

ANDREAS KULICK

# Horizontalwirkung im Vergleich

*Jus Publicum*

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 291





Andreas Kulick

# Horizontalwirkung im Vergleich

Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte  
zwischen Privaten

Mohr Siebeck

*Andreas Kulick*, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i. Br., Genf, Berlin und New York (LL.M. NYU); 2011 Promotion (Tübingen); 2012–2014 Anwalt in Paris (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP); 2019 Habilitation (Tübingen); Lehrstuhlvertretungen in Köln, Göttingen und Heidelberg.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) - 445787365.

ISBN 978-3-16-159403-8 / eISBN 978-3-16-159404-5

DOI 10.1628/978-3-16-159404-5

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://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 gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die Genese eines monographischen Werkes ist auch immer in gewisser Weise eine partielle Biographie des Autors. Mit der Frage, wie und ob Grundrechte zwischen Privaten wirken, wurde ich – wie die meisten deutschen Jurastudierenden – in meinen ersten Studiensemestern, damals in Freiburg, konfrontiert. Sie hat mich nicht losgelassen. Mit diesem Buch ist die Beschäftigung mit ihr nun in eine Monographie gemündet, die im Jahr 2019 als Habilitationsschrift an der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen unter der Betreuung von Prof. Dr. *Martin Nettesheim* angenommen wurde. Die Habilitation erfolgte im Juli desselben Jahres.

Nach meinem ersten Examen hatte ich Gelegenheit, an der NYU School of Law im Rahmen eines LL.M. über den deutschen dogmatischen und theoretischen Horizont hinauszublicken – ein prägendes Erlebnis, das sowohl mein theoretisches als auch mein rechtsvergleichendes Interesse weiter angefacht hat. Die Idee, der Horizontalwirkung der Grundrechte monographisch auf den Grund zu gehen, kam mir im Rahmen eines Seminars, das Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Dieter Grimm* im Wintersemester 2010/2011 an der Humboldt-Universität veranstaltete und das mir durch die historische Perspektive, die es anlegte, einen profunderen Blick auf die Materie verschaffte und neue, zuvor unbekannte Einsichten ermöglichte. Dafür bin ich ihm und den anderen Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Seminars zu tiefem Dank verpflichtet. Mein Blick auf die Praxis wurde maßgeblich durch meine Zeit als Anwalt in Paris in der völkerrechtlichen Praxisgruppe von Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP von 2012 bis 2014 und dabei insbesondere durch die analytische Schärfe und intellektuelle Kreativität von Univ.-Doz. Dr. *Claudia Annacker* geprägt.

In Tübingen habe ich am Lehrstuhl meines Habilitationsvaters, Prof. Dr. *Martin Nettesheim*, einen Ort gefunden, an dem ich diese Schrift sowie eine Vielzahl anderer Projekte in einer konzentrierten Atmosphäre realisieren konnte. Dafür, ebenso wie für die anregenden thematischen Impulse sowie für die zügige Erstellung des Erstgutachtens der Habilitationsschrift, gilt ihm mein herzlicher Dank. Dankbar bin ich ferner Prof. Dr. *Jochen von Bernstorff* für das umgehend erstellte Zweitgutachten und für seine Unterstützung und für viele interessante Diskussionen während meiner Habilitationszeit sowie Prof. Dr. Dr. h.c. *Wolfgang Graf Vitzthum* für seine stets wohlwollende Anteilnahme an meinen wissenschaftlichen Vorhaben. Überdies habe ich aus den

Stellungnahmen der Tübinger Fakultätsmitglieder zu meiner Habilitationsschrift wertvolle Hinweise erhalten. Frau *Isolde Zeiler* danke ich für ihre tatkräftige Unterstützung während meiner Tübinger Zeit.

Während Forschungsaufenthalten als Global Fellow an der NYU School of Law – meiner Rückkehr nach New York acht Jahre später, im fall term 2016 – sowie als Gast am WZB Berlin im Januar und Februar 2017 habe ich viele vergleichende, theoretische und interdisziplinäre Impulse erhalten. Besonders sei dabei Professor *Gráinne de Burca*, Professor *Joseph Weiler* und Professor *Mattias Kumm* gedankt. Ein Stipendium der Fritz-Thyssen-Stiftung ermöglichte den New Yorker Aufenthalt.

Für das Lektorat und die Betreuung der Veröffentlichung beim Verlag Mohr Siebeck danke ich Frau Julia Caroline Scherpe-Blessing, Frau Ilse König und Herrn Matthias Spitzner. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) gilt mein Dank für die großzügige Förderung der Arbeit durch eine Publikationsbeihilfe.

Eine Arbeit profitiert wohl am meisten von Anregungen und Diskussionen mit Kolleginnen und Kollegen, sei es in einem formellen Forum, sei es informell auf dem Flur oder anlässlich einer Konferenz. Aus der Vielzahl von Personen, denen ich insoweit zu großem Dank verpflichtet bin, sei zunächst mein Tübinger Kollege Prof. Dr. *Johannes Flume* besonders hervorgehoben. Vom nahezu täglichen Austausch, von seinem fachlichen Enthusiasmus, dem wertvollen kritischen Blick des Privatrechtlers auf das Wildern des öffentlich-rechtlichen Kollegen in privatrechtlichen Gefilden, vor allem aber von seiner Freundschaft habe ich unermesslich profitiert. Mit Prof. Dr. *Chris Thomale* konnte ich einige wichtige Aspekte des Verhältnisses von Grundrechten und Privatrecht diskutieren. Überdies danke ich den Mitgliedern unseres Habilitationskreises, in dessen Rahmen ich einige zentrale Ideen der Arbeit in intellektuell anregender Atmosphäre diskutieren konnte, wobei meine geschätzten Mitstreiter, Kollegen und Freunde PD Dr. *Johannes Eichenhofer* und PD Dr. *Michael Goldhammer* besonders zu nennen sind. Dr. *Jakob Zollmann* war mir in Berlin ein wertvoller Gesprächspartner auch über den juristischen Horizont hinaus.

Dr. *Naiade el-Khoury* danke ich für ihren Zuspruch auch in herausfordernden Zeiten. Gewidmet ist dieses Werk meiner Mutter, Dr. *Barbara Kulick*. Ihre Liebe und Unterstützung, einschließlich der tatkräftigen Korrekturlektüre des Gesamtmanuskripts der Arbeit, waren ständige und stärkende Begleiter durch Höhen und Tiefen der Habilitationsphase.

Heidelberg, im Juli 2020

Andreas Kulick

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
<i>1. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Einführung</i> .....	1
A. Ewigkeitsthema Horizontalwirkung .....	1
B. Gang der Darstellung .....	9
<i>2. Kapitel: Horizontalwirkung – Terminologie und Typologie</i> ...	15
A. Horizontalwirkungsterminologie .....	15
B. Horizontalwirkungstypologie .....	20
C. Fazit .....	40
<i>3. Kapitel: Horizontalwirkungskonstruktionen – Diskurs und Dogmatik</i> .....	43
A. Anwendung .....	46
B. Verantwortung .....	80
C. Zurechnung .....	119
D. Ablehnung .....	139
E. Dogmatik und Diskurs – Erkenntnisse .....	153
<i>4. Kapitel: Neuere und neueste Rechtsprechung des BVerfG – Rekonstruierte Verantwortung?</i> .....	185
A. Rekonstruierte Auslegung .....	186
B. Drei Schritte: Verfassungskonforme Auslegung plus .....	194
C. Richterrecht und Stadionverbot: Grenzen der Rekonstruktion .....	201
D. Fazit .....	211
<i>5. Kapitel: Horizontalwirkung und Staatsorganisationsrecht – Zwingende Grenzen</i> .....	215
A. Präliminarien: Grundrechte, Staatsorganisationsrecht und Verfassungstheorie .....	216



B. Grundrechtsbindung und Grundrechtsgebundene .....	220
C. Horizontalwirkung und Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat .....	234
D. Fazit .....	277
 <i>6. Kapitel: Horizontalwirkung und Selbstbestimmung – Ethik, Demokratietheorie und Anwendungspraxis</i> .....	 279
A. Selbstbestimmung und drei Großthemen der Horizontalwirkung .....	280
B. Privatautonomie und wirtschaftliche Selbstbestimmung .....	309
C. Öffentlichkeit und öffentlicher Diskurs .....	343
D. Identität und selbstbestimmte Lebensführung .....	366
E. Horizontalwirkung und Selbstbestimmung: Bilanz und Fazit .....	390
 <i>7. Kapitel: Horizontalwirkung durch zweistufige Anwendung – Erwiderungen auf offene Fragen</i> .....	 407
A. Warum gelten die Grundrechte zwischen Privaten? .....	408
B. Welche Grundrechte gelten zwischen Privaten? .....	413
C. (Wie) gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz? .....	421
D. Konsequenzen für das Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit? .....	428
E. Fazit .....	435
 <i>8. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Schlussbetrachtung</i> .....	 437
 Literaturverzeichnis .....	 445
Personen- und Sachregister .....	477

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XVII
1. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Einführung .....	1
<i>A. Ewigkeitsthema Horizontalwirkung</i> .....	1
<i>B. Gang der Darstellung</i> .....	9
2. Kapitel: Horizontalwirkung – Terminologie und Typologie ...	15
<i>A. Horizontalwirkungsterminologie</i> .....	15
I. Wirkung, Geltung, (Un-)Mittelbarkeit .....	15
II. Drittwirkung und Horizontalwirkung .....	18
<i>B. Horizontalwirkungstypologie</i> .....	20
I. Kriterien der Typisierung .....	20
II. Vier Typen der Horizontalwirkung .....	22
III. Vier Typen und acht zentrale Gruppen dogmatischer Konstruktionen: analytische Darstellung und Abgrenzung .....	25
1. Anwendungskonstruktionen .....	26
2. Verantwortungskonstruktionen .....	30
3. Zurechnungskonstruktionen .....	36
4. Ablehnungskonstruktionen .....	39
<i>C. Fazit</i> .....	40
3. Kapitel: Horizontalwirkungskonstruktionen – Diskurs und Dogmatik .....	43
<i>A. Anwendung</i> .....	46
I. Dürigs Sorge und Laufkes Beobachtung .....	46
II. Nachkriegszeit und Richterkunst .....	48

1. Von der Säkularisierung des Naturrechts zur Wertungsjurisprudenz: Coing, Wieacker, Esser und Larenz .....	49
2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht als Schwert .....	52
III. Nipperdeys Traum: Grundrechte als Privatrecht .....	55
IV. Leisners Erkenntnis: Grundrechte und Zivilgerichtsbarkeit .....	59
V. Zwischenbilanz .....	61
VI. Horizontalwirkung im EU-Mehrebenensystem .....	63
1. Anwendung, Anwendbarkeit und Grundrechte .....	63
2. Unmittelbare Anwendung der EU-Grundfreiheiten .....	65
3. Horizontalwirkung und EU-Grundrechte .....	67
4. Fazit .....	72
VII. Irlands „constitutional torts“ als stumpfes Schwert .....	73
VIII. Schlussfazit .....	74
1. Institutionelle Relevanz der Anwendungskonstruktionen .....	74
2. Egenberger auf Deutsch: Die zweistufige Anwendung .....	76
3. Anwendungskonstruktionen in der Praxis .....	79
<i>B. Verantwortung</i> .....	80
I. Auslegungskonstruktionen .....	81
1. Dürig und die Werte .....	82
2. BVerfG: Zählung der Werte als Zählung der Fachgerichte .....	84
a) Lüth: Grundrechte als „aufgerichtete“ Wertordnung .....	84
b) Auslegung in action .....	85
c) Der institutionelle Sieg des BVerfG .....	88
3. Israel: Kestenbaum als Lüth-Klon? .....	91
4. Kanada: Verantwortung und common law .....	92
5. Südafrika: Ein weiterer Klon? .....	96
6. Fazit .....	97
a) Institutionelle Relevanz der Auslegungskonstruktionen .....	97
b) Auslegungskonstruktionen in der Praxis .....	100
II. Figuren der normalen Grundrechtsfunktionen .....	100
1. Canaris und Co.: Abwehr, Schutz oder beides? .....	101
2. Die „positive obligations“ in der Rechtsprechung des EGMR .....	107
3. Wertbegründung und Alternativen .....	112
4. Fazit .....	115
a) Tun und Unterlassen – Abwehr und Schutz .....	115
b) Die normalen Grundrechtsfunktionen in der Praxis .....	118
<i>C. Zurechnung</i> .....	119
I. State action vs. private action: Zurechnung in der Rechtsprechung des US Supreme Court .....	120
1. Ausgangspunkt: Staatsrichtung, Föderalismus und Staatshaftung .....	120
2. State action heute: „A conceptual disaster area“ .....	124

3. Shelley v. Kraemer: Gerichte, state action und Horizontalwirkung . . . .	125
a) Der Weg zu Shelley: state action als Feind . . . . .	125
b) Shelley v. Kraemer: Umfassende Horizontalwirkung durch Zurechnung? . . . . .	127
c) Der langsame Abschied von Shelley: distinguishing und retracting . .	132
II. Schwabe und Murswiek: privates Verhalten ist staatliches Verhalten . . . .	133
III. Fazit . . . . .	136
1. State action: Alles oder nichts . . . . .	136
2. Zurechnung in der Praxis . . . . .	137
<i>D. Ablehnung</i> . . . . .	139
I. Realisierung der Grundrechte durch den Gesetzgeber . . . . .	140
II. Frankreich: Der langsame Abschied von der parlamentarischen Souveränität . . . . .	142
III. Vereinigtes Königreich: Parlamentarische Souveränität als demokratische Legitimität . . . . .	148
IV. Fazit . . . . .	152
<i>E. Dogmatik und Diskurs – Erkenntnisse</i> . . . . .	153
I. Die Horizontalwirkungskonstruktionen im dogmatischen Vergleich . . . .	154
1. Staatsrichtung und Anwendung . . . . .	154
2. Anwendung und Verantwortung . . . . .	157
3. Verantwortung und Staatsrichtung . . . . .	160
4. Auslegung und normale Grundrechtsfunktionen . . . . .	163
5. Verantwortung und Zurechnung . . . . .	165
6. Ablehnung und Auslegung . . . . .	170
7. Grundrechtsprüfung und Kontext . . . . .	172
8. Fazit . . . . .	174
II. Die Tiefenstruktur der Horizontalwirkung: Staatsorganisationsrecht, Ethik, Demokratietheorie . . . . .	176
1. Institutionelle Interaktion: Staatsorganisationsrecht . . . . .	176
2. Von den Werten zur Ethik zur personalen Autonomie . . . . .	177
a) Beharrliche Werte: Rechtsprechung . . . . .	177
b) Beharrliche Werte: Rechtstheorie . . . . .	180
c) Werte – nützliche Fiktionen . . . . .	181
3. Politische Autonomie: Demokratietheorie . . . . .	182
 4. Kapitel: Neuere und neueste Rechtsprechung des BVerfG – Rekonstruierte Verantwortung? . . . . .	 185
<i>A. Rekonstruierte Auslegung</i> . . . . .	186
I. Horizontalwirkung als verfassungskonforme Auslegung . . . . .	186
II. Konformität und Orientierung – zum Begriff der verfassungs- konformen Auslegung . . . . .	191

<i>B. Drei Schritte: Verfassungskonforme Auslegung plus</i> .....	194
I. Horizontalwirkung im Einzelfall und zwei Schritte davor .....	194
II. Wechselspiel zwischen abstrakter und konkreter Ebene .....	198
III. Auslegungskonstruktion des BVerfG .....	199
<i>C. Richterrecht und Stadionverbot: Grenzen der Rekonstruktion</i> .....	201
I. Horizontalwirkung, Richterrecht und BVerfG .....	201
II. Der Stadionverbotsbeschluss: Entscheidung für eine Anwendungskonstruktion? .....	207
<i>D. Fazit</i> .....	211
<b>5. Kapitel: Horizontalwirkung und Staatsorganisationsrecht – Zwingende Grenzen</b> .....	215
<i>A. Präliminarien: Grundrechte, Staatsorganisationsrecht und Verfassungstheorie</i> .....	216
I. Staatsorganisationsrecht und Grundrechtsinterpretation .....	216
II. Verfassungsrecht und Verfassungstheorie .....	219
<i>B. Grundrechtsbindung und Grundrechtsgebundene</i> .....	220
I. Verantwortung und richterliche Grundrechtsbindung .....	221
II. Staat, Gesellschaft und Zurechnung .....	223
III. Ablehnung strikter Ablehnung .....	227
IV. Anwendung, Staatsrichtung und Grundrechtsbindung .....	229
V. Fazit .....	234
<i>C. Horizontalwirkung und Gewaltenteilung im demokratischen Rechtsstaat</i> .....	234
I. Verfassungsrechtlicher Gewaltenteilungsgrundsatz .....	236
1. Gewaltenteilung und Grundgesetz .....	236
2. Horizontalwirkung, parlamentarisches Gesetz und Jurisdiktionsstaat	238
3. Interpretation, Rechtsfortbildung und Grundgesetz .....	242
a) Normsetzung und Normanwendung .....	243
b) Sprache, Vorverständnis und Rechtsprechung .....	244
c) Grundgesetzliche Großzügigkeit: Gesetzesvorbehalt, Gesetzesbindung und richterliche Rechtsfortbildung .....	246
4. Fazit .....	251
II. Verfassungsrechtliches Demokratieprinzip .....	252
1. Repräsentative Demokratie und Grundgesetz .....	252
2. Horizontalwirkung und Legitimationskette .....	257
3. Parlamentarisches Gesetz, Richterrecht und demokratische Legitimation .....	260
a) Repräsentation, Deliberation und Grundgesetz .....	260

b) Parlamentarisches Gesetz, Horizontalwirkungskonstruktionen und prekäre demokratische Legitimation? .....	262
c) Gesetzesbindung, Demokratie und (großzügiges) Grundgesetz ....	264
4. Fazit .....	267
III. Verfassungsrechtliches Rechtsstaatsprinzip .....	267
1. Rechtsstaat, Rechtssicherheit und Grundgesetz .....	268
2. Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und Horizontalwirkung .....	271
D. Fazit .....	277

## 6. Kapitel: Horizontalwirkung und Selbstbestimmung – Ethik, Demokratietheorie und Anwendungspraxis .....

A. <i>Selbstbestimmung und drei Großthemen der Horizontalwirkung</i> ...	280
I. Selbstbestimmung – personale und politische Autonomie .....	280
1. Individuell-personale Autonomie – Ethik .....	280
a) Autonomie zwischen Willkür und sozialem Selbst .....	280
b) Autonomie als Authentizität und Kontrolle .....	286
c) Autonomie und Horizontalwirkung .....	289
2. Kollektiv-politische Autonomie – Demokratietheorie .....	291
a) Zwischen Individuum und Gemeinschaft .....	291
b) Zwischen Verfahren und Inhalt .....	294
c) Zwischen Gericht und Gesetzgeber .....	298
d) Zwischen Teilhabe und Stellvertretung .....	302
e) Demokratietheorie und Horizontalwirkung .....	305
II. Drei Großthemen .....	306
B. <i>Privatautonomie und wirtschaftliche Selbstbestimmung</i> .....	309
I. Ökonomisch-soziale Machtasymmetrien .....	309
1. Selbstbestimmung und Vertragsgerechtigkeit .....	309
2. Der generöse Gesetzgeber .....	313
a) Prüfung der Horizontalwirkungskonstruktionen: Ergebnisäquivalenz und Autonomieverständnis .....	314
b) Vorzugswürdige Kriterien: Authentizität und Kontrolle .....	320
c) Anwendung und Kontrolle .....	323
d) „Strukturelle Unterlegenheit“ zwischen Gerichten und Gesetzgeber .....	324
3. Der absente Gesetzgeber .....	325
a) Horizontalwirkung praeter und contra legem .....	326
b) Nochmals: Anwendung und Kontrolle .....	329
c) Zügellose Anwendung? .....	330
4. Fazit .....	334
II. Familie, Ehe, Erbe: wirtschaftliche Selbstbestimmung und Identität .....	334
III. Wirtschaftliche Betätigung und öffentliche Debatte .....	337

1. Geschäftsschädigende Äußerungen .....	337
2. Werbung und ihre Grenzen .....	341
IV. Fazit .....	342
C. <i>Öffentlichkeit und öffentlicher Diskurs</i> .....	343
I. Öffentlicher Meinungs Austausch .....	343
1. Öffentliche Meinungsäußerungen und persönliche Ehre .....	344
2. Informationszugang, Informationsplattformen und Privatheit .....	347
a) Wer ist Störer? Staatsrichtung und Anwendung .....	348
b) Herabsetzung 2.0: Internet-Intermediäre und öffentlicher Diskurs .....	351
3. Kunst und öffentliche Debatte .....	355
II. Herrenreiter, Prinzessinnen, Filmstars: Prominente und Medienberichterstattung .....	359
III. Überwachung am Arbeitsplatz .....	363
IV. Fazit .....	365
D. <i>Identität und selbstbestimmte Lebensführung</i> .....	366
I. Kopftuch am Arbeitsplatz – neutrale Arbeitswelt? .....	366
II. Religiöse Arbeitswelt – selbstbestimmte Lebensführung und kirchliches Selbstbestimmungsrecht .....	372
1. Religionsgemeinschaften, Selbstbestimmungsrecht und nicht- staatliche Regulierung .....	372
2. Kirchliche Selbstbestimmung und personale Autonomie .....	374
3. Verantwortung oder Anwendung? .....	378
III. Abstammung, Herkunft und familiäre Identität .....	380
1. Nochmals: Richterliche Rechtsfortbildung und Horizontalwirkung ..	381
2. Vater, Mutter, Kind: Identität und Autonomie .....	384
3. Der notwendige Staat: Mehrpolige Rechtsverhältnisse und Verfahren ..	385
IV. Fazit .....	390
E. <i>Horizontalwirkung und Selbstbestimmung: Bilanz und Fazit</i> .....	390
I. Horizontalwirkungspraxis .....	390
II. Horizontalwirkungskonstruktionen und individuell-personale Autonomie .....	394
III. Horizontalwirkungskonstruktionen und kollektiv-politische Autonomie ..	400
IV. Fazit: Plädoyer für die zweistufige Anwendung .....	404
7. Kapitel: Horizontalwirkung durch zweistufige Anwendung – Erwiderungen auf offene Fragen .....	407
A. <i>Warum gelten die Grundrechte zwischen Privaten?</i> .....	408
B. <i>Welche Grundrechte gelten zwischen Privaten?</i> .....	413
I. Freiheitsrechte .....	413
II. Gleichheitsrechte .....	415

C. (Wie) gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz? .....	421
D. Konsequenzen für das Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit? .....	428
I. Kompetenzverschiebung und Kompetenzabgrenzung .....	428
II. Zweistufige Anwendung und Rechtssicherheit .....	432
E. Fazit .....	435
8. Kapitel: Horizontalwirkung im Vergleich – Schlussbetrachtung .....	437
Literaturverzeichnis .....	445
Personen- und Sachregister .....	477





## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
DNA	Deoxyribonucleic acid
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GG	Grundgesetz
GRC	Europäische Grundrechtecharta
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRA	Human Rights Act
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KUG	Kunsturhebergesetz
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr	ständige Rechtsprechung
TMG	Telemediengesetz
UK	Vereinigtes Königreich
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
US/USA	Vereinigte Staaten von Amerika
u. a.	unter anderen/unter anderem
u. v. a. m.	und viele andere mehr
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

## 1. Kapitel

# Horizontalwirkung im Vergleich – Einführung

### A. Ewigkeitsthema Horizontalwirkung

Zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht sind ganze Bibliotheken geschrieben worden.<sup>1</sup> Deshalb stellt sich bei einer Arbeit wie der vorliegenden umgehend die Frage: Warum? Warum ein weiteres Buch zur Thematik der „Drittwirkung“/„Privat(rechts)wirkung“/„Horizontalwirkung“ etc.? Tatsächlich gibt es wenige andere Themen des deutschen Verfassungs- oder Privatrechts, zu denen sich der Gedanke derart aufdrängt, es sei bereits Alles in der einen oder anderen Form gesagt.

In der deutschen wissenschaftlichen Diskussion wird denn auch die Frage nach der Wirkung der Grundrechte zwischen privaten Akteuren in der jüngeren Vergangenheit<sup>2</sup> häufig nur noch als ein „Formulierungsproblem“<sup>3</sup> betrachtet.

---

<sup>1</sup> Im Folgenden sei stellvertretend nur eine Auswahl der meistdiskutierten Werke genannt. Aus der deutschen Literatur: *H. C. Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, Recht der Arbeit 1950, 121; *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956, 157; *W. Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; *J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971; *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 1984, Bd. 184, 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *G. Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; *M. Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001; *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003; *R. Christensen/A. Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007; *C. Unseld*, Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten, 2018. Rechtsvergleichend aus jüngerer Zeit: *A. Sajó/R. Uitz* (Hrsg.), The Constitution in Private Relations – Expanding Constitutionalism, 2005; *D. Oliver/J. Fedtke* (Hrsg.), Human Rights and the Private Sphere – A Comparative Study, 2006; *G. Brüggemeier/A. Colombi Ciacchi/G. Comandé* (Hrsg.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, zwei Bände, 2010; *J. van der Walt*, The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, 2014.

<sup>2</sup> D.h. nach den großen Diskussionen in den 1960er und 1970er Jahren im Nachgang des Lüth-Urteils (BVerfGE 7, 198 [1958]) und *Jürgen Schwabes* Angriff auf die Drittwirkungslehre (*J. Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971) sowie in 1980er und 1990er Jahren im Anschluss an die Lehren von *Claus-Wilhelm Canaris* und die Bürgschafts- und Handelsvertreterentscheidungen des BVerfG (stellvertretend: *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 1984, Bd. 184, 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *J. Hager*, Grundrechte und Privatrecht, JuristenZeitung 1994, 373; BVerfGE 81, 242 [1990] – Handelsvertreter; E 89, 214 [1993] – Bürgschaftsverträge).

<sup>3</sup> *F.J. Säcker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, Einl., Rn. 67.

Es herrsche nahezu Einigkeit hinsichtlich des „Ob“ einer solchen Horizontalwirkung und auch die Frage des „Wie“ sei im Wesentlichen ebenfalls entschieden:<sup>4</sup> Im Anschluss an die Arbeiten von *Claus-Wilhelm Canaris*<sup>5</sup> vertreten viele Autoren heute, die Lösung der Horizontalwirkungsproblematik sei darin zu suchen, Grundrechte in ihrer „normalen Funktion [...] als Eingriffsverbote und Schutzpflichten“<sup>6</sup> zu verstehen und entsprechend danach zu fragen, ob der Staat, insbesondere die Gerichte, in die Grundrechte der einen Seite eingegriffen und/oder es unterlassen haben, die Grundrechte der anderen Seite zu schützen.<sup>7</sup> Das BVerfG konstruiert die Horizontalwirkung der Grundrechte bis heute im Wege der „Ausstrahlungswirkung“ der als Ausdruck einer „Wertordnung“ oder eines „Wertsystems“ verstandenen Grundrechte auf das einfache Recht. Diese „mittelbare Drittwirkung“ sei von den Gerichten durch Auslegung zu realisieren.<sup>8</sup>

Gemeinsam ist den in deutscher Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Auffassungen die ausschließliche Staatsrichtung der Grundrechte: Grundrechte bestehen nur gegenüber dem Staat, nicht aber zwischen Privaten. Eine unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten kann jedenfalls im deutschen Recht nicht bestehen: Eine solche kann man nicht dogmatisch vertretbar konstruieren, sie ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, sie bedeutet Verpflichtung und nicht Freiheit Privater, sie konterkariert damit die Privatautonomie und sie führt zu ungezügelterm Richterrecht.

Das scheint eindeutig und argumentativ schlagkräftig. Doch bei genauerem Hinsehen kommen Zweifel auf. Zweifel, die sich auf all den soeben genannten ar-

<sup>4</sup> Ebenda; *J. F. Lindner*, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, *JuristenZeitung* 2016, 697, 704: „[W]esentliche Fragen [können] heute als geklärt angesehen werden.“; vgl. auch *R. Schmidt*, Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsproblematik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, 131. Differenziert und ironisch jüngst *C. Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2019, Bd. 144, 1, 61 („Wie in einer unendlichen Geschichte wurden und werden die beiden Alternativen einander gegenübergestellt, die Unzulänglichkeit der unmittelbaren Drittwirkung herausgestellt und dann für eine behutsame mittelbare Drittwirkung plädiert“).

<sup>5</sup> Stellvertretend *C.-W. Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, *Archiv für die civilistische Praxis* 1984, Bd. 184, 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999.

<sup>6</sup> *R. Schmidt*, Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsproblematik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, 131, 134.

<sup>7</sup> Dies sei inzwischen „herrschende Meinung“, vgl. z. B. *F. Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen – Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, 2015, S. 371; *J. F. Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 445; *ders.*, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, *JuristenZeitung* 2016, 697, 704; *M. Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, *JuristenZeitung* 2009, 389; *R. Schmidt*, Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsproblematik, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, 2017, 131, 135 ff.

<sup>8</sup> StRSpr. seit BVerfGE 7, 198 (205 f.) [1958]. Siehe jüngst BVerfGE 148, 267 (280) [2018] – Stadionverbot. Zu den Nuancen der Rechtsprechung des BVerfG zur Horizontalwirkung der Grundrechte siehe im Einzelnen unten Kap. 3, B.I.2. und Kap. 4.

gumentativen Ebenen zeigen: analytisch, dogmatisch, staatsorganisationsrechtlich, ethisch, demokratietheoretisch, anwendungspraktisch.

*Analytisch* sind bereits die verwendeten Begrifflichkeiten schief. Eine Dritt-/Privat(rechts)-/Horizontalwirkung kann nicht mittelbar (oder unmittelbar) sein. Wirkung wirkt – sie zielt auf ein Resultat: dass Grundrechte bei der Entscheidung des Privatrechtsverhältnisses A-B *irgendwie* eine Rolle spielen. *Wie* dies geschieht, interessiert die Wirkung nicht.<sup>9</sup> Deshalb eignet sich der Wirkungsbegriff nur als generischer Terminus. In dieser Arbeit verende ich „Horizontalwirkung“ daher als Oberbegriff für alle dogmatischen Ansätze, welche dazu führen, dass die Grundrechte zwischen Privaten im Privatrechtsverhältnis<sup>10</sup> auf irgendeine Weise Bedeutung erlangen – unabhängig davon, ob beispielsweise durch Grundrechtsentfaltung im Privatrechtsgesetz, Auslegung des einfachen Rechts anhand der Grundrechte oder aufgrund eines unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses zwischen Privaten. Analytische Verwirrung besteht ferner hinsichtlich der (Un-)Mittelbarkeit: Geht es darum, ob Gerichte auf die Grundrechte unmittelbar zurückgreifen oder sie nur mittelbar im Wege der Auslegung des einfachen Rechts zur Wirkung bringen?<sup>11</sup> Oder geht es nicht vielmehr darum, ob ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten besteht, anstelle lediglich eines unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses zwischen den Privaten und dem Staat, was mittelbar zu einer Auswirkung der Grundrechte auf das einfachrechtliche Rechtsverhältnis der Privaten führen kann? Ist letzterer der zutreffende Ausgangspunkt, müssen indes die verschiedenen dogmatischen Konstruktionen der Horizontalwirkung analytisch konsequent daraufhin durchleuchtet und infolgedessen kategorisiert werden, zwischen wem ein grundrechtliches Rechtsverhältnis im Sinne einer Anspruch-Pflichten-Relation besteht und auf wessen Handlung *h* abzustellen ist, um zu bestimmen, ob eine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt.<sup>12</sup> Die Arbeit beschränkt sich mithin auf diese Position der Grundrechte als Anspruch-Pflichten-Verhältnis.<sup>13</sup> Entsprechend wird hierfür der Begriff der „Geltung“ gewählt: Wenn Grund-

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu unten Kap. 2, A.I.

<sup>10</sup> Die Arbeit beschränkt sich folglich auf die Frage nach der Wirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen und klammert somit Aspekte der Grundrechtswirkung zwischen Privaten in öffentlich-rechtlichen Beziehungen (z. B. Fragen des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes im Baurecht) weitgehend aus.

<sup>11</sup> So offenbar A. *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, *JuristenZeitung* 2018, 901, 902.

<sup>12</sup> Vgl. dazu für die deutsche Grundrechtsdogmatik wirkmächtig R. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 187 ff., der sich auf die Lehren *Wesley Newcomb Hohfelds* stützt, vgl. W. N. *Hohfeld*, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal* 1913–1914, Bd. 23, 16, insbesondere 28–44.

<sup>13</sup> Vgl. für die verschiedenen von *Robert Alexy* so bezeichneten „Grundrechtspositionen“ im Anschluss an *Hohfeld*: R. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 171 ff. sowie unten Kap. 2, B.I.

rechte zwischen zwei Seiten „gelten“, besteht zwischen ihnen eine direkte Anspruch-Pflichten-Relation, also z.B. ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger oder zwischen Privaten untereinander. Diese analytische Differenzierung,<sup>14</sup> zwischen wem unmittelbare Grundrechtsverhältnisse bestehen, ist der Startpunkt für Typisierung, Vergleich und Bewertung der diversen Horizontalwirkungskonstruktionen, welche diese Arbeit für das deutsche Recht unternehmen will. Zu häufig fehlt es in Literatur und Praxis insoweit an einer präzisen Unterscheidung.

*Dogmatisch* erscheint zunächst die „Ausstrahlungswirkung“ des BVerfG wenig sattelfest: Grundrechte gelten nicht im Rechtsverhältnis zwischen Privaten, „strahlen“ aber auf ebendieses Rechtsverhältnis „aus“ und wirken damit letztlich doch ähnlich, als ob sie unmittelbar zwischen ihnen gälten, allerdings nur „mittelbar“, realisiert durch „Auslegung“. Das ist, gelinde gesagt, etwas holprig. Doch auch hinsichtlich der nach eigenem Selbstverständnis dogmatisch konsistenteren und kohärenteren Alternativpositionen im Anschluss an *Canaris*, die insoweit auf Abwehr- und/oder Schutzfunktion der Grundrechte rekurrieren,<sup>15</sup> kommen Fragen auf. Muss hier, wenn eine Grundrechtsverletzung durch Eingriff und/oder Beeinträchtigung einer Schutzpflicht festgestellt ist, nicht ebenfalls das einfache Recht anhand des so ermittelten grundrechtlichen Anspruchs (gegen den Staat) ausgelegt werden? Stellt man auf Eingriff/Schutzpflichtbeeinträchtigung durch die Gerichte ab, auf welcher Basis entscheidet dann die erste Instanz? Denn hier fehlt es z. B. an einem Grundrechtseingriff durch das Urteil der Vorinstanz. Variiert das Schutzniveau in der Verhältnismäßigkeitsprüfung – Übermaßverbot in der Eingriffs-, Untermaßverbot in der Schutzpflichtenkonstellation – obwohl es vom Zufall bzw. von der gesetzgeberischen Vorentscheidung abhängt, welche der beiden Parteien eine Klage einreicht und entsprechend ob das Gericht in der nächsten Instanz in einer Eingriffs- oder einer Schutzpflichtenkonstellation entscheidet?<sup>16</sup> Ferner und alle staatsgerichteten Horizontalwirkungskonstruktionen betreffend, bedeutet ein unmittelbares grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen Privaten wirklich, dass Grundrechte dadurch unweigerlich stets zu *Pflichten* mutieren? Geht es nicht auch hier – wie im unmittelbaren Grundrechtsverhältnis Bürger-Staat – zunächst um *prima facie*-Positionen, die letztlich zu einem grundrechtlichen Anspruch führen können, aber nicht müssen? Ist ein etwaiges unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nicht bereits deshalb grundlegend anders zu behandeln als ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis Bürger-Staat, weil Private – anders als der Staat – nicht nur grundrechtsverpflichtet, sondern zugleich auch grundrechtsberechtigt sind?<sup>17</sup> Dogmatikkritik

<sup>14</sup> Vgl. dazu unten Kap. 2, B.

<sup>15</sup> Vgl. stellvertretend nur C.-W. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 ff. Siehe dazu auch ausführlich unten Kap. 3, B.II.

<sup>16</sup> Vgl. dazu unten Kap. 3, E.I.4.

<sup>17</sup> Vgl. dazu unten Kap. 3, E.I.2. sowie auch Kap. 7, B.II. und C.

und Diskursanalyse der Horizontalwirkungskonstruktionen sind daher zentrale Anliegen dieser Arbeit.<sup>18</sup>

Dogmatik ist für Fragen der Horizontalwirkung zweifelsohne bedeutsam, verbleibt indessen vergleichsweise an der Oberfläche der Problematik. Will man der Horizontalwirkung auf den Grund gehen, muss man tiefer liegende Schichten freilegen. Diese im Weiteren so bezeichnete Tiefenstruktur der Horizontalwirkung<sup>19</sup> hat wesentlich drei zentrale Elemente: Staatsorganisationsrecht, Ethik und Demokratietheorie. Horizontalwirkungsfragen sind erstens Machtfragen. Wer entscheidet über die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht, wer darf darüber entscheiden, kurzum: was ist staatsorganisationsrechtlich zulässig, was schließt das Staatsorganisationsrecht zwingend aus? Damit hängt zusammen: welche Auswirkungen haben einzelne Horizontalwirkungskonstruktionen auf die inter- und intra-institutionellen Dynamiken zwischen Parlament (präziser: Gesetzgeber) und Gerichten, zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit? Ferner haben über die harten normativen Kriterien des Staatsorganisationsrechts hinaus insbesondere zwei weitere Tiefenstrukturelemente Bedeutung für Horizontalwirkungsfragen und für die Wahl einzelner dogmatischer Konstruktionen: Es geht um Selbstbestimmung, um individuell-personale und um kollektiv-politische. Verbleibt der Einzelnen somit zweitens im Verhältnis zu anderen Privaten – gegebenenfalls solchen mit erheblicher sozialer, ökonomischer oder politischer Macht – Raum für autonome Willensbildung und autonomes Handeln? Auf der anderen Seite, wie verhält sich drittens diese individuell-personale zu kollektiv-politischer Autonomie, die sich in einer liberalen parlamentarischen Demokratie vor allem im politisch-demokratischen Prozess und in seinem wichtigsten Produkt, dem Gesetz, kristallisiert?

Hinsichtlich der staatsorganisationsrechtlichen Tiefenstruktur der Horizontalwirkung liest man vielerorts, ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten widerspräche den Vorschriften und Prinzipien des deutschen *Staatsorganisationsrechts*. Aber lässt sich tatsächlich sagen, dass das Grundgesetz die unmittelbare Geltung zwingend ausschließt? Art. 1 Abs. 3 GG erwähnt zwar nur die Staatsgewalten. Aber dass A an X gebunden ist, schließt zunächst einmal nicht aus, dass auch B an X gebunden sein kann.<sup>20</sup> Außerdem, vermögen die staatsgerichteten Horizontalwirkungskonstruktionen den Anforderungen von Gewaltenteilungsgrundsatz, Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, vgl. insbesondere Art. 20 Abs. 3 und Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG, tatsächlich besser Stand

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu insbesondere unten Kap. 3, und 7.

<sup>19</sup> Begriff angelehnt an N. Chomsky, Remarks on Nominalization, in: *Ders.*, Studies on Semantics in Generative Grammar, 1975, 11, 12 ff. und *ders.*, Deep Structure, Surface Structure and Semantic Interpretation, in: *Ders.*, Studies on Semantics in Generative Grammar, 1975, 62 ff. Siehe ausführlicher, auch zu den einzelnen Elementen der Tiefenstruktur der Horizontalwirkung, unten Kap. 3, E.II.

<sup>20</sup> Vgl. dazu unten Kap. 5, B.IV.



zu halten als solche dogmatische Figuren, die von einem unmittelbaren Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten ausgehen? Auch dies ist nicht zu behaupten, sondern zu untersuchen.<sup>21</sup>

Die vorherrschende Meinung kritisiert an einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte zwischen Privaten regelmäßig, diese führe in Unfreiheit und konterkariere die Privatautonomie.<sup>22</sup> Die Frage, ob und wie Grundrechte zwischen Privaten wirken, betrifft somit die grundlegende praktisch-philosophische Frage, wie ich mein Leben im Verhältnis zu Anderen leben und gestalten kann. Es geht also um selbstbestimmte Lebensführung mit anderen Einzelnen, aber auch im Kollektiv der *polis*. Genauer: Es geht um die Abgrenzung widerstreitender *individueller Autonomiesphären* und um die Realisierung der individuellen Autonomie gegenüber den im Wege eines demokratischen Verfahrens zustande gekommenen Beschlüssen in der politischen Gemeinschaft. Die Privatautonomie-rhetorik ist omnipräsent im herrschenden Horizontalwirkungsdiskurs.<sup>23</sup> Selten wird jedoch unternommen, erstens das jeweils zugrunde gelegte Autonomieverständnis zu explizieren und philosophisch zu fundieren, zweitens die einzelnen Horizontalwirkungskonstruktionen – einschließlich der staatsgerichteten – an den herausgearbeiteten Autonomiebedingungen zu messen und drittens aus diesen Bedingungen Kriterien für den Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen im Einzelfall zu entwickeln. Mit Blick auf die staatsgerichteten Konstruktionen, welche „die Privatautonomie“ nach der vorherrschenden Auffassung angeblich erfordere, lässt sich indes mit Blick auf das zweite Tiefenstrukturelement der Horizontalwirkung fragen: Wie kann Selbstbestimmung dadurch erzielt werden, dass der Staat – also fremdbestimmt – die Grundrechtswirkung überhaupt erst vermittelt? Warum bedeutet diese Mediatisierung größere Autonomie als die eigene Grundrechtsinhaberschaft Privater?<sup>24</sup>

Derartige individuell-personale steht wie erwähnt in enger Beziehung zu kollektiv-politischer Autonomie, dem dritten zentralen Tiefenstrukturelement der Horizontalwirkung. Ist aus *demokratiethoretischer* Sicht die unmittelbare

<sup>21</sup> Vgl. dazu im Einzelnen unten Kap. 5, zusammenfassend D.

<sup>22</sup> Prägend vor allem G. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, 157, 164ff. und W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 20ff. Aus neuerer Zeit siehe nur T. Barczak, Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: F. Scheffczyk/K. Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 4, 91, 97ff. m. w. N.

<sup>23</sup> Neben der in der vorangegangenen Fußnote genannten Literatur siehe stellvertretend für die Kommentarliteratur nur F. J. Säcker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, Einl., Rn. 63; W. Kabl, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Juli 2017, Art. 1 Abs. 3/Rn. 311; W. Höfling, in: Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 1/Rn. 116; H. Dreier, in: Ders. (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, vor Art. 1/Rn. 98; H.-J. Papier, Drittwirkung der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55, S. 1331, 1139f., jeweils m. w. N.

<sup>24</sup> Vgl. dazu zusammenfassend unten Kap. 6, E.II.

Geltung weniger legitimiert als staatsgerichtete Konstruktionen, weil erstere zu kaum kontrollierbarer richterlicher Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte führt, selbst wenn die verfassungsrechtlich zulässige Grenze nicht zwingend überschritten ist? Oder führt im Gegenteil nicht gerade ein nach Erfüllung verlangender grundrechtlicher Anspruch gegen den Staat zu einer weitreichenden faktisch gesetzesähnlich wirkenden richterlichen Normkreation, wenn es in die Verantwortung der Gerichte gelegt ist, die Grundrechtswirkung zwischen Privaten zu realisieren?<sup>25</sup> Außerdem, inwiefern fördert es demokratische Partizipation besser, wenn die für eine liberale Demokratie „schlechthin konstituierend[e]“<sup>26</sup> Teilhabe am öffentlichen Diskurs nur dann grundrechtlich bewehrt ist, wenn sie staatlich vermittelt wird?<sup>27</sup> Personale und politische Autonomie fungieren hier also zum einen als ebenfalls wesentliche Bewertungsfaktoren von verfassungsrechtlich möglichen Horizontalwirkungskonstruktionen, zum anderen aber auch als Kriterien, um den konkreten Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen zu gestalten.<sup>28</sup>

Aus Perspektive der *tatsächlichen Anwendungspraxis* zeigt schließlich zunächst ein genauerer Blick auf die *Rechtsprechung*, dass beispielsweise BGH und BAG die exklusive Staatsrichtung der Grundrechte keineswegs konsequent applizieren.<sup>29</sup> Vor allem demonstrieren aber die „Egenberger“-Rechtsprechung des EuGH<sup>30</sup> und der Stadionverbotsbeschluss des BVerfG,<sup>31</sup> beide aus dem Jahr 2018, dass europäische und – so lässt sich jedenfalls argumentieren<sup>32</sup> – implizit auch deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit in jüngster Zeit die unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten keineswegs für ausgeschlossen zu halten scheint.<sup>33</sup> Das liegt nicht zuletzt darin begründet, dass die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten in der Regel äquivalente Ergebnisse zu staatsgerichteten Konstruktionen zu produzieren vermag, wie sich im Einzelnen noch zeigen wird.<sup>34</sup> In solchen Konstellationen liegt der Unterschied zwischen unmittelbarer Geltung und den herrschenden staatsgerichteten Konstruktionen in ihrer Bedeutung für die Tiefenstrukturelemente der Horizontalwirkung:

<sup>25</sup> Vgl. dazu unten Kap. 6, B.I.3.c) und zusammenfassend E.III.

<sup>26</sup> BVerfGE 7, 198 (208, 212) [1958] – Lüth (stRspr des Gerichts, vgl. nur *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, August 2018, Art. 2 Abs. 1/Rn. 244; *C. Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, August 2018, Art. 5 Abs. 1/Rn. 162).

<sup>27</sup> Vgl. dazu zusammenfassend unten Kap. 6, E.III.

<sup>28</sup> Vgl. zusammenfassend unten Kap. 6, E.II. und III. sowie als Ergebnis IV.

<sup>29</sup> Vgl. dazu z. B. unten Kap. 6, C.I.1. und III. sowie zusammenfassend E.I.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – „Egenberger“; EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – „IR“, Rs. 68/17; EuGH, Urt. v. 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 – „Bauer und Broßonn“.

<sup>31</sup> BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

<sup>32</sup> Vgl. dazu unten Kap. 4, C.II.

<sup>33</sup> Vgl. dazu unten Kap. 3, A.VI.3. und VIII.2. sowie Kap. 4, C.II.

<sup>34</sup> Vgl. dazu zusammenfassend unten Kap. 6, E.I.

welche Konstruktion fördert besser die personale Autonomie? Welche führt zur geringeren Gefahr abstrakt-generell wirkender faktischer richterlicher Normkreation? Welche Auswirkungen hat die jeweilige dogmatische Figur auf das Verhältnis zwischen Fachgerichten und BVerfG?

Eine nur staatlich mediatisierte Horizontalwirkung bereitet *anwendungspraktisch* allerdings immer dann Kopfzerbrechen, wenn es an staatlicher Involvierung fehlt, die eine Grundrechtswirkung vermitteln könnte. Denn die vorherrschende Auffassung begründet Grundrechtswirkung überwiegend damit, dass ein staatliches Gericht über einen Privatrechtsstreit zu entscheiden hat und dabei die Grundrechte der Streitparteien nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen darf.<sup>35</sup> Unter dieser Prämisse muss Grundrechtswirkung jedoch dann ausscheiden, wenn bzw. solange es nicht zu einem Rechtsstreit vor staatlichen Gerichten kommt. Kann man also Grundrechte vertraglich abbedingen, indem man eine Schiedsklausel vereinbart, die einen Rechtsstreit privaten Schieds- anstelle von staatlichen Gerichten überantwortet? Wie ist es, wenn ein ausländisches Gericht einen Privatrechtsstreit nach deutschem Recht zu entscheiden hat, also kein deutscher Hoheitsträger die Grundrechtswirkung zu vermitteln vermag? Insbesondere aber: wie verhält es sich in Konstellationen, die in der Praxis selten bis nie vor Gericht gelangen? Ein wichtiges und immer mehr an Bedeutung gewinnendes Beispiel ist die private Regulierung digitaler Kommunikationsräume sozialer Medien durch private Internet-Intermediäre.<sup>36</sup> Kein Gerichtsverfahren bedeutet hier nach den herrschenden staatsgerichteten Horizontalwirkungskonstruktionen keine Grundrechtswirkung und entsprechend keinen Grundrechtsschutz.<sup>37</sup> Diese und weitere praktische Fragen werden ebenso erörtert<sup>38</sup> wie die erwähnte neueste Rechtsprechung von EuGH und BVerfG und ihre Konsequenzen und möglichen dogmatischen Impulse für die deutsche Horizontalwirkungsdogmatik.<sup>39</sup>

Diese Arbeit tritt der vorherrschenden staatsgerichteten Auffassung entgegen. Sie tritt für die unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten im deutschen Recht ein. Allerdings ergeben sich Unterschiede hinsichtlich spezifischer Grundrechtsbestimmungen, spezifischer Themenbereiche und spezifischer Sachverhaltskonstellationen.<sup>40</sup> Im weiteren Verlauf dieser Arbeit werde ich die zentralen Vorwürfe der Mehrheitsmeinung zum Maßstab nehmen, um die diversen zur Lösung der Horizontalwirkungsproblematik angebotenen

<sup>35</sup> Vgl. zu diesen von mir im Weiteren so genannten Verantwortungskonstruktionen unten Kap. 2, B.III.2. und Kap. 3, B.

<sup>36</sup> Vgl. dazu unten Kap. 6, C.I.2.b).

<sup>37</sup> Zu der Alternative umfassender staatlicher Regulierung solcher privater Kommunikationsräume und ihren Konsequenzen für die personale Autonomie vgl. unten Kap. 6, C.I.2.b) und E.II.

<sup>38</sup> Vgl. dazu unten Kap. 6, B.-D., zusammenfassend E.

<sup>39</sup> Vgl. dazu unten Kap. 3, A.VI.3., VIII.2. und Kap. 7.

<sup>40</sup> Vgl. dazu im Einzelnen unten Kap. 6, B.-D., zusammenfassend E.I. sowie Kap. 7, B.I.

dogmatischen Ansätze zu vergleichen und zu bewerten. Dogmatische Kohärenz und Konsistenz, Vereinbarkeit mit dem deutschen Staatsorganisationsrecht, personale (Privat-)Autonomie sowie demokratische Legitimation richterlicher Entscheidungen anhand der verschiedenen Horizontalwirkungskonstruktionen werden somit die wesentlichen Maßstäbe von Vergleich und Bewertung der Konstruktionen sein. Als Resultat offenbart sich meines Erachtens eine grundsätzliche Präferenz für eine spezifische Konstruktion unmittelbarer Geltung. Diese eliminiert weder die Privatautonomie, noch verwandelt sie Grundrechte in Grundpflichten, noch ignoriert sie die Entscheidungen des einfachen Gesetzgebers, noch bedeutet sie ungezügelter Richterrecht. Vielmehr wird sich zeigen, dass sie personale Autonomie besser als staatsgerichtete Konstruktionen realisiert, dass sie keine staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater bedeutet und die gesetzgeberische Grundentscheidung berücksichtigt und dass sie gerade in geringerem Maße Gefahr läuft, faktisch gesetzesähnlich wirkende richterliche Rechtsfortbildung zu betreiben als staatlich und damit gerichtlich vermittelte Grundrechtswirkung zwischen Privaten.<sup>41</sup>

### *B. Gang der Darstellung*

Die Arbeit unternimmt eine trennscharfe Typisierung und vergleichende Bewertung der diversen Typen und Konstruktionen grundrechtlicher Horizontalwirkung für das deutsche Recht: Wie sind die Konstruktionen zu unterscheiden? Wie verläuft der Diskurs zwischen und innerhalb der jeweiligen Typen und Konstruktionen? Wie dogmatisch kohärent und konsistent sind diese und wie sehr unterscheiden sie sich letztlich im Ergebnis voneinander? Untersagt das Grundgesetz bestimmte Typen oder Konstruktionen? Und schließlich: Welche der verfassungsrechtlich zulässigen Konstruktionen ist ethisch und/oder demokratietheoretisch, gegebenenfalls hinsichtlich welcher spezifischen Horizontalwirkungsthematik, zu präferieren? Welche Kriterien lassen sich aus den Bedingungen personaler und politischer Autonomie für den Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen Privater gewinnen? Am Ende von Vergleich und Bewertung komme ich zu dem Resultat, dass die von der neuesten Rechtsprechung des EuGH<sup>42</sup> inspirierte dogmatische Figur der von mir so bezeichneten zweistufigen Anwendung<sup>43</sup> am vorzugswürdigsten ist.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu unten Kap. 6, zusammenfassend E.II. und III. sowie Kap. 7, B. und C.

<sup>42</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16 – „Egenberger“; EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – „IR“, Rs. 68/17; EuGH, Urt. v. 6.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 – „Bauer und Broßonn“.

<sup>43</sup> Vgl. dazu unten Kap. 2, B.III.1.

<sup>44</sup> Vgl. unten Kap. 6, E.IV. sowie Kap. 7.

Die Arbeit hat dabei folgende Struktur. Zunächst sind terminologische Klarstellungen und Präzisierungen erforderlich.<sup>45</sup> Dies betrifft zunächst den Begriff der „Horizontalwirkung“. Horizontalwirkung dient insoweit als generischer Begriff, der sämtliche Spielarten der Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis erfasst. Er verdeutlicht, indem er sich als Wirkungsbegriff auf ein Resultat bezieht, dass etablierte Terminologien wie diejenigen der mittelbaren/unmittelbaren Drittwirkung etc. analytisch und dogmatisch inadäquat sind. Eine Unterscheidung der diversen dogmatischen Lösungsansätze der Horizontalwirkung der Grundrechte ergibt sich aus einer präzisen analytischen Typisierung anhand der jeweils konstruierten grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Relation. Auf diese zentrale, wenn auch nicht exklusive,<sup>46</sup> Iteration der Grundrechte beschränkt sich diese Arbeit. Aufgrund dieser Differenzierungskriterien gelangt sie zu vier Typen (Anwendung, Verantwortung, Zurechnung und Ablehnung) und insgesamt acht Gruppen dogmatischer Figuren der Horizontalwirkung.<sup>47</sup>

Im Weiteren nähert sich die Arbeit der Horizontalwirkungsproblematik und ihren diversen angebotenen Lösungen im Wege von vier verschiedenen Arten des Vergleichs. Zunächst erfolgt auf der ersten Vergleichsebene eine Diskursanalyse der verschiedenen Horizontalwirkungskonstruktionen (Kapitel 3), geordnet nach den im zweiten Kapitel identifizierten Typen und Gruppen dogmatischer Figuren. Ihrer Natur nach deskriptiv-analytisch, bedient sich diese Vergleichsebene des Rechtsvergleichs deutscher Lösungsansätze mit Ansätzen in der ausländischen Literatur und Praxis sowie in der Rechtsprechung von EuGH und EGMR. Die rechtsvergleichende Diskursanalyse verzahnt<sup>48</sup> in ihrer Darstellung deutsche, ausländische und supranationale Ansätze sowohl mit Blick auf Ähnlichkeiten in der Ausgestaltung der dogmatischen Konstruktion der grundrechtlichen Anspruch-Pflichten-Verhältnisse zwischen den Privaten A und B und dem Staat als auch mit Blick auf die institutionellen Konstellationen, die Einfluss auf die dogmatische Konstruktion ausüben. Das Erkenntnisziel bleibt trotz der komparativen Einsichten hier allerdings, wie auch in der restlichen Arbeit, ein solches für das deutsche Recht. Aus der Diskursanalyse emergiert dabei ebenfalls die Tiefenstruktur der Horizontalwirkung: Institutionell-staatsorganisationsrechtliche, ethische und demokratietheoretische Erwägungen entpuppen sich als einflussreich für die Wahl bestimmter Horizontalwirkungs-

---

<sup>45</sup> Siehe unten Kap. 2, A.

<sup>46</sup> Vgl. für die verschiedenen von *Robert Alexy* so bezeichneten „Grundrechtspositionen“: *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 171 ff. im Anschluss an *W.N. Hohfeld*, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, *Yale Law Journal* 1913–1914, Bd. 23, 16. Vgl. dazu auch unten Kap. 2, B.I.

<sup>47</sup> Siehe unten Kap. 2, B.

<sup>48</sup> Zur Verzahnung als Methode der Rechtsvergleichung siehe *U. Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015, S. 207 f.



## Personen- und Sachregister

- Abgrenzung öffentlich/privat 121 ff.,  
129 f., 135, 168, 225 f.
- Abgrenzung Tun/Unterlassen 115 ff.
- Ablehnung 24 f., 39 ff., 139 ff., 170 ff.,  
227 f., 238 ff., 262 ff., 271 ff., 313 ff.,  
325 ff., 343 ff., 359 ff., 391, 437 ff.
- AGG 17, 140, 183, 415
- Alexy, Robert 21, 113, 181
- Anspruch-Pflichten-Relation 3, 4, 21 f.,  
23, 25 ff., 75, 154, 170, 173, 437
- Anwendbarkeit 64
- Anwendung 24, 26 ff., 46 ff., 154 ff.,  
157 ff., 209 ff., 229 ff., 238 ff., 262 ff.,  
271 ff., 313 ff., 325 ff., 343 ff., 359 ff.,  
378 ff., 388, 391, 398 ff., 400, 437 ff.
- Anwendung, einstufige 28 ff., 55 ff, 76,  
173
- Anwendung, zweistufige 9, 12, 28, 30,  
69 ff., 76 ff., 407 ff., 438 f.
- Ausgleichsgerechtigkeit 131
- Auslegung 3, 4, 59, 81 ff., 163 ff., 170 ff.
- Ausstrahlungswirkung 2, 32, 110 f., 187,  
440
- Authentizität (Autonomie) 286 ff., 320 ff.,  
335 f., 369 f., 384 ff., 392, 413, 443
- Autonomie, personale *oder* individuelle  
6, 9, 182, 213, 232, 280 ff., 313 ff., 355,  
374 ff., 384 ff., 398 ff., 412 f., 421, 443, 444
- „Benetton“-Fälle des BVerfG 341 f., 345
- Berlin, Isaiah 394 ff.
- Betzler, Monika 286
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 140 f.,  
238 ff., 255
- „Bürgschaftsbeschluss“ des BVerfG 26,  
195 f., 317, 442
- Canaris, Claus-Wilhelm 2, 4, 33 f., 101 ff.,  
164, 194, 273, 438
- Carré de Malberg, Raymond 143, 146,  
147
- Civil Rights Act 1964 17, 183
- Coing, Helmut 47, 50 ff., 83 f., 97
- constitutional torts* (Irland) 72 ff.
- contra legem*-Entscheidung *oder* -Inter-  
pretation 68 f., 78, 79 f., 202, 249 ff.,  
263 f., 266, 272, 275, 276, 278, 314,  
326 ff., 330 ff., 343, 362, 382, 392, 402,  
404, 428, 433, 434, 441 f.
- counter-majoritarian difficulty* 298
- Demokratie, liberale 7, 297, 343, 346, 444
- Demokratie, repräsentative 252, 258,  
260 ff.
- Demokratiethorie 5, 6 f., 9, 11, 44, 182 f.,  
213, 261, 291 ff., 313 ff., 330, 369, 400 ff.,  
426, 441
- Dicey, Albert Venn 148
- Digitalisierung 8, 307, 340 f., 347 ff., 393
- Diskurs, öffentlicher 12, 307, 337 ff.,  
343 ff., 400
- Diskursanalyse 5, 10, 43, 44, 153
- distinguishing* (common law) 133, 403,  
442
- Doehring, Karl 222
- Drittwirkung 1, 18 ff.
- Drittwirkung, mittelbare 2, 16, 59, 209,  
318, 353
- Drittwirkung, unmittelbare 16, 55 ff.,  
59 ff.
- Dürig, Günter 31, 47 f., 59, 60, 61, 81 ff.,  
97, 394, 408
- Dworkin, Gerald 282
- Dworkin, Ronald 181, 299, 301 f., 325,  
346
- „Egenberger“-Rechtsprechung des EuGH  
7, 28, 68 ff., 76 ff., 374 ff., 410, 437, 444

- Ehre *oder* Ehrschutz 344 ff.  
 Eigenständigkeit des Privatrechts 47, 394  
 Einheit der Verfassung 216 ff.  
 Elster, John 289  
 Ely, John Hart 300 f., 330  
 EMRK 20, 107 ff., 145 f., 149 ff.  
*erga omnes*-Wirkung 276, 429, 434  
 Ergebnisäquivalenz 155, 308, 314 ff., 323,  
 348, 360, 368, 374, 391, 438  
 Esser, Josef 51 f., 173  
 Ethik 5, 9, 11, 44, 52, 182, 280 ff.
- Fachgerichte *oder* Fachgerichtsbarkeit 5,  
 12, 177, 190 f., 428 ff.  
 Figur, dogmatische 9  
 Fikentscher, Wolfgang 103  
 Flume, Werner 312 f., 317  
 Foucault, Michel 398  
 Frankfurt, Harry G. 282 f.  
 Frankreich, conseil constitutionnel 39,  
 142 ff.
- Gadamer, Hans-Georg 244 f.  
 Geltung 3 f., 6 ff., 13, 15 ff., 213, 398 f.,  
 442 f., 444  
 Gesetzesbindung, richterliche 138, 219,  
 241, 243 ff., 246 ff., 256, 258, 260 ff.,  
 264 ff., 268 f., 272, 442  
 Gesetzesvorbehalt 231 f., 246 ff.  
 Gewaltenteilung 11, 170, 231, 236 ff.  
 Gierke, Otto von 52  
 Gleichheitsrechte 12, 208 ff., 415 ff., 440  
 Großbritannien, Supreme Court *siehe*  
 United Kingdom (UK), Supreme Court  
 Grünberger, Michael 417 ff.  
 Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3  
 GG 32, 33, 56, 82, 86 f., 134 f., 139,  
 160 ff., 169, 177, 183, 186, 188, 194, 200,  
 201, 220 ff., 241, 408, 413  
 Grundrechtsfunktionen, normale 2, 31,  
 33 ff., 100 ff., 163 ff., 175, 440  
 Grundrechtskonstellation, mehrseitige  
 380, 385 ff., 392 f., 404  
 Gutachtenstreit 89 ff.
- Habermas, Jürgen 299, 331  
 „Handelsvertreter“-Entscheidung des  
 BVerfG 314 ff., 322 f., 443
- Handlungsoptionen, sinnvolle (Auto-  
 nomie) 289, 290, 320 f., 376, 412  
 Hart, Herbert Lionel Adolphus 180 f., 245  
 Hartmann, Nicolai 50  
 Heck, Philipp 245  
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 224 f.,  
 280, 283 ff., 397 f.  
 Henkin, Louis 137, 165 f.  
 „Herrenreiter“-Rechtsprechung des BGH  
 202 f., 360 ff., 402  
 Hesse, Konrad 237  
 Hohfeld, Wesley Newcomb 21  
 Human Rights Act 1998 (UK) 148 ff.
- Identität 12, 307, 334 ff., 366 ff.  
 Institutionelle Interaktion 176 f., 429  
 Institutionelle Relevanz 74 ff., 88 ff., 92,  
 97 ff.  
*inter partes*-Wirkung 276, 383, 387, 403 f.,  
 420 f., 428, 433, 434  
 Internet-Intermediär 8, 347 f., 351 ff., 371,  
 393 f.
- Irland, Supreme Court 73 ff., 98  
 Isensee, Josef 112 f.  
 Israel, Supreme Court 32, 91 f., 98
- Jurisdiktionsstaat 239 ff.
- Kanada, Supreme Court 32, 92 ff., 99  
 Kant, Immanuel 216, 280 ff., 292, 298  
 Kelsen, Hans 180, 243, 265, 297, 383  
 Kompetenzen *oder* Kompetenzverteilung  
 12, 74 ff., 88 ff., 92, 97 ff., 428 ff.  
 Kontrolle (Autonomie) 286 ff., 320 ff.,  
 323 f., 329 f., 369 f., 376 f., 384 ff., 392,  
 399, 404, 413, 443  
 Kumm, Matthias 259 f., 397
- Larenz, Karl 50, 57, 244  
 Laufke, Franz 48, 61 f.  
 Legitimation, demokratische 9, 141,  
 253 ff., 258, 260 ff.  
 Legitimationskette 257 ff.  
 Leisner, Walter 59 ff., 75, 89, 174, 317  
 Lepsius, Oliver 403  
 Loick, Daniel 397 f.  
 „Lüth“-Urteil des BVerfG 25, 31 f., 81,  
 84 ff., 160 f., 186 ff., 200, 394, 408, 430



- MacCallum, Gerald C. 418  
 Machtasymmetrie 309 ff., 338 f., 368  
 Marx, Karl 397 f.  
 Maus, Ingeborg 298 f., 324, 331  
 Mediatisierung, staatliche 16, 398, 439  
 Menke, Christoph 397 f.  
 Müller-Graff, Peter-Christian 66  
 Murswiek, Dietrich 133 ff.
- Naturrechtslehren 48 ff., 83 f.  
 NetzDG 351 ff., 371  
 Neutralitätspolitik, unternehmerische  
 366 ff.  
 Nipperdey, Hans-Carl 19, 26 ff., 47, 55 ff.,  
 59, 60, 62 f., 82, 85, 89, 97, 159, 174, 317,  
 408  
 Normale Grundrechtsfunktionen 100 ff.,  
 163 ff., 170  
 Normenkontrolle, konkrete 171, 231,  
 249 ff., 263, 266, 383, 428 f., 433
- Oshana, Mariana 321
- Partizipation, demokratische 298 f.,  
 302 ff., 400 f.  
 Persönlichkeitsrecht, allgemeines 52 ff.  
*positive obligations* siehe Schutzpflicht,  
 staatliche  
*praeter legem*-Entscheidung oder -Inter-  
 pretation 78, 79 f., 202, 210, 250, 263 f.,  
 266, 272, 275, 314, 326 ff., 330 ff., 362,  
 382, 402, 404, 433, 441 f.  
*prima facie*-Positionen, Grundrechte als  
 4, 157, 174, 232, 422 f.  
 Privatautonomie 2, 6, 9, 12, 136, 232 f.,  
 307, 309 ff., 315, 334, 368, 396, 415 ff.  
 Prozessakzessorietät 31, 37, 156  
*question prioritaire de constitutionnalité*  
 (QPC) 146 f.
- Rassentrennung *siehe* Segregation 125 f.,  
 127, 130  
 Rawls, John 292 f., 346  
 Raz, Joseph 284 f., 288  
 Rechtsfortbildung, richterliche 7, 51 f., 78,  
 79 f., 201 ff., 210 f., 218 f., 238 ff., 242 ff.,  
 262 f., 265 ff., 267, 272, 326 ff., 330 ff.,  
 361, 381 ff., 404, 434 f., 441 f., 444  
 Rechtssicherheit 268 ff., 271 ff., 432 ff.  
 Rechtsstaat 11, 231, 268 ff.  
 Rechtstheorie, analytische 21 f.  
 Rechtsvergleichung 44 ff.  
 Reflexivität des Grundrechtsverhältnisses  
 158, 218, 422 f., 424 f., 426  
 Relation, triadische 158, 418  
*restrictive covenants* 127 ff., 133  
 Rorty, Richard 245  
 Rousseau, Jean-Jacques 143, 295 f., 298,  
 346, 401  
 „Schacht-Leserbrief“-Entscheidung des  
 BGH 52 ff., 63, 360  
 Sandel, Michael 293  
 Scheler, Max 50  
 Schlink, Bernhard 39, 141 f., 152  
 Schmidt-Rimpler, Walter 311 ff.  
 Schmitt, Carl 295 ff., 346, 401  
 Schutzpflicht, staatliche 34 f., 103 f., 106,  
 107 ff., 159 f., 164, 175  
 Schwabe, Jürgen 36 ff., 120, 133 ff., 138,  
 167 ff., 223 f., 227, 240, 316, 361  
 Segregation 125 f., 127  
 Selbstbestimmung *siehe* Autonomie  
 Selbstbestimmungsrecht, kirchliches 372,  
 374 ff., 378 ff.  
*Shelley v. Kraemer* (US Supreme Court)  
 93, 125 ff., 135, 137 f., 165, 167 f.  
 Sicherheit, Grundrecht auf 113  
 „Soraya“-Urteil des BVerfG 203 f., 332,  
 360  
 Souveränität, parlamentarische 39, 148,  
 152  
 Staatskirchenrecht 372  
 Staatsorganisationsrecht 5 f., 11, 44, 176 f.,  
 215 ff., 441  
 Staatsrichtung der Grundrechte 2, 6, 7,  
 27, 30, 36, 134, 154 ff., 160 ff., 163, 353,  
 393, 397 ff., 422, 443  
 Stadionverbotsbeschluss des BVerfG 7,  
 13, 185, 207 ff., 306, 407 ff., 444  
 Starck, Christian 103  
*state action*-Doktrin 36 f., 120 ff., 136 ff.,  
 154, 165 ff., 172  
 Störerhaftung 348 ff.  
 Südafrika, Verfassungsgericht 32, 96 f., 99  
 Superrevisionsinstanz 86, 88, 98

- Terminologie 10, 15 ff.  
 Tiefenstruktur der Horizontalwirkung  
 5 ff., 153, 176 ff., 213, 440 ff.  
 Triadische Relation 158  
 Tugendhat, Ernst 307  
 Typisierung der Horizontalwirkungs-  
 konstruktionen 9, 10, 20 ff.
- Unionsrecht 19, 63 ff., 76 ff.  
 United Kingdom (UK), Supreme Court  
 148 ff.  
 United States (US), Supreme Court 36 f.,  
 121 ff.  
 Unterlegenheit, strukturelle 318, 319,  
 324 f., 392, 425, 443
- Verantwortung 24 f., 30 ff., 80 ff., 157 ff.,  
 160 ff., 163 ff., 165 ff., 177, 210 f., 221 ff.,  
 238 ff., 262 ff., 271 ff., 313 ff., 325 ff.,  
 343 ff., 359 ff., 378 ff., 388, 391, 397 ff.,  
 413, 437 ff.
- Vereinigte Staaten, Supreme Court *siehe*  
 United States (US), Supreme Court
- Verfassungsgerichtsbarkeit 5, 7, 12, 428 ff.  
 Verfassungskonforme Auslegung 186 ff.,  
 191 ff., 231  
 Verfassungskonforme Auslegung plus  
 194 ff., 201 ff.
- Verfassungsprivatrecht 63, 97 f.  
 Verfassungsrecht, spezifisches 430 f.  
 Vergleich *oder* Vergleichsebenen 10 ff.  
 Verhältnismäßigkeitsprüfung  
 (Anwendung) 421 ff.  
 Verteilungsgerechtigkeit 116 f., 131, 396  
 Vertragsgerechtigkeit 310 ff.  
 Vertrauensschutz 268 ff., 271 ff.  
 Volkssouveränität 298 f., 331  
*volonté générale* 143 f., 296, 395  
 Vorverständnis 244 ff.
- Wahl, Rainer 228  
 Walzer, Michael 294, 300, 303 f., 324, 330  
 Werte 50, 52, 75, 181 f., 285  
 Werte, Grundrechte als 2, 52, 57, 60,  
 82 ff., 88 f., 94 f., 96, 112 ff., 130 f., 162 f.,  
 177 ff., 408  
 Wieacker, Franz 47, 50 ff.  
 Wittgenstein, Ludwig 245  
 Wirkung 15 ff.
- Zurechnung 24 f., 36 ff., 119 ff., 165 ff.,  
 223 ff., 238 ff., 262 ff., 271 ff., 313 ff.,  
 325 ff., 343 ff., 359 ff., 391, 437 ff.  
 Zweckmäßigkeitskriterien *oder*  
 -erwägungen 12, 44, 220, 279 ff.,  
 441