

Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten*

Detlev W. Belling

Universitätsprofessor Universität Potsdam

Antje Herold | *Marek Kneis*

Akad. Mitarbeiterin | *Akad. Mitarbeiter*

I. Die Einführung

Nach den Erfahrungen des nationalsozialistischen Unrechts im Deutschen Reich von 1933 bis 1945 wurden die Grundrechte in der deutschen Verfassung (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949) exponiert an den Anfang gestellt. An der Spitze steht der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG): „*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*“ Wo – im Gegensatz zu einem totalitären System¹ – Staat und Gesellschaft unterschieden werden, drängt sich die Frage auf, ob diese Garantie sich allein gegen den Staat richtet oder ob sie auch für die Bürger untereinander gilt, die in ihm leben, also innerhalb der Gesellschaft. Traditionell werden die Grundrechte vor allem als *Abwehrrechte* gegen den Staat verstanden (Freiheit vom Staat²), welche die Freiheits-sphäre des Bürgers vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt sichern sollen³.

* Herrn o. Prof. (em.) Dr. iur. Dr. h.c. (mult.) Wilfried Schlüter mit den besten Wünschen gewidmet, der am 28.01.2015 sein 80. Lebensjahr vollendet. Besonders sei ihm für seine umsichtige Mitwirkung in der Gründungskommission der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam gedankt.

¹ Beispielsweise geprägt durch das „Prinzip der völkischen Einheit und Ganzheit“, *E. R. Huber*, Verfassungsrecht des großdeutschen Reiches, 1937/39, § 14a) (S. 157-167) oder die „sozialistische Einheit von Staat und Bürger“, Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR (Hrsg.), *Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie*, 1975, S. 260.

² Im Sozialismus galt diese Konzeption als „Anachronismus“, Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Potsdam-Babelsberg (Hrsg.), *Staatsrecht der DDR*, 2. Aufl. 1984, S. 181.

³ BVerfGE 7, 198, 204; 50, 290, 337; 68, 193, 205; *Fabisch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, 2010, S. 57 m. w. N.; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1152; aus-

Dass sich ihre Wirkung in dieser Beziehung nicht erschöpft, wurde schon früh bemerkt, wie *Starck*⁴ kürzlich nachgewiesen hat. Doch wie wirken die Grundrechte zwischen Privaten?

Bei den Beratungen zum Grundgesetz wurde der Frage, wenn überhaupt, nur wenig Beachtung geschenkt, obwohl schon die rücksichtslosen Auseinandersetzungen in der Gesellschaft während der Weimarer Republik (1918-1933) es nahegelegt hätten und man die Schwächen der Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 beseitigen wollte⁵. Doch kurze Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 entbrannte in der deutschen Rechtswissenschaft unter der Thematik „*Drittwirkung*⁶ der Grundrechte“ eine Diskussion darüber, ob und wie die Grundrechte⁷ Private vor Übergriffen anderer Privater schützen. Es geht um die Frage der *horizontalen* Geltung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander, im Gegensatz zur *vertikalen* Geltung im Verhältnis des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt. Im Gegensatz zum Verhältnis zwischen dem Bürger und dem Staat sind in der Konstellation, in der sich zwei Bürger gegenüberstehen, auf beiden Seiten Grundrechtsträger betroffen. Nicht allein im Hinblick auf die in Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Menschenwürde dauert der Streit an⁸, weil der Kreis der Grundrechtsadressaten im Grundgesetz nicht eigens festgelegt wird.

drücklich schon von *Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 57 u. 62; *ders.*, in: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1949, S. 5; *Starck*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 66.

⁴ *Starck*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61-77.

⁵ In der Verfassung von 1919 wirkten Grundrechte nur im Verhältnis zwischen dem Bürger und dem Staat. Ausnahmen bildeten lediglich Art. 118 Abs. 1 S. 1 und Art. 159. *Starck*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürmer, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 66.

⁶ Der Begriff „Drittwirkung“ wurde 1954 geprägt von *Hans-Peter Ipsen* (Gleichheit, in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 111, 143).

⁷ Einige Grundrechte scheinen sich ihrem Inhalt nach allein gegen den Staat zu richten und folglich von der Drittwirkung ausgenommen zu sein. Gemeint sind etwa das Petitionsrecht (Art. 17 GG) oder das Recht auf Nichtausbürgerung (Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG). Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Ausübung auch dieser Grundrechte von privater Seite behindert wird. Dementsprechend eignen sich alle Grundrechte für eine mittelbare Drittwirkung; ebenso *Szczekalla*, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, S. 149 f., 350 f.; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1154 (mit großer Wahrscheinlichkeit); a. A. *Lücke*, JZ 1999, 377, 379.

⁸ Für die unmittelbare Drittwirkung von Art. 1 Abs. 1 GG: BAG, NJW 1957, 1688, 1690; BAGE 38, 69, 80 f.; *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, 2014, Art. 1, Rn. 74; v. Münch/*Kunig*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 27; *BeckOK/Hillgruber*, 2013, Art. 1, Rn. 8; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1152; dagegen: *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 f.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 477 f.

II. Die verschiedenen Theorien zur Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr

1. Die sog. unmittelbare Drittwirkung

Nach der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung sind auch Private unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Die Bürger können sich gegenseitig auf die Beachtung der Grundrechte in Anspruch nehmen.

2. Die sog. mittelbare Drittwirkung

Die Vertreter der Theorie der „nur“ mittelbaren Drittwirkung lehnen die unmittelbare Drittwirkung ab. Die Konzeption beruht auf der Annahme, dass das Grundgesetz in seiner Funktion als *objektive Wertordnung* für alle Bereiche des Rechts gelte. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe im Widerspruch zu dieser objektiven Wertordnung stehen. Als *Medium* für die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* in das bürgerliche Recht dienen danach vor allem die *unbestimmten Rechtsbegriffe* und Generalklauseln, wie etwa die Begriffe „Sittenwidrigkeit“ und „Treu und Glauben“.

3. Die Grundrechte als Schutzgebote

Einem anderen Ansatz folgt schließlich die *Theorie der staatlichen Schutzpflicht*. Ihre Vertreter gehen davon aus, dass Grundrechte auch einen Schutzauftrag des Staats dahin enthalten, vor allem bei fehlender Macht-symmetrie den unterlegenen Bürger vor der Beeinträchtigung seiner Grundrechte durch den überlegenen Bürger zu bewahren⁹. Angelegt ist die grundrechtliche Schutzdimension schon im Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG¹⁰ sowie Art. 6 Abs. 1 und 4 GG^{11,12}.

⁹ Dazu unten V. 2. b) – d).

¹⁰ Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG: Die Würde des Menschen ist unantastbar. S. 2: Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

¹¹ Art. 6 Abs. 1 GG: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Abs. 4: Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

¹² Darüber hinaus statuiert Art. 20a GG (Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.) staatliche Schutzpflichten freilich

III. Die Rechtslage in anderen Staaten

1. Vorbemerkung

Die Diskussion über die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten wird in vielen Staaten geführt – besonders in solchen, die Diktaturen überwunden und sich in den letzten Jahrzehnten moderne freiheitliche Verfassungen gegeben haben und sie verwirklichen. Es finden sich unterschiedliche Ansätze. In einigen Verfassungen ist die Drittwirkung ausdrücklich angeordnet oder zumindest angelegt. Dabei sind die deutsche Rechtsprechung und Lehre nicht ohne Einfluss geblieben¹³. Auf der Ebene der Europäischen Union wird die Frage nicht einheitlich beantwortet. In Russland beginnt die Diskussion erst.¹⁴ Diskutiert wird sogar im internationalen Recht, ob transnationale Unternehmen, die in Entwicklungsländern teilweise staatliche Aufgaben übernehmen, an völkerrechtliche Normen gebunden sind.¹⁵ Nicht alle Fragen in diesem Rahmen lassen sich nachfolgend beantworten, sondern bedürfen weiterer Forschung.

2. Ungarn

Das Grundgesetz ist die Grundlage für das Rechtssystem Ungarns¹⁶ und steht damit über allen anderen Gesetzen. Alle Gesetze müssen dem Grundgesetz entsprechen. Ob und wie die Grundrechte zwischen Privaten wirken, wird – wie in der Bundesrepublik Deutschland – weder von der alten Verfassung noch von dem neuen Grundgesetz Ungarns¹⁷ ausdrücklich geregelt.

ohne entsprechenden Grundrechtsträger und ohne subjektiv-rechtlichen Anspruch; BVerwG NJW 1995, 2648, 2649; Maunz/Dürig/Scholz, GG, 2014, Art. 20a, Rn. 33.

¹³ Nach *Hirsch*, Anayasanın Özel Hukuk Kurallarna Etkileri, Türkiye Barolar Birliği'nin 1. Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğ, 1972, S. 7 f., hat die Diskussion über die Drittwirkung der Grundrechte im deutschen Recht das türkische Rechtssystem beeinflusst.

¹⁴ Siehe *Berger*, Osteuropa Recht 2013, 326 ff. unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Besonderheiten in Russland; *dies.*, Die Bindung der Bürger an die Grundrechte – Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, 2014, S. 47 ff., 118 ff.

¹⁵ Dazu eingehend: *Klein*, Der Schutz unternehmerischer Freiheit. Nationale, europa- und völkerrechtliche Aspekte, demnächst im Tagungsband der 3. Woche des Deutschen Rechts, 2013.

¹⁶ Art. R Abs. 1 Grundgesetz Ungarns.

¹⁷ Zwischen 1949 und 2012 hieß die höchste geschriebene Norm Ungarns „Verfassung“ (Alkotmány). Die ursprünglich sozialistisch geprägte Verfassung wurde mit dem Systemwechsel im Jahr 1989 grundlegend überarbeitet und entsprach den demokratischen Werten; technisch gesehen wurde aber keine neue Verfassung verabschiedet. Die am 01.01.2012 in Kraft getretene neue Verfassung trägt den Titel „Grundgesetz Ungarns“ (Magyarország Alaptörvénye).

Ähnlich wie die alte Verfassung besagt das (neue) ungarische Grundgesetz, dass „das Grundgesetz und die Rechtsvorschriften für alle verbindlich sind“.¹⁸ Diese Bestimmung ist als Teil des Rechtsstaatsprinzips zu verstehen. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechte zwischen Privaten kann daraus nach herrschender Meinung nicht abgeleitet werden.¹⁹

Gemäß Art. I Abs. 1 des ungarischen Grundgesetzes „sind die unverletzlichen und unveräußerlichen Grundrechte des Menschen zu achten. Deren Schutz ist primäre Pflicht des Staates“. Das ungarische Verfassungsgericht (*Alkotmánybíróság*) betont in seiner Rechtsprechung, dass der Staat die Rahmenbedingungen sicherstellen muss, welche die Durchsetzung der Grundrechte garantieren.²⁰ Das Verfassungsgericht hatte bisher aber noch nicht darüber zu befinden, ob und wie die Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander gelten.²¹

Das geltende Grundgesetz fordert die Richter der ordentlichen Gerichte zur objektiv teleologischen und verfassungskonformen Auslegung auf.²² Damit diese Pflicht auch in der Praxis erfüllt wird, wurde die Prüfung der sogenannten „echten“ *Verfassungsbeschwerde*²³ als neue Kompetenz des Verfassungsgerichts eingeführt. Diese Änderung gehört zu den Stärken des ungarischen Grundgesetzes,²⁴ weil seitdem das ungarische Verfassungsgericht befugt ist, aufgrund einer Verfassungsbeschwerde die Konformität einer rechtskräftigen richterlichen Entscheidung mit dem Grundgesetz zu prüfen²⁵ und nicht nur über die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsvorschrift zu erkennen²⁶.

¹⁸ Art. R Abs. 2 Grundgesetz Ungarns.

¹⁹ *Sonnevend*, Az alapjogi bíraskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 79; *Vincze*, Az Alkotmány rendelkezéseinek érvényre juttatása a polgári jogviszonyokban (Die Geltendmachung der Bestimmungen der Verfassung in privaten Rechtsverhältnissen), Polgári Jogi Kodifikáció, 2004, S. 5 ff.

²⁰ 64/1991. (XII. 17.) Verfassungsgerichtsentscheidung; 30/1992 (V. 26.) Verfassungsgerichtsentscheidung; *Sonnevend*, Az alapjogi bíraskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 84.

²¹ *Zakariás*, Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht, *Iustum Aequum Salutare*, 2010/3, S. 243.

²² Art. 28 Grundgesetz Ungarns; *Jakab*, A bírói jogértelmezés az Alaptörvény tükrében, *JeMa*, 2011/4, S. 93.

²³ Das neue Verfassungsgerichtsgesetz (Gesetz 2011: CLI über das Verfassungsgericht, u. VerfGG) ist ebenfalls am 01.01.2012 in Kraft getreten. Dessen § 27 konkretisiert die „echte“ Verfassungsbeschwerde.

²⁴ *Küpper*, Ungarns neues Grundgesetz von 2011 und seine Änderungen – Teil 1, *WiRo* 2013, 353, 357.

²⁵ Art. 24 Abs. 2 lit. d Grundgesetz Ungarns.

²⁶ Art. 24 Abs. 2 lit. c Grundgesetz Ungarns.

Das neue Bürgerliche Gesetzbuch, das am 15. März 2014 in Kraft getreten ist, ordnet ausdrücklich an, dass dessen Bestimmungen im Einklang mit der Verfassungsordnung Ungarns auszulegen sind (§ 1:2 Abs. 2 neues ungar. BGB).²⁷ Dadurch wird gewährleistet, dass auch im Bereich der privatrechtlichen Rechtsanwendung die Verfassungsmäßigkeit gewahrt wird. Den ordentlichen Gerichten ist es überlassen, wie und in welchem Umfang sie die Grundrechte auf private Rechtsverhältnisse anwenden. Es bleibt also abzuwarten, ob sie als selbständige Rechtsgrundlage einer Entscheidung oder als Auslegungshilfe bei der Rechtsfindung dienen werden.²⁸ Schließlich kann im konkreten Fall durch die Verfassungsbeschwerde vom Verfassungsgericht geprüft werden, ob die grundrechtsbezogene Entscheidung des Zivilrichters verfassungskonform war.²⁹

Über die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten herrscht im ungarischen Schrifttum Uneinigkeit. In der Literatur wurden schon die entsprechenden Bestimmungen der alten Verfassung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Grundrechte zwischen Privaten kontrovers diskutiert: Sowohl als Grundlage für deren mittelbare³⁰ oder unmittelbare³¹ Wirkung als auch zur Ablehnung der Drittwirkung.³² Im Hinblick auf das neue Grundgesetz und das neue Bürgerliche Gesetzbuch gewinnt das Thema an Ak-

²⁷ § 1 Abs. 2 des vorherigen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Gesetz IV:1959) besagte lediglich, dass die Gesetzesbestimmungen im Einklang mit Ungarns wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Ordnung auszulegen sind. Im Vergleich dazu spricht die neue Formulierung („im Einklang mit Ungarns Verfassungsordnung“) eindeutig für die Beachtung der Grundrechte bei der Auslegung.

²⁸ *Gárdos-Orosz*, Constitutional adjudication and the individual – a post-socialist solution. In *Вторые Ельцинские чтения. Материалы международной научной конференции Конституционализм в современной мировой и российской истории*. Екатеринбург, Издательство Уральского университета. 2013, S. 90.

²⁹ *Gárdos-Orosz*, Constitutional adjudication and the individual – a post-socialist solution. In *Вторые Ельцинские чтения. Материалы международной научной конференции Конституционализм в современной мировой и российской истории*. Екатеринбург, Издательство Уральского университета. 2013, S. 90.

³⁰ U. a. *Vékás*, Parerga, 2008, S. 25 ff.; *Sonnevend*, Az alapjogi bíráskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), *Fundamentum*, 1998/4, S. 81 f.

³¹ *Lábady*, Alkotmányjogi hatások a készülő Ptk. szabályaira (Verfassungsrechtliche Wirkungen auf die Regeln des werdenden BGB), *Polgári jogi kodifikáció*, 2000/2, S. 13 ff.; *Halmai*, Az alkotmány mint norma a bírói jogalkalmazásban (Die Verfassung als Norm im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung), *Fundamentum*, 1998/3, S. 77 ff.

³² Dazu eingehend: *Gárdos-Orosz*, Az emberi jogok alkalmazásának lehetőségei a rendes bíróságokon különös tekintettel a magánjogi jogvitákra (Die Möglichkeiten der Grundrechtsanwendung der ordentlichen Gerichte insbesondere in privatrechtlichen Streitigkeiten), 2010, S. 115 ff.; *Zakariás*, Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht, *Iustum Aequum Salutare*, 2010/3, S. 230; *Vincze*, Die unmittelbare Anwendbarkeit der ungarischen Verfassung, *Jahrbuch für Ostrecht*, 1/2009, S. 87 ff.; *Menybárd*, Az emberi jogok magánjogi érvényesülése (Die Wirkung der Menschenrechte im Privatrecht), in: *Kisfaludi, Liber amicorum: studia L. Vékás dedicata*, 2009, S. 225 ff.

tualität. Das Schrifttum scheint zur Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zu tendieren. Demnach sollen die Grundrechte horizontal in erster Linie durch die richterliche Auslegung der Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in das Privatrecht hineinwirken.³³

3. Türkei

Im türkischen Rechtssystem wurde dagegen die Drittwirkung deutlich in der Verfassung (Art. 11 Abs. 1 TV von 1982³⁴) angeordnet.³⁵ Danach binden die Verfassungsvorschriften als rechtliche Grundregeln (gemeint sind damit auch die Grundrechte) nicht nur die Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung, sondern auch die Verwaltungsbehörden und die übrigen Organisationen und (Privat) Personen.

Auf dieser Grundlage wird die unmittelbare Drittwirkung weithin akzeptiert³⁶. Für diese Ansicht spricht auch Art. 27 des Türkischen Obligationenrechts n. F. (tOR), wonach verfassungswidrige privatrechtliche Vereinbarungen nichtig sind.³⁷ Ein weiteres Argument wird Art. 12 TV (1982) entnommen.³⁸ Nach dessen Abs. 1 besitzt jedermann mit seiner

³³ *Paczolay*, A közzeg és a civiljog kapcsolata az Alaptörvényben – avagy a Ptk. alkotmányos alapjai (Das Verhältnis vom Staats- und Zivilrecht im Grundgesetz – Die verfassungsmäßigen Grundlagen des BGB), 2013, S. 10; *Gárdos-Orosz*, Az emberi jogok alkalmazásának lehetőségei a rendes bíróságokon különös tekintettel a magánjogi jogvitákra (Die Möglichkeiten der Grundrechtsanwendung der ordentlichen Gerichte insbesondere in privatrechtlichen Streitigkeiten), 2010, S. 282; *Vincze*, Die unmittelbare Anwendbarkeit der ungarischen Verfassung, Jahrbuch für Ostrecht, 1/2009, S. 84 ff.; *Sonnevend*, Az alapjogi bíráskodás és korlátai (Die Grundrechtsgerichtsbarkeit und deren Grenzen), Fundamentum, 1998/4, S. 84.

³⁴ Die Vorgängerregelung war Art. 8 TV von 1961.

³⁵ *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 38 f.

³⁶ Vgl. etwa *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31; *Özcan*, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181, 186; *Dural/Öğüz*, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; *Sabancı*, ZİTS 1989, 35, 53; *Okur*, Kamu-İş, C. 10, Sayı 3 (2009), 1, 11; *Hirsch*, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88; *Kaneti*, İÜHFMD, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), 199, 210; *Sevimli*, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; *Tunçoğlu/Centel*, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 ff. Ausführlich: *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 38 ff. und 44.

³⁷ *Hirsch*, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 89; *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 31.

³⁸ *Özcan*, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181, 186; *Rumpf*, Das türkische Verfassungssystem, 1996, S. 240.

Persönlichkeit verbundene, unantastbare, unübertragbare sowie unverzichtbare Grundrechte und Grundfreiheiten. Nach Abs. 2 umfassen die Grundrechte und Grundfreiheiten auch eine gegenüber der Gemeinschaft, der eigenen Familie und anderen Personen bestehende Verpflichtung und Verantwortung Privater. Aus der Vorschrift gehe deutlich hervor, dass nicht nur die Staatsgewalten, sondern auch Private gegenüber anderen Grundrechtsträgern verantwortlich sind.³⁹ Es wird betont, dass die Grundrechte auch von nichtstaatlichen Kräften bedroht werden⁴⁰. Die Grundrechte sollen deshalb auch Schutz vor privaten Mächten bieten⁴¹.

Zunehmend wird jedoch auch von den Befürwortern der unmittelbaren Drittwirkung gesehen, dass die Verfassungsvorschriften im Privatrecht nur im Ausnahmefall unmittelbar wirken, weil die Grundrechte bereits durch privatrechtliche Normen ausreichend konkretisiert werden oder über privatrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe – also in Form verfassungskonformer Interpretation – nur „mittelbar“ im Privatrecht wirken.⁴² Eine unmittelbare anspruchsbegründende Anwendung der Grundrechte sei dennoch notwendig, solange bestimmte Vorschriften der Verfassung nicht durch Gesetze geregelt seien.⁴³

Eine andere Meinung in der türkischen Literatur lehnt die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ab.⁴⁴ Mit dem Ziel, einen um-

³⁹ Rumpf, Das türkische Verfassungssystem, 1996, S. 240.

⁴⁰ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181; Dural/Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46.

⁴¹ Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; Özcan, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181; Dural/Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; Tunçoğlu/Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4.

⁴² Belling/Ince, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 137 (2014), 1, 45; Gören, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 23 ff.; Özcan, AÜEHFD C. IX, Sayı 3-4 (2005), 181, 200; Dural/Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; Hirsch, Die Verfassung der Türkischen Republik, 1966, S. 88 f.; Kaneti, İÜHF, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), 199, 200; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 ff.; Ünsal, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2009, S. 468 f.

⁴³ Kaneti, İÜHF, C. 53, Sayı 1-4 (1988-1990), 199, 210 f.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2002, S. 121 ff.

⁴⁴ Ausführlich: Belling/Ince, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 44; Ünsal, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 467-469 m. w. N.; Sungurtekin-Özkan, DEÜHF, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554.

fassenderen Grundrechtsschutz im Privatrecht zu gewährleisten, leitet diese Ansicht aus Art. 5 TV⁴⁵ eine Schutzgebotsfunktion der Grundrechte ab. In der Konsequenz ist primär der Gesetzgeber zur Schaffung einer grundrechtsadäquaten Privatrechtsordnung aufgerufen. Die Grundrechte wirken aber auch über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe in das Zivilrecht hinein (etwa Art. 2, 23, 24 tZGB).⁴⁶ Sollten ausnahmsweise keine ausfüllungsfähigen Rechtsnormen eingreifen, können gesetzliche Regelungen sogar im Wege der „normativen Lückenschließung“ unter Berufung auf die Grundrechte korrigiert werden.⁴⁷

IV. Die historische Entwicklung des Meinungsstands in Deutschland

1. Die frühe Rechtsprechung des BAG und die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) sprach sich 1954 – zu Beginn seiner Rechtsprechung – für die unmittelbare Drittwirkung aus und hielt daran über Jahrzehnte fest.⁴⁸ Geprägt wurde die Rechtsprechung dabei vornehmlich von seinem ersten Präsidenten und Vorsitzenden des Ersten Senats: *Hans Carl Nipperdey*⁴⁹, dem federführenden Befürworter der unmittelbaren Drittwirkung seit 1949.⁵⁰ *Nipperdey* vertrat den Standpunkt, dass eine Reihe von Grundrechten „die wichtige Funktion von Ordnungssätzen oder Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung“

⁴⁵ Gemäß Art. 5 TV gehört es u. a. zu den Grundzielen und Aufgaben des Staats, die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse zu beseitigen, welche die Grundrechte und Grundfreiheiten der Person in einer mit den Prinzipien des sozialen Rechtsstaats und der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Weise beschränken.

⁴⁶ *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 44; *Sungurtekin-Özkan*, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554.

⁴⁷ *Belling/Ince*, Legal Hukuk Dergisi 2014, Sayı 137 (2014), 1, 44; *Ünsal*, Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2008, S. 470-472 m. w. N.

⁴⁸ Beispielhaft BAGE 1, 185, 193 f., 196; 3, 296, 301; 4, 274, 276 ff.; 16, 95, 100; 24, 438, 441; BAG DB 1975, 551, 552.

⁴⁹ *Hans Carl Nipperdey* bekleidete das Amt des (ersten) Präsidenten des BAG vom 12.04.1954 bis zum 31.01.1963. Zum Leben und (juristischen) Wirken von *Hans Carl Nipperdey* umfassend *Adomeit*, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 1, hrsg. v. Grundmann/Riesenhuber, 2007, S. 149 ff.

⁵⁰ Vgl. *Nipperdey*, RdA 1949, 214, 216; 1950, 121, 124 f.; BB 1951, 282, 283 f.; DVBl. 1958, 445, 46 ff.

habe, weshalb sie auch Private unmittelbar binden und nicht nur als „Leitsätze“ oder „Auslegungsregeln“ fungieren sollten.⁵¹ Verstöße gegen diese Grundnormen führten demnach im Zivilrecht zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts.⁵² Andere Autoren stellen in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf § 134 BGB⁵³ ab und sehen in dem verletzten Grundrecht ein entsprechendes Verbotsgesetz.⁵⁴ Soweit sich aus dem Grundrecht ein subjektives Recht ableiten lässt, soll es im Deliktsrecht daneben als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB^{55,56} bzw. als Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB⁵⁷ gelten.⁵⁸

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Das Bundesverfassungsgericht sprach sich schon früh für die sogenannte mittelbare Drittwirkung aus und folgte damit unter anderem *Günter*

⁵¹ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl., 1959, S. 93, 98 ff.; a. A. *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, § 2 III, S. 38 f.

⁵² *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

⁵³ § 134 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

⁵⁴ So etwa *Mangoldt/Klein*, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., 1957, S. 68 zu Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; a. A. *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 162; *Jellinek*, BB 1950, 425, 426. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften aus den EU-Verträgen, vor allem der Grundfreiheiten vgl.: *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 29.

⁵⁵ § 823 Abs. 1 BGB: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

⁵⁶ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15. Die Einordnung als sonstiges Recht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB spricht nicht in jedem Fall für eine unmittelbare Drittwirkung des jeweiligen Grundrechts nach der geltenden Rechtslage, die nur von einer mittelbaren Drittwirkung ausgeht. So wird vor allem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu den sonstigen Rechten i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB gezählt (*Palandt/Sprau*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 823, Rn. 19, 83 ff.). Dennoch wird nicht von einer unmittelbaren Drittwirkung dieses Grundrechts ausgegangen. Bei dem durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht handelt es sich vielmehr um ein Institut des einfachen Rechts, das mit dem verfassungsrechtlichen Grundrecht nicht identisch ist (*Palandt/Sprau*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 823, Rn. 84; *Jarass*, NJW 1989, 857, 858).

⁵⁷ § 823 Abs. 2 BGB: Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

⁵⁸ Vgl. erneut zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften aus den EU-Verträgen, vor allem der Grundfreiheiten: *MüKo/Wagner*, BGB, 6. Aufl. 2013, § 823, Rn. 391; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 29; vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 202.

Dürig.⁵⁹ Er lehnte die unmittelbare Drittwirkung ab, weil ein Verbot für den Staat noch längst kein solches für Private untereinander sei.⁶⁰ Das Zivilrecht sei vielmehr gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem eigenständig und eigengesetzlich.⁶¹ Zur Abwehr von Angriffen der Bürger untereinander dienten neben den vorhandenen speziellen zivilrechtlichen Schutznormen die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Generalklauseln des Zivilrechts⁶², namentlich die §§ 138⁶³, 242⁶⁴, 826 BGB⁶⁵.⁶⁶

a) Das *Lüth-Urteil*

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahr 1958 im sog. "*Lüth-Urteil*"⁶⁷ über einen Fall aus dem Deliktsrecht zu befinden. Der Vorsitzende eines privaten Presseclubs, *Erich Lüth*, hatte 1950 zum Boykott des Films "Unsterbliche Geliebte" aufgerufen. Der Regisseur des Films, *Veit Harlan*, hatte während des Nationalsozialismus den antisemitischen Film "Jud Süß" gedreht und sei daher – wörtlich zitiert (*Lüth*) – „einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhetze der Nazis“ gewesen. Der Produzent und der Verleiher des Films klagten auf Unterlassung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung und obsiegten vor dem Landgericht Hamburg.

⁵⁹ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157 ff.

⁶⁰ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 162.

⁶¹ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 164, 173 ff.

⁶² LG Potsdam WM 2014, 414 (zur Rauchbelästigung durch Mitmieter); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, hrsg. v. Maunz, 1956, S. 157, 176; *ders.*, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525.

⁶³ § 138 Abs. 1 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

§ 138 Abs. 2 BGB: Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

⁶⁴ § 242 BGB: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

⁶⁵ § 826 BGB: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

⁶⁶ A. A. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl. 1959, S. 97. Für das türkische Recht *Sungurtekin-Özkan*, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554. Ähnliche Schutznormen existieren dort auch: Art. 2 ZGB, Art. 27 n. F. tOR und Art. 49 Abs. 2 n. F. tOR.

⁶⁷ BVerfGE 7, 198 ff.; dazu sowie zum Film und den beteiligten Personen umfassend *Henne/Riedinger*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005.

Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil auf⁶⁸, weil das Gericht bei der Auslegung des Begriffs der „guten Sitten“ in der Anspruchsnorm (§ 826 BGB⁶⁹) den Gehalt des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG⁷⁰) nicht beachtet habe. Das Bürgerliche Gesetzbuch müsse so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit in der freiheitlichen Demokratie gewahrt bleibe. Das Grundgesetz habe in seinem Grundrechtsabschnitt eine *objektive Wertordnung* errichtet, welche als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelte. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusse es auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe in Widerspruch zu ihm stehen, jede müsse in seinem Geiste ausgelegt werden.

Die *Lüth*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestätigte nicht nur, dass Grundrechte (hier Persönlichkeitsrecht einerseits, Meinungs- und Medienfreiheit andererseits) auch Private betreffen – ohne sie zu Grundrechtsadressaten zu machen. Sie markierte zugleich den Zeitpunkt, von dem an sich in der Rechtsprechung die Lehre der sogenannten *mittelbaren* Drittwirkung der Grundrechte etablierte.⁷¹ Danach wird die Wirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Streitigkeiten indirekt „durch das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“ vermittelt.⁷² Medium für die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* in das bürgerliche Recht sind unbestimmte Rechtsbegriffe in zivilrechtlichen Generalklauseln, wie etwa die Begriffe „Treu und Glauben“ und „billiges Ermessen“, die als Übermaßverbote wirken⁷³. Sie werden deshalb auch als „Einbruchstellen der Grundrechte in das bürgerliche Recht“ bezeichnet.⁷⁴ So wird etwa der Begriff der „Sittenwidrigkeit“ nicht nur durch die sich wandelnden Anschauungen in der Gesellschaft⁷⁵, sondern vor al-

⁶⁸ BVerfGE 7, 198 ff.

⁶⁹ Vgl. Fn. 65.

⁷⁰ Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG: Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

⁷¹ Die *Lüth*-Entscheidung wird überdies als eine „wesentliche Quelle des europäischen Grundrechtsdenkens“ bezeichnet; vgl. *Di Fabio*, JZ 2004, 1.

⁷² BVerfGE 7, 198, 205; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

⁷³ BVerfGE 81, 242, 256.

⁷⁴ BVerfGE 7, 198, 205 unter Hinweis auf *Dürig* in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 525. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigte das Bundesverfassungsgericht danach immer wieder, BVerfGE 24, 236, 251; 32, 311, 318; 34, 269, 280; 35, 202, 218 f.; 42, 143, 147 f.; 73, 261, 269; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358; GRUR 2011, 223, 224, Rn. 19.

⁷⁵ Vgl. dazu BVerfGE 7, 198, 207.

lem durch die grundrechtlichen Wertentscheidungen inhaltlich bestimmt. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigte das Bundesverfassungsgericht danach immer wieder.⁷⁶ Dadurch wurde die Trennung von Privatrecht und Verfassungsrecht durchbrochen⁷⁷.

b) Die Urteile zum Schwangerschaftsabbruch

Die sich aus den Grundrechten ergebende staatliche Schutzpflicht wurde erstmals durch das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Schwangerschaftsabbruch von 1975⁷⁸ anerkannt. Das Urteil hatte die damalige Neuregelung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zum Gegenstand. Die Schutzpflicht des Staats für das ungeborene Leben leitete das Bundesverfassungsgericht aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Grundrechts auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG⁷⁹) i. V. m. der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG⁸⁰) her.⁸¹ Sie verbiete nicht nur unmittelbare eigene Eingriffe, sondern gebiete es dem Staat auch, den Einzelnen vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren. Der Staat muss danach den *Nasciturus*, der verbreiteter Meinung nach schon Grundrechtsträger⁸² ist, vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer – auch

⁷⁶ BVerfGE 24, 236, 251; 32, 311, 318; 34, 269, 280; 35, 202, 218 f.; 42, 143, 147 f.; 73, 261, 269; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358; GRUR 2011, 223, 224, Rn. 19; NJW 2013, 3086, 3087. Ipsen, JZ 2014, 157, 161.

⁷⁸ BVerfGE 39, 1 (sog. erstes Urteil zum Schwangerschaftsabbruch). Der BGH hatte schon vor dem BVerfG im Jahr 1960 festgestellt, dass „die Organe des Staates, mögen sie der gesetzgebenden, der rechtsprechenden oder der vollziehenden Gewalt angehören, [...] nicht nur den Bürger in seinem so geschützten Rechtsgut vor Übergriffen des Staates zu schützen haben, sondern darüber hinaus *verpflichtet sind*, die das Rechtsgut schützende Grundsatznorm auch bei der ihnen übertragenen Beurteilung und Regelung menschlicher Verhältnisse, soweit sie die Beziehungen der Staatsbürger zueinander betreffen, zu beachten und *zur Geltung zu bringen*.“ Vgl. BGHZ 33, 145, 150 (Hervorhebung nicht im Original).

Zuvor hatte der BGH aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet (BGHZ 24, 72, 77) und damit die Schutzpflicht wahrgenommen. Drei Jahre davor hatte der BGH bereits die Wirkung von Art. 1 und 2 GG im Privatrecht bejaht, allerdings ohne sich auf die unmittelbare oder mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht festzulegen (BGHZ 13, 334, 338). Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

⁷⁹ Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.
⁸⁰ Vgl. Fn. 10.

⁸¹ BVerfGE 39, 1, 41; 46, 160, 164.

⁸² Zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Isensee/Kirchhof/Müller-Terpitz, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009, § 147, Rn. 30 f.; Isensee/Kirchhof/Rüfner, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 196, Rn. 4; Maunz/Dürig/Di Fabio, GG, 2014, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 24; auch zu Art. 1 GG: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, § 70 IV 5 e) (S. 1063); Sachs/Höfling, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 1, Rn. 60; offen gelassen in BVerfGE 39, 1, 41;

der (werdenden) Mutter⁸³ – beschützen.⁸⁴ Die mit dem Schwangerschaftsabbruch einhergehende Verletzung der Grundrechte des Ungeborenen⁸⁵ führt dazu, dass jeder Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich als Unrecht anzusehen ist.⁸⁶ Es muss im Rahmen der Abwägung mit den ebenfalls relevanten Grundrechten der Mutter aber berücksichtigt werden, dass es für sie Grenzen des Erträglichen, des Aushaltbaren, gibt. Diese Grenze ist erreicht, wenn die Belastung eine derart hohe Aufopferung eigener Lebenswerte verlangt, dass sie von der Frau nicht erwartet werden kann.⁸⁷ In diesem Fall wird der Frau keine Rechtspflicht zum Austragen des Kinds auferlegt. Der Gesetzgeber wurde daher durch das BVerfG aufgerufen, diese Gesichtspunkte bei der erforderlichen Neuregelung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs hinreichend zu berücksichtigen.⁸⁸ Nach deutschem Recht bleibt der Schwangerschaftsabbruch nunmehr ohne Indikation in der Frühphase der Schwangerschaft auch straflos, wenn sich die Schwangere unter anderem einem Beratungsgespräch unterzogen hat, welches sie in erster Linie zum Fortsetzen der Schwangerschaft ermutigen soll.⁸⁹ Damit wird dem staatlichen Schutzauftrag gegenüber dem Ungeborenen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Genüge getan.

c) Die Handelsvertreterentscheidung

Auf das Privatrecht wandte das BVerfG die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte erstmals eingehend⁹⁰ 15 Jahre später in der sog. *Handelsvertreter-Entscheidung*⁹¹ an. Ein im Weinhandel tätiger Handelsvertreter hatte ein zweijähriges, entschädigungsloses Wettbewerbsverbot vereinbart

88, 203, 251 ff.; a. A. *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 169 f.

⁸³ *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 149.

⁸⁴ Das gilt selbst, wenn man nicht von einer Rechtssubjektivität des Nasciturus ausgeht, sondern die Schutzpflicht nur aus der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes ableitet – vgl. BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 251 ff.

⁸⁵ Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.

⁸⁶ BVerfGE 39, 1, 44; 88, 203, 255.

⁸⁷ BVerfGE 88, 203, 256 f. (sog. zweites Urteil zum Schwangerschaftsabbruch).

⁸⁸ Die Regelungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs wurden mit Gesetz vom 27.07.1992 (BGBl. I 1992, S. 1398, 1402) entsprechend geändert.

⁸⁹ Vgl. §§ 218a Abs. 1, 219 StGB.

⁹⁰ Zuvor wurden Schutzpflichten bereits im Zusammenhang mit sorgerechtiglichen Verfahren angesprochen, um eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des Kindes in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht zu garantieren – BVerfGE 55, 171, Rn. 20.

⁹¹ BVerfGE 81, 242.

für den Fall, dass der Vertrag aus einem von ihm verschuldeten wichtigen Grund gekündigt würde. Diese vertragliche Regelung entsprach dem damals geltenden § 90a Abs. 2 S. 2 HGB⁹². Nachdem der Handelsvertreter schuldhaft Grund zur fristlosen Kündigung gegeben hatte, berief er sich mit einer Verfassungsbeschwerde auf die Verfassungswidrigkeit dieser Norm. Sie durchbricht die Regel, dass der Unternehmer stets verpflichtet ist, dem Handelsvertreter für seine Wettbewerbsunterlassung eine angemessene Entschädigung zu zahlen (§ 90a Abs. 1 S. 3 HGB).⁹³ Das BVerfG stellte die Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG⁹⁴) fest. Es erkannte, die berufliche Tätigkeit könne zwar privatautonom durch zivilrechtlichen Vertrag gestaltet werden. Privatautonomie bestehe aber nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese seien ihrerseits an die Grundrechte gebunden.⁹⁵

Gestützt wurde die Entscheidung auf die staatliche Schutzpflicht. Diese greift im Privatrecht ein, wenn bei der privatvertraglichen Verfügung über grundrechtliche Positionen ein annäherndes Kräftegleichgewicht der Parteien fehlt und damit die freie Selbstbestimmung inadäquat eingeschränkt ist. Das BVerfG bejahte die gestörte Vertragsparität und befand die betreffende Norm als unverhältnismäßig. Die darin geregelte undifferenzierte und vollständige Verweigerung einer Entschädigung für jedwede Fallgestaltung und für die höchstmögliche Dauer der Karenzzeit finde keine sachliche Grundlage in den Besonderheiten einer vorzeitigen und verschuldeten Vertragsbeendigung.⁹⁶ Die streitige Norm wurde mit Wirkung zum 01.07.1998 aufgehoben.⁹⁷

⁹² § 90a Abs. 2 S. 2 HGB a. F.: Kündigt der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung.

⁹³ BVerfGE 81, 242, 259.

⁹⁴ Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG: Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.

⁹⁵ BVerfGE 81, 242, 254.

⁹⁶ BVerfGE 81, 242, 260 ff.

⁹⁷ Handelsrechtsreformgesetz v. 22.06.1998; BGBl. I 1998, S. 1474, 1476.

d) Die Bürgschaftsrechtsprechung

Wenn der Gesetzgeber seine Schutzpflicht nicht konkret, sondern durch zivilrechtliche Generalklauseln ausübt, steht die Aufgabe der Verwirklichung der staatlichen Schutzpflichten den *Gerichten* zu.⁹⁸ Aufmerksamkeit erregte in diesem Zusammenhang vor ca. 20 Jahren die sog. *Bürgschaftsrechtsprechung*. In der Sicherungspraxis von Banken war es üblich geworden, bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen einen Bürgschaftsvertrag mit Familienangehörigen in beträchtlicher Höhe – d. h. über 100.000 DM und mehr – zu schließen. Die Bürgen waren selten älter als 21 Jahre und ohne Berufsausbildung oder arbeiteten als ungelernete Kraft in einer Fabrik.⁹⁹

Den Klagen auf Zahlung aus solchen Bürgschaften gab der Bundesgerichtshof trotzdem statt.¹⁰⁰ Er nahm an, Bürgschaftsverträge könnten nicht deshalb als *sittenwidrig* angesehen werden, weil sie voraussichtlich zu einer Überschuldung führten. Die Bank könne davon ausgehen, dass ein Erwachsener, der eine Bürgschaftsverpflichtung übernehme, die Tragweite seines Handelns kenne und sein Risiko selbstverantwortlich einschätze.¹⁰¹

Das Bundesverfassungsgericht hob 1993 eine solche Entscheidung des Bundesgerichtshofs auf. Der Bundesgerichtshof hatte seine Pflicht verletzt, bei der Anwendung und Auslegung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs dafür zu sorgen, dass privatrechtliche Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung missbraucht werden. Allerdings stehen sich im Privatrechtsverkehr zwei Grundrechtsträger mit dem gleichen Anspruch auf Privatautonomie und Selbstbestimmung (i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG¹⁰²) gegenüber. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien daher so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden.¹⁰³ Die Gerichte dürften sich deshalb erst dann nicht mehr mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag!“, wenn der Vertragsinhalt für eine Seite ungewöhnlich belastend und der Interessenausgleich infolge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke offensichtlich unangemessen sei. Das Zivilgericht müsse folglich klären, ob die Regelung eine Folge

⁹⁸ Vgl. etwa BVerfGE 96, 56, 64; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087; BAGE 76, 155, 168.

⁹⁹ Vgl. etwa BGHZ 106, 269; BGH NJW 1989, 1605.

¹⁰⁰ Vgl. BGHZ 106, 269.

¹⁰¹ Vgl. etwa BGHZ 106, 269, 271 f.

¹⁰² Art. 2 Abs. 1 GG: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

¹⁰³ BVerfG NJW 1994, 2749, 2750.

strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und dann gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des Zivilrechts korrigierend eingreifen.¹⁰⁴

Indem der BGH das Zustandekommen und den Inhalt des Bürgerschaftsvertrags ohne Rückgriff auf die Generalklauseln bewertete und die gestörte Vertragsparität zwischen den Parteien unberücksichtigt ließ, hat das Gericht es versäumt, die gegenläufigen Grundrechte des Bürgen und der Bank zum Ausgleich zu bringen. Dadurch wurde dem Bürgen der Schutz seines Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG¹⁰⁵) versagt. Der Bürge war von Verfassungs wegen berechtigt, diesen Schutz vom Gericht zu fordern, um einer lebenslangen „Schuldenfalle“ zu entgehen.

e) Das Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kinds

In jüngster Zeit hatte das Bundesverfassungsgericht über das Sorgerecht des Vaters eines nichtehelichen Kinds zu befinden. Die elterliche Sorge¹⁰⁶ für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind, lag in Deutschland seit 1. Juli 1970¹⁰⁷ grundsätzlich bei der Mutter.¹⁰⁸ Der Vater konnte das Sorgerecht zunächst nur in besonderen Ausnahmefällen¹⁰⁹, seit 1. Juli 1998 in allen Fällen erlangen, vorausgesetzt es liegt ein Einverständnis der Mutter vor. Dazu müssen beide Eltern gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB erklären, dass sie die Sorge für das Kind gemeinsam übernehmen wollen.¹¹⁰ Diese Norm hatte das Bundesverfassungsgericht im

¹⁰⁴ BVerfGE 89, 214, 234; vgl. auch 81, 242, 254 ff.; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

¹⁰⁵ Vgl. Fn. 102.

¹⁰⁶ Bis 1980 fand sich im BGB noch anstelle der elterlichen Sorge der Begriff der „elterlichen Gewalt“; vgl. den unterschiedlichen Gesetzestext in § 1626 BGB im Jahr 1958 und 1980, abgedruckt in BGBl. I 1957, S. 609, 624 und BGBl. I 1979, S. 1061.

¹⁰⁷ Davor stand das uneheliche Kind nicht unter elterlicher Gewalt, sondern wurde durch den Amtsvormund (das Jugendamt) vertreten. Die Mutter hatte lediglich das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; ausführlich Staudinger/*Göppinger*, BGB, 10./11. Aufl. 1969, in der Kommentierung zu § 1707 BGB.

¹⁰⁸ Vgl. NEhelG (Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder) vom 19.08.1969 (BGBl. I 1969, S. 1243, 1248 ff.), vor allem § 1705 S. 1 BGB der damaligen Fassung sowie den durch das KindRG (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997 neu eingefügten § 1626a Abs. 2 BGB (BGBl. I 1997, S. 2942, 2945).

¹⁰⁹ Etwa durch Adoption des Kindes oder durch Verheiratung mit der Kindesmutter oder durch Ehelicherklärung; vgl. dazu ausführlich z. B. Staudinger/*Göppinger*, BGB, 12. Aufl. 1992, § 1705, Rn. 27, §§ 1719, 1723 ff.

¹¹⁰ Vgl. den durch das KindRG (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997 neu eingefügten § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB (BGBl. I 1997, S. 2942, 2945: Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge dann gemeinsam zu, wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen)). Eine

Januar 2003 zunächst für verfassungsgemäß erachtet.¹¹¹ Es hatte dazu ausgeführt, dass es nicht gegen das Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG¹¹² verstoße, dass ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern nach § 1626a Abs. 2 BGB¹¹³ zunächst rechtlich allein der Mutter zugeordnet wird und grundsätzlich ihr die Personensorge zu übertragen ist. Auch sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die gemeinsame Sorge von der Bereitschaft und Zustimmung der Mutter abhängt, weil für die Ausübung des Elternrechts ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern erforderlich sei.¹¹⁴ Allerdings wollte das Gericht seine Ansicht nicht für alle Zeit festschreiben. Vielmehr machte es auf die zukünftige Möglichkeit eines Verfassungsverstoßes aufmerksam, sofern sich die der Gesetzgebung zugrundeliegenden Annahmen des Gesetzgebers nicht bestätigen sollten.

Dementsprechend änderte das Bundesverfassungsgericht sieben Jahre später (veranlasst durch eine entsprechende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹¹⁵) seine Ansicht. Es erachtete es zwar weiterhin als verfassungsgemäß, dass der Gesetzgeber das elterliche Sorgerecht für ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern auch bei wirksamer Vaterschaftsanerkennung zunächst allein der Mutter übertragen hat.¹¹⁶ Demgegenüber bewertete das Gericht es nunmehr als einen Eingriff in das von Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht des Vaters eines Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, wenn der Gesetzgeber in § 1626a Abs. 1 Nr. 1 und § 1672 Abs. 1 BGB die Realisierung des väterlichen Sorgerechts vom Willen der Mutter abhängig macht und dem Vater bei Zustimmungsverweigerung durch die Mutter den Zugang zur elterlichen Sorge dauerhaft verschließt, indem er für diesen Fall keine gerichtliche Einzelfallprüfung vorsieht.¹¹⁷ Die damaligen Annahmen des Gesetzgebers hätten sich inzwischen aufgrund hinreichenden Datenmaterials als nicht zutreffend erwiesen. Vor allem habe sich die Vermutung des Gesetzgebers nicht bestätigt, dass die Ablehnung einer gemeinsamen

weitere Möglichkeit der Sorgerechtserlangung durch den Vater bestand gemäß § 1672 BGB i. d. F. d. KindRG (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997; BGBl. I 1997, S. 2942, 2947.

¹¹¹ Vgl. BVerfGE 107, 150 ff.

¹¹² Art. 6 Abs. 2 GG: Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

¹¹³ § 1626a Abs. 3 BGB: Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge.

¹¹⁴ BVerfGE 107, 150, 175.

¹¹⁵ Vgl. NJW 2010, 501 ff. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erachtete § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. für unvereinbar mit Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK.

¹¹⁶ BVerfGE 127, 132, 141 ff.

¹¹⁷ BVerfGE 127, 132, 151 f.

Sorgetragung seitens der Mütter in aller Regel von Gründen getragen wird, die sich am Kindeswohl orientieren.¹¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht forderte daher den Gesetzgeber zur Ausarbeitung einer gesetzlichen Neuregelung auf. Durch das Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16.04.2013¹¹⁹ wurde dem Vater nunmehr in § 1626a Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 BGB¹²⁰ unter Beachtung des Kindeswohls die grundsätzliche Möglichkeit zur Erlangung des Sorgerechts eingeräumt. Danach überträgt das Familiengericht auf Antrag die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.

Judikative und Legislative sind damit ihrer Schutzpflicht gerecht geworden. Sie haben für unverheiratete Eltern die elterliche Sorge, welche essentieller Bestandteil des von Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Rechts der Eltern auf Pflege und Erziehung des eigenen Kinds ist¹²¹, zivilrechtlich in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht und die Bedürfnisse des Kinds mit berücksichtigt. Dadurch wurden die grundrechtlich abgesicherten Interessen aller Beteiligten auch privatrechtlich in Einklang gebracht und umgesetzt.

f) Weitere Beispiele für die Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre durch das Bundesverfassungsgericht

Die Sachverhaltskonstellationen, in denen die Schutzpflichtlehre zum Tragen gekommen ist, sind vielfältig und nahezu unbegrenzt. So unterwirft das Bundesverfassungsgericht stark benachteiligende Eheverträge anhand von § 138 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 und

¹¹⁸ BVerfGE 127, 132, 157 ff.

¹¹⁹ BGBl. I 2013, S. 795 ff.; in Kraft seit 19.05.2013.

¹²⁰ § 1626a Abs. 1 BGB: Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

1. wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),

2. wenn sie einander heiraten oder

3. soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

§ 1626a Abs. 2 BGB: Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

¹²¹ Vgl. BVerfGE 127, 132, 152.

Art. 6 Abs. 2, 4 GG der Inhaltskontrolle¹²². Es gesteht dem Kind ein aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitetes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu¹²³ und dem Mann ein Recht auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt¹²⁴. Auf dieser Grundlage verlangte es die Einrichtung eines Verfahrens zur Abstammungsklärung, dem der Gesetzgeber durch den Erlass von § 1598a BGB nachgekommen ist. Exemplarisch sind daneben die Entscheidungen der Zivilgerichte, die das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Fällen korrigierte, weil bei der Auslegung der zivilrechtlichen Normen die Abwägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) mit dem Grundrecht des Art. 5 GG ungenügend erfolgte.¹²⁵ Auch im Bereich des Arbeitsrechts spielen mittelbare Drittwirkung und Schutzpflichtlehre eine nicht zu unterschätzende Rolle, so unter anderem im Hinblick auf die sich aus Art. 4 GG ergebenden Rechte des Arbeitnehmers, religiöse Symbole, wie das Kopftuch zu tragen¹²⁶ oder aus Gewissensgründen die Ausführung übertragener Aufgaben zu verweigern¹²⁷. Ferner dürfen dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Zeugenaussagen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen den Arbeitgeber wegen seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG keine zivilrechtlichen Nachteile (wie z. B. eine fristlose Kündigung) erwachsen¹²⁸.

¹²² BVerfGE 103, 89; auf der Basis dieser Entscheidung ergingen zahlreiche Urteile des BGH zur gerichtlichen Kontrolle von benachteiligenden Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen: vgl. BGH FamRZ 2004, 601; 2005, 691; 2005, 1444; 2005, 1449; 2013, 195 und *Schwab*, Familienrecht, 21. Aufl. 2013, Rn. 224 ff.

¹²³ BVerfGE 79, 256; 90, 263; 96, 56 (zum Auskunftsanspruch des Kinds gegenüber der Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters); vgl. auch OLG Hamm NJW 2013, 1167 (zum Auskunftsanspruch des Kinds gegen den behandelnden Arzt hinsichtlich der Identität des Samenspenders).

¹²⁴ BVerfGE 117, 202.

¹²⁵ Ggü. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vgl. BVerfGE 97, 391; 101, 361; ggü Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vgl. BVerfGE 97, 173; ggü. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG vgl. BVerfGE 119, 1. Überdies hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Prüfung der Widerrechtlichkeit des § 823 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten ist, so BVerfGE 25, 256; 34, 269, 281.

¹²⁶ BVerfG NJW 2003, 2815.

¹²⁷ BAGE 62, 59.

¹²⁸ Andernfalls drohe eine starke Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, sog. „whistleblowing“, vgl. BVerfG NJW 2001, 3474.

3. Die spätere Rechtsprechung des BAG zur Grundrechtswirkung im Privatrecht

Das Bundesarbeitsgericht, das zunächst – wie gesehen – die unmittelbare Drittwirkung vertrat, rückte in Bezug auf Individualarbeitsverhältnisse von diesem Ansatz erst nach und nach ab¹²⁹, um spätestens 1984 mit der herrschenden Meinung die mittelbare Drittwirkung zu befürworten.¹³⁰ Wei-tere 20 Jahre später vertrat es Gleiches für das kollektive Arbeitsrecht.¹³¹

Der offenkundige Wandel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur privatrechtlichen Wirkung von Grundrechten vollzog sich in einer Entscheidung, in der es sich mit der Religions- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1¹³² GG, ggf. i. V. m. Art. 4 Abs. 2 GG¹³³) des Arbeitnehmers beschäftigten musste.¹³⁴ Dabei hatte es über die Wirksamkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung zu entscheiden, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit aus Glaubens- oder Gewissensgründen verweigerte. Das BAG führte aus, der Arbeitgeber könne zwar aufgrund seines Weisungsrechts¹³⁵ einseitig eine im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig (also nicht konkret und detailliert; vgl. § 106 S. 1 HS 2 GewO) umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers bestimmen. Entsprechend der gesetzlichen Regelung¹³⁶ dürfe er dieses Weisungsrecht jedoch nur nach billigem Ermessen ausüben.¹³⁷ Dabei müsse er die wesentlichen Umstände¹³⁸ und die beiderseitigen im Einzelfall einschlägigen Interessen – vor allem die Grundrechte

¹²⁹ Noch offengelassen in BAGE 31, 67, 71.

¹³⁰ Vgl. BAGE 47, 363, 373 a.E.; 48, 122, 138 f.; 130, 347, 353.

¹³¹ Dazu führte das BAG 2004 in einem Urteil (BAGE 111, 8) aus: „Die Tarifvertragsparteien sind als Vereinigungen privaten Rechts nicht unmittelbar grundrechtsgebunden.“ Kritisch und a. A. *Belling*, *ZfA* 1999, 547, 558 ff., 575 ff.; *Löwisch*, *RdA* 2000, 312, 313 f.; a. A. zuvor ebenso noch das BAG; vgl. BAGE 1, 258, 262; 95, 277, 283 m. w. N.

¹³² Art. 4 Abs. 1 GG: Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.

¹³³ Art. 4 Abs. 2 GG: Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

¹³⁴ BAGE 47, 363 ff.; bestätigt in BAGE 62, 59 ff.; 137, 164 ff.

¹³⁵ Früher hergeleitet aus § 315 BGB; seit 2003 spezialgesetzlich in § 106 S. 1 GewO geregelt. § 315 Abs. 1 BGB: Soll die Leistung durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. § 106 S. 1 GewO: Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

¹³⁶ § 315 Abs. 1 BGB bzw. § 106 S. 1 GewO (siehe Fn. 135).

¹³⁷ BAGE 47, 363, 375; später bestätigt in BAGE 62, 59, 67; 137, 164, 168.

¹³⁸ BAGE 137, 164, 168.

beider Parteien¹³⁹ – angemessen berücksichtigen.¹⁴⁰ Aufgrund der *mittelbaren* Wirkung des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG¹⁴¹) dürfe der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer regelmäßig¹⁴² aber keine Arbeit zuweisen, die mit ernststen, fundamentalen, unüberwindlichen Glaubensüberzeugungen des Arbeitnehmers kollidiert.¹⁴³ Das hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten durch die Arbeitsverweigerung nicht verletzt.¹⁴⁴ Eine verhaltensbedingte Kündigung¹⁴⁵ von Seiten des Arbeitgebers ist damit nicht möglich¹⁴⁶, wohl aber eine personenbedingte¹⁴⁷, sofern der Arbeitnehmer nicht im Rahmen der vereinbarten oder geänderten Arbeitsbedingungen anderweitig beschäftigt werden kann.¹⁴⁸

4. Die nachfolgende Entwicklung des Meinungsstands bis zur Gegenwart

Im Übrigen lässt sich der Meinungsstand zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht wie folgt darstellen: In Rechtsprechung¹⁴⁹ und Schrift-

¹³⁹ Beim Arbeitgeber ist die grundrechtlich geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit berührt (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG: Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.), die ihm gestattet, dem Arbeitnehmer eine von der vertraglichen Vereinbarung gedeckte Tätigkeit zuzuweisen; vgl. BAGE 62, 59, 67; 137, 164, 170. Im Übrigen sind auch die Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG betroffen.

¹⁴⁰ BAGE 62, 59, 67 f., 70; 137, 164, 168, 170 f.

¹⁴¹ Vgl. Fn. 132.

¹⁴² Anders kann es sein, wenn der Arbeitnehmer schon bei Vertragsschluss mit der kommenden Konfliktlage rechnen musste; vgl. dazu näher BAGE 47, 363, 375; 62, 59, 70 f.; 137, 164, 171, 174.

¹⁴³ Vgl. BAGE 47, 363, 373; 137, 164, 170; zurückhaltender *Scholl* (BB 2012, 53, 55), der die strengen Maßstäbe zur Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 4 GG nicht ohne Weiteres auf das Privatrecht übertragen möchte, vielmehr die betrieblichen Gründe als wichtigstes Abwägungskriterium auf Seiten des Arbeitgebers angemessen berücksichtigt sehen möchte.

¹⁴⁴ Im Schrifttum wird als Rechtsgrundlage für das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers aus Glaubens- oder Gewissensnot hingegen § 275 Abs. 3 BGB statt § 106 S. 1 GewO angewandt; vgl. *Richardt*, SAE 2012, 7, 9 f.; *Scholl*, BB 2012, 53, 55. Bei dieser Lösung verliert allerdings der Arbeitnehmer grds. seinen Anspruch auf die Gegenleistung (Lohn); § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

§ 275 Abs. 3 BGB: Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

¹⁴⁵ § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 Alt. 2 KSchG.

¹⁴⁶ BAGE 137, 164, 167.

¹⁴⁷ § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 Alt. 1 KSchG.

¹⁴⁸ BAGE 62, 59, 66, 70, 73; 137, 164, 174 f.

¹⁴⁹ BVerwG DÖV 1971, 861.

tum¹⁵⁰ hatte die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung von Anfang an nur wenige Befürworter. Auch heute wird sie nur selten vertreten.¹⁵¹ Demgegenüber schloss sich damals¹⁵² wie heute¹⁵³ die ganz überwiegende Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung den Theorien von der mittelbaren Drittwirkung und der staatlichen Schutzpflicht an.

V. Die Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien

Der Begriff „Drittwirkung“ ist nicht glücklich gewählt¹⁵⁴, hat sich aber als geläufige Wendung durchgesetzt, wenn Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen oder sonstige Verhaltensweisen einer Privatperson gegenüber einer anderen vorliegen, die an den Grundrechten gemessen werden.¹⁵⁵ Heute wird zunehmend der Terminus „Horizontalwirkung“ verwandt.¹⁵⁶

1. Zur unmittelbaren Drittwirkung

Die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auch auf den Rechtsverkehr unter Privaten zu erstrecken, wird zu Recht abgelehnt¹⁵⁷. Denn: Grundrechte gelten nach Art. 1 Abs. 3 GG¹⁵⁸ *unmittelbar* grundsätzlich *nur* im

¹⁵⁰ Vgl. z. B. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 285 ff., 354 ff.; *Kaufmann*, AcP 161 (1962), 289, 295 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Lücke*, JZ 1999, 377 ff.; *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ff., 365 ff.

¹⁵² Zur mittelbaren Drittwirkung: *Reimers*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1959, S. 16 ff.; *Geiger*, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, S. 18, 37; *Koebel*, JZ 1961, 521, 525 f.; zur Schutzpflichttheorie: *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

¹⁵³ BVerfGE 103, 89, 100; 114, 1, 33; 121, 317, 356; zuletzt OLG Köln CR 2014, 650, 652 sowie OLG Hamburg GRUR-RR 2014, 140, 145; *Durner*, ZUM 2010, 833, 835; *Howald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2003, S. 23; *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 50; *Ruffert*, Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71.

¹⁵⁴ Grundrechte „wirken“ nicht gegenüber Dritten als Privatpersonen; sie verpflichten allein den Staat. Insofern überzeugt auch die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung nicht. Auch das BVerfG verwendete den Begriff „Drittwirkung“ in seinen Entscheidungen nur sehr selten, und zwar in BVerfGE 7, 198, 204; 73, 261, 269.

¹⁵⁵ Vgl. *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 29, 32.

¹⁵⁶ Vgl. etwa de *Wall/Wagner*, JA 2011, 734.

¹⁵⁷ Im türkischen Recht dagegen nur vereinzelt *Sungurtekin-Özkan*, DEÜHFD, C. 11 Özel Sayı 2009, 553, 554.

¹⁵⁸ Art. 1 Abs. 3 GG: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

Verhältnis zwischen Bürger und Staat.¹⁵⁹ Daher wirken Grundrechte im Zivilrecht grundsätzlich weder als Verbotsgesetze i. S. v. § 134 BGB¹⁶⁰ noch als Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB¹⁶¹ oder als sonstige Rechte gemäß § 823 Abs. 1 BGB^{162, 163}.

Unmittelbare Wirkung entfalten Grundrechte zwischen Privaten nur, wenn und soweit es das Grundgesetz explizit und eindeutig bestimmt. Das Grundgesetz statuiert ein Regel-Ausnahme-Prinzip – anders als die Verfassung der Türkei. Die ausdrückliche Anordnung der unmittelbaren Wirkung unter Privaten in einigen wenigen Grundrechtsartikeln – wie z. B. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG^{164, 165} – ergibt nur Sinn, wenn die Grundrechte im Allgemeinen nicht unmittelbar unter Privaten gelten¹⁶⁶, was für den ganz überwiegenden Teil der Grundrechte anerkannt ist. Das gilt – nach freilich nicht unbestrittener Auffassung – auch für das Grundrecht¹⁶⁷ aus Art. 1 Abs. 1 GG. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde gilt zwischen Privaten nicht unmittelbar¹⁶⁸. Denn Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG stellt klar, dass der Staat zur Beachtung der Menschenwürde aufgerufen ist, obwohl die Erfahrung gelehrt hatte, dass die Menschenwürde auch von nichtstaatlichen Kräften bedroht wurde und wird – beispielsweise von der „Sturm-

¹⁵⁹ Vgl. ebenso schon *Canaris*, JuS 1989, 161.

¹⁶⁰ Vgl. Fn. 53.

¹⁶¹ Vgl. Fn. 57.

¹⁶² Vgl. Fn. 55.

¹⁶³ A. A. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356; zu den unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten vgl. *Roth*, Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, FS für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, hrsg. v. Beuthien/Fuchs/Roth/Schiemann/Wacke, 2009, S. 393, 421.

¹⁶⁴ Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG: Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.

¹⁶⁵ A. A. *Ipsen*, JZ 2014, 157, 158. Weitere Ausnahmefälle – d. h. unmittelbare Drittwirkung – enthalten Art. 20 Abs. 4 GG und Art. 38 Abs. 1 i. V. m. Art. 48 Abs. 2 GG.

¹⁶⁶ Ähnlich *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 35.

¹⁶⁷ Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG wird unter Beachtung der Auslegungstheorien überwiegend als Grundrecht aufgefasst; vgl. statt aller Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, 2014, Art. 1 Abs. 1, Rn. 29; v. Münch/*Kunig*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 3, jeweils m. w. N. Auch das BVerfG spricht vom „Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG“; vgl. etwa BVerfGE 109, 133, 151; 125, 175, 222; 132, 134, 159.

¹⁶⁸ Wie hier *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 f.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 477 f.; a. A. BAG NJW 1957, 1688, 1690; BAGE 38, 69, 80 f.; Maunz/Dürig/*Herdegen*, GG, 2014, Art. 1, Rn. 74; v. Münch/*Kunig*, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 1, Rn. 27; BeckOK/*Hillgruber*, 2014, Art. 1, Rn. 8; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1152; aus der nur mittelbaren Wirkung der Menschenwürde zwischen Privaten ist freilich nicht zu schließen, dass in diesem Bereich Beeinträchtigungen der Menschenwürde durch die grundrechtliche Gewährleistung kollidierender Freiheitsrechte gerechtfertigt werden können – BGH NJW 2014, 3786, 3788.

abteilung“ (SA), der „Schutzstaffel“ (SS¹⁶⁹) in der Zeit des Dritten Reichs oder von Denunzianten in der Nachbarschaft.¹⁷⁰ Im Übrigen signalisiert der Gesetzgeber durch die Bereitstellung vieler Normen, die Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten – wie §§ 138¹⁷¹, 242¹⁷², 275 Abs. 3¹⁷³, 307 Abs. 1¹⁷⁴, 626 Abs. 1¹⁷⁵, 826¹⁷⁶, 1004 Abs. 2¹⁷⁷, 1666¹⁷⁸

¹⁶⁹ SA und SS waren Organisationen der NSDAP. Die Partei hat großen Wert darauf gelegt, sie nicht in den Staatsapparat zu integrieren, weil man den staatlichen Institutionen in der Weimarer Republik – und teilweise auch noch nach 1933 – misstraute. Selbst die Waffen-SS, die ähnlich operierte wie die Wehrmacht, blieb an die Partei gebunden.

¹⁷⁰ Gleichwohl war es nicht die private Bedrohung der Menschenwürde, welche zur Aufnahme der Menschenwürdegarantie führte. Vielmehr standen auch bei den Beratungen zum GG vor allem die Gefährdungen der Menschenwürde durch staatliche Amtsträger im Vordergrund; vgl. *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I, Rn. 24 m. w. N.

¹⁷¹ Vgl. Fn. 63.

¹⁷² Vgl. Fn. 64.

¹⁷³ Vgl. Fn. 144.

¹⁷⁴ Zur Drittwirkung im Rahmen des § 307 BGB vgl. BGH NZM 2006, 775, 776.

¹⁷⁵ § 626 Abs. 1 BGB: Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Zur mittelbaren Drittwirkung im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB vgl. auch *Lembke*, RdA 2013, 82, 85.

¹⁷⁶ Vgl. Fn. 65. Zur mittelbaren Drittwirkung der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, 3 Abs. 1 sowie Art. 14 GG über § 826 BGB bei Stadionverboten *Stoll/Lüers*, DÖV 2014, 222, 223 f.; vgl. dazu auch BGH NJW 2010, 534, 535.

¹⁷⁷ § 1004 Abs. 1: Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

Abs. 2: Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist.

¹⁷⁸ § 1666 Abs. 1 BGB: Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen gefährdet und sind die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht die Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind.

Abs. 2: In der Regel ist anzunehmen, dass das Vermögen des Kindes gefährdet ist, wenn der Inhaber der Vermögenssorge seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind oder seine mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder Anordnungen des Gerichts, die sich auf die Vermögenssorge beziehen, nicht befolgt.

Abs. 3: Zu den gerichtlichen Maßnahmen nach Absatz 1 gehören insbesondere

1. Gebote, öffentliche Hilfen wie zum Beispiel Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge in Anspruch zu nehmen,
2. Gebote, für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen,
3. Verbote, vorübergehend oder auf unbestimmte Zeit die Familienwohnung oder eine andere Wohnung zu nutzen, sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung aufzuhalten oder zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich das Kind regelmäßig aufhält,
4. Verbote, Verbindung zum Kind aufzunehmen oder ein Zusammentreffen mit dem Kind herbeizuführen,

BGB und § 315 Abs. 1 BGB, § 106 S. 1 GewO¹⁷⁹ – seine Ablehnung gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung. Das Grundgesetz selbst ist zwar erst knapp 50 Jahre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten. Bis heute sind die genannten wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken¹⁸⁰, aber nicht obsolet geworden. Vielmehr sind sie fester Bestandteil der Privatrechtsordnung und fungieren nun als Transformatoren der Grundrechte in das Privatrecht.

Soweit die Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung darauf abstellen, dass die Grundrechtsbindung des Staats erst recht eine Bindung Privater nach sich ziehen müsse¹⁸¹, wenn sie mit sozialer Macht ausgestattet sind¹⁸², ist dem zu widersprechen.¹⁸³ Denn auch private Inhaber sozialer Macht sind Grundrechtsträger, weshalb ihnen Grundrechtsgewährleistungen ebenso zukommen.

Der maßgebliche Unterschied, welcher das Verhältnis von Staat und Bürger auf der einen Seite und das Verhältnis der Bürger untereinander kennzeichnet, steht der Gleichstellung entgegen.¹⁸⁴ Normadressat der Grundrechte ist nur der Staat. Das ergibt sich auch aus der in Art. 3 Abs. 1 GG¹⁸⁵ geregelten Gleichheit „vor dem Gesetz“ und der Systematik der

5. die Ersetzung von Erklärungen des Inhabers der elterlichen Sorge,

6. die teilweise oder vollständige Entziehung der elterlichen Sorge.

Abs. 4: In Angelegenheiten der Personensorge kann das Gericht auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.

Zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte von Eltern und Kind im Rahmen des § 1666 BGB vgl. *Belling*, Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – Eine ungelöste Aufgabe des Gesetzgebers, in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Bub zum 60. Geburtstag, Partner im Gespräch, Bd. 80, hrsg. v. Derleder/Gauweiler/Merle/Schumann, 2007, S. 455, 460.

¹⁷⁹ Vgl. Fn. 135.

Zum „billigen Ermessen“ i. S. d. § 315 Abs. 1 BGB bzw. § 106 S. 1 GewO: LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 20.01.2009 – 5 Sa 270/08; BAGE 137, 164, 169 f. m. w. N.

¹⁸⁰ BVerfGE 81, 242, 256; BAGE 76, 155, 168.

¹⁸¹ *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125.

¹⁸² *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385, 406 f.; für das türkische Recht *Gören*, Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I' den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara 11 Mayıs 2001, S. 1, 32; *Özcan*, AÜEHFD, C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181; *Dural/Ögüz*, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, S. 93 f.; *Sevimli*, İççinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, S. 46; *Çelik*, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, S. 355; *Tunçomağ/Centel*, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, S. 4.

¹⁸³ Ebenso *Canaris*, AcP 184, (1984), 201, 206.

¹⁸⁴ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 480; *Richardi* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, 3. Aufl. 2009, § 12, Rn. 9.

¹⁸⁵ Art. 3 Abs. 1 GG: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Gesetzesvorbehalte der Grundrechte, welche sich lediglich an den Gesetzgeber richten.¹⁸⁶

Eine unmittelbare Drittwirkung lässt sich schließlich auch nicht damit begründen, dass Zivilgerichte, welche über Streitigkeiten zwischen Privaten zu entscheiden haben, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Gerichte haben Grundrechte nur insoweit zu beachten, wie sie gelten.¹⁸⁷ Der klare und eindeutige Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG spricht gegen die unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte. Folgerichtig entscheiden Zivilgerichte private Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich allein anhand von Zivilrechtsnormen, bei deren Anwendung der Zivilrichter betroffene Grundrechtsbelange beider Parteien (lediglich) gegeneinander abwägt¹⁸⁸, die Zulässigkeit eines hoheitlichen Grundrechtseingriffs prüft er dagegen nicht¹⁸⁹.

In materieller Hinsicht zöge der aus der unmittelbaren Wirkung resultierende stärkere *Schutz* vor Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Private auf der Seite des Gegenübers auch eine stärkere *Freiheitsbeschränkung* nach sich.¹⁹⁰ Die einstigen Vertreter einer unmittelbaren Drittwirkung nahmen zwar an, dass die Wirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten eine andere sei als diejenige zwischen Bürger und Staat.¹⁹¹ Bei der Grundrechtsanwendung zwischen Privatrechtssubjekten sei deshalb zu beachten, dass jeder von ihnen Grundrechtsträger ist und sich auf diese Weise gleiche oder andere Freiheitsrechte gegenüberstehen¹⁹², vor allem die auch in der Verfassung verbürgte privatrechtliche Gestaltungsfreiheit und Vertragsfreiheit solle nicht ungebührlich eingeschränkt werden.¹⁹³ Dementsprechend sahen die Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung die Privatautonomie nicht „an der Wurzel getroffen“ oder wenigstens beein-

¹⁸⁶ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 ff.; *ders.*, JuS 1989, 161, 162; *ders.*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Voskuhle, 2002, S. 29, 35.

¹⁸⁷ Zutreffend *Petz*, JA 1987, 634 m. w. N.

¹⁸⁸ Zur Abwägung des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit in § 1004 BGB vgl. BGH NJW 2014, 1381, 1382; BAG JZ 2014, 902 m. Anm. *Belling*.

¹⁸⁹ *Durner*, ZUM 2010, 833, 835.

¹⁹⁰ Ähnlich *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Voskuhle, 2002, S. 29, 36; Maunz/Dürig/Herdegen, GG, 2014, Art. 1 Abs. 3, Rn. 59; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 191; a. A. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl. 1959, S. 95.

¹⁹¹ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18; so auch jetzt noch *Preeedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005, S. 65 f.

¹⁹² *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18 f.

¹⁹³ BAGE 1, 185, 196.

trächtig.¹⁹⁴ Tatsächlich wird selbst heute noch angenommen, dass in den Auswirkungen auf die Privatautonomie kaum messbare Unterschiede zwischen beiden Theorien bestehen.¹⁹⁵

Das mag für einen nicht unerheblichen Teil der Fälle zutreffen, in denen Grundrechte Privater aufeinander treffen. So macht es vom Ergebnis her z. B. keinen Unterschied, ob die Grundrechte des Bürgen mittelbar über den in § 138 Abs. 1 BGB¹⁹⁶ verankerten Begriff der Sittenwidrigkeit zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags führen, oder ob sich die Nichtigkeit unmittelbar aus § 134 BGB¹⁹⁷ i. V. m. dem entsprechenden Grundrecht des Bürgen aus Art. 2 Abs. 1 GG^{198, 199} ergibt.

Im Einzelfall bestehen aber deutliche Unterschiede: So wäre im Fall unmittelbarer Drittwirkung der Grundrechte die vertragliche Verpflichtung eines Christen zur Sonntagsarbeit wegen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts der ungestörten Religionsausübung²⁰⁰ nichtig.²⁰¹ Auch die Wahl des Vertragspartners wäre im Fall der unmittelbaren Drittwirkung stärker eingeschränkt. Anders als vom Grundgesetz vorgegeben, verbietet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz Ungleichbehandlungen im Zivilrechtsverkehr z. B. nur unter bestimmten Voraussetzungen (§ 19 AGG²⁰²). Auch gelten die Einschränkungen dieses Gesetzes nur gegenüber dem Abwickler von Massengeschäften²⁰³, nicht aber gegenüber dem auswählenden Kunden.²⁰⁴ Dementsprechend erreicht das Verhalten eines Kunden, der sich seinen Vertragspartner nach dessen Religion oder

¹⁹⁴ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18 f.

¹⁹⁵ *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005, S. 65 f.; ebenso schon *Kempff*, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, 1988, S. 21 f.

¹⁹⁶ Vgl. Fn. 63.

¹⁹⁷ Vgl. Fn. 53.

¹⁹⁸ Vgl. Fn. 102.

¹⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 1994, 2749 f.

²⁰⁰ Vgl. Fn. 133.

²⁰¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 204.

²⁰² Vgl. z. B. § 19 Abs. 3 AGG: Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.

§ 19 Abs. 5 S. 1 AGG: Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird.

²⁰³ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass nur (natürliche oder juristische) unternehmerisch tätige Personen eine „Vielzahl von Verträgen“ ähnlichen Inhalts abschließen und dass solche Massengeschäfte regelmäßig „ohne Ansehen der Person“ abgewickelt werden (sollen). Vgl. den Wortlaut von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sowie BT-Drs. 16/1780, S. 41.

²⁰⁴ *MüKo/Thüsing*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 19 AGG, Rn. 124; *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 1. Aufl. 2008, § 19, Rn. 9.

Weltanschauung auswählt, auch nicht das Maß der in den § 138 Abs. 1 BGB und § 826 BGB enthaltenen Sittenwidrigkeit. Ein Kunde kann sich also – anders als ein Unternehmer – seinen Vertragspartner durchaus etwa nach dessen Religion oder Weltanschauung auswählen, ohne rechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Diese Freiheit hätte er bei unmittelbarer Drittwirkung nicht. Bei unmittelbarer Drittwirkung wäre eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG²⁰⁵ durch den Kunden gegeben, wenn dieser seine Entscheidung ausschließlich auf der Basis eines der in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Gründe trifft. In der Konsequenz wäre der Kunde einem Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB²⁰⁶ i. V. m. Art. 3 Abs. 3 GG ausgesetzt. Die genannten Beispiele zeigen, dass die unmittelbare Drittwirkung die Privatautonomie stärker gefährdet als ihr nur mittelbar wirkender Gegenpart. Die unmittelbare Drittwirkung verkehrte die privatrechtlich garantierte „Freiheit zur Willkür“²⁰⁷ bzw. „Freiheit zur Diskriminierung“²⁰⁸ in eine bevormundende Gesetzmäßigkeit. Es mag zwar mittlerweile viele Gesetze – wie etwa das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), die Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) oder § 138 Abs. 2 BGB²⁰⁹ – geben, welche der Willkür auch unter Privaten Grenzen setzen. Diese Normen zielen aber nicht auf zwei Privatrechtssubjekte auf gleicher Höhe, sondern wollen primär die Chancenungleichheit bei der Vertragsschließung und -gestaltung ausgleichen, welche entsteht, wenn sich Verbraucher und Unternehmer gegenüberstehen.

2. Zur mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre

a) Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung

Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung verdient damit den Vorzug. Sie findet nur zwischen Privatrechtssubjekten Anwendung. Sie müssen danach im Rahmen ihrer rechtsgeschäftlichen oder tatsächlichen Handlung

²⁰⁵ Art. 3 Abs. 3 GG: Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

²⁰⁶ Vgl. Fn. 57.

²⁰⁷ Vgl. dazu de *Wall/Wagner*, JZ 2011, 734, 736.

²⁰⁸ Vgl. *Isensee*, Vorwort des Herausgebers, in: *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 7.

²⁰⁹ Vgl. Fn. 63.

gen die gegenseitigen Grundrechte – vermittelt durch Spezialgesetze oder zivilrechtliche Generalklauseln – beachten.

Werden der Gesetzgeber oder die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts tätig, sind sie gemäß Art. 1 Abs. 3 GG²¹⁰ unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Das gilt für die Rechtsprechung nicht nur bei der Anwendung öffentlichen Rechts (wie den Prozessordnungen²¹¹), sondern auch bei der Anwendung zivilrechtlicher Normen. Handelt es sich dabei um Generalklauseln, welche die Grundrechte mittelbar zum Tragen bringen, muss zwischen den ins Privatrecht einstrahlenden Grundrechten ein konkreter, auf den zu entscheidenden Einzelfall bezogener Interessenausgleich hergestellt werden.²¹² Missachtet das Gericht die betreffenden Grundrechte oder schöpft es seinen Abwägungsspielraum zu Lasten einer Partei nicht aus, weil es der Rechtsposition der anderen Partei grundsätzlich den Vorrang einräumt²¹³, verletzt es als Grundrechtsverpflichteter die Grundrechte der betroffenen Partei unmittelbar.²¹⁴ Deshalb kann der Bürger gegen Gerichtsentscheidungen gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG²¹⁵ direkt Verfassungsbeschwerde erheben.

Die eigentliche sog. mittelbare Drittwirkung entfaltet sich damit nur in Fällen, in denen eine *Privatperson* die *Grundrechte einer anderen einschränkt*, z. B. durch Vertrag, Ausübung eines Gestaltungsrechts oder durch schädigende Handlung. Nur in dieser Konstellation können die Grundrechte durch die zivilrechtlichen Generalklauseln in das materielle Zivilrecht „ausstrahlen“.

²¹⁰ Vgl. Fn. 158.

²¹¹ Vgl. dazu BVerfG NJW 2013, 290 f.

²¹² *Manssen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2013, Rn. 103.

²¹³ Vgl. BVerfGE 96, 56, 65 f.; vgl. auch BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

²¹⁴ In der Türkei sprechen die Richter zwar – ähnlich wie in Deutschland – die Urteile gemäß ihrem Gewissen in Übereinstimmung mit der Verfassung, den Gesetzen und dem Recht (vgl. Art. 138 Abs. 1 HS 2 TV von 1982). Aus dem Umstand, dass sich die Parteien gegenüber einer möglicherweise verfassungswidrigen Zivilgerichtsentscheidung auf Grundrechte berufen können, wird jedoch z.T. gefolgert, dass die Grundrechte zwischen Privaten unmittelbar wirken. Vgl. *Özcan*, AÜEHFD C. IX, Sayı 3-4 (2005), S. 181, 185. Im türkischen Recht leitet *Ünsal* (Politische und religiöse Symbole im Betrieb, 2009, S. 468) aus Art. 5 von 1982 TV ab, dass der Staat den Bürger vor Grundrechtseingriffen durch Dritte bewahren müsse. Anders als im deutschen Recht wird im türkischen Recht aber die Schutzpflichtlehre kaum vertreten.

²¹⁵ Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.

b) Die Schutzpflichttheorie

Die mittelbare Drittwirkung in Gestalt der „Ausstrahlungswirkung“ stellt deshalb nur eine bildhafte Umschreibung der Vorstellung dar, die man von der Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten hat. Der dogmatische Ansatz wird zunehmend in der sog. Schutzpflichttheorie gesehen.²¹⁶

Danach ist der Staat verpflichtet, den *Bürger vor rechtswidrigen Zugriffen zu schützen*, die ihm von Seiten Dritter drohen.²¹⁷ Ursprung des staatlichen Schutzgedankens ist das „Wesen der Staatlichkeit selbst“.²¹⁸ Es ist Aufgabe des Staats, für Sicherheit und Rechtsfrieden in seinem Herrschaftsbereich zu sorgen.²¹⁹ Der Verzicht auf das „naturegegebene Recht zur Verteidigung“²²⁰ kann durch die Bürger nur akzeptiert werden, wenn sie ihre *Rechtsgüter durch den Staat gesichert* wissen. Dementsprechend sind gemäß Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden.

Staatliche Schutzpflichten lassen sich zwar nur teilweise²²¹ unmittelbar dem Wortlaut des jeweiligen Grundrechts entnehmen.²²² Erkennt man jedoch – wie überwiegend angenommen wird²²³ – auch die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte an, welche die abwehrrechtliche Dimension optimiert²²⁴, so enthält jedes Grundrecht im Ergebnis zugleich einen Schutzauftrag.²²⁵

²¹⁶ Vgl. etwa *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352 f.; MüKo/*Armbrüster*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 134, Rn. 34; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.

²¹⁷ Zur Schutzpflicht des Staats bereits *Belling*, ZfA 1999, 547, 572 ff.

²¹⁸ *Oldiges*, Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: FS für Friauf, hrsg. v. *Wendt*, 1996, S. 281, 299; *Starck*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürner, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 64.

²¹⁹ *Hager*, JZ 1994, 373, 378; *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 181 ff.; vgl. auch *Ciftci*, NJOZ 2014, 921, 922.

²²⁰ *Klein*, NJW 1989, 1633, 1636; ähnlich *Isensee*, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. *Isensee*, 2007, S. 239, 252 m. w. N.

²²¹ Vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 GG: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

Zum Gesetzestext des Art. 6 Abs. 2 S. 2 i. V. m. S. 1 GG vgl. Fn. 112.

Zum Gesetzestext des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG vgl. Fn. 10.

²²² *Bleckmann* (DVBl. 1988, 938, 941 f.) folgert aus den Formulierungen „ist unantastbar“ (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und „ist unverletzlich“ bzw. „sind unverletzlich“ (vgl. Art. 4 Abs. 1, 10 Abs. 1 und 13 Abs. 1 GG), dass „die Grundrechte Werte darstellen, die gegen alle denkbaren Eingriffe – ganz gleich aus welcher Richtung – umfassend geschützt sind.“

²²³ Vgl. vor allem BVerfGE 7, 198, 206 f.; 39, 1, 41 f.; 81, 242, 256; *Ciftci*, NJOZ 2014, 921, 922.

²²⁴ BVerfGE 7, 198, 205; 35, 79, 113 m. w. N.; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 347.

²²⁵ Ebenso *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Vorb., Rn. 104; *Isensee/Kirchhof/Rüfner*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 197, Rn. 93; *Klein*, DVBl. 1994, 489, 491; *Szczekalla*, Die so-

Wenngleich die Schutzpflichttheorie Unklarheiten aufweist und ihre Konturen in manchen Ausprägungen noch verschwommen sind (z. B. hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit und der Schutzintensität), ist sie zu befürworten. Gesetzesmediatisiert richtet sie sich, nicht allein, an die Rechtsprechung²²⁶. In Erfüllung ihrer Schutzpflicht hat diese die Gesetze einschließlich der Verfassung anzuwenden, auszulegen und – unter Beachtung der Grenzen der Rechtsfortbildung²²⁷ – weiterzuentwickeln. Die Schutzpflicht verlangt darüber hinaus, und zwar primär²²⁸ vom Gesetzgeber, verantwortungsvolles Gestalten unter Berücksichtigung aller Belange der beteiligten Personen einschließlich ihrer Grundrechte²²⁹. Adressiert sind die Grundrechte damit nach wie vor unmittelbar nur an die Staatsgewalten – freilich an sämtliche (Art. 1 Abs. 3 GG).

Dem Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung dieses Schutzes zu²³⁰. Im Vergleich zu den Mitteln des öffentlichen Rechts und des Strafrechts bietet sich das Zivilrecht in vielen Fällen als geeigneteres Instrument an, weil es für die Beteiligten schonender und ausgleichender wirkt.²³¹

genannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 149 f., 335; *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 87; *Unrub*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 75 u. 78; vgl. auch *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161; ausführlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 154 ff., 170 ff. Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

Die Ausdehnung der eindeutigen staatlichen Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG auf alle übrigen Grundrechte ließe sich hingegen schwerer begründen (*Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 160 f.; a. A. *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 76 ff.).

²²⁶ Vgl. dazu BVerfGE 103, 89, 100; BAG NZA 2010, 824, 827 f. Daneben richtet sich die Schutzfunktion der Grundrechte auch an die Exekutive; zu Recht *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352; *ders.*, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Band, hrsg. v. Badura/Dreier, 2001, S. 35, 48; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 267; *Ziekow*, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 590. *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161 nimmt dagegen an, Schutzpflichten seien „aus der Verfassung ableitbare Verpflichtungen des Gesetzgebers“.

²²⁷ Diese Grenzen sind auch vom Bundesverfassungsgericht selbst zu wahren.

²²⁸ Vgl. BVerfGE 39, 1, 51; 96, 56, 64; 114, 1, 34 f.; 121, 317, 356; ebenso *Canaris*, JuS 1989, 161, 163; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1765, 1767; *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 202 f.; *Schmidt am Busch*, GewArch 2011, 1, 2.

²²⁹ Vgl. BVerfG NJW 2005, 2376, 2378 sowie *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 203 ff.

²³⁰ Der Rechtsprechung sind engere Grenzen gezogen, allein schon weil sie nur auf einen Fall bezogen erkennt.

²³¹ Ähnlich *Hager*, JZ 1994, 373, 378.

Aus den Grundrechten sogar eine „Pflicht zum Strafen“ herzuleiten, erstaunt auf den ersten Blick, ist aber nicht ausgeschlossen.²³² Zwar sind die Grundrechte primär Abwehrrechte gegenüber dem Staat und sollen in dieser Funktion der Strafgewalt des Staats Grenzen ziehen. Die Schutzpflicht des Staats gründet aber auch auf dem staatlichen Gewaltmonopol, welches es dem Bürger verwehrt, ihm zugefügte Rechtsverletzungen eigenmächtig abzuwehren und zu verfolgen²³³. Der Staat kann deshalb gehalten sein, die Grundrechte des Einzelnen vor Eingriffen Dritter durch Strafnormen zu schützen, selbst wenn damit ein schwerer Eingriff in die Freiheitsrechte des jeweiligen Täters verbunden ist. Aus zivilrechtlichen Haftungsnormen²³⁴ und verwaltungsrechtlichen Mitteln können sich zwar in vielen Fällen für den Täter tiefgreifende und empfindliche Maßnahmen ergeben. Das gilt unter anderem, wenn der Täter mit hohen Schadenersatzforderungen belastet wird. Strafrechtliche Sanktionen werden dadurch allerdings nicht obsolet. Sie dienen der Generalprävention und als Abschreckung und werden nur eingesetzt, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“²³⁵. Insofern lässt sich zum Beispiel ein Schutz vor Mördern und Totschlägern generalpräventiv nicht anders erreichen als durch strafrechtliche Verbotsnormen.²³⁶ Damit die Grundrechte auf diesem Wege nicht entarten, indem aus ihnen eine „Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen“ entnommen wird²³⁷, sind der sich aus der Schutzpflicht ergebenden Verpflichtung des Staats, Strafnormen zu erlassen, enge Grenzen zu setzen: Bei der Genese strafrechtlicher Normen müssen der Gesetzgeber und bei deren Kontrolle das Bundesverfassungsgericht Zurückhaltung üben. Strafen sollen nur *als ultima ratio* angewendet werden²³⁸. Das Bundesverfassungsgericht darf dem Gesetzgeber darüber hinaus nicht bereits entgegenreten und die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung durch eine eigene Regelung erset-

²³² In diese Richtung aber: BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 582 ff. (abw. *M. Rupp-v. Brünneck, Simon*).

²³³ Vgl. die Nachweise in Fn. 217-219.

²³⁴ Z. B. gerichtet auf Schadenersatz und/oder Entschädigung.

²³⁵ BVerfGE 96, 245, 249; vgl. zum Ganzen auch *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 360 ff.

²³⁶ BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 584 (abw. *M. Rupp-v. Brünneck, Simon*), welche an anderer Stelle aber auch generell die aus der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes abgeleitete Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen in Frage stellen.

²³⁷ Diese Befürchtung äußern *Rupp-v. Brünneck, Simon*, in: BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 583 (abw. *M.*).

²³⁸ BVerfGE 96, 245, 249 m. w. N.

zen, wenn es der Auffassung ist, eine objektive Wertentscheidung sei nicht bestmöglich verwirklicht; es darf das nur unter der Voraussetzung, dass die Wertentscheidung vollständig außer Acht gelassen wurde oder die Art und Weise ihrer Realisierung offensichtlich fehlerhaft ist.²³⁹ Andernfalls mutiert das Bundesverfassungsgericht zu einer Superrevisionsinstanz, welche die Eigenständigkeit des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht aushöhlt. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, welche das Zivilrecht betreffen, binden gemäß § 31 Abs. 1 BVerfG auch den Zivilrechts-Gesetzgeber; dessen Arbeitsweise wird damit durch das Bundesverfassungsgericht allerdings unmittelbar vorgezeichnet, obwohl die Schutzpflicht primär dem Gesetzgeber selbst obliegt.²⁴⁰

c) Das Verhältnis zwischen mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflicht

In den letzten Jahren rückte die Schutzpflichttheorie verstärkt in den Vordergrund. Es fragt sich daher, ob die Theorie der mittelbaren Drittwirkung deshalb an Bedeutung verloren hat. Große Einigkeit besteht gegenwärtig dahingehend, dass zwischen beiden Theorien eine Wechselwirkung besteht.²⁴¹ Teilweise wird dabei die Schutzpflichtlehre als Teil der Drittwirkungslehre betrachtet.²⁴² Andere sehen in der Schutzpflichtlehre die Drittwirkungslehre mit enthalten.²⁴³

Die gegenseitige Abhängigkeit beider Theorien lässt sich wie folgt darstellen: Sie ergänzen und vervollkommen einander: Auf der einen

²³⁹ BVerfGE 39, 1, 68 ff. = NJW 1975, 573, 583 (abw. *M. Rupp-v. Brünneck, Simon*).

²⁴⁰ Vgl. auch *Ipsen*, JZ 2014, 157, 160 ff.

²⁴¹ Vgl. etwa *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227 f.; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1765 f.; *Klein*, NJW 1989, 1633, 1639 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 285; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.; *Unrub*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71 ff.

²⁴² *Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, 1997, S. 335; *Howald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2003, S. 34.

²⁴³ *Augsberg/Viellechner*, JuS 2008, 406, 412; *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 29, 32 m. w. N.; *Gersdorf*, AöR 199 (1994), 400, 421 mit Verweis auf *Klein*, NJW 1989, 1633, 1640; *Groß*, JZ 1999, 326, 331; *Gurlit*, NZG 2012, 249, 251; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1767 f.; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352 f.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 198; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 253; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 254 ff.; *Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 67; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 1560, 1572; *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 176; *Unrub*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 72 f.

Seite stellt die mittelbare Drittwirkung eine Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht dar. Nicht alle gegenwärtigen oder zukünftigen menschlichen Beziehungen und Konflikte lassen sich im Rechtssystem konkret ausgestalten oder lösen. Deshalb stellt der Gesetzgeber in Umsetzung seiner Schutzpflicht unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln zur Verfügung, welche die Rechtsprechung anhand der grundrechtlichen Wertordnung und den Umständen des konkreten Einzelfalls ausfüllt.

Auf der anderen Seite wird die mittelbare Drittwirkung durch die staatliche Schutzpflicht selbst begrenzt. Grund ist die Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungskompetenz des Staats²⁴⁴ im Hinblick auf die Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht.

d) Die Erfüllung der Schutzpflicht

Aber auch dieser Gestaltungspielraum des Gesetzgebers bei der Erfüllung der Schutzpflicht ist keineswegs unbeschränkt.

Vor allem im rechtsgeschäftlichen Bereich, der dem Einzelnen die rechtlichen Mittel zur Verfügung stellt, seine Interessen in eigener Verantwortung zu verwirklichen, muss der Staat die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie der beteiligten Personen wahren. Privatautonomie als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“²⁴⁵ ist „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen“.²⁴⁶ Sie umfasst die Vertragsfreiheit, d. h. die Freiheit, sich selbst durch Vertrag zu binden.²⁴⁷ Das Bundesverfassungsgericht fordert grundsätzlichen staatlichen Respekt gegenüber privatrechtlich getroffenen Regelungen; denn die privaten Vertragsparteien „bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang.“²⁴⁸ Der im Vertrag zum Ausdruck gebrachte übereinstimmende Wille der Vertragsparteien lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenaus-

²⁴⁴ Vgl. dazu BVerfGE 96, 56, 64 m. w. N.; 121, 317, 356.

²⁴⁵ BVerfGE 81, 242, 254.

²⁴⁶ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Aufl. 1992, S. 1.

²⁴⁷ Isensee, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 239, 249; vgl. auch BVerfGE 81, 242, 254.

²⁴⁸ BVerfGE 81, 242, 254.

gleich schließen.²⁴⁹ Deshalb gilt im Grundsatz „Vertrag ist Vertrag“.²⁵⁰ Allerdings besteht Privatautonomie nur im Rahmen der geltenden Gesetze, die ihrerseits an die Grundrechte gebunden sind, vor allem, wenn sie als zwingendes Recht der Privatautonomie Schranken setzen. Diese Schranken sind jedenfalls erforderlich, wenn Fremdbestimmung droht; denn Privatautonomie setzt voraus, dass freie Selbstbestimmung tatsächlich möglich ist.²⁵¹ Jede Seite muss die Macht zur Selbstbestimmung haben. Im Rahmen der auch im Gesetzgebungsverfahren notwendigen vorweggenommenen Abwägung der sich – grundsätzlich gleichrangig²⁵² – gegenüberstehenden Grundrechte kommt es deshalb – neben der potentiellen Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigungen – vor allem darauf an, ob die autonome Entscheidungsfreiheit einer Partei in der zu regelnden Konstellation aufgrund eines *strukturellen Machtgefälles* beeinträchtigt ist. In diesem Fall muss der Gesetzgeber abstrakte Normen (wie etwa §§ 611 ff. BGB, §§ 6 ff. AGG²⁵³ im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, und das Tarifvertragsgesetz) erlassen, die den betreffenden Themenkomplex abdecken. Ein solches Gefälle besteht beispielsweise auf „typisch unvollkommenen Märkten“ wie dem Arbeits- und Wohnungsmarkt, wo „die Vertragsfreiheit zur Diktatfreiheit des sozial Mächtigen, zur Diktathörigkeit des sozial Ohnmächtigen“²⁵⁴ wird, wenn nicht der Staat in Erfüllung seiner Schutzpflicht ausgleichend wirkt. Der Arbeits- und Wohnungsmarkt sind daher der Privatautonomie zu einem erheblichen Teil entzogen. Durch die Wahrnehmung der Schutzpflicht mäßigt der Staat die Freiheitsentfaltung des Starken und ermöglicht die Freiheitsentfaltung des

²⁴⁹ BVerfGE 103, 89, 100.

²⁵⁰ Vgl. dazu BVerfGE 89, 214, 234.

²⁵¹ Vgl. BVerfGE 81, 242, 254 f.; 103, 89, 100; ebenso bereits *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band I, hrsg. v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, 1960, S. 135, 142 f. sowie S. 146 f.

²⁵² *Rißner*, Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. v. Starck, II. Bd., 1976, S. 453, 461–465; vgl. BGH (NJW 2008, 216, 217 sowie 2010, 436, 437) zur Gleichrangigkeit der Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Halbsatz 2 GG; BVerwG (NVwZ 1994, 578, 579) zur Gleichrangigkeit der Grundrechte aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; BGH (NJW 1978, 1797, 1798) sowie OLG Stuttgart (Urt. v. 01.10.2003 – 4 U 114/03) zur Gleichrangigkeit der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (sowie Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Ebenso *Ipsen*, JZ 2014, 157, 159 m. w. N.

²⁵³ Die Notwendigkeit des AGG bezweifelnd *Isensee*, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 239, 271 ff.

²⁵⁴ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 133.

Schwachen. Für die *Schwere* der Beeinträchtigung des Grundrechts des einen (schwachen) Privaten durch einen anderen kommt es darauf an, ob sich das Grundrecht auch in der Weise verwirklichen lässt, dass die Kollision mit dem Grundrecht des anderen vermieden wird. So muss beispielsweise ein Arbeitnehmer in Ausübung seiner Koalitionsfreiheit nicht zum Streik aufrufen, indem er das Eigentum des Arbeitgebers (konkret dessen Kommunikationsmittel) verwendet, wenn ihm dafür auch andere (eigene) Mittel zur Verfügung stehen.²⁵⁵ Andererseits kann ein Mieter ausländischer Herkunft zur Gewährleistung seiner Informationsfreiheit auf die primäre Inanspruchnahme von Informationsquellen wie das Internet oder Kabelfernsehen verwiesen werden, wenn damit in zumutbarer Weise ein Eingriff in das Eigentum seines Vermieters durch Anbau einer Satellitenanlage vermieden werden kann.²⁵⁶

Unter anderem im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse²⁵⁷, die ihrer Intention nach darauf abzielen, den Einzelnen vor Eingriffen nicht rechtsgeschäftlicher Natur zu schützen und einen gerechten Ausgleich für Schäden und ungerechtfertigte Bereicherungen zu gewährleisten²⁵⁸, ist zweifelhaft, ob die „Diktatfreiheit des sozial Mächtigen“ und die „Diktathörigkeit des sozial Ohnmächtigen“ bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechte im Vordergrund stehen, weil es in diesem Bereich weniger um die privatautonome Umsetzung eigener Interessen geht. Vielmehr geht es um den Ausgleich zwischen der Betätigungsfreiheit des einen und dem (Bestands-)Schutz der Rechte und Rechtsgüter des anderen. Der Staat hat, worauf *Isensee*²⁵⁹ zutreffend hinweist, „kraft seiner grundrechtlichen Schutzpflicht zu gewährleisten, daß die Träger der Grundrechte sich der Übergriffe auf die Rechtsgüter des anderen enthalten“. Dabei gilt der staatliche Schutz grundsätzlich dem Schwachen, Gehandikapten, Wehrlosen (z. B. der Leibesfrucht). Der Staat muss aber auch die Grundrechte des verhältnismäßig Stärkeren (etwa der Schwangeren) berücksichtigen, die möglichst nicht völlig verdrängt werden dürfen.

Im „*Harlan ./ Lütth-Prozess*“²⁶⁰ war diese Lage im Verhältnis zwischen *Lütth* und *Harlan* nicht gegeben. Harlan befand sich nicht in

²⁵⁵ BAG JZ 2014, 902, 904 m. Anm. *Belling*.

²⁵⁶ Vgl. z. B. BGH NJW-RR 2013, 1168; BVerfG NJW-RR 2005, 661.

²⁵⁷ Gleiches gilt für alle anderen „außervertraglichen Schuldverhältnisse“; zu diesem, dem Europäischen Recht entnommenen Begriff vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 VO (EG) 864/2007 (ROM II-VO).

²⁵⁸ *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2014, Rn. 6.

²⁵⁹ Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, hrsg. v. *Isensee*, 2007, S. 239, 252.

²⁶⁰ BVerfGE 7, 198; vgl. oben VI. 2. a).

der Position des Schwachen, des Schutzbedürftigen. Der Staat musste und durfte – anders als die Instanzgerichte es getan hatten – nicht zu seinem Schutz einschreiten. In der Abwägung ihrer widerstreitenden Grundrechte überwog die Meinungsfreiheit von *Lüth*, der öffentlich zum Boykott des Films von Harlan aufrief. Angesichts der vorangegangenen Zeit des Nationalsozialismus ist die Meinungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat von grundlegender Bedeutung. Sie soll nur zurücktreten, wenn ihre Inanspruchnahme schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang verletzt. Das war bei *Lüth* nicht der Fall.²⁶¹ Vor allem appellierte er lediglich an das Verantwortungsbewusstsein und die sittliche Haltung der von ihm Angesprochenen. Sie konnten frei entscheiden, ob sie ihm folgen wollten. Zwangsmittel – wenigstens gegenüber den Filmproduzenten – standen ihm nicht zur Verfügung.²⁶² Unzulässig ist ein Boykottaufruf im Gegensatz dazu, wenn er nicht nur auf geistige Argumente gestützt wird, sondern darüber hinaus Mittel einsetzt, welche den Angesprochenen die Möglichkeit nehmen, ihre Entscheidung in voller innerer Freiheit und ohne wirtschaftlichen Druck zu treffen, so wie es in dem ebenfalls vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall „*Blinkfuer*“²⁶³ geschehen ist. Dort hatte der *Axel-Springer-Verlag* Zeitungshändler im Raum Hamburg dazu aufgefordert die Wochenzeitung *Blinkfuer* nicht weiter zu vertreiben, weil diese neben dem westdeutschen Fernsehprogramm auch das Programm der DDR abdruckte. Der einen nicht unerheblichen Teil des Zeitungsmarkts beherrschende Verlag drohte, die Geschäftsbeziehungen zu denjenigen Händlern einzustellen, welche dem Boykottaufruf nicht folgten. Die damit verbundene Ausübung wirtschaftlichen Drucks

²⁶¹ Ähnlich entschied unlängst der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Fall aus dem Jahr 2010 (AZ: VI ZR 490/12, Urteil vom 30.09.2014), in dem private E-Mails des damaligen Innenministers des Landes Brandenburg (Speer) zum Zwecke der Berichterstattung durch die Presse verwertet wurden. Das Gericht stufte das Informationsinteresse der Öffentlichkeit und ihr Recht auf Meinungs- und Medienfreiheit – anders als die Vorinstanzen – höher ein als den Schutz des Politikers an seiner Persönlichkeit (Ehre, soziale Anerkennung, Vertraulichkeitssphäre und informationelle Selbstbestimmung) und wies dessen Unterlassungsklagen ab. Die verwerteten und veröffentlichten Informationen privaten (brisanten) Inhalts waren aufgrund der politischen Stellung des Klägers als Minister von hohem „Öffentlichkeitswert“. Sie belegten, dass sich der Kläger über viele Jahre der wirtschaftlichen Verantwortung für seine nichteheliche Tochter (E.) entzogen und diese auf den Steuerzahler abgewälzt hatte. Dementsprechend führte die rechtswidrige Erlangung der Informationen (durch Dritte) und die anschließende Nutzung durch die Presse nicht zu einem Überwiegen der Interessen des Ministers aus Art. 2 Abs. 1, 10 Abs. 1 GG. Die Veröffentlichung der E-Mails in direkter oder indirekter Rede erachtete der BGH aus ähnlichen Gründen als zulässig.

²⁶² BVerfGE 7, 198, 221.

²⁶³ BVerfGE 25, 256.

durch Androhung schwerer Nachteile mit dem Ziel, die verfassungsrechtlich gewährleistete Verbreitung von Meinungen und Nachrichten zu verhindern, verletzte die Gleichheit und Chancen beim Prozess der Meinungsbildung und widersprach dem Wesen des Grundrechts der freien Meinungsäußerung²⁶⁴. Die Entscheidung zeigt, dass ein bestehendes Machtgefälle auch im nicht rechtsgeschäftlichen Bereich bei der Grundrechtsanwendung zwischen Privaten ins Gewicht fällt.

Für die Erfüllung der Schutzpflicht ergeben sich Leitlinien aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit. In jedem Fall muss der Staat das Untermaßverbot²⁶⁵ beachten, d. h. er muss das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Schutz, den Minimalschutz, gewährleisten.²⁶⁶ Insofern aber bleibt die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht, und dort vor allem – aber nicht nur – im Bereich der Rechtsgeschäfte, gegenüber der unmittelbaren Wirkung im Verhältnis Bürger-Staat zurück, bei der dem Bürger der größtmögliche Schutz seiner Freiheits- und Gleichheitsrechte angedeihen soll und der Staat jeden grundrechtlichen Eingriff – nicht selten durch gewichtige Güter der Allgemeinheit – legitimieren muss. Eine Orientierung am geforderten Minimalschutz wird der Privatautonomie am besten gerecht. Der Minimalschutz akzeptiert die privatrechtliche Selbstbestimmung und damit die gewollte und tolerierte Grundrechtsbeschränkung. Auf dieser Grundlage kann jedes agierende Rechtssubjekt seine Freiheit entfalten, muss aber auch die Freiheitsentfaltung des anderen dulden. Das Prinzip macht den elementaren Unterschied zum Verhältnis des Bürgers zum Staat offenkundig.

Die gleichen Grundsätze lassen sich auf staatliches regulierendes Tätigwerden im Bereich der Rechtsprechung übertragen. Richterliches Eingreifen zugunsten eines Grundrechtsträgers muss der Ausnahmefall bleiben und wird erst bei markanten Grundrechtsbeschränkungen verlangt, in denen eine Seite auf den Schutz des Staats angewiesen, also schutzbedürftig ist. Das ist, wie dargestellt, im rechtsgeschäftlichen Bereich vor allem bei einem starken Machtgefälle zwischen den beteiligten Personen (z. B. mittelloser, familiär gebundener Bürge ./ Gläubigerbank) gegeben. Diesem Abwägungskriterium kommt neben der jwei-

²⁶⁴ BVerfGE 25, 256, 265; zulässig wäre es aber gewesen, wenn der Axel-Springer-Verlag in seinen Zeitungen und Zeitschriften die Leser zum Boykott der Wochenzeitung „Blinkfuer“ aufgerufen hätte – BVerfGE 25, 256, 266.

²⁶⁵ Ähnlich *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 149. Zum Untermaßverbot vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, 2005, S. 43 ff.

²⁶⁶ BVerfGE 88, 203, 254; 103, 89, 101 (zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen über Unterhalt im Zusammenhang mit der Schwangerschaft der zukünftigen Ehefrau); *Vofskuble/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412; ausführlich zum Untermaßverbot vgl. *Klein*, JuS 2006, 960 ff.

ligen Schwere des Grundrechtseingriffs²⁶⁷ besondere Bedeutung zu. Im Zivilrecht mit an sich gleichberechtigten Vertragspartnern herrscht beinahe nirgends vollkommene Parität. Gleichwohl bleibt es richtigerweise (natürlichen oder juristischen) Privatrechtspersonen vorbehalten, sich ihre Vertragspartner selbst auszusuchen und den Vertragsinhalt selbst mitzubestimmen, auch wenn die konkreten Umstände im Einzelfall eine unbeschränkte Auswahl bzw. Mitbestimmung unmöglich machen.²⁶⁸ Diese Freiheit versagt freilich bei starkem Machtgefälle zwischen den Privatrechtssubjekten, mit der Folge, dass der Staat schützend zur Wahrung der Grundrechte des strukturell Unterlegenen einschreiten muss.

Wird auf die Bedingung eines Machtgefälles verzichtet – wie im „Ebenbürtigkeitsbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts²⁶⁹ – oder lässt sich ein solches nicht feststellen, führt die Schutzpflichttheorie dazu, dass die Selbstverantwortung des Einzelnen durch ein Übermaß an Grundrechtsschutz geschwächt wird und dass der Staat wie ein Übervater seine Bürger lenkt und ihnen „Gerechtigkeit“ zuteilwerden lässt. Die Grundrechte sollen normalerweise Freiheiten gewährleisten und können nur in Ausnahmesituationen freiheitsbeschränkend wirken. Gerade diese Wirkung entfaltet nämlich das Grundrecht des Geschützten im Verhältnis zu seinem Gegenüber, weil dieser auch Grundrechtseinhaber ist. Den Gerichten ist daher (nicht allein aus diesem Grund) Zurückhaltung beim Ausgleich der Grundrechte gegeneinander agierender Bürger geboten.

Daran mangelte es im „Ebenbürtigkeitsbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts. Es muss sich nicht in familiäre Angelegenheiten des früheren Preußischen Königshauses „einmischen“. Denn hier stehen sich beim Abschluss des Erbvertrags gleichstarke („ebenbürtige“) Akteure gegenüber, die im Rahmen ihrer Testier- und Vertragsfreiheit ihrem Willen Geltung verschaffen können müssen, ohne ihn zu begründen. Das gehört zum Wesen der Vertragsfreiheit: „*Stat pro ratione volun-*

²⁶⁷ Vgl. u. a. BVerfGE 90, 27 und BVerfG NJW 1994, 2143 zur Abwägung der Informationsfreiheit des Mieters aus Art. 5 Abs. 1 GG und des Eigentumsrechts des Vermieters aus Art. 14 Abs. 1 GG im Hinblick auf das Anbringen einer Parabolantenne sowie BAG JZ 2014, 902, 904 m. Anm. Belling zur Abwägung der sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergebenden Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers mit dem in Art. 14 Abs. 1 GG enthaltenen Eigentumsrecht des Arbeitgebers.

²⁶⁸ So werden ältere, im Gehen beeinträchtigte Menschen zumeist in nahegelegenen kleinen Einkaufsläden ihre nötigen Lebensmittel erwerben (müssen), obwohl dort die Preise regelmäßig etwas höher als in Supermärkten liegen.

²⁶⁹ BVerfG NJW 2004, 2008: Durch die Ebenbürtigkeitsklausel wird die Erbschaft in einem Erbvertrag an eine „ebenbürtige“ Heirat geknüpft; näher dazu Ipsen, JZ 2014, 157, 159.

tas^{270, 271} Es kann – so *Flume*²⁷² mit Recht – nicht darauf ankommen, ob der Richter einer privatautonomen Gestaltung „das Placet erteilt, daß sie ‚verständigen und zu billigenden Sinnes‘ ist“. Auch der Bundesgerichtshof muss sich vorhalten lassen, ohne Notwendigkeit in die Belange ebenbürtiger Vertragsparteien einzugreifen. So muss es der freien Entscheidung gleichberechtigter Privatpersonen überlassen bleiben, wenn diese die Freizügigkeit der einen Partei durch eine Vereinbarung beschränken, welche sie verpflichtet, ihren Wohnsitz aus einer bestimmten Stadt zu verlegen.²⁷³ Anlass für gerichtliche Modifikationen oder Korrekturen besteht auch im Falle eines einvernehmlichen Eingriffs in Art. 11 Abs. 1 GG nur ausnahmsweise, namentlich bei „massiv gestörter Vertragsparität oder dem Einsatz unzulässigen Drucks“²⁷⁴.

e) Zur Kritik an der individuell ausgerichteten Abwägung im Rahmen der sog. Drittwirkung

*Hensel/Teubner*²⁷⁵ erheben vor allem in Bezug auf die Besonderheiten innergesellschaftlicher Kollisionen Einwände gegen die nur einzelfallbezogene Abwägung gegenläufiger Grundrechte von Privatrechtssubjekten im Rahmen der sog. Drittwirkung. Sie glauben, die Theorien von mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflicht aufgrund gesellschaftsinterner Defizite mit Blick auf die kollektiv-institutionelle Dimension weiterentwickeln zu müssen. Wegen der schwierigen Strukturkollisionen der Gesellschaft fordern sie über die Abwägung individueller Grundrechte hinaus die Stärkung der kollektiv-institutionellen Dimension der Grundrechte, wobei sie die Institution nicht als staatliche Bestandsgarantie, sondern als Normierungsprozess verstehen. Die Kontextualisierung der Grundrechte dürfe sich nicht darauf beschränken, sie an die Besonderheiten des Privatrechts anzupassen, sondern müsse auch der Eigennormativität der gefährdeten

²⁷⁰ Das Zitat entstammt dem römischen Satiredichter Juvenal (Decimus Iunius Iuvenalis), vgl. dessen *Saturae* 6, 223.

²⁷¹ *Flume*, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Band I, hrsg. v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, 1960, S. 135, 141; *Isensee*, *Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben*, in: *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 249 f.

²⁷² *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Band I, hrsg. v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange, 1960, S. 135, 140.

²⁷³ A. A. BGH NJW 1972, 1414 f.

²⁷⁴ Bezüglich Art. 11 Abs. 1 GG wie hier Maunz/Dürig/Durner, GG, 2014, Art. 11, Rn. 110; a. A. MüKo/Armbrüster, BGB, 6. Aufl. 2012, § 138, Rn. 69.

²⁷⁵ *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 155 ff.

Autonomiebereiche gerecht werden. Außerdem genüge es nicht, ausschließlich dem Staat Schutzpflichten aufzuerlegen; vielmehr müsse die Drittwirkung die gesellschaftlichen Grundrechtsgefährdungen selbst angehen und gesellschaftliche Gegenkräfte aktivieren.

Als Beispiel für Strukturkollisionen innerhalb der Gesellschaft nennen *Hensel/Teubner*²⁷⁶ die nicht selten vorkommenden Manipulationen klinischer Studien im Pharnanetzwerk.²⁷⁷ Diese Manipulationen äußern sich etwa in zurückgehaltenen Veröffentlichungen negativer (unliebsamer) Studienergebnisse, in Zensurklauseln in Forschungsverträgen (zwischen Pharmaindustrie und Wissenschaftlern) oder in Entlassungen (unbeugsamer) Forscher durch finanziell abhängige Forschungseinrichtungen. Über die von Bevormundungen geprägte, knebelnde Forschungsfinanzierung versucht die Pharmaindustrie in ihrem Sinne Einfluss auf die Zulassung und Vermarktung von Medikamenten zu nehmen und gerät dabei unter anderem in Konflikt mit den Interessen der Forschungseinrichtungen (Wissenschaftsfreiheit) und dem Gesundheitswesen. *Hensel/Teubner*²⁷⁸ sehen in dieser Kollision gesellschaftlicher Kollektiv-Institutionen die vernachlässigte, aber eigentlich brisante Problematik der Horizontalwirkung der Grundrechte. Die Manipulationen der Pharmakonzerne verletzen nicht nur Einzelrechte von Wissenschaftlern und Patienten, „sondern zugleich und tiefgreifender die Integrität und damit die Funktionsweise der gesellschaftlichen Autonomiebereiche Wissenschaft und Gesundheitswesen“. Grundrechtsverletzungen geschähen letztlich durch unpersönliche Sozialprozesse, die sich menschlicher Akteure als deren Funktionäre bedienen. Wirksamen Schutz in der Kollision zwischen Wissenschaft, Gesundheitswesen und Wirtschaft soll die Registrierpflicht (trial-registration) bieten, d. h. Studien und diesbezügliche Ergebnisse jedes Forschers werden von Anfang bis Ende z. B. in einem Studien- und Ergebnisregister vollständig erfasst. Zudem sollen die Fachzeitschriften eigeninitiativ die

²⁷⁶ *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152 ff.

²⁷⁷ Ein weiteres Beispiel stellt der Internetriese und Beinahe-Monopolist Amazon dar, der mittlerweile mit „Kindle Direct Publishing“ und seiner Tochterfirma „CreateSpace“ sogar quasi als Online-E-Book-Verlag agiert. Der Buchhandelsriese Amazon stand unlängst in der Kritik vieler Verlage, weil er unter anderem den Bonnier-Verlag boykottierte, indem er dessen Titel zum Teil entweder nur mit Verzögerung oder gar nicht an die Kunden auslieferte, um in den Verhandlungen um E-Books deutlich höhere Rabatte durchzusetzen. Gelingt es Amazon, die Verlage auszuschalten, könnte Amazon nicht nur die E-Book-Preise diktieren, sondern auch die Inhalte der Bücher bestimmen und damit die Kunstfreiheit aushöhlen; vgl. dazu z. B. <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/streit-mit-bonnier-und-hachette-was-willst-du-als-naechstes-diktieren-amazon/10328316-2.html>. (eingesehen am 11.12.2014)

²⁷⁸ Zum Folgenden: *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 157 f.

Eintragung aller durchgeführten Studien in diese Register zur Publikationsvoraussetzung machen.

Auf den ersten Blick sind diese Gedanken plausibel, bei näherer Betrachtung aber werden Schwächen sichtbar. Substanzielle Neuerungen lassen sich den Ausführungen von *Hensel/Teubner* jedenfalls nicht entnehmen, weder in Bezug auf den Inhalt der Grundrechte noch auf deren Wirkung oder Beachtung im Privatrecht.

Zunächst bleibt sowohl die eigentliche Bedeutung des Begriffs der kollektiv-institutionellen Dimension der Grundrechte als auch deren Einordnung zu den subjektiven bzw. objektiven Grundrechtsgehalten weiterhin unklar. Die Behauptung „unpersönlicher Sozialprozesse“ überzeugt schwerlich. Selbst digitale Prozesse lassen sich stets auf menschliches Handeln zurückführen. Im obigen Beispielfall etwa schließen natürliche oder juristische Personen Forschungsverträge miteinander; negative Forschungsergebnisse werden durch Menschen zurückgehalten. Dass sie sich bestimmten gesellschaftlichen Gruppen mit inhärenten Profitinteressen zuordnen lassen, ändert wenig. Das lässt sich am Beispiel der Bürgschaftsrechtsprechung verdeutlichen. Dort mögen zwar im Einzelfall – wie *Hensel/Teubner*²⁷⁹ zu Recht feststellen – nur individuell-subjektive Rechte gegeneinander abgewogen worden sein; das ist jedoch auf die den Gerichten obliegende Anwendung der §§ 138, 242 BGB in Privatrechtsstreitigkeiten und generell die Aufgabe der Gerichte²⁸⁰ im Unterschied zur Gesetzgebung zurückzuführen. Die hohe bürgschaftsrechtliche Inanspruchnahme mittelloser Familienangehöriger bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen war seinerzeit gängige Praxis. Man hätte also genauso gut argumentieren können, die gesellschaftliche Kollektiv-Institution der „Banken“ habe versucht, die Privatautonomie der Gesellschaftsgruppe der Familienangehörigen auszuhöhlen. Dementsprechend wurde bei der Drittwirkung im Privatrecht der sog. „Institutionenschutz“ keineswegs vernachlässigt.²⁸¹ Im Bereich der Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflicht zeigt sich der Institutionenschutz etwa in den Gesetzen und Richtlinien zum Schutz der „Verbraucher“ gegenüber den (überlegenen) „Unternehmern“.

Letztlich erweist sich die Registrierpflicht, sofern man ihre Normierung dem Staat auferlegt²⁸², nur als Ausformung der staatlichen Schutz-

²⁷⁹ Zum Folgenden: *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 156.

²⁸⁰ Zur verfassungsrechtlichen Funktion der Gerichte siehe *Schlüter*, Das Obiter dictum, 1973, S. 18-28.

²⁸¹ So aber *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 156.

²⁸² Unklar *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 165 ff.

pflicht. Die spezielle Konstellation der Manipulation von Forschungsstudien und -ergebnissen erfordert eigentümliche Schutzmaßnahmen, damit das Recht auf vollständige Publikation der Forschungsstudien und -ergebnisse als Teil der Wissenschaftsfreiheit²⁸³ gewahrt bleibt. Der „Geburt“ neuer Grundrechtsdimensionen bedarf es dazu nicht.

Natürlich ließe sich jedes private Handeln auf eine höhere Ebene „zoomen“; eine „anonyme Matrix“²⁸⁴ anzunehmen, geht jedoch zu weit. Im Internetzeitalter sind Netzwerke ohne Kollektivstatus zwar keine Seltenheit; die Gefahren, welche von ihnen ausgehen, sind aber nicht in den totalisierenden Tendenzen gesellschaftlicher Prozesse zu suchen. Zwar potenziert sich die Gefahr, wenn sich alle Mitglieder einer Gesellschaftsgruppe kollektiv (etwa aus Profitsucht) und eigennützig gegenüber Mitgliedern anderer Gesellschaftsgruppen verhalten²⁸⁵; die Gefahr geht jedoch von jedem einzelnen Akteur aus. Im Fall der Manipulation von Forschungsstudien und -ergebnissen ist die Gefahr der Beeinträchtigung der Wissenschaftsfreiheit zwar geringer, wenn nur wenige Pharmaunternehmen ihre Finanzmacht ausnutzen, weil der Wissenschaftler dann noch auf seriöse Pharmaunternehmen zurückgreifen kann. Das gilt allerdings nicht, wenn die anderen Pharmaunternehmen kein Interesse an dieser Forschung haben. Letztlich können weder Einzelpersonen noch Kollektiv-Institutionen Grundrechte beeinträchtigen, wenn ihnen die Möglichkeit zur Übermacht schon im Keim genommen wird. Da das System und Verfahren der Arzneimittelzulassung selbst Gelegenheit zur Manipulation bietet²⁸⁶ (z. B. durch Zurückhaltung wissenschaftlicher Studien), können geeignete Schutzmaßnahmen durchaus in der Organisation und Regelung von Verfahren liegen. Diese (hier nicht näher zu skizzierenden) Schutzmaßnahmen obliegen in erster Linie dem Staat, nicht nur weil als mittelbare Folge bei einer unvorhersehbaren Patienten- und Probandenzahl Eingriffe in die Gesundheit und ggf. sogar das Leben zu erwarten sind. Die einzelnen Wissenschaftler sind den Pharmaunternehmen zudem überwiegend machtlos ausgeliefert. Das präventive Wissen um den Finanzierungsbedarf wissenschaftlicher Forschung und das Innehaben der Geldmittel so-

²⁸³ Vgl. Maunz/Dürig/Scholz, GG, 2014, Art. 5 Abs. 3, Rn. 83 (zum Zensurverbot: Rn. 112); Epping/Hillgruber/Kempen, BeckOK-GG, 2014, Art. 5, Rn. 182 m. w. N.

²⁸⁴ So aber Hensel/Teubner, KJ 2014, 152, 158; vgl. auch Teubner, Der Staat 2006, 161, 178 ff.

²⁸⁵ Zum Beispiel durch Preisabsprachen. Eine homogene Vorgehensweise ist aber auch ohne Kommunikation denkbar, wenn etwa lukrative Strategien (z. B. über die Medien) mitgeteilt und übernommen werden.

²⁸⁶ Gemäß §§ 21 ff. AMG dienen klinische Studien in Deutschland als Grundlage der Medikamentenzulassung, so dass die Arzneimittelbehörden sie nicht mehr eigenständig überprüfen; vgl. Hensel/Teubner, KJ 2014, 152, 164.

wie die Abhängigkeit der oft finanzschwachen Wissenschaft von externen Unterstützern verschieben die Macht zugunsten der Pharmaunternehmen. Neben überlegenem Wissen, struktureller Überlegenheit²⁸⁷ oder technischer Versiertheit²⁸⁸ stellen damit auch Finanzierungsbedürfnisse²⁸⁹ bzw. Kapital²⁹⁰ Mittel der Macht dar. Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, in welcher Art und Weise er seiner Schutzpflicht effektiv nachkommt.

3. Die Horizontalwirkung europäischer Rechte

a) Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Grundrechtscharta

Auf europäischer Ebene ergeben sich Grundrechte und ähnliche Rechte aus verschiedenen Quellen. Zu nennen sind vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Grundrechtscharta der EU.

Weder die EMRK noch die Europäische Grundrechtscharta gelten unmittelbar zwischen Privaten.²⁹¹ Allerdings ergeben sich aus der EMRK Schutzpflichten der Vertragsstaaten dahingehend, Beeinträchtigungen der Konventionsrechte durch Private zu verhindern.²⁹² Gleiches gilt im Hinblick auf die in der Grundrechtscharta verbürgten Rechte.²⁹³ Auch

²⁸⁷ Zur strukturellen Überlegenheit von Sport-Verbänden und Vereinen gegenüber Fans und Mitgliedern im wirtschaftlichen und sozialen Bereich *Stoll/Lüers*, DÖV 2014, 222, 226 f.

²⁸⁸ Sie wird vor allem von Internet-Betrügnern ausgenutzt.

²⁸⁹ Es wirkt sich auf die Feststellung eines Machtgefälles nicht aus, dass Pharmaunternehmen nur seduktiv (verführerisch) und nicht prohibitiv (abhaltend) agieren, wenn sie der Wissenschaft die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung stellen; die „Machttechnik“ ist lediglich eine andere. Vgl. auch *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 160.

²⁹⁰ Zweifelnd gegenüber Geld *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152, 160 Fn. 35.

²⁹¹ Für die EMRK: *Rebbahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), 489, 499; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte, 2004, § 4, Rn. 339; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 18; für die Grundrechtscharta: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 1 EU-GRCharta, Rn. 6 f.; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 18; *Krois*, Der Betrieb, 2010, 1704, 1705; *Magiera*, DöV 2000, 1017, 1021; *Jarass*, EU-GRCharta, 2. Aufl. 2013, Art. 8, Rn. 3; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384, 385; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte, 2004, § 11, Rn. 575; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 24; a. A.: von der Groeben/Schwarze/Beutler, EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

²⁹² EGMR NVwZ 1999, 57, 58; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 712; *Rebbahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), 489, 492, 500; *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696, 698.

²⁹³ *Krois*, Der Betrieb, 2010, 1704, 1705; *Magiera*, DöV 2000, 1017, 1021; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384, 385; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte, 2004, § 11, Rn. 575; vgl. auch *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 1 EU-GRCharta, Rn. 6; *Jarass*, EU-GRCharta, 2. Aufl.

insoweit muss der Staat für den Schutz vor Verletzungen durch Private sorgen.²⁹⁴ Selbst Grundrechte, die ihrem Wortlaut und ihrer Zielrichtung nach auf eine Horizontalwirkung angelegt sind – unter ihnen das Verbot des Menschenhandels²⁹⁵ und das Verbot der Kinderarbeit²⁹⁶ –, begründen positive Handlungspflichten nur für die EU und ihre Mitgliedstaaten.²⁹⁷

b) Die Grundfreiheiten

(1) Allgemeines

Anders stellt sich die Rechtslage bei den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthaltenen Grundfreiheiten dar. Diese dienen der Verwirklichung des Binnenmarkts und zählen zu den wesentlichen Elementen der europäischen Wirtschaftsverfassung.²⁹⁸ Es handelt sich nicht um Grundrechte im klassischen Sinn; denn anwendbar sind sie lediglich auf grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten.²⁹⁹ Dennoch enthalten sie gleichheitsrechtliche und freiheitsrechtliche Komponenten. Deshalb wird von „grundrechtsähnlichen Rechten“ gesprochen.³⁰⁰

Die Grundfreiheiten sind *in den Mitgliedstaaten* unmittelbar anwendbar, sie statuieren ihnen gegenüber Abwehrrechte, auf welche sich die Bürger vor den innerstaatlichen Gerichten berufen können.³⁰¹ Darüber hinaus ergeben sich aus den meisten Grundfreiheiten auch Handlungspflichten der Mitgliedstaaten, auf die der Einzelne einen Leistungs-

2013, Art. 8, Rn. 3, 10; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 25; a. A.: von der Groeben/Schwarze/Beutler, EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

²⁹⁴ Calliess/Ruffert/*Kingreen*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 18; speziell zu Art. 8 EU-GRCharta: *Jarass*, EU-GRCharta, 2. Aufl. 2013, Art. 8, Rn. 10; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 24.

²⁹⁵ Art. 5 Abs. 3 EU-GRCharta: Menschenhandel ist verboten.

²⁹⁶ Art. 32 EU-GRCharta: Kinderarbeit ist verboten. Unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten.

Zur Arbeit zugelassene Jugendliche müssen ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte.

²⁹⁷ *Seifert*, EuZW 2011, 696, 700 f.; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 24.

²⁹⁸ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 1.

²⁹⁹ Vgl. *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 7 ff.

³⁰⁰ *Seifert*, EuZW 2011, 696, 400; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 2.

³⁰¹ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 16.

anspruch hat³⁰² und aus denen Schutzpflichten dahingehend abgeleitet werden, dass der jeweilige Mitgliedstaat rechtswidrige Eingriffe Dritter in die Grundfreiheiten zu unterbinden hat.³⁰³

(2) *Die unmittelbare Horizontalwirkung in der Rechtsprechung des EuGH*

Der überwiegende Teil der Grundfreiheiten entfaltet nach der Rechtsprechung des EuGH inzwischen sogar *unmittelbare Horizontalwirkung* zwischen Privatpersonen, ist also nicht nur Auslegungsmaßstab, sondern im Rahmen von Streitigkeiten zwischen Privatpersonen vor den nationalen Gerichten direkt anwendbar. Im Zusammenhang mit den *Personenverkehrsfreiheiten* entschied der EuGH bereits 1974, dass diese nicht nur die Mitgliedstaaten verpflichten, sondern sich auch auf sonstige Maßnahmen erstrecken, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.³⁰⁴ Private Normgeber wurden dadurch neben den Mitgliedstaaten an die Arbeitnehmer-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gebunden³⁰⁵, weil auch private Verbände und Unternehmen als sog. intermediäre Gewalten mit besonderer Macht ausgestattet sind.³⁰⁶ Das sollte sowohl im Verhältnis zu ihren eigenen Mitgliedern als auch im Verhältnis zu Dritten gelten³⁰⁷. In der Rechtssache *Angonese* stellte der EuGH schließlich klar, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit für alle Ver-

³⁰² *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 22 f.; Beispiel: Art. 45 Abs. 2 AEUV: Verpflichtung zur Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten.

³⁰³ Vgl. EuGH NJW 2003, 3185, Rn. 59, 62, der dafür auch an Art. 10 AEUV (früher: Art. 5 EGV) anknüpft, welcher die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu treffen, die sich aus dem Vertrag ergeben, und alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

³⁰⁴ EuGH NJW 1975, 1093, 1094 (Walrave, Koch).

³⁰⁵ Zur Niederlassungsfreiheit: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking); *Schmal/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608; *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 155.

³⁰⁶ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 25. Darüber hinaus wäre die Gewährleistung der benannten Freiheiten gefährdet, wenn „die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichten.“ – EuGH NJW 1975, 1093, 1094 (Walrave, Koch). Bestätigung dieser Rechtsprechung des EuGH für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH NJW 1996, 505 (Bosman), die Niederlassungsfreiheit: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking) und die Dienstleistungsfreiheit: EuGH NJW 2000, 2011 (Deliège).

³⁰⁷ *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 155 f. unter Bezugnahme auf EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking).

träge zwischen Privatpersonen gelte.³⁰⁸ Die Entscheidung wird nach ihrer Bestätigung³⁰⁹ auch auf die anderen Freiheiten des Personen- und Dienstleistungsverkehrs übertragen, weil diese strukturell besondere Ähnlichkeiten aufweisen.³¹⁰

Die horizontale Wirkung der *Warenverkehrsfreiheit* bejahte der EuGH 1981 zunächst in einem *obiter dictum*³¹¹, um sie sodann aber abzulehnen³¹². Auch die h.M. in der Literatur ging lange Zeit nicht von einer unmittelbaren Horizontalwirkung der Warenverkehrsfreiheit aus, unter anderem weil von privater Seite errichtete Warenverkehrshindernisse ausreichend durch das Wettbewerbsrecht erfasst werden (Art. 101 ff. AEUV).³¹³ Dritte konnten lediglich mittelbar über die staatliche Schutzpflichtdimension in die Pflicht genommen werden.³¹⁴ Inzwischen hat der EuGH in der Rechtssache DVGW³¹⁵ (zumindest unter bestimmten Voraussetzungen) die unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit zwischen Privaten bejaht. Nach dieser Entscheidung sind private Einrichtungen an Art. 34 AEUV³¹⁶ gebunden, soweit ihnen durch eine mitgliedstaatliche Verweisungsnorm eine *de facto* Regelungshoheit übertragen wurde und sie durch eigenes Handeln Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs verursachen; gleiches gilt, wenn private Organisationen mit hoheitlichen Machtbefugnissen ausgestattet werden und auf dieser Grundlage über den Marktzugang von Unternehmen entscheiden können.³¹⁷ Eine darüber hinausgehende unmittelbare Horizontalwirkung

³⁰⁸ EuGH Slg 2000, I-4139 (Angonese).

³⁰⁹ EuGH Slg 2008, I-5939 (Raccanelli); NZA 2012, 863 (Erny).

³¹⁰ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 28; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff*; 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 168; als offen sieht diese Frage noch *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 665; kritisch mit Blick auf das nur bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit bestehende Machtgefälle zwischen den Beteiligten: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 158.

³¹¹ EuGH NJW 1981, 1893, 1894 (Dansk Supermarked; Rn. 17); wobei die Literatur daraus – nicht einheitlich – z.T. eine unmittelbare und z.T. eine mittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit ableitet, *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 460 m. w. N.

³¹² In van Vlaamse Reisebueros (VersR 1989, 349) bezog er Art. 34 AEUV nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen; vgl. auch *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608.

³¹³ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 28; *Schwarze/Becker*, 3. Aufl. 2012, Art. 34 AEUV, Rn. 89 m. w. N.; *Schmabl/Jung* NVwZ 2013, 607, 608 f.; zweifelnd, soweit Bereiche des Art. 34 AEUV betroffen sind, die außerhalb des Wettbewerbsrechts liegen: *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 674 f.

³¹⁴ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 609.

³¹⁵ Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.

³¹⁶ Art. 34 AEUV: Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

³¹⁷ EuGH EuZW 2012, 797 (DVGW); *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 609 f.

der Warenverkehrsfreiheit zwischen Privaten postuliert die Entscheidung nicht, wohl aber lassen sich die Wertungen dieser Entscheidung auf die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV³¹⁸) übertragen, die aufgrund der ebenfalls produktbezogenen Schutzrichtung strukturell mit der Warenverkehrsfreiheit vergleichbar ist.³¹⁹

(3) Die Kritik an der unmittelbaren Horizontalwirkung

Die Bejahung der unmittelbaren Horizontalwirkung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Warenverkehrsfreiheit lösten Widerspruch aus³²⁰ – vor allem in der deutschen Literatur.

(a) Die Argumente des EuGH

In beiden Entscheidungen zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stützt der EuGH sich im Wesentlichen auf folgende Argumente:

- den *Wortlaut* der Vorschrift, welcher allgemein formuliert sei und sich nicht nur an die Mitgliedstaaten richte³²¹
- den *Grundsatz des „effet utile“*³²² –, hier: die Tatsache, dass die Beseitigung der Freizügigkeitshindernisse gefährdet wäre, wenn die Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse konterkariert werden könnte, welche von privaten Einrichtungen und Vereinigungen aufgestellt werden
- die *Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit* der betroffenen Grundfreiheit in den Mitgliedstaaten³²³ und

³¹⁸ Art 63 Abs. 1 AEUV: Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

³¹⁹ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610; für die Übertragbarkeit auch: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 161, die aber von einer „gemischten“ Schutzrichtung der Warenverkehrsfreiheit ausgehen.

³²⁰ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607; im Ergebnis dem EuGH (Raccanelli) beipflichtend, wenn auch nicht in der Begründung: *Repasi*, EuZW 2008, 529.

³²¹ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 30 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 42 f. (Raccanelli).

³²² EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 32 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 44 (Raccanelli).

³²³ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 33 (Angonese).

- die Parallele zum allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV³²⁴) und zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV³²⁵), welche ebenfalls unmittelbare Horizontalwirkung entfalten³²⁶.

In der Rechtssache DVGW hat der EuGH auf eine dogmatische Herleitung der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 34 AEUV³²⁷ verzichtet. Das wäre wegen der mit der Entscheidung verbundenen Rechtsprechungsumkehr aber zumindest wünschenswert gewesen.³²⁸ Die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* lassen dennoch erkennen, dass jedenfalls der Effektivitätsgrundsatz und das Gebot der Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit der Warenfreiheit in die Überlegungen einbezogen wurden.³²⁹

Das vom EuGH bemühte *Wortlautargument* lässt sich nicht völlig entkräften³³⁰; denn Art. 45 AEUV³³¹ richtet sich tatsächlich nicht ausschließlich an die Mitgliedstaaten und Art. 34 AEUV³³² lässt sich so verstehen, dass sich die Formulierung „zwischen den Mitgliedstaaten“

³²⁴ Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG): Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.

³²⁵ Art. 157 Abs. 1 AEUV (ex Art. 141 EG): Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

³²⁶ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 35 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 45 (Raccanelli).

³²⁷ Vgl. Fn. 316.

³²⁸ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610.

³²⁹ EuGH, Schlussanträge vom 28.03.2012, C-171/11, Celex-Nr. 62011CC0171 (Rn. 46 f. und 48). *Schmabl/Jung* (NVwZ 2013, 607) nehmen aber auch zu den anderen Argumenten aus Angonese und Raccanelli Stellung.

³³⁰ Schlüsse ließen sich aus dem Wortlaut nicht ziehen: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 165; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3, Rn. 28, ist der Auffassung, dass der Wortlaut bereits gegen eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten spreche.

³³¹ Art. 45 Abs. 1 AEUV: Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet. Art. 45 Abs. 3 AEUV: Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,
a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;
c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;
d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

³³² Vgl. Fn. 316.

lediglich auf den räumlichen Anwendungsbereich der Vorschrift bezieht.³³³ Aus den anderen Normen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, vor allem aus Art. 46 AEUV³³⁴, ergibt sich aber immerhin, dass die Mitgliedstaaten für die Beseitigung etwaiger Diskriminierungen zu sorgen haben. Abgesehen davon sind die Rechtfertigungsgründe (Art. 36, 45 Abs. 3, 52, 62 und 65 AEUV) lediglich auf staatliches Handeln zugeschnitten.³³⁵ Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass Eingriffe in die Grundfreiheiten über den Begriff der öffentlichen Ordnung³³⁶ gerechtfertigt werden können und der EuGH in der Rechtssache *Bosman* zu erkennen gegeben hat, dass die Rechtfertigungsgründe in Bezug auf die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit von Privatpersonen geltend gemacht werden können.³³⁷ Zwar ist auch die grundrechtliche Handlungsfreiheit Teil der öffentlichen Ordnung (vgl. Art. 6 EU-GRCharta und Art. 2 EUV) und die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet unter anderem wirtschaftliche Interessen Privater. Der Begriff der öffentlichen Ordnung in den Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 62 und 65 Abs. 1b) AEUV ist aber eng auszulegen³³⁸ und umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls keine wirtschaftlichen Ziele³³⁹, wie sie

³³³ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611; vgl. auch *Müller-Graf*, EuR 2014, 3, 8 f.

³³⁴ Art. 46 Abs. 1 AEUV (ex Art. 40 EG): Das Europäische Parlament und der Rat treffen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses durch Richtlinien oder Verordnungen alle erforderlichen Maßnahmen, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 45 herzustellen, insbesondere

- a) durch Sicherstellung einer engen Zusammenarbeit zwischen den einzelstaatlichen Arbeitsverwaltungen;
- b) durch die Beseitigung der Verwaltungsverfahren und -praktiken sowie der für den Zugang zu verfügbaren Arbeitsplätzen vorgeschriebenen Fristen, die sich aus innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften ergeben und deren Beibehaltung die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer hindert;
- c) durch die Beseitigung aller Fristen und sonstigen Beschränkungen, die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften vorgesehen sind und die den Arbeitnehmern der anderen Mitgliedstaaten für die freie Wahl des Arbeitsplatzes andere Bedingungen als den inländischen Arbeitnehmern auferlegen;
- d) durch die Schaffung geeigneter Verfahren für die Zusammenführung und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt zu Bedingungen, die eine ernstliche Gefährdung der Lebenshaltung und des Beschäftigungsstands in einzelnen Gebieten und Industrien ausschließen.

³³⁵ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461; *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3, Rn. 28; ähnl. *Cremer*, Jura 2015, 39, 42 f.; zur Parallelproblematik hinsichtlich der Schranken des Grundgesetzes vgl. IV. 1. und *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 35.

³³⁶ Vgl. Art. 36, 45 Abs. 3, 52 Abs. 1, 62 und 65 Abs. 1 b) AEUV.

³³⁷ EuGH Slg 1995, I-4921 (Rn. 86) (*Bosman*).

³³⁸ *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 3. Aufl. 2013, § 14, Rn. 47.

³³⁹ EuGH Slg 2003, I-721 (Rn. 19).

ganz überwiegend von Privaten verfolgt werden. Dementsprechend ist es nicht „zwingend, Markt Zugangsbeschränkungen privater Urheber im Licht von deren wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten zu bewerten“. ³⁴⁰ Selbst der EuGH knüpft in der Entscheidung *Angonese* die Rechtfertigung von Eingriffen Privater zumindest nicht mehr an einen konkreten Rechtfertigungsgrund, er lässt es aber immerhin ausreichen, wenn seitens des Privaten sachliche Erwägungen vorliegen, die nicht diskriminierend sind und in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden. ³⁴¹ Die Folge ist letztlich eine Ungleichbehandlung staatlicher und privater Maßnahmen auf der Rechtfertigungsebene. ³⁴²

Soweit sich der EuGH auf das *Effizienzgebot* („*effet utile*“) stützt und damit der Auslegung der betroffenen Grundfreiheiten den Vorrang einräumen will, welche die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Union sicherstellt, ist darauf hinzuweisen, dass dieses Gebot nicht unreflektiert zur Begründung von allem, was der Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts dienen soll, eingesetzt werden darf. Das gilt vor allem, wenn andere geeignete Mittel zur Verfügung stehen. ³⁴³ Im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit wäre insofern ein Rückgriff auf die ebenfalls im AEUV enthaltenen Wettbewerbsregeln (Art. 101-106 AEUV) möglich gewesen. ³⁴⁴

Auch die in den Urteilen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gezogene *Parallele zu den unmittelbar wirkenden* Art. 18 ³⁴⁵ und 157 AEUV ³⁴⁶ überzeugt nicht vollends; denn keine der beiden Vorschriften enthält einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz: Art. 157 AEUV regelt als spezielle Vorschrift die Entgeltgleichheit von Mann und Frau; Art. 18 AEUV enthält zwar ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches sich aber nur auf das Differenzierungskriterium der Staatsangehörigkeit

³⁴⁰ So aber: *Müller-Graf*, EuR 2014, 3, 12.

³⁴¹ EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 42 (*Angonese*); Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forstboff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 181; von Teilen der Literatur wird auf der Rechtfertigungsebene ein Rückgriff auf die Unionsgrundrechte befürwortet, was häufig eine Abwägung der betroffenen Grundrechte und Grundfreiheiten im Wege der praktischen Konkordanz erforderlich machen wird; *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 163 f.

³⁴² *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461; ähnlich zu den Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit: *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611.

³⁴³ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 668; allgemeiner: *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 3, Rn. 28.

³⁴⁴ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 612; gegen ein kategorisches Alternativverhältnis zwischen Grundfreiheiten und den Wettbewerbsvorschriften des AEUV: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 160; *Müller-Graf*, EuR 2014, 3, 13.

³⁴⁵ Vgl. Fn. 324.

³⁴⁶ Vgl. Fn. 325.

bezieht. Ohne Weiteres lassen sich die Wirkungen der insofern speziellen Art. 18 und 157 AEUV deshalb nicht auf die ebenfalls speziellen Art. 34 und 45 AEUV übertragen.³⁴⁷ Abgesehen davon handelt es sich bei Art. 157 AEUV um ein Gemeinschaftsgrundrecht, auf das sich jeder Unionsbürger, unabhängig vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts berufen kann. Der darin liegende strukturelle Unterschied zu den betroffenen Grundfreiheiten lässt die Übertragung der unmittelbaren Drittwirkung zumindest als zweifelhaft erscheinen.³⁴⁸

Schließlich greift das *Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts* nicht durch; denn es liefe im Ergebnis auf Folgendes hinaus: Schafft ein einziger Mitgliedstaat in einem bestimmten Bereich Regeln zum Schutz einer Grundfreiheit und zu Lasten der Privatautonomie, dann ergäbe sich daraus ein Gebot der Gleichbehandlung von Staat und Privaten über die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheit für alle anderen Staaten.³⁴⁹

(b) Weitere gegen eine unmittelbare Horizontalwirkung sprechende Gründe

Ungeachtet dieser Argumente sprechen auch grundsätzliche Erwägungen gegen die unmittelbare Horizontalwirkung der Grundfreiheiten. Vor allem führt die unmittelbare Geltung der Grundfreiheiten dazu, dass der nationale verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz durch einen unionsrechtlichen Grundrechtsschutz abgelöst wird. Denn im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in Grundfreiheiten findet lediglich eine Abwägung der sich aus der jeweiligen Grundfreiheit ergebenden Rechtsposition mit den in unionsrechtlichen Grundrechten verbürgten Rechtspositionen statt.³⁵⁰ Anders als bei einer durch den Staat zu erfolgenden Umsetzung der Grundfreiheiten im Rahmen des Schutzpflichtenmodells werden die nationalen Grundrechte nicht berücksichtigt. Das erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich, weil dem Staat auf diese Weise die bei der Umsetzung notwendige Abwägung zwischen gemein-

³⁴⁷ *Repasi*, EuZW 2008, 527, 532; anders im Hinblick auf Art. 18 AEUV: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 168 f.

³⁴⁸ *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 670.

³⁴⁹ *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611 f.; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009, S. 216.

³⁵⁰ Vgl. etwa EuGH Slg 2007, I-10779, Rn. 77-89 (Viking).

schaftsrechtlichem Handlungsauftrag und nationalen Grundrechten verwehrt bleibt.³⁵¹

Abgesehen davon könnte den Anforderungen der Grundfreiheiten im Privatrechtsverkehr bei Geltung des Schutzpflichtenmodells wesentlich sachangemessener und flexibler Rechnung getragen werden.³⁵² Ein Übermaß an rechtlichen Sanktionen gilt es dabei zu verhindern, um die Willensentschlüsse Privater und die in ihnen zum Ausdruck kommende Privatautonomie nicht zu unnötig einzuschränken.³⁵³ Besitzen die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf das Maß der von ihnen intendierten Bindungen und damit uneingeschränkte Privatautonomie, „bedarf es keines Schutzes grundrechtlicher Güter, weil auch die – freiwillige! – Verfügung hierüber anderen Privatrechtssubjektiven gegenüber Teil des Freiheitsstatus des Individuums ist; diese Befugnis kann nur ganz ausnahmsweise vom Staat eingeschränkt werden“.³⁵⁴ Die aus dieser Feststellung folgende notwendige Zurückhaltung des Staats lässt sich mit dem Schutzpflichtenkonzept auch deshalb besser realisieren, weil der das Recht anwendende Richter aus psychologischen Gründen eher geneigt sein wird, der Privatautonomie im Rahmen eines Regelsystems, welches ihr einen hohen Stellenwert einräumt und ihre Schranken als Ausnahmen begreift, den Vorrang zu geben³⁵⁵. Aber nicht nur der Privatautonomie, sondern auch dem Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 EUV³⁵⁶ kann bei grundsätzlich nur mittelbarer Horizontalwirkung der Grundfreiheiten besser Rechnung getragen werden³⁵⁷: Lediglich dann, wenn die im Wege der mittelbaren Horizontalwirkung gefundene Lösung keinen effektiven Schutz der Grundfreiheiten bietet, weil das nationale Recht selbst bei europarechtsfreundlicher Auslegung nicht ausreicht, um gegen die Grundfreiheiten anderer verstoßendes Privatverhalten zu unterbinden, kann es ausnahmsweise angezeigt sein, die Grund-

³⁵¹ Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 172 f.

³⁵² *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 669.

³⁵³ Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 166; von der uneingeschränkten unmittelbaren Wirkung zwischen Privaten gehen auch nach Auffassung von *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 156 f. Gefahren für die Privatautonomie aus, sie wollen deshalb die Bindung „einfacher Privater“ auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt wissen; im Vergleich zum Grundgesetz insgesamt keine stärkere Einschränkung der Privatautonomie durch das Gemeinschaftsrecht sieht hingegen *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, 2009, § 2, Rn. 7.

³⁵⁴ *Klein*, NJW 1989, 1633, 1640.

³⁵⁵ *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 472.

³⁵⁶ Vgl. z. B. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV: Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

³⁵⁷ *Schmabl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 612; demgegenüber für eine Kumulation von unmittelbarer Drittwirkung und „Schutzpflichtenkonstruktion“: *Ludwigs/Weidemann*, Jura 2014, 152, 162 f.

freiheiten unmittelbar anzuwenden und die Betroffenen nicht erst auf ein in der Zukunft liegendes gesetzgeberisches Tätigwerden zu verweisen³⁵⁸.

Bei allem ist zu berücksichtigen, dass es letztlich nicht Aufgabe der EU sein darf, die Bürger zu optimalen Marktteilnehmern zu erziehen. Dem Markt selbst kommt insoweit bereits eine rationalisierende und egalisierende Funktion zu, welche Marktteilnehmer, die sich am Markt behaupten und Gewinne erzielen wollen, in der Regel davon abhält, ihre geschäftlichen Entscheidungen auf irrationaler Basis zu treffen.³⁵⁹ Dennoch drohenden Diskriminierungen durch Private kann im Rahmen des Schutzpflichtenkonzepts – wie gezeigt – sachgerechter und vor allem unter angemessener Berücksichtigung auch der nationalen Grundrechte begegnet werden.

VI. Resümee

Trotz der dargestellten Kritik an den Entscheidungen des EuGH, ist jedenfalls für die Praxis geklärt, dass Private unmittelbar an einen Teil der Grundfreiheiten gebunden sind. Gleiches gilt für die EMRK und die europäische Grundrechtscharta aber nicht. In Deutschland sind die Grundrechte ganz überwiegend ebenfalls nicht unmittelbar zwischen Privaten anwendbar.

Damit die Eigenständigkeit des Privatrechts erhalten bleibt und Privatrechtsnormen nicht durch einzelfallbezogene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „verfassungsfest“ gemacht werden, ist vor allem der Privatgesetzgeber gefordert, die Schutzpflicht des Staats wahrzunehmen. Ihm ist dabei ein weiter Gestaltungsspielraum einzuräumen, der ihm die Freiheit lässt, im Fall kollidierender Grundrechte Privater zwischen vielen denkbaren Lösungen *eine* zu wählen und diese zu kodifizieren. Dem Gesetzgeber steht die Regelungsprärogative zu. Das Bundesverfassungsgericht – und damit die Rechtsprechung – sollte demgegenüber zurückhaltend und erst dann korrigierend eingreifen (dürfen), wenn Grundrechte so sehr beeinträchtigt werden, dass die betroffene privatrechtliche Norm verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbar ist.

Die Schutzpflicht des Staats enthebt den Einzelnen nicht der Verantwortung, seine Individualsphäre auf friedliche Weise gegenüber an-

³⁵⁸ *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 477.

³⁵⁹ *Fabis*, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG – Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, 1995, S. 122–124; *Forsthoff*, EWS 2000, 289, 392; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff*, 2014, Art. 45 AEUV, Rn. 166.

deren selbst zu behaupten. Der Staat hüte sich davor, seinen Schutz dem Einzelnen aufzudrängen. Übermäßiger Grundrechtsschutz zwischen Privaten führt zum Paternalismus und beengt die Freiheit des Einzelnen.

VII. Zusammenfassung

Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Unter dem Thema „Drittwirkung der Grundrechte“ wird aber seit langem diskutiert, ob Grundrechte auch horizontal, also zwischen Privatpersonen wirken. Diese Frage wird in verschiedenen Staaten unterschiedlich beantwortet. In Deutschland wurden und werden unterschiedliche Theorien vertreten: Nach der „Theorie der unmittelbaren Drittwirkung“ gelten Grundrechte auch zwischen Privaten unmittelbar. Die „Theorie der mittelbaren Drittwirkung“ lässt die Grundrechte dagegen nur indirekt über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das Bürgerliche Recht hineinwirken. Die Vertreter der „Theorie der staatlichen Schutzpflicht“ gehen schließlich davon aus, dass Grundrechte in ihrer objektiven Funktion einen Schutzauftrag des Staats enthalten, den einzelnen Bürger vor Grundrechtseingriffen durch Dritte umfassend zu bewahren.

Während das Bundesarbeitsgericht lange Zeit die Theorie der „unmittelbaren Drittwirkung“ vertrat, sprach sich das Bundesverfassungsgericht schon früh für die Anwendung der Theorie der „mittelbaren Drittwirkung“ aus. Betont wurde dabei die Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem. Bereits seit dem „Lüth-Urteil“ entnahm das Bundesverfassungsgericht den Grundrechten neben ihrer Abwehrfunktion auch eine objektive Wertordnung, welche als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Bürgerliche Recht, gelten sollte. Die mittelbare Drittwirkung leitete es daraus her, dass keine zivilrechtliche Norm im Widerspruch zur grundrechtlichen objektiven Wertordnung stehen darf. Dementsprechend gelten die Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Privaten, sondern strahlen vor allem über unbestimmte Rechtsbegriffe in das bürgerliche Recht hinein.

Im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch entnahm das Bundesverfassungsgericht dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte erstmals einen Schutzauftrag, welcher den Staat verpflichtete, Private vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer Privater zu bewahren. Im Ergebnis wurde der Gesetzgeber aufgerufen, bei der Normierung zur Straf-

barkeit des Schwangerschaftsabbruchs die kollidierenden Grundrechte von Mutter und Kind abzuwägen.

In weiteren Entscheidungen wurde die grundrechtliche, staatliche Schutzpflicht auch auf das Privatrecht angewendet. Maßgeblich kam es vor allem darauf an, ob die freie Selbstbestimmung einer der Parteien eines zivilrechtlichen Streits dadurch eingeschränkt war, dass es an einem ausgeglichenen Kräfteverhältnis zwischen den Parteien fehlte und Grundrechte der unterlegenen Partei dadurch bedroht waren. In solchen Konstellationen postulierte das Bundesverfassungsgericht die Schutzpflicht des Staats.

Dieser Konzeption schlossen sich die übrige Rechtsprechung und das Schrifttum mehrheitlich an, im weiteren Verlauf auch das Bundesarbeitsgericht. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte wurde und wird in Deutschland nahezu einhellig abgelehnt, weil die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar nur die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung binden. Vor allem aber führte die unmittelbare Drittwirkung zu einer stärkeren Einschränkung der Privatautonomie, z. B. in Bezug auf die Möglichkeit des Einzelnen, seinen Vertragspartner frei zu wählen.

Beide Theorien – die Schutzpflichttheorie und die Theorie der mittelbaren Drittwirkung – stehen in einer Wechselwirkung. Sie ergänzen und vervollkommen einander. Einerseits stellt die mittelbare Drittwirkung eine Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht dar, wenn der Gesetzgeber Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe schafft, und deren grundrechtsbezogene Ausformung den Gerichten überlässt. Andererseits begrenzt die staatliche Schutzpflicht auch die mittelbare Drittwirkung. Der Staat verfügt zwar über eine Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungskompetenz im Hinblick auf die Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht. Dieser Spielraum wird im Zivilrecht aber durch die Privatautonomie der beteiligten Personen eingeschränkt. Das Untermaßverbot gebietet es dem Staat, im Privatrecht erst bei markanten Grundrechtsbeschränkungen einzuschreiten und dann entweder Einzelnormen zu erlassen oder (subsidiär) auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzugreifen. Vor allem im rechtsgeschäftlichen Bereich stellen die Parteien mit Verträgen aber regelmäßig selbst einen sachgerechten Interessenausgleich her. Grenzen findet die Privatautonomie allerdings dort, wo Fremdbestimmung droht; denn Privatautonomie setzt die tatsächliche Möglichkeit freier Selbstbestimmung zwingend voraus. Im Privatrecht existiert zwar beinahe nirgends vollkommene Parität; die Privatautonomie kann aber jedenfalls dort nicht in einem ausgewogenen Verhältnis wahrgenommen werden, wo ein starkes Machtgefälle zwischen den Ver-

tragsparteien herrscht. Dementsprechend obliegt es einerseits dem Gesetzgeber, in solchen Fällen, unter Berücksichtigung der Interessen und Grundrechte der beteiligten Personen, einen angemessenen Ausgleich durch Spezialgesetze herzustellen. Andererseits ist es Aufgabe der Rechtsprechung, über die Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe im Falle eines ungleichen Kräfteverhältnisses adäquat korrigierend einzugreifen, vor allem bei einer schweren Grundrechtsbeeinträchtigung auf Seiten des Schwächeren. Zum Schutz der Privatautonomie sollte – unter Beachtung des Untermaßverbots – richterliches Eingreifen zugunsten eines Grundrechtsträgers aber der Ausnahmefall bleiben.

Im außervertraglichen Bereich des Privatrechts obliegt die Wahrung der Grundrechte vor allem der Rechtsprechung. Sie muss den konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen, wobei ebenfalls ein bestehendes Machtgefälle entscheidungserheblich sein kann.

Auf der europäischen Ebene ergeben sich Menschenrechte und Grundrechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtscharta der EU. Diese gelten nicht unmittelbar zwischen Privaten. Die Vertragsstaaten der EMRK bzw. die EU und ihre Mitgliedstaaten müssen aber im Rahmen des Schutzpflichtenkonzepts Verletzungen durch Private verhindern. Demgegenüber sind die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthaltenen Grundfreiheiten, welche der Verwirklichung des Binnenmarkts dienen, zwar lediglich grundrechtsähnlich, entfalten nach der Rechtsprechung des EuGH aber ganz überwiegend unmittelbare Horizontalwirkung zwischen Privatpersonen. Zu diesen Grundfreiheiten gehören vor allem die Arbeitnehmerfreizügigkeit unmittelbar, die Niederlassungsfreiheit und inzwischen auch die Warenverkehrsfreiheit. Während letztere nur unmittelbar zwischen Privaten anwendbar ist, wenn eine der Parteien mit einer de facto Regelungshoheit oder mit hoheitlichen Machtbefugnissen ausgestattet wurde, gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit für alle Verträge zwischen Privatpersonen. Diese Rechtsprechung wird von der Literatur auf die anderen Freiheiten des Personen- und Dienstleistungsverkehrs – namentlich die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit – übertragen.

Der EuGH begründet die unmittelbare Drittwirkung der dargestellten Grundfreiheiten unter anderem mit dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften, dem Effizienzgebot und dem Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten.

Die Argumentation des EuGH überzeugt nicht durchgehend, vor allem grundsätzliche Erwägungen sprechen gegen eine unmittelbare Ho-

rizontalwirkung der Grundfreiheiten: Bei der unmittelbaren Horizontalwirkung können auf der Rechtfertigungsebene nur die unionsrechtlichen Grundrechte bei der Abwägung mit den sich aus den Grundfreiheiten ergebenden Rechtspositionen herangezogen werden. Die nationalen Grundrechte der einzelnen Mitgliedstaaten werden – anders als bei Anwendung des Schutzpflichtenmodells – nicht berücksichtigt, was verfassungsrechtliche Bedenken hervorruft. Darüber hinaus ermöglicht das Schutzpflichtenmodell eine sachangemessenere und flexiblere Umsetzung der Grundfreiheiten, welche die grundrechtlich geschützte Privatautonomie nicht unnötig und übermäßig einschränkt. Lediglich wenn im Einzelfall das nationale Recht selbst bei europarechtsfreundlicher Auslegung nicht ausreicht, um gegen die Grundfreiheiten anderer verstoßendes Privatverhalten zu unterbinden, kann es ausnahmsweise angezeigt sein, die Grundfreiheiten unmittelbar anzuwenden.

Trotz der dargestellten Kritik an den Entscheidungen des EuGH ist die Rechtslage in Bezug auf die betroffenen Grundfreiheiten für die Praxis geklärt. Auf nationaler Ebene sollte der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Schutzpflichtenkonzepts nur zurückhaltend agieren und der Privatautonomie ausreichend Raum belassen.