

Anmeldepflicht erstreckt sich gleichermaßen auf die nach Gründung entstehende wie auch auf die bereits bei Gründung bestehende Einpersonen-AG.

Abkürzungsverzeichnis :

AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
DB	Der Betrieb
EG	Europäische Gemeinschaft
f.	folgende
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHRdsch.	GmbH-Rundschau (bis 1963 Rundschau für GmbH)
Komm.	Kommentar
N.	Nummer
OR	Obligationenrecht
S.	Seite
THGB	Türkisches Handelsgesetzbuch
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer

Die Drittwirkung der Grundrechte im Rahmen der Europäischen Union

Ece GÖZTEPE*

I. Problemstellung

Eine Institution wie die Drittwirkung der Grundrechte, die im deutschen Recht seit fast 50 Jahren diskutiert wird und deren Diskussion immer noch kein Ende gefunden hat, scheint schwer auf die Gemeinschaftsebene übertragen zu sein. Aber die Diskussion über die Art und Grenzen der Drittwirkung bedeutet nicht, daß man noch keine Anhaltspunkte in dieser Diskussion geschaffen hat. Die deutsche Staatsrechtslehre hat sich in zwei Hauptzweige geteilt und mehrere Argumente für ihre eigenen Ansichten entwickelt. In der folgenden Darstellung wird zunächst versucht, aus den zwei Aspekten der Diskussionen manche Grundprinzipien herauszuziehen und eine Stellungnahme zu diesem Problem aufzubauen.

Es ist auch zu erwähnen, daß eine klare, alle mögliche Einwände ausschließende Lösung für die Drittwirkungsfrage zur Zeit nicht möglich scheint. Deshalb sind alle Stellungnahmen zu diesem Thema, an andere wichtigen und den Kern betreffenden Gegenpositionen zu überprüfen. Aber soweit eine in sich logisch geordnete Denkweise geschaffen werden kann, scheinen jede Lösungsformen eine Antwort auf die komplizierte Frage, auf die Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis zu geben.

Das zweite Problem zu diesem Thema ergibt sich aus den Eigenschaften des Gemeinschaftsrechts. Das am Anfang ihrer Gründung sehr wirtschaftlich orientierte Gemeinschaftsrecht sieht keine Grundrechtsregelungen vor. Bis jetzt konnte auch kein Grundrechtskatalog geschaffen werden. Den Problemen im nationalen Bereich kommen auf der Gemeinschaftsebene noch Probleme wegen der Abwesenheit eines geschriebenen Grundrechtskatalogs hinzu. Häberle meint, daß Luxemburger Gerichte ein vorbildliches Grundrechts-Recht geschaffen und einen hohen Standard entwickelt haben. Als hervorragende Beispiele zeigt er den Fall Hauer, wo dem Art.19 Abs.2 GG entsprechenden "Wesensgehaltschutz" ausgesprochen wurde und die vom EuGH geschützte

* Wissenschaftliche Assistentin im Fachbereich Verfassungsrecht an der juristischen Fakultät der Universität Ankara.

Religionsfreiheit als Inbegriff einer kulturellen Freiheit. Deshalb sieht er zur Zeit, aber nur vorläufig, einen Grundrechtskatalog nicht als unbedingt nötig.¹

Ob die vom EuGH entwickelten Grundrechte für die Drittwirkungsproblematik ausreichend sind, ist also positiv zu beantworten. Der mögliche Einwand wegen des Ranges der Grundrechte wird in der Darstellung auch geklärt.

Für eine theoretische Grundlage der Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte wird zuerst die wesentlichen Merkmale der Problematik im deutschen Recht untersucht. Danach wird die mögliche Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte in der Besonderheit des Gemeinschaftsrechts diskutiert.

II. Die Drittwirkung der Grundrechte im deutschen Recht

Die Drittwirkung der Grundrechte bezeichnet sich als ein Problem, ob und wie die Grundrechte auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Privatrechtssubjekten Wirkung entfalten können. Anstatt Drittwirkung wird diese Institution auch als Horizontalwirkung genannt.

Die seit Anfang fünfziger Jahre diskutierte Problematik beruht sich, grob skizziert, auf zwei Felder: Erstens, die mittelbare Drittwirkung, die die Grundrechte für Regelungen im Privatrechtsverkehr nur als Auslegungsnormen annimmt. Zweitens, die unmittelbare Drittwirkung, die unter besonderen Fällen, aus den Grundrechten direkte Rechte herauszieht und denen eine unmittelbare Wirkung unter den Privatrechtssubjekten zuerkennt.

Zum ersten ist der Frage nachzugehen, ob es der Drittwirkung zustimmende Verfassungsnormen gibt und unter welchem Titel sie eingeordnet werden können.

A. Im Grundgesetz verankerte Drittwirkungsfälle

Art.9 Abs.3 S.2 GG wird in der Lehre als ein grundgesetzlich bejahter unmittelbarer Drittwirkungsfall gesehen. Dürig sieht diese Verfassungsnorm als die einzige Ausnahme und bejaht aus dieser Regelung stammende Drittwirkung.² Auch Starck erklärt diese Norm als eine Ausnahme des Grundgesetzes, da es nicht dem Gesetzgeber vertraut und den Schutz eines Grundrechts selbst normiert.

1 Häberle, Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, S. 431.

2 Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar 1994, zu Art.1 Abs.3, Rd. 127.

Dagegen meint Rüfner, daß das Grundgesetz manchmal "klare Richtlinien" gibt und diese die Positionen, die den Vorzug haben, erklären. Aber dieser Artikel, der solche Richtlinien beinhaltet, statuiert nicht den Fall einer unmittelbaren Drittwirkung, "wohl aber einen der wenigen Fälle, in denen die Bewertung widerstreitender Positionen aus besonderen Gründen nicht der Entscheidung des Gesetzgebers oder des Richters überlassen, sondern von der Verfassung selbst getroffen wurde".³ Für Art.3 Abs.2 und Abs.3 GG* gilt nach ihm auch das gleiche. Stern stimmt solchen grundgesetzlichen Drittwirkungsfällen auch zu und als solche Normen nennt er Art.9 Abs.3 S.2 GG, Art.48 Abs.1 und Abs.2 GG⁴ (im engen Zusammenhang mit Art.38 GG*). Stern betont, daß diese Grundrechte unmittelbar in privat- und vor allem arbeitsrechtlichen Rechtsbeziehungen gelten.⁵ Wenn eine Person von diesen Grundrechten Gebrauch machen will, sind die Adressaten sowohl die öffentliche Gewalt als auch die Privatrechtssubjekte.

Pieroth/Schlink sehen in den Verfassungsnormen wie Art.9 Abs.3 S.2 GG, Art. 20 Abs.4 GG*, Art.38 Abs.1 S.1 GG und Art.48 Abs.2 GG eine Abweichung vom Normalfall, wo die Grundrechte auf die Privatrechtsverhältnisse ausdrücklich nicht erstreckt werden können.⁶ Anders gesagt, haben die obengenannte Grundrechte eine unmittelbare Wirkung auf

3 Rüfner, Grundrechtsadressaten, in: Handbuch des Staatsrechts-V, 1992, S. 559 Rd.76.

* Art.3 Abs.2 GG: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

Art.3 Abs.3 GG: Niemand darf wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

4 Obwohl Art.48 und Art.38 im Grundgesetz nicht unter dem Grundrechtskatalog eingeordnet sind und deshalb als grundrechtsähnliche Rechte genannt werden, können sie in den Rahmen der Drittwirkungsdiskussion miteinbezogen werden, weil sie auch mit dem Recht der Verfassungsbeschwerde geschützt sind.

* Art.9 Abs.3 S.1 und S.2 GG: Das Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtswidrig.

Art.48 Abs.1 GG: Wer sich um einen Sitz im Bundestage bewirbt, hat Anspruch auf den zur Vorbereitung seiner Wahl erforderlichen Urlaub.

Art.48 Abs.2 GG: Niemand darf gehindert werden, das Amt eines Abgeordneten zu übernehmen und auszuüben. Eine Kündigung oder Entlassung aus diesem Grunde ist unzulässig.

Art.38 Abs.1 GG: Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.

5 Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd.III/1, 1988, S. 1570-1571.

* Art.20 Abs.4 GG: Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

6 Pieroth/Schlink, Die Grundrechte, 11. Auflage, 1995, S. 49 Rdnr.186 und 188.

Privatrechtssubjekte. Daneben bejaht Hesse nur für Art.9 Abs.3 S.2 GG die unmittelbare Drittwirkung, weil "das Grundgesetz selbst einem Grundrecht ausdrücklich Wirkung gegen Dritte beilegt".⁷

Auch Schwabe, der das Problem im Rahmen der Schutzpflicht des Staates zu lösen versucht, nennt Art.9 Abs.3 S.2 GG und Art.48 Abs.2 S.1 GG als eine "unstreitige Drittwirkung".⁸

Was vom Gesetzgeber erwartet wird, ist eine diese Verfassungsnormen beinhaltende Gesetzesregelung, ohne einen Vorbehalt oder eine Beschränkung.

Trotz der Zugebung einer unmittelbaren Drittwirkung aufgrund mancher Verfassungsnormen, sind diese Fälle auch nicht unproblematisch. Obwohl der zu schützende Rechtsgut im Grundgesetz genannt ist, also die Rechtsprechung nicht vor einer Aufgabe der Abwägung zwischen diesem und dem gegenüberstehenden Grundrecht steht, kann ein prozeduales Problem auftauchen. Was soll der Richter tun, wenn eine dieses Grundrecht beeinträchtigende, bzw. nicht im vollem Umfang schützende Gesetzesregelung schon eingesetzt worden ist? Ihm stehen zwei Lösungen zur Verfügung: Entweder entscheidet er unmittelbar auf der Verfassungsnorm beruhend die Rechtssache und übersieht die Gesetzesnorm. So bleibt die verfassungswidrige Norm gültig aber wird unanwendbar. Daneben werden die Grundrechte als Anspruchsgrundlagen angenommen. Oder, er setzt das Verfahren aus und legt die Norm dem Bundesverfassungsgericht vor (gemäß Art.100 Abs.1 GG). Eine Zwischenlösung, zunächst die Erledigung der Rechtsfrage gemäß der Verfassungsnorm und danach die Aufrufung des Bundesverfassungsgerichts, ist nicht möglich. Man könne nur die Aufhebung der Gesetzesnorm vom Gesetzgeber erwarten.

Die Drittwirkung dieser Grundrechte bzw. grundrechtsähnliche Rechte bilden einen Sonderfall, die weder der mittelbaren noch der unmittelbaren Drittwirkung subsumiert werden können. Diese Rechte sind *numerus clausus* und deshalb ist eine Erweiterung nicht möglich.

Es geben noch zwei Verfassungsnormen, die unter diesem Titel diskutiert werden können: Art.3 Abs.2 GG und Art.6 Abs.5 GG*. In Rahmen dieser Grundrechte antwortet das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Frage, wie im Falle einer Unterlassung der gesetzgeberischen Pflicht die Rechtsprechung entscheiden soll. Aber weil Art.3 Abs.2 eine Besonderheit wegen des Art.117

7 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Auflage, 1995, S. 157 Rd. 351.

8 Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S.86 und 145.

* Art.6 Abs.5 GG: Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

Abs.1 GG bildet, ist Art.6 Abs.5 GG für die Drittwirkungsproblematik von Wert. Das BVerfG nimmt diesen Artikel als eine "echte Rechtsnorm", "die bereits vor einer Aktualisierung als Auslegungsmaßstab für das überkommene Recht und als Prüfungsmaßstab für nachkonstitutionelles Recht unmittelbare Beachtung fordert".⁹ Danach wird vom Gericht festgestellt, "daß der Verfassungsauftrag des Art.6 Abs.5 GG unmittelbar durch die Gerichte verwirklicht werden kann und muß, sofern der Gesetzgeber ihn nicht binnen einer Frist erfüllt".¹⁰ Vom Wortlaut des Urteils kann herausgezogen werden, daß eine unmittelbare Anwendung eines Grundrechts als einen Ausnahmefall gesehen wird und es im Grundgesetz als eine klare Verpflichtung des Gesetzgebers erscheinen soll. Die Frage, warum es beim Unterlassen der Schutzpflicht des Gesetzgebers für ein Grundrecht im allgemeinen nicht auf die gleiche unmittelbare Anwendung der Grundrechte führt, bleibt in den Entscheidungen des BVerfG offen.

B. Die mittelbare Drittwirkung

Die andere, im allgemeinen übereinstimmende Art der Drittwirkung ist die mittelbare. In Art.1 Abs.1 GG steht, "die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu *achten* und zu *schützen* ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt". Zu diesem Artikel ist zu bemerken, daß die Grundrechte außer ihrer historischen Abwehrfunktion auch einem positiven Benehmen des Staates unterlegt werden. Die Pflicht des Staates sie zu "schützen" (Anspruchsrecht der Personen auf ein positives Verhalten des Staates) wird von manchen Autoren als Beweis der Anerkennung der Drittwirkung im Grundgesetz angenommen.¹¹ Dies ergab sich aus der Funktionswandel der Grundrechte, der Abweichung des Grundrechtsverständnisses des 19. Jahrhunderts, das die Grundrechte nur als Abwehrrechte der Personen gegen den Staat annahm. Die Schutzgebotfunktion der Grundrechte wird von Stern als dogmatisch "sauberste" Ansatzpunkt, die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung dem Wesen und dem Gehalt der Grundrechte entsprechend zu lösen, gesehen.¹²

Das Bundesverfassungsgericht hat seit Beginn seiner Rechtsprechung über dieses Problem die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte anerkannt und seine Rechtsprechung, über deren Eigenschaft als objektiv-rechtliche Wertentscheidungen aufgebaut. In seiner ersten Entscheidung hieß es: "Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von den Grundrechten Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in

⁹ BVerfGE 25, 182.

¹⁰ BVerfGE 25, 188.

¹¹ Kempff, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, 1988, S. 22.

¹² Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd.III/1, 1988, S. 1572.

Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.¹³ Das Gericht sprach auch aus, daß "die Grundrechte Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung sind".¹⁴

Mit diesem Urteil gab das Bundesverfassungsgericht bekannt, daß die Grundrechte nur als "Auslegungsnormen" bei Anwendung einer bürgerlich-rechtlichen Vorschrift von der Rechtsprechung angewandt werden können. Eine Ausschließung der Beeinflussung der Grundrechte auf außer öffentlich-rechtlichen Rechtsbereiche würde natürlich zu einer Kollision im Rahmen des Grundgesetzes führen, weil das Gericht auch für Verfassungsbeschwerden gegen zivilgerichtliche Entscheidungen befugt ist. Bis jetzt ist das Gericht von seiner Rechtsprechung nicht abgewichen.

Dürig, dessen Auffassung das Bundesverfassungsgericht folgte, ist einer der bedeutendsten Vertreter der mittelbaren Drittwirkung. Seinen Thesen für eine mittelbare Drittwirkung liegen die Privatautonomie der Personen und die Autonomie des Privatrechts zugrunde. Diese Begriffe werden immer noch von den Gegnern der unmittelbaren Drittwirkung als Ansatzpunkt angenommen. Nach der skizzenhaften Darstellung seiner Hauptthesen kann man versuchen, aus seinen Fragen eine Vermittlung mit der unmittelbaren Drittwirkung zu schaffen.

Dürig sieht manches, das "grundsätzliche individuelle Freiheit zur Gestaltung des rechtlichen Miteinander" zu strukturieren hilft, für Privatrechtssubjekte grundlegend:

Eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit,
 - sich ungleich behandeln zu lassen,
 - andere ungleich behandeln zu dürfen,
 - von Einzelfreiheiten keinen Gebrauch machen zu wollen,
 - von anderen vertragliche Verzicht auf Grundfreiheiten anzunehmen
 und von anderen die Erfüllung der Verträge trotz dabei auftauchender Freiheitsbeschränkungen zu verlangen.

Das alles wird von Dürig als Privatautonomie genannt.¹⁵ Was eigentlich von sich selbst zu wissen ist, aber auch nicht übersehen werden darf, daß diese Privatautonomie dienende Freiheiten unter freiem und gegenseitigem Willen beider Seiten zustandekommt und demgemäß jede Person ein Gegenrecht gegenüber dem Anderen besitzt.

13 BVerfGE 7, 205 f; 73, 269.

14 BVerfGE 33, 330f.

15 Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Nawiasky, S.160.

Deshalb meint Dürig, daß eine Rechtsverletzung einem anderen gegenüber lediglich das Privatrecht, nicht das gleichnamige Grundrecht verletzt.¹⁶

"Die Einzelgrundrechte des Grundgesetzes sind Erscheinungsformen eines Wertsystems und der Rechtsverkehr der Personen untereinander unterliegen Sonderrecht -also Privatrecht. Falls spezielle zivilrechtliche Rechtsnormen fehlen, sind *wertausfüllungsfähige* und *wertausfüllungsbedürftige* Generalklauseln als Mittel zur Abwehr von Angriffen aus der Drittrichtung zu benutzen.¹⁷ Die Grundrechte finden also keine unmittelbare Anwendung in Privatrechtsverhältnissen.

In dem Sinne sind die Grundrechte nur Mittel zur Ausfüllung der privatrechtlichen Begriffe und Generalklauseln im Fehlen einer Gesetzesnorm. Der Wertgehalt der Grundrechte wird aber bei der Auslegung der Normen in das Privatrecht weitergetragen. Obwohl Dürig und die anderen Vertreter der mittelbaren Drittwirkung die Grundrechte nur für die Generalklauseln des Privatrechts als Auslegungsmittel miteinbeziehen, kann das Privatrecht nicht so starr begrenzt werden. Weil die Privatrechtsordnung eine Einheit ist und außer Generalklauseln auch die klar scheinende Normen grundrechtskonform ausgelegt und angewendet werden sollen. "Es ist auch denkbar, daß auch Normen mit festen Tatbeständen zur Verwirklichung von Grundrechten dienen, und zum anderen steht auch nicht von vornherein fest, daß immer eine geeignete Generalklausel vorhanden ist".¹⁸

Wie erwähnt, taucht das eigentliche Problem der Drittwirkung erst in einer Lücke im Schutzsystem des Privatrechts auf. Diese hervorkommende Wertschutzfrage nennt Dürig als "vereinzelt versagender Wertschutz".¹⁹ Danach schlägt er einige Lösungen vor, mit denen auch das Grundgesetz einverstanden wäre:

- Die Einbeziehung der in der Verfassung genannten Werte in die herkömmlichen Generalklauseln. (In Fällen, in denen keine anpassenden Generalklauseln gibt, bleibt diese Lösung ausgeschlossen).
- Parallel zum Begriff der "guten Sitten" eine neue, eigenständige privatrechtliche Generalklausel wie die "Menschenwürde" anerkennen. (Diese Lösung ähnelt den Ausgangspunkt von Nipperdey, der die Würde des Menschen als Grundlage der Gesamtrechtsordnung betrachtet).
- Zuletzt, die Anerkennung eines privatrechtlichen "Persönlichkeitsrechts".²⁰

16 Ders., aaO, S. 175.

17 Ders., aaO, S. 176ff.

18 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S.223.

19 Dürig, aaO, S. 180.

20 Ebd.

In allen drei Möglichkeiten sieht Dürig eine volle Eigenverantwortlichkeit des Privatrechts. Mit welchen Mitteln diese Verantwortlichkeit erfüllt wird und was für eine Wirkung die Grundrechte dabei haben können, bleiben unbeantwortet. Obwohl Dürig's Beispiele und Lösungsmodalitäten zu einer offensichtlichen Anerkennung der unmittelbaren Drittwirkung führen könnte, entscheidet er sich letztendlich für die Autonomie und Eigenständigkeit des Privatrechts gegenüber den Grundrechten mit offenen Fragen.

Trotz mancher impliziten Annäherungen zur unmittelbaren Drittwirkung und den Thesen von Nipperdey, stehen Dürig's Meinungen auf der Seite der mittelbaren Drittwirkung.

Die Annahme der Grundrechte als objektiv-rechtliche Wertentscheidungen hat zwei Folgen: Erstens, die grundrechtskonforme Auslegung sowohl der öffentlich-rechtlichen, als auch der privatrechtlichen Regelungen. Zweitens, die Pflicht des Staates sich nicht nur auf Unterlassen der Eingriffe in die Grundrechte zu beschränken, zusätzlich dazu nötige Regelungen zur Konkretisierung und Verwirklichung der Grundrechte einzusetzen. Diese Schutzpflicht findet ihre rechtlichen Quellen in Art.1 Abs.1 S.2 GG*.

Von dieser Auslegungsklausel ziehen Pieroth/Schlink die Folge, daß die Grundrechte bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten nicht konkret lösen, sondern sich "durch das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften" entfalten.²¹

Die Grundrechte haben zusätzlich zu ihrer Funktion als Eingriffsverbote gegen den Staat auch die Funktion von Schutzgeboten an den Staat.²² Der Staat ist verpflichtet, auch die Grundrechtsverletzungen seitens dritter Personen zu beugen und die Geltungskraft der Grundrechte durch schützende Regelungen zu entfalten. "Insbesondere muß der Gesetzgeber oder an seiner Stelle der Richter auf die Grundrechtsgefährdungen, die durch die Zulassung der Privatautonomie entstehen, mit der Schaffung ausreichender Schutzbestimmungen reagieren".²³ Stern sieht in den Grundrechten als Wertentscheidungen, Direktiven, Auslegungsrichtlinien und Schutzpflichten für die öffentliche Gewalt, bzw. für den Gesetzgeber und die Rechtsprechung. Wenn also von der Schutzpflicht des Staates geredet wird, ist der Grundrechtsadressat nur der Staat, die Privaten sind in diese Pflicht gar nicht einzubeziehen.

* Art.1 Abs.1 GG: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

21 Pieroth/Schlink, Die Grundrechte, 11. Auflage, 1995, S.51 Rdnr.194.

22 Vgl. BVerfGE 39, 42ff; st. Rspr.

23 Siehe Canaris, AcP 1984, S.225-226.

Es ist unbestritten, daß der Staat seinen Schutzpflichten in erster Linie, durch die die Grundrechte konkretisierenden Privatrechtsnormen nachkommt. Es gibt in allen Grundrechten bestimmte Rechtsgüter, die vom Staat zu achten und im Rahmen der Schutzpflicht zu schützen sind. Dem Schutzgebot heraus ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Rechtsgüter der gegenüberstehenden Grundrechte abzuwägen und sie zu regeln. Dafür soll er der Rechtsprechung Mittel für ein gerechtes Abwägungsverfahren schaffen. Diese Pflicht gilt ohne Ausnahme für alle Grundrechte, sowohl für Rechte des negativen Status als auch für prozessuale Rechte.

Nach Stern sind die Grundrechtsnormen im öffentlichen und privaten Recht unmittelbar geltendes Recht; aus dieser objektiv-rechtlichen Rechtsgeltung ergibt sich der Schutz der in diesen Rechtsnormen geschützten Rechtsgüter als solcher, d.h. unabhängig von Angriffssubjekt und Angriffsrichtung. Der Rechtsgüterschutz ist also absolut. Er besteht nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch zwischen Privatrechtssubjekten. Die nach Art.1 Abs.3 GG^{*} verpflichteten Staatsgewalten sind daher zum Schutz der grundrechtsgeschützten Rechtsgüter auch dann aufgerufen, wenn diese von privater Seite beeinträchtigt werden.²⁴ Von dieser absoluten Wirkung zieht er aber keine direkte Folgerung für die unmittelbare Drittwirkung. Deswegen sollte diese Wirkung sich über gesetzliche Regelungen ausgeben. Aber Ausnahmsweise sieht er eine direkte Anwendung der Grundrechtsnorm denkbar, wenn sie, wie etwa Art.6, 13 oder 14 GG^{*}, privatrechtlich aktualisierbar ist und eine privatrechtliche "Anwendungsbrücke" fehlt.²⁵ Dieser Ausnahmefall kommt beim Unterlassen des Gesetzgebers hervor, also bei einer Lücke im Privatrecht, obwohl die Rechtsgüter einen Schutz beanspruchen. Und wenn die Grundrechte auf den Streitfall direkt angewendet werden, kann von einer unmittelbaren Drittwirkung gesprochen werden. Dadurch wird versucht, die Methoden der Lückenschließung bei möglichen Unterlassen des Gesetzgebers herauszufinden.

Die Zivilgerichte sind vor die Frage gestellt, wie bei der Beurteilung der Rechtsbeziehungen der Privatrechtssubjekte die Grundrechte als Entscheidungsmaßstäbe herangezogen werden können.²⁶ Nämlich ist der Richter primär an Gesetz gebunden und demzufolge mit der Auslegung der Gesetzesnormen verpflichtet. Das Bundesverfassungsgericht zieht den

* Art.1 Abs.3 GG: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

24 Stern, aaO, S.1576.

* Art.6: Ehe, Familie und nichteheliche Kinder; Art.13: Unverletzlichkeit der Wohnung; Art.14: Eigentum, Erbrecht und Enteignung.

25 Ders., aaO, S.1577.

26 Ders., aaO, S.1582.

Zivilrichter in die Grenzen der Gesetzesnormen: "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".²⁷ Damit bestätigt das BVerfG, daß es dem Zivilrichter ein sehr enger Spielraum zuerkennt und als die primär Verpflichtete der Schutzpflicht den Gesetzgeber annimmt. Aber die Anwesenheit einer Regelung bedeutet nicht immer, daß den beiden kollidierenden Rechtsgütern Rechtsschutz gewährt wird. Die grundrechtliche Schutzpflicht des Richters ist nicht nur auf die Auslegung der Rechtsnorm begrenzt. Für den Fall, daß der Gesetzgeber dem Rechtsgut keinen Rechtsschutz gewährt, ist er auch verpflichtet, aufgrund der Grundrechte eine Güterabwägung zu leisten. Für die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Vorgehensweise spricht, daß die Art.1 Abs.1 S.2 GG von "staatlicher Gewalt", nicht nur vom Gesetzgeber spricht.

C. Die unmittelbare Drittwirkung

Der wichtigste Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ist Nipperdey. Seine wesentlichen Thesen sind wie folgend darzustellen:

Nipperdey beurteilt zunächst den Begriff "Drittwirkung" ungenau für die Problemstellung, weil die Grundrechte sich im allgemeinen und klassischen Sinn nur gegen den Staat richten. Er spricht deshalb von der "*absoluten Wirkung gewisser Grundrechte*". Diese haben eine unmittelbar normative Wirkung, auch als objektive Leitsätze oder Auslegungsregeln. Der wichtigste ist aber, daß von denen unmittelbar subjektive, private Rechte fließen.²⁸

Weil die Rechtsordnung eine Einheit ist und das ganze Recht nur auf der Grundlage und im Rahmen von Grundgesetz gilt, haben die Grundrechte eine unmittelbare Geltung. Nipperdey betont, daß die Grundrechte für alle Normen des Privatrechts unmittelbar gelten und deshalb für alle Normen als Auslegungsnorm gültig sind.²⁹ Davon ergibt sich aber nicht, für wen diese unmittelbare Wirkung ausgesprochen wird. Wenn man von der Bindung des "Privatrechts" spricht, ist zuerst der Gesetzgeber zu verstehen.

Für Nipperdey ist die Grundlage der Gesamtrechtsordnung, also auch des Privatrechts, die Würde des Menschen. Daraus ergibt sich, daß das Rechtssystem die Sphäre für die Entfaltung der Persönlichkeit, für den Schutz der Würde schaffen soll.³⁰

27 BVerfGE 42, 148.

28 Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, in: FS für Molitor, 1962, S.24.

29 Ders., aaO, S.26.

30 Ders., aaO, S. 17.

Er betont ausdrücklich, daß die absolute Wirkung der Grundrechte die Privatautonomie nicht gründlich betrifft, weil die Staat-Bürger Verhältnisse anders als die Bürger-Bürger Verhältnisse aufgrund der Grundrechte sind. Denn in der zweiten Beziehung sind die beiden Seiten Grundrechtsträger; von denen kann nicht als Verpflichtete gesprochen werden.³¹ Deshalb sind die meisten Grundrechte des Grundgesetzes nur gegen den Staat anzuwenden. Für eine Drittwirkungseigenschaft im Privatrechtsverkehr sind sie nicht geeignet. Daneben sind die Institutionsgarantien im Grundgesetz wie Eigentum, Erbrecht oder Familie sowohl vom Staat als auch von Subjekten des Privatrechtsverkehrs zu beachten.³²

Die Gegner der absoluten Wirkung übersehen, daß die Privatautonomie auch "die Freiheit haben, ihre Rechtsposition voneinander abzugrenzen, d.h. gewisse Einschränkungen ihrer grundrechtlichen Positionen wirksam zu vereinbaren".³³ Also, es gibt für den Staat zwei Grundrechtsgüter zu schützen. Eine eindimensionale Autonomie kann vom Grundgesetz nicht geschützt werden; das Gegen-Grundrecht ist mitzubeachten. Nipperdey nimmt die gegenseitige Freiheitsbeschränkung nur bei einer Gleichheitslage an. Weil bei einem Ungleichgewicht die Freiheit, manche seiner Rechte willentlich beschränken zu lassen, den Wesenkern der Freiheit des Schwächeren betrifft.

Nipperdey legt keine starren Formeln vor. Er betont ausdrücklich, daß er nicht für eine Ausschließung der freiheitsbeschränkenden Akten ist, da es die Autonomie aufheben würde. Er spricht für eine Abwägung der Rechtsgüter. "Diese Frage ist für jede einzelne Grundrechtsnorm unter Berücksichtigung ihres konkreten Inhalts, ihres Wesens und ihrer Funktion zu prüfen".³⁴

Er bezeichnet die Macht eines Verbandes oder eines Privaten gegenüber Einzelnen ähnlich wie die Macht des Staates gegenüber dem Bürger. So kann von einer absoluten Wirkung gesprochen werden.

In Verträgen, die die Menschenwürde verletzen, sollen die Grundrechte absolut wirken. Als Beispiel gibt er,

- das Versprechen der Ehelosigkeit,
- der Heirat nach dem Willen eines Anderen,
- das Versprechen die Religion zu ändern usw.

Nipperdey antwortet aber nicht, auf welcher Regelung beruhend der Richter entscheiden soll, wenn eine Art.1 Abs.1 GG konkretisierende Gesetzesnorm gibt. Als Ergebnis kann es gleich sein, aber als Anspruchs-

31 Ders., aaO, S. 27.

32 Ders., aaO, S. 28.

33 Ders., aaO, S. 27.

34 Ders., aaO, S. 28.

grundlage sollte die Norm genau festgestellt werden. Zusätzlich erkennt er den Verfassungsnormen einen solchen absoluten Vorrang zu, daß bei manchen Grundrechten das gesamte Privatrecht so überflüssig scheint. Eine Abgrenzung zwischen einem Regelungs- und Nicht-Regelungsfall befindet sich bei seinen Thesen nicht.

Das wichtigste Problem kommt dann hervor, wenn es keine Regelung oder Generalklausel gibt. Wenn man die unmittelbare Drittwirkung verneint, hat das Gericht beim Fehlen einer Regelung nur die "Feststellung" der Grundrechtsbeeinträchtigung und das Unterlassen des Gesetzgebers als Kompetenz in der Hand, da die Rechtsprechung dem Gesetzgeber keine Direktiven zur Erfüllung seiner Schutzpflicht geben kann. Stern sieht beim Fehlen ausfüllungsbedürftiger Rechtsnormen, d.h. bei lückenhafter oder überhaupt gänzlich unterbliebener Regelung durch den Gesetzgeber, eine Ausfüllungspflicht des Richters. Da sollte man davon sprechen, "daß die Gerichte den 'gesetzesfreien Raum' mit unmittelbar aus den Grundrechten genommenen Maßstäben auffüllen. Die grundrechtlich gebotene Verwirklichung der Schutzpflichten durch den Richter kann also auch auf eine Weise vorgenommen werden, die der Lückenschließung oder dem Richterrecht verwandt ist".³⁵ Die Ausschließung einer solchen Lückenschließungspflicht würde dem Gesetzgeber einen breiten Ermessensspielraum geben und in extremen Fällen als ein willkürliches Unterlassen erscheinen. Da der Staat eine öffentliche Einheit ist, kann die Schutzpflicht des Richters nicht als Ausnahmefall angenommen werden. Seine Aufgabe und Kompetenz der unmittelbaren Einbeziehung der Grundrechte in regelungsbedürftigen Streitfällen ist der zwangsläufige Konsequenz der allgemeinen Schutzpflicht. Diese Kompetenz ist im Vergleich mit der Gesetzgebung keine Ausnahme.

Daneben zieht Bleckmann im weitesten Sinne von den Worten des Grundgesetzes "untastbar" und "unverletzbar" solche Folgen hervor, daß "das Grundgesetz davon ausgeht, daß die Grundrechte auch in den privatrechtlichen Beziehungen greifen sollen".³⁶ Im allgemeinen beruht Bleckmann's These von der grundsätzlichen Drittwirkung der Grundrechte im Grundgesetz auf Art.2 Abs.1 GG. Aber kurz danach tritt er vor der Primärfunktion des Gesetzgebers und dessen "hinreichende Schutzregeln" zurück und seine unmittelbare Drittwirkung wird zum mittelbaren zurückgestuft.³⁷

D. Schwabe's Auffassung

Schwabe hat die Diskussion über die mittelbare und unmittelbare Drittwirkung im Privatrecht völlig verneint und versucht, das Problem nach

³⁵ Stern, aaO, S.1585.

³⁶ Bleckmann, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S.941.

³⁷ Bleckmann, aaO, S.942.

Art.1 Abs.3 GG zu erklären. Weil auch alle privatrechtlichen Ansprüche durch die die öffentliche Gewalt tragende Gerichte gelöst werden, die an Grundrechte gebunden sind, brauche man von einer Drittwirkung nicht zu sprechen. Die Grundrechtsbindung erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung, auch auf Privatrecht.³⁸

Wegen der rein Staatsgerichtetheit der positiven und aktiven Grundrechte bleiben für Schwabe nur die negativ-rechtlichen Grundrechte für die Drittwirkungsdiskussion übrig. Aber trotzdem hält er die Beeinträchtigung dieser Rechte durch eine staatsunabhängige Gewalt als unmöglich, "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".³⁹

Was Schwabe's Modell offen läßt ist es, um von dem Staat eine grundrechtskonforme Entscheidung zu beanspruchen, auf welchen Beeinträchtigungsgrund sich die Bürger berufen können, nicht beantwortet. Es bleibt auch offen, ob die Privatrechtssubjekten sich bei einer Gesetzeslücke unmittelbar auf die Grundrechte unterstützend einen Anspruch an den Staat richten können. Zuletzt, wie es bei Nipperdey und Alexy offensichtlich ins Licht kommt, ist die Drittwirkungsfrage nicht ein einfacher Austausch der Grundrechtsadressaten. Es ist mehrfach eine komplexe Interpretationsfrage.

E. Alexy's "Drei-Ebenen-Modell"

Eine alle Polen der Drittwirkungsproblematik zusammenfassende, den Schutz und die Durchsetzung der Grundrechte in den Mittelpunkt der Diskussion einsetzende Formel hat Alexy versucht. Alexy stellt zunächst fest, welche Reichweite die mittelbare, unmittelbare und durch Rechte gegenüber dem Staat vermittelte Drittwirkung haben. Zum Ergebnis kommt heraus, daß die drei Konstruktionen rechtsprechungsbezogen und demzufolge ergebnisäquivalent sind.⁴⁰ Deshalb ist nicht die Konstruktion, sondern die Wertung das Entscheidende für die Lösung der Drittwirkungsproblematik.⁴¹ Alexy findet die bisherige Auffassung deshalb falsch und starr, weil bisher nur die eine der drei Konstruktionen als richtig anzunehmen versucht wurde. Seiner Meinung nach soll die vollständige Lösung alle Aspekte des Problems erfassen. Die drei Ebenen seines Modells bilden:

38 Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 16f, 145 ff und 154 f.

39 Schwabe, aaO, S.154.

40 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1. Auflage, 1985 S. 483.

41 Ders., aaO, S.484.

- 1- Die der Pflichten des Staates (die mittelbare Drittwirkung ist auf dieser Ebene angesiedelt)
- 2- Die der Rechte gegenüber dem Staat (das zielt sowohl den Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung)
- 3- Die der rechtlichen Relationen zwischen Privatrechtssubjekten (das ist ein wechselseitiges Implikationsverhältnis).⁴²

Alexy drückt wie Nipperdey aus, daß die Rechte des Bürgers gegenüber dem Staat niemals zugleich die Rechte des Bürgers gegen Bürger sind. Also die Drittwirkung ist nicht ein einfacher Austausch der Grundrechtsadressaten. Die viel bestrittene unmittelbare Drittwirkung besteht darin, "daß aus grundrechtlichen Gründen Rechte und Nicht-Rechte, Freiheiten und Nicht-Freiheiten, Kompetenzen und Nicht-Kompetenzen in der Bürger/Bürger-Relation bestehen, die ohne diese Gründe nicht bestehen würden".⁴³ Aus dieser Herstellung ergibt sich, daß jede privatrechtliche Norm, grundrechtlich erforderlich, ein Gegen-Recht haben, bzw. das geschaffen werden soll. Falls der Gesetzgeber diese Pflicht nicht erfüllt hat, ist sie von der Rechtsprechung zu erfüllen. Im Blinkfüer-Urteil⁴⁴, das von Alexy als Muster genommen worden ist, war gegenüber dem Recht des Springer Verlages einen Boykottaufruf gegen den Zeitschriftverleger vorzunehmen, das Recht des Herausgebers das Verlangen der Unterlassung entgegenzustellen. Ein Gleichgewicht zwischen den Rechtsgütern und ein Grundrechtsschutz wurde erst in dem Wege möglich. "Die grundrechtlichen Prinzipien führen also zu Rechten und Pflichten im Gleichordnungsverhältnis, die wegen der Geltung dieser Prinzipien relativ auf die Verfassung notwendig sind, dies ohne deren Geltung aber nicht wären. Dies ist eine unmittelbare Drittwirkung. Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung hat zwingend eine unmittelbare Drittwirkung zur Folge".⁴⁵

Zuletzt betont Alexy, daß jede einzelne Ebene einen Aspekt derselben Sache betrifft und die Wahl der Ebenen für die Begründung der Rechtssache eine Zweckmäßigsfrage ist.⁴⁶ Es soll auch nicht übersehen werden, "daß die grundrechtlichen Prinzipien keinesfalls in jedem Fall eine genaue Lösung festlegen".⁴⁷

Die Formel von Alexy ist eine Fusion der drei Ansichten über die Drittwirkung. Im Kern steht der Zweck der Wahrung und Entwicklung der Grundrechte. Mit welchen Methoden und Auslegungsformen es geschaffen wird, entscheidet der Gesetzgeber aber grundlegend die Rechtsprechung.

42 Ders., aaO, S. 484ff.

43 Ders., aaO, S. 490.

44 BVerfGE 25, 263.

45 Alexy, aaO, S. 490.

46 Ders., aaO, S. 491.

47 Ders., aaO, S. 492.

Im Gegenteil zu Alexy sieht aber Klein als Adressat der Schutzpflicht des Staates primär den Gesetzgeber und soweit er seine Pflicht erfüllt hat, bei der Anwendung und Auslegung dieser Rechtsnormen, gemäß den Grundrechten die Rechtsprechung.⁴⁸ Klein behauptet, daß der Richter legitimiert ist, "den Generalklauseln oder wertausfüllungsbedürftigen Begriffen einen den grundrechtlichen Wertordnung entsprechenden Inhalt zu geben - natürlich gemäß dem Willen des Gesetzgebers".⁴⁹ Nach diesem Schema kann der Richter beim Unterlassen der Schutzpflicht durch den Gesetzgeber nicht unmittelbar auf die Grundrechte zurückgreifen und die Schutzpflicht selbst erfüllen. Klein begründet dieses Verbot aufgrund des Art.100 Abs.1 GG. Aber wenn es keine Regelung für den Schutz eines Grundrechts gibt, wie kann der Richter gemäß Art.100 Abs.1 GG das BVerfG zur Lösung aufrufen, da diese Artikel ein "Gesetz" voraussetzt, das in dem Fall nicht vorhanden ist. Außerdem wo sich das BVerfG nur mit der "Feststellung" der Verletzung begnügt⁵⁰, bleibt die Frage unbeantwortet, wie eigentlich der Streitfall gelöst wird. Deshalb soll im Mangel einer Regelung das Zurückgreifen auf die Grundrechte legitimiert angenommen werden, um manche Grundrechte nicht ohne Schutz zu lassen.

Die Rechtsprechung ist nach Art.20 Abs.3 GG* an Gesetz und Recht gebunden, aber auch an Grundrechten, die nach Art.1 Abs.3 als unmittelbares Recht gelten. Daraus hat der Richter das Recht und die Pflicht, die Schutzlücken der Rechtsbeziehung zwischen den Privatrechtssubjekten unmittelbar auf den Grundrechten beruhend zu schließen.

III. Gemeinschaftsgrundrechte und die Drittwirkung

Um von einer Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte sprechen zu können, soll zuerst erklärt werden, was unter Gemeinschaftsgrundrechte verstanden wird. Es geben drei Rechtskategorien, die im Gemeinschaftsrecht benutzt werden:

- a) Geschriebene Grundrechte
- b) Grundfreiheiten
- c) Allgemeine Rechtsgrundsätze, bzw. ungeschriebene Grundrechte

Das Arbeitsmaterial dieser Arbeit sind die ungeschriebenen Grundrechte, aber eine Unterscheidung zwischen den drei Begriffen ist wegen der grundlegenden Definition der Drittwirkung nötig.

⁴⁸ Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1994, S. 1640.

⁴⁹ Klein, NJW 1994, S. 1640.

⁵⁰ Siehe BVerfGE 6, 265-266.

* Art.20 Abs.3 GG: Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

a) Die Artikel 6 EGV (Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit), 40 Abs.3 S.2 EGV (Diskriminierungsverbot zwischen Erzeugern und Verbrauchern) und Art.119 EGV (Gleiches Entgelt für Männer und Frauen) werden als im EGV verankerte geschriebene Grundrechte bezeichnet. Diese Rechte könnten eigentlich dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art.3 GG gleichgesetzt werden, aber der EuGH hat in seinem Defrenne-III Urteil⁵¹ diesen Rechten nicht einen so umfassenden, allgemeinen Regelungsinhalt zugemessen, sondern das Recht des Klägers aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts abgeleitet. Mit der Begründung, daß diese Artikel nicht das ganze Gleichheitsrecht umfassen, sondern nur einige spezifischen Aspekte dieses Rechts sind.

Steinberger sieht diese geschriebenen Grundrechte in einer Markt bezogenen Funktion und behauptet, daß sie kein allgemeines Gleichheitsrecht, sondern ein rollen- oder funktionsspezifisches Diskriminierungsverbot bilden.⁵² Auch Schwarze nennt Art.6 und 119 EGV als "punktuelle Grundrechtsgarantien".⁵³

Dagegen sieht Kutscher sowohl die geschriebenen Grundrechte, als auch die Grundfreiheiten als Grundrechte, ohne weitere Erklärung ihrer Tatbestände zu geben.⁵⁴

Die Drittwirkung der Art.119⁵⁵ EGV und Art.6⁵⁶ EGV sind vom EuGH ausdrücklich anerkannt worden. Die Drittwirkung des Art.6 wurde auch durch die Regelung des Art.7 Abs.4 der Verordnung Nr.1612/68 befestigt. Nach dieser Verordnung gilt das Gleichbehandlungsgebot ohne Zweifel auch für die Rechtssubjekten des Privatrechts.⁵⁷ Feger betrachtet die Anerkennung der geschriebenen Grundrechte als eine Notwendigkeit für einen wirksamen Grundrechtsschutz, der nicht nur gegen die hoheitliche Gewalt gerichtet ist, sondern auch eine volle Wirkung zwischen den Privatpersonen entfaltet.⁵⁸

b) Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art.48-51 EGV), das Niederlassungsrecht (Art.52-58 EGV), das Dienstleistungsrecht (Art.59-66

51 Defrenne-III- Sabena, Rs. 149/77, 1978, 1365.

52 Steinberger, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, in: VVDStRL (50), 1991, S.24.

53 Schwarze, Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1986, S.293.

54 Kutscher, Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1982, S.38-39.

55 Defrenne-Rs. 149/77, 1978, 1365; EuGHE Rs. 143/83, 1985, 427ff.

56 Walrave- Rs. 36/74, 1974, 1419; Dona- Rs. 13/76, 1876, 1341.

57 Siehe Wölker, in: GTE-Kommentar, 4. Auflage, 1991, Bd.1, zu Art.48, S.768 Rd.16.

58 Feger, Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1984, S. 55.

EGV) und das freie Warenverkehr (Art.67-73h EGV) werden als Grundfreiheiten im EG-Vertrag genannt. "Die Grundfreiheiten beziehen sich jeweils auf bestimmte Tätigkeiten mit grenzüberschreitenden bzw. transnationalen Elementen. Dadurch wird der sachliche Anwendungsbereich oder Geltungsbereich der jeweiligen Grundfreiheiten umschrieben".⁵⁹

Es geben aber manche Autoren, die die Grundfreiheiten mit den Grundrechten gleichstellen. Der bekannteste Gründer dieser Auffassung ist Bleckmann, der nach Vergleich der Tatbestände der beiden Rechtskategorien die Ähnlichkeiten 'frappierend' findet.⁶⁰ Daneben sind für ihn die Nuanceverschiebung bei der Wirkungsrichtung und die in erster Linie subjektiv-rechtliche Charakter der Grundrechte und objektive Konstitutionsprinzipien der Grundfreiheiten nicht so wichtig. "Weil auch die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes auch ein Mittel der freien Entfaltung der Persönlichkeit, als Mittel des Schutzes der Würde des Menschen zu sehen sind (...) deshalb verliert die Frage, ob die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes echte Grundrechte sind oder nur einen Grundrechtsgehalt aufweisen, an Schärfe".⁶¹ Aber in dem Sinne sind alle Rechtsnormen letztendlich Mittel zur Entwicklung der Persönlichkeit und eine derartige Bezeichnung kann zu einer Totologie führen.

Auch Schweitzer/Humer nennen die Grundfreiheiten als grundrechtsgleiche Rechte in Gemeinschaftsverträgen und unterscheiden sie nicht.⁶²

Lenz stellt eine andere Qualifizierung vor und sieht in den Grundfreiheiten Züge grundrechtsähnlicher Verbürgungen und nennt sie als die ursprünglichen Grundrechte der Gemeinschaft- auch wenn nicht nach klassischer Dogmatik-. Er anerkennt sogar die Freizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit im klassischen Verständnis als Grundrechte.⁶³

Funktion der Grundfreiheiten ist primär, "das Verbot auch faktischer Beschränkungen zu maximieren, um den vertraglich angestrebten freien

59 Jarass, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 204. Vgl. auch Streinz, Europarecht, 2. Auflage, 1995, S.226 Rd.720.

60 Bleckmann, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: FS für Sasse, 1981, S. 665.

61 Bleckmann, in: FS für Sasse, 1981, S.667. Aber später nennt er die Grundfreiheiten als 'echte' Grundrechte und behauptet, daß der EuGH sie auch als echte Grundrechte annimmt. Siehe Bleckmann, Europarecht, 5. Auflage, 1990, S. 195 Rd. 453ff und ders., Theorie der Grundrechte, 1989, S.5. Vgl. auch Pernice, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 125ff und Schwarze, Europäischer Grundrechtsschutz, ZfV 1993, S. 2.

62 Schweitzer/Humer, Europarecht, 1993, S.197 und 200.

63 Lenz, Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des EuGH, EuGRZ 1995, S.585.

Wirtschaftsraum nach der Zielsetzung der Verträge zu sichern".⁶⁴ Sie haben also eine primär objektiv-rechtliche Funktion.

Trotz ihrer primär objektiven Funktion ist die Drittwirkung der Grundfreiheiten vom EuGH ausdrücklich ausgesprochen worden.⁶⁵ Obwohl Jarass die Drittwirkung der Grundrechte sehr beschränkt annimmt, daß der Drittwirkung dieser Freiheiten "nur dann, wenn das Handeln einer Privatperson dem Staat zuzurechnen ist oder sie ähnlich wie der regelnde Staat tätig wird"⁶⁶, zuzustimmen ist, konnte in dem Fall nicht von einer Drittwirkung der Freiheiten, sondern von der Bindung der die staatliche Gewalt erhaltenden Personen an Grundrechte gesprochen werden. Außerdem ist eine solche Voraussetzung in der Rechtsprechung des EuGH auch nicht zu finden.

c) Obwohl die Grundfreiheiten einen grenzüberschreitenden Charakter haben, können die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates sich auch gegenüber ihrem Staat ohne in einer grenzüberschreitenden Rechtsposition zu sein, auf Gemeinschaftsgrundrechte berufen. Deshalb ist die klare Unterscheidung zwischen den Grundfreiheiten und Grundrechten sehr notwendig.⁶⁷

Die Gründungsverträge der EG beinhalten keine Grundrechte und ein Grundrechtskatalog für das Gemeinschaftsrecht ist auch nicht geschaffen worden. Aber der EuGH hat seit seiner Rechtsprechung Stauder im Jahre 1969 von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), Grundrechte für das Gemeinschaftsrecht entwickelt. Die Rechtsgrundlagen für diese Rechtsprechung sind in Art.164 EGV* und 173 EGV* zu finden. "Mit der Entwicklung der ungeschriebenen Grundrechte aus dem Gemeinschaftsrecht entspricht der Gerichtshof seiner Aufgabe der Lückenfüllung wie sie auch durch Art.164 EGV bestätigt wird".⁶⁸

64 Weber, Die Grundrechte im Integrationsprozeß der Gemeinschaft in vergleichender Perspektive, JZ 1989, S. 968.

65 van Duyn- Rs. 41/74, 1974, 1347; EuGHE Rs. 167/73, 1974, 360-st.Rspr. (für Art.48 EGV)

66 Jarass, EuR 1995, S. 210.

67 Siehe kritisch für die Niederlassungsfreiheit und die falsche Anwendung des Grundrechtsbegriffs, Everling, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1989, S. 344 Fn.24.

* Art.164 EGV: Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags.

* Art.173 Abs.1 EGV: Der Gerichtshof überwacht die Rechtmässigkeit der gemeinsamen Handlungen des Europäischen Parlaments und des Rates...

Art.173 Abs.2 EGV: Zu diesem Zweck ist der Gerichtshof für Klagen zuständig, die ein Mitgliedstaat, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung dieses Vertrags oder einer bei seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs erhebt.

68 Beutler, Grundrechtsschutz, in: GTE-Kommentar, 4. Auflage, 1991, S.6216 Rd.29.

Stadler erläutert die Funktion der ungeschriebenen Grundrechte auch mit der Lückenschließung: "Ungeschriebene Grundrechte ergänzen die Bestimmungen der Gemeinschaftsverträge. Sie wollen lediglich Lücken der Verträge schließen, dh den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn das Vertragsrecht selbst Grundrechte enthielte. Wenn die Verträge eigene Grundrechtsvorschriften aufweisen würden, wären diese Bestimmungen den sonstigen Vertragsvorschriften rangmäßig ebenbürtig".⁶⁹ Stadlers Aussage bestätigt, daß die Gemeinschaftsgrundrechte mit den anderen Rechtsvorschriften des EG-Vertrages vergleichbare Rechtsgüter besitzen und anderen Rechten gegenüber als Gegen-Rechte gestellt werden können.

Trotz der Ungeschriebenheit der Grundrechte im Gemeinschaftsrecht kommt denen als allgemeine Rechtsgrundsätze der gleiche Rang wie den geschriebenen Vertragsvorschriften zu⁷⁰ und trotz der unterschiedlichen Quellen ist das primäre Gemeinschaftsrecht in seinem Rang und Charakter einheitlich.⁷¹ Dagegen meint Bleckmann, daß den allgemeinen Rechtsgrundsätzen kein einheitlicher Rang zugewiesen werden kann, aber sie jedenfalls dem Sekundärrecht der Gemeinschaft vorgehen.⁷² Aber eine Rangdifferenzierung ist weder in der Rechtsprechung des EuGH noch in der herrschenden Lehre zu finden.

Die Ranggleichheit ermöglicht eine gleichberechtigte Rechtsgüterabwägung zwischen den Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten.

Obwohl der Grundrechtsschutz in der Europäischen Union sich ursprünglich als Maßstab für die Handlungen der Gemeinschaftsorgane erstreckte, sind die Mitgliedstaaten auch an den Gemeinschaftsgrundrechten gebunden, soweit es einen Anknüpfungspunkt mit dem Gemeinschaftsrecht gibt. Denn die Entwicklung der Gemeinschaft zwang auch die Einbeziehung der Mitgliedstaaten in den Verpflichtetenbereich der Gemeinschaftsgrundrechte. Das wurde besonders in den *Johnston*, *Testa*, *Wachauf*, *ERT* und *Bostock* Urteile entwickelt.⁷³ Demzufolge unterliegen auch die Mitgliedstaaten mit der

69 Stadler, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, 1980, S. 370. Schweitzer meint auch, daß die aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entwickelten Grundrechte als Mittel der Lückenschließung im Gemeinschaftsrecht gelten. Siehe Schweitzer, *Europäisches Recht und nationales Recht*, in: *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter*, 1986, S. 134.

70 Vgl. Beutler/Bieber, *Die Europäische Union*, 4. Auflage, 1993, S. 205.

71 Siehe Streinz, *Europarecht*, 1995, S. 101 Rd. 347.

72 Bleckmann, *Europarecht*, 1990, S. 150 Rd. 315.

73 *Johnston-Rs.* 222/84, 1986, 1682f; *Testa-Rs.* 41/79, 121/79, 796/79, 1980, 1996f; *Wachauf-Rs.* 5/88, 1989, 2609f; *ERT-Rs.* C-260/89, 1991, 2925f.

Erfüllung dieser Voraussetzung der Kontrolle des EuGH oder der nationalen Gerichten aufgrund der Gemeinschaftsgrundrechte.⁷⁴

Im Fall Wachauf wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, bei der Durchführung einer Verordnung ihr Ermessen unter der Berücksichtigung der Gemeinschaftsgrundrechte zu nutzen.⁷⁵ Daneben wurde im Fall Bostock eine englische Ausführungsregelung in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht anhand der Gemeinschaftsgrundrechte geprüft.⁷⁶

Allgemein formuliert, "die Reichweite der Gemeinschaftsgrundrechte deckt sich mit der Reichweite des Gemeinschaftsrechts, dh Gemeinschaftsgrundrechte gelten überall dort, wo die öffentliche Gewalt, sei es die Mitgliedstaaten oder die der Gemeinschaftsorgane, unter gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben tätig wird."⁷⁷

Dagegen behauptet Hummer, daß die Gemeinschaftsgrundrechte sich unmittelbar nur an die Gemeinschaften richten, weil sie lediglich Maßstab der Legalität der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte sind.⁷⁸ Aber die Ausschließung der Mitgliedstaaten von dem Adressatenkreis würde die Folgen gründen, daß die gemeinschaftsrechtlichen Durchführungsakte der Mitgliedstaaten dem Gemeinschaftsrecht ausbleiben würden, was in der Gemeinschaftsrechtsordnung Lücken erzeugen würde.

Die Feststellung der Grundrechtsadressaten spielt deshalb eine wichtige Rolle, weil im Falle der mittelbaren oder unmittelbaren Drittwirkung auch die nationalen Gerichte mit der Anwendung dieser Grundrechte verpflichtet sind. Also auch ohne Berufung des EuGH die Gemeinschaftsgrundrechte anwendbar werden.

74 "Auch das Gemeinschaftsrecht anwendende Instanzen der Mitgliedstaaten sind an Gemeinschaftsgrundrechte gebunden", siehe Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, 1993, S.243. Vgl. auch Gersdorf, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange-II Beschlusses des Bundesverfassungsgericht, AöR 1994, S. 407; Jürgensen/Schlünder, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 1996, S.207; Ruffert, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, S. 523f; Streinz, Europarecht, 1995, S. 106 Rd. 368; Weber, JZ 1989, S. 971; Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 547;

75 Wachauf- Rs. 5/88, 1989, 2639ff.

76 Bostock- Rs. C-2/92, 1994, 983.

77 Jürgensen/Schlünder, AöR 1996, S. 223.

78 Hummer, Grundrechte und grundrechtsähnliche Verbürgungen in den Europäischen Gemeinschaften, in: Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, 1986, S. 63.

Von der Grundrechtsrechtsprechung als Lückenschließungsfunktion hinaus können zwei Folgen herausgezogen werden:

1. Die Gemeinschaftsgrundrechte unterstützen die Grundfreiheiten in ihrer Wirkungsrichtung. Das gilt aber nur gegenüber der hoheitlichen Gewalt. Die Akten der hoheitlichen Gewalt sind also anhand der Grundrechte zu überprüfen und die Beschränkungen der Grundfreiheiten sollen sich den Rahmen der Grundrechte anpassen. Im ERT-Urteil wurde ausgesprochen, "wenn sich ein Mitgliedstaat auf Art.66 i.V.m. Art.56 EGV beruft, um Bestimmungen zu rechtfertigen, die geeignet sind, die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit zu behindern, ist dieses Vorbringen im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen".⁷⁹ In dem Urteil wurden die Grundrechte durch ihre mittelbare Drittwirkung als die Grundfreiheiten unterstützende und bekräftigende Vorschriften betrachtet. Beutler nennt diese Beziehung als ein Ergänzungsverhältnis: "Gegenüber den Mitgliedstaaten sichern die Grundfreiheiten die Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes. Gegenüber gemeinschaftsrechtlichen Maßnahmen zur Durchführung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes schützen den Gemeinschaftsbürger die ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte".⁸⁰ Dieses Ergänzungsverhältnis scheidet aber bei der Drittwirkung der Grundfreiheiten aus.

2. Im Drittwirkungsfall der Grundfreiheiten taucht die Frage auf, ob eine andere rechtliche Interesse gegenüber denen zu schützen ist. Die Frage ist positiv zu beantworten, weil bei der Drittwirkung der Grundfreiheiten keine Notwendigkeit mehr für die Unterstützung gegen eine hoheitliche Gewalt gibt. In dem Fall können die Gemeinschaftsgrundrechte gegenüber den Grundfreiheiten als Gegen-Rechte angewandt werden. Die Antwort bezieht sich auf die Lückenschließungsfunktion der Grundrechte. Bis das Gemeinschaftsrecht gleichwertige Rechtsgüterschutz anbietet, sind sowohl der EuGH als auch die nationalen Gerichte -soweit es einen Berührungspunkt mit dem Gemeinschaftsrecht gibt- mit der Abwägung und Schutz der Interessen verpflichtet. Das folgt aus der Schutzpflicht des Staates, bzw. der hoheitlichen Gewalt.

A. Die mittelbare Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung die *Achtung* der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze ausgesprochen und einen Aspekt der Grundrechtsfunktion, die Abwehrfunktion, für das Gemeinschaftsrecht anerkannt. Die andere Pflicht, die Grundrechte zu schützen, kommt wieder in seiner Rechtsprechung hervor, wo er von der grundrechtskonformen *Auslegung*

79 ERT-Urteil, Rs. C-260/89, vom 18.6.1991, Rz. 42, 43 und 45.

80 Beutler, Grundrechtsschutz, in: GBTE-Kommentar, 1983, S.1479 Rd.37.

spricht, ohne eine inhaltliche Unterscheidung unter den ausgelegten Normen zu setzen. Er sieht die Grundrechte als Prüfungsmaßstab aller Rechtsnormen. "In dieser Funktion verpflichten sie auch zur Verhinderung grundrechtswidriger Belastungen in den Beziehungen zwischen Privatpersonen, wenn Gemeinschaftsrecht dort relevant ist".⁸¹ Im Johnston-Urteil wies der Gerichtshof auch auf die grundrechtskonforme Auslegung hin: "Der in Artikel 6 vorgeschriebene gerichtliche Schutz ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt. (...) Nach Artikel 6 der Richtlinie, *ausgelegt im Lichte des angeführten allgemeinen Grundsatzes*, hat jedermann gegen Handlungen, die nach seiner Ansicht gegen das in der Richtlinie 76/207 ausgestellte Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstossen, Anspruch auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch ein zuständiges Gericht".⁸²

Da der EuGH die Gemeinschaftsgrundrechte als objektive Wertentscheidungen der Gemeinschaft ausgesprochen und vorausgesetzt hat, daß alle Rechtsnormen, die das Gemeinschaftsrecht berühren, im Lichte dieser Rechte ausgelegt werden sollen, ist die mittelbare Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte ohne Zweifel festzustellen. Die Feststellung hat die selben Folgen wie im nationalen Recht:

1. Grundrechtskonforme Auslegung aller Rechtsnormen des Gemeinschaftsrechts, ohne Ausschließung der Privatrechtsnormen.⁸³
2. Die Schutzpflicht der hoheitlichen Gewalt (sowohl der Gemeinschaftsorgane als auch der Mitgliedstaaten) für diese Grundrechte, primär durch die Rechtsetzung, falls nicht möglich durch die Rechtsprechung. Denn "die Grundrechte in ihrer objektiv-rechtlichen Ausprägung sind nicht negatorisch, sondern zielen auf die Verwirklichung bestimmter normativer Gehalte; sie sind auf Handeln angelegt".⁸⁴

Die grundlegenden Tatbestände der mittelbaren Drittwirkung ist es, daß die Organe der öffentlichen Gewalt Richtlinien und Impulse von den Grundrechten empfangen und sie bei der Durchsetzung, Anwendung oder Auslegung der Rechtsnormen in Acht nehmen. Diese Tatbestände lassen sich für Mitgliedstaaten in der Durchsetzung des Sekundärrechts anerkennen. Die Verordnungen und Richtlinien, die zu den wichtigsten Sekundärrechtsnormen zählen und die Mitgliedstaaten unmittelbar binden, sollen deshalb bei ihrer Anwendung und Umsetzung, auch wenn sie Privatrechtsverhältnisse anordnen,

81 Pernice, in: Grabitz/Hilf, EU-Kommentar, 1996, zu Art. 164, S.26, Rd.62e.

82 Johnston- Rs. 222/84, 15.5.1986, 1986, 1682, Rz. 18 und 19).

83 Vgl. Pernice, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz, NJW 1990, S. 2417.

84 Gersdorf, AöR 1994, S. 402.

im Hinblick auf die Gemeinschaftsgrundrechte ausgelegt werden. Anders gesagt, eine mittelbare Drittwirkung entfalten.

Im Gegenteil zu nationalem Recht ist der Handlungsbereich des EuGH als Rechtsprechungsorgan weiter als die anderen EU-Organe. Weil Art.164 und 173 EGV im allgemeinen von 'Recht', 'anzuwendenden Norm' sprechen. Deshalb bleibt dem EuGH ein weiter Spielraum für die Erfüllung der Schutzpflicht, soweit sie nicht von den ermächtigten EU-Organen erfüllt wird.

B. Die unmittelbare Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte

Der EuGH hat bis jetzt nicht entschieden, ob die Gemeinschaftsgrundrechte eine unmittelbare Drittwirkung besitzen. Das ist auch in der Lehre noch nicht geklärt.⁸⁵

Die Lückenschließungsfunktion der Gemeinschaftsgrundrechte ist in erster Linie an die hoheitliche Gewalt der Gemeinschaften und an die Mitgliedstaaten gewandt. Aber sie erschöpft sich nicht nur mit den zwei Adressaten und einer Wirkungsrichtung, weil die Drittwirkung der Grundfreiheiten nur die Rechte des einen Rechtssubjekts in dem Rechtsverhältnis anordnet und denen gegenüber andere Rechtsnormen für den Schutz des anderen Subjekts nötig sind. Wie schon erwähnt, bedeutet eine Regelung nicht immer, daß ein Gleichgewicht zwischen den Rechtsgütern geschaffen worden ist. Die Drittwirkung der Grundfreiheiten können kollidierende Rechte vorbringen, die zu einem Gleichgewicht gebracht werden sollen. Demgemäß betont Streinz ausdrücklich, daß die Grundrechte von den Grundfreiheiten zu trennen ist und, "daß die Grundfreiheiten keinesfalls als Kompensation für Grundrechtseinbußen gewertet werden dürfen, ja daß sogar Grundrechtsschutz auch gegenüber solchen Gemeinschaftsakten erforderlich werden kann, die zur Verwirklichung der Grundfreiheiten ergehen".⁸⁶

Die Drittwirkung der Grundfreiheiten begründet nämlich ein Privatrechtsverhältnis, das bisher immer nur aus dem Blickwinkel des EG-Bürgers, der von seinen Grundfreiheiten Gebrauch macht, betrachtet wurde. Die Gemeinschaftsgrundrechte sind aber als gleichrangig im Sinne von Gegen-Rechten in dieses Rechtsverhältnis miteinzubeziehen. An dem Punkt ist die Abwägung der Rechtsgüter beider Parteien die Aufgabe der Rechtsprechung in Bezug auf die Gemeinschaftsgrundrechte wegen Abwesenheit einer anderen gemeinschaftsrechtlichen Regelung. Denn eine von vornherein zugestimmte Zurücktretung der Grundrechte vor den Grundfreiheiten wurde zu einem

85 Siehe Gersdorf, AöR 1994, S.400 ff; Beutler, Grundrechtsschutz, in: GTE-Kommentar, 1991; Huber, Das Recht der europäischen Integration, 1996, S. 110 Rd. 41f.

86 Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 409.

Unrecht führen. Weil die Drittwirkung der Grundfreiheiten vom EuGH ausgesprochen ist, kann die grenzenlose Ausübung dieser Rechte zu einer Grundrechtsverletzung führen, da der EG-Vertrag kein Gegen-Recht zu denen vorsieht. Das bedeutet, daß die andere Partei dieser Drittwirkung der Ausübung der Freiheit dulden soll. Eine derartige Unschutzlage paßt aber den Rahmen einer Rechtsgemeinschaft nicht, was die Europäische Union zu sein behauptet. Rengeling tritt vor der unmittelbaren Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte zurück, weil "die Anerkennung einer unmittelbaren Drittwirkung die Privatautonomie, also andere grundrechtlich geschützte Freiheitsbereiche einschränken oder gar aufheben würde".⁸⁷ Da vernachlässigt Rengeling aber die andere Seite der Privatautonomie, nämlich den Schutzaspekt, gegenüber der Respektierung der Privatautonomie; daneben auch die Pflicht der hoheitlichen Gewalt zur Verwirklichung des Gleichgewichts zwischen den kollidierenden Rechtsgütern. Im Fehlen einer Vorschrift erfolgt dieses Gleichgewicht durch die Aufrufung der Grundrechte, auch gegenüber den aus den Grundfreiheiten fließenden Rechtsgütern.

Diese Güterabwägung aufgrund der Gemeinschaftsgrundrechte ist Alexy's Modell folgend als unmittelbare Drittwirkung zu nennen. Gegen die Grundfreiheiten kann das andere Subjekt sich unmittelbar auf seine Grundrechte berufen und einen rechtlichen Schutz erfordern. Dagegen sieht Huber die unmittelbare Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte dann nicht möglich, "als sich ihre Schutzbereiche mit dem Gewährleistungsbereich der unmittelbar anwendbaren Vorschriften des EG-Vertrags decken"⁸⁸, also eine Überschneidung zwischen den beiden Rechtsbereichen entsteht. Da sieht er die Grundrechte und Grundfreiheiten in gleicher Richtung wirkend. Wie gesagt, es ist richtig, wenn sie an eine hoheitliche Gewalt gerichtet sind, aber bei der Drittwirkung der Grundfreiheiten kommen sie als kollidierende Rechte vor, weil zwei verschiedene Rechtsgüter zustandekommen.

Die Einbeziehung der EG-Bürger in den Adressatenkreis des Primärrechts, besonders der Grundfreiheiten, durch die Anerkennung der Drittwirkung, sind die Bürger zum "Organ" der EG-Rechtsordnung avanciert.⁸⁹ Dies wurde für die Überwindung aller möglichen Hindernisse zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes vorgesehen. Mit dem Vorbehalt, daß eine Analogie Lücken sogar Fälschungen in sich tragen kann, kann der folgende Vergleich den Bedarf an die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zeigen:

Die Mitgliedstaaten, die primär verpflichtet sind, den grenzlosen Raum für die Grundfreiheiten zu schaffen, haben gemäß ihren staatlichen Funktionen

87 Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, S.200.

88 Huber, Das Recht der europäischen Integration, 1996, S.110 Rd. 42.

89 Siehe Huber, Das Recht der europäischen Integration, 1996, S. 92 Rd.11.

den Kompetenz zur Beschränkung der Grundfreiheiten. Diese Beschränkungsgründe sind in Art.48 Abs.3, Art.56 Abs.1 und Art.55 Abs.1 verankert (Art.48 Abs.3: "...- vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen-"). Dagegen bleibt der einzelne EG-Bürger ohne Schutz für eigene Rechtsgüter, gegenüber der Pflicht die Beschränkungen vor den Grundfreiheiten aufzuheben. Diese Schutzlücke ist mit den Gemeinschaftsgrundrechten auszufüllen.

Das Bosman-Urteil⁹⁰ des EuGH ist ein gutes und bekanntes Beispiel für die Ausscheidung der gleichen Wirkungsrichtung von Grundfreiheiten und Grundrechten bei der Drittwirkung der Grundfreiheiten und für die Gegen-Rechtsfunktion der Grundrechte. In dem Fall ging es im Ausgangsverfahren um einen Schadenersatzantrag eines belgischen Berufsfußballspielers namens Bosman. Er verlangte von seinem ehemaligen Arbeitgeber -ein Fußballclub- den Ersatz seiner Vermögensschäden, die durch die Hinderung seines Transfers zu einem französischen Club entständen. Er behauptete, daß dieses Transfer von seinem ehemaligen Club schuldhaft hintertrieben worden ist. Das belgische Gericht hat ein Vorabentscheidungsverfahren für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der "Ausländerklausel" und die Transferregeln der Fußballverbände für notwendig erachtet und den EuGH um Vorabentscheidung aufgerufen. Der EuGH hat entschieden, daß die Transferregeln, die vorsehen, daß bei Ablauf des den Fußballspieler an einen Verein bindenden Vertrages eine Transfer-, Ausbildungs- oder Förderungsentschädigung bezahlt werden soll, gegen Art.48 EGV* verstoßen. Daneben hat der EuGH auch die Ausländerklausel der Vereine, die die Zahl der Fußballspieler aus anderen Mitgliedstaaten mit einer bestimmten Zahl begrenzt, mit Art.48 EGV unvereinbar erklärt.

Die Auslegung der Transferregeln im Lichte der Art.85 und 86 EGV* wurde vom EuGH mit dem Grund nicht für notwendig erachtet, daß die in Vorlagefragen genannten Regeln gegen Art.48 EGV verstoßen und die Auslegung weiterer Artikel nicht nötig sei.⁹¹

Die die Sportautonomie betreffenden Konsequenzen dieses Urteils bleiben außer den Rahmen dieser Darstellung.⁹² Das Urteil ist wegen des Gegenüberstehens der Grundfreiheiten und Grundrechten zueinander und daraus folgenden Voraussetzung der Rechtsgüterabwägung, die aber der EuGH unterließ, bedeutsam.

90 Bosman-Urteil, Rs. C-415/93, vom 15.12.1995, EuZW 1996, 82 ff.

* Art.48 EGV: Freizügigkeit der Arbeitnehmer

* Art.85 EGV: Verbot wettbewerbshindernder Vereinbarungen oder Beschlüsse; Art.86 EGV: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

91 Rz. 138 des Urteils.

92 Siehe für eine solche Kritik dieses Urteils, Christoph Palme, Das Bosman-Urteil des EuGH: Ein Schlag gegen die Sportautonomie?, JZ 1996, S. 238ff.

In der Begründung des EuGH spielte die Drittwirkung der Grundfreiheiten eine zentrale Rolle und der Vereinigungsfreiheit wurde als ein Gemeinschaftsgrundrecht nur ein begrenzter Spielraum anerkannt, soweit sie die Freizügigkeit des EG-Bürgers nicht beschränkte. Für EuGH hatte das Freizügigkeitsrecht des EG-Bürgers einen unbestrittenen Vorteil gegenüber der Vereinigungsfreiheit. Also eine Güterabwägung zwischen den beiden gemeinschaftsrechtlich gleichrangigen Regeln wurde nicht geschaffen.

Die Transferregeln, die in diesem Urteil als die Konkretisierung der Vereinigungsfreiheit der Verbände angesehen werden können, wurden sogar als Beeinträchtigungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer genannt. In der Entscheidung hieß es: "Anders wäre es nur dann, wenn diese Regeln einem mit dem Vertrag zu vereinbarenden berechtigten Zweck verfolgen würden und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wären. In diesem Fall müßte aber außerdem die Anwendung dieser Regeln geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zweckes zu gewährleisten, und dürfte nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist".⁹³ Der EuGH übersieht aber mit dieser Begründung zwei wichtige Punkte, die das Wesen der Grundrechte betreffen: Erstens, die Sportverbände besitzen die Eigenschaften der öffentlichen Gewalt nicht. Man kann also von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses im Namen der Verbände nicht sprechen, weil sie sich auf die allgemeine Interesse nicht berufen können. Zweitens, die Grundrechte zählen nicht zu den Beschränkungsgründen der Grundfreiheiten, da die Beschränkungsgründe der Grundfreiheiten in den betreffenden Artikeln des EGV (Art. 48 Abs.3, Art.56 Abs.1, Art.55 Abs.1) enumerativ aufgezählt worden sind und nicht erweitert werden können. Weil auch hier die allgemeinen Regeln der Interpretation der Berechtigungen gilt, daß die Rechte weit, die Schranken eng zu interpretieren sind. Auch Gramlich versucht die Grundrechte als ungeschriebene Gemeinschaftsvorschriften zu den Schrankennormen des EG-Vertrags hinzuzufügen, weil die Schranken sich außer spezifischen Regeln - wie Art.48 oder 55- nur aus gleichrangigen Vorschriften für Grundfreiheiten ergeben können. Demzufolge seien auch die Gemeinschaftsgrundrechte "bei der Bestimmung der Reichweite aller Grundfreiheiten zu beachten".⁹⁴ Trotz der wichtigen Feststellung, daß die Grundfreiheiten ihre Reichweite in einer gleichrangigen Gemeinschaftsnorm finden sollen, scheinen Gramlich's Begriffe problematisch, weil er von Grundrechten als 'Schranken' der Freiheiten spricht. Wie oben erklärt, ist es wegen der *numerus clausus* Klausel nicht möglich.

Die Reichweite der Grundfreiheiten ist also mit der Drittwirkung der Grundrechte zu erklären. Diese Feststellung bedarf einer Güterabwägung beider Gemeinschaftsregelungen. Schroeder betont auch mit Recht, daß es im Fall

93 Rz. 104 des Bosman-Urteils.

94 Gramlich, Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht?, DÖV 1996, S. 805.

Bosman "um eine Kollision subjektiver Rechte" ging und "bei der Abwägung der kollidierenden Rechte insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu berücksichtigen" war, "weil beide Rechte gleichberechtigte rechtsstaatliche Komponenten der Gemeinschaftsordnung sind".⁹⁵ Dieser Erklärung hinaus erklärt der EuGH auch nicht, warum und wie ein Rangunterschied zwischen den Grundfreiheiten und Grundrechten hervorkommt, obwohl sie gleichrangige primärrechtliche Vorschriften sind.

Im Fall Bosman standen das Freizügigkeitsrecht des Klägers und die Vereinigungsfreiheit des Angeklagten gegeneinander. Sowohl das nationale Gericht als auch der EuGH stünden vor der Pflicht, die beiden Rechtsgüter abzuwägen und ein Gleichgewicht zu schaffen. Gramlich spricht von einem "praktischen Konkordanz", in dem allen Beteiligten möglichst viel von allen Rechten/Freiheiten erhalten bleibt.⁹⁶ Diese Lösung setzt auch voraus, daß keinem von beiden Beteiligten von vornherein ein Vorrang zuerkannt wird, was im Fall Bosman die Grundfreiheiten diesen Vorrang genossen. Daneben aber das Recht des Angeklagten sich unmittelbar auf seine Grundrechte zu berufen und einen Schutz verlangen zu können, läßt ohne Zweifel der unmittelbaren Drittwirkung zuzustimmen. Wie schon im deutschen Recht erwähnt, ist die Drittwirkung der Grundrechte nicht ein einfacher Austausch der Grundrechtsadressaten. Es bedarf einer Güterabwägung der Rechtsprechung und Erzeugung eines Gegen-Rechts von den Grundrechten. Damit kann man die Einwände aufgrund der Privatautonomie beseitigen.

Im Vergleich mit den begrenzten Kompetenzen der anderen EG-Organen mangels Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaften liegt dem EuGH weitere Kompetenzen und demzufolge Pflichten für den Schutz der Rechtsgüter der Privatpersonen. Diese Kompetenzüberweisung überschreitet die Zuständigkeiten des Gerichts nicht und verursacht kein Willkür, weil das benötigte Material für die Erfüllung dieser Pflicht von den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten den Zielen und Strukturen der Gemeinschaft passend getragen wird.

IV. Fazit

Trotz der starren begrifflichen Unterscheidung zwischen der mittelbaren und unmittelbaren Drittwirkung ist die gegenseitige Beeinflussung der beiden Begriffe nicht ausgeschlossen. Die mittelbare Drittwirkung kann die unmittelbare begründen und umgekehrt. Wie es Alexy analytisch gezeigt hat, ist die Drittwirkung der Grundrechte ein Aspekt der Schutzpflicht des Staates und

⁹⁵ Schroeder, Anmerkung (zu Entscheidungen des Europarechts), JZ 1996, S. 256. Für diesen Konflikt siehe auch Gramlich, DÖV 1996, S. 806f.

⁹⁶ Gramlich, DÖV 1996, S. 810.

deshalb kann bei einer unmittelbaren Drittwirkung von der Einbeziehung der Grundrechtsträger in den Adressatenkreis der Grundrechte nicht gesprochen werden. Die Anwendung und Nennung der Drittwirkung entspricht in erster Linie einer Zweckmäßigkeits-, bzw. einer Interpretationsfrage, deren Adressat letztendlich die Rechtsprechung ist. Obwohl die unmittelbare Drittwirkung von der herrschenden Auffassung als ein Eingriff in die Privatautonomie angesehen wird, dient die gesamte Institution eigentlich dem Schutz und der Verwirklichung der Privatautonomie der beiden Grundrechtsträger in einem Privatrechtsverhältnis.

Die Drittwirkung der Grundrechte im Gemeinschaftsrecht spielt eine wichtigere Rolle als im nationalen Recht. Besonders die Drittwirkung der Grundfreiheiten begründet ein ungleichgewichtiges Privatrechtsverhältnis, das die Belange des anderen Rechtssubjekts dieses Verhältnisses ignoriert oder denen keinen Schutz anbietet. Die Schaffung eines Gleichgewichts läßt sich durch die Anerkennung der Drittwirkung der Gemeinschaftsgrundrechte erzeugen. Die Grundrechte sind in dem Sinne Gegen-Rechte der Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Die Verpflichtete der Schutzpflicht in Bezug auf die Grundrechte sind in erster Linie die hoheitliche Gewalt der Gemeinschaft und soweit es einen Berührungspunkt mit dem Gemeinschaftsrecht gibt, die der Mitgliedstaaten. Diese sind sowohl mit der grundrechtskonformen Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte als auch mit der Erzeugung der Gegen-Rechte aus den Grundrechten gegenüber den Grundfreiheiten des EG-Vertrages verpflichtet.

Thesen

- 1- Die Anwesenheit einer Regelung bedeutet nicht immer, daß den beiden kollidierenden Rechtsgütern Rechtsschutz gewährt wird. Die grundrechtliche Schutzpflicht des Richters ist nicht nur auf die Auslegung der Rechtsnorm begrenzt. Für den Fall, daß der Gesetzgeber dem Rechtsgut keinen Rechtsschutz gewährt, ist er auch verpflichtet, aufgrund der Grundrechte eine Güterabwägung zu leisten.
- 2- Den Gemeinschaftsgrundrechten kommt der gleiche Rang wie den geschriebenen Vertragsvorschriften zu. Die Rangleichheit ermöglicht eine gleichberechtigte Rechtsgüterabwägung zwischen den Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten.
- 3- Die Gemeinschaftsgrundrechte unterstützen die Grundfreiheiten in ihrer Wirkungsrichtung. Dies gilt aber nur gegenüber der hoheitlichen Gewalt. Dieses Ergänzungsverhältnis scheidet bei der Drittwirkung der Grundfreiheiten aus.

4- Die Drittwirkung der Grundfreiheiten begründet ein Privatrechtsverhältnis, das bisher immer nur aus dem Blickwinkel des EG-Bürgers, der von seinen Grundfreiheiten Gebrauch macht, betrachtet wurde. Die Gemeinschaftsgrundrechte sind aber als gleichrangig im Sinne von Gegen-Rechten in dieses Rechtsverhältnis miteinzubeziehen.

LITERATURVERZEICHNIS

Kommentare

Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Bd.1, 1996. (zitiert: Pernice, zu Art. 164 EGV)

Groeben/Thiesing/Ehlermann (GTE), Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd.4, 4. Auflage, 1991. (zitiert: Beutler, Grundrechtsschutz, S. 6199-6239).

Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann (GBTE), Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd.2, 3. Auflage, 1983. (zitiert: Beutler, Grundrechtsschutz- Anhang C, S. 1461-1499 und Wölker, zu Art.48 EWGV)

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, 1994. (zitiert: Dürig, zu Art.1 Abs3)

von Mangolt- Klein- Starck, Das Bonner Kommentar, Bd.1, 3. Auflage, 1985. (zitiert: Starck, zu Art. 1 Abs.3)

Lehrbücher

Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, 4. Auflage, 1993.

Bleckmann, Albert, Europarecht, 5. Auflage, 1990 .

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, 1995.

Huber, Peter, Recht der Europäischen Integration, 1996.

Pieroth/Schlink, Grundrechte, 11. Auflage, 1995.

Schweitzer/Hummer, Europarecht, 4. Auflage, 1993.

Streinz, Rudolf, Europarecht, 2. Auflage, 1995.

Monographien

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1.Auflage, 1985.

Bleckmann, Albert, Theorie der Grundrechte, 1989.

Feger, Dieter, Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften- Bestand und Entwicklung, 1984.

Kempff, Glibert, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, 1988.

Pernice, Ingolf, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979.

Rengeling, Hans-Werner, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993.

Schwabe, Jürgen, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971.

Stadler, Rupert, Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft, 1980.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988.

Streinz, Rudolf, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989.

Aufsätze

Bleckmann, Albert, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl 1988, S. 938-946.

Bleckmann, Albert, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: FS für Sasse, 1981, S. 665-684.

Canaris, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S. 201-246.

Dürig, Günter, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157-190.

Everling, Ulrich, Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1989, S. 338-355.

Gersdof, Hubertus, Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange-II Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1994, S.400-426.

Gramlich, Ludwig, Grundfreiheiten contra Grundrechte im Gemeinschaftsrecht?, DÖV 1996, S. 801-811.

Häberle, Peter, Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, S. 429-437.

Hummer, Waldemar, Grundrechte und grundrechtsähnliche Verbürgungen in den Europäischen Gemeinschaften, in: Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter, 1986, S. 60-88.

Jarass, Hans D., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, S. 202-226.

Jürgensen, Thomas/Schlünder, Irene, EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 1996, S. 200-228.

Klein, Eckart, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1994, S. 1633-1640.

Kutscher, Hans, Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1982, S. 35-55.

Lenz, Carl Otto, Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des EuGH, EuGRZ 1995, S. 585-589.

Nipperdey, Hans Carl, Grundrechte und Privatrecht, in: FS für Molitor, 1962, S.17-33.

Palme, Christoph, Das Bosman-Urteil des EuGH: Ein Schlag gegen die Sportautonomie?, JZ 1996, S. 238-241.

- Pernice, Ingolf**, *Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz*, NJW 1990, S. 2409-2420.
- Ruffert, Matthias**, *Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte*, EuGRZ 1995, S. 518-530.
- Rüfner, Wolfgang**, *Grundrechtsadressaten*, in: *Handbuch des Staatsrechts-V*, 1992, S. 526-562.
- Schroeder, Werner**, *Anmerkung (zu Entscheidungen des Europarechts)*, JZ 1996, S. 254-257.
- Schwarze, Jürgen**, *Europäischer Grundrechtsschutz*, ZfV 1993, S. 1-9.
- Schwarze, Jürgen**, *Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, EuGRZ 1986, S. 293-299.
- Schweitzer, Michael**, *Europäisches Recht und nationales Recht*, in: *Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter*, 1986, S. 128-147.
- Steinberger, Helmut**, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, in: *VVDStRL (50)*, 1991, S. 9-55.
- Weber, Albrecht**, *Die Grundrechte im Integrationsprozeß der Gemeinschaft in vergleichender Perspektive*, JZ 1989, S. 965-973.
- Zuleeg, Manfred**, *Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, NJW 1994, S. 545-549.