstradition trennt das Privatrecht vom Öffentlichen Recht und ordnet das Verfassungsrecht dem Öffentlichen Recht zu¹⁹. Die Gründe für diese Trennung und Zuordnung liegen nicht zuletzt in der Organisation des rechtswissenschaftlichen Diskurses²⁰, sieht man von praktischen Argumenten wie der Gerichtsorganisation oder der anwaltlichen Spezialisierung ab. Auch das positive Verfassungsrecht spiegelt auf den ersten Blick diese Trennung wider. So enthält das Grundgesetz nur sehr vereinzelt ausdrückliche Regelungen mit offenkundiger Privatrechtsrelevanz, von denen eine, Art. 48 II GG, ersichtlich als privatrechtsbezogener Annex des Abgeordnetenstatus erscheint und praktisch wenig bedeutsam ist²¹, die andere, Art. 9 III 2 GG, zum kollektiven Arbeitsrecht zählt und selbst in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wenig Beachtung findet²². Trotz dieser Diskrepanzen wird eine Annähe-

¹⁷ S.u. § 9 II 1, S. 280ff.

¹⁸ Näher u. § 13 I 1, S. 424.

¹⁹ Statt aller *H. Maurer*, Staatsrecht, § 1, Rn. 17.

²⁰ Im historischen Rückblick *M. Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 116.

Auch das Verfassungsrecht läßt sich daher als „Regelungsmaterie“ begreifen, Verfassungs- und Privatrecht sind keine von vornherein inkommensurablen Größen; anders *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 26, der jedoch nicht zu Ergebnissen kommt, die von den im folgenden entwickelten abweichen.

²¹ Zur Wirkung im Privatrecht (Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB, Schutznorm i.S.v. § 823 II BGB) statt aller *M. Schulte*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 48, Rn. 41.

²² BVerfGE 93, 352 (360), geht nicht auf Art. 9 III 2 GG ein, obwohl der Beschwerdeführer sich ausdrücklich darauf berufen hatte (S. 355) und durchaus Anlaß dazu bestanden hätte.

zung der beiden großen Teilbereiche der Rechtsordnung verzeichnet. Die Interdependenzen zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht mögen dazu beigetragen haben, daß Privatrecht und Öffentliches Recht sogar als „wechselseitige Auffangordnungen“ bezeichnet werden²³. Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes haben sich Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts²⁴, diesen Interdependenzen auf unterschiedliche Weise genähert.

²³ W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

²⁴ Die Rechtsprechung des BVerfG wird im folgenden grundsätzlich nach der amtlichen Sammlung zitiert. Nachweise von BVerfG-Entscheidungen aus anderen Quellen betreffen entweder Entscheidungen von Kammern und Vorprüfungsausschüssen oder solche, die nicht mehr bis Band 101 (einschließlich) zum Abdruck in der amtlichen Sammlung gekommen sind.

A. Grundlagen

§1 Verfassungsrechtliche Einflußnahmen auf das Privatrecht im Wandel des juristischen Zeitgeistes

I. Vorbemerkung

Wenn an den Anfang dieser Untersuchung ein Überblick über den Stand der rechtswissenschaftlichen Forschung und der gerichtlichen Praxis zur Einflußnahme des Verfassungsrechts auf das Privatrecht gestellt wird, so geschieht dies vor dem Hintergrund, daß es sich zwar um eine aktuelle, keinesfalls jedoch um eine neue Fragestellung handelt. Sämtliche Lehrbücher des Staats- und Verfassungsrechts sowie Grundgesetzkommentare gehen auf das Thema ein, und eine gewisse „Vertrautheit“ des Lesers kann vorausgesetzt werden¹. Namentlich die unter dem Stichwort „Drittwirkung der Grundrechte“ geführte Diskussion gilt vielen als ausgestanden, wenn nicht gar abgestanden und erledigt². Zwar sind in der Tat die wesentlichen Argumente ausgetauscht³, doch ist es notwendig, sich ihrer erneut zu vergegenwärtigen, da sie zumindest zum Teil auch in der neueren Diskussion eine erhebliche Rolle spielen.

1999 wurde das fünfzigjährige Jubiläum des Grundgesetzes gefeiert. Kurz darauf erschien der einhundertste Band der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Beide Ereignisse bieten den willkommenen Anlaß, eine rechtshistorische Perspektive einzunehmen mit dem Ziel, unnötige Wiederholungen der vorhandenen dogmatischen Darstellungen zu vermeiden. Aus dieser Perspektive läßt sich erkennen, daß die Positionen, die zu einer bestimmten Zeit die wissenschaftliche Diskussion beherrscht haben, und die Rechtsprechungslinien, die auf der Grundlage dieser Diskussionen oder ihnen vorgegreifend entwickelt wurden, Ausdruck des entsprechenden juristischen Zeitgeistes sind⁴. Die Bezugnahme auf den schillernden Begriff des Zeitgeistes dient dabei nicht als Ersatz für eine saubere dogmatische Analyse, sondern trägt der prägenden Kraft politischer und sozialer Strömungen und ihres Niederschlages in kollektiven Wertungen auf

¹ So bereits *J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, S. 9.

² Vgl. *H. Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 16: „... dogmatisch weidlich abgetakelten Drittwirkungslehre ...“; *A. Bleckmann*, DVBl. 1988, 938 (939): „Windstille“; *V. Götz*, in: Vierzig Jahre Grundrechte, S. 35 (36): „... im ersten Jahrzehnt der Geltung des Grundgesetzes geleistet.“

³ *S. Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (530).

⁴ Vgl. umfassend *T. Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 1987.

die Entwicklung juristischer Dogmatik Rechnung⁵; eine Dimension, die vielleicht in der bisherigen Betrachtung der Privatrechtswirkung der Verfassung nach 1949 vernachlässigt wurde und gerade für die neuesten Entwicklungen plausible Erklärungsmuster anbietet. Dieser Ansatz erlaubt eine phasenweise Einteilung des Diskussionsverlaufs, wenn sich auch die historische Einteilung nicht in allen Fällen streng durchhalten läßt, weil einzelne Schrifttumsäußerungen und Judikate Positionen und Argumente einer früheren Phase wieder aufnehmen oder kommenden Tendenzen vorgreifen können. Des weiteren wird vor allem auf neuere Entwicklungen Wert gelegt; dies um das bereits Vorhandene sinnvoll zu ergänzen. So stammt die in Vollständigkeit und Materialreichtum schwer zu übertreffende Darstellung im großen Staatsrechtslehrbuch von *Klaus Stern* bereits aus dem Jahr 1988⁶ und konnte daher viele spätere bedeutsame Entwicklungen gerade in der Rechtsprechung nicht mehr erfassen.

Wäre die Frage nach der verfassungsrechtlichen Beeinflussung des Privatrechts tatsächlich ausdiskutiert, hätten – so ist zu vermuten – die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, etwa zum Handelsvertreter-, Bürgschafts- und Mietrecht⁷, nicht für vergleichbare Überraschung sorgen können. Daher zielt die geschichtlich orientierte Einführung in die Thematik nicht auf eine umfassende Wissenschafts- oder Rechtsgeschichte der Privatwirkungsfrage, sondern darauf, Schwachpunkte und Grenzen der Drittwirkungsdebatte offenzulegen.

II. Von der Drittwirkungsdebatte zur Resubjektivierung objektiver Grundrechtsfunktionen

1. Grundsätzliche Kontroversen und Entscheidungen

a) Das Grundgesetz als Auslöser der Drittwirkungsdebatte

Die Betrachtung beim Grundgesetz zu beginnen heißt nicht zu ignorieren, daß schon vor der Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts Bezüge zwischen Verfassungs- und Privatrecht zu verzeichnen sind. Dies gilt jedoch am wenigsten für die Periode des positivistischen Konstitutionalismus einschließlich seiner Verdichtung im Reichsstaatsrecht. In dieser Epoche lag eine Privatrechtswirkung der Grundrechte außerhalb des verfassungsjuristischen Vorstellungsbereiches, weil die Grundrechte zum einen generell von geringer verfassungsrechtlicher Bedeutung waren, und weil man zum anderen solche Rechte in liberalistischer Deutung als allein staatsgerichtet ansah⁸. Die geringe Wirkkraft der Grundrech-

⁵ Zum so verstandenen Begriff des Zeitgeistes *T. Würtenberger*, *Zeitgeist und Recht*, S. 18ff.

⁶ *K. Stern*, *StaatsR III/1*, § 76. S. auch *A. Bleckmann*, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, § 10, Rn. 68ff.; *R. Richardi*, in: *MünchArbR*, § 10, Rn. 6ff.; *W. Rüfner*, *HStR V*, § 117, Rn. 54ff.

⁷ S.o. Einleitung (S. 1).

⁸ Für diesen Zeitraum vgl. *W. Leisner*, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 30–51; *H. Bethge*,

te wurde im wirtschaftlichen Bereich nicht als defizitäre Erscheinung der Rechtsordnung empfunden, weil wirtschaftliche Grundfreiheiten durch einfachrechtliche Garantien gewährleistet wurden und weil zudem das geltende Privatrecht freiheitlichen Charakters war und die wirtschaftsliberal-bürgerliche Gesellschaft konstituierte⁹. Für jenen Zeitraum ist ein materieller Vorrang des Privatrechts anerkannt¹⁰.

Die dennoch vor dem Grundgesetz vorhandenen Verbindungen zwischen Verfassungs- und Privatrecht sind ausführlich von *Walter Leisner* aufgezeigt worden¹¹. Man muß seiner These von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nicht folgen, wenn man die Bedeutung der Grundrechte für privatrechtliche Rechtsverhältnisse schon in der älteren Verfassungsentwicklung (Naturrecht und Vorläufer, Menschenrechtsdeklarationen der Aufklärung) erkennt¹². Zeitlich näher am Grundgesetz finden sich in der Weimarer Staatsrechtslehre Anklänge an die Drittwirkungslehren¹³, wobei die Deutung der Weimarer Lehre durch *Leisner*, der ihr deutliche Anknüpfungspunkte für die These der unmittelbaren Drittwirkung entnimmt, von vielen nicht geteilt wird¹⁴. Für die Weimarer Zeit ist darüber hinaus die Lehre von den Institutsgarantien und ihre Bedeutung für das Privatrecht festzuhalten, wenn diese Lehre

Grundrechtskollisionen, S. 3; *D. Grimm*, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III/1, S. 17 (107f.); *J. Isensee*, FS-Großfeld, 485 (492); *E. Loebenstein*, FS-Strasser, 759 (760).

⁹ Deutlich *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 10: „... freiheitliches Privatrecht in einem nichtfreiheitlichen Staat ...“. Für *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 10, Rn. 112, liegt daher dem gesamten Privatrecht eine liberale Grundrechtsdogmatik zugrunde.

¹⁰ Näher u. § 2 II 1 (S. 33).

¹¹ Grundrechte und Privatrecht, S. 3ff.

¹² *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 3–29, sowie *W. Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, S. 45ff.; *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte, S. 31; *D. Conrad*, Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, S. 99ff.; *D. Grimm*, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, S. 211 (225f.); *W. Jellinek*, BB 1950, 425 (425); *M. Koll*, Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, S. 37ff.; *T. Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, S. 42ff.; *W. Schätzel*, RdA 1950, 248 (249). S. auch die folgende, vielzitierte Passage aus dem *Rotteck-Welcker'schen Staatslexikon*: „Hat dergestalt der Staat sich der selbsteigenen Eingriffe in die Freiheitsrechte seiner Angehörigen enthalten, so bleibt ihm noch übrig, dieselben auch gegen diejenigen zu schirmen, womit sie in ihrer Wechselwirkung untereinander selbst bedroht sein mögen.“, *C. v. Rotteck*, in: ders./Welcker (Hrsg.), Das Staats-Lexikon, Artikel „Freiheit“, S. 186. Anders jedoch *H. von Mangoldt/F. Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Vorb. A II 4 a; *W. Reimers*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, S. 10ff.; *ders.*, MDR 1967, 533 (534 li. Sp. oben); *W. Schmidt-Rimpler/P. Gieseke/E. Friesenbahn/A. Knur*, AöR 76 (1950/51), 165 (171); *D. Vogt*, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, S. 15. Vgl. auch *C. Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 195ff.

¹³ Vgl. die Darstellung bei *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 52–112. Enger *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 I 3 zu Beginn und sub b) m. Nachweisen zum Schrifttum der Weimarer Zeit. S. auch *F. Laufke*, FS-Lehmann I, 140 (141).

¹⁴ *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 I 3, Fn. 10. Nach *C. Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 285, entfaltet die Grundrechte der WRV keine Drittwirkung (s. zu den Grundrechtswirkungen dort insgesamt S. 280ff.).

auch zunächst in bewußten Gegensatz zu den Grundrechten gestellt wurde¹⁵ und an der Schwelle zwischen Weimarer Republik und Drittem Reich geradezu grundrechtsfeindliche Züge annahm¹⁶. Schließlich wurde die formale Dogmatik des Privatrechts gerade in der Zeit zwischen 1919 und 1933 vielfach durch Einbeziehung wirtschaftlicher und rechtspolitischer Erwägungen durchbrochen. Die daraus resultierende Annäherung an das öffentliche Recht¹⁷ bereitete in gewisser Hinsicht die spätere Einflußnahme des Verfassungsrechts vor.

Erst mit dem Grundgesetz entsteht jedoch eine umfassende Diskussion des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht¹⁸, ohne daß sich in den Materialien zur Bonner Verfassung eine entsprechende Absicht oder gar Tendenz des Parlamentarischen Rates nachweisen ließe¹⁹. Eine erste zeitliche Entwicklungsphase beginnt daher 1949 und umfaßt Schrifttum und Rechtsprechung vom Inkrafttreten des Grundgesetzes bis zu Beginn der siebziger Jahre. Sie steht im Zeichen des von *Hans-Peter Ipsen* geprägten Begriffs der Drittwirkung der Grundrechte²⁰. Dieser Begriff beschreibt anschaulich Inhalt und Grenzen der dogmatischen Erörterung. Das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht wird allein unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte betrachtet. Darüber hinaus ist die grundrechtsdogmatische Fragestellung wiederum begrenzt auf die Grundrechtsbindung: Können private Rechtssubjekte als *Dritte* neben dem Staat Adressaten der Grundrechte anderer privater Rechtssubjekte sein? – Zu Beginn der Entwicklung der Dogmatik für den Grundrechtsabschnitt ist dies eine, wenn nicht *die* zentrale Frage, jedenfalls ein „grand thème“ der Staatsrechtswissenschaft²¹. Sie wird von einer Reihe praktischer Probleme aufgeworfen, die bisweilen noch heute aktuell sind. An vorderster Stelle steht in den fünfziger Jahren die Gleichbehandlung der Geschlechter (Art. 3 II, 117 I GG)²². Praktisch relevant sind seinerzeit aber auch die Frage des Vertragsbruches aus Gewissensgründen (Art. 4 I, II GG)²³, die Meinungsäußerungsfreiheit in der Arbeitswelt

¹⁵ C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 170ff.

¹⁶ Paradigmatisch der Aufsatz von E. R. Huber, AöR 62 (1933), 1.

¹⁷ Der Prozeß ist beschrieben bei M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, S. 226ff.; s. dort S. 228: „... schleichende Entwertung der formalen Dogmatik ...“.

¹⁸ S. schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes H. Coing, SJZ 1947, (641) 643; W. Hallstein, SJZ 1946, 1 (4f.); H. Krüger, NJW 1949, 163; L. Raiser, ZHR 11 (1948), 75 (90).

¹⁹ Vgl. K. Stern, StaatsR III/1, § 76 I 4 a m. w. N. zu früheren Gegenauffassungen.

²⁰ H.-P. Ipsen, HGR II, S. 111 (143 mit Fn. 109). Zu anderen Begriffen (Horizontalwirkung, Grundrechtsgeltung in der Privatrechtsordnung) K. Stern, StaatsR III/1, § 76 I 2 bei Fn. 6 und 7.

²¹ K. Stern, StaatsR III/1, § 76 I 4. Ähnlich W. Reimers, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 10. Die gesamte frühe Literatur ist dokumentiert bei D. Vogt, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, S. 2ff., Fn. 6.

²² Zutreffend U. Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 118. S. u. bei § 7 IV 2 a ee (3) (b), S. 179ff. Vgl. vorerst H.-G. Suelmann, Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, S. 17ff. m. Nachw. in Fußn. 18, sowie S. 23ff., sowie die. Nachweise bei K. Stern, StaatsR III/1, § 76 I 4 d α.

²³ S. u. bei § 14 IV 1 d, S. 502ff.

(Art. 5 I 1, 1. Alt. GG)²⁴, sowie einzelne Fragen der Familienrechtsordnung (Art. 6 GG)²⁵. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird unter Bezugnahme auf Art. 1 I und 2 I GG begründet und tritt in Konflikt mit den Kommunikationsgrundrechten (Art. 5 GG)²⁶.

Fragt man nach den beherrschenden gesellschaftlichen sowie rechtspolitischen Strömungen, die den Zeitgeist jener Periode bestimmen, so drängt sich die seinerzeit erlebte Renaissance wertphilosophisch-naturrechtlichen Gedankengutes auf. Sie ist das Ergebnis der Auffassung, daß für den Zusammenbruch des Rechtsstaates im Dritten Reich in erster Linie der überzogene (Gesetzes-)Positivismus verantwortlich war²⁷. Die Grundrechte an der Spitze des neuen Grundgesetzes, wiederum angeführt durch die wertethisch aufgeladene Menschenwürdegarantie, werden als zentrale Werte des neuen Gemeinwesens begriffen und bedürfen als solche des umfassenden Schutzes auch im Privatrechtsverkehr²⁸. In den ersten zehn Jahren der Geltung des Grundgesetzes erhalten die Grundrechte so eine für die deutsche Verfassungsrechtslehre eigentümliche Deutung. Hinzu tritt das sozialpolitische Anliegen des Schutzes wirtschaftlich und sozial Schwächerer vor den „sozialen Mächten“. Das Gewicht dieses Topos korrespondiert mit den wechselnden wirtschaftspolitischen Prioritäten und rückt daher mit dem gesellschaftlichen Umbruch Mitte der sechziger Jahre stärker in den Vordergrund²⁹.

Der gemeinsame wertphilosophische Ausgangspunkt ermöglicht einen grundsätzlichen Konsens über die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht³⁰, so daß die zentrale Kontroverse zu Beginn folgerichtig die konstruktive Begründung dieser Grundrechtswirkung zum Inhalt hat. Während sich die Auffassung einer unmittelbaren Bindung einzelner Privater an die Grundrechte zunächst immer mehr Raum verschafft, tritt die These von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte hinzu.

²⁴ S.u. bei § 15 III 1, S. 530ff.

²⁵ S.u. bei § 12, S. 398ff.

²⁶ S.u. bei § 15 II 1, 520ff.

²⁷ S. statt vieler den Sammelband *W. Maihofer* (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 1962. S. dazu auch *H. Dreier*, *Dimensionen der Grundrechte*, S. 20; *C. Enders*, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, S. 25ff.

²⁸ Vgl. die Nachweise bei *K. Stern*, *StaatsR III/1*, § 76 I 4 e α, sowie die Erläuterung durch *J.P. Müller*, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, S. 165f.

²⁹ Vgl. statt vieler die Abhandlungen von *F. Gamillscheg*, *AcP* 164 (1964), 385, und *W. Reichenbaum*, *Grundrechte und soziale Gewalten*, 1962. Später noch *W. Däubler*, *Gläserne Belegschaften*, Rn. 85; *E. Denninger*, *AK-GG*, vor Art. 1, Rn. 32; *T. Langner*, *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, S. 30ff. S. auch die Erörterung bei *K. Stern*, *StaatsR III/1*, § 76 IV 8.

³⁰ Zu den ganz wenigen Ausnahmen *K. Stern*, *StaatsR III/1*, § 76 I 4 β m.w.N.

b) Grundpositionen und wesentliche Argumente in der Drittwirkungsdiskussion

aa) Unmittelbare Drittwirkung

Für die Hauptvertreter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, *Hans Carl Nipperdey*³¹ und *Walter Leisner*³², sowie für diejenigen Autoren, die dieser Lehre folgten³³, entfalten die Grundrechte im Zivilrecht „absolute“ Wirkung“, gelten mithin im Verhältnis zwischen Privaten unmittelbar als Gebote wie Verbote, Rechte wie Anspruchsgrundlagen und bedürfen nicht der Mediatisierung durch privatrechtliche Normen wie die Generalklauseln. Freilich soll sich die unmittelbare Drittwirkung nicht generell entfalten, sondern für jedes Grundrecht im Einzelfall zu prüfen sein³⁴. Ungeachtet dieser Abschwächung stützt sich die Lehre von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte im wesentlichen auf drei Argumentationslinien. Erstens geht es ihren Vertretern um die effektive Sicherung der Grundrechte als Höchstwerte auch im gesellschaftlichen Leben. Der positive Gehalt der Grundrechte erfordere ihre allseitige Absicherung und ihren umfassenden Schutz im Interesse des einzelnen³⁵. Zweitens hätten die Grundrechte einen Bedeutungswandel erfahren. Sie müßten den einzelnen nicht nur als Abwehrrechte vor der Macht des Staates, sondern auch vor Dritten in gesellschaftlichen Zusammenhängen, namentlich vor „sozialen Gewalten“ schützen³⁶. Bisweilen wird der Ursprung der Grundrechtsgefährdung in einer „sozialen Gewalt“ als eigenständige Voraussetzung für die unmittelbare Drittwirkung formuliert³⁷. Drittens ist die bereits

³¹ *L. Enneccerus/H. C. Nipperdey*, AT, § 15 II 4 c; *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, S. 15; *ders.*, DVBl. 1958, 445 (447); *ders.*, HGrR IV/2, 741 (748).

³² Grundrechte und Privatrecht, S. 285 ff.

³³ Für die unmittelbare Drittwirkung s. u. a. *M. Koll*, Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, 1961. *F. Laufke*, FS-Lehmann I, 145; *G. Müller*, RdA 1964, 121; *E. Steindorff*, Persönlichkeitschutz im Zivilrecht, S. 12f. *H. Krüger*, RdA 1954, 365 (368f.), sowie die Nachweise bei *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 I 4 e γ. Vgl. auch – mit erheblichen Modifikationen – *J. Hager*, JZ 1994, 373 (376f.).

³⁴ *H. C. Nipperdey*, RdA 1950, 121 (124f.); *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, S. 20; *ders.*, DVBl. 1958, 445 (447); *L. Enneccerus/ders.*, AT, § 15 II 5; *F. Laufke*, FS-Lehmann I, 145 (155).

³⁵ *F. Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 (404f.); *W. Hamel*, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 20ff.; *F. Laufke*, FS-Lehmann I, 145 (154); *G. Müller*, RdA 1964, 121 (122, 125); *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, S. 14f.; *ders.*, RdA 1950, 121 (125).

³⁶ *F. Laufke*, FS-Lehmann I, 145 (149f.); *H. Huber*, in: Eichenberger/Bäumlin/Müller (Hrsg.), Rechtstheorie Verfassungsrecht Völkerrecht, S. 139 (157); *H. C. Nipperdey*, DVBl. 1958, 445 (447); *ders.*, HGrR II, S. 19f.; *ders.*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Rechtsgutachten, S. 18; *K. Wespi*, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, S. 3ff.

³⁷ *F. Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 35f.; *H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, S. 67; *F. Nickelisch*, JZ 1976, 105 (108). Dagegen neuerdings das interessante Argument von *U. Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 (224, Fn. 250): Verliert der sozial „Übermächtige“ seine soziale Macht (z. B. durch eine ungünstige wirtschaftliche Entwicklung), müßte die Grundrechtskontrolle (ggf. analog § 323 ZPO) dynamisiert werden, was sich nur schwer realisieren ließe.

angesprochene, namentlich von *Leisner* herausgearbeitete historische Interpretation der Entstehung der Grundrechte als allseitiger Rechte zu nennen³⁸. Ein viertes Argument, der Erst-Recht-Schluß aus Art. 1 III GG – was die staatliche Gewalt bindet, muß erst recht Private binden³⁹ – wurde später weitgehend⁴⁰ aufgegeben⁴¹, weil die Grundrechtsbindung Privater kein *minus*, sondern ein *aliud* zur Grundrechtsbindung des Staates ist⁴².

Obwohl ihr mit dem Bundesarbeitsgericht immerhin ein oberstes Bundesgericht bis in die achtziger Jahre folgte⁴³, konnte sich die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung nicht durchsetzen und wird heute nur noch vereinzelt für bestimmte Grundrechte (so für Art. 1 GG⁴⁴ oder Art. 3 II GG⁴⁵) oder auf der Grundlage rechtsphilosophischer Prämissen, die aus dem Verfassungstext nur schwer ableitbar sind⁴⁶, vertreten.

bb) Mittelbare Drittwirkung

Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung geht, abgesehen von einigen Vorläufern⁴⁷, auf *Günter Dürig* zurück. Im Einklang mit seiner Konzeption der Grundrechte als Werteordnung⁴⁸ tritt er für einen umfassenden Schutz der in den Grundrechten verkörperten Werte ein⁴⁹. Dieser Schutz darf für *Dürig* jedoch nicht zu einer unmittelbaren Grundrechtsbindung von Privatrechtssubjekten führen, weil diese selbst Grundrechtsträger sind. Aus Art. 2 I GG folge

³⁸ Grundrechte und Privatrecht, insbesondere S. 332ff.

³⁹ So noch *H. C. Nipperdey*, RdA 1950, 121 (125).

⁴⁰ Außer von *F. Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 (406); *ders.*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 32f.

⁴¹ *L. Erneccerus/H. C. Nipperdey*, AT, § 15 II 4 c. Dagegen auch *G. Dürig*, FS-Nawiasky, 157 (158); *T. Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, S. 41.

⁴² So deutlich *A. Hueck*, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, S. 14; aus neuerer Zeit *H. Prütting*, in: Grupp/*ders.* (Hrsg.), Arbeitnehmerinteressen und Verfassung, S. 11 (14); *U. Wendeling-Schröder*, Autonomie im Arbeitsrecht, S. 110.

⁴³ BAGE 1, 185 (193); 13, 168 (174); 31, 67 (71f.). BAGE 4, 274 (285), betrachtet die Grundrechte sogar ausdrücklich als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB (dazu *R. M. Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 311f.). Aufgegeben ist die unmittelbare Drittwirkung seit BAGE 47, 363 (373), nunmehr st. Rspr.: BAGE 52, 88 (98); BAG AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972.

⁴⁴ *J. Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 150ff.

⁴⁵ *H.-G. Suelmann*, Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994.

⁴⁶ *B. A. Braczyk*, Rechtsgrund und Grundrecht, S. 115 und passim, auf der Basis der hegelianischen Rechtsphilosophie.

⁴⁷ *A. Hueck*, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, S. 27; *W. Jellinek*, BB 1950, 425 (426); *H. Krüger*, NJW 1949, 163.

⁴⁸ *G. Dürig*, AöR 81 (1956), 117; *ders.*, in: Maunz/*ders.*/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. I, Rn. 1ff. Zur Entstehung *P. Lerche*, in: Zum Gedenken an Professor Dr. iur. Günter Dürig, S. 13, und *W. Graf Vitzthum*, ebda., S. 37 (41ff.).

⁴⁹ *G. Dürig*, FS-Nawiasky, 157; *ders.*, in: Maunz/*ders.*/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. III, Rn. 131ff.; *ders.*, AöR 81 (1956), 117 (123f.). zuvor bereits *ders.*, ZgesStW 109 (1953), 326 (341f.); *ders.*, HGfR II, 507 (525).

eine grundsätzliche Entscheidung der Verfassung für die Freiheit vor dem Staat auch im privaten Rechtsverkehr⁵⁰. Der Einfluß der grundrechtlichen Wertordnung müsse über die Interpretation der offenen Begriffe und Generalklauseln des Zivilrechts (§§ 138, 242, 826 BGB) erfolgen⁵¹. Deren grundrechtsorientierte Interpretation und Konkretisierung vollziehe sich in unterschiedlicher Intensität von der erläuternden „Wertdifferenzierung und Wertverdeutlichung“ über die bekräftigende „Wertakzentuierung und Wertverschärfung“ hin zur gleichsam rechtsschöpferischen „Wertschutzlückenschließung“⁵².

Neben den von *Dürig* hervorgehobenen Gesichtspunkt der Gleichrangigkeit der Privatrechtssubjekte als Grundrechtsträger sind im Laufe der Zeit weitere Argumente getreten⁵³. Insbesondere wird auf den Wortlaut der Art. 1 I 2, 1 III und 3 I GG verwiesen: Zu Achtung und Schutz der Menschenwürde sei nur die staatliche Gewalt verpflichtet; nur ihre drei Emanationen (Gesetzgebung, Vollziehung, Rechtsprechung) seien an die unmittelbare rechtliche Verpflichtung durch die Grundrechte gebunden, und die Gleichheit der privaten Rechtssubjekte bestehe nur „vor dem Gesetz“, mithin vor einem Akt staatlicher Gewalt⁵⁴. Außerdem spreche die Schrankensystematik der Grundrechte gegen eine Grundrechtsbindung Privater, denn die Einschränkung der Grundrechte durch Private, etwa durch Rechtsgeschäft, sei in der Verfassung, die nur die Grundrechtsbeschränkung durch oder aufgrund (staatlichen) Gesetzes kenne, nicht geregelt⁵⁵. Damit zusammenhängend sei es verfehlt, Privaten die gleichen Schranken für ihr privatautonomes Handeln aufzuerlegen wie dem Staat, wenn er das Allgemeinwohl gegen Privatinteressen durchsetzt⁵⁶. Schließlich wird häufig mit der historischen Situation der Entstehung der Grundrechte des Grundgesetzes als wirksamer Abwehrrechte gegen den Staat und Bollwerk gegen den Totalitarismus argumentiert⁵⁷.

⁵⁰ *G. Dürig*, FS-Nawiasky, 157 (158f.). Daran anknüpfend *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 II 2 b.

⁵¹ *G. Dürig*, FS-Nawiasky, 157 (176f.); *ders.*, in: Maunz/*ders.*/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. III, Rn. 133.

⁵² *G. Dürig*, FS-Nawiasky, 157 (177ff.).

⁵³ Die Anzahl der Vertreter der mittelbaren Drittwirkungslehre kann kaum wiedergegeben werden. Vgl. die Nachweise bei *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 I 4 e γ, sowie *O. Bachof*, HG r III/1, 155 (173); *F. Bydliński*, ÖZöffR XII (1962/63), 423 (440); *ders.*, in: Rack (Hrsg.), Grundrechtsreform, S. 173; *W. Reimers*, MDR 1967, 533; *G. Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, S. 48ff.; *D. Vogt*, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, S. 225ff., sowie die in den folgenden Fußnoten zitierten Stimmen.

⁵⁴ *C.-W. Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (203f.); *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 III 2 b; *D. Medicus*, AcP 192 (1992), 35 (43); *M. Oldiges*, FS-Friauf, 281 (282); *G. Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1224); *J. Wenthe*, NJW 1984, 1446 (1446).

⁵⁵ *C.-W. Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (204); *M. Oldiges*, FS-Friauf, 281 (283); *G. Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1224); *J. Wenthe*, NJW 1984, 1446 (1446).

⁵⁶ *P. Krause*, JZ 1984, 656 (657); *D. Medicus*, AcP 192 (1992), 35 (43); *G. Spieß*, DVBl. 1994, 1222 (1224); *J. Wenthe*, NJW 1984, 1446 (1446).

⁵⁷ *C.-W. Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (205); *D. Medicus*, AcP 192 (1992), 35 (43).

c) Die Grundentscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Lüth-Urteil

Die als Lüth-Urteil berühmt gewordene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 1958⁵⁸ löst die Kontroverse nachhaltig auf, wenn sie sich auch einer vollständigen Erörterung der Drittwirkungsproblematik explizit zu entziehen sucht⁵⁹. Für das Bundesverfassungsgericht sind die Grundrechte „in erster Linie ... Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“, was aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung, den Vorgängen zur Aufnahme der Grundrechte in die modernen Verfassungen sowie der Einrichtung der Verfassungsbeschwerde als eines Rechtsbehelfs gegen Akte der öffentlichen Gewalt gefolgert wird⁶⁰. Die Geltungskraft dieser Grundrechte ist jedoch über den Abwehraspekt hinaus erhöht, indem sie ein System objektiver Wertordnung bilden, das allen Bereichen des Rechts einschließlich des Privatrechts Richtlinien und Impulse vermittelt⁶¹: „... keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“ Der Konzeption *Dürigs* folgend entfalten sich die grundrechtlichen Werte durch die Normen des Privatrechts, namentlich diejenigen zwingenden Rechts – wegen ihrer dem öffentlichen Recht ähnlichen Ordnungsfunktion – und die Generalklauseln (im konkreten Fall § 826 BGB) – wegen ihrer Verfassungswerten offenen Interpretationsfähigkeit und -bedürftigkeit⁶².

Neben dieser prinzipiellen Orientierung des materiellrechtlichen Verhältnisses der beiden Rechtsgebiete greift das Bundesverfassungsgericht im Urteil Lüth auch erstmals die funktionelle Seite der Problematik auf, die stets mit der Drittwirkungsfrage einhergehende Wechselwirkung zwischen fachgerichtlicher Rechtsprechung und bundesverfassungsgerichtlicher Kontrolle, und es trifft die beiden grundsätzlichen Aussagen, daß erstens die Mißachtung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht durch den Richter eine Verletzung des jeweiligen subjektiven Grundrechts und zweitens die bundesverfassungsgerichtliche Nachprüfung auf diese Ausstrahlungswirkung begrenzt sei⁶³.

Die Bedeutung des Lüth-Urteils erschöpft sich bekanntermaßen nicht in diesen grundsätzlichen Ausführungen zu den Verhältnissen Privatrecht/Verfassungsrecht und Bundesverfassungsgericht/Fachgerichte, sondern enthält auch die interpretatorische Grundentscheidung für die Auslegung des Begriffs der allgemeinen Gesetze in Art. 5 II GG und die Schrankensystematik der Meinungsfreiheit⁶⁴. Ungeachtet dessen enthält das Urteil die zentralen Aussagen

⁵⁸ BVerfGE 7, 198.

⁵⁹ BVerfGE 7, 198 (204; zweiter Abs.a.E.).

⁶⁰ BVerfGE 7, 198 (204f.).

⁶¹ BVerfGE 7, 198 (205).

⁶² BVerfGE 7, 198 (205f.).

⁶³ BVerfGE 7, 198 (206f.).

⁶⁴ S.u. § 15 II 1 a, S. 520ff.

zur Grundrechtswirkung im Privatrecht, die auch in den neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wieder aufgegriffen worden sind. Die Leitsätze des Urteils sind in den folgenden über vierzig Jahren der Verfassungsentwicklung niemals revidiert worden. Durch die ausdrückliche Inbezugnahme der Lehre *Dürigs* entschied sich das Bundesverfassungsgericht im Urteil auch mit einer solchen Eindeutigkeit für die Konzeption der mittelbaren Drittwirkung, daß der Gegenauffassung auf lange Sicht kein Erfolg beschieden sein konnte und sich die mittelbare Drittwirkung sowohl im Schrifttum⁶⁵ als auch in der Zivilrechtsprechung durchsetzte⁶⁶.

Die Kernaussagen des Lüth-Urteils zum materiellrechtlichen Verhältnis von Verfassungs- und Privatrecht sind gleichermaßen eindeutig wie inhaltsförmig. Eindeutig lehnt das Bundesverfassungsgericht die unmittelbare Anwendung der öffentlich-rechtlichen⁶⁷ Grundrechtsnormen in Privatrechtsverhältnissen ab. Offen bleibt der konkrete Einwirkungsmodus, die Reichweite der Beeinflussung der Privatrechtsinterpretation und damit letztlich der Inhalt der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung. Es liegt nahe, in dieser Offenheit einen der Hauptgründe für die Konsistenz der Rechtsprechung zum Drittwirkungsproblem seit dem Lüth-Urteil zu sehen. Die Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung eröffnet dem Rechtsanwender einen weiten Spielraum, denn die „Modifikation des Privatrechts“⁶⁸, die er im Einzelfall durch Interpretation des Mediums Privatrecht in bürgerlichrechtlichen Rechtsverhältnissen realisieren muß, steht inhaltlich nicht fest. Dies ermöglicht zugleich, die offenen *rationes decidendi* des Lüth-Urteils zu unterschiedlichen Zeiten mit unterschiedlichen Inhalten zu füllen⁶⁹.

2. Konsolidierung und Kritik

a) Grundrechtsgeltung und staatliche Verantwortung

Bis zu Beginn der siebziger Jahre kommt die Drittwirkungsdebatte zur Ruhe, letztlich infolge der befriedenden Wirkung des Lüth-Urteils. Das Thema rückt im Ganzen aus dem Blickfeld der Wissenschaft, ohne daß alle Einzelfragen einer Lösung zugeführt worden wären, und die Flexibilität der Lüth-Formeln ermöglicht die sachgerechte Beurteilung der wenigen praktisch bedeutsamen Fälle.

Der Beginn eines neuen Abschnitts der Verfassungsrechtsgeschichte der Privatrechtswirkung kann mit großer Genauigkeit datiert werden. Im Jahr 1971 er-

⁶⁵ S. oben Fn. 53.

⁶⁶ Vgl. vorerst die Nachweise bei *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 II 2 d, Fn. 227.

⁶⁷ S. BVerfGE 7, 198 (206 oben).

⁶⁸ BVerfGE 7, 198 (206).

⁶⁹ In diesem Sinne auch *P. Lerche*, FS-Odersky, 215 (216). S. auch *J. Pietzcker*, FS-Dürig, 345 (346).

scheint die Gießener Dissertation „Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte“ von *Jürgen Schwabe*. Der Titel ist Programm. *Schwabe* versucht, die Debatte um die Privatrechtswirkung der Grundrechte als Scheinproblem zu entlarven, indem er an die staatliche Verantwortung für Privatrechtsgesetze und zivilrichterliche Entscheidungen anknüpft⁷⁰. Gesetzgeber und Richter als Staatsorgane griffen in die Grundrechte des betroffenen Grundrechtsträgers ein, wenn sie diese bei der Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht hinreichend beachteten⁷¹. Die Bindung an die Grundrechte sei im Privat- und öffentlichen Recht identisch⁷². Angesprochen ist damit nach *Schwabe* bereits die Abwehrfunktion der Grundrechte. Überlegungen zur Verpflichtung Privater aus den Grundrechten seien nicht angebracht, denn die Bindung des Richters an die abwehrrechtlichen Grundrechte sei eine aus Art. 1 III GG ableitbare Selbstverständlichkeit⁷³. *Schwabe* hat seine Konzeption im Laufe der Zeit beibehalten, vertieft und auf ihrer Grundlage für eine Reihe von Einzelfällen aus der Praxis des Bundesverfassungsgerichts Lösungsansätze entworfen⁷⁴, auf die jeweils im Kontext der einzelnen Sachfragen einzugehen sein wird. In einem anderen, umweltrechtlichen Zusammenhang ist seine Lehre aufgegriffen und zur Formulierung einer allgemeinen Duldungspflicht unverbotenen Verhaltens anderer erweitert worden⁷⁵. Diese Pflicht bestehe kraft staatlichen Rechts und begründe daher die Zurechnung von Grundrechtsbeeinträchtigungen, die durch privates Handeln hervorgerufen werden, zum Staat. Der von *Schwabe* eingeleiteten Verabsolutierung der grundrechtlichen Abwehrfunktion sind, ob im Kontext des Umweltrechts oder der Privatrechtswirkung der Grundrechte, eine Reihe von Autoren gefolgt⁷⁶.

Auch die *Schwabe*'sche Konzeption ist Kind eines Zeitgeistes. In eigentümlicher Weise spiegelt sie die zu Beginn der siebziger Jahre vorherrschende Sicht von der Allgegenwärtigkeit, Allmacht und insbesondere Allverantwortung des Staates wider⁷⁷. In einem rechtlichen Konflikt, der von zwei Privatpersonen ge-

⁷⁰ Unter anderen Vorzeichen wird der Begriff der Drittwirkung auch abgelehnt bei *J. Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 59.

⁷¹ *J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere S. 15, 88ff., 97.

⁷² *J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, S. 26ff.

⁷³ *J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, S. 154.

⁷⁴ *J. Schwabe*, DVBl. 1971, 689; *ders.*, NJW 1973, 229; *ders.*, AöR 100 (1975), 442; *ders.*, JR 1975, 13; *ders.*, AcP 185 (1985), 1.

⁷⁵ *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 91ff.; *ders.*, WiVerw 1986, 179 (182).

⁷⁶ *B. Schlink*, EuGRZ 1984, 457; *C. Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, S. 133ff. Modifizierend und kritisch *G. Lübke-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, S. 172ff., sowie *W. Rüfner*, GS-Martens, 215 (219f.). In der Sache auch *H. Hanau*, RdA 1996, 158 (160), allerdings in bezug auf tarifvertragliche Betriebsnormen und damit auf eine arbeitsrechtliche Besonderheit.

⁷⁷ Von *J. Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 118, werden die Lehre *Schwabes* und ihre Weiterentwicklung als „etatistische Konvergenztheorie“ bezeichnet. Ähnlich auch *U. Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 (209): „... merkwürdiger Rückfall in das etatistische Denken des Gesetzespositivismus des 19. Jahrhunderts, ...“. Plastisch bereits *F. Laufke*, FS-Lehmann I, 140 (180f.): „So tritt der

führt wird, treten diese in den Hintergrund, und der Dreh- und Angelpunkt für die grundrechtliche Einflußnahme wird beim konfliktentscheidenden und -schlichtenden Staatsorgan gesucht. Nicht die Frage nach der Zulässigkeit der Belastung Privater durch Grundrechte steht im Mittelpunkt, sondern die Auslegung des Art. 1 III GG und die Reichweite der Bindung staatlicher Instanzen an die Grundrechte.

Gewicht und Überzeugungskraft der Argumente gegen die Lehre *Schwabes* haben zu ihrer weit überwiegenden Ablehnung geführt⁷⁸. Art. 1 III GG selbst kann die Reichweite der Grundrechtsbindung nicht erweitern, sondern bindet die Staatsgewalten nur so weit an die Grundrechte, wie diese gelten⁷⁹. Insofern ist diese Norm der falsche theoretische Anknüpfungspunkt. Sie kann auch nicht allein über die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aktiviert werden, denn im Privatrecht werden nicht nur Gesetzesbefehle im Sinne von staatlich verantworteten Akten umgesetzt, sondern vor allem auch privatautonome Akte im Rahmen gesetzten Rechts zur Geltung gebracht⁸⁰. Letztlich ist es nicht haltbar, dem Staat in weitem Umfang das selbstverantwortete und grundrechtlich gesicherte Handeln Privater zuzurechnen. Die Belastungsproblematik wird von *Schwabe* völlig außer acht gelassen.

Die Fülle der Gegenargumente und die nahezu einhellige Ablehnung der Lehre *Schwabes* im Schrifttum ändern jedoch nichts an der Bedeutung dieser Lehre für die Geschichte der Erforschung des Verhältnisses von Verfassungs- und Privatrecht sowie für die weitere dogmatische Entwicklung. In ihrer Kernaussage konzentriert sie sich auf einen Punkt, den die herrschende Lehre von der mittelbaren Drittwirkung nur mühevoll dogmatisch erklären kann. Es ist nämlich schwierig zu begründen, ob, in welchen Fällen und warum die Nichtbeachtung der *objektiv*-rechtlichen Wertordnung der Grundrechte durch den Richter in die Verletzung des *subjektiven* Grundrechts seines Trägers umschlägt, so daß gegen die Grundrechtsverletzung Verfassungsbeschwerde erhoben werden kann. *Schwabe* antwortet darauf mit einer Konzentration auf den Abwehrgehalt der Grundrechte. Daß dies nicht hinreichend ist, zeigen die refe-

Staat schon beim Zustandekommen eines jeden Rechtsgeschäftes als Mittäter auf, der die volle Mitverantwortung für den eingetretenen Rechtseffekt trägt.“

⁷⁸ Vgl. nur *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 415ff.; *D. Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 36f.; *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 148ff.; *J. Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 22ff., sowie die folgenden Fußnoten.

⁷⁹ *A. Bleckmann*, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 10, Rn. 75; *F. Eckhold-Schmidt*, Legitimation durch Begründung, S. 79f.; *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 51; *M. Oldiges*, FS-Friauf, 281 (284); *J. Pietzcker*, FS-Dürig, 345 (352); *H. H. Rupp*, HStR I, § 28, Rn. 34; *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 III 1; *P. A. Windel*, Der Staat 37 (1998), 385 (387f.); *J. Ziekow*, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, S. 576. Dazu die oft wiedergegebene Formel von *K. Doebring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 209: „Das Gericht hat Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet.“

⁸⁰ *C.-W. Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (209); *W. Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 51f.; *J. Isensee*, HStR V, § 111, Rn. 119; *J. Pietzcker*, FS-Dürig, 345 (349); *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 III 1.

rierten Gegenargumente, doch vermögen sie den Begründungsnotstand der herrschenden Konzeption nicht zu beseitigen.

b) Differenzierung und Kombination

Den letzten großen Versuch, auf der Grundlage der in der Drittwirkungsdebatte vertretenen Lehren die Lösung des Problems herbeizuführen, unternimmt 1986 *Robert Alexy* in seiner „Theorie der Grundrechte“. *Alexy* geht von der im Schrifttum vielfach festgestellten⁸¹ Ergebnisäquivalenz der Drittwirkungslehren aus und erkennt folgerichtig, daß nicht die konstruktive Lösung der Drittwirkungsproblematik, sondern die im Einzelfall eingebrachten Wertungen für das jeweilige Ergebnis entscheidend seien⁸². Die Frage nach der zutreffenden juristischen Konstruktion in den Hintergrund stellend, kombiniert er die bisherigen Vorschläge zur konstruktiven Bewältigung des Drittwirkungsproblems in einem Drei-Ebenen-Modell⁸³.

Der ersten der drei von *Alexy* differenzierten Ebenen, derjenigen der Pflichten des Staates, ordnet er die Lehre der mittelbaren Drittwirkung zu. Die staatlichen Gerichte sind verpflichtet, die objektive Wertordnung der Grundrechte im Sinne der Lehre *Dürigs* und der *Lüth*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten⁸⁴. Auf der zweiten Ebene, derjenigen der Rechte des Bürgers gegen den Staat, wird die abwehrrechtliche Konstruktion *Schwabes* einbezogen und erweitert⁸⁵. Der einzelne habe ein Recht gegen das den Staat repräsentierende Zivilgericht darauf, dem grundrechtlichen Prinzip, das seiner grundrechtlichen Position entspricht, im gebotenen Maße Rechnung zu tragen. Je nach Fallgestaltung müsse das Zivilgericht und somit der Staat entweder eigenes privatrechtliches Handeln *erlauben* – verböte er es, verletze er das Grundrecht als Abwehrrecht – oder fremdes privatrechtliches Handeln *verbieten* – erlaube er es, verletze er eine grundrechtliche Schutzpflicht. Abwehr- und Schutzdimension versucht *Alexy* auf dieser zweiten Ebene zu verknüpfen, indem er den Anspruch des Bürgers auf Abwehr bzw. Schutz gegen die ordentliche Gerichtsbarkeit in Zivilsachen richtet und so eine explizit rechtsprechungsbezogene Konzeption entwirft⁸⁶. Deren dritte Ebene ist das Bürger-Bürger-Verhältnis.

⁸¹ *S. D. Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, S. 32; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Vorb., Rn. 59, Fn. 248 und Rn. 60f.; *H. D. Jarass*, AöR 110 (1985), 363 (377 Fn. 76); *G. Kempff*, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, S. 20; *F. J. Säcker*, in: MünchKomm, BGB, Einl., Rn. 56; *C. Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., GG, Art. 1 Abs. 3, Rn. 265. Anders *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 III 3; *F. Bydliński*, ÖZöfR XII (1962/63), 423 (440); *P. Mikat*, FS-Nipperdey I, 581 (587f.). Kritisch *U. Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 (201 mit Fn. 117).

⁸² *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 484. S. auch bereits *H. H. Rupp*, AöR 101 (1976), 161 (170).

⁸³ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 484ff. Gegen die Konzentration auf die Wirkungen *P. A. Windel*, Der Staat 37 (1998), 385.

⁸⁴ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 485.

⁸⁵ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 485ff.

⁸⁶ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 488f.

Hier ist, so *Alexy*, nur eine unmittelbare Drittwirkung möglich⁸⁷. Unmittelbare Drittwirkung soll jedoch nicht im bloßen Austausch der Grundrechtsadressaten bestehen, sondern allein in der Feststellung, daß bei Annahme der Grundrechtswirkung zwischen Privaten grundrechtliche Positionen bestehen, die sonst nicht bestünden⁸⁸. Auf die mediale Funktion des Privatrechts wird dabei nicht verzichtet, so daß auf der dritten Ebene die Lehren von der mittelbaren und unmittelbaren Drittwirkung ineinander übergehen und die Grenzen verschwimmen⁸⁹.

Alexy kommt es ausdrücklich nicht darauf an, die Drittwirkungsdebatte um eine weitere Lehre zu bereichern, sondern er erkennt in allen vorher vertretenen Theorieansätzen zutreffende Aspekte eines vielschichtigen Grundsatzproblems, die im Drei-Ebenen-Modell zusammengefaßt werden sollen⁹⁰. Über das Drei-Ebenen-Modell der Drittwirkung hinaus erlaubt die in der „Theorie der Grundrechte“ für die Grundrechtsdogmatik fruchtbar gemachte Prinzipienlehre eine Rationalisierung der objektiven Wertdimension und erlangt solchermaßen Einfluß für die Frage nach der Grundrechtswirkung im Privatrecht⁹¹. Die lediglich kombinierende Zusammenfassung existierender konstruktiver Konzeptionen bei gleichzeitiger Hervorhebung, daß es weniger auf die Konstruktion als auf die Wertung im einzelnen ankomme, zeigt aber auch die Grenzen dieser bisher vertretenen Konzeptionen auf und unterstreicht die Notwendigkeit einer Umorientierung, wenn nicht eines vollständigen Paradigmenwechsels⁹².

3. Schutzpflichtendogmatische Neuorientierung und funktionell-rechtlicher Konflikt

a) Paradigmenwechsel durch grundrechtliche Schutzpflichten?

Die dogmatische Neuorientierung vollzieht sich seit Beginn der achtziger Jahre. Schon bei der Erörterung der Auffassung *Alexys* ist mit den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates ein Argumentationstopos aufgetreten, der in der vorherigen Drittwirkungsdebatte keine oder allenfalls eine höchst untergeordnete Rolle gespielt hat.

Die grundrechtlichen Schutzpflichten beseelen den juristischen Zeitgeist spätestens seit dem ersten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 218 StGB⁹³. Angesichts der vielfältigen Gefahren und Risiken in der modernen Industriegesellschaft, insbesondere derjenigen, die von der Aktivität Dritter ausgehen, tritt

⁸⁷ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 490f.

⁸⁸ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 490.

⁸⁹ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 492f.

⁹⁰ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 485.

⁹¹ *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 117ff.

⁹² Zu diesem wissenschaftstheoretischen Konzept grundlegend *T.S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, S. 111ff.

⁹³ BVerfGE 39, 1.

das aus Liberalismus und Aufklärung stammende Bild vom Staat als primär freiheitsbedrohender Instanz zurück und die bereits in der frühen Neuzeit empfundene Garantiefunktion des Staates für die Rechte Privater in den Vordergrund. Ob es um den Schutz vor Kriminalität, vor den Risiken umweltbeeinträchtigenden Handelns oder neuer Technologien wie der Kernenergienutzung geht – stets empfindet die vorherrschende öffentliche Meinung ein Bedürfnis nach staatlicher, rechtsschützender Intervention. Das Bundesverfassungsgericht wird mit der Beurteilung einer Reihe einschlägiger Fallgestaltungen betraut⁹⁴, und die Verfassungsrechtswissenschaft arbeitet Schutzpflichten und Ansprüche auf Schutz monographisch auf⁹⁵.

Es dauert nicht lange, bis ihre Bedeutung auch für die Privatrechtswirkung der Grundrechte postuliert wird. Vorbereitet wird diese Erkenntnis von *Christian Starck*, der 1981 erstmals die Privatrechtswirkung einiger Grundrechte aus deren Schutzpflichtendimension herleitet, für die übrigen Grundrechte in Anlehnung an die *Dürig*'sche Lehre von der mittelbaren Drittwirkung auf das Menschenbild des Grundgesetzes rekurriert⁹⁶. Grundlegend und umfassend wird jedoch zunächst von der Zivilrechtswissenschaft auf die Schutzgebotsfunktion bezug genommen. *Claus-Wilhelm Canaris* setzt 1983 auf der Aachener Zivilrechtslehrertagung erstmals einen deutlichen Schwerpunkt bei der Schutzgebotsfunktion in seinen Überlegungen zur Grundrechtswirkung im Privatrecht⁹⁷. Der Grundgedanke besteht darin, daß der Staat durch Privatrechtsgesetzgebung, aber auch durch Zivilrechtsprechung die Grundrechte einzelner vor Übergriffen anderer Privater zu schützen habe. Da die grundrechtlichen Schutzpflichten im Gegensatz zu den Abwehrrechten kein bestimmtes staatliches Handeln vorschreiben, bieten sie sich als flexible Begründung für die Grundrechtswirkung im Privatrecht an. Bemerkenswert ist, daß die schutzpflichtendogmatische Figur des Untermaßverbotes im Beitrag *Canaris*' und damit im Kontext der Diskussion um das Verhältnis von Grundrechten und Privatrecht erstmals zur Sprache kommt⁹⁸.

Im wissenschaftlichen Schrifttum ist die Heranziehung der grundrechtlichen Schutzpflichtendimension zur Begründung der Privatrechtswirkung der Grundrechte mittlerweile vorherrschend⁹⁹. Diese Neuorientierung hat ebenso

⁹⁴ BVerfGE 39, 1; 46, 160; 49, 89; 53, 30; 88, 203. Weitere ausführliche Nachweise s.u. § 7 I, S. 141ff.

⁹⁵ Vgl. *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996.

⁹⁶ *C. Starck*, JuS 1981, S. 237 (244f.). S. auch bereits *G. Dürig*, in: Maunz/ders./Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. III, Rn. 131; *H. Steiger*, in: Berberich/Holl/Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im Öffentlichen Recht, S. 255 (266); *D. Suhr*, JZ 1980, 166 (167).

⁹⁷ *C.-W. Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201 (225ff.). Vgl. jetzt auch *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, S. 37ff.

⁹⁸ *C.-W. Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201 (228).

⁹⁹ Ablehnend vor allem *U. Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, S. 39

Eingang in die großen Lehrbücher¹⁰⁰ und Kommentare¹⁰¹ gefunden wie sie in monographischer¹⁰² und Aufsatzliteratur¹⁰³ zugrundegelegt wird. Viele Autoren sehen in ihr den überzeugendsten Erklärungsansatz für die seit 1949 diskutierten Probleme¹⁰⁴. Sehr häufig wird sie auch zur Deutung der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herangezogen¹⁰⁵.

Allerdings haben sich in dieser Diskussion nicht alle Einzelfragen der dogmatischen Verbindung von Schutzpflichten und Privatrechtswirkung der Grundrechte klären lassen. Dies betrifft bereits das Verhältnis zwischen der Konzeption von der mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtenlehre, das unterschiedlich gedeutet wird¹⁰⁶. Prominente Vertreter der Schutzpflichtendogmatik lehnen sogar eine Einbeziehung der Drittwirkungsproblematik ab¹⁰⁷. Auch innerhalb der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten gibt es noch offene Fragen, Kontroversen und dogmatische Unklarheiten, die hier vorab – ohne Nachweise aus Rechtsprechung und Schrifttum – angesprochen seien¹⁰⁸: Nicht abschließend geklärt ist bereits die genaue dogmatische Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflichten. Ungeklärt ist zudem, welche Grundrechtsgüter Schutzpflichten auslösen und wie diese Güter losgelöst vom Abwehrrecht definiert werden können. Dehnt man des weiteren die Verpflichtung des Staates zum Schutz von Grundrechtspositionen auf den Schutz der realen Voraussetzungen der Grundrechtswahrnehmung vor der Beeinträchtigung durch Dritte aus, so erreicht man einen Grenzbereich zur Staatsaufgabe der sozialen Gestal-

(67): „Die Schutzgebote bilden also tatsächlich die eigentliche Gefahr für ein konsistentes Privatrechtssystem.“ Kritisch auch C. Starck, ebda., S. 34. A. Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, § 10, Rn. 220, vermerkt andererseits, die Zusammenhänge zwischen Privatrechtswirkung und Schutzpflicht seien bisher nicht hinreichend beachtet worden.

¹⁰⁰ K. Hesse, VerfR, Rn. 349 (andeutungsweise); ders., HdbVerfR, § 5, Rn. 60f.; K. Stern, StaatsR III/1, § 76 IV 5.

¹⁰¹ S. auch R. Richardi, in: MünchArbR, § 10, Rn. 21.

¹⁰² J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 82f.; W. Höfling, Vertragsfreiheit, S. 52ff.; F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 524f.; C. Steinbeiß-Winkelmann, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, S. 144.

¹⁰³ P. Badura, FS-Molitor, 1 (9); ders., FS-Odersky, 159 (179); T. Bezenberger, AcP 196 (1996), 395 (402); A. Bleckmann, DVBl. 1988, 938 (939ff.); J. Hager, JZ 1994, 373 (378ff.); G. Hermes, NJW 1990, 1764 (1765ff.); H. D. Jarass, AöR 120 (1995), 345 (352f.); E. Klein, NJW 1989, 1633 (1639f.); H. H. Klein, DVBl. 1994, 489 (492); R. Novak, EuGRZ 1984, 133 (140ff., unter Berücksichtigung der österreichischen Rechtslage); S. Oeter, AöR 119 (1994), 549f.; M. Oldiges, FS-Friauf, 281 (299ff.); J. Pietzcker, FS-Dürig, 345 (356ff.; 362f.); W. Riefner, GS-W. Martens, 215 (216 Fn. 8); U. Preis, RdA 1995, 333; P. Pren, JZ 1991, 265 (267); R. Singer, ZfA 26 (1995), 611 (623ff., 625f.); A. Söllner, RdA 1989, 144 (146); ders., FS-Stahlhacke, 519 (525f.); P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 72; H. Wiedemann, JZ 1990, 695. Kritisch P. Lerche, FS-Odersky, 215 (228); U. Preis/C. Rolfs, DB 1994, 261 (262); R. Steinberg, NJW 1984, 457.

¹⁰⁴ Vgl. auch die Verbindung zu Art. 19 III GG bei J. Lücke, JZ 1999, 377 (381ff.).

¹⁰⁵ S. ausf. u. § 7 II, S. 144f.

¹⁰⁶ Vgl. u. § 7 II 1, S. 144f.

¹⁰⁷ J. Isensee, HStR V, § 111, Rn. 134f.

¹⁰⁸ Näher u. § 7 III, S. 152ff.

tung und Förderung grundrechtlich garantierter Belange. Auch in Maß und Intensität ist die Reichweite der Schutzaufgabe umstritten. Soll ihre Wahrnehmung nur auf evidente Nichtbeachtung hin kontrolliert werden oder gibt es mit dem Untermaßverbot einen schärferen Maßstab, und wenn ja, welchen exakten Inhalts? Damit hängt eine weitere Kernfrage der Schutzpflichtdogmatik zusammen, diejenige nach der Auflösung der Spannungslage von Schutz und Eingriff, von Schutzpflicht und Abwehrdimension der Grundrechte. Schließlich muß nach den Möglichkeiten und Bedingungen subjektiver Rechte aus den Schutzpflichten gefragt werden.

Im wesentlichen endet die wissenschaftliche Diskussion um die Einflußnahme der Grundrechte auf das Privatrecht gegenwärtig mit diesen Fragestellungen. Die klassische Drittwirkungsdebatte hat die objektiven Grundrechtsfunktionen mit hervorgebracht. Sie wird nun auf die eigentliche Bedeutung der Grundrechte, eben die Gewährleistung von subjektiven Rechten zurückverwiesen. Nachdem aus den Grundrechten als subjektiven Abwehrrechten objektivrechtliche, mehrdimensionale Inhalte gewonnen wurden, sollen diesen neuen Grundrechtsdimensionen wiederum subjektive Rechte zugeordnet werden. Die Drittwirkungsdebatte mündet nach fünfzig Jahren in die Kontroverse um eine Resubjektivierung objektiver Grundrechtsdimensionen. Ob die Verbindung zur Schutzpflichtdogmatik zu einem Paradigmenwechsel führen kann, hängt letztlich davon ab, wie sich die Vielzahl der dadurch aufgeworfenen Fragen beantworten läßt.

Vermerkt werden muß zudem, daß gegen Ende der achtziger Jahre auch die Bedeutung der grundrechtlichen Abwehrfunktion (wieder-)entdeckt wurde. Es ist erneut *Canaris*, der verschiedene privatrechtliche Vorschriften auf den Prüfstand des grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips stellt¹⁰⁹, dies freilich nicht unwidersprochen. Auch andere Autoren entwickelten gelöst von der Schutzpflichtendiskussion neue, über die überkommene Drittwirkungsdebatte hinausgehende Lösungsansätze. So wird etwa die gestaltende Funktion des Gesetzgebers von *Konrad Hesse* und *Peter Krause* hervorgehoben¹¹⁰. Bei *Hesse* klingt zudem eine im Zivilrecht geführte Diskussion an, die sich um den „Schutz des sozial Schwächeren“ in sogenannten „Ungleichgewichtslagen“ dreht¹¹¹, eine Diskussion, die zu diesem Zeitpunkt nur vereinzelt und für einzel-

¹⁰⁹ C.-W. *Canaris*, JZ 1988, 993; *ders.*, JZ 1988, 494; *ders.*, JuS 1989, 161; *ders.*, JZ 1990, 679. S. in diesem Kontext auch *T. Ramm*, JZ 1988, 489.

¹¹⁰ *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 27ff.; *P. Krause*, JZ 1984, 656, 711, 828. S. auch *V. Götz*, in: Vierzig Jahre Grundrechte, S. 35 (79); *J. Hager*, JZ 1994, 373 (374f.); *K. Stern*, StaatsR III/1, § 76 I 2, II 2 b, IV 2, 3 und 6, sowie bereits *H. Huber*, in: Eichenberger/Bäumlin/Müller (Hrsg.), Rechtstheorie Verfassungsrecht Völkerrecht, S. 139 (162); *H. H. Rupp*, AÖR 101 (1976), 161 (170). S. in diesem Kontext auch die grundsätzlichen Ausführungen von *W. Müller-Freienfels*, FS-Rittner, 423, und *F. Rittner*, FS-Müller-Freienfels, 509.

¹¹¹ *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 37. Vgl. auch *T. Dieterich*, RdA 1995, 129; *ders.*, NZA 1996, 673; sowie zur zivilistischen Diskussion vorerst *P. Derleder*, FS-Wassermann, 643; *L. Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992; *ders.*, RdA 1997, 65; *R. Fischer*, DRiZ 1974, 209; *G. Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; *ders.*, JZ 1983,

ne Grundrechte Eingang in das verfassungsrechtliche Schrifttum findet und die erst später praktisch bedeutsam wird. Schließlich ist noch die Position *Wolfgang Riefner* zu nennen, für den der schon vorher herangezogene Gedanke der Einheit der Rechtsordnung die Basis der Privatrechtswirkung der Grundrechte darstellt¹¹².

b) Das Bundesverfassungsgericht zwischen Kontinuität, Neuorientierung und Fundamentalkritik

aa) Zur neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Diskussion über das Verhältnis von Grundgesetz und Privatrecht hätte nicht das gleiche Gewicht ohne die bereits in der Einleitung angesprochenen, in ihrer Wirkung in allgemeiner und Fachöffentlichkeit bisweilen spektakulären Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den neunziger Jahren. Ihre Betrachtung aus historischer Sicht fördert eine eigentümliche Verbindung von kontinuierlicher Fortschreibung bisheriger Rechtsprechung und von neuartigen Ansätzen zutage, die sich gleichwohl nicht, wie dies vermutet werden könnte, nachdrücklich an die Schutzpflichtendogmatik im hier dargestellten Sinne anlehnt, sondern allenfalls zaghaft auf diese anspielt¹¹³. Gleichmaßen wird auf das in der Vergangenheit Entwickelte rekurriert und das Schrifttum in seinen neueren Tendenzen, wenn auch nicht immer deutlich sichtbar, rezipiert.

So zeigt sich die Verfassungsrechtsprechung der Kontinuität verpflichtet, indem alle Entscheidungen – mit Ausnahme des Mietereigentumsbeschlusses¹¹⁴ – auf die im Lüth-Urteil eingeleitete ständige Rechtsprechung zur objektiven grundrechtlichen Wertordnung verweisen¹¹⁵. Eine gewisse Präzisierung scheint dabei die Funktion der Generalklauseln zu erfahren, die nach dem Handelsvertreterbeschuß „als Übermaßverbote wirken“¹¹⁶ und deren Konkretisierungsbedürftigkeit der Bürgschaftsbeschuß hervorhebt¹¹⁷. Über die grundrechtsinduzierte Konkretisierung der Generalklauseln münden die Entscheidungsgründe folgerichtig in Abwägungsüberlegungen.

Ebenso, wie sie fast ausnahmslos die mit dem Lüth-Urteil begonnene ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kontinuierlich fortschreiben, enthalten die neueren Entscheidungen auch neue Ansätze. Mögen diese im Aus-

677 (683ff.); *ders.*, JuS 1990, 953 (953ff.); *J. Limbach*, JuS 1985, 10; *dies.*, KritV 1986, 165; *T. Ramm*, in: Duden/Külz/Ramm/Scharnberg/Zeidler (Hrsg.), Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, S. 39 (43); *E. Schmidt*, JZ 1980, 153; *F. Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953; *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 24 II. Näher u. § 10 III 3 c und d, S. 332ff.

¹¹² *W. Riefner*, GS-W. Martens, 215 (216f.); *ders.*, HStR V, § 117, Rn. 60ff. Näher u. § 2 II 2f.

¹¹³ Näher u. § 7 II 2, S. 146ff.

¹¹⁴ BVerfGE 89, 1.

¹¹⁵ BVerfGE 81, 242 (254, 256); 86, 122 (128f.); 89, 214 (229f.); 90, 27 (33); 97, 169 (178).

¹¹⁶ BVerfGE 81, 242 (256).

¹¹⁷ BVerfGE 89, 214 (229).

zubildendenfall¹¹⁸ vor allem im Ergebnis erkennbar sein und die Begründung nur unterschwellig tragen, mögen sie sich in den mietrechtlichen Entscheidungen zum Mieter Eigentum¹¹⁹ und zur Parabolantenne für ausländische Mieter¹²⁰ auf die Auslegung eines einzelnen Grundrechts, die Eigentumsгарantie des Art. 14 I GG, beziehen, so treten sie in anderen Entscheidungen deutlicher hervor. So nimmt der Handelsvertreterbeschuß bezug auf einen verfassungsrechtlichen Schutzauftrag, den der Richter bei der Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln wahrzunehmen habe¹²¹. Gleichmaßen spricht der Bürgschaftsbeschuß vom Schutz aller Zivilrechtssubjekte aus Art. 2 I GG¹²². Beide Entscheidungen bauen jedoch nicht auf der Schutzpflichtenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf, ja sie erwähnen weder diese Rechtsprechung noch die einschlägigen Literaturstimmen¹²³. Es drängt sich daher die Frage auf, woraus das Bundesverfassungsgericht jenen Schutzauftrag ableitet¹²⁴. Ähnlich neuartig und jedenfalls im verfassungsrechtlichen Schrifttum wenig abgesichert – die betreffenden Stellungnahmen wurden oben kurz angesprochen¹²⁵ – erscheinen die Ausführungen in den beiden Beschlüssen zum Schutz des Schwächeren im Zivilrecht und zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen. Insgesamt werfen die Neuansätze in der jüngsten Verfassungsrechtsprechung mehr Fragen auf, als sie eindeutige Orientierungen erkennen lassen.

bb) Objektive Grundrechtsfunktionen als Gegenstand der Kritik

Außerdem ist diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht ohne Kritik geblieben. Zum Teil bezieht sie sich auf die kontinuierliche Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung, auf das Festhalten an der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte einschließlich ihrer grundrechtstheoretischen Voraussetzung, der Lehre von den Grundrechten als objektiver Wertordnung. Namentlich *Ernst-Wolfgang Böckenförde* warnt vor den aus seiner Sicht unvermeidlichen Konsequenzen, die eintreten müßten, wenn die Grundrechte weiterhin als wertentscheidende Grundsatznormen aufgefaßt würden¹²⁶. Die Ein-

¹¹⁸ BVerfGE 86, 122.

¹¹⁹ BVerfGE 89, 1.

¹²⁰ BVerfGE 90, 27.

¹²¹ BVerfGE 81, 242 (256). S. außerdem BVerfGE 96, 56 (Kenntnis der eigenen Abstammung); 97, 169 (Kündigungsschutz); BVerfGE 99, 185 (Scientology-Mitgliedschaft).

¹²² BVerfGE 89, 214 (232).

¹²³ Eine in den wenigen Literaturzitierten des Handelsvertreterbeschlusses verborgene Ausnahme sei gleichwohl schon hier genannt: Der dort auf S. 255 zitierte Beitrag von *P. Badura*, FS-Herschel, 21 (34), erörtert an der angegebenen Stelle die Schutzpflichtendogmatik und macht sie für die Drittwirkungsfrage fruchtbar.

¹²⁴ Näher u. § 7 II 2, S. 146ff.

¹²⁵ S.o a bei Fn. 106.

¹²⁶ *E.-W. Böckenförde*, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 159 (174). Vgl. auch *H. Bethge*, Grundrechtskollisionen, S 406f.; *C. Enders*, Der Staat 35 (1996), 351; *S. Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (531); *M. Oldiges*, FS-Friauf, 281 (290); *F. Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904 (906).

flußnahme der Grundrechte sowohl auf das einfachgesetzliche Recht einschließlich des Privatrechts als auch auf die Entscheidungen der Fachgerichtsbarkeit einschließlich der Zivilgerichte ließe sich ebensowenig begrenzen wie die damit einhergehende vertiefte verfassungsgerichtliche Kontrolle. Infolgedessen vollziehe sich „ein gleitender Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat.“¹²⁷ Auch andere Autoren erheben die Forderung nach einer Rückkehr zur klassischen Abwehrfunktion der Grundrechte, sei es aus staatstheoretischer Sicht mit liberalistischer Tendenz¹²⁸, sei es aus der rechtstheoretisch-zivilistischen Perspektive¹²⁹. Vereinzelt wird die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht auch auf die Institutsgarantien reduziert¹³⁰. Die Privatrechtswirkung der Grundrechte steht mitten im Spannungsfeld dieser grundrechtsdogmatischen Generaldebatte, die ihre Anstöße nicht zuletzt von der Kritik am Grundrechtskonzept des Bundesverfassungsgerichts erfährt.

cc) Das Bundesverfassungsgericht im Brennpunkt grundsätzlicher Infragestellung

Indes erschöpft sich die Kritik am Bundesverfassungsgericht nicht in diesen Stellungnahmen, die sich auf die Grundrechtskonzeption im engeren Sinne beziehen. Zur Vervollständigung der Skizze des gegenwärtigen Diskussionsstandes und seiner historischen Genese dürfen zwei weitere kritische Strömungen nicht außer Betracht bleiben.

Erstens greift ein großer Teil namentlich des zivilrechtlichen Schrifttums nicht das Element der Kontinuität in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, sondern die in dieser Rechtsprechung aufscheinenden neueren Konzepte an. Der aus den Grundrechten abgeleitete Schutz Schwächerer in Ungleichgewichtslagen widerspreche den Grundstrukturen des freiheitlichen, auf Selbstbestimmung des einzelnen fußenden und somit ebenfalls verfassungsrechtlich abgesicherten Zivilrechts¹³¹. Schärfer formuliert bedürfe das Zivilrecht keiner sozialgestaltenden Aufbesserung durch das öffentlich-rechtliche Verfassungsrecht¹³². Die Richtigkeitsgewähr des Vertrages und spezifische zivilrechtliche Schutzmechanismen seien ausreichend. Nicht zuletzt diese kritischen Stimmen haben das *grand thème* der Privatrechtswirkung der Grundrechte wieder auf die Agenda der Staatsrechtslehre gesetzt.

Zweitens steht das Bundesverfassungsgericht seit Anfang der neunziger Jahre im Kreuzfeuer einer veritablen Fundamentalkritik. Die Schärfe dieser Kritik

¹²⁷ E.-W. Böckenförde, in: *ders. ... Staat, Verfassung, Demokratie*, S. 159 (190). Dagegen ausführlich H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, S. 51ff.

¹²⁸ B. Schlink, *EuGRZ* 1984, 457.

¹²⁹ U. Diederichsen, in: Starck (Hrsg.), *Rangordnung der Gesetze*, S. 39 (insbesondere 50f.).

¹³⁰ P.A. Windel, *Der Staat* 37 (1998), 385 (393ff.).

¹³¹ D. Medicus, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?*, S. 19ff.

¹³² S. insbesondere W. Zöllner, *AcP* 196 (1996), 1.

läßt sich besonders anschaulich in der bildhaften Formulierung eines Kritikers zusammenfassen, daß das Gericht aus dem Ruder laufe¹³³. Ob die Spionage-, Sitzblockaden oder Cannabisentscheidungen im Strafrecht in Frage stehen, ob es um den zivil- und strafrechtlichen Ehrschutz von Personen im öffentlichen Leben oder von Soldaten geht, ob die verfassungsgerichtliche Beurteilung von Auslandseinsätzen der Bundeswehr oder die Einheitswertbesteuerung von Immobilien politische Entscheidungen nahezu substituiert, ob schließlich das Verbot des Aufhängens von Kreuzen in Klassenzimmern in katholisch geprägten Regionen auf den Widerstand der Bevölkerung stößt – alle genannten Urteile und Beschlüsse¹³⁴ sind in einer Weise umstritten, daß im Schrifttum nicht nur in der jeweils entschiedenen Sachfrage eine abweichende Haltung eingenommen, sondern die Rolle des Bundesverfassungsgerichts im gewaltenteiligen Staat, sein Verhältnis zum demokratisch legitimierten Gesetzgeber, zur sachorientiert gestaltenden Exekutive und zur mit den einzelnen Materien vertrauten Fachgerichtsbarkeit hinterfragt wird. Das Bundesverfassungsgericht ist „in das Krisenereignis der Gegenwart geraten“¹³⁵; die jahrzehntelange Orientierung der Staatsrechtslehre an seiner Rechtsprechung und das Ineinanderfließen von geltendem Recht, Entscheidungen mit Verbindlichkeit oder Gesetzeskraft (§ 31 BVerfGG) und herrschender Lehre sind einer umfassenden Skepsis gewichen. Die Infragestellung der Position des Bundesverfassungsgerichts ist ohne Zweifel eine der Hauptströmungen des juristischen Zeitgeistes der neunziger Jahre¹³⁶.

Diese Fundamentalkritik rückt die funktionell-rechtliche Seite des Themas ins Blickfeld. Das Verhältnis zwischen Verfassungs- und Privatrecht ist auf dieser Ebene auch eine Frage des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Privatrechtsgesetzgeber sowie zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeiten (ordentliche und Arbeitsgerichtsbarkeit)¹³⁷. Die funktionell-rechtliche Betrachtung darf daher bei der Analyse des gegenwärtigen Diskussionsstandes ebensowenig fehlen wie eine Gesamtkonzeption sie aussparen darf. Der besonderen Rolle des Bundesverfassungsgerichts soll daher nicht nur durch die ausführliche Analyse seiner Rechtsprechung im jeweiligen

¹³³ V. Krey, Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe – ein Gericht läuft aus dem Ruder, JR 1995, 221 und 265.

¹³⁴ Einzelnachweise in der instruktiven Analyse von H. Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1. S. auch A. Scherzberg, DVBl. 1999, 356.

¹³⁵ So H. Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1 (2).

¹³⁶ Vgl. W. Brohm, NJW 2001, 1; M. Kutscha, Das Bundesverfassungsgericht und der Zeitgeist, NJ 1996, 171; H. Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, AöR 122 (1997), 1. Umfassende theoretische Analyse bei U. Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, 1998.

¹³⁷ Hierzu vorerst J. Berkemann, DVBl. 1996, 1028; H.-J. Koch, GS-Jeand'Heur, 135; M. Kutscha, NJ 1996, 171; J. Isensee, JZ 1996, 1084; G. Robbers, NJW 1998, 935; W. Roth, AöR 121 (1996), 544; H. Schulze-Fielitz, AöR 122 (1997), 1; G.F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980; C. Starck, JZ 1996, 1033; F. Weyreuther, DVBl. 1997, 925. S. auch unten § 6 III 4 c und § 7 VI 4 d, S. 134ff. und S. 235ff.

Sachzusammenhang Rechnung getragen werden, sondern auch dadurch, daß funktionell-rechtliche Fragen gesondert in den Blick genommen werden¹³⁸.

III. Kritischer Ausblick und offene Fragen

Eine zusammenfassende, kritische Bewertung dieser historischen Bestandsaufnahme läßt sich unter vier Gesichtspunkten vollziehen:

Erstens sind die überkommenen Kategorien von unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung, so gewichtig ihre Bedeutung für den Beginn der Diskussion unter der Geltung des Grundgesetzes gewesen sein mag, heute nur noch in engen Grenzen weiterführend¹³⁹. Dies liegt weniger an den für die eine oder andere Richtung angeführten Argumenten und an deren Schlagkraft. Gerade die Lehre *Dürigs* liegt auch heute noch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Auffassung der überwiegenden Mehrheit des Schrifttums zugrunde, was durch ihre bereits angesprochene Flexibilität ermöglicht wird, die über die Zeit hinweg eine Ausfüllung mit unterschiedlichen Wertungen zuläßt. Es sind jedoch jene Wertungen, die in das Zentrum der Betrachtung rücken. Die Drittwirkungslehren, namentlich die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, vermögen zwar ein konstruktives Modell für die Beeinflussung des Privatrechts durch die Grundrechte anzubieten, die Wertungen im einzelnen jedoch nur in Grenzen zu rationalisieren. Letztlich ist dies die Ursache der bereits frühzeitig festgestellten Ergebnisäquivalenz der Drittwirkungslehren.

Zweitens ist die Diskussion um die Einwirkung des Verfassungsrechts in das Privatrecht eine im wesentlichen grundrechtsdogmatische Diskussion. Das gilt vor allem für die Anfangsphase, aber auch für die von den siebziger bis zur Mitte der achtziger Jahre überwiegend vertretenen Auffassungen, und auch in der Gegenwart wird die Fragestellung vornehmlich an die Grundrechte angeknüpft. Dies hat zunächst zur Folge, daß die Diskussion um die Privatrechtswirkung von Verfassungsrecht jeweils virulente grundrechtsdogmatische Fragen und Schwierigkeiten teilt¹⁴⁰. So harren eine Reihe der mit der Schutzpflichtenlehre aufgekommene Fragestellungen nicht zuletzt deswegen einer Lösung, weil der Verfassungsrechtler bei der Anwendung der grundrechtlichen Schutzpflichten nicht in bekannten und erforschten Gewässern segelt, sondern mit einer Reihe von dogmatischen Untiefen zu rechnen hat. Beinahe noch größer werden die Unsicherheiten, wenn bisher nur in Ansätzen beleuchtete Dimensionen der Grundrechte angesprochen werden, wie z.B. Leistungsansprüche auf Sicherung

¹³⁸ Allgemeiner Überblick zur funktionell-rechtlichen Betrachtungsweise bei *K. Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 470ff. m.w.N.

¹³⁹ *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 5; *P. Krause*, JZ 1984, 656 (657); *W. Rüfner*, HStR V, § 117, Rn. 58.

¹⁴⁰ Dies muß nicht dazu führen, daß man mit *B.A. Braczyk*, Rechtsgrund und Grundrecht, S. 32ff., in den ungelösten grundrechtsdogmatischen Fragestellungen zur Privatrechtswirkung ein „Krisenzeichen“ sieht.

und Herstellung tatsächlicher Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung oder auf Förderung von grundrechtlich geschützter Betätigung durch die öffentliche Hand. Neuere Entwicklungen in der Privatrechtswissenschaft – Stichwort: Schutz des Schwächeren in Ungleichgewichtssituationen – sind nur im Ansatz grundrechtsdogmatisch aufgearbeitet, auf ihre verfassungsrechtliche Tragfähigkeit hin selektiert und solchermaßen angepaßt in der Verfassungsrechtslehre rezipiert. Darüber hinaus schöpft die Diskussion nicht alle Möglichkeiten der Grundrechtsdogmatik aus. Die in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik – wenn auch unter anderen Vorzeichen – bedeutsameren Institutsgarantien spielen bei der Erörterung des Privatrechtswirkungsproblems unter dem Grundgesetz eine eher untergeordnete Rolle, obwohl sie als grundrechtsdimensionale Kategorie der Grundrechte des Grundgesetzes anerkannt sind. Auch die Abwehrfunktion der Grundrechte findet eher am Rande Beachtung. Daher kann die im Schrifttum erhobene Forderung aufgegriffen werden, die „Vielfalt der Grundrechtsfunktionen“ für die Frage der Grundrechtswirkung im Privatrecht fruchtbar zu machen¹⁴¹. Schließlich zeichnen sich viele, wenn auch nicht alle Argumentationslinien durch eine gewisse Globalität aus. Differenzierungen zwischen einzelnen Grundrechten und Grundrechtsarten werden eher selten konsequent durchgehalten, bisweilen nur verbal angedacht oder cursorisch skizziert, Sonderrollen einzelner Grundrechte bleiben häufig außer Betracht. Faßt man diese Gesichtspunkte zusammen, so wird die im Schrifttum geäußerte Feststellung verständlich, die Grundrechtsdogmatik stehe „hier erneut an einem Anfang.“¹⁴²

Drittens konzentriert sich die beschriebene grundrechtsdogmatische Diskussion in erster Linie auf die zivilrichterliche Entscheidung und ihre Determinierung durch die Grundrechte. Illustriert wird dieser Befund durch den Titel der grundlegenden Arbeit *Dürigs* „Grundrechte und Zivilrechtsprechung“, doch läßt er sich in allen Phasen der Entwicklung nachweisen. Ging es anfangs um die direkte oder indirekte Anwendbarkeit von Grundrechten durch den Richter im Zivilprozeß, stand später die richterliche Grundrechtsbindung als Anknüpfungspunkt für die Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis in Rede und verlagert sich der Betrachtungsschwerpunkt nunmehr auf Schutzpflichten, deren Erfüllung auch dem Richter obliegt – stets ist es die dritte Gewalt, deren Verantwortung für und Bindung an die Grundrechte die Grundrechtswirkung im Privatrecht vermittelt. Zwar stellt die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers schon einen wesentlichen Ansatzpunkt der Lehre *Schwabes* dar, doch wurden die Bindungen im einzelnen weniger thematisiert als die grundsätzliche Anknüpfung an die Abwehr des Eingriffs durch das grundrechtsverletzende Gesetz. Zwar ermöglicht gerade die Schutzpflichtdogmatik eine verstärkte Einbeziehung gesetzgeberischer Verantwortung in das Verhältnis Privatrecht/Verfassungsrecht, doch werden namentlich die neueren, vom Bundesverfassungsge-

¹⁴¹ K. Stern, StaatsR III/1, §76 IV 1 c, im Original Fettdruck.

¹⁴² So M. Oldiges, FS-Friauf, 281 (308).

richt entschiedenen Fälle vornehmlich über die zivilrechtlichen Generalklauseln gelöst, die den Schutzauftrag wiederum an den Richter weiterleiten; dies unabhängig von der Frage der dogmatischen Anknüpfung jenes vom Bundesverfassungsgericht angesprochenen Schutzauftrages. Es gehört zu den bisher noch nicht vollständig erfüllten Forderungen des Schrifttums, die konkreten Bindungen des Zivilgesetzgebers an die Grundrechte systematisch aufzuarbeiten¹⁴³. Ansätze dazu sind erst in der jüngeren und jüngsten Literatur verstärkt vorhanden¹⁴⁴. Um sich dieser Fragestellung zu nähern, wird eine gründliche Aufarbeitung zunächst des allgemeinen Verhältnisses von Gesetzgebung und Verfassung erforderlich sein, die nach und nach privatrechtsgesetzliche Besonderheiten einbeziehen kann¹⁴⁵.

Viertens und letztens führt die Konzentration auf die Grundrechte auch zu einer Verengung der Sichtweise. Verfassungsrecht erschöpft sich nicht in den Grundrechten. Mit der Schutzpflichtendogmatik sind bereits die Kategorien Staatsziele und vor allem Staatsaufgaben angesprochen. Die ambivalente Stellung der grundrechtlichen Schutzpflichten zwischen individualbezogenen Grundrechten und staatsaufgabenbezogenen Pflichten des Staates tritt auch und gerade im Kontext des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht zutage. Im übrigen mögen sich die berührten Staatsaufgaben nicht in der Verpflichtung zum Schutz individueller Rechte erschöpfen; insbesondere ist an die sozial gestaltende Aufgabe des Ausgleichs und der Zuordnung von Rechten und Interessen zu denken und damit letztlich an das soziale Staatsziel (Art. 20 I GG). Weiterhin mag die Hervorhebung gesetzgeberischer Aufgaben an kompetenzrechtliche Fragen grenzen und so die Art. 70ff. GG ins Spiel bringen. Alle diese Verknüpfungen sind in der bisherigen Debatte eher schwächer belichtet und sollen in der vorliegenden Untersuchung stärker zur Geltung kommen. Infolgedessen muß sich die Betrachtung zunächst von der Grundrechtsdogmatik im engeren Sinne lösen.

¹⁴³ Nachdrücklich P. Krause, JZ 1984, 656 (657).

¹⁴⁴ Z.B. F. Bydlinski, Das Privatrecht im Rechtssystem einer Privatrechtsgesellschaft, S. 76ff. Ein Sonderfall ist die Studie von D. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, aus dem Jahr 1969.

¹⁴⁵ S.u. §2, S. 31ff.

§2 Privatrecht in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung

I. Das Grundproblem

Mit der Konzentration auf die Grundrechtswirkung in Privatrechtsverhältnissen erschöpft die Drittwirkungsdebatte das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht bei weitem nicht, wenn sie auch einen besonders schwierigen Teilkomplex herausgreift. Weiterreichend und tiefgehend ist die allgemeine Frage nach dem Verhältnis des Grundgesetzes zum einfachgesetzlichen Privatrecht. Dabei ist ihre Formulierung im Kern von erstaunlicher Einfachheit, ja Banalität: Im Grundsatz geht es darum, ob und wie das historisch gewachsene, in den wesentlichen Teilen zu Ende des letzten Jahrhunderts kodifizierte Privatrecht durch das erst 1949 in Kraft getretene, jedoch vorrangige Verfassungsrecht des Grundgesetzes zu modifizieren war und ist und welchen Einfluß das höherrangige Verfassungsrecht auf die nachkonstitutionelle Privatrechtsgesetzgebung nimmt. Anders gewendet: Wie ist die Abkehr vom im 19. Jahrhundert unbestrittenen materiellen Vorrang des Privatrechts¹ und die Hinwendung zum Vorrang des Verfassungsrechts zu bewältigen?

So leicht die Formulierung der abstrakten Fragestellung zu fallen scheint, so schwierig ist es, auf gleicher Abstraktionshöhe eine Antwort zu geben. Das Verhältnis der Verfassung zum Privatrechtsgesetz ist Bestandteil des noch allgemeineren Verhältnisses der Verfassung zum Gesetz. Auf der Ebene des Gesetzes ist die Interpretation seiner Begriffe und Ausformung von Rechtsinstituten durch die fachgerichtliche Zivil- und Arbeitsrechtsprechung einzubeziehen. Auf diese Weise sind die materiellrechtliche Dimension und die funktionale Perspektive der Kompetenzverteilung miteinander vereint. Die Aufarbeitung und Klärung des solchermaßen weit verstandenen Verhältnisses von Verfassung und Privatrechtsgesetz greift wiederum über den verhältnismäßig engen Rahmen einzelner verfassungsrechtsdogmatischer Problemstellungen hinaus und in den der Allgemeinen Staatslehre verwandten Bereich der Verfassungstheorie über. Auf dem Prüfstand befindet sich das Bild der Rechtslehre von der Verfassung und ihrer Stellung im Verfassungsstaat Bundesrepublik Deutschland.

¹ Dazu *W. Müller-Freienfels*, FS-Rittner, 423 (452ff.); *U. Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Die Rangordnung der Gesetze, S. 39 (61); *D. Grimm*, in: Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III/1, S. 17 (20); *K. Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 10f. S. bereits o. §1 II 1 a, S. 9.

Die Fülle der Dimensionen dieses Problems, insbesondere in seiner historischen Entwicklung² und mit seinen weitreichenden rechts- und verfassungspolitischen Implikationen, erstreckt sich über den Aufgabenkreis einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung hinaus. Im folgenden wird lediglich versucht, der Behandlung einzelner Bereiche verfassungsrechtlicher Wirkungen im Privatrecht den verfassungsrechtsdogmatischen und verfassungstheoretischen Boden zu bereiten. Grundrechtsdogmatische Problemstellungen im engeren Sinne bleiben zunächst ausgespart³.

II. Das Verhältnis der Verfassung zur Rechtsordnung

1. Formeller oder materieller Vorrang der Verfassung

Überdies führt der Weg zu Beginn aus dem engeren Bereich des Privatrechts heraus in jenes allgemeine Verhältnis von Verfassung und Gesetzesrecht einschließlich seiner Interpretation und Fortentwicklung. Geht man von einem Vorrang der Verfassung aus, so ist dieser entweder formeller oder materieller Natur⁴. Damit ist nicht die Unterteilung nach formeller und materieller Verfassung gemeint, mit welcher einhellig die Unterscheidung zwischen Verfassungsrechtssätzen, die in der Verfassungsurkunde niedergelegt sind (formelle Verfassung) und der inhaltlichen Grundordnung eines Gemeinwesens auf der Basis der Verfassungsurkunde (materieller Verfassungsbegriff) angesprochen wird⁵.

Ausgangspunkt eines formellen Verständnisses vom Vorrang der Verfassung ist vielmehr das Fehlen inhaltlicher Vorgaben des Verfassungsrechts für das einfachgesetzliche Recht, seine Auslegung und Fortbildung. Die Verfassung ist vorrangig, jedoch nur im Hinblick auf die Modalitäten der Rechtsentstehung. Gesetzesrecht ist verfassungsgemäß, wenn es den Kompetenz- und Verfahrensregeln der Verfassung entsprechend zustandegekommen ist. Verfassung und einfachgesetzliches Recht sind nach diesem Modell *disparat*, stehen logisch zu-

² Zur historischen Entwicklung des Verhältnisses Verfassung-Gesetz insgesamt *R. Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (488ff.).

³ S.u. Teil B, S. 61ff.

⁴ Die hier gebildete Unterscheidung deckt sich mit derjenigen bei *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 473ff., die nach einem prozeduralen und einem materiellen Modell der Verfassung differenziert.

⁵ Hierzu grundlegend, auch die Entwicklung formeller und materieller Verfassungsbegriffe erörternd *K. Stern*, *StaatsR I*, § 3 II; *ders.*, *HStR V*, § 108, Rn. 31. S. auch *O. Bachof*, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, S. 25f.; *B.-O. Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, S. 59ff.; *J. Isensee*, *HStR I*, § 13, Rn. 121f.; *D. Grimm*, in: *ders.*, *Die Zukunft der Verfassung*, S. 11; *P. Lerche*, *FS-Odersky*, 215 (218); *M. Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG, Einführung*, Rn. 7ff. *W. Kägi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, S. 39ff.; *P. Badura*, *Art. Verfassung*, in: *EvStL*, Sp. 3738 (3742). Kritisch *W. Müller-Freienfels*, *FS-Rittner*, 423 (428, Fn. 26). Eine andere Verwendung des Begriffspaares formell-materiell bei *K. Hesse*, *VerfR*, Rn. 3.

einander – abgesehen von den Rechtserzeugungsmechanismen – in keinerlei Beziehung, also weder in einem Rang- noch einem Wechselwirkungsverhältnis⁶.

Derart formelle Konzeptionen des Verhältnisses der Verfassung zur Rechtsordnung gehören – jedenfalls für die deutsche Rechtsordnung – der Vergangenheit an⁷. Die Verfassung des Kaiserreiches von 1871 beschränkte sich auf ein Organisationsstatut⁸. Auch unter der Weimarer Reichsverfassung von 1919 war der Gesetzgeber keinen durch ein Verfassungsgericht kontrollierbaren Bindungen unterworfen. Allerdings zeigt schon das Beispiel der Weimarer Reichsverfassung, wie problematisch die Annahme eines rein formalen Vorrangbegriffes ist. Wenn auch eine verfassungsgerichtliche Kontrollinstanz fehlte, so enthielt beispielsweise der 2. Abschnitt ihres Zweiten Hauptteils unter der Überschrift „Das Gemeinschaftsleben“ Vorgaben für das gesetzgeberische Handeln, die sich in der verfassungsrechtsdogmatischen Lehre von den Einrichtungsgarantien niederschlugen⁹. Grundsätzlich läßt sich das Fehlen materieller Bindungen der Gesetzgebung auch für vorhergehende Epochen nur mit Mühe behaupten, war doch beispielsweise nach dem konstitutionellen Konzept im Gefolge der französischen Revolution die Verwirklichung der Grundrechte dem Gesetzgeber als seine wichtigste Aufgabe übertragen¹⁰.

Unter der Geltung des Grundgesetzes wird erst in jüngster Zeit wieder die Rückkehr zu einem formelle(re)n Vorrangbegriff reflektiert, dies, um die vermeintlich unsachgemäße und ungerechtfertigte Einflußnahme des Verfassungsrechts auf das Privatrecht und die damit einhergehende „zivilrechtsprechende“ Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts in ihre Schranken zu weisen¹¹. Indes läßt sich eine solche Reduzierung des Grundgesetzes in seiner inhaltlichen Reichweite weder generell noch im Bezug auf das Privatrecht halten¹². Ihr stehen die eindeutigen verfassungsrechtlichen Anordnungen der Art. 1 III und 20 III GG entgegen¹³. Dem läßt sich nur vordergründig mit dem Argument wider-

⁶ U. Diederichsen, Jura 1997, 57 (58); ihm zustimmend H.-M. Pawlowski, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, S. 39 (45); . In diese Richtung auch W. Müller-Freienfels, FS-Rittner, 423 (426); P.A. Windel, Der Staat 37 (1998), 385 (408ff.).

⁷ Vgl. auch W. Müller-Freienfels, FS-Rittner, 423 (452).

⁸ H. Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 180, D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 34 II 2 und 3. Vgl. U. Diederichsen, in: Starck (Hrsg.), Die Rangordnung der Gesetze, S. 39 (44f.); ders., Jura 1997, 57 (57f.).

⁹ Vgl. K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 17

¹⁰ Hierzu grundlegend R. Wabl, Der Staat 18 (1979), 321 (330ff., 341).

¹¹ U. Diederichsen, in: Starck (Hrsg.), Die Rangordnung der Gesetze, S. 39 (50f.); bereits W. Müller-Freienfels, FS-Rittner, 423 (452). Ähnlich H. Lecheler, FS-Ernst Wolf, 361 (363). M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 25f., sieht in dieser neueren Kritik eine Überreaktion.

¹² Über das Grundgesetz hinausgehend P.E. Quint, Maryland Law Review 48 (1989), 247 (254ff.).

¹³ U. Battis, HStR VII., § 165, Rn. 1; C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 11 ff.; C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, S. 25 ff. (insbesondere 31); J. Hager, AcP 196 (1996), 168 (175 Fn. 39); K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 20; M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 13 (zusätzlich unter Heranziehung von Art. 82 I,

sprechen, Art. 1 III GG binde die Gesetzgebung lediglich in dem Umfang an die Grundrechte, der sich aus der Auslegung jeder einzelnen Grundrechtsbestimmung ergebe. In der Tat läßt sich aus Art. 1 III GG über die konkrete Wirkungsweise der Grundrechte in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten nichts aussagen¹⁴, wie dies an der bereits referierten und zurückgewiesenen Lehre *Schwabes* deutlich wird¹⁵. Genauer Inhalt, Modus und Umfang der Grundrechtsbindung müssen tatsächlich in der Auslegung der einzelnen Grundrechte in ihren jeweiligen Funktionen ermittelt werden¹⁶. Jedoch ist mit dieser auf das „Wie“ der Grundrechtsgeltung bezogenen Einschränkung des Wirkungsbereiches von Art. 1 III GG die vorherrschende Auffassung nur unzureichend erfaßt. Unbestritten ist jedenfalls das „Ob“ der Grundrechtsgeltung auch für den Gesetzgeber und natürlich auch die Rechtsprechung ungeachtet des grundrechtsdogmatischen oder grundrechtstheoretischen Ausgangspunktes¹⁷. Die Grundrechte mögen nicht in allen ihren Funktionen und Inhalten den Gesetzgeber in gleichem Maße binden. Für den Regelfall geht Art. 1 III GG jedoch von einer solchen Bindung aus. Sollten hiervon generell oder für ganze Bereiche des einfachgesetzlichen Rechts Ausnahmen geboten sein, so wäre diese Annahme zumindest rechtfertigungsbedürftig¹⁸. Daß sich schließlich der Gesetzgeber der materiellen Gebote des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) mit den Unterprinzipien des Bestimmtheitsgrundsatzes, des Rückwirkungsverbotes und vor allem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entziehen könnte, daß das eng mit dem Rechtsstaatsprinzip verbundene, in Art. 3 I GG verankerte Gebot materialer

100, 123 ff. GG); *H. H. Klein*, FS-Franz Klein, 511 (512); *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, Art. 20, Rn. 94 (dort sind zudem Art. 82 I 1, 93 I Nr. 2, 2a, 100 I GG genannt); *W. Roth*, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, S. 229 (230); *E. Schmidt-Aßmann*, HStR I, § 24, Rn. 28; *K. Stern*, StaatsR I, § 20 IV 2 b. Für *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz, GG, Art. 20, Ziff. VI, Rn. 3, ist dies geradezu eine „Banalität“. Auf das von *W. Müller-Freienfels*, FS-Rittner, 423 (429), vorgebrachte Argument, das Grundgesetz ziehe sich bei einer Begründung des Vorrangs aus seinen eigenen Vorschriften nach Münchhausens Art am eigenen Schopf aus dem Sumpf, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und den *pouvoirs constitués*, die der Verfassungsgebung auch die Einführung von Bindungswirkungen an die gegebene Verfassung selbst ermöglicht, bedarf keiner erneuten Begründung; vgl. nur *E.-W. Böckenförde*, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 90; *C. Starck*, in: ders. (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, S. 29 (30 ff.).

¹⁴ So auch *U. Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Die Rangordnung der Gesetze, S. 39 (46 ff.).

¹⁵ S. o. § 1 II 2 a, S. 16 ff.

¹⁶ S. u. Teil C, S. 287 ff.

¹⁷ Die bei *U. Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Die Rangordnung der Gesetze, S. 39 (49 mit Fn. 40), zitierte Stelle *H. von Mangoldt/F. Klein*, Das Bonner Grundgesetz I, Art. 1, Anm. A V 3 b, wonach Art. 1 III GG „... nicht jedes Staatshandeln ... erfaßt ...“, bezieht sich auf die 1957 vertretene Ansicht zur Grundrechtsbindung fiskalischen Staatshandelns. Eine Freistellung des Privatrechtsgesetzgebers von den grundrechtlichen Vorgaben kann auf diese Weise nicht begründet werden, zumal auch im Bereich des fiskalischen Handelns verstärkt Grundrechtsbindungen gesehen werden: *C. Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., GG, Art. 1, Rn. 196 ff.

¹⁸ Anders wohl *U. Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Die Rangordnung der Gesetze, S. 39 (46 ff.).

Gerechtigkeit – und sei es in abgeschwächter Form eines Willkürverbotes – den Gesetzgeber ausnähme, wird ohnehin nicht vertreten. Dann aber liegt eine (Re-)Formalisierung des Vorrangbegriffes zur Begründung oder Wiedergewinnung von Regelungsspielräumen des Privatrechts jenseits der weiter zu erörternden Konzepte. Das Eigengewicht des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht ist auf andere Weise herzustellen und zu gewährleisten.

Alle verbleibenden verfassungstheoretischen Konzeptionen gehen von einem materiellen Verständnis der Verfassung und ihres Vorranges aus¹⁹. Ihnen ist die Vorstellung gemeinsam, daß die Vorgaben der Verfassung für das Gesetzesrecht auch inhaltlicher Natur sein können, daß mithin die Verfassung den Inhalt des Gesetzesrechts beeinflusst. Die Verfassung ist so „*rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*“²⁰, mithin „der grundlegende, auf bestimmte Sinnprinzipien ausgerichtete Strukturplan“ für dessen Rechtsgestalt²¹, nicht lediglich technische Regelung im öffentlichen Recht²². Die Vorstellungen über diese Beeinflussung im einzelnen sind keinesfalls homogen. Verschiedene Modelle über die Struktur der verfassungsrechtlichen Ordnung existieren nebeneinander und beeinflussen einander. Mit dem „Ob“ materiellen Verfassungsvorrangs sind die wesentlichen Fragen noch nicht entschieden; es ist das „Wie“ der Verfassungswirkung im Gesetzesrecht, auf das es ankommt.

2. Modelle der Verfassungswirkung im Gesetzesrecht und in seiner Anwendung

a) Stufenbau der Rechtsordnung

Grundvorstellung des Verhältnisses zwischen Verfassung und Gesetzesrecht ist der Stufenbau der Rechtsordnung. Sie liegt nicht nur unterschwellig der hier gewählten Überschrift des § 2, die auf ein Rangverhältnis bezug nimmt, und den bisherigen Ausführungen zugrunde, die nicht selten von der Verfassung und dem „einfachen“ oder „einfachgesetzlichen“ Recht, dem Recht geringerer normativer Dignität im Vergleich zum Verfassungsrecht handeln. Mit der gleichen Selbstverständlichkeit ist der Stufenbau der Rechtsordnung Leitmotiv nahezu

¹⁹ Die Ablehnung eines nur formellen Vorrangs der Verfassung betont deren rechtliche Vorgaben für die Ordnung des Gemeinwesens. Dies führt zugleich zu einer Verrechtlichung der Verfassung selbst und rückt andere mögliche Funktionen der Verfassung, etwa ihre programmatisch-politischen Wirkungen, in den Hintergrund; vgl. instruktiv *R. Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (500); *ders.*, *NVwZ* 1984, 401 (402). Zu den historischen Quellen dieses Vorrangverständnisses *C. Starcke*, *HStR* VII, § 164, Rn. 10ff.

²⁰ *K. Hesse*, *VerfR*, Rn. 17f. Zustimmend *P. Badura*, *HStR* VII, § 159, Rn. 6; *P. Lerche*, *FS-Odersky*, 215 (218); *A. Scherzberg*, *Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“*, S. 158.

²¹ *A. Hollerbach*, in: *Maihofer* (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, S. 37 (46).

²² So für die Grundrechte bekanntermaßen *R. Smend*, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, S. 119 (263). Ähnlich *A. Scherzberg*, *Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“*, S. 156.

aller gegenwärtigen Verfassungstheorie und -praxis²³. Man mag zur Begründung auf seinen rechtstheoretischen Ausgangspunkt, das normhierarchische Konzept der Wiener Schule und damit eine der bedeutendsten rechtsphilosophischen Strömungen überhaupt zurückgreifen²⁴ oder aber schlicht postulieren, alles, was dem Zugriff des parlamentarischen Gesetzgebers (nicht des verfassungsändernden Gesetzgebers im Sinne des Art. 79 GG) entzogen sein solle, sei dem einfachen Recht übergeordnetes Verfassungsrecht²⁵ – stets geht die Betrachtung von einer Überordnung des Verfassungsrechts aus, sieht das einfachgesetzliche Recht gleichsam unter dem „Firmament“ der Verfassungsordnung stehend²⁶. Die Vorstellung vom Stufenbau der Rechtsordnung wird schließlich auch bemüht, wenn nach der Einordnung der grundgesetzlichen Verfassungsordnung in den inter- und supranationalen Rahmen gefragt wird²⁷.

Trotz ihrer enormen argumentativen Kraft ist die normative Bedeutung der Vorstellung vom Stufenbau der Rechtsordnung letztlich dadurch begrenzt, daß es sich nur um eine Metapher handelt, die der expliziten Absicherung im Verfassungstext bedarf²⁸. Dennoch ist sie nicht wertlos. Die vorhandenen Vorgaben des Grundgesetzes stützen im Grundsatz die Ergebnisse der Hierarchieperspektive. Es sind dies erneut Art. 1 III und 20 III GG, die den Gesetzgeber an die Grundrechte sowie die verfassungsmäßige Ordnung binden und damit das Gesetzesrecht dem Vorbehalt der Verfassungskonformität unterwerfen. Zur Absicherung dieses Vorranges tragen schließlich die Kautelen des Art. 79 GG bei, der in seinem Abs. 3 innerhalb des höherrangigen Verfassungsrechts wiederum eine neue Hierarchie beschreibt und das Paradoxon des „verfassungswidrigen Verfassungsrechts“ denklogisch ermöglicht²⁹. Schließlich und vor allem wird der Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht funktional durch die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit gewährleistet, welche die Kontrolle des Gesetzesrechts am Maßstab der Verfassung durchzuführen befugt ist³⁰.

²³ Statt vieler *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig/ders./Scholz, GG, Art. 20, Ziff. VI, Rn. 3 („Das GG geht an mehreren Stellen ... unmißverständlich vom Bild einer *Rechtsnormenpyramide* aus ...“ – im Original gesperrt); *P. Badura*, Staatsrecht, A 13; *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 15; *T. Öbinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung, S. 32ff.; *F. Ossenbühl*, HStR III, § 61, Rn. 69ff., und § 62, Rn. 2; *P. Kirchhof*, FS-BVerfG II, 50. Vgl. auch *F. Rittner*, FS-Müller-Freienfels, 509 (510).

²⁴ Zu ihren Grundaussagen vgl. nur *A. Kaufmann*, in: ders./Hassemer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 30 (150ff.). Kritisch *W. Müller-Freienfels*, FS-Rittner, 423 (450f. m. w.N.).

²⁵ In diesem Sinne postuliert *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 473, die „formale Fundamentalität“ der Grundrechte.

²⁶ Vgl. *H. Oetker*, Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996.

²⁷ Vgl. statt vieler nur im Überblick *M. Schweitzer/W. Hummer*, Europarecht, Rn. 845ff.

²⁸ *S. M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 10, Fn. 9.

²⁹ Grundlegend *O. Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, 1951.

³⁰ Zu diesem grundsätzlichen Zusammenhang *R. Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 (485ff.). S. auch *W. Müller-Freienfels*, FS-Rittner, 423 (429).

Die Grundrechts- und Verfassungsbindung des Gesetzgebers (Art. 1 III, 20 III GG) ist zugleich, in Kombination mit der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, das Bindeglied zwischen einfachem Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Sofern die Metapher vom Stufenbau für eine Ablösung der Verfassung von der übrigen Rechtsordnung im Sinne steht, ist sie in der Tat zu verwerfen³¹. Begreift man sie hingegen als nicht mehr als eine Umschreibung der vorrangigen Geltung des Verfassungsrechts in dem Sinne, wie sie in den genannten Verfassungsnormen positiv verankert ist, spricht nichts gegen ihre Beibehaltung, zumal mit der Kategorie des Vorrangs noch keine Entscheidung über Inhalte von Grundrechtsnormen gefallen ist³².

b) Gesetzesrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht

Mit diesen Ausführungen könnten die allgemeinen verfassungstheoretischen Erörterungen (und manches, was darüber hinausgeht) schließen: Die Verfassung hat – materiell, nicht nur hinsichtlich der Rechtsentstehungsmechanismen – Vorrang vor dem einfachen Gesetzesrecht, Privatrecht ist einfaches Gesetzesrecht, also gelten im oder gar anstelle des Privatrechts die Vorgaben des Verfassungsrechts. Daß diese einfache Folgerung ausgeschlossen ist, liegt neben anderen Grundbefindlichkeiten an einer der unleugbaren Grenzen des Verfassungsrechts: Das Verfassungsrecht ist unbestimmt, mithin begrenzt in der begrifflich-inhaltlichen Schärfe seiner Regelungen.

Um die Normen des Verfassungsrechts gleichwohl im Einzelfall zur Anwendung bringen zu können, bedarf es ihrer *Konkretisierung*³³. Im berühmten Ausspruch des ersten Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts *Fritz Werner* vom Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht hat diese Erkenntnis Eingang ins verfassungsrechtliche Gemeingut gefunden. Der Begriff ist jedoch nicht nur mehrdeutig sondern auch in seiner Bedeutung für das Verfassungsverständnis vielschichtig. Konkretisierung läßt sich verstehen als Bestandteil der Interpretation des Vorhandenen, als Zwischenschritt in der Deutung der Normen der Verfassung³⁴ im Hinblick auf den Einzelfall im Sinne einer Fallnormbildung³⁵. Da aber außer Zweifel steht, daß der knappe, ausfüllungsbedürf-

³¹ In diesem Sinne kritisch *G. Robbers*, NJW 1998, 935 (937f.). Dagegen *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 15, Fn. 18.

³² So mit Nachdruck *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 19.

³³ *U. Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 (221); *R. Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 (502); *ders.*, NVwZ 1981, 401 (403). Grundlegend zur Konkretisierung *K. Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953.

³⁴ *P. Lerche*, in: Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, S. 7 (15f.).

³⁵ Grundlegend *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung IV, S. 202ff.; *E.-W. Böckenförde*, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, S. 159 (186 Fn. 85; referierend); *M. Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, S. 392ff. („*legis concretio*“). Kritisch zum Konzept der Fallnorm *P. Lerche*, in: Koller/Hager/Junker/Singer/Neuner (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, S. 7 (14).

tige Verfassungstext die gewünschten Vorgaben nicht in einer Weise enthält, die nur noch mit den üblichen Methoden juristischer Hermeneutik (grammatische, systematische, teleologische und historische Auslegung) im Sinne *Savignys* zu gewinnen wären³⁶, gehört zur Konkretisierung des Verfassungsrechts unumstritten auch ein Element schöpferischer Gestaltung³⁷.

Dieses gestaltende Element birgt mindestens zwei grundsätzliche verfassungstheoretische und in der Konsequenz -dogmatische Probleme. Das erste unter ihnen betrifft die Gemengelage zwischen Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Ist Gesetzesrecht (Verwaltungs-, Straf-, Privatrecht) konkretisiertes Verfassungsrecht, so verschwimmen die Grenzen zwischen Verfassung und Gesetz³⁸. Der Vorrang der Verfassung verlöre seine Bedeutung, wenn das im Gesetz konkretisierte Verfassungsrecht am Vorrang der Verfassung in der Weise teilhätte, daß übriges Gesetzesrecht an ihm zu messen³⁹ und daß eine Änderung des Gesetzes zugleich eine Verfassungsänderung wäre⁴⁰. Das zweite Grundsatzproblem liegt in der Konkretisierungskompetenz⁴¹. Mit der Feststellung, daß dem Gesetzgeber die Kompetenz zur Konkretisierung der Verfassungsbestimmungen zugewiesen wird, ist wenig gewonnen, wenn einerseits der Bereich unterlassener legislativer Konkretisierung und andererseits die Ebene der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht außer Betracht bleiben. In der Verteilung der Konkretisierungskompetenz zwischen Gesetzgeber, Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht liegt der Schlüssel aller Ansätze, die auf der Konkretisierungsidee beruhen. In der Gegenüberstellung von Gesetzgeber auf der einen, Fachgerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht auf der anderen Seite – auch das Bundesverfassungsgericht gehört trotz seiner Sonderrolle der Judikative an⁴² – ist das Problem der Konkretisierungskompetenz zugleich ein solches der Gewaltenteilung.

Die Problematik der Konkretisierung enthielt ihre wesentliche Schärfe gerade für das Privatrecht durch die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lehre von den Grundrechten als objektiver Wertordnung. Dadurch wurden die Grundrechte von Abwehrrechten gegen den Staat zu Gestaltungsdirektiven für die Rechtsordnung gewandelt. Das Bundesverfassungsgericht verwendet für den Vorgang der Einwirkung dieser Werte auf das Gesetzesrecht nicht den Begriff der Konkretisierung, sondern führt mit der Ausstrahlungswirkung des Verfassungsrechts auf die Rechtsordnung eine neue Metapher in das Verfas-

³⁶ Zum Ganzen *E. Stein*, AK-GG, Einl. II, Rn. 9ff.

³⁷ *E.-W. Böckenförde*, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 159 (186f.); *E. Stein*, AK-GG, Einl. II, Rn. 50, 67; *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 136 („verfassungschaffende Vergegenwärtigung der Verfassung“), sowie S. 142ff. zur hermeneutischen Grundlage der Konkretisierungskonzeption. Zu den verschiedenen Arten der Konkretisierung auch *K. Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, S. 75.

³⁸ Pointiert *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 17 und S. 164ff.

³⁹ *R. Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 (502).

⁴⁰ *P. Lerche*, FS-Odersky, 215 (219).

⁴¹ *R. Wahl*, Der Staat 20 (1981), 485 (506), sowie auch *C. Starck*, JZ 1996, 1033 (1039).

⁴² Vgl. *F. Ossenbühl*, in: ders., Ausgewählte Abhandlungen, S. 201.

sungsrecht ein⁴³. Die Sachprobleme verschieben sich nicht, wenn statt nach den Wirkungen des Konkretisierenden auf das Konkretisierte nach denjenigen des Ausstrahlenden auf das Angestrahlte gefragt wird⁴⁴. Auch die Frage nach der Kompetenz zur Ermittlung von Reichweite und Intensität der Ausstrahlung ist die gleiche wie die nach der Befugnis zur schöpferischen Konkretisierung. Der Ausstrahlungsbegriff suggeriert zwar Auswirkungen fixierter Verfassungswerte. Daß diese Werte jedoch einer präzisierenden Ausfüllung für jeden Einzelfall bedürfen, steht außer Zweifel und ist im Regel-Prinzipien-Modell *Robert Alexys* eindrucksvoll rechtstheoretisch begründet worden⁴⁵.

c) Das Konzept der Teilverfassungen

Eine Variante des Modells der Konkretisierung und gleichzeitig eine eigenümliche Verbindung zwischen Grundgesetz und Gesetzesrecht wird durch die Lehre von den Teilverfassungen verwirklicht⁴⁶. Eine Teilverfassung bündelt verfassungsrechtliche Vorgaben und verfassungsgeprägtes Gesetzesrecht in einem „gesellschaftsverfassungsrechtlichen Subsystem“⁴⁷. Auf diese Weise entstehen Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung⁴⁸, daneben Ämter- bzw. Dienstverfassung sowie, als Ausfluß neuester Entwicklungen, Kommunikationsverfassung und Umweltverfassung⁴⁹. Diese im Prinzip gleichrangigen Subsysteme sind zueinander nach den Grundsätzen praktischer Konkordanz und Systemgerechtigkeit zum Ausgleich zu bringen⁵⁰.

Neben der mehr oder weniger deutlichen Zurückweisung des Teilverfassungskonzeptes durch das Bundesverfassungsgericht in bezug auf das Subsystem Wirtschaftsverfassung⁵¹ steht ihm auch das Schrifttum ablehnend gegenüber⁵². Die Gründe hierfür liegen auf der Hand: Die Verquickung von Verfassungs- und Gesetzesrecht, orientiert am jeweiligen gesellschaftlichen Lebensbereich, wertet entweder das betroffene Gesetzesrecht ohne erkennbare Rechtfertigung zu Verfassungsrecht auf oder das einschlägige Verfassungsrecht ohne haltbare Begründung zu „subkonstitutionellem“ Verfassungsrecht⁵³ ab. Die Schwierigkeiten des Konkretisierungsansatzes, Verfassungsrecht und Gesetzes-

⁴³ Näher u. § 4 II 2, S. 65ff. mit Nachweisen.

⁴⁴ *R. Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (503).

⁴⁵ *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 71ff.

⁴⁶ Grundlegend *R. Scholz*, *Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, S. 158ff.; *ders.*, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, S. 130ff.; *R. Wegener*, *Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege*, S. 118, *H. Krüger*, *DÖV* 1976, 613; *H. Hablitzel*, *BayVbl.* 1981, 65.

⁴⁷ *R. Scholz*, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, S. 164ff. Der Begriff wird kritisch von *R. Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (509), verwendet (Kursivdruck von dort).

⁴⁸ *R. Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/ders.*, GG, Art. 12, Rn. 77ff.

⁴⁹ Zusammenstellung bei *R. Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (509f. mit Fn. 82).

⁵⁰ *R. Scholz*, *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*, S. 165f.

⁵¹ BVerfGE 50, 290 (336).

⁵² *R. Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), 485 (509ff.); *B. Pieroth/B. Schlink*, *Grundrechte*, Rn. 104.

⁵³ *H. Krüger*, *DÖV* 1976, 613.