

# 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Privatrechts

von

Prof. Dr. Jörg Neuner, Universität Augsburg

Die Teilnehmer des Verfassungskonvents wurden zwar nicht, wie eigentlich geplant, mit Salutschüssen auf Herrenchiemsee begrüßt, doch hisste man zumindest die weiß-blaue Flagge und die Tagespresse rief die Geburtsstunde des westdeutschen Staatsgebildes aus.<sup>1</sup> Die Privatrechtswissenschaft<sup>2</sup> verharnte hingegen im Sommer 1948 noch in Schweigen oder war in Teilen<sup>3</sup> schon wieder zur Tagesordnung übergegangen,<sup>4</sup> ohne Geburtswehen und getreu dem Motto: „Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht.“<sup>5</sup> Das Inkrafttreten des Grundgesetzes ein knappes Jahr später brachte für das Privatrecht zunächst auch keine größeren systemrelevanten Veränderungen. Die Ursachen hierfür lagen freilich nicht im vermeintlich apolitischen, beständigen Charakter des Privatrechts, sondern vielmehr in den Vorarbeiten des Alliierten Kontrollrats, der sich sehr zügig um die „*Decontamination of German Law*“ gekümmert hatte.

## I. Zur vor-grundgesetzlichen Entnazifizierung des Privatrechts

Bereits kurze Zeit nach der bedingungslosen Kapitulation am 8. 5. 1945 wurde auf der Potsdamer Konferenz<sup>6</sup> vereinbart, dass „alle nazistischen Gesetze, welche die Grundlage für das Hitlerregime geliefert haben oder eine Diskriminierung auf Grund der Rasse, Religion oder politischer Überzeugung errichteten, abgeschafft werden (müssen).“<sup>7</sup> Demgemäß wurde binnen weniger Wochen am 20. 9. 1945 das „Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht“ erlassen.

<sup>1</sup> Vgl. *Bauer-Kirsch*, Herrenchiemsee, Diss. Bonn 2005, S. 71 f. m. umf. N.

<sup>2</sup> Zur Rechtsprechung s. näher *Frenzel*, Das Selbstverständnis der Justiz nach 1945, 2003.

<sup>3</sup> Ausnahmen bildeten die Frankfurter Rektoratsrede von *Hallstein*, SJZ 1946, 1 ff. sowie die Göttinger Antrittsvorlesung von *Raiser*, ZHR 111 (1948), 75 ff.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Schröder*, in Diederichsen/Sellert (Hrsg.), Das BGB im Wandel der Epochen, 2002, S. 109 ff. (126) m. w. N.

<sup>5</sup> *Böhmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, 1950, S. IX.

<sup>6</sup> Vom 17. 7. bis 2. 8. 1945; s. näher *Benz*, Von der Besatzungsherrschaft zur Bundesrepublik, 1984, S. 27 ff.

<sup>7</sup> Punkt 4 der „Politischen Grundsätze“.

Nach Art. 1 dieses Gesetzes wurden zahlreiche NS-Gesetze mit zum Teil stark privatrechtlichen Bezügen aufgehoben. Die Aufhebung betraf beispielsweise aus dem Bereich des Familienrechts das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ vom 15. 9. 1935,<sup>8</sup> das u. a. „Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes“ untersagte (§ 1 Abs. 1 Satz 1). Aus dem Bereich des Wirtschaftsrechts wurde die „Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben“ vom 12. 11. 1938<sup>9</sup> aufgehoben, die Juden u. a. den Betrieb von Einzelhandelsverkaufsstellen, Versandgeschäften sowie den selbständigen Betrieb eines Handwerks untersagte (§ 1 Abs. 1), ferner das „Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich“ vom 6. 7. 1938,<sup>10</sup> das ähnliche Untersagungen enthielt und namentlich den Handel mit Grundstücken unter Strafantrohung stellte (Art. 1). Aufgehoben wurde des Weiteren auf dem Gebiet des Arbeitsrechts die „Verordnung über die Beschäftigung von Juden“ vom 3. 10. 1941,<sup>11</sup> die jüdische Arbeitnehmer einem Rechtsverhältnis „eigener Art“ unterstellte und dazu führte, dass „die Sklaverei nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtsförmlich wieder eingeführt (war).“<sup>12</sup> Neben diesen ausdrücklichen Aufhebungen war in Art. 2 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 geregelt, dass „keine deutsche Gesetzesverfügung“ zur Anwendung gebracht werden darf, durch die „irgend jemand auf Grund seiner Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubens oder seiner Opposition zur Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei oder ihrer Lehren, Nachteile erleiden würde.“ Weitere Kontrollratsgesetze folgten, die zum Teil ebenfalls das Privatrecht betrafen, wie das Gesetz Nr. 16 zum Eherecht, das Gesetz Nr. 37 zum Erbrecht, das Gesetz Nr. 40 zum Arbeitsrecht sowie die Gesetze 44 und 45 zum Pachtrecht bzw. zum Höferecht.<sup>13</sup>

Die zahlreichen aufgehobenen NS-Gesetze sowie die methodenkonform zu diesen Gesetzen ergangenen Urteile ändern nichts daran, dass auch und gerade die Rechtsprechung einen großen Anteil zur nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ beisteuerte. Die Instrumentalisierung von Generalklauseln, die primär „objektive“ Auslegung „vorrevolutionärer“ Gesetze sowie schrankenlose Uminterpretationen sorgten vielfach für einen richterrechtlichen Einzug des „Völkischen Rechtsdenkens“.<sup>14</sup> Zur Veranschaulichung sei exemplarisch eine Entscheidung des AG Nürnberg vom 26. 11. 1938<sup>15</sup> aus dem Bereich des Mietrechts erwähnt, die noch vor Erlass des „Gesetz(es) über Mietverhältnisse mit Juden“ vom 30. 4. 1939<sup>16</sup> erging und in der eine fristlose Kündigung wegen der „Rasseneigenschaft“ des jüdischen Mieters für zulässig erachtet wurde. Mit solchen exzessiven Entscheidungen hatte die Justiz, ohne Zutun des Gesetzgebers, eine regelrechte Kündigungswelle ausgelöst,

<sup>8</sup> RGBl. 1935 I, 1146 f.

<sup>9</sup> RGBl. 1938 I, 1580.

<sup>10</sup> RGBl. 1938 I, 823 f.

<sup>11</sup> RGBl. 1941 I, 675 (s. auch die Durchführungsverordnung RGBl. 1941 I, 681 f.).

<sup>12</sup> Rütters, NJW 1988, 2825 ff. (2830).

<sup>13</sup> S. näher *Etzels*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992, S. 80 ff. m. w. N.

<sup>14</sup> S. ausführlich Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005, S. 175 ff.; Schröder, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985, S. 113 ff.

<sup>15</sup> JW 1938, 3243 f.; s. z. B. auch LG Berlin, JW 1938, 3242 f.

<sup>16</sup> RGBl. 1939 I, 864 f.

die unzähligen jüdischen Mietern ihren räumlichen Lebensmittelpunkt nahm.<sup>17</sup> Ganz ähnlich wurde beispielsweise auch auf dem Gebiet des Familienrechts judiziert: „Der Antragsteller ist jüdischen Blutes, die Gerda H. ist Arierin. Zurzeit besteht rein formalgesetzlich ein Verbot der Eheschließung zwischen Ariern und Nichtariern noch nicht. Trotzdem kann ein Standesbeamter nicht gezwungen werden, die Eheschließung (...) vorzunehmen, da durch eine solche arisches Blut vermischt und für alle Zukunft (...) unbrauchbar gemacht wird. Eine derartige Ehe verstößt gegen die wichtigsten Gesetze des Staates (...).“<sup>18</sup>

Diese systemprägenden richterlichen Exzesse dürfen ihrerseits aber wiederum nicht über die legislativen Einflüsse hinwegtäuschen. Während man in den ersten Jahrzehnten nach 1945 vorwiegend die Rolle der Justiz und der Wissenschaft ausblendete oder marginalisierte, verschwimmen nunmehr häufig die nationalsozialistischen *leges corruptae* in der zeitlichen Distanz oder werden erst gar nicht zur Kenntnis genommen. Solche selektiven Geschichtswahrnehmungen tragen der historischen Dimension des NS-Unrechtsstaates nicht hinreichend Rechnung.<sup>19</sup> Sie werden insbesondere dem Grundgesetz nicht gerecht, das sich als „Anti-Verfassung“<sup>20</sup> und damit partiell auch als „Anti-Privatrecht“ zum vorangegangenen NS-System versteht.

## II. Zur Auslegung des Grundgesetzes

Spricht man dem NS-System die Funktion eines Negativ-Paradigmas zu, so ist dies bereits das Ergebnis einer Auslegung des Grundgesetzes. Die Begriffe der „Auslegung“ oder „Interpretation“ werden allerdings gerade im Verfassungsrecht, in bewusster Abgrenzung zur klassischen zivilrechtlichen Terminologie, angezweifelt.<sup>21</sup> „We must never forget that it is a constitution we are expounding“<sup>22</sup> lautet der Leitspruch<sup>23</sup> und man versucht eine eigenständige Methodik des Verfassungsrechts vor allem mit materialen und strukturellen Unterschieden zum Zivilrecht zu begründen.

<sup>17</sup> S. ausführlich *Ludyga*, JoJZG 2008, 7 ff. (9) m. w. N.

<sup>18</sup> AG Bad Sülze, JW 1935, 2309; s. dazu auch *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich 1933–1940, 3. Aufl. 2001, S. 871 f.

<sup>19</sup> Nimmt man die Strafrechtsgesetzgebung, etwa die „Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten“ vom 4. 12. 1941 (RGBl. 1941 I, 759 ff.), hinzu, wirkt der Vorhalt von *Rüthers* (JZ 2008, 446 ff., 450) gegenüber *Hirsch* (JZ 2007, 853 ff., 854), dass dessen Behauptung, „der Weg in den NS-Staat war mit Gesetzen und Verordnungen gepflastert“, auf „einem erwiesenen historischen Irrtum (beruhe)“, erst recht nicht plausibel; vgl. auch *Haferkamp*, Das Bürgerliche Gesetzbuch während des Nationalsozialismus und in der DDR, in: Schröder, Zivilrechtskultur der DDR, Bd. 2, 2000, S. 13 ff. (16): „Der Einfluss der Gesetzgebung auf die Urteile war zweifelsohne substantiell.“; s. ferner eingehend *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988, S. 242 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Fromme*, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 1960, S. 8 f. (in Anlehnung an *Carl Schmitt*, der den Begriff seinerseits zur Kennzeichnung der Relation zwischen der Weimarer Reichsverfassung und der Verfassung von 1871 verwandte).

<sup>21</sup> S. zu Details der staatsrechtlichen Diskussion etwa *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 13 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 13 ff. m. w. N.

<sup>22</sup> Chief Justice *Marshall*, *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316, 407 (1819).

<sup>23</sup> S. z. B. *Heun*, AöR 116 (1991), 185 ff. (187); *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 ff. (66).

## 1. Der Grundsatz der Einheit der juristischen Methode

Eine methodenrelevante Divergenz zwischen der Verfassung und einfachen (Privatrechts-)Gesetzen wird vielfach in den unterschiedlichen materialen Regelungsgegenständen gesehen. Die Verfassung unterscheide sich vom Rest der Rechtsordnung durch ihren „politischen Charakter“,<sup>24</sup> weshalb man auch schlagwortartig vom Verfassungsrecht als „politischem Recht“ spricht.<sup>25</sup> Wenig erhellend ist dabei allerdings der Umgang mit dem „Politik“-Begriff. Wie immer man den „politischen Gehalt“ definiert,<sup>26</sup> ob als Freund-Feind-Unterscheidung, fundamentale Richtlinie, Dezision oder mit *Max Weber* als Implikation von „Machtverteilungs-, Machterhaltungs- oder Machtverschiebungsinteressen“,<sup>27</sup> unklar bleibt, was hieran verfassungsspezifisch sein soll. Ist die Regelung des § 903 BGB, wonach der Eigentümer einer Sache mit dieser grundsätzlich nach Belieben verfahren kann, weniger „politisch“ als Art. 14 Abs. 1 GG? Sind die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 GG „politischer“ als das zivilrechtliche allgemeine Gleichbehandlungsgesetz? Und wie ist ganz generell die Kritik am Sozialmodell des BGB einzuordnen, angefangen mit den Streitschriften von *Anton Menger*<sup>28</sup> und *Otto v. Gierke*<sup>29</sup> bis hin zu den heutigen, zum Teil ganz konträren Philippiken? Diese Fragen zu stellen, heißt einen substantiellen, materialen Unterschied zwischen beiden Rechtsmaterien zu verneinen. Sowohl das Grundgesetz als auch das BGB beruhen auf einem Legislativakt, der jeweils politische Entscheidungen umsetzt. In der weiteren Folge birgt die Vorstellung von der Verfassung als „politischem Recht“ die latente Gefahr, dass die normativen Vorgaben des Grundgesetzes unterlaufen werden<sup>30</sup> und zugleich das Privatrecht durch eine entpolitisierende Betrachtungsweise sowohl in Bezug auf das Gesetzesrecht als auch das „Richterrecht“ verklärt wird.

Eine unterschiedliche methodische Handhabung von „Gesetz“ und „Verfassung“ wird ferner auf die „strukturelle Offenheit“ zurückgeführt, die das Grundgesetz im Gegensatz zur Prägnanz des Zivilrechts kennzeichne.<sup>31</sup> Auch eine solche Gegenüberstellung der jeweiligen Regelungsdichte ist indes fragwürdig. Dies zeigt sich schon daran, dass die Verfassung einige privatrechtsrelevante Bestimmungen enthält, deren Prägnanz geradezu Vorbildcharakter hat. Zu erwähnen ist nur das Benachteiligungsverbot zulasten behinderter Menschen gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.<sup>32</sup> Berücksichtigt

<sup>24</sup> S. bereits *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 133.

<sup>25</sup> Vgl. etwa *Karpen*, Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes, 1987, S. 42 ff. m. w. N.; *Schuppert*, AöR 120 (1995), 32 ff. (59 f.); *Böckenförde*, FS Scupin, 1983, S. 317 ff. (319 ff.); zum Gegenbegriff des Zivilrechts als „unpolitisches Recht“ s. namentlich *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 23 Fn. 58.

<sup>26</sup> S. ausführlich *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR VII, 1992, § 162 Rn. 5 ff. m. umf. N.

<sup>27</sup> *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1980, S. 822.

<sup>28</sup> *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. Aufl. 1908.

<sup>29</sup> *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889.

<sup>30</sup> S. dazu schon *Kägi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, S. 120, 127 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Schuppert/Bumke*, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, S. 38; *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 ff. (2091); *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 ff. (62); *Lepsius*, in: *Jestaedt/Lepsius*, *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1 ff. (10) beruft sich auf den „schwierigen und zum Teil diffusen Gegenstand des öffentlichen Rechts“.

<sup>32</sup> S. ferner z. B. auch das Gleichbehandlungsgebot unehelicher Kinder gem. Art. 6 Abs. 5 GG sowie hierzu jüngst BVerfGE 118, 45 ff. (Leitsatz): „Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 5 GG, die Dauer eines Un-

man, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber des Jahres 1994 mit der Einfügung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG die Stellung behinderter Menschen nicht nur im Verhältnis Staat-Bürger, sondern ganz generell in Recht und Gesellschaft stärken wollte,<sup>33</sup> wird die subsumtionsfähige Regelvorgabe für den Privatrechtsverkehr evident. So darf aufgrund dieses verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots beispielsweise ein Gastwirt oder Reiseveranstalter einen behinderten Vertragsinteressenten nicht ohne sachlichen Grund allein wegen seines Handicaps ablehnen – ein Ergebnis, das aus dem Text und der Entstehungsgeschichte des BGB keineswegs zwingend folgt.<sup>34</sup> Zugleich ist für das BGB kennzeichnend, dass es zahlreiche Generalklauseln (§§ 138, 242, 826) und unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, die schon per definitionem keinen höheren Bestimmtheitsgrad aufweisen als viele verfassungsrechtliche Termini. Dieser Befund soll nicht in Abrede stellen, dass das BGB mit seinen über 2300 Paragraphen zum Teil wesentlich ausdifferenziertere Regelungsmaterien enthält als die Verfassung. Methodisch überzeugt indes nicht, der Verfassung *a priori* eine wesentypische Offenheit zu unterstellen, ohne im Einzelfall zunächst die konkreten Direktiven zu eruieren. Dies gilt gerade auch für die Menschenwürdegarantie sowie die Einzelgrundrechte, die ungeachtet ihres Prinzipiencharakters regelhafte Elemente aufweisen und dem Privatrecht vor allem die verfassungsrechtlichen Grundkoordinaten aufzeigen.

Im Ausgangspunkt ist daher an der Einheit der juristischen Methode festzuhalten. Demgemäß ist die Verfassung grundsätzlich nach denselben, vor allem staatsrechtlich zu begründenden Standards zu interpretieren wie „einfache“ Gesetze.<sup>35</sup> Sowohl bei der Auslegung der Verfassung als auch bei der Auslegung einfacher Privatrechtsnormen sind insbesondere die Grundsätze der Gewaltenteilung und Volkssouveränität zu respektieren. Der Aspekt des Vertrauensschutzes ist ebenfalls in beiden Konstellationen zu berücksichtigen, nicht zuletzt, wenn von Präjudizien abgewichen werden soll. Diese gemeinsame rechtstheoretische Basis schließt angesichts der unterschiedlichen Strukturen sektorale Eigenheiten und Wertungsgesichtspunkte nicht aus. Ebenso offenkundig ist, dass Entscheidungen des *BVerfG* einen gravierenden Einfluss auf die Politik nehmen können und gerade der Verfassungsinterpret mit ständig neuartigen und komplexen gesellschaftlichen Problemen konfrontiert wird. Ungeachtet dieser tatbestandlichen und rechtsfolgenbezogenen Besonderheiten bleiben die methodischen Leitideen jedoch *in nuce* dieselben.<sup>36</sup>

---

terhaltsanspruchs, den der Gesetzgeber einem Elternteil wegen der Betreuung seines Kindes gegen den anderen Elternteil einräumt, für eheliche und nichteheliche Kinder unterschiedlich zu bestimmen.“

<sup>33</sup> BT-Drucks. 12/8165, S. 29; s. dazu auch *Neuner*, NJW 2000, 1822 ff.

<sup>34</sup> Seit 2006 nunmehr geregelt im AGG.

<sup>35</sup> Vgl. auch *Starck*, FS Isensee, 2007, S. 215 ff. (216); *Leisner*, DÖV 1961, 641 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 338 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 180 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 204 ff. m. w. N.

<sup>36</sup> A. A. *Bullinger*, JZ 2004, 209 ff. (209): „Eine Verfassung wie das deutsche Grundgesetz (...) will zunächst in ihrem Gesamtsinn ‚verstanden‘ und nicht einfach wie ein Gesetz Stück für Stück aus ihrem Wortlaut ‚ausgelegt‘ werden.“ Nach der hier vertretenen Gegenansicht will die Verfassung so konkret als möglich „verstanden“ und nicht *a priori* durch richterliche Eigenwertungen substituiert werden.

## 2. Der Grundsatz der subjektiv-teleologischen Auslegung

Die Einheit der juristischen Methode impliziert in erster Linie einen prinzipiellen Vorrang der genetisch-historischen Auslegung, der sich auch und gerade auf der Verfassungsebene aus den Grundsätzen der Demokratie und Gewaltenteilung ergibt. Die besonderen Anforderungen an eine förmliche Verfassungsänderung gem. Art. 79 GG werden ebenfalls nur bei Verfolgung eines subjektiven Interpretationszieles hinreichend respektiert. Darüber hinaus beziehen sich auch die legitimen Kontinuitäts-erwartungen der Rechtsunterworfenen auf die im Normtext zum Ausdruck gebrachten verfassungsgeberischen Regelungsabsichten.

Das Bundesverfassungsgericht vertritt demgegenüber seit Inkrafttreten des Grundgesetzes eine primär objektive Auslegungstheorie. Vereinzelt werden zwar auch entstehungszeitliche Aspekte betont,<sup>37</sup> doch ist die Vorstellung eines „objektivierte[n] Willens des Gesetzgebers“ dominierend.<sup>38</sup> Die h. L. folgt dieser Einschätzung,<sup>39</sup> wenngleich sich in letzter Zeit die Stimmen zugunsten einer subjektiv-teleologischen Interpretation mehren.<sup>40</sup>

Es liegt auf der Hand, dass gerade im Grundrechtsbereich eine konkrete, einzel-fallbezogene Regelungsabsicht oftmals nicht rekonstruierbar ist, weil der Verfassungsgeber die zu entscheidende Konfliktlage bewusst oder unbewusst nicht in sein Entscheidungsprogramm aufnahm oder noch gar nicht zu antizipieren vermochte. Die Berufung auf die Autorität des *pouvoir constituant* ist indes auch im Wege eines Analogieschlusses möglich und legitim, bei dem es darum geht, eine spezielle Wertung des Verfassungsgesetzgebers auf ähnlich gelagerte Sachverhalte zu extendieren. So ist es methodisch beispielsweise nur folgerichtig, den Grundrechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 3 GG auf nicht rechtsfähige Personenvereinigungen zu erstrecken.<sup>41</sup> Ähnliches gilt für Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, der normtextuell lediglich die individuelle Koalitionsfreiheit erfasst, jedoch in Übereinstimmung mit Art. 159, 165 Abs. 1 WRV auch den Schutz der Koalition selbst intendiert.<sup>42</sup> Darüber hinaus kann es geboten sein, aus mehreren Verfassungsbestimmungen induktiv einen allgemeinen Rechtsgrundsatz abzuleiten, wie etwa aus den Art. 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 23 ff. GG den Grundsatz der „völkerrechtsfreundlichen Auslegung“.<sup>43</sup>

Zur weiteren Determinierung trägt bei, dass durch die Konstituierung von Verfassungsprinzipien der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Geltung gelangt.<sup>44</sup> Dessen Teilgrundsatz der Geeignetheit wäre beispielsweise im Bereich des Zivilrechts ver-

<sup>37</sup> S. z. B. BVerfGE 4, 299 ff. (304 f.).

<sup>38</sup> S. z. B. BVerfGE 59, 128 ff. (153); 11, 126 ff. (129 f.); 1, 299 ff. (312); zuletzt BVerfG NJW 2010, 754 ff. (Rz. 18; dort auch zur Wortsinnrenze).

<sup>39</sup> Vgl. nur Badura, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Einl. A Rn. 15; Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Einl. Rn. 5, 10.

<sup>40</sup> S. etwa Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 144 ff.; Auer, ZEuP 2008, 517 ff. (528 f.); speziell zur Verfassungsauslegung Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 139 ff. m. w. N.

<sup>41</sup> Vgl. nur Stern, Staatsrecht, III/1, 1988, S. 1134; Jarass/Pieroth, GG (oben Fn. 39), Art. 19 Rn. 19 m. w. N.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 93, 352 ff. (357); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2009, Art. 9 III Rn. 170; Badura, FS Berber, 1973, S. 11 ff. (28 ff.).

<sup>43</sup> S. hierzu auch BVerfGE 111, 307 ff. (317 ff.); 31, 58 (75 f.).

<sup>44</sup> S. näher Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 100 ff.

letzt, würde man – wie unlängst rechtspolitisch diskutiert – eine notarielle Beurkundungspflicht für Patientenverfügungen einführen, da Notare nicht über die notwendige medizinische Beratungskompetenz verfügen.<sup>45</sup> An der Erforderlichkeit fehlt es etwa, wenn statt der Nichtigkeitsanordnung eines Vertrags mildere Mittel in Form von Aufklärungspflichten oder Widerrufsrechten in Betracht kommen. Das Verhältnismäßigkeitsgebot in seinem engeren Sinne verlangt, dass das verfassungsrechtliche Gewicht, d. h. vornehmlich der normative Mindestgehalt eines Prinzips,<sup>46</sup> im Rahmen der Abwägung nicht verkannt wird.<sup>47</sup> Demgemäß hat das BVerfG die Regelung des § 1626 BGB insoweit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG für unvereinbar erklärt, als Eltern ihre Kinder kraft elterlicher Vertretungsmacht bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten können.<sup>48</sup> Nach der subjektiven Auslegungstheorie sind verfassungsimmanente Prinzipien zwar nur relativ vage gesetzgeberische Anordnungen, doch enthalten sie zumindest in Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen regelhaften Kern, der eine negative Evidenzkontrolle erlaubt.

Entgegen weit verbreiteter Bedenken<sup>49</sup> führt der grundsätzliche Primat des „*original intent*“ auch zu keiner sachwidrigen Versteinerung der Verfassung.<sup>50</sup> Die Bezugnahme auf die historische Regelungsabsicht begründet lediglich eine Argumentationslastregel, die dem Verfassungsinterpreten aufgibt, Abweichungen von der *lex lata* hinreichend zu rechtfertigen. Die Begründungsanforderungen sind allerdings hoch, da es vor allem die Grundsätze der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Vertrauensschutzes argumentativ zu überwinden gilt.<sup>51</sup> Ein Beispiel einer zulässigen Verfassungsderogation bildet eine Entscheidung des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofs* zu Art. 111 a Abs. 2 Satz 1 BV, der verlangt, dass „Rundfunk in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben (wird).“ Der Verfassungsgerichtshof hielt es aufgrund der modernen Sendemöglichkeiten mit erheblich größeren Übertragungskapazitäten zu Recht für nicht ausgeschlossen, „daß bei einem weiteren Fortschreiten der technischen Entwicklung der Vorbehalt für öffentlich-rechtliche Rundfunkträger zum Schutz des Gemeinschaftsguts Rundfunkfreiheit nicht mehr aufrechterhalten werden darf.“<sup>52</sup> Neben der Anwendung des hier maßgeblichen Grundsatzes „*cessante razione legis cessat lex ipsa*“ kommt eine Normderogation insbesondere bei schweren Normwidersprüchen in Betracht. Diese exzeptionellen Voraussetzungen sind aber beispielsweise nicht in Bezug auf die verfassungsrechtliche Differenzierung zwischen nicht eingetragenen Lebenspartnerschaften und traditionellen Ehen gegeben. Nicht eingetragene Lebenspartnerschaften sind zwar grundrechtlich und einfachgesetzlich auf vielfältige Weise geschützt, und es mag

<sup>45</sup> Vgl. auch *Verrel*, Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, C 40 ff. (83 f.).

<sup>46</sup> Vgl. *Lerche*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR V, 1992, § 122 Rn. 24; *Bydlinski*, Recht, Methode und Jurisprudenz, 1988, S. 30 f.

<sup>47</sup> Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, § 84 II 4 f. m. w. N.

<sup>48</sup> BVerfGE 72, 155 ff. (Leitsatz).

<sup>49</sup> S. etwa *Heun*, AöR 116 (1991), 185 ff. (193 f., 206); *Rupp*, AöR 101 (1976), 161 ff. (163 f.).

<sup>50</sup> Vgl. auch *Deppenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 56; *ders.*, DVBl. 1987, 809 ff. (812 f.).

<sup>51</sup> S. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 57 ff.

<sup>52</sup> BayVerfGH 39, 96 ff. (140 f.) m. w. N.; s. dazu auch *Löwer*, *Cessante razione legis cessat ipsa lex*, 1989, S. 29 f.

gute Gründe geben, sie zusätzlich dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG zu unterwerfen, doch ist eine Ehe nach dem herkömmlichen Verständnis der Verfassungsautoren eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Frau und Mann.<sup>53</sup> Deshalb ist es grundsätzlich Aufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers und nicht des *BVerfG*, die Privilegierungen des Art. 6 Abs. 1 GG und hierauf gestützte einfachgesetzliche Besserstellungen aufzuheben.<sup>54</sup> Anders gewendet: Die Forderung nach einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“<sup>55</sup> hat ihre Berechtigung im Bereich des „offenen“, lückenhaften Verfassungsrechts, bei hinreichend präzisen Regelvorgaben ist die ebenso „offene Gesellschaft der Verfassungskritiker“ gefordert.

### 3. Die Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts

Aus privatrechtlicher Sicht konzentrieren sich die Kontrollbefugnisse des *BVerfG* auf die Überprüfung von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen.<sup>56</sup>

#### a) Die Überprüfung privatrechtlicher Gesetze

Die Kontrolle von privatrechtlichen Gesetzen wirft insofern keine besonderen demokratie- und kompetenzrechtlichen Konflikte auf, als eine hinreichende Berufung auf die Autorität des *pouvoir constituant* möglich ist. Daneben kommen als Prüfungsmaßstab die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“ gem. Art. 1 Abs. 2 GG in Betracht. Zu denken ist etwa an die Gewährleistung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, so wie sie in zahlreichen internationalen Verträgen und Beschlüssen festgelegt sind.<sup>57</sup> Eine Missachtung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben würde zu einer richterlichen Kompetenzunterschreitung führen, so dass Forderungen nach einem „*judicial self-restraint*“<sup>58</sup> insoweit als inadäquat erscheinen. Aber auch umgekehrt, wenn eine legitimatorische Rückbindung an den Verfassungsgeber ausscheidet, handelt es sich um kein Problem richterlicher Selbstbeschränkung, vielmehr muss die Judikative zur Vermeidung einer Kompetenzüberschreitung erst den Nachweis einer entsprechenden Legitimation zur Rechtsfortbildung führen.<sup>59</sup> Das *BVerfG* verwendet den Begriff des „*judicial self-restraint*“ daher auch nur in dem abgeschwächten Sinn eines Verzichts „Politik zu treiben“, d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen.<sup>60</sup>

<sup>53</sup> Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Rn. 38; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik (oben Fn. 40), S. 153 m. w. N.

<sup>54</sup> A. A. *BVerfG NJW* 2010, 1439 ff. (Rz. 99 ff.); *BVerfGE* 105, 313 ff. (348).

<sup>55</sup> *Häberle*, JZ 1975, 297 ff.

<sup>56</sup> Rechtsvergleichend zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit *Nußberger*, JZ 2010, 533 ff.

<sup>57</sup> S. näher *Körner*, Das internationale Menschenrecht auf Arbeit, 2004; *Däubler/Kittner/Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, S. 117 ff. m. w. N.

<sup>58</sup> S. etwa v. *Danwitz*, JZ 1996, 481 ff. (483 ff.).

<sup>59</sup> Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, § 4 III 8 c, d; s. ferner kritisch *Schuppert*, DVBl. 1988, 1191 f. (1191); *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 64.

<sup>60</sup> *BVerfGE* 36, 1 ff. (14).



## b) Die Überprüfung privatrechtlicher Gerichtsentscheidungen

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle von zivilgerichtlichen Entscheidungen sind im Wesentlichen drei Fallgruppen zu unterscheiden:<sup>61</sup>

Das *BVerfG* hat zunächst in seiner Funktion als „Hüter der Verfassung“ fachgerichtliche Urteile im Hinblick auf ihre Gesetzeskonformität gem. Art. 20 Abs. 3 GG zu überprüfen. Der Sinn und Zweck dieser Kontrolle liegt primär in der Wahrung der Gewaltenteilung und des Rechtsetzungsprimats des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. So hat das *BVerfG* beispielsweise die Einordnung von Sozialplanabfindungen als Konkursforderungen im Range von § 61 I Nr. 1 KO a. F. durch das *BAG* zu Recht für verfassungswidrig erachtet, „weil eine gesetzliche Regelungslücke, die es dem Richter erlaubte, für bestimmte Forderungen eine Privilegierung außerhalb des geschlossenen Systems der Konkursforderungen vor der Rangstelle des § 61 I Nr. 1 KO zu begründen, nicht (besteht).“<sup>62</sup> Die entscheidende methodologische Frage lautet dabei, wann das Fachgericht seine Kompetenzen offenkundig überschreitet und eine unzulässige Normderogation vornimmt. Das *BVerfG* betont zutreffend den Fall der unzulässigen Rechtsfortbildung,<sup>63</sup> doch gilt es diese Feststellung wiederum im Sinne der subjektiv-teleologischen Auslegung zu präzisieren. Dem *BVerfG* fällt hierbei nicht die Rolle einer Art „Superrevisionsinstanz“ zu,<sup>64</sup> sondern es ist lediglich zu prüfen, ob das Gewicht der die Gesetzesbindung tragenden Prinzipien verkannt wird.

Den zweiten Kontrollmaßstab bildet das Gebot der Rechtmäßigkeit. Die Bindung des Zivilrichters an das „Recht“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet diesen zu einer hinreichenden Begründung des Urteils. Hiergegen wird grundsätzlich verstoßen, wenn ein Urteil überhaupt keine Begründung enthält,<sup>65</sup> diese in sich widersprüchlich ist<sup>66</sup> oder als schlechthin abwegig und nicht mehr nachvollziehbar erscheint.<sup>67</sup> Darüber hinaus sind in einem Urteil auch Präjudizien zu berücksichtigen. Diese begründen zwar keine Bindung im Sinne der „*stare decisis*“-Doktrin,<sup>68</sup> doch trägt derjenige die Argumentationslast, der von einem Präjudiz abweichen will.<sup>69</sup> Hierbei gilt es insbesondere, die objektive Verfestigung des Vertrauenstatbestandes (Länge der Präjudizienkette, Einstimmigkeit von Entscheidungen etc.) sowie die subjektive Schutzwürdigkeit des Rechtsunterworfenen zu berücksichtigen.<sup>70</sup> Da das Präjudiz als sol-

<sup>61</sup> S. auch näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 48 ff.

<sup>62</sup> BVerfGE 65, 182 ff. (2. Leitsatz).

<sup>63</sup> BVerfGE 87, 273 ff. (280) m. w. N.; s. auch BVerfGE 113, 88 ff. (103): „Setzt sich die Auslegung in krassen Widerspruch zu allen zur Anwendung gebrachten Normen und werden damit Ansprüche begründet, die keinerlei Grundlage im geltenden Recht finden, so beanspruchen die Gerichte Befugnisse, die von der Verfassung eindeutig dem Gesetzgeber übertragen sind.“

<sup>64</sup> Vgl. zuletzt BVerfG NJW 2007, 499 ff. (Rz. 75).

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 71, 122 ff. (136).

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 71, 202 ff. (205).

<sup>67</sup> Vgl. BVerfGE 62, 189 ff. (192 ff.).

<sup>68</sup> S. hierzu aus neuerer Zeit *Schauer*, Thinking Like a Lawyer, 2009, S. 57 ff.; *Alexander/Sherwin*, Demystifying Legal Reasoning, 2008, S. 53 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BVerfGE 87, 273 ff. (278).

<sup>70</sup> S. auch BVerfGE 78, 123 ff. (126 ff.); *Langenbucher*, JZ 2003, 1132 ff. (1134 ff.); *Krebs*, AcP 195 (1995), 171 ff. (198 ff.).

ches nicht bindet, ist Maßstab der Plausibilitätsprüfung jeweils Art. 20 Abs. 3 GG und nicht Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>71</sup>

Dem *BVerfG* obliegt schließlich auch, die generelle Verfassungskonformität von zivilrechtlichen Entscheidungen zu kontrollieren. Ein Urteil ist dabei aufzuheben, wenn der Entscheidung eine verfassungswidrige Norm zugrunde liegt (also ein konkretes Normenkontrollverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG nicht eingeleitet wurde). Das Gleiche gilt, wenn der Richter im „gesetzesfreien“ Bereich eine Norm heranzieht, die der Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte.<sup>72</sup> So ist beispielsweise ein zivilrechtliches Urteil zum Persönlichkeitsschutz aufzuheben, falls Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ein anderes Ergebnis gebieten. Darüber hinaus liegt ein Verfassungsverstoß auch dann vor, wenn das Fachgericht das Gebot verfassungskonformer Auslegung insofern verletzt, als eine Grundrechtsrelevanz von vornherein verkannt oder ein an sich maßgebliches Grundrecht infolge unzureichender Verfassungsinterpretation im Rahmen des Entscheidungsprozesses nicht berücksichtigt wird.<sup>73</sup> Das *BVerfG* ist hingegen nicht zu einer generellen Richtigkeitskontrolle von praeterlegal ergangenen Entscheidungen befugt. Zur Beurteilung privatrechtlicher Konflikte sind die Zivilgerichte in der Regel wesentlich besser geeignet als das *BVerfG*, da sie über eine ungleich größere Sachkenntnis und einen deutlich engeren Problembezug verfügen.<sup>74</sup> Lediglich bei dem Schutz personaler Rechte mit starkem Bezug zur Menschenwürde sowie aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung kann ausnahmsweise dem *BVerfG* die Rolle als Rechtsfortbildungsinanz zufallen.

### III. Die menschenrechtliche Dimension

Wechselt man den Blick von den rechtstheoretischen Grundlagen zu den materiellen zivilrechtlichen Vorgaben der Verfassung, stehen zunächst die Menschenrechte im Vordergrund.

#### 1. Die Inkorporation der Menschenrechte

Im Anschluss und als Folge der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG bekennt sich das Deutsche Volk in Art. 1 Abs. 2 GG „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“. Diese Norm befindet sich im 1. Abschnitt des Grundgesetzes über „Die Grundrechte“ und lässt sich demnach schon systematisch nicht zu einer bloßen Präambel herabstufen.<sup>75</sup> Die Formulierung des Art. 1 Abs. 2 GG bringt zum Ausdruck, dass die Menschen-

<sup>71</sup> S. näher *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 106 ff.; a. A. *Gusy*, DÖV 1992, 461 ff. (467 ff.).

<sup>72</sup> Vgl. BVerfGE 73, 261 ff. (269); *Jarass/Pieroth*, GG (oben Fn. 39), Vorb. vor Art. 1 Rn. 14.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfGE 43, 130 ff. (137 f.); ähnlich BVerfGE 85, 248 ff. (258) m. w. N.; s. auch *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 286 ff.

<sup>74</sup> Vgl. auch *Vojtkuhle*, AöR 125 (2000), 177 ff. (196); *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 ff. (557).

<sup>75</sup> A. A. *Dreier/Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 2 Rn. 11; *Isensee*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 26 Rn. 81.

rechte die verbindliche Basis des Bonner Grundgesetzes verkörpern und den in Abs. 1 normierten Schutz der Menschenwürde ausbuchstabieren. Dieser normtextuelle Befund wird durch die ebenso klare verfassungsgeberische Regelungsabsicht bestätigt. Die Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 GG ist, auch wenn es sich hierbei um einen Gemeinplatz handeln mag, eine gesetzgeberische Reaktion auf den Holocaust. Wie die Verfassungsprotokolle allenthalben belegen und wie sich aus dem historischen Gesamtkontext erschließen lässt,<sup>76</sup> sollen durch Art. 1 Abs. 2 GG die universellen Menschenrechte in das Grundgesetz integriert werden. Systematisch folgerichtig werden die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“ daher zusätzlich noch durch die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG abgesichert. Gegen die Inkorporation der Menschenrechte durch Art. 1 Abs. 2 GG sprechen auch nicht die völkerrechtlichen Spezialbestimmungen gem. Art. 25, 59 Abs. 2 GG.<sup>77</sup> Diese Vorschriften erfassen nur die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ sowie völkerrechtliche Verträge, nicht aber die speziellen menschenrechtlichen Standards und Minimalia.<sup>78</sup> Letztere sind konsequenterweise bereits am Anfang des Grundrechtsabschnitts verankert – eine Rezeptionstechnik, die zahlreiche internationale Parallelen findet und zurück reicht bis zum IX. Amendment zur US-amerikanischen Verfassung aus dem Jahr 1791.<sup>79</sup>

Mit der Regelung des Art. 1 Abs. 2 GG korrespondiert die Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG. Diese Formel, die ebenfalls zahlreiche internationale Parallelen wie etwa in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV findet, geht zurück auf einen Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses,<sup>80</sup> der es mit den Worten von *Thomas Dehler* „zur besseren Kennzeichnung der Rechtsstaatlichkeit als der Grundlage des Grundgesetzes“<sup>81</sup> für notwendig erachtete, die Judikative zusätzlich an das „Recht“ zu binden.<sup>82</sup> Demgemäß erklärte das BVerfG wiederholt Gesetze aus der NS-Zeit für *ex tunc* nichtig<sup>83</sup> und hebt in seiner ständigen Rechtsprechung hervor, dass „Recht und Gerechtigkeit nicht zur Disposition des Gesetzgebers (stehen)“, weil „gerade die Zeit des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland gelehrt (hat), daß auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann“<sup>84</sup>. Die verfassungsgeberische Differenzierung zwischen „Gesetz und Recht“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG lässt sich auch nicht mit dem Hinweis auf Art. 97 Abs. 1 GG nivellieren, wonach die Richter „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen (sind)“.<sup>85</sup> Diese Regelung ist eine Konsequenz aus den berüchtigten Richterbriefen und ande-

<sup>76</sup> S. nur die Präambel zur Bayerischen Verfassung: „Angesichts des Trümmerfeldes ...“.

<sup>77</sup> A. A. *Heinig*, *Der Sozialstaat der Freiheit*, 2008, S. 414 ff. m. w. N.

<sup>78</sup> S. für den unverzichtbaren Kernbereich auch *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2009, Art. 1 Abs. 2 Rn. 39; ferner v. Münch/*Kunig*, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Abs. 2 Rn. 44 („dynamische Verweisung“).

<sup>79</sup> S. eingehend *Häberle*, *Rechtstheorie* 24 (1993), 397 ff. (401 f., 419 f.) m. w. N.

<sup>80</sup> JöR 1 (1951), 199.

<sup>81</sup> JöR 1 (1951), 200.

<sup>82</sup> S. zur Entstehungsgeschichte des Art. 20 Abs. 3 GG auch näher *Hoffmann*, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, 2003, S. 51 ff.

<sup>83</sup> BVerfGE 54, 53 ff. (68 f.); 23, 98 ff. (105 ff.).

<sup>84</sup> BVerfGE 23, 98 ff. (106) m. w. N.; s. ferner auch BVerfGE 95, 96 ff. (134 f.).

<sup>85</sup> A. A. *Jarass/Pieroth*, GG (oben Fn. 39), Art. 20 Rn. 38; *Merten*, DVBl. 1975, 677 ff. (678, 680).

ren Lenkungsmaßnahmen während der NS-Zeit<sup>86</sup> und will demgemäß allein die sachliche Unabhängigkeit der Richter garantieren.<sup>87</sup> Auch normhierarchisch geht Art. 20 Abs. 3 GG aufgrund der Einbindung in die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG der „einfachen“ Verfassungsnorm des Art. 97 Abs. 1 GG vor.<sup>88</sup> Die notwendige Differenzierung zwischen „Gesetz und Recht“ gem. Art. 20 Abs. 3 GG wird überdies durch die Verfassungsprotokolle zur analogen Regelung des Art. 1 Abs. 2 GG bestätigt. Exemplarischen Charakter haben die Darlegungen des Abgeordneten *Ludwig Bergsträßer*, man habe „sagen wollen, daß die Grundrechte auf vorstaatlichen, von Natur gegebenen Rechten beruhen, zu denen als der Grundlage aller menschlichen Gemeinschaft – nach Abs. 2 – das deutsche Volk sich ‚erneut‘ nach den bitteren Erfahrungen der Nazizeit bekenne.“<sup>89</sup> Wie immer man zu den rechtsphilosophischen Annahmen dieses Satzes stehen mag – *de constitutione lata* gilt: Gesetze mit typisch nationalsozialistischem oder ähnlichem Inhalt sind kein „Recht“ im Sinne des Grundgesetzes.

In der weiteren Folge bedarf es lediglich eines induktiven Rückschlusses auf jene generellen Grundsätze, die vor und nach der NS-Zeit Gültigkeit besaßen und sich in Form der allgemeinen Menschenrechte etablierten.<sup>90</sup> Bezeichnenderweise diente auch den Verfassungsautoren vor allem die Allgemeine Deklaration der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 als Leitbild.<sup>91</sup> Zusätzliche Konkretisierungshilfen<sup>92</sup> bilden etwa die Internationalen Pakte über „bürgerliche und politische Rechte“<sup>93</sup> sowie über „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“,<sup>94</sup> die Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung<sup>95</sup> und Diskriminierung der Frau,<sup>96</sup> die Übereinkommen über die Rechte des Kindes<sup>97</sup> und von Menschen mit Behinderungen,<sup>98</sup> die Europäische Grundrechtecharta, die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten<sup>99</sup> oder die Europäische Sozialcharta.<sup>100</sup> Ein Vergleich mit ausländischen Verfassungen, der Weimarer Reichsverfassung oder Landesverfassungen kann ebenfalls weiterführend sein. Ferner kann sich die Essenz der Menschenrechte vor allem auch teleologisch im Hinblick auf das Ziel der Frei-

<sup>86</sup> S. zu diesen näher *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich 1933–1940 (oben Fn. 18), S. 1091 ff.

<sup>87</sup> Vgl. auch *R. Schmidt*, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 1353 ff. (1360); *Maihofer*, *Annales Universitatis Saraviensis VIII* (1960), 5 ff. (6 ff.).

<sup>88</sup> Vgl. nur *H. Hofmann*, *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*, 1998, S. 35; *Hirsch*, JZ 2007, 853 ff. (854) m. w. N.

<sup>89</sup> JöR 1 (1951), 48; ähnlich *Adolf Süsterhenn*, JöR 1 (1951), 52.

<sup>90</sup> S. näher *Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. Aufl. 2005, S. 16 ff.; *Hoffmann*, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht* (oben Fn. 82), S. 163 ff.; vgl. ferner auch *Riedel*, *Menschenrechte als Gruppenrechte auf der Grundlage kollektiver Unrechtserfahrungen*, in: ders., *Die Universalität der Menschenrechte*, 2003, S. 363 ff. (374 ff.).

<sup>91</sup> S. nur JöR 1 (1951), 50, 58; vgl. zudem auch *v. Mangoldt*, DÖV 1949, 261 ff. (261).

<sup>92</sup> S. zum universellen sowie regionalen Menschenrechtsschutz auch *Buergenthal/Thürer*, *Menschenrechte*, 2010, S. 23 ff., 187 ff. m. w. N.

<sup>93</sup> BGBl. 1973 II, S. 1533 ff.

<sup>94</sup> BGBl. 1973 II, S. 1569 ff.

<sup>95</sup> BGBl. 1969 II, S. 961 ff.

<sup>96</sup> BGBl. 1985 II, S. 647 ff.

<sup>97</sup> BGBl. 1992 II, S. 121 ff.

<sup>98</sup> BGBl. 2008 II, S. 1419 ff.

<sup>99</sup> BGBl. 1952 II, S. 685 ff.

<sup>100</sup> BGBl. 2001 II, S. 970 f.; 1964 II, S. 1261 ff.

heitssicherung und des Menschenwürdeschutzes näher erschließen.<sup>101</sup> Von einem „diffusen Bild“<sup>102</sup> kann deshalb schwerlich gesprochen werden, zumindest nicht in Abgrenzung zu den Grundrechten.

## 2. Die Funktionen der Menschenrechte

Die Menschenrechte entfalten lediglich in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen eine Korrektivfunktion. Sie stellen die Gesetzesbindung im Grundsatz nicht in Frage, sondern fordern sie prinzipiell ein. Die Verfassungsgeber haben sich durch die Abkehr von einem positivistischen Rechtsverständnis auch lediglich versprochen, „einer Revolution die Maske der Legalität zu nehmen“.<sup>103</sup> Und dennoch gilt, was das BVerfG noch über 50 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zutreffend betont: „Über Art. 1 Abs. 2 (...) rezipiert das Grundgesetz auch die graduelle Anerkennung der Existenz zwingender, also der Disposition der Staaten im Einzelfall entzogener Normen (*ius cogens*). (...) Dies betrifft insbesondere Normen über (...) grundlegende Menschenrechte.“<sup>104</sup>

Die Menschenrechte erfüllen darüber hinaus eine komplementäre Funktion. Sie haben die Aufgabe, Regelungsdefizite des nationalen Normsetzers zu kompensieren. Eine menschenrechtskonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung ist dabei nicht auf das Verfassungsrecht begrenzt, sondern kann auch auf der subkonstitutionellen Ebene des Privatrechts geboten sein.<sup>105</sup> So war beispielsweise schon vor Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im Jahr 2006 ein zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz vor allem in Bezug auf die international besonders verpönten Merkmale der „Rasse“ und des Geschlechts indiziert.<sup>106</sup> Auch die Komplementärfunktion legitimiert allerdings zu keiner freirechtlichen Handhabung der Grundrechte oder Privatrechtsnormen, sondern setzt Regelungslücken und eine entsprechend differenzierte Begründung voraus.

Vor diesem methodologischen und verfassungsrechtlichen Hintergrund überzeugt es nicht, wenn den Menschenrechten von Teilen der staatsrechtlichen Literatur nur eine „moralische Bindungskraft“ attestiert wird.<sup>107</sup> Das damit einhergehende Bedenken, dass sich die „Menschenrechtsrechtsphilosophie des Art. 1 Abs. 2 GG“ nicht zur Lösung grundrechtsdogmatischer Probleme (*eigne*)<sup>108</sup>, bringt das entsprechende Vorverständnis zum Ausdruck: Die Verfassung muss sich in die Grundrechtsdogmatik ihres jeweiligen „Interpreten“ einfügen. Übernimmt man stattdessen das *Popper'sche* Falsifikationsmodell und spricht Aussagen über gesetzliche Normen die

<sup>101</sup> S. zur Interpretation der Menschenrechte auch *Kotzur*, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, 2001, S. 6 ff. m. w. N.

<sup>102</sup> *Isensee*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II (oben Fn. 75), § 26 Rn. 87.

<sup>103</sup> JöR 1 (1951), 586.

<sup>104</sup> BVerfGE 112, 1 ff. (27 f.).

<sup>105</sup> S. dazu auch *Courtis*, Die Wirkung der Menschenrechte auf Privatrechtsverhältnisse, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 57 ff.; *Clapham*, Human Rights in the Privat Sphere, 1993.

<sup>106</sup> S. näher *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (59 f.).

<sup>107</sup> S. etwa *Merten*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 73 Rn. 34.

<sup>108</sup> *Merten*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (oben Fn. 107), § 73 Rn. 34.

Funktion von „Basissätzen“ zu, gilt umgekehrt: Eine Grundrechtstheorie ist dann falsifiziert, wenn sie mit einer Vorschrift der Verfassung unvereinbar ist.<sup>109</sup>

#### IV. Zum Vorrang der Grundrechte

Das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht wird zu einem Konkurrenz- und Vorrangproblem, weil und sofern beide Rechtsmaterien eine Schnittmenge aufweisen. Ein gemeinsamer Regelungsgegenstand wird zwar vereinzelt verneint,<sup>110</sup> doch regelt die Verfassung partiell und parallel zu den einfachgesetzlichen Zivilrechtsnormen auch die Beziehungen der Privatrechtsakteure untereinander. Eine solche Wirkkraft entfaltet vor allem die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG. Darüber hinaus ist der Status des Einzelnen als Privatrechtsakteur nicht voraussetzungslos, sondern von staatlichen Gewährleistungen abhängig. Selbst wenn man der Privatautonomie einen apriorischen, dem positiven Recht vorausgehenden Charakter zuspricht, wird sie erst effektiv durch die Anerkennung und Ausgestaltung der Rechtsordnung.<sup>111</sup> Diese Interdependenz stellt die prinzipielle Eigenständigkeit des Privatrechts nicht in Frage, doch zeigt sie auf, dass die Verfassung und das Privatrecht keine völlig autarken Systeme bilden. Eine Vorrangbestimmung ist daher unausweichlich.<sup>112</sup>

##### 1. Die umfassende Wirkkraft der Menschenwürdegarantie gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG besagt, dass die Menschenwürde „unantastbar“ ist, also von niemandem, auch nicht von Privatrechtsakteuren, verletzt werden darf. *Peter Häberle* spricht deshalb zutreffend von einer „Strukturform‘ für Staat und Gesellschaft“<sup>113</sup>.

##### a) Die Bindung der Staatsgewalten

Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG haben die staatlichen Gewalten die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen. Eine solche Schutzpflicht besteht beispielsweise im Privatrecht zugunsten von Kindern, die prinzipiell ein Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung haben. Das *BVerfG* spricht den Gerichten bei der Abwägung der widerstreitenden Grundrechte des Kindes und der Mutter im Rahmen

<sup>109</sup> S. näher *Canaris*, JZ 1993, 377 ff. (385 ff.).

<sup>110</sup> S. dazu auch *Isensee*, FS Großfeld, 1999, S. 485 ff. (492) m. w. N.

<sup>111</sup> Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 165 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 6 ff.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 39 f.

<sup>112</sup> S. auch *Neuner*, in: ders., Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 159 ff. (164 ff.).

<sup>113</sup> *Häberle*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 59; zustimmend *H. Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 ff. (370 f. mit Fn. 88).

der Generalklausel des § 1618 a BGB einen weiten Spielraum zu.<sup>114</sup> Der gebotene Mindestschutz zugunsten des Kindes wäre jedoch unterschritten, sofern der Gesetzgeber oder die Gerichte es als rechtmäßig erachten würden, dass eine Abwägung *a priori* verhindert wird, indem etwa bei einer heterologen Insemination die Person des Samenspenders undokumentiert bleibt.<sup>115</sup> Dieses Ergebnis findet zudem in Art. 7 Abs. 1 des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes eine Bestätigung, der besagt, dass ein Kind „soweit möglich das Recht (hat), seine Eltern zu kennen“.<sup>116</sup>

### b) Die Bindung der Privatrechtsakteure

Sämtliche traditionellen Auslegungscanones belegen, dass neben den Staatsgewalten auch die Privatrechtsakteure an Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG gebunden sind:<sup>117</sup> Die Kennzeichnung der Menschenwürde als „unantastbar“, der Umkehrschluss zu Art. 1 Abs. 3 GG (lediglich die „nachfolgenden Grundrechte“ binden allein die Staatsgewalten) sowie die Unabänderbarkeit gem. Art. 79 Abs. 3 GG sind erste Belege. Entstehungsgeschichtlich kommt hinzu, dass Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur eine Antwort auf den NS-Staatsterror geben will, sondern auch auf die Exzesse einer ungebändigten „Privatrechtsgesellschaft“. Exemplarisch in Erinnerung zu rufen sind nur die jüdenfeindlichen Boykotte der Wirtschaft sowie die sanktionslosen<sup>118</sup> Verwüstungen in der Reichspogromnacht. Bereits im „Darstellenden Teil“ des „*Herrenchiemsee-Berichts*“ heißt es deshalb *expressis verbis*: „Art. 1 soll auch Privatpersonen verpflichten.“<sup>119</sup> Zur Verdeutlichung wird im nächsten Satz sogleich das Beispiel der „Arbeiterversklavung“ durch einen privaten Unternehmer angeführt. Objektiv macht es für die betroffenen Arbeitnehmer ebenfalls keinen Unterschied, ob ihre fundamentalen Schutzrechte von staatlichen oder privaten Unternehmen missachtet werden. Insgesamt kann somit auch in Bezug auf die unmittelbare Drittwirkung von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG von keiner „Offenheit“ des Grundgesetzes die Rede sein.

### c) Die Bindung des Grundrechtsträgers

Zum Kernbestand der Menschenwürde gehört das Recht auf Selbstbestimmung, das zivilrechtlich in Form der Privatautonomie zur Geltung gelangt. Man versteht darunter die Freiheit, Privatrechtsverhältnisse nach eigenem Willen begründen und ausgestalten zu können, ohne Präferenzen rechtfertigen zu müssen.<sup>119a</sup> Wie andere

<sup>114</sup> BVerfGE 96, 56 ff. (2. Leitsatz); zustimmend *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 63.

<sup>115</sup> Vgl. *Starck*, JZ 1989, 338 f. (338 f.); *Zimmermann*, FamRZ 1981, 929 ff. (932 ff.).

<sup>116</sup> BGBl. 1992 II, S. 121 ff. (125).

<sup>117</sup> S. auch näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 150 ff.

<sup>118</sup> Verpflichtet wurden stattdessen die Geschädigten durch die „Verordnung zur Wiederherstellung des Straßenbildes bei jüdischen Gewerbebetrieben“ v. 12. 11. 1938, RGBl. 1938 I, S. 1581.

<sup>119</sup> Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 21; vgl. auch JöR 1 (1951), 51.

<sup>119a</sup> Vgl. auch BVerfGE 72, 155 ff. (170); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 1,1; zur grundrechtlichen Verankerung s. näher *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 11 ff.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 18 ff.

Fundamentalgrundsätze ist aber auch die Privatautonomie kein Absolutum, sondern ein Rechtsprinzip, das seinen Sinn erst aus dem Zusammenspiel mit konkurrierenden Prinzipien voll entfaltet.

Zu diesen gegenläufigen Grundsätzen zählen seit dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 soziale Mindeststandards, die auch einen paternalistischen Schutz mit umfassen.<sup>120</sup> Systemkonform zu diesen einfachgesetzlichen Einschränkungen erklärt Art. 1 Abs. 2 GG die Menschenrechte für „unveräußerlich“ und setzt damit dem Rechtsträger ebenfalls äußerste Grenzen.

Eine erste unverfügbare Grenze besteht darin, dass die Perspektive auf eine Veränderung der Lebensbedingungen<sup>121</sup> nicht gänzlich verloren gehen darf.<sup>122</sup> So kann sich der Einzelne zwar durch Dauerschuldverhältnisse selbstbestimmt in starke und lang andauernde Abhängigkeiten begeben, doch müssen diese irgendwann auch wieder aufhebbar sein. Zeitlich übermäßige, im Laufe der Zeit unverhältnismäßig belastende oder sogar ewige Bindungen sind daher unwirksam.<sup>123</sup> Auch eine General- oder Vorsorgevollmacht kann nicht unwiderruflich erteilt werden.<sup>124</sup> Ein weiteres gesetzliches Beispiel bildet § 311 b Abs. 2 BGB: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen (...) zu übertragen (...), ist nichtig.“

Während diese Schranke den Faktor Zeit berücksichtigt und vor allem die Reversibilität von Abhängigkeitsverhältnissen offen halten will, gibt es bestimmte Rechtsgüter, die von vornherein jeder rechtsgeschäftlichen Disposition entzogen sind. Dies gilt etwa für das Verbot der Veräußerung von Körperorganen gem. § 17 TPG i. V. m. § 134 BGB sowie nach h. M. für die Leihmutterchaft,<sup>125</sup> deren Vermittlung gem. § 13 c Adoptionsvermittlungsgesetz untersagt ist. Die eigene Rechtsfähigkeit kann man ebenfalls nicht aufgeben, und zwar weder im Rahmen eines „Armutsgelübdes“<sup>126</sup> noch im Wege eines freiwilligen „Versklavungsvertrags“.<sup>127</sup> Auch beispielsweise einer Totalüberwachung am Arbeitsplatz kann man nicht wirksam zustimmen.<sup>128</sup>

## 2. Die Bindungswirkung der Grundrechte gem. Art. 2ff. GG

Normhierarchisch steht die Verfassung, insbesondere der Grundrechtskatalog, über den einfachen privatrechtlichen Gesetzen. Diese Vorrangstellung folgt direkt oder zumindest indirekt aus Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 79, Art. 100 Abs. 1

<sup>120</sup> S. näher Neuner, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 286 f. m. umf. N.

<sup>121</sup> S. hierzu auch Neuner, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 104 ff.

<sup>122</sup> Vgl. auch BVerfGE 64, 261 ff. (272); 45, 187 ff. (245) jeweils zur lebenslangen Freiheitsstrafe.

<sup>123</sup> Vgl. nur Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 119a), § 18, 2, b, dd; Friedmann, Recht und sozialer Wandel, 1969, S. 102 f.

<sup>124</sup> Vgl. nur Flume, Allgemeiner Teil (oben Fn. 119a), § 53,3; Berger, JZ 2000, 797 ff. (803).

<sup>125</sup> Vgl. Armbrüster, in: Münchener Kommentar BGB, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 66 m. w. N.

<sup>126</sup> Vgl. Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 154 m. Fn. 3.

<sup>127</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 364 m. w. N.

<sup>128</sup> Vgl. nur BAG NZA 2008, 1187 ff. (1189 ff.); BAGE 111, 173 ff. (175 ff.); Singer, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 245 ff. (261).



GG.<sup>129</sup> Sie ergibt sich zudem aus dem Sinn und Zweck der Verfassung als einem Akt fundamental-demokratischer Selbstbindung.

### a) Die Bindung der Staatsgewalten

Entsprechend ihrem normhierarchischen Vorrang entfalten die Grundrechte gem. Art. 2 ff. GG eine Bindungswirkung gegenüber sämtlichen Staatsgewalten. Bereits die Verfassungsautoren hatten die Absicht, „die Grundrechte so zu formulieren, daß sie, wie Abs. 3 des Artikels 1 dann auch zum Ausdruck gebracht hat, als unmittelbar geltendes Recht angesehen werden können, das sowohl die Gesetzgebung wie Verwaltung und Rechtsprechung, und zwar sowohl des Bundes als auch der Länder in gleicher Weise bindet.“<sup>130</sup> Diese Bindungswirkung erfasst nach ganz herrschender und zutreffender Ansicht den Privatrechtsgesetzgeber und damit *a fortiori* auch die Privatrechtsjudikatur.<sup>131</sup> Für eine teleologische Reduktion von Art. 1 Abs. 3 GG besteht kein Raum, zumal es wertungsmäßig keinen entscheidenden Unterschied macht, ob in Grundrechtspositionen durch öffentlichrechtliche Normen (z. B. nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz) oder durch privatrechtliche Normen (z. B. nach den nachbarrechtlichen Bestimmungen gem. §§ 906 ff. BGB) eingegriffen wird.<sup>132</sup>

### b) Die Ungebundenheit der Privatrechtsakteure

Wie sich bereits *e contrario* zu Art. 1 Abs. 3 GG sowie aus einem weiteren Umkehrschluss zur drittwirkenden Regelung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt, sind die Akteure des Privatrechts in der Regel nicht an die Grundrechte gebunden. Die Verfassungsautoren intendierten lediglich eine Bindung der Privatrechtssubjekte an den Kern der Menschenrechte, nicht aber an die Grundrechte im Allgemeinen. Eine umfassende Bindung wäre auch unverhältnismäßig und würde die Privatautonomie massiv einschränken. Allein schon eine Bindung der Privatrechtsakteure an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hätte gravierende Auswirkungen auf die negative Abschlussfreiheit und die Pluralität des Marktes. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte wird deshalb von der ganz überwiegenden Meinung

---

<sup>129</sup> Vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 203 ff.; Wahl, Der Staat 20 (1981), 319 ff. (333 ff.); Isensee, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (oben Fn. 75), § 26 Rn. 42 m. w. N.

<sup>130</sup> v. Mangoldt, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 5.

<sup>131</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242 ff. (253); 63, 181 ff. (195); Schwabe, AöR 100 (1975), 442 ff. (442 ff.); Hesse, Verfassungsrecht, 20. Aufl. 1999, Rn. 355; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1 (oben Fn. 41), § 76 IV 3 m. w. N.; a. A. Zöllner, AcP 196 (1996), 1 ff. (7 ff.); Herzog, JR 1969, 441 ff. (443).

<sup>132</sup> Vgl. auch Canaris, JZ 1987, 993 ff. (993); Pietzcker, FS Dürig, 1990, S. 345 ff. (350); Dreier, Jura, 1994, 505 ff. (510).

abgelehnt.<sup>133</sup> Nur vereinzelt wurde vom BAG<sup>134</sup> sowie von einigen Autoren<sup>135</sup> (in zumeist abgeschwächter Form<sup>136</sup>) eine gegenteilige Ansicht vertreten.

Auch die sog. *etatistische Konvergenztheorie*, die privates Handeln im Rahmen der Rechtsordnung dem Staat zurechnet<sup>137</sup> und deshalb die potentielle Drittwirkung der Grundrechte zum Scheinproblem erklärt,<sup>138</sup> konnte sich nicht durchsetzen.<sup>139</sup> Sie nivelliert die Unterscheidung zwischen staatlicher und privater Verantwortung und ist vor allem mit der Idee der Privatautonomie als einer originären Kompetenz zur Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse nicht vereinbar.

## V. Zur Einwirkung der Grundrechte<sup>140</sup>

Untersucht man in der weiteren Folge die konkreten Einwirkungen der Grundrechte auf das Privatrecht bieten sich zwei Darstellungsformen an: Zunächst eine primär deskriptive Rekonstruktion der höchstrichterlichen Rechtsprechung und sodann eine knappe dogmatische Analyse der strukturprägenden grundgesetzlichen Vorgaben.

<sup>133</sup> Vgl. nur *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 176 ff.; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 ff. (1153); *Rüfner*, GS Martens, 1987, S. 215 ff. (219); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (oben Fn. 114), S. 11 ff. m. w. N.

<sup>134</sup> BAGE 1, 185 ff. (191 ff.); 4, 274 ff. (276 ff.).

<sup>135</sup> *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356 ff.; *Nipperdey*, FS Molitor, 1962, S. 17 ff.; *Lücke*, JZ 1999, 377 ff. (378 f. unter Berufung auf Art. 19 Abs. 3 GG).

<sup>136</sup> Differenzierende und abgeschwächte Lösungen werden naheliegenderweise auch in Ländern vertreten, deren Verfassungswortlaut eine „unmittelbare Drittwirkung“ impliziert; vgl. etwa *Sarlet*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 81 ff. (91 ff.) zu Art. 5 § 1 der brasilianischen Verfassung, der lautet: „Die definitorischen Grundrechtsnormen und -garantien werden unmittelbar angewandt.“; *Mota Pinto*, in: Neuner, a. a. O., S. 105 ff. (107 ff.) zu Art. 18 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung: „Die Verfassungsbestimmungen über die Rechte, Freiheiten und Garantien finden unmittelbare Anwendung und sind für öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Einrichtungen verbindlich.“

<sup>137</sup> *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 14 ff., 26 ff., 62 ff.; *ders.*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213 ff.

<sup>138</sup> *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442 ff. (470).

<sup>139</sup> Vgl. nur *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff. (217 ff., 218: „Der Satz ‚ita ius esto‘ wird von den Parteien des Rechtsgeschäfts ausgesprochen“); *ders.*, AcP 185 (1985), 9 ff. (Erwiderung auf *Schwabe*, AcP 185 (1985), 1 ff.); *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1 (oben Fn. 41), § 76 III 1; *Pietzcker*, FS Dürig, 1990, S. 345 ff. (347 ff.); *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 ff. (1152).

<sup>140</sup> Die Problematik ist mittlerweile auch international ein Schwerpunktthema: s. etwa zum japanischen Recht *Yamamoto*, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 897 ff.; zum griechischen Recht *Doris*, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 535 ff.; zum schweizerischen Recht *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten, 2002; *Seedorf*, Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in Südafrika, 2005; zum brasilianischen Recht *Sarlet*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 81 ff.; zum portugiesischen Recht *Mota Pinto*, in: Neuner, a. a. O., S. 105 ff.; zum spanischen Recht *Ubillos*, in: Neuner, a. a. O., S. 119 ff.; zum ungarischen Recht *Halmai*, in: Sajó/Uitz, The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, 2005, S. 99 ff.; zum französischen Recht *Troper*, in: Sajó/Uitz, a. a. O., S. 115 ff.; zur US-amerikanischen state-action-doctrine *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992; zur Drittwirkung der Grundfreiheiten im Gemeinschaftsrecht *Herresthal*, in: Neuner, a. a. O., S. 177 ff.

## 1. Entwicklungslinien

Bereits im 1. Band der amtlichen Sammlung<sup>141</sup> erläutert das *BVerfG* die Eigentumsgarantie sowie die Wechselwirkungen zwischen der Verfassung und dem einfachen Gesetz: „Art. 14 GG schützt das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben.“<sup>142</sup> Demnach wird von Art. 14 GG insbesondere nicht das Vermögen als solches erfasst.<sup>143</sup> Weitere Entscheidungen befassen sich vor allem mit den Gleichheitssätzen des Art. 3 GG<sup>144</sup> sowie mit Art. 6 GG.<sup>145</sup> Zu Art. 6 Abs. 1 GG hebt das *BVerfG* hervor, dass es „nicht nur ein ‚klassisches Grundrecht‘ zum Schutze der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie sowie Institutsgarantie (ist), sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts.“<sup>146</sup>

### a) Die Ära nach dem „Lüth-Urteil“ im Jahr 1958

Die erste strukturprägende Entscheidung für das gesamte Privatrecht bildet das im Jahr 1958 ergangene „Lüth-Urteil“<sup>147</sup>. Gegenstand der Entscheidung war ein Aufruf des Vorsitzenden des Hamburger Presseklubs *Erich Lüth* zum Boykott des Films „*Unsterbliche Geliebte*“ des Regisseurs *Veit Harlan*, der während der NS-Zeit unter anderem den Film „*Jud Süß*“ gedreht hatte. Das Zivilgericht wertete diesen Boykottaufruf als sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB. Das *BVerfG* hob das Urteil wegen Verletzung des Grundrechts des Beschwerdeführers *Lüth* auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auf. Bereits in den ersten Leitsätzen wird ausgeführt, dass die Grundrechte zwar in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, doch verkörpern sie „auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. (...) Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennt.“<sup>148</sup> Das *BVerfG* folgte damit grundrechtsdogmatisch der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, zu deren Hauptrepräsentanten *Günter Dürig* zählte.<sup>149</sup>

<sup>141</sup> Die folgende Darstellung beschränkt sich vorwiegend auf exemplarische Urteile, die in der amtlichen Entscheidungssammlung abgedruckt sind; s. ergänzend auch den Überblick bei *Krause* JZ 1984, 656 ff., 711 ff., 828 ff.

<sup>142</sup> BVerfGE 1, 264 ff. (4. Leitsatz).

<sup>143</sup> BVerfGE 4, 7 ff. (4. Leitsatz).

<sup>144</sup> S. z. B. BVerfGE 4, 7 ff. (19 ff.); 5, 9 ff. (21 f.).

<sup>145</sup> Zu Art. 9 GG (Schutz der Koalition als solcher) s. bereits oben Fn. 42.

<sup>146</sup> BVerfGE 6, 55 ff. (5. Leitsatz).

<sup>147</sup> BVerfGE 7, 198 ff.

<sup>148</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (Leitsätze 1 bis 3).

<sup>149</sup> S. vor allem *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157 ff. (176 ff.).

Die Lehre von der sog. Ausstrahlungs- oder mittelbaren Drittwirkung verfestigte sich fortan in der Rechtsprechung des *BVerfG*<sup>150</sup> und wurde ähnlich wie im *Lüth-Urteil* immer wieder zur Bestimmung der Reichweite und Wirkkraft des Art. 5 GG herangezogen. Beispielhaft hervorzuheben sind die „*Blinkfüer-Entscheidung*“ (Aufruf zum Boykott eines Presseunternehmens),<sup>151</sup> die „*Mephisto-Entscheidung*“ (Verbot der Veröffentlichung des Buchs von *Klaus Mann* „*Mephisto – Roman einer Karriere*“)<sup>152</sup> sowie das „*Lebach-Urteil*“ (Untersagung der Ausstrahlung des Dokumentarfilms „*Der Soldatenmord von Lebach*“).<sup>153</sup> Die Grenzen der Meinungsfreiheit wurden ferner in Bezug auf Wahlwerbung in Betrieben,<sup>154</sup> politische Auseinandersetzungen,<sup>155</sup> unrichtige Zitate („*Heinrich Böll*“),<sup>156</sup> herabsetzende Kritik,<sup>157</sup> Undercover-Journalismus („*Günther Wallraff*“)<sup>158</sup> sowie beleidigende Karikaturen („*Franz Josef Strauß*“)<sup>159</sup> bestimmt.

Mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit ist regelmäßig der Persönlichkeitsschutz nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuwägen, der deliktsrechtlich primär durch die §§ 823, 1004 BGB gewährleistet wird. Das *BVerfG* entschied in dem „*Soraya-Beschluss*“, dass die zivilgerichtliche Rechtsprechung, nach der bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz besteht, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.<sup>160</sup> In einer weiteren deliktsrechtlichen Entscheidung stellte das *BVerfG* fest, dass die Haftung eines Sachverständigen durch die Gerichte nicht dahingehend eingeschränkt werden darf, dass dieser selbst für die Folgen einer grob fahrlässigen Falschbegutachtung nicht einzustehen hat (vgl. jetzt § 839 a BGB).<sup>161</sup> Ferner wurde judiziert, dass bei einem ärztlichen Kunstfehler eine Beweislastumkehr zulasten des Arztes nicht von der Verfassung gefordert wird.<sup>162</sup>

Der Schutz des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 1 GG wurde zunächst in der „*Feldmühle-Entscheidung*“ (betreffend die Umwandlung von Kapitalgesellschaften) näher bestimmt.<sup>163</sup> Weitere Entscheidungen betrafen § 9 GrdstVG (zur ungesunden Bodenverteilung).<sup>164</sup> Ferner wurde das Urheberrecht als Nutzungsrecht unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG subsumiert.<sup>165</sup> Eine Zwangsversteigerung zum Schleuderpreis wurde als Verletzung der Eigentumsgarantie erachtet.<sup>166</sup> Auch der weitgehende Ausschluss der Kündigungsbefugnis privater Verpächter von Klein-

<sup>150</sup> Vgl. nur *BVerfGE* 73, 261 ff. (269); 42, 143 ff. (148).

<sup>151</sup> *BVerfGE* 25, 256 ff.

<sup>152</sup> *BVerfGE* 30, 173 ff.

<sup>153</sup> *BVerfGE* 35, 202 ff.

<sup>154</sup> *BVerfGE* 42, 133 ff.

<sup>155</sup> *BVerfGE* 42, 163 ff.; s. auch *BVerfGE* 61, 1 ff.

<sup>156</sup> *BVerfGE* 54, 208 ff.; s. auch *BVerfGE* 54, 148 ff.

<sup>157</sup> *BVerfGE* 60, 234 ff.

<sup>158</sup> *BVerfGE* 66, 116 ff.

<sup>159</sup> *BVerfGE* 75, 369 ff.

<sup>160</sup> *BVerfGE* 34, 269 ff. (mit grundlegenden Ausführungen zur Rechtsfortbildung).

<sup>161</sup> *BVerfGE* 49, 304 ff.

<sup>162</sup> *BVerfGE* 52, 131 ff.

<sup>163</sup> *BVerfGE* 14, 263 ff.

<sup>164</sup> *BVerfGE* 21, 73 ff.; 21, 92 ff.; 21, 99 ff.; 21, 306 ff.

<sup>165</sup> *BVerfGE* 31, 229 ff.; s. auch *BVerfGE* 31, 275 ff.

<sup>166</sup> *BVerfGE* 46, 325 ff.

gartenland wurde als verfassungswidrig angesehen.<sup>167</sup> Im Einklang mit dem Grundgesetz steht hingegen nach Ansicht des *BVerfG*, dass das Wasserhaushaltsgesetz das unterirdische Wasser zur Sicherung einer funktionsfähigen Wasserbewirtschaftung einer vom Grundstückseigentum getrennten öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung unterstellt.<sup>168</sup>

Die Eigentumsgarantie wurde ferner in mehreren Entscheidungen speziell unter dem Aspekt des Mieterschutzes näher bestimmt. So kann der Hauseigentümer eine Wahlwerbung des Mieters an der Außenwand der Mietwohnung mit einer Unterlassungsklage gem. § 1004 BGB abwehren.<sup>169</sup> Mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist andererseits vereinbar, dass der Gesetzgeber das Kündigungsrecht des Vermieters von Wohnraum von einem berechtigten Interesse abhängig macht<sup>170</sup> und Erhöhungen des Mietzinses nur um höchstens 30% zulässt.<sup>171</sup>

Die wohl größte Zahl der Entscheidungen erging zum Familienrecht. Das *BVerfG* erklärte verschiedene Vorschriften zur elterlichen Sorge,<sup>172</sup> zur Vaterschaft,<sup>173</sup> zu den Rechten unehelicher Kinder,<sup>174</sup> zum Adoptionsrecht,<sup>175</sup> zum Ehe- und Familiennamen,<sup>176</sup> zur Schlüsselgewalt,<sup>177</sup> zum Unterhaltsrecht<sup>178</sup> sowie zum Scheidungsrecht<sup>179</sup> für verfassungskonform. Teilweise wurden Vorschriften zum Ehe- und Familiennamen,<sup>180</sup> zur Benachteiligung der Ehe im Konkurs,<sup>181</sup> zu Eheverboten,<sup>182</sup> zum Scheidungsrecht,<sup>183</sup> zu den Rechten unehelicher Kinder<sup>184</sup> sowie zur elterlichen Sorge<sup>185</sup> aber auch für verfassungswidrig erklärt. Auch in zahlreichen weiteren Entscheidungen, wie etwa zur Eheschließungsfreiheit,<sup>186</sup> zur Pflegschaftsbestellung<sup>187</sup> oder zur Witwenrente,<sup>188</sup> stand die Auslegung von Art. 6 GG im Vordergrund.<sup>189</sup>

<sup>167</sup> BVerfGE 52, 1 ff.

<sup>168</sup> BVerfGE 58, 300 ff.

<sup>169</sup> BVerfGE 7, 230 ff.

<sup>170</sup> BVerfGE 68, 361 ff.; s. zur Wohnraumkündigung ferner BVerfGE 79, 283 ff.; 79, 292 ff.; 81, 29 ff.

<sup>171</sup> BVerfGE 71, 230 ff.; s. zu den Anforderungen an ein Mieterhöhungsverlangen auch BVerfGE 79, 80 ff.

<sup>172</sup> BVerfGE 31, 194 ff.; 55, 171 ff.; 56, 363 ff.; 64, 180 ff.; 68, 176 ff.; 75, 201 ff. und 79, 51 ff. (jeweils zur verfassungskonformen Auslegung von § 1632 Abs. 4 BGB).

<sup>173</sup> BVerfGE 38, 241 ff.

<sup>174</sup> BVerfGE 8, 210 ff.; 17, 280 ff.; 26, 44 ff.; 26, 206 ff. und 26, 265 ff. (jeweils zur verfassungskonformen Auslegung von mittlerweile aufgehobenen Vorschriften); 44, 1 ff.; 58, 377 ff.

<sup>175</sup> BVerfGE 24, 119 ff.

<sup>176</sup> BVerfGE 17, 168 ff.; 19, 177 ff.; 78, 38 ff.

<sup>177</sup> BVerfGE 81, 1 ff.

<sup>178</sup> BVerfGE 22, 93 ff.; 57, 361 ff.; 66, 84 ff.; 68, 256 ff.

<sup>179</sup> BVerfGE 53, 224 ff.; 53, 257 ff.; 60, 329 ff.

<sup>180</sup> BVerfGE 19, 177 ff.; 48, 327 ff.

<sup>181</sup> BVerfGE 24, 104 ff.

<sup>182</sup> BVerfGE 36, 146 ff. (zum Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft).

<sup>183</sup> BVerfGE 55, 134 ff.; 57, 361 ff. (jeweils zur Berücksichtigung außergewöhnlicher Härten); 63, 88 ff., 71, 354 ff. (jeweils zur ausnahmslosen Anordnung des Versorgungsausgleichs).

<sup>184</sup> BVerfGE 25, 167 ff. (zur Anrechnung einer Waisenrente).

<sup>185</sup> BVerfGE 61, 358 ff. (zur zwingenden Übertragung auf ein Elternteil).

<sup>186</sup> BVerfGE 31, 58 ff.

<sup>187</sup> BVerfGE 33, 236 ff.

<sup>188</sup> BVerfGE 62, 323 ff.

<sup>189</sup> Vgl. ferner BVerfGE 11, 64 ff.; 34, 165 ff.; zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung s. bereits oben bei Fn. 114 ff.

Speziell der Mutterschutz in Arbeitsverhältnissen gem. Art. 6 Abs. 4 GG wurde unter den Aspekten der Mitteilungspflicht<sup>190</sup> sowie der Lohnfortzahlung<sup>191</sup> thematisiert. Generell zum Arbeitsrecht ergingen Entscheidungen namentlich zu den Voraussetzungen von unbefristeten Arbeitsverhältnissen,<sup>192</sup> zur verfassungswidrigen Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten<sup>193</sup> sowie zur Auslegung von Sozialplänen.<sup>194</sup>

Schließlich gab es unter anderem Entscheidungen zur Verfassungskonformität einzelner zivilrechtlicher Normen (§ 656 BGB Ausschluss der Klagbarkeit des Ehemäklerlohns,<sup>195</sup> § 1357 Abs. 1 BGB „Schlüsselgewalt“,<sup>196</sup> §§ 12, 13 Höfeordnung<sup>197</sup>), zur Auslegung des Gleichheitssatzes,<sup>198</sup> zur Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts,<sup>199</sup> zur Rückwirkung von Gesetzen<sup>200</sup> sowie zum rechtlichen Gehör.<sup>201</sup>

### b) Die Ära nach der „Handelsvertreter-Entscheidung“ im Jahr 1990

Die zweite strukturprägende Entscheidung für das Privatrecht verkörpert der „Handelsvertreter-Beschluss“<sup>202</sup> aus dem Jahr 1990. In diesem *leading case* zur Karenzentschädigung von Handelsvertretern wurde jene Schutzpflichtenlehre dem Grunde nach übernommen, die für das Privatrecht vor allem *Claus-Wilhelm Canaris* entwickelt hatte.<sup>203</sup> Zugleich hob das *BVerfG* hervor, dass „der entscheidende Schutzauftrag der Verfassung“ sich auch auf „Fälle gestörter Vertragsparität“ bezieht.<sup>204</sup> Damit war eine „neue“ Grundrechtsfunktion für das Privatrecht höchstrichterlich aktiviert, die zugleich dem Schutz des „Schwächeren“ im Vertragsrecht diene.

Die Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten wurde im „*Bürgerschafts-Beschluss*“ fortgeführt.<sup>205</sup> Das *BVerfG* betonte in dieser Entscheidung, dass den Zivilgerichten ganz generell die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen obliegt, „die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.“<sup>206</sup> In der weiteren Folge wurden

<sup>190</sup> BVerfGE 32, 273 ff.; 52, 357 ff.; 55, 154 ff.

<sup>191</sup> BVerfGE 37, 121 ff.

<sup>192</sup> BVerfGE 59, 231 ff. (Rundfunkanstalten).

<sup>193</sup> BVerfGE 62, 256 ff. (Kündigungsfristen).

<sup>194</sup> BVerfGE 73, 261 ff.

<sup>195</sup> BVerfGE 20, 31 ff.

<sup>196</sup> BVerfGE 81, 1 ff.

<sup>197</sup> BVerfGE 67, 329 ff.

<sup>198</sup> BVerfGE 9, 201 ff.; 56, 139 ff.; 58, 163 ff.

<sup>199</sup> BVerfGE 7, 342 ff. (Urlaubsgesetz); 45, 297 ff. (Enteignung); s. auch *Krause*, JZ 1984, 656 ff. (661 ff.) m. w. N.

<sup>200</sup> BVerfGE 25, 371 ff.; 31, 222 ff.; 45, 142 ff.; 77, 370 ff.

<sup>201</sup> BVerfGE 60, 7 ff.; 60, 305 ff.; 63, 177 ff.

<sup>202</sup> BVerfGE 81, 242 ff.

<sup>203</sup> *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.

<sup>204</sup> BVerfGE 81, 242 ff. (256).

<sup>205</sup> S. zur Entwicklung der Rechtsprechung auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 146 ff.; *ders.*, JZ 2009, 389 ff. m. w. N.

<sup>206</sup> BVerfGE 89, 214 ff. (Leitsatz).

neben Bürgschaftsverträgen namentlich auch Ehe<sup>207</sup> und Versicherungsverträge<sup>208</sup> einer Inhaltskontrolle unterzogen.

Neben dem „neuen“ Erklärungsmodell der Grundrechte als Schutzpflichten ist dogmatisch kennzeichnend, dass die Rechtsprechung die Art. 2 ff. GG nicht allein in einem liberal-abwehrrechtlichen Sinn versteht. Bereits im „*Handelsvertreter-Beschluss*“ wurden die grundrechtlichen Schutzpflichten über das Recht der unerlaubten Handlungen hinaus auf das Vertragsrecht erstreckt. Demgemäß interpretiert das *BVerfG* zahlreiche Grundrechte auch als soziale Rechte im Sinne der *iustitia distributiva* und entnimmt beispielsweise der Berufsfreiheit des Art. 12 GG einen kompletten Kanon an arbeitsrechtlichen Schutzrechten.<sup>209</sup> Der Wirkkreis des Art. 12 GG erfasst mittlerweile alle zentralen Bereiche des Arbeitsrechts,<sup>210</sup> beginnend mit der Abschlussfreiheit über die vertragliche Inhaltskontrolle, den Arbeitsplatzschutz, die Mitbestimmung bis hin zum Tarifvertragsrecht.<sup>211</sup>

Des Weiteren folgte das *BVerfG* aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ein Besitzrecht des Mieters an der Wohnung.<sup>212</sup> Dieses Besitzrecht des Mieters erstreckt sich auf die Mitbenutzung des Treppenhauses, so dass einem behinderten Mieter ein Anspruch auf Einbau eines (selbstfinanzierten) Treppenlifts zustehen kann<sup>213</sup> (nunmehr geregelt in § 554 a BGB). Ähnlich hat das *BVerfG* in Bezug auf die Anbringung einer Fernsehantenne ausgeführt, dass „das von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG geschützte Interesse ausländischer Mieter am Empfang von Rundfunkprogrammen ihres Heimatlandes bei der Abwägung mit den Eigentumsinteressen des Vermieters zu berücksichtigen (ist).“<sup>214</sup> Zugunsten einer suizidgefährdeten und chronisch kranken Mieterin entschied das *BVerfG*, dass in besonders gelagerten Einzelfällen „die Räumungsvollstreckung für einen längeren Zeitraum und – in absoluten Ausnahmefällen – auf unbestimmte Zeit einzustellen ist.“<sup>215</sup> Im Übrigen beschäftigte sich das *BVerfG* schwerpunktmäßig mit dem Kündigungsschutz, insbesondere unter dem Aspekt der Eigenbedarfskündigung.<sup>216</sup>

Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Meinungs- und Pressefreiheit.<sup>217</sup> Nach Ansicht des *BVerfG* tritt der Schutz von Meinungsäußerungen, die eine Schmähung darstellen, regelmäßig hinter den Persönlichkeitsschutz zurück;<sup>218</sup> auch bei der Veröffentlichung von Fotos Prominenter mit ihren Kindern kommt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht (*Caroline von Monaco*).<sup>219</sup> Bei sati-

<sup>207</sup> BVerfGE 103, 89 ff.

<sup>208</sup> BVerfGE 114, 1 ff.

<sup>209</sup> Vgl. BVerfGE 84, 133 ff. (146 ff.); 97, 169 ff. (175 ff.).

<sup>210</sup> Mehrere Entscheidungen ergingen im Übrigen zu arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Einigungsvertrags; vgl. BVerfGE 84, 133 ff.; 85, 360 ff.; 92, 140 ff.; 96, 152 ff.; 96, 189 ff.; 96, 205 ff.

<sup>211</sup> S. ausführlich *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, Art. 12 GG Rn. 4, 30 ff. m. umf. N.

<sup>212</sup> BVerfGE 89, 1 ff.

<sup>213</sup> BVerfG, NJW 2000, 2658 ff.

<sup>214</sup> BVerfGE 90, 27 ff. (36).

<sup>215</sup> BVerfG, NZM 2005, 657 ff. (1. Leitsatz).

<sup>216</sup> BVerfGE 83, 82 ff.; 84, 197 ff. (gewerblicher Zwischenvermieter); 84, 366 ff.; 84, 382 ff.

<sup>217</sup> Vgl. BVerfGE 85, 1 ff.; 86, 122 ff. (im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses); 99, 185 ff.; 102, 347 ff.; 114, 339 ff. (Bezeichnung als „Stasi-Mitarbeiter“).

<sup>218</sup> BVerfGE 82, 272 ff.

<sup>219</sup> BVerfGE 101, 361 ff.

rischen Meinungsäußerungen („geb. Mörder“) zog das *BVerfG* besondere Prüfungsmaßstäbe heran<sup>220</sup> und beurteilte auch ein literarisches Werk, das Wirklichkeitsbezüge unter Vermengung tatsächlicher und fiktiver Schilderungen aufwies, differenziert im Hinblick auf Verletzungen der Intimsphäre („*Maxim Biller*“).<sup>221</sup> Eine Schockwerbung mit dem Foto eines nackten menschlichen Gesäßes, auf das die Worte „*H. I. V. POSITIVE*“ aufgestempelt waren, befand das *BVerfG* entgegen der Ansicht des *BGH* als rechtmäßig.<sup>222</sup>

Im Familienrecht erachtete das *BVerfG* das Lebenspartnerschaftsgesetz,<sup>223</sup> den Ausschluss von Kindesdoppelnamen,<sup>224</sup> die grundsätzliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter eines nichtehelichen Kindes<sup>225</sup> sowie die Ablehnung der Verwertung heimlich eingeholter genetischer Abstammungsgutachten<sup>226</sup> für verfassungskonform. Für verfassungswidrig wurde hingegen der zwingende Sorgerechtswechsel bei Ehelicherklärung des nichtehelichen Kindes,<sup>227</sup> die Stellung des nichtehelichen Vaters im Adoptionsverfahren,<sup>228</sup> der ausnahmslose Ausschluss des leiblichen Vaters eines Kindes von dem Anfechtungsrecht und dem Umgangsrecht in Fällen sozial-familiärer Beziehung sowie der Ausschluss eines durch frühere Eheschließung erworbenen und geführten Familiennamens bei der Bestimmung des Ehenamens in einer neuen Ehe erklärt.<sup>229</sup> Ferner wurden in einem Nichtannahmebeschluss keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beurteilung der vorkonstitutionellen „Kranzgeld-Regelung“ gem. § 1300 a. F. als verfassungswidrig erhoben.<sup>230</sup>

Im Erbrecht wurden die Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder (§ 2303 Abs. 1 BGB), über die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB a. F. sowie über den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund der §§ 2345 Abs. 2, 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB für grundgesetzkonform erachtet.<sup>231</sup> Der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit wurde hingegen als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gewertet.<sup>232</sup> Fachgerichtliche Entscheidungen zu einer „Ebenbürtigkeitsklausel“ in einem Erbvertrag wurden aufgehoben, weil insbesondere zu prüfen gewesen wäre, ob eine Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit des Erben vorliegt („*Hohenzollern-Beschluss*“).<sup>233</sup>

<sup>220</sup> BVerfGE 86, 1 ff.

<sup>221</sup> BVerfGE 119, 1 ff.

<sup>222</sup> BVerfGE 102, 347 ff.

<sup>223</sup> BVerfGE 105, 313 ff.

<sup>224</sup> BVerfGE 104, 373 ff.

<sup>225</sup> BVerfGE 107, 150 ff.; s. jetzt aber auch *BVerfG*, Beschluss vom 21.07. 2010 – 1 BvR 420/09 (wonach es das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes verletzt, dass er ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist).

<sup>226</sup> BVerfGE 117, 202 ff. (verbunden mit der Pflicht des Gesetzgebers, ein rechtsförmiges Verfahren bereitzustellen).

<sup>227</sup> BVerfGE 84, 168 ff.

<sup>228</sup> BVerfGE 92, 158 ff.

<sup>229</sup> BVerfGE 109, 256 ff.

<sup>230</sup> BVerfG FamRZ 1993, 662.

<sup>231</sup> BVerfG NJW 2005, 1561 ff. (2. Leitsatz).

<sup>232</sup> BVerfGE 99, 341 ff.

<sup>233</sup> *BVerfG* NJW 2004, 2008 ff.



## 2. Streitpunkte

Die moderne Schutzpflichten-Lehre des *BVerfG* überzeugt konstruktiv, die Umdeutung der Art. 2 ff. GG in soziale Rechte erscheint indes fragwürdig.

### a) Zur Schutzpflichtenlehre<sup>234</sup>

Sowohl der Wortlaut zahlreicher Grundrechte („zu schützen“, „gewährleisten“, „Rechte anderer“) als auch die tradierte Staatsfunktion der umfassenden Friedenssicherung sprechen für die Annahme von Schutzpflichten.<sup>235</sup> Ohne Schutzpflichten käme es gerade auch im Privatrecht zu unbilligen Asymmetrien, wenn ein Angreifer oder Emittent jene Regelungen, die seine Handlungsfreiheit einschränken, verfassungsrechtlich überprüfen lassen könnte, während dem Beeinträchtigten keine entsprechenden Optionen zum Schutz seines Integritätsinteresses offen stünden.<sup>236</sup> Die Schutzpflichten-Lehre vermag zudem die Schwächen der herkömmlichen Theorie der mittelbaren Drittwirkung zu kompensieren. Sie setzt insbesondere keine Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffe als Einwirkungstore des Verfassungsrechts voraus, sondern die Grundrechte können sich auch im Wege einer den Normtext überschreitenden Rechtsfindung Geltung verschaffen.<sup>237</sup> Methodologisch wird damit neben einer verfassungskonformen Auslegung die Möglichkeit einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung geschaffen. Um eine bloße verfassungskonforme Auslegung handelt es sich beispielsweise bei der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, wohingegen die Gewährung von Schmerzensgeld nach Maßgabe der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>238</sup> sich nicht mehr auf den Wortlaut des § 253 Abs. 2 BGB (bzw. § 847 BGB a. F.) stützen lässt.

Schutzpflichten haben nicht nur eine liberal-abwehrrechtliche, sondern auch eine sozial-teilhaberechtliche Dimension.<sup>239</sup> Dies folgt bereits aus Art. 1 Abs. 1 GG. Das *BVerfG* betont zu Recht, dass der Staat die Menschenwürde auch positiv schützen

<sup>234</sup> Zum Untermaßverbot, d. h. wie der Schutz mindestens auszugestaltet ist, s. unten im Text bei Fn. 253 ff.

<sup>235</sup> S. näher *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.; *Klein*, JuS 2006, 960 ff. (960); ausführlich zu den verschiedenen Herleitungsthesen von Schutzpflichten *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, S. 29 ff.; *Calliess*, JZ 2006, 321 ff. (322 ff.).

<sup>236</sup> S. auch *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 96 ff.

<sup>237</sup> Vgl. auch *Mota Pinto*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 105 ff. (113 ff.).

<sup>238</sup> S. nur *BGH NJW* 2005, 215 ff. (216) m. w. N.; anfangs wurde der Anspruch noch auf eine Analogie zu § 847 BGB a. F. gestützt; vgl. *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 253 Rn. 10 m. w. N.; s. ferner zum „*Soraya-Beschluss*“ des *BVerfG* auch schon oben bei Fn. 160.

<sup>239</sup> A. A. *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 ff. (266 ff.), der der Rechtsprechung des *BVerfG* „geradezu groteske Züge“ vorhält (a. a. O., Fn. 65) und sich auch kritisch zu *Eichenhofer* äußert (a. a. O., S. 273 „bizarre Logik“), der als „ein eindrucksvolles Bild von der Alltäglichkeit rassistischer Ausgrenzung schon in den ersten Monaten der NS-Diktatur“ auf den Roman „*Die Geschwister Oppermann*“ aus der „*Wartesaal-Trilogie*“ von *Lion Feuchtwanger* verwies (DVBl. 2004, 1078 ff., 1081).

muss:<sup>240</sup> „Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, (...) ist der Staat im Rahmen seines Auftrags zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrags verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen. Dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 I GG korrespondiert ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers (...).“<sup>241</sup>

### b) Zur sozialen Dimension der Grundrechte

Das BVerfGE interpretiert neben Art. 1 Abs. 1 GG auch einzelne Grundrechte gem. Art. 2 ff. GG als soziale Rechte mit entsprechenden (Um-)Verteilungseffekten.<sup>242</sup> Darüber hinausgehend plädiert *Peter Häberle* ganz generell für einen entsprechenden Ausbau der grundrechtlichen Statuslehre und sieht die Grundrechte unter einem „sozialen Vorbehalt“, der durch das Sozialstaatsprinzip i. V. m. Art. 3 GG vermittelt wird.<sup>243</sup> Bezeichnenderweise findet man ein vergleichbares „realistisches“ Rechtsverständnis auch im Privatrecht, wonach zu den Gültigkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung neben formalen Kriterien die faktisch-wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten gehören.<sup>244</sup>

Die These von der Sozialgebundenheit der Grundrechte trägt dem Umstand Rechnung, dass das Soziale eine Vorbedingung für die Wahrnehmung individueller und kollektiver Freiheit ist, eine faktische Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen gewährleistet und letztlich im Konzept der Menschenwürde wurzelt. Die Gegenthese von der „Verfassung ohne soziale Grundrechte“<sup>245</sup> überzeugt schon methodologisch nicht, weil das Grundgesetz an verschiedenen Stellen für soziale Menschenrechte offen ist und die abwehrrechtlichen Bestimmungen gem. Art. 2 ff. GG keine enumerative Regelung bilden. Nach den Worten des Berichterstatters im Parlamentarischen Rat, *Carlo Schmid*, hat man sich „mit einigen wenigen Ausnahmen (...) auf die sogenannten klassischen Grundrechte beschränkt und bewußt darauf verzichtet, die sogenannten Lebensordnungen zu regeln. Hätte man dies hier versucht, so wäre man, wenigstens nach Auffassung der Mehrheit dieses Hauses, über die durch den Auftrag, nur ein Provisorium zu schaffen, gezogenen Grenzen hinausgegangen.“<sup>246</sup>

Methodologisch ist allerdings auch die Annahme einer Sozialgebundenheit der Art. 2 ff. GG wenig überzeugend, da die Verfassungsgeber sich bewusst auf die Nor-

<sup>240</sup> BVerfGE 109, 279 ff. (310); 107, 275 ff. (284).

<sup>241</sup> NJW 2010, 505 ff. (Rz. 134).

<sup>242</sup> Vgl. oben bei Fn. 204 ff.

<sup>243</sup> VVDStRL 30 (1972), 43 ff. (69 ff.); s. auch *Grimm*, in: Koslowski et al., Chancen und Grenzen des Sozialstaats, 1983, S. 41 ff. (55 f.).

<sup>244</sup> S. *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 123 ff.

<sup>245</sup> So bereits der Titel des Beitrags von *Isensee*, Der Staat 19 (1980), 367 ff.; aus neuerer Zeit s. namentlich *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 43 ff.

<sup>246</sup> Parlamentarischer Rat. Stenographische Berichte über die Plenarsitzungen, 1948/49, S. 172; ähnlich v. *Mangoldt*, DÖV 1949, 261 ff. (261).

mierung der „klassischen Grundrechte“ im abwehrrechtlichen Sinn beschränkten. Soziale Rechte lassen sich daher im Wesentlichen nur im Wege der Rechtsfortbildung als ungeschriebene Grundrechte gewinnen.<sup>247</sup> Damit verbunden ist eine entsprechende Argumentationslast, doch bietet vor allem die menschenrechtliche Generalklausel des Art. 1 Abs. 2 GG eine entsprechende Begründungsbasis. Durch diese Trennung von liberalen und sozialen Grundrechten wird ein hohes Maß an Transparenz geschaffen, indem gegenläufige Prinzipien nicht synkretistisch zusammengeführt werden, sondern Einschränkungen der Freiheit, Umverteilungsprozesse und soziale Bedürfnisse klar benannt werden. Zudem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass liberale und soziale Rechte aufgrund ihrer unterschiedlichen Zweckrichtungen eigenständige dogmatische Strukturen aufweisen.

### c) Zu den Spezifika sozialer Grundrechte

Soziale Rechte sind ebenso wie liberale Rechte ein unverzichtbarer Bestandteil der Menschen- und Grundrechtsidee mit jeweils analoger Wirkkraft und Legitimation. Beide Grundrechtsarten sind gleichermaßen „justitiabel“ und gelten als Rechtsprinzipien unmittelbar, nicht nur „gesetzesmediatisiert“.<sup>248</sup> Was für die freiheitlichen Arbeitgebergrundrechte gilt, gilt ebenso für die sozialen Grundrechte der Arbeitnehmerchaft. Beide Grundrechtsarten unterscheiden sich auch unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten nicht wesentlich. Gerade im Privatrecht führen soziale Schutzmechanismen in der Regel zu keinem Eingriff in die Haushaltskompetenz des Parlaments, sondern bewirken eine direkte Umverteilung zulasten einzelner Privatrechtsakteure. Davon abgesehen ist der Schutz des *status positivus libertatis* ebenso mit potentiellen Kosten verbunden wie die Gewährleistung sozialer Standards.<sup>249</sup> Die sozialen Grundrechte sind also keine Grundrechte „2. Klasse“, doch folgen sie eigenen dogmatischen Gesetzlichkeiten.

Ein erster grundlegender Unterschied zwischen liberalen und sozialen Rechten besteht in deren Wahrnehmung und Ausübung. Liberale Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass der Rechtsträger den jeweiligen Begriff der Freiheit für sich definieren und über ihren Gebrauch selbstbestimmt entscheiden kann. Demgemäß ist die Disposition über grundrechtlich geschützte Freiheiten, insbesondere im Rahmen vertraglicher Verpflichtungen, weder ein Grundrechtseingriff noch ein Grundrechtsverzicht.<sup>250</sup> Soziale Rechte schränken hingegen die Privatautonomie ein (z.B. Arbeitnehmerschutzrechte) oder begründen Leistungsrechte (z.B. Unterhaltsansprüche). Ein Verzicht kommt lediglich bei diesen Rechten und auch nur partiell in Be-

<sup>247</sup> S. zu ungeschriebenen Grundrechten im Allgemeinen auch *Rupp*, JZ 2005, 157 ff.

<sup>248</sup> Vgl. nur *Arango*, Der Begriff der sozialen Grundrechte, 2001, S. 101 ff.; *Scheinin*, Economic and Social Rights as Legal Rights, in: Eide/Krause/Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, 2. Aufl. 2001, S. 29 ff.; *Eichenhofer*, Sozialer Schutz unter den Bedingungen der Globalisierung, 2009, S. 42 ff.

<sup>249</sup> Vgl. nur *Holmes/Sunstein*, The Costs of Rights. Why Liberty Depends On Taxes, 1999; *Sarlet*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 81 ff. (86); *Hunt*, Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives, 1996, S. 54 ff.

<sup>250</sup> Vgl. auch *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 42 ff.; a. A. *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, S. 362 ff.; *Oldiges*, FS Friuf, 1996, S. 281 ff. (291).

tracht (z. B. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder für bereits entstandene Unterhaltsansprüche).

Die sozialen Rechte werden ferner durch das Subsidiaritätsprinzip begrenzt. Das Subsidiaritätsprinzip impliziert eine „vertikale Gewaltenteilung“, indem der Staat die Eigenständigkeit der unteren Sozialeinheiten zu achten hat und deren originäre Kompetenzen nicht absorbieren darf.<sup>251</sup> Als Korrelat dieser Freiheitssicherung gilt für den Einzelnen, die Familie oder sonstige Gruppen ein „Primat der Selbstverantwortung“.<sup>252</sup> Ebenso wie § 2 Abs. 1 BSHG festschreibt, dass „Sozialhilfe (nicht) erhält, wer sich selbst helfen kann“, ist auch im Zivilrecht gem. § 1602 BGB nur unterhaltsberechtigter, „wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.“

In der weiteren Folge unterscheiden sich liberale und soziale Grundrechte auch grundlegend im Hinblick auf das Untermaßverbot.<sup>253</sup> Bei liberalen Grundrechten ist charakteristisch, dass jenseits des breiten gesetzgeberischen „Korridors“<sup>254</sup> das Über- und Untermaßverbot in gleicher Weise durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt werden. Dieser symmetrische Rechtsschutz wird zwar vor allem mit dem „Prinzip vom Vorrang der Gesellschaft gegenüber dem Staat“ zu widerlegen versucht,<sup>255</sup> doch ist ein solcher Vorrang weder demokratietheoretisch noch grundrechtlich vorgezeichnet. Nach der verfassungsrechtlichen Ordnung genießt jeder Bürger (abgesehen von Nicht-Deutschen) den gleichen freiheitsrechtlichen Status.<sup>256</sup> Zur Abgrenzung der konkurrierenden Freiheitsphären bedarf der Staat auch keiner besonderen Rechtfertigung, sondern muss lediglich die legitimen Ziele seines Handelns benennen und das Verhältnismäßigkeitsgebot sowie die Wesensgehaltsgarantie beachten. Selbst der sozialgestaltende Privatrechtsgesetzgeber wird durch eine vermeintliche Präponderanz der Freiheitsrechte nicht eingeschränkt.<sup>257</sup> Reflektiert man die Interessen der Akteure, besteht für eine Privilegierung ebenfalls kein Anlass: Dem Angegriffenen sind infolge des staatlichen Gewaltmonopols die Möglichkeiten eines Selbstschutzes weitestgehend genommen, während dem Störer allenfalls das „Recht des Stärkeren“ zur Apologie eines asymmetrischen Schutzes zur Seite steht.<sup>258</sup> Auch unter Gemeinwohlaspekten gibt es keine hinreichenden Gründe, den Raucher gegenüber dem Nicht-Raucher, den Boykottaufrufer gegenüber dem Boykottierten

<sup>251</sup> Eine Kompetenzvermutung zugunsten des *homo singularis* ist damit nicht verbunden; s. näher Neuner, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 141 m. w. N.

<sup>252</sup> Vgl. Zacher, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 27 ff., 33; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 191 ff., 268 ff.

<sup>253</sup> S. auch schon Neuner, in: ders., Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 159 ff. (173); einen ausführlichen Überblick zur Kontroverse über die Symmetrie von Unter- und Übermaßverbot bietet Störing, Das Untermaßverbot in der Diskussion (oben Fn. 235), S. 142 ff.

<sup>254</sup> Calliess, JZ 2006, 321 ff. (329); ders., FS Starck, 2007, S. 201 ff. (213).

<sup>255</sup> Vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht (oben Fn. 114), S. 47.

<sup>256</sup> Vgl. auch Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte (oben Fn. 129), S. 90 ff.

<sup>257</sup> Vgl. auch v. Arnim, Staatslehre, 1984, S. 130.

<sup>258</sup> Pointiert Suhr, JZ 1980, 166 ff. (167): „Dann *scheint* es, als stünde der Passivraucher zum Raucher nicht wie ein Privater zum gleichberechtigten anderen Privaten, sondern wie ein fürsorgebedürftiger Habenicht zu einem Privatherrn von Freiheit und Eigentum, so daß ihm scheinbar nichts *Gleiches* zusteht wie dem anderen, sondern nur das (mikro-ökologische) Existenzminimum.“

oder den Trompetenspieler gegenüber dem Schlaf suchenden Nachbarn zu begünstigen. Beide genießen prinzipiell einen egalitären Rechtsschutz.<sup>259</sup>

Anders strukturiert ist der Schutz sozialer Grundrechte,<sup>260</sup> bei denen das Untermaßverbot durch das Subsidiaritätsprinzip deutlich abgesenkt wird. Staatliche Interventionen sind hiernach in der Regel erst geboten, sofern der Einzelne sich nicht aus eigener Kraft zu helfen vermag. Auch wenn man soziale Grundrechte definitorisch weit fasst,<sup>261</sup> hängt der grundrechtlich gebotene Mindestschutz davon ab, was der Einzelne selbst zu leisten und zu organisieren im Stande ist. So besteht ein privatrechtlicher Kontrahierungszwang zum Zwecke der Daseinsvorsorge nur bei lebensnotwendigen Gütern und fehlenden Ausweichmöglichkeiten (z. B. im Hinblick auf ein Girokonto ohne Kreditfunktion).<sup>262</sup> Soziale Auskunftsansprüche oder Aufklärungspflichten setzen voraus, dass dem Begünstigten die Informationsbeschaffung nicht selbst möglich oder zumutbar ist und auch ein Eingriff in Verträge erscheint nicht schon bei „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“<sup>263</sup> geboten, sondern erst bei konkreten Beeinträchtigungen des Willensbildungsprozesses nach Maßgabe der Wertungen des § 138 BGB.

Diese grundlegenden Unterschiede sprechen dafür, die nationale Grundrechtsdogmatik an den internationalen Standards auszurichten und das Soziale vom Liberalen zu trennen, wie es beispielhaft in den beiden Pakten<sup>264</sup> über „bürgerliche und politische Rechte“ sowie „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte“ erfolgt.<sup>265</sup> Nichts anderes gilt für die Zivilrechtsdogmatik.<sup>266</sup>

## VI. Conclusio

Während die Grundrechte im 19. Jahrhundert lediglich privatrechtsakzessorisch wirkten,<sup>267</sup> geriet dieses Vorrangverhältnis bereits unter der Weimarer Reichsverfassung ins Wanken.<sup>268</sup> Seit nunmehr 60 Jahren gilt ein Primat der Verfassung, der sich

<sup>259</sup> Vgl. auch Hager, JZ 1994, 373 ff. (381); Vosgerau, AöR 133 (2008), 346 ff. (350, 352).

<sup>260</sup> Ausgenommen soziale Grundrechte mit abwehrrechtlichem Charakter (z. B. das Recht auf Koalitionsfreiheit).

<sup>261</sup> Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, (oben Fn. 44), S. 467 ff.

<sup>262</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, 69. Aufl. 2010, Einf. v. § 145 Rn. 10 m. w. N.

<sup>263</sup> Vgl. oben Fn. 202 ff.

<sup>264</sup> S. für Europa auch die „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (BGBl. 1952 II, S. 685 ff.) sowie die „europäische Sozialcharta“ (BGBl. 1964 II, S. 1261 ff.).

<sup>265</sup> Vgl. auch Riedel, Die Grundrechtssaat ist aufgegangen, in: ders., Die Universalität der Menschenrechte (oben Fn. 90), S. 259 ff. (267 ff.); kritisch Häberle, VVDStRL 30 (1072), 43 ff. (90): „Bereits der *besondere* Begriff ‚soziale Grundrechte‘ ist ein Offenbarungseid ‚bürgerlichen‘ Grundrechtsverständnisses.“

<sup>266</sup> S. auch schon Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 52: „Zu den genannten Prinzipien der Privatautonomie, des Vertrauensschutzes und der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit ist ein weiteres hinzugetreten, das man als das ‚Sozialprinzip‘, im engeren Sinn bezeichnen kann.“

<sup>267</sup> S. näher Wahl, Der Staat 18 (1979), 321 ff. (328 ff.); Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8 ff.

<sup>268</sup> S. näher Nörr, Zwischen den Mühlsteinen (oben Fn. 19), S. 9 ff.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht (oben Fn. 135), S. 292 ff.

bei näherer Betrachtung allerdings als hochkomplexes Verhältnis darstellt: Es konkurrieren verschiedene Akteure (Verfassungsgeber, Privatrechtsgesetzgeber, Privatrechtssubjekte), verschiedene Gerichte (Bundesverfassungsgericht, Zivilgerichte) und verschiedene Fundamentalnormen (Grund- und Menschenrechte). Diese Konkurrenzverhältnisse können die Eigenständigkeit des Privatrechts gefährden, sie können das Privatrecht aber auch zukünftig bereichern und in sachgerechte Bahnen lenken.