

CHRISTOPHER UNSELD

Zur Bedeutung der
Horizontalwirkung von
EU-Grundrechten

Verfassungsentwicklung in Europa

14

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber
und Karl-Peter Sommermann

14



Christopher Unseld

Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten

Eine rechtsvergleichende Studie
zur Dogmatik und Rationalität einfach- und
verfassungsrechtlicher Durchsetzung und
Abwägung von Grundrechten

Mohr Siebeck

Christopher Unseld, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Hannover und Zaragoza; Masterstudium an der University of Michigan Law School in Ann Arbor (USA); Fellow des DFG-Graduiertenkolleg „Verfassung jenseits des Staates“; Promotion an der Humboldt-Universität zu Berlin; Referendariat im Kammergerichtsbezirk Berlin; derzeit Rechtsanwalt in Berlin.

ISBN 978-3-16-155818-4 / eISBN 978-3-16-156083-5

DOI 10.1628/978-3-16-156083-5

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

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

© 2018 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 Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden grundsätzlich bis Dezember 2017 berücksichtigt.

Das Projekt hat sich bereits während meines Jurastudiums angebahnt. Dementsprechend haben sich über die lange Zeit bis zur Drucklegung viele Freunde und Wegbegleiter daran verdient gemacht. Viele habe ich vergessen. Das tut mir leid.

Zumindest stellvertretend spreche ich denen meinen Dank aus, die mir beim Schreiben dieser Zeilen noch in lebhafter Erinnerung sind.

Ich bin meinen ehemaligen Lehrstuhl-Kollegen an der Leibniz Universität Hannover zu Dank verpflichtet. Insbesondere die Diskussionen mit Leslie Manthey, Andreas Bergmann und Maxim Bönemann waren und sind mir wichtig. Armin Kockel ist mir seit den frühen Hannoveraner Studientagen nicht nur ein treuer Ratgeber. Er hat sich auch durch mein Manuskript gearbeitet, um mich für einen klaren Satzbau und korrekte Rechtschreibung zu gewinnen.

Ulrich Haltern hat mir gezeigt, wie viel Feuer die Wissenschaft bereithält. Seine nicht selten kontrainuitive Herangehensweise an das Recht als Forschungsobjekt hat mir bereits in den ersten Studiensemestern den Kopf verdreht. Er zeigte mir auf, dass die Liebe zur Arbeit am Recht auch ohne Liebesbeziehung zum Recht möglich, diese Distanz zum eigenen Handwerk vielleicht sogar notwendig ist.

Während meines Masterstudiums (2011–2012) an der University of Michigan Law School in Ann Arbor habe ich mehr gelernt als ich – trotz höchster Erwartungen – zu hoffen gewagt hatte. Herausgefordert haben mich und meine ersten Thesen insbesondere Daniel Halberstam, Don Herzog, Scott Hershovitz, Chris McCrudden, Don Regan und Richard Primus.

Jürgen Bast war ich zwischenzeitlich nach Leipzig gefolgt. Ihm bin ich nicht zuletzt für erhellende Einblicke in die technokratischen Feinheiten des Europarechts dankbar.

Bei meiner Rückkehr nach Ann Arbor (2013) für einen Forschungsaufenthalt waren meine Thesen zwar geschliffener, was jedoch nichts daran ändern kann-

te, dass sie unter anderem von Catherine MacKinnon abgelehnt wurden. Bill Novak, Julian Mortenson und Mathias W. Reimann haben mich dafür ebenso mit aufmunternden und konstruktiven Worten unterstützt, wie dies auch das Doktorandenseminar tat. Tom Green und wiederum Daniel Halberstam haben sich über inhaltliche Hilfe hinaus darum bemüht, dass ich mich in Ann Arbor stets willkommen gefühlt habe. Dafür war und bin ihnen sehr dankbar.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) habe ich neben einem Stipendium, das Graduiertenkolleg „Verfassung jenseits des Staates“ und vor allem eine sehr produktive und dennoch abwechslungsreiche Zeit in Berlin zu verdanken. Weitere Unterstützung für einen Studienaufenthalt in Paris habe ich vom Deutsch-französischen Doktorandenkolleg zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht bekommen. Ohne den stetigen Austausch mit Ingolf Pernice, Detlef von Daniels, Lars Viellechner, Jonathan Bauerschmidt, Jan Hauke Plaßmann, Daniel Kuchler, sowie allen anderen Kollegiaten und Gästen des Kollegs, hätte die Arbeit sicher weniger Ecken und Kanten und wäre damit aber auch ärmer.

Christoph Möllers hatte nicht nur die Erstbegutachtung dieser Arbeit übernommen, sondern mich darüber hinaus an seinem Lehrstuhl eingebunden, wofür ich ihm und seinem Team sehr dankbar bin. Die Tatsache, dass meine Promotion als ernsthaftes Anliegen professionell und respektvoll behandelt wurde, ist in der deutschen Hochschullandschaft leider alles andere als selbstverständlich. Philipp Dann hat das Zweitgutachten erstellt, wofür ich ihm ebenfalls herzlich danke.

Anja Hopstock stand mir während der letzten Jahre stets mit klugem Rat und unbedingter Liebe zur Seite. Mein Sohn Silas ist erst kurz vor Ende des Projekts ungeduldig hinzugestoßen und hat mich so daran erinnert, dass nun wirklich ein neuer Lebensabschnitt einzuläuten ist.

Auch der beste Sozial- und Bildungsstaat ist machtlos, wenn nicht zu Hause bereits mit Fantasie über den Tellerrand geschaut wird. Dieses Buch ist deswegen meinen Eltern – Angelika und Knut Unseld – gewidmet, deren unerhörtes Ver- und Zutrauen mir stets den nötigen Halt gegeben haben.

Berlin, im Januar 2018

Christopher Unseld

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Wieso „Bedeutung“?	8
1. <i>Herkömmliche Fragen zur Horizontalwirkung</i>	10
2. <i>„Totale Konstitutionalisierung“ als Widerspruch in sich? – Foucaults Gouvernementalität</i>	13
II. Wieso „Horizontalwirkung“?	19
1. <i>Institutionell ausgegliederte Horizontalwirkung</i>	20
2. <i>Kaum Differenzierung von Auslegung und Unanwendbarkeit</i>	24
3. <i>Schutzpflicht als dritter Weg?</i>	27
4. <i>Einfachgesetzliche Horizontalwirkung</i>	29
III. Wieso „Abwägung“?	30
IV. Gang der Arbeit	30
B. Horizontalwirkung von Grundrechten in den Vereinigten Staaten und in Deutschland	33
I. Horizontalwirkung in den USA	33
1. <i>Die Bundesverfassung von 1787</i>	35
2. <i>Wiederaufbau nach dem Bürgerkrieg (1865–1877)</i>	37
a) <i>Sklaverei: Der 13. Verfassungszusatz</i>	37
b) <i>State Action: Der 14. Verfassungszusatz</i>	41
3. <i>Konservativer Judicial Activism: Die Lochner-Ära (1897–1937)</i>	45
4. <i>Zwanzig Jahre auf der Schwelle (1944–1964)</i>	47
5. <i>Kongress übernimmt (1933 bis Ende der 1960er)</i>	53
6. <i>Konservative Wende am Supreme Court (1969–1990)</i>	56
7. <i>Heutiger Stand: Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und Religion</i>	61
8. <i>Zusammenfassung und Ausblick</i>	68

II.	Horizontalwirkung in Deutschland	72
	1. <i>Das Schattendasein einfachgesetzlicher Grundrechtsdurchsetzung</i>	74
	a) Privatrecht als Instrument von Grundrechtspolitik	76
	b) Die zögerlichen deutschen Gesetzgeber	77
	2. <i>Horizontalwirkung in der Weimarer Republik</i>	83
	3. <i>Frühes Nachkriegsdeutschland und Lüth</i>	85
	a) Streit in der Wissenschaft	85
	b) Das Lüth-Urteil	88
	4. <i>Die vornehmen Grundrechte</i>	92
	5. <i>Das BVerfG als Schutzgarant: Schließt sich der Kreis?</i>	97
	6. <i>Exkurs: Schutzpflichten und das einfache Gesetz</i>	102
	7. <i>„Übersetzung“ der Schutzpflicht in das Vertragsrecht?</i>	105
	8. <i>Horizontalwirkung im Versammlungsrecht</i>	109
	9. <i>Sanfter Progressivismus und Methodenkonservatismus</i>	115
	10. <i>Zusammenfassung zur deutschen Horizontalwirkung</i>	117
C.	Horizontalwirkung im Europarecht	119
I.	Grundrechte in der Europäischen Union	120
	1. <i>Institutionell: Die EU als Grundrechtsgemeinschaft?</i>	121
	2. <i>Rechtsprechung: EU-Grundrechte als ständige Begleiter</i>	125
II.	Frühe Weichenstellungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit	131
	1. <i>Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit</i>	131
	2. <i>Kein grundsätzliches Verbot der Horizontalwirkung</i>	132
	a) Walrave	133
	b) Defrenne II	135
	c) Prinzipienlose Einschränkungen im Sekundärrecht	137
	3. <i>Zusammenfassung zur unmittelbaren Anwendbarkeit</i>	139
III.	Die Analogie zu den Binnenmarktfreiheiten	141
	1. <i>Einleitung: Vergleichsmaßstab Binnenmarktfreiheiten?</i>	141
	2. <i>Horizontalwirkung von EU-Binnenmarktfreiheiten</i>	142
	a) Die Lehre vom regulatorischen Effekt	145
	b) Zweifel an der Narration vom regulatorischem Effekt	150
	c) <i>Die Keck-Blase: Urteile, die nicht zu ernst genommen werden sollten</i>	152
	3. <i>Stellungnahme: Vergleich mit den Binnenmarktfreiheiten</i>	157
IV.	Schutzpflichten und mittelbare Anwendbarkeit	158
	1. <i>Lernen vom EGMR?</i>	158
	a) Die Schutzpflicht des EGMR als Horizontalwirkung	161

b) Mittelbare Anwendbarkeit der EMRK?	163
c) Zusammenfassung zur Horizontalwirkung vor dem EGMR	164
2. <i>Schutzpflicht und mittelbare Anwendbarkeit vor dem EuGH</i>	165
a) Mittelbare Anwendbarkeit des EU-Rechts	165
b) Schutzpflicht vor dem EuGH	168
V. Horizontalwirkung durch Sekundärrecht	173
1. <i>Zur Kompetenzfrage</i>	174
a) Erlass von Sekundärrechtsakten	174
b) Auslegung von Sekundärrechtsakten	178
aa) Horizontal	178
bb) Grundrechtskonform	181
2. <i>Datenschutzrecht</i>	181
a) Kompetenzfrage	182
b) Auslegung	183
3. <i>Arbeitnehmerschutzrechte</i>	190
a) Kompetenzfrage	190
b) Auslegung	194
4. <i>Antidiskriminierungsrecht</i>	196
a) Kompetenzfrage	197
b) Auslegung	201
5. <i>Zusammenfassung zur sekundärrechtlichen Horizontalwirkung</i>	205
VI. Zusammenführung von Sekundärrecht mit Grundrechten	206
1. <i>Mangold: Eine noch unsichere Dreieckskonstruktion</i>	207
2. <i>Erklärungsmodell effet d'exclusion?</i>	211
3. <i>Ausweitung des Anwendungsbereichs mit Küçükdeveci?</i>	214
VII. Entwicklung seit der Grundrechtecharta	218
1. <i>Zeit der Unsicherheit: Römer und Dominguez</i>	219
2. <i>Einschränkung des Anwendungsbereichs durch die Grundrechtecharta?</i>	225
3. <i>Grundsätze und ihr e contrario Potential</i>	227
VIII. Zusammenfassung: Horizontalwirkung im Europarecht	232
 D. Abwägung und Verhältnismäßigkeit	 235
I. Grundsätzliches	235
1. <i>Skepsis in den USA: Ist Abwägung zu verhindern?</i>	247
2. <i>Der begrenzte Staat: Verbotene Ziele und Mittel</i>	255
II. Schranken	264

1.	<i>Schrankenlose Freiheiten?</i>	264
2.	<i>Allgemeines Gesetz und Misstrauen</i>	268
	a) Die Rechtsprechung des Supreme Court zum ersten Verfassungszusatz	269
	b) Das „allgemeine Gesetz“ vor dem Bundesverfassungsgericht	277
3.	<i>Sonstige Gesetzesvorbehalte und Grundrechtskern</i>	289
III.	Europäische Union: Verhältnismäßigkeit als Grundprinzip	291
	1. <i>Absolute Grundrechte der EU?</i>	291
	2. <i>Schrankenregelungen</i>	298
	a) Einheitlicher Schrankenvorbehalt?	298
	b) Wesensgehaltsgarantie	299
	c) Allgemeines Gesetz	300
	d) Einfacher Gesetzesvorbehalt im Europarecht?	304
	3. <i>Verhältnismäßigkeitsprüfung</i>	305
IV.	Zusammenfassung: Horizontalwirkung und Abwägung	309
E.	Ergebnisse: Horizontalwirkung hoch zwei?	313
	I. Die vielen Gesichter der Horizontalwirkung von Grundrechten	313
	II. Das Zuschnittsproblem	316
	III. Abwägung als Gouvernamentalität	317
F.	Schluss	325
	Literaturverzeichnis	327
	Sach- und Personenregister	357

A. Einführung

Im Jurastudium begegnet einem regelmäßig der Merksatz, dass man bei der juristischen Falllösung zuweilen zur Selbstkontrolle auf den so genannten „Omatest“ zurückgreifen solle. Der angehende Jurist müsse sich fragen, ob die eigene Großmutter, angenommen sie ist reich an Lebenserfahrung und ohne juristische Ausbildung,¹ zu dem gleichen Ergebnis gekommen wäre, das man zuvor durch gewissenhafte Subsumtion und verinnerlichte Dogmatik gewonnen hat. Wäre ihr Widerspruch sicher, dann sei es ratsam die eigene Lösung noch einmal zu überdenken. Dieses Vorgehen helfe, ein „Judiz“ zu entwickeln.

Aus dieser Perspektive erschien mir die grundsätzlich zu verneinende Bindung privater Akteure an die Grundrechte stets problematisch. Es gibt wenige verfassungsrechtliche Grundsatzfragen, die auf eine ähnliche Ablehnung in der Laiensphäre stoßen, wie die Aussage, dass Grundrechte „[o]hne Zweifel [...] in erster Linie dazu bestimmt [sind], die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; [...] Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“² sind. In der konkreten Falllösung kommen wir oft genug zu Ergebnissen, die entweder dem eigenen Judiz oder der grundsätzlichen Absage an eine grundrechtliche Bindung Privater zu widersprechen scheinen. Diese Widersprüchlichkeit reicht von der Großmutter bis in die Politik. Die politischen Auseinandersetzungen unserer Zeit reiben sich an der Horizontalwirkung. Da wird das Löschen von „Hasskommentaren“ auf und von kommerziellen Plattformen wie Facebook und Twitter diskutiert und Hobbydetektive ermitteln die Arbeitgeber solcher Kommentatoren und übermitteln den Personalabteilungen Screenshots dieser hasserfüllten Posts in der Hoffnung, dass die betreffenden Autoren ihre Arbeit verlieren. Hier sei auch an Politiker gedacht, die gerne die Freiheit von allzu großen grundrechtlichen Beschränkungen betonen, gleichzeitig aber vorschlagen, dass neu eingebürgerte oder zu uns geflüchtete Menschen einen Schwur auf die Verfassung leisten sollten. Befürworten die Urheber sol-

¹ Die Grundannahme der – wie selbstverständlich – juristisch ungebildeten Großmutter ist glücklicherweise immer weniger zeitgemäß.

² BVerfGE 7, 198, 204 (1958) – *Lüth*.

cher Vorschläge eine Horizontalwirkung von Gleichheit, Meinungsfreiheit und Religionsfreiheit?³

Dieser Querstand zwischen verfassungsrechtlichem Pathos und Rechtsrealität durchzieht nicht nur die deutsche Rechtslage.⁴ In den USA ist es weit verbreitet, sich gegenüber anderen Privatpersonen auf sein *First Amendment*, also etwa die Meinungsfreiheit, zu berufen. In keiner Sonntagsrede über Europa fehlt ein Hinweis auf die Europäischen Werte, wie sie insbesondere in der noch jungen Grundrechtecharta verbrieft seien, ohne dass dabei jemand auf die Idee käme zu erwähnen, dass diese Charta womöglich nicht auf privates Handeln anzuwenden sei.⁵

Soweit die Gerichte diesem Querstand begegnen und zu einer Horizontalwirkung gelangen, wird dann häufig ein Wandel der Grundrechtsfunktionen konsterniert.⁶ Teilweise wird dabei die Funktionsfähigkeit des Rechts in Gefahr gesehen und eine Wendung zum totalitären (Jurisdiktions-) Staat befürchtet.⁷

Die betreffende deutsche Auseinandersetzung wurde maßgeblich von den Vertretern der *Schmitt*- und *Smend*-Schule geprägt und hat entsprechend bereits Staub angesetzt.⁸ Angesichts der Intensität dieser Diskussion überrascht es, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bisher erst in drei Urteilen explizit zur Drittwirkungsfrage Stellung genommen hat.⁹ Nichtsdestotrotz gehört die Problematik der Drittwirkung von Grundrechten des deutschen Grundgesetzes

³ Hier zeigen sich Schwierigkeiten eines „Verfassungspatriotismus“, der sich vom eigentlichen Text und der Rechtspraxis weitgehend freimacht und trotzdem kein bloßer Deckmantel für einen herkömmlichen, blutigen Patriotismus sein möchte, vgl. dazu *Müller*, Verfassungspatriotismus, 2010.

⁴ Eine Afaktizität – zuweilen sogar Kontrafaktizität – ist insbesondere für grundrechtliche Normen nicht untypisch. So stehen Grundrechtskataloge auch für das unerreichte Streben einer Gemeinschaft zu einer besseren Welt, vgl. dazu *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015. Vorliegend ist aber bereits umstritten, ob die Verwirklichung der Grundrechte überhaupt gewollt und als erstrebenswert erkannt wurde.

⁵ Noch komplizierter wäre es zu erläutern, dass die Charta nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts zur Geltung kommt, vgl. dazu noch unten Kapitel C., I.

⁶ Vgl. nur *Rusteberg*, Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung, in: Vesting/Korith/Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 87 (93).

⁷ Vgl. klassischerweise für Deutschland: *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion/Forsthoff/Weber (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, 1959, S. 35 ff.; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 189 ff. Rechtsvergleichend: *Hirschl*, Towards Juristocracy, 2007. Für vergleichbare Kritik am EuGH vgl. zusammenfassend: *Halter/Bergmann*, Einleitung: Der EuGH in der Kritik, in: Haltern/Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, 2012, S. 1 ff.

⁸ Vgl. zusammenfassend *Günther*, Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 301 ff.; *Günther*, Denken vom Staat her, 2004.

⁹ Vgl. dazu *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 229. Dieser zählt zwei Urteile: BVerfGE 7, 198, 204 (1958) – *Lüth*; BVerfGE 73, 261, 269 (1986) – *Sozialplan*. Hinzugekom-

nach wie vor zu den Standardproblemen des hiesigen Jurastudiums und wird auch in Wissenschaft und Lehre weiterhin intensiv behandelt. Dieser Diskurs wurde teilweise in andere Rechtssysteme übernommen und dort fortgeführt. Die Rechtsprechung des BVerfG findet nicht nur in verfassungsrechtlichen Systemen Gehör, deren Verfassungen direkte Verbindungen zum Grundgesetz aufweisen.¹⁰ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich mit der Schaffung einer grundrechtlichen Schutzpflicht an dieser Diskussion – wenn auch zurückhaltend – beteiligt.¹¹

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich in der Geschichte seiner Rechtsprechung des Öfteren am BVerfG und am EGMR orientiert. Man spricht – wenn auch vornehmlich auf Konflikte bezugnehmend – von einer Art Dialog oder Kooperation der europäischen Höchstgerichte.¹² Doch trotz des regen Austauschs hat der EuGH die Drittwirkungsfrage bisher praktisch nicht gestellt.¹³ Dieses Schweigen ist Ausgangspunkt dieser Arbeit.¹⁴

Bei dem Schweigen, das hier gemeint ist, handelt es sich um die unterlassene Äußerung zu einer aus hiesiger Sicht wichtigen verfassungsdogmatischen Frage. Gerade das zunehmende Interesse an komparativem Verfassungsrecht und

men sein dürfte jedenfalls BVerfGE 128, 226, 248 (2011) – *Fraport* sowie BVerfG, Beschluss v. 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*. Ausführlich dazu unten Kapitel B., II.

¹⁰ Vgl. nur die Beiträge in *Fedtke/Oliver* (Hrsg.), *Human Rights and the Private Sphere*, 2011; *Sajó/Uitz* (Hrsg.), *The Constitution in Private Relations*, 2005; *Barkhuysen/Lindenberg* (Hrsg.), *Constitutionalisation of Private Law*, 2006. Vgl. konkreter auch für Estland *Kerikmäe*, *EU Charter: Its Nature, Innovative Character, and Horizontal Effect*, in: ders. (Hrsg.), *Protecting Human Rights in the EU*, 2014, S. 5 (16) und für Spanien *García Torres/Jiménez-Blanco*, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, 1986. Gerade auch über Spanien hat die Drittwirkungslehre ihren Weg nach Lateinamerika gefunden, vgl. nur *Julio Estrada*, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 2000.

¹¹ Vgl. hier nur *Spielmann*, *The European Convention on Human Rights*, in: *Fedtke/Oliver* (Hrsg.), *Human Rights and the Private Sphere*, 2011, S. 427 ff. Vgl. dazu unten Kapitel C., IV.

¹² Vgl. zum Kooperationsverhältnis BVerfGE 89, 155, 175 (1993) – *Maastricht*, vgl. umfassend *Pernice*, *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, 2006.

¹³ Etwa in Rs. C-282/10 – *Dominguez*, EU:C:2012:33. In diesem Fall hatte die Generalanwältin (GA *Trstenjak* v. 8. September 2011) die Drittwirkungsfrage ausführlich thematisiert. Der EuGH ignorierte dies komplett und nahm nicht Bezug auf die in Frage stehende Bestimmung der Grundrechtecharta. Vgl. dazu auch *Leczykiewicz*, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, *E.L.Rev.* 38 (2013), S. 479 (480). Das gleiche wiederholte sich in: Rs. C-176/12 – *AMS*, EU:C:2014:2. Vgl. dazu *Lizzerini*, *Case Note AMS*, *CMLRev* 51 (2014), S. 907 ff.

¹⁴ Auch in der Lehrbuchliteratur wurde die Frage der Horizontalwirkung häufig nicht thematisiert. Vgl. *Streinz*, *Europarecht*, 9. Aufl. (2012), Rn. 750–756; *Haltern*, *Europarecht*, 2. Aufl. (2007), S. 491–598; *Chalmers/Davies/Monti*, *European Union Law*, 3. Aufl. (2014), S. 247–290.

an Verfassungsfragen jenseits des Nationalstaates, übt Druck auf Gerichte wie den EuGH aus, zu den klassischen Fragen des Verfassungsrechts Stellung zu nehmen. Lehrbücher und Kommentare weisen sonst ungewohnte Leerstellen auf.¹⁵ Andererseits sollte man sich jedoch bezogen auf die Rechtsprechung auch keinen unangemessenen Erwartungen hingeben. Für Höchstgerichte gibt es sehr gute Gründe, der Versuchung zu widerstehen, allgemeine und lehrbuchartige Ausführungen zu judizieren, wenn es zu vermeiden ist.¹⁶ Obwohl das BVerfG durchaus zu abstrakten Ausführungen neigt,¹⁷ hat es – wie erwähnt – erst sehr selten allgemein zu der Frage der Horizontalwirkung Stellung genommen. Für den EuGH kommt hinzu, dass er aus vergleichsweise heterogen zusammengesetzten Spruchkörpern besteht, die auch mangels Möglichkeit zu Sondervoten zuweilen sichtbare Schwierigkeiten haben, eine klare und stringente Rechtsprechungslinie einzuleiten oder beizubehalten.¹⁸ Trotz dieser Argumente gegen zu hohe Erwartungen an Grundsatzurteile des EuGH, haben wir es bei der Frage nach der Horizontalwirkung von Grundrechten mit einer Thematik zu tun, der sich der EuGH auf Dauer nicht wird entziehen können. Dies ist nicht nur zu vermuten, weil zunehmend Generalanwälte¹⁹ und auch nationale

¹⁵ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. (2014), S. 275. Hier wird von einer „zunehmende[n] Unsicherheit“ gesprochen. *Borchardt* bezeichnet die Frage etwas gelassener als „noch offen“: *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Aufl. (2012), Rn. 179. Von „weißen Flecken“ auf der Landkarte der europäischen Grundrechtsdogmatik“ spricht *Danwitz*, Gerichtlicher Schutz der Grundrechte, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, Rn. 58. Die drei kurzen Absätze zu diesem Thema werden bei *Schütze*, European Union Law, 2015, S. 467–468, mit drei Fragezeichen konnotiert. *Craig/Búrca*, EU Law, 6. Aufl. (2015), S. 419, widmen der Horizontalwirkung einen kurzen Absatz, der im deutlichen Kontrast zu den sonstigen Abschnittsüberschriften mit einer Frage überschrieben ist: „Horizontal Application of the Charter?“. Ähnlich auch nunmehr *Haltern*, der von einer noch offenen Frage spricht, siehe *Haltern*, Europarecht II – Dogmatik im Kontext, 3. Aufl. (2017), S. 655.

¹⁶ *Sunstein*, One Case at a Time, 1999. Dies gilt selbst dann, wenn man (internationalen) Gerichten eine wichtige Funktion bei der Entwicklung von (internationalem) Recht zubilligt, vgl. *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 2014, S. 136.

¹⁷ Dies erfolgt in der Regel in Teil „C“ der Urteile, vgl. dazu kritisch: *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (168–174).

¹⁸ Vgl. nur die *Keck*-Rechtsprechung, deren Fortführung beziehungsweise Ausweitung seit langem unklar ist, vgl. Rs. C-110/05 – *Kommission v. Italien (Mopedanhänger)*, Slg. 2009 I-519. Ähnliches gilt für die Rechtsprechung zum Kern der Unionsbürgerschaft, vgl. dazu Rs. C-34/09 – *Ruiz Zambrano*, Slg. 2011, I-1177 und Rs. C-434/09 – *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375.

¹⁹ Rs. C-427/06 – *Bartsch*, Slg. 2008, I-7245, Schlussanträge GA *Sharpston* vom 22. Mai 2008, Rz. 85; Rs. C-282/10 – *Dominguez*, EU:C:2011:559, Schlussanträge GA *Trstenjak* v. 8. September 2011; Rs. C-176-12 – *AMS*, EU:C:2013:491, Schlussanträge GA *Cruz Villalón* v. 18. Juli 2013.

Gerichte²⁰ hierzu Stellung beziehen, sondern weil der Gerichtshof zumindest teilweise bereits zu der Frage judiziert hat, ohne dies weiter zu kommentieren.²¹ Wie man es in der Rechtswissenschaft nicht anders erwartet hätte, ist also auch das erwähnte „Schweigen“ nicht unumstritten.²²

Der EuGH hat schon Mitte der 1970er, also lange bevor die Europäische Union (EU)²³ nicht mehr nur als Rechts-²⁴ sondern auch als Grund-Rechtsgemeinschaft begriffen wurde,²⁵ grundrechtsähnlichen Rechten des Primärrechts Horizontalwirkung zugesprochen.²⁶ Dies wird teilweise als Beleg dafür gesehen, dass der EuGH grundsätzlich von einer Horizontalwirkung des Primärrechts ausgeht.²⁷ Skeptiker dieser Ansicht wiederum verwiesen auf die ihrer Meinung nach eher vorsichtige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Frage der Drittwirkung von Binnenmarktfreiheiten.²⁸ Hier wurde eine Bindung Privater teilweise recht überzeugend – beispielsweise mit staatsähnlichen Strukturen professioneller Sportverbände – gerechtfertigt.²⁹

²⁰ Vgl. etwa den englischen Court of Appeal (Civil Division) v. 5. Februar 2015 – *Benkharbouche*, [2015] EWCA Civ 33, Rz. 69 ff.

²¹ Der ehemalige EuGH-Präsident *Skouris* hat erst kurz nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst in einem Fernsehinterview explizit davon gesprochen, dass die Grundrechte auf Datenschutz und Privatsphäre horizontal anwendbar seien, vgl. 25. Min., SRF-Fernsehsendung „Sternstunde Philosophie“ vom 25.10.2015, abrufbar unter www.srf.ch/sendungen/sternstunde-philosophie/europa-alles-was-recht-ist.

²² Die Frage nach einem Schweigen sollte nicht mit ähnlichen Zweifeln bei der Frage nach der „Lücke“ und dem damit verbundenen „Schweigen im Gesetz“ verwechselt werden. Klassisch: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983. Diese Untersuchungen münden regelmäßig in die Frage nach legitimer Rechtsfortbildung durch Gerichte und deren Methoden. Denn wenn das Gesetz schweigt, dann befreit das den Richter regelmäßig nicht von seiner Pflicht eine Antwort zu finden. Um diese Frage drehte sich – verkürzt gesagt – auch die *Hart-Dworkin*-Debatte, vgl. *Dworkin*, *Law's Empire*, 1993; *Hart*, *The Concept of Law*, 1961.

²³ Wenn hier und im Folgenden von der Europäischen Union die Rede ist, dann sind damit in der Regel ihre historischen Vorgänger, die Europäischen Gemeinschaften, eingeschlossen.

²⁴ Klassisch: *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 53. Siehe auch *Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545 ff.

²⁵ Vgl. *Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 157 ff.

²⁶ Vgl. zur Diskriminierung aufgrund der Nationalität Rs. 36/74 – *Walrave & Koch*, Slg. 1974, 1405 und zur Geschlechterdiskriminierung Rs. 43/75 – *Defrenne II*, Slg. 1976, 455.

²⁷ *Gardbaum*, The „Horizontal Effect“ of Constitutional Rights, *Mich. L. Rev.* 102 (2003), S. 387 (393). Vgl. für eine Zusammenfassung der Diskussion *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, S. 173–183.

²⁸ In dieser Arbeit wird der Begriff der Binnenmarktfreiheiten für die wirtschaftlichen Grundfreiheiten in der EU bevorzugt benutzt. Dies dient lediglich der klareren begrifflichen Abgrenzung zu Grundrechten, die teilweise in Grundrechtskatalogen auch als Grundfreiheiten bezeichnet werden.

²⁹ Vgl. klassischerweise Rs. C-415/93 – *Bosman*, Slg. 1995, I-4921. Vgl. *Huber*, Zur Drittwirkung von Grundrechten und Grundfreiheiten, in: Ruffert (Hrsg.), *Dynamik und Nachhal-*

Schließlich ist auch im Sekundärrecht der EU die Horizontalwirkung von nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinien ein altbekanntes Problem. Der EuGH hat grundsätzlich eine Direktwirkung zwischen Privaten verneint. Allerdings hat er einige Umgehungsstrategien gefunden, um die mit dieser Rechtsprechung einhergehenden Effektivitätseinbußen gering zu halten.³⁰ Diese Art strategischen Vorgehens hat den EuGH Glaubwürdigkeit gekostet. Eine Folge ist, dass Aussagen des Gerichtshofs zu methodischen Fragen, oder solchen, die er als grundrechtsschützendes Verfassungsgericht tätigt, teilweise wenig ernst genommen werden.³¹ Aus dieser kritischen Perspektive wird dem Gerichtshof sein Schweigen bei der Drittwirkungsfrage eher negativ zur Last gelegt. Mancher traut dem EuGH ganz grundsätzlich kein *judicial self-restraint* zu.³²

Die jüngere Rechtsprechung im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts scheint dies zu bestätigen und deutet wieder in die Richtung unbegrenzter Horizontalwirkung. Während sich nämlich die Kritik an *Mangold*³³ und der Folgerechtsprechung³⁴ auf diverse Punkte und insbesondere die Richtlinienwirkungen konzentrierte, wurde die Frage der grundrechtlichen Horizontalwirkung anfangs kaum wahrgenommen. Denn wer dem EuGH soweit zustimmte, dass in diesen Fällen der Anwendungsbereich europäischer Grundrechte eröffnet ist, hatte damit noch nicht darüber entschieden, ob dies auch zwischen zwei Privaten der Fall sein sollte. Anfangs zögerlich, aber mit zunehmender Dynamik thematisiert die Literatur diese Frage.³⁵

tigkeit des öffentlichen Rechts, 2012, S. 335 (335). Umfassend zum Vergleich zwischen Grundrechts- und Grundfreiheitsbindung unten Kapitel C., III. und *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2011; *Mayer*, Nach Art. 6 EUV (Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Rn. 63.

³⁰ Ausführlich: *Haltern*, Europarecht II – Dogmatik im Kontext, 3. Aufl. (2017), 288 ff.

³¹ *Manthey/Unselde*, Der Mythos vom contra-legendem-Verbot, DÖV 2011, S. 921 ff.; *Manthey/Unselde*, Grundrechte vs. „effet utile“, ZEuS 2011, S. 323 ff.

³² Vgl. dazu *Avbelj*, Is There Drittwirkung in EU Law?, in: Sajó/Uitz (Hrsg.), The Constitution in Private Relations, 2005, S. 145 (155–160). Vgl. auch das mit Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich (ABl. 2008 C 115/313) zum Ausdruck gebrachte Misstrauen einiger Mitgliedstaaten.

³³ Rs. C-144/04 – *Mangold*, Slg. 2005, I-9981.

³⁴ Vgl. eingehend *Manthey/Unselde*, Grundrechte vs. „effet utile“, ZEuS 2011, S. 323 (334 ff.).

³⁵ Vgl. im Wesentlichen chronologisch *Craig*, The Lisbon Treaty, 2010, 206 ff.; *Mol, Küçükdeveci*: *Mangold Revisited*, EuConst 6 (2010), S. 293 ff.; *Cabral/Neves*, General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect, European Public Law 17 (2011), S. 437 ff.; *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, S. 696 ff.; *Witte*, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, in: Craig/Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2011, S. 323 (338 f.); *Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 (2389–2390); *ders.*, Zur Drittwirkung von Grundrechten und Grund-

Die *Mangold*-Rechtsprechung ist aber auch deswegen bemerkenswert, weil sich bei ihr die zwei maßgeblichen Horizontalwirkungsmethoden begegnen. Wir haben es einerseits mit der Durchsetzung von Grundrechtsinhalten auf einfachgesetzlicher Ebene zu tun, etwa in Gestalt der verschiedenen Antidiskriminierungsrichtlinien.³⁶ Andererseits nutzt hier der EuGH seine verfassungsgerichtliche Funktion, um etwa das grundrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung durchzusetzen.³⁷ Da man weder als deutscher Verfassungsrechtler noch als Europarechtler daran gewöhnt ist, auch an die Möglichkeit von Bürgerrechtsakten zu denken, kommt hier die US-amerikanische Perspektive gelegen. Der US Supreme Court hat nämlich die verfassungsgerichtliche Horizontalwirkung eher selten adressiert und noch seltener genutzt.³⁸ Zum Ausgleich hat sich in den USA eine Tradition der Bürgerrechtsakte herausgebildet.³⁹ Diese Methode hat heute

freiheiten, in: Ruffert (Hrsg.), *Dynamik und Nachhaltigkeit des öffentlichen Rechts*, 2012, S. 335 ff.; *Pech*, *Between Judicial Minimalism and Avoicance*, CMLRev 49 (2012), S. 1841 ff.; *Seifert*, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, RTD eur. 48 (2012), S. 801 ff.; *Leczykiewicz*, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, E.L.Rev. 38 (2013), S. 479 ff.; *Leczykiewicz/Weatherhill* (Hrsg.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013; *Trstenjak/Beysen*, *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case-Law of the CJEU*, E.L.Rev. 38 (2013), S. 293 (307–310); *Seifert*, *Zur Horizontalwirkung sozialer Grundrechte*, EuZA 6 (2013), S. 299 ff.; *Cariat*, *L'invoication de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux*, Cah. dr. eur. 50 (2014), S. 305 ff.; *Dittert*, *Droits fondamentaux européens: vers un effet direct horizontal généralisé?*, R.A.E. – L.E.A. 2014, S. 177 ff.; *Kerikmäe*, *EU Charter: Its Nature, Innovative Character, and Horizontal Effect*, in: ders. (Hrsg.), *Protecting Human Rights in the EU*, 2014, S. 5 (10–12); *Lizzerini*, *Case Note AMS*, CMLRev 51 (2014), S. 907 ff.; *van der Walt*, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, 2014; *Ward*, *Article 51*, in: Peers/Hervey/Kenner u. a. (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, S. 1413 (1429–1431); *Guðmundsdóttir*, *A Renewed Emphasis on the Distinction Between Rights and Principles*, CMLRev 52 (2015), S. 685 (698); *Frantziou*, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, ELJ 21 (2015), S. 657 ff.; *Craig/Búrca*, *EU Law*, 6. Aufl. (2015), S. 419; *Tinière*, *Association de médiation sociale*, in: *Picod* (Hrsg.), *Jurisprudence de la CJUE 2014, 2015*, S. 81 ff.; *Schütze*, *European Union Law*, 2015, S. 467–468; *Stein*, *Drittwirkung im Unionsrecht*, 2016; *Walkila*, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, 2016; *Jarass*, *Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten*, ZEuP 2017, S. 310 ff.; *Haltern*, *Europarecht II – Dogmatik im Kontext*, 3. Aufl. (2017), S. 652–655; *Stürner*, *Die Einwirkungen des EU-Primärrechts auf das nationale Privatrecht*, JURA 2017, S. 26 (30); *Madsen/Olsen/Šadl*, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities*, ELJ 23 (2017), S. 140 ff.

³⁶ Dazu ausführlich unten Kapitel C., V.

³⁷ Dazu ausführlich unten Kapitel C., VI.

³⁸ Die verfassungsgerichtlichen Horizontalwirkung war Ende der 1960er bis Anfang der 1980er in den USA ein Thema, hat aber nicht zu ihrer kohärenten Etablierung geführt, dazu unten Kapitel B., I., 4.

³⁹ Vgl. *Ackerman*, *We the People* (III), 2014.

selbst konservative Kreise für sich gewonnen, die damit jedoch der gliedstaatlichen Selbstbestimmung Ausdruck verleihen und der Ostküstenmentalität von „Washington“ entgegen wirken wollen.⁴⁰ Liberalen Demokraten⁴¹ wurde im Gegenzug vorgeworfen, die Bundeskompetenz zur Regelung des grenzüberschreitenden Handels, der *Commerce Clause*, zu nutzen, um ihre Verfassungswerte bis in den letzten Winkel der Vereinigten Staaten zu tragen. Bereits diese kurze Umschreibung der Horizontalwirkungsdebatte in den USA dürfte zeigen, dass sich ein Vergleich ähnlicher Konflikte zwischen den EU-Mitgliedstaaten mit „Brüssel“ und einer freigiebigen Nutzung der Binnenmarktklausel aufdrängt.⁴²

Um die Zielrichtung der Arbeit deutlich zu machen, werde ich im Folgenden die einzelnen Bestandteile des Titels (Bedeutung/Horizontalwirkung/Abwägung) näher erläutern.

I. Wieso „Bedeutung“?

Diese Arbeit schließt an die spätestens seit Anfang der 1990er Jahre begonnene Sinnsuche der Europäischen Union an. Das soll zwar nicht bedeuten, dass die folgenden Kapitel nicht auch jedem Leser und jeder Leserin dafür warm ans Herz gelegt seien, um sich über den aktuellen Stand der Grundrechtsdogmatik in der Union im Vergleich zu Deutschland und den USA zu informieren. Eine normative Antwort darauf, wie der EuGH in Zukunft konkret mit der Horizontalwirkungsfrage umgehen sollte, wird man jedoch vergeblich suchen. Stattdessen soll dieses Buch vor allem zwei Dinge leisten:

Einerseits möchte es den Blick auf die Horizontalwirkungsfrage erweitern, indem es auch die einfachgesetzliche Durchsetzung von Grundrechten und den verfassungsgerichtlichen Trend zur Abwägung einbezieht. Die Erkenntnisse aus dieser geänderten Perspektive sollen deutlich machen, dass die Horizontalwirkung von EU-Grundrechten bereits weiter fortgeschritten ist als dies eine Handvoll EuGH-Urteile suggerieren. Diese Art der Horizontalwirkung hat auch in Zukunft großes Potential.

⁴⁰ Dazu unten Kapitel B., I., 7.

⁴¹ Wenn im Folgenden in Bezug auf die Vereinigten Staaten von „Liberalen“ und/oder „Demokraten“ die Rede ist, meine ich damit das US-amerikanische Verständnis dieser Begriffe. „Liberal“ meint damit so etwas wie politisch links, sozial-demokratisch und „demokratisch“ meint in der Regel die politische Zugehörigkeit zur Demokratischen Partei.

⁴² Allerdings wird die Föderalismusfrage an sich in dieser Arbeit nur am Rande behandelt. Dies ist von der Hoffnung getragen, dass die Spannung zwischen ländlicher Peripherie und den zentripetalen Tendenzen in Bundesstaaten sich auch so in der Horizontalwirkungsfrage widerspiegelt.

Andererseits soll bei dieser Arbeit stets die Frage mitgedacht werden, wieso die Europäische Union so eine horizontalwirkungsfreundliche Rechtsordnung ist. Haben wir es hier mit einer Gegenbewegung zum bisher eher ökonomisch geprägten Integrationsprozess zu tun? Wandelt sich die Wirtschaftsgemeinschaft zu einer Grundrechts- und Werteunion?⁴³

Meine These – dies darf ich vorwegnehmen – ist eine andere. Ich gehe davon aus, dass sich die ökonomische Rationalität der Union hervorragend mit der Rationalität der grundrechtlichen Horizontalwirkung vereinbaren lässt. Rationalität ist dabei aber nicht mit Vernunft gleichzusetzen. Spätestens seit der letzten Finanzkrise haben wir eine gute Ahnung davon, dass ökonomische Rationalität kein Garant für vernünftige Entscheidungen ist.⁴⁴ Dennoch kann man beobachten, dass gewinnmaximierende und selbst korrupte Wirtschaftsorganisationen nicht grundsätzlich davor zurück schrecken, sich für rechtliche Strukturen, Grundrechte und gerade auch deren Horizontalwirkung einzusetzen.⁴⁵ Die Kritiker einer angeblich neoliberalen Europäischen Union und der so genannten „negativen Integration“ neigen dazu, dies zu verkennen, obwohl der zunehmende Grad an Verrechtlichung und die Proliferation von Grundrechten nicht zu übersehen sind.⁴⁶

Insbesondere dieser zweite Teil meines Erkenntnisinteresses ist von der Überzeugung geleitet, dass Dogmatik letztendlich eine Voraussetzung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Recht bleibt.⁴⁷ Die Dogmatik bildet die Schnittmenge von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft, aber nicht den Kern rechtswissenschaftlicher Tätigkeit.⁴⁸ Wenn also morgen der EuGH (das BVerfG oder der US Supreme Court) ein bahnbrechendes Urteil zu der Frage der Horizontalwirkung erließe, wäre es der Wunsch des Verfassers, dass dies für die wissenschaftlichen Erkenntnisse ohne dramatische

⁴³ Der Rolle des Rechts wird im Kontext der europäischen Integration seit jeher besondere Bedeutung zugeschrieben. Vgl. für einige klassische Beispiele: *Weiler*, The Transformation of Europe, Yale L.J. 100 (1991), S. 2403 ff.; *Scheingold*, The Rule of Law in European Integration, 1965; *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973. Dies kann der Rechtswissenschaft nicht gleichgültig sein, vgl. dazu *Halter*, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 37 ff.

⁴⁴ Für eine gute Beschreibung, vgl. nur *Vogl*, Das Gespenst des Kapitals, 2010.

⁴⁵ Man denke hier nur an den Bereich des organisierten Sports (sowohl weltweit, europäisch als auch in den USA). Dort entstehen komplexe Rechtsregimes mit Schiedsgerichten und Antirassismus- und Wertekampagnen. Der organisierte Sport drängt in Deutschland immer wieder auf eine Anerkennung von Sport im Grundgesetz.

⁴⁶ Vgl. auch *Möllers*, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 339 ff.

⁴⁷ Vgl. ausführlich *Halter*, *Europarecht I – Dogmatik im Kontext*, 3. Aufl. (2017), S. 10–26.

⁴⁸ Vgl. nur *Möllers*, *Methoden*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2012, S. 123 (157).

Konsequenzen bliebe. Mit diesem Wunsch steht man natürlich nicht allein. Gerade zu der Frage der Horizontalwirkung gab es schon häufig Ansätze, die ebenfalls weit über die Beantwortung dogmatischer Detailfragen hinausgingen. Ob diese jedoch für die EU-Rechtsordnung fruchtbar gemacht werden können, erscheint mir eher fraglich.

1. Herkömmliche Fragen zur Horizontalwirkung

Im deutschen Kontext brachte *Ernst-Wolfgang Böckenförde* seine Sicht auf die Frage der Drittwirkung anschaulich auf den Punkt, als er davon sprach, dass sich an ihr entscheide, ob man die Verfassung als Rechtsordnung „in nuce“ begreift oder ob sie im Wesentlichen eine „Rahmenordnung“ des politischen Prozesses sei.⁴⁹

Was *Böckenförde* beschreibt, begegnet einem bei der Lektüre von Texten zur Horizontalwirkungsfrage immer wieder. Es geht dabei im Prinzip immer um die Frage, wie weit „das Recht“, „der Staat“, „die Verfassung“ oder „das Öffentliche“ in „die Gesellschaft“ oder „das Private“ eingreifen darf. Der Dichotomie von „Staat und Gesellschaft“ wird für die klassische Narration moderner Staats- und Grundrechtstheorien enorme Bedeutung zugemessen. Sie wird teilweise auf die bereits im römischen Recht und in der klassischen Philosophie gemachte Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht oder der öffentlichen und der privaten Sache zurückgeführt.⁵⁰ Bis heute wird den Gegnern dieser Unterscheidung eine Tendenz zur Totalität unterstellt.⁵¹ Die Emanzipation des Bür-

⁴⁹ *Böckenförde*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 437.

⁵⁰ Vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Hesse/Reicke/Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung, 1962, S. 23 ff.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 144–152; *Rupp*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2004, S. 879 ff. Während diese Unterscheidung im Mittelalter keine Rolle gespielt habe, sei sie im Absolutismus wiederentdeckt worden, vgl. *Brunner*, Land und Herrschaft, 1990, S. 124. Erst in der Zeit der Aufklärung wurden Staat und Gesellschaft nicht nur unterschieden, sondern legitimierungstheoretisch verknüpft. Der Antagonismus von Staat (Monarch) und dem was eine „Gesellschaft“ zu sein begann, brauchte eine Begrifflichkeit, vgl. dazu *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1992, S. 51. Bei *Hegel* wurde die Ambivalenz der Dichotomie von freiheitswährendem und vereinheitlichendem Recht besonders deutlich, *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1992, S. 133–138. Er gab der Staatstheorie eine starke Strömung den Staat als Einheit zu sehen. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], 1995, S. 399 (dazu *Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl. (2011), S. 228). Gleichzeitig prägte er die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, wie sie von liberal-konstitutioneller Front benutzt wurde, dazu *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1992, S. 136.

⁵¹ *Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demo-

Sach- und Personenregister

- Agamben, Giorgio 16, 234
Alexy, Robert 162, 172, 237 f., 290, 319 f.
Amtshaftung 103
Arendt, Hannah 16, 326
Arkansas 65
Asylpolitik 111
Ausnahmезustand 109, 239, 282, 300
Austin, John L. 16
- Baer, Susanne 287
Bill of Rights 34, 36, 55, 67, 248, 250, 269
Binnenmarktklausel 8, 14, 29, 71, 177 f.
Biopolitik 14
Black, Charles L. 51
Blair, Tony 190, 192, 200
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 10
Brandeis, Louis 54
Brennan, William 51
Brexit 159, 193, 316
Breyer, Stephen 61, 248 f.
Bundesarbeitsgericht (BAG) 85, 88, 105, 108
Bundesgerichtshof (BGH) 79, 83, 90, 103, 107, 110 ff.
– Bundesweites Stadionverbot 114
– BVH-Bank 104
– Fraport 111
– Jesuitenpater 114
– Moses-Entscheidung 90
– Quelle 166, 229
– Rauchen auf dem Balkon 107
– Thor Steinar 114
– Voigt 114
– Wettbewerbsklausel Wirtschaftsprüfer 105
Bundesverfassungsgericht (BVerfG)
– Bierdosen-Flashmob 113
– Blinkfuer 93
– Bürgschaftsverträge 107
– Fraport 110 ff., 114
– Handelsvertreterentscheidung 106
– Kleinbetriebsklausel 108
– Osho 100
– Schwangerschaftsabbruch I 98
– Schwangerschaftsabbruch II 101
– Wallraff 96
– Wunsiedel 285
Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) 103
Bürgerkrieg 37 ff., 59, 198, 250, 252
Bürgerrechtsakt 41, 43, 52, 54, 56, 67 f., 74, 189, 273
Bush, George H. W. 61
Bush, George W. 61
- Canaris, Claus-Wilhelm 95
Caroline von Monaco/Hannover-Saga 163
clear and present danger 275
Clinton, Bill 61
Commerce Clause 8, 14, 29, 35, 52 f., 56, 61, 68, 71, 73, 174 f., 177, 206, 253, 306, 321
content-neutral 274
Cooley, Thomas 45
Cour de cassation 163, 222 f., 225, 230, 267
- Danwitz, Thomas von 103
deficit spending 323
Deutscher Fußballbund (DFB) 110
Dieterich, Thomas 106
Doppelgeltung 130
Dürig, Günter 87
Dworkin, Ronald 162, 172, 238, 319
Dystopie 234

- economic substantive due process 46, 252
 effet d'exclusion 211
 Eichberger, Michael 287
 equal protection clause 34, 42, 44
 EU-Binnenmarktfreiheiten 142
 EU-Grundrechteagentur 124
 Europäischer Gerichtshof (EuGH)
 – Åkerberg Fransson 124, 127 ff., 204
 – AMS 229
 – Angonese 150
 – Bauernproteste 170
 – Bosman 145
 – Cassis de Dijon 303
 – Costa/ENEL 137
 – Dansk Supermarked 153
 – Dassonville 154
 – Deckmyn 167
 – Defrenne II 135
 – Dominguez 222
 – Enderby 201
 – Google Spain 187
 – Keck 155, 303
 – Küçükdeveci 214
 – Lindqvist 187
 – Mangold 6 f., 120, 195, 201, 207 ff.,
 213 ff., 219 ff., 224, 229, 301
 – Maruko 202
 – Omega 292
 – Österreichischer Rundfunk 186
 – Römer 220
 – Sapod Audic 155
 – Schmidberger 169
 – van Duyn 138
 – van Gend & Loos 131
 – Viking Line 152, 171, 292
 – Vlaamse Reisbureaus 154
 – Walrave 133
 Europäischer Gerichtshof für Menschen-
 rechte (EGMR) 158, 161, 225 f., 237, 293,
 307
 excluded reason 256
 Facebook 1, 315
 Finanzaufsicht 103
 Föderalismusreform 78
 Folterverbot 163, 262 ff., 293 f.
 Foucault, Michel 13, 87, 172, 234
 Freiheit 1, 11, 18, 21, 42, 45, 65, 71, 76, 78,
 87, 94, 110, 195, 233, 242 f., 246, 252,
 271, 274, 287, 289, 295, 304
 Freirechtsschule 245
 Geld/Recht-Analogie 322
 Gierke, Otto von 76
 Ginsburg, Ruth Bader 61, 272
 Gorsuch, Neil 62
 Gouvernamentalität 13, 15, 18, 71, 87, 94,
 179, 234 f., 262 f., 317 f., 325
 Grundfreiheiten-Situation 126
 Häberle, Peter 290
 Habermas, Jürgen 321 f.
 Harlan, Veit 89
 harm principle 11
 Hart-Dworkin-Debatte 5
 Hart, H. L. A. 16
 Heiligkeit 263, 321
 Heller, Hermann 84
 Herzog, Roman 215, 282, 292, 300
 Hesse, Konrad 267
 Hintergrundpräsenz 321 f.
 Hochzeitstorte 65
 Holmes, Oliver Wendell 46, 53 f., 78, 118,
 252, 275
 homosexuell 61, 64 ff., 272 ff., 309
 Hotelverbot 114
 Indiana 65
 Integrationslehre 91
 Ipsen, Hans-Peter 85
 Irrationalität 257, 318 f., 325
 Jefferson, Thomas 40, 70
 Jellinek, Georg 266
 Jim Crow 55, 69
 judicial self-restraint 6
 Kagan, Elena 61
 Kant, Immanuel 320
 Kelsen, Hans 12, 23, 85
 Kennedy, Anthony 60, 64, 249
 Kirchhof, Ferdinand 287
 Klagebefugnis 180, 212, 302
 Kommensurabilität 321

- Kommodifizierung 321
 Konkordanz, praktische 268
 Konstitutionalisierung 315
 Kreuzberg-Urteile 240
 Kumm, Mattias 172, 234, 247, 257, 263

 Lehre vom regulatorischen Effekt 147
 Leisner, Walter 86
 Lincoln, Abraham 38
 Lüth, Erich 89

 marketplace of ideas 118
 Marktzugang 155
 Marx, Karl 260, 326
 Masing, Johannes 100, 287 f.
 Monti-II-Verordnung 193
 Monti-Verordnung 192

 Naturrecht 90
 New Deal 252, 306
 New Mexico Supreme Court
 – Elane Photography, LLC v. Willock 65 f.,
 273
 Nipperdey, Hans Carl 85, 88
 Nixon, Richard 56, 68 f.

 Obama, Barack H. 61, 63, 67
 Obamacare 24, 175, 272
 objektive Werteordnung 90
 O'Brien-Test 274
 O'Connor, Sandra Day 60
 Originalismus 251

 Paulus, Andreas 287
 Preußische Allgemeine Landrecht 74, 240
 Prinzipientheorie 319
 privileges and immunities clause 42
 Prohibition 29, 38, 46 f.

 Radbruch, Gustav 91
 Rationalität 54, 322
 – der Abwägung 313
 – des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes
 236
 – gesetzgeberische 22
 – juristische 236, 261, 272
 – ökonomische 9, 14 f., 17, 71, 73, 107, 118,
 177, 179, 206, 311, 323, 326

 rational-basis test 318
 – und Faschismus 18
 Rationalitätswächter 310
 Rawls, John 238
 Reagan, Ronald 57, 60
 Rehnquist, William H. 57 ff., 63
 Religionsfreiheit 258, 267
 Religious Freedom Restoration Act (RFRA)
 65 f., 271, 273
 Re-Regulierung 318
 Roberts, John G. 61, 64 f., 68
 Roosevelt, Eleanor 47
 Roosevelt, Franklin D. 47, 53, 55, 252

 Säkularisierung 258, 320
 Scalia, Antonin 62, 248 f., 271
 Schlink, Bernhard 244
 Schmitt, Carl 2, 84
 Schmoller, Gustav von 74
 Schröder, Gerhard 192, 200
 Sexualleben 15
 Sklaverei 70, 143, 218, 310
 Skouris, Vassilios 5, 189, 232
 Smend, Rudolf 2, 84, 91 f., 267, 280
 Smith, Adam 260, 322
 Sokrates 247
 Sonderrechtslehre 279, 288
 Sotomayor, Sonia 61, 63
 Souter, David 61
 Stadionverbot 110
 State Action Doktrin 19, 30, 33 ff., 46 ff.,
 56, 58 ff., 62, 68 f., 71, 189, 233, 236, 272,
 318
 strict scrutiny 249, 253, 270, 275
 Sunstein, Cass R. 233
 Superrevisionsinstanz 25

 Teubner, Gunther 107
 textualism 250
 Thomas, Clarence 61, 64
 Todesstrafe 250 f., 263, 294 ff.
 Toiletten 66
 Trump, Donald 62, 67 f., 274
 Twitter 1
 Tyrannei der Werte 320

 UN-Charta 47
 undue-burden-Test 254

- University of Michigan Law School 63, 287
- US Supreme Court
 - Bell v. Maryland 51
 - Boy Scouts of America v. Dale 61
 - Brown v. Board of Education 55
 - Burton v. Wilmington Parking Authority 50, 58
 - Burwell Secretary of Health an Human Services v. Hobby Lobby 66, 259, 270 ff.
 - City of Boerne v. Flores 104, 271
 - Civil Rights Cases 29, 38 ff., 43, 51, 56, 64, 69, 119, 271 f., 318
 - DeShaney v. Winnebago Count 60, 64
 - District of Columbia v. Heller 248
 - Employment Division v. Smith 65, 270
 - Flagg Brothers, Inc. v. Brooks 59
 - Local Valley 49 f., 113
 - Lochner 45 f., 53, 68, 252, 269, 311, 318
 - Marsh v. Alabama 49, 57 f., 113
 - Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission 65, 68, 274
 - NCAA v. Tarkanian 149
 - New York Times v. Sullivan 50, 62
 - Obergefell v. Hodges 64 f.
 - Roe v. Wade 57, 98, 101, 254
 - Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action 63
 - Shelby County v. Holder 63
 - Shelley v. Kraemer 47, 59
 - Sherbert v. Verner 269
 - Slaughter-House Cases 42, 59
 - Smith v. Allwright 48
 - Snyder v. Phelps 62, 276
 - United States v. Lopez 61
 - United States v. Morrison 56, 61
- volonté générale 269
- Vorabentscheidungsverfahren 23
- Währungspolitik 323
- Warren, Earl 49
- Wechselwirkungslehre 278, 281
- Weimarer Reichsverfassung 83, 279
- Weinkauff, Hermann 90
- Wertethik 91
- Zeh, Juli 234
- Zuschneiden 316