

Verfassungsentwicklung III

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT
und HIDEMI SUZUKI

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung III



Verfassungsentwicklung III

Verfassungsentwicklung im Gesetz

Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2019

herausgegeben von

Matthias Jestaedt und Hidemi Suzuki

Mohr Siebeck

Matthias Jestaedt, 2002–2011 Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, seit 2011 Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Hidemi Suzuki, 1992–1998 Professorin an der Hokuriku-Universität, Kanazawa, 1998–2002 Professorin an der Universität Hiroshima, 2002–2004 Professorin an der Nihon-Universität, Tokio, 2004–2015 Professorin an der Universität Osaka, seit 2015 Professorin an der Keio-Universität, Tokio.

Gedruckt mit großzügiger finanzieller Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung, Köln.

ISBN 978-3-16-160190-3 / eISBN 978-3-16-160191-0

DOI 10.1628/978-3-16-160191-0

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Minion gesetzt und von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
---------------	-----

Teil I: Privatautonomie

Anna-Bettina Kaiser

Privatautonomie. Von der unmittelbaren zur mittelbaren Drittwirkung und zurück?	3
--	---

Go Koyama

Horizontale Geltung der Grundrechte und Selbständigkeit des Gesetzesrechts. Kommentar zu dem Referat von Anna-Bettina Kaiser	17
---	----

Teil II: Umweltrecht und Grundrechte

Kazuhiko Matsumoto

Umweltrecht und Grundrechte. Verfassungsentwicklung im Gesetz	25
---	----

Teil III: Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit am Beispiel des Sozialrechts

Hinnerk Wißmann

Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit am Beispiel des Sozialrechts	39
---	----

Sotaro Ishizuka

Rechtliche und tatsächliche Bedingungen für die Konstitutionalisierung des Sozialrechts. Kommentar zu dem Referat von Hinnerk Wißmann	57
--	----

Teil IV: Kollisionslösung durch Gesetz

Mitsuhiro Matsubara

Kollisionslösung durch Gesetz. Verfassung, Gesetze, Dogmatik	69
--	----

Christian Waldhoff

Kollisionslösung durch Gesetz. Kommentar zu dem Referat
von Mitsuhiro Matsubara 89

Teil V: Polizeiliche Tätigkeit und Datenschutz

Yuki Tamamushi

Die Informationserhebung und -verarbeitung durch die Polizei
und der Schutz personenbezogener Daten 99

Ralf Poscher

Staatliche Informationseingriffe und die Herausforderung
des Gesetzesvorbehalts. Kommentar zu dem Referat von Yuki Tamamushi 113

Teil VI: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit

Uwe Volkmann

Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit 123

Teil VII: Das Verhältnis von Verfassung und Gesetz im Lichte des EU-Rechts

Yumiko Nakanishi

Das Verhältnis von Verfassung und Gesetz im Lichte des EU-Rechts 143

Matthias Ruffert

Das Verhältnis von Verfassung und Gesetz im Lichte des EU-Rechts.
Kommentar zu dem Referat von Yumiko Nakanishi 165

Verzeichnis der Teilnehmerinnen und Teilnehmer 171

Vorwort

Seit 2015 findet sich eine Gruppe von Staatsrechtslehrerinnen und Staatsrechtslehrern aus jeweils mehr als 10 japanischen und deutschen Rechtsfakultäten alle zwei Jahre zu einem „Deutsch-Japanischen Verfassungsgespräch“ (DJVG) zusammen. Das DJVG dient der Verfestigung und Verbreiterung eines nachhaltigen, traditionell engen wissenschaftlichen Austausches zwischen der japanischen und deutschen Verfassungsrechtswissenschaft. Sämtliche Teilnehmerinnen und Teilnehmer auf japanischer Seite sind Mitglieder der „Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht“ (FdV) (ドイツ憲法判例研究会, Doitsu Kempō Hanrei Kenkyūkai), sämtliche deutsche sind ihrerseits Mitglieder der „Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ (VDStRL).

Vom 16. bis 18. September 2019 fand in Atami (Präfektur Shizuoka) sowie an der Keio-Universität in Tokio das mittlerweile dritte DJVG statt. Auch thematisch knüpfte dieses Gespräch an die beiden vorausgehenden Gespräche 2015 in Tokio und 2017 in Lenzkirch-Saig im Schwarzwald sowie an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i. Br. an: Einmal mehr ging es um das Phänomen der Verfassungsentwicklung. Während beim ersten Gespräch indes die Frage im Zentrum stand, wie sich die Verfassung durch Auslegung, Änderung und sonstige Formen des Wandels entwickelt (*Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki* [Hrsg.], Verfassungsentwicklung I. Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung. Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2015, Mohr Siebeck, Tübingen 2017), und es beim zweiten Gespräch um die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit beim *aggiornamento* der Verfassung ging (*Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki* [Hrsg.], Verfassungsentwicklung II. Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte. Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2017, Mohr Siebeck, Tübingen 2019), diskutierten 21 japanische und 13 deutsche Verfassungsrechtswissenschaftler(innen) unter dem Hauptthema „Verfassungsentwicklung III. Verfassungsentwicklung im Gesetz“ darüber, welche Rolle das Gesetz für die Verfassungsentwicklung besitzt und wie sich diese ihrerseits auf Verständnis und Handhabung des Gesetzes(rechts) auswirkt. Dabei dreht es sich sowohl um die den Gesetzgeber limitierende und orientierende Funktion namentlich der Grundrechte, die sich in unterschiedlichen Referenzgebieten – herausgegriffen und einer näheren Betrachtung unterzogen wurden das Privatrecht, das Umweltrecht, das Sozialrecht und das Polizei- und Datenschutzrecht – mit unterschiedlichen Akzentsetzungen auswirkt, als auch um die unterschiedlichen Wege der Grundrechtsaktualisierung und -realisierung durch Gesetzesrecht; zu letzteren zählt auch die Kollisionslösungsaufgabe, die infolge des Vorbehalts des Gesetzes vorzugsweise dem Gesetzgeber zufällt. Unter verfassungsvergleichenden

Auspizien darf das in Japan und in Deutschland sehr unterschiedlich ausgestaltete Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit (in Japan gibt es kein Pendant der für die Frage des Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Gesetzesrecht überragend wichtigen Urteilsverfassungsbeschwerde, die rund 95 % aller Verfahren beim Bundesverfassungsgericht ausmacht) nicht fehlen. Eine weitere deutsche Besonderheit, an der in Südostasien – und dort namentlich in Japan – besonderes Interesse besteht, ist die Verschiebung des Verhältnisses von Verfassung (Grundrechten) und Gesetz durch die Supranationalisierung; kraft des (grundsätzlichen) Vorrangs des Unionsrechts auch vor deutschem Verfassungsrecht steht das Gesetz nicht mehr in der exklusiven (Hierarchie-)Beziehung zur Verfassung, sondern auch zu dem die erstere Relation teils überlagernden und umprägenden Unions(primär- und sekundär)recht. Im Einzelnen waren die zur gemeinsamen Diskussion gestellten Themen so angelegt, dass sie einerseits auf sehr konkrete Verfassungsentwicklungen im Gesetz in den beiden Staaten zielten, andererseits aber auch abstraktere Fragen zum Gegenstand hatten, die immer wieder eine theoretisch vertiefte Reflexion der in den konkreteren Themen sich abzeichnenden Entwicklungen erlaubt(e).

Die Abhaltung des DJVG 2019 wurde durch großzügige Zuwendungen einerseits der Japan Society for the Promotion of Science (JSPS, 日本学術振興会) sowie andererseits der Fritz Thyssen Stiftung, Köln, ermöglicht. Für beider Unterstützung sind wir außerordentlich dankbar, sind doch derlei internationale Austausch ohne eine weitsichtige Wissenschaftsförderung nicht durchführbar. Der Fritz Thyssen Stiftung gebührt überdies herzlicher Dank für den Druckkostenzuschuss, der die vorliegende Publikation in Deutschlands führendem Verlag für Rechtswissenschaft ermöglicht hat, dem – nicht zuletzt in Gestalt der Herstellerin *Ilse König* – in gewohnt exzellenter Weise die verlegerischer Betreuung oblag. Last but not least gebührt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Freiburger Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtstheorie der tiefe Dank der Herausgeber für die hervorragende redaktionelle Arbeit.

Tokio und Freiburg i. Br., im September 2021

*Hidemi Suzuki und
Matthias Jestaedt*

Teil I

Privatautonomie

Privatautonomie

Von der unmittelbaren zur mittelbaren Drittwirkung und zurück?

Anna-Bettina Kaiser

I. „Sozialistisches Öl“ zur Begrenzung der Privatautonomie?	3
II. Der einfach- und verfassungsrechtliche Schutz der Privatautonomie	4
III. Die Privatrechtswirkung der Grundrechte und ihre Folgen für die Privatautonomie ..	5
IV. Die neue Lehre: Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater in besonderen Situationen	8

I. „Sozialistisches Öl“ zur Begrenzung der Privatautonomie?

„[U]nser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern!“¹ forderte *Otto von Gierke* als Reaktion auf den ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Seine Kritik entzündete sich in erster Linie an der aus seiner Sicht grenzenlos ausgestalteten Privatautonomie.² Ihre wichtigste Ausprägung, die Vertragsfreiheit, gewährt dem Einzelnen bekanntlich die Freiheit, zu entscheiden, mit wem er einen Vertrag abschließt, als auch die Freiheit, den Vertrag zu gestalten.³ Ob die Wahl des Vertragspartners oder der Vertragsinhalt vernünftig ist, spielt für die Wirksamkeit des Vertrags dagegen grundsätzlich keine Rolle. „Stat pro ratione voluntas“, anstelle der Vernunft gilt der Wille, so lautet der Grundsatz der Vertragsfreiheit.⁴

Gegenwärtig stehen wir, das zeigt die Stadionverbotsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, vor einer grundsätzlichen Neujustierung der Grenzen der Privatautonomie. Sie steht im Zentrum dieses Beitrags. Zuvor sollen jedoch kurz die wesentlichen Entwicklungsschritte hin zur Gewährleistung der Privatautonomie und zur Formulierung ihrer wichtigsten Grenzen rekapituliert werden.

¹ *Otto [von] Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, S. 9 f.

² *Gierke* (Fn. 1), S. 28.

³ *Christoph Krampe*, Art. Privatautonomie, Staatslexikon, hg. von der Görres-Gesellschaft, 4. Band, 7. Aufl., Sonderausgabe 1995, Sp. 566.

⁴ Vgl. *Eduard Picker*, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie, JZ 2002, S. 880.

II. Der einfach- und verfassungsrechtliche Schutz der Privatautonomie

Der Verfassungsgeber der Weimarer Reichsverfassung (WRV) und später der des Grundgesetzes fand mit dem BGB und weiteren Privatrechtskodifikationen das die Privatautonomie schützende einfache Recht bereits vor. Gerade das BGB hatte zwar nach *Gierkes* Intervention noch einige sozialistische Tropfen eingeflößt bekommen, war aber insgesamt ein Geschöpf der liberalen Marktgesellschaft des späten 19. Jahrhunderts geblieben.⁵ Die demokratischen Verfassungen griffen diesen Zustand auf. Während die WRV in Art. 152 zumindest die Vertragsfreiheit ausdrücklich verfassungsrechtlich gewährleistete, verzichtete das Grundgesetz zwar auf einen derartigen expliziten Schutz. Das Bundesverfassungsgericht sowie die herrschende Lehre sehen die Privatautonomie jedoch ganz selbstverständlich durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt: Er gewährleiste die „Privatautonomie als ‚Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben‘“.⁶ Für diese Selbstbestimmung sind freilich auch Berufs- und Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit sowie die Eheschließungsfreiheit unerlässlich.⁷

Ausgestaltet und begrenzt wird die Privatautonomie dabei durch das einfache Recht. Auch das Grundgesetz spricht *explizit* (zu weiteren Grenzen sogleich) Grenzen der Privatautonomie an. Zwar mögen jene nicht so deutlich benannt sein wie in Art. 152 WRV, der Wucher und Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts ausdrücklich aufführte, doch findet die Privatautonomie gem. Art. 2 Abs. 1 GG ihre Grenze in der verfassungsmäßigen Ordnung und etwa die Eigentumsfreiheit in der Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG). So lässt das Bundesverfassungsgericht gesetzliche Kontrahierungszwänge und ähnliche Einschränkungen zur Sicherung sozialer Zwecke denn auch regelmäßig passieren.⁸

⁵ Franz Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 16, 22 und öfter; zur Rolle, die das negative Grundrechtsverständnis des 19. Jahrhunderts und die darin abgebildete Trennung zwischen Verfassung und Privatrecht in der Absicherung der liberalen Marktgesellschaft gespielt hat, s. nur Dieter Grimm, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 2017, insb. die historische und systematische Einleitung in das Verhältnis, S. 1–37.

⁶ BVerfGE 89, 214 (231, juris-Rn. 51) – Bürgschaft. Die Formulierung geht auf Werner Flume zurück, siehe Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I, Rn. 35.

⁷ Josef Isensee, *Privatautonomie*, in: ders./Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 7, 3. Aufl. 2009, § 150, Rn. 60 ff., dort auch zum Streit, ob von einem einheitlichen Grundrecht der Privatautonomie ausgegangen werden sollte, was Isensee zu Recht verneint (Rn. 61).

⁸ BVerfGE 103, 197 (215, juris-Rn. 71 ff.) – Pflegeversicherung I; 89, 48 (61 ff., juris-Rn. 49 ff.).

III. Die Privatrechtswirkung der Grundrechte und ihre Folgen für die Privatautonomie

Das sind aber nicht die einzigen Grenzen der Privatautonomie unter dem Grundgesetz. Spätestens seit der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1958 ist ein wichtiger zweiter Strang hinzugekommen. Es ist bekannt, dass das Karlsruher Gericht davon ausgeht, dass die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat enthalten. Es versteht sie bekanntlich auch als objektive Normen, ja als eine Wertordnung, die in das einfache Recht, insbesondere in unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln, ausstrahlen, sog. mittelbare Drittwirkung.⁹ In gewisser Weise hat das Gericht mit dieser Konstruktion einen Mittelweg eingeschlagen: Tendenzen aus der Literatur und Arbeitsgerichtsbarkeit der 1950er Jahre, den Grundrechten eine unmittelbare Drittwirkung zuzuerkennen,¹⁰ erteilte es eine deutliche Absage. Denn eine solche unmittelbare Drittwirkung würde die Privatautonomie, darin ist man sich bis heute weitgehend einig,¹¹ unverhältnismäßig einschränken. Umgekehrt hat sich das Gericht aber auch nicht auf eine harte *state action*-Doktrin festgelegt, was zur Folge gehabt hätte, dass den Grundrechten lediglich die traditionelle Abwehrdimension zuerkannt worden wäre.

Diese von Günter Dürig¹² vorbereitete Kopernikanische Wende der Dogmatik führte allmählich zur vielbeschriebenen Konstitutionalisierung der bundesrepublikanischen Rechtsordnung,¹³ blieb aber nicht unwidersprochen. Die scharfe frühe Kritik der *Schmitt*-Schule¹⁴ erzielte allerdings nicht mehr als einen Teilerfolg: So setzte sich in der Literatur zwar bald die Meinung durch, dass die Rede von den Grundrechten als Wertordnung der Zeit und ihrem Kontext geschuldet sei¹⁵ und eine Sackgasse darstelle. Am Ergebnis, der Doktrin der mittelbaren Drittwirkung, änderte das freilich nichts. Der vom Bundesverfassungsgericht einmal eingeschla-

⁹ BVerfGE 7, 198. S. rechtsvergleichend Rainer Wahl, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. 1, 2004, § 19 Rn. 28 ff.

¹⁰ Siehe Hans Carl Nipperdey, Das Arbeitsrecht im Grundgesetz, RdA 1949, S. 214 (216); ders., Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121 (124f.); ders., Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, S. 445 ff.; ders., Grundrechte und Privatrecht, 1961.

¹¹ Siehe nur Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 98.

¹² Günter Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS Hans Nawiasky, 1956, S. 157 ff.

¹³ Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

¹⁴ Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Hans Barion/Ernst Forsthoff/Werner Weber (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 35 ff.; Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte [1960], 3. Aufl. 2011; Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation [1974], in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 115 ff.

¹⁵ Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt et al., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (197).

gene Entwicklungspfad (*Rainer Wahl*) wurde vom Gericht nicht mehr verlassen, obwohl die theoretische Basis der mittelbaren Drittwirkung inzwischen brüchig geworden war.¹⁶

Weiter verkompliziert wurde die Lage durch die Erfindung bzw. die Neuentdeckung (*Grimm*) der Schutzpflichtendimension der Grundrechte in der 1. Schwangerschaftsentscheidung. Bald galten die Schutzpflichten als neue und bessere theoretische Fundierung der *Privatrechtswirkung der Grundrechte*,¹⁷ ein Vorschlag, der von *Claus-Wilhelm Canaris* und damit ausgerechnet aus dem Kreis der Zivilrechtler stammte.¹⁸ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts griff diesen Gedanken in mehreren Entscheidungen auf,¹⁹ vorangetrieben durch den Richter des Bundesverfassungsgerichts *Thomas Dieterich*, der in zentralen Entscheidungen als Berichterstatter fungierte,²⁰ so etwa in der im Folgenden darzustellenden Bürgschaftsentscheidung. Mit diesen dogmatischen Entwicklungen verfügte das Bundesverfassungsgericht über einen neuen Hebel, um der Privatautonomie verfassungsrechtliche Grenzen zu ziehen.

Die Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1993 stellt dafür ein besonders anschauliches Beispiel dar. Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die selbstlose, aber zugleich mittellose 21-jährige Tochter hatte für die Forderungen einer Bank gegen ihren Vater selbstschuldnerisch eine Bürgschaft in Höhe von 100.000 DM übernommen. Dabei hatte sie auf einem von der Bank vorgelegten Formblatt auf sämtliche Schutzvorschriften, die das BGB für Bürgschaften bereithält, verzichtet, nachdem der Bankvertreter das Haftungsrisiko heruntergespielt hatte. Dennoch hielt der Bundesgerichtshof (BGH) die Tochter an dem geschlossenen Bürgschaftsvertrag fest. *Pacta sunt servanda*.

Das Bundesverfassungsgericht sah die beschwerdeführende Tochter durch das Urteil des BGH in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Privatautonomie) verletzt, hob das Urteil daher auf und verwies die Sache an den BGH zurück. Zwar hatten die Vertragsparteien den Inhalt des Vertrags selbst privatautonom bestimmt. In einer solchen Konstellation komme dann aber den Zivilgerichten über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB die Aufgabe der „Inhaltskontrolle“ des Vertrags zu. „Ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie“

¹⁶ *Dominik Rennert*, Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung. Zu „Lüth“ und den Eigenheiten bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie, *Der Staat* 53 (2014), S. 31 ff.; *Anna-Bettina Kaiser/Dominik Rennert*, Schutzpflichten als „dynamisches Element“ der Rechtsordnung? Eine Grundrechtstheorie jenseits von Smend und Schmitt, in: *Lars Viellechner* (Hrsg.), *Demokratischer Konstitutionalismus. Dieter Grimms Verständnis von Staat und Verfassung*, 2021, S. 119 ff.

¹⁷ *Matthias Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, § 7 IX.

¹⁸ *Claus-Wilhelm Canaris*, *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 184 (1984), S. 201 (225 ff.).

¹⁹ Etwa in BVerfGE 81, 242 – Handelsvertreter.

²⁰ *Matthias Ruffert*, Grundrechtliche Schutzpflichten: Einfallstor für ein etatistisches Grundrechtsverständnis?, in: *Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg* (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik*, 2014, S. 109 (114).

komme „in Betracht, wenn das Problem gestörter Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird“, so das Bundesverfassungsgericht.²¹ Eine derartige strukturelle Störung der Vertragsparität sei im vorliegenden Fall aber gerade gegeben.

Die geschilderte verfassungsgerichtliche Entscheidung zeigt exemplarisch die Vorzüge und Schwächen der gegenwärtigen Dogmatik der Privatrechtswirkung der Grundrechte. Vom Gerechtigkeitsgefühl her betrachtet wird man dem Bundesverfassungsgericht zustimmen. Es erscheint als unbillige Härte, die Beschwerdeführerin am Vertrag festzuhalten. Der Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht wirkt dann als eine Form der Äquitas; sie dienen dazu, den Tropfen sozialistischen Öls über das Verfassungsrecht zu importieren. Bei näherem Hinsehen wirft die Entscheidung allerdings auch Fragen auf: Die Probleme beginnen schon bei der dogmatischen Konstruktion. So bleibt unklar, ob das Gericht die Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung oder diejenige der Schutzpflichten bemüht.²² Im Ergebnis verband das Gericht wohl beide Konstruktionen miteinander: Bei der Abwägung der kollidierenden Grundrechte, die im Rahmen der Auslegung der Generalklausel stattfindet – im vorliegenden Fall steht Privatautonomie gegen Privatautonomie – fällt seitens der beschwerdeführenden Tochter die Privatautonomie in der Schutzpflichtendimension in die Waagschale.

Weitere Einwände kamen aus der Zivilrechtswissenschaft. So hielt man dem Bundesverfassungsgericht vor, es geriere sich häufig als Superrevisionsgericht. Gerade in der Bürgschaftsentscheidung könnte sich dieser Vorwurf als zutreffend erweisen, wie ein Blick auf die Entscheidungen der Instanzgerichte zeigt. Tatsächlich hatte das Bundesverfassungsgericht in den dogmatischen Streit zwischen Oberlandesgericht und Bundesgerichtshof zugunsten des Oberlandesgerichts interveniert.²³

Besonders schwer wiegt aber wohl der Vorwurf der Zivilrechtswissenschaft, die Konstitutionalisierung gefährde die Zivilrechtsdogmatik.²⁴ Tatsächlich kann beobachtet werden, dass die Zivilgerichtsbarkeit teilweise eine differenzierte Dogmatik durch eine Abwägung ersetzt.²⁵ Bei näherem Hinsehen geht es in der durch die Bürgschaftsentscheidung ausgelösten Diskussion um die Privatrechtswirkung der Grundrechte noch um mehr, es geht um einen Kampf um das angemessene Verständnis von Privatautonomie. Einem formellen Verständnis von Privatautonomie, zu dem Teile des Zivilrechts tendieren mögen, steht ein materielles Verständnis

²¹ BVerfGE 89, 214 (234, juris-Rn. 56); daran anschließend BVerfGE 103, 89 – Unterhaltsvertragsvertrag.

²² Ruffert (Fn. 20), S. 113, geht von der Schutzpflichtenkonstruktion aus.

²³ Günter Hager, Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung, JuS 2006, S. 769 (774).

²⁴ Uwe Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 171 (220).

²⁵ Matthias Ruffert, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, S. 389 (398), mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. S. auch Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017, S. 146 f. und öfter.

entgegen, das im Öffentlichen Recht wohl überwiegt. Letztlich wurde der Grundsatzstreit nicht nur durch den Vorrang der Verfassung entschieden, sondern auch durch den Einfluss des Europarechts. Längst haben „Verbraucher“ (§ 13 BGB) und Verbraucherschutz Einzug in das BGB gehalten und damit dessen ursprüngliches Modell formal gleicher Teilhabe am Privatrechtsverkehr endgültig abgelöst.

IV. Die neue Lehre: Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater in besonderen Situationen

Aus dem Siegeszug der Konstitutionalisierung des Privatrechts folgt aber nicht, dass alle dogmatischen Konstruktionsprobleme beseitigt wären, im Gegenteil. Auch über 60 Jahre nach der Lüth-Entscheidung ist die genaue rechtliche Begründung der Privatrechtswirkung der Grundrechte noch immer umstritten.²⁶ Der Erste Senat hat in seiner aktuellen Stadionverbotsentscheidung aus dem Jahr 2018 jedenfalls wieder den traditionellen Entwicklungspfad der mittelbaren Drittwirkung betreten.²⁷ Diese konventionelle Einkleidung der Entscheidung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei diesem Beschluss um eine revolutionäre Leitentscheidung sowohl für die Privatautonomie als auch für die Privatrechtswirkung der Grundrechte allgemein handelt. Sie kann in ihrer Bedeutung kaum überschätzt werden, deutet sie doch die Richtung an, die das Bundesverfassungsgericht zukünftig gegenüber mächtigen Akteuren wie Facebook einschlagen könnte.

Der Sachverhalt ist dabei wenig spektakulär: Ein Fußballfan wandte sich gegen ein bundesweites Stadionverbot. Dieses war vom Fußballverein MSV Duisburg unter anderem im Namen des Deutschen Fußball-Bundes ausgesprochen worden, nachdem gegen den Fußballfan nach Randalen ein Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs eingeleitet worden war. Neu ist indes, was der Senat für die Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen ausführt:

(1) Zunächst benennt der Senat Kriterien für die Abwägung, greift mit ihnen die Problematik des strukturellen Ungleichgewichts aus der Bürgerschaftsentscheidung auf und führt sie weiter aus. Bei der Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen könnten „insbesondere auch die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche

²⁶ *Matthias Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (330 f.). Alternative Konzepte wie die Argumentation, die Grundrechte gölten allein schon angesichts der Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte, Art. 1 Abs. 3 GG (so *Jürgen Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971), oder der Versuch, die Grundrechtsdimensionen auf die Abwehrfunktion zurückzuführen (*Ralf Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003), konnten sich (bislang) nicht durchsetzen.

²⁷ BVerfGE 148, 267 (279 f., Rn. 31 f.).

Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen“.²⁸

(2) Einschneidend aber ist dann, dass das Bundesverfassungsgericht erstmals anerkennt, dass auch der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, in die Abwägung im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung Eingang finden kann. Im vorliegenden Fall waren dementsprechend die Eigentümerbefugnisse mit Art. 3 Abs. 1 GG abzuwägen,²⁹ denn das Gericht sah den Kern der Verfassungsbeschwerde in der Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers gegenüber all denjenigen, die das Stadion besuchen konnten.³⁰

Aus Sicht der Privatautonomie ist diese Aussage freilich ein Paukenschlag: Was bleibt von der „Subjektivität *gewillkürter* Freiheit“ (Fraport), dem Kern der Privatautonomie, übrig, wenn der allgemeine Gleichheitssatz und damit (zumindest) das *Willkürverbot* zur Anwendung kommt? Wird aus dem alten erwähnten Grundsatz der Privatautonomie, dass an die Stelle der Vernunft der Wille tritt, ein neuer Grundsatz, der einen *vernünftigen Willen* fordert? Das entspräche wohl dem, was schon *Gierke* vorschwebte („vernünftige Freiheit“),³¹ und läge wohl auch nahe an der jüngsten Rechtsprechung des EuGH. Dieser hatte, etwa zeitgleich zur Stadionverbotsentscheidung, in der Rs. *Egenberger*³² immerhin die unmittelbare Drittwirkung der *besonderen* Diskriminierungsverbote in Art. 21 GRCh festgestellt, indem er sie unter anderem den vereinzelt Diskriminierungsverboten in den Verträgen (etwa Art. 157 AEUV) gleichstellte.³³

²⁸ BVerfGE 148, 267 (281, Rn. 33).

²⁹ BVerfGE 148, 267 (284, Rn. 44).

³⁰ BVerfGE 148, 267 (282 f., Rn. 38).

³¹ *Gierke* (Fn. 1), S. 28: „Wenn das moderne Recht hier den Grundsatz der Vertragsfreiheit durchführt, so kann doch auch hier nicht willkürliche, sondern nur vernünftige Freiheit gemeint sein: Freiheit, die kraft ihrer sittlichen Zweckbestimmung ihr Maß in sich trägt – Freiheit, die zugleich Gebundenheit ist. Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst“.

³² EuGH, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 77 – *Egenberger*.

³³ Die Rechtsprechung ist nicht zufällig aus dem sekundären Antidiskriminierungsrecht herausgewachsen. Sie schließt die Rechtsprechungslinie *Mangold* ab, in der der EuGH das Diskriminierungsverbot der sekundären Diskriminierungsrichtlinien zu einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verdichtet hat und damit die Wirkung der Richtlinien auch in Fällen begründet, in denen sie ansonsten – wegen fehlerhafter Umsetzung und der methodischen Grenzen richtlinienkonformer Auslegung – gescheitert wäre (EuGH, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 74 ff. – *Mangold*; Rs. C-555/07, Slg. 2010, I-365, Rn. 50 – *Küçükdeveci*; Rs. C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 35 f. – *Dansk Industri*; zu dieser „Vorwirkung“ auch BVerfGE 126, 286 (312, juris-Rn. 78) – *Honeywell*; teilweise wurde darin bereits eine unmittelbare Privatrechtswirkung gesehen, vgl. *Ulrich Haltern*, Europarecht II, 3. Aufl. 2017, Rn. 1520). Allerdings bleibt noch offen, inwieweit dieser neue Schritt Art. 21 GRCh tatsächlich von seiner „unterstützenden“ Wirkung für das sekundäre Antidiskriminierungsrecht (das ja häufig auch auf strukturelle Ungleichgewichte reagiert) selbstständig und auf Fälle außerhalb ihres Anwendungsbereichs ausweitet. Daneben scheint der EuGH jetzt auch für andere Charta-Grundrechte unmittelbare Drittwirkungen für möglich zu halten, wobei der Sprung ebenfalls (bis jetzt) auf die „*Mangold*“-Konstellation beschränkt bleibt (s. EuGH, Rs. C-569 u. C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 85 – *Bauer*, zuvor schon angedeutet

Der Senat beeilt sich jedoch, klarzustellen, dass Art. 3 Abs. 1 GG die Privatautonomie *grundsätzlich gerade nicht* begrenze (für spezielle Gleichheitsrechte, also die *Egenberger-Konstellation*, lässt das Gericht die Frage ausdrücklich offen³⁴).³⁵ Eine Ausnahme könne sich jedoch *für spezifische Konstellationen* wie die vorliegende ergeben: „Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setzt, [die aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet wird und die für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet,] erwächst ihm von Verfassungen wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. Er darf seine hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus struktureller Überlegenheit – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ergebnis auszuschließen.“³⁶ Liege eine solche spezifische Konstellation vor, bedürfe der Private wie vorliegend die Stadionbetreiber eines sachlichen Grundes für den Ausschluss eines anderen Privaten. Auch träfen ihn verfahrensrechtliche Anforderungen, vor allem eine vorherige Anhörung, ggf. eine Begründung.³⁷

Im Ergebnis kommt der Senat damit für spezifische Situationen zu einer staatsgleichen Bindung des Privaten. Aus der mittelbaren Drittwirkung ist dabei eine faktisch-unmittelbare geworden, denn mehr als einen sachlichen Grund und vor allem verfahrensrechtliche Anforderungen träfen in einem vergleichbaren Fall auch den Staat nicht (sieht man von den zusätzlichen Erfordernissen der „neuen Formel“ ab). In der Literatur wird daher die Frage aufgeworfen, wie der Senat dogmatisch

in Rs. C-176/12, EU:C:2014:2, Rn. 44 ff. – ASM). S. zur derzeitigen Diskussion *Matthias Ruffert*, Privatrechtswirkung der Grundrechte, JuS 2020, S. 1 ff.

Im Übrigen kennt das Unionsrecht nur bei den Grundfreiheiten im Fall monopolähnlicher Stellungen (Sportverbände: EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405 Rn. 16/19 – Walrave u. Koch; Gewerkschaften: EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Rn. 42 ff. – Viking) unmittelbare horizontale Wirkung, für die Rechte der Grundrechtecharta – ähnlich der Rechtsprechung des EGMR (EGMR, 69498/01, Rn. 46 u. 59 – Pla und Puncerna ./ Andorra; s. auch EGMR, 552/10, Rn. 67 ff. – I.B. ./ Griechenland; zur Übersicht *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 19 Rn. 8 f.) – dagegen nur eine Art zurückgenommener mittelbarer Drittwirkung im Wege chartakonformer Auslegung von Sekundärrecht und mitgliedstaatlichem Privatrecht (EuGH, Rs. C-580/13, ECLI:EU:C:2015:48 Rn. 31 – Coty Germany; Rs. C-569 u. C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 51 ff. – Bauer; Rs. C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 Rn. 33, 71 – CCOO; vgl. auch BVerfGE 152, 216 (254, Rn. 97) – Recht auf Vergessen II: eine der mittelbaren Drittwirkung „ähnliche Wirkung“; dabei handelt es sich um eine von der „Mangold“-Linie zu unterscheidende Konstellation, weil sich hier das nationale Recht richtlinienkonform auslegen lässt, ohne die *contra legem*-Grenze zu erreichen; in diesem Fall wirkt das Grundrecht mittelbar „durch“ die Richtlinie hindurch auf die Auslegung des nationalen Rechts ein).

³⁴ Vgl. aus der verfassungsrechtswissenschaftlichen Diskussion *Jestaedt* (Fn. 26), S. 339 ff.; *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 355 (360 ff.).

³⁵ BVerfGE 148, 267 (283, Rn. 40).

³⁶ BVerfGE 148, 267 (284, Rn. 41).

³⁷ BVerfGE 148, 267 (285 f., Rn. 46).