

**Die Drittwirkung der Grundrechte
des Grundgesetzes im Vergleich zum koreanischen Verfassungsrecht**

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt
von
Kyu-Hwan Park
aus Seoul, Republik Korea

Halle (Saale), 2004

urn:nbn:de:gbv:3-000006998

[<http://nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=nbn%3Ade%3Agbv%3A3-000006998>]

Erstgutachter: Prof. Dr. Michael Kilian
Zweitgutachter: Prof. Dr. Michael Germann

Halle (Saale), 15.06.2004

Vorwort

Mein verehrter Lehrer, Herr Professor Dr. Michael Kilian, hat diese Arbeit initiiert und sie in jeder Weise unterstützt. Ihm gebührt mein aufrichtiger und herzlicher Dank. Ohne seine Anregung und Unterstützung wäre diese Arbeit nicht entstanden. Bei Herrn Professor Dr. Michael Germann bedanke ich mich für seinen anerkennenden Zweitbericht.

Vom koreanischen Lehrer, Herr Professor Dr. Sung-Soo Kim, hat der Verfasser insbesondere die rechtswissenschaftliche Forschungsmethode und den Forschungsansatz erlernt. Dafür danke ich ebenfalls herzlich. Herr Professor Dr. Hans Lilie – der Vizepräsident der Deutsch-Koreanischen Juristischen Gesellschaft – hat meinen Aufenthalt auf mehrfache Weise unterstützt.

An die Herren Chris Seeger, Alexander Willems und Steffen Schulz, die bei der Erstellung des Manuskripts geholfen haben, richte ich meinen Dank ebenso.

Diese Arbeit wurde auch durch die freundliche finanzielle Unterstützung seitens der Shinlim Presbyterianischen Kirche in Korea und einigen ihrer Mitglieder ermöglicht, sowie durch ein Stipendium des Landes Sachsen-Anhalt wesentlich gefördert.

Für die Unterstützung während meines fünf Jahre langen Aufenthaltes in Deutschland bedanke ich mich auch von ganzem Herzen bei Herrn Patrice Wegener, bei meiner Frau Eun-Joung Lee und bei der Hochschul-SMD Halle.

Halle/Saale, am 15. Juni 2004
Kyu-Hwan Park

„Meinem Gott“

Der HERR ist mein Hirte, mir wird nichts mangeln.
Er weidet mich auf einer grünen Aue und führet mich zum frischen Wasser.
Er erquicket meine Seele.
Er führet mich auf rechter Straße um seines Namens willen.
Und ob ich schon wanderte im finstern Tal, fürchte ich kein Unglück;
denn du bist bei mir, dein Stecken und Stab trösten mich.
Du bereitest vor mir einen Tisch im Angesicht meiner Feinde.
Du salbest mein Haupt mit Öl und schenkest mir voll ein.
Gutes und Barmherzigkeit werden mir folgen mein Leben lang,
und ich werde bleiben im Hause des HERRN immerdar.

Psalm 23

Inhaltsübersicht

Erster Teil

Problemaufriß und historischer Überblick

A.	DAS PROBLEM DER DRITTWIRKUNG VON GRUNDRECHTEN.....	14
I.	PROBLEMSTELLUNG ALS EINLEITUNG	14
II.	VORGEHENSWEISE	16
1.	<i>Der Zweck der Untersuchung</i>	16
2.	<i>Die Methode der Untersuchung</i>	17
3.	<i>Der Bereich der Untersuchung</i>	17
B.	DIE DRITTWIRKUNG VON GRUNDRECHTEN IN DEUTSCHLAND	19
I.	DIE BISHERIGE ENTWICKLUNG DER DRITTWIRKUNGSLEHRE IN DEUTSCHLAND	19
1.	<i>Historischer Überblick und Grundzüge</i>	19
2.	<i>Literatur</i>	27
3.	<i>Rechtsprechung</i>	40
II.	DERZEITIGE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS UND ANDERER DEUTSCHER GERICHTE IM BEREICH DER DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE.....	51
1.	<i>Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i>	51
2.	<i>Rechtsprechung anderer deutscher Gerichte</i>	64
III.	DIE DERZEITIGE WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR ZUR DRITTWIRKUNG IN DEUTSCHLAND	79
1.	<i>Drei-Ebenen-Theorie</i>	79
2.	<i>Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates</i>	85
IV.	EXKURS: DIE DRITTWIRKUNG DER GRUNDFREIHEITEN VOR DEM EUGH	95
1.	<i>Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten</i>	95
2.	<i>Kritik</i>	99
C.	DIE DRITTWIRKUNGSLEHRE IN KOREA.....	100
I.	DIE BISHERIGE ENTWICKLUNG DER DRITTWIRKUNGSLEHRE IN KOREA IM VERGLEICH... ..	100
1.	<i>Historischer Überblick und Grundzüge</i>	100
2.	<i>Literatur</i>	102
3.	<i>Rechtsprechung</i>	105
II.	RECHTSPRECHUNG DES KOREANISCHEN VERFASSUNGSGERICHTS UND OBERSTEN GERICHTHOFS ZUR DRITTWIRKUNG NACH DERZEITIGEM STAND	115
1.	<i>Allgemein</i>	115
2.	<i>Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts</i>	116
3.	<i>Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs</i>	123

III. DIE DERZEITIGE WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR ZUR DRITTWIRKUNG IN KOREA.....	125
1. <i>Allgemein</i>	125
2. <i>Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates</i>	127

Zweiter Teil

Dogmatischer Teil der Drittwirkung der Grundrechte

A. EIGENER ANSATZ	128
I. DOPPELCHARAKTER DER AUSSTRAHLUNGSWIRKUNG VOM DOPPELCHARAKTER DER GRUNDRECHTE	128
1. <i>Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG</i>	128
2. <i>Festsetzung des Bereichs der Verwirklichung der Grundrechte</i>	132
3. <i>Die „Eigenschaft der Rechtswirkung“ in der Staatsgemeinschaft</i>	137
4. <i>Dual-Ausstrahlungswirkung</i>	144
II. EXKURS: DIE NOTWENDIGKEIT EINES NEUEN ROLLE DER GRUNDRECHTE FÜR DAS 21. JAHRHUNDERT	164
1. <i>Entwicklungsverlauf der Stellung der Bürger</i>	164
2. <i>Entwicklungsverlauf der Grundrechtsfunktionen</i>	171
3. <i>Der sich ausweitende Bereich der Information im Verfassungsleben</i>	176
4. <i>Der zunehmende Bereich der Kultur im Verfassungsleben</i>	178
5. <i>Die Funktionen und Rollenerwartung der Grundrechte im künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff für das 21. Jahrhundert</i>	183
6. <i>Ergebnis</i>	192
B. MÖGLICHE WEITERENTWICKLUNG DER DRITTWIRKUNGSLEHRE ANHAND DES EIGENEN ANSATZES IN DEUTSCHLAND UND IN KOREA.....	195
I. MÖGLICHE WEITERENTWICKLUNG IN DEUTSCHLAND	195
II. MÖGLICHE WEITERENTWICKLUNG IN KOREA	197

Dritter Teil

Ausblick und kurze Schlussthesen als Ergebnis

A. AUSBLICK.....	198
I. KÜNFTIGE DEUTSCHE ENTWICKLUNG.....	198
II. KÜNFTIGE KOREANISCHE ENTWICKLUNG	201
B. KURZE SCHLUSSTHESEN ALS ERGEBNIS	203

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil Problemaufriß und historischer Überblick

A.	DAS PROBLEM DER DRITTWIRKUNG VON GRUNDRECHTEN.....	14
I.	PROBLEMSTELLUNG ALS EINLEITUNG	14
II.	VORGEHENSWEISE	16
1.	<i>Der Zweck der Untersuchung</i>	16
2.	<i>Die Methode der Untersuchung</i>	17
3.	<i>Der Bereich der Untersuchung</i>	17
B.	DIE DRITTWIRKUNG VON GRUNDRECHTEN IN DEUTSCHLAND	19
I.	DIE BISHERIGE ENTWICKLUNG DER DRITTWIRKUNGSLEHRE IN DEUTSCHLAND	19
1.	<i>Historischer Überblick und Grundzüge</i>	19
2.	<i>Literatur</i>	27
a)	Die früheste rechtswissenschaftliche Auffassung über die Drittwirkung der Grundrechte	27
b)	Ablauf der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik	28
aa)	Vorrang der materiellen Verfassung	28
aaa)	Geschichtliche Anschauung	28
bbb)	„Materieller“ Vorrang der Verfassung im materiellen Sinne	29
bb)	Integrationslehre von Rudolf Smend	31
cc)	Institutionelles Grundrechtsverständnis von Peter Häberle	33
dd)	Zwischenergebnis	34
c)	Unmittelbare Drittwirkung	34
d)	Mittelbare Drittwirkung	37
3.	<i>Rechtsprechung</i>	40
a)	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	40
aa)	Die Rolle der Grundrechte im Privatrecht vor dem Lüth Urteil vom 15. 1. 1958	40
bb)	Das Lüth Urteil vom 15. 1. 1958	43
aaa)	Bedeutung des Lüth Urteils	43
bbb)	Zusammenfassung des Lüth Urteils	45
b)	Rechtsprechung anderer deutscher Gerichte	46
aa)	Bundesarbeitsgericht	46
aaa)	Der Trend zur Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des BAG	46
bbb)	Entscheidungen des BAG	47
bb)	Bundesgerichtshof	49

II.	DERZEITIGE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS UND ANDERER DEUTSCHER GERICHTE IM BEREICH DER DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE	51
1.	<i>Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i>	51
a)	Die Rolle der Grundrechte im Privatrecht nach dem Lüth Urteil vom 15. 1. 1958	51
b)	Die Handelsvertreterentscheidung	55
aa)	Allgemein	55
bb)	Sachverhalt	56
cc)	Entscheidung	57
dd)	Bewertung	58
c)	Von der zweiten Hälfte der 90er Jahre bis 2003	61
d)	Resümee	63
2.	<i>Rechtsprechung anderer deutscher Gerichte</i>	64
a)	Allgemein - Die Rolle der Grundrechte im Privatrecht nach dem Lüth Urteil	64
b)	Bundesarbeitsgericht	65
c)	Kopftuch Urteil vom 10. 10. 2002 BAG	69
aa)	Sachverhalt	69
bb)	Entscheidung	69
cc)	Bewertung	72
d)	Bundesgerichtshof	75
e)	Bundessozialgericht	76
f)	Bundesverwaltungsgericht	77
g)	Bundesfinanzhof	77
h)	Ländergerichte	78
i)	Resümee	78
III.	DIE DERZEITIGE WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR ZUR DRITTWIRKUNG IN DEUTSCHLAND	79
1.	<i>Drei-Ebenen-Theorie</i>	79
a)	Überblick des Inhalts	79
b)	Bewertung des Drei-Ebenen-Modells	84
2.	<i>Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates</i>	85
a)	Allgemein	85
b)	Vergleich zur Drittwirkung der Grundrechte	88
c)	Kritik	92
aa)	Rechtstheoretische Perspektive	92
bb)	Rechtspolitische Perspektive	93
IV.	EXKURS: DIE DRITTWIRKUNG DER GRUNDFREIHEITEN VOR DEM EUGH	95
1.	<i>Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten</i>	95
2.	<i>Kritik</i>	99

C. DIE DRITTWIRKUNGSLEHRE IN KOREA.....	100
I. DIE BISHERIGE ENTWICKLUNG DER DRITTWIRKUNGSLEHRE IN KOREA IM VERGLEICH...	100
1. <i>Historischer Überblick und Grundzüge</i>	100
2. <i>Literatur</i>	102
a) Vorrang der materiellen Verfassung	102
b) Die Drittwirkungslehre	103
3. <i>Rechtsprechung</i>	105
a) Allgemein	105
b) Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts.....	105
aa) Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Beschleunigung des Zivilprozesses (BZPG).....	105
aaa) Der Text des Gesetzes.....	105
bbb) Allgemein.....	106
ccc) Entscheidung.....	106
ddd) Bewertung.....	108
bb) Verfassungsbeschwerde über Art. 245 Abs. 1 KBGB vom 29. 7. 1993	108
aaa) Der Text des Gesetzes.....	108
bbb) Allgemein.....	109
ccc) Entscheidung.....	110
ddd) Bewertung.....	111
c) Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs	112
aa) Kaufvertrag über ein Hauses und Freizügigkeit.....	112
aaa) Entscheidung.....	112
bbb) Bewertung.....	112
bb) Auslegung der unerlaubten Handlungen in der Privatbeziehung	113
aaa) Inhalt.....	113
bbb) Bewertung.....	115
II. RECHTSPRECHUNG DES KOREANISCHEN VERFASSUNGSGERICHTS UND OBERSTEN GERICHTHOFS ZUR DRITTWIRKUNG NACH DERZEITIGEM STAND	115
1. <i>Allgemein</i>	115
2. <i>Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts</i>	116
a) Urteil über den Art. 764 KBGB vom 1. 4. 1991	116
aa) Text des KBGB	116
bb) Allgemein	116
cc) Entscheidung	118
dd) Bewertung	119
b) Urteil über den Art. 809 Abs. 1 KBGB vom 16. 7. 1997.....	120
aa) Text des KBGB	120
bb) Allgemein	120
cc) Entscheidung	121

dd)	Bewertung	122
3.	<i>Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs</i>	123
a)	Verpflichtung zur Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen	123
aa)	Entscheidung	123
bb)	Bewertung	123
b)	Schulregel und Religionsfreiheit	124
aa)	Entscheidung	124
bb)	Bewertung	125
III.	DIE DERZEITIGE WISSENSCHAFTLICHE LITERATUR ZUR DRITTWIRKUNG IN KOREA.....	125
1.	<i>Allgemein</i>	125
2.	<i>Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates</i>	127

Zweiter Teil

Dogmatischer Teil der Drittwirkung der Grundrechte

A.	EIGENER ANSATZ	128
I.	DOPPELCHARAKTER DER AUSSTRAHLUNGSWIRKUNG VOM DOPPELCHARAKTER DER GRUNDRECHTE	128
1.	<i>Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG</i>	128
a)	Das Verständnis der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich	128
b)	Die wesensmäßigen Grenzen der Grundrechte	129
c)	Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG.....	130
2.	<i>Festsetzung des Bereichs der Verwirklichung der Grundrechte</i>	132
a)	Allgemein	132
aa)	Exkurs: Betrachtung über das Wort – Funktion –.....	132
bb)	Exkurs: Betrachtung über die Worte – Wirkung, Geltung.....	134
b)	Schutzbereich des Grundrechts und der Bereich der Verwirklichung der Grundrechte	135
3.	<i>Die „Eigenschaft der Rechtswirkung“ in der Staatsgemeinschaft</i>	137
a)	vom Verfassungsrecht.....	137
b)	vom Privatrecht.....	139
c)	vom Naturrecht	141
4.	<i>Dual-Ausstrahlungswirkung</i>	144
a)	Dual-Ausstrahlungswirkung	144
b)	Die Konstruktion der Bindung der Grundrechtswirkung im Privatrechtsverhältnis.....	145
c)	Prüfungsstufen	149
aa)	Notwendigkeit der Prüfungsstufen	149

bb)	Inhalt der Prüfungsstufen.....	150
aaa)	Allgemein.....	150
bbb)	Erste Stufe.....	151
ccc)	Zweite Stufe.....	155
ddd)	Dritte Stufe.....	155
cc)	Fazit.....	161
II.	EXKURS: DIE NOTWENDIGKEIT EINES NEUEN ROLLE DER GRUNDRECHTE FÜR DAS 21.	
	JAHRHUNDERT	164
1.	<i>Entwicklungsverlauf der Stellung der Bürger.....</i>	164
a)	19. Jahrhundert – Die Stellung der Bürger gegenüber dem Staat.....	164
aa)	Entstehung des bürgerlichen Rechtsstaats	164
bb)	Der Charakter des bürgerlichen Rechtsstaats.....	165
cc)	Die Stellung der Bürger gegenüber dem Staat.....	166
b)	20. Jahrhundert – Die Stellung der Bürger gegenüber der Gesellschaft.....	166
aa)	Ansatz des Wandels des bürgerlichen Rechtsstaatsprinzips	166
bb)	Das Sozialstaatsprinzip.....	168
cc)	Die Stellung der Bürger gegenüber der Gesellschaft	169
c)	21. Jahrhundert - Die Stellung der Bürger gegenüber den Bürgern	170
2.	<i>Entwicklungsverlauf der Grundrechtsfunktionen.....</i>	171
a)	Staatssphäre	171
b)	Gesellschaftssphäre.....	172
c)	Fazit.....	173
3.	<i>Der sich ausweitende Bereich der Information im Verfassungsleben.....</i>	176
4.	<i>Der zunehmende Bereich der Kultur im Verfassungsleben.....</i>	178
a)	Soziologische Perspektive	178
b)	Rechtswissenschaftliche Perspektive.....	179
aa)	Recht und Kultur	179
bb)	Der kulturschaffende Charakter der Grundrechte	181
5.	<i>Die Funktionen und Rollenerwartung der Grundrechte im künftigen neuen</i>	
	<i>Rechtsstaatsbegriff für das 21. Jahrhundert</i>	183
a)	Kooperativer Rechtsstaat	183
aa)	Rechtstheoretischer Hintergrund	183
bb)	Rechtspolitischer Hintergrund	185
cc)	Kooperativer Rechtsstaat im Verwaltungsrecht.....	186
dd)	Schlußfolgerung	188
b)	Kooperative Grundrechtsverwirklichung.....	189
6.	<i>Ergebnis.....</i>	192

B. MÖGLICHE WEITERENTWICKLUNG DER DRITTWIRKUNGSLEHRE ANHAND DES EIGENEN ANSATZES IN DEUTSCHLAND UND IN KOREA.....	195
I. MÖGLICHE WEITERENTWICKLUNG IN DEUTSCHLAND	195
II. MÖGLICHE WEITERENTWICKLUNG IN KOREA	197

Dritter Teil

Ausblick und kurze Schlussthesen als Ergebnis

A. AUSBLICK.....	198
I. KÜNFTIGE DEUTSCHE ENTWICKLUNG	198
II. KÜNFTIGE KOREANISCHE ENTWICKLUNG	201
B. KURZE SCHLUSSTHESEN ALS ERGEBNIS	203

Anhang

I. ÜBERBLICK ÜBER DIE GRUNDRECHTE IN DER KOREANISCHEN VERFASSUNG.....	207
1. <i>Liberale, klassische Grundrechte</i>	207
2. <i>Soziale Grundrechte</i>	207
3. <i>Grundrechtliche Einrichtungsgarantien</i>	208
II. DER KOREANISCHE VERFASSUNGSTEXT ÜBER DIE GRUNDRECHTE	208
III. VERFASSUNGSGERICHT IN DER REPUBLIK KOREA	214
IV. DER RICHTSAUFBAU IN KOREA	215
1. <i>Verfassungstext</i>	215
2. <i>Gerichtsorganisationsgesetz vom 27. 7. 1994</i>	215

Literaturverzeichnis

I. LITERATUR IN DEUTSCHER SPRACHE	217
II. LITERATUR IN KOREANISCHER SPRACHE	227

Abbildungen

Abbildung 1. Unterteilung des Kontrollsystems der Grundrechtsverwirklichung	132
Abbildung 2. Die Konstruktion der Rechtswirkung in der Staatsgemeinschaft als System von Rechtsnormen.....	144
Abbildung 3. Die Konstruktion der Bindung der (Dritt)Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung.....	147
Abbildung 4. „Dual-Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte	163

Tabellen

Tabelle 1. Eine statistische Untersuchung bis 31. 12. 2003	25
Tabelle 2. Das System der Punktzahl.....	152
Tabelle 3. Prüfungsstufen für die Anwendung der „Dual-Ausstrahlungswirkung“	162
Tabelle 4. Überblick des Entwicklungsverlaufs der Grundrechtsfunktionen.....	175

Abkürzungsverzeichnis

BZPG: Gesetz über die Beschleunigung des Zivilprozesses

KV: Koreanische Verfassung

KVerfG: Koreanisches Verfassungsgericht

KVerfGE: Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts

KBGB: Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch

OGH: Oberster Gerichtshof

LGE: Entscheidung des Landgerichts

Die übrigen Abkürzungen entsprechen „Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen“, Dieter Meyer, 10. Aufl. 1993 Berlin, Luchterhand.

Erster Teil

Problemaufriß und historischer Überblick

A. Das Problem der Drittwirkung von Grundrechten

I. Problemstellung als Einleitung

Das Gesetz und die Gerechtigkeit bemühen sich das Ziel zu erreichen, den Schutz des Schwächeren gegenüber dem Stärkeren zu verwirklichen.¹ Die Debatte der Drittwirkung der Grundrechte ist ein Ergebnis einer Bemühung, die die Gerechtigkeit in der Staatsgemeinschaft verwirklichen will.

Trotz zunehmender Versuche, die sich fast über vierzig Jahre hin erstreckten, gibt es für die Lösung der Drittwirkungsproblematik immer noch keine klare Erklärung.² Die verfassungsrechtlichen Wertungen ändern sich mit den gesellschaftlichen Anschauungen.³ Darum ist damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung über einzelne Drittwirkungsfragen mit Änderungen der Wertungen in der Verfassung einhergeht. Das heißt, dass Problemlösungen in Drittwirkungsfragen nur in einer Annäherungsmethode gefunden werden, indem nicht eine „unbewegliche Methode“ sondern eine „bewegliche Methode“ als Zugangsform gewählt wird.

¹ Dieses Konzept beruht nicht auf Macht od. wirtschaftlichen Gesichtspunkten sondern auf Gerechtigkeit. Vgl. Henrich, Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel, in: Festschrift Dieter Medicus, 1999, S. 199.

² Vgl. Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V. 1992, §117 Rn. 58., 79.: Er sagt sogar, es sei unmöglich, dass sich einfache Patentlösungen für die Drittwirkungsprobleme in künftige Zeit finden lassen werden.; Odendahl, Das „Lüth-Urteil“, JA 1998, S. 936.

³ Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V. 1992, §117 Rn. 79.

In der Drittwirkungsproblematik geht es um das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht. Die grundrechtsdogmatische Lösung konzentriert sich auf die Frage, ob private Rechtssubjekte als dritte Adressaten der Grundrechte betrachtet werden können.⁴ Es ist in der heutigen Zeit nicht mehr vertretbar, dass das Privatrecht von den Grundrechten unbeeinflusst bleibe.⁵ Darum soll die Lösung für die Drittwirkungsproblematik mit der Konstruktion der Grundrechtsbindung im Privatrecht und deren Inhalt erörtert werden.⁶ Wissenschaftler auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sind gefordert, klare Erklärungen zu verfassen und Anwendungsstrukturen für die Drittwirkung der Grundrechte zu finden. Sie sollten untersuchen, auf welche Art und Weise die Grundrechte in das Privatrecht hineinstrahlen können.

Im weiteren Sinne soll die Drittwirkungslösung auch gleichzeitig im Zusammenhang mit den folgenden Themen analysiert werden. Im 19. Jahrhundert gab es einen unbestrittenen materiellen Vorrang des Privatrechts.⁷ Dies war eine historisch gewachsene Regel der Gesellschaft. Die moderne Industriegesellschaft stellte neue Lebensverhältnisse in der Staatsgemeinschaft her und verlangte eine neue Ordnung des Rechtsstaatsprinzips. Schließlich tauchte im 20. Jahrhundert das Sozialstaatsprinzip auf. Der sich entwickelnde Rechtswert der Bürger änderte die Stellung der Bürger in der Staatsgemeinschaft. Im 19. Jahrhundert standen sich Staat und Bürger gegenüber. Im 20. Jahrhundert standen sich nach dem Sozial-

⁴ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 10.

⁵ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, S.349.

⁶ Vgl. Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/ Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V. 1992, §117 Rn. 58.

⁷ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 31.

staatsprinzip Gesellschaft und Bürger gegenüber. Die Drittwirkungsproblematik, die im 20. Jahrhundert viele Diskussionen verursacht hat, könnte uns ein Beispiel für die neue Ordnung des Rechtsstaats im 21. Jahrhundert zeigen. Wie ist der rechtstheoretische Trend der Drittwirkung der Grundrechte im kommenden 21. Jahrhundert durchzusetzen?

II. Vorgehensweise

1. Der Zweck der Untersuchung

Obwohl die Drittwirkung der Grundrechte seit den fünfziger Jahren mit großer rechtswissenschaftlicher Leidenschaft diskutiert wird, besteht noch Unklarheit in der Drittwirkungsproblematik, wie und inwieweit die Grundrechte im Privatrecht angewendet werden können. Die Arbeit will Klarheit über die Konstruktion der Bindung und deren Inhalt finden.

Die bisherige Staatsgemeinschaft ist im Moment im Wandel begriffen. Die hochtechnische Informationswelt, die für die Öffentlichkeit, Rechtschaffenheit und Kooperative garantiert, wird die Integration der Staatsgemeinschaft und der Welt fördern (und hat sie schon gefördert). Diese neue Tendenz fordert die neuen Funktionen und Rollen der Grundrechte. Die Arbeit will auch aufzeigen, wie sich die Funktionen der Grundrechte im sog. kommenden Kulturkapitalismus, der eine homogenisierte Weltkultur verursacht, entwickelt sollen.

2. Die Methode der Untersuchung

Diese Arbeit untersucht zuerst den Trend der Rechtsprechung der verschiedenen Gerichte, um die Konstruktion der Bindung und deren Inhalt der Drittwirkung der Grundrechte zu finden. Danach versucht die Arbeit die Differenzierung der bisherigen Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als grundrechtsdogmatischen Vorschlag.

Als rechtspolitischen Vorschlag betrachtet und untersucht die Arbeit die Tendenz der zukünftigen Weltordnung aus einer soziologischen Perspektive. Die Notwendigkeit dieser Untersuchungsmethode geht von der Forderung der Rekonstruktion des Rechtsstaatsprinzips aus.

3. Der Bereich der Untersuchung

Die Arbeit legt großes Gewicht auf die Untersuchung des Bereiches der deutschen Rechtswissenschaft, weil in Korea der Inhalt der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte meistens von Deutschland übertragen oder überarbeitet wird. Die „State Action Doctrine“ in den USA im Zusammenhang mit der Drittwirkungsproblematik ist in dieser Arbeit wie folgende erfasst worden.

Die amerikanische Verfassung stellte in den Jahren 1791, 1865 und 1870 einen Katalog von Grundrechten auf, die nur auf die Staatsverwaltung anwendbar sind.⁸

⁸ Vgl. Barby, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, DVBl 1971, S.333.; über die amerikanische Verfassung in deutscher Sprache s. Loewenstein,

Aber der Oberste Gerichtshofs (Supreme Court) stellte in seiner Rechtsprechung⁹ über den Geltungsbereich der Grundrechte fest, dass bestimmte private Gewalten ebenfalls an die Grundrechte gebunden werden können.¹⁰ D. h. wenn das private Verhalten den Charakter von öffentlichen Funktionen annehmen kann und wenn privates Handeln als Gebilde staatlicher Beteiligung erscheinen kann, können die Grundrechte in die Privatrechtsordnung hinein wirken.¹¹

Trotzdem bleibt das Problem, „ob die Grundrechte der amerikanischen Verfassung auch Drittwirkung haben“¹² immer noch ungelöst, weil es für die Unterscheidung zwischen privatem Handeln und staatlichem Handeln keine klare Lösung gibt.¹³ Die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte in der amerikani-

Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1959. u. Parker, Das öffentliche Recht, Verfassungsrecht und allgemeines Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1963. (Zitat von Barby Fn. 2.)

⁹ ausführlicher Inhalt der Entscheidung: über die Rassendiskriminierung in der Sache „Grundstücksverträge“, „Öffentliche Einrichtungen“, „Gewerkschaften“ und „Letztwillige Verfügungen“, über die freie Meinungsäußerung und Religionsfreiheit und über die Pressefreiheit s. Barby, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, DVBl 1971, S.334ff.; Unter der Kategorie mit „governmental function“ und „state involvement“ s. Thüsing, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99 (2000), S.72ff.

¹⁰ Vgl. Thüsing, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99 (2000), S.69.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 1521 f.

¹¹ Vgl. Thüsing, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99 (2000), S.72.

¹² Barby, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, DVBl 1971, S.336.

¹³ Vgl. Thüsing, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99 (2000), S.72.

schen Verfassung „kann nur an einer Fall-zu-Fall-Analyse gelöst werden.“¹⁴ Eine allgemein anerkannte Definition der Drittwirkung der Grundrechte wurde in den Vereinigten Staaten bisher auch nicht gefunden.¹⁵

B. Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland

I. Die bisherige Entwicklung der Drittwirkungslehre in Deutschland

1. Historischer Überblick und Grundzüge

In den fünfziger Jahren und in den sechziger Jahren wurden viele Beiträge¹⁶ herausgegeben, welche die Drittwirkung der Grundrechte untersuchten. Trotzdem blieb immer noch Unklarheit über die Konstruktion der Bindung der Drittwirkung der Grundrechte und deren Inhalt bestehen.

¹⁴ Barby, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, DVBl 1971, S.336.

¹⁵ Vgl. Thüsing, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99 (2000), S.72. u. Fn. 9.

¹⁶ Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S.121-128; Nipperdey, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, S.445-452; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.157-190; Müller, Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 1964, S.121-127; Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in Festschrift Hermann Jahrreiss, 1964, S.339-354; E. Krotoschin, Gerichtlicher Grundrechtsschutz, insbesondere Drittwirkung der Grundrechte, nach argentinischem Recht, RdA 1964, S.128-132; Vogt, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, Diss., 1960; Koll, Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, Diss., 1961; Linders, Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, Diss., 1961

In den siebziger Jahren¹⁷ gab es eine Theorie von Jürgen Schwabe, welche die Debatte um die Drittwirkung der Grundrechte als Scheinproblem beschreibt.¹⁸ Diese Zeit bejaht allenthalben, dass sich Grundrechtsnormen auf die Bürger / Bürger-Relation auswirken und in diesem Sinne eine Drittwirkung haben.¹⁹ Einerseits blieb immer ein Anwendungsspielraum, wie sich Grundrechte auf die Beziehungen zwischen Bürgern auswirken. Das heißt, es geht um ein Konstruktions-

¹⁷ Barby, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, DVBl 1971, S.333-336; Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971; Delbrück, Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung?, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift Werner Weber, 1974, S.223-238; Schwabe, Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR 100(1975), S.442-470

¹⁸ Nach seiner Meinung: „Weil die Grundrechte allein der Staatlichen Rechtsmacht konfrontiert sind und von niemand anderem als dem Staat beschränkt werden können, gibt es keine >Dritten<, denen gegenüber sie wirken könnten; der Begriff der >Drittwirkung< ist schon deshalb verfehlt...Aus alledem folgt, dass es nicht zweierlei Grundrechtsgeltung im öffentlichen und privaten Recht gibt, sondern nur eine einzige gegenüber dem staatlichen Recht und denen, die es schaffen und anwenden. Einen besonderen Bereich der >Grundrechtsgeltung im Zivilrecht< alias >Drittwirkung< gibt es folglich nicht...Zunächst einmal ist ein genau gleiches Ausmaß der Grundrechtsgeltung im öffentlichen wie im Privatrecht gar nicht zwingend, vielmehr das >ob< der Grundrechtswirkung vom >wieweit< strikt zu trennen. Zum anderen aber sind alle Freiheitsbeschränkungen, die man im Privatrecht antrifft, grundsätzlich auch im öffentlichen Recht zulässig. Das ergibt sich schon aus der weitgehenden Vertauschbarkeit und der Gemengelage zwischen öffentlichem und privatem Recht...So besehen, handelt es sich bei der Frage nach der Zulässigkeit der >Drittwirkung< um ein Scheinproblem. Von der vorstehenden Konzeption aus gehen alle kunstvollen Begründungsversuche für oder gegen eine Grundrechtsgeltung >im Privatrecht< ins Leere.“, Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 154 ff.; Kritik gegen diese Meinung s. Alexy, Theorie der Grundrechte, (1985 Habil.) 1994, S. 417 und Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1998, S. 1551 f.

¹⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, (1985 Habil.) 1994, S. 480; Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei F. Eckhold-Schmidt, Legitimation durch Begründung. Eine erkenntniskritische Analyse der Drittwirkungs-Kontroverse, Berlin 1974, S. 26 ff., 66 ff.

problem. Andererseits muss im Einzelfall entschieden werden, in welchem Umfang sie dies tun. Demnach handelt es sich auch um ein Kollisionsproblem.²⁰

In den achtziger Jahren²¹ wurde wiederum versucht, eine neue Lösung für die Drittwirkungsdebatte zu finden, die als ein Schwerpunkt in die Grundrechtsdogmatik mit neuer Methode Eingang finden sollte. Robert Alexy erläuterte seine Auffassung an Hand des Begriffes „eines Drei-Ebenen-Modells der Drittwirkung“.²² Wente referierte, dass §823 Abs. I BGB bzw. das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht die Freiheiten des Art. 5 I GG nur in dem geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Rahmen einschränken kann (auf eine mittelbare Drittwirkung).²³ Novak erwähnte unter Heranziehung des Schutzpflicht-Gedankens eine rechtspolitische Perspektive.²⁴ Canaris betonte die Grundrechte

²⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte, (1985 Habil.) 1994, S. 480

²¹ Wente, Informationelles Selbstbestimmungsrecht und absolute Drittwirkung der Grundrechte, NJW 1984, S.1446-1447; Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte- Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S.133-147; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), S.201-246; Alexy, Theorie der Grundrechte, (1985 Habil.) 1994; Greifeld, A, Verfassungsrecht, Mietrecht- Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, JA 1986, S.448-450; Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte, in: Festschrift Wolfgang Martens, 1987, S.215-230; Petz, Verfassungsrecht-Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, JA 1987, S.634-636; Linnenkohl/Rauschenberg/ Schüttler, Das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ und die Drittwirkungsproblematik im Arbeitsrecht, BB 1988, S.57-63; Bleckmann, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S.938-946; Ramm, Drittwirkung und Übermaßverbot, JZ 1988, S.494-493; Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988

²² Alexy, Theorie der Grundrechte, (1985 Habil.) 1994, S. 484 ff.; als Kritik s. erster Teil B. III. 1. b) „Bewertung des Drei-Ebenen-Modells“.

²³ Wente, Informationelles Selbstbestimmungsrecht und absolute Drittwirkung der Grundrechte, NJW 1984, S. 1447.

²⁴ Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte- Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S. 146.

als Schutzgebote.²⁵ Greifeld hat die grundrechtliche Schutzpflicht und den Wertgehalt der Grundrechte gleichzeitig erwähnt.²⁶ Rüfner legte seine skeptische Meinung vor, dass sich einfache Patentlösungen auch künftig nicht finden lassen werden.²⁷ Linnenkohl hat die unmittelbare Drittwirkung insbesondere im Recht der Arbeitsverhältnisse anerkannt, „wo der einzelne einer dem Staat vergleichbaren sozialen Macht gegenübersteht“.²⁸ Bleckmann stellte mit der „Erstreckung der Drittwirkung auf die neuen Grundrechtsfunktionen“ eine bedeutende neue Perspektive vor:

„Mit der durchaus herrschenden Lehre sind wir bisher davon ausgegangen, dass die Drittwirkung der Grundrechte nur ihre Abwehrfunktion anspricht. In der neueren Grundrechtsdogmatik wurde aber zunehmend erkannt, dass die Grundrechte weitere Funktionen etwa als Teilhabe- und Leistungsrechte, als Schutzpflicht des Staates, als institutionelle Garantie, als objektive Normen oder Direktiven für den Inhalt der Gesetzgebung, als Verfahrensgarantien und als Wertordnung entwickeln. Es stellt sich damit das neue Problem, ob auch bei der Drittwirkung der Grundrechte, also im Verhältnis zwischen den Individuen, diese neuen Funktionen der Grundrechte relevant werden.“²⁹

Ramm konstatiert, dass die Drittwirkung der einzige Weg ist, um die Einheit der Rechtsordnung zu arbeiten und das Rechts zu erneuern.³⁰

²⁵ Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), S. 225 ff.

²⁶ Greifeld, A, Verfassungsrecht, Mietrecht- Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, JA 1986, S. 449.

²⁷ Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte, in: Festschrift Wolfgang Martens, 1987, S. 229.

²⁸ Linnenkohl/ Rauschenberg/ Schüttler, Das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ und die Drittwirkungsproblematik im Arbeitsrecht, BB 1988, S. 63.

²⁹ Bleckmann, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S.944.

³⁰ „Insbesondere unter Nutzung der klassischen Auslegungsregeln“, Ramm, Drittwirkung und Übermaßverbot, JZ 1988, S. 493.

In den neunziger Jahren sind die verhältnismäßig wichtigsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht erschienen, als da sind: die Handelsvertreter-³¹, Mietereigentums-³², Bürgschafts-³³, Parabolantennen-³⁴, Kündigungsschutz-³⁵ und Fotoentscheidung von Prinzessin Caroline³⁶. Als Reaktion auf diese Entscheidungen ist viel Schrifttum³⁷ entstanden, worin sich mit der gesamten Problematik befasst wird oder Einzelfragen der

³¹ BVerfGE 81, 242 (252ff.).

³² BVerfGE 89, 1.

³³ BVerfGE 89, 214 (232ff.).

³⁴ BVerfGE 90, 27.

³⁵ BVerfGE 97, 169.

³⁶ BVerfGE 101, 361 (373).

³⁷ Heyde/ Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990; Pietzcker, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift Günter Dürig, 1990, S. 345-363.; Hermes, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage, NJW 1990, S. 1764-1768.; Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, S. 35-70.; ders. Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1993.; Rübner, Wolfgang, Grundrechtsadressaten, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V. 1992, §117.; Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119(1994), S. 529-563.; Eschenbach/ Niebaum, Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung, NVwZ 1994, S. 1079-1082.; Sandler, Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch die Hintertür, NJW 1994, S. 709-710.; Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S.373-383.; Hesse, Bedeutung der Grundrechte, in: Handbuch des Verfassungsrechts 2. Aufl., 1994, S. 127-160(150ff.); Erichsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S. 527-533.; Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, S. 1-36.; Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122(1997), S. 65-107.; Rädler, Art 3 III GG als Schutzgesetz i. S. von § 823 II BGB?, NJW 1998, S. 1621-1623.; Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, AcP 1998, S. 171-260.; Fezer, Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, S. 265-275(276f.); Odendahl, Das „Lüth-Urteil“, JA 1998, S. 933-937.; Lücke, Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S. 377-384.; Schneider-Danwitz, Datenschutz gegen private Branchenwarndienste, Diss., 1993.; Von Münch, Zur Drittwirkung der Grundrechte, Diss., 1998.; Stemmler, Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, Diss., 1998.; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999.; Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, Habil., 1999.

Drittwirkung der Grundrechte erschlossen werden. Pietzcker erwähnte im Zusammenhang mit der Schutzpflicht, dass die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als Schutzgebot der Grundrechte verstanden werden kann.³⁸ Lücke legte seine neue Sichtweise an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG vor. Art.19 Abs.3 GG sei nicht nur als Grundrechtsberechtigungs-, sondern zugleich als Grundrechtsverpflichtungsnorm interpretierbar.³⁹ Er begründet seine Art der Interpretation mit der Textpassage „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“.⁴⁰

In der aktuellen Zeit zu Beginn des 21. Jahrhundert, entwickeln sich Beiträge⁴¹, rechtswissenschaftliche Literatur⁴² und Rechtsprechung – Girokonto der NPD⁴³, Internetfirma „Schuldnerspiegel“⁴⁴ und Privatschuldienst⁴⁵ – für die logische Lösung der Drittwirkungsdebatte immer häufiger als in früherer Zeit. Unter Berücksichtigung der zunehmenden Rechtsprechung (Tabelle 1.) könnte man auch

³⁸ Pietzcker, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift Günter Dürig, 1990, S. 363.

³⁹ Lücke, Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S. 383.

⁴⁰ Lücke, Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S. 384.

⁴¹ Annette Guckelberger, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, S. 1151- 1157.; Thüsing, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99(2000), S. 69-85.; Hager, Die Mephisto-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2000, S. 186-191.; Enders, Der Gewissenhafte Schlosser, Jura 2000, S. 198-204.; Polzin, Verfassungswidrigkeit der Fernsehsendung „Big Brother“?, Jura 2000, S. 278-279.; Rupp, „Die-nende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte, JZ 2001, S. 271-277.; Walt, Drittwirkung in Südafrika und Deutschland, DÖV 2001, S. 805-814.; Göksu, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 2002, S. 89-101.

⁴² Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001.; Egli, Drittwirkung von Grundrechten, Diss., 2002.; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Habil., 2003.

⁴³ BVerfGE 2 BvR 202/01 vom 22.2.2001, <http://www.bverfg.de/>

⁴⁴ BVerfGE 104, 65(73)

⁴⁵ BVerfGE, 1 BvR 947/01 vom 26.8.2002, <http://www.bverfg.de/>

erwarten, dass sich ein neuer Wendepunkt in der Debatte zum künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff⁴⁶ abzeichnet.

Tabelle 1. Eine statistische Untersuchung bis 31. 12. 2003

– Zunehmende Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Drittwirkung der Grundrechte (Die erfassten Fälle haben gemeinsam, dass ein Gericht den Ausdruck der „*Drittwirkung*“ der Grundrechte innerhalb des „gesamtem Textes“ seiner Entscheidung direkt verwendet)

	BVerfG	BAG	BGHZ	Andere (Bund)	Andere (Land)	Total
1954-1969	2	2	2	0	0	6
1970-1979	2	1	0	1(BVerwG)	5	9
1980-1989	4	3	3	2(BSG)	8	20
Summe I	8	6	5	3	13	35
1990-1999	7	6	1	1(BVerwG) 1(BFH)	29	45
2000-2003	4	5	2	1(BSG)	23	35
Summe II	11	11	3	3	52	80
Total (Summe I+II)	19	17	8	6	65	115

BVerfG: 15.1.1958 (7,198); 15.1.1958 (7,230); 11.5.1976 (42, 143); 25.7.1979 (52,131); 17.2.1981 (57, 220); 23.4.1986 (73,261); 29.5.1989 (1 BvR 1049/88); 5.12.1989 (1 BvR 1188/89); 7.2.1990 (81, 242); 15.10.1991 (1 BvR 976/89); 26.5.1993 (89, 1); 19.10.1993 (89, 214); 9.2.1994 (90, 27); 27.1.1998 (97, 169); 15.12.1999 (101, 361); 22.2.2001 (2 BvR 202/01); 9.10.2001 (104, 65); 26.8.2002 (1 BvR 947/01); 30.7.2003 (1 BvR 792/03).

BAG: 3.12.1954 (1, 185); 15.1.1955 (1, 258); 23.3.1957 (4, 240); 10.5.1957 (4, 274); 29.6.1962 (13, 168); 28.9.1972 (24, 438); 27.5.1986 (1 ABR 35/84); 22.10.1986 (53, 226); 5.3.1987 (2 AZR 187/86); 15.7.1992 (5 AZR 341/91); 16.3.1994 (76, 155); 11.5.1994 (5 AZR 660/93); 17.2.1998 (88, 38); 20.4.1999 (1ABR 72/98); 1.7.1999 (2 AZR 676/98); 10.10.2002 (2 AZR 472/01);

⁴⁶ Über diesen neuen Rechtsstaatsbegriff: s. zweiter Teil A. II. 5. a) „Kooperativer Rechtsstaat“.

22.10.2002 (3 AZR 496/01); 10.12.2002 (1 AZR 96/02); 28.3.2000 (1 ABR 16/99); 19.6.2001 (1 AZR 463/00).

BGHZ: 26.10.1962 (36, 91); 23.9.1969 (52, 325); 8.4.1981 (VIII ZR 98/80); 8.7.1982 (84,352); 21.10.1983 (88, 344); 23.11.1998 (140, 74); 11.3.2003 (XI ZR 403/01); 8.5.2001 (XI ZR 192/00).

BVerwG: 5.2.1971 (VII B 45.69); 23.12.1994 (97, 282).

BSG: 10.12.1980 (51, 70); 18.2.1987 (61, 158); 9.12.2003 (B2U 8/03 R).

BFH: 26.9.1995 (VII B 117/95).

Ländergerichte:

In den 70er Jahren: LG Münster (24. 6. 1977, 10 O 154/77), LG Hannover (26. 7. 1977, 8/11 S 8/75), AG Lübeck (15. 3. 1979, 15 C 190/78), LG Itzehoe (5. 9. 1979, 4 S 7/79), VG Berlin 2. Kammer (8. 10. 1979, 2 A 18.78).

In den 80er Jahren: AG Nürnberg (27. 3. 1981, 25 C 7389/80), LG München I (20. 7. 1983, 14 S 18033/81), AG München (28. 12. 1984, UR II 16/84), KG Berlin 8. Zivilsenat (27. 6. 1985, 8 RE-Miet 874/85), AG Hannover (3. 9. 1985, 86 II 85/85), BayVerfGH (20. 1. 1989, Vf. 12 – VI – 87), OLG Düsseldorf 10. Zivilsenat (18. 5. 1989, 10 U 7/89), AG Schöneberg (30. 5. 1989, 16 C 727/88).

In den 90er Jahren: AG Hamburg-Bergedorf (5. 2. 1991, 409 C 535/90), AG Königswinter (20. 2. 1991, 3 C 472/90), BezirksG Halle (22. 5. 1991, 4 S 19/91), Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 23. Senat (6. 9. 1991, 23 A 1410/89), VG München 3. Kammer (29. 10. 1991, M 3 E 91.21093), AG Dortmund (17. 3. 1992, 125 C 1985/92), BayVerwGH München 7. Senat (7. 4. 1992, 7 CE 92.10001), OLG Frankfurt 20. Zivilsenat (22. 7. 1992, 20 REMiet 1/91), LG Dortmund 1. Zivilkammer (30. 9. 1992, 1 S 181/92), OLG Hamm 30. Zivilsenat (2. 12. 1992, 30 REMiet 3/92), ObVerwG für das Land Nordrhein-Westfalen 25. Senat (27. 1. 1993, 25 A 10241/88), LG Heidelberg 5. Zivilkammer (2. 7. 1993, 5 S 27/93), VG Berlin 1. Kammer (20. 4. 1994, 1 A 232.92), LG Essen 11. Zivilkammer (6. 9. 1994, II T 540/94), BayObLG München 4. Strafsenat (29. 9. 1994 45t RR 92/94), BayVerwGH München 4. Senat (13. 10. 1994, 4 CE 93.2586), LG Bad Kreuznach 2. Zivilkammer (8. 9. 1995, 2 T 64/95), AG Nürnberg (22. 9. 1995, 29 C 6260/95), AG Dortmund (28. 2. 1996, 139 II 84/93 WEG), VerwGH Baden-Württemberg 9. Senat (26. 3. 1996, 9 S 2502/93), BayObLG München 2. Zivilsenat (27. 6. 1996, 2Z BR 16/96), VG Berlin 2. Kammer (10. 9. 1996, 2 A 49.96), ArbG Gelsenkirchen 2. Kammer (28. 10. 1997, 2 La 3762/96), LG Essen 10. Zivilkammer (12. 3. 1998, 10 S 505/97), ArbG Gelsenkirchen 3. Kammer (8. 5. 1998, 3 Ca 122/98), LAG Düsseldorf 3. Kammer (1. 9. 1998, 3 Sa 857/98), OLG Oldenburg 11. Zivilsenat (25. 9. 1998, 11 U 18/98), OLG München Kartellsenat (22. 4. 1999, U (K) 2149/98), ObLG des Landes Sachsen-Anhalt 11. Zivilsenat, (3. 8. 1999, 11 U 38/99).

von 1. 1. 2000 bis 31. 12. 2003: LAG München 5. Kammer (11.1.2000, 5 Ta 446/99), ArbG Bautzen 7. Kammer (28.6.2000, 7 Ga 7004/00), OLG Rostock 12. Zivilsenat (11.7. 2000, 12 U 5199), OLG Stuttgart 12. Zivilsenat (22.8. 2000, 12 U 33/2000. 12 U 33/00), ArbG Halberstadt 5. Kammer (13.9.2000, 5 Ca 1081/00), LAG Düsseldorf 8. Kammer (26.9.2000, 8 Sa 671/00), OLG Dresden 14. Zivilsenat (16.11.2000, 14 W 1754/00), OLG Zweibrücken 3. Zivilsenat

(24.11.2000, 3 W 184/00), Brandenburgisches OLG 13. Zivilsenat (27.11.2000, 13 W 69/00), ArbG Dresden 8. Kammer (5.12.2000, 8 Ca 4514/00), ArbG München 38. Kammer (14.2.2001, 38 Ca 8663/00), LAG Sachsen-Anhalt 9. Kammer (8.5.2001, 9 (5) Sa 723/00), KG Berlin 5. Zivilsenat (24.7.2001, 5 U 1112/00), BayObLG München 2. Zivilsenat (25. 10. 2001, 2Z BR 81/01), Sächsisches LAG 7. Kammer (13.11.2001, 7 Sa 118/01), OLG Dresden 7. Zivilsenat (15.11.2001, 7 U 1956/01), LAG Hamm 19. Kammer (26.11.2001, 19 Sa 149/01), LAG Hamm 5. Kammer (26.2.2002, 5 Sa 1582/01), LAG Köln 2. Kammer (8.7.2002, 2 Sa 240/02), Hessisches LSG 3. Senat (4.12.2002, L 3 U 647/99), OLG Koblenz 5. Zivilsenat (26.6.2003, 5U 1621/02), OLG Stuttgart 4. Zivilsenat (22.7.2003 4W 32/03), ArbG Nürnberg 9. Kammer (5.8.2003, 9 Ca 4096/03).

*Diese Statistische Untersuchung beruft sich in den meisten Fällen auf Material von Juris online. Nach Juris online gab es zwischen 1954 und 1989 insgesamt 324.065 Entscheidungen (0,0108% davon sind Drittwirkungsentscheidungen) sowie 324.127 Entscheidungen von verschiedenen Gerichten zwischen 1990 und 2003 (darunter sind 0,0246% Drittwirkungsentscheidungen). Hieran lässt sich ablesen, dass die drittwirkungsbezogene Entscheidungen deutlich (um mehr als das Doppelte) zunehmen. Von den 19 Urteilen des BVerfG sind 13 Urteile (68,4%) in die Entscheidungsbücher aufgenommen worden [BAG: 52,9% (9/17); BGHZ: 62,5% (5/8)].

*Quelle: 1) Entscheidungsbücher des BVerfG, BAG, BGHZ, BVerwG, BSG
2) Homepage des Bundesverfassungsgerichts (<http://www.bverfg.de>)
3) Homepage des Bundessozialgerichts (<http://www.bundessozialgericht.de>)
4) Juris online (<http://www.Juris.de>)

2. Literatur

a) Die früheste rechtswissenschaftliche Auffassung über die Drittwirkung der Grundrechte

In der Zeit der Weimarer Reichsverfassung wurde das Drittwirkungsproblem nicht mit einer solchen wissenschaftlichen Leidenschaft diskutiert wie heute, weil

die Auffassung, dass die Grundrechte subjektive öffentliche Rechte seien und das Verhältnis zwischen Staat und Bürger regelten⁴⁷, vorgeherrscht hat.

Zudem kann man die damalige politische Situation wie folgt beschreiben: zahlreiche grundrechtsrelevante Materien sind durch das Gesetz nicht geregelt und die demokratische Kontrolle des Gesetzgebers über die Verwaltung und damit die mittelbare Grundrechtsbindung der Exekutive ist nicht sehr effektiv.⁴⁸

b) Ablauf der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik

aa) Vorrang der materiellen Verfassung

aaa) Geschichtliche Anschauung

Als es noch keine Verfassungen gab, konnte das Privatrecht – unbehelligt von einer höheren Instanz – seine eigenen Wege gehen. Dieser Zustand galt in Preußen bis zur Verfassung von 1848 und für Österreich bis zur Einführung des Staatsgrundgesetzes 1867 – als den beiden größten deutschen Einzelstaaten.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 513.; Schmitt, Verfassungslehre, 1954, S. 164.; Poetzsch-Heffter, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., 1928, S. 397.; Gebhard, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 1932, S. 468.; Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. Aufl., 1931, S. 260.; Linders, Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, Diss., 1961, S. 7-9.

⁴⁸ Bleckmann, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S. 941.

⁴⁹ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8

Trotz inhaltlicher Übereinstimmungen war das Verhältnis von Verfassungsrecht und Privatrecht zueinander von einer grundsätzlichen Beziehungslosigkeit gekennzeichnet.⁵⁰ Es gab noch keine Tendenzen, Veränderungen des Privatrechts zu planen oder durchzuführen.⁵¹ Den Verfassungen kam keine bindende Wirkung gegenüber dem Gesetzgeber des Privatrechts zu.⁵² Die Verfassungen konnten weder privatrechtsschützende noch privatrechtswahrende Funktionen entfalten.⁵³ Allein die Grundrechte wären für eine solche Funktion in Betracht gekommen.⁵⁴ Deren Bedeutung konnte indessen in der gesamten Periode der konstitutionellen Monarchie bis zum Jahre 1918 gering gedacht werden.⁵⁵

bbb) „Materieller“⁵⁶ Vorrang der Verfassung im materiellen Sinne

⁵⁰ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8

⁵¹ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8

⁵² Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8

⁵³ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8 f.

⁵⁴ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 9.

⁵⁵ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 9

⁵⁶ Über den Formellen oder materiellen Vorrang der Verfassung s. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 32 ff., ..., „Geht man von einem Vorrang der Verfassung aus, so ist dieser entweder formeller oder materieller Natur. Damit ist nicht die Unterteilung nach formeller und materieller Verfassung gemeint, mit welcher einhellig die Unterscheidung zwischen Verfassungsrechtssätzen, die in der Verfassungsurkunde niedergelegt sind (formelle Verfassung) und der inhaltlichen Grundordnung eines Gemeinwesens auf der Basis der Verfassungsurkunde (materieller Verfassungsbegriff) angesprochen wird.“; Normalerweise zum Vorrang der Verfassung folgendes: „das Prinzip des Vorrangs der Verfassung besagt, dass sich alle staatlichen Organe nicht mit dem GG in Widerspruch setzen dürfen, sich also stets verfassungskonform zu verhalten haben, an die GG-Bestimmungen gebunden sind (Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Handelns; vgl. Art. 20 III). Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich in der Normenhierarchie der Verfassungsvorrang durchgesetzt (Art. 93 und 100). Verfassungsdurchbrechungen sind unzulässig (Art. 79 I); einige Bereiche, insbesondere die Grundsätze der

Der Verfassungsgesetzgeber hat einen „hohen Rang“⁵⁷ und damit gegenüber anderen Gesetzgebern eine potentiell deutlich größere Kraft, mit der er das Verfassungsleben in der Staatsgemeinschaft ordnen könnte. Trotzdem bleiben immer noch die Weite der Vorschriften des Verfassungsrechts. Dieser Zustand beruht auf technischen Gründen, welche die Elastizität, die Abstraktheit, die Offenheit⁵⁸, die Unvollständigkeit und den fragmentarischen Regelungsgehalt einschließen.

Da das Leben geschichtliches Leben ist und darum geschichtlichen Veränderungen unterliegt, muss die Verfassung endlich unvollkommen und unvollständig bleiben. Der Inhalt der Verfassung muss notwendig „in die Zeit hinein offen“ gehalten werden – allerdings sollen die Grundlagen der Ordnung des Gemeinwesens nicht offen geregelt werden.⁵⁹

Die Grundrechte haben eine ergänzende und helfende Funktion für die Handhabbarkeit der Weite der Verfassung. Die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte

Art. 1 und 20, sind selbst einer Verfassungsänderung entzogen (Art. 79 III). Außerdem darf kein staatlicher Akt, auch nicht ein Gesetz, den Wesensgehalt der Grundrechte antasten (Art. 19 II).“, Katz, Alfred: Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, Rn. 190.

⁵⁷ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 263

⁵⁸ Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 243 f.

⁵⁹ Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S.15.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 23.; Aber diese Offenheit und Weite der Verfassung bedeutet nicht Auflösung in eine totale Dynamik: „Die Verfassung lässt nicht nur offen, sondern sie legt auch verbindlich fest, was nicht offen bleiben soll.“, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn.24., und schreibt er weiter, „Nicht offen bleiben soll aber auch der staatliche Aufbau und das Verfahren, in dem von der Verfassung offen gelassene Fragen zu entscheiden sind.“, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn.26

erfüllt eine eben solche Funktion, welche die Privatrechtsordnung im Zusammenhang mit der Weite der Verfassung nach dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung „in Ordnung bringen soll“. Aus diesem Grund stellte Smend folgendes fest, „Die Grundrechte regeln ihre Gegenstände nicht vom Standpunkt des einzelnen technischen Rechtsgebiets, sondern von dem des Verfassungsrechts.“⁶⁰ Die Verfassungstheoretische Untersuchung geht von einem materiellen Verständnis der Verfassung und ihres Vorranges aus.⁶¹

bb) Integrationslehre von Rudolf Smend

In seinem Beitrag „Verfassung und Verfassungsrecht“ stellte Smend ein neues Grundrechtsverständnis vor. Seine Integrationslehre betonte neue Funktionen der Grundrechte für die ständige Weiterentwicklung⁶² des Staats. Er hebt darüber hinaus hervor, dass die Grundrechte ein bestimmtes Kultur- und Wertesystem⁶³ proklamieren, das den Sinn des von dieser Verfassung konstituierten Staatslebens verkörpern soll.⁶⁴ Mittels einiger Beispiele⁶⁵, die aus der Weimarer Verfassung

⁶⁰ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl. 1994, S. 263.

⁶¹ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 35.

⁶² Er schreibt: „Die Tatsächlichkeit des Staats ist nicht eine natürliche Tatsache, die hinzunehmen ist, sondern eine Kulturerrungenschaft, die wie alle Realitäten des geistigen Lebens selbst fließendes Leben, also steter Erneuerung und Weiterführung bedürftig, eben deshalb aber auch stets in Frage gestellt ist“. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl. 1994, S. 134f.

⁶³ BVerfGE, 7, 198(205); 21, 362(371f.); 35, 79(114); 45, 187(227)

⁶⁴ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl. 1994, S. 265.

⁶⁵ [Artikel 152]: Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig.

kommen, führt er für Erkenntnisse, welche die Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrechte indirekt zu verstehen geben könnten, folgendes aus:

„Hier liegt die wichtigste Interpretationsgrundlage gegenüber den Grundrechten. Es mag zweifelhaft sein, wieviel die Art. 152, 153, 119, 154 für das bürgerliche Recht bedeuten; unzweifelhaft ist, daß sie dem Reich der Weimarer Verfassung die Legitimität eines Kultursystems geben, das die bisherige bürgerliche Rechtsordnung in ihren Kerninstituten (Vertragsfreiheit, Eigentum, Ehe, Erbrecht) festhält und dadurch die für das bürgerliche Zeitalter bezeichnendste und wichtigste Legitimitätsquelle enthält.“⁶⁶

Im Blick auf die Ansicht Smends bleiben die Grundrechte die sollende Wertordnung des Integrationsprozesses, die Kulturordnung und die Verhaltensnorm der einzelnen im Gemeinwesen.⁶⁷ Die Grundrechte bezwecken nicht nur, dass sich die Bürger in einer Sphäre privater Beliebigkeit gegen den Staat abschirmen, sondern dass sie ihr Leben frei und selbstverantwortlich gestalten und an den Angelegenheiten des Gemeinwesens mitwirken.⁶⁸

[Artikel 153]: Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. ... Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.

[Artikel 119]: Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. ... Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staats.

[Artikel 154]: Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet. Der Anteil des Staates am Erbgut bestimmt sich nach den Gesetzen.

⁶⁶ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl. 1994, S. 265f.

⁶⁷ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl. 1994, S. 260ff.

⁶⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 288.

cc) Institutionelles Grundrechtsverständnis von Peter Häberle

Häberle kritisiert das liberale Grundrechtsverständnis, dass die Freiheit außerhalb des Rechts und des Staates stehen muss. Unter dem Thema „Wesen und gegenseitiges Verhältnis der beiden Seiten der Grundrechte im einzelnen“⁶⁹ betont er den Charakter der Grundrechte von der institutionellen Seite und der objektiven Ordnung her. Die individualrechtlichen personalen Interessen sind mit dieser institutionellen Seite verbunden. Die objektiven Ordnungen gewinnen ihren freiheitlichen Charakter durch das, was die Rechtsordnung ihnen als subjektive Individualrechte und damit als freie Persönlichkeiten zuordnet. Sie konstituieren also nicht nur Ordnung, sondern auch Freiheit.⁷⁰ Schließlich kann die Freiheit nur als Institut in einer Rechtsordnung angetroffen werden.⁷¹

In folgendem Beispiel seines Beitrages klingt die Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrechten an.

„Die Grundrechte als Institute können nur durch eine von Fall zu Fall fortschreitende Judikatur in ihrem Sinngehalt erfüllt werden. Eine derartige Forderung trifft die Rechtsauslegung nicht unvorbereitet. Im Zivilrecht findet sie sich vor allem bei der Interpretation von Generalklauseln. Da die Grundrechte vielfach Generalklauselcharakter besitzen, drängt sich eine solche Auslegungsweise schon aus diesem Grunde auf. Die objektiven Lebensverhältnisse, ihre Eigengesetzlichkeit, lassen sich nicht in technische Einzelvorschriften einfangen. Sie entziehen sich der abstrakten im voraus festgelegten Definition. Eine solche würde der „Konkretheit“ der grundrechtlich geschützten Lebensbereiche nicht gerecht. Diesen muß von Fall zu Fall nachgespürt werden.“⁷²

⁶⁹ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S. 96 ff.

⁷⁰ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S. 97.

⁷¹ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S. 96 ff.; ders., Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 69 ff, 95.; ders., Die Grundrechte im demokratischen Staat, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S.579 ff.

⁷² Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S. 102.

dd) Zwischenergebnis

Der Katalog der Grundrechte verhilft dazu, dass die aktuelle privatrechtliche Ordnung in der Staatsgemeinschaft für die kontinuierliche Erhaltung ihres Kernwerts (als das repräsentative Beispiel: Privatautonomie) die bezeichnendste und wichtigste Legitimitätsquelle erlangt. Das heißt, die Grundrechte haben eine positive Wirkung für das Privatrechtssystem und bewirken, dass der glatte Ablauf des privatrechtlichen „materiellen Auftrags“⁷³ in der Staatsgemeinschaft ohne Schwierigkeiten funktioniert. Es ist der Wille des historischen Verfassungsgebers, der von den einzelnen im Gemeinwesen die Rechtfertigung empfängt.

c) Unmittelbare Drittwirkung

Nach Hans Carl Nipperdey entfalten die Grundrechte im Zivilrecht eine absolute Wirkung. Diese Wirkung gilt als Gebot wie als Verbot im Verhältnis zwischen Privaten.⁷⁴ Das Verfassungsrecht enthält eine normative Regelung der gesamten Rechtsordnung als Einheit, aus der auch unmittelbar subjektive private Rechte des einzelnen hervorgehen.⁷⁵ Schließlich hat der einzelne in der Staatsgemeinschaft die subjektiven öffentlichen Rechte und die subjektiven privaten Rechte.

⁷³ Die Privatrechtsordnung enthält ihre Aufgabe. Die Rechtswirkung der Privatrechtssatz, die im Gesetzbuch geschrieben worden ist, könnte als „formelle Aufgabe“ des Privatrechts vorgestellt werden und das Ziel der Privatrechtsordnung könnte als „materielle Aufgabe“ des Privatrechts vorgelegt werden.

⁷⁴ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 12.

⁷⁵ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15.

Die Gegenmeinung aus der historischen Perspektive des 19. Jahrhunderts zeigt den geistes- und verfassungsgeschichtlichen Ursprung der Grundrechte in einer bestimmten historischen Situation. Aber sie kann keine Erklärung dafür sein, welche Grundrechte des Grundgesetzes die gleiche Bedeutung haben müssen wie in früheren Verfassungen. Da sich die industrielle Massengesellschaft entwickelte, wurde der einzelne in steigendem Maße von Gruppen abhängig – von Verbänden, großen Unternehmen und einzelnen Mächtigen. Darum bedurfte es des Schutzes des einzelnen vor willkürlichen Eingriffen durch „Soziale Gewalten“.⁷⁶

Das Grundgesetz bezweckt nicht nur die Neuordnung der staatlichen Organisation, sondern will nach seiner Präambel auch dem staatlichen Leben eine „neue Ordnung“ geben. Es will keine wertneutrale Ordnung, sondern eine objektive Wertordnung sein. Das bürgerliche Recht gilt nur auf der Grundlage und im Rahmen der Verfassung. Zur Geltung von Grundrecht im Privatrecht – als objektiver Normen – bedarf es nicht eines Konzepts, dass Begriffe wie Medium, Einbruchstellen und Generalklauseln verwendet.⁷⁷ Daher bedürfe die Wirkung von Grundrechten im Privatrecht nicht der Mediatisierung durch privatrechtliche Normen wie die Generalklauseln, weil auch Private als Grundrechtsadressaten anzuerkennen seien.⁷⁸

⁷⁶ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 16 f.

⁷⁷ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 17.

⁷⁸ Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S.124 f; Krüger, Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht, RdA 1954, S.368.; Nipperdey, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, S.447.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 355, 378ff.; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15.; Gamilscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164(1964), S.403 ff.; Bleckmann, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S.942.; Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S.383.; E-

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung der absoluten Wirkung der Grundrechte bedeutet dies nicht, dass jedes Grundrecht für den Privatrechtsverkehr gelten müsse. Jede einzelne Grundrechtsnorm soll unter Berücksichtigung ihres konkreten Inhalts, ihres Wesens und ihrer Funktion sorgfältig geprüft werden.⁷⁹

Ein Erst-Recht-Schluß aus Art. 1 III GG – „Ist sogar die Staatsgewalt gebunden, so können erst recht Private gebunden sein“⁸⁰ – wurde später weitgehend aufgegeben.⁸¹ Über den Grund der Abkehr gibt es zwei Ansichten. Eine ist, dass zwischen dem Grundrechtsverhältnis des Bürgers zum Staat und der Bürger-Bürger-Relation ein struktureller Unterschied besteht⁸², die andere ist, dass die Grund-

richsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S.528.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil.,2001, S. 12.

⁷⁹ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 20.

⁸⁰ Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S.125

⁸¹ Ennecerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, S. 97; Gamilscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164(1964), S. 406; vgl. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.158; Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 130; BVerfGE 7, 199(220): „Die Argumentation des Oberlandesgerichts Hamburg im Verfahren der einstweiligen Verfügung: >weil der Staat das Recht (zu gewissen Maßnahmen) nicht hat, so kann dieses Recht erst recht nicht der einzelne Bürger haben<, ist irrig, weil sie Nicht-Zusammengehöriges in ein einfaches Verhältnis von mehr und weniger bringen will.“

⁸² als ausführliche Beschreibung, „Dieser ist darin zu sehen, daß sich in der grundrechtlich bestimmten Bürger-Staat-Beziehung eine einseitige Berechtigung auf der einen und eine einseitige Verpflichtung auf der anderen Seite gegenüberstehen, während die Bürger in einer solcherart bestimmten Beziehung untereinander gleichermaßen mit Rechten und Pflichten ausgestattet wären.“: Erichsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S.528.; als der Einwand gegen diese Meinung schon : Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 18-20.

rechtsbindung Privater kein minus, sondern ein aliud zur Grundrechtsbindung des Staates ist⁸³.

Walter Leisner erarbeitete eine historische Interpretation der Entstehung der Grundrechte als allseitige Rechte.⁸⁴ Er versuchte auch, die Lösungserklärung mit der Form der Anwendung der Grundrechte im Privatrecht zu klassifizieren. Es handelte sich um zwei Grundformen der Drittwirkung; die eine funktioniert im vertraglichen Bereich und die andere im außervertraglichen Bereich.⁸⁵

d) Mittelbare Drittwirkung

Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung ist die herrschende Lehre und Rechtsprechung. Sie sieht nur eine mittelbare Grundrechtswirkung im Privatrechtsverhältnis. Sie ist abgesehen von einigen Vorläufern⁸⁶, auf Günter Dürig zurückzuführen.

Dürig stellt sich der These von der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte entgegen. Er erkennt aber auch im Grundrechtssystem eine Wertordnung.⁸⁷ Über die

⁸³ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 13.

⁸⁴ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 13.

⁸⁵ Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 378 ff.

⁸⁶ Krüger, Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, S.163; W. Jellinek, Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, BB 1950, S. 426; Hueck, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1951, S. 27; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S.13

⁸⁷ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 13.; Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 133; Erichsen, Die Drittwirkung der

Gefahren der Lehre Nipperdeys schreibt er folgendes: „ Es bedarf angesichts dieses Anwendungsbeispiels keiner Erörterung, daß der von der neuen Lehre vorgeschlagene direkte Weg der Grundrechtseinbeziehung in das Privatrecht die Privatautonomie – und damit das ganze Privatrechtssystem selbst – an der Wurzel trifft.“⁸⁸

Solange man ein eigenständiges Privatrecht anerkennt, können zivilrechtliche Rechtswidrigkeit und Grundrechtswidrigkeit gar nicht identisch sein. Sie sind nicht identisch, weder im Vertragsrecht, noch im Recht der unerlaubten Handlungen.⁸⁹

Die Verfassung kann vom Privatrecht eine Wertschutzlückenschließung fordern, weil der überholte privatrechtliche Normenapparat beim Schutz gewisser Erscheinungsformen der ureigensten Intimsphäre versagt, wenn es an dem in der Verfassung ausgeformten Wertesystem gemessen wird.⁹⁰ Das Wertesystem weist demnach Unvollständigkeiten auf. Die Ursache dafür ist kaum in der Wertblindheit

Grundrechte, Jura 1996, S.528.

⁸⁸ Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 129; Galperin schreibt auch, „Eine völlige Rechtsunsicherheit und eine entwürdigende Knebelung der einzelnen Vertragspartner würde die Folge einer solchen Überwucherung des gesamten privaten Rechtsverkehrs durch verfassungsrechtliche Einflüsse sein.“: Galperin, Gleicher Lohn für Männer und Frauen, JZ 1956, S. 107

⁸⁹ Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 130; Als die Beispiele schreibt er wie Folgendes: „Selbstverständlich sind z. B. im privaten Arbeitsrecht „Tendenzbetriebe“ erlaubt, die nach Merkmalen differenzieren, deren Berücksichtigung dem Staat nach Art. 3 III verwehrt ist; selbstverständlich sind etwa (trotz Art. 3 II) gütervertragliche Vereinbarungen zulässig, die einen Ehepartner durchaus benachteiligen; selbstverständlich kann sich unter koordinierten Rechtsgenossen der Vertragspartner noch in Gewissensbindung begeben, in die ihn der Staat nie versetzen dürfte, usw.“

⁹⁰ Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 133.

des Privatrechts zu suchen, sondern liegt in der Scheu begründet, die vorhandenen Begriffe terminologisch zu überfordern.⁹¹ Nur um diese Wertschutzaufgabe innerhalb der zivilistischen Begriffswelt zu erfüllen, hat das Privatrechtssystem seine wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln.⁹² Die Verfassung hat vor allem mit ihren Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs.1 die fehlenden Orientierungspunkte gegeben, ohne damit freilich das Privatrecht auf bestimmte Modalitäten der letzten Wertverwirklichung festzulegen.⁹³

In der Anwendung der grundrechtlichen Wertordnung auf das Privatrecht muss über die Interpretation der offenen Begriffe sowie der Generalklauseln⁹⁴ des Zivilrechts (z. B. Art. 138, 242, 315, 823 Abs. 1, 826 BGB: Sittenwidrigkeit, Treu und Glauben, Billigkeit, sonstiges Recht) entschieden werden.⁹⁵ Die grundrechtsorientierte Interpretation und Konkretisierung bedürfen einer erläuternden Wertdifferenzierung und Wertverdeutlichung, einer bekräftigenden Wertakzentuierung und Wertverschärfung und einer rechtsschöpferischen Wertschutzlückenschließung.⁹⁶

⁹¹ Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 133.

⁹² Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.176

⁹³ Dürig, a.a.O, S. 180.; Im Zusammenhang mit diesem Punkt: „Der Verfassung ist es etwa gleichgültig, ob das Bündel einzelner Personenrechte um einige „sonstige Rechte“(i. S. des § 823 I BGB) erweitert wird, oder ob ein „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ zur Anerkennung gelangt.“, Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 133.

⁹⁴ „Als Nichtigkeitsgrund i. S. d. § 134 BGB seien die Grundrechte nur dann anzuerkennen, wenn die unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht wie Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ausdrücklich verfassungsrechtlich angeordnet ist.“: Erichsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S.529

⁹⁵ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 14. Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 133; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.176 f.; Erichsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S.529.

⁹⁶ Dürig, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 133; Dürig, Grundrechte und Zivil-

3. Rechtsprechung

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

aa) Die Rolle der Grundrechte im Privatrecht vor dem Lüth Urteil vom 15. 1. 1958

Im Beschluss vom 27. 9. 1951⁹⁷, befasste sich das Bundesverfassungsgericht mit einer privatrechtlichen Schadensersatzforderung. Inhalt der Rechtsprechung war, dass die Verfassungsbeschwerde kein zusätzlicher Rechtsbehelf für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten oder Verwaltungsgerichten ist, als auch dass die Zuständigkeit im Hinblick privatrechtliche Schadensersatzansprüche den ordentlichen Gerichten zusteht.⁹⁸

Der Beschluss⁹⁹ vom 3. 10. 1951 betrifft die mietvertraglichen Pflichten in einem zivilgerichtlichen Urteil. Das Bundesverfassungsgericht braucht nicht zum Verhältnis zwischen Grundrechten und Privatrechten Stellung nehmen, weil der Beschwerdeführer den Mietvertrag im Blick auf die Verletzung der Grundrechte der Art. 2, 4 und 14 GG nicht rügt.¹⁰⁰

rechtsprechung, in: Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.177 ff.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 14.

⁹⁷ BVerfGE 1, 3

⁹⁸ BVerfGE 1, 3; vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 264.

⁹⁹ BVerfGE 1, 7

¹⁰⁰ BVerfGE 1, 8; Trotzdem gebe es eine Bedeutung der Entscheidung: „Das Gericht geht in den Gründen nicht auf die Auswirkungen der Grundrechte hinsichtlich der Privatrechtlichen Erfüllungspflicht des Vermieters ein. Es bezieht damit noch keine Stellung zur Art und Weise der Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht. Doch indem es von einer grundrechtskonform

Beim Urteil vom 17. 12. 1953 handelt es sich um eine arbeitsgerichtliche Entscheidung, die einen drittwirkungsrechtlichen Gegenstand aufweist.¹⁰¹ Ein Chefarzt war nach den Grundsätzen des G 131 (Das Gesetz zur Ausführung des Artikels 131 des Grundgesetzes vom 11. Mai 1951) entfernt worden, weil er eine nationalsozialistische Vergangenheit hatte.¹⁰² Der Beschwerdeführer führte aus, dass seine Grundrechte aus Art. 101 Abs. 1 GG durch das Verfahren des Landesarbeitsgerichts verletzt worden war.¹⁰³ Die Möglichkeit einer Verletzung von Artikel 3 GG erwähnt das Bundesverfassungsgericht in seinen Ausführungen zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde.¹⁰⁴ Im Urteil im 3. Band der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird die Ansicht vertreten, dass eine Spezifizierung für den privatrechtlichen Gegenstand des Streits fern liegt.¹⁰⁵

festgestellten privatrechtlichen Pflicht ausgeht, stellt es eine erste Beziehung zwischen einer zivilgerichtlichen Entscheidung und den materiellen Grundrechte aus Art. 2, 4 und 14 GG her. Nicht nur die prozessualen Grundrechte der Art. 101, 103 und 104 GG sind im Rahmen der zivilgerichtlichen Urteilsfindung zu beachten. Einer grundrechtskonform festgestellten Erfüllungspflicht liegt schon die Annahme einer Relevanz der materiellen Grundrechte in Privatrechtlichen Streitigkeiten zugrunde.“, Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 264.

¹⁰¹ BVerfGE 3, 213; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 264.

¹⁰² BVerfGE 3, 213 (215 f.)

¹⁰³ BVerfGE 3, 213 (223)

¹⁰⁴ BVerfGE 3, 213 (220): „Darüber hinaus könnte Art. 3 GG verletzt werden.“

¹⁰⁵ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 265.; Die Bedeutung dieses Urteil schreibt er hinzu wie folgt: „Die Ausführungen betreffen das allgemeine Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichten und müssen noch als Ausführungen im Rahmen der Entwicklung einer rechtsgebietenunabhängigen, einheitlichen Grundrechtsdogmatik verstanden werden.“

Das Urteil¹⁰⁶ vom 20. 10. 1954 betrifft die Auswirkungen des speziellen Gleichheitssatzes in Artikel 3 Absatz 3 GG im Zusammenhang mit dem Privatrecht. Eine alleinerziehende und -sorgeberechtigte Mutter hatte beantragt, dass ihre Tochter die dänische Minderheitenschule in Schleswig-Holstein besuchen kann. Der Vater des Kindes wurde für die Frage des Schulwahlrechts als Pfleger nach Art. 1666 BGB a.F. bestellt. Er meldete seine Tochter nunmehr bei der deutschen Volksschule an, die das Kind in der Folgezeit besuchte. Die Mutter wandte sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche zivilgerichtliche Entscheidung, weil alle Rechtsmittel gegen die Amtsgerichtsentscheidung nach Art. 1666 BGB erfolglos blieben.¹⁰⁷ Ihre Beschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht anerkannt. Das Bundesverfassungsgericht wendet Art. 3 Abs. 3 GG auf den privatrechtlichen Streit der Eltern um das Schulbestimmungsrecht an. Später wird die Anwendung der speziellen Gleichheitssätze im Privatrecht in der Literatur strikt abgelehnt.¹⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht sah nicht, dass das Verhältnis von Gleichheitsrecht und Privatrecht problematisiert wird.¹⁰⁹

In seinem Beschluss vom 17. Januar 1957, ein Normenkontrollverfahren zur Einkommenssteuerveranlagung von Ehepartnern, stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass „Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur ein „klassisches Grundrecht“ zum Schutze der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie sowie Institutsgarantie, sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm, das heißt eine verbindliche

¹⁰⁶ BVerfGE 4, 52

¹⁰⁷ BVerfGE 4, 52 (53); Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 266.

¹⁰⁸ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.160; Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte, in: Festschrift Wolfgang Martens, 1987, S.223; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 266.

¹⁰⁹ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 266.

Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts^{110cc} ist. Art. 6 Abs. 1 GG hat nicht nur Bedeutung für die Ausgestaltung des institutionellen Familienrechts, sondern betrifft auch die Steuergesetzgebung.¹¹¹

Die Idee von den Grundrechten als Wertentscheidung wird nicht ausgebildet, um ihre Bedeutung für das Privatrecht zu erhöhen, sondern gerade um in das öffentliche Rechtsgebiet hinein zu wirken.¹¹² Trotzdem gab es Drittwirkungsfälle, die besonders im Zusammenhang mit der Anwendung des speziellen Gleichheitssatzes in privatrechtlichen Konflikten entstanden waren, in der Zeit – die vor dem Lüth Urteil liegt – aber sah man kein dogmatisches Drittwirkungsproblem.¹¹³ Aber Schritt um Schritt entwickelt sich die Grundrechtsdogmatik; schließlich tauchte das grundrechtsdogmatische Drittwirkungsproblem im Lüth Urteil auf.

bb) Das Lüth Urteil vom 15. 1. 1958

aaa) Bedeutung des Lüth Urteils

Das Bundesverfassungsgericht zog zur Klärung der Drittwirkungsproblematik allgemeine Begriffe und Formeln wie die objektive Wertordnung der Grundrechte heran.¹¹⁴ Sie erschien als Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf alle Be-

¹¹⁰ BVerfGE 6, 55.

¹¹¹ BVerfGE 6, 55 (71 f.); Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 266.

¹¹² BVerfGE 6, 55 (72 ff.)

¹¹³ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S.267

¹¹⁴ Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122(1997), S. 72.

reiche des Rechts, ihre materielle Kraft realisieren zu müssen.¹¹⁵ Diese Lösung stellt sich nicht auf der prozessrechtlichen Ebene sondern im Bereich des materiellen Rechts dar.¹¹⁶ Das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts wird nicht nur als bedeutendste, sondern auch als die erste einschlägige Entscheidung zur Beziehung zwischen Grundrechten und Privatrecht thematisiert.¹¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht befasste sich mit der grundsätzlichen Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im einzelnen gedacht werden müsse und formulierte seine Begründung.¹¹⁸ Die in der damaligen Literatur geäußerten Positionen werden dahingehend zusammengefasst, dass die eine Seite die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht ablehnt und die andere Seite die Bindung von jedermann im Privatrechtsverkehr verlangt.¹¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht will diese Positionen – die so zugespitzt wohl von niemandem vertreten worden sind – nicht in vollem Umfang erörtern, sondern setzt dann zu Ausführungen einer in der Literatur vertretenen vermittelnden Position an, die Dürig zumindest sehr nahe steht.¹²⁰ Trotzdem verrät die vorangestellte Einschränkung, in der das Bundesverfassungsgericht deutlich Stellung gegen die zunächst referierten Ansichten bezieht, doch noch eine Unsi-

¹¹⁵ BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 7, 230 (233 f.); 24, 236 (245, 251); 25, 256 (263); 52, 131 (165 f.); 66, 116 (135); 81, 242 (255); 84, 192 (195); 89, 214 (229); von Classen, S.72, Fn. 36.

¹¹⁶ Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122(1997), S. 71.

¹¹⁷ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 263.

¹¹⁸ BVerfGE 7, 198 (204)

¹¹⁹ BVerfGE 7, 198 (204); Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S.268

¹²⁰ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 268.

cherheit¹²¹, die Vorsicht gegenüber einer Festlegung in einer so heftig diskutierten Frage offenbart; danach hat es jedoch nie wieder auf andere Lösungsansätze Bezug genommen.¹²²

Im Lüth Urteil greift das Bundesverfassungsgericht auch erstmals die funktionelle Seite der Problematik zwischen fachgerichtlicher Rechtsprechung und bundesverfassungsgerichtlicher Kontrolle auf.¹²³ Wenn Zivilrichter die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennen, prüft das Bundesverfassungsgericht zivilgerichtliche Urteile nur auf solche Verletzungen von Grundrechten, nicht allgemein auf Rechtsfehler nach.¹²⁴

bbb) Zusammenfassung des Lüth Urteils

1. „Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.“¹²⁵

¹²¹ Über das Problem der Rechtssicherheit: „Ein offenes Problem des Lüth-Urteils und der ihm nachfolgenden Rechtsprechung ist indessen die Frage der Gesetzmäßigkeit der Rechtsbeschränkungen und Verpflichtung geblieben, welche durch die Privatrechtsgeltung der Grundrechte hervorgerufen wird. Sie stellt sich im wesentlichen als ein Problem der Rechtssicherheit dar.“, Heyde/ Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 40.

¹²² Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 268

¹²³ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 15.

¹²⁴ BVerfGE 7, 198 (207)

¹²⁵ BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951, in: <http://www.bverfg.de/>

2. „Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.“¹²⁶

Das Lüth Urteil war ein sehr fortschrittliches Urteil. Es stellte die Beziehung zwischen der öffentlich-rechtlichen Ordnung und der Privatrechtsordnung her. Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht als Lösung eine objektive Wertordnung von positiven Überlegungen der Grundrechtsfunktionen vorgelegt. Es hatte die sich wandelnde Gemeinschaftsstruktur erkannt und sich darum bemüht eine Lösung für diese Beziehung zu finden.

b) Rechtsprechung anderer deutscher Gerichte

aa) Bundesarbeitsgericht

aaa) Der Trend zur Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des BAG

Die These von der unmittelbaren Drittwirkung wurde lange Zeit vom Bundesarbeitsgericht – zum Beispiel¹²⁷: BAGE 1, 185(193 f); 4, 240(243); 13, 168(174 ff); 24, 438(441) – vertreten. Aber das Bundesarbeitsgericht ist von seiner früheren Haltung abgekehrt.¹²⁸ Im Beschluss vom 27. Mai 1986 stellt das Bundesarbeitsgericht klar und deutlich folgendes fest:

¹²⁶ BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951, in: <http://www.bverfg.de/>

¹²⁷ Erichsen, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S.528, Fn. 12.

¹²⁸ vgl. BAGE 47, 363(374); 48, 122(138 f): von Erichsen, S.528, Fn. 12.

„Die Frage, ob Art. 10 GG auch Privatpersonen unmittelbar verpflichtet, das Fernmeldegeheimnis zu wahren, ist umstritten. Nach überwiegender Meinung kommt Art. 10 GG eine solche unmittelbare Drittwirkung für die Rechtsbeziehungen Privater untereinander nicht zu. Der Senat schließt sich dem an.“¹²⁹

bbb) Entscheidungen des BAG

Die beiden Ausgangsentscheidungen des BAG für die unmittelbare Drittwirkung sind vom 3. 12. 1954¹³⁰ und 15. 1. 1955¹³¹. Bei der Entscheidung vom 3. 12. 1954 handelt es sich um das Verbot der Maßregelung wegen politischer Meinungsäußerung.¹³²

Das Bundesarbeitsgericht des 1. Senats vertritt unter dem Vorsitz und in Person des Präsidenten Hans Carl Nipperdey die Meinung, dass das Grundrecht der freien Meinungsäußerung und das Verbot, jemandem wegen seiner politischen Anschauungen zu benachteiligen, Ordnungssätze für das soziale Leben sind. Sie hätten auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander eine unmittelbare Bedeutung.¹³³

Die Entscheidung vom 15. 1. 1955 behandelt die Frage der Lohngleichheit für Männer und Frauen. Das Bundesarbeitsgericht befasst sich damit, dass die Verfas-

¹²⁹ BAGE 52, 88 (97 f)

¹³⁰ BAGE 1, 185

¹³¹ BAGE 1, 258

¹³² BAGE 1, 185 (194); Heyde/Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 36.

¹³³ BAGE 1, 185 (186)

sungssätze, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind (Art. 3 Abs. 2 GG), und dass niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt werden darf (Art. 3 Abs. 3 GG), geltende, echte Rechtsnormen und keine bloßen Programmsätze sind. Darum umfassen der Gleichberechtigungsgrundsatz und das Benachteiligungsverbot auch den Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau bei gleicher Arbeit. Ebenfalls bindet der Lohngleichheitsgrundsatz als Grundrecht nicht nur die staatliche Gewalt, sondern auch die Tarifvertragsparteien.¹³⁴

In einem weiteren Urteil des 1. Senats des BAG vom 10. 5. 1957¹³⁵ urteilt dieses über eine sogenannte Zölibatsklausel eines Einzelarbeitsvertrages. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass die Zölibatsklausel, welche für die Arbeitnehmerin das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis nach ihrer Verheiratung zwangsläufig nach sich gezogen hätte, wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1, 1 und 2 GG als verboten gilt und daher gemäß Art. 134 BGB als nichtig angesehen werden muss.¹³⁶

Die früheren Entscheidungen des BAG belegen die Anstrengungen für die Integration der Bürger in die Staatsgemeinschaft, die durch die Interpretation des GG eine allgemeine Gerechtigkeit realisieren will. Trotzdem bleibt die Anwendung der unmittelbaren Drittwirkung in Betrachtung des gesamten Systems der Rechtsordnung ein grundrechtsdogmatischer Fehler.

¹³⁴ BAGE 1, 258

¹³⁵ BAGE 4, 274

¹³⁶ BAGE 4, 274 (279 f.); Vgl. Heyde/Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 36 f.

bb) Bundesgerichtshof

Das Urteil vom 26. 6. 1952 ist die erste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Grundrechtsgeltung im Privatrecht.¹³⁷ Der Bundesgerichtshof entscheidet, dass die Ehefrau durch Art 6 GG gegen das Eindringen oder die Aufnahme der Geliebten des Ehemannes in den räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe, insbesondere in die Ehe- und Familienwohnung geschützt ist. Einen solchen Eingriff in ihr Recht kann sie mit einer Klage gegen den Ehemann oder die Ehebrecherin auf Beseitigung der dadurch bewirkten Störung und auf Unterlassung künftiger Störungen abwehren.¹³⁸ Die Bestimmung des Art. 6 GG ist nach Art. 1 Abs. 3 GG als unmittelbar geltendes Recht anzuwenden.¹³⁹ Dementsprechend wird deliktischer Schutz nach Art. 823 Abs. 1 BGB für den räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe gewährt.¹⁴⁰

Die Entscheidung¹⁴¹ vom 25. 5. 1954 befasst sich mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Über die Veröffentlichung eines Briefes ohne Zustimmung des Verfassers äußert der Bundesgerichtshof folgendes. Dass Briefe oder sonstige private Aufzeichnungen in der Regel nicht ohne Zustimmung des noch lebenden Verfassers und nur in der vom Verfasser gebilligten Weise veröffentlicht werden

¹³⁷ BGHZ 6, 360; Heyde/Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 37.

¹³⁸ BGHZ 6, 360 (360 f.)

¹³⁹ BGHZ 6, 360 (366)

¹⁴⁰ BGHZ 6, 360 (366); Heyde/Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 38.

¹⁴¹ BGHZ 13, 334

dürfen, folgt aus dem in Art. 1, 2 GG verankerten Schutz.¹⁴² Die Entscheidung vom 26. 11. 1954 brachte wieder das Persönlichkeitsrecht in die Begründung:

„Das Recht des Urhebers, zu bestimmen, ob wann und in welcher Weise sein Werk zu veröffentlichen ist, ist vermögensrechtlicher und persönlichkeitsrechtlicher Natur... Die Erben des Urhebers können aus den unveräußerlichen Bestandteilen des Urheberpersönlichkeitsrechtes gegen den Dritten nur Ansprüche herleiten, wenn...“¹⁴³

Der Bundesgerichtshof wies in früher Zeit darauf hin, dass sich die Grundrechtsgeltung für die Lösung der Angelegenheit zwischen Privaten direkt heranziehen lässt. Als Begründung wurde das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus dem Art. 1 und Art. 2 angewendet. Diese direkte Anwendung von Artikeln des GG könnte eine eventuelle Willkür des Richters verursachen. Seit dem Lüth Urteil findet sich das Thema – ob und inwieweit die Einwirkung der Grundrechte auf die Privatrechtsordnung anerkannt werden kann – auch in den Entscheidungen des BGH.

¹⁴² Die Begründung des Bundesgerichtshofs für die Ableitung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Verfassung wurde begründet im folgendes: „Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die Verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GG), muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden.“ BGHZ 13, 334 (338); Heyde /Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990, S. 38.

¹⁴³ BGHZ 15, 249 (249 f.)

II. Derzeitige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und anderer deutscher Gerichte im Bereich der Drittwirkung der Grundrechte

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

a) Die Rolle der Grundrechte im Privatrecht nach dem Lüth Urteil vom 15. 1. 1958

Der Ausdruck der „Drittwirkung der (od. von) Grundrechte(n)“ findet sich mehrmals im Wortlaut der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nach dem Lüth-Urteil. Der Trend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird mit dem Begriff „Drittwirkung der Grundrechte“ in den Entscheidungen und mit der Darlegung der Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrechte in der Tabelle 1. in dieser Dissertation dargestellt.¹⁴⁴

In den 70er Jahren gab es nur zwei Entscheidungen. Der Beschluss¹⁴⁵ des Bundesverfassungsgerichts vom 11.5.1976 wiederholte in seiner Entscheidung das Lüth Urteil:

„Auch wenn die ordentlichen Gerichte grundrechtlich verbürgte Positionen Privater gegeneinander abzugrenzen haben und dabei – vor allem bei der Interpretation von Generalklauseln und anderer „Einbruchstellen“ der Grundrechte in das bürgerliche Recht – grundrechtsbezogen argumentieren, wenden sie Privatrecht an (BVerfGE 7, 198 [205 f.] – Lüth –). *Wie die „richtige“ Lösung einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit konkret auszusehen hat*, ist im Grundgesetz nicht vorgeschrieben. Es enthält vielmehr in seinem Grundrechtsabschnitt verfassungsrechtliche Grundentscheidungen für alle Bereich des Rechts, die sich erst durch

¹⁴⁴ Vgl. die andere Methode der Untersuchung der folgenden Entwicklung des Lüth-Urteil s. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 270 ff.

¹⁴⁵ BVerfGE 42, 143.

das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften entfalten (BVerfGE 7, 198 [205] – Lüth –).¹⁴⁶

Am 25. 7. 1979 stellt das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss (sog. „Verfassungsrechtliche Fragen im Arzthaftungsprozeß“) abweichend davon folgendes fest:

„Dabei geht es um die Einwirkung von Verfassungsrecht auf die Feststellung, den Inhalt und die Auslegung des einfachen Rechts; dies bedeutet nicht eine Drittwirkung in dem Sinne, dass sich schon aus verfassungsrechtlichen Normen selbst Rechte, Pflichten oder selbständige Rechtsfolgen in bürgerlichrechtlichen Verhältnissen zwischen privaten Einzelnen (wie z.B. kraft der Art. 9 Abs. 3 Satz 2, 48 Abs. 2 Satz 2 GG) ergäben.“¹⁴⁷

In den 80er Jahr sind vier Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gefunden worden. Die Entscheidung¹⁴⁸ – sog. „Zur Frage gewerkschaftlicher Zutrittsrechte zu kirchlichen Einrichtungen“ – vom 17. Februar 1981 benutzte den Ausdruck „unbestritten zukommende Drittwirkung.“¹⁴⁹ Besonders der Beschluß¹⁵⁰ vom 23. 4. 1986 des Bundesverfassungsgerichts weist die wiederholte Formulierung „Ausstrahlungswirkung“ auf:

„...als das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat,...mithin auch das Privatrecht beeinflussen ...(vgl. BVerfGE 7, 198 (206 f.); 25, 256 (263); 42, 143 (148); - sog. Ausstrahlungs- oder mittelbare Drittwirkung der Grundrechte). Dabei überprüft das Bundesverfassungsgericht ...die Ausstrahlungswir-

¹⁴⁶ BVerfGE 42, 143 (148).

¹⁴⁷ BVerfGE 52, 131 (173).

¹⁴⁸ BVerfGE 57, 220.

¹⁴⁹ BVerfGE 57, 220 (245).

¹⁵⁰ BVerfGE 73, 261.

kung der Grundrechte hinreichend beachtet ...Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte entfaltet sich ...“¹⁵¹

Am 29. 5. 1989 erwähnte¹⁵² das Bundesverfassungsgericht wieder die Drittwirkung der Grundrechte und am 5. 12. 1989 stellte es in Bezug darauf fest, dass Art. 13 Abs. 1 GG nur gegen staatliche Eingriffe schützt und keine Drittwirkung im Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer hat.¹⁵³

In den 90er Jahre brachte das Bundesverfassungsgericht eine wichtige Entscheidung ein. Das war die Handelsvertreterentscheidung¹⁵⁴ vom 7. 2. 1990. Da diese Entscheidung große Bedeutung in der Drittwirkungsdogmatik hat, wird sie einige Seiten später unter Nummer „b)“ ausführlich erörtert.

¹⁵¹ BVerfGE 73, 261 (269); Poscher bewertet diesen sog. Sozialplan-Beschluß folgendermaßen: „Dies klingt nicht nur ebenso wie die in Bezug genommene Passage des Lüth-Urteils, sondern entscheidet nun endgültig gegen die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung. Andererseits weist es in der Entwicklung der Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung nicht über Lüth hinaus. Auch die Sozialplan Entscheidung zeigt nicht auf, wie genau die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte gedacht werden muss, worin sie besteht, wieweit oder ob sie sich überhaupt von der abwehrrechtlichen unterscheidet. Nach Lüth ist zumindest keine Entwicklung der Dogmatik der mittelbaren Grundrechtswirkung zu verzeichnen. Über Lüth hinaus geht nur die Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung. Die unmittelbare Drittwirkung wird indes zur Zeit des Sozialplan Beschlusses auch in der Literatur und der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht mehr vertreten.“, Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 271 f.

¹⁵² „Dieses muss allerdings unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte interpretiert werden (mittelbare Drittwirkung, vgl. BVerfGE 7, 198 <204 ff.>)“, BVerfG 1. Senat 1. Kammer 1 BvR 1049/88 vom 29. 5. 1989, <http://www.Juris.de>

¹⁵³ BVerfG 1. Senat 2. Kammer 1 BvR 1188/89 vom 5. 12. 1989, <http://www.Juris.de>

¹⁵⁴ BVerfGE 81, 242.

Am 15. 10. 1991 erließ der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts (Kammerentscheidung) eine weitere Entscheidung, in welcher der Drittwirkung der Grundrechte erneut Ausdruck verliehen wurde.¹⁵⁵

Am 26. 5. 1993¹⁵⁶ entschied das Bundesverfassungsgericht, dass das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist und dass Art. 13 Abs. 1 GG ebenso wie andere Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften zu beachten ist. Die Formulierung „eine mittelbare Drittwirkung“ findet sich im Beschluß:

„Eine mittelbare Drittwirkung von Art. 13 Abs. 1 GG kommt darüber hinaus bei der inhaltlichen Kontrolle bestehender Mietverträge in Betracht, etwa bei der Prüfung von Abreden, die dem Vermieter ein jederzeitiges Betretungsrecht einräumen (§ 138 Abs. 1 BGB).“¹⁵⁷

Im sog. Bürgschaftsbeschluß¹⁵⁸ zur Unzulässigkeit von Bürgschaftsverträgen mit vermögenslosen Kindern des Hauptschuldners vom 26. 5. 1993 referierte das Bundesverfassungsgericht wiederum die Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung unter Verweis auf das Lüth-Urteil.¹⁵⁹ Diese Entscheidung hat schließlich wieder

¹⁵⁵ „Anwesens in die sich aus § 903 BGB ergebende Dispositionsfreiheit des Vermieters als Eigentümer und in dessen ebenfalls Drittwirkung entfaltendes Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) eingreifen würde.“, BVerfG 1. Senat 3. Kammer 1 BvR 976/89 vom 15. 10 1991, <http://www.Juris.de>

¹⁵⁶ VerfGE 89, 1: sog. Mietereigentumsentscheidung

¹⁵⁷ BVerfGE 89, 1 (13).

¹⁵⁸ BVerfGE 89, 214; Die Kritik über diese Entscheidung s. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 1 ff.

¹⁵⁹ „Diese Grundentscheidungen entfalten sich durch das Medium derjenigen Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, und haben vor allem auch Bedeutung bei der Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln (Vgl. BVerfGE 7, 198 [205 f.]; 42, 143 [148]).“: BVerfGE 89, 214 (229); Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 275.

gezeigt, dass sich die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte des Bundesverfassungsgerichts ergänzen soll.¹⁶⁰

Die Parabolantennenentscheidung¹⁶¹ des Bundesverfassungsgerichts vom 9. 2. 1994 legte wieder die Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrechten mit Verweis auf das Lüth-Urteil vom 15. 1. 1958 ohne die entwickelte theoretische Ergänzung dar:

„... eigentumsrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuch, die die Rechte und Pflichten von Mietern und Vermietern festlegen. Die Verfassung verlangt aber, dass bei deren Auslegung und namentlich bei der Konkretisierung der Generalklauseln die betroffenen Grundrechte berücksichtigt werden, damit ihr wertsetzender Gehalt für die Rechtsordnung auch auf der Rechtsanwendungsebene zur Geltung kommt (Vgl. BVerfGE 7, 198 [205 ff.]; st. Rspr.).“¹⁶²

b) Die Handelsvertreterentscheidung¹⁶³

aa) Allgemein

Diese Entscheidung zeigt eine neue Entwicklung der Drittwirkungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts mit Bezug auf die staatliche Schutzpflicht und das Sozialstaatsprinzip (mit der wiederholten Anwendung des Lüth-Urteils) auf.¹⁶⁴

¹⁶⁰ ... „so muss die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art.2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG).“, BVerfGE 89, 214 (232).

¹⁶¹ BVerfGE 90, 27

¹⁶² BVerfGE 90, 27 (33)

¹⁶³ BVerfGE 81, 242; Die Kritik zu dieser Entscheidung s. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 1 ff.

¹⁶⁴ BVerfGE 81, 242 (255 f.); Vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 273 f.

bb) Sachverhalt¹⁶⁵

Der Beschwerdeführer erzeugte Wein und Sekt und vertrieb beides auch. Er arbeitete als Handelsvertreter für die Klägerin des Ausgangsverfahrens. Nach dem Handelsvertretervertrag war er verpflichtet, im Rahmen von „Anweisungen für Außendienstmitarbeiter“ ausschließlich für die Klägerin tätig zu werden und über alle Geschäftsgeheimnisse, zu denen auch Kundenanschriften gehören sollten, Stillschweigen zu bewahren. §13 des Vertrages, der inhaltlich der Regelung des § 90a Abs. 2 Satz 2¹⁶⁶ HGB a.F. entsprach, enthielt folgendes Wettbewerbsverbot:

„Nach Auflösung des Vertrages ist der Mitarbeiter für die Dauer von 2 Jahren verpflichtet, jede Tätigkeit für ein Konkurrenzunternehmen zu unterlassen, gleichgültig, ob diese Tätigkeit in einem Angestelltenverhältnis oder selbständig oder durch eine Mittelsperson ausgeführt wird. Der Mitarbeiter darf sich in dem vorgenannten Zeitraum an einem solchen Unternehmen auch nicht direkt oder indirekt beteiligen oder es auf andere Weise fördern.“¹⁶⁷

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte aus den Artikeln 1, 2, 3, 12 und 14 GG sowie Verstöße gegen die Rechtsweggarantie und gegen das Gebot rechtlichen Gehörs.

Unter Hinweis auf Art. 12 und 14 GG beklagt der Beschwerdeführer, die existenzvernichtende Wirkung der vertraglichen Wettbewerbsklausel, in der ihm keine

¹⁶⁵ Meistens wird als Zusammenfassung von der BVerfGE 81, 242 geschrieben.

¹⁶⁶ § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB stellt folgendes fest: „Kündigt der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung.“

¹⁶⁷ BVerfGE 81, 242 (245).

Handlungsmöglichkeit zugestanden werde, weil er ein wirtschaftlich abhängiger Kaufmann sei.¹⁶⁸

cc) Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet, dass die gesetzliche Ausnahmeregelung des §90a Abs. 2 Satz 2 HGB mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar ist, obwohl der Beschwerdeführer selbst einer entsprechenden Verpflichtung vertraglich zugestimmt hat.

Da die Privatautonomie ein Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, hat der Staat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren. Aber:

„Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese sind ihrerseits an die Grundrechte gebunden. Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat im seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen. Das gilt vor allem für diejenigen Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen (vgl. BVerfGE 7, 198 [205 f.]; st. Rspr.).“¹⁶⁹

Wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, könnte mit den Mitteln des Vertragsrechts ein sachgerechter Ausgleich der Interessen nicht gewährleistet werden. Gegen eine solche Sachlage müssen staatliche Regelungen ausgleichend beistehen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.

¹⁶⁸ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Habil., 2003, S. 273.

¹⁶⁹ BVerfGE 81, 242 (254).

„Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier *die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts* und damit zugleich *das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip* (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG).“¹⁷⁰

Wenn der Gesetzgeber zwingendes Vertragsrecht¹⁷¹ für bestimmte Lebensbereiche oder für spezielle Vertragsformen schaffen soll, achtet er dann ergänzend solche zivilrechtlichen Generalklauseln, die als Übermaßverbot wirken, wie die §§ 138, 242, 315 BGB. Und:

„Gerade bei der Konkretisierung und Anwendung dieser Generalklauseln sind die Grundrechte zu beachten (grundlegend BVerfGE 7. 198 [206]). Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnimmt.“¹⁷²

dd) Bewertung

Um die Begründung der Verfassungswidrigkeit der zivilgerichtlichen Bestätigung des vertraglichen Wettbewerbsverbots zu untermauern, beruft sich das Bundesverfassungsgericht auf die objektive Wertordnung.¹⁷³ Mit der Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte greift das Bundesverfassungsgericht in diese Entscheidung mit der folgenden Meinung ein:

¹⁷⁰ BVerfGE 81, 242 (255)

¹⁷¹ „zu Wettbewerbsklauseln in Lebensbereichen, für die speziellen Schutzvorschriften fehlen, vgl. BGHZ 91, 1 (4); NJW 1984, S. 2366 (2367); NJW 1986, S. 2944“, von BVerfGE 81, 242 (256)

¹⁷² BVerfGE 81, 242 (256)

¹⁷³ Vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Habil., 2003, S. 273

„Der Verfassung lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, dass die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muss.“¹⁷⁴

Poscher bewertet in seiner Habilitation „Grundrechte als Abwehrrechte“¹⁷⁵ diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als ein Urteil mit weit reichenden Folgen. In seiner Bewertung formuliert er folgende Thesen: Mit der staatlichen Schutzpflicht nehme die Drittwirkungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts eine neuere Entwicklung der Grundrechtsrechtsprechung auf. Es zeige sich, dass die Drittwirkungsrechtsprechung an allgemeinen grundrechtsdogmatischen Entwicklungen partizipiert. Mit der Schutzpflicht werde auch zum ersten Mal das Sozialstaatsprinzip für einen Privatrechtskonflikt mobilisiert. Beide, objektiv-grundrechtlich abgeleitete Schutzpflicht und Sozialprinzip, wirkten gesellschaftlichen Ungleichgewichten entgegen. Sie verpflichteten den Staat, den einen Grundrechtsträger vor dem anderen in Schutz zu nehmen. Unter Hinweis auf die entsprechende Passage im Lüth-Urteil würden die Zivilgerichte angewiesen, den staatlichen Schutzauftrag bei der Konkretisierung und Anwendung gerade der vertragsrechtlichen Generalklauseln zu beachten. Der Schutzpflichtgedanke bewege sich in den Bahnen der mittelbaren Drittwirkung.

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts griff in den impliziten Rückgriff auf die Schutzpflichtdogmatik „unter Missachtung der etablierten Drittwirkungsformeln“¹⁷⁶ ein. Das Bundesverfassungsgericht hat die inhaltliche Ausdehnung der Schutzpflicht der Grundrechte umgangen, anstatt sich mit der grund-

¹⁷⁴ BVerfGE 81, 242 (255).

¹⁷⁵ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Habil., 2003, S. 274.

¹⁷⁶ Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119(1994), S.551.

rechtstheoretischen Untersuchung, welche „die Ausstrahlungswirkung“¹⁷⁷ im Lüth-Urteil weiter entwickeln hätte können, zu beschäftigen.

Oeter formuliert – in einer Kritik – zu dieser Entscheidung:

„Die offene Erklärung der Gesetzesnorm als verfassungswidrig hebt die Entscheidung heraus aus der für die Drittwirkungsrechtsprechung bisher so typischen Praxis des „Zurechtbiegens“ von Normen.“¹⁷⁸

Obwohl diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einen neuen Aspekt für die Drittwirkungsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts vorgestellt hat, konnte sie nicht erklären, wie deutlich die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ins Privatrechtsgebiet erwartet werden muss und wie sie sich äußert.¹⁷⁹

Darüber hinaus erscheint es problematisch, dass das Bundesverfassungsgericht die bisherige Theorie der Ausstrahlungswirkung angewendet hat, da die Vorschrift in § 90a Abs. 2 Satz 2 HGB schon bei Gesetzgebung an den zivilrechtlichen Generalklauseln im Privatrechtssystem gemessen wurde.¹⁸⁰ Um eine ausdrückliche Vorschrift, die schon aufgrund von Überlegung der zivilrechtlichen Generalklauseln geregelt wird, die eine Angelegenheit zwischen Privatpersonen regelt, durch

¹⁷⁷ BVerfGE 7, 198 (207)

¹⁷⁸ Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119(1994), S.551

¹⁷⁹ Vgl. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Habil., 2003, S. 272.

¹⁸⁰ Die Theorie der sog. „Dual-Ausstrahlungswirkung“ kann dieses Problem lösen, s. zweiter Teil A. I. 4. „Dual-Ausstrahlungswirkung“, bes. c) bb) ddd) „Dritte Stufe“.

die Rechtsprechung zu ändern, funktioniert die „vorläufige“¹⁸¹ Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Gebiet als ausgestaltende öffentliche Institution, das sich aber noch auf den privatrechtlichen Verkehr anwenden lässt (Vgl. Urteil über den Art. 809 Abs. 1 KBGB¹⁸²).

Die Handelsvertreterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat neue Handlungsstrukturen zur Anwendung der Drittwirkungstheorie im Zusammenhang mit der staatlichen Schutzpflicht und dem Sozialstaatsprinzip aufgebaut. Aber es wurde nur mit der inhaltlichen Ausdehnung – von den einfachen oberflächlichen Begriffen des allgemeinen Verfassungsprinzips – der Schutzpflicht der Grundrechte umgegangen, anstatt dass sich mit der grundrechtstheoretischen Untersuchung¹⁸³, welche die Ausstrahlungswirkung im Lüth-Urteil weiter entwickeln könnte, beschäftigt wurde.

c) Von der zweiten Hälfte der 90er Jahre bis 2003

In der Kündigungsschutzentscheidung¹⁸⁴ des Bundesverfassungsgerichts vom 27. 1. 1998 wurde das Lüth-Urteil vom 15. 1. 1958 ohne Weiterentwicklung der theoretischen Ergänzung¹⁸⁵ für die Drittwirkungsdebatte wieder angeführt:

¹⁸¹ Über die „vorläufige Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte s. zweiter Teil A. I. 4. c) bb) ddd) „Dritte Stufe“; Abbildung 3. „Die Konstruktion der Bindung der (Dritt)Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung“; Abbildung 4. „Dual-Ausstrahlungswirkung der Grundrechte“.

¹⁸² S. erster Teil C. II. 2. b) „Urteil über den Art. 809 Abs. 1 KBGB vom 16.7.1997“.

¹⁸³ Inwieweit die Wirkung der Grundrechte in die Privatrechtsordnung hineinreicht und wie weit sie in die Privatrechtsordnung ausstrahlen darf.

¹⁸⁴ BVerfGE 97, 169.

¹⁸⁵ Inwieweit die Wirkung der Grundrechte in die Privatrechtsordnung hineinreicht und wie weit sie in die Privatrechtsordnung ausstrahlen darf.

„Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten (vgl. BVerfGE 7, 198 [204ff.]).“¹⁸⁶

Das Urteil des Ersten Senats vom 15. 12. 1999 über die veröffentlichten Bilder von Prinzessin Caroline¹⁸⁷ referierte wieder das Lüth Urteil:

„Die Auslegung und Anwendung verfassungsmäßiger Vorschriften des Zivilrechts ist Sache der Zivilgerichte. Sie müssen dabei aber Bedeutung und Tragweite der von ihren Entscheidungen berührten Grundrechte beachten, damit deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 7, 198 <205 ff.>; stRspr).“¹⁸⁸

Aber gab es keine genaue Erklärung, wie und inwieweit der grundrechtliche Einfluss auf die Privatrechtsordnung i. V. m. der gesamten Rechtsordnung anwenden kann. Sogar referierte das Bundesverfassungsgericht nicht das Konzept „eine objektive Wertordnung“ oder „die mittelbare Drittwirkung“ (nur das Lüth Urteil wieder umformulierte). Nur die Beschwerdeführerin behauptete die bisherige Meinung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Konzept „mittelbare Drittwirkung“ („Im Wege der *mittelbaren Drittwirkung* gelte dies auch gegenüber Privaten.“¹⁸⁹).

Im Zusammenhang mit der Sache „Girokonto der NPD“¹⁹⁰ legte das Bundesverfassungsgericht am 22. 2. 2001 folgenden Satz in Verbindung mit der Drittwirkung der Grundrechte vor:

¹⁸⁶ BVerfGE 97, 169 (178).

¹⁸⁷ BVerfGE 101, 361

¹⁸⁸ BVerfGE 101, 361 (388).

¹⁸⁹ BVerfGE 101, 361 (373).

¹⁹⁰ BVerfGE 2 BvR 202/01 vom 22.2.2001, <http://www.bverfg.de/>

„In der fachgerichtlichen Antragsschrift hat er nichts dazu vorgetragen, warum es ihm nicht möglich sein soll, zumindest vorübergehend ein anderes Girokonto zu eröffnen. Mangels Vortrags des Beschwerdeführers zu diesem Punkt hat das Landgericht eine Monopolstellung der Postbank und damit eine Drittwirkung der Grundrechte verneint.“¹⁹¹

Im Beschluss (sog. Internetfirma „Schuldnerspiegel“)¹⁹² vom 9. 10. 2001 findet sich der folgende Satz über die „mittelbare Drittwirkung“:

„Für die Entscheidung in der Hauptsache bedarf es der Klärung, ob der Schutzbereich des Art. 17 GG unter diesen Umständen berührt ist, beziehungsweise wie weit Art. 17 GG im Rahmen mittelbarer Drittwirkung von Grundrechten auf zivilrechtliche Beziehungen einwirken kann.“¹⁹³

In der Entscheidung¹⁹⁴ des Bundesverfassungsgerichts vom 26.8.2002 – sog. Privatschuldienstentscheidung – findet sich wieder das Wort „mittelbare Drittwirkung“:

„Daraus, dass § 254 BGB für sich genommen eine Norm des Privatrechts ist, ergibt sich keine Veränderung des grundrechtlichen Prüfungsmaßstabs im Sinne einer (lediglich) mittelbaren Drittwirkung.“¹⁹⁵

d) Resümee

Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundsätze aus dem Lüth-Urteil zur Drittwirkung der Grundrechte seit 1958 mehrmals – direkt beziehungsweise indirekt –

¹⁹¹ BVerfGE 2 BvR 202/01 vom 22.2.2001, <http://www.bverfg.de/>, Rn. 5

¹⁹² BVerfGE 104, 65.

¹⁹³ BVerfGE 104, 65 (73).

¹⁹⁴ BVerfGE, 1 BvR 947/01 vom 26.8.2002, <http://www.bverfg.de/>

¹⁹⁵ BVerfGE, 1 BvR 947/01 vom 26.8.2002, <http://www.bverfg.de/>, Rn. 25.

angewendet. Wegen der bisher wiederholten Kritik seitens von Rechtswissenschaftlern sieht es so aus, dass das Bundesverfassungsgericht für die Entwicklung oder Ergänzung der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte ernsthaft überlegt hat und sich Mühe gegeben hat, wenn man die Handelsvertreterentscheidung, welche die Anwendung der von ihm bisherigen Theorie der Drittwirkung und zusätzlich des staatlichen Schutzpflicht und des Sozialstaatsprinzips aufgebaut hat, betrachtet. Aber leider sind die staatliche Schutzpflicht und das Sozialstaatsprinzip keine Lösung für die bisherige Drittwirkungsproblematik. Das Bundesverfassungsgericht geht in der Lösung der Drittwirkung zu weit, in dem es sich nicht mit einer ausführlichen inhaltlichen Findung der Struktur der Anwendung der Drittwirkung beschäftigt, sondern einfache oberflächliche Begriffe aus dem allgemeinen Verfassungsprinzip herausgegriffen hat. Deswegen bleibt immer die strukturelle Schwäche der Drittwirkungstheorie weiterhin erhalten – d. h. inwieweit die Wirkung der Grundrechte in die Privatrechtsordnung hineinreicht und wie weit sie in die Privatrechtsordnung ausstrahlen darf.

2. Rechtsprechung anderer deutscher Gerichte

a) Allgemein - Die Rolle der Grundrechte im Privatrecht nach dem Lüth Urteil vom 15. 1. 1958

Nach der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes über die Drittwirkung der Grundrechte folgten zahlreiche Entscheidungen von verschiedenen deutschen Gerichten, die den Ausdruck der „Drittwirkung“ der Grundrechte in der

Entscheidung direkt verwenden.¹⁹⁶ In der Ebene der Ländergerichte haben solche Entscheidungen seit Anfang der 90er Jahre besonders schnell zugenommen. Anhand der Formulierung – „Drittwirkung“ der Grundrechte – in der Entscheidungen und der Darlegung der Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrechte wird – nach der Tabelle 1. in dieser Dissertation – untersucht, wie sich der durch das Bundesverfassungsgericht gesetzte Trend der Rechtsprechung auf die Rechtsprechungen anderer deutscher Gerichte auswirkt.

b) Bundesarbeitsgericht

Das Bundesarbeitsgericht kommentiert in seinem Urteil¹⁹⁷ vom 29. 6. 1962 zur Rolle des Grundrechts folgendes:

„Art. 12 GG enthält ein echtes Grundrecht und nicht nur die Proklamation eines Prinzips der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung. Dieses Grundrecht ist nicht ein Abwehrrecht gegen die öffentliche Gewalt, sondern greift auch in die Privatrechtsbeziehungen ein.“¹⁹⁸

Und auch das Bundesarbeitsgericht stellt in einem Urteil¹⁹⁹ vom 28. 9. 1972 fest, dass das Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach dem Art. 5 Abs. 1 GG als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) angenommen werden kann.²⁰⁰

¹⁹⁶ S. Tabelle 1. „Eine statistische Untersuchung bis 31. 12. 2003“

¹⁹⁷ BAGE 13, 168.

¹⁹⁸ BAGE 13, 168.

¹⁹⁹ BAGE 24, 438.

²⁰⁰ BAGE 24, 438 (439).

Erst am 27. Mai 1986 erwähnte der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts „eine solche unmittelbare Drittwirkung“.²⁰¹ Am 22. Oktober 1986 betont das Bundesarbeitsgericht im Fall der „Erhebung und Speicherung von Arbeitnehmerdaten“ die Rolle der Grundrechtsordnung in der Privatsphäre:

„Das Bundesverfassungsgericht hat bisher nur über die Tragweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bei Eingriffen des Staates entschieden. Dagegen besteht bei der "Drittwirkung" der Grundrechte auf dem Gebiet des Privatrechts das Problem, ...Hiernach bleibt es in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, die privatrechtlichen Beziehungen für alle Beteiligten grundrechtsmäßig ausgewogen zu gestalten. Allerdings haben die Gerichte bei der Auslegung privatrechtlicher Vorschriften dem objektiven Gehalt der Grundrechtsordnung Rechnung zu tragen.“²⁰²

Am 5. März 1987 erkannte das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung (sog. „Kündigung vor Ablauf der Wartezeit“) an, dass Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG das Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung ausstattet.²⁰³

In den 90er Jahren sind sechs Entscheidungen vom Bundesarbeitsgericht – am 15. Juli 1992, 16. März 1994, 11. Mai 1994, 17. Februar 1998, 20. April 1999 und 1. Juli 1999 – im Zusammenhang mit dem Text der „Drittwirkung der Grundrechte“ erschienen.

²⁰¹ die Sache sog. „Mitbestimmung bei Telefondatenerfassung“, BAG 1. Senat, 1ABR 35/84 vom 27. 5. 1986: „Nach überwiegender Meinung kommt Art. 10 GG eine solche unmittelbare Drittwirkung für die Rechtsbeziehungen Privater untereinander nicht zu. Der Senat schließt sich dem an.“, <http://www.Juris.de>

²⁰² BAGE 53, 226 (233 f.).

²⁰³ BAG 2. Senat, 2AZR 187/86 vom 5. 3. 1987: „Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG stattet das Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung aus und verpflichtet damit auch alle Rechtssubjekte des Privatrechts, wobei das Grundrecht als Menschenrecht nicht nur deutschen Staatsbürgern, sondern auch Ausländern zusteht.“, <http://www.Juris.de>

Die erste Entscheidung²⁰⁴ in den 90er Jahren im Zusammenhang mit der Rechtsbeziehung zwischen Privatrecht und Grundrechten ist vom 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts getroffen worden:

„Eine Sittenwidrigkeit der vertraglichen Abführungspflicht kann auch nicht im Hinblick auf die in den Grundrechten zum Ausdruck kommende objektive Werteordnung gesehen werden, die über die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB mittelbar auf den Anstellungsvertrag einwirkt (vgl. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nur BVerfGE 7, 198, 206 f). Durch die Abführungspflicht im Anstellungsvertrag wird weder die Berufsausübung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG noch das Eigentum des Beklagten gemäß Art. 14 Abs. 1 GG berührt.“²⁰⁵

Im zweiten Urteil²⁰⁶ des Bundesarbeitsgerichts vom 16. März 1994 liegt die Anwendung der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte in der Sache der „Rückzahlung von Ausbildungskosten“ vor:

„... die von ihm vorgenommene Beweislastverteilung beruhe auf der nunmehr überholten Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte; ...“²⁰⁷

Die dritte Entscheidung²⁰⁸ des Bundesarbeitsgerichts vom 11. Mai 1994 zum Anspruch auf Einsicht in die Personalakten enthält die Aussage „Sie beruht auf der früher vom Bundesarbeitsgericht vertretenen Auffassung von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht“²⁰⁹. Nach vier Jahren folgt die vierte

²⁰⁴ sog. „Abführung von Chefarzteinnaahmen an Krankenhausfonds“, BAG 5. Senat, 5AZR 341/91 vom 15.7.1992, <http://www.Juris.de>

²⁰⁵ BAG 5. Senat, 5AZR 341/91 vom 15.7.1992, <http://www.Juris.de>

²⁰⁶ BAGE 76, 155.

²⁰⁷ BAGE 76, 155 (173).

²⁰⁸ BAG 5. Senat, 5 AZR 660/93 vom 11.5.1994, <http://www.Juris.de>

²⁰⁹ BAG 5. Senat, 5 AZR 660/93 vom 11.5.1994, <http://www.Juris.de>

Entscheidung²¹⁰ des Bundesarbeitsgerichts vom 17. Februar 1998. In dieser Entscheidung (sog. „Verband von Gewerkschaftsbeschäftigten zulässig“) hat die Beklagte mit den streitigen Verlautbarungen in die Koalitionsfreiheit des Klägers eingegriffen. Der Text der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts lautet:

„Die Gewährleistung richtet sich nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG auch gegen privatrechtliche Beschränkungen; die Vorschrift hat Drittwirkung (BVerfGE 57, 220, 245 = AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, zu C II 4 a der Gründe).“²¹¹

Die fünfte Entscheidung²¹² aus den 90er Jahren enthält den Wortlaut:

„Der Grundrechtsschutz richtet sich nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG auch gegen privatrechtliche Beschränkungen, hat also Drittwirkung.“²¹³

In der sechsten und zugleich letzten Entscheidung²¹⁴ in den 90er Jahren wurde folgendes geschrieben:

„Zudem mußte sie Herrn D wegen der mindestens mittelbaren Drittwirkung des Diskriminierungsverbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vor einer Benachteiligung aufgrund seiner Abstammung und Heimat schützen.“²¹⁵

Am 10. 10. 2002 traf das Bundesarbeitsgericht eine beachtenswerte Entscheidung.

²¹⁰ BAGE 88, 38.

²¹¹ BAGE 88, 38 (47 f.).

²¹² sog. Unterlassungsanspruch der Gewerkschaften bei tarifwidrigen betrieblichen Regelungen: BAG 1. Senat, 1 ABR 72/98 vom 20. 4. 1999, <http://www.Juris.de>

²¹³ BAG 1. Senat, 1 ABR 72/98 vom 20. 4. 1999, <http://www.Juris.de>

²¹⁴ sog. Außerordentliche Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses wegen rassistischen Verhaltens: BAG 2. Senat, 2 AZR 676/98 vom 1. 7. 1999, <http://www.Juris.de>

²¹⁵ BAG 2. Senat, 2 AZR 676/98 vom 1. 7. 1999, <http://www.Juris.de>

Das war das sog. Kopftuch-Urteil. Dieses wird in der jetzt folgenden Nummer „c)“ ausführlich erörtert.

c) Kopftuch Urteil vom 10. 10. 2002 BAG

aa) Sachverhalt²¹⁶

Einer muslimischen Verkäuferin eines Kaufhauses in einer hessischen Kleinstadt war gekündigt worden, weil sie ein islamisches Kopftuch trug. Da ihre Arbeitgeberin dies mit dem Charakter ihres Kaufhauses nicht vereinbaren konnte und wirtschaftliche Nachteile befürchtete, wurde die Arbeitgeberin von ihr ordentlich gekündigt. Die erste und zweite Instanz entscheiden jeweils für die Seite der Arbeitgeberin. Das BAG hingegen stand auf der Seite der Arbeitnehmerin: Es gebe keinen Erfahrungssatz, dass es bei der Beschäftigung einer Verkäuferin mit einem islamischen Kopftuch in einem Kaufhaus notwendigerweise zu erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigungen des Unternehmens etwa durch negative Reaktionen von Kunden komme. Auch die Berücksichtigung der Verhältnisse vor Ort ändert diese Stellungnahme nicht. Der Beklagten wäre es jedenfalls zuzumuten gewesen, dass sie die Klägerin vorerst einstellt und abwartet, ob und in welchem Maße ihre spekulativen Befürchtungen eintreten würden. Die Beklagte müsse demnach prüfen, inwieweit die Beseitigung etwaiger Störungen nicht auch auf andere Weise als durch Kündigung zu erreichen sei.

bb) Entscheidung²¹⁷

²¹⁶ Thüsing, Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, S.405.

Das BAG stellt durch den Leitsatz folgendes fest:

„Das Tragen eines islamischen Kopftuchs allein rechtfertigt regelmäßig noch nicht die ordentliche Kündigung einer Verkäuferin in einem Kaufhaus aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen nach Art. 1 Abs. 2 KSchG.“²¹⁸

Zur Begründung dieser Entscheidung stellte das Bundesarbeitsgericht einige Gesichtspunkte fest. Denn sowohl bei der Ausübung ihres Weisungsrechts als auch bei der Ausgestaltung dieser vertraglichen Pflicht sei das spezifische, durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG grundrechtlich geschützte Anliegen der Klägerin, aus religiösen Gründen nicht mehr ohne ein Kopftuch zu arbeiten, zu beachten. Auf Grund der verfassungsrechtlich gewährleisteten, im Arbeitsverhältnis bei der Ausübung des Weisungsrechts oder der Ausgestaltung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht zu berücksichtigenden Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Klägerin könne deshalb die Beklagte nicht ohne weiteres die Einhaltung der in ihrem Betrieb allgemein üblichen Bekleidungsstandards verlangen und die Klägerin, zur Arbeitsleistung ohne ein Kopftuch wirksam auffordern.

Ausnahmsweise könnten der – durch das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin – garantierten freien Gestaltung ihres Äußeren und ihrer Kleidung Grenzen gesetzt werden, um dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers nach einem einheitlichen Erscheinungsbild und den Erwartungen der Kundschaft Rechnung zu tragen .

Die in § 315 Abs. 1 BGB [Bestimmung der Leistung durch eine Partei] geforderte Billigkeit werde inhaltlich durch die Grundrechte, hier vor allem durch die

²¹⁷ Zusammenfassung vom: BAG 2. Senat 2 AZR 472/01 vom 10. 10. 2002, <http://www.Juris.de>

²¹⁸ BAG 2. Senat 2 AZR 472/01 vom 10. 10. 2002, <http://www.Juris.de>

Glaubens- und Bekenntnisfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG und die Gewährleistung der ungestörten Religionsausübung des Art. 4 Abs. 2 GG, mitbestimmt (siehe insbesondere BAG 24. Mai 1989 - 2 AZR 285/88). Kollidiert das Recht des Arbeitgebers, im Rahmen seiner gleichfalls grundrechtlich geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die auch für die Beklagte als juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG gewährleistet ist, den Inhalt der Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers näher zu konkretisieren, mit grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitnehmers, so sei das Spannungsverhältnis im Rahmen der Konkretisierung und Anwendung der Generalklausel des § 315 BGB einem grundrechtskonformen Ausgleich der Rechtspositionen zuzuführen.

Das Tragen eines Kopftuchs aus religiöser Überzeugung falle in den Schutzbereich der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), die durch die Gewährleistung der ungestörten Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) noch verstärkt wird. Das - islamische - Kopftuch stelle ein Symbol für eine bestimmte religiöse Überzeugung dar. Mit dem Tragen dieses Kopftuchs mache die Klägerin von ihrem Grundrecht Gebrauch. Das Kopftuch könne nicht ohne spezifischen Bezug zu den Glaubensinhalten des Islams gesehen und auf ein lediglich *allgemeines - kulturelles - Zeichen einer ethnischen Gruppe* reduziert werden. Wegen der Bedeutung, die Muslime dem Kopftuch beilegen, gelte es als Sinnbild einer bestimmten Glaubensüberzeugung, als Ausdruck des Bekenntnisses der Trägerin zum islamischen Glauben und damit als sichtbares Zeichen für die Ausübung ihrer Religion.

Für eine zulässige Berufung auf Art. 4 GG komme es nur darauf an, dass es überhaupt aus einer wirklichen religiösen Überzeugung heraus – wie hier bei der Klägerin – getragen wird und nicht anders motiviert ist. Andernfalls werde den

Gerichten eine Bewertung von Glaubenshaltungen oder die Prüfung von theologischen Lehren aufgebürdet, die sie nicht leisten können und nicht leisten dürfen.

Demgegenüber komme zwar als konkurrierende, durch Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützte Position der Beklagten vor allem ihre Unternehmerfreiheit in Betracht. In welcher Intensität dieses Recht der Beklagten betroffen sei, könne aber auf Grund ihres nicht hinreichend konkreten Sachvortrags nicht festgestellt werden. Es seien von der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten keine Tatsachen vorgetragen worden, auf Grund derer es bei einem weiteren Einsatz der Klägerin als Verkäuferin mit einem – islamischen – Kopftuch zu konkreten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen kommen werde. Grundrechte könnten nicht auf einen möglichen "Verdacht" hin beiseite gestellt werden.

Unter Berücksichtigung des besonders hohen Stellenwertes der grundrechtlich und auch nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention (siehe hierzu EGMR 15. Februar 2001 - 42393/98 - NJW 2001, 2871) gewährleisteten Glaubens- und Religionsfreiheit sei es demnach der Beklagten zuzumuten, die Klägerin als Verkäuferin weiterhin einzusetzen und ggf. abzuwarten, ob sich ihre Befürchtungen in nennenswertem Maße realisieren.

cc) Bewertung

Schon vorher entschieden die Gerichte²¹⁹, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit Kleiderordnungen auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen hatte und zwischen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeit-

²¹⁹ BVerwG, NJW 1990, 2266; OVG Münster, NJW 1989, 2770. (von Thüsing, Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, S. 406)

nehmers abwägen sollte (z.B. Verbot von Ohrringen für Männer: BVerfG, NJW 1991, 1447; keine kurzen Hosen: LAG Hamm, BB 1992, 430).²²⁰ Zusätzlich ging es in dieser Sache um die Religionsfreiheit, welche für die Arbeitnehmerin bewahrt werden muss. Das Bundesarbeitsgericht befindet in dieser Entscheidung, dass der Arbeitgeber seine Überlegungen in dieser Sache nicht nach irgendwelchen eigenen inakzeptablen Vorurteilen (z. B. Fremdenhass, Frauenfeindlichkeit oder Intoleranz) sondern nach den wirtschaftlichen Auswirkungen richten muss und dass er seine Position gegen islamische Kopftücher nicht von sich selbst aus sondern von Seiten seiner Kunden her²²¹ – und mit ihnen gemeinsam – überlegen muss.

Am 30. 7. 2003 hat das Bundesverfassungsgericht diese Entscheidung des BAG mit der mittelbaren Drittwirkung und Schutzpflicht des Staates bestätigt.²²²

²²⁰ Thüsing, Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, S.406; Er schrieb auch weiter: „Auch derjenige Arbeitgeber, der Schwangere nicht einstellen will, lässt nicht inakzeptablen Vorurteilen freien Lauf, sondern verfolgt ein an sich legitimes wirtschaftliches Interesse. Dennoch darf er die Schwangerschaft nicht berücksichtigen. § 611 a BGB gebietet dies seit mehr als 20 Jahren – endete bereits damals die Vertragsfreiheit?“

²²¹ „Wie weit die Erwartungen der Kunden, customer preferences, eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können, ist eine bekannte Fragestellung in der Dogmatik des Diskriminierungsschutzes.“, Thüsing, Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, S.406

²²² Daneben gab es einige andere Gerichtsentscheidungen für Beschäftigte im öffentlichen Dienst, die die Religionsfreiheit in Verbindung mit dem islamischen Kopftuch betrifft. Das Bundesverwaltungsgericht entschied wie folgt: „Die Einstellung als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen im Beamtenverhältnis auf Probe darf abgelehnt werden, wenn die Bewerberin nicht bereit ist, im Unterricht auf das Tragen eines „islamischen Kopftuchs“ zu verzichten.“, DÖV, 2002, S. 997; Das Bundesverfassungsgericht weist dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zurück: „1) Ein Verbot für Lehrkräfte, in Schule und Unterricht ein Kopftuch zu tragen, findet im geltenden Recht des Landes Baden-Württemberg keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage. 2) Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann für den Gesetzgeber Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezü-

„...Für eine zulässige Berufung auf Art. 4 GG komme es nur darauf an, dass das Tragen des Kopftuchs von einer wirklichen religiösen Überzeugung getragen sei...Im Privatrechtsverkehr entfalten die **Grundrechte ihre Wirkkraft** als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen **durch das Medium der Vorschriften**, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, damit vor allem auch durch die zivilrechtlichen Generalklauseln. Der Staat hat auch insoweit die Grundrechte des Einzelnen **zu schützen** und vor Verletzung durch andere **zu bewahren**...Das Bundesarbeitsgericht ist nicht von einer unmittelbaren Anwendung der Grundrechte im privatrechtlich ausgestalteten Arbeitsverhältnis ausgegangen. Es hat vielmehr darauf abgestellt, dass im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Zusammenhang mit den Kündigungsschutznormen (§ 1 Abs. 2 KSchG) und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 315 Abs. 1 BGB) **Grundrechtspositionen der beiden Vertragspartner zu beachten und zu würdigen sind**...“²²³

Die Tatsache, dass das Bundesarbeitsgericht in seinen Überlegungen festgestellt hat, das Kopftuch sei „*ein allgemeines – kulturelles – Zeichen einer ethnischen Gruppe*“, könnte im Zusammenhang mit dem künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff für das 21. Jahrhundert (unter dem zunehmenden Bereich der Kultur im Verfassungsleben) ein wichtiges Signal sein.²²⁴

Auch das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Entscheidung fest, dass im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe „**Grundrechtspositionen der beiden Vertragspartner zu beachten und zu würdigen sind.**“ Dieser Ausdruck könnte als die Heranziehung des neuen Konzepts „Kooperation zwischen

ge in der Schule sein.“ BVerfG 2 BvR 1436/02 vom 24.9.2003, <http://www.bverfg.de/>; andere Urteile des BVerfG i. V. m. dem Kopftuch s. BVerfG 2 BvR 713/00 vom 4.4.2001, BVerfG 1 BvR 961/99 vom 22.6.1999, <http://www.bverfg.de/>

²²³ BVerfG, 1BvR 792/03 vom 30.7.2003, <http://www.bverfg.de/>

²²⁴ Im 21. Jahrhundert wird „*die kulturelle Überlegung*“ zwischen den Bürgern in der Staatsgemeinschaft durch das (Bundesverfassungs)Gericht aufgetaucht werden; ausführliche Erklärung s. Zweiter Teil A. II. 4. „Der zunehmende Bereich der Kultur im Verfassungsleben“

Staat und Bürger sowie Bürger und Bürger“ für den sog. kooperativen Rechtsstaatsbegriff ein wichtiges Signal sein.²²⁵

d) Bundesgerichtshof

Der Einfluss der Drittwirkungstheorie des Bundesverfassungsgerichts erfasste auch den Bundesgerichtshof. Am 26. 10 1962 erging folgendes Urteil:

„...inwieweit und in welcher Weise grundrechtliche Normen, namentlich die des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, sei es unmittelbar, sei es mittelbar über die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts wie etwa den Begriff der Sittenwidrigkeit, auch für den Privatrechtsverkehr verbindlich sind...“²²⁶.

Am 23. 9. 1969 äußerte der Bundesgerichtshof:

„ob und inwieweit eine unmittelbare oder doch mittelbare Einwirkung der Grundrechte auch auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen anerkannt werden kann und muss (BGHZ 36, 95: Drittwirkung der Grundrechte).“²²⁷

In den 80er Jahren findet sich die Formulierung Drittwirkung der Grundrechte dreimal in Urteilen des Bundesgerichtshofes²²⁸. In der zweiten Hälfte der 90er

²²⁵ S. Zweiter Teil A. II. 5. a) „Kooperativer Rechtsstaat“

²²⁶ BGHZ 36, 91 (95): i. S. Zulassung zur Belieferung von AOK-Mitgliedern.

²²⁷ BGHZ 52, 325 (330): i. S. Schüler-Tarife eines städtischen Verkehrsbetriebs.

²²⁸ (1) BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 98/80 vom 8. 4. 1981, <http://www.juris.de>, „Es kommt deshalb nicht darauf an, ob bei der gebotenen Interessenabwägung ein allein aus der Drittwirkung von Verfassungsnormen abgeleiteter Anspruch auf Akteneinsicht für den Kläger“; (2) BGHZ 84, 352 (357), am 8. 7. 1982, i. S. Einfluß der Koalitionsfreiheit auf Stiftungssatzung, „Dem Art. 9. Abs. 3 GG kommt unbestritten Drittwirkung zu“; (3) BGHZ 88, 344 (349), am 21. 10. 1983, i. S. Abschaffung von Funkwellen durch Hochhaus, „Etwas anderes folgt auch nicht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Das Berufungsgericht bezweifelt selbst schon, ob diesem Grundrecht eine unmittelbare Drittwirkung zwischen den Parteien zukommt.“

Jahre erkannte der Bundesgerichtshof „eine mittelbare Drittwirkung“ deutlich an.²²⁹

e) Bundessozialgericht

Am 10. Dezember 1980 führte das Bundessozialgericht in seiner Rechtsprechung zum Schutz religiöser Feiertage die Formulierung „nur mittelbare Ausstrahlungswirkungen“ an.²³⁰ Der Ausdruck „eine mittelbare Drittwirkung“ war vom Bundessozialgericht am 18. 2. 1987 wiedergegeben worden.²³¹

²²⁹ BGHZ 140, 74 (77), am 23. 11. 1998, i. S. Aufnahmewang für Sportverband, „Die Vereinsfreiheit gehört zu jenen Grundrechten, die eine mittelbare Drittwirkung entfalten (vgl. Bauer in: Dreier, GG-Komm., Art. 9 Rdn. 43 m.w.N.; Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., Art. 9 Rdn. 13; Scholz in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 9 Rdn. 95 ff.; W. Baecker, Grenzen der Vereinsautonomie im deutschen Sportverbandswesen, 1985, S. 42 f., 51 ff., 59 f. m.w.N.). Ihr ist im Zivilrecht durch die Auslegung der privatschriftlichen Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln, Rechnung zu tragen (vgl. Scholz a.a.O., Rdn. 96).“

²³⁰ BSGE 51, 70 (76): „Während hier die Grundrechte unmittelbare Rechtswirkungen entfalten, haben sie im Verhältnis zwischen Privaten, d.h. im Bereich der Privatautonomie, andersgeartete, jedenfalls nur mittelbare Ausstrahlungswirkungen (zur sog. mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte vgl. Dürig in Maunz/Dürig/Herzog, GG, Rd Nr. 127 f. zu Art 1; Herzog daselbst, Rd Nr. 51 f. zu Art 4).“; das Bundessozialgericht stellte über die Sache der Religionsausübung zum Schutz religiöser Feiertage folgendes fest, „Wäre ein Arbeitsloser bei Annahme einer ihm vom Arbeitsamt angebotenen Arbeit gezwungen, entgegen seiner religiösen Überzeugung und den Geboten seiner Glaubensgemeinschaft (Siebenten-Tags-Adventisten) am Sabbat, d.h., zwischen Sonnenuntergang am Freitag und am Sonnabend zu arbeiten, so hat er einen wichtigen Grund zur Ablehnung des Arbeitsangebotes i.S. des § 119 Abs. 1 S 1 Nr. 2. AFG.“, BSGE 51, 70.

²³¹ BSGE 61, 158 (163): „Nach Ansicht des BAG ergibt sich diese Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers aus § 315 BGB und einer mittelbaren Drittwirkung des Art 4 GG... Mit dieser Auslegung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1 GG befindet sich der erkennende Senat nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.“

f) Bundesverwaltungsgericht

In den 70er Jahre findet sich die Formulierung „keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf das Bürgerliche Recht“²³² im Kontext der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Für den Streit, ob und inwieweit die Landeskrankengesellschaft bei der Entsendung von Delegierten in die Schiedsstellen nach § 18 a KHG Personalvorschläge eines ihrer Vereinsmitglieder berücksichtigen muss, wird am 23. 12. 1994 die Formulierung „Drittwirkung der Grundrechte“ wieder angeführt.²³³

g) Bundesfinanzhof

In der Sache der Aufrechnung gegen den Einkommensteuererstattungsanspruch, der sich aus der Anwendung des § 32d EStG ergibt, referierte der Bundesfinanzhof (7. Senat) am 26. September 1995 den Ausdruck „Drittwirkung“ der Grundrechte.²³⁴

²³² BVerwG 7. Senat VII B 45.69 vom 5. 2. 1971, <http://www.juris.de>

²³³ BVerwGE 97, 282 (283): „Der rechtliche Ansatz für den damit bezweckten Schutz der Mitglieder vor einer Monopolmacht wird von der Rechtsprechung in § 242 BGB gesucht, während im Schrifttum auch andere Denkmodelle - wie etwa eine unmittelbare oder mittelbare Drittwirkung der Grundrechte - diskutiert werden (vgl. Reuter in: Münchener Kommentar, Band I, vor § 21 Rn. 115 m. w. N.). Sicher ist, dass sich Einschränkungen der inneren Verbandautonomie nicht nur allein aus zivilrechtlichen, sondern ebenso aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben können.“

²³⁴ BFH 7. Senat VII B 117/95 vom 26. 9. 1995, <http://www.juris.de>: „Da das steuerlich zu verschonende Existenzminimum verfassungsrechtlich keine Drittwirkung im Privatrecht entfaltet und die Pfändungsschutzbestimmungen der ZPO bei einmalig auszuzahlenden Steuerguthaben nicht greifen,...“

h) Ländergerichte

Das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat auf Ebene der Ländergerichte zu weitreichenden Effekten geführt und eine regelrechte Welle ausgelöst. Die Ländergerichte haben das Konzept der Drittwirkung der Grundrechte des Bundesverfassungsgerichts in zahlreichen eigenen Entscheidungen angeführt.²³⁵

i) Resümee

Obgleich es die unklare strukturelle Schwäche der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte gibt, haben die (manche) Richter die Drittwirkung der Grundrechte für ihre Entscheidung rezipiert. Aufgrund der praktischen Bedeutung der Drittwirkung der Grundrechte²³⁶ wird sie im Bereich der Grundrechtsdogmatik immer mehr praktisch angewendet werden. Dieser Ausblick kann durch die bisherige Untersuchung der Rechtsprechung verschiedener Gerichte in dieser Dissertation bewiesen werden, da sie die Richtung einer zunehmenden Tendenz deutlich erkennbar macht. Aber trotz der Schwierigkeit²³⁷, einfache Patentlösungen für die Drittwirkungsproblematik zu finden, soll eine klare Struktur der Anwendung der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht aufgebaut werden. Wenn die Aufgabe, wie die Drittwirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung ausstrahlen

²³⁵ Ausführlicher Inhalt s. Tabelle 1. „Eine statistische Untersuchung bis 31. 12. 2003“; Die Beteiligten haben „die Drittwirkung“ der Grundrechte häufig in ihren Gründen herangezogen.

²³⁶ Über die praktische Bedeutung der Drittwirkung s. Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V. 1992, §117, Rn. 72 ff.

²³⁷ Vgl. Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V. 1992, §117, Rn. 79: er behauptete, es ist unmöglich, dass einfache Patentlösungen für die Drittwirkungsproblem finden lassen werden.

muss, wieweit sie wirken kann, im Gebiet der Grundrechtsdogmatik nicht gelöst wird, wird die Debatte der Drittwirkung der Grundrechte wie in früherer so auch in heutiger Zeit weiter provozieren.²³⁸ Und schließlich wird die Theorie der Drittwirkung, die sich zu Gunsten der schwachen Bürger in der Staatsgemeinschaft entwickeln soll, die Rechtssicherheit, die zum Schutz der schwachen Bürger geschaffen wurde, gefährden, sofern keine klaren Vereinbarungen für die Drittwirkungsdogmatik gefunden werden können.

III. Die derzeitige wissenschaftliche Literatur zur Drittwirkung in Deutschland

1. Drei-Ebenen-Theorie

a) Überblick des Inhalts

Alexy sieht, die Drittwirkungsproblematik als ein Konstruktionsproblem, „wie Grundrechtsnormen sich auf die Bürger/Bürger-Relation auswirken“²³⁹, und als ein Kollisionsproblem, „in welchem Umfang sie dies tun“²⁴⁰. Er klassifiziert die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte in drei Konstruktionsansichten: „die einer mittelbaren, einer unmittelbaren und einer durch Rechte gegenüber dem Staat vermittelten Drittwirkung.“²⁴¹ Nach seiner Meinung sind die drei Konstruktionen ergebnisäquivalent. Aber es heiße nicht, dass die Frage nach ihrer Richtigkeit hinfällig ist. Die Frage, wie die Wirkung der Grundrechte und Grundrechts-

²³⁸ S. erster Teil B. I. 1. „Historischer Überblick und Grundzüge“

²³⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 480.

²⁴⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 480.

²⁴¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 481.

normen auf das bürgerliche Recht im einzelnen gedacht werden müsse, harre nicht nur deshalb einer Antwort, weil die Jurisprudenz sich nicht damit begnügen kann, dass man zu richtigen oder akzeptablen Ergebnissen gelangt, ganz gleich, wie die Konstruktion beschaffen ist, sondern auch deshalb, weil ohne die richtige Konstruktion ein treffendes Bild der Wirkung der Grundrechte und Grundrechtsnormen auf das Rechtssystem nicht möglich ist.²⁴² Er erwähnt, dass die Diskussion der Drittwirkung der Grundrechte bislang zumeist so geführt wird, als ob eine der drei Konstruktionen die richtige sein müsse. Und er schreibt dazu folgendes:

„Diese Annahme ist falsch. Es sei behauptet, dass jede der drei Konstruktionen einige Aspekte der für Drittwirkungsfälle kennzeichnenden komplizierten rechtlichen Relationen treffend hervorhebt und erst dadurch inadäquat wird, dass sie die von ihr erfassten Aspekte für die vollständige Lösung hält. Eine vollständige und in diesem Sinne adäquate Lösung kann nur ein Modell bieten, das alle Aspekte erfasst.“²⁴³

Alexy vertritt die Auffassung, dass die Drittwirkungslehren ergebnisäquivalent sind. Daher stellt er zutreffend fest, dass nicht die konstruktive Lösung der Drittwirkungsproblematik, sondern dass die im Einzelfall eingebrachten Wertungen für das jeweilige Ergebnis entscheidend seien.²⁴⁴

Er lässt die Frage nach einer juristisch zutreffenden Konstruktion außen vor und kombiniert die bislang entwickelten Vorschläge zur konstruktiven Bewältigung der Drittwirkungsdebatte in einem Drei-Ebenen-Modell.²⁴⁵ Das Modell ist in drei

²⁴² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 484 f.

²⁴³ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 485.

²⁴⁴ Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Habil., 2001, S. 19; vgl. Rüfner, *Grundrechtsadressaten*, in: Isensee / Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts* Bd. V. 1992, §117 Rn. 79

²⁴⁵ Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Habil., 2001, S. 19.

Ebenen gegliedert. Eine Ebene repräsentiert die Pflichten des Staates im Zusammenhang mit der Theorie der mittelbaren Drittwirkung, eine weitere Ebene die Rechte gegenüber dem Staat in Verbindung mit der abwehrrechtlichen Konstruktion der Grundrechte und die dritte Ebene die rechtlichen Relationen zwischen Privatrechtssubjekten, auf die nur eine unmittelbare Drittwirkung ausstrahlen kann.²⁴⁶ Zwischen diesen drei Ebenen besteht nach Alexy kein Stufenverhältnis, sondern Relationen wechselseitiger Implikation.²⁴⁷

Im Zusammenhang mit der Ebene der Pflichten des Staates erwähnt er die objektive Wertordnung. Dass die Grundrechtsnormen als objektive Prinzipien für alle Bereiche des Rechts gelten, schließe ein, dass der Staat verpflichtet ist, sie sowohl bei der Zivilgesetzgebung als auch bei der Zivilrechtsprechung zu beachten.²⁴⁸ Im diesen Sinn führt er das Lüth-Urteil an.²⁴⁹

Die zweite Ebene sei die der drittwirkungsrelevanten Rechte gegenüber dem Staat. Dass der Richter die Pflicht hat, bei Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Normen die grundrechtliche Wertordnung zu beachten, sage noch nicht, dass er Grundrechte in Form subjektiver Rechte verletzt, wenn er gegen diese Pflicht verstößt.²⁵⁰ Ein Recht könne nur von dem verletzt werden, gegenüber dem es bestehe.

²⁴⁶ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 485 ff.; Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Habil., 2001, S. 19 f.

²⁴⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 485.

²⁴⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 485.

²⁴⁹ BVerfGE 7, 198 (206): „Der Richter hat kraft Verfassungsgebots zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften in der beschriebenen Weise grundrechtlich beeinflusst sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten.“

²⁵⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 485.

Wenn Zivilgerichte durch den Inhalt ihrer Urteile Grundrechte der Bürger verletzen könnten, dann müsse es sich bei den verletzten Rechten um Rechte des Bürgers gegen die Rechtsprechung, also gegen den Staat handeln.²⁵¹ Aus diesem Grund könnte man diese Rechte als nichts anderes als Abwehrrechte gegen den Staat, also Rechte des negativen Status, bezeichnen.²⁵² Die zweite Ebene bezieht die abwehrrechtliche Konstruktion Schwabes ein und erweitert diese zugleich.²⁵³ Aber Alexy erwähnt, dass Schwabes abwehrrechtliche Konstruktion nicht ausreicht, um die über den Staat vermittelten grundrechtlichen Wirkungen auf das Privatrecht vollständig zu erfassen, weil die Konstruktion nur dann anwendbar ist²⁵⁴, wenn es sich um Gebot und Verbote handelt, nicht aber dann, wenn ein Grundrechtsträger sich gegen explizite oder implizite Erlaubnisse wendet, die an andere Grundrechtsträger adressiert sind.²⁵⁵ Darum ist die abwehrrechtliche durch eine leistungs- oder schutzrechtliche Konstruktion zu ergänzen.²⁵⁶ Er führt auch die Abwehr- und Schutzdimension in dieser zweiten Ebene ein, indem er den Anspruch des Bürgers auf Abwehr bzw. Schutz gegen die ordentliche Gerichtsbarkeit in Zivilsachen richtet und so eine explizit rechtsprechungsbezogene Konzeption entwirft. Je nach Fallgestaltung müsse das Zivilgericht und somit der Staat entweder eigenes privatrechtliches Handeln erlauben – würde er es verbieten, verletze er das Grundrecht als Abwehrrecht – oder fremdes privatrechtliches Handeln

²⁵¹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 486.

²⁵² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 486.

²⁵³ Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Habil., 2001, S. 19.

²⁵⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 488.

²⁵⁵ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 487.

²⁵⁶ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S. 488.

untersagen – würde er es erlauben, verletze er eine grundrechtliche Schutzpflicht.²⁵⁷

Auf der dritten Ebene gehe es um die grundrechtlichen Wirkungen auf die rechtlichen Relationen zwischen Privatrechtssubjekten. Damit stelle sich das Problem einer unmittelbaren Drittwirkung. Eine unmittelbare Drittwirkung könne erstens nicht darin bestehen, dass Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat zugleich Rechte des Bürgers gegen Bürger sind. Zu einer unmittelbaren Drittwirkung könne es zweitens nicht dadurch kommen, dass nur der Adressat der Rechte des Bürgers gegen den Staat ausgetauscht wird.²⁵⁸ Über die Meinung, dass jede unmittelbare Drittwirkung zu einer unzulässigen Beseitigung oder Beschränkung der Privatautonomie führe, stellt er den Einwand: „Die Privatautonomie selbst, nicht nur ihre Begrenzung, ist Gegenstand grundrechtlicher Garantien und damit der Drittwirkung.“²⁵⁹ Es sei ein Mangel der Drittwirkungsdiskussion, dass in ihr häufig die Frage der Beschränkung der Privatautonomie im Vordergrund stand und ihr Schutz nicht als gleichrangige Frage behandelt wurde. Wie die Schranken privatrechtlicher Kompetenzen gezogen werden, sei eine inhaltliche Frage, und zwar letztlich ein Abwägungsproblem. Durch die Feststellung einer unmittelbaren Drittwirkung im angeführten Sinne werde hinsichtlich dieser inhaltlichen Frage nichts präjudiziert. Es werde vielmehr der Blick für die grundrechtlichen Probleme geschärft.²⁶⁰

²⁵⁷ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 19.

²⁵⁸ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 489.

²⁵⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 491.

²⁶⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 491.

b) Bewertung des Drei-Ebenen-Modells

Das Drei-Ebenen-Modell ist keine neue Auffassung für die Drittwirkungsdebatte sondern eine zusammengefasste Theorie, welche vorher vertretene Theorieansätze enthält.²⁶¹ Die lediglich kombinierende Zusammenfassung existierender konstruktiver Konzeptionen bei gleichzeitiger Hervorhebung der Ansicht, es komme weniger auf die Konstruktion als auf die Wertung im einzelnen an²⁶², überwindet aber nicht die Grenzen der bisherigen Theorien der Drittwirkung der Grundrechte.

Die Schwäche der Theorie liegt darin, dass sie es nicht vermag, eine Anwendungsstruktur²⁶³ aufzuzeigen. Dennoch ist das Drei-Ebenen-Modell als bedeutsamer grundrechtstheoretischer Versuch zu bewerten, weil er mögliche Fälle von mittelbare bzw. unmittelbare Wirkung von Grundrechten oder grundrechtliche Schutzpflicht differenziert zu betrachten in der Lage ist.

²⁶¹ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 20.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 1559: Stern kritisiert: „Wirkliche Unterschiede zu den herkömmlichen Auffassungen sind schwer zu erkennen, zumal Alexy einräumt, dass die juristische Begründung der Privatrechtsgeltung der Grundrechte eine „Zweckmäßigsfrage“ sei, und er im übrigen mit seinem Modell auch nur „alle Aspekte“ der bisher vor gestellten Drittwirkungslehren erfassen will. Allerdings: Auch er hält den Zivilrichter für „prima facie an das geltende Zivilrecht... gebunden“. Wenn dieser „hiervon aufgrund grundrechtlicher Prinzipien abweichen“ wolle, trage „er die Argumentationslast“. Substantiell will speziell die mittelbare Drittwirkungslehre nichts anderes.“

²⁶² Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 20.

²⁶³ Perspektive der Annäherungsmethode für die Bindungskonstruktion der Drittwirkung der Grundrechte in die Privatrechtsordnung

2. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates

a) Allgemein

Der wissenschaftlichen Aufarbeitung der Schutzpflichtenlehre hat mit dem Thema „Wirkung der Grundrechte“ in der Angelegenheit zwischen Privaten begonnen.²⁶⁴

Als die Grundrechtsdogmatik ist die grundrechtliche Schutzpflicht an sich nichts Neues.²⁶⁵ Nach der Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht, wenn die Grundrechte durch Dritte verletzt werden, kann man mit Art. 1 Abs. 1 GG für den Schutz der Menschenwürde interpretieren und die Sachen zu lösen. Im Text Art. 1 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 4 GG befinden sich die Wort „Schützen“ und „Schutz“.²⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht leitet in seiner jüngeren Rechtsprechung aus den Grundrechten (und insbesondere aus Art. 2 Abs. 2 GG²⁶⁷), „die als Abwehrrechte zu qualifizieren sind“²⁶⁸, die Schutzpflichten für die Staatsorgane ab.²⁶⁹

Stern legt seiner Meinung im Zusammenhang mit der Formulierung von Dürig vor: Unter dem Titel „Der mittelbare und bedeutsame Weg zur Realisierung der

²⁶⁴ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 144.

²⁶⁵ Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, Rn. 90.

²⁶⁶ „Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet alle staatliche Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Der Staat soll sich offenbar nicht darauf beschränken (dürfen), die Menschenwürde unangetastet zu lassen; ersichtlich ist er auch dazu verpflichtet, seine Machtmittel einzusetzen, um die Verletzung der Menschenwürde durch andere – Dritte – zu verhindern, diese also zu *schützen*... Auch Art. 6 Abs. 4 GG begründet ein subjektives Recht auf Schutz durch die Gemeinschaft.“, Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, Rn. 91.

²⁶⁷ BVerfGE 39, 1 (41); 49, 89 (140ff.); 53, 30 (57ff.); 56, 54 (78); 77, 381 (402f.); 79, 174 (201f.): von Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, S.30, Fn.74.

²⁶⁸ Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, Rn. 92.

²⁶⁹ Vgl. BVerfGE 75, 40 (66); 84, 133 (147); 89, 276 (286); 91, 335 (339): von Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, S.30, Fn.72.

Grundrechtswerte im Privatrecht“ habe Dürig schon die grundrechtliche Schutzpflicht im Zusammenhang mit der Drittwirkungsdebatte erwähnt:

„Wenn die Verfassung in den einzelnen Grundrechten die wirksamste positivrechtliche Realisierung dieses Wertschutzes sieht, dann folgt daraus, dass die in den Grundrechten dem Staat gegenüber abgesicherten Werte von der staatlichen Gewalt auch dann gewahrt werden müssen, wenn sie von privaten Einzelnen oder gesellschaftlichen Kollektiven angegriffen werden.“²⁷⁰

Aber dieser Gedanke habe in der frühzeitigen Drittwirkungsdebatte nicht im Zentrum der Diskussionen gestanden.²⁷¹

Isensee erwähnt die Schutzpflicht im Zusammenhang mit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts: Das Bundesverfassungsgericht habe die Absicht gehabt, die Rechtsfigur der Schutzpflicht wesentlich zu prägen.²⁷² Belege dazu fänden sich in der BVerfGE 24, 119 [der Schutz grundrechtlicher Belange des Kindeswohls gegenüber den Eltern] und BVerfGE 39, 1 [gesetzliche Freigabe der Abtreibung im Rahmen der Fristenlösung: die Pflicht des Staates ergibt sich unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG].²⁷³

²⁷⁰ In: Maunz-Dürig, Komm. z. GG, 1999, Art. 1 Abs. III Rn. 131.

²⁷¹ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1998, S. 1573, Fn. 333.

²⁷² Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §111, Rn. 77-79.

²⁷³ Weitere Entscheidung: BVerfGE 46, 160; 49, 24; 49, 89; 49, 304; 56, 54; 64, 261, vgl. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §111, Rn. 77-79.; Über die Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts i. V. m. der Schutzpflichtenlehre, s. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 146-152.

Der Inhalt der Schutzpflicht weist die folgenden vier Ebenen auf: Ebene eins beinhaltet den Tatbestand der Grundrechtsgefährdung; Ebene zwei bezieht sich auf die Rechtsfolge – also die Aktualisierung der Staatsaufgabe des Schutzes sowie die Wahl des Mittels zu deren Erfüllung; Ebene drei schließt die Voraussetzungen für den Einsatz des Mittels, insbesondere für den Schutzeingriff gegen den Störer ein und Ebene vier berücksichtigt den Status des Opfers – insbesondere sein subjektives Recht auf Schutz.²⁷⁴

In den 80er Jahren wurde die grundrechtliche Schutzpflicht im Zusammenhang mit der Drittwirkungsproblematik aktiv diskutiert.²⁷⁵ Die Heranziehung der grundrechtlichen Schutzpflichtendimension zur Lösung der Angelegenheit zwischen Privaten ist im wissenschaftlichen Schrifttum vorherrschend, weil das Bundesverfassungsgericht in der Handelsvertreterentscheidung vom 7. 2. 1990 eine Entwicklung mit der staatlichen Schutzpflicht – das Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198

²⁷⁴ Über den ausführlichen Inhalt der Struktur und Funktion der Schutzpflicht s. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §111, Rn. 86 ff.

²⁷⁵ Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte - Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 1560; Bauer, Die Schutznormtheorie im Wandel, in: Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts (hrsg. Heckmann/Messerschmidt), 1988; Herdegen, Objektives Recht und subjektive Recht. Bemerkungen zu verfassungsrechtlichen Wechselbeziehungen, in: Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts (hrsg. Heckmann/Messerschmidt), 1988; Badura, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates, in: Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift Karl Molitor, 1988; Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161-172; Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V. 1992, §111.

bes. 205 f.) hatte auch gleichzeitig wieder angewendet – aufgezeigt hatte.²⁷⁶ Da das Bundesverfassungsgericht die grundrechtsdogmatische Entwicklung der Drittwirkung der Grundrechte im Zusammenhang mit dem Doppelcharakter der Grundrechte nicht vorlegen konnte, hat es die Heranziehung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates – die Konstruktion der Bindung der (Dritt)Wirkung der Grundrechte und deren Inhalt wurde immer wieder geprüft²⁷⁷ – nicht vermieden.

b) Vergleich zur Drittwirkung der Grundrechte

Die Verwirklichung der Schutzgebotsfunktion ist im wesentlichen Aufgabe des einfachen Rechts. Der Schutz ist dabei auch mit den Mitteln des Privatrechts zu bewirken.²⁷⁸ Die Aufgabe des Schutzes der menschlichen Freiheit ist früher ausschließlich als Gegenstand des Gesetzesrechts, besonders des Zivil-, des Straf- und des zugehörigen Verfahrensrechts betrachtet worden. In heutiger Zeit wird aber die Geltung der Grundrechte in einem stellenweise noch offenen Ausmaß auch auf diesen Bereich ausgedehnt, indem insoweit eine Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte angenommen wird und, damit zusammenhängend, eine gewisse „Drittwirkung“ derer.²⁷⁹

Über das Verhältnis zwischen grundrechtlicher Schutzpflicht und Drittwirkung der Grundrechte lassen sich verschiedene Meinungen in der Literatur finden. Ei-

²⁷⁶ BVerfGE 81, 242.; Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001, S. 21 f.

²⁷⁷ Über den ausführlichen Inhalt s. Erster Teil B. III. 2. c) aa) „Rechtstheoretische Perspektive“

²⁷⁸ Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 227.

²⁷⁹ Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, Rn. 349.

nige Rechtswissenschaftler vertreten die Auffassung, dass die Drittwirkungsproblematik zum sog. „Unterfall“ der allgemeinen Grundrechtsfunktion staatlicher Schutzpflichten wird.²⁸⁰ Auch in Verbindung mit dieser Ansicht befindet sich unter den Beiträgen der 28. Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“ vom März 1988 folgender Satz:

„Mit guten Gründen lässt sich die sogenannte mittelbare Drittwirkung von Grundrechten als ein „Sonderfall“ grundrechtlich begründeter Schutzpflichten verstehen.“²⁸¹

Stern denkt, dass die Schutzgebotfunktion der Grundrechte der dogmatisch „sauberste“ Ansatzpunkt sei, die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung dem Wesen und dem Gehalt der Grundrechte entsprechend zu lösen. Die Lösung der „Drittwirkungsproblematik“ aus dem Prinzip grundrechtlicher Schutzgebotsfunktionen sei auch flexibel genug, in schwierigen Abwägungsprozessen die richtige Antwort zu finden.²⁸²

Novak schreibt davon in seinen Aufsätzen zur Drittwirkung der Grundrechte aus rechtsvergleichender Sicht in Bezug auf die österreichische Lage, dass die Drittwirkung der Grundrechte der Ausschnitt aus dem weiter gesteckten Fragenkreis staatlicher Schutzpflichten ist, der sich bei Anwendung des Privatrechts und ins-

²⁸⁰ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 1560; vgl. Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte- Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S.139.

²⁸¹ Herdegen, Objektives Recht und subjektive Recht. Bemerkungen zu verfassungsrechtlichen Wechselbeziehungen, in: Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts, 1988. S. 176.

²⁸² Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, S. 1572.

besondere bei der Beurteilung privatautonomer Rechtsgestaltung aufzut.²⁸³ Der Schutzpflicht-Gedanke helfe, dem Dilemma der Schlagworte auszuweichen.²⁸⁴

Canaris erwähnt, dass neben der Heranziehung der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte nicht doch noch die Lehre von der „unmittelbaren Drittwirkung“ weiter bemüht werden sollte. Daraus ergebe sich dogmatisch, dass die Schutzgebotsfunktion nur den Staat und nicht die Privatrechtssubjekte zu Normadressaten hat; und praktisch trete es darin in Erscheinung, dass der Weg einer unmittelbaren Ableitung der Ergebnisse aus den Grundrechten weitergehend vermieden und die Erfüllung der Schutzaufgabe im wesentlichen als Sache des einfachen Rechts angesehen wird. Insbesondere müsse der Gesetzgeber oder an seiner Stelle der Richter auf die Grundrechtsgefährdungen, die durch die Zulassung der Privatautonomie entstehen, mit der Schaffung ausreichender Schutzbestimmungen reagieren.²⁸⁵ Er schreibt auch in nachfolgendem Beitrag, wenn nämlich der Gesetzgeber den Bürger auf Grund der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte vor dem anderen Bürger zu schützen habe, müsse das folgerichtig auch im Bereich des Privatrechts gelten. Die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte sei daher dogmatisch gesehen geradezu der „missing link“, um die „mittelbare“ Einwirkung der Grundrechte auf das Verhalten der Privatrechtssubjekte zu erklären und die

²⁸³ Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte- Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S.139.

²⁸⁴ Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte- Die österreichische Lage aus rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S. 146.

²⁸⁵ Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), S. 227.

diffuse Lehre von der „Ausstrahlungswirkung“ auf ein festeres theoretisches Fundament zu stellen.²⁸⁶

Badura erwähnt, dass das Bundesverfassungsgericht die Doktrin der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht und die neuere Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates nicht explizit in einen Zusammenhang gebracht hat. Dennoch sieht er den Zusammenhang zwischen grundrechtlicher Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte als „sachlich zwingend“. Die aus dem Charakter der Grundrechte als Grundsatznormen ableitbare Funktion der Grundrechte als Schutzgebote, die der Staat zu beachten hat, finde im Privatrecht ebenso wie in anderen Rechtsgebieten ihren Niederschlag und bilde eine Grundlage für die Einwirkung der Grundrechte auf das Verhalten der Privatrechtssubjekte.²⁸⁷

Isensee erklärt, dass die Schutzpflicht auf einer Drittwirkungsprämisse beruht, die besagt, dass die Grundrechte das Verbot für jedermann enthalten, die von ihnen geschützten Güter zu verletzen. In der Schutzpflichtenlehre richteten sich die Grundrechte des Opfers wie die des Störers allein auf den Staat. Die Binnenbeziehungen zwischen den Privaten würden ausgespart. Dagegen fanden die Theorien der (unmittelbaren) Drittwirkung gerade hier ihr Anwendungsfeld. Sie gerieten dadurch in Konflikt mit der Privatautonomie, dass sie die Grundrechtsberechtigten

²⁸⁶ Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 163.

²⁸⁷ Badura, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates, in: Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift Karl Molitor, 1988, S. 9.

der – an sich auf die Staatsgewalt zugeschnittenen – Grundrechtsverpflichtung unterwerfen.²⁸⁸

c) Kritik

aa) Rechtstheoretische Perspektive

Die Bedeutung der Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates wurzelt tief in der Erhaltung der klassischen abwehrrechtlichen Theorie²⁸⁹, in der nur der Staat als der Grundrechtsadressat stehen darf. Sie kann ohne theoretische Schwierigkeit im Zusammenhang mit dem grundrechtlichen Geltungsbereich erklären, wie die Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates die Angelegenheit zwischen Privaten lösen können.

Aber zuletzt, als eine selbstverständliche Folge, muss die Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates die Lösung des Grundrechtsangriffes zwischen Privaten auf die Festlegung des Schutzbereiches eines Grundrechtes ziehen, wenn sie die Entscheidung, wann und wo der Grundrechtsangriff zwischen Privaten geschieht, treffen muss.

²⁸⁸ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §111 Rn 134 f.

²⁸⁹ Entstehungsgeschichte der Grundrechte stammt aus der Idee, „Übergriffe der Staatsgewalt in private Bereiche abzuwehren und elementare private Freiheiten gegen den Staat abzusichern.“, Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14 Aufl. 2003, S. 349.; und die Bürger kann die Schutz der eigene Grundrechte gegenüber dem Staat grundsätzlich fordern. „Die Grundrechtsträger können aufgrund der ihnen durch die Grundrechte eingeräumten Rechtsmacht vom Staat prinzipiell verlangen, dass er Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter unterlässt.“, Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, Rn. 79.

Für die Festlegung des Schutzbereiches eines Grundrechtes muss „die Wirkung der Grundrechte (als völlige positive Überlegung²⁹⁰)“ nach dem „Prozess der Grundrechtsverwirklichung²⁹¹“ vorab geprüft werden, inwieweit sie sich in der Privatrechtsordnung entfalten kann. Das heißt, die Anwendung der Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates auf die Auswirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung kann schließlich die theoretische Notwendigkeit, die Konstruktion der Bindung der (Dritt)Wirkung der Grundrechte und deren Inhalt immer wieder zu prüfen, nicht vermeiden.²⁹²

Ipsen legte drei Problemaspekte dieser Theorie im Vergleich mit der Studie von Starck²⁹³ vor: das Reziprozitätsproblem, das Kompetenzproblem und das verfassungsprozessuale Dilemma.²⁹⁴

bb) Rechtspolitische Perspektive

Es ist ein Rückschritt²⁹⁵ in der Entwicklung der Grundrechtsdogmatik im Zusammenhang mit den Grundrechtsfunktionen²⁹⁶, *wenn die Theorie der grundrechtli-*

²⁹⁰ ausführliche Untersuchung s. Zweiter Teil A. I. 2. b) „Schutzbereich des Grundrechts und der Bereich der Verwirklichung der Grundrechte“

²⁹¹ S. Abbildung 1. „Unterteilung des Kontrollsystems der Grundrechtsverwirklichung“

²⁹² Wenn man das Strafrechtssystem als ein Beispiel betrachtet, so wird dort ohne die Prüfung der Rechtswidrigkeit die Verantwortlichkeit festgestellt.; Als praktisches Beispiel vom StGB s. Lilie, § 223 Körperverletzung, in: StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2001, Rn. 21-22.

²⁹³ Starck, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46 ff.

²⁹⁴ Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, S.31 f.

²⁹⁵ Aber das Bundesverfassungsgericht führt am 30. 07. 2003 mit der „Kopftuch“-Entscheidung wieder die Schutzpflicht des Staates ein.; der EuGH hat die mitgliedstaatliche Garantenpflicht

chen Schutzpflicht für die Angelegenheit zwischen Privaten „allein“ vertreten wird, anstatt die theoretischen Untersuchung dafür voranzutreiben, wie sich die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung entfalten kann, inwieweit sie sich entfalten darf. Die Drittwirkungstheorie kann die grundrechtsdogmatische Entwicklung für die Lösung „zunehmender Konflikte“²⁹⁷ zwischen Privatpersonen bringen. Auch diese Forderung ist wesentlich für den sog. kooperativen Rechtsstaat als künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff des 21. Jahrhunderts, weil die Stellung der Bürger gegenüber den Bürgern in diesem Jahrhundert betont wird.²⁹⁸ Es besteht die zunehmende Notwendigkeit, die neuen Rollen der Grundrechte zwischen Privatpersonen in ständig „wachsendem Maße“²⁹⁹ akzentuieren zu können.

Auch das Bundesverfassungsgericht muss über die seinen Entscheidungen (im Zusammenhang mit der Drittwirkung der Grundrechte) im letzten halben Jahrhundert und zahlreichen Entscheidungen³⁰⁰ der anderen Gerichte unter Beeinflussung von Bundesverfassungsgericht erklären, warum es bisherige Bemühung für die Erweiterung der positiven (Dritt)Wirkung der Grundrechte als Status Activus sowie grundrechtsdogmatische Entwicklung des Doppelcharakters der Grundrechte aufgegeben sollte.

statt der Drittwirkung der Grundfreiheiten durch das Urteil vom 9.12. 1997 angenommen. Aber danach kehrt der EuGH durch das Urteil vom 11. 4. 2000 und vom 13. 4. 2000 zur Drittwirkungstheorie zurück. Für den weiteren Inhalt s. erster Teil B. IV. „Exkurs: Die Drittwirkung der Grundfreiheiten vor dem EuGH“

²⁹⁶ S. Tabelle 4. „Überblick des Entwicklungsverlaufs der Grundrechtsfunktionen“

²⁹⁷ S. Tabelle 1. „Eine statistische Untersuchung bis 31. 12. 2003“

²⁹⁸ ausführlicher Inhalt s. zweiter Teil A. II. 1. c) „21. Jahrhundert - Die Stellung der Bürger gegenüber den Bürgern“ und zweiter Teil A. II. 5. a) „Kooperativer Rechtsstaat“

²⁹⁹ S. Tabelle 4. „Überblick des Entwicklungsverlaufs der Grundrechtsfunktionen“

³⁰⁰ S. Tabelle 1. „Eine statistische Untersuchung bis 31.12.2003“

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 löst die Drittwirkungsproblematik zur Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auf. Die für die bisherige bundesgerichtliche Praxis notwendige Bestätigung des Verfassungsgebers könnte auch als ein Signal in Richtung des sog. kooperativen Rechtsstaats sein.³⁰¹

IV. Exkurs: Die Drittwirkung der Grundfreiheiten vor dem EuGH

1. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten

Die einheitliche Anwendung des Europäischen Gemeinschaftsrechts gebietet ferner die Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes³⁰², weil „die Regelung der Arbeitsbedingungen im übrigen je nach Mitgliedstaat unterschiedlich durch Rechtsakte des Staates oder Vereinbarungen der Tarifparteien erfolgt“.³⁰³ Das heißt, in bestimmten Fällen, die z. B. durch ein Ungleichgewicht durch Ver-

³⁰¹ Artikel 35 [Verwirklichung der Grundrechte] (1) Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. (2) Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. (3) Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden., <http://www.admin.ch/>; „Indem Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung zu kommen haben (Art. 35 Abs. 1 BV) und die Behörden angewiesen werden, sie auch unter Privaten wirksam werden zu lassen (Art.35 Abs. 3 BV), spricht sich der Verfassungsgeber für den Bestand einer Wirkung der Grundrechte im horizontalen Bereich aus, folgt damit der herrschenden Lehre und *bestätigt insbesondere die bundesgerichtliche Praxis*“, Göksu, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 98 (2002), S. 90.

³⁰² Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1523.

³⁰³ Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1523.

bandsmacht bzw. Arbeitgebermacht gekennzeichnet waren, gelten die Personenverkehrsfreiheiten auch zwischen Privaten.³⁰⁴ Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 stellt fest, dass diskriminierende privatrechtliche Vereinbarungen über den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen nichtig sind³⁰⁵ – also die Nichtigkeit aller gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßenden Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen³⁰⁶. Das heißt, der Wanderarbeitnehmer genießt auch die gleichen sozialen und steuerlichen Vorteile wie der Inländer.³⁰⁷ Der EuGH referierte in seinem Urteil „Sotgiu“³⁰⁸, dass „alle Vergünstigungen, die mit dem Arbeitsverhältnis in Beziehung stehen, unabhängig davon, ob sie aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung erfolgen oder ob sie freiwillig erbracht werden“³⁰⁹ und durch seine Urteile „Reina“³¹⁰ und „Mutsch“³¹¹, dass „die Vergünstigungen, ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht, den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen deren objektiver Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung zur Integration des Wanderarbeitnehmers und seiner Familie beiträgt.“³¹²

³⁰⁴ Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 707.

³⁰⁵ Vgl. Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 746.

³⁰⁶ Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1523.

³⁰⁷ Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1524.

³⁰⁸ EuGHE 1974, 153 ff. (164) – RS 152/73, (von Oppermann)

³⁰⁹ Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1524.

³¹⁰ EuGHE 1982, 33 ff. (44) – RS 65/81: Gewährung von Gebiets- oder Familiengründungsdarlehen (von Oppermann)

³¹¹ EuGHE 1985, 2681 ff. – RS 137/84: Sprachenregelung vor Gericht st. Rspr. (Von Oppermann)

³¹² Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 1524.

Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 rechtfertigt Beschränkungen der Verbands-, ggf. auch der Privatautonomie, wenn sie durch die sorgfältige Abwägung überprüft werden.³¹³ Aber im Gegensatz, im Hinblick auf die Privatautonomie zwischen Privaten könnte eine weitergehende, umfassende Drittwirkung der Grundfreiheiten von Privaten die freiheitlichen Aktivitäten des Gemeinsamen Marktes entmutigen.³¹⁴

Mit der Wirkung der Grundfreiheiten ist die Drittwirkungsdebatte vor dem EuGH geführt worden³¹⁵. Der EuGH hat die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten im EGV durch seinen Urteile „Deliège“³¹⁶ und „Lehtonen“³¹⁷ anerkannt.

³¹³ Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 707.

³¹⁴ Vgl. Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn. 707.

³¹⁵ Remmert, Grundfreiheiten und Privatrechtsordnung, Jura 2003, S.13-19.; Braun, Übrigens - Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, S.424-425.; Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S.908-921.; Michaelis, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, NJW 2001, S.1841-1842.; Streinz/Leible, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, S.459-467.; Streinz, Unmittelbare Drittwirkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Individualarbeitsverträgen, JuS 2000, S.1111-1113.; Burgi, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, S.327-332.; Schimke, Anmerkung von Rechtsprechung, DZWir 1995, S.67-69.; Göz, Die horizontale Drittwirkung von Richtlinien, DZWir 1995, S.256-260.; Steindorff, Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift Peter Lerche, 1993, S.575-590.; Emmert, Horizontale Drittwirkung von Richtlinien?, EWS 1992, S.56-67.; Seidel, Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, S.517-522.; Meier, Zur Drittwirkung von EG-Richtlinien im Umsatzsteuerrecht, BB 1982, S.1711-1712.; Hann, Nochmal-Zur Drittwirkung von EG-Richtlinien im Umsatzsteuerrecht, RIW 1982, S.503-506.; Damm, Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschem Internationalen Privatrecht anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht, 1993; Tsakiridis, Das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit nach Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Frage seiner Drittwirkung, Diss., 1987.; Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 633 ff.; Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), S. 558 ff.

³¹⁶ EuGH, Urteil vom 11. 4. 2000, verb. Rs. C-51/95 und C-191/97, Slg.2000, I-2549.

³¹⁷ EuGH, Urteil vom 13. 4. 2000, Rs. C-176/96.

Der EuGH hat bereits im Urteil „Walrave“ – das Diskriminierungsverbot der Art. 7, 48 und 59 EWGV (jetzt Art. 12, 39, 49 EGV) gilt nicht nur „für Akte der staatlichen Behörden“ sondern erstreckt sich auch auf „sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten.“³¹⁸ – die Wirkung der Grundfreiheiten im Privatrechtsverkehr angewendet.³¹⁹ Dieser Gesichtspunkt wurde in den Urteilen „Donà“³²⁰ und „Bosman“³²¹ weitergeführt. Besonders das Bosman-Urteil hat wichtige Bedeutung für die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten.³²²

Aber gerade danach hat der EuGH in der Sache³²³ der französischen Bauernproteste entschieden, dass Art. 28 EGV in Verbindung mit Art. 10 EGV die Mitgliedstaaten auch dazu verpflichtet, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um den freien Warenverkehr von beeinträchtigenden Handlungen Privater freizuhalten.³²⁴ Das konnte als neue Annäherungsmethode vom EuGH zur Lösung der Frage, wie man die Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates in Deutschland und wie man die Grundrechte im Privatrecht anwenden kann, aufgegriffen werden.³²⁵ Aber sie konnte nicht den Erlass der Urteile, die sich auf

³¹⁸ EuGH, Urteil vom 12. 12. 1974, Rs. 36/74, Slg.1974, 1405 (1419).

³¹⁹ Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S. 909.

³²⁰ EuGH, Urteil vom 14. 7. 1976, Rs. 13/76, Slg.1976, 1333 (1341).

³²¹ EuGH, Urteil vom 15. 12. 1995, Rs. 13/76, Slg.1995, I-4291 ff.

³²² Zum ausführlichen Inhalt des Bosman-Urteils und der Kritik gegen die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten s. Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), S. 558 ff.

³²³ EuGH, Slg. 1997, I-6959 ff.

³²⁴ Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S. 913.

³²⁵ Vgl. Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S. 913.

die unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten (wie „Deliège“ und „Lehtonen“) berufen, verhindern.

2. Kritik

Das Verständnis EuGH hinsichtlich der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten passt sich nicht in die Lösung der Drittwirkung der Grundrechte in der deutschen Rechtswissenschaft ein, weil der deutsche Rechtswissenschaftsbereich schon mittlerweile die Lehre der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte überwunden hat.³²⁶

Die Bewältigung der Gefährdungen der Grundfreiheiten durch Private darf nicht durch die Methode der unmittelbaren Drittwirkung erfolgen. Kluth weist dafür folgenden angemessenen Grund auf:

„Aber ein zu rigoroser oder von einem falschen Verständnis der Funktionsbedingungen der Privatrechtsgesellschaft getragener Schutz der Freiheit des Schwächeren kann die Freiheit insgesamt gefährden. Markt und Wettbewerb leben aus dem Miteinander von Freiheit und individueller Verantwortung, vom Anreiz zum Gewinn, der auch Machtgewinn sein kann. Die Marktwirtschaft verlangt von den Marktteilnehmern Risikobereitschaft und muß ihnen deshalb ausreichende Verhaltensfreiräume und Rechtssicherheit garantieren. Eine Rechtsordnung, die diese Rahmenbedingungen durch ein zu starkes Bemühen um sozialen Ausgleich mißachtet, steht in der Gefahr, ihr eigenes freiheitliches Fundament zu untergraben.“³²⁷

³²⁶ BVerfGE 81, 242 (255); vgl. Röthel, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S. 909.

³²⁷ Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), S. 582.

Mit der unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten stellt sich die Frage, ob „das Ende der Privatrechtsgesellschaft und damit zugleich der Abschied vom liberalen Binnenmarktkonzept als einem Pfeiler der Europäischen Gemeinschaft“³²⁸ gekommen sind.

Die vorläufige Ausstrahlungswirkung in der Theorie (sog. „Dual - Ausstrahlungswirkung“)³²⁹ vom Verfasser ist passend für die Problematik, wie die Auswirkung der Grundfreiheiten im Privatrechtsverkehr in der EG angewendet werden kann. Diese Lösung vermag die Spannung des Kompetenzgefüges zwischen EG und Mitgliedstaaten sowie zwischen Judikative und Legislative problemlos aufzulösen.

C. Die Drittwirkungslehre in Korea

I. Die bisherige Entwicklung der Drittwirkungslehre in Korea im Vergleich

1. Historischer Überblick und Grundzüge

In Korea entwickelte sich die Vorstellung der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte erst in den 70er Jahren.³³⁰ Da das damalige sogenannte koreanische

³²⁸ Streinz/ Leible, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, S.467.

³²⁹ S. zweiter Teil A. I. 4. „Dual-Ausstrahlungswirkung“

³³⁰ Koo, Byung-Sak: Wirkung der grundrechtlichen Gewähr zwischen Privaten, Gosigye 239 (1.1977), S. 46-58.

Verfassungsgericht³³¹ – wegen der Militärdiktatur – einen lediglich formellen Status im Verfassungsleben hatte, gab es keine umfassende bzw. ausführliche Diskussionen über die Drittwirkungsproblematik, wie sie in Deutschland stattfanden. Die Verfassungsänderung von 1987 führte den Grundsatz der Verfassungsgerichtsbarkeit wieder ein. Nach dieser neunten Verfassungsänderung hat sich das koreanische Verfassungsgericht im Jahre 1988 neu gegründet. Wegen der damit einhergehenden faktisch neuen Möglichkeiten begann ein bald leidenschaftlich anmutendes Tätigwerden³³² des neuen koreanischen Verfassungsgerichts. Es hat viele materielle grundrechtstheoretische Entwicklungen im Verfassungsleben des Bürgers hervorgebracht. Wegen dieser Zeitumstände wird die Diskussion der Probleme der Wirkung der Grundrechte auf das Privatrechtssubjekt erst in den 90er Jahren – besonders nach der Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts vom 1. 4. 1991³³³ – aktiv bes. in den rechtswissenschaftlichen Beiträge³³⁴ ausgetragen.

³³¹ „Der Verfassungsausschuß von 1948 bis 1960 hatte nur sieben Beschlüsse gefasst, von 1972 bis 1988 sogar gar keinen.“ Oh, Das koreanische Rechtssystem und die gegenwärtige Rechtsreform in Korea, in: Konrad Adenauer Stiftung Seoul Office Bd. 7, 1996, S.429

³³² „Nach der Bildung des Verfassungsgerichts 1988 wurden jedoch bis Ende März 1995 insgesamt 2321 Beschlüsse gefasst. 190 Beschlüsse betreffen die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, drei Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Behörden und 2028 von Verfassungsbeschwerden. Bislang sind ca. 20 Gesetze als verfassungswidrig erklärt worden. Es kann eingeschätzt werden, dass durch die Schaffung des Verfassungsgerichts ein großer Schritt zur Verwirklichung der Justizreform gemacht wurde. Das bezieht sich auch auf den Schutz der Grundrechte und der Verfassung insgesamt in Gegenwart und Zukunft.“ Oh, Das koreanische Rechtssystem und die gegenwärtige Rechtsreform in Korea, in: Konrad Adenauer Stiftung Seoul Office Bd. 7, 1996, S.429

³³³ KVerfGE 3, 149 (89 Honma 160): Entscheidung über die Ehrenverletzung einer Schauspielerin durch eine Tageszeitung. Obwohl das koreanische Verfassungsgericht über die Drittwirkung der Grundrechte nicht erwähnt, gilt es als die erste Entscheidung über die Drittwirkung der Grundrechte zwischen Bürgern. Man kann sagen, dass das Lüth Urteil strukturelle und sachliche Ähnlichkeit mit dieser Entscheidung hat.

2. Literatur

a) Vorrang der materiellen Verfassung

Der Vorrang der materiellen Verfassung könnte der Beziehung zwischen Privatrecht und Grundrechte die theoretische Unterstützung geben. Die herrschende Lehre in Korea erkennt an, dass einige Artikel der Verfassung im ganzen Bereich der Staatsordnung – einschließlich Privatrechtsordnung – ausnahmsweise unmittelbare Wirkung haben sollen.³³⁵

Die Vorschriften des koreanischen Verfassungsrechts stellen die Artikel im Zusammenhang mit dem Vorrang der Verfassung fest:

„die Garantie der Menschenwürde³³⁶, die Gewährleistung der unbenannten grundrechtsgleichen Rechte³³⁷, das Verbot der Antastung des Wesensgehaltes der Freiheit oder der Grundrechte durch

³³⁴ S. erster Teil C. III. „Die derzeitige wissenschaftliche Literatur zur Drittwirkung in Korea“

³³⁵ Koo, Byung-Sak: Neue Grundlehre des Verfassungsrechts, 1990, S. 249 ff.; Kwon, Young-Sung: Grundlehre des Verfassungsrechts, 1996, S. 302 ff.; Kim, Tschol-Su: Grundzüge des Verfassungsrechts, 1996, S. 278; Mun, Hong-Ju: Koreanisches Verfassungsrecht für die sechste Republik, 1992, S. 209; Park, Il-Kyoung: Das Verfassungsrecht der sechsten Republik, 1990, S.208 ff.; Ahn, Yong-Kyo: Koreanische Verfassung, 1986, S. 249 ff.; Han, Tae-Yeon: Verfassungslehre - die allgemeine Lehre der modernen Verfassung, 1983, S.965 ff.; Huh, Young: Koreanisches Verfassungsrecht, 1996, S. 257; (zitiert nach Han, Byeong-Ho, 1996 : Fn. 4.).

³³⁶ Art. 10 KV: „Alle Staatsbürger besitzen einen Eigenwert und Menschenwürde und haben das Recht, nach Wohlstand zu streben. Es ist die Verpflichtung des Staates, die grundlegenden und unverletzlichen Menschenrechte des einzelnen anzuerkennen und zu gewährleisten.“

³³⁷ Art. 37 Abs. 1 KV: „Freiheiten und Rechte der Staatsbürger werden nicht aus dem Grund außer acht gelassen, dass sie in der Verfassung nicht aufgezählt seien.“

allgemeinen Gesetzesvorbehalt³³⁸, die Unabhängigkeit des Richters³³⁹, die Vorlagepflicht eines erkennenden Gerichts bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes³⁴⁰, die konkrete Normenkontrolle durch das KVerfG³⁴¹ und die Verfassungsänderung unter erschwerten Bedingungen zu einfachen Gesetzen³⁴² „³⁴³.

b) Die Drittwirkungslehre

Die Drittwirkung der Grundrechte in der deutschen Rechtswissenschaft wurde weitgehend auf die koreanische Verfassungsrechtswissenschaft übertragen.

Manche Verfassungsrechtlicher erkennen die Drittwirkung der Grundrechte an.

Sie berichten mehr oder weniger ausführlich über die Diskussion um dieses

Problem in Deutschland – auch einschließlich state action doctrine in den USA.³⁴⁴

Fast alle Staatsrechtler³⁴⁵ Koreas teilen bei der Problemlösung die Theorie der

³³⁸ Art. 37 Abs. 2 KV: „Alle Freiheiten und Rechte der Staatsbürger können durch Gesetze nur dann eingeschränkt werden, wenn es für die Staatssicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung oder das Gemeinwohl erforderlich ist. Selbst wenn eine solche Einschränkung vorgenommen wird, darf der Wesengehalt der Freiheit oder des Rechts nicht angetastet werden.“

³³⁹ Art. 103 KV: „Die Richter entscheiden unabhängig nach ihrem Gewissen und nach der Verfassung und den Gesetzen.“

³⁴⁰ Art. 107 Abs. 1 KV: „Hält das Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es im Prozess ankommt, für verfassungswidrig, muss es eine Entscheidung des Verfassungsgerichtes herbeiführen und es ist an dessen Entscheidung gebunden.“

³⁴¹ Art. 111 Abs. 1 Nr. 1 KV: „Das Verfassungsgericht entscheidet in folgenden Fällen, und zwar: 1. über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes auf Ersuchen eines Gerichts.“

³⁴² Art. 128 [Eine Änderung der Verfassung], 129 [Vorschläge vom Staatspräsidenten], 130 [Die Zustimmung der Nationalversammlung] KV

³⁴³ Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S. 117.

³⁴⁴ Koo, Byung-Sak: Neue Grundlehre des Verfassungsrechts, 1990, S. 247 ff.; Kwon, Young-Sung: Grundlehre des Verfassungsrechts, 1996, S. 298 ff.; Kim, Tschol-Su: Grundzüge des Verfassungsrechts, 1996, S. 271 ff.; Mun, Hong-Ju: Koreanisches Verfassungsrecht für die sechste Republik, 1992, S. 203 ff.; Park, Il-Kyoung: Das Verfassungsrecht der sechsten Republik, 1990,

mittelbaren Drittwirkung, und zwar in der Version Günter Dürigs.³⁴⁶ Verschiedentlich wird diese Meinung³⁴⁷ so verstanden³⁴⁸, dass eine unmittelbare Drittwirkung einigen Grundrechten durch die Verfassung selbst ausnahmsweise eingeräumt werde: z. B. dem Recht auf das Streben nach Glück (Art. 10 KV)³⁴⁹, der Freiheit von Meinung und Presse (Art. 21 Abs. 2 KV)³⁵⁰, dem besonderen Schutz der Arbeit von Frauen und Minderjährigen (Art. 32 Abs. 4, 5 KV)³⁵¹, dem Recht auf Koalition bzw. auf Arbeitskampf (Art. 33 KV)³⁵².

S.205 ff.; Ahn, Yong-Kyo: Koreanische Verfassung, 1986, S. 249.; Huh, Young: Koreanisches Verfassungsrecht, 1996, S. 250 ff.; (Vgl. Han, Byeong-Ho, 1996 : Fn. 1.).

³⁴⁵ Koo, Byung-Sak: Neue Grundlehre des Verfassungsrechts, 1990, S. 248.; Kwon, Young-Sung: Grundlehre des Verfassungsrechts, 1996, S. 303.; Kim, Tschol-Su: Grundzüge des Verfassungsrechts, 1996, S. 278; Park, Il-Kyoung: Das Verfassungsrecht der sechsten Republik, 1990, S.209.; Huh, Young: Koreanisches Verfassungsrecht, 1996, S. 257.; ders. Verfassungstheorie und Verfassungsrecht, 1997, S. 382 ff.; Ahn, Yong-Kyo: Koreanische Verfassung, 1986, S. 249.; Han, Tae-Yeon: Verfassungslehre - die allgemeine Lehre der modernen Verfassung, 1983, S.965; (Vgl. Han, Byeong-Ho, 1996: Fn. 3.).

³⁴⁶ Kim, Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz, 1992, S. 49 f.

³⁴⁷ Koo, Byung-Sak: Neue Grundlehre des Verfassungsrechts, 1990, S. 249 ff.; Kwon, Young-Sung: Grundlehre des Verfassungsrechts, 1996, S. 302 ff.; Kim, Tschol-Su: Grundzüge des Verfassungsrechts, 1996, S. 278

³⁴⁸ Kim, Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz, 1992, S. 49 f.

³⁴⁹ Art. 10 KV: „Alle Staatsbürger besitzen einen Eigenwert und Menschenwürde und haben das Recht, nach Wohlstand zu streben. Es ist die Verpflichtung des Staates, die grundlegenden und unverletzlichen Menschenrechte des einzelnen anzuerkennen und zu gewährleisten.“

³⁵⁰ Art. 21 Abs. 2 KV: „Ein Verbot oder eine Zensur von Rede und Presse und ein Verbot von Versammlungen und Vereinigungen finden nicht statt.“

³⁵¹ Art. 32 Abs. 4 KV: „Die Arbeit von Frauen wird besonders geschützt. Sie dürfen nicht benachteiligt werden bei der Beschäftigung, der Bezahlung und den Arbeitsbedingungen.“ Art. 32 Abs. 5 KV: „Der Arbeitsschutz von Jugendlichen wird besonders gesichert.“

³⁵² Art. 33 KV: „(1) Die Arbeitnehmer haben das Recht, zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen autonome Organisationen zu bilden, Tarifverhandlungen zu führen und zu streiken. (2) Nur diejenigen Staatsbeamten haben das Organisations-, Tarif-, und Streikrecht, die dafür im Gesetz genannt werden. (3) Das Streikrecht von Arbeitnehmern, die in wichtigen Zweigen der Rüs-

3. Rechtsprechung

a) Allgemein

Das koreanische Verfassungsgericht und andere Gerichte stellen die direkte Formulierung „die Drittwirkung der Grundrechte“ bisher nicht fest. Darum werden die Entscheidungen über die Beziehung zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht sowie Grundrecht erörtert.

b) Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts

aa) Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Beschleunigung des Zivilprozesses (BZPG)

aaa) Der Text des Gesetzes

Art. 6 Abs. 1 BZPG

Ein Gericht hat im vermögensrechtlichen Prozeß ohne Antrag eine einstweilige Anordnung zu erlassen, soweit triftige Gründe gegen sie nicht bestehen(S. 1). Kein Gericht darf jedoch eine einstweilige Anordnung gegen den Staat erlassen, soweit der Staat von einem vermögensrechtlichen Prozeß betroffen wird(S. 2).³⁵³

tungsindustrie beschäftigt sind, kann nach Maßgabe der Gesetze entweder eingeschränkt oder versagt werden.“

³⁵³ Übersetzung nach Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S. 76.

bbb) Allgemein

Da sie seit der Begründung des KVerfG die erste Entscheidung und zugleich ein Zeichen für die Unabhängigkeit der Verfassungsrichter vom Privatrechtsgeber ist, behält diese Entscheidung eine wichtige Bedeutung.³⁵⁴

Das KVerfG befasste sich dabei mit der Frage, ob Art. 6 Abs. 1 BZPG gegen den Gleichheitssatz bzw. die Rechtsweggarantie verstieß. Im Ergebnis erklärte das Gericht Satz 2 des Art. 6 Abs. 1 BZPG verfassungswidrig.³⁵⁵

ccc) Entscheidung³⁵⁶

Das KVerfG führte zur Begründung aus, dass die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 S. 2 BZPG gegen die Grundrechte verstoße, die in der Präambel zur KV (Chancengleichheit in allen Lebensbereichen)³⁵⁷ und in Art. 11 Abs. 1 KV (Gleichheits-

³⁵⁴ Vgl. Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S. 76.

³⁵⁵ KVerfGE 1, 1 (88 Honka 7 vom 25. 1. 1989); Vgl. Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S. 76.

³⁵⁶ Folgend ein Ausschnitt der Urteilsuntersuchungen von Chang, Dissertation, 1998, S. 76 f.

³⁵⁷ „...jeder Person die gleichen Chancen zu garantieren und es ihr zu ermöglichen, ihre Fähigkeiten auf allen Gebieten insbesondere des politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Lebens bestmöglich zu entfalten, ...“

prinzip)³⁵⁸, Art. 23 KV (Eigentumsgarantie)³⁵⁹ sowie Art. 27 Abs. 3 KV (Recht auf einen schnellen Prozess)³⁶⁰ verankert sind.

Das KVerfG betonte, dass der Gleichheitssatz als oberstes Verfassungsprinzip zur Grundrechtsgewährleistung des Bürgers eine objektive Wertordnung verkörperte, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereich des Rechts gelte und Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung setze. Darüber hinaus sei der Gleichheitssatz das höchste Grundrecht, da alle Bürger gegenüber dem Staat den Anspruch auf die Gleichbehandlung durchsetzen könnten.

Das KVerfG unterstrich, je nachdem, in welchem Verhältnis der Staat zum Bürger stehe, sei entweder ein Subordinationsverhältnis oder ein Gleichrangigkeitsverhältnis anzunehmen. Im Bereich des Zivilprozesses werde der Staat auch zu einer privatrechtlichen Partei und sei dem Gegner gleichrangig, weil es bei einem zivilrechtlichen Rechtsschutz grundsätzlich nicht um das Interesse der Bewahrung der objektiven Rechtsordnung, sondern um das Interesse des einzelnen Bürgers geht. Somit verstoße Art. 6 Abs. 1 S. 2 BZPG, wonach der Staat gegenüber dem Bürger begünstigt werde, gegen den Gleichheitssatz im Sinne des Willkürverbots. Das

³⁵⁸ Art. 11 Abs. 1 KV: „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Niemand darf aufgrund des Geschlechtes, der Religion oder des sozialen Standes in irgendeinem Bereich diskriminiert werden, weder im politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen noch kulturellen Leben.“

³⁵⁹ Art. 23 KV: „(1) Jedem Staatsbürger werden Eigentumsrechte garantiert. Deren Inhalt und Schranken werden durch Gesetz bestimmt. (2) Die Ausübung der Eigentumsrechte muss mit dem Gemeinwohl vereinbar sein. (3) Die Zulässigkeit von Enteignung, Benutzung, Einschränkung und Entschädigung der Eigentumsrechte kann durch Gesetz aus Gründen des Gemeinnutzes vorgesehen werden. In solchen Fällen wird eine gerechte Entschädigung gezahlt.“

³⁶⁰ Art. 27 Abs. 3 KV: „Alle Staatsbürger haben das Recht auf einen schnellen Prozess. Der Angeklagte hat das Recht, unverzüglich einen öffentlichen Prozess zu erhalten, soweit keine bedeutenden Gründe vorliegen.“

KVerfG und ihm folgende die h. M. der koreanischen Staatsrechtler erkennen in dem Gleichheitssatz sowohl ein subjektives Abwehrrecht des Einzelnen als auch eine objektive Wertordnung. Daraus folgt, dass das KVerfG zur Begründung der Rechtssetzungsgleichheit (Gleichheit des Gesetzes) den objektivrechtlichen Charakter der Grundrechte anführte.

ddd) Bewertung

Diese Entscheidung zeigt die Veränderungsmöglichkeit der Rechtfertigung der zivilrechtlichen Vorschrift. Ein Verständnis, was die Rechtfertigung der zivilrechtlichen Vorschrift ist, kann sich selbstverständlich ändern und ist ändernd. Wenn Konservativismus des Privatrechts sowie Privatrechtsordnung „dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität“³⁶¹ nicht besitzt, kann und muss die Wirkung der Grundrechte ins Privatrechtsgebiet für die Integration des Staatsgemeinschaft funktionieren.

bb) Verfassungsbeschwerde über Art. 245 Abs. 1 KBGB³⁶² vom 29. 7. 1993³⁶³

aaa) Der Text des Gesetzes

Art. 245 [Ersitzung der Unbeweglichen Sache]³⁶⁴ KBGB

³⁶¹ Häberle, Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S.84.

³⁶² KBGE (Koreanisches Bürgerliches Gesetzbuch) hat strukturelle Ähnlichkeit wie BGB in Deutschland.

³⁶³ KVerfG 92 Honba 20 v. 29. 7. 1993

(1) Wer eine unbewegliche Sache in gutem Glauben zwanzig Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt, wenn diese Sache im Grundbuch eingetragen ist, das Eigentum.

Art.23 KV [Eigentumsgarantie]

(1) Jedem Staatsbürger werden Eigentumsrechte garantiert. Deren Inhalt und Schranken werden durch Gesetz bestimmt.

(3) Die Zulässigkeit von Enteignung, Benutzung, Einschränkung und Entschädigung der Eigentumsrechte kann durch Gesetz aus Gründen des Gemeinutzes vorgesehen werden. In solchen Fällen wird eine gerechte Entschädigung gezahlt.

Art.37 KV [Einschränkung von Grundrechten]

(2) Alle Freiheiten und Rechte der Staatsbürger können durch Gesetze nur dann eingeschränkt werden, wenn es für die Staatssicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung oder das Gemeinwohl erforderlich ist. Selbst wenn eine solche Einschränkung vorgenommen wird, darf der Wesensgehalt der Freiheit oder des Rechtes nicht angetastet werden.

bbb) Allgemein

Das Urteil zeigt uns, wie die Beziehung zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht interpretiert werden soll. Dieser Artikel (Art. 245 Abs. 1 KBGB) stammt aus dem römischen Kodex.

Der Antragssteller behauptete, dass der Artikel 245 Abschnitt 1 KBGB [Ersitzung der unbeweglichen Sache] gegen den Artikel 23 Abschnitt 3 KV [Eigen-

³⁶⁴ Der Inhalt dieses koreanischen Artikels kann mit dem BGB Art. 927 und Art. 937 verglichen werden: BGB Art. 927 Abs. 1 „Der Eigentümer eines Grundstücks kann, wenn das Grundstück seit 30 Jahren im Eigenbesitz eines anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden. Die Besitzzeit wird in gleicher Weise berechnet wie die Frist für die Ersitzung einer beweglichen Sache. Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist.“; BGB Art. 937 Abs. 1 „Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitz hat, erwirbt das Eigentum(Ersitzung).“

tumsgarantie und Enteignung], Artikel 37 Abschnitt 2 KV [Einschränkung von Grundrechten] und Artikel 11 KV [Gleichheit vor dem Gesetz] verstoße.

ccc) Entscheidung

Das KVerfG führte zur Begründung aus, dass die Vorschrift des Art. 245 Abs. 1 KBGB (Ersitzung der unbeweglichen Sache) gegen die Artikel der Verfassung nicht verstoße; es handelt sich um Artikel 23 Abschnitt 3 KV (Eigentumsgarantie und Enteignung), Art.37 Abschnitt 2 KV (Einschränkung von Grundrechten) und Artikel 11 KV (Gleichheit vor dem Gesetz).

Zur Behauptung des Antragstellers, dass die Ersitzung der unbeweglichen Sache ohne Entschädigung gegen den Artikel 23 Abschnitt 3 KV (Eigentumsgarantie und Enteignung) und den Artikel 37 Abschnitt 2 KV (Einschränkung von Grundrechten) verstoße, erklärte das koreanische Verfassungsgericht folgendes. Der Artikel 245 Abschnitt 1 KBGB (Ersitzung der unbeweglichen Sache) entstammt dem römischen Kodex und dient der Güterabwägung zwischen dem Eigentümer, der trotz des Eigentumsrechts ohne die Rechtsausübung steht und dem Besitzer, der trotz fehlenden Eigentumsrechts in gutem Glauben zwanzig Jahre lang von Eigenbesitz ausgegangen ist. Aus der Sicht der Rechtssicherheit wird der Besitzer nun den Eintragungsanspruch wegen der Ersitzung erhalten. Der Verlust des Eigentumsrechts des Eigentümers ist nur eine Reflexwirkung, die der Entschädigung, des Ersatzes und der Rückgabe ungerechtfertigter Bereicherung nicht bedarf.

Auch gestalte der Artikel 245 Abschnitt 1 KBGB (Ersitzung der unbeweglichen Sache) entsprechend Artikel 23 Abschnitt 1 KV (Eigentumsgarantie) den

Inhalt der Eigentumsrechte. Darum erklärte das koreanische Verfassungsgericht den Artikel 245 Abschnitt 1 KBGB (Ersitzung der unbeweglichen Sache) nicht für verfassungswidrig.

ddd) Bewertung

Diese Entscheidung zeigt, inwieweit sich die Wirkung der Grundrechte „im Bereich des Sachenrechts“³⁶⁵ ausweiten lässt. Das Ausmaß der Erweiterungsmöglichkeiten der Wirkung der Grundrechte ist im Sachenrecht geringer als in den anderen privatrechtlichen Bereichen, weil Sachenrecht die Eigenschaft besitzt, ein „absolutes Recht“³⁶⁶ zu sein und einen „*numerus clausus*“³⁶⁷ an Rechten und Ansprüchen zu besitzen.

³⁶⁵ S. zweiter Teil A. I. 4. c) bb) bbb) „Erste Stufe“ u. Tabelle 3. „Prüfungsstufen für die Anwendung der Dual-Ausstrahlungswirkung“

³⁶⁶ „Dingliche Rechte wirken gegenüber jedermann, sie sind also gekennzeichnet durch eine absolute Herrschaftsmacht des Berechtigten. Damit stehen sie in deutlichem Gegensatz zu den sog. Relativen Rechten, also zu den Befugnissen gegenüber einer bestimmten Person, wie sie üblicherweise im Schulrecht bestehen. Folge dieser Absolutheit im Sachenrecht ist die Möglichkeit, bei Eingriffen in die dingliche Rechtsposition Ansprüche gegen jedermann geltend zu machen, also insbesondere den Anspruch auf Herausgabe, auf Schadensersatz und auf Beseitigung sowie Unterlassung.“ Schwab/Prütting, Sachenrecht, 30. Aufl. 2002, Rn. 15.

³⁶⁷ „Der Gesetzgeber hat die einzelnen dinglichen Rechte im Gesetz festgelegt und sie auf die dort normierten Typen beschränkt. Zugleich hat er diese dinglichen Rechte in ihrem Inhalt im Grundsatz fixiert. Man spricht deshalb im Sachenrecht vom Typenzwang und von der Typenfixierung oder vom sog. *Numerus clausus* der Sachenrechte. *Eine Vertragsfreiheit wie auf dem Gebiet des Schuldrechts besteht also nicht.* Die Parteien können deshalb weder über den Inhalt vertraglich beliebig bestimmen, noch können sie vertraglich neue dingliche Rechte schaffen.“, Schwab/Prütting, Sachenrecht, 30. Aufl. 2002, Rn. 17.

c) Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs

aa) Kaufvertrag über ein Haus und Freizügigkeit³⁶⁸

aaa) Entscheidung

Ein Kaufvertrag über eine Immobilie bzw. Haus, mit der Bedingung, dass der Verkäufer bis zu Herausgabe des Einwohnerzeugnisses³⁶⁹ im Haus wohnen muss, verstößt nicht gegen das Grundrecht auf Freizügigkeit. Da er diese Bedingung gemäß der Privatautonomie mit der Partei abgeschlossen hatte, rechtfertigt dieser Kaufvertrag die Einschränkung seiner Grundrechte. Darum verstößt dieser Vertrag nicht gegen das Verfassungsrecht und die Ordnung der Gesellschaft.

bbb) Bewertung

Der oberste Gerichtshof erkannte hier die weitgehende Privatautonomie an. Allerdings beruht diese Entscheidung auf der Problematik des Spekulationskaufs eines Apartments. Sie ist keine grundrechtsdogmatische, sondern eine praktische Entscheidung nach koreanischer Rechtskultur.

³⁶⁸ OGH 90 Da 19770 vom 28. 5. 1991; vgl. Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, Diss., 1999, S. 165.

³⁶⁹ Ein Einwohnerzeugnis ist ein verbrieftes Recht des Eigentümers eines Hauses auf Wohnung in einem an gleicher Stelle zukünftig neu zu errichtenden Hauses.

bb) Auslegung der unerlaubten Handlungen in der Privatbeziehung³⁷⁰

aaa) Inhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Pastor einer presbyterianischen Kirchengemeinde legte in seiner Gemeinde die ungeschriebene Regel fest, dass Gemeindemitglieder, die keine Geldspenden erbrachten, aus der Gemeinde ausgeschlossen wurden. Darüber hinaus hatte er folgende, auf den ersten Blick merkwürdig anmutende Praktiken eingeführt: Zum einen hatte er auf seiner Kanzel eine lebendige Schildkröte. Wenn jemand der Gemeinde eine Geldspende bringen wollte, wurde darauf geachtet, ob die Schildkröte ihr Maul geöffnet oder geschlossen hielt. War das Maul des Tieres geöffnet, wurde die Spende angenommen, war es hingegen geschlossen, wurde die Annahme der Spende verweigert. Außerdem wurde ein Jeder, der während der Gottesdienstveranstaltung schlief, mit einem Stock auf die Unterschenkel geschlagen. Die religiösen Praktiken der Gemeinde und des Pastors hatten im konkreten Fall auf einige Frauen eine solch starke Anziehungskraft, dass sie sich dazu entschlossen, ihre Familien und ihre alte Umgebung zu verlassen und in einer klosterähnlichen Gemeinschaft in der Kirche zu leben.

Der Dachverband der presbyterianischen Kirchen in Korea, dem diese Praktiken zu Ohren kamen, entschloss sich daraufhin, diese eine Gemeinde als Sekte zu betrachten. Es wurden daraufhin u.a. Briefe an alle presbyterianischen Gemeinden

³⁷⁰ OGH 96 Da 19246 vom 6. 9. 1996; vgl. Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, S. 164.

des Verbundes geschrieben, die über die Praktiken aufklären sollten, vor der Gemeinde warnen und darüber informieren sollten, dass der Dachverband diese Gemeinde als Sekte ansah. Diese Information wurde auch an eine sich mit Sektenforschung beschäftigende Zeitschrift gesandt, die darüber auch einen Artikel veröffentlichte.

Der Pastor der betroffenen Gemeinde rügt eine Ehrenverletzung durch einen anderen Pastor, welcher ihn im Zusammenhang der Geschehnisse als „Teufel“ bezeichnet hatte. Darüber hinaus rügt er ebenfalls eine Ehrverletzung durch einige Mitglieder des Leitungsgremiums, die an der Veröffentlichung der Zustände beteiligt waren. Aufgrund dieser Ehrverletzung verlangt er Schmerzensgeld.

In der ersten Instanz wurde entschieden, dass das öffentliche Interesse überwiegt, mit der Folge, dass eine Warnung, auch wenn sie so starke Formulierungen enthält und jemanden als „Teufel“ bezeichnet, eine evtl. Ehrverletzung rechtfertigt.

Der Oberste Gerichtshof entschied im Ergebnis gleich, wenn auch mit anderer Begründung. Das Gericht stellt in seiner Entscheidung nicht auf das öffentliche Interesse, sondern auf die Meinungsfreiheit in religiösen Vereinigungen ab. Es führt aus: Die Religionsfreiheit schließt missionarische Aktivitäten ein. Die missionarischen Aktivitäten beinhalten die Verbreitung der eigenen Religion und die Kritik gegenüber anderen Religionen. Gleichzeitig wird die Kritik als missionarische Aktivität durch die Redefreiheit gerechtfertigt. Da KV Art. 20 Abs. 1 [Religionsfreiheit] den Status einer Sondervorschrift gegenüber KV Art. 21 Abs. 1 [Redefreiheit] inne hat, wird die Rede- und Pressfreiheit in religiösen Aktivitäten

stärker geschützt als die Rede- und Pressfreiheit in allgemeinen außerreligiösen Sachen.

Das Recht der Kritik gegen eine andere Religionsgruppe soll zwar in höchstem Maße schützen, aber wenn dieses Recht die Ehre und Persönlichkeit eines Individuums einer anderen Religionsgruppe verletzen würde, soll das Gericht durch das Verhältnismäßigkeitsgrundprinzip und die Güterabwägung in oben genannter Hinsicht entscheiden.

bbb) Bewertung

Diese Entscheidung stellte die Möglichkeit der Heranziehung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als Auslegung der unerlaubten Handlungen in der Privatbeziehung fest. Es ist aber schade, dass der oberste Gerichtshof nur die Prüfung durch das Verhältnismäßigkeitsgrundprinzip und die Güterabwägung ohne die Erwähnung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte als vorgehende Prüfung der Grundrechtswirkung erwähnte.

II. Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts und obersten Gerichtshofs zur Drittwirkung nach derzeitigem Stand

1. Allgemein

Huh-Young legt das Urteil über den Art. 764 KBGB vom 1.4.1991 vor, dass das koreanische Verfassungsgericht die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte

anerkannt hat.³⁷¹ Diese Entscheidung wird als Fall der Drittwirkung der Grundrechte ausführlich erörtert. Andere Entscheidungen nach 1995 werden als Beziehung zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht sowie Grundrecht in jüngerer Zeit erörtert.

2. Rechtsprechung des koreanischen Verfassungsgerichts

a) Urteil über den Art. 764 KBGB vom 1. 4. 1991³⁷²

aa) Text des KBGB

Art. 764 [Ehrenverletzung]

Das Gericht auf Antrag des Geschädigten verpflichtet ist, dem Schädiger eine diesbezügliche entsprechende Maßnahme zur Wiederherstellung der verletzten Ehre entweder als oder anstelle eines Schadensersatzes anzuordnen.³⁷³

bb) Allgemein

Diese Entscheidung kann als erste Entscheidung angeführt werden, in der das koreanische Verfassungsgericht für die Drittwirkung der Grundrechte zwischen privaten Parteien entschied.³⁷⁴ Der Sachverhalt dieser Entscheidung ist folgender:

³⁷¹ Huh, Young: Eine obligatorische Bekanntmachung und Gewissensfreiheit, Zeitschrift des Gesetzes Nr. 2045 (15.7.1991).

³⁷² KVerfGE 3, 149: 89 Honma 160 v. 1. 4. 1991

³⁷³ Vgl. Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S. 88.

³⁷⁴ Huh, Young: Eine obligatorische Bekanntmachung und Gewissensfreiheit, Zeitschrift des Gesetzes Nr. 2045 (15.7.1991).; Obwohl das koreanische Verfassungsgericht über die Formulierung „Drittwirkung der Grundrechte“ in seiner Entscheidung nicht direkt erwähnt, gilt sie als die

Die Klägerin fühlte sich durch einen Artikel im Frauenmagazin „Dong-A“ derart in ihrer Ehre verletzt, dass sie vor der Zivilkammer des Landesgerichts³⁷⁵ Klage (mit einem Schadensersatz und einer anschließenden Veröffentlichung des Urteils in dem Magazin) gegen den Verleger erhob. Gestützt wurde die Klage auf Art. 764 KBGB.³⁷⁶

Der Verleger rügte seinerseits die Verfassungswidrigkeit des Art. 764 KBGB und begründete dies damit, dass der Antrag der Geschädigten auf Anordnung eines Widerrufs verbunden mit einer Entschuldigung in der Zeitschrift selbst sowohl die Gewissensfreiheit des Verlegers als auch die Meinungs- und die Pressefreiheit verletze. Das Landgericht wies die Rüge zurück und begründete dies damit, dass Art. 764 KBGB nicht gegen die verfassungsunmittelbare Begrenzung nach Art. 21 Abs. 4 KV³⁷⁷ verstoße. Darüber hinaus umfasse die Pressefreiheit kein Recht auf Verbreitung falscher Informationen. Daraufhin erhob der Antragsteller vor dem koreanischen Verfassungsgericht die Nichtvorlagebeschwerde.³⁷⁸

erste Entscheidung, die die Anwendung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zwischen Bürgern indirekt anerkannt hat. Man kann sagen, dass das Lüth Urteil strukturelle und sachliche Ähnlichkeit mit dieser Entscheidung hat.

³⁷⁵ LGE 88 Kahap 31161(Song-Hee Kim v. Don-A Tageszeitung)

³⁷⁶ KVerfGE 3, 149 (151 f.); vgl. Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S. 88 f.

³⁷⁷ Art. 21 Abs. 4 KV: „Weder die Rede noch die Presse darf die Ehre oder die Rechte anderer verletzen oder die öffentliche Moral oder die soziale Ethik untergraben. Sollte die Rede oder die Presse die Ehre oder die Rechte anderer verletzen, kann für den daraus entstandenen Schaden Ersatz verlangt werden.“

³⁷⁸ KVerfGE 3, 149 (151 f.); vgl. Chang, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss., 1998, S.88 f.

cc) Entscheidung³⁷⁹

Den Schwerpunkt der Entscheidung stellte die Befreiung von der Pflicht dar, einen Widerruf zu veröffentlichen, der gegen das Gewissen des Verlegers einer Tageszeitung verstößt.

Das KVerfG wies darauf hin, dass die Regierung oder das Gericht die Wertentscheidung des Individuums nicht missachten oder einseitig diktieren dürfe. Die Gewissensfreiheit umfasse beide Rechte: das Recht, nicht zu öffentlichen Äußerungen gezwungen zu werden, sowie das Recht, moralische Entscheidungen für sich zu behalten.³⁸⁰

Ferner gewährleiste die Gewissensfreiheit nach Art. 19 KV³⁸¹ die Freiheit geistiger Tätigkeit, die für die Entwicklung und den Fortschritt der Menschen unentbehrlich seien. Es beeinträchtige daher die Gewissensfreiheit, wenn das gerichtliche Urteil anordne, in der Zeitung öffentlich eine „Entschuldigung“ zu erklären.³⁸² Die Bekanntmachung zwänge eine Person dazu, demütigende Äußerungen in der Öffentlichkeit zu machen. Dies verstoße dann insbesondere gegen die Gewissensfreiheit, wenn die Bekanntmachung als einer Art anachronistischer und primitiver Vergeltungsmaßnahme anzusehen wäre, was letztlich auf ein modernes Talionsprinzip („Auge um Auge“, „Zahn um Zahn“) hinauslaufe.³⁸³ Derartige Maßnahmen müssten vor allem dann unterbunden werden, sollte der Veröffentli-

³⁷⁹ Folgend ein Ausschnitt der Urteilsuntersuchungen von Chang, Dissertation, 1998, S. 89 f.

³⁸⁰ KVerfGE 3, 149 (153).

³⁸¹ Art. 19 KV: „Alle Staatsbürger genießen die Freiheit des Gewissens.“

³⁸² KVerfGE 3, 149 (154).

³⁸³ KVerfGE 3, 149 (156).

chung vielmehr eine Genugtuungs- statt einer Ausgleichfunktion für eine Ehrverletzung zukommen.³⁸⁴

Das KVerfG erklärte Art. 764 KBGB insoweit für verfassungswidrig, als die Vorschrift („eine diesbezügliche entsprechende Maßnahme zur Wiederherstellung der Ehre des Geschädigten“) so ausgelegt werde, dass sie eine obligatorische Bekanntmachung der Verurteilung verfolge.³⁸⁵

Schließlich sei es verfassungswidrig (d. h. Verstoß gegen die Pressfreiheit), Vertretern der Medien per Gerichtsurteil vorzuschreiben, was sie zu publizieren hätten.

dd) Bewertung

Obwohl das koreanische Verfassungsgericht über die Formulierung „Drittwirkung der Grundrechte“ nicht direkt erwähnte, stellte das koreanische Verfassungsgericht einen wichtigen Ansichtspunkt in seiner Entscheidung im Zusammenhang mit der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte sowie der Ausstrahlungswirkung vom Doppelcharakter der Grundrechte fest. Das koreanische Verfassungsgericht hat die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte für die Interpretation des offenen Begriffs im Art. 764 KBGB („eine diesbezügliche entsprechende Maßnahme zur Wiederherstellung der verletzten Ehre“) als Einbruchsstelle angewendet. Trotzdem hatte das koreanische Verfassungsgericht die grundrechtliche Wertordnung und ihre Wirkung auf das Privatrecht – d. h. Grundstruktur der Anwendung der Grundrechtsklauseln in die Privatrechtsordnung – gar nicht erwähnt. Diese

³⁸⁴ KVerfGE 3, 149 (157).

³⁸⁵ KVerfGE 3, 149 (158).

Gedenkgänge vom koreanischen Verfassungsgericht sehen sehr gefährlich aus, weil die Unabhängigkeit der Privatrechtsordnung unter dem willkürlichen Maßstab des Richters stark verletzt werden könnte.

Es ist sehr schade, dass die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte sich im Zusammenhang mit dieser Entscheidung im Bereich der koreanischen Rechtswissenschaft nicht entwickelt hat. Wenn man die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte i. V. m. dieser Entscheidung aktiv diskutiert hätte, könnte sich die genaue grundrechtsdogmatische Überlegung der positiven Grundrechte, die die Integration der Staatsgemeinschaft unterstützt, in der Praxis des koreanischen Verfassungsgerichts weiter entwickeln.

b) Urteil über den Art. 809 Abs. 1 KBGB vom 16. 7. 1997³⁸⁶

aa) Text des KBGB

Art. 809 Abs. 1 [Verbot der Heirat mit demselben Familienamen (Stamm) und derselben Herkunft]

Die Heirat eines Blutsverwandten mit demselben Familienamen und derselben Herkunft darf nicht gestattet werden.

bb) Allgemein

Art. 809 Abs. 1 KBGB beruht auf uralten moralischen Regeln (B.C. 2332) aus dem Königszeitalter Dankun. Diese Institution der Ehe entwickelte sich seit 1392

³⁸⁶ KVerfGE 9-2, 1: 95 Honga 6 nae-ji 13 byeong-hap.

– in der Epoche des Chosun-Reiches – als institutionelle Rechtsform. Aber dieser Artikel ist mit der Komplizierung der Lebensverhältnisse in der modernen Industriegesellschaft nicht mehr abgestimmt worden. Wegen dieses Artikels haben manche Familien ohne familienrechtlichen Schutz leben müssen, weil sie sich nicht als rechtliches Ehepaar am Standesamt registrieren dürfen.

Diese Entscheidung zeigt, wie die Grundrechte in der Privatrechtsordnung funktionieren müssen, wie das Verfassungsrecht die Verwirklichung der Integration der Staatsgemeinschaft nach dem Konsens in der Staatsgemeinschaft erreichen kann und soll.

cc) Entscheidung

Dieser Artikel stammt aus dem Konfuzianismus. Die wirtschaftliche Entwicklung hat die Gesellschaftsordnung verändert. Im modernen liberalen Demokratiestaat, der Freiheit und Gleichheit als das Grundprinzip enthält, hat dieser Artikel die Rationalität und Legitimität verloren. Er verstößt auch gegen KV Art. 10 [Menschenwürde und das Recht, nach Wohlstand zu streben] und KV Art. 36 [Ehe, Familie]. Da er nur für Blutsverwandte des Mannes relevant ist, verstößt er auch gegen KV Art. 11 [Gleichheit vor dem Gesetz]. Weil die Absicht der Gesetzgebung, die Freiheiten und Rechte des Staatsbürgers im Zusammenhang mit der Ehe einzuschränken, in heutiger Zeit nicht mehr vertretbar ist, verstößt er auch gegen KV Art. 37 Abs. 2 [Einschränkung von Grundrechten].

dd) Bewertung

Diese Entscheidung (im Bereich des Rechts in Verbindung mit der Herkunft³⁸⁷) zeigt die Veränderungsmöglichkeit der Sitte und Konservativismus des Privatrechts als einfaches Recht. Diese Vorschrift des KBGB war geltend bis 16.7.1997 als wirksame Rechtsnorm. Deswegen hatten zahlreiche „außereheliche faktische Ehen“ mit „nichtehelichen Kindern“, die wegen des Privatgesetzes von der Privatrechtsordnung, die sogar seit 1392 entwickelt hat, entstanden hatten, zu leben.³⁸⁸

Ein Verständnis, was Sittenwidriges Rechtsgeschäft (Art. 138 BGB) ist, kann sich selbstverständlich ändern und ist ändernd. Wenn Konservativismus des Privatrechts sowie Privatrechtsordnung „dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität“³⁸⁹ nicht besitzt, kann und muss die (Dritt)Wirkung der Grundrechte über Einbruchstelle ins Privatrechtsgebiet für die Integration des Staatsgemeinschaft funktionieren.

Um eine ausdrückliche Vorschrift, die schon aufgrund von Überlegung der zivilrechtlichen Generalklauseln (z. B., i. V. m. Sitten) geregelt wird, die eine Angelegenheit zwischen Privatpersonen regelt, durch die Rechtsprechung zu ändern, funktioniert die „vorläufige“³⁹⁰ Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Gebiet als ausgestaltende öffentliche Institution, das sich aber

³⁸⁷ Über dieses Konzept s. zweiter Teil A. I. 4. c) bb) bbb) „Erste Stufe“ u. Tabelle 3. „Prüfungsstufen für die Anwendung der Dual-Ausstrahlungswirkung“.

³⁸⁸ Aber gab es auch vorläufige politische Lösung.

³⁸⁹ Häberle, Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 84.

³⁹⁰ Über die „vorläufige Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte s. zweiter Teil A. I. 4. c) bb) ddd) „Dritte Stufe“; Abbildung 3. „Die Konstruktion der Bindung der (Dritt)Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung“; Abbildung 4. „Dual-Ausstrahlungswirkung der Grundrechte“.

noch auf den privatrechtlichen Verkehr anwenden lässt. (Vgl. Handelsvertreterentscheidung³⁹¹)

3. Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs

a) Verpflichtung zur Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen³⁹²

aa) Entscheidung

Wenn das Unternehmen über den Prozess der Herstellung die spezifischen technischen Geheimnisse kennt und weitere Informationen hat, sind diese sein objektives intellektuelles Eigentum.

Wenn ein Vertrag zwischen einem Arbeitnehmer und seiner Firma ein Verbot gegen Verstöße gegen Geschäftsgeheimnisse beinhaltet und diesbezüglich Schadensersatzanspruch regelt, kann dieser Vertrag so interpretiert werden, dass ein Beschäftigter, der ausgeschieden ist, weiterhin die Verpflichtung hat, die Bewahrung der Geschäftsgeheimnisse durch Stillschweigen zu gewährleisten und das Wettbewerbsverbot zu achten. Diese Interpretation ist nicht verfassungswidrig wegen KV Art. 15 [Freiheit der Berufswahl].

bb) Bewertung

³⁹¹ S. erster Teil B. II. 1. b) „Die Handelsvertreterentscheidung“

³⁹² OGH 97 Da 8229 vom 13. 6. 1997; vgl. Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, Diss., 1999, S. 165.

Diese Entscheidung ähnelt der Handelsvertreterentscheidung³⁹³ des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland. Aber das Ergebnis ist gegenteilig. Der oberste Gerichtshof entschied mit unzureichender einfacher Begründung für die Rechtfertigung des Vertrags. Es erkannte wieder weitergehende Vertragsfreiheit an. Es sieht so aus, dass die koreanische Rechtskultur den Anteilen des erworbenen Rechts noch freundlich gesonnen bleibt.

b) Schulregel und Religionsfreiheit³⁹⁴

aa) Entscheidung

Die private Schule kann religiösen Unterricht zum Inhalt der Religionsfreiheit machen. Besonders die private Universität kann eine eigene Schulregel erlassen, wenn sie nicht gegen das Gesetz verstößt, weil die Universität das Recht auf Selbstverwaltung nach KV Art. 22 Abs. 1 [Freiheit der Wissenschaft] wahrnehmen darf (Und gleichzeitig gilt auch eine Schulregel an privaten Universitäten in Korea als Vertrag zwischen Universität und Student: Ergänzung vom Verfasser). Darum darf eine private Universität eine Schulregel erlassen, die verlangt an einem religiösen Unterricht teilzunehmen und deren Einhaltung die Voraussetzung für den Abschluss des Studiums ist. Sie ist dabei gleichzeitig dazu verpflichtet, die Freiheit derer, die keine Religion haben, nicht zu verletzen. Diese Schulregel, sechs Semester lang jede Woche einen Gottesdienst an der Universität zu besuchen, ist keine Verfassungswidrigkeit gegen KV Art. 20 Abs. 1 [Religionsfreiheit].

³⁹³ BVerfGE 81, 242

³⁹⁴ OGH 96 Da 37268 vom 10. 11. 1998; vgl. Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, Diss., 1999, S. 163 f.

bb) Bewertung

Es handelt sich um das Ausmaß der Erweiterungsmöglichkeit der Religionsfreiheit (d. h. inwieweit sich die Religionsfreiheit in der Privatrechtsordnung ausweiten lässt.). Da die Selbständigkeit der Privatrechtsordnung durch die direkte Anwendung der Grundrechtsklauseln stark verletzt werden könnte, müsste der oberste Gerichtshof das Konzept der grundrechtlichen Wertordnung auf das Privatrecht (bes. Anwendungsstruktur der Grundrechte in die Privatrechtsordnung) erwähnen. Deswegen konnte sich die genaue grundrechtsdogmatische Überlegung der Drittwirkung der Grundrechte in der Praxis des koreanischen Gerichts nicht entwickeln.

Dieser Fall gehört zum Bereich der „reinen Drittwirkung“ der Grundrechte zwischen Privatpersonen. Die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, die Einbruchsstelle hat, die „dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität“³⁹⁵ besitzt, wird besonders in dieser Sache effizient eingesetzt werden können.³⁹⁶

III. Die derzeitige wissenschaftliche Literatur zur Drittwirkung in Korea

1. Allgemein

³⁹⁵ Häberle, Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 84.

³⁹⁶ Über die ausführliche grundrechtsdogmatische Untersuchung s. zweiter Teil A. I. 4. c) bb) ddd) „Dritte Stufe“

Über die Angelegenheit zwischen Privaten gab es die Vorstellung der Drittwirkung der Grundrechte in die 80er Jahre.³⁹⁷ In den 80er Jahren befaßten sich zwei bedeutende Beiträge mit der Integrationslehre³⁹⁸ und rechtssoziologischen³⁹⁹ Annäherung an die Drittwirkung der Grundrechte. In den 90er Jahren erscheinen auch viele Beiträge, welche die Lösung (meistens mit der nicht grundrechtsdogmatischen sondern grundrechtspolitischen Perspektiv) für die Angelegenheit zwischen Privaten mit der Vorstellung der Drittwirkung der Grundrechte, grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates in Deutschland und state action doctrine in den USA behandeln⁴⁰⁰. Die Drei-Ebenen-Theorie von Alexy wurde auch in jüngerer Zeit vorgestellt.⁴⁰¹

³⁹⁷ Sin, Yong-Gak, Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 326 (4.1984), S. 217-219.; Huh, Kyeong: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 324 (2.1984), S.50-58.

³⁹⁸ Huh, Young: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 313 (3.1983), S. 51-59.

³⁹⁹ Choi, Dai-Kwon: Die Drittwirkung der Grundrechte – ein Versuch der rechtssoziologischen Annäherung, Public Law Vol. 11, 1983, S. 59-84.

⁴⁰⁰ Choi, Yong-Ki: Drittwirkung von Grundrechten, in: Chang-Won Universität Abhandlung Vol. 12-2, 1990, S. 127-144.; Hwang, Woo-Ryu: Privatrechtliche Wirkung des Verfassungsrechts, in: Untersuchung der zivilrechtlichen Rechtsprechung XIII, 1991, S. 325-345.; Joung, Yeon-Ju: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 413 (7.1991), S. 73-82.; Lee, Seung-Woo, Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: Das heutige öffentliche Recht und Rechtsgüterschutz der einzelnen, FS Yang, Seung-Du, 1994, S. 1153 ff.; Han, Byeong-Ho, Drittwirkung der Grundrechte mit state action doctrine in den USA, in: Korea See Uni. Sozialwissenschaft Abhandlung Vol. 2, 1994, S. 293-323.; Kay, Hee-Yol: Die Wirkung der Grundrechte, in: Korea Uni. Rechtswissenschaft Abhandlung Vol. 31, 1995, S.1-21.; Song, Gil-Ung: Die Untersuchung der Drittwirkung der Grundrechte, Bu-San Industrie Uni. Abhandlung Vol. 37 (12.1995), S.127-151.; Han, Byeong-Ho, Die Überlegung der Drittwirkung der Grundrechte, in: Korea See Uni. Sozialwissenschaft Abhandlung Vol. 4, 1996, S. 245-266.; Kay, Hee-Yol: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosiyongu 272 (11.1996), S.102-119.; Bang, Sung-Joo: Grundrechtswirkung in der Privatrechtsordnung, in: Recht und Menschenwürde, FS Chung, Kyung-Sik, 1997, S. 266-289.; Kim, Gi-Young: Die Drittwirkung der Grundrechte (Fälle in den USA), Gosiyongu (11. 1998), S.50-60.; Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, Diss.,1999; Kwon, Young-Sul: Beziehung zwischen Verfassung und Privatrecht, in: Sung-Sil Universität Juristische Abhandlung Vol. 12, 2000, S. 39-51.; Jang, Young-Chul: Drittwirkung

2. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates

Der theoretische Inhalt der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates bezieht sich normalerweise auf Vorstellungen aus Diskussionen über die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates in Deutschland. Deswegen wird die grundrechtsdogmatische Struktur der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates hier nicht erörtert.

Das koreanische Verfassungsgericht hat die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates in seinen Entscheidungen angewendet. Schlagworte im Zusammenhang mit dem Art. 10 Satz 2 der koreanischen Verfassung⁴⁰² – „die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, die von der Verfassung herkommt“⁴⁰³, „die grundrechtliche Schutzpflicht“⁴⁰⁴, „die Schutzpflicht des Staates, den Schutz der Menschenwürde zu bewahren“⁴⁰⁵, „die Schutzpflicht“⁴⁰⁶ – wurden durch das koreanische Verfassungsgericht erarbeitet.⁴⁰⁷

der Grundrechte und grundrechtliche Schutzpflicht, Public Law Vol. 29-2, 2001, S. 155-170.; Hyun, So-Hye, Grundrechte und Privatautonomie, 2001 Magister, S. 83 ff.

⁴⁰¹ Bang, Sung-Joo: Grundrechtswirkung in der Privatrechtsordnung, in: Recht und Menschenwürde, FS Chung, Kyung-Sik, 1997, S. 278 -280; Hyun, So-Hye, Grundrechte und Privatautonomie, 2001 Magister, S. 81 f.

⁴⁰² „Es ist die Verpflichtung des Staates, die grundlegenden und unverletzlichen Menschenrechte des einzelnen anzuerkennen und zu gewährleisten.“

⁴⁰³ KVerfG 90 Honma 196 vom 25. 5. 1995.

⁴⁰⁴ KVerfG 90 Honma 110, 90 Honma 136 (Gesamt) vom 16. 1. 1997.

⁴⁰⁵ KVerfG 90 Honba 24 vom 28. 4. 1992.

⁴⁰⁶ KVerfG 88 Honma 3 vom 17. 4. 1989.

⁴⁰⁷ Vgl. Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, Diss., 1999, S. 71.

Zweiter Teil

Dogmatischer Teil der Drittwirkung der Grundrechte

A. Eigener Ansatz

I. Doppelcharakter der Ausstrahlungswirkung vom Doppelcharakter der Grundrechte⁴⁰⁸

1. Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG

a) Das Verständnis der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich

Die Gesetzgebung im Grundrechtsbereich wurde in der Hauptsache nur unter einem Blickwinkel untersucht. Es wurde erforscht, welche Grundsätze entwickelt worden waren, die in ihrer Konsequenz Grundrechte begrenzten. Sie war gleichsam unter einem negativen Aspekt gewürdigt worden, insofern die Maßstäbe genannt worden waren, die ihr gegenüber die Kraft eines Verbotes entfalteten.⁴⁰⁹

Heute wird neben dieser Auffassung in der Rechtswissenschaft ein weiterer Aspekt zunehmend vertreten. Der Gesetzgeber hat im Grundrechtsbereich eine doppelte Funktion: die eine ist die Grundrechtsbegrenzung und die andere ist die Grundrechtsausgestaltung.⁴¹⁰ Über die Grundrechtsbegrenzung sagte Häberle:

⁴⁰⁸ Über den Doppelcharakter der Grundrechte s. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 70 ff.; In koreanischer wissenschaftlicher Literatur: Huh, Young: Verfassungstheorie und Verfassungsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 336 ff. (bes. 353 ff.); ders., Koreanisches Verfassungsrecht, 6. Aufl. 1996, S. 225 f.; Kwon, Young-Sung: Grundlehre des Verfassungsrechts, 5. Aufl. 1996, S. 274 f.; Lee, Deok-Yeon: Wesen und Inhalt der Grundrechte, in: FS Huh, Young, Ausgestaltung und Entwicklung der Grundrechtstheorie in Korea, 1997, S. 51 ff.

⁴⁰⁹ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 126.

⁴¹⁰ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 180.

„Jede Begrenzung eines Grundrechts durch den Gesetzgeber ist zugleich inhaltliche Bestimmung, punktuelle Inhaltsbestimmung des Grundrechts“⁴¹¹.

b) Die wesensmäßigen Grenzen der Grundrechte

Gibt es einen Bereich, der den absolut geschützten Kern⁴¹² der Grundrechte als subjektiver Rechte hat? Wenn Ja, konstituiert sich der Kernbereich aus dem Gehalt der Grundrechte. Er könnte die wesensmäßigen Grenzen der Grundrechte definieren⁴¹³. „Der „Wesensgehalt“ eines Grundrechts beginnt also dort, wo die – differenzierenden – Möglichkeiten zulässiger Begrenzung enden“⁴¹⁴.

⁴¹¹ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S.180.

⁴¹² „Ob unter dem absolut geschützten Kern der Grundrechte der Kern der Grundrechte der Kern der Grundrechte als subjektiver Rechte oder derjenige ihrer Eigenschaft als Gewährleistungen objektiver Funktionszusammenhänge zu verstehen sei, lässt sich schon wegen der engen Wechselbezogenheit beider nicht im Sinne eines Entweder-oder, aber auch nicht in dem eines Sowohl-als-auch beantworten. Stets muss zwar die Funktion des Grundrechts „für das soziale Leben im Ganzen“ erhalten bleiben, weil eine Begrenzung, die diese Funktion aufheben würde, niemals verhältnismäßig sein kann. In aller Regel wird auch eine Grundrechtsbegrenzung, die eine grundrechtlich gewährleistete Freiheit für den Einzelnen fast oder gänzlich beseitigt, unverhältnismäßig und darum mit Art. 19 Abs. 2 GG unvereinbar sein.“ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 334.

⁴¹³ „Aufgabe der Begrenzungen von Grundrechten ist es, die durch die Freiheitsrechte gewährleisteten Lebensverhältnisse einander zuzuordnen.“ „Da die Grundrechte, auch soweit sie unter Gesetzesvorbehalt stehen, zu den Wesensbestandteilen der verfassungsmäßigen Ordnung gehören, darf diese Verhältnisbestimmung niemals in einer Weise vorgenommen werden, die eine grundrechtliche Gewährleistung mehr als notwendig oder gar gänzlich ihrer Wirksamkeit im Leben des Gemeinwesens beraubt.“ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 317 u. 318.

⁴¹⁴ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 332.

Praktische Beispiele der wesensmäßigen Grenzen der Grundrechte sind „die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen“⁴¹⁵ und des „gefährlichen Geisteskranken“⁴¹⁶.

c) Die Bedeutung des Art. 19 Abs. 2 GG⁴¹⁷

Häberle spricht Artikel 19 Absatz 2 Grundgesetz wegen des institutionellen Grundrechtsverständnisses eine deklaratorische Bedeutung zu.⁴¹⁸

⁴¹⁵ „Die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen bildet einen Eingriff in seine allgemeine Handlungsfreiheit und in seine körperliche Unversehrtheit; dieser ist nicht zu rechtfertigen, solange der Betroffene der Selbstbestimmung fähig ist. Die grundrechtliche Schutzpflicht aber kommt überhaupt nicht ins Spiel. Das ist auch nicht der Fall, wenn die Zwangsernährung erst einsetzt, nachdem der Hungerstreitende das Bewusstsein verloren hat und die Maßnahme der Anstalt nicht mehr mit dem aktuellen Willen des Empfängers kollidiert. Nun ist Hilfe jedoch auch grundrechtlich geboten, und zwar als Fürsorge der Anstalt für Gesundheit und Leben des Bewusstlosen.“, Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V. 1992, §111 Rn.114.

⁴¹⁶ Das ist ein Ausnahmefall, dass man die wesensmäßige Grenze übergehen kann. „Es gibt jedoch Ausnahmefälle, in denen für den Einzelnen von einem Grundrecht nach einer häufig gebrauchten Formel „so gut wie nichts mehr übrig bleiben“ kann, in denen aber die Grundrechtsbegrenzung den Wesensgehalt des Grundrechts nicht antastet, weil sie verhältnismäßig ist, wie etwa die Anordnung der Unterbringung eines gefährlichen Geisteskranken in einer geschlossenen Anstalt.“ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1999, Rn. 334.

⁴¹⁷ Die Koreanische Verfassung stellt auch diesen Inhalt fest: Art.37 Abs. 2 KV „Alle Freiheiten und Rechte der Staatsbürger können durch Gesetze nur dann eingeschränkt werden, wenn es für die Staatssicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung oder das Gemeinwohl erforderlich ist. Selbst wenn eine solche Einschränkung vorgenommen wird, darf der Wesensgehalt der Freiheit oder des Rechtes nicht angetastet werden.“

⁴¹⁸ Ich denke, dass diese Auffassung eine sehr fortschrittliche Theorie für den künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff ist.

„Dass Art. 19 Abs. 2 GG deklaratorischer Charakter beigelegt und er gleichzeitig als institutionelle Garantie qualifiziert wurde, bedeutet keinen Widerspruch. Institutionelle Garantien sichern ihrem Wesen nach oft gerade das, was an sich schon, „der Sache nach“ bereits gesichert ist. Solange ein allgemeines Bewusstsein von den gezeigten verfassungstheoretischen Zusammenhängen besteht, bleibt Art. 19 Abs. 2 GG institutionelle Garantie deklaratorischen Charakters“⁴¹⁹.

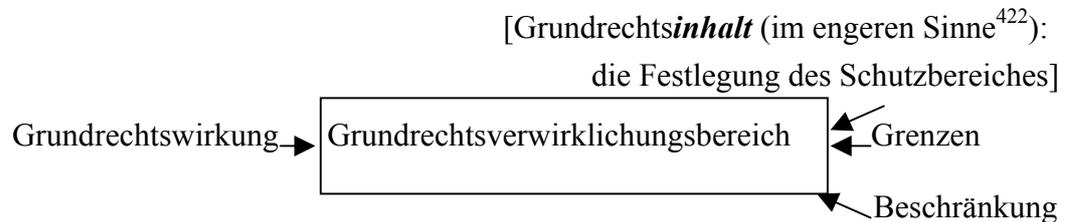
Im Künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff für das 21. Jahrhundert wird diese Interpretation des Art.19 Abs. 2 GG eine viel wichtigere Bedeutung für die Grundrechtspraxis haben, weil Funktion und Rollenerwartung der Grundrechte viel differenzierter, komplementärer und komplizierter als die Grundrechtspraxis im 20. Jahrhundert werden. Dieser Ausblick beruht auf der Beziehung zwischen Bürgern, welche die Grundrechte ausüben, in der Drittwirkung der Grundrechte und vom Grundrechtsalltag, der sich zum Teil von der Gemeinschaft im Staat und zum Teil von der Weltgemeinschaft her gestaltet.

⁴¹⁹ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S.238; über den Streit um die Interpretation des Art. 19 Abs. 2 GG s. Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §109 Rn.85; Lerche, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, § 122 Rn. 25ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn.333

2. Festsetzung des Bereichs der Verwirklichung der Grundrechte

Abbildung 1. Unterteilung des Kontrollsystems der Grundrechtsverwirklichung

Grundrechts**funktion** → Grundrechts**inhalt** (im weiteren Sinne⁴²⁰) → Grundrechts**wirkung** → Grundrechtsverwirklichungsbereich⁴²¹
↓
(Bis hier „völlige positive Überlegung“)



Dieser Bezug wird mit Hilfe der wörtlichen Überlegung in der folgenden Nummer „a)“ ausführlich erörtert.

a) Allgemein

aa) Exkurs: Betrachtung über das Wort – Funktion –

⁴²⁰ Über die ausführliche Erklärung s. zweiter Teil A. I. 2. b) „Schutzbereich des Grundrechts und der Bereich der Verwirklichung der Grundrechte“.

⁴²¹ Dieses Konzept wurzelt im positiven Gedanken der Grundrechte von Häberles „Doppelcharakter der Grundrechte (Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 70 ff.)“.

⁴²² Wenn man dieser Ansicht folgt, kann *der Schutzbereich eines Grundrechtes* als „*der Inhalt der Grundrechte im engeren Sinne*“ genannt werden, zur ausführlichen Erklärung s. zweiter Teil A. I. 2. b) „Schutzbereich des Grundrechts und der Bereich der Verwirklichung der Grundrechte“.

Das Wort „Funktion“ stammt in der etymologischen Herkunft vom lateinischen „functio“ ab. Die Umschreibung der Bedeutung von „functio“ in modernem Deutsch ist „Verrichtung“. Das Wort wird auch als Tätigkeit, Wirksamkeit; Amt, Aufgabe; Zweck übersetzt. Im Bereich der Kybernetik wird dieses Wort folgendermaßen erklärt:

„aus der Beziehung zwischen Eingabe und Ausgabe eines dynamischen Systems zu erschließendes Verhalten des Systems“.⁴²³

Die Funktionen der Grundrechte müssen in der staatlichen Gemeinschaft umgesetzt werden – was durch die Wortbedeutung „Verrichtung“ deutlich betont wird. Dazu wird ausgeführt:

„Die unterschiedlichen Funktionen der Grundrechte lassen sich systematisch am besten dadurch erfassen, dass man sie jeweils diesen beiden „Seiten“ (einerseits subjektive öffentliche Rechte des einzelnen und andererseits Grundelemente objektiver Ordnung) zuordnet“⁴²⁴.

Da die Funktion einer Sache den Inhalt einer Sache konstituiert, soll man den Inhalt der Grundrechte von den Funktionen der Grundrechte ausgehend feststellen.⁴²⁵

⁴²³ Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl. 1997, S.512.

⁴²⁴ Hrsg. Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2. 2.Aufl. 2001, S. 2090.

⁴²⁵ Vgl. Häberle betrachtet die Freiheit als Institut: „Die Freiheit kann nur als Institut vorfinden.“; vgl. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S. 96ff. ; derselbe, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S.43ff. ; derselbe, Die Grundrechte im demokratischen Staat, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S. 579ff.

bb) Exkurs: Betrachtung über die Worte – Wirkung⁴²⁶, Geltung⁴²⁷

Die Wortbedeutungen von „Wirkung“ sind das Wirken, Folge; Einfluss; Eindruck, Effekt und die Sinnbedeutungen des Wortes „Geltung“ sind Gültigkeit, Einfluss, Wert(Schätzung), Beachtung, Ansehen (Weltgeltung).

Je nachdem inwieweit die Realisierung der Wirkung möglich ist, kann man die Wirkung als theoretische formelle Geltung oder als pragmatische materielle Geltung auffassen. Um den Inhalt der Grundrechte zu realisieren, muss demnach die Wirkung des Rechts der Grundrechtsberechtigten festgestellt werden. Die Wirkung der Grundrechte entstand also vom Inhalt der Grundrechte her ausgehend. Aber diese Wirkung darf eingeschränkt werden, wenn einzelne die eigene Rechte nicht entfalten können, ohne dabei gegen die Rechte anderer zu verstoßen. Besonders im Verhältnis der Bürger zueinander löst die anerkannte Theorie der Ausstrahlungswirkung im Bereich der Drittwirkung der Grundrechte diese Situation, in der der einzelne eigene Rechte nicht völlig entfalten kann, sondern deren teilweise Einschränkung akzeptieren muss, auf. Trotzdem besteht jedoch noch keine völlige Klarheit über die Konstruktion der Bindung der Drittwirkung der Grund-

⁴²⁶ Im Lexikon steht über das Wort „Wirkung“ folgendes: „Wirkung ist allgemein ein Geschehen, das ohne ein anderes die Ursache nicht stattfindet, insbesondere die Folge eines menschlichen Verhaltens. Dabei geht zwar die Wirkung auf eine Ursache zurück, diese ist aber ihrerseits Wirkung einer weiter zurückliegenden Ursache und die Wirkung bildet umgekehrt die Ursache für eine weitere Wirkung. Auch die Rechtsordnung geht von diesem Verhältnis von Ursache und Wirkung aus.“, Hrsg. Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2. 2.Aufl. 2001., S.4877

⁴²⁷ über die Geltung als der philosophische Begriff s. Herder Verlag, Staatslexikon, 7. Aufl. 2. Bd. 1986, S.809

rechte und deren Inhalt, wiewohl sich die Standpunkte inzwischen sehr angenähert haben.

Diese Lösung findet sich in der Eigenschaft der Rechtswirkung in der Staatsgemeinschaft, die in beide Richtungen ausstrahlt, das heißt, auf die Wirkung der Rechte nicht nur von den inneren zu den äußeren Seiten des Normbereiches des Staates auszustrahlen, sondern auch von den äußeren Bereichen auf die inneren Bereiche zu wirken.⁴²⁸ Diese Lösung nenne ich „Dual - Ausstrahlungswirkung“⁴²⁹.

b) Schutzbereich des Grundrechts und der Bereich der Verwirklichung der Grundrechte

„Der Inhalt der Grundrechte *im weiteren Sinne*“⁴³⁰ entsteht aus den Funktionen der Grundrechte, die in dem von den Verfassungsvätern beabsichtigten Sinn interpretiert werden. Die Grundrechtswirkung kommt aus diesem Grundrechtsinhalt. Aber für die Festlegung des Wirkungsbereiches der Grundrechte wird eine genaue und ausführliche Unterteilung des Prozesses der Verwirklichung der Grundrechte gefordert.

⁴²⁸ Über die graphische Darstellung s. Abbildung 2. „Die Konstruktion der Rechtswirkung in der Staatsgemeinschaft“.

⁴²⁹ Über die ausführliche Erklärung s. dieser Teil A. I. 4. a) „Dual-Ausstrahlungswirkung“

⁴³⁰ Wenn man dieser Ansicht folgt, kann *der Schutzbereich eines Grundrechtes* als „*der Inhalt der Grundrechte im engeren Sinne*“ genannt werden.

Wo existiert eine Prüfungsstelle, die den Wirkungsbereich der Grundrechte bestimmt? Nach der Stelle, an der der Schutzbereich des Grundrechts entschieden wird oder vor der Stelle, an der der Schutzbereich des Grundrechts entschieden wird? Da die Wirkung der Grundrechte vom „Grundrechtsinhalt im weiteren Sinne“ direkt abgeleitet wird, besteht die Festlegung der Wirkung der Grundrechte zwischen der Definition der Funktionen der Grundrechte, die nach der Absicht der Verfassungsväter interpretiert werden und sich nach dem Konsens der gegenwärtigen Gemeinschaft ergänzen, und der Bestimmung des Schutzbereichs der Grundrechte. Bis hierher kann man die Bestrebungen als „*völlig positive Überlegung*“ bezeichnen, die der Verwirklichung der Grundrechte gedient haben.

Danach folgt die Festlegung des Schutzbereiches. Dann wird der Schrankenbereich eines Grundrechts überprüft und zuletzt der sogenannte Schranken-Schranken-Bereich (Eingriffsschranken) überprüft.

Darum könnte sich der Bereich der Verwirklichung der Grundrechte im Vergleich zu dem „original“ konzipierten Verwirklichungsbereich, den man mit dem „Grundrechtsinhalt im weiteren Sinne“ – als völlige positive Überlegung – realisieren muss, verkleinern.

Die Drittwirkungstheorie dient diesem „original“ konzipierten Verwirklichungsbereich der Grundrechte und der Erweiterung des Wirkungsbereichs der positiven Grundrechte als *status activus* und „*kooperativus* (v. Verfasser)“ sowie grundrechtsdogmatische Entwicklung des Doppelcharakters der Grundrechte.

3. Die „Eigenschaft der Rechtswirkung“ in der Staatsgemeinschaft

a) vom Verfassungsrecht

Jellinek erwähnte, dass die Frage der Geltung des Rechts die Frage der „Normativität des Faktischen“ ist.⁴³¹ Wenn man der juristischen Geltungslehre⁴³² für den Grund –

„wie kann aus einem Faktum eine Norm, wie kann aus dem Rechtswillen des Staates oder der Gesellschaft ein rechtliches Sollen hervorgehen, da doch, wie es scheint, ein Wollen, wenn es von der Macht begleitet ist, zwar ein Müssen, aber niemals ein Sollen hervorrufen kann?“⁴³³

– folgt, kann und muss die Verfassung selbst eine solche rein juristische Geltungslehre als eine *causa sui* auffassen.⁴³⁴ Sie könne wohl die Geltung eines Rechtssatzes im Verhältnis zu anderen Rechtssätzen, aber niemals die Geltung der höchsten Rechtsätze, der Grundgesetze, und deshalb niemals die Geltung der Rechtsordnung als Ganzes dartun. Die Rechtswissenschaft, rein immanent wie sie

⁴³¹ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 337 ff.; Ladbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 170.

⁴³² Über die Unterteilung der Geltungslehre des Rechts(normen): (1) die juristische Geltungslehre, (2) die historisch-soziologische Geltungslehre, (3) die philosophische Geltungslehre, Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 170 ff.; (1) die Faktische Geltung, (2) die Verfassungsmäßige Geltung, (3) die ideelle Geltung, Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 58 ff.; als die ausführliche Erklärung der juristischen Geltungslehre: „Die Rechtswissenschaft begreift also den Rechtsinhalt mit methodologischer Notwendigkeit als etwas Geltendes, etwas Gesolltes, etwas Verpflichtendes. Aber auf der Suche nach dem Grunde dieser Geltung stößt die juristische Geltungslehre mit Notwendigkeit irgendeinmal auf die Tatsächlichkeit eines nicht weiter ableitbaren autoritativen Wollens.“ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 170 f.; Über die Meinungen der Geltung des Rechts von den verschiedenen Wissenschaftler s. Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 68 ff.

⁴³³ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 170.

⁴³⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 171.

ist, gefangen und befangen in einer bestimmten Rechtsordnung, deren Sinn zu ermitteln ihre einzige Aufgabe ist, könne die Geltung einer Rechtsordnung immer nur an ihrem eigenen Geltungsanspruch messen, niemals aber über den Geltungsanspruch einer dieser Rechtsordnungen im Verhältnis zu andern Ordnungen unparteilich entscheiden.⁴³⁵ Die juristische Geltungslehre werde die Geltung eines Rechtssatzes aus andern Rechtssätzen ableiten, die Geltung einer Verordnung aus dem Gesetz, die Geltung eines Gesetzes aus der Verfassung.⁴³⁶

Die Rechtsidee mit dem Problem der Rechtsgeltung kann in Verbindung mit dem Gedanken der Rechtssicherheit behandelt werden. Die Geltung des Verfassungsrechts versteht sich nicht von selbst. Radbruch sagt:

„Das Recht gilt nicht, *weil* es sich wirklich durchzusetzen vermag, sondern es gilt, *wenn* es sich wirksam durchzusetzen vermag, weil es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag.“⁴³⁷

Das Verfassungsrecht muss menschliches Verhalten in der Staatsgemeinschaft für seine Geltung motivieren. Für die Verwirklichung des Verfassungsrechts muss die Rechtswirkung des Verfassungsrechts nicht nur hypothetisch sondern real sein. Schließlich könnte man behaupten, dass die Eigenschaft der Rechtswirkung der Verfassung in der Staatsgemeinschaft nicht passiver Charakter im bestimmten Raum sondern aktiver Charakter, „durch den je aktuellen Willen der am Verfassungsleben Beteiligten, die Inhalte der Verfassung zu realisieren“⁴³⁸, ist.

⁴³⁵ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 171.

⁴³⁶ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 170 f.

⁴³⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 176.

⁴³⁸ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn.

b) vom Privatrecht

Der Schwerpunkt der Überlegung hinsichtlich der Privatrechtswirkungseigenschaft innerhalb der Staatsgemeinschaft, vor allem hinsichtlich der Drittwirkung von Grundrechten liegt auf der Eigenschaft der Privatautonomie. Ließe sich noch der Grundsatz der Privatautonomie als juristische Norm allgemeinsten Natur begreifen, so muss doch sogleich erkannt werden, dass sich das wirkliche Problem nicht in der Formulierung des Grundsatzes der Privatautonomie erschöpft, sondern in der Begründung dieses Rechtssatzes liegt.⁴³⁹ Da die Privatautonomie ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen ist⁴⁴⁰, bedeutet die Erklärung des Wesens der Willenserklärung des Rechtsgeschäfts aus der Möglichkeit selbstverantwortlicher, autonomer Rechtsgestaltung, dass sie philosophische und ethische Kategorien in die juristische Argumentation einführt.⁴⁴¹ Darum ist das Prinzip der Privatautonomie nach dem Grundgesetz als ein der Rechtsordnung vorgegebener und in ihr zu verwirklichender Wert durch die Grundrechte anerkannt.⁴⁴² Somit ist der Normsatz der autonomen Rechtsgestaltung in der Privatrechtsordnung nach alledem Ausfluß eines ganz bestimmten Menschenbildes, „das nicht logisch erfaßbar ist, sondern zu dem man sich allenfalls bekennen kann“.⁴⁴³

⁴³⁹ Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, 1980, S. 51.

⁴⁴⁰ Flume, Das Rechtsgeschäft II. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1979, S. 1.

⁴⁴¹ Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, 1980, S. 51.

⁴⁴² Flume, Das Rechtsgeschäft II. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1979, S. 1.

⁴⁴³ Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 1969, S. 20 ff.; Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, 1980, S. 52.

Obwohl es die Generalklauseln im Privatrechtssystem gibt, hat die Privatrechtsordnung die Überprüfungsbefugnis der Rechtfertigung von Willenserklärungen in Rechtsgeschäften nach dem Prinzip der Privatautonomie den Grundrechten zu übergeben. Schließlich werden die einfachen privatrechtlichen Rechtssätze als klar formulierte Rechtsnormen, ohne Schwierigkeiten mit der Interpretation der privatrechtlichen Vorschriften, in der Privatrechtsordnung bleiben.

Die Eigenschaft der Privatrechtswirkung in der Staatsgemeinschaft im Zusammenhang mit der Drittwirkung der Grundrechte kann in dem folgenden Paragraph in der Monographie „Geltung von Rechtsnormen“ Schreibers aufgewiesen werden:

„Im Bereich des Zivilrechts ist es am leichtesten, Rechtsnormen faktischer Geltung zu finden. Der Grund liegt darin, dass einerseits eine bis in die Einzelheiten gehende, ausgereifte Kodifikation vorliegt und dass andererseits dem Richter im Zivilrecht in besonderem Maße die Rolle des Schlichters von Interessen obliegt, unabhängig davon, ob sich die Streitfälle im Einzelnen aus dem Gesetz deduzieren lassen. Deshalb sind hier die meisten klar formulierten Rechtsnormen zu finden, die nicht verfassungsmäßige, aber faktische Geltung⁴⁴⁴ besitzen.“⁴⁴⁵

⁴⁴⁴ Die Geltung von Rechtsnormen ist von Schreiber in drei Teilen – die faktische Geltung, die verfassungsmäßige Geltung, die ideelle Geltung – unterteilt. Für den ausführlichen Inhalt der faktische Geltung s. Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 58 ff.

⁴⁴⁵ Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 62.

c) vom Naturrecht⁴⁴⁶

Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 6 Abs. 1 u. 2, Art. 19 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG sind evidente „Einbruchstellen“ des Naturrechts im positiven Verfassungsrecht.⁴⁴⁷

Im Vorgang der Verfassungsgebung von 1949 galt das Naturrecht als eine unverzichtbare, geschichtsmächtige normierende Kraft, die sich als Reaktion auf staatliche Willkürherrschaft der vorangegangenen Zeit entwickelte.⁴⁴⁸ Inzwischen haben sich das Verfassungsrecht mit naturrechtlichem Einschlag, hatten sich insbesondere die Grundrechte gegenüber dem vom naturrechtlichen Denken gesteuerten Positivierungsvorgang dank dieses Vorgangs, dank des politischen Prozesses und der Verfassungsdogmatik so verselbständigt und in das Ganze der Verfassung und

⁴⁴⁶ Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1673, (Herausgegeben und übersetzt von Klaus Luig, 1994); Lipp, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, 1980; Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: Staat und Naturrecht, hsg. v. Ernst Topitsch, 2. Aufl. 1989, S.73 ff.; Über der Bedeutung des Wortes „Natur“ wird folgendes erläutert: „Von den vielen Bedeutungen, die das Wort „Natur“ sonderlich in seiner adjektivischen Bildung „natürlich“ anzunehmen versteht, um seinen Sinn proteusartig ins gerade Gegenteil zu verkehren, kommt hier, wo „natürlich“ soviel wie „gerecht“, „richtig“, „entsprechend“ bedeuten will, vor allem jene in Betracht, die sich aus dem Gegensatz zu „künstlich“ ergibt. Unter einer „natürlichen“ Ordnung ist eine solche gemeint, die nicht auf dem menschlichen und darum unzulänglichen Willen beruht, die nicht „willkürlich“ geschaffen ist, sondern die sich gleichsam „von selbst“, aus einer irgendwie objektiv gegebenen, d. h. aber unabhängig vom subjektiv-menschlichen Wollen existenten, dem Menschen aber doch irgendwie faßbaren, vom Menschen erkennbaren Grundtatsache, aus einem vom menschlichen Verstand oder menschlichen Willen nicht ursprünglich produzierten, aber von ihm doch reproduzierbaren Grundprinzip ergibt.“, Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: Staat und Naturrecht, hsg. v. Ernst Topitsch, 2. Aufl. 1989, S.75.; Kritik über das Naturrecht s. Böckle, Böckenförde(Hrsg.), Naturrecht in der Kritik, 1973.

⁴⁴⁷ Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S. 93.

⁴⁴⁸ Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S. 94.

ihre Öffentlichkeit integriert, dass es sich selbst trägt, d. h. der naturrechtlichen Legitimierung nicht mehr bedürfe.⁴⁴⁹

Aber Häberle betonte im selben Moment die Rolle des Naturrechts für die Lösung der Problematik der Legitimation der Beschränkung der Grundrechte im Sozialrechtsstaat.⁴⁵⁰ Er erwähnt das Naturrecht auch im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 GG.

„Ein neues Stück der Sache Naturrecht kommt hier zum Vorschein, im GG schon angesprochen in Art. 1 Abs. 2(!). Die Verfassungstheorie sollte sich diesen Entwicklungen stellen und den innerstaatlichen Grundrechten die neue Legitimitätskomponente auf ihre Weise vermitteln, so daß auch hier das Naturrecht zurücktreten kann.“⁴⁵¹

Wenn wir das Naturrecht als die neue Legitimitätskomponente für die innerstaatlichen Grundrechte annehmen, können die Regeln des Naturrechts, die sich auf

⁴⁴⁹ Als ein Beispiel weist Häberle den Art. 19 Abs. 2 und 79 Abs. 3 GG auf: „Art. 19 Abs. 2 GG hat deklaratorische Bedeutung, weil und insofern er aus den Grundrechten als Teil des Ganzen der Verfassung interpretiert wird. Auch Art. 79 Abs. 3 GG kann jetzt aus sachlichen und funktionalen Zusammenhängen der Verfassung begründet werden... Im übrigen lebt die neuere Grundrechtsdogmatik weniger von naturrechtlichen Impulsen als von „spezifisch verfassungsrechtlichen“, „liberalen“ und „sozialstaatlichen“ oder systemtheoretischen Überlegungen.“ Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 94.

⁴⁵⁰ „In Zukunft wird es z.B. darum gehen, den „naturrechtlichen“ Gehalt grundrechtlicher Freiheit für Gastarbeiter und ihre Familien mit den Instrumentarien des sozialen Leistungsstaates zu aktivieren, wobei die überkommene Unterscheidung von Menschen- und Bürgerrechten bzw. die Staatsangehörigkeit als Institut zu relativieren ist.“ Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 95.

⁴⁵¹ Häberle, Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 95.

das Verhalten zu anderen Menschen beziehen, unmittelbar aus dem Prinzip des Lebens in der Gemeinschaft abgeleitet werden.⁴⁵²

Die Rechtswirkung von den äußeren Bereichen der Staatsgemeinschaft auf die inneren Bereiche in dieser Dissertation entspricht dieser Naturrechtswirkung. Gegenständig entspricht die Rechtswirkung von den inneren zu den äußeren Seiten des Normbereiches der normativen Kraft des Gesetzes.⁴⁵³ Für die Konstruktion der Bindungswirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung wird zuerst die Struktur des Normbereiches als „System von Rechtsnormen“⁴⁵⁴ in der Staatsgemeinschaft erörtert.

Da Normen Verhalten nicht leiten, sondern es als zu einer Ordnung gehörend oder nicht dazugehörend deuten,⁴⁵⁵ nimmt diese Dissertation an, dass „die Eigenschaft der Rechtswirkung“ in der Staatsgemeinschaft einen „Kommunikationscharakter“⁴⁵⁶ für die einzelnen Personen in der Gesellschaft untereinander enthält.

⁴⁵² Vgl. Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur, 1673 (Herausgegeben und übersetzt von Klaus Luig, 1994), S. 50.

⁴⁵³ S. jetzt folgende Seite (I. 4. a): Abbildung 2. „Die Konstruktion der Rechtswirkung in der Staatsgemeinschaft“

⁴⁵⁴ Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966, S. 3.

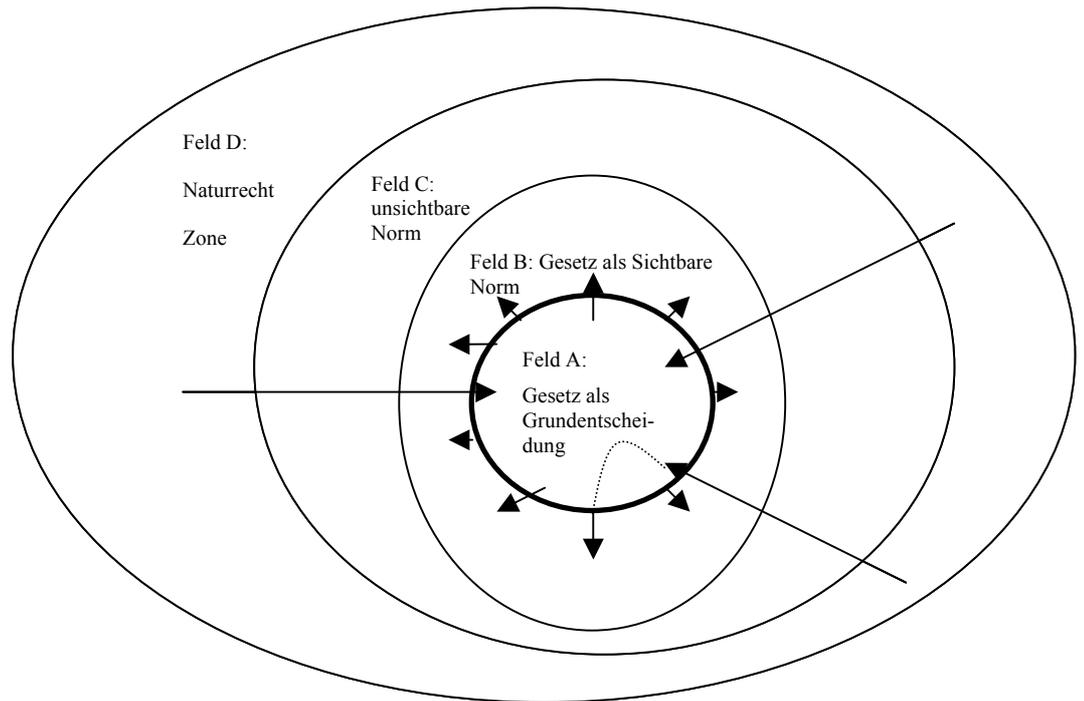
⁴⁵⁵ Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 1997, S. 54.

⁴⁵⁶ S. dieser Teil II. 3. „Der sich ausweitende Bereich der Information im Verfassungsleben“

4. Dual-Ausstrahlungswirkung

a) Dual-Ausstrahlungswirkung

Abbildung 2. Die Konstruktion der Rechtswirkung in der Staatsgemeinschaft als System von Rechtsnormen



1. Feld A (Gesetz als Grundentscheidung): Überwiegend öffentliche Gesetze;
 2. Feld B(Gesetz als sichtbare Norm): Privatrechtsordnung;
 3. Feld C(Unsichtbare Norm): z.B. Sitte, Moralische Regel in der Gemeinschaft usw., welche (noch) nicht kodifiziert ist, aber dennoch durch die Gemeinschaft angewendet wird.⁴⁵⁷
 4. Feld D(Naturrecht Zone) : z.B. Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit
- *Die Pfeile von Feld A nach Feld B zeigen die bisherige „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte als mittelbare Wirkung auf.*

⁴⁵⁷ „Das staatliche Leben wird nicht nur durch die Normen des Staatsrechts, insbesondere des Verfassungsrechts, sondern auch durch andere Sozialnormen, wie sich im bürgerlichen Leben neben den Normen des Rechts als zusätzliches Regulativ Normen der Sozialmoral und Sozialsitte herausbilden, reguliert. Verfassungsrechtsnormen stehen in vielfältigen Wechselbeziehungen zu den Realitäten der staatlichen Gemeinschaft, insbesondere zu den in der Gemeinschaft gehäuft vorkommenden Interessen“, Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30.Aufl. 1998, S.54.

In der Urgemeinschaft gab es wahrscheinlich nur das Naturrecht⁴⁵⁸, für diese selbst nicht erkennbar. Im Laufe der Zeit wurden einige Teile der unsichtbaren Normen, die man noch nicht in schriftlicher Form konstituierte, schon in der Gemeinschaft angewendet. Mit der Zeit hat die Gemeinschaft sich immer mehr entwickelt. Unter den vielen unsichtbaren Normen bildeten sich einige wichtige Normen in sichtbarer Form heraus. Wir können diese Form praktisch die Gesetze im weiteren Sinn nennen.

Der heutige Verfassungsstaat hat einige Grundentscheidung für die Ordnung der Staatsgemeinschaft, z. B. Demokratie, Sozialer Rechtsstaat und Bundesstaat, getroffen. Im weiteren und praktischen Sinn nennen wir die Sphäre, die die Grundentscheidung über die Beziehung zwischen Bürger und Staat trifft, das öffentliche Gebiet (Feld A in der Abbildung 2.).

Der bisherige Schwerpunkt der Debatte der Drittwirkung der Grundrechte bleibt zwischen Feld A und B liegen.

b) Die Konstruktion der Bindung der Grundrechtswirkung im Privatrechtsverhältnis

⁴⁵⁸ Naturrecht als die natürliche und moralische Verpflichtung zur Gerechtigkeit als „künstliche Tugend“; vgl. Rawls, Geschichte der Moralphilosophie (Lectures on the History of Moral Philosophy): Hume-Leibniz-Kant-Hegel, 2002, S. 94-96, er hat die Meinung Humes über „den Ursprung der Gerechtigkeit und des Eigentums“ folgendermaßen zusammengefasst: „So etwas wie Eigentum gibt es nicht im Naturzustand, und so etwas wie Gerechtigkeit gibt es dort auch nicht.“

Je nachdem, wie weit der hochentwickelte und komplexe Status der Gesellschaft ausgeprägt ist, erweitert sich das Feld A⁴⁵⁹ allmählich (Feld B auch). Dieses erweiterte Feld A kann als „Publizierung des Privatrechts“ (von Gustav Radbruch) bezeichnet werden. Im Zusammenhang mit meiner dogmatischen Annäherung haben die folgenden Sätze von der Idee Radbruchs die wichtigste Bedeutung:

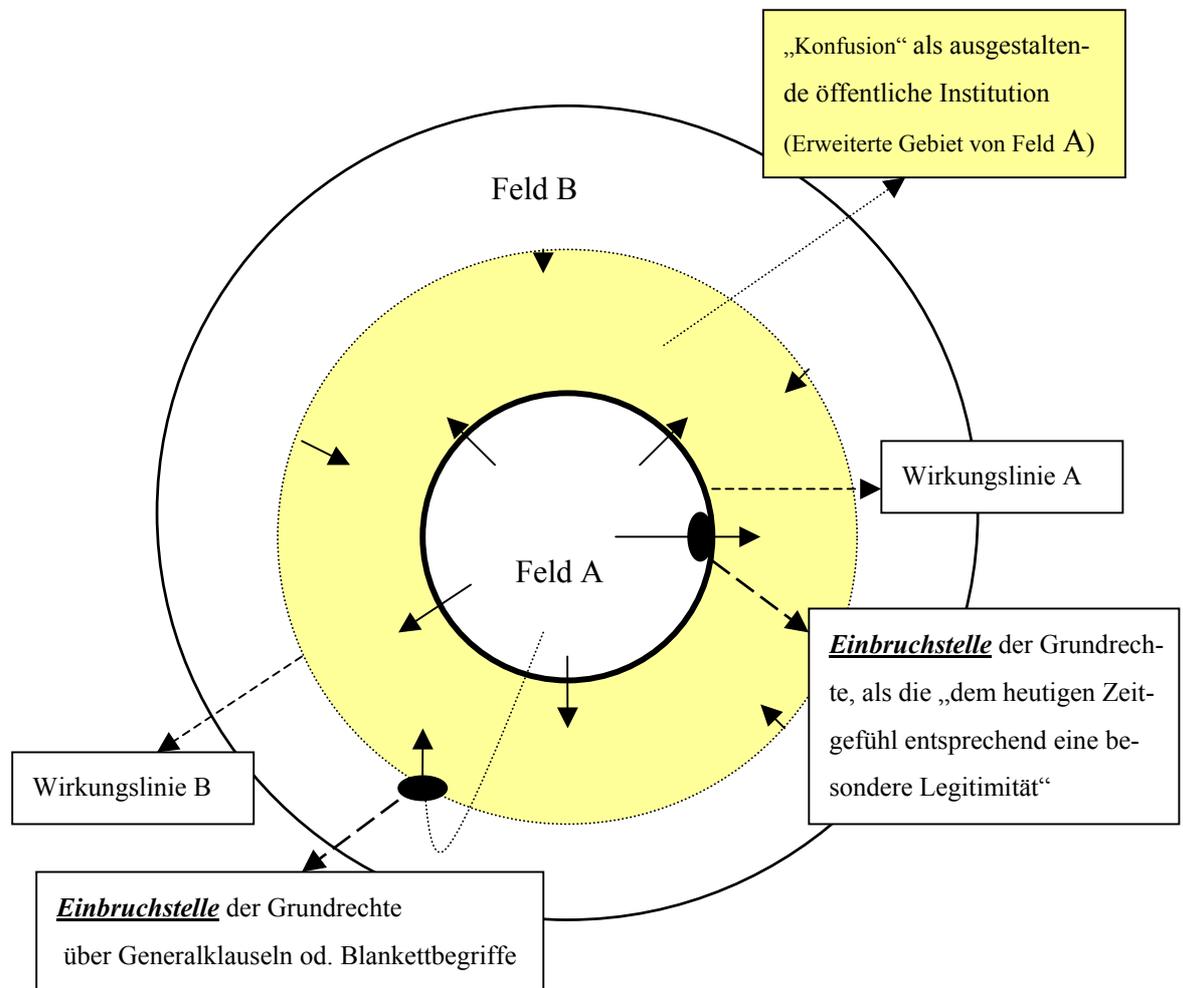
„...so müssen in beiden öffentliches und privates Recht zwar unterscheidbar, aber unscheidbar zusammenliegen. Was sich hinsichtlich des objektiven Rechts als *Publizierung des Privatrechts* darstellt, erscheint im Hinblick auf das subjektive Recht als Durchdringung der privaten Berechtigung mit sozialem Pflichtgehalt, wie sie programmatisch etwa in dem Eigentumsartikel der Reichsverfassung von 1919 zum Ausdruck kommt: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.“ Das soziale Recht zeigt also eine ähnliche Struktur wie das Lehnrecht des Mittelalters. Auch dieses verlieh Rechtes als materielle Grundlage von Diensten, mit der Wirkung freilich, daß in der Folge nicht das Recht um des Dienstes willen verliehen, sondern das Amt auf das Recht gegründet und selbst als ein Vorrecht erschien. Aber das soziale Recht der Gegenwart ist vor einer ähnlichen Entartung dadurch geschützt, daß der Pflichtgehalt der Berechtigung unter rechtliche Garantien gestellt ist, wäre es auch nur unter die Garantie einer tatbereiten Gesetzgebung, die stets auf dem Posten ist, Rechte, die nicht pflichtgemäß ausgeübt werden, zu beschränken oder zu entziehen. So wurde über dem Privateigentum von der Weimarer Verfassung das Damoklesschwert der Enteignung, der Sozialisierung aufgehängt (Art. 153, 155, 156).“⁴⁶⁰

Der erste Moment dieser Erweiterung ist durch eine noch unklare Abgrenzung zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht gekennzeichnet („Konfusion“, schraffiertes Feld).

⁴⁵⁹ Repräsentatives Beispiel: Die Vorschrift des Eigentums (Art. 14 GG)

⁴⁶⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 224.

Abbildung 3. Die Konstruktion der Bindung der (Dritt)Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung



*Der gepunktete Kreis (Wirkungslinie B) beschreibt die bisherige „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte.

*Der fette Kreis (Wirkungslinie A) beschreibt die vorläufige „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte.

*Das schraffierte Feld bezeichnet die sog. „Dual-Ausstrahlungswirkung“.

*Die Anerkennung der Elastizität der Wirkungslinie B.

*Prüfungstufen dienen der Elastizität der Wirkungslinie B.

*Es soll auf keinen Fall der Eindruck entstehen, die Pfeile in die Konfusion hinein kommen jeweils aus Feld A bzw. Feld B. Vielmehr ist es so, dass die Pfeile immer aus Feld A kommen. Diejenigen, die vermeintlich aus Feld B kommen, stellen eigentlich die Einbruchstellen der Grund-

rechte über Generalklauseln dar. Die Pfeile aus Feld A sind Einbruchstellen aus der dem heutigen Zeitgefühl entsprechenden besonderen Legitimität. (Wegen technischer Gründe s. genauer Form Abbildung 3.)

Im schraffierten Feld werden die Wertordnungen von Privatrecht und öffentlichem Recht „genötigt“, sich um dieses Gebiet herum zu ordnen (dazu die Prüfungstufen, siehe folgende Seite). In diesem Sinne wendet die „Dual-Ausstrahlungswirkung“ die allgemeinen Prinzipien des Verfassungsrechts und des Privatrechts gleichzeitig an. Einerseits kommt über die Einbruchstellen des Privatrechts (Wirkungslinie B) die bisherige „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte. Andererseits gelangt von Seiten des Verfassungsrechts (Feld A) die vorläufige „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte in die Konfusion.

Wenn sich „Wirkungslinie B“ flexibel in die vorläufige „Pufferzone“, die im Privatrechtsgebiet auftaucht, bewegt und wenn sie anerkannt wird, könnte sich das Problem der Drittwirkung der Grundrechte ohne Konfusion lösen. Das könnte auch ein Ansatz für den künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff – den sog. „Kooperativen Rechtsstaat“ – für das 21. Jahrhundert sein, weil beide Grundrechtsberechtigte für die optimale Verwirklichung der eigenen Grundrechte kooperieren müssen.⁴⁶¹

Dennoch ist zu erwarten, dass die Judikative und die Legislative diesen Zustand der „Konfusion“ ordnen bzw. auflösen werden. Wenn der Gesetzgeber durch seine gesetzgeberische Befugnis diesen Zustand der Konfusion auflöst, bedeutet es

⁴⁶¹ Über die kooperative Grundrechtsverwirklichung s. zweiter Teil A. II. 5. b) „kooperative Grundrechtsverwirklichung“

die Übereinstimmung der beiden Wirkungslinien A und B. Darum ist die sog. „Konfusion“, die zudem wegen der Verwirklichung der Verfassung geschehen wird, nur ein vorläufiger Zustand.

c) Prüfungsstufen

aa) Notwendigkeit der Prüfungsstufen

Für die Bewahrung der Privatrechtsordnung sind Prüfungsstufen notwendig, um die Integrität und das Wesen des Privatrechts zu erhalten. Die Begriffe *privates* und *öffentliches Recht* haben untereinander eigene eigentümliche Rollen in der Rechtsordnung des Staates. Darum sind die Begriffe *privates* und *öffentliches Recht* nicht positivrechtliche Begriffe, „die einer einzelnen positiven Rechtsordnung ebenso gut fehlen könnten“.⁴⁶² Dennoch ist das Wert- und Rangverhältnis des öffentlichen und des privaten Rechts der geschichtlichen Wandlung, der weltanschaulichen Wertung unterworfen.⁴⁶³ Die meistens privatrechtlichen Lehrbücher behandeln diese Ansicht als Vorrang des Verfassungsrechts.⁴⁶⁴

⁴⁶² Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 220.; Er betont auch, dass die Begriffe *privates* und *öffentliches Recht* apriorische Rechtsbegriffe ist. Über die Unterscheidung *privaten* und *öffentlichen Rechts* schreibt er weiter: „Nicht nur im Rechtsbegriff, sondern schon in der Rechtsidee ist aber die Unterscheidung *privaten* und *öffentlichen Rechts* angelegt. Wenn die Gerechtigkeit entweder ausgleichende oder austeilende Gerechtigkeit, d. h. entweder Gerechtigkeit zwischen Gleichgeordneten oder Gerechtigkeit im Verhältnis der Über- und Unterordnung ist, so weist die Gerechtigkeit selber bereits auf ihre beiden Substrate hin, auf das *private* und auf das *öffentliche Recht*.“, Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 221.

⁴⁶³ Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 221.; Vgl. Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 5 f.: „Das gesamte Recht zerfällt in zwei große Bereiche, das *Öffentliche Recht* und das *Privatrecht*. Diese Gliederung ist für die Rechtswissenschaft einer der grundlegenden Einteilungsgesichtspunkte. Die Unterscheidung ist bereits im *Klassischen Römischen Recht* entwickelt wor-

In Anbetracht dieser Tatsachen, wird ein flexibles grundrechtsdogmatisches Konzept für die Lösung der Drittwirkungsproblematik benötigt. „Die Elastizität der Wirkungslinie B“ dient dieser Betrachtungsweise, die die effiziente Bewahrung der Privatrechtsordnung und die Verwirklichung der Verfassung gleichzeitig realisieren kann.

Die Elastizität der Wirkungslinie B braucht auch folgende Prüfungsstufen für den genauen Prozess, ob, wie und inwieweit sich öffentliches Gebiet im Bereich des Privatrechts erweitern kann.

bb) Inhalt der Prüfungsstufen

aaa) Allgemein

den und hat im 19. Jahrhundert durch die Theorie des freiheitlich liberalen Rechtsstaates, nicht zuletzt als Konsequenz des Dualismus von Staat und Gesellschaft, seine Blüte erreicht. Die duale Struktur des Rechts, die Differenzierung in staatlichen und privaten Bereich, ist allerdings nicht unbestritten. Heute mehren sich die Stimmen, die die Auffassung vertreten, dass unter den Bedingungen des modernen Leistungsstaates das System zweier prinzipiell voneinander geschiedener Bereiche des Öffentlichen und des Privaten Rechts seinen Erklärungswert weitgehend verloren hat.“

⁴⁶⁴ Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 15. Aufl. 2002, S.37 ff.: unter dem Titel „Zivilrecht und Grundgesetz“; Schwab/Prütting, Sachenrecht, 30. Aufl. 2002, Rn. 19.: unter dem Titel „Bindung des Sachenrechts durch das öffentliche Recht“, Da befindet sich folgender bedeutsamer Satz: „Neben zivilrechtlichen Bindungen und Einschränkungen ist hier vor allem auf die erheblichen Einwirkungen des öffentlichen Recht hinzuweisen.“; Schwab, Familienrecht, 11. Aufl. 2001, S. 5 ff.: unter dem Titel „Familienrecht und Grundgesetz“; Schlüter, BGB-Familienrecht, 10. Aufl. 2003, S. 3 ff.: unter dem Titel „Die Verfassungsrechtliche Stellung von Ehe und Familie“; Vgl. Medicus, Schuldrecht I, 14. Aufl. 2003, Rn. 127.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1997, Rn. 693 ff.: unter dem Titel „Einwirkung der Grundrechte“; Wolf, Sachenrecht, 19. Aufl. 2003, S. 17 ff.: unter dem Titel „ Verfassungsrechtliche Grundlagen“; Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 1 ff.: unter dem Titel „Das Privatrecht im Unterschied zum öffentlichen Recht“.

Für die vernünftige Anwendung der „Dual-Ausstrahlungswirkung“ muss zuerst der Inhalt der Prüfungsstufen im Zusammenhang mit der Elastizität der Wirkungslinie B definiert werden. Wenn die Wirkungslinie B mit ihrer Elastizität im Normbereich des Privatrechts zu weit geht, wird ein Eingriff in die Privatautonomie verursacht, die als Schwerpunkt in der Privatrechtsordnung gilt. Umgekehrt gilt, wenn die Elastizität der Wirkungslinie B zu starr steht, wird eine „Pflichtvergessenheit“ der Rechtsnormen verursacht, welche eigentlich die durch das Verfassungssystem der Staatsgemeinschaft garantierten Grundrechte verwirklichen sollen und das Verfassungsleben der einzelnen in die Idee der Verfassung hinein orientieren müssen.

bbb) Erste Stufe

Zuerst soll die Erweiterungsmöglichkeit der Dimensionen überprüft werden, ob sich das öffentlich-rechtliche Gebiet (Feld A) in den Bereich (Feld B) des Privatrechts erweitern kann und wenn Ja, inwieweit sich sein Gebiet im Bereich des Schuldrechts, des Sachenrechts und des Rechts in Verbindung mit der Herkunft (z. B. Familienrecht, Erbrecht usw.) ausweiten lässt.

Zur Überprüfung der Zulässigkeit der Erweiterung des öffentlich-rechtlichen Bereichs verwendet diese Dissertation „das System der Punktzahl“. Dabei werden Gründe, die für oder gegen eine Erweiterung der Elastizität sprechen, gewichtet. Jeder einzelne dieser Gründe erhält bei entsprechender Annahme seiner Bedeutung in der Sache einen Punkt. Wenn die Sache drei Punkte von sechs Punkten

(siehe jetzt folgende Tabelle 2.) erwerben könnte, – dies ist nur ein Beispiel – kann die Erweiterung des öffentlichen Gebiets erlaubt werden.⁴⁶⁵ Im Zusammenhang mit den Prüfungspunkten der Erweiterung des öffentlich-rechtlichen Gebiets in die rein privatrechtlichen Bereiche soll eine weitergehende Untersuchung gefordert werden.

Tabelle 2. Das System der Punktzahl

(Prüfungsgründe als praktische Beispiele; Jeder Grund hat einen Punkt.)

1. Anforderung der Erweiterung von der Seite der Privatrechtsordnung
2. Möglichkeit der Bewahrung der traditionellen Funktion der Privatrechtsvorschrift
3. Prinzip der Subsidiarität
4. Bezogenheit auf das Gemeinwohl
5. Abwesenheit einer Privatrechtsvorschrift für die Problemlösung
6. Dringlichkeit der Sache für die Erhaltung des Rechtsstaatsprinzips

Nummer 1 ist ein Kriterium, dass man an der Herausforderung der sich ändernden Gesellschaftsordnung od. an den „einzelnen Gerechtigkeitsvorstellungen“⁴⁶⁶ erkennt. Nummer 2 ist ein notwendiger Punkt um die Bewahrung der Privatrechtsordnung zu gewährleisten, d. h. wenn die Geltung der Grundrechte ins Privatrechtssystem hineinwirkt und, als Ergebnis daraus, traditionelle Funktionen der

⁴⁶⁵ Das Lüth-Urteil kann Nummer 3, 5, 6, die Handelsvertreterentscheidung ihrerseits kann Nummer 3, 4, 6 erwerben.

⁴⁶⁶ Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 22.

Privatrechtsvorschrift – z. B. nicht ganzes Beschränken sondern teilweises Beschränken – nicht aufgegeben werden, kann die Erweiterung zulässig sein. Nummer 3 bezieht sich auf das Subsidiaritätsprinzip. Einerseits steht es dafür, dass die Grundrechtswirkung als die höhere organisatorische Einheit nur Aufgaben an sich ziehen soll, die die Privatrechtsordnung als die nachgeordnete Einheit nicht ebenso gut oder besser erledigen kann.⁴⁶⁷ Andererseits steht es dafür, ob eine Angelegenheit zwischen Privaten überhaupt öffentlich-rechtlich geregelt werden muss oder „nicht gleich gut von den Bürgern selbst „privatautonom“ besorgt werden kann“.⁴⁶⁸ Es trifft sich bes. in diesem Punkt mit dem Übermaßverbot.⁴⁶⁹ Nummer 4 entstammt aus der „sozialen Gerechtigkeit“⁴⁷⁰ und der Verantwortung der „gesellschaftsregulierende und wertevermittelnde Funktion der Gesetze“⁴⁷¹. Nummer 5 ist eindeutig, weil der Richter trotz abwesender Privatrechtsvorschrift einen Rechtsstreit entscheiden muss. Da eine wiederholte und offenkundige „Pflichtvergessenheit“ der Rechtsnormen auf „schwere Verletzungen des Gerechtigkeitsgrundsatzes“⁴⁷² – z. B. der Grundsatz der gleichen Freiheit u. fairen Chancengleichheit – „die Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams“⁴⁷³ gegen ein gesamtes

⁴⁶⁷ Vgl. Maunz, Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. 1998, S. 69.

⁴⁶⁸ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, S.133.

⁴⁶⁹ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, S.133.

⁴⁷⁰ Etzioni, Amitai, Die Entdeckung des Gemeinwesens. Ansprüche, Verantwortlichkeiten und das Programm des Kommunitarismus (The Spirit of Community. Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda), Übers. W. F. Müller, 1995, S. 295.; vgl. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 291 ff. u. 565 ff.

⁴⁷¹ Etzioni, Amitai, Die Entdeckung des Gemeinwesens. Ansprüche, Verantwortlichkeiten und das Programm des Kommunitarismus (The Spirit of Community. Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda), Übers. W. F. Müller, 1995, S. 298.

⁴⁷² Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 409.

⁴⁷³ Ausführlicher Inhalt über „die Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams“ s. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 409 ff.

Gesetzsystem verursachen könnte, ist Nummer 6 ein wichtiger – aber gleichzeitig – ein selbstständiger Punkt.

Das Ausmaß der Erweiterungsmöglichkeit der öffentlichen Dimensionen in den einzelnen privatrechtlichen Bereichen ist nicht gleich. Im weiteren Sinne differenziert der Verfasser diese Bereiche als solche des Schuldrechts, des Sachenrechts und des Rechts in Verbindung mit der Herkunft. Da Sachenrecht die Eigenschaft als „absolutes Recht“⁴⁷⁴ und einen „*numerus clausus*“⁴⁷⁵ besitzt, ist das Ausmaß der Erweiterungsmöglichkeiten der öffentlichen Dimensionen in den einzelnen privatrechtlichen Bereichen geringer als in den anderen beiden Bereichen. Das Recht in Verbindung mit der Herkunft – z. B. Familienrecht und Erbrecht im BGB – enthält weiterreichende Erweiterungsmöglichkeiten als die anderen beiden Bereiche. Diese gehen über das Ausmaß der Erweiterungsmöglichkeit der öffentlichen Dimensionen in den einzelnen reinen privatrechtlichen Bereichen hinaus, weil das Recht in Verbindung mit der Herkunft neben dem Bereich steht, der nor-

⁴⁷⁴ „Dingliche Rechte wirken gegenüber jedermann, sie sind also gekennzeichnet durch eine absolute Herrschaftsmacht des Berechtigten. Damit stehen sie in deutlichem Gegensatz zu den sog. Relativen Rechten, also zu den Befugnissen gegenüber einer bestimmten Person, wie sie üblicherweise im Schulrecht bestehen. Folge dieser Absolutheit im Sachenrecht ist die Möglichkeit, bei Eingriffen in die dingliche Rechtsposition Ansprüche gegen jedermann geltend zu machen, also insbesondere den Anspruch auf Herausgabe, auf Schadensersatz und auf Beseitigung sowie Unterlassung.“ Schwab/Prütting, Sachenrecht, 30. Aufl. 2002, Rn. 15.

⁴⁷⁵ „Der Gesetzgeber hat die einzelnen dinglichen Rechte im Gesetz festgelegt und sie auf die dort normierten Typen beschränkt. Zugleich hat er diese dinglichen Rechte in ihrem Inhalt im Grundsatz fixiert. Man spricht deshalb im Sachenrecht vom Typenzwang und von der Typenfixierung oder vom sog. *Numerus clausus* der Sachenrechte. *Eine Vertragsfreiheit wie auf dem Gebiet des Schuldrechts besteht also nicht.* Die Parteien können deshalb weder über den Inhalt vertraglich beliebig bestimmen, noch können sie vertraglich neue dingliche Rechte schaffen.“, Schwab/Prütting, Sachenrecht, 30. Aufl. 2002, Rn. 17.

normalerweise die erste direkte (oder indirekte) Auswirkung vom Art. 2, 3 und 6 GG erfahren könnte.

ccc) Zweite Stufe

In der zweiten Stufe wird *die bisherige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als mittelbare Drittwirkung* überprüft. Diese Ausstrahlungswirkung kommt vom Feld A (wegen technischer Gründe s. genauer Form Abbildung 4.) und strahlt in das Gebiet der „Konfusion“ als ausgestaltende öffentliche Institution durch die Wirkungslinie B. Allerdings, fungieren die Generalklauseln des Zivilrechts – z. B. Art. 138, 242, 315, 823 Abs. 1, 826 BGB – als Einbruchsstelle, über die grundrechtsorientierte Interpretation und Konkretisierung durchgeführt werden können, um die Wertschutzaufgabe innerhalb der zivilistischen Begriffswelt zu erfüllen – für diese Aufgabe hat das Privatrechtssystem seine wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln.⁴⁷⁶

ddd) Dritte Stufe

Bei der dritten Stufe handelt es sich um *die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als mittelbare Drittwirkung*. Sie kommt vom Feld A durch die Wirkungslinie A in das Gebiet der Konfusion als ausgestaltende öffentliche Institution. Die Wirkungslinie A hat Einbruchsstelle, die *„dem heutigen Zeitgefühl entspre-*

⁴⁷⁶ Vgl. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Hans Nawiasky, 1956, S.176.

*chend eine besondere Legitimität besitzt*⁴⁷⁷, um die gesamte einheitliche Rechtsordnung und die Einheit der Verfassung zu bewahren. Die bisherige Debatte in Verbindung mit der „unmittelbaren Drittwirkung“ verkennt die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte.

Obwohl das Lüth-Urteil zum Urteil über den Art. 764 KBGB vom koreanischen Verfassungsgericht⁴⁷⁸ und die Handelsvertreterentscheidung über die Entscheidung über die Verpflichtung zur Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen vom obersten Gerichtshof⁴⁷⁹ in Korea eine strukturelle und sachliche Ähnlichkeit haben, sind die Ergebnisse der Entscheidungen gegenteilig. Die Einbruchstellen, die „dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität“ besitzen, gleichen sich aufgrund politischer, kultureller, wissenschaftlicher Situationen nicht. Dieses Beispiel zeigt als Perspektive, dass die verfassungsrechtliche Entscheidung eine „bewegliche Methode“⁴⁸⁰ für die Integration der Staatsgemeinschaft (d. h. die dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität besitzt) wählen muss.

⁴⁷⁷ Häberle, Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S. 84.; Im Zusammenhang mit der Vorwirkung des Verfassungsrechts hat Häberle folgende Meinung: „Die Vorwirkung speziell von Gesetzen erklärt sich vor allem aus dem Erfordernis des Richters, bei offenen Auslegungsfragen nach Konkretisierungsmaterial Ausschau zu halten. Das Kommende ist ihm hierbei hilfreich, zumal es *dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität besitzt*...sie bewirkt die durch eine „neue“ öffentliche Wirklichkeit bedingte Relativierung des formellen Publizitätsaktes der Verkündung des Gesetzes...Die differenzierende Bejahung der Vorwirkung von Gesetzen ist Konsequenz des hier zu Grunde gelegten Interpretationsverständnisses auf dem Hintergrund der Wirklichkeit der Öffentlichkeit der verfassten res publica. Der Einbau der Vorwirkung in die Demokratietheorie steht noch aus. Die demokratische Legitimation des Richters bezeichnet Grund und Grenze der differenzierten Vorwirkung.“

⁴⁷⁸ S. erster Teil C. II. 2. a) „Urteil über den Art. 764 KBGB vom 1. 4. 1991“

⁴⁷⁹ S. erster Teil C. II. 3. a) „Verpflichtung zur Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen“

⁴⁸⁰ S. erster Teil A. I. „Problemstellung als Einleitung“

Hier liegt es auf der Hand, dass man drei Fragestellungen klar beantworten muss. Erstens – was genau ist das „heutige Zeitgefühl (od. der Zeitgeist)“. Zweitens – wie und wo ein Richter über das Zeitgefühl i. V. m. der Drittwirkung entscheiden kann? Drittens – worauf soll die Vorläufigkeit der Ausstrahlungswirkung gerade beruhen (d. h. von welchem Artikel des GG ausgehend, kann man interpretieren?).

Der Versuch der Definition des Zeitgefühls berührt „die Gerechtigkeit der Verfassung“⁴⁸¹ als Aspekt in philosophischer Hinsicht. Rawls erwähnt folgendes über die Gerechtigkeitsvorstellung:

„Trotzdem kann man jedem von ihnen eine Gerechtigkeitsvorstellung zuschreiben. Das heißt, sie sehen die Notwendigkeit bestimmter Grundsätze für die Festsetzung der Grundrechte und –pflichten und der als gerecht betrachteten Verteilung der Früchte und Lasten der gesellschaftlichen Zusammenarbeit, und sie sind bereit, solche anzuerkennen.“⁴⁸²

Ein Richter entscheidet nicht nur auf Grund der Existenz des Gesetzes, sondern auch auf Grund seiner Geltung.⁴⁸³ Die Grundlage seiner Geltung beruht besonders auf Gerechtigkeit. Darum können die Gerichte innerhalb des zulässigen Rechtssystems seine Selbstreferenz umsetzen, in dem sie das Gesetz entsprechend modifizieren und damit ein Zeitproblem lösen.⁴⁸⁴ Dies ist sogar notwendig, weil der

⁴⁸¹ Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 251 ff.

⁴⁸² Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 21.

⁴⁸³ Kirste, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, 1998, S. 305.

⁴⁸⁴ Vgl. Kirste, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, 1998, S. 309. u. 315.

Richter unter dem Zwang steht, „rasch einen Rechtsstreit zu entscheiden und den Rechtsfrieden wiederherzustellen“.⁴⁸⁵

Als praktisches Beispiel in rechtswissenschaftlicher Hinsicht kann man die Notwendigkeit der neuen Interpretation des Art. 2 Abs.1 i. V. mit Art. 1 Abs.1 GG aufgrund einer veränderten Informationstechnologie (bes. i. V. m. der informationelle Selbstbestimmung) anführen.⁴⁸⁶

Im Hinblick auf das Gewaltenteilungsprinzip ist die zweite Frage wichtig. Ein Richter soll die Erweiterungsmöglichkeit des öffentlich-rechtlichen Gebietes (s. bbb) Erste Stufe) überprüfen, in dem er feststellt, über welche der ausgeführten Voraussetzungen der Erweiterung Einigkeit gefunden werden kann. Dazu dient das System der Punktzahl drei aus sechs (s. Tabelle 2.).

Die dritte Frage ist der Schwerpunkt dieser Dissertation. Der Grund der Vorläufigkeit der Ausstrahlungswirkung als dritte Prüfungsstufe beruht auf der Interpretation des Art. 19 Abs. 2 GG. Die vorläufige Ausstrahlungswirkung funktioniert als befristeter Charakter. Häberle betont bereits, dass Art. 19 Abs. 2 GG „deklaratorische Bedeutung“ hat.⁴⁸⁷ *Ohne die positive Überlegung der Grundrechtswirkung anzuerkennen, kann man die Theorie der Dual-Ausstrahlungswirkung nicht verstehen.*⁴⁸⁸ Diese Auffassung Häberles von 1962 war eine sehr fortschrittliche

⁴⁸⁵ Ramm, Drittwirkung und Übermaßverbot, JZ 1998/10, S. 492.

⁴⁸⁶ Vgl. Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, S.399.

⁴⁸⁷ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl., 1983, S. 234.

⁴⁸⁸ Wenn man denkt, dass das Gesetz aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips nur durch die Abgeordneten geändert werden soll, sollte das Gesetz durch das Wahlsystem geändert werden.

Theorie der Grundrechtsdogmatik und ist auch als grundsätzlicher „Boden“ für die Lösung der Drittwirkungsproblematik geeignet.⁴⁸⁹ Er referierte die Funktion des Art. 19 Abs. 2 GG wie folgt:

„...eröffnet man dem Gesetzgeber etwa durch eine erneute Pervertierung des Instituts des Gesetzesvorbehaltes einen Weg zum Missbrauch seiner Befugnisse, wird also das Verhältnis von Verfassung und Gesetzgebung im Grundrechtsbereich einseitig zugunsten der letzteren bestimmt, so tritt Art. 19 Abs. 2 GG in sein volles Recht ein. Er verhindert eine Verletzung der Grundrechte durch Missachtung der verfassungs- bzw. grundrechtsimmanenten Prinzipien. So gesehen hat Art. 19 Abs. 2 GG eine wichtige Funktion.“⁴⁹⁰

Rawls erwähnte (im Vergleich zur Meinung Häberles) die bedeutende Rolle od. Position des Gesetzgebers in Hinsicht auf die philosophische Betrachtung der Gerechtigkeit.

„Die Gerechtigkeitsgrundsätze gehören zu den wichtigsten Gesichtspunkten bei der Beurteilung der Tätigkeit eines Abgeordneten und der Gründe, die er für sie anführt.“⁴⁹¹

Das Spannungsfeld zwischen Legislative und richterlicher Gewalt, das von der Vorläufigkeit der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als Ausnahmefall verursacht wird, dient schließlich dem Gewaltenteilungsprinzip, welches durch „check and balance“ funktioniert.⁴⁹²

⁴⁸⁹ Die Bewertung der Interpretation Häberles des Art. 19 Abs. 2 GG s. zweiter Teil A. I. 1. c).

⁴⁹⁰ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 235.

⁴⁹¹ Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 258.

⁴⁹² Allerdings, Aufgrund des Wahlsystems behaltet die abgeordnete mehr Legitimität.

Die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte könnte gegen das Prinzip der Rechtssicherheit verstoßen.⁴⁹³ Aber die Änderung der Struktur des Rechtsstaats – vom Sozialrechtsstaat zum kooperativen Rechtsstaat⁴⁹⁴ – bringt neue Ansichten über dieses Problem, weil die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte unter dem sog. kooperativen Rechtsstaat nicht eine verstoßende gegen, sondern eine kooperative Eigenschaft für die Rechtssicherheit haben wird. Wenn in einer Angelegenheit⁴⁹⁵ die Einbruchsstelle in die Privatrechtsordnung nicht gefunden werden kann, funktioniert die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Gebiet als ausgestaltende öffentliche Institution, das sich aber noch auf den privatrechtlichen Verkehr anwenden lässt. Um eine ausdrückliche Vorschrift, die schon aufgrund von Überlegung der zivilrechtlichen Generalklauseln geregelt wird, die eine Angelegenheit zwischen Privatpersonen regelt, durch die Rechtsprechung zu ändern, müssen diese drei Stufen hierarchisch durchgegangen werden. Für die logische Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten „Wechselwirkung“⁴⁹⁶ im Privatrechtsgebiet

⁴⁹³ Vgl. Häberle, *Zeit und Verfassung*, in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl. 1996, S. 84 f.; „Auf keinen Fall darf über die Vorwirkung direkt oder indirekt „private Gewalt“ legitimiert werden.“ (S. 85, Fn. 123) und „Differenzierend z. B. insofern, als es im Strafrecht keine Vorwirkung zum Nachteil des Bürgers geben kann; gleiches dürfte im Steuerrecht gelten.“ (S. 85, Fn. 124).

⁴⁹⁴ S. zweiter Teil A. II. 5. a) „Kooperativer Rechtsstaat“

⁴⁹⁵ z. B. Urteil zum Art. 809 Abs. 1 [Verbot der Heirat mit demselben Familienamen (Stamm) und derselben Herkunft] KBGB vom 16. 7. 1997 s. Erster Teil C. II. 2. b).

⁴⁹⁶ BVerfGE 7, 198 (208 f.): „Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und „allgemeinem Gesetz“ ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die „allgemeinen Gesetz“ aufzufassen; es findet vielmehr eine *Wechselwirkung* in dem Sinne statt, dass die „allgemeinen Gesetz“ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“

könnte die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auch angewendet werden. Die Handelsvertreterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts könnte ein gutes Beispiel sein.⁴⁹⁷

Diese vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte wird besonders im Bereich des Rechtsverhältnisses zwischen allgemeinem Zivilrecht wie BGB und privatrechtlichem Sonderrecht⁴⁹⁸, sowie im Bereich der „reinen Drittwirkung“⁴⁹⁹ der Grundrechte zwischen Privatpersonen effizient eingesetzt werden können, weil solche Fälle wegen der grundrechtlichen Rolle der kooperativen Grundrechtsverwirklichung⁵⁰⁰ im künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff zunehmen werden.⁵⁰¹

cc) Fazit

⁴⁹⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat die bisherige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, staatliche Schutzpflicht und Sozialstaatsprinzip in der Handelsvertreterentscheidung (BVerfGE 81, 242: ausführlicher Inhalt s. Erster Teil B. II. 1. b) „Die Handelsvertreterentscheidung“) angewendet. Aber die bisherige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte kann in diesem Fall nicht funktionieren, weil die Vorschrift im HGB schon aus den Überlegungen der zivilrechtlichen Generalklauseln geregelt worden ist. Wenn das Bundesverfassungsgericht diese vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte für die Handelsvertreterentscheidung verwenden würde, könnte es die grundrechtstheoretische Klarheit für die Lösung bringen.

⁴⁹⁸ Wenn das Sonderrecht die Anwendung der Generalklauseln des Privatrechts ablehnt, weil es eine spezielle Sache außerhalb des bürgerlichen Gesetzbuches regelt.

⁴⁹⁹ Als Beispiel: ein Vertrag ohne konkrete anwendbare Vorschrift zwischen Privaten.; Gallwas legt ein gutes Beispiel für die Erklärung der reinen Drittwirkung vor (mit der Ablehnung der unmittelbaren Drittwirkung), „Ein den Sohn gegenüber der Tochter bevorzugendes Testament läßt sich nicht einfach durch den Gleichberechtigungssatz des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG zu Fall bringen.“ Aber wenn das „heutige Zeitgefühl“ irgendwann eine besondere Legitimität besitzen könnte, kann der Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG durch die Einbruchsstelle der vorläufigen Ausstrahlungswirkung in der Sache angewendet werden.

⁵⁰⁰ S. zweiter Teil A. II. 5. b) „Kooperative Grundrechtsverwirklichung“

⁵⁰¹ Zunehmender Status der Drittwirkungsfälle s. Tabelle 1. „Eine statistische Untersuchung bis 31. 12. 2003“

Die Prüfungsstufen für die Anwendung der „Dual-Ausstrahlungswirkung“ differenzieren die bisherige mittelbare Drittwirkungstheorie, um die Struktur der Bindung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung zu finden. Wenn die Anwendung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in konkreter Sache zulässig ist, löst sich danach der Status der Grundrechtskonflikte zwischen Privaten z. B. durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Güterabwägungsprinzip und das Prinzip der Harmonisierung sowie die praktische Konkordanz mit der Erhaltung der Einheit der Verfassung auf. Die folgende „Tabelle 3.“ ist das Fazit der Prüfungsstufen.

Tabelle 3. Prüfungsstufen für die Anwendung der „Dual-Ausstrahlungswirkung“

A. Erste Stufe

1. Kann sich öffentliches Gebiet (Feld A) in den Bereich (Feld B) des Privatrechts erweitern?
2. Wenn Ja; Inwieweit lässt sich sein Gebiet erweitern?
 - a. im Bereich des Schuldrechts
 - b. im Bereich des Sachenrechts
 - c. im Bereich des Rechts in Verbindung mit der Herkunft (z.B. Familienrecht, Erbrecht usw.)

B. Zweite Stufe

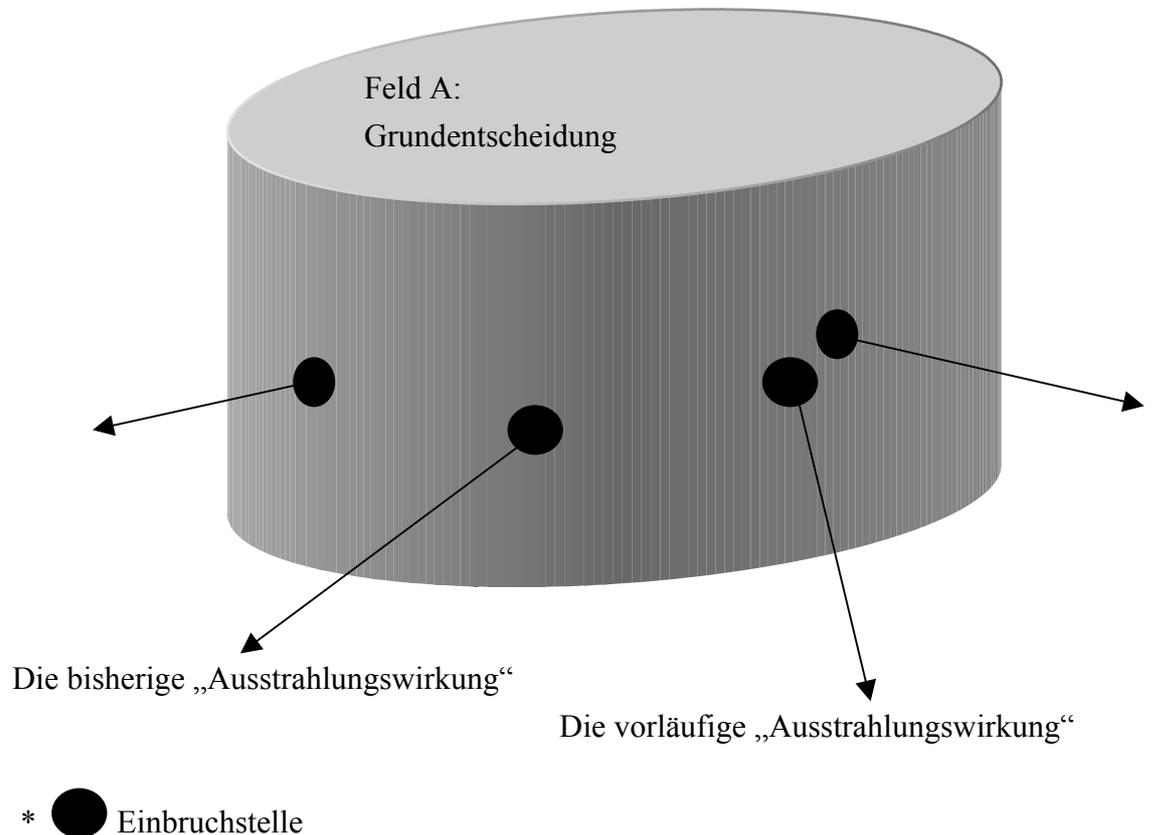
Art und Weise der bisherigen „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte

C. Dritte Stufe

Art und Weise der vorläufigen „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte

Abbildung 4. „Dual-Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte

(Eine Differenzierung der bisherigen mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte)



*Medium

Die bisherige „Ausstrahlungswirkung“ :

„Wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln“⁵⁰²
im Privatrechtssystem (od. Blankettbegriffe)

Die vorläufige „Ausstrahlungswirkung“ : (Die bisherige Debatte in Verbindung mit der „unmittelbaren Drittwirkung“ verkennt diese Eigenschaft der vorläufigen Ausstrahlungswirkung der Grundrechte.)

dass die „dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität besitzt“⁵⁰³ (von der Interpretation des Art. 19 Abs. 2 GG)

⁵⁰² Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S.176.

⁵⁰³ Häberle, Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 84.

II. Exkurs: Die Notwendigkeit einer neuen Rolle der Grundrechte für das 21. Jahrhundert

1. Entwicklungsverlauf der Stellung der Bürger

a) 19. Jahrhundert – Die Stellung der Bürger gegenüber dem Staat

aa) Entstehung des bürgerlichen Rechtsstaats

Die politische Bühne des 19. Jahrhunderts wurde durch das Ideengut der französischen Revolution und seine Auseinandersetzung mit den feudalen Mächten bestimmt. Dahinter bahnte sich ein wichtiger Strukturwandel der Gesellschaft an, der weit über die Liquidation der tausendjährigen Adelherrschaft hinausweist. Die Zeit des liberalen Bürgertums begann im 19. Jahrhundert.⁵⁰⁴ Der Liberalismus⁵⁰⁵ hat seine Wurzeln im Naturrecht. Auch der Liberalismus beruht auf der Lehre von der Freiheit des Menschen, sowohl als politischem Wesen wie als freiem Eigentümer. Andererseits, hatte der Absolutismus keinen Einfluss darauf, dass staatliche Bevormundung optimale wirtschaftliche Ergebnisse hervorbringt, die den Einzelnen in wirtschaftlichem Aspekt befreien. Der auf Freiheit und Eigen-

⁵⁰⁴ Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, S.440 f.

⁵⁰⁵ Der Liberalismus verbindet sich mit einer neuen, den Naturwissenschaften entstammenden Lehre, die den Sieg der Naturwissenschaft, die das ganze Jahrhundert kennzeichnet, ankündigt: dem Physiokratismus. Man meint, Naturgesetze im Wirtschaftsgeschehen zu finden. Klassiker und schlechthin der Vater dieser Gedanken ist „Wealth of Nation“ Adam Smiths (Smith, Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Reichtums der Nationen, zuerst 1776). „Smith lieferte den Versuch einer Analyse der Arbeit und der Kapitalvermehrung als Faktoren des wirtschaftlichen Fortschritts. Hier spielte als Grundbedingung der Freiheit die Gleichheit, insbesondere die Chancengleichheit, eine dominierende Rolle. Die Beseitigung der Privilegien, Monopole, staatlicher Subventionen wie einengender Maßnahmen (Zölle) wurde gefordert, die auf das Individuum gerichtete Zweckmäßigkeit, das subjektive Gewinnstreben wurde Gerechtigkeitsmaßstab.“, Ebel, Rechtsgeschichte, Bd. II Neuzeit, 1993, S.129.

tum gerichtete Grundsatz des Liberalismus hatte durchaus Merkmale, die bei heutiger Betrachtung als grundrechtlich zu bewerten wären.⁵⁰⁶

Um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert ist der Begriff des Rechtsstaates der Neuzeit aufgekommen. Er war die Folge des Kampfrufs des freiheitlichen Bürgertums gegen den obrigkeitlichen Fürstenstaat. Der bürgerliche Rechtsstaat wurde zuerst vor allem als Gegenbegriff zum absolutistischen Polizeistaat verstanden.⁵⁰⁷

bb) Der Charakter des bürgerlichen Rechtsstaats

Die Grundidee des bürgerlichen Rechtsstaats liegt darin, dass ein solcher Staat seine Aufgabe in der Sicherung von Freiheit und Eigentum der Bürger findet.

„Das Wohl des Individuums“ ist Kerncharakter des bürgerlichen Rechtsstaats.

Die Rechtsgleichheit, persönliche und gewerbliche Freiheit sowie die Garantie des erworbenen Eigentums gewährleisten die Sicherheit des Bürgertums.⁵⁰⁸

Die Vertragsfreiheit war als die wichtigste Veränderung im Zivilrecht dieser Zeit durchgesetzt worden.⁵⁰⁹ Die Anerkennung von Menschenrechten und der Gewaltenteilung für das Wohl des Individuums wird durch allgemeingeltende Gesetze erreicht und garantiert. Der bürgerliche Rechtsstaat hebt die Abwehr von staatlicher Willkür hervor.⁵¹⁰ Darum entsprach der Kampf um politische Freiheits- und

⁵⁰⁶ Ebel, Rechtsgeschichte, Bd. II Neuzeit, 1993, Rn. 645.

⁵⁰⁷ Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 82.

⁵⁰⁸ Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 82.

⁵⁰⁹ Wesel, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. 2001, S.448.

⁵¹⁰ Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 82.

Gleichheitsrechte im Bereich des eigentlichen öffentlichen Rechts dem Streben, die staatliche Willkür abzuwehren.⁵¹¹

cc) Die Stellung der Bürger gegenüber dem Staat

Die Grundrechte entwickelten sich gegen die Übergriffe der Staatsgewalt in private Bereiche. Die Grundrechte hatten zunächst das privatrechtliche Leben, in dem grundsätzlich Gleichordnung und Privatautonomie, also die Selbstgestaltung der Rechtsbeziehungen herrschen können, in der Staatgemeinschaft zu schützen und eine Sphäre privater Freiheit abzuschirmen. „Die Stellung des Bürgers zum anderen Bürger ist typischerweise anders als die Stellung des Bürgers zum Staat.“⁵¹²

b) 20. Jahrhundert – Die Stellung der Bürger gegenüber der Gesellschaft

aa) Ansatz des Wandels des bürgerlichen Rechtsstaatsprinzips

Die industrielle Revolution des 19. Jahrhunderts forderte von der Privatrechtsordnung eine neue rechtliche Strukturwandlung⁵¹³ zu schaffen. Darum war eine Arbeitsverfassung⁵¹⁴ aufzubauen. Sie sollte die nicht mehr brauchbaren alten Formen

⁵¹¹ Ebel, Rechtsgeschichte, Bd. II Neuzeit, 1993, Rn. 646.

⁵¹² Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. 1998, S. 142.

⁵¹³ Anknüpfend an herkömmliche Methoden und Auffassungen betont Germanist Otto von Gierke (1841 bis 1921) die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft: „Gierke, seiner Herkunft nach eher ein konservativer Mann, sah sich selbst als Sproß der historischen Rechtsschule, an deren Grundthese von der Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist festhielt. Er trat mit weitschauenden Erkenntnissen und Forderungen in bezug auf die besonderen sozialen Aufga-

des Gesinderechts, der bäuerlichen Dienste und der handwerklichen Zunftverfassung ersetzen.⁵¹⁵

Trotzdem verliefen die Gewährung der Gewerbefreiheit und die Durchsetzung der Vertragsfreiheit zögerlich. Da die rechtliche Gleichwertigkeit der Vertragspartner in der Regel nicht existierte, konnte noch keine Rede von einer allgemeinen Anerkennung der Vertragsfreiheit im Vormärz sein, stattdessen blieb das patriarchalische Element bestimmend.⁵¹⁶

ben eines modernen Privatrechts hervor. Der atomisierenden und individualisierenden Grundhaltung des Pandektenrechts setzte Gierke das Ziel entgegen, ein volkstümliches, ein deutsches, ein soziales gemeines Privatrecht zu schaffen. Gierke Arbeiten eilten seiner Zeit zum Teil voraus. Besondere Bedeutung gewannen sie für die Entwicklung des Arbeitsrechts; das gilt vor allem für seine Lehre von der Fortbildung des liberalen, den Warencharakter der Arbeit betonenden freien Arbeitsvertrages im sozial-ausgleichenden Sinn, die, die personenrechtlichen Momente erkennend, in die Bestimmung des Arbeitsvertrages als Treudienstvertrages einmündet“, Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, S.379.

⁵¹⁴ Th. Ramm behandelt die Arbeitverfassung in seinem Beitrag – Die deutsche Arbeitsverfassung im „Vormärz“ (1815-1848), in: Köbler/Heinze/Schapp(Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 6, 1990, 423 ff.; „Ramm spricht für die Zeit vor 1848 durchaus schon von einer Arbeitsverfassung, die er „Arbeitsverfassung im Vormärz“ nennt und die er als ein Teilstück der vom Staat beherrschten Gesamtverfassung ansieht, in der Arbeit-, Wirtschaft-, und Sozialverfassung vereinigt gewesen seien; die Einführung der Gewerbefreiheit habe den Einzelnen ein Stück aus dieser Gesamtverfassung heraustreten lassen. Nach Ansicht von Ramm war die Gewerbefreiheit eine partielle, aus der Staatsmacht ausgegrenzte Freiheit – wie jedes andere Freiheitsrecht, mit der das Individuum und ebenso auch die Vereinigung als selbständige Träger der Ordnung anerkannt wurden.“ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, S.379.

⁵¹⁵ Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, S.377 f.

⁵¹⁶ „Allerdings versuchte der Staat, den sozialen Schutz gegen die Familienherrschaft durchzusetzen. Der soziale Schutz wurde Teil der vom Staat beherrschten Arbeitsbeziehungen.“, Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1999, S. 380.

bb) Das Sozialstaatsprinzip

Das Grundgesetz nimmt die Gegebenheiten der modernen technischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung in sich auf. Deswegen entwickelt sich das Konzept des sozialen Rechtsstaats.⁵¹⁷ Häberle erklärt mit der Formel vom Leistungsstaat und von der Leistungsgesellschaft den sozialen Rechtsstaat, weil er „Leistung“ als Merkmal der staatlichen Gemeinwohlfunktionen begriffen hat.⁵¹⁸ Er betont, dass das dem Leistungsrecht eigene aktiv sozialgestaltende Moment die Kooperations-, Kommunikations-, Partizipations-, Verfahrens- und Organisationsformen in den Vordergrund rücken lässt.⁵¹⁹ Inhalte und Formen des bürgerlichen Rechtsstaats greifen – im wesentlichen Sinn – nicht mehr in der veränderten Wirklichkeit und angesichts neuer sozialstaatlicher Aufgaben.⁵²⁰ In damaliger Zeit, als die gesellschaftliche Position des einzelnen dem bürgerlichen Grundrechtsverständnis entsprechend verstanden wurde, dachte man nicht daran, wie stark sich das soziale Gefüge verändern könnte. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 stellt die Sozialstaatlichkeit⁵²¹ im Artikel 20 Ab-

⁵¹⁷ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 209.

⁵¹⁸ Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 46 ff.

⁵¹⁹ Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 47 f.

⁵²⁰ „Die traditionellen liberalen Grundrechte nahmen in der Gesellschaft Ungleichheit hin, weil der Staat in seinem Bereich die Freiheit garantierte. Unter geänderten Bezugspunkten der Grundrechte bedarf es nun ihrer Neustrukturierung i. S. einer Dogmatik, die sie im sozialen Leben der res publica insgesamt effektiviert.“, Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 67-69.

⁵²¹ „Die Sozialstaatsklausel dient der Schaffung materieller Grundrechtsvoraussetzungen (dies ist ihre freiheitsschaffende Kraft!), indem sie teils Leistungsansprüche, z. B. auf ökonomisch-geistiges Existenzminimum, teils Kompetenzen bzw. Verfassungsaufträge für darüber hinausreichende soziale Ausgestaltungen begründet“, Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 95.

schnitt 1 (sozialer Bundesstaat) und Artikel 28 Abschnitt 1 (sozialer Rechtsstaat) eindeutig fest.

cc) Die Stellung der Bürger gegenüber der Gesellschaft

Der Weg zur Integration von Teilbereichen der Gesellschaft wurde durch das Konzept des Leistungsstaats (sozialer Rechtsstaat) geöffnet und entwickelt. So sagt Häberle:

„Das Rechtsverhältnis Bürger-Staat ist gekennzeichnet durch *Kommunikation und Kooperation* (statt Subjektion!) zwischen den – in „Leistungsverhältnissen“ aufeinander angewiesenen – Beteiligten, deren Tätigkeit öffentliche und private Interessen verknüpft, ja oft ineinander aufgehen lässt.“⁵²²

Das Sozialstaatsprinzip verlangt deutlich reale Freiheit und ein Engagement des Bürgers für sein Gemeinwesen in der Gesellschaftsordnung. Gleichzeitig könnte die grundrechtliche Freiheit aufgrund zahlreicher Gemeinschaftsaufgaben für das Gemeinwohl in der hochtechnisierten Leistungsgesellschaft bedroht werden.

Die Staatsaufgaben, die sozialgestaltend in die Gesellschaft hineinwirken, vermehren sich. Dadurch kann die Stellung des Bürgers als „Sozialpartner“⁵²³ des Staates im weiteren Sinne verändert werden. Darum kann er an der grundrechtlichen Freiheit und an den Möglichkeiten ihrer Verwirklichung in der Staatsgemeinschaft mitwirken. Die Stellung der Bürger, die sich „gegen“ den Staat richtete, wird sich als Folge der Interdependenz von Leistungsstaat und Leistungsge-

⁵²² Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 59.

⁵²³ Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 62.

sellschaft in eine Stellung „für“ den Staat wandeln, weil die Integration der Gesellschaft erreicht werden soll.

Aber eine soziale Macht – eine Kommune, ein Konzern, ein Verband – ist in dieser Gesellschaftsordnung entstanden. Darin begründet sich die Notwendigkeit den Einzelnen in der Gesellschaft gegenüber Fremdinteressen zu schützen. Anhand dieser Situation ist die Theorie der Drittwirkung der Grundrechte entstanden.

c) 21. Jahrhundert - Die Stellung der Bürger gegenüber den Bürgern

Mit dem Auftreten des Begriffs der „Kooperation“⁵²⁴ im Verwaltungsrecht ist die Ordnung der Staatsgemeinschaft zu verändern und sie ist schon geändert. Die zukünftige Gesellschaft benötigt die Kooperation zwischen Staat und Bürger für die Verwirklichung des Gemeinwohls. Solche Kooperation könnte sich für das Verhältnis Bürger-Bürger entwickeln, weil die (durch den sich ausweitenden Bereich der Information im Verfassungsleben) grundrechtliche Chancengleichheit und der Schutz der Schwächeren durch soziale Grundrechte im sozialen Rechtsstaat fast völlig realisiert werden. Die Kollision der Grundrechte zwischen Privaten wie die Drittwirkung der Grundrechte kann mit dem erweiternden Begriff der Kooperati-

⁵²⁴ S. zweiter Teil A. II. 5. a). cc) „Kooperativer Rechtsstaat im Verwaltungsrecht“; Vgl. Neuner erwähnt ähnliches Konzept „Harmonisierung“: „Neben der Abstimmung des Sozialstaatsprinzips mit den sonstigen Privatrechtsgrundsätzen sind ferner auch die sozialen Rechte untereinander zu harmonisieren.“, Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, Habil., 1999, S. 288.

on aufgelöst werden. Die Stellung der Bürger gegenüber Bürgern ist vom gegenüberstehenden zum kooperativen Status zu ändern.⁵²⁵

2. Entwicklungsverlauf der Grundrechtsfunktionen

a) Staatssphäre

In der jüngeren deutschen Geschichte hatte die herrschende Meinung in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichem Schrifttum den grundrechtlichen Gehalt in formalistischer und positivistischer Verengung als bloße Modifikationen des bestehenden spezialgesetzlichen Rechtszustandes angesehen. Deswegen können sich die neuen und weitergehenden Auffassungen R. Smends oder C. Schmitts bis zum Jahre 1933 nicht durchsetzen.⁵²⁶

Die Bindung der vollziehenden Gewalt an die Grundrechte war schon im früheren deutschen Staatsrecht anerkannt. Aber die Bindung der rechtsprechenden Gewalt spielte kaum eine Rolle und die Bindung des Gesetzgebers war umstritten. Erst später wurden alle drei Gewalten an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht durch Grundgesetz Art. 1 Abs. 3 gebunden.⁵²⁷

Die Bindung des Gesetzgebers hat eine große Bedeutung, durch die seiner Entscheidungsfreiheit Grenzen gesetzt werden.⁵²⁸ Hesse schreibt:

⁵²⁵ Für das ausreichende Verständnis s. zweiter Teil A. II. 5. a) „Kooperativer Rechtsstaat“.

⁵²⁶ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 430.

⁵²⁷ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 429.

⁵²⁸ Vgl. Häberle, Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat – das Beispiel des deutschen Grundgesetzes, AöR 1989, S. 382 f.

„Soweit die Grundrechte die Aufgabe stellen, einen ihrem Inhalt gemäßen Rechtszustand erst zu schaffen, sind sie nicht nur ein Programm, dessen Verwirklichung in das Ermessen des Gesetzgebers gestellt ist, sondern sie verpflichten ihn, diesem Auftrag in angemessener Frist nachzukommen.“⁵²⁹

Durch die Anerkennung der Bindung des Gesetzgebers konnte sich die Grundrechtsfunktion weiter entwickeln.

b) Gesellschaftssphäre

In der heutigen begrenzten und zunehmend komplexer werdenden Welt mit ihren knapper werdenden lebenswichtigen Ressourcen lassen sich viele Freiheitsräume nicht erweitern oder tendieren sogar dazu enger zu werden. Denn im gleichen Maße droht die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen zu kollidieren: weit mehr als früher bedarf es der Abgrenzung, Begrenzung und Zuordnung der Freiheitsbereiche, die ebenfalls staatliche Aufgabe geworden ist.⁵³⁰

⁵²⁹ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 429.; Bundesverfassungsgericht stellt seine Meinung über dieses Thema folgendes fest: „Ein legitimer Grund, die Rechtssicherheit in gewissem Umfang und für gewisse Zeit einzuschränken, wird für den Gesetzgeber insbesondere dann gegeben sein, wenn er solche Einschränkungen um der Verwirklichung materialer Gerechtigkeit willen selbst setzt oder doch hinnimmt.“, BVerfGE 3, 225 (238); „Dennoch ist auch hier der Wille der Verfassung nicht dahin zu verstehen, der Gesetzgeber könne sich dem ihm erteilten Auftrag beliebig lange Zeit entziehen mit der Folge, daß der vom Verfassungsgeber abgelehnte und als dringend reformbedürftig angesehene Rechtszustand bei Inkrafttreten des Grundgesetzes auf unbestimmte Zeit bestehen bleibe.“, BVerfGE 25, 167 (179).

⁵³⁰ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 430.; Vgl. Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 47 ff.; Vgl. Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 19 f.

Die Notwendigkeit des Schutzes von Leben, Freiheit und Eigentum der Einzelnen gründet eine Gesellschaft.⁵³¹ Der moderne Sozialstaat forderte eine neue Gesellschaftsordnung und das Sozialstaatsprinzip als moderne Gesellschaftsordnung hat den Grundrechtsfunktionen einen wichtigen Wendepunkt beschert, in dem Sinne, dass die Grundrechte nicht nur als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat sondern auch als objektive Prinzipien in der Gesellschaft als Staatsgemeinschaft funktionieren können. Die Grundrechtsfunktionen als „Kooperationsgarantien“ werden endlich zwischen Privatpersonen, die in der modernen Gesellschaft stehen, aktiviert.

c) Fazit

Die grundrechtsdogmatische Entwicklung begann mit der klassischen liberalen Auffassung, die besagt, dass der einzelne vor der Beeinträchtigung seiner Freiheits- und Eigentumssphäre durch den Staat bewahrt werden muss⁵³². Im Zusammenhang mit positiven Handlungen des Staates erscheint der Begriff „Teilhabeberecht“, das dem Einzelnen Ansprüche auf positive Leistungen durch den Staat gewährleisten soll.⁵³³ Das Denken der subjektiv-öffentlichen Abwehrrechte entwickelt sich zur Erweiterung der Grundrechtsfunktion mit der objektiven Wertordnung und das Bundesverfassungsgericht erkennt die Grundrechte als Wertordnung durch ständige Rechtsprechung an.⁵³⁴ Die Grundrechte als Verfahrensgarantien

⁵³¹ Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, S. 348.

⁵³² Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S.247.

⁵³³ Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 82; Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S.253; Ipsen, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003, Rn. 100.

⁵³⁴ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl., 1983, S. 70 ff.; Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S. 312.

tien leiten sich vom Rechtsstaatsprinzip ab⁵³⁵. Diese Garantien beinhalten, dass der Staat und insbesondere die Verwaltung durch die sachliche gerechte Abwägung betroffenen privaten und öffentlichen Interessen ihre Entscheidung darlegen sollen. Über die institutionelle Garantie der Grundrechtsfunktion entstanden einige Lehren⁵³⁶ und als die repräsentativste Lehre kann man die Ideen von C. Schmitt⁵³⁷ und P. Häberle⁵³⁸ referieren.

Aufgrund der bisherigen Untersuchung werden „die Kooperationsgarantien (Status kooperativus)“ als neue Funktionen der Grundrechte in naher Zukunft auftreten. Diese Idee der „Kooperationsgarantien“ beruht auf folgendem Selbstverständnis: zum einen die „ganz positive Überlegung“⁵³⁹ der Grundrechtsfunktionen sowie zum anderen der „Doppelcharakter der Grundrechte“⁵⁴⁰.

Die Kategorie von Jellinek hat der Verfasser auf die Grundrechtsfunktionen in drei Begriffe angewendet: status negativus (status libertatis), status positivus (status civitatis) und status activus.⁵⁴¹ Dem fügt der Verfasser den „status kooperati-

⁵³⁵ Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S. 301.

⁵³⁶ Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, S. 272 ff.

⁵³⁷ Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2. Aufl. 1973, S. 214.

⁵³⁸ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 70 ff. (bes. 116 ff.)

⁵³⁹ S. Abbildung 1. Unterteilung des Kontrollsystems der Grundrechtsverwirklichung

⁵⁴⁰ Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 70 ff.

⁵⁴¹ Jellinek erwähnte die Formulierung „status activus“ bes. im Zusammenhang mit den Teilhabeansprüchen (z. B. Wahlaktion): Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 419 ff.; Diese drei Begriffe werden als Subjektqualität des Staatsvolks verstanden. Die hier nicht erwähnte Formulierung „status passivus“ wird als Objektqualität („Pflichtsubjekt, d. h. ausschließlich Glied oder Werkzeug eines höheren Ganzen“ S.292 v. Kersten) verstanden: Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 287-293; Vgl. Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, Rn. 596.

vus“ hinzu. Diese Unterteilung ist hilfreich im Zusammenhang mit der Einordnung des Entwicklungsverlaufs der Grundrechtsfunktionen. Die folgende „Tabelle 4.“ ist eine Zusammenfassung der grundrechtstheoretischen Entwicklung.

Tabelle 4. Überblick des Entwicklungsverlaufs der Grundrechtsfunktionen

(Die „4. Periode“ ist Voraussicht von Verfasser)

Entwicklung der Periode	Status der Grundrechtsfunktion	Eigenschaft der Grundrechte	Ausmaß der bindenden Wirkung der Grundrechte	Sphäre	Das Prinzip des Rechtsstaats
1. (19. Jh.)	Negativus	Abwehrrecht	Vollziehende Gewalt	Staat	Bürgerlicher Rechtsstaat
2. (Ende des 19. Jh. und Anfang des 20. Jh.)	Negativus	Abwehrrecht	+ Gesetzgeber	Staat	Bürgerlicher Rechtsstaat
3. (20. Jh.)	Positivus	+Leistungsrecht*	+teilweise zwischen Privaten	+Gesellschaft	Sozialer Rechtsstaat
4. (21. Jh.)	Activus u. Kooperativus	+weitergehendes Teilhabe- und Mitgestaltungsrecht	+ nicht teilweise <u>Drittwirkung der Grundrechte</u>	+Gesellschaft +private Sphäre	Sog. <u>Kooperativer Rechtsstaat</u>

* Leistungsrecht (Häberle, „Leistungsrecht“ im sozialen Rechtsstaat, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S. 445 ff.)

3. Der sich ausweitende Bereich der Information im Verfassungsleben

„Gesellschaft ist personale Kommunikation.“⁵⁴² Das bisherige Problem – die wirtschaftliche Ungleichheit, uneffiziente Verteilung der „knapper werdenden lebenswichtigen Ressourcen“⁵⁴³, sich gegenüberstehende Parteien wegen ökonomischer Erwartungsfehlers und unbekannter Rechte – in unserer Gesellschaft sind unzureichende Methoden der Kommunikation zwischen Privatpersonen.

Hochtechnische Mittel, um Information mit leichteren Methoden zu erreichen, fördern die rechtswissenschaftliche Integration der Gesellschaft. Die Erscheinung des Internets ist sozusagen eine Revolution für die kommunikative Gesellschaft. Das Internet beschleunigt neben der Förderung der Kommunikation zwischen Privaten auch die Umlaufgeschwindigkeit des Kapitals. Diese Beschleunigung ist dabei hilfreich, das Gemeinwohl als die Gemeinschaftsaufgabe im sozialen Rechtsstaat zu realisieren.

⁵⁴² „Gesellschaft entsteht, wenn die Norm den die Kommunikation leitenden Maßstab abgibt, also bestimmt, an welches Verhalten wie anzuschließen ist. Die obige unspezifische Aussage, Gesellschaft liege vor, wenn das Verhalten der Individuen als Verhalten von Personen begriffen werden könne, ist also dahin zu ergänzen, daß dieses Begreifen nicht von außen kommen darf, sondern in der Kommunikation der Normunterworfenen vorhanden sein muß: *Gesellschaft ist personale Kommunikation.*“, Jakobs, Günther: Norm, Person, Gesellschaft, 1997, S. 52 f.; Luhmann vertritt die Auffassung, „dass das Recht ein Zeitproblem löst, das sich in der gesellschaftlichen Kommunikation immer dann stellt, wenn die gerade abgelaufene Kommunikation sich nicht selbst genügt – sei es als Expression, sei es als ‚praxis‘ – , sondern sich in zeitlicher Extension ihres Sinnes an Erwartungen orientiert und Erwartungen zum Ausdruck bringt.“, Kirste, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, 1998, S. 315.

⁵⁴³ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 430.

In rechtswissenschaftliche Hinsicht hilft diese Beschleunigung außerdem, den Einzelnen schneller und genauer erkennen zu lassen, wo es Ungleichheiten in seinem (Verfassungs-)Leben gibt. Freiheit und Gleichheit sind beides starke Säule des Demokratieprinzips. Das sich durch diese Beschleunigung ändernde Verständnis des Mitglieds der Staatsgemeinschaft über „materielle Gleichheit“⁵⁴⁴ fördert die Entstehung des Konzepts des sog. kooperativen Rechtsstaats.

Die fundamentale Eigenschaft der Grundrechtswirkung ist eine kommunikative Kraft zwischen Staat und Bürger. In der zukünftigen Staatsgemeinschaft könnte die Grundrechtswirkung als kommunikative Kraft in die weitergehenden Bereiche des Verfassungslebens mit Hilfe der Entwicklung des hochtechnischen Kommunikationssystems strahlen, welche die Garantie für die Öffentlichkeit, die Rechenschaft und das Kooperativ der Informationen zwischen Staat und Bürger sowie zwischen Privaten untermauern.

Der Gesetzgeber soll den sich wandelnden Bereich der Information im Verfassungsleben in der realen Rechtsordnung verwirklichen. Aufgrund des Informationsanspruchs soll das Potential des Grundrechts des Bürgers auf Information durch bestehende Gesetze – z. B. Das Koreanische Informationsgesetz von 1996⁵⁴⁵ – und Verordnungen intensiver ausgeschöpft werden, da der Bürger so selbst Vollzugsdefizite der staatlichen Tätigkeiten aufdecken und öffentlich kritisieren

⁵⁴⁴ Über die Gleichheitsrecht als wesentliche Wurzel für die Integration der Gesellschaft s. Park, kyu-hwan, Der Verwirklichungsprozeß der materiellen Gleichheit – Ein Beitrag zum Artikel 3 GG, 1999 Magister, S. 57 f.

⁵⁴⁵ Über den ausführlichen Inhalt dieses Gesetzes s. Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 87 ff.

kann.⁵⁴⁶ Im Gegensatz könnte aber auch das Problem des Schutzes der Privatinformation im Zusammenhang mit dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“⁵⁴⁷ zu Tage treten.⁵⁴⁸

4. Der zunehmende Bereich der Kultur im Verfassungsleben

a) Soziologische Perspektive⁵⁴⁹

Eine neue Form des Kapitalismus – sog. „kultureller Kapitalismus“ – ist ganz allmählich im 20. Jahrhundert herangreift. Und sie schickt sich nun an, den Industriekapitalismus abzulösen. Die Ära, in die wir eintreten, wird dominiert von der allgegenwärtigen Präsenz digitaler Kommunikationstechniken und der kommerzialisierten Kultur. Kommunikation schafft Bedeutungen. Darum verläuft der Prozess, in dem alle Formen digitaler Kommunikation zur Ware werden, parallel zu dem, in dem auch die Beziehungen Warencharakter annehmen, in denen die gelebte Erfahrung – das kulturelle Leben – des Individuums und der Gemeinschaft zum Ausdruck kommen.

⁵⁴⁶ Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 88.

⁵⁴⁷ Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1.; Im Zusammenhang mit diesem ändernden Informationsbereich trat Bundesdatenschutzgesetz vom 20. 12. 1990 in Kraft. Das Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung vom 27. 1. 1977, die Datenschutzveröffentlichungsordnung vom 3. 8. 1977, die Datenschutzgebührenordnung vom 22. 12. 1997 und die Datenschutzregisterordnung vom 9. 2. 1978 traten außer Kraft.

⁵⁴⁸ Über die Datenerhebung als Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung s. Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 468 ff.

⁵⁴⁹ Es ist eine Zusammenfassung mit mehrem Ausschnitt des Texts - besonders Kapitel 8. „Ein neuer Kapitalismus“ und Kapitel 9. „Die Ausbeutung des kulturellen Lebens“ - des Buches „Das Verschwinden des Eigentum (Access)“, Rifkin, Das Verschwinden des Eigentums (The Age of Access), Fischer Taschenbuch, 2.Aufl. 2000, S. 183-249.

In den reichen Ländern, und besonders unter den oberen 20 Prozent der Weltbevölkerung, die weiterhin die vielen Früchte des kapitalistischen Lebensstils genießen, ist der Sättigungspunkt erreicht. An diesem Scheideweg durchlebt der Kapitalismus seine letzte Wandlung: Er wird zu einem voll entfalteten kulturellen Kapitalismus, der sich nicht nur die Bedeutungen des kulturellen Lebens und die dazugehörigen Kommunikationsformen zu eigen macht, sondern die gelebte Erfahrung selbst. Heutige Konsumenten fragen sich kaum noch: Was möchte ich haben, was ich nicht schon habe; sie fragen stattdessen: Was möchte ich erfahren, was ich noch nicht erfahren habe? Kultur ist ihrem Wesen nach eine kollektive Erfahrung – ein Zusammenfinden der Gemeinschaft auf der Grundlage gemeinsamer Werte. Die kulturindustrielle Produktion jedoch fragmentiert die Kultur und verteilt sie als handelbare Elemente. Weil sich der Handel mit Kulturwaren aller Art im letzten Jahrzehnt mehr als verdreifacht hat, wird immer häufiger vor der Ausbreitung einer homogenisierten Weltkultur gewarnt.

b) Rechtswissenschaftliche Perspektive

aa) Recht und Kultur

Wie ist die Beziehung zwischen Recht und Kultur? Die folgende Untersuchung der „Sprache als Kulturgut“⁵⁵⁰ ist ein gutes Beispiel, weil die Sprache ein zentra-

⁵⁵⁰ „Wenn wir eine Sprache verlieren, ist das, als ob man eine Bombe auf den Louvre wirft.“, Rifkin, Das Verschwinden des Eigentums (The Age of Access), 2. Aufl. 2000. S. 249.

les Element jeder Kultur ist.⁵⁵¹ Im Zusammenhang mit dieser Perspektive wird viel zum Thema „Sprache und Recht“ und zur Sprache als „Staatsselement“ geschrieben.⁵⁵²

Häberle stellt fest, dass die Sprache nicht einfach der staatlich-ministerialen Verfügung unterliege, wie manche Rechtschreibereformer behaupten, sondern den Menschen vor allen Mitgeschöpfen bzw. Lebewesen als Kulturgut besonders hoch ansiedelt.⁵⁵³ So sagt Häberle:

„fehlt es soweit ersichtlich an spezifisch verfassungstheoretischen bzw. -politischen Überlegungen, wie der Verfassungsstaat auf seiner höchsten Normenstufe mit seiner Sprache umgehen soll, wie er also die Worte und Begriffe seines hohen Textes in der Verfassungsrunde faßt und sich dem Bürger „mitteilt“.“⁵⁵⁴

Über die Beziehung zwischen Recht und Kultur zeigt Kilian eine bedeutungsreiche Sicht auf.

⁵⁵¹ „Die zentralen Elemente jeder Kultur oder Zivilisation sind Sprache und Religion.“, Huntington, Samuel P.: Der Kampf der Kulturen, 6. Aufl. 1997. S. 81.

⁵⁵² Vgl. etwa P. Krichhof, Deutsch Sprach, in: HdbStR Bd. I, 1987, S. 745 ff.; ders., Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987; J. Isensee, Staat im Wort, 1996; B. Grossfeld, Unsere Sprache in der Sicht des Juristen, 1990; ders., Sprache und Recht, JZ 1984, S. 1 ff.; H. Maier, Sprachenpolitik?, in: Deutsche Akademie für Sprache und Dichtung, Jahrbuch 1995, S. 118 ff.; M. Paroussis, Theorie des juristischen Diskurses, 1995, S. 53 ff.: „Recht als Fachsprache und Recht als Diskurs“; B. Rüthers, Sprache und Recht, in: H.-M.-Schleyer-Preis 1994 und 1995, Bd. 44 (1995), S. 57 ff.; T. Weir, Die Sprachen des europäischen Rechts, ZEuP 1995, S. 368 ff. Ergiebig M. Hilf, Die sprachliche Struktur der Verfassung, HdbStR Bd. VII, 1992, S. 79 ff.; Alles wird wider zitiert von Fn. 992 von Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 553.

⁵⁵³ Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 155 f.

⁵⁵⁴ Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 553.

„Kunst und Dichtung nicht als fluchtähnliche Alternative oder >>kulinarische<< Entspannung, sondern als Befruchtung des juristischen Lebens wäre das Ziel.“⁵⁵⁵

„Ein Behördengang ist wie der Arztbesuch, der Einkauf, der Stadtbummel, die Autofahrt ein Phänomen des menschlichen Alltags. Die Verwaltung ist >>Dienstleistung, aber zugleich auch Herrschaft im Alltag<< (Ernst Forsthoff). Sie begegnet einem schon morgens in der Tageszeitung, im Briefkasten mit amtlichen Schreiben (meist sind diese ärgerlich⁵⁵⁶), wenn man im Straßenverkehr eine Ordnungswidrigkeit begangen hat, beim Hausbau, beim Wohnungswechsel, bei der Fahrzeuganmeldung, beim schulpflichtigen Kind, bei der Sozialhilfe, beim Wohngeld, beim BaFöG und in dutzenderlei anderen Formen. Sie ist gelebtes Leben – wie das übrige Leben auch. Und für Hunderttausende ist sie zugleich das Berufsleben schlechthin...Verwaltungskultur als Widerspiegelungen der Lebenswirklichkeit der Verwaltung in den Formen der Kunst.“⁵⁵⁷

bb) Der kulturschaffende Charakter der Grundrechte

Das Grundgesetz hat kulturschaffende Vorschriften im status activus der Grundrechte: „für Wissenschaft und Kunst aus Art. 5 Abs. 3 GG, für kulturelle Informationen zugleich aus Art. 5 Abs. 1, im Blick auf „Kultur als Beruf“ auch aus Aspekten des Art. 12 GG, angesichts des erarbeiteten „Kulturprodukts“ wird Art. 14 („geistiges Eigentum“) mit einschlägig“.⁵⁵⁸ In der koreanischen Verfassung befinden sich auch kulturschaffende Vorschriften – Präambel: „...jeder Person die gleichen Chancen zu garantieren und es ihr zu ermöglichen, ihre Fähigkeiten auf ... *kulturellen Lebens bestmöglich zu entfalten...*“; Art. 9: „Der Staat muss danach

⁵⁵⁵ Kilian (Hrsg.), *Dichter, Denker und der Staat*, 1993, S. 17.

⁵⁵⁶ Als interessantes praktisches Beispiel lässt sich eine Aufforderung eines Einkaufszentrums in Halle anführen: „Werte Kunde. Wir bitten Sie ihre Zwangspfand-Wertbons bis zum 30. 08. 2003 einzulösen. Später keine Rücknahme möglich. „*Der Gesetzgeber*“ und die Entsorgungsfirma zwingen uns dazu. Ihr E-Neukauf-Team“, (Ankündigung vom 26. 8. 2003).

⁵⁵⁷ Kilian, *Verwaltungskultur im Spiegel verschiedener Literaturgattungen*, in: Kluth (Hrsg.), *Verwaltungskultur*, 2001, S. 113 f.

⁵⁵⁸ Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998, S. 20.

streben, *das kulturelle Erbe zu pflegen und weiterzuentwickeln und die Volkskultur zu fördern*“; Art. 69: „Der Staatspräsident leistet bei seines Amtsantritts den folgenden Eid: Ich schwöre feierlich vor dem Volk, dass ich die Verfassung einhalte, den Staat verteidige, die friedliche Wiedervereinigung des Vaterlandes, die Freiheit und Wohlfahrt des Volkes fördere und bestrebt sein werde *die Volkskultur zu entwickeln* und auf diese Weise die Pflichten des Staatspräsidenten *treu erfülle*.“

Im sozialen Rechtsstaat funktioniert der kulturschaffende Charakter der Grundrechte nicht aktiv – trotz des materiellen Rechtsstaatsverständnisses, weil die Gemeinschaftsaufgaben zum Schutz der Schwächeren durch soziale Grundrechte determiniert sind. Aber wenn diese Aufgaben durch „die Kooperation zwischen dem Staat und den Bürgern“⁵⁵⁹ verwirklicht werden, kann der kulturschaffende Charakter der Grundrechte endlich nach der ursprünglichen Idee des Verfassungsgebers sowie des materiellen Rechtsstaates aktiv funktionieren. Das ist die Idee des sog. kooperativen Rechtsstaates, die Kooperation zwischen Staat und Bürger sowie zwischen Bürgern und Bürgern zu fordern.

Die für jedes Mitglied der Staatsgemeinschaft gleiche Möglichkeit des Zugangs zur Kultur könnte ein Kernwert für die Menschenwürde (Art. 1 GG) und das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) im zukünftigen Rechtsstaat sein. Das Kooperationskonzept könnte dazu dienen.

⁵⁵⁹ S. zweiter Teil. A. II. 5. a) cc) „Kooperativer Rechtsstaat im Verwaltungsrecht“

5. Die Funktionen und Rollenerwartung der Grundrechte im künftigen neuen Rechtsstaatsbegriff für das 21. Jahrhundert

a) Kooperativer Rechtsstaat

aa) Rechtstheoretischer Hintergrund

Die Verfassung gibt durch ihre „rechtsstaatliche Ordnung“ dem Staat und seiner Wirksamkeit Maß und Form in einem allgemeinen Sinne.⁵⁶⁰ Der Rechtsstaat gestaltet die rechtliche Gesamtordnung, die für die Existenz des Einzelnen wie für das Zusammenleben innerhalb des Gemeinwesens unerlässlich ist. Und auch er gewährleistet sie.⁵⁶¹ Aber der Rechtsstaat kann nicht totale rechtliche Durchnormierung bieten. Im Rechtsstaat gibt es auch weite Lebensbereiche, die nicht oder nur in Teilen rechtlich geordnet sind.⁵⁶² Trotzdem soll das Prinzip des Rechtsstaats seine legitimierende und stabilisierende Wirkung nach dem Konsens der gegenwärtigen Gemeinschaft entfalten. Das Prinzip des Rechtsstaats darf nicht Sachferne oder Unbeweglichkeit sein.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Zum Beispiel mit dem Gewaltenteilungsprinzip: „Im Sinne des Gewaltenteilungsprinzips werden Funktionen unterschieden und Organe geschaffen, die diese Funktionen verantwortlich wahrzunehmen haben und der Eigenart ihrer Aufgabe entsprechend gestaltet werden. Der staatliche Aufbau wird damit gegliedert und begrenzt. Die Wirksamkeit der staatlichen Organe wird durch die Zuweisung von Kompetenzen – die immer begrenzt sind – und durch feste, klare und verbindliche Verfahrensregeln in Form gebracht“, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1999, S. 86.

⁵⁶¹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1999, S. 86.

⁵⁶² Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1999, S. 87.

⁵⁶³ Vgl. Als Primat des Rechts schreibt Hesse folgendes: „Denn die Bindung an das Recht wird erst in der Aktualisierung und Konkretisierung seiner Normen wirklich; diese lassen sich nicht von den Lebensverhältnissen, von deren sachlicher Eigenart und von deren Wandel ablösen.

Um soziale Gerechtigkeit zu erreichen, muss der Staat für grundlegende „Chancengleichheit“⁵⁶⁴ sorgen. Die Gemeinwohlfunktion⁵⁶⁵ der Grundrechte, die die Integration der Gemeinschaft verwirklicht, ermöglicht diese Gemeinschaftsaufgabe. Der Schutz der Schwächeren steht momentan im Fortgang des Sozialstaatsprinzips. Wenn solcher Schutz durch soziale Grundrechte⁵⁶⁶ fast völlig realisiert wird – das ist irgendwann durch den sich ausweitenden Bereich der Information im Verfassungsleben zu erwarten, könnte sich die Gemeinschaftsaufgabe daran orientieren vom Interesse am wirtschaftlichen Leben weg und hin zu einem Interesse am Kulturgenuß zu gehen, wodurch „die tiefe innere (materielle) Menschenwürde“ realisiert werden kann⁵⁶⁷, weil sich die Qualität des künftigen Lebensniveaus einer kommenden Gesellschaft schon durch das Sozialstaatsprinzip etwa gleichen könnte. „Der soziale Rechtsstaat bzw. Sozialstaat ist eine der wich-

Die damit gegebene Elastizität und Wandlungsfähigkeit endet freilich dort, wo die Grenzen der Interpretation liegen.“, Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, S. 87.

⁵⁶⁴ „Grundrechtliche Chancengleichheit ist die Formel, die das korrelative, nicht spannungsfreie Verhältnis von Freiheit und Gleichheit und die Aufgaben leistungsstaatlicher Aktivität umreißt. Dabei bedeutet „Chance“: dem einzelnen soll grundrechtliche Freiheit möglich sein, ohne zur Pflicht zu werden.“, Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S.97.

⁵⁶⁵ Über die leistungsstaatliche Gemeinwohlfunktionen, s. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 90 ff.

⁵⁶⁶ „Alle Grundrechte sind „soziale Grundrechte“ im weiteren Sinn, sind als solche Konsequenz der Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat und liegen in der Logik des Leistungsstaats“, Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972), S. 92.

⁵⁶⁷ „Im heutigen Sozialstaat waschen die Ansprüche an den Staat und Verwaltung nicht nur im Leistungsbereich, die Bürger verlangen also nicht nur – trotz prinzipiell begrenzter Finanzen – mehr und bessere Leistungen, sondern sie werden ganz generell –also auch im Ordnungsbereich – sensibler für *Qualität und Formen des Verwaltungshandelns* und haben einen größeren Wunsch nach Mitsprache und Beteiligung.“, Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 22.

tigsten aktualisierungsbedürftigen normativen Gemeinwohlbestimmungen⁵⁶⁸ des GG⁵⁶⁹. Darum erscheint die folgende Meinung als gutes Beispiel und Anzeichen des kommenden neuen Konzepts des Rechtsstaates:

„Wer den Rechtsstaat will, muß den Sozialstaat befürworten, wer liberale Grundrechte einfordert, muß soziale Rechte anerkennen, und wer die Privatrechtsgesellschaft postuliert, muß deren soziale Verantwortung respektieren.“⁵⁷⁰

bb) Rechtspolitischer Hintergrund

Der Rechtspolitische Hintergrund geht von der geänderten und sich ändernden Struktur des Rechtsstaatskonzepts aus. Der Rechtsstaat des späteren 20. Jahrhunderts befindet sich in einem tiefgreifenden Umbruch in Richtung auf eine verstärkte Kooperation zwischen Bürger und Staat, wobei sich der Staat vom liberalen und sozialen Rechtsstaat der vergangenen Jahrhunderte strukturell, prozessual und ergebnisbezogen völlig unterscheidet.⁵⁷¹ Die Diskussion um die veränderte Staatswirklichkeit, die mit dem Begriff „kooperativen Rechtsstaates“ gekennzeichnet werden kann, spiegelt die Erfahrung wider, daß der Staat um die Jahrtausendwende anders als im 19. und 20. Jahrhundert nicht mehr in vollem Umfang als oberstes Steuerungszentrum der Gesellschaft gelten kann.⁵⁷²

⁵⁶⁸ „Die Aktualisierung von Gemeinwohlgesichtspunkten aus den sog. Staatszielbestimmungen heraus bzw. die Verknüpfung von Gemeinwohlinhalten mit diesen lässt sich recht häufig belegen.“ Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 353.

⁵⁶⁹ Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 355.

⁵⁷⁰ Neuner, Privatrecht und Sozialstaat, Habil., 1999, S. 291.

⁵⁷¹ Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 19.

⁵⁷² Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 19.

Die Beendigung des Ost-West-Konflikts hat den Kooperationstrend in der Weltordnung beschleunigt.⁵⁷³ Die Bemühung um einen Aufbau der Staatlichkeit⁵⁷⁴ im Gebiet der vormaligen DDR könnte ein gutes mittelbares Beispiel für die Kooperation in der Staatsgemeinschaft sein.

cc) Kooperativer Rechtsstaat im Verwaltungsrecht

Die Formulierung „Kooperativer (Rechts)Staat“ findet sich schon seit 1979 in einigen Beiträgen im Zusammenhang mit dem Verwaltungsrecht.⁵⁷⁵ Der Übergang von einer nur residualen Berücksichtigung der gesellschaftlichen Subjekte im Verwaltungsprozess (als potentielle Störgrößen) zu ihrer Würdigung als Träger des Verwaltungshandelns (Verwaltungsbeschäftigte) oder als betroffene Akteure mit eigenen Interessen, Intentionen und Handlungsressourcen steht im Zusammenhang mit einem grundlegenden Dilemma sozialstaatlicher Verwaltungen, das nach und nach immer deutlicher zutage trat.⁵⁷⁶ Dieses ist gekennzeichnet dadurch, dass sich die zur Verfügung stehenden Instrumente und Ressourcen (Recht und

⁵⁷³ Vgl. Czempiel, Weltpolitik im Umbruch, 2. Aufl. 1993, S. 52 ff.

⁵⁷⁴ Über den konkreten Inhalt der Aufbau der Staatlichkeit im Gebiet der vormaligen DDR s. Kilian, Wiedererstehen und Aufbau der Länder im Gebiet der vormaligen DDR, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII. 1995, § 186, Rn. 32-34.

⁵⁷⁵ Ritter, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), S. 389 ff.; Benz, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 13 ff.; Voigt (Hrsg.), Der kooperative Staat. Krisenbewältigung durch Verhandlung?, 1995; Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998; Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 19 ff.; In einem koreanischen Lehrbuch findet sich die Formulierung „der kooperative Rechtsstaat“, Kim, Sung-Soo, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998, Vorwort.

⁵⁷⁶ Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 22.

Geld), die den Sozialstaat erfolgreich etablieren halfen, immer häufiger als unzureichend erweisen.⁵⁷⁷ Somit gilt, dass staatlich-administrative Handlungen und Interventionen in die Sphäre der Bürger nicht mehr pauschal als demokratisch legitimiert hingenommen werden, sondern dass sie eine zusätzliche Zustimmung und aktive Mitwirkung des Bürgers im Detail benötigen.⁵⁷⁸ So entstand an die Verwaltung die Anforderung, betroffene Bürger durch Information, Einbindung in Entscheidungsvorbereitungen etc. am Verwaltungsverfahren zu beteiligen.⁵⁷⁹ Hierbei wird von der entsprechend veränderten „Verwaltungskultur“⁵⁸⁰ ausgegangen.

Ein strukturelles Merkmal der kooperativen Verwaltung ist, „dass sich die beteiligten Akteure im jeweiligen Interaktionsprozess wechselseitig als gleichberechtigt anerkennen“⁵⁸¹. Ein zentrales Kennzeichen kooperativer Aufgabenerfüllung ist es, „daß die beteiligten und betroffenen Akteure in einer Beziehung⁵⁸² stehen, die nicht durch –systemtheoretisch gesprochen – generalisierte Interaktionsmedien wie Recht oder Geld vermittelt, sondern durch face-to-face-Kontakte geprägt ist.“⁵⁸³

⁵⁷⁷ Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 22.

⁵⁷⁸ Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 22.

⁵⁷⁹ Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, 1998, S. 23.

⁵⁸⁰ Über die Verwaltungskultur s. Kluth (Hrsg.), Verwaltungskultur, 2001;; Römer-Hillebrecht, Verwaltungskultur, 1998; Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, 1969.

⁵⁸¹ Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 20.

⁵⁸² Als ein Beispiel s. Kim, Nam-Cheol: Gemeindliche Planungshoheit und überörtliche Planungen, Diss., 1997, S. 27.

⁵⁸³ Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 20.

Der Sammelbegriff von Public-Private-Partnership ist als eine alternative Form der Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben anzusehen.⁵⁸⁴ Das beruht auf dem Modell des schlanken Staates und der Privatisierungen aufgrund der finanziellen Situation des Staates.⁵⁸⁵ Dieser zunehmende Zustand fordert auch ein neues Konzept der „Kooperation“ zwischen Staat und Bürger sowie Bürger und Bürger unter dem sog. kooperativen Rechtsstaat.

dd) Schlußfolgerung

Die Handlungen in den sozialstaatlichen Verwaltungen werden immer häufiger zutage treten, weil die Grundrechte für den zunehmenden Bereich der Information im Verfassungsleben aktiv funktionieren. Der Begriff „Kooperation“ hat zuerst im Gebiet des Verwaltungsrechts begonnen. Allerdings erwähnte Häberle den Begriff „Kooperation“ schon im Jahr 1978 im Zusammenhang mit der Verfassungslehre.⁵⁸⁶ Und Ritter weist bereits im Jahr 1979 einige Voraussetzungen auf, um die sich das Verfassungsrecht bemühen kann und muss, um das sich ändernde Rechtsstaatsprinzip aufzunehmen und zu gestalten.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ Z. B. „im Städtebaurecht, im öffentlichen Wirtschaftsrecht, im kommunalen Entsorgungsrecht, im Umweltrecht, im Sozialrecht, im Schulrecht und allgemein im Kulturverwaltungsrecht“, Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 48.

⁵⁸⁵ Vgl. Kilian, Stiftungserichtung durch die öffentliche Hand, in: Der Staat als Stifter/Stiftung als Public-Private Partnerships im Kulturbereich, 2003, S. 15 ff.

⁵⁸⁶ Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in: FS Schelsky 1978, S. 141 ff.

⁵⁸⁷ Ritter, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), S. 413.; er weist fünf Punkte auf:

„1) Die Gesellschaftliche Verantwortung der Kooperationspartner auch als verfassungsmäßige Legitimation auszugestalten, damit der demokratische Anspruch erfüllt wird, 2) Das Kooperationsgeflecht in seinen Verknüpfungspunkten rechtlich zu institutionalisieren, damit Verantwortung zurechenbar bleibt, 3) Die Kooperationsvorgänge zu „veröffentlichen“, damit aus Zusam-

Genauso wie die Kooperation zwischen Staat und Bürger im Bereich des Verwaltungsrechts im heutigen sozialen Rechtsstaat betont wird, wird die Kooperation zwischen Bürger und Bürger im Bereich der Staatswissenschaft im künftigen Rechtsstaat hervorgehoben werden, weil die gleiche Annäherung zur Kultur im kommenden neuen Kapitalismus – „der sog. kulturelle Kapitalismus“⁵⁸⁸ – die neue Funktion der Grundrechte als wichtige Rolle der Integration der Staatsgemeinschaft im kommenden kooperativen Rechtsstaat benötigen könnte. Die Entwicklung und die Erhaltung der Kultur kann man nicht allein erledigen⁵⁸⁹, weil die Sache Kultur den Generationenbezug schon in sich trägt – „Kultur ist immer das Werk von Generation.“⁵⁹⁰ Das ist der Grund für die Kooperation zwischen Bürgern sowie zwischen Generationen.

„Ein tiefer greifendes (materielles) Rechtsstaatsprinzip“ für „eine tiefer greifende (innere) Menschenwürde“ kündigt sich bereits an.

b) Kooperative Grundrechtsverwirklichung

menarbeit nicht Verschwörung wird, 4) Offenheit, Pluralität und Partizipationschancen im kooperativen Beziehungsgeflecht zu sichern, damit Zusammenarbeit nicht zur geschlossenen Veranstaltung eines Machtkartells wird, 5) Die neuen Einheiten sachlich-funktionaler Willensbildung mit den verfassungsmäßigen Einrichtungen allgemein-demokratischer Willensbildung so zu verzahnen, daß die parlamentarische Demokratie lebensfähig bleibt.“

⁵⁸⁸ S. zweiter Teil A. II. 4. a) „Soziologische Perspektive“

⁵⁸⁹ Im Zusammenhang mit dieser These ist ein Buch „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (1998)“ von Häberle ein großes Glanzstück für das, was den zukünftigen Trend der Staatsgemeinschaft voraussehen kann.

⁵⁹⁰ Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, S. 616 f.

Häberle erwähnt in Bezug auf die Integration von Staats- und Völkerrecht: „Kooperative Grundrechtsverwirklichung ist eine weitere Konsequenz des kooperativen Verfassungsstaates“.⁵⁹¹ In gleicher Weise ist kooperative Grundrechtsverwirklichung zwischen Staat und Bürger sowie Bürger und Bürger eine weitere Konsequenz des kooperativen Rechtsstaates.⁵⁹² Häberle denkt auch, dass kooperative Grundrechtsverwirklichung nicht auf eine Grundrechtsdogmatik beschränkt ist und die Menschenrechtsproblematik umfasst.⁵⁹³

Wenn die kooperative Grundrechtsverwirklichung im sog. kooperativen Rechtsstaat mit der Drittwirkung der Grundrechte angewendet wird, ergänzen, stützen und bedingen beide privaten Parteien ihre eigene Grundrechte als notwendige Bestandteile einander wechselseitig. Sie verhilft auch zu einer Einheit der Rechtsordnungen in der Staatsgemeinschaft. Der Begriff der Kooperation zwischen Staat und Bürger, der von Überwindung der hoheitlichen Ausübung staatlicher Herrschaft ausgeht, könnte ein Kernpunkt für die kooperative Grundrechtsverwirklichung im kooperativen Rechtsstaat sein. Dabei ist das Ziel, mögliche Lösungen der Kollision der Grundrechte zwischen Privaten zu erweitern und zu entwickeln.

⁵⁹¹ Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2.Aufl. 1996, S. 439.

⁵⁹² Als einige Beispiele im Zusammenhang mit der kooperativen Grundrechtsverwirklichung im Bereich des Privatrechts: ... „die verschiedenen Vertragstypen des BGB, die durch Art. 14 GG und die Vertragsfreiheit gewährleistet sind; der vom BVerfGE 4, 96 beschriebene Kernbereich des Tarifvertragssystems als Bestandteil der Koalitionsfreiheit; die zahlreichen Rechtsnormen, die sich zum grundrechtlichen Lebensbereich Familie und Ehe zusammenschließen; das „traditionelle Ordnungsgefüge des Privatrechts“, das der institutionellen Seite einer Reihe von Grundrechten zuzuordnen ist und insbesondere die Vertragsfreiheit als eine Freiheit im Recht ausgestaltet“, Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3.Aufl. 1983, S. 97.

⁵⁹³ Häberle, *Der kooperative Verfassungsstaat*, in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2.Aufl. 1996, S. 439 f.

Die Aussagen der Integrationslehre im Bereich der Rechtswissenschaft sind in ihrem Kern mit der Idee des „Kommunitarismus“ („Bürger-“ od. „Zivilgesellschaft“) zu vergleichen. Die kooperative Grundrechtsverwirklichung könnte durch die Idee des Kommunitarismus betont werden.⁵⁹⁴ Amitai Etzioni stellte seine Meinung auf diese Weise vor:

„Manche sozialen Ziele sind nur durch *Kooperation* öffentlicher und privater Gruppen realisierbar. Der Staat soll die lokalen Gemeinschaften nicht ersetzen, sondern durch Stützstrategien, auch durch vertikalen Finanzausgleich und technische Hilfe, stärken, wenn das notwendig ist. Was wir dringend brauchen, sind Untersuchungen und Experimente zum kreativen Umgang mit den Strukturen der Zivilgesellschaft sowie zur öffentlich-privaten *Kooperation*, vor allem im Gesundheits-, Erziehungs- und Sozialwesen.“⁵⁹⁵

Das Herrschafts- und Verwaltungssystem des sozialen Verteilerstaates verändern sich allmählich grundlegend.⁵⁹⁶ Für die effiziente Verteilung der „knapper werdenden lebenswichtigen Ressourcen“⁵⁹⁷ funktioniert das Konzept der Kooperation für die Integration der Bürger in die Staatsgemeinschaft. „Wir wissen auch, dass funktionierende Gemeinschaften nicht auf Befehl, nicht durch Zwang geschaffen werden können, sondern nur durch echten Konsens.“⁵⁹⁸ Die kooperative Grund-

⁵⁹⁴ Vgl. Rupp, „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte, JZ 2001/6, S. 274 f.

⁵⁹⁵ Etzioni, Die Entdeckung des Gemeinwesens. Ansprüche, Verantwortlichkeiten und das Programm des Kommunitarismus (The Spirit of Community. Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda), Übers. W. F. Müller, 1995, S. 290 f.

⁵⁹⁶ Vgl. Rupp, „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte, JZ 2001/6, S. 274.

⁵⁹⁷ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 430.

⁵⁹⁸ Etzioni, Die Entdeckung des Gemeinwesens. Ansprüche, Verantwortlichkeiten und das Programm des Kommunitarismus (The Spirit of Community. Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda), Übers. W. F. Müller, 1995, S. 297.

rechtsverwirklichung zwischen Privaten beruht auf diesem Wandel der Gemeinschaftsstruktur, dass man nicht aus Angst vor Prozessen oder Strafen, sondern aus Verantwortungsbewußtsein seine Pflichten erfüllen will.⁵⁹⁹ Die „knapper werdenden lebenswichtigen Ressourcen“ werden ein Postulat zwischen Privaten und auch zwischen Generationen⁶⁰⁰ aufstellen: nicht „Der Kampf ums Recht“ sondern „Die Kooperative ums Recht“.

6. Ergebnis

Die staatliche Gemeinschaft fordert die Verantwortung des einzelnen für die Bewahrung und Weiterentwicklung ihrer selbst.⁶⁰¹ Diese Gemeinschaft leitet sich zum einen aus dem sogenannten „Naturzustand“ ab, d.h. der Konstituierung des Volkes⁶⁰² durch Herkunft, Landschaft, Klima usw., zum anderen aus der kulturgeschichtlichen Weiterentwicklung dieses „Naturzustandes“.

Die Legitimität für diese Verantwortung liegt nicht nur darin begründet, dass in einer staatlichen Gemeinschaft die individuellen Rechte beschränkt werden müssen, sondern, dass der einzelne auch eine generationenübergreifende Verantwor-

⁵⁹⁹ Vgl. Etzioni, Die Entdeckung des Gemeinwesens. Ansprüche, Verantwortlichkeiten und das Programm des Kommunitarismus (The Spirit of Community. Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda), Übers. W. F. Müller, 1995, S. 298.

⁶⁰⁰ Das Problem der Gerechtigkeit zwischen den Generationen s. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), Suhrkamp, 10. Aufl. 1998, S. 319 ff.

⁶⁰¹ Vgl. Kim, Sung-Soo: Rechtfertigung von Sonderabgaben, Diss., 1990, S. 39 ff.

⁶⁰² Heller beschreibt dieses als „Das Volk als Naturbildung“ und „Das Volk als Kulturbildung“, Heller, Staatslehre, 6.Aufl. 1983, S.166 ff.

tung⁶⁰³ für die nachgehende Generation trägt, was große Anstrengungen erforderlich macht.

Der geänderte Bestand⁶⁰⁴ der Gemeinschaft bedarf eines neuen Verständnisses der Rolle des Rechtsstaates, in welchem sich das Individuum als Bestandteil der Gemeinschaft nicht nur im verpflichteten, sondern auch im kooperativen Sinne begreift und dadurch die Gemeinschaft als Kulturerrungenschaft fortentwickeln hilft⁶⁰⁵; darüber hinaus auch ein neues Rollenverständnis in dem Sinne, dass die staatliche Gemeinschaft den einzelnen weniger führt, denn vielmehr unterstützt.⁶⁰⁶

Der Staat tritt dem Individuum gegenüber nicht mehr primär als „Machtorganisa-

⁶⁰³ Darüber schrieb Häberle mit kulturwissenschaftlichem Ansatz, „Kulturwissenschaftlich verstanden schließt das die überindividuelle Generationenperspektive ein: Der Generationenzusammenhang stiftet eine Verantwortungsgemeinschaft, der sich der einzelne weder entziehen darf noch kann. Neuere positive Verfassungstexte werden sich der Generationenperspektive Volkes und seiner, Menschenwürde „lebenden“, Bürger. Das führt auch zu Verantwortung und Pflichten.“, Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. I. 2. Aufl. 1995, §20 Rn. 55.

⁶⁰⁴ Über die geänderte Situation der heutigen staatlichen Gemeinschaft, Huntington, Der Kampf der Kulturen, 6. Aufl. 1997, S. 20 f.: „Ende der achtziger Jahre brach die kommunistische Welt zusammen, und das internationale System des Kalten Krieges wurde Geschichte. In der Welt nach dem Kalten Krieg sind die wichtigsten Unterscheidungen zwischen Völkern nicht mehr ideologischer, politischer oder ökonomischer Art. Sie sind kultureller Art. Völker und Nationen versuchen heute, die elementarste Frage zu beantworten, vor der Menschen stehen können: Wer sind wir?“, Czempiel unterteilt die neue Weltordnung in 4 Bereiche; Die europäische Welt, die regionalisierte Welt, die Gesellschaftswelt, die Wirtschaftswelt; Czempiel, Weltpolitik im Umbruch, 2. Aufl. 1993.

⁶⁰⁵ „Die Tatsächlichkeit des Staats ist nicht eine natürliche Tatsache, die hinzunehmen ist, sondern eine Kulturerrungenschaft, die wie alle Realitäten des geistigen Lebens selbst fließendes Leben, also steter Erneuerung und Weiterführung bedürftig, eben deshalb aber auch stets in Frage gestellt ist“, Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 134 f.

⁶⁰⁶ Sowohl die neue Rolle des Individuums als auch die neue Perspektive für die Staatsgemeinschaft könnte als Entwicklungsform der Gemeinwohlkonzeption gesehen werden.

tion“ auf, sondern als gleichberechtigter Partner. Dadurch fördert er den Integrationsprozess in Richtung kooperativer Verhandlung. „Information“⁶⁰⁷ und „Kultur“ kommen in diesem Zusammenhang eine große Bedeutung zu.

Es ist unmöglich, den einzelnen sich ohne die Gemeinschaft zu denken. Darum hat das Grundgesetz, wie das Bundesverfassungsgericht mehrfach in seiner Rechtsprechung⁶⁰⁸ hervorgehoben hat, die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinn der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden⁶⁰⁹. Einzelne innerhalb einer Gemeinschaft können nur beschränkte Rechte haben. Es handelt sich somit um „Rechte als Ausfluss der sozialen Gemeinschaftsgebundenheit der einzelnen“⁶¹⁰, aber auch als „Schranke für die Freiheitsrechte Dritter“⁶¹¹. Voraussetzung ist hierbei allerdings, dass die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt⁶¹².

⁶⁰⁷ Über die Internationale Kooperation durch Informationsaustausch ohne Ersuchen im Zusammenhang mit der Richtung kooperativer Verhandlung der „Information“ s. German, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, S. 677 ff.

⁶⁰⁸ BverfGE 4, 7 (15); 8, 274 (329); 27, 1 (7); 27, 344 (351 f.); 33, 303 (334); 50, 290 (353); 56, 37 (49); 65, 1 (44).

⁶⁰⁹ Vgl. Götz, Innere Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. III. 2.Aufl. 1996, §79 Rn.24

⁶¹⁰ Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. I. 2.Aufl. 1995, §20 Rn. 22., Beispiele von Häberle: BGHZ 56, 180 (191); 41, 318 (323 f., 327); 79, 111(114); 74, 25 (34).

⁶¹¹ Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. I. 2.Aufl. 1995, §20 Rn.22, z.B. für die Kunstfreiheit BGHZ 50, 130 (146 f.); 84, 237 (238); für die Glaubensfreiheit BGHZ 38, 317 (322 f., 325 ff.); für die Meinungs- und Pressfreiheit („Kritikfreiheit“) BGH in: NJW 1981, S.1366 (1367).

⁶¹² BverfGE 56, 37 (49), Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. I. 2.Aufl. 1995, §20 Rn. 8.

Die Begriffsbildungen einer Verfassungslehre sollen mögliche künftige Entwicklungen rechtzeitig nach der Änderung der Staatsgemeinschaftsordnung auffangen und verarbeiten.⁶¹³ Für die kommende neue Ordnung der Staatsgemeinschaft, die durch die Wirkung des zunehmenden weitbreitenden Bereichs der Information und Kultur geprägt wird, bedarf das Konzept des Rechtsstaates der neuen Form des Rechtsstaates.

Da der Begriff der Kooperation auftaucht, wird der Staat wie „ein freundlicher Hausmeister“ agieren zum Wohle der zukünftigen Staatsgemeinschaft, die in der „geographischen Tatsache“⁶¹⁴ für das staatliche Verhalten steht. Die Voraussicht – „Der Staat erscheint damit nicht mehr nur als potentieller Feind der Freiheit, sondern er muss auch zu ihrem Helfer und Beschützer werden.“ – Hesses von 1978 ist richtig.⁶¹⁵

B. Mögliche Weiterentwicklung der Drittwirkungslehre anhand des eigenen Ansatzes in Deutschland und in Korea

I. Mögliche Weiterentwicklung in Deutschland

Obwohl die Theorie der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates für die Lösung der Angelegenheit zwischen Privaten nützlich ist, ist die Annäherung mit der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates ein grundrechtstheoretischer Rückzug, wenn man die Erweiterungsmöglichkeit des Wirkungsbereichs der positiven

⁶¹³ Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl. 1996, S. 409.

⁶¹⁴ Heller, Staatslehre, 6.Aufl. 1983, S. 160.

⁶¹⁵ Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 430.

Grundrechte als Status Activus sowie grundrechtsdogmatische Entwicklung des Doppelcharakters der Grundrechte und die neue kommende staatliche Gemeinschaftsordnung – Notwendigkeit der neuen Rolle der Grundrechtsfunktionen für den sich ausweitenden Bereich der Information und den zunehmenden Bereich der Kultur im Verfassungsleben, entwickelndes Prinzip des Rechtsstaates mit dem Begriff „Kooperation“ – berücksichtigt.

Die zukünftige Gesellschaft könnte eine kooperative Gesellschaft sein. Damit hätte sie bessere Möglichkeiten, die Kultur zu genießen. Sie könnte grundsätzliche Gleichheit bei den Zugangsmöglichkeiten zur Kultur schaffen.⁶¹⁶ Dieser Zugangsmöglichkeit zur Kultur könnte in dieser Gesellschaft eine Art Barometer für die Realisierung von „materieller Gleichheit“⁶¹⁷ oder Demokratie sein. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer neuen (oder stärkeren) Funktion der Grundrechte, nämlich der kulturschaffenden Funktion. In der zukünftigen Gesellschaft wird diese Funktion und damit ein kooperationsrechtliches Staatssystem mehr Bedeutung als Heutzutage erfahren. Das heißt überspitzt ausgedrückt, „Ohne Kooperation keine Kultur“.

Die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Drittwirkung der Grundrechte nimmt zu, wie im ersten Teil dieser Dissertation untersucht wurde. Das zeigt sich

⁶¹⁶ Früher konnten sich nur einige wenige Mitglieder einer Gesellschaft Kultur überhaupt leisten. Dieses war dadurch möglich, da die breite Masse der Gesellschaft keine oder nur wenig Information über die privilegierte Schicht der Gesellschaft hatte. Heute im Zeitalter der Informationsrevolution ergibt sich eine andere Realität. Ungleichheiten werden viel schneller und umfangreicher erkannt.

⁶¹⁷ Über die Gleichheitsrecht als wesentliche Wurzel für die Integration der Gesellschaft s. Park, kyu-hwan, Der Verwirklichungsprozeß der materiellen Gleichheit – Ein Beitrag zum Artikel 3 GG, 1999 Magister, S. 57 f.

auch an dem Merkmal, das die Kooperation zwischen Bürgern immer mehr benötigt wird.

Die Differenzierung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in drei Stufen durch den Verfassser – erste Stufe: Erweiterungsmöglichkeit und -Ausmaß der Grundrechte in der Privatrechtsordnung; zweite Stufe: Überprüfung der bisherigen Ausstrahlungswirkung der Grundrechte; dritte Stufe: Überprüfung der vorläufigen Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, (Die Diskussion der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte hat diese vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte verkannt) – wird die Entwicklung der Grundrechtsfunktionen im Hinblick darauf fördern, wie die Grundrechte in der Privatrechtsordnung angewendet werden können. Aber der genaue Inhalt der ersten Stufe bleibt noch eine zu lösende Aufgabe. Diese Prüfungsmethode wird auch der Versöhnung und Kontrolle – nicht als Herrscher, sondern Helfer – der „Kooperation“ zwischen Bürgern und Bürgern dienstbar sein.

II. Mögliche Weiterentwicklung in Korea

Wegen der kurzen Geschichte des koreanischen Verfassungsgerichts werden viele grundrechtsdogmatische Anwendungsentwicklungen für entsprechende Fälle benötigt, obwohl es bisher bereits viele Fälle mit unglaublicher Leidenschaft (s. Anhang: Verfassungsgericht in der Republik Korea) entschieden hat.

Der Versuch zur Lösung der Drittwirkung der Grundrechte durch den Verfassser könnte in der oben genannten Situation des Verfassungsgerichts hilfreich sein.

Allerdings könnte auch der Kollision der Grundrechte im Alltag zwischen Privaten – besonders zwischen dem Bürger, der soziale Macht hat, und normalem Bürger, der bisher die Ungleichheit dulden muss – besser begegnet werden.

Im Bereich der Rechtswissenschaft soll die Übernahme der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte von Deutschland vorsichtig vorgenommen werden, weil die ökonomische Situation der koreanischen Völker, die dieselbe Sprache, Kultur und Geschichte haben, noch auf unsicherem Feld steht. Darum soll in den heutigen und zukünftigen Berufungen der koreanischen Rechtswissenschaft das Konzept des neuen Rechtsstaates (besonders im Zusammenhang mit der Kultur), welches die Kooperation zwischen dem Staat und dem Bürger als soziale Macht sowie zwischen dem Bürger als soziale Macht und dem Bürger als Kernpunkte erhält, sorgfältig eingeführt werden.

Dritter Teil

Ausblick und kurze Schlussthesen als Ergebnis

A. Ausblick

I. Künftige deutsche Entwicklung

„Das Rechts- und Staatsleben soll nicht durch wirtschaftliches Interessendenken geprägt werden“⁶¹⁸. Aber unsere Zeit, die die neue Wirtschaftswelt als die inzwi-

⁶¹⁸ Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S.393.

schen maßgebliche Machtfigur⁶¹⁹ stärker werden lässt, bewahrt eine solche rechtswissenschaftliche Idee nicht. Im Zusammenhang mit dem Haushalt des Staates tritt dieser Einfluss klar hervor:

„Der Haushaltsplan ist schon aus formalen Gründen nicht mehr in der Lage, sämtliche Einrichtungen und Aktivitäten des Staates auch nur in Umrissen wiederzugeben. Sein Schicksal, in zahlreiche Nebenhaushalte zu zerfallen, erscheint somit zwangsläufig. Unflexibilität, Komplexität und Zersplitterung kennzeichnen also die Haushaltswirtschaft unserer Zeit“⁶²⁰.

„Auf den globalen Märkten beginnt die kulturelle Produktion die materielle zu überflügeln“⁶²¹. Im 21. Jahrhundert muss sich der Staat um die Gleichheit der Bürger im Bereich der kulturellen Produktion als unsichtbare Produktion kümmern. Der Wert des „nicht greifbaren Eigentums“⁶²² wird durch die veränderte Informationswelt, die sich durch ihre informationelle Offenheit und deren gleichzeitiger Bewahrung explosiv ausbreitet, immer mehr zunehmen.

⁶¹⁹ Über die Machtfigur im Sachbereich der Wirtschaft s. Czempiel, *Weltpolitik im Umbruch*, 2. Aufl. 1993, S.134.

⁶²⁰ Kilian, *Nebenhaushalte des Bundes*, 1993, S.66, Er schreibt anschließend, „Aber auch das materielle Volumen des Haushalts stößt an Grenzen. Der Ausbau der Staatstätigkeit zieht notwendigerweise steigende Staatsausgaben nach sich bis hin zur Frage, wann denn die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Staates erreicht sind. Das ungehemmte Anspruchsdenken, zu dem die moderne Interessendemokratie ihre Bürger zu erziehen scheint, lässt die Grenzen der Belastbarkeit des Staates – und damit letztlich der Bürger selbst, siehe das Beispiel der Gesundheitskosten – sichtbar werden. Der Staat wird zum Steuer- oder Abgabenstaat, der die Basis für die Finanzierung seiner vielfältigen Aufgaben nur noch in der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft seiner Bürger findet. Dies kann am Ende sowohl zur Überlastung des Staates wie zur Überlastung seiner Bürger und damit zur Belastung künftiger Generationen von Staatsbürgern führen.“

⁶²¹ Rifkin, *Das Verschwinden des Eigentums (The Age of Access)*, 2. Aufl. 2000, S.15

⁶²² S. „Aufstieg und Fall des Eigentums“: Rifkin, *Das Verschwinden des Eigentums (The Age of Access)*, 2. Aufl. 2000, S.104-112.

Der Schutz des Eigentums durch die Grundrechte im 21. Jahrhundert bedarf einer erweiterten breiteren Funktion der Grundrechte, durch welche das „materielle kulturelle Gleichheitsrecht“, das von der wirtschaftlichen Kondition der Bürger unmittelbar beeinflusst wird, verwirklicht werden kann. Es kann sich durch „die positive Tätigkeit der Grundrechte“, die man mehr als Kontrolle und weniger als Beschränkung der Grundrechte verstehen kann, im Bereich der Wirtschaftshandlungen realisieren. Diese geänderte und ändernde Wirtschaftswelt fördert die Kooperation zwischen Staat und Bürger. Gleichzeitig fördert sie auch die Integration der einzelnen in die Gesellschaft. Der sog. kooperative Rechtsstaat geht davon aus.

„Den Staat, für den man bezahlt wie für einen Wächter, hat keiner der Verfassergewollt“⁶²³. Der durch den sich ausweitenden Bereich der Information im Verfassungsleben schneller und weiter entwickelnde schlanke Staat benötigt in Zukunft mehr Kooperation zwischen Staat und Bürger.⁶²⁴ Wie Wesen und Funktion der Grundrechte für den sozialen Rechtsstaat im 20. Jahrhundert hatten geändert werden müssen⁶²⁵, so brauchen wir heute ein neues Verständnis der Funktion der Grundrechte. Die Umwandlung, die von der Beschränkung und Kontrolle zur Harmonisierung und Koordinierung der Grundrechte führen soll, würde die Kooperation zwischen dem Staat und dem Bürger befördern. Der Unterschied zwischen Beschränkung und Kontrolle gleicht dem Unterschied zwischen der Erlaubnis als Verwaltungsakt und Auskunft. Der Ausgangspunkt des Unterschieds zwischen der

⁶²³ Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S.393.

⁶²⁴ Als ein gutes Beispiel s. „Die Anzahl öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Stiftungen“, Kilian, Stiftungerrichtung durch die öffentliche Hand, in: Der Staat als Stifter/ Stiftung als Public-Private Partnerships im Kulturbereich, 2003, S. 13 ff.

⁶²⁵ Darüber s. „Wesen und Funktion der Gesetzgebung im Grundrechtsbereich: Grundrechtsbegrenzung und Grundrechtsausgestaltung“, Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl. 1983, S.180ff.

Harmonisierung und Koordinierung ist die Freiwilligkeit der Beteiligten.

Die Kollision der Grundrechte zwischen Privaten ist zunehmend, wie wir durch zahlreiche Rechtsprechung im ersten Teil gezeigt haben. Das Bundesverfassungsgericht muss dafür eine klare Lösung entwickeln, wie die Grundrechte in die Privatrechtsordnung ausstrahlen können.

II. Künftige koreanische Entwicklung⁶²⁶

In der neunten Fassung der Koreanischen Verfassung von 1987, die die aktuell geltende Verfassung von Korea darstellt, ist eine Reihe von sozialen Grundrechten geregelt. Als Beispiele für die sozialen Grundrechte sind das Recht auf Bildung (Art. 31), das Recht auf Arbeit und Rechte der Arbeiter (Art. 32, 33), das Recht auf das menschenwürdige Leben (Art. 34), das Recht auf den Umweltschutz (Art. 35) zu nennen.

Die rechtliche Qualifizierung der sozialen Grundrechte hat das koreanische Verfassungsgericht in seinem Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der sogenannten Versorgungsrichtlinie nach dem Sozialvorsorgegesetz folgendermaßen zusammengefasst:

„Die in Art. 34 KV geregelte Schutzpflicht des Staates für die schutzwürdige Person bindet alle staatlichen Organe. Das Sozialvorsorgegesetz beruht auf dieser Schutzpflicht des Staates. Dennoch wird der verfassungsrechtliche Auftrag, ob und inwieweit diese Schutzpflicht in einzelnen Fällen

⁶²⁶ Es ist eine von der Ansicht Kim's Zusammenfassung mit einigem Ausschnitt des Texts: Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000, S. 40 ff.

durch die Versorgungsrichtlinie konkretisiert werden soll, dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt weitgehend anheimgegeben. Wenn sie für die Konkretisierung dieser Schutzpflicht gar nicht tätig gewesen wären oder diese Richtlinie über die als verfassungsrechtlich hinnehmbare Grenzen ihrer Gestaltungsfreiheit hinausgehen und damit willkürlich das Recht auf menschenwürdiges Dasein des Betroffenen verletzen würde, dann wäre diese Richtlinie verfassungswidrig.⁶²⁷

Nach einer Meinung rechtfertigt das Sozialstaatsprinzip fast alle staatlichen Einwirkungen auf die Wirtschaft zum Zwecke der sozialen Gerechtigkeit. Damit besteht immer die Gefahr, dass das Sozialstaatsprinzip als eine grenzenlose „Allmachtcompetenz des Staates“ missverstanden wird. Dies hängt mit dem Begriff der sozialen Marktwirtschaft nach Art. 119 Abs. 2 KV⁶²⁸ zusammen.

In der koreanischen Verfassung haben die sozialen Grundrechte bislang weniger Achtung gefunden als andere Grundrechte. Wobei trotz ihrer rechtlichen Bindungswirkung gegenüber allen staatlichen Gewalten ihre Konkretisierung einer bestimmten Sozialgesetzgebung bedarf.

Angesichts der tiefgreifenden Wirtschaftskrise im ostasiatischen Raum, wobei Koreaner oft von einer „IMF⁶²⁹-Ära“ sprechen, sieht man in Korea ziemlich lange Zeit eine „Talfahrt“ der sozialen Grundrechte vor sich. Der IMF hat auch an die koreanische Regierung die Forderung gestellt, vom wirtschaftlichen Strukturan-

⁶²⁷ KVerfGE, Bd. 9, Nr. 1 (1997), S. 543 ff.

⁶²⁸ „Der Staat kann regulierend und koordinierend in die Wirtschaft eingreifen, um ein ausgewogenes Wachstum und die volkswirtschaftliche Stabilität aufrechtzuerhalten, um eine ausgewogene Verteilung des Einkommens zu gewährleisten, um Marktmonopole und Missbrauch wirtschaftlicher Macht zu verhindern und um die Wirtschaft mittels Harmonie zwischen den wirtschaftlichen Kräften zu demokratisieren.“

⁶²⁹ Über IMF s. Kilian, Umweltschutz durch Internationale Organisationen, 1987, S. 226 f.

passungsprozeß innerhalb der koreanischen Volkswirtschaft Distanz zu nehmen, obwohl dadurch Massenarbeitslosigkeit entstehen kann.

Die Wiederbelebung der marktwirtschaftlichen Mechanismen und der Rücktritt des Staates auf das Notwendigste im sozial- und wirtschaftlichen Bereich weisen bereits auf die neue Rollenverteilung zwischen Einzelnem und Staat hin. Die Sozialleistungen des Staates beschränken sich auf das Notwendige und das Mögliche, also auf die Grundversorgung. Für das Individuum bedeutet dies mehr Selbstverantwortung. Die Privaten erscheinen als neue Anbieter für Sozialleistungen, deren Deckung durch den Staat nach den geänderten Verhältnissen weder möglich noch wünschenswert ist.

B. Kurze Schlussthese als Ergebnis

1. Nach der Untersuchung der Rechtsprechung sind die Fälle mit Bezug zur Drittwirkung der Grundrechte seit 1954 kontinuierlich zunehmend. Seit 1990 nimmt sie deutlich zu. Darum ist es eine drängende Tatsache, dass sich die Rekonstruktion der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte notwendig macht. Dieses statistische Ergebnis beweist die Notwendigkeit der neuen Rolle und Funktion der Grundrechte, welche die Kooperation zwischen Privaten fördern.

2. Der EuGH hat die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten anerkannt. Darum können die Grundfreiheiten im Privatrechtsverkehr unmittelbar angewendet werden. Gegen die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten gibt es Kritiken,

weil das Fundament der Privatrechtsordnung – d.h. Freiheiten der Bürger in der EG – zerstört werden kann.

3. Die vorläufige Ausstrahlungswirkung in der Theorie der sog. „Dual-Ausstrahlungswirkung“ ist für diese Problematik passend. Diese Lösung ist in der Lage die Spannung des Kompetenzgefüges zwischen EG und Mitgliedstaaten sowie zwischen Judikative und Legislative problemlos aufzulösen.

4. Die sog. Dual-Ausstrahlungswirkung ist eine neue Lösung für die Drittwirkungsproblematik. Sie ist eine Differenzierung der bisherigen mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte. Die (drei) Stufentheorie dient einer solchen Differenzierung.

5. Für die Bewahrung der Privatrechtsordnung sind Prüfungsstufen notwendig, um die Integrität und das Wesen des Privatrechts zu erhalten. Die erste Stufe soll die Erweiterungsmöglichkeit der Dimensionen überprüfen, ob sich öffentliches Gebiet im Bereich des Privatrechts erweitern kann und wenn Ja, inwieweit lässt sich sein Gebiet im Bereich des Schuldrechts, des Sachenrechts und des Rechts in Verbindung mit der Herkunft erweitern. Für die Überprüfung der Zulässigkeit der Erweiterung des öffentlichen Gebiets weist diese Dissertation „das System der Punktzahl“ auf.

6. In der zweiten Stufe wird die bisherige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte als mittelbare Drittwirkung überprüft. Diese Ausstrahlungswirkung kommt über die Einbruchsstelle, die von den Generalklauseln im privatrechtlichen Gebiet aus-

gestaltet, und strahlt in das Gebiet der „Konfusion“ als ausgestaltende öffentliche Institution.

7. Bei der dritten Stufe handelt es sich um die „vorläufige Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte. Sie geht vom öffentlichen Gebiet in das Gebiet der Konfusion als ausgestaltende öffentliche Institution. Die bisherige Debatte in Verbindung mit der „unmittelbaren Drittwirkung“ verkennt die vorläufige Ausstrahlungswirkung der Grundrechte.

8. Die vorläufige Ausstrahlungswirkung ist mittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Sie benötigt auch Einbruchstelle, die „dem heutigen Zeitgefühl entsprechend eine besondere Legitimität besitzt“⁶³⁰, um die gesamte einheitliche Rechtsordnung und die Einheit der Verfassung zu bewahren.

9. In Bezug auf die Rechtsstaatsidee gab es zwei bedeutende Wendepunkte: Zuerst der Übergang von der feudalen Gesellschaft zum bürgerlichen Rechtsstaat, später die Weiterentwicklung des bürgerlichen zum sozialen Rechtsstaat, in dem sich die Gemeinschaft nicht nur für die „allgemeinen Bürger“ interessiert, sondern auch für die „besonderen Bürger“, die in die Gemeinschaft vernachlässigt werden, aktiv Sorge trägt.

10. Der sich ausweitende Bereich der Information und der zunehmende Bereich der Kultur im Verfassungsleben ändert die Ordnung der Staatsgemeinschaft, weil er die Öffentlichkeit, Rechtschaffenheit, Kooperative weitestgehend garantieren.

⁶³⁰ Häberle, Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2. Aufl. 1996, S. 84.

11. Die sich ändernde Ordnung der Staatsgemeinschaft (unter der Auswirkung des sich ausweitenden Bereichs der Information und des zunehmenden Bereichs der Kultur im Verfassungsleben) bedarf einer neuen Idee der Rechtsstaatsstruktur. Der sog. kooperative Rechtsstaat ist deswegen kommend. Der Begriff der „Kooperation“ unterstützt die neue Funktion und Rolle der Grundrechte im kooperativen Rechtsstaat.

Anhang

I. Überblick über die Grundrechte in der koreanischen Verfassung⁶³¹

1. Liberale, klassische Grundrechte

Die Würde und der Wert des Menschen (Art. 10 Satz 1, 1. Halbsatz)

Das Recht, nach Glück zu streben (Art. 10 Satz 1, 2. Halbsatz)

Der Gleichheitssatz (Art. 11 Abs. 1)

Die Freiheit der Person (Art. 12 und 13)

Die Freizügigkeit (Art. 14)

Die Freiheit der Berufswahl (Art. 15)

Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 16)

Die Unverletzlichkeit von Privatgeheimnissen und die Freiheit des Privatlebens (Art. 17)

Die Unverletzlichkeit des Kommunikationsgeheimnisses (Art. 18)

Die Gewissensfreiheit (Art. 19)

Die Religionsfreiheit (Art. 20 Abs. 1)

Die Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse (Art. 21 Abs. 1, 1. Variante und Abs. 3)

Die Versammlungsfreiheit (Art. 21 Abs. 1, 2. Variante)

Die Vereinigungsfreiheit (Art. 21 Abs. 1, 2. Variante)

Die Freiheit der Wissenschaft (Art. 22 Abs. 1, 2. Variante)

Die Kunstfreiheit (Art. 22 Abs. 1, 2. Variante)

Der Schutz der Rechte von Autor, Erfinder, Wissenschaftler bzw. Techniker und Künstler (Art. 22 Abs. 2)

Die Eigentumsgarantie (Art. 23 Abs. 1)

2. Soziale Grundrechte

Das Recht auf Bildung (Art. 31 Abs. 1 und 3)

Das Recht auf Arbeit (Art. 32 Abs. 1)

Das Recht auf Koalitionsfreiheit bzw. auf Arbeitskampf (Art. 33 Abs. 1 und 2)

Das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein (Art. 34 Abs. 1)

Das Recht auf eine gesunde und angenehme Umwelt (Art. 35 Abs. 1, 1. Halbsatz)

Das Recht auf Gesundheit (Art. 36 Abs. 3)

⁶³¹ Kim, Seon-Taek, Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz, 1992, S. 185 ff.

3. Grundrechtliche Einrichtungsgarantien

Art. 23 Abs. 1 für Eigentum

Art. 31 Abs. 4 für Bildungswesen sowie Autonomie der Universitäten

Art. 36 Abs. 1 für Ehe und Familie

II. Der koreanische Verfassungstext über die Grundrechte⁶³²

Kapitel II : Rechte und Pflichten der Staatsbürger

(Neunte Verfassungsänderung vom Oktober 1987)

Art.10

Alle Staatsbürger besitzen einen Eigenwert und Menschenwürde und haben das Recht, nach Wohlstand zu streben. Es ist die Verpflichtung des Staates, die grundlegenden und unverletzlichen Menschenrechte des einzelnen anzuerkennen und zu gewährleisten.

Art.11

(1)Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Niemand darf aufgrund des Geschlechtes, der Religion oder des sozialen Standes in irgendeinem Bereich diskriminiert werden, weder im politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen noch kulturellen Leben.

(2)Eine privilegierte Schicht wird nicht anerkannt und darf, in welcher Form auch immer, nicht errichtet werden.

(3)Auszeichnungen, wie Orden und sonstiges, sind nur für den Inhaber wirksam, irgendwelche Sonderrechte leiten sich daraus nicht ab.

Art.12

(1)Alle Staatsbürger genießen die körperliche Freiheit. Niemand kann festgenommen, inhaftiert, durchsucht oder verhört werden, es sei denn, es ist vom Gesetz vorgesehen. Ebenso dürfen Sachen nicht ohne, dass es das Gesetz vorsieht, beschlagnahmt werden. Niemand kann bestraft, in Sicherheitsverwahrung genommen oder zur Zwangsarbeit verpflichtet werden, es sei denn aufgrund eines Gesetzes und eines rechtmäßigen Verfahrens.

(2)Kein Staatsbürger darf gefoltert oder zu Aussagen gezwungen werden, die für ihn selbst strafrechtlich nachteilig sind.

(3)Festnahme, Inhaftierung, Beschlagnahme und Durchsuchung bedürfen einer richterlichen Anordnung, die durch ein rechtmäßiges Verfahren auf Antrag des Staatsanwaltes erlassen wird. Nur

⁶³² Übersetzt von Yong-Sup Kim

in dem Fall, dass ein Verdächtiger auf frischer Tat festgenommen wird oder wenn die Gefahr besteht, dass eine Person, die der Begehung einer Straftat verdächtig ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren bedroht ist, entkommen oder ihre Tat verdunkeln kann, können die Ermittlungsorgane die richterliche Anordnung nachträglich beantragen.

(4) Jeder Festgenommene oder Inhaftierte hat das Recht, sofort den Beistand eines Rechtsanwaltes zu erhalten. Wenn der im Strafprozess Angeklagte von sich aus keinen Anwalt finden kann, stellt ihm der Staat, der gesetzlichen Bestimmung entsprechend, einen Rechtsanwalt zur Verfügung.

(5) Niemand kann festgenommen oder inhaftiert werden, ohne den Grund hierfür genannt zu bekommen und ohne über sein Recht auf den Beistand eines Rechtsanwaltes in Kenntnis gesetzt zu werden. Der Grund, das Datum und der Ort müssen sofort den Familien der Festgenommenen oder Inhaftierten nach Maßgabe der Gesetze bekannt gegeben werden.

(6) Jeder Festgenommene oder Inhaftierte hat das Recht, das Gericht zu ersuchen, die Rechtmäßigkeit der Festnahme oder der Untersuchungshaft zu überprüfen.

(7) Wenn feststeht, dass ein Geständnis gegen den Willen des Angeklagten durch Folter, Gewaltanwendung, Einschüchterung, ungerecht verlängerte Haft, Täuschung oder dergleichen erlangt wurde oder wenn das Geständnis das einzige Beweismittel gegen den Angeklagten ist, kann ein derartiges Geständnis nicht für die Beurteilung verwertet werden und darf in diesen Fällen kein Angeklagter aufgrund eines solchen Geständnisses bestraft werden.

Art.13

(1) Kein Staatsbürger kann nachträglich wegen einer Handlung angeklagt werden, die nach den zur Zeit der Tat geltenden Gesetzen keine Straftat darstellte. Ebenso darf er wegen derselben Straftat nicht wiederholt bestraft werden.

(2) Niemand darf durch rückwirkende Gesetze in der Ausübung seiner politischen Rechte eingeschränkt oder in seinen Eigentumsrechten beeinträchtigt werden.

(3) Kein Staatsbürger soll wegen einer Tat, die nicht er selbst, sondern ein Verwandter begangen hat, Nachteile erleiden.

Art.14

Alle Staatsbürger genießen die Freiheit der Wahl des Wohnsitzes und Freizügigkeit.

Art.15

Alle Staatsbürger haben die Freiheit der Berufswahl.

Art.16

Alle Staatsbürger genießen die Unverletzlichkeit ihrer Wohnung. Bei Beschlagnahme oder Durchsuchung der Wohnung muss eine auf Antrag des Staatsanwaltes erlassene richterliche Anordnung vorgewiesen werden.

Art.17

Die Intimsphäre und die Freiheit des Privatlebens der Staatsbürger darf nicht verletzt werden.

Art.18

Die Geheimsphäre der Kommunikation aller Staatsbürger darf nicht verletzt werden.

Art.19

Alle Staatsbürger genießen die Freiheit des Gewissens.

Art.20

(1)Alle Staatsbürger genießen die Freiheit der Religion.

(2)Es wird keine Staatsreligion anerkannt, und Religion und Politik werden voneinander getrennt.

Art.21

(1)Alle Staatsbürger genießen Rede- und Pressefreiheit sowie Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.

(2)Ein Verbot oder eine Zensur von Rede und Presse und ein Verbot von Versammlungen und Vereinigungen finden nicht statt.

(3)Die Ausstattung von Einrichtungen des Rundfunks und des Nachrichtenwesens und von Institutionen, die notwendig sind, um die Funktion der Zeitungen zu gewährleisten, werden durch Gesetz bestimmt.

(4)Weder die Rede noch die Presse darf die Ehre oder die Rechte anderer verletzen oder die öffentliche Moral oder die soziale Ethik untergraben. Sollte die Rede oder die Presse die Ehre oder die Rechte anderer verletzen, kann für den daraus entstandenen Schaden Ersatz verlangt werden.

Art.22

(1)Alle Staatsbürger genießen die Freiheit der Wissenschaft und Kunst.

(2)Die Rechte der Autoren, Erfinder, Techniker und Künstler werden durch Gesetz geschützt.

Art.23

(1)Jedem Staatsbürger werden Eigentumsrechte garantiert. Deren Inhalt und Schranken werden durch Gesetz bestimmt.

(2)Die Ausübung der Eigentumsrechte muss mit dem Gemeinwohl vereinbar sein.

(3)Die Zulässigkeit von Enteignung, Benutzung, Einschränkung und Entschädigung der Eigentumsrechte kann durch Gesetz aus Gründen des Gemeinutzes vorgesehen werden. In solchen Fällen wird eine gerechte Entschädigung gezahlt.

Art.24

Alle Staatsbürger haben nach Maßgabe der Gesetze das Wahlrecht.

Art.25

Alle Staatsbürger haben nach Maßgabe der Gesetze das Recht zur Übernahme öffentlicher Ämter.

Art.26

(1) Alle Staatsbürger haben das Recht, sich nach Maßgabe der Gesetze mit schriftlichen Petitionen an alle Staatsorgane zu wenden.

(2) Der Staat ist verpflichtet, die Petitionen zu prüfen.

Art.27

(1) Alle Staatsbürger haben das Recht, durch Richter, die durch die Verfassung und Gesetze bestimmt sind, ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren zu erhalten.

(2) Ein Staatsbürger, der kein Soldat und kein Zivilbediensteter der Streitkräfte ist, wird innerhalb des Staatsgebietes der Republik Korea nicht vor dem Militärgericht angeklagt, es sei denn, in den gesetzlich bestimmten Fällen von Verbrechen im Zusammenhang mit wichtigen Geheimnissen bezüglich militärischer Angelegenheiten; insbesondere des militärischen Wachdienstes, der Versorgung mit giftiger Verpflegung, Kriegsgefangenen, der Militäreinrichtungen, auch in den Fällen, in denen der außerordentliche Kriegszustand erklärt ist.

(3) Alle Staatsbürger haben das Recht auf einen schnellen Prozess. Der Angeklagte hat das Recht, unverzüglich einen öffentlichen Prozess zu erhalten, soweit keine bedeutenden Gründe vorliegen.

(4) Der Angeklagte wird solange als unschuldig angesehen, bis seine Schuld erwiesen worden ist.

(5) Das Opfer eines Verbrechens hat nach Maßgabe der Gesetze einen Anspruch darauf, während des Gerichtsverfahrens für den betreffenden Fall eine Erklärung abzugeben.

Art.28

Ein Beschuldigter oder Angeklagter, der inhaftiert war und der vom Gericht freigesprochen wurde, oder aber ein Beschuldigter oder Angeklagter, dessen Verfahren eingestellt wurde, kann vom Staat nach Maßgabe der Gesetze eine gerechte Entschädigung verlangen.

Art.29

(1) Wenn ein Staatsbürger durch widerrechtliche dienstliche Handlungen von Beamten einen Schaden erlitten hat, kann er nach Maßgabe der Gesetze vom Staat oder einer öffentlichen Körperschaft einen entsprechenden Schadensersatz verlangen. Die betroffenen Beamten werden jedoch nicht von ihrer Verantwortung befreit.

(2) Für Schäden, die Soldaten, Zivilbedienstete der Streitkräfte, Polizeibeamte und andere, durch Gesetz bestimmte Personen im Zusammenhang mit der Ausübung ihres Dienstes bei Kampfhandlungen, Manövern oder bei anderen Gelegenheiten erlitten haben, gilt, dass sie über die gesetzlich bestimmte Entschädigung hinaus vom Staat oder von den öffentlichen Körperschaften keinen Schadensersatz für widerrechtliche dienstliche Handlungen von Staatsbeamten verlangen können.

Art.30

Bürger, die infolge krimineller Handlungen Schaden an Leben und Körper erlitten haben, können nach Maßgabe der Gesetze vom Staat Hilfe erhalten.

Art.31

(1) Alle Staatsbürger haben das Recht, entsprechend ihrer Fähigkeiten gleichberechtigt eine Ausbildung zu genießen.

(2) Alle Staatsbürger haben gegenüber den Kindern, die in ihrer Obhut stehen, die Pflicht, ihnen mindestens die Grundschulbildung und die durch Gesetz bestimmte Ausbildung zuteil werden zu lassen.

(3) Der obligatorische Schulbesuch ist unentgeltlich.

(4) Die Selbständigkeit, die Spezialität und die politische Neutralität des Bildungswesens und die Autonomie der Universitäten werden nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet.

(5) Der Staat soll die Ausbildung aller Altersgruppen fördern.

(6) Die grundlegenden Angelegenheiten des Bildungswesens, insbesondere der Schulausbildung und der Ausbildung aller Altersgruppen, deren Verwaltung und Finanzierung sowie die Stellung der Lehrer, werden durch Gesetz geregelt.

Art.32

(1) Alle Staatsbürger haben das Recht auf Arbeit. Der Staat hat auf soziale und wirtschaftliche Weise die Beschäftigung der Arbeitnehmer zu fördern und sich um angemessene Löhne zu bemühen und einen Mindestlohn nach Maßgabe der Gesetze zu garantieren.

(2) Alle Staatsbürger haben die Pflicht zu arbeiten. Der Staat bestimmt Inhalt und Bedingungen der Arbeitspflicht nach demokratischen Grundsätzen durch Gesetz.

(3) Die Arbeitsbedingungen werden durch Gesetz in der Weise bestimmt, dass die Würde des Menschen gewährleistet wird.

(4) Die Arbeit von Frauen wird besonders geschützt. Sie dürfen nicht benachteiligt werden bei der Beschäftigung, der Bezahlung und den Arbeitsbedingungen.

(5) Der Arbeitsschutz von Jugendlichen wird besonders gesichert.

(6) Arbeitsgelegenheiten werden nach Maßgabe der Gesetze vorzugsweise denjenigen Personen gewährt, die dem Staat hervorragende Dienste geleistet haben, sowie verwundeten Soldaten und Polizisten, den weiteren Angehörigen von Hinterbliebenenfamilien gefallener Soldaten und Polizisten.

Art.33

(1) Die Arbeitnehmer haben das Recht, zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen autonome Organisationen zu bilden, Tarifverhandlungen zu führen und zu streiken.

(2) Nur diejenigen Staatsbeamten haben das Organisations-, Tarif-, und Streikrecht, die dafür im Gesetz genannt werden.

(3) Das Streikrecht von Arbeitnehmern, die in wichtigen Zweigen der Rüstungsindustrie beschäftigt sind, kann nach Maßgabe der Gesetze entweder eingeschränkt oder versagt werden.

Art.34

(1) Alle Staatsbürger haben das Recht, ein menschenwürdiges Leben zu führen.

(2) Der Staat hat sich um die Förderung der sozialen Sicherheit und Wohlfahrt zu bemühen.

(3) Der Staat hat sich um das Wohlergehen und die Rechte der Frauen zu bemühen.

(4) Der Staat hat die Pflicht, eine Politik zu betreiben, die das Wohlergehen der Alten und Jugendlichen erhöht.

(5) Staatsbürger, die ihren Lebensunterhalt durch Behinderung, Krankheit, Alter oder aus anderen Gründen nicht selbst bestreiten können, werden nach Maßgabe der Gesetze vom Staat unterstützt.

(6) Der Staat hat sich darum zu bemühen, Unglück von seinen Bürgern abzuwenden, sie vor antizipierten Risiken zu beschützen.

Art.35

(1) Alle Staatsbürger haben das Recht, in einer intakten Umwelt zu leben. Der Staat und alle Staatsbürger haben die Pflicht, die Umwelt zu schützen.

(2) Inhalt und Ausübung des Anspruchs auf eine intakte Umwelt werden durch Gesetz bestimmt.

(3) Der Staat bemüht sich um angemessene Wohnmöglichkeiten für seine Bürger durch Wohnungspolitik.

Art.36

(1) Ehe und Familienleben müssen auf die Würde des Individuums und die Gleichberechtigung der Geschlechter gegründet und erhalten werden. Ehe und Familienleben genießen den Schutz des Staates.

(2) Der Staat hat sich um den Schutz der Mütter zu kümmern.

(3) Die Gesundheit aller Staatsbürger genießt den Schutz des Staates.

Art.37

(1) Freiheiten und Rechte der Staatsbürger werden nicht aus dem Grund außer acht gelassen, dass sie in der Verfassung nicht aufgezählt seien.

(2) Alle Freiheiten und Rechte der Staatsbürger können durch Gesetze nur dann eingeschränkt werden, wenn es für die Staatssicherheit, die Aufrechterhaltung der Ordnung oder das Gemeinwohl erforderlich ist. Selbst wenn eine solche Einschränkung vorgenommen wird, darf der Wesensgehalt der Freiheit oder des Rechtes nicht angetastet werden.

Art.38

Alle Staatsbürger haben nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Entrichtung von Steuern.

Art.39

(1) Alle Staatsbürger haben nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Verteidigung des Landes.

(2) Niemand darf wegen Erfüllung seiner Wehrpflicht benachteiligt werden.

III. Verfassungsgericht in der Republik Korea⁶³³

Die Verfassungsänderung von 1987 führte das Prinzip der Verfassungsgerichtsbarkeit wieder ein⁶³⁴. Erneut kam es somit zur Bildung eines Verfassungsgerichts. Es besteht aus 9 Verfassungsrichtern, von denen jeweils drei vom Staatspräsidenten, drei vom Obersten Gericht und drei vom Parlament ernannt werden. Aufgabe des Verfassungsgerichts ist die Prüfung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, die Entscheidung über Streitigkeiten zwischen den staatlichen und kommunalen Organen, Parteiauflösungen, Wahlstreitigkeiten und verfassungsrechtlich bedingte Anklagen gegen den Staatspräsidenten, Abgeordnete und Minister. Auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage wurde das Verfassungsgerichtsgesetz vom 5. 8. 1988 neu eingeführt.

⁶³³ Oh, Jun-Gen: Das koreanische Rechtssystem und die gegenwärtige Rechtsreform in Korea, in: Konrad Adenauer Stiftung Seoul Office Bd. 7, 1996, S. 429.

⁶³⁴ „Der Verfassungsausschuß von 1948 bis 1960 hatte nur sieben Beschlüsse gefasst, von 1972 bis 1988 sogar gar keinen. Nach der Bildung des Verfassungsgerichts 1988 wurden jedoch bis Ende März 1995 insgesamt 2321 Beschlüsse gefasst. 190 Beschlüsse betreffen die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, drei Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Behörden und 2028 von Verfassungsbeschwerden. Bislang sind ca. 20 Gesetze als verfassungswidrig erklärt worden. Es kann eingeschätzt werden, dass durch die Schaffung des Verfassungsgerichts ein großer Schritt zur Verwirklichung der Justizreform gemacht wurde. Das bezieht sich auch auf den Schutz der Grundrechte und der Verfassung insgesamt in Gegenwart und Zukunft.“ Oh, Jun-Gen: Das koreanische Rechtssystem und die gegenwärtige Rechtsreform in Korea, in: Konrad Adenauer Stiftung Seoul Office Bd. 7, 1996, S.429

IV. Der Gerichtsaufbau in Korea

1. Verfassungstext

KV Art. 101 Abs. 2

Die Gerichte bestehen aus dem Obersten Gerichtshof als höchstem Gericht und anderen Gerichten auf bestimmten Ebenen.

2. Gerichtsorganisationsgesetz vom 27. 7. 1994 ⁶³⁵

Das Oberste Gericht, als das höchste Gericht. Es ist für alle Revisionsachen, Wahl- und Patentsachen als letzte Instanz zuständig.

Die Obergerichte, als das obere Gericht. Es ist für Berufungssachen zuständig.

Das Patentgericht, auf der Ebene des Obergerichts. Es ist für Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Warenzeichenangelegenheiten als erste Instanz zuständig.

Das Verwaltungsgericht ist für die Verwaltungsklagen als erste Instanz zuständig.

Die Landgerichte, die als erste Instanz für Zivil-, Straf- und sonstige Sachen zuständig sind.

Die Familiengerichte, die als erste Instanz für Familiensachen zuständig sind.

⁶³⁵ Eigene Ergänzung und Zusammenfassung von Oh, Jun-Gen: Das koreanische Rechtssystem und die gegenwärtige Rechtsreform in Korea, in: Konrad Adenauer Stiftung Seoul Office Bd. 7, 1996, S.425 ff.

Die Gemeindegerichte, Zuständig, wo Landgericht und Familiengericht nicht existieren.

Militärgerichte, als Sondergericht nach KV Art. 110 Abs. 1. für die Straftaten von Soldaten und Zivilbediensteten der Streitkräfte, militärische Spionage, gesetzlich bestimmte Straftaten in Zusammenhang mit dem militärischen Wachdienst, Versorgung mit giftiger Verpflegung, sowie Kriegsgefangenen – Im außerordentlichen Kriegszustand sind die Entscheidungen der Militärgerichte unanfechtbar nach KV Art. 110 Abs. 4.; im Falle eines Todesurteils sind sie jedoch anfechtbar nach der gleichen Norm.

Literaturverzeichnis

I. Literatur in deutscher Sprache

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1994

Annette Guckelberger, Speyer, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, S. 1151-1157

Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933

Badura, Peter, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates, in: Sozialpartnerschaft in der
Bewährung, Festschrift Karl Molitor, 1988, S. 9

Barby, Hanno von, Die 'Drittwirkung der Grundrechte im Verfassungsrecht der Vereinigten
Staaten, DVBl 1971, S. 333-336

Bauer, Hartmut, Die Schutznormtheorie im Wandel, in: Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts
(hrsg. Heckmann/Messerschmidt), 1988

Benz, Arthur, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 13 ff.

Bleckmann, Albert, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S. 938-946
- Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997

Braun, Johann, Übrigens - Deutschland wird wieder totalitär, JuS 2002, S. 424-425

Burgi, Martin, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der
Grundfreiheiten, EWS 1999, S. 327-332

Böckle, Franz/ Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), Naturrecht in der Kritik, 1973

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, 1999

- Grundrechte und Privatrecht, AcP 184(1984), S. 201-246

- Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der

richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161-172

- Systemdenken und Systembegriff, 1969

Chang, Young-Chul, Die konkrete Normenkontrolle in der Verfassung der Republik Korea, Diss.,

1998

- Classen, Claus Dieter, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122(1997), S. 65-107
- Czempiel, Ernst-Otto, Weltpolitik im Umbruch, 2. Aufl., 1993
- Damm, Karl-Dieter, Die Einwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes auf das nach deutschem Internationalen Privatrecht anwendbare ausländische Sach- und Kollisionsrecht, 1993
- Delbrück, Jost, Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung?, in: Im Dienst an Recht und Staat, Festschrift Werner Weber, 1974, S. 223-238
- Diederichsen, Uwe, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht, AcP 1998, S.171-260
- Dürig, Günter, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: von Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift Hans Nawiasky, 1956, S. 157-190
- E. Krotoschin, Gerichtlicher Grundrechtsschutz, insbesondere Drittwirkung der Grundrechte, nach argentinischem Recht, RdA 1964, S. 128-132
- Ebel, Friedrich, Rechtsgeschichte, Bd. II Neuzeit, 1993
- Egli, Patricia, Drittwirkung von Grundrechten, Diss., 2002
- Eisenhardt, Ulrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., 1999
- Emmert, Frank, Horizontale Drittwirkung von Richtlinien?, EWS 1992, S. 56-67
- Enders, Christoph, Der Gewissenhafte Schlosser, Jura 2000, S. 198-204
- Ennecerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1959
- Erichsen, Hans-Uwe, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, S. 527-533
- Eschenbach, Jürgen/ Niebaum, Frank, Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung, NVwZ 1994, S. 1079-1082
- Etzioni, Amitai, Die Entdeckung des Gemeinwesens. Ansprüche, Verantwortlichkeiten und das Programm des Kommunitarismus (The Spirit of Community. Rights, Responsibilities, and the Communitarian Agenda), Übers. W. F. Müller, 1995

- Fezer, Karl-Heinz, Diskriminierende Werbung Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, S. 265-275 (276f.)
- Flume, Werner, Das Rechtsgeschäft II. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1979
- Gallwas, Hans-Ullrich, Grundrechte, 2. Aufl., 1995
- Galperin, Hans, Gleicher Lohn für Männer und Frauen, JZ 1956, S. 105-109
- Gamilscheg, Franz, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164(1964), S. 385-445
- Gebhard, Ludwig, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 1932
- Germann, Michael, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000 (Zugl. Erlangen, Nürnberg, Univ., Diss., 1999)
- Giese, Friedrich, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8.Aufl., 1931
- Greifeld, A, Verfassungsrecht, Mietrecht- Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, JA 1986, S. 448-450
- Göksu, Tarkan, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 2002, S. 89-101
- Götz, Volkmar, Innere Sicherheit, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. III. 2.Aufl., 1996, §79
- Göz, Philipp, Die horizontale Drittwirkung von Richtlinien, DZWir 1995, S. 256-260
- Häberle, Peter, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970
- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30 (1972)
 - Der kooperative Verfassungsstaat, in: FS Schelsky 1978, S. 141 - 177
 - Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3.Aufl., 1983
 - Grundrechte und parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat das Beispiel des deutschen Grundgesetzes, AöR 1989, S. 361-390
 - Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.I. 2.Aufl., 1995, §20

- Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., 1996
 - Der kooperative Verfassungsstaat, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., 1996, S. 407 ff.
 - Die Grundrechte im demokratischen Staat, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., 1996, S. 579 ff.
 - Verfassungstheorie ohne Naturrecht, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., 1996, S. 93 ff.
 - Zeit und Verfassung, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., 1996, S. 59 ff.
 - Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 2.Aufl., 1996, S. 445 ff.
 - Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998
- Hager, Johannes, Die Mephisto-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2000, S. 186-191
- Hager, Johannes, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373-383
- Hann, Hartmut, Nochmal - Zur Drittwirkung von EG-Richtlinien im Umsatzsteuerrecht, RIW 1982, S. 503-506
- Heller, Hermann, Staatslehre, 6.Aufl., 1983
- Henrich, Dieter, Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel, in: Festschrift Dieter Medicus, 1999, S.199-209 (199)
- Herdegen, Matthias, Objektives Recht und subjektive Recht. Bemerkungen zu verfassungsrechtlichen Wechselbeziehungen, in: Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts (hrsg. Heckmann/Messerschmidt), 1988
- Herder Verlag, Staatslexikon, 7. Aufl. 2. Bd., 1986
- Hermes, Georg, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage, NJW 1990, S. 1764-1768
- Hesse, Konrad, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ 1978, S. 429
- Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988

- Bedeutung der Grundrechte, in: Handbuch des Verfassungsrechts 2. Aufl., 1994, S. 127-160
(150ff.)
- Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999
- Heyde, Wolfgang/ Starck, Christian, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, 1990
- Hueck, Alfred, Die Bedeutung des Art. 3 des Bonner Grundgesetzes für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1951
- Huntington, Samuel P., Der Kampf der Kulturen, Europaverlag, 6. Aufl., 1997
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht II, 6. Aufl. 2003
- Isensee, Josef, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §115
- Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, §111
- Verfassungsrecht als politisches Recht , in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.VII.1992, §162
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, 2.Aufl. 1995; Bd. III: Das Handeln des Staates, 2.Aufl. 1996; Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren, 1992; Bd. VI: Freiheitsrechte,1989; Bd. VIII: Die Einheit Deutschlands – Entwicklung und Grundlagen -, 1995; (zit.: Bearb., in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts)
- Jakobs, Günther: Norm, Person, Gesellschaft, 1997
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, Hrsg. v. Walter Jellinek, 3. Aufl., 1914
- Jellinek, Walter, Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, BB 1950, S. 425-427
- Katz, Alfred, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002
- Kelsen, Hans, Die Idee des Naturrechts, in: Staat und Naturrecht, Hrsg. v. Ernst Topitsch, 2. Aufl., 1989
- Kersten, Jens, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, Habil., 2000

- Kilian, Michael, Umweltschutz durch Internationale Organisationen, Diss., 1987
- Nebenhaushalte des Bundes, 1993 (Zugl.: Tübingen, Univ., Habil., 1990)
 - (Hrsg.): Dichter, Denker und der Staat, 1993
 - Wiedererstehen und Aufbau der Länder im Gebiet der vormaligen DDR, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII. 1995, § 186
 - Verwaltungskultur im Spiegel verschiedener Literaturgattungen, in: Kluth (Hrsg.), Verwaltungskultur, 2001
 - Stiftungerrichtung durch die öffentliche Hand, in: Der Staat als Stifter/Stiftung als Public-Private Partnerships im Kulturbereich, 2003, S. 11-134.
- Kim, Nam-Cheol: Gemeindliche Planungshoheit und überörtliche Planungen, Diss., 1997
- Kim, Seon-Taek: Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz, 1992
- Kim, Sung-Soo: Rechtfertigung von Sonderabgaben, Diss., 1990
- Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroschi: Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, 2000
- Kirste, Stephan, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, 1998
- Kluth, Winfried (Hrsg.), Verwaltungskultur, 2001
- Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), S. 558 ff.
- Koll, Mathias, Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, Diss., 1961
- Krüger, Herbert, Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, S. 163-166
- Krüger, Hildegard, Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht, RdA 1954, S. 365-375
- Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1989
- Leisner, Walter, Grundrechte und Privatrecht, 1960

- Lerche, Peter, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V.1992, § 122
- Lilie, Hans, § 223 Körperverletzung, in: StGB Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2001
- Linders, Horst, Über die Frage der unmittelbaren Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, Diss., 1961
- Linnenkohl, Karl R H/ Rauschenberg, Hans-Jürgen/ Schüttler, Jutta, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Drittwirkungsproblematik im Arbeitsrecht, BB 1988, S. 57-63
- Lipp, Martin, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, 1980
- Loewenstein, Karl, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1959
- Lücke, Jörg, Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19 Abs. 3 GG, JZ 1999, S.377-384
- Maunz, Theodor / Zippelius, Reinhold, Deutsches Staatsrecht, 30.Aufl. 1998
- Maunz, Theodor/ Dürig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 35. Ergänzungslieferung 1999 (zitiert: Bearbeiter, in: Maunz-Dürig, Komm. z. GG)
- Medicus, Dieter, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1993
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, S.35-70
 - Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 1997
 - Schuldrecht I - Allgemeiner Teil, 14 Aufl., 2003
- Meier, Gert, Zur Drittwirkung von EG-Richtlinien im Umsatzsteuerrecht, BB 1982, S. 1711-1712
- Michaelis, Lars Oliver, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, NJW 2001, S. 1841-1842
- Mitteis, Heinrich/ Lieberich, Heinz, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., 1992
- Müller, Gerhard, Drittwirkung von Grundrechten und Sozialstaatsprinzip, RdA 1964, S. 121-127
- Neuner, Jörg, Privatrecht und Sozialstaat, Habil., 1999
- Nipperdey, Hans Carl, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121-128
- Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl 1958, S. 445-452

- Grundrechte und Privatrecht, 1961

Novak, Richard, Zur Drittwirkung der Grundrechte- Die österreichische Lage aus
rechtsvergleichender Sicht, EuGRZ 1984, S. 133-147

Odendahl, Kerstin, Das Lüth-Urteil , JA 1998, S. 933-937

Oeter, Stefan, Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119(1994),
S. 529-563

Oh, Jun-Gen, Das koreanische Rechtssystem und die gegenwärtige Rechtsreform in Korea, in:
Konrad Adenauer Stiftung Seoul Office Bd. 7, 1996

Oppermann, Thomas: Kulturverwaltungsrecht, 1969

- Europarecht, 2. Aufl. 1999

Parker, Reginald, Das öffentliche Recht, Verfassungsrecht und allgemeines Verwaltungsrecht der
Vereinigten Staaten von Amerika, 1963

Petz, Helmut, Verfassungsrecht-Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, JA 1987, S. 634-636

Pietzcker, Jost, Drittwirkung Schutzpflicht Eingriff, in: Das akzeptierte Grundgesetz, Festschrift
Günter Dürig, 1990, S. 345-363

Poetzsch-Heffter, Fritz, Handkommentar der Reichsverfassung, 3.Aufl., 1928

Polzin, Carsten, Verfassungswidrigkeit der Fernsehsendung Big Brother ?, Jura 2000, S. 278-279

Poscher, Ralf, Grundrechte als Abwehrrechte, Habil., 2003

Pufendorf, Samuel von, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der
Natur, 1673, (Herausgegeben und übersetzt von Klaus Luig, 1994).

R. Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, 1961

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973

Ramm, Th, Die deutsche Arbeitsverfassung im Vormärz (1815-1848), in: Köbler/Heinze/Schapp
(Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi.
Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 6, 1990, 423 ff.

Ramm, Thilo, Drittwirkung und Übermaßverbot, JZ 1988, S. 494-493

- Rawls, John, Geschichte der Moralphilosophie (Lectures on the History of Moral Philosophy):
Hume-Leibniz-Kant-Hegel, 2002
- Eine Theorie der Gerechtigkeit (A Theory of Justice), suhrkamp, 10. Aufl. 1998
- Rifkin, Jeremy, Das Verschwinden des Eigentums (The Age of Access), Fischer Taschenbuch,
2.Aufl., 2000
- Ritter, Ernst-Hasso, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), S. 389 ff.
- Ruffert, Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Habil., 2001
- Rupp, Hans Heinrich, 'Dienende Grundrechte, 'Bürgergesellschaft', Drittwirkung und soziale
Interdependenz der Grundrechte, JZ 2001, S. 271-277
- Rädler, Peter, Art 3 III GG als Schutzgesetz i. S. von 823 II BGB?, NJW 1998, S. 1621-1623
- Römer-Hillebrecht, Sven, Verwaltungskultur, 1998
- Röthel, Anne, Grundfreiheiten und private Normgebung, EuR 2001, S. 908-921
- Rüfner, Wolfgang, Drittwirkung der Grundrechte, in: Festschrift Wolfgang Martens, 1987,
S. 215-230
- Grundrechtsadressaten, in: Isensee / Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd.V., 1992, §117
- Salzwedel, Jürgen, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in Festschrift Hermann Jahrreiss, 1964,
S.339-354
- Schimke, Martin, Anmerkung von Rechtsprechung, DZWir 1995, S. 67-69
- Schlüter, Wilfried, BGB-Familienrecht, 10. Aufl., 2003
- Schmitt, Carl, Verfassungslehre, 1954
- Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954, 2. Aufl. 1973
- Schneider-Danwitz, Klaus, Datenschutz gegen private Branchenwarndienste, Diss., 1993
- Schreiber, Rupert, Die Geltung von Rechtsnormen, 1966
- Schwab, Dieter, Einführung in das Zivilrecht, 15. Aufl., 2002
- Familienrecht, 11. Aufl., 2001
- Schwab, Karl Heinz/ Prütting, Hanns, Sachenrecht, 30. Aufl., 2002

- Schwabe, Jürgen, Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte, AöR 100(1975), S. 442-470
- Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971
- Seidel, Martin, Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, S. 517-522
- Sendler, Horst, Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch die Hintertür, NJW 1994, S. 709-710
- Simitis, Spiros, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, S.398-405.
- Smend, Rudolf, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 3.Aufl., 1994
- Smith, Adam, Untersuchung über die Natur und die Ursachen des Reichtums der Nationen, 1776
- Sobota, Katharina, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997
- Starck, Christian, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: Praxis der Verfassungsauslegung, 1994
- Steindorff, Ernst, Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift Peter Lerche, 1993, S. 575-590
- Streinz, Rudolf, Europarecht, 4. Aufl. 1999
- Stemmler, Jochen, Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, Diss., 1998
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1. allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988
- Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. V., 1992, §109
- Streinz, Rudolf, Unmittelbare Drittwirkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Individualarbeitsverträgen, JuS 2000, S. 1111-1113
- Streinz, Rudolf/ Leible, Stefan, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, S. 459-467

- Thüsing, Gregor, Die Drittwirkung der Grundrechte im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, ZVglRWiss 99 (2000), S. 69-85
- Thüsing, Gregor, Vom Kopftuch als Angriff auf die Vertragsfreiheit, NJW 2003, S. 405-407
- Tilch, Horst/Arloth, Frank (Hrsg.): Deutsches Rechts-Lexikon, Bd. 2. 2001; Bd. 3. 2001
- Treutner, Erhard, Kooperativer Rechtsstaat, 1998
- Tsakiridis, Panagiotis, Das Recht der Meinungsäußerungsfreiheit nach Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Frage seiner Drittwirkung, Diss., 1987
- Vogt, Dieter, Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, Diss., 1960
- Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Der kooperative Staat. Krisenbewältigung durch Verhandlung?, 1995
- Von Münch, Ingo, Zur Drittwirkung der Grundrechte, Diss., 1998
- Wahrig, Gerhard, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl., 1997
- Walt, Johan van der, Drittwirkung in Südafrika und Deutschland, DÖV 2001, S. 805-814
- Wente, Jürgen, Informationelles Selbstbestimmungsrecht und absolute Drittwirkung der Grundrechte, NJW 1984, S. 1446-1447
- Wolf, Manfred, Sachenrecht, 19. Aufl., 2003
- Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl., 2003
- Zöllner, Wolfgang, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, S. 1-36

II. Literatur in koreanischer Sprache

- Ahn, Yong-Kyo: Koreanische Verfassung, 1986
- Bang, Sung-Joo: Grundrechtswirkung in der Privatrechtsordnung, in: Recht und Menschenwürde, FS Chung, Kyung-Sik, 1997, S. 266

- Choi, Dai-Kwon: Die Drittwirkung der Grundrechte ein Versuch der rechtssoziologischen Annäherung, Public Law Vol. 11, 1983, S. 59-84
- Choi, Yong-Ki: Drittwirkung von Grundrechten, in: Chang-Won Universität Abhandlung Vol. 12-2, 1990, S. 127
- Ha, Jong-Tae: Wirkung der grundsätzlichen Menschenrechte zwischen Privaten, Kyeong-Buk Uni. 1978 Magister
- Han, Byeong-Ho, Drittwirkung der Grundrechte mit state action doctrine in den USA, in: Korea See Uni. Sozialwissenschaft Abhandlung Vol. 2, 1994, S. 293-323
- Die Überlegung der Drittwirkung der Grundrechte, in: Korea See Uni. Sozialwissenschaft Abhandlung Vol. 4, 1996, S. 245-266
- Han, Tae-Yeon: Verfassungslehre - die allgemeine Lehre der modernen Verfassung, 1983
- Huh, Kyeong: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 324 (2.1984), S. 50-58
- Huh, Young: Koreanisches Verfassungsrecht, 1996
- Verfassungstheorie und Verfassungsrecht, 1997
 - Eine obligatorische Bekanntmachung und Gewissensfreiheit, Zeitschrift des Gesetzes Nr. 2045 (15.7.1991)
 - Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 313 (3.1983), S. 51-59
- Hwang, Woo-Ryu: Privatrechtliche Wirkung des Verfassungsrechts, in: Untersuchung der zivilrechtlichen Rechtsprechung XIII, 1991, S. 325
- Hyun, So-Hye, Grundrechte und Privatautonomie, 2001 Magister
- Jang, Young-Chul: Drittwirkung der Grundrechte und grundrechtliche Schutzpflicht, Public Law Vol. 29-2, 2001, S. 155
- Joung, Yeon-Ju: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 413 (7.1991), S. 73-82
- Kay, Hee-Yol: Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosiyongu 272 (11.1996), S. 102-119
- Die Wirkung der Grundrechte, in: Korea Uni. Rechtswissenschaft Abhandlung Vol. 31, 1995, S.1-21

- Kim, Dong-Han: Die Untersuchung der Drittwirkung der Grundrechte, Korea Uni. 1979 Magister
- Kim, Gi-Young: Die Drittwirkung der Grundrechte (Fälle in den USA), Gosiyongu (11. 1998),
S.50-60.
- Kim, Sung-Soo, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998
- Kim, Tschol-Su: Grundzüge des Verfassungsrechts, 1996
- Koo, Byung-Sak: Neue Grundlehre des Verfassungsrechts, 1990
- Wirkung der grundrechtlichen Gewähr zwischen Privaten, Gosigye 239 (1.1977),
S. 46-58
- Kwon, Young-Sul: Beziehung zwischen Verfassung und Privatrecht, in: Sung-Sil Universität
Juristische Abhandlung Vol. 12, 2000, S. 39-51
- Kwon, Young-Sung: Grundlehre des Verfassungsrechts, 1996
- Lee, Deok-Yeon: Wesen und Inhalt der Grundrechte, in: FS Huh-Young, Ausgestaltung und Entwicklung der Grundrechtstheorie in Korea, 1997
- Lee, Seung-Woo: Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: Das heutige öffentliche Recht und Rechtsgüterschutz der einzelnen, FS Yang, Seung-Du, 1994, S. 1153 ff.
- Mun, Hong-Ju: Koreanisches Verfassungsrecht für die sechste Republik, 1992
- Park, Il-Kyoung: Das Verfassungsrecht der sechsten Republik, 1990
- Park, kyu-hwan: Der Verwirklichungsprozeß der materiellen Gleichheit – Ein Beitrag zum Artikel 3 GG, 1999 Magister
- Sin, Yong- Gak, Die Drittwirkung der Grundrechte, Gosigye 326 (4.1984), S. 217-219
- Song, Gil-Ung: Die Untersuchung der Drittwirkung der Grundrechte, Bu-San Industrie Uni.
Abhandlung Vol. 37 (12.1995), S. 127-151
- Song, Ki-Chun: Untersuchung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates, Diss.,1999

Lebenslauf

Name, Vorname : Herr Park, Kyu-Hwan
Staatsangehörigkeit : Koreanisch
Geburt : 14. 4. 1970 in Seoul / Republik Korea (süd)
Familienstand : verheiratet seit 27. 12. 1997 mit Eun-Joung (geb. Lee),
Tochter Yeong-Uk (geb. 25. 8. 2001 in Halle),
Sohn Yeong-Hoon (geb. 31.10.2003 in Halle)

1. Schulbesuch:

von 3/1976 bis 2/1982 Grundschule „Geum-Seong“ in Seoul
von 3/1982 bis 2/1985 Mittelschule „Gwang-Sin“ in Seoul
von 3/1985 bis 2/1988 Gymnasium „Bo-Seong“ in Seoul

2. Studium:

Yonsei-Universität, Juristische Fakultät, in Won-Ju, Südkorea
von 3/1989 bis 2/1997 (einschl. Wehrdienst 2/1990 –10/1992)
Abschluß: Bachelor of Laws
Titel der Abschlußarbeit: **“Eigentumsgarantie und Verfassungsgericht”**

3. Postgraduales Studium:

Magisterkurs in der Yonsei-Universität, Juristische Fakultät, Südkorea
Von 9/1997 bis 8/1999
Abschluß: Master of Laws
Titel der Abschlußarbeit: **“Der Verwirklichungsprozeß der materiellen Gleichheit – Ein Beitrag zum Artikel 3 GG”**

4. Promotion:

Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Umweltrecht, Völker- und Europarecht
Professor Dr. jur. Michael Kilian
Von 1.4.2000 (Deutsche Sprache Studium 10/1999 – 3/2000) bis 15.6.2004
Arbeitstitel: **“Die Drittwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes im Vergleich zum koreanischen Verfassungsrecht”**

ERKLÄRUNG

Ich erkläre, dass ich die Dissertation selbständig und ohne fremde Hilfe verfaßt habe. Andere als die von mir angegebenen Quellen und Hilfsmittel wurden von mir nicht benutzt und die, den benutzten Werken, wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen wurden von mir als solche kenntlich gemacht.

Diese Dissertation wurde bisher an keiner Universität oder Hochschule vorgelegt. Frühere Bewerbungen um den akademischen Grad eines Dr. iur. wurden von mir nicht vorgenommen.