Johannes Hager

Grundrechte im Privatrecht

Antrittsvorlesung

13. Januar 1994

Humboldt-Universität zu Berlin
Juristische Fakultät
Institut für Zivilrecht

Der Text dieser Antrittsvorlesung ist erschienen in der „Juristen-Zeitung“ (Tübingen) 8/1994, S. 373-383.

Herausgeberin:
Die Präsidentin der Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Marlis Dürkop

Copyright: Alle Rechte liegen beim Verfasser

Redaktion:
Gudrun Kramer
Forschungsabteilung der Humboldt-Universität
Unter den Linden 6
10099 Berlin

Herstellung:
Linie DREI, Agentur für Satz und Grafik
Wühlischstr. 33
10245 Berlin

Heft 55

Redaktionsschluß: 15. 11. 1995

Obwohl sich die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Vertragsrecht des bürgerlichen Rechts auf den ersten Blick durchgesetzt hat, ist das Problem noch nicht ausgelotet. Die Frage, worauf denn eine verringerte Grundrechtswirkung beruhen soll, ist ebenso ungeklärt wie die Rolle des niederrangigen Rechts. Die Hierarchie der Normen und die Funktion der Privatautonomie sind Anlaß, die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht nochmals zu überdenken.

I. Einführung

Die Diskussion um den Einfluß der Verfassung, namentlich ihres Grundrechtekatalogs, auf das Vertragsrecht scheint im Sinne der sogenannten mittelbaren Drittwirkung entschieden zu sein. Nachdem diese Theorie schon lange die Literatur in weit überwiegender Zahl hinter sich scharen konnte[1], haben sich nunmehr auch das Bundesverfassungsgericht[2] sowie der Bundesgerichtshof[3] ausdrücklich zu ihr bekannt. Das Bundesarbeitsgericht, lange prominentester Repräsentant der Gegenthese von der unmittelbaren Drittwirkung[4], ist zumindest in der Praxis auf den Kurs der herrschenden Meinung eingeschwenkt[5]. Waren es früher namentlich die Anhänger der unmittelbaren Drittwirkung, die die Frage nach dem Einfluß der Grundrechte als Scheinproblem abtaten[6], so sind es heute auch und gerade Vertreter der herrschenden Meinung, die die Frage für erledigt halten.[7]

1. Die traditionelle These der Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung

Die Argumente gegen die These der unmittelbaren Drittwirkung, die die Grundrechte als undifferenziert wirkende Verbotsgesetze

verstand, liegen in der Tat auf der Hand und sind hinreichend oft entfaltet worden.[8] Der Katalog der gewährleisteten Freiheiten richtet sich gegen den Staat und nicht gegen den Privaten[9]; die Privatautonomie gerät in Gefahr, wenn die handelnden Subjekte denselben Schranken unterliegen sollten wie der eingreifende Staat.[10]

2. Die These der mittelbaren Grundrechtswirkung

Betrachtet man andererseits die Umschreibung dessen, was denn das Spezifische an der (nur) mittelbaren Drittwirkung ausmachen soll, so stößt man auf eine angesichts des nahezu geschlossenen Meinungsbildes und der gegen die Mindermeinung vorgebrachten Argumente erstaunliche Unschärfe in der Formulierung. Eine Bindung des Richters an die Grundrechte, so sagt beispielsweise das Bundesverfassungsgericht, komme bei der streitentscheidenden Tätigkeit auf dem Gebiet des Privatrechts nicht unmittelbar, wohl aber insoweit in Betracht, als das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente einer objektiven Ordnung aufgerichtet habe, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung hätten, mithin auch das Privatrecht beeinflußten. Hier wirke der Rechtsgehalt der Grundrechte über das Medium der das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Begriffe, die im Sinn dieses Rechtsgehaltes ausgelegt werden müßten, auf das Rechtsgebiet ein[11]. In der Bürgenentscheidung spricht das Gericht davon, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln seien die Grundrechte als "Richtlinien" zu beachten.[12] Ähnlich lauten die Formulierungen in der Literatur: Die mittelbare Drittwirkungslehre erkenne den Grundrechtsnormen sehr wohl eine privatrechtsgestaltende Bedeutung zu, die sich im Privatrechtsverkehr aber mit dem Medium des Privatrechts auswirken solle; unmittelbare Verpflichtungen der Privatrechtssubjekte begründeten sie dagegen nicht. Dieser Grundzug sei und bleibe der Vorteil der These von der nur mittelbaren Drittwirkung.[13]

Nun können Vorteile allein nicht eine präzise dogmatische Begründung ersetzen. Und diese bleibt die Theorie der mittelbaren Drittwirkung schuldig. Denn zum einen wird nicht deutlich, in welcher Weise die objektive Wertordnung die Wirkung der Grundrechte modifiziert, namentlich worauf eine eventuell geringere Wirkkraft als diejenige des Grundrechts in seiner Eigenschaft als Abwehrrecht gegen Eingriffe der hoheitlichen Gewalt basiert. Verschwommen ist zum anderen die Funktion des einfachen Rechts, das als Einfallstor für die Wertungen der Verfassung dienen soll; seine Rolle wird durch die genannten Formeln nicht näher präzisiert, vielmehr - wie gezeigt werden soll - weit überschätzt. Die Funktion der Grundrechte wird vielmehr nur dann korrekt erfaßt, wenn man sich auf die Hierarchie der Normen besinnt, dabei freilich auch der grundgesetzlich garantierten Privatautonomie den ihr gebührenden Rang zuweist.

II. Die Grundrechte als Abwehrrechte

1. Die Bindung des Privatrechtsgesetzgebers

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die inzwischen nahezu einhellig anerkannte Wirkung der Grundrechte als Abwehrrechte auch gegenüber dem Privatrechtsgesetzgeber.[14] Er jedenfalls ist an die Verfassung gebunden. Zwar gibt es immer wieder Kritiker, die eine solche Bindung des Gesetzgebers bezweifeln, da das Gesetz gegenläufige Interessen Privater zuordne, es somit nicht ausschließlich um die Belange der Allgemeinheit gehe.[15] Doch ist diese These vom Ergebnis wie von den theoretischen Prämissen her nicht überzeugend.

a) Die Judikatur der letzten Jahre bietet hierzu genug Anschauungsmaterial; einige Beispiele seien herausgegriffen. So hat das Bundesverfassungsgericht selbstverständlich § 1355 II 2 a. F. BGB, der vorsah, daß der Name des Mannes gemeinsamer Ehename der Ehegatten wurde, wenn sich die Partner nicht einigen konnten, am Maßstab des Gleichheitssatzes in seiner speziellen Ausprägung des Art. 3 II GG geprüft, der es zur Aufgabe hat, die

Benachteiligung aufgrund des Geschlechtes zu verhindern.[16] Obwohl es hier in erster Linie um die Belange der beiden Ehepartner ging, war der Gleichheitssatz Prüfungsmaßstab; eine Modifizierung des Grundrechts - obendrein mit unklarer Zielrichtung - wäre auch nicht plausibel. Das Recht der Eltern, gemäß § 1632 IV BGB das Kind aus der Pflegefamilie zu nehmen, hat im Hinblick auf das verfassungsmäßige Recht des Kindes aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG zurückzustehen, wenn das Kind nur in eine andere Pflegefamilie gegeben werden soll.[17] Die erforderliche Abwägung mit dem Abwehrrecht der Eltern aus Art. 6 I GG weist dabei keinerlei Besonderheiten auf, die auf einer nur mediatisierten Grundrechtswirkung fußten. § 564 b II Nr. 3 BGB schließlich verstieße gegen Art. 14 I 1 GG, wenn der geplante Verkauf des Grundstücks nicht als berechtigtes Interesse im Sinn dieser Norm interpretiert würde.[18]

Gleiches gilt für die Auslegung von Generalklauseln, etwa des § 823 I BGB bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hier kann das bürgerliche Recht keine Sonderrolle haben, und zwar schon deshalb nicht, weil dieselben Grundrechte auch zur Interpretation der §§ 185 ff StGB, also des strafrechtlichen Schutzes der Ehre, heranzuziehen sind. Denn im Zivilrecht wie im Strafrecht grenzen die Grundrechte die Rechtssphären der Betroffenen ab. Das Verhältnismäßigkeitsgebot kann es allenfalls erfordern, eine Äußerung nicht mit Hilfe des Strafrechts zu sanktionieren, sondern den Verletzten auf das für den betroffenen Schädiger mildere Mittel des zivilgerichtlichen Unterlassungs- und Widerrufsurteils zu verweisen.

b) Das leitet über zur dogmatischen Begründung, warum eine besondere Behandlung des Privatrechtsgesetzgebers nicht in Frage kommt. Die ausdrückliche Regelung des Art. 1 III GG[19] bindet den Gesetzgeber schlechthin, also auch bei Erlaß privatrechtlicher Normen, an den Katalog der Grundrechte. Das hat seinen Grund darin, daß eben auch der Erlaß bürgerlich-rechtlicher Gesetze staatliches Handeln bedeutet und daher die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte betroffen sind. So hat beispielsweise der Gesetzgeber das Eigentum des Vermieters und das Be-

sitzrecht des Mieters, das ebenfalls von Art. 14 I GG geschützt wird, in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen; dies ist der Regelungszweck der §§ 556 a, 564 b BGB. Das Recht des Mieters dient der Abwehr solcher Regelungen, die sein Bestandsinteresse gänzlich mißachten oder unverhältnismäßig beschränken. Diese von Art. 14 I GG gewährleistete Position bleibt gleichwohl staatsgerichtet.[20] Die Tatsache, daß die Interessen zweier Bürger abgegrenzt werden, ändert daran nichts.

Einander widersprechende Interessen auszugleichen ist entgegen der Auffassung mancher Autoren[21] ja nicht nur Aufgabe privatrechtlicher Normen, sondern auch und gerade Zweck öffentlich-rechtlicher Vorschriften bis hin zu den strafrechtlichen Gesetzen. Die Problematik kollidierender Grundrechte und ihre Lösung durch das Prinzip der praktischen Konkordanz sind kein Spezifikum des bürgerlichen Rechts, sondern charakterisieren auch die anderen Rechtsgebiete.[22] So nimmt es nicht wunder, daß das Bundesverfassungsgericht bei der Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf freie Meinungsäußerung im zivilrechtlichen Streit wie im Strafprozeß vom Wortlaut her nahezu, in der Sache vollkommen identische Formulierungen verwendet.[23]

c) Dagegen hat man eingewendet, Art. 1 III GG binde den Gesetzgeber an die Grundrechte in der Gestalt und in dem normativen Gehalt, den sie hätten, er qualifiziere sie jedoch nicht um.[24] Für das Privatrecht sei jedoch von vornherein nur die Funktion der Grundrechte als objektive Grundsatznormen und Wertentscheidungen einschlägig.[25] Doch ist auch der Privatrechtsgesetzgeber hoheitlich handelnde Staatsgewalt. Wenn er in Rechte der Bürger eingreift - etwa durch die zu weit gehende Beschränkung der privatnützigen Zuordnung des Eigentums oder des Rechts auf freie Äußerung der Meinung -, stehen diesen die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte zu Gebote. Alles andere würde die verfassungsrechtliche Garantie an einem entscheidenden Punkt aufweichen und dem Gesetzgeber die Flucht aus dem öffentlichen Recht in das Privatrecht ermöglichen, obgleich es oft um nahezu identische Regelungsmaterien geht. Wie sollte sich

ein Unterschied rechtfertigen lassen, je nachdem, ob man Emissionen Beschränkungen durch das BImSchG oder durch das BGB unterwirft?[26]

Und schließlich überzeugt auch der Versuch nicht, zwischen den einzelnen Grundrechten zu differenzieren und den Art. 7 - 13 GG nur mediatisierte Wirkung gegenüber dem Privatrechtsgesetzgeber zuzubilligen.[27] Daß etwa dem Privaten das Eindringen in eine fremde Wohnung im Notstandsfall ohne Beachtung des Art. 13 III GG erlaubt sein kann[28], ist Ausfluß des kollidierenden grundrechtlichen Schutzes des Nothelfers und damit ein allgemeines Phänomen miteinander konkurrierender Grundrechte, nicht dagegen Zeichen für eine von vornherein reduzierte Bindung des Privatrechtsgesetzgebers. Dies zeigt sich schon daran, daß dasselbe Problem auch im Strafrecht auftaucht, etwa wenn es um die Rechtfertigung eines Hausfriedensbruchs geht.

d) Die Grundrechte sind also direkter Prüfungsmaßstab privatrechtlicher Gesetze. Vor diesem Hintergrund ist die These, der Rechtsgehalt der Grundrechte wirke über das Medium der das bürgerliche Recht beherrschenden Normen ein, wie sie z. T. auch bei der Kontrolle von Gesetzen und ihren Konkretisierungen durch den Richter verfochten wird[29], bereits zum ersten Mal zurechtzurücken. Sie trifft zu, soweit es um den Bereich geht, in dem die Verfassung mehrere Regelungsmöglichkeiten offenläßt. So gibt es sicherlich einen Spielraum für die Grenze der Volljährigkeit oder auch der Deliktsfähigkeit, innerhalb dessen der Gesetzgeber sich bewegen kann. Zu starken Bindungen durch elterliches Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht, die den Kindern auch nach Eintritt der Volljährigkeit die Chance zur eigenen wirtschaftlichen Entfaltung rauben, kann der Gesetzgeber - folgt man dem Bundesverfassungsgericht - auf zwei Arten begegnen. Entweder er macht etwa die Fortführung eines Handelsgeschäfts von einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig, oder er beschränkt die Haftung auf das ererbte Vermögen.[30] Welchen Weg der Gesetzgeber geht, ist seine Entscheidung und vom Grundgesetz nicht zwingend vorgezeichnet. Das hat indes mit einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als Spe-

zifikum ihrer Rolle gegenüber dem bürgerlichen Recht nichts zu tun, da auch bei öffentlich-rechtlichen Gesetzen die Legislative Gestaltungsfreiheit hat, soweit höherrangiges Recht nicht entgegensteht. Die Auffassung einer verringerten Wirkung der Grundrechte führt jedoch in die Irre in Bereichen, die durch das Abwehrrecht für die gesetzgeberische Gestaltung mit der Möglichkeit der Wahl unter verschiedenen Alternativen verschlossen sind. Die verfassungsrechtlich gebotene Achtung der Meinungsfreiheit kann § 823 I BGB nicht modifizieren - schon deshalb nicht, weil die Norm angesichts einer solchen Interpretation jedenfalls insoweit verfassungswidrig wäre. Mit anderen Worten: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht im Sinne des § 823 I BGB vermag nicht die aufgrund der Abwägung der beteiligten Grundrechte unbedingt zu respektierende Meinungsfreiheit weiter zurückzudrängen.[31] Die in der Hierarchie niedrigere Norm kann nicht die Verfassung modifizieren. Dem entspricht, daß das Bundesverfassungsgericht den "offenen" deliktischen Tatbestand des § 823 I BGB anhand der Wertentscheidung der Grundrechte konkretisiert[32], in einzelnen Entscheidungen sogar ohne explizite Anknüpfung an die Norm.[33] Die zusätzliche Orientierung an dem Tatbestandsmerkmal "absolutes Recht" ist ohne eigenständigen Erkenntniswert. Dasselbe gilt im übrigen auch für die Rechtsfolge. So kann, ohne daß dies in § 1004 I 1 BGB ausdrücklich vorgesehen wäre, der zum Widerruf Verurteilte hinzufügen, er leiste einem rechtskräftigen Urteil Folge; damit wird seiner Menschenwürde aus Art. 1 I 1 GG genügt.[34]

2. Die Wirkung der Grundrechte im Vertragsrecht

Die - direkte und unmittelbare - Wirkung der Grundrechte als Abwehrrechte auch gegen bürgerlich-rechtliche Gesetze gilt nicht nur für tatbestandlich weitgehend exakt gefaßte Vorschriften, sondern selbstverständlich auch für diejenigen Normen, die man üblicherweise als Einfallstore für die Wertungen der Verfassung in das Vertragsrecht begreift. Genauso wie etwa § 1355 BGB an der Verfassung überprüft werden muß, ist auch § 138 BGB in seiner jeweiligen Konkretisierung an den Grundrechten zu messen.

Damit freilich wirken diese Grundrechte als direkter und unmittelbarer Kontrollmaßstab auch gegenüber dem Rechtsgeschäft, das seinerseits dem § 138 BGB standhalten muß.

a) Dazu zwingt schon die Hierarchie der Normen. Als Vorschriften des einfachen Rechts können § 138 BGB, aber auch die §§ 133, 157 BGB nicht verfassungsrechtliche Gebote außer Kraft setzen oder modifizieren. Mit einem derartigen Inhalt wären die Vorschriften insoweit verfassungswidrig und nichtig, zumindest müßten sie aufgrund der Maxime der verfassungskonformen Auslegung restriktiv interpretiert werden.

(1) Nimmt man etwa - wie das Sondervotum im Sozialplanfall - an, die Auslegung einer Betriebsvereinbarung verletze die durch diese Interpretation benachteiligte Partei in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG[35], so ist mit dieser aus den Grundrechten gewonnenen Abwägung die Entscheidung gefallen.[36] Die §§ 133, 157 BGB vermögen an dem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Befund schon deswegen nichts zu ändern, weil sonst eine Norm des einfachen Rechts das Grundgesetz unterlaufen würde. Hält man die vertragliche Verpflichtung zweier Ehegatten, sich nicht scheiden zu lassen, für unvereinbar mit dem der Verfassung zugrunde liegenden Bild der verweltlichten Ehe, das der individuellen Disposition entzogen ist[37], so steht mit dieser aus der verhältnismäßigen Zuordnung der Art. 6 I GG und Art. 2 I GG gewonnenen Wertung die Nichtigkeit des Vertrages fest; § 138 BGB bleibt ohne eigenständigen Stellenwert, selbst wenn der Ehegatte, der an der Ehe gegen den Willen des anderen festhalten will, einwenden sollte, gerade ihm könne angesichts seiner religiösen Bindungen unmöglich eine verwerfliche Gesinnung attestiert werden.[38] Vor diesem Hintergrund ist es durchaus verständlich, daß das BAG in der Zölibatsentscheidung mangels subjektiven Merkmals nicht § 138 BGB als Norm zur Überprüfung der Klausel heranzog, die ein automatisches Ende des Arbeitsverhältnisses bei Eheschließung vorsah, sondern auf § 134 BGB auswich[39] - ein Ansatz, dem nunmehr auch der BGH folgt: Während das Gericht in der früheren Entscheidung den Ausschluß der Scheidung als sittenwidrig oder jedenfalls nichtig ansah[40], ordnet es nunmehr

in einer jüngeren Entscheidung die Abrede als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ein.[41] Von einer abgemilderten Grundrechtswirkung ist nach all dem indes ebensowenig die Rede wie von einem irgendwie gearteten Einfluß des bürgerlichen Rechts gegenüber dem verfassungsrechtlich zwingend und ohne Alternative Gebotenen.

(2) Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung gilt das nicht nur für Normen, die konkret subsumierbare Tatbestandsmerkmale enthalten; namentlich ist eine Sonderrolle der Generalklauseln abzulehnen.[42] Zum einen können auch relativ exakt gefaßte Normen auf dem Prüfstand der Verfassung stehen und verfassungskonform zu interpretieren sein.[43] Zum anderen darf - wie soeben gezeigt werden sollte - auch die Konkretisierung einer Generalklausel nicht im Widerspruch zu den Grundrechten stehen.

(3) Eine eigenständige Rolle des Privatrechts gegenüber dem verfassungsrechtlich gebotenen Minimum kann es daher schon des Vorrangs der Verfassung wegen nicht geben, wenn nicht bereits diese zumindest zwei Alternativen zur Vermeidung eines Verstoßes eröffnet. Die These, daß das Grundgesetz erst über das Medium der das Rechtsgebiet beherrschenden Normen auf das bürgerliche Recht einwirke[44], ist deshalb aufs neue zumindest unpräzise. Den Betroffenen weniger zu belasten, als die Grundrechte als Abwehrrechte gerade noch erlauben, steht dem Gesetzgeber natürlich frei, solange er nicht wegen der Grundrechte des anderen Teils in ihrer Schutzgebotsfunktion eingreifen muß.

b) Der Einwand liegt nahe, damit werde die Aufgabe des Richters verkannt; er habe vertragliche Abreden zu überprüfen und daher das von den Parteien vereinbarte Recht festzustellen und anzuwenden. Demgemäß gehe die These, er sei nach Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden, fehl.[45] Doch trifft das Argument nicht den Kern des Problems. Denn wie der Gesetzgeber bei Erlaß der zivilrechtlichen Normen, so ist auch der Richter bei Konkretisierung dieser Gesetze an die Grundrechte gebunden.[46] Er darf das Gesetz nicht so interpretieren, daß es einen - partiell - grundrechtswidrigen Inhalt bekäme. Gerade das wäre der Fall,

wenn man § 138 BGB die Kraft beimessen wollte, den guten Sitten einen Inhalt zu geben, der von dem verfassungsrechtlich garantierten Minimum zu Lasten des betroffenen Bürgers abwiche. Anders ausgedrückt: Eine Entscheidung verletzt jedenfalls dann Verfassungsrecht, wenn die vom Gericht gefundene Konkretisierung des Gesetzes, formuliert als explizite Norm, gegen die Grundrechte verstieße.[47]

c) Dabei handelt es sich nicht etwa um dogmatische Spielereien; die Tatsache, daß die Grundrechte im Vertragsrecht unmittelbar gelten, hat handfeste Konsequenzen. So soll der Vorteil der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung - folgt man ihren Vertretern - gerade darin bestehen, daß sie flexiblere Lösungen erlaube. Würde etwa Art. 3 I GG unmittelbar zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten, so dürfte der Arbeitgeber mehrere Arbeitnehmer mit gleicher Tätigkeit nur unter bestimmten Voraussetzungen verschieden entlohnen, während man im Rahmen von § 138 BGB die unterschiedliche Vergütung schwerlich als sittenwidrig werten dürfte.[48] Sollte damit gemeint sein, der Begriff der guten Sitten könne ein von der Verfassung determiniertes Ergebnis auf der Ebene des einfachen Gesetzes modifizieren, so müßte man dem energisch widersprechen. § 138 BGB würde so ein (teilweise) gegen das Grundgesetz verstoßender Inhalt gegeben.

Auch im Recht der Zwangsvollstreckung soll - allerdings nach einer in der Minderheit gebliebenen Auffassung - die Frage, ob und inwieweit das im Titel verbriefte Recht des Gläubigers dadurch beeinträchtigt werden darf, daß man den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners verweigert, im Rahmen der Privatrechtsordnung unter Berücksichtigung (lediglich) der Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu lösen sein; dagegen gehe es nicht darum, das Ausmaß und die Grenzen des Eingriffs in Schuldnerrechte abzustecken.[49] Dem ist ebenfalls nicht zu folgen. Selbst wenn eine Verpflichtung, sich an einer religiösen Handlung zu beteiligen und dort den Scheidebrief des Rabbiners entgegenzunehmen, oder die Vereinbarung, einen Erbvertrag zu schließen, in einem gerichtlichen Vergleich - also einem Vertrag - tituliert sein sollte, ist § 888 II ZPO zumindest seinem Rechtsge-

danken nach anwendbar.[50] Wiederum wird deutlich, daß sich zum einen Freiheitsrechte des betroffenen Schuldners auch gegenüber dem Anspruch des Gläubigers durchsetzen können, daß zum anderen die einfachrechtliche Norm gegenüber dem verfassungsrechtlich Gebotenen keine eigenständige Bedeutung hat. § 888 II ZPO dient zwar als formaler Aufhänger der Lösung, trägt aber materiellrechtlich nichts zu ihr bei. Gerade wenn man glaubt, wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei das Vollstreckungsverbot gegenüber dem Verdikt der Sittenwidrigkeit vorzuziehen[51], gibt die Verfassung den Ausschlag und nicht das einfache Recht.

d) Damit verschiebt sich der Akzent weg von der Vermittlung der Grundrechtsbindung hin zu den Vorgaben des Grundgesetzes. Es ist das bleibende Verdienst der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, daß sie gegenüber einem Verständnis der Grundrechte als undifferenziert wirkende Verbotsgesetze stets den Rang der Privatautonomie betont hat. Natürlich kann es nicht richtig sein, daß eine vertragliche Regelung immer dann zu verwerfen ist, wenn ein entsprechender Eingriff des Gesetzgebers den Grundrechten nicht standhielte.[52] Vielmehr ist die Privatautonomie dessen, der sich auf die vertragliche Regelung stützt, ebenfalls vom Grundgesetz garantiert.[53] Wenn die rechtsgeschäftliche Abrede als sittenwidrig verworfen wird, muß dies mit dem Grundrecht der Privatautonomie vereinbar sein, und zwar mit ihrer Funktion als Abwehrrecht des durch die Nichtanerkennung des Vertrages Betroffenen. Er ist damit vor zu weit gehenden Eingriffen des Staates geschützt, nicht dagegen - und dies ist die Schwäche der Theorie von der mittelbaren Drittwirkung - durch ein die Grundrechtswirkung mediatisierendes bürgerliches Gesetz.

So verliert selbst der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz im Vertragsrecht seinen Schrecken, der doch stets im Geruche stand, das System des Zivilrechts aus den Angeln zu heben.[54] Natürlich ist es dem Bürger regelmäßig erlaubt, sich einen Vertragspartner zu suchen oder es zu lassen und mit verschiedenen Personen voneinander abweichende Verträge zu schließen. Doch gibt es dafür

Grenzen, die im Gleichheitssatz wurzeln. Dazu gehört der Kontrahierungszwang nach § 26 II GWB für marktstarke Unternehmen[55], in Extremfällen besonders gravierender Verstöße gegen Art. 3 GG sogar die Einschränkung der Testierfreiheit.[56] Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Arbeitsrechts[57] hat diese Abwägungsregeln am weitesten ausdifferenziert: Bei individueller Vereinbarung von Löhnen und Gehältern hat die Privatautonomie den Vorrang; gewährt der Arbeitgeber dagegen Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierbaren Prinzip, darf er nicht nach Gutdünken einzelne Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund benachteiligen.[58] Daß es sich nicht um eine Ausnahmeerscheinung des Arbeitsrechts handelt, zeigt schon die im Schrifttum angestellte Überlegung, die Regeln auch ins Mietrecht zu übernehmen.[59]

III. Das Schutzgebot der Grundrechte

Bislang war die Rede vom Grundrecht als Abwehrrecht. Der Betroffene machte geltend, das Verbot einer Äußerung verletze sein Grundrecht aus Art. 5 I 1 GG, der Gläubiger eines vertraglich vereinbarten Anspruchs verwies darauf, die Einschränkung seiner vertraglichen Rechte durch das Gesetz verstoße gegen seine Privatautonomie. Das ist jedoch nur der eine Aspekt. Auf der anderen Seite geht es darum, ob der Staat zugunsten des anderen Teils eingreifen muß; damit ist die Frage der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte angesprochen.

1. Der Schutz vor Eingriffen Dritter

Die Pflicht zum Eingreifen ist evident bei tatsächlichen Beeinträchtigungen. Der Gesetzgeber hat Vorkehrungen dagegen zu treffen, daß das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, aber auch das Eigentum durch Dritte verletzt werden, und hat dies mit § 823 I BGB und der Möglichkeit des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs ja auch getan. Die Schutzfunktion ist bei aller Unsicherheit der dogmatischen Ableitung aus der objektiven Wertordnung

der Grundrechte[60] bzw. - ein Gesichtspunkt, der meist unterstützend genannt wird - der Staatsaufgabe Sicherheit[61] anerkannt. Doch haben nicht nur privatrechtliche Normen die Aufgabe, den Betroffenen zu schützen; je nach Höhe der Gefährdung und nach Rang des bedrohten Rechts kann der Gesetzgeber gehalten sein, auch mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen bis hin zu den Mitteln des Strafrechts zu reagieren.[62] Das Zivilrecht mag sich in vielen Fällen der größeren Effizienz auf der einen, des schonenderen Eingriffs gegen den Betroffenen auf der anderen Seite wegen als geeignetes Schutzinstrumentarium anbieten. Doch ist damit keine Sonderrolle verknüpft, was die Intensität der Grundrechtswirkung angeht; das läßt sich wiederum an der Abgrenzung zwischen der Freiheit, die eigene Meinung kundzutun, und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zeigen. Die Abwägung der beteiligten Rechtsgüter beim zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch entspricht derjenigen bei der Frage der Strafbarkeit nach den §§ 185 ff StGB, wobei beim Strafrecht noch die schärfere Sanktion mit ins Kalkül zu ziehen ist.[63] Eine reduzierte Kraft des Grundrechts, sollte sie zutreffen[64], wäre Konsequenz der Funktion als Schutzpflicht, keineswegs jedoch Ausfluß der privatrechtlichen Gestaltung. Auch hier ist von einer mediatisierten Wirkung der Verfassung als Spezifikum beim Erlaß privatrechtlicher Gesetze keine Rede.

Gegenüber dem verfassungsrechtlich gebotenen Minimalschutz ist das BGB erneut ohne eigenständige Funktion, soweit nicht die Verfassung selbst mehrere Möglichkeiten der gesetzgeberischen Gestaltung eröffnet. Die Pflicht der Gerichte, den in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Verletzten mit Hilfe der §§ 823 I, 1004 I BGB zu schützen, ist dafür ein beredtes Beispiel.[65] Nimmt man angesichts des Schutzgebotes der Grundrechte eine Pflicht an, so ist damit die Entscheidung gefallen - ungeachtet der genannten Vorschriften. Die Kontroverse, ob eine richterliche Rechtsfortbildung stattfinden durfte, die dem Beeinträchtigten obendrein einen Ersatz des immateriellen Schadens zuspricht[66], hat nur Sinn, wenn man nicht schon dem Schutzgebot der Art. 1 I, 2 I GG eine Verpflichtung zur Entschädigung für die immaterielle Beeinträchtigung entnimmt.

2. Der Schutz bei vertraglichen Bindungen

Die herrschende Meinung macht die Schutzfunktion der Grundrechte auch fruchtbar für die Kontrolle privatrechtlicher Verträge.[67] Wenngleich die Beschränkungen nicht primär im staatlichen Handeln ihre rechtliche Grundlage hätten, sondern der Betroffene selbst vertraglich zugestimmt habe, so müßten bei einem Übergewicht der einen Seite staatliche Regeln ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.[68]

a) Die Kritiker dieser Auffassung vermissen allerdings den Eingriff des durch die vertragliche Abrede begünstigten Partners, vor dem die Grundrechte schützen sollen. Selbst bei einem noch so hohen Übergewicht werde der schwächere Teil nicht vor dem stärkeren geschützt, sondern vor sich selbst.[69] In Wirklichkeit gehe es vielmehr um die vom Sozialstaat zu treffenden Schutzvorkehrungen.[70]

Doch überzeugt das weder im Ergebnis noch in der dogmatischen Grundlegung. Will man die Zölibatsklausel in einem Arbeitsvertrag oder den Ausschluß der Ehescheidung nicht resignierend hinnehmen, so kommt man um einen Rückgriff auf Art. 6 GG nicht herum. Das Sozialstaatsgebot in seiner zurückhaltenden Interpretation durch die herrschende Lehre[71] trägt das Verdikt der Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung nicht. Dem zu begegnen, in dem man die Wertungen der Grundrechte ins Sozialstaatsgebot implementiert, bedeutet lediglich eine Verschiebung der Anknüpfung und ist daher von geringem Nutzen. Entscheidend sind darüber hinaus grundsätzliche Bedenken. Zum einen wird die Beschränkung der Schutzpflicht auf tatsächliche Eingriffe Dritter dogmatisch nicht näher untermauert, während der Auftrag des Art. 1 I 2 GG, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, in eine andere Richtung deutet.[72] Zum anderen ist das Sozialstaatsprinzip nach der allerdings umstrittenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in der Lage, Grundrechte anderer unmittelbar - also ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber - zu beschränken[73]. Schon deshalb wäre das Gebot eine stumpfe Waffe, sofern man als Ge-

setz nicht die um die Wertung des Art. 6 GG ergänzte Generalklausel des § 138 BGB ausreichen ließe[74], womit die Unterschiede allerdings nivelliert würden.

b) Wenn man die Grundrechte in ihrer Schutzgebotsfunktion heranzieht, stößt man alsbald auf dasselbe Phänomen wie bei der abwehrrechtlichen Seite. Das sie vermittelnde Gesetz ist gegenüber dem verfassungsrechtlich erforderlichen Mindestschutz wiederum ohne eigenständige Funktion, wenn nicht das Grundgesetz selbst mehrere Alternativen gestaltet. Die Grundrechte selbst verbieten eine entsprechende vertragliche Gestaltung; § 138 BGB ändert daran nichts, wäre die Norm doch ansonsten - insoweit - verfassungswidrig.[75] Hat etwa die vom Grundgesetz gebotene Freiheit, sein Leben in Zukunft abweichend vom bisherigen Verlauf, namentlich mit einem neuen Partner gestalten zu können, Vorrang vor der vertraglich übernommenen Pflicht, sich nicht scheiden zu lassen, so folgt aus dieser Abwägung die Nichtigkeit des Vertrages, ohne daß die §§ 133, 157 oder § 138 BGB darauf noch Einfluß hätten oder das verfassungsrechtlich gebotene Ergebnis modifizieren könnten. Auch kann ein Schiedsrichtervertrag - jedenfalls bei Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung - nicht so ausgelegt werden, daß er eine Pflicht des Schiedsrichters begründet, sich psychiatrisch untersuchen zu lassen; einer solchen Interpretation stünden höherrangige und verfassungsrechtlich geschützte Interessen des Schiedsrichters entgegen.[76] Die Regeln des BGB über die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen ändern daran nichts mehr. Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft können sich nicht wirksam verpflichten, die Empfängnis eines Kindes durch Anwendung von Verhütungsmitteln zu verhindern. Für sein Ergebnis benötigt der Bundesgerichtshof weder § 138 BGB noch § 134 BGB; konsequenterweise zitiert das Gericht die Vorschriften nicht einmal mehr.[77] Das gilt natürlich wiederum nur für das Minimum des Schutzes. Die Fürsorge für den schwächeren Teil effektiver zu gestalten steht dem Gesetzgeber frei, solange nicht das Abwehrrecht des anderen Teils dem Schranken setzt.

c) Es gilt als ein Spezifikum der Schutzpflichten, daß sie auf das Gesetz verwiesen sind, also der Regelung durch die Legislative

bedürfen.[78] Das ist im Strafrecht wegen des Gebotes des Art. 103 II GG sicher richtig. Im Zivilrecht stehen die Schutzinstrumentarien dagegen bereit.[79] Genannt seien das Recht der unerlaubten Handlungen, namentlich § 823 I BGB bei tatsächlichen Eingriffen Privater, sowie das Verdikt des § 138 BGB, zumindest aber der Ausschluß der Vollstreckbarkeit in direkter oder analoger Anwendung des § 888 II ZPO im rechtsgeschäftlichen Bereich.[80] Das Bundesverfassungsgericht hat sogar das Schadensersatzrecht der §§ 249 ff BGB einbezogen, indem es den BGH zur Überprüfung seiner Rechtsprechung anhält, die Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind sei als Schaden zu begreifen.[81]

Es lag daher nicht am Fehlen eines Schutzgesetzes, daß das Bundesverfassungsgericht in der Handelsvertreterentscheidung den Vertrag trotz des generellen Ausschlusses der Karenzentschädigung nicht für nichtig erklärt, sondern die Sache an das OLG zurückverwiesen hat.[82] § 95 II BVerfGG beschränkt das Bundesverfassungsgericht vielmehr auf die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.[83] Zumindest mißverständlich ist indes, wenn das Bundesverfassungsgericht am Schluß seiner Entscheidung dem OLG aufgibt, das Verfahren bis zu einer Abhilfe durch den Gesetzgeber auszusetzen, wenn den Anforderungen des Art. 12 I GG nicht im Rahmen des geltenden Zivilrechts Rechnung getragen werden könne.[84] Man betrachte nur das Ergebnis: Der Beschwerdeführer hatte erfolgreich die Verurteilung zur Unterlassung von Wettbewerb angegriffen. Ihn auf die Entscheidung des Gesetzgebers warten zu lassen bedeutet, daß diese verfassungswidrige Unterlassungspflicht im Ergebnis gleichwohl durchgesetzt wird. Auch dogmatisch vermag das Resultat nicht zu überzeugen. Der Vertrag kann mit Hilfe von § 138 BGB kontrolliert werden.[85] Natürlich macht die Vorschrift Probleme, was die Rechtsfolge angeht, jedenfalls, wenn man mit der herrschenden Meinung für Totalnichtigkeit aufgrund des vermeintlichen Verbots der geltungserhaltenden Reduktion plädiert.[86] In der undifferenzierten Verwerfung der Abrede kann ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung desjenigen Partners liegen, der durch die Klausel begünstigt wird.[87] Dem ist indes besser dadurch zu begegnen, daß die Klausel dem von der Verfassung geforderten

Mindestschutz angepaßt wird, als durch eine Vertröstung auf das Handeln des Gesetzgebers. Das bedeutet natürlich, daß der Richter den Vertrag zu modifizieren hat. Die konkrete Ausgestaltung, die notwendige Vorregelung[88], wie denn der verfassungskonforme Inhalt der Klausel auszusehen hat, ist indes mit hinreichender Präzision vorgezeichnet; sie folgt letztendlich aus dem Grundgesetz selbst, das ein Wettbewerbsverbot unter den im entschiedenen Fall gegebenen Umständen untersagt.

d) Die direkte Wirkung der Grundrechte legt frei, was durch die diffus beschriebene mittelbare Drittwirkung etwas aus dem Blickfeld geraten war. Selbstverständlich ist auch in Rechnung zu stellen, daß sich der zu schützende Partner mit der Regelung einverstanden erklärt hat, die ihn nunmehr belastet.[89] Die Schranken, denen der hoheitlich handelnde Staat unterworfen ist, können schon deswegen nicht unbesehen als Grenzen der vertraglichen Autonomie ins Privatrecht übertragen werden. Das illustriert schon das einfache Beispiel, daß sich der Arbeitnehmer verpflichten kann, am Sonntag zu arbeiten, ohne daß die Vereinbarung mit Art. 4 I GG kollidiert.

Dies als Verzicht auf die Grundrechte zu deuten[90] und sich demgemäß mit der vertraglichen Vereinbarung, wie sie getroffen wurde, abzufinden würde indes nicht überzeugen. Es ist ja gerade die offene Frage, inwieweit ein derartiger Verzicht auf den Schutz der Grundrechte zulässig ist.[91] Das ist evident bei Vorschriften, die primär öffentliche Belange schützen. Ein Vertrag über den Verzicht auf das Wahlgeheimnis ist trotz des freiwilligen Abschlusses ebenso nichtig wie eine rechtsgeschäftliche Abrede, die zur Niederlegung eines Abgeordnetenmandats zwingt.[92] Es gilt aber auch bei Verträgen, die vor allem Individualgrundrechte tangieren können. Wenn man mit der (früheren) Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes sogenannte Peepshows als Verstoß gegen die Menschenwürde der Frau auffassen will, so müßte man diese Konsequenz trotz der freiwilligen Handlung der Frau nicht nur im Rahmen des § 33 a GewO ziehen, sondern auch für die privatrechtlichen Vereinbarungen. Das Argument des Bundesverwaltungsgerichts, die Würde des Menschen sei ein objektiver

unverfügbarer Wert, auf dessen Beachtung der einzelne nicht wirksam verzichten könne[93], hätte in gleicher Weise auch für die vertragliche Verpflichtung zu gelten.
Als Element, das in der Abwägung zu berücksichtigen ist, kann man die privatautonome Bindung an zwei Überlegungen festmachen: Entweder ist unter diesem Aspekt die Schutzpflicht des Staates reduziert, so daß er vor vertraglichen Beschränkungen nicht schlechthin zu schützen braucht, die ihm selbst als hoheitlicher Eingriff versagt bleiben. Oder man berücksichtigt den Gedanken beim Abwehrrecht desjenigen, der sich auf die Wirksamkeit des Vertrages beruft und zu dessen Nachteil sich die Nichtigkeit auswirken würde. Er kann sich darauf stützen, daß sein Partner der Übernahme der Pflicht zugestimmt hat. Im Ergebnis dürften sich zwischen beiden Vorgehensweisen allerdings keine Unterschiede zeigen.

IV. Der Zusammenhang zwischen dem Abwehrrecht und dem Schutzgebot

Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht ist somit im theoretischen Modell von zwei Seiten her bestimmt. Gegen Eingriffe des Staates in Rechte des Bürgers - sei es durch das Verbot bestimmter Handlungen, sei es durch die Nichtigerklärung von Verträgen - schützt das Grundrecht als Abwehrrecht; gegen Eingriffe Privater wie gegen zu weit gehende rechtsgeschäftliche Bindungen hat der Staat den Beeinträchtigten der Grundrechte wegen zu schützen. Eine abgeschwächte Wirkung der Grundrechte könnte allenfalls aus der Funktion als Schutzgebot folgen, wäre aber - um das nochmals zu betonen - ein generelles, nicht auf das Privatrecht beschränktes Problem.

1. Die Reichweite der Grundrechte gegenüber Gesetzen

Doch überzeugt eine solche zwischen Eingriffsabwehr und Schutzgebot differenzierende Reichweite der Grundrechtswirkung nicht[94], wie zunächst am Beispiel privatrechtlicher Gesetze

gezeigt werden soll. Damit soll nicht die Theorie verteidigt werden, die Eingriffe Privater kurzerhand dem Staat zurechnet[95]; sie dürfte freilich durch die Bemerkung des Bundesverfassungsgerichts, die Privatautonomie sei notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen, daraus folge die Pflicht des Staates, im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen zu begründen[96], wiederum Auftrieb erhalten. Hier geht es dagegen um die vorgelagerte Frage, ob der Staat in seiner Schutzaufgabe nur reduzierten Anforderungen genügen muß.

a) Der dogmatische Unterschied zwischen den beiden Aspekten der Grundrechtswirkung wird regelmäßig darin gesehen, daß der Staat einen grundrechtswidrigen Eingriff zu unterlassen habe und daher die Funktion der Grundrechte eindeutig sei, während bei einem Unterlassen - also der Versagung des Schutzes - eine große Anzahl verfassungsmäßiger Alternativen zur Verfügung stehe. Im ersten Fall sei der grundrechtswidrige Akt schlicht aufzuheben, im zweiten dagegen das rechtmäßige Vorgehen nicht im Detail bestimmt.[97] Das mag zutreffen, bedeutet aber nicht, daß der Gesetzgeber bei einem nicht hinreichenden Schutz untätig bleiben dürfte. Daß ihm bei gleich geeigneten Instrumenten die Wahl bleibt, hat auf die notwendige Intensität des Schutzes keinen Einfluß. Im Zivilrecht ist das Problem ohnehin entschärft, da beispielsweise mit den Vorschriften über die Haftung aufgrund unerlaubter Handlungen[98], aber auch mit den §§ 138, 242 BGB geeignete Normen zur Verfügung stehen, die indes - soweit es um das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß geht, dem nur durch eine Gestaltung Rechnung getragen werden kann - keinen eigenständigen Regelungsgehalt haben, sondern nur als Mantel dienen, unter dem die notwendige Abwägung stattfindet.[99]

b) Wenig plausibel wirkt ferner die Asymmetrie in der Intensität der Grundrechtswirkung, die vorzugsweise demjenigen zugute käme, der in die Sphäre des anderen eingreift. Er könnte sich gegen das Verbot des § 823 I BGB etwa mit dem Abwehrrecht des Art. 5 I 1 GG verteidigen, während der Beeinträchtigte unter dem Gesichtspunkt der Schutzgebotsfunktion nur auf den weniger weit gehenden Schutz durch den Gesetzgeber bzw.

Richter bei der Interpretation des § 823 I BGB verwiesen wäre. Das wäre um so auffälliger, als das Verhältnis von Privatleuten untereinander, folgt man den Verfechtern der These von der mittelbaren Drittwirkung, gerade dadurch gekennzeichnet sein soll, daß alle Beteiligten in gleicher Weise am Schutz der Grundrechte teilhätten.[100]

c) Ein weiterer Gesichtspunkt spricht gegen die Unterscheidung zwischen Abwehr- oder Schutzaspekt im Hinblick auf den Maßstab. Man kann nämlich vielfach ein und denselben Sachverhalt sowohl unter dem Eingriffs- als auch unter dem Schutzaspekt betrachten. Das läßt sich an einer Reihe von Beispielen zeigen: Die Regelung des früheren § 1934 c BGB, der das Erbrecht bzw. den Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes davon abhängig machte, daß das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft zur Zeit des Todes schon anhängig war oder - im Ausnahmefall - jedenfalls der Antrag innerhalb kurzer Frist gestellt wurde, konnte unter dem Aspekt des Eingriffs in das vom Grundgesetz garantierte Erbrecht des nichtehelichen leiblichen Abkömmlings, aber auch unter dem Blickwinkel des zu geringen Schutzes des nichtehelichen Kindes gesehen werden. Eine unterschiedlich weit gehende Überprüfung je nach dogmatischem Ansatz wäre kaum überzeugend und ist vom Bundesverfassungsgericht auch nicht erwogen worden.[101] Ähnliches gilt für das elterliche Vertretungsrecht für das noch nicht volljährige Kind. Das Abwehrrecht des Kindes ist betroffen, wenn man auf die Entscheidung des Gesetzgebers abstellt, das Vertretungsrecht nahezu schrankenlos zu gewähren. Dagegen geht es um den Blickwinkel des Schutzes, wenn man die Schranken der §§ 1643, 1822 BGB als zu wenig effektiv ansieht.[102]

Es dürfte daher nicht von ungefähr kommen, wenn in einer Reihe von Entscheidungen beide Aspekte nicht säuberlich getrennt werden, ohne daß sich *deshalb* der Vorwurf einer fehlerhaften Abwägung machen ließe. Das Bundesverfassungsgericht spricht in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch davon, als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kämen - ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf

Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde - ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das Persönlichkeitsrecht in Betracht[103], obgleich es doch um den Abwehraspekt gegen das staatliche Verbot geht. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts stützt sich in seiner Vorlageentscheidung zur beschränkten Haftung des Arbeitnehmers auch bei einer nicht schadensgeneigten Tätigkeit auf die Schutzpflicht des Gesetzgebers zugunsten des Arbeitnehmers[104], obgleich die Auferlegung einer Schadensersatzpflicht genaugenommen unter dem Aspekt des Abwehrrechts zu untersuchen wäre.

d) Soeben war die Rede von Normen, die eine rechtliche Einwirkung auf die Sphäre Dritter erlauben. Daß die beiden Funktionen austauschbar sind, ist indes nicht nur Spezifikum von solchen Vorschriften, sondern gilt in gleicher Weise bei faktischen Eingriffen. Das wird deutlich, wenn der Betroffene nicht um staatlichen Schutz durch die Gerichte nachsucht, sondern selbst reagiert, etwa indem er Notwehr übt. Dieser Rollentausch vom Angegriffenen zum Angreifer hat nunmehr zur Folge, daß ein staatlicher Akt, der ihm die eigenmächtige Handlung untersagt, unter dem Aspekt des Abwehrrechts auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten zu untersuchen ist. Das zeigt sich zum einen schon bei den benannten Rechtsgütern und Rechten nach § 823 I BGB.[105] Ist etwa eine (kurzfristige) Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit durch einen Demonstrationszug angesichts des Grundrechts der Versammlungsfreiheit vom Betroffenen hinzunehmen[106], versagt der Staat hier also rechtmäßig seinen Schutz, so kann das Ergebnis nicht dadurch unterlaufen werden, daß der in seiner Bewegungsfreiheit Gehinderte seinerseits zur Gewalt greift. Er hat kein Notwehrrecht. Für die Frage, ob etwa seine Bestrafung oder Verurteilung zum Schadensersatz den Grundrechten standhält, wenn der in seiner Bewegungsfreiheit Beeinträchtigte sein vermeintliches Recht auf freie Bewegung mit Gewalt durchsetzt, ist der Abwehraspekt einschlägig. Die für § 227 BGB ausschlaggebende Frage der Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit stellt sich aber unter diesem Blickwinkel nicht anders als unter dem Schutzaspekt. Nichts anderes gilt auch bei den sogenannten Rahmenrechten.[107] Zwar kann dort die Verletzung nur aufgrund einer umfassenden Gü-

ter- und Interessenabwägung bejaht werden. Doch ändert das nichts daran, daß als Ergebnis die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens bejaht bzw. verneint wird und spiegelbildlich dazu die Rechtmäßigkeit einer Notwehraktion - deren übrige Voraussetzungen hier unterstellt werden - zu beurteilen ist.[108]

2. Die Reichweite der Grundrechte im rechtsgeschäftlichen Bereich

Dieselben Regeln gelten auch im rechtsgeschäftlichen Bereich; auch dort reichen Abwehr- und Schutzfunktion gleich weit.

a) Das wird deutlich einmal bei Normen, die einem Beteiligten eine einseitige Regelungsmöglichkeit eröffnen. Man denke an das in § 2333 BGB geregelte Recht des Erblassers, einem Abkömmling den Pflichtteil zu entziehen. Das Recht der Kinder, am Nachlaß beteiligt zu werden, ist nach ganz herrschender Meinung, die indes die Grenzen des gesetzgeberischen Spielraums nicht exakt definiert, durch Art. 14 I GG in Verbindung mit Art. 6 I GG garantiert.[109] Die Kontrolle einer Entscheidung des Erblassers, seinem Kind den Pflichtteil zu entziehen, kann erneut unter dem Blickwinkel des Abwehrrechts wie unter demjenigen des Schutzgebots erfolgen: Einmal geht es um die durch das Gesetz eröffnete Freiheit des Erblassers, in das Erbrecht des Abkömmlings einzugreifen, und damit um dessen Abwehrrecht. Zum anderen ließe sich das Pflichtteilsrecht, sollten seine Durchbrechungen zu weit gehen, unter den Schutzaspekt des Grundgesetzes subsumieren. Zu unterschiedlichen Ergebnissen dürften die beiden Vorgehensweisen schwerlich führen. Es bestätigt diese Gleichwertigkeit, daß der BGH die Pflichtteilsentziehung anhand des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes überprüft hat[110], was den Schluß nahelegt, er thematisiere das Abwehrrecht; wäre ansonsten doch das beim Schutzgebot zu beachtende Untermaßverbot[111] einschlägig.

b) Der problematischste Punkt ist ohne Zweifel das Verhältnis zwischen dem Abwehrrecht und der Schutzfunktion bei vertraglichen Bindungen.

(1) Ins Auge fällt in diesem Zusammenhang freilich schon die Struktur des § 888 II ZPO. Die Norm verbietet die zwangsweise Durchsetzung gewisser vertraglicher Rechte und mag - mit Rücksicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zumindest in analoger Anwendung - gegenüber der Nichtigerklärung des Vertrages in vielen Fällen den Vorrang genießen.[112] Die bereits erwähnten Fälle, in denen der betroffene Partner sich verpflichtete, einen bestimmten Erbvertrag zu schließen oder sich nach religiösem Ritus scheiden zu lassen, sind dafür plakative Beispiele. Indem er von der zwangsweisen Durchsetzung absieht, verzichtet der Staat als Hoheitsträger des Schutzes eines Partners wegen darauf, diesen durch staatliche Eingriffe zu einem vertraglich versprochenen Tun anzuhalten. Schon von daher ist es durchaus fragwürdig, ob unterschiedliche Maßstäbe für Eingriff und Schutz gelten können.

Wenn man obendrein nur die Vollstreckung, nicht die zugrundeliegende Verpflichtung als grundgesetzwidrig ansieht, kann entgegen der wohl herrschenden Meinung[113] in der Vollstreckung selbst ein eigenständiger Grundrechtseingriff liegen, der nicht nur die Art und Weise der Verfahrensgestaltung betrifft. Beispiel ist die zwangsweise Durchsetzung der vertraglichen Pflicht, an einer religiösen Handlung teilzunehmen, einer Abrede, die als solche nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist.

(2) Letztendlich lassen sich auch im Vertragsrecht der Abwehr- und der Schutzaspekt nicht säuberlich trennen. So ist im Beispiel der vertraglich ausgeschlossenen Scheidung der Schutzaspekt der Grundrechte einschlägig, soweit es um die Belange desjenigen geht, der an der Ehe nicht mehr länger festhalten will. Legt man dagegen den Akzent auf das Verbot der Doppelehe nach § 5 EheG mit der Folge, daß eine gleichwohl geschlossene zweite Ehe gemäß § 20 I EheG nichtig ist, so geht es nunmehr um den Abwehraspekt. Auch das Bundesverfassungsgericht geht in der Handelsvertreterentscheidung ohne weiteres von einer Wirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips für Freiheitsbeschränkungen wie für den Freiheitsschutz aus.[114]

(3) Der These, die Grundrechte wirkten in unterschiedlicher Intensität, liegt die Vorstellung zugrunde, es lasse sich säuberlich zwischen der privatautonom übernommenen Pflicht und den weiteren Folgen, die sich kraft Gesetzes aus dem Vertrag ergäben, trennen.[115] Im ersten Fall sei der Schutzaspekt betroffen, im zweiten Fall könne das Abwehrrecht tangiert sein. Doch ist der Ausgangspunkt problematisch. Wird etwa aus Fahrlässigkeit des Schuldners die Erbringung der Leistung unmöglich, haftet er somit nach § 280 I BGB bzw. § 325 I 1 BGB auf Schadensersatz, so geht es um die gesetzliche Folge einer privatautonomen Vereinbarung, soweit man sich nicht auf den Standpunkt zurückzieht, den Fall deswegen unter dem Schutzaspekt zu sehen, weil die Sanktion der freiwillig übernommenen Pflicht - wie ihre zwangsweise Durchsetzung - keinen eigenständigen Eingriff bedeute. Eine solche Interpretation wird bei der Haftung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft nach § 463 S. 1 BGB schon sehr viel schwieriger, vollends, wenn die Eigenschaft wie beim Kauf nach Probe gemäß § 494 BGB als zugesichert anzusehen ist. Vertragliche und gesetzliche Begründung von Pflichten gehen dabei ineinander über. Wiederum ist die Praxis der Gerichte hier recht großzügig. Der BGH überprüfte (und verneinte) die Frage, ob die Abwehr von Grundrechtsverletzungen eine Aufgabe seiner Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Bürgschaften für nahe Angehörige erzwinge[116]; nach den üblichen Kategorien ist dies ein klassischer Fall, in dem es um die Reichweite der Schutzpflicht zugunsten des Bürgen geht. Das Bundesverfassungsgericht schließlich hatte ein Urteil des BAG zu überprüfen, in dem die Nichteinstellung eines Auszubildenden nach Ende der Lehrzeit für rechtens erklärt worden war, weil dieser in einer Schülerzeitung Gewaltanwendung gebilligt habe. Das Bundesverfassungsgericht hob die Entscheidung auf, da das BAG dem Recht auf freie Meinungsäußerung nicht hinreichend Rechnung getragen habe. Obwohl es hier um den Schutz des Auszubildenden ging, verweist das Bundesverfassungsgericht darauf, die Meinungsfreiheit sei berührt, wenn grundrechtlich geschütztes Verhalten eingeschränkt oder untersagt bzw. nachteilige Rechtsfolgen daran geknüpft würden.[117] Beide Grundrechtsfunktionen werden im hier interessierenden Zusammenhang also gleichbehandelt.

Hinzu kommt ein theoretisches Bedenken gegen die unterschiedliche Wirkungsintensität der Verfassung je nach der Grundrechtsfunktion. Selbst wenn es gelingen sollte, das Knäuel jeweils zu entwirren und die vertragliche Pflicht einer (rein) autonomen oder (auch) heteronomen Rechtssetzung zuzuordnen, so bleibt offen, ob derart subtile Unterscheidungen als solche zu einer differenzierten Wirkkraft der Grundrechte führen können. Vorrangig ist die Abwägung mit Hilfe der Überlegung, ob in einer typisierbaren Fallgestaltung eine strukturelle Unterlegenheit eines Partners vorlag und die Folgen des Vertrages für ihn ungewöhnlich belastend sind.[118] Der Schutz durch die Grundrechte tritt um so stärker zurück, je eindeutiger und freiwilliger die Pflicht übernommen worden ist.

V. Zusammenfassung

1. Entgegen der herrschenden Meinung wirken die Grundrechte gegenüber bürgerlich-rechtlichen Gesetzen wie auch gegenüber rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen unmittelbar. Die Normen des Privatrechts ändern an den verfassungsrechtlich zwingend gebotenen Anforderungen nichts, soweit nicht das Grundgesetz selbst mehrere Regelungsalternativen zuläßt. Dies ist der berechtigte Aspekt der traditionellen Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung. Die Vorstellung einer bloßen Ausstrahlungswirkung verstellt den Blick für diese Zusammenhänge ebenso wie die Maxime von der nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte.

2. Entscheidend ist die Abwägung anhand der beteiligten grundrechtlich geschützten Belange. Das gilt ebenfalls bei Gesetzen wie bei Verträgen. Bei den letztgenannten geht es zum einen um die Privatautonomie desjenigen, der durch die Nichtigerklärung der rechtsgeschäftlichen Abrede belastet wird, zum anderen um den Schutz der verpflichteten Partei; dabei ist indes dem Umstand Rechnung zu tragen, daß die aufgrund des Vertrages belastete Partei der Regelung zugestimmt hat. Dies ist das legitime Anliegen der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung.

3. Dagegen spielt es für die Reichweite der Grundrechte im Privatrecht keine Rolle, ob sie unter ihrem Abwehr- oder ihrem Schutzaspekt zum Tragen kommen.

Anmerkungen

1. Grundlegend Dürig, Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157 ff; ders., in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand Dezember 1992, Art. 1 III Rdn. 129 ff; Art. 2 I Rdn. 57; Art. 3 I Rdn. 500 ff, 505 ff; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1992, Rdn. 353 ff; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1572 ff; Canaris AcP 184, 210 ff; Medicus AcP 192, 43.
2. BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 269; BVerfG, 7. 2 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 256 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann; BVerfG, 11. 6. 1991 - 1 BvR 239/90 = BVerfGE 84, 192, 194 f; BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1 BvR 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1779 unter C I.
3. BGH, 28. 4. 1986 - II ZR 254/85 = NJW 1986, 2944.
4. BAG, 3. 12. 1954 - 1 AZR 150/54 = BAGE 1, 185, 191 = JZ 1955, 117, 119; BAG, 10. 5. 1957 - 1 AZR 249/56 = BAGE 4, 274, 276 = JZ 1957, 762; BAG, 23. 2. 1959 - 3 AZR 583/57 = BAGE 7, 256, 260; BAG, 29. 6. 1962 - 1 AZR 343/61 = BAGE 13, 168, 174 ff; BAG, 23. 9. 1976 - 2 AZR 309/75 = BAGE 28, 176, 183; BAG, 28. 9. 1972 - 2 AZR 469/71 = JZ 1973, 375, 376 m. Anm. P. Schwerdtner = NJW 1973, 77.
5. BAG (GS), 27. 2. 1985 - GS 1/84 = BAGE 48, 122, 138; ferner BAG, 20. 12. 1984 - 2 AZR 436/83 = BAGE 47, 363, 374 f = JZ 1985, 1108, 1110 m. Anm. U. Mayer; zuletzt BAG (GS) 12. 6. 1992 - GS 1/89 = JZ 1993, 908, 909 m. Anm. F. Marhold = NZA 1993, 547, 549.
6. Vgl. etwa Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 45 ff, 155; ablehnend etwa Stern III/1(Fn. 1) S. 1550.
7. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 10; Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I, 1992, § 10 Rdn. 11.
8. Vgl. z. B. Canaris AcP 184, 203 ff; Medicus AcP 192, 43; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 9. Aufl. 1993, Rdn. 202.
9. Hesse (Fn. 1) Rdn. 354; Canaris AcP 184, 203 f; Medicus AcP 192, 43; Klein NJW 1989, 1640; Pietzcker, Festschrift für Dürig, 1990, S. 346; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 489.
10. Hesse (Fn. 1) Rdn. 345; Canaris AcP 184, 206; Medicus AcP 192, 43; Klein NJW 1989, 1640.
11. BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 269 m. w. N.; vgl. ferner Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 1 III Rdn. 131; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 2. Aufl. 1992, Art. 1 Rdn. 25; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1992, § 7 I 2 = S. 84. – Die sich daran

anschließende Passage, das BVerfG prüfe nur, ob die ordentlichen Gerichte die Ausstrahlungswirkung beachtet oder ob sie ihrer Entscheidung eine unrichtige Auffassung von der Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte zugrunde gelegt hätten (BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 269), gilt auch für die Überprüfung anderer Urteile (vgl. etwa BVerfG, 24. 4. 1986 - 2 BvR 1146/85 = BVerfGE 72, 105, 115 = JZ 1986, 849, 850 für den Strafvollzug) und ist somit nicht spezifisch für das bürgerliche Recht (vgl. Canaris JuS 1989,162 f).

12. BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1 BvR 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1779 unter C I; Anführungszeichen im Original.
13. Stern III/1 (Fn. 1) S. 1556; Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 56.
14. Vgl. z. B. BVerfG, 16. 11. 1992 - 1 BvL 17/89 = BVerfGE 87, 348, 355 ff; BVerfG, 23. 9. 1992 - 1 BvL 15/85 u. 1 BvL 36/87 = BVerfGE 87, 114, 135 ff; BVerfG, 7. 5. 1991 - 1 BvL 32/88 = BVerfGE 84, 168 178 ff; BVerfG, 5. 3. 1991 - 1 BvL 83/86 u. 1 BvL 24/88 = BVerfGE 84, 9, 17 ff = JZ 1991, 769 ff m. Anm. O. Kimminich; BVerfG, 30. 5. 1990 - 1 BvL 2/83, 9 u. 10/84, 3/85, 11 - 13/89, 4/90 u. 1 BvR 764/86 = BVerfGE 82, 126, 145 ff; BVerfG, 3. 10. 1989 - 1 BvL 78/86 u. 1 BvL 79/86 = BVerfGE 81, 1, 8 ff = JZ 1990, 234 ff; BVerfG, 4. 11. 1987 - 1 BvR 1611/84 u. 1669/84 = BVerfGE 77, 263, 270; BVerfG, 30. 6. 1987 - 1 BvR 332/86 = BVerfGE 76, 126, 128 ff; BVerfG, 14. 4. 1987 - 1 BvR 332/86 = BVerfGE 75, 201, 217; BVerfG, 18. 6. 1986 - 1 BvR 857/85 = BVerfGE 72, 122, 138 ff; BVerfG, 26. 5. 1993 - 1 BvR 208/93 = NJW 1993, 2035, 2036; aus der Literatur etwa Hesse (Fn. 1) Rdn. 355; Stern III/1 (Fn. 1) S. 1565 ff; Badura, Staatsrecht, 1986, Rdn. C 21; Jarass, in: Jarass/Pieroth Art. 1 Rdn. 23; Pieroth/Schlink (Fn. 8) Rdn. 207; Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 3. Aufl. 1989, S. 193; Canaris AcP 184, 212; ders. JZ 1987, 993; ders. JuS 1989, 162 f; J. Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 19 - 35.
15. In letzter Zeit namentlich Zöllner RDV 1985, 6; Zöllner/Loritz (Fn. 11) § 7 vor I mit Fn. 3, der seine Position als h. L. bezeichnet; zu dieser Einschätzung vgl. Stern III/1(Fn. 1), S. 1565 f m. w. N.; gegen eine direkte Bindung des Zivilgesetzgebers wohl auch Lerche ZHR 149 (1985), 167 Fn. 10; aus der früheren Literatur vgl. z. B. Dürig, in: Maunz/Dürig Art. 3 I Rdn. 306; Kopp, 2. Festschrift für Willburg, 1975, S. 149.
16. BVerfG, 5. 3. 1991 - 1 BvL 83/86 u. 1 BvL 24/88 = BVerfGE 84, 9, 17 ff = JZ 1991, 769 ff m. Anm. O. Kimminich
17. BVerfG, 14. 4. 1987 - 1 BvR 857/85 = BVerfGE 75, 201, 218.

18. BVerfG, 14. 2. 1989 - 1 BvR 1131/87 = BVerfGE 79, 283, 290.
19. Den beispielsweise Zöllner RDV 1985, 6 nicht erwähnt; vgl. aber z. B. Stern III/1 (Fn. 1) S. 1514, 1566.
20. BVerfG, 26. 5. 1993 - 1 BvR 208/93 = NJW 1993, 2035, 2036 unter C I 2 b.
21. Zöllner RDV 1985, 6; anscheinend auch Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 352; skeptisch zu dieser Position Heun (Fn. 13) S. 57.
22. Vgl. statt aller Heun (Fn. 13) S. 56 ff, 63 ff.
23. BVerfG, 7. 12. 1976 - 1 BvR 460/72 = BVerfGE 43, 130, 137 (Strafurteil) weist auf BVerfG, 15. 1. 1958 - 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198, 212 = JZ 1958, 119, 122 m. Anm. B Wolff JZ 1958, 202; BVerfG, 25. 1. 1961 - 1 BvR 9/57 = BVerfGE 12, 113, 123 = JZ 1961, 535, 536 m. Anm. H. Ridder; BVerfG, 6. 11. 1968 - 1 BvR 501/62 = BVerfGE 24, 278, 282 f = JZ 1969, 187; BVerfG, 11. 5. 1976 - 1 BvR 163/72 = BVerfGE 42, 163, 170 = JZ 1976, 593, 594 f (jeweils Zivilurteile) hin. BVerfG, 17. 7. 1984 - 1 BvR 816/82 = BVerfGE 67, 213, 224 (Zivilurteil) verweist auf BVerfG, 24. 2. 1971 - 1 BvR 435/68 = BVerfGE 30, 173, 188 f, 191 = JZ 1971, 544, 546 (Zivilurteil). BVerfG, 26. 6. 1990 - 1 BvR 776/84 = BVerfGE 82, 236, 260 (Strafurteil) zitiert BVerfG, 15. 1. 1958 - 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198, 212 = JZ 1958, 119, 122 m. Anm. B. Wolff, JZ 1958, 202; BVerfG, 11. 5. 1976 - 1 BvR 163/72 = BVerfGE 42, 163, 170 = JZ 1976, 593, 594; BVerfG 13. 5. 1980 - 1 BvR 103/77 = BVerfGE 54, 129, 137 = JZ 1980, 724, 725; BVerfG, 20. 4. 1982 - 1 BvR 426/80 = BVerfGE 60, 234, 240 = JZ 1982, 675, 676; BVerfG, 31. 10. 1984 - 1 BvR 753/83 = BVerfGE 68, 226, 232 = JZ 1985, 178 (jeweils Zivilurteile). BVerfG, 25. 3. 1992 - 1 BvR 514/90 = BVerfGE 86, 1, 11 = JZ 1992, 974, 975 (Zivilurteil) weist auf BVerfG, 3. 6. 1987 - 1 BvR 313/85 = BVerfGE 75, 369, 377 = JZ 1987, 1075 (Strafurteil) hin, dieses auf BVerfG, 17. 7. 1984 - 1 BvR 816/82 = BVerfGE 67, 213, 225 (Strafurteil) und BVerfG, 24. 2. 1971 - 1 BvR 435/68 = BVerfGE 30, 173, 189 = JZ 1971, 544, 546 (Zivilurteil). BVerfG, 9. 10. 1991 - 1 BvR 1555/88 = BVerfGE 85, 1, 13 bezeichnet es unter Berufung auf BVerfG, 15. 1. 1958 - 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198, 208 = JZ 1958, 119, 122 m. Anm. B. Wolff JZ 1958, 202 als Aufgabe der Gerichte, dem Einfluß der Grundrechte auf die Vorschriften des Zivilrechts und des Strafrechts Rechnung zu tragen. Das Gericht sieht offensichtlich keine Unterschiede in der Wirkungsintensität je nach dem Rechtsgebiet.
24. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 2 f; Medicus AcP 192, 45.
25. Medicus AcP 192, 45. Böckenförde, Der Staat, 29 (1990), 2 f, auf den Medicus Bezug nimmt, sieht darin wohl ein allgemeines Spezifikum

der Grundrechte, nicht nur hinsichtlich des Privatrechts, postuliert also wohl keine Sonderrolle der Grundrechte in diesem Bereich.

26. Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 350; Heun (Fn. 13) S. 56.
27. Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 352.
28. Beispiel von Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 352.
29. BVerfG, 15. 1. 1958 - 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198, 206 f = JZ 1958, 119, 120 m. Anm. B. Wolff JZ1958, 202; BVerfG, 11. 5. 1976- 1 BvR 163/72 = BVerfGE 42, 163, 168 = JZ 1976, 593, 594.
30. BVerfG, 13. 5. 1986 - 1 BvR 1542/84 = BVerfGE 72, 155, 174 = JZ 1986, 632, 634; Medicus AcP 192, 56.
31. Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1984, S. 199 f; Gamillscheg AcP 164, 404, 414, 425.
32. BVerfG, 25. 1. 1984 - 1 BvR 272/81 = BVerfGE 66, 116, 132; BVerfG, 9. 10. 1991 - 1 BvR 155/88 = BVerfGE 85, 1, 20 f.
33. BVerfG, 20. 4. 1982 - 1 BvR 426/80 = BVerfGE 60, 234, 239 ff = JZ 1982, 675, 676; BVerfG, 22. 6. 1982 - 1 BvR 1376/79 = BVerfGE 61, 1, 7 ff = JZ 1983, 100, 101 f. m. Anm. W. Schmitt Glaeser JZ 1983, 95; in BVerfG, 31. 10. 1984 - 1 BvR 753/83 = BVerfGE 68, 226, 229 ff = JZ 1985, 178 f wird § 823 I BGB erst als Schranke für Art. 5 I 1 GG bemüht; vgl. ferner BVerfG, 17. 7. 1984 - 1 BvR 816/82 = BVerfGE 67, 213, 222 ff für die Parallelproblematik im Strafrecht.
34. BVerfG, 28. 1. 1970 - 1 BvR 719/68 = BVerfGE 28, 1, 9 f - obiter; das Gericht formuliert umgekehrt, durch den Zusatz scheide eine Verletzung der Menschenwürde jedenfalls aus; vgl. ferner BGH, 3. 5. 1977- VI ZR 36/74 = BGHZ 68, 331, 337 f; skeptisch z. B. Münch - Komm/ Schwerdtner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Aufl. 1992 ff, § 12 Rdn. 337.
35. BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 278 - Sondervotum.
36. Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 82 f.
37. BGH, 9. 4. 1986 - IV b ZR 32/85 = BGHZ 97, 304, 306 f; BGH, 19. 12. 1989 - IV b ZR 91/88 = JZ 1990, 544 m. Anm. R. Hepting = NJW 1990, 703; Palandt/Diederichsen, BGB, 53. Aufl. 1994, § 1564 Rdn. 8.
38. Allenfalls könnte ihm - als grundgesetzlich geschütztes Recht - Art. 4 I GG zur Seite stehen. Doch verbürgt die Norm nicht das Recht, von einem Dritten eine religiöse Überzeugung verlangen zu können.
39. BAG, 10. 5. 1957 - 1 AZR 249/56 = BAGE 4, 271, 275 f = JZ 1957, 762; ferner Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15. Bearbeitung 1959, § 15 II 4 b = S. 95 Fn. 60.
40. BGH, 9. 4. 1986 - IV b ZR 32/85 = BGHZ 97, 304, 307 m. w. N.
41. BGH, 19. 12. 1989 - IV b ZR 91/88 = NJW 1990, 703, freilich unter

Berufung auf BGH, 9. 4. 1986 - IV b ZR 32/85 = BGHZ 97, 304, 307.

42. Bleckmann (Fn. 14) S. 188; Canaris AcP 184, 223; a. A. indes die wohl h. M.; vgl. z. B. Hesse (Fn. 1) Rdn. 356; Pieroth/Schlink (Fn. 8) Rdn. 207; auch BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 269 spricht davon, der Rechtsgehalt der Grundrechte wirke "insbesondere" über Generalklauseln und auslegungsbedürftige Begriffe.
43. Canaris AcP 184, 223; vgl. als Beispiel OLG Celle, 26. 5. 1989 - 4 U 53/88 = JZ 1990, 294, 296.
44. BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 269 unter Berufung auf BVerfG, 15. 1. 1958 - 1 BvR 400/51 = BVerfGE 7, 198, 205 = JZ 1958, 119, 120 m. Anm. B. Wolff JZ 1958, 202; BVerfG, 26. 2. 1969 - 1 BvR 619/63 = BVerfGE 25, 256, 263; BVerfG, 11. 5. 1976- 1 BvR 671/70 = BVerfGE 42, 143, 148 = JZ 1976, 589, 590.
45. BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261 (Leitsatz), 269; Stern III/1 (Fn. 1) S. 1551; v. Münch, Grundgesetz, 4. Aufl. 1992 vor Art. 1 Rdn. 33; Hesse (Fn. 1) Rdn. 353; Schnapp JuS 1989, 7 f.
46. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 253 = JZ 1990, 691 f m. Anm. H. Wiedemann; BVerfG, 11. 6. 1991 - 1 BvR 239/90 = BVerfGE 84, 192, 195; Canaris Anm. zu BVerfG AP Nr. 65 zu Art. 12 GG unter I 3; ders. JuS 1989, 162.
47. Sogenannte Schumann'sche Formel; vgl. z. B. Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S. 207; ferner BVerfG, 12. 3. 1985 - 1 BvR 571/81, 494/82 u. 47/83 = BVerfGE 69, 188, 205 = JZ 1985, 673, 675; BVerfG, 14. 2. 1989 - 1 BvR 1131/87 = BVerfGE 79, 283, 290 = JZ 1989, 536, 537 m. Besprechung H. Schulte JZ 1989, 525; BVerfG, 3. 4. 1990 - 1 BvR 1186/89 = BVerfGE 82, 6, 15 f = JZ 1990, 811, 813 m. Anm. G. Roellecke; BVerfG, 11. 6. 1991 - 1 BvR 538/90 = BVerfGE 84, 197, 199; zuletzt BVerfG, 6. 8. 1993 - 1 BvR 596/93 = NJW 1993, 2601; ferner Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 164; Schnapp JuS 1989, 8; ähnlich BVerfG, 9. 10. 1991 - 1 BvR 227/91 = BVerfGE 84, 382, 386. - Es mag sein, daß die Formel zu eng ist, weil sie Fälle nicht erfaßt, in denen das BVerfG die Interpretation von Normen für nicht verfassungsgemäß erachtete (vgl. Waldner ZZP 98 [1985], 208 f). Ein Grundrechtsverstoß ist aber jedenfalls dann gegeben, wenn die Schumann'sche Formel erfüllt ist.
48. Zöllner/Loritz (Fn. 11) § 7 I 2 = S. 85; ähnlich vom methodischen Ansatz auch Soergel/Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1987 ff, § 138 Rdn. 10: Bei kollidierenden Wert- und Rechtsprinzipien sei eine Güter- und Interessenabwägung erforderlich, durch die der sittlich-rechtliche Wertungsmaßstab nicht beiseite geschoben werden

dürfe; Staudinger/Dilcher, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1978 ff, § 138 Rdn. 11, der ausdrücklich entgegen der h. M. den Grundrechtsverstoß als solchen nicht ausreichen läßt, um das Sittenwidrigkeitsurteil zu begründen; vgl. auch Hesse (Fn. 1) Rdn. 355: Die Gerichte dürften nicht Abwägungen des Gesetzgebers im Rückgriff auf Grundrechte korrigieren.

49. Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 19. Aufl. 1990, § 31 I unter Kritik an BVerfG, 3. 10. 1979 - 1 BvR 614/79 = BVerfGE 52, 214, 219 ff.
50. OLG Köln, 19. 3. 1973 - 7 W 63/72 = MDR 1973, 768, 769; OLG Frankfurt/M., 27. 8. 1979 - 20 W 395/79, RPfl. 1980, 117, 118; Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. 1993, Rdn. 1082; Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1987, § 71 I 2 c a. E. jeweils m. w. N.
51. Canaris AcP 184, 237.
52. Vgl. als (problematisches) Beispiel BGH, 11. 12. 1980 - III ZR 38/79 = BGHZ 79, 131, 142.
53. BVerfG, 12.11.1958-2 BvL 4/56, 2 BvL 26/56, 2 BvL 1/57 u. 2 BvL 7/57 = BVerfGE 8, 278, 328 = JZ 1959, 355; BVerfG, 16. 5. 1961 - 2 BvF 1/60 = BVerfGE 12, 341, 347; BVerfG, 4. 5. 1982 - 1 BvL 66/78 = BVerfGE 60, 329, 339 = JZ 1982, 553; BVerfG, 13. 5. 1986 - 1 BvR 1542/84 = BVerfGE 72, 155, 170 = JZ 1986, 632, 633; BVerfG, 23. 4. 1986 - 2 BvR 487/80 = BVerfGE 73, 261, 270; BVerfG, 14. 1. 1987 - 1 BvR 1052/79 = BVerfGE 74, 129, 152; BVerfG, 19. 5. 1992 - 1 BvR 126/85 = BVerfGE 86, 122, 130; BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1779 unter C II 2 a; Canaris JZ 1987, 994; Medicus AcP 192, 41, 61; Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 363.
54. Dürig, in: Maunz/Dürig Art. 3 I Rdn. 506, 507, 508; aber auch Schwabe (Fn. 6) S. 151.
55. Vgl. nur BGH, 12. 3. 1991 - VI ZR 26/89 = BGHZ 114, 218, 232 ff; so auch Dürig, in: Maunz/Dürig Art. 3 I Rdn. 511; Benisch, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht (Gemeinschaftskommentar), 2. Lieferung 1981, § 26 Rdn. 151; im Ergebnis auch L. Raiser JZ 1958, 8; a. A. Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl. 1992, § 26 Rdn. 71.
56. Vgl. nur BGH, 9. 2. 1978 - III ZR 59/76 = BGHZ 70, 313, 325, der die Fälle indes nicht näher ausführt.
57. Es dürfte wohl die Furcht vor der Wirkung des Art. 3 I GG im Privatrecht sein, wenn man den Gleichbehandlungsgrundsatz als Gebot

der austeilenden Gerechtigkeit begreift (so Zöllner/Loritz (Fn. 11) § 17 I unter ausdrücklicher Ablehnung der Ableitung aus Art. 3 GG); die Literatur konzediert heute zumindest die gemeinsame Wurzel (vgl. z. B. Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht § 14 Rdn. 6; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 7. Aufl. 1992, § 112 I 2).

58. Vgl. nur BAG, 19. 8. 1992 - 5 AZR 513/91 = NZA 1993, 171, 172; BAG, 28. 7. 1992 - 3 AZR 173/92 = NZA 1993, 215, 217 m. w. N.; Löwisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1991, Rdn. 153.
59. Soergel/Teichmann § 242 Rdn. 48.
60. Vgl. z. B. BVerfG, 25. 2. 1975 - 1 BvF 1 - 6/74 = BVerfGE 39, 1, 41 = JZ 1975, 205, 209 m. Anm. M. Kriele; BVerfG, 7. 1. 1975 - 1 BvR 274, 209/72, 195, 194, 184/73 u. 247/72 = BVerfGE 40, 141, 177; BVerfG, 8. 8. 1978 - 2 BvL 8/77 = BVerfGE 49, 89, 142 = JZ 1979, 178, 182; BVerfG, 20. 12. 1979 - 1 BvR 385/77 = BVerfGE 53, 30, 57 f = JZ 1980, 307, 309 m. Anm. A.Weber; BVerfG, 26. 2. 1980 - 1 BvR 195/77 = BVerfGE 53, 164, 184; BVerfG, 14. 1. 1981 - 1 BvR 612/72 = BVerfGE 56, 54, 73, 80; BVerfG, 26. 5. 1981 - 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250, 284 f; BVerfG, 16. 12. 1983 - 2 BvR 1160, 1565, 1714/83 = BVerfGE 66, 39, 61 = JZ 1984, 617, 618; BVerfG, 4. 11. 1986 - 1 BvF 1/84 = BVerfGE 73, 118, 201; BVerfG, 29. 10. 1987 - 2 BvR 624, 1080, 2029/83 = BVerfGE 77, 170, 214, 229; BVerfG, 26. 1. 1988 - 1 BvR 1561/82 = BVerfGE 77, 381, 402 f; zuletzt BVerfG, 28. 5. 1993 - 2 BvF 2/90, 4/92 u. 5/92 = BVerfGE 88, 203, 251 = JZ 1993, Sonderausgabe S. 16; ablehnend Schwabe DVBl 1990, 478 f.
61. Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1992, § 111 Rdn. 83 ff.
62. BVerfG, 25. 2. 1975 - 1 BvF 1 - 6/74 = BVerfGE 39, 1, 46 f = JZ 1975, 205, 208 m. Anm. Kriele. Die Grundaussage bleibt gültig, auch wenn das Beispiel durch das Urteil aus dem Jahre 1993 überholt ist (BVerfG, 28. 5. 1993 - 2 BvF 2/90, 4/92 u. 5/92 = BVerfGE 88, 203, 264 = JZ 1993, Sonderausgabe S. 18 f).
63. Vgl. die Nachweise in Fn. 23.
64. Vgl.z. B. Jarass AöR 110, 382, 383 f; ders. NJW 1989, 862; Zöllner RDV 1985, 10; Pietzcker Festschrift für Dürig S. 63; vgl. dazu unten IV 1.
65. Vgl. z. B. BVerfG, 3. 6. 1980 - 1 BvR 797/78 = BVerfGE 54, 208, 217 ff. Der Ausnahmefall, daß es an einer Norm fehlt, über die der Schutz gewährt werden kann, und daß mehrere Möglichkeiten einer grundrechtskonformen Lösung zur Auswahl stehen, liegt regelmäßig nicht vor. – BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), 19. 2. 1993 - 1 BvR 1424/92 = DtZ 1994, 67 versagt nunmehr freilich einen Anspruch auf Gegendarstellung in der Presse, obgleich der Gesetzgeber angesichts

des Fehlens der gesetzlichen Regelung gegen die Schutzpflicht aus Art. 2 I GG verstoße. Doch kann zum einen dem mindestens gebotenen Schutz auch durch die §§ 823, 1004 BGB Rechnung getragen werden (so auch BVerfG, 19. 2. 1993 - 1 BvR 1424/92 = DtZ 1994, 67). BGH, 6. 4. 1976 - VI ZR 246/76 = BGHZ 66, 182, 195 betont zwar die Aufgabe des Gegendarstellungsanspruchs, das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu schützen - jedoch als das für die Presse mildere Mittel verglichen mit einer auf die Verletzung des Persönlichkeitsrechts gestützten Anzeigenaktion zur Richtigstellung falscher Behauptungen (BGH 6. 4. 1976 - VI ZR 246/74 = BGHZ 66, 182, 196). Die Rezeption durch BVerfG, 8. 2. 1983 - 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131, 142 = JZ 1983, 492, 493 m. Anm. F. Kübler, auf das wiederum BVerfG, 4. 11. 1986 - 1 BvF 1/84 = BVerfGE 73, 118, 201 = JZ 1987, 293, 305 m. Besprechung M. Bullinger JZ 1987, 257 und BVerfG, 19. 2. 1993- 1 BvR 1424/92 = DtZ 1994, 67 sich beziehen, vernachlässigt diesen Aspekt. – BVerfG, 25. 3. 1992 - 1 BvR 1430/88 = BVerfGE 85, 386, 400 f m. w. N. (Fangschaltung) läßt einen Eingriff zugunsten des Verletzten auch ohne gesetzliche Grundlage zu, da der Schutz der Rechtsgüter aus Art. 2 I GG vorgehe.

66. Vgl. statt aller BGH, 14. 2. 1958 - I ZR 151/56 = BGHZ 26, 349, 355 ff; = JZ 1958, 571, 572 f m. Anm. H. Coing JZ 1958, 558 BGH, 5. 3. 1963 - VI ZR 55/62 = BGHZ 39, 124, 130 ff; BVerfG, 14. 2. 1973 - 1 BvR 112/65 = BVerfGE 34, 269, 280 ff, 291; Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 111; Lübbe-Wolff (Fn. 47) S. 165 mit Fn. 282; ablehnend z. B. MünchKomm/Schwerdtner § 12 Rdn. 286.

67. Grundlegend Canaris AcP 184, 225; vgl. ferner Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 57 f; Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 40 ff; Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 363; vgl. ferner BVerfG, 7.2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 255 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann unter Berufung auf Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 37 f und Badura, Festschrift für Herschel, 1982, S. 34; zustimmend Canaris Anm. zu BVerfG AP Nr. 65 zu Art. 12 GG; vgl. ferner BVerfG, 28. 1. 1992 - 1992, 913, 916 m. Anm. M. Löwisch u. J. Schwerdle. Bleckmann DVBl. 1988, 940, 942 will die gesamte Wirkung der Grundrechte im Privatrecht auf die Schutzgebotsfunktion stützen. Das überzeugt zwar nicht, soweit der Staat Verhalten Privater untersagt oder Verträge für nichtig erklärt; dann geht es jeweils um die Abwehrfunktion. Im Ergebnis ergibt sich freilich kein Unterschied, da - wie hier gezeigt werden soll - sich die Grundrechtswirkungen in ihrer Intensität entsprechen.

68. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 253 f = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann.
69. Isensee (Fn. 61) § 111 Rdn. 131; Hillgruber AcP 191, 85.
70. Isensee (Fn. 61) § 111 Rdn. 131 ff mit dem Hinweis in Fn. 328, daß das Sozialstaatsgebot auch von BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 255 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann und BVerfG, 28. 1. 1992 - 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 u. 10/91 = BVerfGE 85, 191, 212 neben den Grundrechten genannt werde. Auch BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1780 unter C II 2 b nennt Art. 20 I GG neben Art. 2 I GG.
71. Vgl. z. B. Herzog, in: Maunz/Dürig Art. 20 VIII Rdn. 24; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 21 II 4 c = S. 912; AK/Kittner, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1989, Art. 20 Abs. 1 - 3, IV Rdn. 55.
72. Canaris AcP 184, 226; Bleckmann DVBl 1988, 242; Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 67. Die Kontroverse, ob der Schutzauftrag des Art. 1 I 2 GG alle Grundrechte umfaßt oder nur als deutlichste Regelung ausgeformt ist (dazu Dietlein S. 66 f), braucht hier nicht vertieft zu werden; jedenfalls wäre ein Gegenschluß zu dieser Norm nicht zu vertreten.
73. BVerfG, 13. 1. 1982 - BvR 848, 1047/77, 916, 1307/78, 350/79 u. 475, 902, 965, 1177, 1238, 1461/80 = BVerfGE 59, 231, 263 = JZ 1982, 366, 368; zustimmend Zacher, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 25 Rdn. 98; a. A. AK/Kittner Art. 20 Abs. 1 - 3, IV Rdn. 56.
74. Isensee (Fn. 61) § 111 Rdn. 131 stimmt im Ergebnis der Entscheidung BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 255 = JZ 1990, 691 f m. Anm. H. Wiedemann zu. Das setzt wohl voraus, daß er die Wertung des Art. 12 I GG mit berücksichtigt.
75. Bleckmann (Fn. 14) S. 194 f hält die direkte Drittwirkung der Grundrechte für unvereinbar mit dem Gesetzesvorbehalt der einzelnen verfassungsrechtlichen Garantien. Doch taucht dasselbe Problem auch im öffentlichen Recht auf und spielt bei Lösung mit Hilfe der praktischen Konkordanz keine entscheidende Rolle mehr; vgl. J. Hager (Fn. 14) S. 38 - 41.
76. BGH, 5. 5. 1989 - III ZR 233/84 = BGHZ 98, 32, 33 f. – Wenn der BGH wohl anders entscheiden würde, wenn der Schiedsrichter sich vorab verpflichtet hätte, bei berechtigten Zweifeln an seiner intellektuellen Leistungsfähigkeit sich untersuchen zu lassen, so wäre das Folge der grundrechtlich garantierten Privatautonomie des Schiedsrichters und nicht etwa Konsequenz einer Änderung des verfassungsrechtlich vor-

gezeichneten Ergebnisses durch § 138 BGB.

77. BGH, 17. 4. 1986 - IX ZR 200/85 = BGHZ 97, 372, 379. Canaris AcP 184, 234 sieht keinen Anlaß, § 138 BGB bei Verträgen über solche Freiheitsrechte heranzuziehen, die einer rechtsgeschäftlichen Einschränkung ihrer Natur nach nicht zugänglich seien. Beispiel sei der Vertrag über den Wechsel der Konfession.
78. Isensee (Fn. 61) § 111 Rdn. 151; Hermes (Fn. 66) S. 209 m. w. N.; Heun (Fn. 13) S. 70.
79. BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1780 unter C II 2 c; Bleckmann DVBl 1988, 942 postuliert bei Lücken im Schutz die Pflicht, die Grundrechte unmittelbar im Verhältnis von Privatleuten anzuwenden.
80. Vgl. z. B. Canaris AcP 184, 231 ff.
81. BVerfG, 28. 5. 1993 - 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92 = BVerfGE 88, 203, 295 f = JZ 1993, Sonderausgabe S. 30. – Dem ist freilich im Ergebnis nicht zu folgen, da es keineswegs um ein auf den fehlgeschlagenen oder infolge eines ärztlichen Beratungsfehlers unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch beschränktes Problem geht. Dieselbe Frage taucht auch bei einer mißglückten Sterilisation auf. Die Sterilisation ist grundsätzlich rechtmäßig (vgl. statt aller Uhlenbruck, in: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, § 126 Rdn. 7 m. w. N.); der Vertrag mit dem Arzt hat gerade den Sinn, weitere Schwangerschaften zu verhindern. Das Ziel würde unterlaufen, wenn der Arzt Fehler nicht durch die Übernahme der Unterhaltspflicht auszugleichen hätte. Noch deutlicher wird das etwa bei falsch medikamentierten Verhütungsmitteln.
82. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 263 = JZ 1990, 691, 694 f m. Anm. H. Wiedemann.
83. Rennert, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, 1992, § 95 Rdn. 53, Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. 1991, § 12 IV 1 a dd (2) (c); der Sache nach auch Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, Stand März 1992, § 95 Rdn. 7 (der Streit um die enge oder weite Auslegung der Norm spielt hier keine Rolle). Auch wenn die Entscheidung auf einem nichtigen bzw. als verfassungswidrig erkannten Gesetz beruht, ist nach § 95 II BVerfGG zurückzuweisen; vgl. statt vieler Rennert, in: Umbach/Clemens § 95 Rdn. 78 und 79.
84. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 263 = JZ 1990, 691, 694 f m. Anm. H.Wiedemann.
85. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 256 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann; dort hatte das Gericht selbst auf das Schutzinstrumentarium des § 138 BGB hingewiesen. Auch der Bun-

desminister der Justiz hatte in seiner Stellungnahme die Konkurrenzklausel als Verstoß gegen § 138 BGB gewertet; vgl. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 250 = JZ 1990, 691 m. Anm. H. Wiedemann.

86. Vgl. z. B. BGH, 21. 3. 1977 - II ZR 96/75 = BGHZ 68, 204, 207 = JZ 1977, 555 f; vor allem BGH, 28. 4. 1986 - II ZR 254/85 = NJW 1986, 2944, 2945 für die Parallelproblematik eines zu weit gehenden Konkurrenzverbotes des Veräußerers einer Anwaltskanzlei; ferner Münch-Komm/Mayer-Maly § 138 Rdn. 134 m. w. N.; a. A. z. B. J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 169 ff.
87. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 255 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann.
88. Dazu BGH, 5. 6. 1989 - II ZR 227/88 = BGHZ 107, 353, 358; H. Roth JZ 1989, 418; J. Hager (o. Fn. 86) S. 200 ff; ders. JuS 1985, 270.
89. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 253 f = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. H. Wiedemann; im Ansatz auch BVerfG, 28. 1. 1992- 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 u. 10/91 = BVerfGE 85, 191, 213 = JZ 1992, 913, 916 m. Anm. M. Löwisch u. J. Schwerdle.
90. So wohl Medicus AcP 192, 61; Bleckmann (Fn. 14) S. 188.
91. Vgl. z. B. BVerfG, 18. 8. 1981 - 2 BvR 166/81 = BVerfG NJW 1982, 375 (im konkreten Fall ablehnend); Robbers JuS 1985, 928 ff.
92. Vgl. die Darstellung bei Robbers JuS 1985, 931.
93. BVerwG, 15. 12. 1981 - 1 C 232/79 = NJW 1982, 664, 665; a. A. v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 1983, Art. 1 Rdn. 75; vgl. auch BVerwG, 16. 12. 1981 - 1 C 32/78 = JZ 1982, 247 = NJW 1982, 665 f im Anschluß an BAG, 1. 4. 1976 - 4 A ZR 96/75 = JZ 1976, 688, 689 = NJW 1976, 1958 f; im BAG-Fall ging es um die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags, in der Entscheidung des BVerwG um die gewerberechtliche Erlaubnis, ohne daß sich für die Problematik, welche Konsequenzen denn aus der freiwilligen Übernahme der Pflicht zu ziehen seien, Unterschiede ergäben. BVerwG, 30. 1. 1990 - 1 C 26/87 = JZ 1990, 382, 383 f = NVwZ 1990, 668 f begründet unter dem Eindruck der Kritik im Schrifttum nunmehr das Sittenwidrigkeitsurteilunabhängig von der Wertentscheidung des Art. 1 I GG, betont aber, daß es für die Frage des Sittenverstoßes keine Rolle spiele, daß die Frauen freiwillig tätig würden.
94. Ebenso Alexy (Fn. 9) S. 427 f; Hermes (Fn. 66) S. 204; Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 358 ff.
95. So z. B. Schwabe (Fn. 6) S. 70 ff; Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 88 ff; ablehnend z. B.

Canaris AcP 184, 217 ff; Lübbe-Wolff (Fn. 47) S. 169 ff; Heun (Fn. 13) S. 71.

96. BVerfG, 19. 10. 1993 -1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1780 unter C II 2 a.
97. BVerfG, 14. 1. 1981 - 1 BvR 612/72 = BVerfGE 56, 54, 71; BVerfG, 29. 10. 1987 - 2 BvR 624, 1080, 2029/83 = BVerfGE 77, 170, 175; Hermes (Fn. 66) S. 213; Lübbe-Wolff (Fn. 47) S. 40 f; Heun (Fn. 13) S. 67.
98. Vgl. dazu z. B. Lübbe-Wolff (Fn. 47) S. 175, die bei einer nicht grundrechtskonformen Interpretation von Normen den Abwehraspekt für einschlägig hält.
99. Vgl. schon oben II 1 c.
100. Hesse (Fn. 1) Rdn. 354; Pieroth/Schlink (Fn. 8) Rdn. 212.
101. Vgl. BVerfG, 18. 11. 1986 - 1 BvR 1365/84 = BVerfGE 74, 33, 38 ff.
102. BVerfG, 13. 5. 1986 - 1 BvR 1542/84 = BVerfGE 72, 155, 170 ff = JZ 1986, 632, 633 f m. Anm. U. Fehnemann JZ 1986, 1055 hat sich in dieser Hinsicht nicht festgelegt, geht aber im Ergebnis, soweit ersichtlich, von der Wirkung der Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion aus; weitere Beispiele bei Pietzcker, Festschrift für Dürig S. 359.
103. BVerfG, 28. 5. 1993 - 2 BvF 2/90, 4/92, 5/92 = BVerfGE 88, 203, 254 = JZ 1993, Sonderausgabe S. 17.
104. BAG (GS), 12. 6. 1992 - GS 1/89 = JZ 1993, 908, 909 f m. Anm. F. Marhold = NZA 1993, 547, 549 unter III 4 a.
105. Ebenso Canaris AcP 184, 230.
106. Vgl. z. B. Palandt/Thomas § 823 Rdn. 79; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, Rdn. 211, 414.
107. A. A. Canaris AcP 184, 230; wie hier dagegen wohl Palandt/Thomas § 823 Rdn. 79; Schlink EuGRZ 1984, 464.
108. Vgl. als Beispiel OLG Karlsruhe, 24. 1. 1992 - 10 U 163/91 = NJW 1992, 1329. Das Durchtrennen eines Stromkabels bei einem - über das zu duldende Maß hinausgehenden - Rockkonzert durch den Nachbarn ist kein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Gastwirts.
109. BGH, 17. 9. 1986 - IV a ZR 13/85 = BGHZ 98, 226, 233 = JZ 1987, 150, 152 m. Anm. C. Paulus; BGH, 6. 12. 1989 - IV a ZR 249/88 = BGHZ 109, 306, 313 = JZ 1990, 697, 699 m. Anm. D. Leipold; Palandt/Edenhofer, Einleitung vor § 1922 Rdn. 9; Brox, Erbrecht, 14. Aufl. 1993, Rdn. 24; Pieroth NJW 1993, 176 m. w. N.; wohl auch BVerfG, 16. 10. 1984 - 1 BvR 513/78 = BVerfGE 67, 329, 341; skeptisch Leipold JZ 1990, 702; ebenso wohl Soergel/Stein Einleitung zu §§ 1922 ff Rdn. 7. Die Details sind hier nicht zu klären; es geht ledig-

lich um die Frage, wie eine - hier als notwendig unterstellte - Absicherung der Kinder unter dem Abwehr- bzw. Schutzaspekt ausgeformt werden muß.

110. BGH, 6. 12. 1989 - IV a ZR 249/88 = BGHZ 109, 306, 313 = JZ 1990, 697, 699 m. Anm. D. Leipold, skeptisch Leipold JZ 1990, 702 f.
111. Vgl. nur BVerfG, 28. 5. 1993 - 2 BvF 2, 4, u. 5/92 = BVerfGE 88, 203, 254 = JZ 1993, Sonderausausgabe S. 17; grundlegend Canaris AcP 184, 224; ferner Isensee (Fn. 61) § 111 Rdn. 165 f. - Die Kriterien von Über- und Untermaßverbot dürften identisch sein; vgl. Starck JZ 1993, 817; Hain DVBl 1993, 983. Entgegen Hain aaO kann sich zwischen beiden Grenzen sehr wohl ein breiter Spielraum des Gesetzgebers befinden - man denke nur an die unterschiedlichen Modelle zum Schutz von Minderjährigen vor zu weit gehenden Bindungen durch rechtsgeschäftliches elterliches Handeln (BVerfG, 13. 5. 1986 - 1 BvR 1542/84 = BVerfGE 72, 155, 174 = JZ 1986, 632, 634 m. Anm. U. Fehnemann JZ 1986, 1055).
112. So z. B. Canaris AcP 184, 222 f; der Sache nach auch BGH, 16. 5. 1991- IX ZR 245/90 = NJW 1991, 2015, 2017 m. w. N.
113. Canaris AcP 184, 219; Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen 1977, S. 400 f mit Fn. 531.
114. BVerfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84 = BVerfGE 81, 242, 261 = JZ 1990, 691, 694 m. Anm. H. Wiedemann; zustimmend Hermes NJW 1990, 1768.
115. Canaris AcP 184, 216; ders. AcP 185, 9.
116. BGH, 16. 5. 1991 - IX ZR 245/90 = NJW 1991, 2015, 2017.
117. BVerfG, 19. 5. 1992 - 1 BvR 126/85 = BVerfGE 86, 122, 128, 130 ff unter Hinweis auf BVerfG, 11. 2. 1992 - 1 BvR 1531/90 = BVerfGE 85, 248, 263; dort war es um die Auslegung eines öffentlich-rechtlichen ärztlichen Werbeverbots gegangen. BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1 BvR 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1780 unter C II 2 c hält die Rechtsprechung der Instanzgerichte (wohl) für einen hoheitlichen Eingriff in die Privatautonomie des Bürgen.
118. BVerfG, 19. 10. 1993 - 1 BvR 567/89 u. 1 BvR 1044/89 = ZIP 1993, 1775, 1780 unter C II 2 b. – Canaris AcP 184, 216 zieht eine Parallele zur Anfechtung, die in der Tat einen Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung selbst voraussetzt, bei Irrtümern über sonstige Rechtsfolgen über den Inhalt einer ergänzenden Auslegung, die "einen solchen" Vertrag betrifft, aber ausgeschlossen ist. Der stärkeren Kraft solcher privatautonomer Willensäußerung kann indes in der Abwägung Rechnung getragen werden.

Johannes Hager

1951 in München geboren.
1970 bis 1975 Studium der Volkswirtschaftslehre und der Rechtswissenschaften in München.
1981 Dissertation.
1988 Habilitation.
Lehrstuhlvertretungen in Erlangen, Gießen und Heidelberg.
1989 Ernennung zum Universitätsprofessor an der Universität Eichstätt (Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät in Ingolstadt).
Seit September 1992 Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Zivilprozeßrecht, Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin.
Forschungsschwerpunkte: Deliktsrecht mit europäischen Bezügen, Vertrags-, Handels- und Sachenrecht.

Ausgewählte Veröffentlichungen

Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften. München 1983 (zugl. Dissertation).
Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb. München 1990 (zugl. Habilitationsschrift).
Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten. In: NJW 1989, S. 1640 ff.
Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard- und Software. In: Grunsky, Lieb, Medicus (Hg.): Grundfragen des Finanzierungsleasing. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1990. S. 324 ff. (= AcP 190 (1990), S. 324 ff.)

In der Reihe **Öffentliche Vorlesungen** sind erschienen:

1 *Volker Gerhardt:* **Zur philosophischen Tradition der Humboldt-Universität**

2 *Hasso Hofmann:* **Die versprochene Menschenwürde**

3 *Heinrich August Winkler:* **Von Weimar zu Hitler**
Die Arbeiterbewegung und das Scheitern der ersten deutschen Demokratie

4 *Michael Borgolte:* **"Totale Geschichte" des Mittelalters?**
Das Beispiel der Stiftungen

5 *Wilfried Nippel:* **Max Weber und die Althistorie seiner Zeit**

6 *Heinz Schilling:* **Am Anfang waren Luther, Loyola und Calvin – ein religionssoziologisch-entwicklungsgeschichtlicher Vergleich**

7 *Hartmut Harnisch:* **Adel und Großgrundbesitz im ostelbischen Preußen 1800 - 1914**

8 *Fritz Jost:* **Selbststeuerung des Justizsystems durch richterliche Ordnungen**

9 *Erwin J. Haeberle:* **Historische Entwicklung und aktueller internationaler Stand der Sexualwissenschaft**

10 *Herbert Schnädelbach:* **Hegels Lehre von der Wahrheit**

11 *Felix Herzog:* **Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts**

12 *Hans-Peter Müller:* **Soziale Differenzierung und Individualität**
Georg Simmels Gesellschafts- und Zeitdiagnose

13 *Thomas Raiser:* **Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft**

14 *Ludolf Herbst:* **Der Marshallplan als Herrschaftsinstrument?**
Überlegungen zur Struktur amerikanischer Nachkriegspolitik

15 *Gert-Joachim Glaeßner:* **Demokratie nach dem Ende des Kommunismus**

16 *Arndt Sorge:* **Arbeit, Organisation und Arbeitsbeziehungen in Ostdeutschland**

17 *Achim Leube:* **Semnonen, Burgunden, Alamannen**
Archäologische Beiträge zur germanischen Frühgeschichte

18 *Klaus-Peter Johne:* **Von der Kolonenwirtschaft zum Kolonat**
Ein römisches Abhängigkeitsverhältnis im Spiegel der Forschung

19 *Volker Gerhardt*: **Die Politik und das Leben**

20 *Clemens Wurm:* **Großbritannien, Frankreich und die westeuropäische Integration**

21 *Jürgen Kunze:* **Verbfeldstrukturen**

22 *Winfried Schich:* **Die Havel als Wasserstraße im Mittelalter: Brücken, Dämme, Mühlen, Flutrinnen**

23 *Herfried Münkler:* **Zivilgesellschaft und Bürgertugend**
Bedürfen demokratisch verfaßte Gemeinwesen einer sozio-moralischen Fundierung?

24 *Hildegard Maria Nickel:* **Geschlechterverhältnis in der Wende**
Individualisierung versus Solidarisierung?

25 *Christine Windbichler:* **Arbeitsrechtler und andere Laien in der Baugrube des Gesellschaftsrechts**
Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung

26 *Ludmila Thomas:* **Rußland im Jahre 1900**
Die Gesellschaft vor der Revolution

27 *Wolfgang Reisig:* **Verteiltes Rechnen: Im wesentlichen das Herkömmliche oder etwa grundlegend Neues?**

28 *Ernst Osterkamp:* **Die Seele des historischen Subjekts**
Historische Portraitkunst in Friedrich Schillers “Geschichte des Abfalls der vereinigten Niederlande von der Spanischen Regierung”

29 *Rüdiger Steinlein:* **Märchen als poetische Erziehungsform**
Zum kinderliterarischen Status der Grimmschen “Kinder-und Hausmärchen”

30 *Hartmut Boockmann:* **Bürgerkirchen im späteren Mittelalter**

31 *Michael Kloepfer:* **Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung aus Vergangenheitserfahrung**
Zur Verfassungsgebung im vereinten Deutschland

32 *Dietrich Benner:* **Über die Aufgaben der Pädagogik nach dem Ende der DDR**

33 *Heinz-Elmar Tenorth:* **“Reformpädagogik”**
Erneuter Versuch, ein erstaunliches Phänomen zu verstehen

34 *Jürgen K. Schriewer:* **Welt-System und Interrelations-Gefüge**
Die Internationalisierung der Pädagogik als Problem
Vergleichender Erziehungswissenschaft

35 *Friedrich Maier:* **“Das Staatsschiff” auf der Fahrt von Griechenland über Rom nach Europa**
Zu einer Metapher als Bildungsgegenstand in Text und Bild

36 *Michael Daxner:* **Alma Mater Restituta oder Eine Universität für die Hauptstadt**

37 *Konrad H. Jarausch:* **Die Vertreibung der jüdischen Studenten und Professoren von der Berliner Universität unter dem NS-Regime**

38 *Detlef Krauß:* **Schuld im Strafrecht**
Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?

39 *Herbert Kitschelt:* **Rationale Verfassungswahl?**
Zum Design von Regierungssystemen in neuen Konkurrenzdemokratien

40 *Werner Röcke:* **Liebe und Melancholie**
Formen sozialer Kommunikation in der ‘Historie von Florio und Blanscheflur’

41 *Hubert Markl:* **Wohin geht die Biologie?**

42 *Hans Bertram:* **Die Stadt, das Individuum und das Verschwinden der Familie**

43 *Dieter Segert:* **Diktatur und Demokratie in Osteuropa im 20. Jahrhundert**

44 *Klaus R. Scherpe:* **Beschreiben, nicht Erzählen!**
Beispiele zu einer ästhetischen Opposition: Von Döblin und Musil bis zu Darstellungen des Holocaust

45 *Bernd Wegener:* **Soziale Gerechtigkeitsforschung: Normativ oder deskriptiv?**

46 *Horst Wenzel*: **Hören und Sehen - Schrift und Bild**
Zur mittelalterlichen Vorgeschichte audiovisueller Medien

47 *Hans-Peter Schwintowski:* **Verteilungsdefizite durch Recht auf globalisierten Märkten**
Grundstrukturen einer Nutzentheorie des Rechts

48 *Helmut Wiesenthal:* **Die Krise holistischer Politikansätze und das Projekt der gesteuerten Systemtransformation**

49 *Rainer Dietrich:* **Wahrscheinlich regelhaft. Gedanken zur Natur der inneren Sprachverarbeitung**

50 *Bernd Henningsen:* **Der Norden: Eine Erfindung**
Das europäische Projekt einer regionalen Identität

51 *Michael C. Burda:* **Ist das Maß halb leer, halb voll oder einfach voll?**
Die volkswirtschaftlichen Perspektiven der neuen Bundesländer

52 *Volker Neumann:* **Menschenwürde und Existenzminimum**

53 *Wolfgang Iser:* **Das Großbritannien-Zentrum in kulturwissenschaftlicher Sicht**
Vortrag anläßlich der Eröffnung des Großbritannien-Zentrums an der Humboldt-Universität zu Berlin

54 *Ulrich Battis:* **Demokratie als Bauherrin**