

## Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsdogmatik

Reiner Schmidt

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Schmidt, Reiner. 2017. "Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsdogmatik."  
In *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80.  
Geburtstag*, edited by Hans Christoph Grigoleit and Jens Petersen, 131–46. Berlin: De  
Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110466713-007>.

### Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

#### Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



# Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsdogmatik

REINER SCHMIDT\*

## I. Privatrechtsdogmatik im demokratischen Verfassungsstaat

*Die Diskussion zwischen Zivilrecht und Verfassungsrecht wurde vom Zivilrecht und hier vor allem durch Claus-Wilhelm Canaris angestoßen und geführt. Ohne diese stünde man heute vermutlich noch auf dem Stand der Lehre von der sog. „mittelbaren Drittwirkung“. Heute aber können die wesentlichen Fragen „als geklärt angesehen werden“.<sup>1</sup> Die folgenden Ausführungen begnügen sich deshalb überwiegend mit der Nachzeichnung der von Canaris gefundenen Erkenntnisse und mit einigen Bemerkungen insbesondere zur Lehre von den Schutzpflichten und zu den Grundfreiheiten.*

In der kaum mehr übersehbaren Literatur zur Rechtsdogmatik<sup>2</sup> findet sich vergleichsweise wenig zur Rückkopplung dogmatischer Fragen an die Verfassung. Eine Ausnahme bildet das Werk von Claus-Wilhelm Canaris.<sup>3</sup> Seine wegweisenden Arbeiten setzen am Grundgesetz an, weisen auf Fehlentwicklungen hin und stellen Ungenauigkeiten heraus. So wurde beispielsweise die bei Verfassungsjuristen gängige Metapher von der „Ausstrahlungswirkung“

\* Herrn Kollegen Matthias Rossi danke ich für die kritische und weiterführende Durchsicht meines Manuskripts.

<sup>1</sup> So Lindner, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, JZ 2016, S. 697 ff. (704).

<sup>2</sup> Siehe nur die Sammelbände von Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007; Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008; Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht in Wissenschaftstheorie, 2009; Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010; Krüper/Merten/Morlok (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010; G. Kirchhof/Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? 2012.

<sup>3</sup> Am wichtigsten dessen Werk, Grundrechte und Privatrecht, 1999; außerdem ders., Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983; ders., Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff.; AcP 185 (1985), S. 9 ff.; ders., Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot, JZ 1988, S. 494; ders., Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161 ff.; ders., Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 29 ff.

von Grundrechten auf das bürgerliche Recht, vom Bundesverfassungsgericht im Lüth-Urteil entwickelt,<sup>4</sup> von *Canaris* als Verlegenheitslösung erkannt und als vage „bildhafte Wendung aus der Umgangssprache“ auf seine richtige Bedeutung reduziert.<sup>5</sup>

Im Folgenden soll die Einwirkung der Grundrechte auf die Anwendung und Fortbildung des Privatrechts und der von *Canaris* hierzu geleistete Beitrag für die dogmatische Präzisierung von Topoi wie „Schutzfunktion“ und „Untermaßverbot“ untersucht werden. Diese Unternehmung wird uns zum Ergebnis führen, dass der Argumentationsaufwand zur Dogmatik *im allgemeinen* zwar teilweise philosophischen Tiefgang hat,<sup>6</sup> aber kaum zu benennbaren Erkenntnissen kommt und die konkreten Probleme zwischen Verfassung und Bürgerlichem Recht so gut wie nicht tangiert. *Canaris* gelingt es dagegen, rechtsdogmatische Gesichtspunkte „zwischen Gesetz und Fall“ (*Hassemer*)<sup>7</sup> anzusiedeln und für die Handhabung des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht brauchbare, d.h. systematisch überzeugende Grundsätze zu entwickeln.

Die Behandlung dieser Thematik hat sich seit den Erkenntnissen von *Canaris*, erstmals im Jahr 1984 publiziert<sup>8</sup>, weitgehend verfestigt wie sich beispielsweise an der großen Monografie von *Matthias Ruffert* zeigen lässt.<sup>9</sup> Die allgemeineren Fragen der Dogmatik allerdings schweben weiterhin in luftiger Höhe und werden ständig mit neuen Wolken angereichert.

Das Spektrum der Meinungen zu dem was Rechtsdogmatik ist, reicht von deren Todeserklärung im Jahr 1973 durch *Meyer-Cording*<sup>10</sup> bis hin zu allgemeinen Aussagen wie der, dass sich die Rechtsdogmatik mit der Normativität des Rechts befasst.<sup>11</sup> Lässt man die Auflistung der Stimmen zur Frage, was Dogmatik sei, wie sie verdienstvollerweise von *Christian Waldhoff* unternommen wurde,<sup>12</sup> an sich vorüberziehen, kommt man kaum über den Allgemeinplatz hinaus, dass es um „die Erläuterung der für das geltende Recht maßgeblichen Begründungen und Lösungsmuster“ geht.<sup>13</sup> Die Ansätze in der Literatur reichen von der praktischen Verhaltensanweisung an den Rich-

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (207).

<sup>5</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 30.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Di Fabio* in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider (Fn. 2), S. 63 ff.

<sup>7</sup> *Hassemer*, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider (Fn. 2), S. 7.

<sup>8</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1984), S. 201 ff.

<sup>9</sup> *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 2001.

<sup>10</sup> Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein, 1973, S. 32.

<sup>11</sup> So *Brohm*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung in der Rechtsdogmatik, FS Maurer, 2001, S. 1079 f.

<sup>12</sup> *Waldhoff*, Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: G. Kirchhof/Magen/K. Schneider (Fn. 2), S. 17 ff.

<sup>13</sup> Bezeichnend hierfür *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, Rn. 312.

ter (*Wieacker*) über die „Transportierung von Wertungsfragen“ (*Esser*), den Versuchen der Gewinnung von Rechtsregeln durch Aufhellung bestimmter juristischer Sinnzusammenhänge (*Dölle*) und die „Gesamtheit inhaltlicher Aussagen über das geltende Recht“ (*Adomeit*).<sup>14</sup>

Den derzeitigen Stand erfasst wohl am besten die Bestimmung der Dogmatik als auf Anwendungsbezug ausgerichtete methodisch konzentrierte Aufbereitung der geltenden „generell-abstrakten Normen für Einzelfallentscheidungen“<sup>15</sup>, wobei die Methodik der Auslegung ausdrücklich zur Dogmatik gezählt wird. Sie sei nicht Recht, sondern Rechtserkenntnisquelle.<sup>16</sup> Bei dieser Aufbereitung finden Wissenschaft und Praxis zueinander, kommt eine „Schnittmenge von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft“ zustande.<sup>17</sup>

Die ungeklärte Bedeutung und die Unübersetzbarkeit des Begriffs der Dogmatik hindern offensichtlich das ausländische Interesse am deutschen Konzept der Rechtswissenschaft nicht, wie beispielsweise die Überlegungen zu einer Transplantation nach China zeigen.<sup>18</sup> Die Behandlung des Verhältnisses zwischen Verfassung, insbesondere den Grundrechten und Privatrecht im Ausland spiegelt „im Großen und Ganzen die in Deutschland und Europa in der Lehre und Praxis geführte Diskussion“.<sup>19</sup> Das gilt für die allgemeineren Fragen, geht aber bis in die Einzelheiten, etwa die Entwicklung angemessener Schutzstandards mittels Interessenausgleich in der konkreten Situation.<sup>20</sup>

Die Verwendung eines topos wie „Schutzfunktion“ im Ausland darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die für Deutschland bezeichnende intensive Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in anderen Rechtsordnungen nicht findet. Für die Vereinigten Staaten von Amerika lässt sich sogar feststellen, „dass die wissenschaftlichen Diskussionen kaum einen praktischen Einfluss haben“.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Nachw. bei *Waldhoff* (Fn. 12), S. 21 ff.

<sup>15</sup> *Waldhoff* (Fn. 12), S. 26.

<sup>16</sup> So *Waldhoff* (Fn. 12), S. 27; weiterführend *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 62 ff.

<sup>17</sup> So *Möllers*, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVWR I*<sup>2</sup>, § 3 Rn. 35.

<sup>18</sup> *Yuanshi Bu*, Rechtsdogmatik: vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft, *JZ* 2016, S. 382 ff.

<sup>19</sup> So für Brasilien *Sarlet*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das brasilianische Privatrecht, in: Neuner (Hrsg.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007, S. 81 ff. (83).

<sup>20</sup> Siehe beispielsweise für das portugiesische Privatrecht *Pinto*, Die Einwirkung der Grundrechte auf das portugiesische Privatrecht, in: Neuner (Fn. 19) S. 114.

<sup>21</sup> So *Lepsius*, in: *G. Kirchhof/Magen/K. Schneider* (Fn. 2), S. 47 mit Hinweisen auch auf den kontinentaleuropäischen Rechtskreis und auf die romanischen Länder.

## II. Die Einwirkung der Grundrechte auf das Verhalten der Privatrechtssubjekte

### 1. Die Abwehrfunktion

Im Folgenden soll den wesentlichen Gesichtspunkten von *Canaris* folgend, nachgezeichnet werden, wie sich das Grundgesetz auf die private Rechtsordnung auswirkt. Ausgangspunkt muss Art. 1 Abs. 3 GG sein. Nach dieser Bestimmung binden die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Es steht außer Zweifel, dass die parlamentarische Gesetzgebung durch den Bund und die Länder, d. h. also die Gesetze im formellen Sinn, dieser Bindungsklausel unterfallen<sup>22</sup> und dass zum Begriff der Gesetzgebung auch diejenige auf dem Gebiet des Privatrechts gehört.<sup>23</sup> Die Geltungsanordnung des Art. 1 Abs. 3 GG betrifft die Grundrechte unmittelbar im Verhältnis des Einzelnen zur staatlichen Gewalt. Eine Ausnahme macht die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, die einen Schutz vor der Beeinträchtigung durch Private und privatrechtliche Absprachen vorsieht. Eine stets unmittelbare Wirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen bedeutete eine einschneidende Freiheitsbeschränkung.<sup>24</sup>

Die Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte dagegen ist unmittelbar. Es ist eine Konsequenz der Grundrechtsbindung von Gesetzgebung und Rechtsprechung durch Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>25</sup>

Aus den Grundrechtsvorschriften ergeben sich selbstverständlich Auswirkungen auf das Privatrecht. Den Bürgern werden aber nicht unmittelbar Verhaltenspflichten gegenüber den Mitbürgern auferlegt.<sup>26</sup> Die Bezeichnung der durch das Recht und speziell durch die Gerichte vermittelten Wirkung der Grundrechte auf das Verhältnis zwischen den Bürgern untereinander, als mittelbar ist irreführend.<sup>27</sup> Es handelt sich um die normale Funktion der Grundrechte als Eingriffsverbote und Schutzgebote.<sup>28</sup>

Für die Fragen der Einwirkung der Grundrechte auf das Verhalten der Privatrechtssubjekte sind drei Fragen von entscheidender Bedeutung. Einmal die nach dem Adressaten der Grundrechte, zum zweiten die Frage, wessen Verhalten Gegenstand der Prüfung an den Grundrechten ist, und drittens, in welcher Funktion die Grundrechte angewendet werden, nämlich als Ein-

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 Rn. 93.

<sup>23</sup> Zweifel hiergegen, wie sie beispielsweise von *Diederichsen* geäußert wurden, dürfen heute als widerlegt gelten; vgl. *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 11.

<sup>24</sup> *Dürig*, FS Hans Nawiasky, 1956, S. 157 ff.; vgl. auch *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 1 Rn. 144, 217, 331.

<sup>25</sup> Vgl. etwa *Schwabe*, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 155.

<sup>26</sup> So statt vieler *Rüfner*, Grundrechtsadressaten, in: HStR IX, 32011, § 197 Rn. 90.

<sup>27</sup> Vgl. aber Fn. 42.

<sup>28</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 19 ff., 21 f.

griffsverbote oder als Schutzgebote. *Canaris* kommt das Verdienst zu, durch diese strenge Trennung wesentliches zur Klärung der Situation beigetragen zu haben.<sup>29</sup>

Aber selbst wenn man die kaum bestreitbare grundsätzliche Aussage mitvollzieht, wonach Normadressaten der Grundrechte grundsätzlich nur der Staat und seine Organe sind, und nicht die Subjekte des Privatrechts,<sup>30</sup> bleibt eine Reihe von Fragen offen.

Neben dem gefestigten Konsens über die Bindung des Zivilrechtsgesetzgebers an die Grundrechte als Abwehrrechte, der überwiegend auf der Verfassungsrechtsprechung beruht, wird insoweit eine Bindung der ordentlichen Gerichte in Zivilsachen weitgehend abgelehnt.<sup>31</sup> Dies wird damit begründet, dass die Grundrechte als Abwehrrechte nicht in die privatrechtliche Rechtsbeziehung hineinreichen, eine Argumentation, die Art. 1 Abs. 3 GG umgeht und die unzulässig die Verknüpfung zwischen einer unmittelbaren und damit unzulässigen Grundrechtsbindung der Privatrechtssubjekte und der Bindung der ordentlichen Gerichte in Zivilsachen an die Grundrechte als Abwehrrechte vornimmt.<sup>32</sup>

So einfach die Bindung auch des Zivilgesetzgebers an die Grundrechte zu begründen ist, so schwierig wird die Argumentation beim Handeln der Gerichte. Beriefe sich ein Gericht gegenüber einem Privatrechtssubjekt allein unter Hinweis auf das Grundrecht eines anderen Privatrechtssubjekts auf ein Verbot, so käme man zur mittelbaren Verpflichtung Privater im Privatrechtsverhältnis. Rechtsanwendung ist aber nicht Verfassungsvollzug, mit dem die grundrechtlichen Vorgaben konkretisiert werden.

Die Verpflichtung des Staats im Privatrechtsverkehr, den einen Bürger vor dem anderen Bürger zu schützen, gehört vielmehr zu den richterlich zu formenden Rechtssätzen im Privatrecht, womit die Gefahr einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater durch Bindung der Zivilgerichte an die Grundrechte als Abwehrrechte aus Art. 1 Abs. 3 GG gebannt wird. Auch die „ergänzende Auslegung als Grenzfall“ lässt sich so bewältigen. Es handelt sich hierbei entweder um eine gerichtliche Gestaltung im Sinne dispositiven Richterrechts oder um den durch das Gericht lediglich ermittelten Parteiwillen. Der Vertrag wird nicht aus seinen individuellen Besonderheiten heraus ergänzt, sondern es wird lediglich bestimmt, was bei einer vollständigen gesetzlichen Regelung im dispositiven Recht stünde. Auf diese Weise wird die berühmte Entscheidung des BGH, in der bei einem Praxistausch zwischen zwei Ärzten unter Einbeziehung von Art. 12 GG ein ungeschriebenes Rückkehrverbot angenommen wurde, richtig eingeordnet, nämlich als für

<sup>29</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 34.

<sup>30</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 36.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu *Ruffert*, (Fn. 9), S. 124 m. weit. Nachw.

<sup>32</sup> So *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 35; *Ruffert* (Fn. 9), S. 125.

diesen Fall (oder für „einen solchen“ Fall) vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung.<sup>33</sup>

## 2. Die Schutzfunktion

Die Privatrechtsordnung muss nach allgemeiner Meinung so ausgestaltet werden, dass die Grundrechte auch im Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander ausreichend geschützt werden. Dies hängt nicht unmittelbar mit der Lehre von der objektiven Wertordnung zusammen,<sup>34</sup> sondern mit der schlichten Frage, ob im gewaltenteiligen Staat behauptet werden kann, dass der Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung eine Pflicht zum Grundrechtsschutz gegenüber Gefährdungen durch Private haben, der ein klagbares subjektives Individualrecht des Bürgers entspricht.<sup>35</sup>

Die Einwände gegen die Möglichkeit eines klagbaren Individualanspruch auf eine inhaltlich bestimmte Gesetzgebung überzeugen letztlich nicht. Gewiss ist es problematisch, wenn ein Rechtsinhaber als allgemeiner Wahlbürger Anspruch auf ein allgemeines Gesetz erhebt.<sup>36</sup> Andererseits bestimmt schon der Text des Grundgesetzes in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, dass die Menschenwürde zu schützen sei. Dieser Schutz betrifft speziell den Bürger vor dem anderen Bürger.

Die Verletzung der Menschenwürde durch den Staat wird schon vom Gebot des „Achtens“, von der Abwehrfunktion erfasst. Der Schutz der Bürger voreinander, vor Mord und Diebstahl, gehört „zu den primären Aufgaben von Staat und Recht“.<sup>37</sup> Es geht dabei eben nicht nur um die objektiv-rechtliche Seite der Grundrechte, sondern um deren subjektiv-rechtliche Verfasstheit, was nicht mit der Frage der Durchsetzbarkeit vermischt werden darf.<sup>38</sup>

Zunächst aber ist dem Zusammenhang von Schutzpflichten und Drittwirkung näher nachzugehen. Wie von *Canaris* näher herausgearbeitet<sup>39</sup>, liefert bereits der Wortlaut des Grundgesetzes den entscheidenden Hinweis in Art. 1 Abs. 2 S. 1 GG, wonach die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen sei. Die Bedrohung, vor der zu schützen ist, kann nur die durch andere Bürger sein. Käme sie vom Staat, würde sie schon von der

<sup>33</sup> Näheres bei *Canaris* (Fn. 3, 1984), S. 216.

<sup>34</sup> Vgl. *Windel*, Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts, *Der Staat*, Bd. 37 (1998), S. 385 ff. (S. 390 Fn. 43).

<sup>35</sup> So *Canaris* (Fn. 3, 1984), S. 201; zu den Schutzpflichten generell vgl. *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 14. Aufl., 2016, Vorbem. 1 vor Art. 1 Rn. 8. Vgl. auch *BVerfGE* 125, 39 (78).

<sup>36</sup> Näheres bei *Windel* (Fn. 34), S. 390.

<sup>37</sup> So *Canaris* (Fn. 3, 1984), S. 226.

<sup>38</sup> So aber *Windel* (Fn. 34), S. 390, der offensichtlich wegen der Durchsetzungsschwierigkeiten die Entwicklung einer dogmatischen Kategorie des Schutzgebots ablehnt.

<sup>39</sup> (Fn. 3, 1984), S. 226.

Abwehrfunktion erfasst. Dies gilt nicht nur für die Menschenrechte, sondern für alle Freiheitsrechte, die aufs engste mit der Würde des Menschen zusammenhängen.<sup>40</sup>

Die Schutzpflichten werden vor allem vom Gesetzgeber realisiert, der sie mit den Mitteln des Strafrechts oder etwa des nachbarschützenden Verwaltungsrechts wahrnimmt. Nicht zuletzt das Privatrecht, etwa das Haftungsrecht und andere dem Schutz der Schwächeren dienende Vorschriften wie z.B. das Familienrecht, sind zu nennen.<sup>41</sup>

Die Verwirklichung der Schutzpflichten durch den Richter vollzieht sich im Allgemeinen im Rahmen der Auslegung, bei welcher die Wertungen aus den Grundrechten mit einfließen, wobei es vor allem um die Handhabung der Generalklauseln, aber nicht nur um diese geht. *Poscher* unterscheidet in diesem Zusammenhang zwischen einer verfassungskonformen, auf die Bewertung des Gesetzes bezogenen Interpretation und der verfassungsorientierten Auslegung für die Gesetzesanwendung im Einzelfall, wobei sich im ersteren Fall die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, im zweiten die nach der Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts stellt, ohne dass an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes gezweifelt wird. Er fügt diesen Sachverhalt in die Terminologie mittelbar-unmittelbar ein. Wegen der unmittelbaren Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an das Grundgesetz bei der Schaffung des Gesetzes wirken sich nach seiner Meinung die Grundrechte *mittelbar* auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Bürgern aus, die aber als Dritte *nicht unmittelbar* grundrechtsgebunden seien.<sup>42</sup>

Die Rechtsfigur einer allgemeinen Schutzpflicht wurde wesentlich durch das Bundesverfassungsgericht im Einzelnen gestaltet. Es mag dahingestellt bleiben, wem der Ruhm der Priorität zukommt, etwa *Canaris* oder auch *Dürig*.<sup>43</sup> Die Bereiche, in denen die Schutzpflicht in der Judikatur eine Rolle spielt, betreffen

- den Schutz der Freiheit der Person,
- den Schutz des ungeborenen Kindes vor Abtreibung,
- das Wächteramt des Staates über das Elternrecht,
- Schutzvorkehrungen gegen Anschläge von Terroristen,
- vor allem den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor Beeinträchtigung.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1984), S. 226.

<sup>41</sup> Näheres bei *Hermes*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? NJW 1990, S. 1764 ff.

<sup>42</sup> *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 281 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *Canaris* (Fn. 3, 1984), S. 226, 231, *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde (1956), in: *ders.*, Gesammelte Schriften (1952–1983), 1984, S. 128.

<sup>44</sup> Näheres zu diesen Leitentscheidungen bei *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht in: HStR, IX, <sup>3</sup>2011, § 191 Rn. 146 ff.



Besonders bedeutend ist die Rechtsprechung zu den Schutzpflichten in Bezug auf das Recht auf Leben. Nach Auffassung des Gerichts lässt sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unmittelbar die Pflicht des Staates ableiten, jedes menschliche Leben, einschließlich des Ungeborenen, zu schützen. Außerdem ergebe sich die Schutzpflicht aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG. Das sich entwickelnde Leben nehme an dem Schutz der Menschenwürde teil. „Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, d. h. vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen anderer zu bewahren. In diesem Gebot haben sich die einzelnen Bereiche der Rechtsordnung, je nach ihrer besonderen Aufgabenstellung, auszurichten.“<sup>45</sup> Nach Auffassung des Gerichts gehört es zu seiner Aufgabe, die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm, insbesondere eines Grundrechts zu erschließen, auch wenn dies der Wortlaut der Norm nicht von vornherein zu erkennen gibt.<sup>46</sup> Derjenigen Auslegung soll der Vorzug gegeben werden, die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet.<sup>47</sup> Nach Auffassung des Gerichts würde durch die Abwehrfunktion das Potential der Grundrechte nicht ausgeschöpft. Dem dient auch der Rekurs auf eine objektive Wertordnung, die hinter den ausformulierten Grundrechtsfunktionen stehe.<sup>48</sup> Das Gericht habe eine objektive Wertordnung aufgerichtet, mit der die verstärkte Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck gebracht würde.<sup>49</sup>

Die ständige Ausweitung und Verfeinerung der Schutzpflichtenjudikatur wurde wissenschaftlich intensiv begleitet.<sup>50</sup> Für die spezielle Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in diesem Zusammenhang aber steht vor allem das Werk von *Claus-Wilhelm Canaris*.<sup>51</sup>

Die für das Privatrecht entwickelte spezielle Schutzpflichtenlehre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts betrifft die Inhaltskontrolle von Eheverträgen, die Haftung gerichtlicher Sachverständiger und die Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht, das Nachtarbeitsverbot für Frauen, den Schutz berufstätiger Frauen vor Verlust ihres Arbeitsplatzes während der Schwangerschaft<sup>52</sup> und den familienrechtlichen Kontext,

<sup>45</sup> BVerfGE 39, 1 (42).

<sup>46</sup> BVerfGE 49, 89 (135 ff., 142 ff.); 56, 54 (78 ff., 81); 79, 174 (202).

<sup>47</sup> BVerfGE 6, 55 (72); 32, 54 (71); 39, 1 (38); 43, 154 (167); 51, 97 (110); näheres bei *Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, *Der Staat* 43 (2004), S. 167 (174 ff., 184 ff.).

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>49</sup> BVerfGE 10, 302 (322).

<sup>50</sup> Vgl. *Ruffert* (Fn. 9), S. 143 m. w. Nachw.

<sup>51</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 3.

<sup>52</sup> BVerfGE 85, 360 (372).

wie z. B. das Ehevertrags-Urteil vom 6. Februar 2001, wo deutlich auf die Schutzpflichtenlehre Bezug genommen wird.<sup>53</sup> „Der Staat hat auch insoweit die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere zu bewahren.“<sup>54</sup> Den Schutz vor einseitig belastenden Eheverträgen entnimmt das Gericht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 4 GG.<sup>55</sup> Außerdem ergäbe sich aus Art. 6 Abs. 2 GG ein zusätzlicher Schutz im Interesse des Kindeswohls.

Insgesamt beschränken sich die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht auf bestimmte Grundrechte.<sup>56</sup>

Bei der Frage nach der Herleitung grundrechtlicher Schutzpflichten stehen die ausdrücklich im Grundgesetz als solche benannten an erster Stelle. Auf die Menschenwürde, die nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG zu schützen ist, wurde bereits verwiesen, auch Ehe und Familie stehen „unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“, Art. 6 GG. In Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG wird das Wächteramt des Staates über das Erziehungsrecht der Eltern installiert. Art. 6 Abs. 4 GG normiert einen Schutzanspruch der Mutter.

Eine besondere Bedeutung hat inzwischen die Wahrnehmung der Staatsaufgabe Sicherheit gewonnen, die weit über die genannten ausdrücklichen Grundrechtspositionen des Grundgesetzes hinausgeht.

Insgesamt wird die Schutzpflichtliteratur von der Rechtswissenschaft grundsätzlich akzeptiert, nicht nur rezipiert.<sup>57</sup> Von *Isensee* wird die hierfür bestehende Akzeptanz darauf zurückgeführt, dass sie einem allgemeinen Bedürfnis entgegen komme und Anwendungsfälle abdecke zum Schutz des ungeborenen Lebens bis hin zum Schutz der Passivraucher. Dies entspreche dem Trend der allgemeinen Staatsrechtslehre, in den Grundrechten immer weitere Facetten zu entdecken und sie zu einem ganzheitlichen System zu entwickeln. Es bestehe ein praktisches Bedürfnis der Gesellschaft, nach dem Zerfall bürgerlicher Konventionen zumindest in der Verfassung eine Konsensbasis zu finden und sie juridisch zu verfestigen.<sup>58</sup>

Die Schutzpflicht ist wesentlicher Faktor des Grundrechtssystems und reicht mit dem Zweck des Staates, die Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten, über eine interpretatorisch zu lösende Aufgabe hinaus. Wollte man über den Staat als Koordinator der Freiheit, in diesem Fall als Gestalter von Privatrechtsgesetzen, hinausgehen, landete man bei der „äußerst schwierigen Frage, wann das Verhalten eines Privatrechtssubjekts gegenüber einem anderen in einer verfassungsrechtlich relevanten, also dem (einfachen) Gesetz

<sup>53</sup> BVerfGE 103, 89 ff.

<sup>54</sup> BVerfGE 103, 89 (100).

<sup>55</sup> BVerfGE 103, 89 (99).

<sup>56</sup> Zum Ganzen *Ruffert* (Fn. 9), S. 146 ff.

<sup>57</sup> Ähnlich, aber nicht ganz so weitgehend *Isensee* (Fn. 44), Rn. 162.

<sup>58</sup> *Isensee* (Fn. 44), Rn. 164.

vorgelagerten Weise, rechtswidrig ist.“<sup>59</sup> Kann diese Frage im Einzelfall nicht interpretatorisch gelöst werden, dann bleibt nur der Gesetzgeber. Die Verwirklichung der Sicherheit als allgemeine Grundrechtsvoraussetzung ist auf die Legislative angewiesen.<sup>60</sup>

### 3. Das Untermaßverbot

Kommen wir auf die eingangs geäußerten kritischen Bemerkungen zur allgemeinen Frage, was Dogmatik sei, zurück. In den meisten Fällen, auch in den hier erörterten, lassen sich die anstehenden Anwendungsprobleme durch sachkundige Handhabung herkömmlicher Interpretationsmethoden lösen. Man könnte fast zum Schluss kommen, die Bezugnahme auf „Dogmatik“, will man diese nicht mit Interpretationstechnik gleichsetzen, sei zwar mit einem zusätzlichen Prestigegewinn verbunden, aber letztlich handle es sich doch um einen überflüssigen Zwischenschritt, eine verzichtbare Denkfigur.

Am Beispiel des Untermaßverbotsverbots lässt sich aber zeigen, dass dieses als Konkretisierungsstufe des gesetzgeberischen Schutzauftrags selbständigen Erkenntniswert hat. Man könnte von einer dogmatischen Figur sprechen. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber die Ausgestaltung im Einzelnen, weshalb zusätzliche Erwägungen notwendig sind. Im Zusammenhang mit dem Schutz der Leibesfrucht vor einem Schwangerschaftsabbruch beispielsweise, hat das Bundesverfassungsgericht genauer überprüft, ob der Einsatz des Strafrechts erforderlich ist oder ob man mit anderen Mitteln auskommen kann. Dies, und das ist das eigentlich neue an der Entscheidung, wurde nicht unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflicht, sondern unter dem des *Untermaßverbots* erörtert.<sup>61</sup> Es ist vor allem das Verdienst von *Canaris*, das deutlich erkannt und herausgestellt zu haben.<sup>62</sup>

Deshalb lohnt es sich, auf das Untermaßverbot als Maßstab der Privatrechtssetzung näher einzugehen. Zweifelsohne handelt es sich um einen Bestandteil des gesetzgeberischen Schutzauftrags, um die Relation zwischen dem verfassungsrechtlich legitimen Zweck und dem vom Gesetzgeber gewählten zulässigen Mittel.

Entscheidend ist der Mindest-Schutz-Standard. Häufig wird die Konstellation so sein, dass Eingriffe in die Grundrechte der einen Partei und die Gewährleistung des Schutzes der Grundrechte der anderen die Prüfung erforderlich macht, ob der Eingriff in die Grundrechte der einen Seite diese belastet, etwa wegen eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot, und dass andererseits das Gesetz etwa hinter einem Minimum zurückbleibt, das der

<sup>59</sup> *Canaris* (Fn. 3, 1999), S. 75 Fn. 223.

<sup>60</sup> Nicht ganz deutlich *Isensee* (Fn. 44), Rn. 181 ff.

<sup>61</sup> BVerfGE 88, 203 (257).

<sup>62</sup> Vgl. (Fn. 3, 1999), S. 86.

anderen Partei zuzubilligen ist. Hier besteht ein breiter Anwendungsspielraum.<sup>63</sup> Gesetzgebung im Privatrecht muss daher sowohl dem Übermaßverbot bei Eingriffen in die Freiheit als auch dem Untermaßverbot bei der Erfüllung staatlicher Schutzaufträge gerecht werden.<sup>64</sup> Von *Wolfgang Schön* wurde in diesem Zusammenhang verdeutlicht, dass zwingendes Recht als Maßnahme des Schutzes von Personen vor ihrer eigenen Freiheitsausübung verfassungsrechtlich einen hohen Legitimationsbedarf hat.<sup>65</sup> Das neuere Schrifttum ist gegenüber diesem paternalistischen Staatshandeln grundsätzlich kritisch, während das Bundesverfassungsgericht die Legislative und Judikative nicht nur für berechtigt, sondern sogar für verpflichtet hält, zum Schutz der schwächeren Vertragspartei einzugreifen. So wird dies bei spielsweise auch für Eheverträge gesehen.<sup>66</sup>

Die vage Formel des Bundesverfassungsgerichts vom „strukturellen Ungleichgewicht“ wird von *Schön*<sup>67</sup> näher untersucht. Er nimmt drei spezielle Arten von außergesetzlichen „Willensmängeln“ in den Blick. Zum einen die „Freiwilligkeit“ der Entscheidung, die durch psychologischen Druck oder durch wettbewerbswidrige Marktstrukturen (Monopole) gestört sein kann. Zum zweiten, wenn ein Informationsgefälle zwischen den Parteien vorliegt, wenn schlechter Informierten ein nachteiliger Vertrag aufgedrängt wird, und schließlich nennt er die Fallgruppe der fehlerhaften Einschätzung einer Vertragspartei über ihre eigenen Präferenzen und ihre eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.<sup>68</sup> Diesen Fragen, insbesondere der Letztgenannten, kann hier im Einzelnen nicht nachgegangen werden. Fest steht jedenfalls, dass unter gewissen Umständen Asymmetrien beim Vertragsabschluss zu einem Verstoß gegen das Untermaßverbot führen können, wobei dieses als selbständiges Kriterium anzuwenden ist.

Die genannten Fallgruppen sind gewiss hilfreich, um zu verhindern, dass über das Verfassungsrecht eine allgemeine vertragliche Inhaltskontrolle eingeführt wird, und zum anderen, um zu gewährleisten, dass auf beiden Seiten keine Grundrechtsverstöße vorkommen.

Auch das Beispiel des Untermaßverbots und die von *Schön* vorgeschlagenen Konkretisierungen zeigen die Leistungsfähigkeit des Schutzgebots in seinen verschiedenen Erscheinungsformen.

<sup>63</sup> Auch hierauf hat *Canaris* schon früh aufmerksam gemacht, (Fn. 3, 1999), S. 20; zum Ganzen *Ruffert* (Fn. 9), S. 212 ff.

<sup>64</sup> Vgl. hierzu auch das Urteil des BVerfG zu den Angehörigen-Bürgschaften, BVerfGE 89, 214 ff. (229 ff.).

<sup>65</sup> *Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, FS *Canaris*, Bd. I, 2007, S. 1191 ff. (S. 1202 ff.).

<sup>66</sup> BVerfGE 103, 89 ff. (100 ff.).

<sup>67</sup> Fn. 65.

<sup>68</sup> Fn. 65.

#### 4. Exkurs: Die unionsrechtlichen Grundfreiheiten

Eine schwierigere Bewährungsprobe der Lehre von der Drittwirkung ist im Bereich der unionsrechtlichen Grundfreiheiten zu bestehen, geht doch der EuGH zumindest für einzelne Grundfreiheiten von einer unmittelbaren Drittwirkung aus. Sogar zu einzelnen Grundfreiheiten, wie der Warenverkehrsfreiheit, ist die Rechtsprechung nicht einheitlich. Hier ist besonders genau hinzusehen. So wird z. B. der Fall „*Dansk supermarked*“<sup>69</sup> allgemein als Beispiel für die unmittelbare Drittwirkungslehre des EuGH angesehen.<sup>70</sup> Von *Canaris* dagegen wird in einer sehr genauen Sachverhaltsanalyse gezeigt, dass der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz, wonach ein Schutzrecht durch Inverkehrbringen der Ware in einem Mitgliedstaat verbraucht ist, nicht zur Disposition der Parteien steht. Im konkreten Fall bedurfte es aber keiner Berufung auf den Vertrag, sondern lediglich einer entsprechend restriktiven Handhabung der einschlägigen dänischen Norm über das Verbot sittenwidrigen Handelns. Oder anders: Es geht nicht um Drittwirkung, weil Gegenstand der Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten nicht das Verhalten eines Privatrechtssubjekts, vielmehr eine Norm des Privatrechts ist.<sup>71</sup> Im Urteil findet sich zwar der vielfach zitierte, aber meistens falsch verstandene Satz, dass „Vereinbarungen zwischen Privaten ... in keinem Fall von den zwingenden Bestimmungen über den freien Warenverkehr abweichen“<sup>72</sup> dürfen. Vom EuGH selbst wurde aber inzwischen klargestellt, dass sich die Warenverkehrsfreiheit nicht auf die Verhaltensweisen von Unternehmen erstreckt. Hemmnisse für den freien Verkehr, die von Privatpersonen ausgehen, werden über die Institution der staatlichen Schutzpflicht gelöst.<sup>73</sup>

Entsprechend der von *Canaris* schon früh erkannten Möglichkeit, die Schutzgebotsfunktion der Grundfreiheiten als dogmatische Grundlage anzusehen,<sup>74</sup> hatte der EuGH bereits im Jahr 1977 dargestellt, dass Art. 28 EG den Mitgliedstaaten nicht nur eigene Handlungen oder Verhaltensweisen, die zu einem Handelshemmnis führen könnten, verbietet, „sondern sie in Verbindung mit Art. 10 EG auch dazu verpflichtet, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Gebiet die Beachtung dieser Grundfreiheit sicherzustellen“.<sup>75</sup>

Eine Analyse der Urteile *Walrave*, *Bosman* und *Lehtonen* zeigt, dass es in diesen drei Fällen um kollektive Regelungen ging, um die Bestimmungen in

<sup>69</sup> EuGH vom 22. 1. 1981, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181, 195, Rn. 17.

<sup>70</sup> Statt vieler *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36, Rn. 112.

<sup>71</sup> *Canaris* (Fn. 3, 2002), S. 29 ff. (55).

<sup>72</sup> EuGH, Fn. 68, Rn. 17.

<sup>73</sup> Näheres bei *Kingreen*, Fn. 69, Rn. 12–15.

<sup>74</sup> *Canaris* (Fn. 71), S. 49 ff.

<sup>75</sup> EuGH v. 9. 12. 1997, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, 6999 Rn. 32.

Verbandssatzungen, was die allgemeine Bedeutung der Urteile reduziert, weil das Argument nicht völlig von der Hand zu weisen ist, die Ausübung privater Rechtssetzung sei funktional staatlicher Hoheitsgewalt ähnlich.

Im Ganzen gesehen ergibt die Untersuchung prominenter Fälle zu den Grundfreiheiten durch *Canaris*,<sup>76</sup> dass die These, privates Handeln müsse ebenso wie staatliche Maßnahmen an den Grundfreiheiten gemessen werden, unhaltbar ist. Dies schon deshalb, weil der Vertrag, z. B. in den Art. 101 ff. AEUV Vorgaben für private Machtausübung enthält. Wie von *Kingreen*<sup>77</sup> zu Recht darauf hingewiesen wurde, würde der Unterschied zwischen den von den Grundfreiheiten abweichenden Verhaltensmaßstäben nivelliert, weil sie nicht sämtliche, sondern nur bestimmte im Handel beeinträchtigende Verhaltensweisen sanktionieren, wenn über die Drittwirkung der Grundfreiheiten letztlich jedes private den Handel beeinträchtigende Verhalten an den Binnenmarktregeln gemessen würde. Der systematische Zusammenhang zeigt vielmehr, dass der AEUV grundsätzlich zwischen Maßstäben für privates und staatliches Verhalten unterscheidet. Staatliche Eingriffe sollen die Ausnahme bleiben. Im Übrigen sollen Verhaltensweisen durch den Wettbewerb gesteuert werden. Die Struktur der Grundfreiheiten ist nicht auf die Verpflichtung von Privatpersonen zugeschnitten, denn im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung können diese schwerlich mit dem Hinweis auf „Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“ beschränkt werden. Sie passen nicht für das Handeln von Privatrechtssubjekten.<sup>78</sup> Wesentlich für private Interessen ist es gerade, dass sie öffentliche Interessen nicht beachten müssen. Sie unterliegen keiner Legitimationspflicht. Zwar dürfen öffentliche Interessen nicht von den Privatrechtssubjekten verletzt werden, sie können aber nicht zur Zulässigkeitsvoraussetzung von privatem Handeln gemacht werden. Dies wird in der Konzeption des EuGH, wenn überhaupt, nur ungenau gesehen. Es verwundert nicht, wenn diese Rechtsprechung, insbesondere das Bosman-Urteil als Anfang vom „Ende der Privatrechtsgesellschaft“ gesehen wird.<sup>79</sup>

Die von Privaten ausgehenden Gefährdungen der Grundfreiheit können durch eine Reihe von Instrumenten gebannt werden, nämlich durch die Rechtssetzung der Gemeinschaft und die der Mitgliedstaaten, durch eine grundfreiheitenkonforme Auslegung des sekundären Gemeinschaftsrechts und durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften.<sup>80</sup>

Die wenig konsistente Rechtsprechung des EuGH zur Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten muss sich der Frage stellen,

<sup>76</sup> *Canaris* (Fn. 71), S. 54 ff.

<sup>77</sup> *Kingreen* (Fn. 70), Rn. 69.

<sup>78</sup> So *Canaris* (Fn. 71), S. 43 unter Hinweis auf *Steindorff* in Fn. 50.

<sup>79</sup> *Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1977), S. 557 ff. (581).

<sup>80</sup> Vgl. *Kluth* (Fn. 79), S. 581 zur Bewältigung sozialer Mächtigkeiten im deutschen Recht schon *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 (1988), S. 1592 ff.

warum gerade nur die im AEUV genannten Freiheiten ohne problemspezifische Abwägung Vorrang vor anderen Formen der Privatautonomie genießen sollen. Letztere kommt allen Privatrechtssubjekten zu. Ein Vorrang für die nur im AEUV genannten Freiheiten a limine scheint „geradezu widersinnig“, während der grundsätzliche Vorrang der unionsrechtlichen Grundfreiheiten gegenüber den Maßnahmen der Mitgliedstaaten unerlässlich ist. Niemand hat dies deutlicher gesehen als *Claus-Wilhelm Canaris*.<sup>81</sup>

### 5. Privatrecht, öffentliches Recht und Dogmatik

Angesichts der überbordenden und zum Teil praktisch wenig ergiebigen Diskussion über die Dogmatik im Allgemeinen lassen sich in unserem Zusammenhang die Grundfragen des Privatrechts vor dem Hintergrund des Grundgesetzes durch die Besinnung auf die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsbereichs interpretatorisch lösen.

Im Privatrecht soll gleichgeordneten Rechtssubjekten eine verlässliche Rahmenordnung geboten werden, während die inhaltliche Gestaltung der Privatautonomie überlassen bleibt. Wesentliche Elemente sind die Vertragsfreiheit, die Freiheit, Vereinigungen zu bilden und die Eigentumsfreiheit. Grundlage ist die eigenverantwortliche Interessenwahrnehmung im Rahmen der Eigendynamik einer freien Wirtschaftsordnung. Die Ordnung des Marktes wird weiterhin durch nationales Recht, vom supranationalen Recht überlagert, bewirkt. Primäres Ziel ist in Deutschland die soziale Marktwirtschaft, während das Recht der EU auf den Binnenmarkt abzielt. „Soziale Marktwirtschaft“ und „Binnenmarkt“ sind nicht nur unterschiedliche Begriffe, sondern auch inhaltliche, weil das Schwergewicht der theoretischen Beschäftigung mit der sozialen Marktwirtschaft bei der Qualität der korrigierenden Eingriffe liegt, während die Verfassungsordnung der EU den Akzent auf die Herstellung des Binnenmarkts legt und dort deutlicher auf die wirtschaftspolitischen Ziele abstellt, weniger auf die Mittel.<sup>82</sup>

Der grundsätzliche Unterschied des jeweiligen Regelungsbereichs liegt im Rahmencharakter des Privatrechts, das die rechtlichen Bedingungen freier Kommunikation sichern will. Zwar kann dieser Rahmen wegen besonderen Schutzbedarfes durch Verbotsgesetze eingeengt werden oder im Einzelfall durch den Kontrahierungszwang sogar vollständig aufgefüllt werden. Entscheidend bleibt „die prägende Steuerungsvorstellung des Privatrechts ... Diese zurückgenommene Art der Steuerung sichert die Breite, in der privat-

<sup>81</sup> Ders. (Fn. 70), S. 29 ff. (S. 46).

<sup>82</sup> Zum grundsätzlichen Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht und zum Dualismus der Teilrechtsordnungen *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, S. 284 ff.; *Reiner Schmidt*, Die Ordnung des Marktes durch Recht, FS Rupert Scholz, 2007, S. 889 ff.

rechtliche Regelungen über das gesamte Feld der Rechtsbeziehungen hin eingesetzt werden können“.<sup>83</sup>

### 6. Privatrechtsdogmatik

Sowohl soziale Marktwirtschaft wie der Binnenmarkt sind nur konstituierbar durch ein sinnvolles Zusammenwirken der Teilrechtsordnungen öffentliches und privates Recht. Grundfragen der Privatrechtsdogmatik werden durch öffentliches Recht, speziell durch die Grundrechte, grundiert und gestaltet.

Angesichts der eingangs skizzierten sehr unterschiedlichen Vorstellungen von Dogmatik wäre es durchaus möglich, von einer Privatrechtsdogmatik einerseits und außerdem von einer Verfassungsdogmatik zu sprechen und zu versuchen, Unterschiede in den beiden Dogmatiken herauszustellen. Stattdessen soll hier auf das Gemeinsame der Dogmatik, ihr *proprium*, nämlich ihre Anwendungsorientiertheit, geblickt werden. Adressat der Dogmatik sind die Teilnehmer des Rechtserzeugungsprozesses, der Gesetzgeber, die Verwaltungsorgane, die Gerichte und die Beteiligten an einem Privatrechtsgeschäft. Dogmatik ist rechtswissenschaftliche Anwendungshilfe. Sie verifiziert den Normbefehl und ist letztlich nichts anderes „als die methodengeleitete Suche und Ermittlung des Normgehalts“.<sup>84</sup> Selbstverständlich kann näher aufgefächert werden, welche Dimensionen Dogmatik besitzt, wie dies beispielsweise *Horst Dreier* unternommen hat, in dem er von einer empirischen, einer analytischen und einer normativ, rechtsethischen Dimension spricht.<sup>85</sup> *Dreier* geht es um die Sammlung und Sichtung des positiven Rechtsstoffs, die begrifflich-systematische Durchdringung des positiven Rechts und schließlich um den Bezug zur praktischen Vernunft.

Belassen wir es dabei: Dogmatik ist ein Gemeinschaftsprodukt von Wissenschaft und Praxis.<sup>86</sup> Dogmatische Sätze werden entwickelt, wenn Rechtsätze auf gedachte oder tatsächliche Fälle angewendet werden sollen. Gleichzeitig sollen Normen nicht nur fallbezogen operationalisiert werden, sondern in ein möglichst widerspruchsfreies gleichförmig anwendbares normatives System eingebracht werden.<sup>87</sup> Die Bedeutung des Systemgedankens liegt aber nicht in der Möglichkeit, diesen axiomatisch-deduktiv zu nutzen. Wie *Cana-*

<sup>83</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 82), S. 286.

<sup>84</sup> So *Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S. 31. Dem von *Jestaedt* unternommenen Versuch, Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik zu koppeln (a.a.O., S. 73 ff.), muss hier nicht nachgegangen werden.

<sup>85</sup> *Dreier*, Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: *ders.*, Recht – Staat – Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2 (1991), S. 211 ff. (217).

<sup>86</sup> So *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof, Magen, K. Schneider (Fn. 2), S. 43.

<sup>87</sup> Näheres hierzu *Klement*, Verantwortung, 2006, S. 38 ff.



ris feststellt ist das Systemargument nichts anderes als „eine besondere Form einer teleologischen Begründung“.<sup>88</sup>

Zweifellos steht Dogmatik mit ihren Typisierungen als generelle Konkretisierung zwischen Gesetz und der Konkretisierung im Einzelfall.<sup>89</sup> Dies kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich der Hinweis auf Dogmatik vielfach als überflüssig erweist. Wie die von *Canaris* in seinem umfangreichen Werk herangezogenen Fälle und Falllösungen zeigen, ist die für ihn typische klare Sachverhaltsanalyse und die scharfsinnige Handhabung etablierter und fortentwickelter Interpretationsmethoden für eine angemessene wissenschaftliche Erschließung des geltenden Rechtsstoffs im Allgemeinen ausreichend.

„Die Vitalität der Privatrechtsgesellschaft“ ist verfassungsrechtlich verbürgt durch die „Vertragsfreiheit und Berufsfreiheit, Privateigentum und Erbrecht, Kollisionsfreiheit und Tarifautonomie, sogar die privatrechtliche Verfasstheit der Presse“.<sup>90</sup> Für das angemessene Mit- und Ineinander hat *Claus-Wilhelm Canaris* die entscheidenden Gesichtspunkte geliefert. Neben der Bereicherung des Rechtsgesprächs zwischen Wissenschaft und Praxis liegt sein verbleibendes Verdienst in der Klärung grundlegender Fragen zwischen privatem und öffentlichem Recht.

<sup>88</sup> *Canaris* (Fn. 3, Systemdenken), S. 88; vgl. auch *Reiner Schmidt*, FS *Canaris* Bd. II, 2007, S. 1352 ff. (1357).

<sup>89</sup> So *Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVdStRL 30 (1971), S. 245 ff. (251).

<sup>90</sup> *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, FS *Lerche*, 1993, S. 873 ff. (879).