ANDREAS KULICK

Horizontalwirkung im Vergleich

Jus Publicum

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 291

Andreas Kulick

Horizontalwirkung im Vergleich

Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten

Mohr Siebeck

Andreas Kulick, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i. Br., Genf, Berlin und New York (LL.M. NYU); 2011 Promotion (Tübingen); 2012–2014 Anwalt in Paris (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP); 2019 Habilitation (Tübingen); Lehrstuhlvertretungen in Köln, Göttingen und Heidelberg.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) - 445787365.

ISBN 978-3-16-159403-8 / eISBN 978-3-16-159404-5
DOI 10.1628/978-3-16-159404-5

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Genese eines monographischen Werkes ist auch immer in gewisser Weise eine partielle Biographie des Autors. Mit der Frage, wie und ob Grundrechte zwischen Privaten wirken, wurde ich – wie die meisten deutschen Jurastudierenden – in meinen ersten Studiensemestern, damals in Freiburg, konfrontiert. Sie hat mich nicht losgelassen. Mit diesem Buch ist die Beschäftigung mit ihr nun in eine Monographie gemündet, die im Jahr 2019 als Habilitationsschrift an der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen unter der Betreuung von Prof. Dr. *Martin Nettesheim* angenommen wurde. Die Habilitation erfolgte im Juli desselben Jahres.

Nach meinem ersten Examen hatte ich Gelegenheit, an der NYU School of Law im Rahmen eines LL.M. über den deutschen dogmatischen und theoretischen Horizont hinauszublicken – ein prägendes Erlebnis, das sowohl mein theoretisches als auch mein rechtsvergleichendes Interesse weiter angefacht hat. Die Idee, der Horizontalwirkung der Grundrechte monographisch auf den Grund zu gehen, kam mir im Rahmen eines Seminars, das Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Grimm* im Wintersemester 2010/2011 an der Humboldt-Universität veranstaltete und das mir durch die historische Perspektive, die es anlegte, einen profunderen Blick auf die Materie verschaffte und neue, zuvor unbekannte Einsichten ermöglichte. Dafür bin ich ihm und den anderen Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Seminars zu tiefem Dank verpflichtet. Mein Blick auf die Praxis wurde maßgeblich durch meine Zeit als Anwalt in Paris in der völkerrechtlichen Praxisgruppe von Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP von 2012 bis 2014 und dabei insbesondere durch die analytische Schärfe und intellektuelle Kreativität von Univ.-Doz. Dr. *Claudia Annacker* geprägt.

In Tübingen habe ich am Lehrstuhl meines Habilitationsvaters, Prof. Dr. *Martin Nettesheim*, einen Ort gefunden, an dem ich diese Schrift sowie eine Vielzahl anderer Projekte in einer konzentrierten Atmosphäre realisieren konnte. Dafür, ebenso wie für die anregenden thematischen Impulse sowie für die zügige Erstellung des Erstgutachtens der Habilitationsschrift, gilt ihm mein herzlicher Dank. Dankbar bin ich ferner Prof. Dr. *Jochen von Bernstorff* für das umgehend erstellte Zweitgutachten und für seine Unterstützung und für viele interessante Diskussionen während meiner Habilitationszeit sowie Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Graf Vitzthum* für seine stets wohlwollende Anteilnahme an meinen wissenschaftlichen Vorhaben. Überdies habe ich aus den

Stellungnahmen der Tübinger Fakultätsmitglieder zu meiner Habilitationsschrift wertvolle Hinweise erhalten. Frau *Isolde Zeiler* danke ich für ihre tatkräftige Unterstützung während meiner Tübinger Zeit.

Während Forschungsaufenthalten als Global Fellow an der NYU School of Law – meiner Rückkehr nach New York acht Jahre später, im fall term 2016 – sowie als Gast am WZB Berlin im Januar und Februar 2017 habe ich viele vergleichende, theoretische und interdisziplinäre Impulse erhalten. Besonders sei dabei Professor *Gráinne de Burca*, Professor *Joseph Weiler* und Professor *Mattias Kumm* gedankt. Ein Stipendium der Fritz-Thyssen-Stiftung ermöglichte den New Yorker Aufenthalt.

Für das Lektorat und die Betreuung der Veröffentlichung beim Verlag Mohr Siebeck danke ich Frau Julia Caroline Scherpe-Blessing, Frau Ilse König und Herrn Matthias Spitzner. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) gilt mein Dank für die großzügige Förderung der Arbeit durch eine Publikationsbeihilfe.

Eine Arbeit profitiert wohl am meisten von Anregungen und Diskussionen mit Kolleginnen und Kollegen, sei es in einem formellen Forum, sei es informell auf dem Flur oder anlässlich einer Konferenz. Aus der Vielzahl von Personen, denen ich insoweit zu großem Dank verpflichtet bin, sei zunächst mein Tübinger Kollege Prof. Dr. *Johannes Flume* besonders hervorgehoben. Vom nahezu täglichen Austausch, von seinem fachlichen Enthusiasmus, dem wertvollen kritischen Blick des Privatrechtlers auf das Wildern des öffentlich-rechtlichen Kollegen in privatrechtlichen Gefilden, vor allem aber von seiner Freundschaft habe ich unermesslich profitiert. Mit Prof. Dr. *Chris Thomale* konnte ich einige wichtige Aspekte des Verhältnisses von Grundrechten und Privatrecht diskutieren. Überdies danke ich den Mitgliedern unseres Habilitationskreises, in dessen Rahmen ich einige zentrale Ideen der Arbeit in intellektuell anregender Atmosphäre diskutieren konnte, wobei meine geschätzten Mitstreiter, Kollegen und Freunde PD Dr. *Johannes Eichenhofer* und PD Dr. *Michael Goldhammer* besonders zu nennen sind. Dr. *Jakob Zollmann* war mir in Berlin ein wertvoller Gesprächspartner auch über den juristischen Horizont hinaus.

Dr. *Naiade el-Khoury* danke ich für ihren Zuspruch auch in herausfordernden Zeiten. Gewidmet ist dieses Werk meiner Mutter, Dr. *Barbara Kulick*. Ihre Liebe und Unterstützung, einschließlich der tatkräftigen Korrekturlektüre des Gesamtmanuskripts der Arbeit, waren ständige und stärkende Begleiter durch Höhen und Tiefen der Habilitationsphase.

Heidelberg, im Juli 2020 Andreas Kulick

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XVII

1. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Einführung 1

A. Ewigkeitsthema Horizontalwirkung 1
B. Gang der Darstellung 9

2. Kapitel: Horizontalwirkung – Terminologie und Typologie ... 15

A. Horizontalwirkungsterminologie 15
B. Horizontalwirkungstypologie 20
C. Fazit 40

3. Kapitel: Horizontalwirkungskonstruktionen – Diskurs und Dogmatik 43

A. Anwendung 46
B. Verantwortung 80
C. Zurechnung 119
D. Ablehnung 139
E. Dogmatik und Diskurs – Erkenntnisse 153

4. Kapitel: Neuere und neueste Rechtsprechung des BVerfG – Rekonstruierte Verantwortung? 185

A. Rekonstruierte Auslegung 186
B. Drei Schritte: Verfassungskonforme Auslegung plus 194
C. Richterrecht und Stadionverbot: Grenzen der Rekonstruktion 201
D. Fazit 211

5. Kapitel: Horizontalwirkung und Staatsorganisationsrecht – Zwingende Grenzen 215

A. Präliminarien: Grundrechte, Staatsorganisationsrecht und Verfassungstheorie 216

B. Grundrechtsbindung und Grundrechtsgebundene 220
C. Horizontalwirkung und Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat 234
D. Fazit 277

6. Kapitel: Horizontalwirkung und Selbstbestimmung – Ethik, Demokratietheorie und Anwendungspraxis 279

A. Selbstbestimmung und drei Großthemen der Horizontalwirkung 280
B. Privatautonomie und wirtschaftliche Selbstbestimmung 309
C. Öffentlichkeit und öffentlicher Diskurs 343
D. Identität und selbstbestimmte Lebensführung 366
E. Horizontalwirkung und Selbstbestimmung: Bilanz und Fazit 390

7. Kapitel: Horizontalwirkung durch zweistufige Anwendung – Erwiderungen auf offene Fragen 407

A. Warum gelten die Grundrechte zwischen Privaten? 408
B. Welche Grundrechte gelten zwischen Privaten? 413
C. (Wie) gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz? 421
D. Konsequenzen für das Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit? 428
E. Fazit 435

8. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Schlussbetrachtung 437

Literaturverzeichnis 445
Personen- und Sachregister 477

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungsverzeichnis XVII

1. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Einführung 1

A. Ewigkeitsthema Horizontalwirkung 1

B. Gang der Darstellung 9

2. Kapitel: Horizontalwirkung – Terminologie und Typologie 15

A. Horizontalwirkungsterminologie 15
I. Wirkung, Geltung, (Un-)Mittelbarkeit 15
II. Drittwirkung und Horizontalwirkung 18

B. Horizontalwirkungstypologie 20
I. Kriterien der Typisierung 20
II. Vier Typen der Horizontalwirkung 22
III. Vier Typen und acht zentrale Gruppen dogmatischer Konstruktionen: analytische Darstellung und Abgrenzung 25
1. Anwendungskonstruktionen 26
2. Verantwortungskonstruktionen 30
3. Zurechnungskonstruktionen 36
4. Ablehnungskonstruktionen 39

C. Fazit 40

3. Kapitel: Horizontalwirkungskonstruktionen – Diskurs und Dogmatik 43

A. Anwendung 46
I. Dürigs Sorge und Laufkes Beobachtung 46
II. Nachkriegszeit und Richterkunst 48

1. Von der Säkularisierung des Naturrechts zur Wertungsjurisprudenz: Coing, Wieacker, Esser und Larenz ... 49
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Schwert ... 52
III. Nipperdeys Traum: Grundrechte als Privatrecht ... 55
IV. Leisners Erkenntnis: Grundrechte und Zivilgerichtsbarkeit ... 59
V. Zwischenbilanz ... 61
VI. Horizontalwirkung im EU-Mehrebenensystem ... 63
1. Anwendung, Anwendbarkeit und Grundrechte ... 63
2. Unmittelbare Anwendung der EU-Grundfreiheiten ... 65
3. Horizontalwirkung und EU-Grundrechte ... 67
4. Fazit ... 72
VII. Irlands „constitutional torts" als stumpfes Schwert ... 73

VIII. Schlussfazit ... 74
1. Institutionelle Relevanz der Anwendungskonstruktionen ... 74
2. Egenberger auf Deutsch: Die zweistufige Anwendung ... 76
3. Anwendungskonstruktionen in der Praxis ... 79

B. Verantwortung ... 80
I. Auslegungskonstruktionen ... 81
1. Dürig und die Werte ... 82
2. BVerfG: Zähmung der Werte als Zähmung der Fachgerichte ... 84
a) Lüth: Grundrechte als „aufgerichtete" Wertordnung ... 84
b) Auslegung in action ... 85
c) Der institutionelle Sieg des BVerfG ... 88
3. Israel: Kestenbaum als Lüth-Klon? ... 91
4. Kanada: Verantwortung und common law ... 92
5. Südafrika: Ein weiterer Klon? ... 96
6. Fazit ... 97
a) Institutionelle Relevanz der Auslegungskonstruktionen ... 97
b) Auslegungskonstruktionen in der Praxis ... 100
II. Figuren der normalen Grundrechtsfunktionen ... 100
1. Canaris und Co.: Abwehr, Schutz oder beides? ... 101
2. Die „positive obligations" in der Rechtsprechung des EGMR ... 107
3. Wertbegründung und Alternativen ... 112
4. Fazit ... 115
a) Tun und Unterlassen – Abwehr und Schutz ... 115
b) Die normalen Grundrechtsfunktionen in der Praxis ... 118

C. Zurechnung ... 119
I. State action vs. private action: Zurechnung in der Rechtsprechung des US Supreme Court ... 120
1. Ausgangspunkt: Staatsrichtung, Föderalismus und Staatshaftung ... 120
2. State action heute: „A conceptual disaster area" ... 124

3. Shelley v. Kraemer: Gerichte, state action und Horizontalwirkung 125
a) Der Weg zu Shelley: state action als Feind 125
b) Shelley v. Kraemer: Umfassende Horizontalwirkung durch Zurechnung? 127
c) Der langsame Abschied von Shelley: distinguishing und retracting .. 132
II. Schwabe und Murswiek: privates Verhalten ist staatliches Verhalten 133
III. Fazit 136
1. State action: Alles oder nichts 136
2. Zurechnung in der Praxis 137

D. Ablehnung 139
I. Realisierung der Grundrechte durch den Gesetzgeber 140
II. Frankreich: Der langsame Abschied von der parlamentarischen Souveränität 142
III. Vereinigtes Königreich: Parlamentarische Souveränität als demokratische Legitimität 148
IV. Fazit 152

E. Dogmatik und Diskurs – Erkenntnisse 153
I. Die Horizontalwirkungskonstruktionen im dogmatischen Vergleich 154
1. Staatsrichtung und Anwendung 154
2. Anwendung und Verantwortung 157
3. Verantwortung und Staatsrichtung 160
4. Auslegung und normale Grundrechtsfunktionen 163
5. Verantwortung und Zurechnung 165
6. Ablehnung und Auslegung 170
7. Grundrechtsprüfung und Kontext 172
8. Fazit 174
II. Die Tiefenstruktur der Horizontalwirkung: Staatsorganisationsrecht, Ethik, Demokratietheorie 176
1. Institutionelle Interaktion: Staatsorganisationsrecht 176
2. Von den Werten zur Ethik zur personalen Autonomie 177
a) Beharrliche Werte: Rechtsprechung 177
b) Beharrliche Werte: Rechtstheorie 180
c) Werte – nützliche Fiktionen 181
3. Politische Autonomie: Demokratietheorie 182

4. Kapitel: Neuere und neueste Rechtsprechung des BVerfG – Rekonstruierte Verantwortung? 185

A. Rekonstruierte Auslegung 186
I. Horizontalwirkung als verfassungskonforme Auslegung 186
II. Konformität und Orientierung – zum Begriff der verfassungskonformen Auslegung 191

B. Drei Schritte: Verfassungskonforme Auslegung plus 194
I. Horizontalwirkung im Einzelfall und zwei Schritte davor 194
II. Wechselspiel zwischen abstrakter und konkreter Ebene 198
III. Auslegungskonstruktion des BVerfG 199

C. Richterrecht und Stadionverbot: Grenzen der Rekonstruktion 201
I. Horizontalwirkung, Richterrecht und BVerfG 201
II. Der Stadionverbotsbeschluss: Entscheidung für eine Anwendungskonstruktion? 207

D. Fazit 211

5. Kapitel: Horizontalwirkung und Staatsorganisationsrecht – Zwingende Grenzen 215

A. Präliminarien: Grundrechte, Staatsorganisationsrecht und Verfassungstheorie 216
I. Staatsorganisationsrecht und Grundrechtsinterpretation 216
II. Verfassungsrecht und Verfassungstheorie 219

B. Grundrechtsbindung und Grundrechtsgebundene 220
I. Verantwortung und richterliche Grundrechtsbindung 221
II. Staat, Gesellschaft und Zurechnung 223
III. Ablehnung strikter Ablehnung 227
IV. Anwendung, Staatsrichtung und Grundrechtsbindung 229
V. Fazit 234

C. Horizontalwirkung und Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat 234
I. Verfassungsrechtlicher Gewaltenteilungsgrundsatz 236
1. Gewaltenteilung und Grundgesetz 236
2. Horizontalwirkung, parlamentarisches Gesetz und Jurisdiktionsstaat 238
3. Interpretation, Rechtsfortbildung und Grundgesetz 242
a) Normsetzung und Normanwendung 243
b) Sprache, Vorverständnis und Rechtsprechung 244
c) Grundgesetzliche Großzügigkeit: Gesetzesvorbehalt, Gesetzesbindung und richterliche Rechtsfortbildung 246
4. Fazit 251
II. Verfassungsrechtliches Demokratieprinzip 252
1. Repräsentative Demokratie und Grundgesetz 252
2. Horizontalwirkung und Legitimationskette 257
3. Parlamentarisches Gesetz, Richterrecht und demokratische Legitimation 260
a) Repräsentation, Deliberation und Grundgesetz 260

b) Parlamentarisches Gesetz, Horizontalwirkungskonstruktionen und prekäre demokratische Legitimation? 262
c) Gesetzesbindung, Demokratie und (großzügiges) Grundgesetz 264
4. Fazit 267
III. Verfassungsrechtliches Rechtsstaatsprinzip 267
1. Rechtsstaat, Rechtssicherheit und Grundgesetz 268
2. Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und Horizontalwirkung 271

D. Fazit 277

6. Kapitel: Horizontalwirkung und Selbstbestimmung – Ethik, Demokratietheorie und Anwendungspraxis 279

A. Selbstbestimmung und drei Großthemen der Horizontalwirkung ... 280
I. Selbstbestimmung – personale und politische Autonomie 280
1. Individuell-personale Autonomie – Ethik 280
a) Autonomie zwischen Willkür und sozialem Selbst 280
b) Autonomie als Authentizität und Kontrolle 286
c) Autonomie und Horizontalwirkung 289
2. Kollektiv-politische Autonomie – Demokratietheorie 291
a) Zwischen Individuum und Gemeinschaft 291
b) Zwischen Verfahren und Inhalt 294
c) Zwischen Gericht und Gesetzgeber 298
d) Zwischen Teilhabe und Stellvertretung 302
e) Demokratietheorie und Horizontalwirkung 305
II. Drei Großthemen 306

B. Privatautonomie und wirtschaftliche Selbstbestimmung 309
I. Ökonomisch-soziale Machtasymmetrien 309
1. Selbstbestimmung und Vertragsgerechtigkeit 309
2. Der generöse Gesetzgeber 313
a) Prüfung der Horizontalwirkungskonstruktionen: Ergebnisäquivalenz und Autonomieverständnis 314
b) Vorzugswürdige Kriterien: Authentizität und Kontrolle 320
c) Anwendung und Kontrolle 323
d) „Strukturelle Unterlegenheit“ zwischen Gerichten und Gesetzgeber 324
3. Der absente Gesetzgeber 325
a) Horizontalwirkung praeter und contra legem 326
b) Nochmals: Anwendung und Kontrolle 329
c) Zügellose Anwendung? 330
4. Fazit 334
II. Familie, Ehe, Erbe: wirtschaftliche Selbstbestimmung und Identität 334
III. Wirtschaftliche Betätigung und öffentliche Debatte 337

1. Geschäftsschädigende Äußerungen 337
2. Werbung und ihre Grenzen 341
IV. Fazit 342

C. Öffentlichkeit und öffentlicher Diskurs 343
I. Öffentlicher Meinungsaustausch 343
1. Öffentliche Meinungsäußerungen und persönliche Ehre 344
2. Informationszugang, Informationsplattformen und Privatheit 347
a) Wer ist Störer? Staatsrichtung und Anwendung 348
b) Herabsetzung 2.0: Internet-Intermediäre und öffentlicher Diskurs 351
3. Kunst und öffentliche Debatte 355
II. Herrenreiter, Prinzessinnen, Filmstars: Prominente und Medienberichterstattung 359
III. Überwachung am Arbeitsplatz 363
IV. Fazit 365

D. Identität und selbstbestimmte Lebensführung 366
I. Kopftuch am Arbeitsplatz – neutrale Arbeitswelt? 366
II. Religiöse Arbeitswelt – selbstbestimmte Lebensführung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht 372
1. Religionsgemeinschaften, Selbstbestimmungsrecht und nicht-staatliche Regulierung 372
2. Kirchliche Selbstbestimmung und personale Autonomie 374
3. Verantwortung oder Anwendung? 378
III. Abstammung, Herkunft und familiäre Identität 380
1. Nochmals: Richterliche Rechtsfortbildung und Horizontalwirkung .. 381
2. Vater, Mutter, Kind: Identität und Autonomie 384
3. Der notwendige Staat: Mehrpolige Rechtsverhältnisse und Verfahren 385
IV. Fazit 390

E. Horizontalwirkung und Selbstbestimmung: Bilanz und Fazit 390
I. Horizontalwirkungspraxis 390
II. Horizontalwirkungskonstruktionen und individuell-personale Autonomie 394
III. Horizontalwirkungskonstruktionen und kollektiv-politische Autonomie 400
IV. Fazit: Plädoyer für die zweistufige Anwendung 404

7. Kapitel: Horizontalwirkung durch zweistufige Anwendung – Erwiderungen auf offene Fragen 407

A. Warum gelten die Grundrechte zwischen Privaten? 408

B. Welche Grundrechte gelten zwischen Privaten? 413
I. Freiheitsrechte 413
II. Gleichheitsrechte 415

C. (Wie) gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz? 421

D. Konsequenzen für das Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit? 428
I. Kompetenzverschiebung und Kompetenzabgrenzung 428
II. Zweistufige Anwendung und Rechtssicherheit 432

E. Fazit 435

8. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Schlussbetrachtung 437

Literaturverzeichnis 445
Personen- und Sachregister 477

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
DNA	Deoxyribonucleic acid
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GG	Grundgesetz
GRC	Europäische Grundrechtecharta
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRA	Human Rights Act
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KUG	Kunsturhebergesetz
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr	ständige Rechtsprechung
TMG	Telemediengesetz
UK	Vereinigtes Königreich
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
US/USA	Vereinigte Staaten von Amerika
u. a.	unter anderen/unter anderem
u.v. a.m.	und viele andere mehr
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Kapitel

Horizontalwirkung im Vergleich – Einführung

A. Ewigkeitsthema Horizontalwirkung

Zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht sind ganze Bibliotheken geschrieben worden.[1] Deshalb stellt sich bei einer Arbeit wie der vorliegenden umgehend die Frage: Warum? Warum ein weiteres Buch zur Thematik der „Drittwirkung"/„Privat(rechts)wirkung"/„Horizontalwirkung" etc.? Tatsächlich gibt es wenige andere Themen des deutschen Verfassungs- oder Privatrechts, zu denen sich der Gedanke derart aufdrängt, es sei bereits Alles in der einen oder anderen Form gesagt.

In der deutschen wissenschaftlichen Diskussion wird denn auch die Frage nach der Wirkung der Grundrechte zwischen privaten Akteuren in der jüngeren Vergangenheit[2] häufig nur noch als ein „Formulierungsproblem"[3] betrachtet.

---

[1] Im Folgenden sei stellvertretend nur eine Auswahl der meistdiskutierten Werke genannt. Aus der deutschen Literatur: *H. C. Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, Recht der Arbeit 1950, 121; *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956, 157; *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; *J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971; *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 1984, Bd. 184, 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001; *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003; *R. Christensen/A. Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007; *C. Unseld*, Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten, 2018. Rechtsvergleichend aus jüngerer Zeit: *A. Sajó/R. Uitz* (Hrsg.), The Constitution in Private Relations – Expanding Constitutionalism, 2005; *D. Oliver/J. Fedtke* (Hrsg.), Human Rights and the Private Sphere – A Comparative Study, 2006; *G. Brüggemeier/A. Colombi Ciacchi/G. Comandé* (Hrsg.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, zwei Bände, 2010; *J. van der Walt*, The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, 2014.

[2] D. h. nach den großen Diskussionen in den 1960er und 1970er Jahren im Nachgang des Lüth-Urteils (BVerfGE 7, 198 [1958]) und *Jürgen Schwabes* Angriff auf die Drittwirkungslehre (*J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971) sowie in 1980er und 1990er Jahren im Anschluss an die Lehren von *Claus-Wilhelm Canaris* und die Bürgschafts- und Handelsvertreterentscheidungen des BVerfG (stellvertretend: *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 1984, Bd. 184, 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *J. Hager*, Grundrechte und Privatrecht, JuristenZeitung 1994, 373; BVerfGE 81, 242 [1990] – Handelsvertreter; E 89, 214 [1993] – Bürgschaftsverträge).

[3] *F. J. Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, Einl., Rn. 67.

Es herrsche nahezu Einigkeit hinsichtlich des „Ob" einer solchen Horizontalwirkung und auch die Frage des „Wie" sei im Wesentlichen ebenfalls entschieden:[4] Im Anschluss an die Arbeiten von *Claus-Wilhelm Canaris*[5] vertreten viele Autoren heute, die Lösung der Horizontalwirkungsproblematik sei darin zu suchen, Grundrechte in ihrer „normalen Funktion […] als Eingriffsverbote und Schutzpflichten"[6] zu verstehen und entsprechend danach zu fragen, ob der Staat, insbesondere die Gerichte, in die Grundrechte der einen Seite eingegriffen und/oder es unterlassen haben, die Grundrechte der anderen Seite zu schützen.[7] Das BVerfG konstruiert die Horizontalwirkung der Grundrechte bis heute im Wege der „Ausstrahlungswirkung" der als Ausdruck einer „Wertordnung" oder eines „Wertsystems" verstandenen Grundrechte auf das einfache Recht. Diese „mittelbare Drittwirkung" sei von den Gerichten durch Auslegung zu realisieren.[8]

Gemeinsam ist den in deutscher Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassungen die ausschließliche Staatsrichtung der Grundrechte: Grundrechte bestehen nur gegenüber dem Staat, nicht aber zwischen Privaten. Eine unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten kann jedenfalls im deutschen Recht nicht bestehen: Eine solche kann man nicht dogmatisch vertretbar konstruieren, sie ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, sie bedeutet Verpflichtung und nicht Freiheit Privater, sie konterkariert damit die Privatautonomie und sie führt zu ungezügeltem Richterrecht.

Das scheint eindeutig und argumentativ schlagkräftig. Doch bei genauerem Hinsehen kommen Zweifel auf. Zweifel, die sich auf all den soeben genannten ar-

---

[4] Ebenda; *J. F. Lindner*, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, JuristenZeitung 2016, 697, 704: „[W]esentliche Fragen [können] heute als geklärt angesehen werden."; vgl. auch *R. Schmidt*, Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsproblematik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, 131. Differenziert und ironisch jüngst *C. Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, Archiv des öffentlichen Rechts 2019, Bd. 144, 1, 61 („Wie in einer unendlichen Geschichte wurden und werden die beiden Alternativen einander gegenübergestellt, die Unzulänglichkeit der unmittelbaren Drittwirkung herausgestellt und dann für eine behutsame mittelbare Drittwirkung plädiert").

[5] Stellvertretend *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 1984, Bd. 184, 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999.

[6] *R. Schmidt*, Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsproblematik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, 131, 134.

[7] Dies sei inzwischen „herrschende Meinung", vgl. z. B. *F. Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen – Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, 2015, S. 371; *J. F. Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 445; *ders.*, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, JuristenZeitung 2016, 697, 704; *M. Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JuristenZeitung 2009, 389; *R. Schmidt*, Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsproblematik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, 131, 135 ff.

[8] StRspr. seit BVerfGE 7, 198 (205 f.) [1958]. Siehe jüngst BVerfGE 148, 267 (280) [2018] – Stadionverbot. Zu den Nuancen der Rechtsprechung des BVerfG zur Horizontalwirkung der Grundrechte siehe im Einzelnen unten Kap. 3, B.I.2. und Kap. 4.

gumentativen Ebenen zeigen: analytisch, dogmatisch, staatsorganisationsrechtlich, ethisch, demokratietheoretisch, anwendungspraktisch.

Analytisch sind bereits die verwendeten Begrifflichkeiten schief. Eine Dritt-/Privat(rechts)-/Horizontal*wirkung* kann nicht mittelbar (oder unmittelbar) sein. Wirkung wirkt – sie zielt auf ein Resultat: dass Grundrechte bei der Entscheidung des Privatrechtsverhältnisses A-B *irgendwie* eine Rolle spielen. *Wie* dies geschieht, interessiert die Wirkung nicht.[9] Deshalb eignet sich der Wirkungsbegriff nur als generischer Terminus. In dieser Arbeit verwende ich „Horizontalwirkung" daher als Oberbegriff für alle dogmatischen Ansätze, welche dazu führen, dass die Grundrechte zwischen Privaten im Privatrechtsverhältnis[10] auf irgendeine Weise Bedeutung erlangen – unabhängig davon, ob beispielsweise durch Grundrechtsentfaltung im Privatrechtsgesetz, Auslegung des einfachen Rechts anhand der Grundrechte oder aufgrund eines unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses zwischen Privaten. Analytische Verwirrung besteht ferner hinsichtlich der (Un-)Mittelbarkeit: Geht es darum, ob Gerichte auf die Grundrechte unmittelbar zurückgreifen oder sie nur mittelbar im Wege der Auslegung des einfachen Rechts zur Wirkung bringen?[11] Oder geht es nicht vielmehr darum, ob ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten besteht, anstelle lediglich eines unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses zwischen den Privaten und dem Staat, was mittelbar zu einer Auswirkung der Grundrechte auf das einfachrechtliche Rechtsverhältnis der Privaten führen kann? Ist letzterer der zutreffende Ausgangspunkt, müssen indes die verschiedenen dogmatischen Konstruktionen der Horizontalwirkung analytisch konsequent daraufhin durchleuchtet und infolgedessen kategorisiert werden, zwischen wem ein grundrechtliches Rechtsverhältnis im Sinne einer Anspruch-Pflichten-Relation besteht und auf wessen Handlung *h* abzustellen ist, um zu bestimmen, ob eine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt.[12] Die Arbeit beschränkt sich mithin auf diese Position der Grundrechte als Anspruch-Pflichten-Verhältnis.[13] Entsprechend wird hierfür der Begriff der „Geltung" gewählt: Wenn Grund-

---

[9] Vgl. dazu unten Kap. 2, A.I.

[10] Die Arbeit beschränkt sich folglich auf die Frage nach der Wirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen und klammert somit Aspekte der Grundrechtswirkung zwischen Privaten in öffentlich-rechtlichen Beziehungen (z. B. Fragen des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes im Baurecht) weitgehend aus.

[11] So offenbar *A. Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JuristenZeitung 2018, 901, 902.

[12] Vgl. dazu für die deutsche Grundrechtsdogmatik wirkmächtig *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 187 ff., der sich auf die Lehren *Wesley Newcomb Hohfelds* stützt, vgl. *W. N. Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 1913–1914, Bd. 23, 16, insbesondere 28–44.

[13] Vgl. für die verschiedenen von *Robert Alexy* so bezeichneten „Grundrechtspositionen" im Anschluss an *Hohfeld*: *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 171 ff. sowie unten Kap. 2, B.I.

rechte zwischen zwei Seiten „gelten", besteht zwischen ihnen eine direkte Anspruch-Pflichten-Relation, also z. B. ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger oder zwischen Privaten untereinander. Diese analytische Differenzierung,[14] zwischen wem unmittelbare Grundrechtsverhältnisse bestehen, ist der Startpunkt für Typisierung, Vergleich und Bewertung der diversen Horizontalwirkungskonstruktionen, welche diese Arbeit für das deutsche Recht unternehmen will. Zu häufig fehlt es in Literatur und Praxis insoweit an einer präzisen Unterscheidung.

Dogmatisch erscheint zunächst die „Ausstrahlungswirkung" des BVerfG wenig sattelfest: Grundrechte gelten nicht im Rechtsverhältnis zwischen Privaten, „strahlen" aber auf ebendieses Rechtsverhältnis „aus" und wirken damit letztlich doch ähnlich, als ob sie unmittelbar zwischen ihnen gälten, allerdings nur „mittelbar", realisiert durch „Auslegung". Das ist, gelinde gesagt, etwas holprig. Doch auch hinsichtlich der nach eigenem Selbstverständnis dogmatisch konsistenteren und kohärenteren Alternativpositionen im Anschluss an *Canaris*, die insoweit auf Abwehr- und/oder Schutzfunktion der Grundrechte rekurrieren,[15] kommen Fragen auf. Muss hier, wenn eine Grundrechtsverletzung durch Eingriff und/oder Beeinträchtigung einer Schutzpflicht festgestellt ist, nicht ebenfalls das einfache Recht anhand des so ermittelten grundrechtlichen Anspruchs (gegen den Staat) ausgelegt werden? Stellt man auf Eingriff/Schutzpflichtbeeinträchtigung durch die Gerichte ab, auf welcher Basis entscheidet dann die erste Instanz? Denn hier fehlt es z. B. an einem Grundrechtseingriff durch das Urteil der Vorinstanz. Variiert das Schutzniveau in der Verhältnismäßigkeitsprüfung – Übermaßverbot in der Eingriffs-, Untermaßverbot in der Schutzpflichtenkonstellation – obwohl es vom Zufall bzw. von der gesetzgeberischen Vorentscheidung abhängt, welche der beiden Parteien eine Klage einreicht und entsprechend ob das Gericht in der nächsten Instanz in einer Eingriffs- oder einer Schutzpflichtenkonstellation entscheidet?[16] Ferner und alle staatsgerichteten Horizontalwirkungskonstruktionen betreffend, bedeutet ein unmittelbares grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen Privaten wirklich, dass Grund*rechte* dadurch unweigerlich stets zu *Pflichten* mutieren? Geht es nicht auch hier – wie im unmittelbaren Grundrechtsverhältnis Bürger-Staat – zunächst um *prima facie*-Positionen, die letztlich zu einem grundrechtlichen Anspruch führen können, aber nicht müssen? Ist ein etwaiges unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nicht bereits deshalb grundlegend anders zu behandeln als ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis Bürger-Staat, weil Private – anders als der Staat – nicht nur grundrechtsverpflichtet, sondern zugleich auch grundrechtsberechtigt sind?[17] Dogmatikkritik

[14] Vgl. dazu unten Kap. 2, B.

[15] Vgl. stellvertretend nur *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 ff. Siehe dazu auch ausführlich unten Kap. 3, B.II.

[16] Vgl. dazu unten Kap. 3, E.I.4.

[17] Vgl. dazu unten Kap. 3, E.I.2. sowie auch Kap. 7, B.II. und C.

und Diskursanalyse der Horizontalwirkungskonstruktionen sind daher zentrale Anliegen dieser Arbeit.[18]

Dogmatik ist für Fragen der Horizontalwirkung zweifelsohne bedeutsam, verbleibt indessen vergleichsweise an der Oberfläche der Problematik. Will man der Horizontalwirkung auf den Grund gehen, muss man tiefer liegende Schichten freilegen. Diese im Weiteren so bezeichnete Tiefenstruktur der Horizontalwirkung[19] hat wesentlich drei zentrale Elemente: Staatsorganisationsrecht, Ethik und Demokratietheorie. Horizontalwirkungsfragen sind erstens Machtfragen. Wer entscheidet über die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht, wer darf darüber entscheiden, kurzum: was ist staatsorganisationsrechtlich zulässig, was schließt das Staatsorganisationsrecht zwingend aus? Damit hängt zusammen: welche Auswirkungen haben einzelne Horizontalwirkungskonstruktionen auf die inter- und intra-institutionellen Dynamiken zwischen Parlament (präziser: Gesetzgeber) und Gerichten, zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit? Ferner haben über die harten normativen Kriterien des Staatsorganisationsrechts hinaus insbesondere zwei weitere Tiefenstrukturelemente Bedeutung für Horizontalwirkungsfragen und für die Wahl einzelner dogmatischer Konstruktionen: Es geht um Selbstbestimmung, um individuell-personale und um kollektiv-politische. Verbleibt der Einzelnen somit zweitens im Verhältnis zu anderen Privaten – gegebenenfalls solchen mit erheblicher sozialer, ökonomischer oder politischer Macht – Raum für autonome Willensbildung und autonomes Handeln? Auf der anderen Seite, wie verhält sich drittens diese individuell-personale zu kollektiv-politischer Autonomie, die sich in einer liberalen parlamentarischen Demokratie vor allem im politisch-demokratischen Prozess und in seinem wichtigsten Produkt, dem Gesetz, kristallisiert?

Hinsichtlich der staatsorganisationsrechtlichen Tiefenstruktur der Horizontalwirkung liest man vielerorts, ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten widerspräche den Vorschriften und Prinzipien des deutschen *Staatsorganisationsrechts*. Aber lässt sich tatsächlich sagen, dass das Grundgesetz die unmittelbare Geltung zwingend ausschließt? Art. 1 Abs. 3 GG erwähnt zwar nur die Staatsgewalten. Aber dass A an X gebunden ist, schließt zunächst einmal nicht aus, dass auch B an X gebunden sein kann.[20] Außerdem, vermögen die staatsgerichteten Horizontalwirkungskonstruktionen den Anforderungen von Gewaltenteilungsgrundsatz, Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, vgl. insbesondere Art. 20 Abs. 3 und Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, tatsächlich besser Stand

---

[18] Vgl. dazu insbesondere unten Kap. 3, und 7.

[19] Begriff angelehnt an *N. Chomsky*, Remarks on Nominalization, in: *Ders*., Studies on Semantics in Generative Grammar, 1975, 11, 12 ff. und *ders*., Deep Structure, Surface Structure and Semantic Interpretation, in: *Ders*., Studies on Semantics in Generative Grammar, 1975, 62 ff. Siehe ausführlicher, auch zu den einzelnen Elementen der Tiefenstruktur der Horizontalwirkung, unten Kap. 3, E.II.

[20] Vgl. dazu unten Kap. 5, B.IV.

zu halten als solche dogmatische Figuren, die von einem unmittelbaren Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten ausgehen? Auch dies ist nicht zu behaupten, sondern zu untersuchen.[21]

Die vorherrschende Meinung kritisiert an einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte zwischen Privaten regelmäßig, diese führe in Unfreiheit und konterkariere die Privatautonomie.[22] Die Frage, ob und wie Grundrechte zwischen Privaten wirken, betrifft somit die grundlegende praktisch-philosophische Frage, wie ich mein Leben im Verhältnis zu Anderen leben und gestalten kann. Es geht also um selbstbestimmte Lebensführung mit anderen Einzelnen, aber auch im Kollektiv der *polis*. Genauer: Es geht um die Abgrenzung widerstreitender *individueller Autonomie*sphären und um die Realisierung der individuellen Autonomie gegenüber den im Wege eines demokratischen Verfahrens zustande gekommen Beschlüssen in der politischen Gemeinschaft. Die Privatautonomierhetorik ist omnipräsent im herrschenden Horizontalwirkungsdiskurs.[23] Selten wird jedoch unternommen, erstens das jeweils zugrunde gelegte Autonomieverständnis zu explizieren und philosophisch zu fundieren, zweitens die einzelnen Horizontalwirkungskonstruktionen – einschließlich der staatsgerichteten – an den herausgearbeiteten Autonomiebedingungen zu messen und drittens aus diesen Bedingungen Kriterien für den Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen im Einzelfall zu entwickeln. Mit Blick auf die staatsgerichteten Konstruktionen, welche „die Privatautonomie" nach der vorherrschenden Auffassung angeblich erfordere, lässt sich indes mit Blick auf das zweite Tiefenstrukturelement der Horizontalwirkung fragen: Wie kann Selbstbestimmung dadurch erzielt werden, dass der Staat – also fremdbestimmt – die Grundrechtswirkung überhaupt erst vermittelt? Warum bedeutet diese Mediatisierung größere Autonomie als die eigene Grundrechtsinhaberschaft Privater?[24]

Derartige individuell-personale steht wie erwähnt in enger Beziehung zu kollektiv-politischer Autonomie, dem dritten zentralen Tiefenstrukturelement der Horizontalwirkung. Ist aus *demokratietheoretischer* Sicht die unmittelbare

---

[21] Vgl. dazu im Einzelnen unten Kap. 5, zusammenfassend D.

[22] Prägend vor allem *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, 157, 164 ff. und *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 20 ff. Aus neuerer Zeit siehe nur *T. Barczak*, Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: F. Scheffczyk/K. Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 4, 91, 97 ff. m. w. N.

[23] Neben der in der vorangegangenen Fußnote genannten Literatur siehe stellvertretend für die Kommentarliteratur nur *F. J. Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, Einl., Rn. 63; *W. Kahl*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Juli 2017, Art. 1 Abs. 3/Rn. 311; *W. Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1/Rn. 116; *H. Dreier*, in: Ders. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, vor Art. 1/Rn. 98; *H.-J. Papier*, Drittwirkung der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55, S. 1331, 1139 f., jeweils m. w. N.

[24] Vgl. dazu zusammenfassend unten Kap. 6, E.II.

Geltung weniger legitimiert als staatsgerichtete Konstruktionen, weil erstere zu kaum kontrollierbarer richterlicher Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte führt, selbst wenn die verfassungsrechtlich zulässige Grenze nicht zwingend überschritten ist? Oder führt im Gegenteil nicht gerade ein nach Erfüllung verlangender grundrechtlicher Anspruch gegen den Staat zu einer weitreichenden faktisch gesetzesähnlich wirkenden richterlichen Normkreation, wenn es in die Verantwortung der Gerichte gelegt ist, die Grundrechtswirkung zwischen Privaten zu realisieren?[25] Außerdem, inwiefern fördert es demokratische Partizipation besser, wenn die für eine liberale Demokratie „schlechthin konstituierend[e]"[26] Teilhabe am öffentlichen Diskurs nur dann grundrechtlich bewehrt ist, wenn sie staatlich vermittelt wird?[27] Personale und politische Autonomie fungieren hier also zum einen als ebenfalls wesentliche Bewertungsfaktoren von verfassungsrechtlich möglichen Horizontalwirkungskonstruktionen, zum anderen aber auch als Kriterien, um den konkreten Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen zu gestalten.[28]

Aus Perspektive der *tatsächlichen Anwendungspraxis* zeigt schließlich zunächst ein genauerer Blick auf die *Rechtsprechung*, dass beispielsweise BGH und BAG die exklusive Staatsrichtung der Grundrechte keineswegs konsequent applizieren.[29] Vor allem demonstrieren aber die „Egenberger"-Rechtsprechung des EuGH[30] und der Stadionverbotsbeschluss des BVerfG,[31] beide aus dem Jahr 2018, dass europäische und – so lässt sich jedenfalls argumentieren[32] – implizit auch deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit in jüngster Zeit die unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten keineswegs für ausgeschlossen zu halten scheint.[33] Das liegt nicht zuletzt darin begründet, dass die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten in der Regel äquivalente Ergebnisse zu staatsgerichteten Konstruktionen zu produzieren vermag, wie sich im Einzelnen noch zeigen wird.[34] In solchen Konstellationen liegt der Unterschied zwischen unmittelbarer Geltung und den herrschenden staatsgerichteten Konstruktionen in ihrer Bedeutung für die Tiefenstrukturelemente der Horizontalwirkung:

---

[25] Vgl. dazu unten Kap. 6, B.I.3.c) und zusammenfassend E.III.

[26] BVerfGE 7, 198 (208, 212) [1958] – Lüth (stRspr des Gerichts, vgl. nur *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, August 2018, Art. 2 Abs. 1/Rn. 244; *C. Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, August 2018, Art. 5 Abs. 1/Rn. 162).

[27] Vgl. dazu zusammenfassend unten Kap. 6, E.III.

[28] Vgl. zusammenfassend unten Kap. 6, E.II. und III. sowie als Ergebnis IV.

[29] Vgl. dazu z. B. unten Kap. 6, C.I.1. und III. sowie zusammenfassend E.I.

[30] Vgl. EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – „Egenberger"; EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – „IR", Rs. 68/17; EuGH, Urt. v. 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 – „Bauer und Broßonn".

[31] BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

[32] Vgl. dazu unten Kap. 4, C.II.

[33] Vgl. dazu unten Kap. 3, A.VI.3. und VIII.2. sowie Kap. 4, C.II.

[34] Vgl. dazu zusammenfassend unten Kap. 6, E.I.

welche Konstruktion fördert besser die personale Autonomie? Welche führt zur geringeren Gefahr abstrakt-generell wirkender faktischer richterlicher Normkreation? Welche Auswirkungen hat die jeweilige dogmatische Figur auf das Verhältnis zwischen Fachgerichten und BVerfG?

Eine nur staatlich mediatisierte Horizontalwirkung bereitet *anwendungspraktisch* allerdings immer dann Kopfzerbrechen, wenn es an staatlicher Involvierung fehlt, die eine Grundrechtswirkung vermitteln könnte. Denn die vorherrschende Auffassung begründet Grundrechtswirkung überwiegend damit, dass ein staatliches Gericht über einen Privatrechtsstreit zu entscheiden hat und dabei die Grundrechte der Streitparteien nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen darf.[35] Unter dieser Prämisse muss Grundrechtswirkung jedoch dann ausscheiden, wenn bzw. solange es nicht zu einem Rechtsstreit vor staatlichen Gerichten kommt. Kann man also Grundrechte vertraglich abbedingen, indem man eine Schiedsklausel vereinbart, die einen Rechtsstreit privaten Schieds- anstelle von staatlichen Gerichten überantwortet? Wie ist es, wenn ein ausländisches Gericht einen Privatrechtsstreit nach deutschem Recht zu entscheiden hat, also kein deutscher Hoheitsträger die Grundrechtswirkung zu vermitteln vermag? Insbesondere aber: wie verhält es sich in Konstellationen, die in der Praxis selten bis nie vor Gericht gelangen? Ein wichtiges und immer mehr an Bedeutung gewinnendes Beispiel ist die private Regulierung digitaler Kommunikationsräume sozialer Medien durch private Internet-Intermediäre.[36] Kein Gerichtsverfahren bedeutet hier nach den herrschenden staatsgerichteten Horizontalwirkungskonstruktionen keine Grundrechtswirkung und entsprechend keinen Grundrechtsschutz.[37] Diese und weitere praktische Fragen werden ebenso erörtert[38] wie die erwähnte neueste Rechtsprechung von EuGH und BVerfG und ihre Konsequenzen und möglichen dogmatischen Impulse für die deutsche Horizontalwirkungsdogmatik.[39]

Diese Arbeit tritt der vorherrschenden staatsgerichteten Auffassung entgegen. Sie tritt für die unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten im deutschen Recht ein. Allerdings ergeben sich Unterschiede hinsichtlich spezifischer Grundrechtsbestimmungen, spezifischer Themenbereiche und spezifischer Sachverhaltskonstellationen.[40] Im weiteren Verlauf dieser Arbeit werde ich die zentralen Vorwürfe der Mehrheitsmeinung zum Maßstab nehmen, um die diversen zur Lösung der Horizontalwirkungsproblematik angebotenen

---

[35] Vgl. zu diesen von mir im Weiteren so genannten Verantwortungskonstruktionen unten Kap. 2, B.III.2. und Kap. 3, B.

[36] Vgl. dazu unten Kap. 6, C.I.2.b).

[37] Zu der Alternative umfassender staatlicher Regulierung solcher privater Kommunikationsräume und ihren Konsequenzen für die personale Autonomie vgl. unten Kap. 6, C.I.2.b) und E.II.

[38] Vgl. dazu unten Kap. 6, B.–D., zusammenfassend E.

[39] Vgl. dazu unten Kap. 3, A.VI.3., VIII.2. und Kap. 7.

[40] Vgl. dazu im Einzelnen unten Kap. 6, B.–D., zusammenfassend E.I. sowie Kap. 7, B.I.

dogmatischen Ansätze zu vergleichen und zu bewerten. Dogmatische Kohärenz und Konsistenz, Vereinbarkeit mit dem deutschen Staatsorganisationsrecht, personale (Privat-)Autonomie sowie demokratische Legitimation richterlicher Entscheidungen anhand der verschiedenen Horizontalwirkungskonstruktionen werden somit die wesentlichen Maßstäbe von Vergleich und Bewertung der Konstruktionen sein. Als Resultat offenbart sich meines Erachtens eine grundsätzliche Präferenz für eine spezifische Konstruktion unmittelbarer Geltung. Diese eliminiert weder die Privatautonomie, noch verwandelt sie Grundrechte in Grundpflichten, noch ignoriert sie die Entscheidungen des einfachen Gesetzgebers, noch bedeutet sie ungezügeltes Richterrecht. Vielmehr wird sich zeigen, dass sie personale Autonomie besser als staatsgerichtete Konstruktionen realisiert, dass sie keine staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater bedeutet und die gesetzgeberische Grundentscheidung berücksichtigt und dass sie gerade in geringerem Maße Gefahr läuft, faktisch gesetzesähnlich wirkende richterliche Rechtsfortbildung zu betreiben als staatlich und damit gerichtlich vermittelte Grundrechtswirkung zwischen Privaten.[41]

B. Gang der Darstellung

Die Arbeit unternimmt eine trennscharfe Typisierung und vergleichende Bewertung der diversen Typen und Konstruktionen grundrechtlicher Horizontalwirkung für das deutsche Recht: Wie sind die Konstruktionen zu unterscheiden? Wie verläuft der Diskurs zwischen und innerhalb der jeweiligen Typen und Konstruktionen? Wie dogmatisch kohärent und konsistent sind diese und wie sehr unterscheiden sie sich letztlich im Ergebnis voneinander? Untersagt das Grundgesetz bestimmte Typen oder Konstruktionen? Und schließlich: Welche der verfassungsrechtlich zulässigen Konstruktionen ist ethisch und/oder demokratietheoretisch, gegebenenfalls hinsichtlich welcher spezifischen Horizontalwirkungsthematik, zu präferieren? Welche Kriterien lassen sich aus den Bedingungen personaler und politischer Autonomie für den Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen Privater gewinnen? Am Ende von Vergleich und Bewertung komme ich zu dem Resultat, dass die von der neuesten Rechtsprechung des EuGH[42] inspirierte dogmatische Figur der von mir so bezeichneten zweistufigen Anwendung[43] am vorzugswürdigsten ist.[44]

---

[41] Vgl. dazu unten Kap. 6, zusammenfassend E.II. und III. sowie Kap. 7, B. und C.

[42] Vgl. EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – „Egenberger"; EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – „IR", Rs. 68/17; EuGH, Urt. v. 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 – „Bauer und Broßonn".

[43] Vgl. dazu unten Kap. 2, B.III.1.

[44] Vgl. unten Kap. 6, E.IV. sowie Kap. 7.

Die Arbeit hat dabei folgende Struktur. Zunächst sind terminologische Klarstellungen und Präzisierungen erforderlich.[45] Dies betrifft zunächst den Begriff der „Horizontalwirkung". Horizontalwirkung dient insoweit als generischer Begriff, der sämtliche Spielarten der Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis erfasst. Er verdeutlicht, indem er sich als Wirkungsbegriff auf ein Resultat bezieht, dass etablierte Terminologien wie diejenigen der mittelbaren/unmittelbaren Drittwirkung etc. analytisch und dogmatisch inadäquat sind. Eine Unterscheidung der diversen dogmatischen Lösungsansätze der Horizontalwirkung der Grundrechte ergibt sich aus einer präzisen analytischen Typisierung anhand der jeweils konstruierten grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Relation. Auf diese zentrale, wenn auch nicht exklusive,[46] Iteration der Grundrechte beschränkt sich diese Arbeit. Aufgrund dieser Differenzierungskriterien gelangt sie zu vier Typen (Anwendung, Verantwortung, Zurechnung und Ablehnung) und insgesamt acht Gruppen dogmatischer Figuren der Horizontalwirkung.[47]

Im Weiteren nähert sich die Arbeit der Horizontalwirkungsproblematik und ihren diversen angebotenen Lösungen im Wege von vier verschiedenen Arten des Vergleichs. Zunächst erfolgt auf der ersten Vergleichsebene eine Diskursanalyse der verschiedenen Horizontalwirkungskonstruktionen (Kapitel 3), geordnet nach den im zweiten Kapitel identifizierten Typen und Gruppen dogmatischer Figuren. Ihrer Natur nach deskriptiv-analytisch, bedient sich diese Vergleichsebene des Rechtsvergleichs deutscher Lösungsansätze mit Ansätzen in der ausländischen Literatur und Praxis sowie in der Rechtsprechung von EuGH und EGMR. Die rechtsvergleichende Diskursanalyse verzahnt[48] in ihrer Darstellung deutsche, ausländische und supranationale Ansätze sowohl mit Blick auf Ähnlichkeiten in der Ausgestaltung der dogmatischen Konstruktion der grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnisse zwischen den Privaten A und B und dem Staat als auch mit Blick auf die institutionellen Konstellationen, die Einfluss auf die dogmatische Konstruktion ausüben. Das Erkenntnisziel bleibt trotz der komparativen Einsichten hier allerdings, wie auch in der restlichen Arbeit, ein solches für das deutsche Recht. Aus der Diskursanalyse emergiert dabei ebenfalls die Tiefenstruktur der Horizontalwirkung: Institutionell-staatsorganisationsrechtliche, ethische und demokratietheoretische Erwägungen entpuppen sich als einflussreich für die Wahl bestimmter Horizontalwirkungs-

---

[45] Siehe unten Kap. 2, A.

[46] Vgl. für die verschiedenen von *Robert Alexy* so bezeichneten „Grundrechtspositionen": *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 171 ff. im Anschluss an *W. N. Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 1913–1914, Bd. 23, 16. Vgl. dazu auch unten Kap. 2, B.I.

[47] Siehe unten Kap. 2, B.

[48] Zur Verzahnung als Methode der Rechtsvergleichung siehe *U. Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 207 f.

konstruktionen sowie als der Horizontalwirkungsproblematik insgesamt zugrunde liegende Strukturelemente.[49]

Auf der zweiten Vergleichsebene sollen im Anschluss an die Diskursanalyse die verschiedenen Gruppen dogmatischer Figuren – und manche ihrer spezifischen Iterationen – dogmatisch auf ihre Kohärenz und Konsistenz[50] untersucht und bewertet werden.[51] Kann die jeweilige Horizontalwirkungskonstruktion vor dem Hintergrund ihrer Prämissen sowie vor den dogmatischen Vorgaben des deutschen Privat- und Verfassungsrechts bestehen und inwieweit existiert angesichts bestimmter dogmatischer Vorgaben des Grundgesetzes im Ergebnis tatsächlich ein Unterschied zwischen den einzelnen Typen und Konstruktionen? Kapitel 4 unternimmt in einem Zwischenschritt den Versuch, die Rechtsprechung des BVerfG zur Horizontalwirkung der Grundrechte vor dem Hintergrund der Dogmatikkritik aus dem dritten Kapitel zu rekonstruieren. Der sich aus dieser kritischen Rekonstruktion ergebende Ansatz identifiziert Horizontalwirkung als eine aus drei Schritten bestehende Konstruktion verfassungskonformer Auslegung (verfassungskonforme Auslegung plus[52]), die sowohl die im Wesentlichen abstrakte Bewertung der einfachrechtlichen Vorschriften als auch die konkrete Anwendung und Auslegung im Einzelfall in die Prüfung zu integrieren versucht. Am Ende verbleibt aber Skepsis – zum einen, ob die jüngere bis jüngste Rechtsprechung sich konsequent in dem obigen Sinne rekonstruieren lässt; zum anderen, weil die zuvor genannten staatsorganisationsrechtlichen, ethischen und demokratietheoretischen Strukturelemente in dieser dogmatischen Rekonstruktion noch nicht angemessen berücksichtigt sind. Dies unternehmen sodann Kapitel 5 und 6.

Die dritte und vierte Vergleichsebene sind entsprechend normativer Natur, wenn auch jeweils unterschiedlicher Art. Das fünfte Kapitel dient als dritte Vergleichsebene der Bewertung der Typen und Konstruktionen, einschließlich nunmehr auch der verfassungskonformen Auslegung plus, anhand des harten normativen Kriteriums der Vereinbarkeit mit den staatsorganisationsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes, d. h. mit der Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG[53] sowie dem verfassungsrechtlichen Gewaltenteilungs-, Demokratie- und Rechtstaatsprinzip[54]. Hier stellt sich die Frage, ob das Grundgesetz bestimmten Konstruktionen tatsächlich zwingende staatsorganisationsrechtliche

[49] Vgl. unten Kap. 3, E.I.

[50] Konsistenz erfordert logische Widerspruchsfreiheit (vgl. *A. Steinbach*, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 21) Kohärenz bedeutet einen „Zusammenhang [einer] Erklärung mit einer anderen Erklärung eines Phänomens derselben Art dadurch […], daß […] beide Einzelphänomene als Fälle einer allgemeinen Regel“ gelten (vgl. *D. Buchwald*, Der Begriff der rationalen juristischen Begründung – Zur Theorie der juridischen Vernunft, 1990, S. 115).

[51] Siehe unten Kapitel 3, E.II.

[52] Siehe unten Kap. 4, B.

[53] Siehe unten Kap. 5, B.

[54] Siehe unten Kap. 5, C.I.–III.

Grenzen zieht, wie dies hinsichtlich mancher behauptet wird – namentlich vor allem hinsichtlich solcher, die von einem unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen den Privaten A und B ausgehen. Untersagt das Grundgesetz die jeweilige Konstruktion nicht, ist es verfassungsrechtlich zulässig, dass deutsche Gerichte diese auch anwenden, um Horizontalwirkungskonstellationen zu entscheiden.

Schließlich widmet sich die vierte und letzte Vergleichsebene der Bewertung der Horizontalwirkungskonstruktionen anhand weicherer normativer Zweckmäßigkeitskriterien (Kapitel 6). Es wird zu fragen sein, welche derjenigen Konstruktionen, die aufgrund der Bewertung im fünften Kapitel nicht staatsorganisationsrechtlich unzulässig sind, aus der Sicht personaler und politischer Autonomie präferabel sind. Anhand dreier Großthemen der Horizontalwirkung (Privatautonomie, öffentlicher Diskurs, Identität)[55], die insbesondere in der Rechtsprechung von BVerfG, BGH und BAG eine prominente Rolle spielen, will ich erstens eruieren, welche der diversen dogmatischen Figuren insoweit vorzugswürdig ist. Dabei ist auch zu ermitteln, inwieweit sich zwischen den einzelnen Themenbereichen und in bestimmten Sachverhalts- und/oder Grundrechtskonstellationen etwaige Differenzierungen ergeben. Ist eine bestimmte Figur stets die zweckmäßigste? Oder sind unterschiedliche Konstruktionen bezüglich unterschiedlicher Horizontalwirkungsthemen und mit Blick auf die unterschiedlichen Bewertungsmaßstäbe personaler und politischer Autonomie vorzuziehen? Zweitens dient die Betrachtung der drei Großthemen Privatautonomie, öffentlicher Diskurs und Identität auf einer niedrigeren Abstraktionsebene anwendungspraktischen Erkenntnissen. Es ist zu erörtern, inwiefern sich aus den Autonomiebedingungen Kriterien für die Entscheidung über den konkreten Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen im Einzelfall ergeben können. Zugleich soll sich aber auch zeigen, inwiefern sich bestimmte Horizontalwirkungskonstruktionen in spezifischen typischen Sachverhalts- und Grundrechtskonstellationen als mehr oder weniger praktikabel erweisen.

Am Ende des Vergleichs der Horizontalwirkungskonstruktionen steht wie bereits erwähnt als Resultat mein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte unmittelbar zwischen Privaten, genauer: für ihre Iteration als zweistufige Anwendung. Das siebte Kapitel erörtert, wie diese Konstruktion im deutschen Recht dogmatisch realisiert werden kann. Dies betrifft sowohl deren dogmatischen Geltungsgrund, die Gestaltung des Ausgleichs widerstreitender Grundrechtspositionen, die Konsequenzen für die Kompetenzverteilung zwischen BVerfG und Fachgerichten, als auch die Frage, welche einzelnen Grundrechtsbestimmungen, einschließlich der Gleichheitsrechte, tatsächlich unmittelbar zwischen Privaten gelten können.[56] Diese vier offenen Fragen der zweistufigen Anwen-

[55] Für eine Umschreibung und Erläuterung siehe unten Kap. 6, A.II.
[56] Siehe unten Kap. 7, A.–D.

dung werden vor allem anhand des Beispiels des Stadionverbotsbeschlusses des BVerfG vom 11. April 2018[57] erörtert, welcher in der Literatur zum Teil[58] als implizite Anerkennung einer Konstruktion unmittelbarer Geltung der Grundrechte zwischen Privaten durch das Gericht interpretiert wurde.[59]

Kapitel 8 hebt im Wege einer Schlussbetrachtung die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit nochmals zusammenfassend hervor.

[57] BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

[58] Vgl. z. B. *A. Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JuristenZeitung 2018, 901 ff.; *F. Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure – Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, JuristenZeitung 2018, 910 ff.

[59] Siehe unten Kap. 4, C.II.

2. Kapitel

Horizontalwirkung – Terminologie und Typologie

Vergleich und Bewertung der diversen Horizontalwirkungskonstruktionen erfordern zunächst deren trennscharfe Unterscheidung. Dies setzt sowohl terminologische (A.) als auch analytische Präzision voraus (B.).

A. Horizontalwirkungsterminologie

In einem wissenschaftlich derart reich bestellten Feld wie dem Themenkomplex Grundrechte und Privatrecht bilden sich unweigerlich bestimmte Begrifflichkeiten heraus. Da der wissenschaftliche Diskurs, auch weil er ab und an von der Rechtsprechung inspiriert wird, nicht linear verläuft, etablieren sich zum Teil bestimmte Termini, die sich bei genauerer Betrachtung analytisch und/oder dogmatisch als unpräzise und irreführend herausstellen. In jedem Fall hat Dogmatik mit Terminologie zu beginnen. Somit stehen hier am Anfang mehrere terminologische Erläuterungen und Abgrenzungen.

I. Wirkung, Geltung, (Un-)Mittelbarkeit

Ob „Dritt-", „Privat(rechts)-" oder „Horizontalwirkung", in der Regel sprechen Literatur und Praxis von der „Wirkung" der Grundrechte im Privatrecht. Indessen, „Wirkung" bezeichnet einen Effekt und damit ein Resultat. Der Weg hin zu diesem Resultat – in juristischer Terminologie: die dogmatische Konstruktion – ist insoweit zunächst nicht von Interesse. Damit unterscheidet sich „Wirkung" von „Geltung". Wenn Grundrechte zwischen Privaten „gelten", dann – so soll dieser Begriff im Folgenden verwendet werden – besteht ein direktes Grundrechtsverhältnis zwischen ihnen.[1] Der Begriff der „Wirkung" ist dagegen weiter. *Wirkung* zielt letztlich auf ein Faktum: nämlich, dass Grundrechte im Verhältnis

[1] Siehe zur Unterscheidung der Horizontalwirkungskonstruktionen im Wege der analytischen Rechtstheorie anhand des Kriteriums, zwischen wem unmittelbare Grundrechtsverhältnisse bestehen, unten B.I.–III. Wenn in den einleitenden Bemerkungen und im weiteren Verlauf der Arbeit von „unmittelbarer Geltung" gesprochen wird, hat dies lediglich affirmativen Charakter und soll keineswegs suggerieren, es gäbe im Umkehrschluss auch eine *mittelbare* Geltung.

zwischen Privaten (irgend)eine Rolle spielen. Dies lässt sich allerdings nicht nur für diejenigen Lösungsansätze sagen, die regelmäßig als „unmittelbare/mittelbare (Dritt-)Wirkung“[2] bzw. „direct/indirect horizontal effect“[3] etc. bezeichnet werden, sondern beispielsweise ebenso für Zurechnungskonstruktionen wie die US-amerikanische „state action“-Doktrin.[4] In allen diesen und vielen weiteren Fällen kann sich am Ende die fragliche Partei auf die Grundrechte auch im Privatrechtsverhältnis berufen – die Konstruktion unterscheidet sich, aber das Ergebnis, der Effekt, die „Wirkung“ ist ähnlich.[5] Aus diesem Grunde ist es bereits semantisch verunglückt, von un/mittelbarer Dritt-/Privatrechts-/Horizontal*wirkung* etc. zu sprechen, wenn man spezifische dogmatische Konstruktionen bezeichnen und erörtern will.[6] Eine Wirkung als etwas Faktisches hat nichts Vermitteltes – oder präziser: bei einem Faktum, einem Resultat sind Unmittelbarkeit bzw. Mittelbarkeit keine sinnvollen Unterscheidungskategorien: Ein physischer Schmerz erlangt grundsätzlich keine andere Qualität dadurch, ob er mir durch eine andere Person unmittelbar, z. B. durch Schlag auf den Kopf mit einem Gegenstand, oder mittelbar, z. B. durch Umstoßen eines Regals, von dem aus mir dieser Gegenstand auf den Kopf fällt, zugefügt wird.

Der Begriff der „(Un-)Mittelbarkeit“ soll sich hingegen hier und in den folgenden Kapiteln auf das Grundrechtsverhältnis beziehen: Besteht ein grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen zwei Privaten, so handelt es sich um Unmittelbarkeit. Werden die Grundrechte im Wege staatlicher Mediatisierung zur Wirkung zwischen Privaten gebracht, so bedeutet dies Mittelbarkeit, also zum Beispiel weil das staatliche Gericht anlässlich seiner Entscheidung über das einfachrechtliche Rechtsverhältnis der Privaten A-B deren Grundrechte zu achten hat.[7]

---

[2] Vgl. stellvertretend nur *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, August 2018, Art. 1 Abs. 3/Rn. 59–65.

[3] Vgl. wiederum stellvertretend nur *S. Gardbaum*, The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights, Michigan Law Review 2003, Bd. 102, 387, 394 ff.

[4] Siehe unten B.III.

[5] Zu den Unterschieden im Einzelnen siehe aber unten B. und Kap. 3.

[6] Dies gerät häufig aus dem Blick und führt zu missverständlichen und zum Teil auch fehlgeleiteten Aussagen zu Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit der Grundrechtsbindung im Privatrecht, vgl. z. B. *T. Koch*, Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen – Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte, 2000, S. 442 ff.

[7] Anders offenbar *A. Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JuristenZeitung 2018, 901, 902, der die Begriffe „mittelbar“/„unmittelbar“ in Bezug auf das einfache Recht verwendet, nämlich dahingehend ob die Gerichte unmittelbar auf die Grundrechte zurückgreifen oder ob sie die Grundrechte nur mittelbar im Wege der Auslegung des einfachen Rechts zur Wirkung bringen. Ich halte diese letztere Unterscheidung für weniger brauchbar als die hiesige Differenzierung, ob ein direktes grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen Privaten besteht. Denn ein Gericht kann auch im Staat-Bürger-Verhältnis einen Rechtsstreit „unmittelbar“ aus den Grundrechten entscheiden. Dass ihm dies in der Regel untersagt ist, ist Folge von grundgesetzlichem Gesetzesvorrang und -vorbehalt, hat

„Wirkung" als Resultat in demjenigen Sinne zu verstehen, dass Grundrechte im Rechtsverhältnis zwischen Privaten auf irgendeine Weise Bedeutung erlangen und insoweit auf dieses Verhältnis ein*wirken*, bedeutet selbstverständlich nicht, dass diese Arbeit keinen dogmatischen Anspruch verfolgte. Im Gegenteil, die verschiedenen Konstruktionen zur dogmatischen Realisierung der Horizontalwirkung stehen im Mittelpunkt der Untersuchungen.[8] Indes geht in Literatur und Praxis häufig unter, dass Grundrechte im Privatrechtsverhältnis auf viele verschiedene Wege „Wirkung" entfalten können. Insbesondere wenn der Blick zu schnell auf die dogmatische Konstruktion gerichtet wird, beschränkt sich der Fokus auf die Gerichtspraxis, mit anderen Worten die Realisierung der Grundrechtswirkung durch Gerichte. Denkt man indessen aus der Perspektive der „Wirkung", d. h. dem Resultat, macht es für den betroffenen Privaten jedenfalls im Ergebnis keinen wesentlichen Unterschied, ob seine Grundrechte Berücksichtigung dadurch finden, dass ein Gericht ihm eine bestimmte Rechtsposition zuspricht oder ob ihm diese Rechtsposition bereits durch den einfachen Privatrechtsgesetzgeber verliehen wird.[9] Beispiele für eine solche „Grundrechtsentfaltung im Gesetz"[10] sind das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, rechtsvergleichend der Civil Rights Act 1964 oder aber auch bereits weite Teile des Wohnraummietrechts[11] u.v. a.m.

Bei genauer Betrachtung diverser dogmatischer Figuren zum Umgang der Gerichte mit den Grundrechten im Privatrechtsverhältnis zeigt sich ferner, dass einige Ansätze, die vordergründig verneinen, dass Grundrechte zwischen Privaten eine Rolle spielen, im Ergebnis, nämlich mit Blick auf die „Wirkung", letztlich doch dazu führen, dass die Grundrechte der am Privatrechtsverhältnis beteiligten Personen in Einklang gebracht werden.[12] Auf allen diesen und

---

aber zunächst nichts mit der Horizontalwirkung der Grundrechte zwischen Privaten zu tun. Bei letzterer geht es vielmehr um das Rechtsverhältnis Privater: Ist es ein grundrechtliches oder ist es ein einfachrechtliches, bei dem Grundrechte erst staatlich mediatisiert – zum Beispiel weil die staatlichen Gerichte Grundrechte Privater achten müssen – Wirkung entfalten?

[8] Vgl. dazu insbesondere unten Kap. 3 bis 5 sowie 7.

[9] Vgl. auch *G. Sommeregger*, The Horizontalization of Equality: The German Attempt to Promote Non-Discrimination in the Private Sphere *via* Legislation, in: A. Sajó/R. Uitz (Hrsg.), The Constitution in Private Relations – Explaining Constitutionalism, 2005, 33, 34; vgl. auch bereits *S. Oeter*, „Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts – Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, Archiv des öffentlichen Rechts 1994, Bd. 119, 529, 537. *W. Heun*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 10 f., 12–16, 53 ff.

[10] Vgl. *M. Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999; siehe zu diesem Themenkomplex auch *M. Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand – Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, 2000, S. 81 ff.; *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte – Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, 2005, S. 494 ff.

[11] Jedenfalls wenn man BVerfGE 89, 1 [1993] – Besitzrecht des Mieters (zum Schutz des Mieters nach Art. 14 Abs. 1 GG) folgt.

[12] Dies gilt insbesondere für die Zurechnungskonstruktionen, vgl. unten Kap. 3, C.

noch vielen weiteren Wegen erlangen Grundrechte auch im Verhältnis zwischen Privaten Bedeutung. Um diese zu erfassen, wähle ich den Begriff der *Horizontalwirkung*. Horizontal-„wirkung" wird mithin funktional verstanden, nämlich alle Ansätze betreffend, durch welche die Grundrechte das Privatrechtsverhältnis zwischen zwei oder mehreren Privatpersonen mit potentiell konfligierenden Grundrechtspositionen im Ergebnis beeinflussen. Dabei spielt es wie gesagt keine Rolle, ob ihre Grundrechtspositionen bereits in einer Privatrechtsvorschrift oder durch gerichtliche Entscheidung in Abwägung gebracht wurden. Der „Wirkungs"-Begriff ermöglicht schließlich ein graduelles Konzept, sodass auch solche Ansätze erfasst werden können, die eine Wirkung der Grundrechte in der Regel oder gar gänzlich ablehnen.[13] „Horizontalwirkung" behandle ich danach als einen generischen Begriff, der sämtliche Lösungsansätze umfasst, die dazu führen, dass Grundrechte für das Privatrechtsverhältnis A-B auf irgendeine Weise Bedeutung erlangen.

II. Drittwirkung und Horizontalwirkung

In der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ist dagegen vor allem der Terminus „Drittwirkung" etabliert.[14] Dieser ist jedoch unpräzise[15] und missverständlich. Denn er präjudiziert bereits, welche dogmatische Konstruktion für vorzugswürdig zu halten ist, und eignet sich deshalb jedenfalls nicht für die Bezeichnung der grundsätzlichen Fragestellung, wie und ob Grundrechte im Privatrechtsverhältnis wirken (sollen), und somit jedenfalls nicht als Oberbegriff für die große Bandbreite diverser Lösungsansätze. Denn „Dritt"-Wirkung suggeriert, dass ein „Dritter" im Spiel ist. Hinsichtlich der Frage der Privatrechtswirkung der Grundrechte kann dieser „Dritte" kein weiterer Privater, sondern sinnvollerweise neben der Privaten A und dem Privaten B nur der Staat sein. Indes, ein solches triadisches Verhältnis – A-Staat-B – kennzeichnet gerade

[13] Letztere Position ist, wie das dritte Kapitel erläutern wird, angesichts des generischen „Wirkungs"-Begriffs in einem demokratischen Rechtsstaat, der Individualgrundrechte normiert, indes kaum denkbar, sodass derartige Ansichten letztlich darauf hinauslaufen, Horizontalwirkung nur durch den Gesetzgeber zu realisieren, vgl. unten Kap. 3, D.IV.

[14] Vgl. nur einige Beispiele aus der einschlägigen Kommentar- und Lehrbuchliteratur: *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, August 2018, Art. 1 Abs. 3/Rn. 59 ff.; *W. Kahl*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Juli 2017, Art. 1 Abs. 3/Rn. 310 ff.; *L. Kähler*, in: Beck-OGK BGB, Stand 1.10.2018, § 242 BGB/Rn. 132 ff.; *F.J. Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, Einl., Rn. 66 ff.; *B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, S. 52 ff.; *J. Ipsen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 19. Aufl. 2016, S. 22 f.

[15] Vgl. bereits die Kritik bei *Nipperdey* in *L. Enneccerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 93 f. („ungenau"); ebenso *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14 f.

nicht alle Horizontalwirkungskonstruktionen. Lehnt man die Wirkung der Grundrechte in der Rechtsbeziehung zwischen Privaten gänzlich oder jedenfalls grundsätzlich ab, so fehlt es an einem Dreieck bereits dehalb, weil jedenfalls vor Gericht entweder nur A gegen B auf der Grundlage des einfachen Privatrechts oder A (oder B) gegen den Staat auf der Grundlage des öffentlichen Rechts einschließlich der Grundrechte vorgehen können. Hinsichtlich grundrechtlicher Ansprüche und Pflichten besteht hier nur die Gerade A/B-Staat. Geht man von einem unmittelbaren grundrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Privaten aus, das wechselseitige grundrechtliche Ansprüche und Pflichten begründet, ist der Staat (zunächst) aus dem Spiel und es besteht ebenfalls kein Dreieck, sondern nur die Gerade A-B. Entsprechend spricht beispielsweise *Hans-Carl Nipperdey* vor allem in seinen frühen Werken zu „Grundrechten und Privatrecht"[16] präziser Weise von der „absoluten Wirkung"[17] und nicht von der „absoluten *Dritt*-wirkung" der Grundrechte im Privatrecht. Spricht man von „Drittwirkung", setzt man demnach bereits voraus, dass (a) das „ob" der Horizontalwirkung zu bejahen ist und dass (b) sich diese allerdings nur vermittelt über den Staat entfaltet, ein direktes grundrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Privaten dagegen abzulehnen ist.

Allerdings bedarf wiederum die Verwendung des Begriffs der „Horizontalwirkung der Grundrechte", einer auch im internationalen Vergleich gebräuchlichen Terminologie,[18] aus mehreren Gründen der weiteren Erläuterung und Abgrenzung. Zum ersten wird der Terminus „Horizontalwirkung" nicht nur für die Wirkung der Grundrechte im Horizontalverhältnis, sondern beispielsweise im Unionsrecht zur Bezeichnung der etwaigen Anwendbarkeit des Unionsrechts insgesamt, insbesondere der EU-Richtlinien in der Rechtsbeziehung zwischen Privaten, verwendet[19] und dabei ab und an nicht eindeutig von der Frage der Horizontalwirkung der Unionsgrundfreiheiten oder -grundrechte im Privatrechtsverhältnis unterschieden.[20] Die Anwendbarkeit des Unionsrechts in privaten Rechtsbeziehungen im Allgemeinen ist nicht Gegenstand der hiesigen Untersuchung. Zum zweiten geht es in diesem Buch zwar

---

[16] Vgl. *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961.

[17] Z. B. *L. Enneccerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 94; vgl. auch bereits *H. C. Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, Recht der Arbeit 1950, 121 ff.

[18] Vgl. z. B. *S. Gardbaum*, The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights, Michigan Law Review 2003, Bd. 102, 387, 394 ff.; *J. van der Walt*, The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, 2014; *I. Leigh*, Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons From the Commonwealth, International and Comparative Law Quarterly 1999, Bd. 48, 57, 74–85; *A. L. Young*, Mapping horizontal effect, in: D. Hoffman (Hrsg.), The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law, 2011, 16; *S. Walkila*, Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU, 2016.

[19] Vgl. nur *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 174 ff. m. w. N.

[20] Siehe dazu unten Kap. 2, A.VI.

um die Horizontalwirkung der deutschen Grundrechte unter dem Grundgesetz. Für die Zwecke insbesondere der rechtsvergleichenden Erörterungen im dritten Kapitel lege ich aber einen weiten Grundrechtsbegriff zugrunde und betrachte auch die Horizontalwirkung anderer Individualrechte mit – jedenfalls faktisch – höherem Rang als das einfache nationale Recht, so zum Beispiel den Unionsgrundfreiheiten und Grundrechten der EU-Grundrechtecharta sowie den Rechten der EMRK.[21] Zum dritten können Grundrechte im Verhältnis zwischen nichtstaatlichen Akteuren auch über das Privatrecht hinaus Wirkung entfalten, man denke nur an den Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht.[22] Diese Arbeit konzentriert sich hier dagegen ausschließlich auf die Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis.

B. Horizontalwirkungstypologie

„Horizontalwirkung" ist deshalb der hier gewählte Oberbegriff für sämtliche Lösungsansätze, die im Ergebnis dazu führen, dass Grundrechte Privatrechtsverhältnisse beeinflussen. Jedoch, wenn der Wirkungsbegriff sich insoweit als ungeeignet herausgestellt hat, wie unterscheidet man analytisch präzise diverse Horizontalwirkungskonstruktionen voneinander, um eine solide Grundlage für ihren Vergleich und ihre Bewertung zu schaffen? Dieses Unterkapitel will daher eine Typologie der dogmatischen Figuren der Horizontalwirkung entwickeln.

I. Kriterien der Typisierung

Die Anzahl der dogmatischen Konstruktionen der Horizontalwirkung der Grundrechte sind ebenso vielfältig wie deren Typisierungen.[23] Die Typisierung dieser Konstruktionen erfolgt hier auf der Grundlage basaler Erkenntnisse der

---

[21] Vgl. insoweit unten Kap. 3, B.II.2.

[22] Deshalb erörtern manche Autoren diese Fragen gemeinsam mit der Horizontalwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis, so z. B. *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 20 ff.; *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, S. 1 ff. Dies ist mit Blick auf das von ihnen zugrunde gelegte so genannte abwehrrechtliche Verständnis konsequent, da sie Grundrechtsgeltung nur im Staat-Bürger-Verhältnis für möglich erachten.

[23] Prominente Beispiele der Typisierung aus rechtsvergleichender Sicht finden sich bei *I. Leigh*, Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons From the Commonwealth, International and Comparative Law Quarterly 1999, Bd. 48, 57, 74–85; *S. Gardbaum*, The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights, Michigan Law Review 2003, Bd. 102, 387, 434–437; *A. Barak*, Constitutional Rights and Private Law, in: G. Sapir/D. Barak-Erez/A. Barak (Hrsg.), Israeli Constitutional Law in the Making, 2013, 379, 381–387. Siehe auch kürzlich *M. Grünberger*, Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013, S. 1012 ff.

analytischen Rechtstheorie. Gegenstand der Differenzierung sind diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen Privaten untereinander und/oder dem Staat, welche die jeweiligen dogmatischen Konstruktionen voraussetzen bzw. zur Folge haben, kurz: Wer hat einen grundrechtlichen Anspruch? Wer ist aus diesem Anspruch grundrechtlich verpflichtet?

Nach den von *Wesley Newcomb Hohfeld* entwickelten und vor allem durch die Arbeiten *Robert Alexys*[24] ebenfalls für die deutsche Rechtstheorie und Grundrechtsdogmatik wirkmächtigen analytischen Kategorisierungen bestehen Rechtsbeziehungen stets aus einem Bündel einzelner interpersonaler Relationen. *Hohfeld* extrapoliert acht verschiedene solcher Relationen, die er jeweils in Zweiergruppen ordnet, die in der Beziehung von Korrelaten („correlatives") und Gegensätzen („opposites") stehen: Anspruch („right" oder „claim"), Pflicht („duty"), Freiheit („privilege" oder „liberty"), Unterlassungspflichten oder Nicht-Recht („no-right"), Verfügungsbefügnis („power"), Haftbarkeit („liability"), Immunität („immunity"), Unvermögen („disability"). Hier interessieren uns nur die Beziehungen zwischen den vier erstgenannten, die sich wie folgt darstellen lassen: (1) Korrelate: Anspruch-Pflicht; Freiheit-Unterlassungspflicht/Nicht-Recht; (2) Gegensätze: Anspruch-Unterlassungspflicht/Nicht-Recht; Freiheit-Pflicht. Wenn jemand einen Anspruch gegenüber einem anderen auf etwas hat, zum Beispiel auf die Herausgabe einer Sache (§ 985 BGB), korrespondiert dazu die Pflicht des Anspruchsgegners auf Herausgabe – sie ist also das Korrelat des Anspruchs. Sie besteht immer, wenn der Anspruch besteht, ist also nicht denkbar ohne ihn und umgekehrt, weil das eine Korrelat aus dem anderen logisch zwingend folgt. Das Gleiche gilt für die Freiheit, etwas zu tun oder nicht zu tun, und die Pflicht, etwas zu unterlassen: meine Freiheit, ein Grundstück betreten zu dürfen, ist nicht denkbar ohne die Pflicht aller anderen, mich nicht am Betreten des Grundstücks zu hindern. Entsprechend sind Anspruch und Unterlassungspflicht und Freiheit und Pflicht nicht Korrelate, sondern Gegensätze: der/die eine folgt nicht logisch aus dem/der anderen, sondern sie schließen sich gegenseitig aus. Entweder habe ich einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache oder ich habe eine Pflicht, es zu unterlassen, die Herausgabe der Sache zu fordern. Entweder habe ich die Freiheit, ein Grundstück zu betreten, oder ich habe die Pflicht, es nicht zu betreten.[25]

Ein Rechtsverhältnis im Sinne einer Anspruch-Pflichten-Relation beschreibt somit eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen oder Entitäten, die durch

---

[24] Vgl. *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 187 ff. (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Hohfeld* auf S. 187 und dort in Fn. 96).

[25] Siehe dazu *W. N. Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, Yale Law Journal 1913–1914, Bd. 23, 16, 28–44; siehe auch *J. W. Singer*, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, Wisconsin Law Review 1982, 975, 986–989; *S. Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 112 f.; *M. Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 56 f.

wechselseitige Ansprüche und Pflichten, also durch ein Korrelationsverhältnis, gekennzeichnet ist: Im Rechtsverhältnis A-B hat A einen Anspruch auf die Handlung *h* gegenüber B. Dem korreliert die Pflicht des B, die Handlung *h* zu Gunsten von A vorzunehmen. Mit Blick auf die Typisierung der Horizontalwirkungskonstruktionen ist mithin zu fragen, wer nach den jeweiligen Lösungsansätzen der Horizontalwirkungsproblematik mit wem in einem grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnis steht und wie sich dies auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis (im Sinne eines Anspruch-Pflichten-Verhältnisses und darüber hinaus) auswirkt. Besteht ein grundrechtliches Rechtsverhältnis zwischen den Privaten A und B oder nur zwischen A/B und dem Staat? In letzterem Fall, wie wirkt sich nichtsdestoweniger das grundrechtliche Rechtsverhältnis A/B-Staat auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis A-B aus, insbesondere welche dogmatische Figur wird insoweit gewählt? Oder wird jegliche Horizontalwirkung, in welcher Form auch immer, abgelehnt? Ferner, wessen Verhalten wird als für das Entstehen der jeweiligen Rechtsverhältnisse (d. h. der korrelierende Ansprüche und Pflichten) begründend angesehen, das Verhalten der Privaten oder das Verhalten der staatlichen Hoheitsträger (und dabei: welcher Hoheitsträger?)?

II. Vier Typen der Horizontalwirkung

Betrachtet man unter diesen Voraussetzungen die Frage der Horizontalwirkung der Grundrechte (in dem *sub* A. bezeichneten Sinne), so bieten sich verschiedene Möglichkeiten der Typisierung an. Zunächst lassen sich auf einer sehr hohen Abstraktionsebene zwei Typen dogmatischer Konstruktionen unterscheiden. Erstens, solche Ansichten, die eine Horizontalwirkung der Grundrechte in jeglicher Form ablehnen. Hier ließe sich bereits daran zweifeln, ob man insoweit wissenschaftstheoretisch noch von einer „dogmatischen Konstruktion" der Horizontalwirkung sprechen kann, wenn lediglich von ihrer bloßen Negation die Rede ist. Nimmt man dies im Interesse einer ersten logischen Kategorisierung möglicher Formen des Umgangs mit der Horizontalwirkungsproblematik indes an, so stehen dieser strikten Ablehnung solche dogmatische Konstruktionen gegenüber, die Horizontalwirkung auf irgendeine Weise bejahen. Die Unterscheidung beschränkt sich somit auf die binäre Kategorisierung Horizontalwirkung ja/nein. Für den ersten gedanklichen Schritt einer Typisierung ist dies zwar instruktiv, aufgrund des hohen Abstraktionsniveaus allerdings im Weiteren wenig hilfreich, da jedenfalls nach deutschem Recht nahezu alle dogmatischen Konstruktionen von „irgendeiner" Form von Horizontalwirkung im generischen Sinne ausgehen.[26]

[26] Siehe unten III. und Kap. 3, A.–D.

Betrachtet man diese zweite Kategorie einer „Irgendwie-Horizontalwirkung" genauer, so lassen sich auf der einen Seite solche Konstruktionen identifizieren, die von einem direkten und gerichtlich durchsetzbaren grundrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Privaten A und B ausgehen,[27] und andererseits solche, nach denen ein direktes grundrechtliches Rechtsverhältnis nur jeweils zwischen A/B und dem Staat besteht.[28] Im ersteren Fall greift B beispielsweise in das Persönlichkeitsrecht der A ein, wenn er sich abfällig über sie äußert und A hat somit gegebenenfalls einen grundrechtlichen Anspruch, dass B diese Äußerung unterlässt, weil aufgrund einer Abwägung dem Persönlichkeitsrecht der A gegenüber der Meinungsfreiheit des B der Vorzug zu geben ist. Im zweiten Fall hat B einen Anspruch auf Achtung seiner Meinungsfreiheit und A hat einen Anspruch auf Achtung ihres Persönlichkeitsrechts. Diese Ansprüche bestehen aber jeweils nur gegenüber staatlichen Hoheitsträgern, sodass nur der Staat und nicht A oder B grundrechtlich verpflichtet sein kann. Den staatlichen Hoheitsträgern ist es sodann – wiederum auf irgendeine Weise – aufgegeben, die Grundrechte von A und B in Bezug auf ihr privatrechtliches Rechtsverhältnis – also ein einfach- und eben nicht grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis unmittelbar zwischen A und B – in Ausgleich zu bringen.

Nach diesen beiden Kategorisierungsstufen lassen sich folglich zunächst drei Kategorien unterscheiden: Ablehnung, Anwendung und Mediatisierung. Ablehnungskonstruktionen verneinen die Horizontalwirkung. Nach den Anwendungkonstruktionen begründen die Grundrechte unmittelbar zwischen den Privaten ein Anspruch-Pflichten-Verhältnis. Die dritte Kategorie beschreibt schließlich Konstruktionen, wonach die Grundrechte zwar zwischen Privaten wirken, aber nicht im Wege eines grundrechtlichen Rechtsverhältnisses A-B, sondern staatlich vermittelt: Auf den Staat wird aufgrund des grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnisses A/B-Staat die Aufgabe übertragen, auch hinsichtlich des privatrechtlichen Rechtsverhältnisses A-B dafür zu sorgen, dass der Gewährleistungsgehalt der Grundrechte von A/B nicht unverhältnismäßig beschränkt wird.

Legt man eine analytisch-formalisierte Betrachtung zugrunde, ist schließlich innerhalb der Konstruktionen, nach denen die Grundrechte nur vermittelt über den Staat auf die Rechtsbeziehung zwischen Privaten einwirken, wiederum eine Differenzierung vorzunehmen. Denn zum einen existieren solche dogmatischen Figuren, wonach der Staat durch die staatlichen Gerichte die Pflicht hat, die Grundrechte der Streitparteien nicht in unverhältnismäßiger Weise zu beschränken. Klagt also im obigen Beispiel A gegen B vor den Zivilgerichten auf Unterlassung einer ehrverletzenden Äußerung, so trifft danach den Staat, na-

[27] Vgl. unten Kap. 3, A.
[28] Vgl. unten Kap. 3, B. und C.

mentlich die staatlichen Gerichte, die Verantwortung[29], weder die Grundrechte der A noch die Grundrechte des B unverhältnismäßig zu beschränken, sondern in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Von solchen Verantwortungslassen sich Zurechnungskonstruktionen unterscheiden. Danach wird die Grundrechtswirkung im Horizontalverhältnis staatlich vermittelt, indem privates Verhalten dem Staat zugerechnet und folglich als staatliches Verhalten gewertet wird. Durch diesen Zurechnungsakt wird das Verhalten des B, welches das Rechtsverhältnis zu der privaten Anspruchsinhaberin A begründet, zu staatlichem Verhalten. Der Staat tritt somit in das Rechtsverhältnis zu A anstelle von B ein.[30] Wiederum anhand des genannten Beispiels: Setzt B gerichtlich durch, dass er seine ehrverletzende Äußerung weiterhin tätigen darf, so wird nach dem Zurechnungtyp dieses private als staatliches Verhalten gewertet, weil ihm dieser Anspruch gegenüber A durch Gerichtsbeschluss vermittelt wird. Damit tritt nach diesem Horizontalwirkungstyp konsequenterweise der Staat als nunmehr Träger des ehrverletzenden Verhaltens in die Rechtsbeziehung zu A anstelle des B ein. Erst durch diesen staatlichen Eintritt stellt dieses ehrverletzende Verhalten auch einen Grundrechtseingriff in das Persönlichkeitsrecht der A dar, sodass nunmehr ein grundrechtliches Rechtsverhältnis zwischen A und dem Staat entsteht, aus dem A Ansprüche ableiten kann.[31]

Aufgrund dieser Kategorisierungen können vier Typen möglicher Lösungsansätze der Horizontalwirkungsproblematik differenziert werden – in absteigender Folge von Ansichten, die von einem direkten grundrechtlichen Rechtsverhältnis ausgehen, zu Ansichten, welche Horizontalwirkung ablehnen:
- Anwendung,
- Verantwortung,
- Zurechnung,
- und Ablehnung.

*Anwendung*skonstruktionen ist gemeinsam, dass die Private A mit dem Privaten B in einem unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnis steht. Es bedarf dabei keines (fingierten) staatlichen Verhaltens als Medium der Horizontalwirkung.[32] *Verantwortung*skonstruktionen sehen die staatlichen Gerichte in der Pflicht, im Rahmen eines gerichtlichen Privatrechtsstreits den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt der privaten Streitparteien A und B

[29] Zum durchaus schillernden Verantwortungs- als Rechtsbegriff in seinen verschiedenen dogmatischen und theoretischen Iterationen siehe ausführlich *J. H. Klement*, Verantwortung – Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006, S. 34–55 und im Einzelnen S. 55 ff., 193 ff., 532 ff.

[30] Siehe dazu sogleich unten III.4. und Kap. 3, C.

[31] Vgl. zur Unterscheidung von Verantwortung und Zurechnung im Ansatz auch *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 125, 129.

[32] Vgl. nur *H. C. Nipperdey*, Boykott und freie Meinungsäußerung, Deutsches Verwaltungsblatt 1958, 445, 447 (es bedürfe „keines ‚Mediums'").

nicht unverhältnismäßig einzuschränken, wenn sie über das einfachrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis A-B entscheiden. Im Falle der *Zurechnung*s-konstruktionen tritt der Staat durch Zurechnung des privaten Verhaltens zum Staat in das private Anspruch-Pflichten-Verhältnis ein und ermöglicht dadurch, etwaige Grundrechtsverletzungen gegenüber dem Staat zu rügen. *Ablehnung*s-konstruktionen verwehren den Privaten jedenfalls, sich in einem Privatrechts-streit vor staatlichen Gerichten auf ihre Grundrechte zu berufen.

III. Vier Typen und acht zentrale Gruppen dogmatischer Konstruktionen: analytische Darstellung und Abgrenzung

Die soeben identifizierten Typen fassen Gruppen von Horizontalwirkungs-konstruktionen zusammen, die sich jeweils analytisch betrachtet im Sinne eines Anspruch-Pflichten-Verhältnisses zwischen A, B und/oder dem Staat auf ähnliche Weise beschreiben lassen. Wie im Folgenden herausgearbeitet werden soll, lassen sich anhand dieser vier Typen insgesamt acht Gruppen dogmatischer Konstruktionen identifizieren, die im deutschen und europarechtlichen, aber auch im rechtsvergleichenden Horizontalwirkungsdiskurs von besonderer Wirkmacht waren bzw. sind und welche die große Mehrheit der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Positionen abdecken. Zu jedem Horizontalwirkungstyp lassen sich jeweils zwei verschiedene Gruppen herausschälen, die rechtsanalytisch betrachtet ihrem Grundansatz nach die Horizontalwirkung auf ähnliche Weise konstruieren, sich jedoch im Einzelnen voneinander unterscheiden. Die Darstellung erfolgt im Weiteren mithin anhand der vier Typen der Horizontalwirkung (siehe oben II.), also Anwendung (1.), Verantwortung (2.), Zurechnung (3.) und Ablehnung (4.), die zu jedem Typ jeweils zwei Gruppen dogmatischer Konstruktionen identifiziert und analytisch formalisiert beschreibt.

Ein Anspruch auf Vollständigkeit aller möglichen Horizontalwirkungskonstruktionen kann angesichts der enormen Fülle an in den vergangenen siebzig Jahren seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bzw. den mehr als sechzig Jahren seit dem Lüth-Urteil[33] vorgeschlagenen Einzelkonstruktionen nicht erhoben werden und ist überdies auch nicht Zielsetzung dieser Arbeit. Stattdessen konzentriert sie sich auf die zentralen zur Horizontalwirkungsproblematik vertretenen Ansichten, um diese dogmatisch-analytisch,[34] staatsorganisationsrechtlich[35] und schließlich ethisch und demokratietheoretisch[36] zu bewerten. Die Auswahl der jeweils repräsentativen Stimmen aus Literatur und Praxis erfolgt dabei nach den Kriterien der Wirkungsmacht und der Innovation. Es werden also solche Po-

[33] BVerfGE 7, 198, Urteil vom 15.1.1958.
[34] Vgl. Kap. 3 und 4.
[35] Vgl. Kap. 5.
[36] Vgl. Kap. 6.

sitionen vorwiegend behandelt, die von anderen Autoren oder in der Rechtsprechung intensiv rezipiert wurden oder die einen – anhand der analytisch-formalisierten Betrachtung – neuen Lösungsansatz angeboten haben.

Die in diesem Abschnitt dargelegten acht Gruppen dogmatischer Konstruktionen stellen für die Zwecke der hiesigen Einteilung und Erörterung selbstverständlich Vereinfachungen dar. Es bleibt Kapitel 3 vorbehalten, im Rahmen der dortigen Diskursanalyse die einzelnen Varianten der Gruppen vorzustellen und dogmatisch-analytisch zu evaluieren, wie sie in der deutschen Literatur und Rechtsprechung, aber auch rechtsvergleichend in der Rechtsprechung ausgewählter ausländischer und europäischer Gerichte vertreten werden.

An dieser Stelle wird die jeweilige Gruppe anhand jeweils einer oder weniger ausgewählter, für sie paradigmatischer, in knapper Form dargestellter Positionen aus Literatur und/oder Rechtsprechung entfaltet, analytisch als Anspruch-Pflichten-Verhältnis beschrieben und anhand eines Beispieles kurz erläutert, ohne aber die vertieften Erörterungen im Rahmen der Diskursanalyse des dritten Kapitels vorwegzunehmen. Als dieses illustrierende Beispiel soll für alle Gruppen dogmatischer Konstruktionen der Sachverhalt des Bürgschaftsbeschlusses des BVerfG vom 19. Oktober 1993[37] dienen: In dem ersten der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren 1 BvR 567/89 war die mittellose 21-jährige Beschwerdeführerin A auf Verlangen von B, des Kreditgebers ihres Vaters, eine Bürgschaft von 100.000 DM zur Sicherung des Kredits ihres Vaters eingegangen. Nach Fälligkeit der Bürgschaft weigerte sie sich, die Bürgschaftssumme an das Kreditinstitut zu zahlen. Der Bürgschaftsvertrag sei wegen Verletzung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Privatautonomie), vgl. Art. 2 Abs. 1 GG, nichtig.[38] Im Gegenzug konnte sich der Kreditgeber und Bürgschaftsgläubiger B auf den Bürgschaftsvertrag, die maßgeblichen zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 765 ff. BGB sowie seinerseits auf die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte erworbene Rechtsposition als Bürgschaftsgläubiger bzw. die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie berufen.

1. Anwendungskonstruktionen

Anwendungskonstruktionen zeichnen sich durch das direkte Gegenüberstehen grundrechtlicher Ansprüche und Pflichten im Verhältnis zwischen Privaten aus. In der wirkungsmächtigen Konzeption *Hans-Carl Nipperdeys* sind sie dabei „Ordnungssätze oder Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung [und] binden daher auch den Privatrechtsverkehr unmittelbar“[39]. Zwar soll diese un-

[37] BVerfGE 89, 214 [1993] – Angehörigenbürgschaft.

[38] Vgl. ebenda, 218–221.

[39] *L. Enneccerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 93; vgl. auch *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

mittelbare Geltung zwischen Privaten nicht uneingeschränkt für alle Grundrechte gelten und müsse für jedes Grundrecht „unter Berücksichtigung ihres konkreten Inhalts, ihres Wesens und ihrer Funktion" einzeln geprüft werden.[40] Sei dies hingegen zu bejahen – *Nipperdey* nimmt dies für die meisten Freiheitsrechte sowie Art. 3 GG an – so stellten die Grundrechte subjektive Rechte auch zwischen Privaten dar.[41] Ihre Rechtswirkung sei „eine unmittelbare normative, die bestehende Privatrechtsnormen […] modifiziert oder neue schafft […]."[42] In ähnlicher Weise[43] geht der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den meisten Grundfreiheiten – anders allerdings bis vor kurzem in seiner Rechtsprechung zu den Grundrechten der Grundrechtecharta[44] – nunmehr davon aus, dass beispielsweise Art. 56 Abs. 1 AEUV aus sich selbst heraus einen Anspruch der Privaten A im Verhältnis zum Privaten B auf Achtung der Dienstleistungsfreiheit begründet.[45] Im Verhältnis A-B korreliert daher nach den Anwendungskonstruktionen der grundrechtliche Anspruch der A der grundrechtlichen Pflicht des B. Das grundrechtliche Anspruch-Pflichten-Korrelat ist somit Gegenstand der Rechtsbeziehung zwischen A und B. Es begründet ein grundrechtliches Rechtsverhältnis unmittelbar zwischen ihnen und beeinflusst auf diese Weise auch das einfachrechtlich-privatrechtliche Verhältnis A-B – nämlich, in den Worten *Nipperdeys*: durch Modifikation, Kreation oder Destruktion einfachrechtlicher Normen.[46]

Da die Grundrechte nach den Anwendungskonstruktionen einer Vermittlung über den Staat nicht bedürfen, sondern stattdessen ein direktes grundrechtliches Rechtsverhältnis A-B herbeiführen, sind sie auch nicht prozessakzessorisch. Sie kommen nicht nur dann ins Spiel, wenn ein gerichtliches Verfahren eingeleitet wird. Vielmehr ist ein grundrechtsverletzender Vertrag *ipso iure* nichtig, eine fehlende privatrechtliche Norm wird *ipso iure* durch den grundrechtlichen Anspruch ersetzt, unabhängig davon, ob es zu einem Gerichtsverfahren zwischen A und B kommt, oder nicht. Dies ist die notwendige Konsequenz der Unmittelbarkeit der Anwendung der Grundrechte. Der grundrechtliche Anspruch von A gegen B – und entsprechend als Korrelat die grundrechtliche Pflicht des B

---

[40] *L. Ennecerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 98.

[41] *H. C. Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15.

[42] *L. Ennecerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 97.

[43] Allerdings ohne die bei *Nipperdey* prominente Werteargumentation, sondern vielmehr aufgrund funktionell-teleologischer Argumentation, vgl. unten Kap. 3, A.VI.

[44] Z.B. EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12, Rn. 68 ff. – „Google Spain"; EuGH, Urt. v. 12.2.2015, Rs. C-396/13, Rn. 26 – „Sähköalojen ammattilitto ry"; EuGH, Urt. v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, Rn. 29 ff. – „Bougnaoui", vgl. unten Kap. 3, A.VI. Siehe aber nunmehr EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – „Egenberger", dazu sogleich in diesem Unterabschnitt.

[45] Grundlegend EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74, Rn. 14 ff. – „Walrave".

[46] Vgl. *L. Ennecerus/H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 94 f., 97.

gegenüber A – besteht stets. Kommt es zu einem Prozess vor staatlichen Gerichten, stellt der Richter die korrelierenden grundrechtlichen Ansprüche und Pflichten im Verhältnis A-B lediglich fest. Dabei ist zwar der grundrechtliche Anspruch aus dem Abwägungsergebnis der Grundrechte von A und B soweit wie möglich in die diesem nicht entgegenstehenden privatrechtlichen Normen bzw. das privatrechtliche Normensystem zu integrieren, so z. B. als „sonstiges Recht" i. S. v. § 823 I BGB oder als Nichtigkeitsgrund i. S. v. § 134 BGB.[47] Der grundrechtliche Anspruch bestimmt aber stets und sofort das Rechtsverhältnis A-B und schiebt etwaig einschlägige einfachrechtliche Vorschriften beiseite, die deshalb nicht zur Anwendung kommen.

Dieser einstufigen Anwendung – das unmittelbare grundrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen den Privaten A und B bestimmt stets und sofort deren Privatrechtsverhältnis – lässt sich indes im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Sache „Egenberger"[48] eine zweistufige Anwendung als zweite, alternative Anwendungskonstruktion an die Seite stellen.[49] Danach besteht zwar ebenso stets ein unmittelbares grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis A-B.[50] Das Ergebnis der Abwägung der Grundrechte von A und B ist aber nicht sofort – wie bei der einstufigen Anwendung – sondern zunächst im Wege einer Auslegung des einfachen Rechts anhand dieses Abwägungsergebnisses zur Geltung zu bringen. Erst wenn diese grundrechtskonforme Auslegung scheitert,[51] bestimmt sozusagen als Reserve das Abwägungsergebnis der Grundrechte von A und B ohne gesetzliche Mediatisierung das Privatrechtsverhältnis A-B. Sodann ergibt sich, wie auch im Falle der einstufigen Anwendung, dieses Rechtsverhältnis aus einer richterlichen Rechtsfortbildung im Range des Verfassungsrechts jenseits oder entgegen der relevanten einfachrechtlichen Vorschriften.

Die einstufige Anwendung lässt sich analytisch formalisiert folgendermaßen beschreiben:

---

[47] Vgl. ebenda, S. 95; BAGE 4, 274 (285) [1957]) (*Nipperdey* saß dieser Entscheidung als Präsident und Mitglied des Ersten Senats des BAG vor).

[48] EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – „Egenberger", Rn. 70 ff.

[49] Diese Unterscheidung („einstufig vs. zweistufig") ist gegenüber anderer Terminologie, z. B. „bedingt vs. unbedingt", vorzuziehen. Denn der EuGH betont in „Egenberger", dass unmittelbare Anwendung stets, auch bei zweistufiger Anwendung, besteht (EuGH, Urt. v. 17.04. 2018, C-414/16 – Egenberger, Rn. 76, 78). Der grundrechtliche Anspruch von A gegen B (oder B gegen A) als Resultat der Abwägung ihrer Grundrechtspositionen bestimmt das Rechtsverhältnis A-B direkt indes nur dann, wenn die vorgeschaltete grundrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist. Deshalb weist auch die zweistufige Anwendung keine Staatsrichtung auf. Sie ist somit nicht zunächst als Verantwortungsansatz (Auslegung) zu konstruieren (siehe dazu sogleich 2.), das die Erfüllung der grundrechtlichen Ansprüche nur gegen den Staat (Gerichte) richtet. Vielmehr bestehen stets nur grundrechtliche Ansprüche und Pflichten zwischen Privaten, die aber zunächst gesetzlich – aber eben nicht staatlich – mediatisiert sind, solange die Auslegung anhand des grundrechtlichen Anspruchs A-B möglich ist. Die zweistufige Anwendung ist demnach auch nicht prozessakzessorisch.

[50] Ebenda, Rn. 76 („verleiht für sich allein dem Einzelnen ein Recht").

[51] Ebenda, Rn. 75 (Auslegung „nicht möglich").

A hat gegen B einen Anspruch, dass es B im Privatrechtsverhältnis A-B unterlässt, in die Grundrechte der A in unverhältnismäßiger Weise einzugreifen.[52]

Im Beispiel des Bürgschaftsfalles bedeutet dies, dass A (Bürgin) gegenüber B (Bürgschaftsgläubiger und Kreditgeber des gesicherten Darlehens) einen Anspruch darauf hat, dass B nicht in unverhältnismäßiger Weise deren Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne ihrer wirtschaftlichen Selbstbestimmung beschränkt. Umgekehrt besteht ein korrespondierender grundrechtlicher Anspruch des B, dass A in dessen Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, im Sinne der vertraglich eingegangen Vereinbarungen und daraus einfachrechtlich resultierenden Anspruch-Pflichten-Verhältnisse nicht in unverhältnismäßiger Weise eingreift. Das Abwägungsergebnis der korrespondierenden grundrechtlichen Positionen A-B und B-A lässt sich dabei wiederum im obigen Sinne als grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis formulieren, so beispielsweise nach dem vom BVerfG im Bürgschaftsbeschluss favorisierten Resultat:[53] A hat einen Anspruch gegen B, dass dieser ihre wirtschaftliche Selbstbestimmung achtet, indem er die Erfüllung des Bürgschaftsvertrages nicht fordert. Oder umgekehrt: B hat die Pflicht, die wirtschaftliche Selbstbestimmung der A zu achten, indem er die Erfüllung des Bürgschaftsvertrages nicht fordern kann. Die Konsequenz des Abwägungsergebnisses, lässt man im Anschluss an das BVerfG die Grundrechtsposition der Bürgin A überwiegen, ist nach der einstufigen Anwendung, dass der grundrechtliche Anspruch der A das Privatrechtsverhältnis A-B stets und sofort bestimmt und etwaige gegenläufige einfachrechtliche Ansprüche des B beiseite treten. Ergeben sie sich lediglich aus rechtsgeschäftlicher Vereinbarung, sind sie nichtig, vgl. § 134 BGB. Ergeben sie sich unmittelbar aus dem Gesetz, hat der grundrechtliche Anspruch der A Vorrang vor dem einfachen Recht. Die Nichtwirksamkeit des einfachrechtlichen Bürgschaftsanspruches ließe sich im Beispiel bereits einfachrechtlich durch das Verdikt der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB herbeiführen. Zu beachten ist indessen, dass hier aufgrund der einstufigen Anwendung dieses Ergebnis bereits grundrechtlich vorgegeben ist. Mithin kommt es weder darauf an, ob eine einfachrechtliche Vorschrift besteht, über deren Auslegung sich die Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages herstellen lässt, oder ob ein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde – ein solches ist lediglich für die Durchsetzung des grundrechtlichen Anspruchs der A gegen B erforderlich, nicht jedoch für dessen Existenz. Die Horizontalwirkung A-B besteht also bereits aus dem unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen A und B selbst, nicht erst dadurch, dass der Staat (ein staatliches Gericht) aufgerufen ist, über den Rechtsstreit zu entscheiden. Im Fall ist die Bürgschaftsvereinbarung aufgrund dieses

[52] Zum Gewährleistungsgehalt der Grundrechte im Rahmen der Anwendungskonstruktionen siehe unten Kap. 3, A.VIII.2.

[53] Vgl. BVerfGE 89, 214 (234 f.) [1993].

unmittelbar zwischen A und B geltenden grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnisses gemäß § 134 BGB nichtig.

Die zweistufige Anwendung hat analytisch-formalisiert betrachtet folgende Charakteristika:

A hat gegen B einen Anspruch, dass es B im Privatrechtsverhältnis A-B unterlässt, in die Grundrechte der A in unverhältnismäßiger Weise einzugreifen. Dieser Anspruch ist jedoch zunächst im Wege der Auslegung der relevanten einfachrechtlichen Vorschriften anhand desselben zu realisieren. Wenn diese grundrechtskonforme Auslegung des einfachen Rechts nicht möglich ist, bestimmt dieser Anspruch das Privatrechtsverhältnis von A und B, ohne dass es im Weiteren auf die etwaig diesem grundrechtlichen Anspruch entgegenstehenden einfachrechtlichen Vorschriften ankäme.

Angewendet auf den Bürgschaftsfall stehen sich die grundrechtlichen Positionen der A gegen B aus Art. 2 Abs. 1 GG und des B gegen A aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ebenso unmittelbar gegenüber. Sie münden letztlich, folgt man dem obigen Abwägungsergebnis, in einen unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch der A gegen B, dass dieser die Bürgschaftszahlung nicht fordern kann bzw. die Pflicht des B gegenüber der A, die Erfüllung der Bürgschaftssumme nicht von A zu fordern. Allerdings ist hier, bevor zur Erzielung dieses Ergebnisses quasi als Reserve das grundrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis A-B direkt herangezogen wird, zunächst zu versuchen, ob dieses Resultat nicht durch eine Auslegung des einfachen Rechts anhand des grundrechtlichen Anspruchs (hier der A gegen B) zu erlangen ist. Dies ist hier möglich, indem der Begriff der „guten Sitten" in § 138 Abs. 1 BGB in dem Sinne zu interpretieren ist, dass ein Rechtsgeschäft, das dem grundrechtlichen Anspruch der A gegen B entgegensteht, sittenwidrig und daher als Rechtsfolge dieser einfachrechtlichen Vorschrift nichtig ist.

2. Verantwortungskonstruktionen

Grundsätzlich anders ist dies dagegen im Falle der Verantwortungskonstruktionen. Die Grundrechte bleiben – jedenfalls formal betrachtet – ausschließlich staatsgerichtet.[54] Horizontalwirkung entfalten sie nicht dadurch, dass sie unmittelbare grundrechtliche Ansprüche und Pflichten zwischen A und B begründen, welche Teil ihres Privatrechtsverhältnisses werden und dieses aufgrund ihres Vorrangs dominieren, d.h. die einfachrechtlichen Normen unmittelbar modifizieren, destruieren oder bei Absenz einschlägiger einfachrechtlicher Vorschriften solche verfassungsrechtlich kreieren. Stattdessen sind die Grundrechte nur – mittelbar – von Bedeutung für das Privatrechtsverhältnis A-B, indem

[54] Vgl. auch *K.-H. Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 58 ff.

die Gerichte verpflichtet werden, die Grundrechte der Streitparteien nicht in unverhältnismäßiger Weise zu beschränken, wenn sie eine Entscheidung über das einfach-privatrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen A und B treffen. Die Grundrechte wirken im Dreieck A-Staat(Gericht)-B, weil das Gericht über das Privatrechtsverhältnis A-B zu entscheiden hat und das Gericht als staatliches Organ jeweils grundrechtliche Pflichten im Verhältnis zu A und im Verhältnis zu B hat – und umgekehrt grundrechtliche Ansprüche im Verhältnis A-Staat und B-Staat bestehen.[55] Die Horizontalwirkung im Wege der Verantwortungskonstruktionen ist folglich prozessakzessorisch, setzt also konstruktiv die Einschaltung des Staates als Richter über den Privatrechtsstreit A-B, kurz: die Einleitung eines Gerichtsverfahrens, voraus. Die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebundene Zivilrichterin als Trägerin staatlicher Hoheitsgewalt trifft die Verantwortung, im Rahmen des gerichtlichen Rechtsstreit zwischen A und B über deren Privatrechtsverhältnis und somit über deren Ansprüche und Pflichten zu entscheiden. Diese Verantwortung umfasst daher auch, die Grundrechte von A und B in einem gerichtlichen Rechtsstreit zwischen A und B zu berücksichtigen. Da sich diese Verantwortungspflichten des Staates gegenüber A und gegenüber B überschneiden können, wenn er über das Privatrechtsverhältnis A-B zu entscheiden hat, muss er die Grundrechtspositionen von A und B im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in Ausgleich bringen. Das Abwägungsergebnis ist der Maßstab der Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften, die das Privatrechtsverhältnis A-B regeln.

Verantwortungskonstruktionen lassen sich analytisch-formalisiert auf folgende Art und Weise charakterisieren:

Der Staat hat durch die staatlichen Gerichte als staatliche Hoheitsträger im gerichtlichen Verfahren die Pflicht, den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte der Parteien eines gerichtlichen Rechtsstreits nicht in unverhältnismäßiger Weise zu beschränken.

Zwei zentrale Iterationen der Verantwortungskonstruktionen lassen sich indessen unterscheiden. Ich bezeichne sie im Weiteren einerseits als Auslegungskonstruktionen und andererseits als Figur der normalen Grundrechtsfunktionen.

Die Rechtsprechung des BVerfG, die ihren Ausgangspunkt im Lüth-Urteil vom 15. Januar 1958 genommen hat und von Überlegungen *Günter Dürigs* maßgeblich beeinflusst ist,[56] steht paradigmatisch für die Auslegungskonstruktionen.

---

[55] *Herbert Bethge* beschreibt dies bereits in seiner Habilitationsschrift anschaulich als Ausgleich der Kollision widerstreitender staatlicher Grundrechtspflichten gegenüber Privaten, wenn auch unter dem etwas verwirrenden Rubrum „Die Absage an die Drittwirkungsdoktrin“, dazu vgl. *H. Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 396.

[56] Vgl. grundlegend *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956, 157. Das Lüth-Urteil zitiert und rezipiert diesen Aufsatz, vgl. BVerfGE 7, 198 (204) [1958].