

# KRAKAUER-AUGSBURGER RECHTSSTUDIEN

PROBLEME DER ANGLEICHUNG DES EUROPÄISCHEN RECHTS

Herausgegeben von Jerzy Stelmach und Reiner Schmidt

## DAS BGB UNTER DEM GRUNDGESETZ\*

### I. EINLEITUNG

Im Jahr 1950 prägte Gustav Böhrer den Satz: „Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht.“<sup>1</sup> Aus dieser Sicht erscheint ein Referat zum Thema „Das BGB unter dem Grundgesetz“ relativ unergiebig und es käme im wesentlichen nur darauf an zu zeigen, dass die Verfassung die herkömmlichen, vermeintlich unpolitischen Werte des Privatrechts garantiert.<sup>2</sup> Von demselben Autor stammt allerdings auch jener Satz aus dem Jahr 1941: „Seitdem die nationalsozialistische Weltanschauung für das Volksempfinden richtunggebend geworden ist, wird auch der Inhalt der ‘guten Sitten’ durch sie bestimmt.“<sup>3</sup> Mittlerweile dürfte es zu den gesicherten Erkenntnissen gehören, dass das Privatrecht in der Vergangenheit gerade nicht den unverrückbaren Fels in der Brandung unterschiedlicher Herrschaftsregime bildete, sondern ideologischen Implementierungen allenthalben ausgesetzt war und von politischen Vorgaben mitbestimmt wird.<sup>4</sup> Das Verhältnis von BGB und Grundgesetz ist daher überaus komplex und bildet derzeit ein zentrales Forum, in dem rechtswissenschaftliche Grundlagenstreitigkeiten ausgetragen

---

\* Erstveröffentlichung in Deutschland in: Diederichsen/Sellert (Hrsg.), *Das BGB im Wandel der Epochen; 10. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“*, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen 2002, S. 131 ff.

<sup>1</sup> *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, 1. Buch, 1950, S. IX.

<sup>2</sup> Siehe zu dieser tradierten Vorstellung näher Raiser, *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, in: *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages* 1966, Bd. II, 1967, B 5 ff. m.umf.N.

<sup>3</sup> ZAKDR 1941, 73 f. (73); siehe hingegen kritisch und signifikanterweise verfassungsrechtlich argumentierend derselbe, in: Winters/Wolff, *Beamten-Handbuch I*, 1932, S. 494, wonach eine Zurücksetzung der Juden „das Rad der Geschichte um mehr als ein Jahrhundert zurückdrehen“ und „natürlich auch dem Gleichheitsgrundsatzes des Art. 109 sowie der Eigentums-garantie des Art. 153 I RV. widersprechen“ würde.

<sup>4</sup> Vgl. insbesondere Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl., 1997, S. 1 ff.; siehe ferner auch Limbach, *FG Zivilrechtslehrer 1934/35*, 1999, S. 383 ff.; Schmoeckel, NJW 1996, 1697 ff. (1699).

und reformuliert werden.<sup>5</sup> Die Komplexität beginnt bereits auf der hermeneutischen Ebene, indem das Grundgesetz verschiedene tradierte Begriffe des Privatrechts verwendet, während umgekehrt auch einige neuere Normen des Privatrechts nur vor dem Hintergrund der Verfassung zu verstehen sind. Des weiteren ist kennzeichnend, dass das Grundgesetz einerseits inhaltliche Maßstäbe setzt, zugleich aber auch eine Kompetenzordnung konstituiert, die den Akteuren des Privatrechts, nämlich den einzelnen Privatrechtssubjekten sowie dem Privatrechtsgesetzgeber, konkurrierende Freiräume sichert. Dies alles wird nochmals auf der judikativen Ebene von der Frage überlagert, inwieweit das Bundesverfassungsgericht oder die Fachgerichte als Hüter des Privat- und Verfassungsrechts berufen sind. Im folgenden ist diesen Problemen in verschiedenen Schritten nachzugehen:

## II. DAS RANGVERHÄLTNIS

Den Ausgangspunkt bildet die Feststellung, dass das Grundgesetz als „lex fundamentalis“<sup>6</sup> dem Privatrecht als „einfachem“ Recht vorgeht.

### 1. DIE NORMENHIERARCHIE

Die Vorstellung eines solchen Stufenbaus der Rechtsordnung, an deren Spitze die Verfassung steht, basiert auf der Annahme einer zumindest präsumtiven Verbindlichkeit staatlicher Gesetze. Rechtsquellen-theoretisch sind zwar auch naturrechtliche oder aus der Historie abgeleitete Ordnungsmodelle denkbar, doch würde deren Primat nicht nur massive Einbußen an Rechtssicherheit hervorrufen, sondern wäre vor allem auch mit den allgemein konsentierten Staatsfundamentalgrundsätzen der Volkssouveränität und Gewaltenteilung unvereinbar. Geht man demnach von einem grundsätzlichen Vorrang staatlicher Normen aus, ergibt sich die Stellung der Verfassung als *lex superior*

<sup>5</sup> So war es auch rhetorisch nur eine Frage der Zeit, bis beispielsweise ein Vergleich mit der „Freirechtslehre“ bemüht wurde; siehe Diederichsen, AcP 198 (1998), S. 171 ff. (199).

<sup>6</sup> Siehe zu diesem Begriff aus historischer Sicht eingehend Mohnhaupt, *Die Lehre von der „Lex Fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, in: Kunisch, *Der dynastische Fürstenstaat*, 1982, S. 3 ff. m.w.N.

bereits systemimmanent aus den Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 100 Abs. 1 sowie aus dem gesamten Geltungsanspruch des Grundgesetzes.<sup>7</sup> Darüber hinaus ist es auch wiederum eine Konsequenz des Prinzips der Gewaltenteilung sowie der Grund- und Menschenrechte, dass Entscheidungen des *pouvoir constituant* als Akte fundamental-demokratischer Selbstbindung der einfachen parlamentarischen Mehrheit Schranken setzen.<sup>8</sup>

## 2. DIE NORMENKONKURRENZ

Gegen das Modell eines Supremats der Verfassung werden hauptsächlich zwei methodisch-konstruktive Einwände erhoben.

### a) Die Disparitätsthese

Der Kern dieser Antithese lautet, dass die Grundrechte und das Zivilrecht überhaupt keinen gemeinsamen Regelungsgegenstand haben, also beziehungslos nebeneinander stehen und ein Konkurrenzproblem demgemäss von vornherein nicht existiert.<sup>9</sup> Das Privatrecht stellt danach ein autarkes System dar und gewährleistet die maßgeblichen Werte bereits von sich aus. Ideologiekritisch wirft diese Sichtweise allerdings sofort die Frage auf, wie Grundwerte aus dem Privatrecht isoliert abgeleitet werden können. Der Begriff des Privatrechts besagt in Abgrenzung zum öffentlichen Recht nämlich lediglich, dass kein Hoheitsträger in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist.<sup>10</sup> Diese formale Beschreibung bedeutet nicht, die prinzipielle Eigenständigkeit des Privatrechts anzuzweifeln, doch stehen öffentliches und privates Recht auf einem gemeinsamen Sockel rechtlicher Grundprinzipien, wozu namentlich das

<sup>7</sup> Vgl. Wahl, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 ff.; Felix, *Einheit der Rechtsordnung*, 1998, S. 177 ff.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl., 1995, Rn. 198 ff.; Badura, *Staatsrecht*, 2. Aufl., 1996, Rn. D 49 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. Starck, *Verfassung und Gesetz*, in: derselbe, *Rangordnung der Gesetze*, 1995, S. 29 ff. (29 ff.).

<sup>9</sup> Vgl. Isensee, *FS Großfeld*, 1999, S. 485 ff. (492).

<sup>10</sup> Vgl. F. Bydlinski, *AcP* 194 (1994), S. 319 ff. (333 ff.); Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2000, § 3 Rn. 12 ff., 18 m.w.N.

Gebot des gegenseitigen Achtens gehört.<sup>11</sup> Jenes allgemeine Fundament ist schon deshalb notwendig, weil das Privatrecht eben nur negativ durch die Abwesenheit von Hoheitsträgern definiert wird und demnach aus sich selbst heraus nicht einmal a priori festzulegen vermag, wer den Status als Privatrechtssubjekt einnimmt. Nur so lässt sich beispielsweise auch erklären, dass in dunklen Zeiten des Privatrechts darüber diskutiert wurde, die Rechtsfähigkeit gem. § 1 BGB auf Volksgenossen zu beschränken.<sup>12</sup>

Hinzu kommt, dass der zentrale Wert der Privatautonomie erst durch die staatliche Gesetzgebung in Form von Kompetenznormen effektiv zur Entfaltung gelangt. Auch wenn man die Privatautonomie als eine dem positiven Recht vorausliegende Gestaltungsmöglichkeit erachtet, bedarf sie der grundsätzlichen Anerkennung und näheren Ausgestaltung durch die Rechtsordnung.<sup>13</sup> Eine größtmögliche Gewährleistung individueller Freiheitsräume ist überdies nicht ohne distributive Gerechtigkeit zu verwirklichen.<sup>14</sup> Die Privatautonomie ist folglich ein kategorial eigenständiger Wert, zugleich aber mit jener kollektiven Autonomie untrennbar verbunden, die die Staatsbürger gemeinsam im Rahmen der Gesetzgebung ausüben. Historisch ist im übrigen zwar kennzeichnend, dass der Privatrechtsgesetzgeber vielfach als eigentlicher Verfassungsgeber fungierte,<sup>15</sup> doch ändert dies wiederum nichts an der vom heutigen Souverän konstituierten Rangordnung, wonach divergierende Verfassungsgrundsätze dem einfachen Gesetz vorgehen.

## b) Die Identitätsthese

In der Folge wird eine Normenkonkurrenz daher auch umgekehrt mit dem Argument bestritten, dass die Grundwerte der bürgerlichen

<sup>11</sup> Siehe im näheren, auch zur geistesgeschichtlichen Verankerung dieses Gebots, Larenz, *Richtiges Recht*, 1979, S. 45 ff. m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Larenz, in: derselbe, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, S. 225 ff. (241); siehe dazu auch K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, 1988, S. 42 f. m.w.N.

<sup>13</sup> Siehe dazu aus jüngerer Zeit Singer, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, 1995, S. 6 ff.; J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, 1998, S. 219 ff. m.w.N.

<sup>14</sup> Siehe zu der kontroversen Bestimmung des Verhältnisses von ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit näher J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 504 f.; C.-W. Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, S. 26 ff.; zuletzt Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, 2000, S. 42 ff.

<sup>15</sup> Vgl. K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, S. 8 ff.; Diederichsen, in: Starck (Fußn. 8), S. 39 ff. (45, 61) m.w.N.

Privatrechtsordnung vom Grundgesetz aufgenommen wurden und deshalb eine weitgehende Deckungsgleichheit bestünde.<sup>16</sup> Diese Auffassung ist insofern zutreffend, als verschiedene verfassungsrechtliche Begriffe, wie „Eigentum“ oder „Familie“, überhaupt nur unter Berücksichtigung ihrer privatrechtlichen Vorprägung erklärbar sind. Andererseits darf diese hermeneutische Unentrinnbarkeit aber nicht dazu führen, die Eigenständigkeit der Verfassung oder die Relativität der Rechtsbegriffe anzuzweifeln. So diene dem Verfassungsgeber eben nicht nur das herkömmliche Privatrecht als Leitbild, sondern namentlich auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.<sup>17</sup> Das Deutsche Volk bekennt sich daher gem. Art. 1 Abs. 2 GG auch *expressis verbis* zu den Menschenrechten. Aus historischer Perspektive kommt hinzu, dass das Bonner Grundgesetz eine „Antiverfassung“<sup>18</sup> und damit zugleich ein „Antiprivatrecht“ zum charakteristischen NS-Unrecht bildet.

In Anbetracht dieser ganz konkreten Zielsetzungen enthält das Grundgesetz zum Teil wesentlich präzisere Wertungen als das „einfache“ Privatrecht. So bedarf es nur der falsifikatorischen Heranziehung der typischen NS-Gesetzgebung, um darlegen zu können, was mit der aktuellen Privatrechtsordnung definitiv unvereinbar ist. Auch ansonsten sind die Aussagen der Verfassung mitunter deutlich präziser im Vergleich zur abstrakten Begrifflichkeit des BGB. Hierzu braucht man beispielsweise nur die Frage zu stellen, ob der Anblick eines behinderten Menschen einen Reisemangel gem. § 651c BGB darstellt. Das BGB enthält hierzu keine konkreten Vorgaben, sondern lediglich einen abstrakten Fehlerbegriff, der die Sollbeschaffenheit der Leistung nicht näher definiert. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bestimmt hingegen gleichsam *more geometrico*, dass die Behinderteneigenschaft als solche nicht als Kriterium für eine mangelhafte Leistung herangezogen werden darf.<sup>19</sup> Insgesamt vermag somit weder das Argument der Identität noch der Disparität den Vorrang der Verfassung gegenüber dem Privatrecht zu erschüttern.

<sup>16</sup> Vgl. Diederichsen, in: Starck (Fußn. 8), S. 70 ff.

<sup>17</sup> Vgl. nur JÖR 1 (1951), S. 50, 58; siehe ferner auch vom Mangoldt, DÖV 1949, 261 ff.

<sup>18</sup> Siehe zu diesem Begriff eingehend Fromme, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz*, 1960, S. 8 f. m.w.N.

<sup>19</sup> Siehe dazu auch bei Fußn. 30 f.

### III. DIE FORMALE GRUNDORDNUNG

Nimmt man aufgrund der systemimmanenten Vorrangstellung eine primär verfassungsrechtliche Perspektive ein, ist zunächst die Kompetenzordnung<sup>20</sup> des Grundgesetzes zu beachten.

#### 1. DIE KOMPETENZTRÄGER

Das Grundgesetz weist zum einen dem demokratischen Gesetzgeber die Kompetenz zu, Normen im Bereich des Privatrechts zu erlassen. Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG unterliegt das bürgerliche Recht dabei der konkurrierenden Gesetzgebung. Zum anderen wird im Rahmen des Grundrechtskatalogs auch die Kompetenz der Privatrechtssubjekte anerkannt, Rechtsverhältnisse selbständig zu gestalten, also Verträge zu schließen,<sup>21</sup> letztwillige Verfügungen zu treffen oder eine Ehe einzugehen.<sup>22</sup>

#### 2. DAS KONKURRENZVERHÄLTNIS

Das zwischen dem Privatrechtsgesetzgeber und den Privatrechtssubjekten bestehende Konkurrenzverhältnis löst die Verfassung durch rechtsstaatliche Prinzipien, insbesondere durch die Grundrechte auf, weil und sofern diese negative Kompetenznormen für die Legislative darstellen. Ein Primat oder eine Kompetenzvermutung zugunsten des einzelnen Bürgers lässt sich der Verfassung hierbei allerdings nicht entnehmen. Auch wenn man die Privatautonomie als apriorisches Freiheitsrecht versteht und die Eigenständigkeit kleinerer sozialer Einheiten anerkennt, ist damit weder eine Vorrangstellung des homo singularis noch eine prinzipielle Präponderanz von Freiheitsrechten verbunden,<sup>23</sup> da das Grundgesetz von der Idee einer offenen Gesellschaftsverfas-

<sup>20</sup> Siehe dazu allgemein R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 211 ff.

<sup>21</sup> Siehe speziell zur Vertragsfreiheit als kompetentieller Freiheit auch Enderlein, *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, 1996, S. 71 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Höfling, *Vertragsfreiheit*, 1991, S. 4 ff.; Manssen, *Privatrechtsgestaltung durch Hobeitsakt*, 1994, S. 130 ff. m.w.N.

<sup>23</sup> Vgl. Scholz, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts VI*, 1989, § 151 Rz. 39; Knöpfle, *FS Rauscher*, 1993, S. 151 ff. (163); a.A. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, S. 278 f.

sung ausgeht und in Art. 79 Abs. 3 GG die Volkssouveränität gleichermaßen wie die Freiheit des Einzelnen zu den Staatsfundamentalgrundsätzen zählt. Die Privatautonomie steht deshalb in einem potentiellen Spannungsverhältnis zur Volkssouveränität, zugleich aber auch in einer Relation wechselseitiger Ergänzung, weil das Selbstbestimmungsrecht in seiner kollektiven Dimension ebenfalls ein Menschenrecht verkörpert.

#### IV. DIE MATERIALE GRUNDORDNUNG

Die Verfassung beschränkt sich nicht darauf, Kompetenzen formal zu regeln, sondern etabliert daneben auch eine Ordnung von materialen Prinzipien.

##### 1. DER SCHUTZ DER MENSCHENWÜRDE GEM. ART. 1 GG

Rekonstruiert man die Entscheidung der Verfassungsautoren zum Schutz der Menschenwürde, sind zwei Leitgedanken signifikant: Zum einen kann die Menschenwürde nicht nur durch gesetzwidrige Akte, sondern auch durch Unrecht in Gesetzesform verletzt werden.<sup>24</sup> Ein Negativbeispiel auf dem Gebiet des Privatrechts bildet die „Verordnung über die Beschäftigung von Juden“ aus dem Jahr 1941.<sup>25</sup> Zum anderen kann die Menschenwürde nicht nur durch staatliches Handeln, sondern auch durch einzelne Bürger verletzt werden. In den Verfassungsmaterialien wird das Beispiel genannt, dass ein privater Unternehmer sich an der Arbeiterversklavung beteiligt.<sup>26</sup> Charakteristisch ist mithin, dass das Grundgesetz sich einem rein formalen Rechtsdenken versperrt, also einem rigorosen Gesetzespositivismus ebenso eine Absage erteilt wie einer hypertrophierenden Trennung von Staat und Gesellschaft. Einschränkend ist sogleich hinzuzufügen, dass Art. 1 GG nur existentielle Minimalstandards schützt und nicht zur Aushebelung privatrechtlicher Strukturen instrumentalisiert werden darf. Ohne diese Basis wür-

<sup>24</sup> Siehe näher J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 1992, S. 6 ff. m.umf.N.

<sup>25</sup> RGBl. 1941 I, S. 675 ff.

<sup>26</sup> Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 21.

de das Privatrecht allerdings seine Legitimität verlieren, so dass es nunmehr die Wirkkraft von Art. 1 GG im einzelnen zu bestimmen gilt:

### a) Die unmittelbare Drittwirkung

Nach herrschender und zutreffender Lehre entfaltet Art. 1 GG eine unmittelbare Drittwirkung.<sup>27</sup> Neben der verfassungsgeberischen Regulationsabsicht spricht für diese Ansicht der Normtext von Art. 1 Abs. 1 und 2 GG, die Einbeziehung in die Unabänderbarkeitsklausel gem. Art. 79 Abs. 3 GG sowie ein Umkehrschluss zu Art. 1 Abs. 3 GG. Unter objektiv-teleologischen Aspekten ist ebenfalls offenkundig, dass die Menschenwürde nicht nur durch staatliche Maßnahmen, sondern auch durch private Übergriffe verletzt werden kann und insoweit gleichermaßen schutzbedürftig ist.<sup>28</sup>

Die unmittelbare Drittwirkung von Art. 1 GG bedeutet, dass auch Privatrechtssubjekte namentlich das menschliche Leben, die körperliche Integrität sowie den absoluten Kern der Persönlichkeit zu respektieren haben. Unter letzteres fällt insbesondere das Diskriminierungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 GG, zumal gerade auch die Idee einer Privatrechtsgesellschaft auf dem Gedanken der rechtlichen Freiheit und Gleichheit aller Bürger basiert. So entkräftet beispielsweise Franz Böhm den Einwand, dass eine Privatrechtsgesellschaft ein reines Lotteriespiel verkörpere, folgerichtig mit dem Hinweis auf den Informationsgewinn für den Handelnden: „Jetzt weiß er wenigstens, wie seine Mitmenschen reagiert haben. Er wird versuchen, aus diesen Quittungen seine Schlüsse zu ziehen und sein künftiges Verhalten dementsprechend einrichten.“<sup>29</sup> Genau dies ist ihm indes unmöglich, wenn an objektive, von Natur aus vorgegebene Faktoren wie Rasse oder Geschlecht angeknüpft wird. Der Betroffene läuft vielmehr Gefahr — wie geschichtlich eindringlich belegt — aufgrund einer allgemeinen Regel seinen Status als Mitglied der „Privatrechtsgesellschaft“ systematisch zu verlieren. Bezeichnenderweise war es deshalb auch die ausdrückliche Intention des ver-

<sup>27</sup> Vgl. namentlich Stern, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts V*, 1992, § 108 Rn. 7; Zippelius, in: *Bonner Kommentar*, Stand: April 1999, Art. 1 I und II Rn. 34 f.; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner GG*, Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 1 I Rn. 28 ff.; Diederichsen, in: Starck (Fußn. 8), S. 39 ff. (53).

<sup>28</sup> Siehe dazu auch näher Neuner (Fußn. 13), S. 150 ff.

<sup>29</sup> Ordo 17 (1966), S. 75 ff. (89).

fassungsändernden Gesetzgebers, durch die Einführung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht nur die Stellung behinderter Menschen im Verhältnis Staat–Bürger, sondern ganz generell in Recht und Gesellschaft zu stärken.<sup>30</sup> Daraus folgt beispielsweise, dass ein Reiseveranstalter oder Gastwirt, der ohne sachlichen Grund einen Behinderten einzig wegen seiner Behinderung als Vertragspartner ablehnt, einem verfassungsrechtlich indizierten Kontrahierungszwang unterliegt.<sup>31</sup>

## b) Die Grenzen des Verzichts

Neben der unmittelbaren Drittwirkung weist Art. 1 GG noch eine weitere privatrechtsrelevante Besonderheit auf, indem der absolute Kern der Menschenwürde und Menschenrechte auch der uneingeschränkten Disponibilität des Rechtsträgers entzogen wird.

### aa) Drittinteressen

Von der Problematik des Grundrechtsverzichts im engeren Sinn gilt es zunächst Konstellationen abzugrenzen, bei denen zugleich Drittinteressen beeinträchtigt werden.<sup>32</sup> Zu denken ist etwa an den kommerziellen Verzicht des Vaters auf das Umgangsrecht mit seinem Kind. Die grundsätzliche Unwirksamkeit eines solchen Geschäfts<sup>33</sup> folgt nicht erst aus Schutzerwägungen zugunsten des Vaters, sondern bereits aus dem Kindesinteresse gem. § 1684 Abs. 1 BGB iVm Art. 6 Abs. 2 GG auf Umgang mit beiden Elternteilen. Wie dieses Beispiel zugleich belegt, gibt es sowohl auf zivilrechtlicher als auch auf verfassungsrechtlicher Ebene originäre Leistungsrechte gegenüber Dritten. Auch die Menschenwürde lässt sich deshalb nicht auf ein reines Selbstbestimmungsrecht reduzieren, sondern wird durch soziale Komponenten mitgeprägt. Ein weiteres Beispiel hierfür bildet der Auskunftsanspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters. Dieser Anspruch ist zwar wiederum mit kollidierenden Grundrechten der Mutter abzuwägen.<sup>34</sup> Ein Verstoß gegen Art. 1 GG liegt jedoch vor, wenn eine Abwä-

<sup>30</sup> BT–Drs. 12/8165, S. 28 f. (S. 28: „Gesellschaftliche und rechtliche Ausgrenzungen sollten verhindert werden“); siehe zur unmittelbaren Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ferner auch Badura (Fußn. 7), Rn. C 47.

<sup>31</sup> Siehe ausführlicher J. Neuner, NJW 2000, 1822 ff. (1823 f., 1829).

<sup>32</sup> Siehe dazu auch Schwabe, JZ 1998, 66 ff. (70 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. nur BGH, NJW 1984, 1951 f. (1952); Heinrichs, in: Palandt, *BGB*, 59. Aufl., 2000, Rn. 56 zu § 138.

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 96, 56 ff.; C.–W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, S. 63 f.

gung von vornherein unmöglich gemacht wird, indem etwa bei einer heterologen Insemination eine Dokumentation über die Person des Samenspenders unterbleibt.<sup>35</sup>

#### bb) Gemeinwohlinteressen

Außer schutzwürdigen Drittinteressen sind vom Begriff des Grundrechtsverzichts Grundrechtseinschränkungen aufgrund legitimer Gemeinwohlbelange auszuklammern. Darunter fallen beispielsweise Regelungen zum Schutze der Volksgesundheit, zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit oder etwa zur Gewährleistung von Rechts- und Verkehrssicherheit.<sup>36</sup> Auch rein finanzielle Belastungen können in Betracht kommen, da ein Sozialstaat, der gem. Art. 1 GG verpflichtet ist, Hilfsbedürftigen das Existenzminimum zu sichern, spiegelbildlich dazu legitimiert sein muss, eine unverhältnismäßige Inanspruchnahme, etwa durch Unfallopfer, bereits im Vorfeld zu verhindern.<sup>37</sup>

#### cc) Eigeninteressen

Beschränkt man sich im folgenden auf die Frage, ob die Menschenwürde Eingriffe allein zum Schutz des Rechtsträgers legitimiert, ist vorweg herauszuheben, dass ein Grundrechtsverzichts nur in Betracht kommt, wenn der Betroffene in freier Selbstbestimmung entscheidet. Diese Voraussetzung<sup>38</sup> ist namentlich bei Arbeits- und Mietverhältnissen problematisch, da der Betroffene in existentieller Weise in die Beziehung eingebunden ist. Noch wesentlich massivere Zweifel an der Freiwilligkeit eines Verzichts stellen sich ein, wenn jemand beispielsweise ein Körperorgan veräußert.<sup>39</sup> De jure gewährleistet zwar der Staat das Existenzminimum, doch muss man bei realistischer Betrachtung und unter Einbeziehung der Bedeutung des Rechtsguts davon ausgehen, dass die Entscheidung regelmäßig von starkem wirtschaftlichen und sozialen Druck geleitet sein wird. Sofern daher Kritiker namentlich das Verbot des Organhandels gem. § 17 TPG iVm § 134 BGB als illegitimen Paternalismus brandmarken,<sup>40</sup> übersehen sie jene

<sup>35</sup> Vgl. Zimmermann, FamRZ 1981, 929 ff. (932 ff.); Starck, JZ 1989, 338 f.; a.A. Koppernock, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung* 1997, S. 153 ff.

<sup>36</sup> Vgl. auch Alexy (Fußn. 20), S. 98; siehe ferner speziell zu Arbeitsschutznormen Bleckmann, RdA 1988, 332 ff.

<sup>37</sup> Siehe auch Schwabe, JZ 1998, 66 ff. (72 ff.).

<sup>38</sup> Siehe dazu auch Singer, JZ 1995, 1133 ff. (1139 ff.); derselbe, *GS Jean d'Heur*, 1999, S. 171 ff. (183 ff.).

<sup>39</sup> Siehe dazu auch BVerfG, NJW 1999, 3399 ff. (3402).

<sup>40</sup> Vgl. König, in: Roxin/Schroth, *Medizinstrafrecht*, 2000, S. 265 ff. (273); grundsätzlich auch Schroth, JZ 1997, 1149 ff. (1154).

wahrhaft majestätische Gleichheit des Gesetzes, die es Armen und Reichen gleichermaßen verbietet, ihre Körperorgane kommerziell zu verwerten.

Geht man im weiteren gleichwohl idealtypisch von einer freien Entscheidungsfindung aus, unterliegt auch ein solcher Grundrechtsverzicht äußersten objektiven Schranken in dem Sinne, dass soziale Fundamentalrechte nicht zur Gänze preisgegeben werden können.<sup>41</sup> Es folgt dies schon systemimmanent aus einem Vergleich mit der Staatsform der Demokratie, die *de lege lata* ebenfalls nicht zur uneingeschränkten Disposition der Beteiligten steht.<sup>42</sup> Des weiteren ergibt sich auch unmittelbar aus Art. 1 Abs. 2 GG, dass eine rechtsgeschäftliche Selbstentmündigung oder eine sonstige Verfügung über elementare menschliche Attribute nicht dem reinen Belieben des Rechtsträgers überlassen ist. Die Menschenwürde besteht zwar zu ihrem Großteil darin, diese selbstbestimmt definieren zu können, doch erklärt Art. 1 Abs. 2 GG die Menschenrechte ausdrücklich für unveräußerlich und reduziert das Individuum nicht auf „eine jederzeit austauschbare Ansammlung handelbarer Güter“.<sup>43</sup> Die Verfassung wendet sich damit gegen jede Form des Totalitarismus und man kann Art. 1 S. 1 des Herrenchiemseer Entwurfs deshalb auch in dem Sinne lesen: „Die Marktwirtschaft ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Marktes willen.“ Demzufolge liegt die Unveräußerlichkeit der Menschenrechte auch nicht allein in dem Gedanken der Freiheitsmaximierung begründet;<sup>44</sup> sie leitet sich vielmehr umfassend aus der Persönlichkeit des Rechtsträgers ab und impliziert insbesondere einen Schutz vor Hoffnungslosigkeit. Daraus folgen einmal Schranken des Grundrechtsverzichts in zeitlicher Hinsicht. Ein Beispiel hierfür bildet der Grundsatz, dass Dauerschuldverhältnisse nach einer bestimmten Zeit kündbar sind, um eine Ewigkeitsbindung zu verhindern.<sup>45</sup> Auch die aktuelle Insolvenzordnung verfolgt einen ähnlichen telos, indem sie dem Schuld-

<sup>41</sup> Nur soziale Grundrechte sind von ihrer Struktur her einem Verzicht zugänglich; nicht hingegen liberale Grundrechte, da die Freiheit an sich allein vom jeweiligen Grundrechtsträger definiert wird; siehe dazu näher Neuner (Fußn. 13), S. 166 ff., 281 ff.

<sup>42</sup> Vgl. nur Art. 20 Abs. 4, 21 Abs. 2 GG sowie aus dem Schrifttum Becker, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts VII*, 1997, § 167 Rn. 14 ff.

<sup>43</sup> Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995, S. 386.

<sup>44</sup> So aber namentlich Enderlein (Fußn. 21), S. 20, 25 ff., 158 f., 265 ff. u.ö.

<sup>45</sup> Siehe nur Oetker, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 251 ff. m.w.N.

ner nach einer gewissen Zeitspanne einen Neuanfang in Aussicht stellt. Neben diesen temporären Begrenzungen sind verschiedene menschliche Attribute von vornherein nur beschränkt als Gegenstände des Rechtsverkehrs tauglich.<sup>46</sup> Dazu zählen namentlich der eigene Körper, die Religion sowie familiäre Beziehungen. Im Einzelfall ist dabei jeweils soweit als möglich das Selbstbestimmungsrecht zu respektieren, so dass statt der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts als milderer Eingriff auch ein Recht auf Widerruf oder eine fehlende Vollstreckbarkeit in Betracht kommen können.<sup>47</sup>

Zusammenfassend ist somit zu vermerken, dass Art. 1 GG als Fundament der Rechtsordnung eine allseitige Wirkung entfaltet, also auch Privatrechtssubjekte verpflichtet, und partiell auch nicht zu deren Disposition steht.

## 2. DER SCHUTZ DER FREIHEIT GEM. ART. 2 FF. GG

Analysiert man im nächsten Schritt den Einfluss der Grundrechte gem. Art. 2 ff. GG auf das Privatrecht,<sup>48</sup> sind drei verschiedene Komplexe auseinanderzuhalten: Als erstes ist der Normzweck der Grundrechte zu ermitteln; im Anschluss daran sind die Grundrechtsadressaten zu bestimmen; zuletzt ist sodann zu klären, ob die Art. 2 ff. GG eine abschließende Regelung darstellen, oder ob noch sonstige Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Privatrecht bestehen.

### a) Die Grundrechte als Abwehrrechte

Legt man zunächst die Grundrechte nach allgemeinen Methoden-Grundsätzen aus, weisen sämtliche canones auf eine primär abwehrrechtliche Funktion hin. Aus dem Wortlaut, der verfassungsgeberischen

<sup>46</sup> Vgl. auch C.-W. Canaris, AcP 184 (1984), S. 201 ff. (232 ff.); derselbe, JuS 1989, 161 ff. (164 ff.).

<sup>47</sup> Gegen die grundsätzliche Unverfügbarkeit jener identitätsstiftenden Merkmale wird mit einem argumentum a fortiori eingewandt, dass nach unserer Rechtsordnung eine bei klarem Verstand begangene Selbsttötung zulässig sei; vgl. Niedermair, *Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten*, 1999, S. 111; (siehe im übrigen zur h.M., wonach die Selbsttötung dem Art. 2 Abs. 1 GG unterfällt, nur Schwabe, JZ 1998, 66 ff., 69 m.umf.N.). Dieser Vergleich überzeugt jedoch zumindest für das Zivilrecht nicht, weil ein Suizid vielfach eine Reaktion auf Hoffnungslosigkeit darstellt — einen Zustand, den es gerade zu verhindern gilt.

Regelungsabsicht sowie systematischen Rückschlüssen aus Spezialregelungen wie Art. 6 Abs. 2 und 4 GG folgt übereinstimmend, dass die Grundrechte dem Individuum einen umfassenden Freiraum selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Handelns gewährleisten wollen. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Art. 2 ff. GG grundsätzlich keine Leistungsrechte verkörpern und nicht als soziale Grundrechte interpretiert werden können.<sup>49</sup> Unter teleologischen Gesichtspunkten lässt sich hiergegen insbesondere einwenden, dass Freiheit nicht voraussetzungslos besteht und die faktische Wahrnehmbarkeit von Abwehrrechten auf teilhaberechtlichen Prämissen beruht. Peter Häberle hat deshalb ein „realistisches“ Grundrechtsverständnis angemahnt und sieht die Grundrechte unter einem „sozialen Vorbehalt“, der über das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 3 GG vermittelt wird.<sup>50</sup> Analoge dogmatische Forderungen findet man signifikanterweise auch im Privatrecht. So hat vor allem Manfred Wolf in seiner Untersuchung über „Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich“ dargelegt, dass neben formalen Kriterien auch faktisch-wirtschaftliche Handlungsmöglichkeiten zu den Gültigkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung gehören.<sup>51</sup> Diese Lehren sehen sich jedoch dem Einwand ausgesetzt, dass sie zu einer Vermengung divergierender Prinzipien führen und damit zugleich in Gefahr geraten, die *lex lata* nicht hinreichend zu berücksichtigen. Des weiteren verläuft auch der wissenschaftliche Diskurs undifferenziert, wenn namentlich die Schutzpflichtenlehre, von Verfechtern ebenso wie von Kritikern, automatisch mit sozialen Komponenten angereichert wird. Diese Feststellung schließt methodisch keineswegs aus, soziale Verfassungsrechte anzuerkennen, doch handelt es sich hierbei um weitgehend ungeschriebenes Verfassungsrecht, das entsprechenden Begründungsanforderungen unterliegt.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Siehe zur geschichtlichen Entwicklung der Drittwirkungsdiskussion näher Floren, *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht*, 1999, S. 19 ff.

<sup>49</sup> Vgl. Zacher, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts I*, 1987, § 25 Rn. 98 ff.; Karpen, *Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes*, 1987, S. 73; Starck, *Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte*, in: derselbe, *Praxis der Verfassungsauslegung*, 1994, S. 21 ff. (33).

<sup>50</sup> VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (69 ff.); siehe ferner zum Gebot der „mensenrechtskonformen Auslegung der Grundrechte“ auch Häberle, *Rechtstheorie* 24 (1993), S. 397 ff. (403 f., 412 f., 421).

<sup>51</sup> *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, 1970, S. 123 ff.

<sup>52</sup> Siehe bei Fußn. 82 ff.

## b) Die Grundrechtsadressaten

Betrachtet man deshalb die Art. 2 ff. GG vorwiegend als Abwehrrechte, also in einem formal freiheitlichen Sinn, stellt sich die Anschlussfrage, wer Adressat dieser Grundrechte ist.

### aa) Der Privatrechtsgesetzgeber

Nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG ist Adressat der Grundrechte zunächst der Privatrechtsgesetzgeber. Sachlich spricht für dessen Grundrechtsbindung, dass der einzelne Bürger durch Normen des Privatrechts in ähnlicher Weise wie durch solche des öffentlichen Rechts in seinen Freiheitsrechten beschränkt wird.<sup>53</sup> Als Beispiele sind nur nachbar- oder kündigungsrechtliche Bestimmungen zu erwähnen. Auch der Kontrollmaßstab im Sinne des Übermaßverbots passt dem Grunde nach. Man denke etwa an Verbraucherschutzrechtliche Regelungen, die unter dem Aspekt der Erforderlichkeit möglichst autonomiewahrend sein müssen, so dass Aufklärungs- und Widerrufsrechte prinzipiellen Vorrang genießen vor inhaltlichen Eingriffen. Darüber hinaus ist signifikant, dass Umverteilungsmaßnahmen mittels des Privatrechts einzelne Bürger rein zufällig treffen können, wohingegen der Steuergesetzgeber die sozialen Lasten nach individueller Leistungsfähigkeit gerecht zu verteilen vermag. Als Beispiel möge man sich vorstellen, dass statt einer steuerfinanzierten Anhebung der Sozialhilfe, Mietzins-erhöhungen zulasten von Sozialhilfeempfängern untersagt werden. Der Privatrechtsgesetzgeber ist deshalb geradezu mit einem Erst-Recht-Schluß an die Grundrechte gebunden.

Sofern Kritiker gleichwohl eine Aushöhlung und einen Funktionsverlust des Privatrechts befürchten,<sup>54</sup> ist zu erwidern, dass durch Art. 1 Abs. 3 GG nur der Freiheitsgedanke der Grundrechte konsequent umgesetzt wird — ein Anliegen, das gerade auch dem herkömmlichen Privatrechtsverständnis entspricht. Im übrigen ist der Bindungsproblematik die Frage vorgelagert, ob eine Privatrechtsnorm überhaupt einen Grundrechtseingriff beinhaltet. So gibt es verschiedene Normen, die ein Grundrecht zugunsten einer Privatperson lediglich ausgestal-

<sup>53</sup> Vgl. Canaris (Fußn. 34), S. 11 ff. (mit dem zusätzlichen Hinweis auf Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG); Pietzcker, *FS Dürig*, 1990, S. 345 ff. (350); Hager, *JZ* 1994, 373 ff. (374 f.).

<sup>54</sup> Vgl. Medicus, *AcP* 192 (1992), S. 35 ff. (54 ff.); Diederichsen, *AcP* 198 (1998), S. 171 ff. (212); Windel, *Der Staat* 37 (1998), S. 385 ff. (387 ff.).

ten,<sup>55</sup> ohne es zu deren Lasten einzuschränken.<sup>56</sup> Zu denken ist etwa an den Herausgabeanspruch des Eigentümers gem. § 985 BGB. Hierin könnte man allerdings zugleich auch einen Eingriff in Rechte des nichtberechtigten Besitzers sehen. Dies scheidet indes von vornherein aus, wenn man die Vorstellung eines Grundrechts auf Stehlen, Unterschlagen oder Hausbesetzen ablehnt und insoweit einen Tatbestandsausschluss annimmt.<sup>57</sup> Aber auch wenn man richtigerweise für eine weite Tatbestandstheorie plädiert, handelt es sich nur um einen „potentiellen Grundrechtsfall“,<sup>58</sup> da die Handlungsfreiheit des Besitzers evidentermassen durch die Eigentumsgarantie zurückgedrängt wird und sich das grundrechtliche Argumentieren demnach allenfalls auf ein Minimum beschränkt, ohne das Privatrechtssystem im geringsten zu destabilisieren.

#### bb) Die Privatrechtsjudikatur

Neben dem Privatrechtsgesetzgeber ist ferner auch die Rechtsprechung gem. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden<sup>59</sup> und unterliegt dem Gebot verfassungskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung. Eine solche Rechtsfindung hat allerdings die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu beachten und setzt deshalb Regelungsdefizite auf der subkonstitutionellen Ebene voraus.<sup>60</sup> Ansonsten ist bei Gesetzen, die ein Gericht für verfassungswidrig hält, gem. Art. 100 Abs. 1 GG ein Normenkontrollverfahren durchzuführen.

#### c) Die Grundrechte als Schutzpflichten

Im Unterschied zu den Staatsgewalten sind die Privatrechtssubjekte gem. Art. 1 Abs. 3 GG nicht an die Grundrechte gebunden.<sup>61</sup> Proble-

<sup>55</sup> Vgl. Alexy (Fußn. 20), S. 300 ff.

<sup>56</sup> Siehe zu Gegenbeispielen aber auch zutreffend Canaris (Fußn. 34), S. 21.

<sup>57</sup> Vgl. Starck, JuS 1981, 237 ff. (245 f.); Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Fußn. 27), § 111 Rn. 176.

<sup>58</sup> Alexy (Fußn. 20), S. 296.

<sup>59</sup> Vgl. Schwabe, AöR 100 (1975), S. 442 ff. (444 ff.); Rübner, *GS Martens*, 1987, S. 215 ff. (219).

<sup>60</sup> Siehe näher Stern, *Staatsrecht III/2*, 1994, § 90 II 3 (S. 1147 ff.); Neuner (Fußn. 24), S. 128 ff.; a.A. (insbesondere für einen fachgerichtlichen judicial self-restraint) Voßkuhle, AöR 125 (2000), S. 177 ff. (194 ff.).

<sup>61</sup> Vgl. nur Lücke, JZ 1999, 377 ff. (381, 383); Singer, JZ 1995, 1133 ff. (1135 f.); kritisch Gerstenberg, ARSP Beiheft 74 (2000), S. 141 ff. (143 ff.).

matisch ist jedoch, ob die Grundrechte (über ihren Menschenwürdekern hinaus) die Staatsgewalten verpflichten, den einen Bürger vor Übergriffen des anderen Bürgers zu schützen.<sup>62</sup>

aa) Die Herleitung

Gegen eine Auslegung der Art. 2 ff. GG als Schutzpflichten lässt sich zunächst ein Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG anführen, wonach nur ein Mindestschutz vor Mord und Totschlag sowie sonstigen Frontalangriffen auf die Menschenwürde zu gewährleisten ist. Teleologisch kann man außerdem darauf verweisen, dass die verfassungsgeberische Entscheidung gegen eine unmittelbare Drittwirkung nicht durch eine Schutzpflichten-Konstruktion wieder ausgehebelt werden darf.<sup>63</sup> Die besseren Gründe sprechen gleichwohl dafür, die Art. 2 ff. GG auch im Sinne von Schutzpflichten zu interpretieren. So lässt sich genetisch zunächst nicht belegen, dass Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG als abschließende Regelung konzipiert wurde.<sup>64</sup> Entstehungsgeschichtlich ist vielmehr kennzeichnend, dass eine umfassende Friedenssicherung seit jeher zu den zentralen Staatsfunktionen gehört.<sup>65</sup> Auch vom Wortlaut her versperren sich die Grundrechte nicht einer Deutung als Schutzpflichten, wenn immer wieder von „gewährleisten“ und den „Rechten anderer“ die Rede ist.<sup>66</sup> Aus kompetentieller Sicht ist ferner bezeichnend, dass ohne grundrechtliche Schutzpflichten der Handlungsspielraum des einfachen Gesetzgebers identisch wäre mit dem des verfassungsändernden Gesetzgebers, was mit der unterschiedlichen Drangstärke des Prinzips der Volkssouveränität nicht zusammenpassen würde. Zudem käme es auch aus der Perspektive der Privatrechtssubjekte zu einer unbilligen Asymmetrie, wenn der Angreifer freiheitsbeschränkende Normen verfassungsrechtlich kontrollieren lassen könnte, wohingegen dem Kontrahenten keine analogen Rechte zustünden.<sup>67</sup> So ist zum Beispiel nicht einzusehen, warum der Störer sich gegen privatrechtliche Immissionsschutzgesetze zur Wehr setzen darf, während dem geschädigten Nachbarn bei einer Untätigkeit des Gesetzgebers Gegenmaß-

<sup>62</sup> Siehe zum folgenden auch näher Neuner (Fußn. 13), S. 158 ff. m.w.N.

<sup>63</sup> Vgl. Diederichsen, AcP 198 (1998), S. 171 ff. (205).

<sup>64</sup> A.A. Starck, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, in: derselbe, *Praxis der Verfassungsauslegung* (Fußn. 49), S. 46 ff. (75); Diederichsen, AcP 198 (1998), S. 171 ff. (225).

<sup>65</sup> Siehe näher Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 3 ff.

<sup>66</sup> Kritisch Diederichsen, AcP 198 (1998), S. 171 ff. (225).

<sup>67</sup> Vgl. auch Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 1990, S. 96 ff.

nahmen versagt bleiben sollen. In der Folge ist es daher auch nicht konsequent, Schutzpflichten gem. Art. 2 ff. GG eine freiheitsgefährdende Tendenz zu unterstellen, weil und sofern es hierbei nur um die Abgrenzung kollidierender Freiheitsphären und nicht um soziale Interventionen, insbesondere im rechtsgeschäftlichen Bereich, geht.<sup>68</sup>

#### bb) Die Struktur

Das Bestehen einer Schutzpflicht setzt im einzelnen voraus, dass ein Grundrecht tatbestandlich einschlägig ist und Dritte in dieses eingreifen, worunter auch bloße Gefährdungen fallen können.<sup>69</sup> Anders als bei einer unmittelbaren Drittwirkung ist dabei aber nicht der Eingriff des Dritten am Übermaßverbot zu prüfen, d.h. der Dritte braucht sein Verhalten nicht zu rechtfertigen, sondern die Staatsgewalten haben die grundrechtlichen Schutzpflichten nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgebots zu beachten.<sup>70</sup>

Demgegenüber werden Schutzpflichtverletzungen auch als staatliches Unterlassen qualifiziert, für das ein besonderes Untermaßverbot gilt.<sup>71</sup> Diese Kategorisierung stößt jedoch zumindest im Privatrecht auf Schwierigkeiten, weil und sofern lediglich divergierende Freiheitsinteressen auszugleichen sind und kein Gesetzesvorbehalt besteht. Bei näherer Betrachtung sind zwei Alternativen zu unterscheiden: Verweigert der Privatrechtsgesetzgeber staatlichen Schutz, indem er beispielsweise gem. § 906 BGB bestimmte Immissionen ausdrücklich für zulässig erklärt, liegt hierin die Wahrnehmung gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit, und die jeweilige Norm ist, wie andere Legislativakte auch, anhand des Verhältnismäßigkeitsgebots kontrollierbar.<sup>72</sup> Das gleiche gilt, wenn der Gesetzgeber einen Schutz mittels eines Analogie- oder Induktionsverbots verweigert, also beispielsweise gem. § 253 BGB einen Ersatz für immaterielle Schäden nur in den durch das Gesetz bestimm-

<sup>68</sup> Siehe zu letzterem bei Fußn. 80 ff.

<sup>69</sup> Vgl. Canaris (Fußn. 34), S. 76 ff.; Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992, S. 105 ff., 111 ff.; siehe ferner zum subjektiven Recht auf Schutz Dietlein, a.a.O., S. 133 ff.

<sup>70</sup> Zu beachten ist allerdings, dass vorbehaltlose Grundrechte nur eingeschränkt werden können, sofern dies zur Gewährleistung anderer Verfassungsrechte unerlässlich ist; siehe dazu auch Neuner (Fußn. 13), S. 41 ff.; konsequenterweise ist der Wortlaut der Grundrechte auch bei Abwägung mit Verfassungsrechten Dritter zu berücksichtigen.

<sup>71</sup> Siehe vor allem Canaris (Fußn. 34), S. 37 ff., 55 ff., 71 ff. m.w.N.

<sup>72</sup> Siehe auch Geddert-Steinacher (Fußn. 67), S. 101 f. m.w.N.

ten Fällen gewährt. Hat der Gesetzgeber hingegen keine definitive Entscheidung getroffen, weil er die Problematik nicht erkannte oder nicht selbst regeln wollte, ist der Richter gem. Art. 20 Abs. 3 GG berufen, den Konflikt im Wege freier richterlicher Rechtsfindung zu schlichten. Eines der zahllosen Beispiele bildet die „Nitrierofen-Entscheidung“,<sup>73</sup> in der der BGH die Annahme eines Vertrages mit Schutzpflichten zugunsten anderer Auftraggeber ablehnte. Auch eine solche judikative Schutzversagung bedeutet qualitativ kein Unterlassen, sondern stellt einen rechtsschöpfenden Akt dar, dessen — als Norm gedachte — *ratio decidendi*<sup>74</sup> verfassungsrechtliche Schutzgebote wiederum nicht unverhältnismäßig vernachlässigen darf. Neben ontologisch-funktionalen Erwägungen wird das Erfordernis eines symmetrischen Rechtsgüterschutzes zwischen Handelndem und Geschädigtem<sup>75</sup> ferner teleologisch auf der Grundlage der *Maxime* „in dubio pro libertate“ sowie einer extensiven Interpretation des Subsidiaritätsprinzips bestritten.<sup>76</sup> Eine entsprechende Vermutung zugunsten der Handlungsfreiheit ist indes mit dem umfassenden Geltungsanspruch der Grundrechte, dem Demokratieprinzip sowie der Idee einer offenen Gesellschaftsverfassung nicht vereinbar.<sup>77</sup> So verbleibt zum Schluss noch der kompetentielle Einwand, dass der Privatrechtsgesetzgeber bei einer solchen Schutzpflichtenlehre in die Zange zwischen Übermaß- und Untermaßverbot gerate und insoweit überhaupt kein demokratischer Gestaltungsspielraum mehr bestünde.<sup>78</sup> Dieser Gefahr gilt es indes nicht dadurch zu begegnen, dass man das Untermaß modifiziert, sondern die vermeintliche Zange gleichmäßig in dem Sinne offen hält, dass sich eine gerichtliche Verhältnismäßigkeitskontrolle im wesentlichen auf eine negative Evidenzprüfung beschränkt.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> BGHZ 133, 168 ff.

<sup>74</sup> Vgl. insoweit auch Canaris (Fußn. 34), S. 26 f.; siehe im übrigen zur Ermittlung der *ratio decidendi* näher Langenbacher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, S. 63 ff.

<sup>75</sup> Siehe dazu auch Hager, in: Staudinger, *Komm. zum BGB*, 13. Bearb. 1999, Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 71 m.w.N.

<sup>76</sup> Vgl. Canaris (Fußn. 34), S. 47.

<sup>77</sup> Vgl. auch Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S. 51; K. Hesse (Fußn. 7), Rz. 72; siehe ferner bereits bei Fußn. 23.

<sup>78</sup> Siehe dazu generell Denninger, *FS Mahrenholz*, 1994, S. 561 ff. (567 ff.); H.A. Hesse/Kaufmann, *JZ* 1995, 219 ff. (222).

<sup>79</sup> Siehe dazu auch bei Fußn. 98 f.

### 3. DER SCHUTZ SOZIALER INTERESSEN GEM. ART. 1 ABS. 2 GG

Nachdem sich die bisherigen Ausführungen auf den freiheitlichen telos der Art. 2 ff. GG konzentrierten, ist nunmehr die Frage zu erörtern, inwieweit die Verfassung auch soziale Rechte anerkennt. Im wesentlichen gibt es dazu zwei Strömungen. Während die eine Richtung die Existenz sozialer Verfassungsrechte prinzipiell verneint, also dem Grundgesetz im wesentlichen nur eine liberale Ordnungsfunktion zuspricht,<sup>80</sup> versucht die herrschende Meinung die Art. 2 ff. GG auch als soziale Rechte zu definieren.<sup>81</sup> Entgegen diesen beiden Auffassungen ist von Verfassungs wegen ein dritter Weg vorgezeichnet, und zwar über die menschenrechtliche Dimension des Art. 1 Abs. 2 GG.<sup>82</sup>

#### a) Die Regelung des Art. 1 Abs. 2 GG

Den dogmatischen Ausgangspunkt für die Annahme sozialer Rechte bildet der Normtext von Art. 1 Abs. 2 GG, der besagt, daß es sich bei dieser Fundamentalregelung um keine bloße Staatszielbestimmung handelt,<sup>83</sup> sondern die Menschenrechte „als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ in die Verfassung inkorporiert werden. Auch die systematische Stellung im Grundrechtsabschnitt spricht für eine subjektive Wirkkraft jener Kardinalrechte. Die Verfassungsprotokolle bekunden des weiteren ebenfalls, daß die Grundgesetzautoren die Menschenrechte in toto, also einschließlich ihrer subjektiven und sozialen Dimension, rezipieren wollten.<sup>84</sup> Eine solche umfassende Rezeption ist zudem rechtsvergleichend keine Singularität, sondern findet

<sup>80</sup> Siehe namentlich Isensee, *Der Staat 19* (1980), S. 367 ff.; folgerichtig lehnt Isensee daher auch einen Grundrechtsschutz „vor sich selbst“ ab; vgl. derselbe, *FS Großfeld*, 1999, S. 485 ff. (500 ff.) m.w.N.

<sup>81</sup> Siehe aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 84, 133 ff.; 89, 1 ff.; vgl. ferner auch schon Fußn. 50.

<sup>82</sup> Siehe zum folgenden auch eingehend Neuner (Fußn. 13), S. 73 ff., 128 ff. m.umf.N.

<sup>83</sup> So aber Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, 1997, S. 12 ff., 45 ff. m.w.N.; von einer lediglich „rechtlichen Grundannahme“ spricht z.B. auch Lepsius, in: Bertschi, *Demokratie und Freiheit*, 1999, S. 123 ff. (137); kritisch zur Annahme einer Inkorporation sozialer Rechte gem. Art. 1 Abs. 2 GG ferner Sommermann, in: vom Mangoldt/Klein/Starck, *Das Bonner GG*, Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 20 Abs. 1 Rn. 131 f.

<sup>84</sup> Vgl. JÖR 1 (1951), S. 48 ff.

zahlreiche internationale Parallelen.<sup>85</sup> Soziale Fundamentalrechte sind daher in erster Linie über die Verweisung in Art. 1 Abs. 2 GG herzuleiten und zu begründen. Dies verlangt den Nachweis, daß die allgemeinen Menschenrechte eine soziale Komponente aufweisen und inhaltlich hinreichend bestimmt sind.

## b) Die Legitimation der sozialen Menschenrechte

Die allgemeinen Menschenrechte lassen sich in zwei Kategorien einteilen. Zum einen in liberale Menschenrechte, die reine Abwehrrechte zum Schutz der Freiheit verkörpern, und zum anderen in soziale Menschenrechte, die dazu bestimmt sind, die faktischen Voraussetzungen für Freiheit und Demokratie zu schaffen, materiale Gleichheit und Rechtsfrieden herzustellen sowie umfassend der Menschenwürde zu dienen. Die sozialen Menschenrechte bilden deshalb gerade in Zeiten der „Globalisierung“ eine unverzichtbare rechtliche Antwort auf grenzüberschreitende wirtschaftliche Machtbündelung. Die Annahme sozialer Fundamentalrechte wird darüber hinaus von einem breiten internationalen Konsens getragen,<sup>86</sup> der auch in der nationalen Rechtsordnung verwurzelt ist.<sup>87</sup> Die sozialen Menschenrechte sind deshalb heutzutage mit der allgemeinen Idee der Menschenrechte untrennbar verbunden und bilden das notwendige Korrelat zu den liberalen Menschenrechten.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Vgl. Häberle, *Rechtstheorie* 24 (1993), S. 397 ff. (401 f., 419 f.) m.umf.N.

<sup>86</sup> Vgl. nur die „Allgemeine Deklaration der Menschenrechte“ vom 10.12.1948 sowie die Nachweise in Fußn. 93.

<sup>87</sup> Siehe z.B. näher Lange, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm, *Soziale Grundrechte*, 1981, S. 49 ff. m.umf.N.

<sup>88</sup> Vgl. Tugendhat, in: Gosepath/Lohmann, *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, S. 48 ff. (55 ff.); Gosepath, in: Gosepath/Lohmann, a.a.O., S. 146 ff.; Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, S. 74 ff., 407 ff. (der allerdings die Ressourcenabhängigkeit zu stark betont); Lohmann, in: Kersting, *Politische Philosophie des Sozialstaats*, 2000, S. 351 ff. (354 ff.); a.A. Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit* (Fußn. 14), der ohne hinreichende Begründung die menschenrechtliche Dimension des Sozialstaats bestreitet (S. 397) und ein „Paradigma der politischen Solidarität“ propagiert (S. 376 ff.); Kersting distanziert sich andererseits aber auch von Libertarians wie Nozick (S. 301 ff.) und erkennt, dass Selbstbestimmung mehr als negative Freiheit verlangt (S. 345) und ein Wohlfahrtsminimalismus nicht ausreicht (S. 392 f.); siehe ferner zur Verteidigung des Sozialstaats gegen das wachsende Trommelfeuer des (Neo-)Liberalismus eindringlich, Koller, in: Kersting, *Politische* a.a.O., 2000, S. 120 ff.

### c) Das System der sozialen Menschenrechte

Berücksichtigt man die internationalen Menschenrechtskonventionen, die tradierten Strukturen des Sozialstaats sowie die jeweilige Zweckgerichtetheit, lassen sich die sozialen Menschenrechte in vier Fallgruppen einteilen: Erstens, in materielle Leistungsrechte, die vor allem der Sicherung des Existenzminimums dienen; zweitens, in informationelle Leistungsrechte, zu denen etwa Auskunftsansprüche gehören; drittens, in ideelle Schutzrechte, die beispielsweise Arbeitnehmern und Mietern ihr existentielles Umfeld sichern und ganz generell vor hoffnungslosen Situationen bewahren; und schließlich viertens, in kollektive Rechte zum Schutz der Familie sowie der arbeitsrechtlichen Koalitionen.

Diese Kategorisierung beschränkt sich folgerichtig nicht allein auf die Verfassungsebene, sondern reicht tief in das Privatrecht hinein und eröffnet dem Gesetzgeber Optionen für privatrechtliche Sozialgestaltung.<sup>89</sup> Zur Veranschaulichung seien an materiellen Leistungsrechten nur Unterhaltsansprüche und Kontrahierungszwänge, an informationellen Leistungsrechten nur abgeleitete und originäre Auskunftsansprüche, an ideellen Schutzrechten nur die Unverfügbarkeit über höchstpersönliche Rechte, sowie im übrigen die zahlreichen Schutzbestimmungen zugunsten der Familien und der arbeitsrechtlichen Koalitionen genannt.

### d) Die Eigenständigkeit sozialer Rechte

Die kategoriale Unterscheidung von sozialen und liberalen Rechten hat den Vorzug, dass divergierende Interessen nicht miteinander vermengt werden, derjenige die Argumentationslast trägt, der aus dem offenen Normtext des Art. 1 Abs. 2 GG soziale Rechte herleitet und zudem staatliche Schutzpflichten nur zur Sicherung jener sozialen Mindeststandards in Betracht kommen. Ferner ist auch ein Grundrechtsverzicht allein bei sozialen Grundrechten partiell möglich, da es in der ausschließlichen Kompetenz des Grundrechtsberechtigten liegt, den Begriff der Freiheit für sich zu definieren.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Vgl. näher Neuner (Fußn. 13), S. 230, 237 ff.

<sup>90</sup> Siehe auch schon Fußn. 41.

Sofern demgegenüber soziale Rechte nicht offen ausgewiesen werden, sondern beispielsweise aus Art. 14 Abs. 1 GG ein Besitzrecht des Mieters an der Wohnung abgeleitet wird,<sup>91</sup> birgt dies, neben der Abkehr von traditionellen Auslegungsmaximen und herkömmlicher Zivilrechtsdogmatik, vor allem die Gefahr sachwidriger Folgeentscheidungen, wie etwa einen Schutz des nicht in der Wohnung des Mieters lebenden Erben.<sup>92</sup> Bezeichnenderweise werden daher auch auf internationaler Ebene die liberalen und sozialen Menschenrechte regelmäßig in verschiedenen Konventionen auseinandergehalten.<sup>93</sup> Diesen Gedanken gilt es darüber hinaus voll umfänglich auf das Privatrecht zu übertragen, da er nur punktuelle soziale Interventionen legitimiert und eine Gleichgewichtslage zwischen Privatpersonen nicht im Grundsätzlichen anzweifelt, sondern vielmehr als Prämisse voraussetzt.

## V. DIE STELLUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Betrachtet man zuletzt die Position des Bundesverfassungsgerichts, sind vornehmlich zwei Kompetenzkonflikte zu unterscheiden.<sup>94</sup>

### 1. DIE KONTROLLE VON LEGISLATIVAKTEN

Handelt es sich um die Überprüfung von Gesetzen, ist Verfahrensgegenstand eine parlamentarische Entscheidung. Eine Verwerfung von zivilrechtlichen Normen kommt daher grundsätzlich nur in Betracht, wenn sie sich auf die übergeordnete Autorität des Verfassungsgebers stützen kann. Das Bundesverfassungsgericht ist hingegen nicht befugt, Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers durch eigene zu substituieren, sondern verkörpert ein Organ der Rechtsanwendung.

<sup>91</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2000, 2658 ff. (2659); BVerfGE 89, 1 ff.; Hager, JZ 1994, 373 ff. (375).

<sup>92</sup> Siehe zu dieser Problematik näher C.-W. Canaris, *FS Fikentscher*, 1998, S. 11 ff. (35 ff.) m.w.N.

<sup>93</sup> Vgl. global den „Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte“ (BGBl. 1973 II, S. 1533 ff.) sowie den „Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ (BGBl. 1973 II, S. 1569 ff.); siehe ferner für Europa die „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (BGBl. 1952 II, S. 685 ff.) sowie die „Europäische Sozialcharta“ (BGBl. 1964 II, S. 1261 ff.); aus der Literatur siehe zu dieser grundlegenden Trennung namentlich Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, 1968, S. 29.

<sup>94</sup> Siehe dazu auch näher Neuner (Fußn. 13), S. 45 ff. m.w.N.

Selbst wenn man rechtstheoretisch eine „one right answer thesis“ verfehlt,<sup>95</sup> erlaubt diese Position nicht, Verfassungsprinzipien außerhalb ihres Kernbereichs als konkrete, allumfassende Direktive des Normsetzers zu verstehen. Forderungen nach einer restriktiven Verfassungsverinterpretation oder einem „judicial self-restraint“ sind daher insofern berechtigt, als sie das Prinzip der Volkssouveränität gewahrt sehen wollen. Im Kern ist das Plädoyer für eine Zurückhaltung der Judikative indes der verkehrte Ansatz, da es bereits auf der Vorstufe gilt, gesetzesaufhebende Richtermacht überhaupt erst zu legitimieren.<sup>96</sup>

## 2. DIE KONTROLLE VON JUDIKATIVAKTEN

Bei der Überprüfung von Gerichtsurteilen steht ebenfalls die Wahrung der Rechtsetzungskompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers im Vordergrund. Das Bundesverfassungsgericht hat daher fachgerichtliche Entscheidungen hinsichtlich ihrer Gesetzes- und Verfassungskonformität im engeren Sinn zu kontrollieren. Wird ein Judikativakt hingegen nicht durch eine legislative Vorgabe determiniert, ergeht das Urteil also im gesetzesfreien Bereich, liegt lediglich ein justizinterner Kompetenzkonflikt mit den Fachgerichten vor. Letztere verfügen über die wesentlich größere Sachnähe und sind deshalb grundsätzlich auch die wesentlich geeignetere Rechtsfortbildungsinstanz.<sup>97</sup> Eine Einschränkung dieser Prärogative kommt lediglich zum Schutz personaler Rechte mit sehr engem Bezug zur Menschenwürde, wie etwa dem

<sup>95</sup> Siehe dazu näher Langenbacher (Fußn. 74), S. 30 ff. m.w.N.

<sup>96</sup> Ergänzend ist jedoch zu betonen, dass eine Normverwerfung durch das Bundesverfassungsgericht nicht den stärksten Eingriff in den Rechtsetzungsprimat des Parlaments darstellen muss. Es zeigt dies exemplarisch die Kontroverse um die Fortbildung des Handelsrechts. Nach überwiegender Meinung waren die §§ 1, 2 HGB a.F. offenkundig verfehlte Regelungen. Vor diesem Hintergrund plädierte daher Karsten Schmidt für eine richterliche Rechtsfortbildung hin zu einem Unternehmensrecht (JuS 1985, 249 ff.). Ein solches contra legem-Judizieren wäre indes ein wesentlich gravierenderer Eingriff in das Gewaltenteilungsgefüge, denn es setzt sich nicht nur über die exklusive Normverwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts hinweg, sondern missachtet auch, dass eine bloße Verfassungswidrigkeitserklärung die Entscheidung zurück ins Parlament verlagert, weil und sofern verschiedene Optionen bestehen, eine willkürliche Regelung zu substituieren (vgl. J. Neuner, ZHR 157, 1993, S. 243 ff., 290; siehe ferner allgemein zur Unvereinbarkeitserklärung einer verfassungswidrigen Norm Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. Aufl., 1997, Rn. 359 ff. m.w.N.).

<sup>97</sup> Vgl. nur Oeter, AöR 119 (1994), S. 529 ff. (557); Voßkuhle, AöR 125 (2000), S. 177 ff. (196).

allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sowie unter dem Aspekt der Einheit der Rechtsordnung in Betracht. In solchen besonderen Ausnahmefällen ist ein fachgerichtliches Urteil aufzuheben, auch wenn dieses, als gesetzgeberische Entscheidung gedacht, noch nicht gegen die Verfassung verstoßen würde. Umgekehrt bedeutet dies, dass der Gesetzgeber gegen Urteile des Bundesverfassungsgerichts „intervenieren“ und beispielsweise einen bestimmten sozialen Schutz wieder partiell zurücknehmen kann.

## VI. SCHLUSSBETRACHTUNG

Blickt man abschließend zurück, schränkt die Beschreibung des Vorrangs der Verfassung zunächst die Sicht auf die Eigenständigkeit des Privatrechts ein. Dieser Eindruck wird verstärkt, wenn man die Grundrechte umfassend als Optimierungsgebote versteht. Methodologisch gilt für die Judikative indes ein Primat der Regel- vor der Prinzipienebene, so dass auf die Verfassung nur ausnahmsweise *supplendi* oder *corrigendi causa* Rückgriff genommen werden kann. Darüber hinaus ist die Verfassungsauslegung grundsätzlich auf eine Rekonstruktion des verfassungsgeberischen Willens auszurichten.<sup>98</sup> Der Gefahr des Abgleitens der parlamentarischen Demokratie in einen Jurisdiktionsstaat ist deshalb nicht durch eine einseitige Reduzierung der Grund- und Menschenrechte auf eine abwehrrechtliche Funktion zu begegnen, sondern bereits auf der Vorstufe der Verfassungsmethodik durch eine generelle Rückbesinnung auf das Prinzip der Volkssouveränität. Dies bedeutet vor allem, dass Grundrechte nur hinsichtlich ihres offenkundigen Mindestregelungsziels als definitive verfassungsgeberische Direktive verstanden werden können und gleichsam nur vom Negativen her den Handlungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers einschränken.<sup>99</sup> Mit dieser methodologischen Feststellung korrespondiert die erkenntnistheoretische Einsicht, dass sich wesentlich sicherer sagen lässt, was ungerrecht ist, im Vergleich zu was gerecht ist.<sup>100</sup> Es betrifft dies nicht zuletzt

<sup>98</sup> Vgl. Neuner (Fußn. 13), S. 13 ff.; siehe zu konträren Auffassungen, namentlich in der US-amerikanischen Diskussion, Hiesel, ZfRV 2000, 53 ff.

<sup>99</sup> Restriktiv namentlich auch Medicus, AcP 192 (1992), S. 35 ff. (50 ff., 69); Lerche, FS Odersky, 1996, S. 215 ff. (224 f.).

<sup>100</sup> Vgl. auch Hofmann, FS Henckel, 1999, S. 547 ff.; Ott, *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl., 1992, S. 201.

auch jene geschichtlichen Abgründe, die hinter Art. 1 GG stehen und das gesamte Rechtsdenken, einschließlich des heutigen Privatrechtsverständnisses, einem negativen Paradigmenwechsel unterworfen haben.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> Siehe dazu auch Lyotard, *Streitgespräche, oder: Sprechen „nach Auschwitz“*, o.J., S. 7 ff.; Adorno, *Negative Dialektik*, 1966, S. 354 ff.; derselbe, *Ob nach Auschwitz noch sich leben lasse*, in: Tiedemann (Hrsg.), 1997, S. 31 ff.