

Marietta Auer*

Privatrecht und Grundrechte

Eine Neubetrachtung im Jubiläumsjahr

In the context of the 125th anniversary of the German Civil Code, this article offers a novel assessment of the doctrine of horizontal constitutional effect in German private law. It argues that the assumption of a merely indirect effect of constitutional rights between private actors necessarily collapses into a direct horizontal effect, a result neither intended nor doctrinally desirable. The article proposes that the current doctrine of constitutional rights in private law is best understood as an expression of natural law thinking and suggests suitable paths towards a rediscovery of the autonomous normativity of private law.

I. Verfassungsrecht vergeht? 3

II. Die Scheindogmatik der mittelbaren Drittwirkung 5

 1. Die Ergebnisäquivalenz der klassischen Konstruktionen 6

 2. Der Kollaps der Schutzpflichtenlehre 10

 3. Auf dem Weg zur „totalen Verfassung“? 14

III. Besser dekonstitutionalisieren mit Aristoteles 18

 1. Die Anatomie des Prinzipiennaturrechts 21

 2. Ein vormoderner Vorläufer: Jean Bodins harmonische Gerechtigkeit 26

 3. Der Dualismus der Gerechtigkeitsformen und der Ort
 des Privatrechts 30

IV. Strategien gegen die „totale Verfassung“ 36

 1. Wiedergewinnung der Privatrechtslogik 37

 2. Zurückweisung des lückenlosen Gerechtigkeitsanspruchs 39

 3. Neujustierung von Normhierarchien 41

V. Privatrecht ist ewig! 43

weil auch das öffentliche Recht nicht tatenlos zusehen darf,
wie das Zivilrecht zum Selbstmord schreitet.¹

* Prof. Dr. iur., M.A., LL.M., S. J. D. (Harvard), Direktorin am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie sowie Professorin an den Universitäten Gießen und Frankfurt am Main, ORCID: 0000-0002-3247-9066.

1 Dürig ZgesStW 109 (1953), 326, 340.

I. Verfassungsrecht vergeht?

„Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“, weiß der öffentlich-rechtliche Volksmund.² Das ist jedoch nur die halbe Wahrheit. Zuverlässiger Überlieferung zufolge hat *Joachim Rückert* das vielzitierte Bonmot *Otto Mayers* gerne wie folgt ergänzt: Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht – Privatrecht ist ewig. Nun braucht es fast schon Mut, eine solche These heute noch zu äußern. Es reicht schon ein Blick darauf, was es bedeutet, 125 Jahre BGB zu „feiern“: Man vergleiche nur einmal die nahezu totale Stille anlässlich dieses Gesetzesjubiläums mit dem nachgerade pompösen Aufwand, der im vergangenen Jahr rund um das verfassungsrechtliche Doppeljubiläum von 75 Jahren Grundgesetz und 175 Jahren Paulskirchenverfassung getrieben wurde. Was ist wichtiger, 75 Jahre Grundgesetz oder 125 Jahre BGB? Die deutsche öffentliche Erinnerungs- und Festkultur hat darauf eine eindeutige Antwort.³

Umso mehr Anlass, im Jubiläumsjahr des BGB einmal wieder die seit langem besonders heikle Frage nach dem Verhältnis zum Grundgesetz zu stellen. „Ist dazu nicht schon alles gesagt?“ wäre ein falscher Einstieg, denn offensichtlich ist dazu noch lange nicht alles gesagt. Im Gegenteil ist das Feld gerade in jüngerer Zeit durch die Tendenz des BVerfG, die Grundrechtswirkungen im Privatrecht nochmals deutlich über das in der Lüth-Entscheidung formulierte und in den Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidungen der 1990er Jahre scheinbar undefinierte Maß mittelbarer Drittwirkung hinaus zu erweitern, wieder in Bewegung geraten.⁴ Die Gipfelkette der neuesten Entscheidungsreihe lautet bekanntlich Fraport, Bierdosen-Flashmob und Stadionverbot⁵ – und an deren Ende steht die Ahnung, dass man sich in den Jahrzehnten seit der Lüth-Entscheidung von einem Vorgebirgsspaziergang im Alpenglühen der fern herüberstrahlenden Grundrechtsordnung in einen Mount Everest unmittelbarer Grundrechtswirkungen verstiegen hat, die nun überall wie Steilwände in die hergebrachte Privatrechtsdogmatik hineinragen. Und dennoch bleibt die Kritik aus der Wissenschaft erstaunlich verhalten. Es ist, als hätte gerade die

2 *Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1924, VI.

3 Zu dieser Beobachtung auch *Haferkamp* AcP 225 (2025), 76 ff., unter X. (in diesem Heft); vgl. auch *ders.*, Wege zur Rechtsgeschichte: Das BGB, 2022, 381. Eine Ausnahme bildet eine Vorlesungsreihe an der Universität Münster im Wintersemester 2024/25; vgl. *Jansen / Lohse* (Hg.), 125 Jahre BGB. Kodifikation und Wissenschaft, 2025. Zum Grundgesetzjubiläum etwa *Hofmann* (Hg.), Zeiten der Bewährung. FS 75 Jahre Grundgesetz, 2024.

4 Grundlegend BVerfGE 7, 198 – Lüth; 81, 242 – Handelsvertreter; 89, 214 – Bürgschaft.

5 BVerfGE 128, 226 – Fraport; BVerfG NJW 2015, 2485 – Bierdosen-Flashmob; BVerfGE 148, 267 – Stadionverbot; in der Folge etwa BGHZ 230, 347 – Facebook-Account.

Privatrechtswissenschaft bis heute in großen Teilen nicht verstanden, dass sie direkt mit in diese Steilwand eingestiegen ist. Oder hat sie es doch verstanden, aber nichts dagegen getan? Weil ihre dogmatischen Werkzeuge stumpf geworden sind? Weil sie die Entwicklung hin zur universellen unmittelbaren Grundrechtsgeltung zwischen Privaten sogar guthieß?

Womit haben wir es hier zu tun? Die üblichen Deutungsmuster – Wandel des dem BGB zugrundeliegenden Sozialmodells,⁶ Einbruch des Politischen in das apolitische Privatrecht des 19. Jahrhunderts;⁷ überhaupt Auflösung des privatrechtlichen Systemanspruchs⁸ – greifen nach hier vertretener Auffassung zu kurz. Könnten sie das Problem angemessen beschreiben, wären sie auch imstande, es zu lösen. Stattdessen bleiben sie jedoch ebenso an der Oberfläche wie die gesamte dogmatische Diskussion der Drittwirkungsproblematik, was darauf hindeutet, dass letztere nur Symptom eines tieferliegenden Problems ist, das sie mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln nicht adressieren kann. Im Folgenden soll dieses tieferliegende Problem benannt und analysiert werden; und dazu bedarf es eines etwas weiteren Ausholens, weil die folgende These aus dem Rahmen der bisherigen Debatte fällt. Das Problem ist kurz gefasst der Phantomschmerz der Abwesenheit einer allumfassenden, Staat und Gesellschaft vereinigenden Gerechtigkeitslehre, kurz: *das Fehlen des Naturrechts*. Hier soll gezeigt werden, dass die in den vergangenen Jahrzehnten immer weiter vorangetriebene Konstitutionalisierung der Rechtsordnung strukturell genau auf ein solches Naturrecht hinausläuft. Das Rätsel, dass sie sich rechtsdogmatisch nicht einfangen lässt – schlichte Konsequenz dessen, dass hier eine höhere Normschicht als die des positiven Rechts Verbindlichkeit beansprucht. Die Tendenz zur umfassenden Überformung privatrechtlicher Eigengesetzlichkeiten – kein Wunder, ist doch genau das die intendierte Konsequenz einer mit universellem Richtigkeitsanspruch auftretenden Naturrechtslehre. Der pastorale Ton wohltemperierter Vernünftigkeit, der in den jüngeren Judikaten des BVerfG ostentativ gepflogen wird – das ist der hohe Ton des Vernunftrechts, wiedererstanden in Gestalt der modernen Grundrechtsjurisprudenz.⁹

6 Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953.

7 Dazu Haferkamp, Wege zur Rechtsgeschichte (Fn. 3), 105 ff., Jansen AcP 225 (2025), 114 ff. (in diesem Heft).

8 Wagner, in: Blaurock/Hager (Hg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13, 58 ff.; ders., in: Dreier (Hg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, 67 ff.

9 Zu diesem hohen Ton und einigen besonders herausragenden Stilblüten (etwa BVerfGE 128, 226, 266 – Fraport: angeblich nicht schutzwürdige „Wohlfühlatmosphäre“ einer „reinen Welt des Konsums“) wäre noch vieles auszuführen. Zur dahinterstehenden Vorstellung von „guter Ordnung“ treffend Schoch VVDStRL 79 (2020), 323 f.

Im Folgenden gilt es zunächst, die Wirkungslosigkeit der hergebrachten Dogmatik der mittelbaren Drittwirkung näher zu analysieren (II.). Dabei wird sich zeigen, dass es nicht am Privatrecht liegt, dass sich diese Doktrin nicht rechtssicher befestigen lässt. Das Problem liegt vielmehr in der Prinzipienstruktur der herrschenden Grundrechtslehre, die die rechtstheoretischen Eigenschaften von Positivismus und Naturrecht kumulativ in Anspruch nimmt (III.). Die abschließenden Abschnitte formulieren zunächst Gegenstrategien (IV.) und kehren dann nochmals zur irreduziblen Eigenlogik des Privatrechts als Fundament der seit 125 Jahren tragenden Architektur des BGB zurück (V.).

II. Die Scheindogmatik der mittelbaren Drittwirkung

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist der auf den ersten Blick erstaunliche Befund, dass die hergebrachte Dogmatik der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht wirkungslos ist. Wirkungslos heißt: Sie wird der Aufgabe nicht gerecht, der Dogmatik üblicherweise gerecht werden soll, nämlich Rechtsfragen begrifflich und teleologisch so zu durchdringen, dass sie rechtssicher und begründungstransparent entscheidbar werden. Idealerweise führt gelingende Rechtsdogmatik zu einer Konvergenz von theoretischen Kategorien und praktischen Ergebnissen und schafft dadurch Berechenbarkeit und Rechtssicherheit für die künftige Rechtsentwicklung.¹⁰ All dies gelingt auf der Grundlage der bisher entwickelten Dogmatiken der Grundrechtswirkungen im Privatrecht jedoch nicht, und zwar in so auffälligem Maße nicht, dass schon lange die Frage nach den tieferen Ursachen und daraus folgenden Richtungsentscheidungen für die Gesamtrechtsordnung im Raum steht.

Diese Erkenntnis ist nicht neu. Über das positive Recht hinausblickende Denker wie *Ernst-Wolfgang Böckenförde* und *Robert Alexy* haben sie schon früh offen formuliert. *Böckenförde* bezeichnet im Jahr 1990 den stagnierenden Streit zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkungslehre als „Sekundär-, wenn nicht gar Randproblem“, als bloße „Wachstumskrise“ der eigentlich rechtsstaatlich brisanten „Entfaltung der objektiven Grundsatzwirkung der Grundrechte“.¹¹ *Alexy* spricht 1985 von der „Ergebnisäquivalenz“ aller bis dato konstruierten Theorien im Sinne universeller unmittelbarer Drittwirkung und unterscheidet drei basale Konstruktionen:¹² erstens die klassische Lehre

¹⁰ Zur Funktion von Dogmatik *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017.

¹¹ *Böckenförde* Der Staat 29 (1990), 1 ff.; hier zitiert nach *ders.*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2019, 189, 200.

¹² *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, 481 ff. (1. Aufl. 1985).

von der mittelbaren Drittwirkung im Sinne *Günter Dürigs* und der Lüth-Entscheidung, wonach die Grundrechte lediglich kraft ihrer „Ausstrahlungswirkung“ als „objektive Wertordnung“ durch die Generalklauseln in das Privatrecht hineinwirken,¹³ zweitens die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung im Sinne *Hans Carl Nipperdeys*¹⁴ sowie schließlich die in den 1970er Jahren entwickelte „Zurechnungskonstruktion“ *Jürgen Schwabes*, die im Ergebnis am weitesten geht und jedes privatrechtliche Handeln schon deshalb unmittelbar an die Grundrechte binden will, weil Private durch Inanspruchnahme des staatlichen Privatrechtssystems zurechenbar an der Ausübung staatlicher Macht gegenüber anderen Privaten beteiligt seien.¹⁵

1. Die Ergebnisäquivalenz der klassischen Konstruktionen

Im Folgenden ist zunächst zu zeigen, dass *Alexy* recht hat. Neben den beiden zuletzt genannten Theorien führt auch die ursprüngliche Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung als „Ausstrahlungstheorie“ im Sinne *Dürigs* entgegen ihrer erklärten Absicht im Ergebnis doch zur unmittelbaren Drittwirkung, und das, obwohl auf den ersten Blick alles für ihre Richtigkeit und Sachangemessenheit zu sprechen scheint.¹⁶ So bindet Art. 1 Abs. 3 GG bekanntlich nur Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht. Auch die weiteren Grundrechte treffen abgesehen vom Sonderfall des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG keine Aussage zu Einschränkungen durch Private, was nur den Schluss zulässt, dass solche dort gar nicht adressiert werden. Die befremdlichen Konsequenzen einer unmittelbaren Anwendung der grundrechtlichen Eingriffs- und Schrankendogmatik im Privatrechtsverkehr lassen sich zudem an vielen Beispielen belegen. Wer etwa eine fremde Sache wegnimmt, hat diese gemäß §§ 823 Abs. 1, 985 ff. BGB herauszugeben oder Schadensersatz zu leisten, schuldet aber keine Enteignungsentschädigung

¹³ *Dürig*, in: FS für Hans Nawiasky, 1956, 157 ff.; *ders.* ZgesStW 109 (1953), 326, 339 ff.

¹⁴ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961; *ders.*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hg.), Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, 16 ff.; dem folgend etwa *Krüger RdA* 1954, 365, 369. Zu Nipperdeys Leben und Werk *Hollstein*, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“, 2007, insbes. 305 ff.

¹⁵ *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971; *ders.* AöR 100 (1975), 442 ff.; *ders.* AcP 185 (1985), 1 ff. Zur analogen Konstruktion der *state action*-Doktrin im amerikanischen Verfassungsrecht vgl. *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). Der Begriff „Zurechnungskonstruktion“ stammt von *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, 36 ff.

¹⁶ Zum Folgenden *Dürig*, in: FS für Hans Nawiasky, 157 ff.; *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 203 ff.

nach Art. 14 Abs. 3 GG und greift auch nicht in das Grundrecht des Eigentümers ein. *Dürig* bringt dies auf folgende Formel: „Der Erscheinung, daß Vorgänge in der Drittrichtung als rechtmäßig zu behandeln sind, obwohl sie aus der Staatsrichtung verfassungswidrig wären, entspricht die Erscheinung, daß Lebensvorgänge dem Staat gegenüber *verfassungsmäßig* sind, obwohl sie in der Drittrichtung *rechtswidrig* sind.“¹⁷

Noch weiter führt das Argument, dass nicht nur die Grundrechtsordnung, sondern auch die Privatrechtsordnung eine ausdifferenzierte Stufenordnung von Schutzmechanismen gegen exzessive Beeinträchtigungen kennt.¹⁸ Im Privatrecht setzt diese Stufenordnung indessen immer den Eigenwert privatautonomer Gestaltung voraus und zieht die Grenzen zulässigen Kontrahierens daher zu Recht weiter als das im Bereich von Grundrechtskollisionen zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip. *Dürig*: „Das Grundgesetz denkt also die Grundrechte von vornherein *vermindert* um die den anderen gegenüber bestehenden subjektiven privaten Rechte und *setzt voraus*, daß die Menschenrechte im Verhältnis der einzelnen untereinander bereits in der Privatrechtsordnung aktualisiert sind.“¹⁹ Dementsprechend gehört es zur Eigenlogik des Vertragsrechts, dass nach legitimen Zwecken grundsätzlich nicht gefragt wird und die Grenzen privatautonomer Gestaltungsfreiheit erst im Bereich von Gesetzes-, Sitten- und Treuwidrigkeit sowie der Unbilligkeit gemäß §§ 134, 138, 242, 315 BGB erreicht sind. Selbst in § 307 BGB verweist der für die Inhaltskontrolle von AGB ausnahmsweise geltende Maßstab der unangemessenen Benachteiligung wieder auf Treu und Glauben zurück und bemisst die Unangemessenheit zudem vertragsbezogen und nicht gemeinwohl- oder wertbezogen.²⁰ Ähnlich werden auch im Deliktsrecht nicht alle, ja noch nicht einmal alle *schuldhaft* zugefügten Schäden zwischen Privaten kompensiert. Privatrecht ist mit anderen Worten die Ordnung des *damnum absque injuria*,²¹ in der Schäden grundsätzlich dort liegenbleiben, wo sie sie hinfallen, bestimmte Nachteile systematisch unkompensiert bleiben und bestimmte Zweck-, Angemessenheits- sowie Gerechtigkeitsfragen prinzipiell nicht adressiert werden. Mit *Claus-Wilhelm Canaris*: „Richtig ist [...], daß es im Privatrecht einen weiten Bereich allgemeiner Handlungsfreiheit gibt, der rechtlich nicht besetzt ist und in dem rechtswid-

17 *Dürig*, in: FS für Hans Nawiasky, 157, 173. Hervorhebungen hier und im Folgenden stets im Original, soweit nicht anders angegeben.

18 Eingehend *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 229 ff.

19 *Dürig*, in: FS für Hans Nawiasky, 157, 173 f.

20 *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 8), 33 ff.

21 „Schaden ohne Unrecht“; so die griffige *Maxime* des Common Law, vgl. *Alabama Power Co. v. Ickes*, 302 U.S. 464 (1938); *Holmes* Harvard L. Rev. 8 (1894), 1 ff.

rige Verletzungen anderer Privatrechtssubjekte daher a priori nicht in Betracht kommen.²²

Stellen wir die naheliegende Frage, warum man als Gesellschaft eine solche normativ unterdeterminierte Privatrechtsordnung überhaupt haben wollen sollte, an dieser Stelle zurück. Zunächst geht es nur darum, zu verstehen, warum vor diesem Hintergrund gerade *Dürigs* Ausstrahlungskonstruktion, die sich gezielt *nur* auf die Generalklauseln des Privatrechts stützt, ein Richtiges, ja Wesentliches trifft.²³ Gerade in dem durch Zuspitzung auf die Generalklauseln als genuin *privatrechtliche* Gestaltungsgrenze vorausgesetzten Regel-Ausnahme-Verhältnis liegt nämlich die Ernstnahme der privatrechtlichen Eigenlogik, die sich gegen ein flächendeckendes Angemessenheitsdenken sperrt und nur im *Einzelfall* Korrekturen unangemessener Privatrechtsgestaltungen zulässt. Im *Einzelfall* heißt: *nicht* im Regelfall, *nicht* systematisch und *nicht* unter Ausrollung eines flächendeckenden Grundrechtsteppichs in die privatrechtliche Wertungslogik hinein. Man könnte dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis geradezu als Wertungssperre der privatrechtlichen Systemlogik bezeichnen, ähnlich dem strafrechtlichen Analogieverbot.²⁴ Nimmt man diesen Gedanken ernst, kann ein privatrechtsadäquater Zugriff auf grundrechtliche Wertprinzipien im Rahmen der Generalklauseln allerdings nicht weiter gehen als der allgemeine Zugriff auf privatrechtsrechtsexternes Werten im Rahmen dieser Öffnungsklauseln, also etwa so weit, wie klassische Judikate zu § 138 Abs. 1 BGB den Verweis auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zulassen.²⁵ *sehr* vorsichtig, *sehr* ad hoc, weil man sich etwas normativ so Dubioses wie einen gefühlten Anstand offensichtlich so schlank wie möglich zurecht konstruieren muss, wenn im Privatrecht ausnahmsweise einmal die Notbremse gezogen werden muss.

Damit wird spätestens an dieser Stelle auch klar, warum *Dürigs* Ausstrahlungstheorie im Ergebnis nicht durchführbar ist: Denn die intendierte Verengung der Grundrechte auf bloße Hilfsmittel zur ad-hoc-Begründung eines marginalen Ausnahmefalls von der privatrechtlichen Regellogik lässt sich durch bloße textuelle Anknüpfung an die Generalklauseln nicht herbeiführen. Es gelingt den letztlich inhaltsleeren Generalklauseln nicht, den Grundrechten die privatrechtliche Argumentationslastverteilung überzustülpen. Vielmehr stülpt

22 *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 230.

23 A. A. *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 222 f.: Danach sei es „nicht einzusehen, warum die Grundrechte *nur* über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln auf das Privatrecht einwirken sollen.“

24 Zu diesem als Grenze der Systembildung *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, 120, 127.

25 Etwa RGZ 48, 114, 124.

sich umgekehrt die Grundrechtslogik über die Privatrechtslogik und zwingt dieser ihr abweichendes metadogmatisches Strukturmuster auf, in dem nicht mehr in Kategorien von Regel und Ausnahme, sondern vielmehr von durchgängiger Zweckrationalität, gradierbarer Eingriffsschwere und universeller Abwägung gedacht wird. Der Import der Grundrechte in das Privatrecht verhält sich damit wie ein trojanisches Pferd, dem nicht nur der jeweils punktuell auf seine Ausstrahlung hin befragte Einzelwert, sondern immer gleich eine ganze Heerschar von Verfassungsprinzipien einschließlich ihrer Metadogmatik in Form von Verfassungsvorrang, Prinzipientheorie und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsteht. Im Ergebnis hat dies, wie von *Alexy* und *Böckenförde* vorausgesagt, tatsächlich zur Folge, dass im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung dieselben dogmatischen Figuren mit *exakt* denselben Argumentationsgewichten zur Anwendung kommen, die auch zur Anwendung kämen, wenn die Grundrechte zwischen Privaten etwa durch Novellierung des Art. 1 Abs. 3 GG plötzlich explizit unmittelbare Geltung besäßen. Genau so *Mattias Kumm*: „If, in a surprise move, the constitutional legislator were to amend the Constitution and explicitly determine that constitutional rights are also applicable to the relationship between individuals, *it would change practically nothing*. [...] This means that even under a doctrine of ‚indirect effect‘ constitutional principles are already the basis for both private and public law.“²⁶

Dass dies zudem der Entscheidungspraxis des BVerfG entspricht und nicht nur ein Gedankenexperiment ist, lässt sich etwa an der Bürgschaftsentscheidung aus dem Jahr 1993 paradigmatisch zeigen.²⁷ Äußerlich vollständig im limitierenden Rahmen einer lediglich mittelbaren Grundrechtsdrittwirkung gehalten, vollzieht der Beschluss dennoch einen entscheidenden argumentativen Bruch zwischen Privatrechtslogik und Grundrechtslogik, indem der Senat dem BGH schon darin eine „grundsätzlich unrichtige Auffassung“ von der Bedeutung der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie attestiert, dass das Zivilgericht „keine Veranlassung zu einer Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrags“ gesehen habe.²⁸ In der Konjunktion liegt ein *non sequitur*, weil das Zivilrecht die Frage so gerade nicht stellt, sondern vielmehr davon ausgeht, dass bei Verträgen zwischen volljährigen geschäftsfähigen Vertragsparteien grundsätzlich *keine* Inhaltskontrolle stattfindet.²⁹ Das BVerfG verschiebt also die Argumentationslastverteilung zwischen den Vertragsparteien zurück in die

²⁶ *Kumm* German L.J. 7 (2006), 341, 352.

²⁷ BVerfGE 89, 214 – Bürgschaft.

²⁸ BVerfGE 89, 214, 231.

²⁹ Zu der darin liegenden Begriffsverschiebung der Privatautonomie *Wagner*, in: *Blau-rock/Hager* (Fn. 8), 67 ff.; a. A. *Canaris* AcP 200 (2000), 273, 296, der dem Gericht an dieser Stelle zustimmt. Grundlegend zur formalen Vertragsfreiheit *Flume*, in: FS zum

Mitte, gewissermaßen zurück auf Null, als wäre nie ein Vertrag geschlossen worden, verlangt von diesem neuen archimedischen Punkt aus die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den beiderseits exakt symmetrisch konstruierten Grundrechtspositionen und entwirft schließlich die spekulative Dogmatik der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“, für die die Entscheidung bis heute steht.³⁰ Daran lässt sich fast alles kritisieren – die Laiensoziologie, die Verkenntung ökonomischer Gesetze, die Überschätzung der Steuerungsmacht des Rechts,³¹ die verfassungsgerichtliche Kompetenzanmaßung eines Mandats zur sozialpolitischen Neuordnung des Zivilrechts;³² vielleicht am meisten die rechtshistorische Indifferenz, die in der Kulmination der Entscheidung im berühmten *Wieacker*-Wort von der Rückverwandlung der formalen Freiheitsethik des BGB in eine „materiale Ethik sozialer Verantwortung“ liegt.³³ Hier kommt es indessen nur auf einen einzigen Aspekt an: nämlich den gerechtigkeitsstrukturellen Anspruch der Grundrechtsdogmatik, *alle* Rechtskonflikte, an denen Grundrechtsträger beteiligt sind, nach einem einheitlichen Maßstab praktischer Konkordanz lösen zu können und damit einen *universellen Maßstab richtigen Rechts* zu besitzen.

2. Der Kollaps der Schutzpflichtenlehre

12

Bevor wir uns der Frage widmen können, was genau daran falsch ist, sind allerdings in diesem und dem folgenden Abschnitt noch zwei dogmatische Varianten zu besichtigen. Die erste ist die 1984 von *Claus-Wilhelm Canaris* formulierte Schutzpflichtenlehre, die beansprucht, das Problem auf einem höheren dogmatischen Niveau eben doch lösen zu können.³⁴ Zwei Aspekte sind nach *Canaris* wesentlich: zum einen eine schärfere Fassung des Kreises der grundrechtlichen Normadressaten sowie zum anderen eine Differenzierung der

100jährigen Bestehen des DJT, 1960, 135, 141 ff.; *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, 1 ff.

30 Dazu kritisch etwa *Isensee*, in: FS für Bernhard Großfeld, 1999, 485 ff.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, 28 ff.; *Wagner*, in: *Blaurock / Hager* (Fn. 8), 30 ff., 67 ff.

31 Kritisch zu den vorgenannten Aspekten *Auer* L. & *Contemp. Probs.* 86 (2024), 53 ff.

32 Kritisch *Isensee*, in: FS für Bernhard Großfeld, 485, 503 ff., insbes. 507.

33 *Wieacker*, Sozialmodell (Fn. 6), 18. Zu den in Wieackers Meistererzählung fortwirkenden langen Linien der NS-Jurisprudenz *Winkler*, Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft, 2014, 432 ff.

34 Grundlegend *Canaris* AcP 184 (1984), 201 ff.; dazu Replik von *Schwabe* AcP 185 (1985), 1 ff. mit Duplik *Canaris* AcP 185 (1985), 9 ff.; später nochmals *ders.*, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz, 1999.

einschlägigen Normfunktionen der Grundrechte.³⁵ Beide dogmatischen Verfeinerungen zusammengenommen erlauben nach *Canaris* eine wesentliche – tatsächlich bis heute maßstabsetzende – Präzisierung der Problemfassung.³⁶

Nach *Canaris* liegt die dogmatisch relevante Grenzziehung quer zu den drei bisher vorgestellten Theorien. Einerseits treffe es zu, dass Private nach Art. 1 Abs. 3 GG nicht zu den Grundrechtsadressaten gehören und damit im Verhältnis zu anderen Privaten auch nicht unmittelbar grundrechtsgebunden seien. Jedoch sei es falsch, darüber hinaus mit *Dürig* das gesamte staatliche Privatrecht als solches mittels der Generalklauseln nur mittelbar an die Grundrechte binden zu wollen. Vielmehr seien Privatrechtsgesetzgebung und -rechtsprechung nach Art. 1 Abs. 3 GG umfassend grundrechtsgebunden, so dass jede privatrechtliche Normsetzung, aber auch jede offengelassene Wertungslücke ebenso wie die gesamte Auslegung und Fortbildung des Privatrechts *unmittelbar* an den Grundrechten zu messen sei.³⁷ Andererseits führt dies nach *Canaris* dennoch nicht zur Richtigkeit der Positionen *Schwabes* und *Nipperdeys*.³⁸ Vielmehr kämen die Grundrechte zwischen Privaten nicht in ihrer Abwehrfunktion, sondern nur in ihrer schwächeren *Schutzgebotsfunktion* zum Tragen, die den Staat dazu verpflichtet, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Werte nicht nur gegen Verletzungen aus der Staatsrichtung, sondern auch aus der Drittrichtung zu schützen.³⁹ Aus der Schutzgebotsfunktion folge jedoch in der Drittrichtung ein bloßes *Untermaßverbot* im Gegensatz zu dem in der Staatsrichtung geltenden *Übermaßverbot* des Verhältnismäßigkeitsprinzips.⁴⁰ Die vollständige Lösung des Problems der Grundrechtswirkungen im Privatrecht ergebe sich damit aus der Kombination beider Grundrechtsfunktionen: „Soweit die *Normen* des Privatrechts an den Grundrechten gemessen werden, kommen diese in ihrer klassischen Funktion als Eingriffsverbote und Abwehrrechte ‚unmittelbar‘ zur Anwendung, soweit dagegen *Akte von Privatrechtssubjekten*, insbesondere Rechtsgeschäfte auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten geprüft werden, ist deren Funktion als Schutzgebote einschlägig – und da diese

³⁵ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 202.

³⁶ Zur Durchsetzung der Schutzpflichtenlehre im Schrifttum *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 141 ff.; *Canaris*, Zwischenbilanz (Fn. 34), 38 f.; zweifelnd *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 8), 75.

³⁷ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 210 ff.

³⁸ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 203 ff.

³⁹ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 225 ff.; *ders.*, Zwischenbilanz (Fn. 34), 37 ff. Zur verfassungsgerichtlichen Grundlegung der Schutzpflichtendogmatik vgl. BVerfGE 39, 1, 42 – Schwangerschaftsabbruch I. Gerade nicht auf grundrechtliche Schutzpflichten stützt sich dagegen namentlich BVerfGE 157, 30 – Klimaschutzgesetz.

⁴⁰ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 228; *ders.*, Zwischenbilanz (Fn. 34), 43 ff.

regelmäßig der Umsetzung durch einfaches Recht bedürfen, ist die Einwirkung der Grundrechte insoweit nur eine ‚mittelbare‘.“⁴¹

Auf den ersten Blick scheint diese Lösung genau das zu bieten, was gute Dogmatik leisten soll: eine trennscharfe begriffliche Unterscheidung zwischen den Kategorien „Normen des Privatrechts“ versus „Akte von Privatrechtssubjekten“, die zu einer sachangemessenen Differenzierung führt und insoweit im Ergebnis tatsächlich einen Unterschied zu machen beansprucht.⁴² Genau dies scheinen die beiden Gegenbegriffe *Übermaßverbot* und *Untermaßverbot* mit ihrer griffig entgegengesetzten Teleologie auf den ersten Blick paradigmatisch zu erfüllen. Blickt man genauer hin, verschwimmt jedoch das Bild. Geschenkt, dass, wie *Canaris* selbst konzidiert, „ein dem Übermaßverbot entsprechendes handliches *Untermaßverbot* [...] bisher als generelles Instrument nicht entwickelt worden“ ist.⁴³ Ein erstes grundlegendes Problem besteht schon darin, dass sich die beanspruchte trennscharfe Abgrenzung zwischen den Normen des Privatrechts und den Akten von Privatrechtssubjekten in Wirklichkeit nicht durchführen lässt. So gelingen *Canaris* auf der Grundlage seiner eigenen Theorie im Graubereich zwischen Norm und Akt nurmehr spekulative Einschätzungen zum anzuwendenden Prüfungsmaßstab. So sollen Grundrechtseinschränkungen durch dispositives Privatrecht einerseits immer dann zulässig sein, wenn sie auch „durch Vertrag“ möglich wären, andererseits aber im Ergebnis doch „heteronome Normsetzung durch den Staat und nicht autonome Regelung durch die Privatrechtssubjekte“ darstellen.⁴⁴

Noch deutlicher zeigt sich das Problem im Bereich der ergänzenden Vertragsauslegung, nach *Canaris* ebenfalls heteronome Normsetzung und mithin wiederum an der grundrechtlichen Abwehrfunktion und dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot zu messen,⁴⁵ so dass sich in der Tat die Frage aufdrängt, was angesichts der vielfältigen Verschränkungen von privatautonomem Akt und hoheitlicher Überformung überhaupt noch autonome Willensbildung der Parteien ist – oder was *Canaris*’ Auffassung dann noch von derjenigen *Schwabes* unterscheidet, die genau die Konsequenz zieht, die *Canaris* ablehnt, nämlich „die rechtsgeschäftliche Regelung überhaupt der Privatrechtsnorm gleichzustellen.“⁴⁶ Letzteres stelle, so *Canaris*, „das Verhältnis von Gesetz und Rechtsgeschäft geradezu auf den Kopf“; denn selbst wenn man *Schwabes*

⁴¹ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 228.

⁴² So nachdrücklich *Canaris*, Zwischenbilanz (Fn. 34), 43 ff. gegen *Hager* JZ 49 (1994), 381 ff.

⁴³ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 228.

⁴⁴ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 214.

⁴⁵ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 216 ff.

⁴⁶ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 217.

Zurechnungstheorie folgen würde, wäre jedenfalls „der grundlegende Unterschied“ zwischen Rechtsgeschäft und Gesetz nicht zu überwinden; „autonome Selbsteinschränkung von Grundrechten durch Rechtsgeschäft und heteronomer Eingriff durch den Staat sind zu weit von einander entfernt, als daß die Gleichstellung sachlich überzeugen könnte.“⁴⁷ Darin liegt indessen eine *petitio principii*, denn es wäre ja gerade zu begründen, warum die Ausübung staatlich legitimierter privater Macht nicht exakt derselben grundrechtlichen Kontroll-dichte unterworfen werden soll wie unmittelbares Staatshandeln – was *Canaris* prompt zu dem weiteren Zugeständnis veranlasst, dass die Grundrechte zwischen Privaten ausnahmsweise doch *unmittelbar* gelten müssten, wenn „der Gesetzgeber den originären Bereich der Privatautonomie überschreitet und das Rechtsgeschäft als ein Mittel der *Fremdbestimmung* einsetzt.“⁴⁸ Seit der Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidung ist genau diese Sichtweise geltende Verfassungsdoktrin geworden.

Man kann indessen sogar noch weiter gehen und zeigen, dass *Canaris'* Differenzierung zwischen Unter- und Übermaßverbot entlang der Trennlinie von Rechtsgeschäft und Privatrechtsgesetz mit jeweils unterschiedlichen Prüfungstiefen schon deshalb undurchführbar ist, weil sich rechtsgeschäftliche Freiheit und grundrechtlicher Eingriff *immer* auf beiden Seiten eines Privatrechtsverhältnisses symmetrisch gegenüberstehen und sich damit wie siamesische Zwillinge oder wie die beiden Seiten einer Medaille zueinander verhalten.⁴⁹ Soweit die eine Privatrechtspartei mit der Durchsetzung ihres vertraglichen Begehrens vor den Zivilgerichten obsiegt, kann sich die andere Partei spiegelbildlich mit der Abwehrfunktion gegen die aus ihrer Sicht grundrechtsverkürzende Auslegung der Privatrechtsnormen wehren. Des einen Vertragsfreiheit ist *immer* des anderen Grundrechtseingriff, und dies gilt wiederum in *beide* Richtungen, so dass im Ergebnis der genuine Raum autonomer rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmung, in dem theoretisch der laxere Maßstab des Untermaßverbots gelten könnte, wie in einem eisernen Korsett von *beiden* Richtungen durch die jeweils strengeren Maßstäbe der Abwehrfunktion und des Übermaßverbots eingeschnürt wird. Keine Partei kann sich aus diesem Prüfungsrahmen herausbewegen, der den Entscheidungsspielraum *immer* auf eine konkordante Entscheidung „in der Mitte“ verengt und den Raum grundrechtsgestaltenden Kontrahierens damit faktisch auf Null reduziert. Damit fällt die Prüfung von

⁴⁷ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 217 f., 219.

⁴⁸ *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 220.

⁴⁹ Vgl. mit jeweils ähnlicher Kritik *Hager* JZ 49 (1994), 381 ff.; *Auer* EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73 (2002); *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 8), 70 ff. Zur Verteidigung *Canaris*, *Zwischenbilanz* (Fn. 34), 45 ff.

Über- und Untermaßverbot indessen nicht nur in der Praxis, sondern schon in der Theorie *immer* ineins.⁵⁰ Insoweit ist es auch nicht verwunderlich, dass noch nie jemand einen praktikablen Maßstab für das Untermaßverbot entwickelt hat. Ein solcher ist schlicht nicht nötig, da er nie zur Anwendung kommt: Wann immer das Untermaßverbot einer Partei legitimes privatautonomes Handeln zusprechen könnte, aktiviert der zwangsläufige Rechtsverlust der anderen Seite doch wieder das Übermaßverbot, das damit auch in *Canaris'* sorgfältig ausdifferenzierter Konstruktion letztlich der einzige, universell relevante Prüfungsmaßstab der Grundrechte im Privatrecht bleibt, sich wie ein Handschuh über die privatrechtliche Eigenlogik stülpt und diese zu einer bloßen *petitio principii* degradiert.

3. Auf dem Weg zur „totalen Verfassung“?

Einige Stimmen im aktuellen Schrifttum ziehen aus diesem Befund die so schlichte wie radikale Konsequenz, dass tatsächlich die Grundrechte und nicht mehr das Privatrecht die maßgebliche Wertverfassung des gesellschaftlichen Verkehrs bilden.⁵¹ Auch dieser Weg führt damit zur weitgehenden oder gar umfassenden Horizontalgeltung der Grundrechte zwischen Privaten. Über die klassischen Theorien der unmittelbaren Drittwirkung im Sinne *Nipperdeys* und *Schwabes* gehen diese neueren Ansätze sogar noch in zweifacher Hinsicht hinaus:

Zum einen dehnen sie die unmittelbare Horizontalgeltung der Grundrechte weit über die vorsichtigen Ansätze der Nachkriegsautoren hinaus aus, die diese Figur aus der Erfahrung des NS-Unrechts heraus meist nah am Menschenwürdegrundsatz entlang denken und von dort aus nicht weit in die privatrechtliche Systemlogik einbrechen – die singuläre Neuschöpfung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist das konsequente Ergebnis genau dieser Selbstbeschränkung.⁵² Anders dagegen die aktuellen Proponenten der „totalen Verfassung“,⁵³ die im Beharren auf einer autonomen Wertverfassung des Privatrechts ein bloßes zivilistisches Statusvorurteil und lästiges Hindernis auf dem Weg zur universellen

⁵⁰ A. A. *Canaris*, Zwischenbilanz (Fn. 34), 20: „breiter Spielraum“.

⁵¹ Im jüngeren Schrifttum namentlich *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 15); *ders.* AöR 145 (2020), 649 ff.; *Ley* ARSP 108 (2022), 412 ff.

⁵² Zu diesem *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 14), 22 ff.; *ders.*, in: Neumann / Nipperdey / Scheuner (Fn. 14), 40 ff. Dem ist die Rechtsprechung seit BGHZ 13, 334 – Schachtleserbrief und BGHZ 26, 349 – Herrenreiter zunächst genauso schlank gefolgt.

⁵³ Begriff von *Kumm* German L.J. 7 (2006), 341 ff., der sich seinerseits auf den „totalen Staat“ Carl Schmitts beruft; vgl. *Schmitt*, Positionen und Begriffe, 4. Aufl. 2014, 166 ff. Allein diese ideengeschichtliche Genealogie sollte zu denken geben.

Verwirklichung konstitutioneller Gerechtigkeit erkennen: „The idea that private law is merely worked out constitutional law is deeply insulting to private law jurists, who, since the heyday of 19th century codification debates, have suffered a comparative status loss in the academy as public law increasingly took center stage in the 20th century“⁵⁴, schreibt etwa *Mattias Kumm*, und fügt zur Überlegenheit des grundrechtlichen Rasonierens im Privatrecht noch mit geradezu schneidender Herablassung an, dass ein Verständnis von Privatrecht als angewandtes Verfassungsrecht ein gerechtigkeits-theoretischer Fortschritt sei, den es zu feiern gelte: „Either such a reconstruction succeeds. Then the tradition can proudly claim to stand on more solid grounds than mere habit of thought. Or such a reconstruction fails and reveals the traditional lines to have been arbitrary. Then their revision deserves to be celebrated as progress.“⁵⁵

Nun könnte man dies als vereinzelte Stimme abtun, die sie indessen nicht ist. Vielmehr ist genau dies die Linie der neueren Rechtsprechung des BVerfG, das in der Stadionverbotsentscheidung de facto zur unmittelbaren Horizontalgeltung von Art. 3 Abs. 1 GG gelangt und dabei den denkwürdigen Satz formuliert, es sei nicht maßgeblich, „ob die Zivilgerichte sich für ihre Wertungen unmittelbar auf die Grundrechte selbst berufen oder deren Wertungen mittels einfachrechtlicher Erwägungen und unter Rückgriff auf Auslegungsgrundsätze des Zivilrechts zur Geltung bringen [...]. Entscheidend ist allein, dass den grundrechtlichen Wertungen im Ergebnis hinreichend Rechnung getragen wird.“⁵⁶ Ähnlich einige Stimmen des neueren Schrifttums, etwa *Michael Grünberger*, der die Entscheidung des BVerfG in seinem monumentalen Werk zum Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht bereits 2013 antizipiert hatte,⁵⁷ oder *Andreas Kulick*, der entgegen der oben zitierten Auffassung *Dürigs* der Meinung ist, dass die grundrechtlichen Maßstäbe sogar in ihrer Schrankendogmatik stets *unmittelbar* auf das Privatrecht durchschlagen. Danach sei etwa „ein grundrechtsverletzender Vertrag *ipso iure* nichtig, eine fehlende privatrechtliche Norm wird *ipso iure* durch den grundrechtlichen Anspruch ersetzt.“⁵⁸

⁵⁴ *Kumm* German L.J. 7 (2006), 341, 360.

⁵⁵ *Kumm* German L.J. 7 (2006), 341, 363 f.

⁵⁶ BVerfGE 148, 267, 285 – Stadionverbot; Hervorhebung hinzugefügt. Ein Gedanken-spiel: Man ersetze in dieser Passage „Grundrechte“ durch „Naturrechtsordnung“ und „grundrechtlichen“ durch „naturrechtlichen“ und beobachte, was passiert. Ist die Aussage nach wie vor sinnvoll? Dann könnte es sich um austauschbare Prädikate handeln.

⁵⁷ *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013, 775 ff. und passim.

⁵⁸ *Kulick* AöR 145 (2020), 649, 660; vgl. zu *Dürigs* entgegengesetzter Auffassung oben Fn. 17.

Zum anderen benötigen derart weitreichende Theorien auch ein neues Verständnis vom Geltungsgrund der Grundrechte im Privatrecht, und gerade hier liegt die eigentliche Revolution der neueren Theorieentwicklung. Die neueren Ansätze gehen ausgesprochen oder unausgesprochen davon aus, dass es der staatlichen Vermittlung gar nicht mehr bedarf, um die unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten zu begründen. Richtigerweise bestehen sie daher auch darauf, nicht mehr von *Drittwirkung* (die den Staat als „Spitze“ in einem Dreieck zwischen zwei Privaten mitdenkt), sondern nurmehr von *Horizontalwirkung* oder besser noch horizontaler *Geltung* der Grundrechte zwischen Privaten zu sprechen.⁵⁹ Diese Direktgeltung soll daraus folgen, dass die Grundrechte nicht nur als objektive Wertverfassung, sondern vielmehr als klagbare *gesellschaftliche* Ansprüche, als subjektivrechtlich bewehrte soziale Basisnormen zu verstehen seien und damit nicht nur an zweiter, sondern vielmehr an *erster* Stelle zwischen Privaten Geltung beanspruchen. Geltungsgrund der Grundrechte sei also, so wird hier in verschiedenen Varianten argumentiert, gar nicht der Staat, sondern vielmehr die Gesellschaft selbst, die sich in der Verfassung ihr eigenes Grundgesetz gegeben habe.⁶⁰ Deutlich fällt damit insbesondere der konstruktive Unterschied zur Theorie *Schwabes* aus, die Autoren wie *Kulick* oder *Isabelle Ley* buchstäblich auf den Kopf oder – wie sie es wohl formulieren würden – vom Kopf auf die Füße stellen: Nicht die staatliche Ermächtigung zur Inanspruchnahme des Privatrechtssystems begründet danach die unmittelbare Grundrechtsgeltung zwischen Privaten, sondern diese sei vielmehr *primär* und der Staat nur *sekundär* gehalten, den Grundrechten als Sozialnormen durch grundrechtskonforme Privatrechtsausgestaltung Rechnung zu tragen. *Kulick* nennt dies lapidar „weniger Staat wagen“ und meint allen Ernstes, dass der Eigenlogik des Privatrechts damit besser gedient sei;⁶¹ *Ley* geht sogar noch weiter und will dies philosophisch mit *Immanuel Kant* begründen. So biete *Kants* Rechtslehre „mit der Verwurzelung der gesamten Rechtsordnung in einem einheitlichen Freiheitsrecht, der Verwirklichung der Grundrechte auch im Privatrecht einerseits und ihrer Angewiesenheit auf demokratische Ausbuchstabierung andererseits [...] zahlreiche Anschlüsse an gegenwärtige Entwicklungen.“⁶²

⁵⁹ Insbesondere *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 15), 15 ff.; *ders.* AöR 145 (2020), 649, 651 ff.; ähnlich mit anderer Stoßrichtung auch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 270; *ders.* JZ 73 (2018), 901, 904.

⁶⁰ Insbesondere *Ley* ARSP 108 (2022), 412, 414 ff.

⁶¹ *Kulick* AöR 145 (2020), 649, 675 ff.; ausführlich bereits *ders.*, Horizontalwirkung (Fn. 15), 306 ff. Zur Kritik *Hellgardt* AcP 223 (2023), 786 ff.

⁶² *Ley* ARSP 108 (2022), 412, 438. Zur Kritik unten III.3. bei Fn. 125 ff.

Was folgt daraus im Ergebnis? Die Konsequenzen dieses sozialvertraglichen Schwenks der unmittelbaren Drittwirkungslehre lassen sich abermals entweder eng – *situativ* – oder weit – *universell* – deuten; entscheidend ist aber auch hier letztlich wieder, dass eine dogmatische Befestigung der engen Lesart konzeptionell nicht möglich ist.⁶³ Letztere Lesart entspricht der Linie des BVerfG in den genannten neueren Leitentscheidungen Fraport, Bierdosen-Flashmob und Stadionverbot. Dort ist auf der Grundlage eines *obiter dictum* der Fraport-Entscheidung tatsächlich erstmals von einer staatsähnlichen und damit unverhüllt unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater die Rede.⁶⁴ Diese soll aber nicht immer, sondern nur unter bestimmten *situativen* Voraussetzungen in Betracht kommen; namentlich dann, wenn Private „in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“.⁶⁵ Zu berücksichtigen ist dabei nach der Stadionverbotsentscheidung insbesondere „die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite“⁶⁶ – die Verhandlungsmacht-Doktrin der Bürgschaftsentscheidung wird hier also mit neuen Kriterien wie der „Unausweichlichkeit“ und der „gesellschaftlichen Bedeutung“ vereinigt und auf ein neues Niveau unmittelbarer Grundrechtsgeltung zwischen Privaten gehoben. Die konkrete Ausformung, die der Senat den beiden letzteren Kriterien im zugrundeliegenden Fall gibt, beruht auf dem Vorliegen einer öffentlichen Veranstaltung, die „einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet“ wird sowie „für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet“⁶⁷ – und daraus sollen schließlich, ohne dass es auf ein Tätigwerden des Privatrechtsgesetzgebers ankäme, *unmittelbar* geltende staatsanaloge Verfahrenspflichten Privater folgen, nämlich das Erfordernis eines sachlichen Grundes für das im konkreten Fall erlassene Stadionverbot sowie zusätzliche Verfahrensanforderungen wie die Aufklärung des Sachverhalts, die Anhörung des Betroffenen sowie die Begründung der erlassenen Entscheidung.⁶⁸

Das größte Problem dieser bereits vielfach kritisierten Rechtsprechung⁶⁹ liegt darin, dass sie durch die Behauptung, die Grundrechtswirkung zwischen Privaten

63 Begriff „situativ“ von *Michl* JZ 73 (2018), 910 ff.

64 Vgl. BVerfGE 128, 226, 248 – Fraport und wortgleich BVerfG NJW 2015, 2485, 2486 – Bierdosen-Flashmob: „ähnlich oder auch genauso weit wie der Staat“.

65 BVerfGE 128, 226, 248 – Fraport.

66 BVerfGE 148, 267, 281 – Stadionverbot.

67 BVerfGE 148, 267, 284.

68 BVerfGE 148, 267, 285 ff.

69 Vgl. etwa *Hellgardt* JZ 73 (2018), 901, 908 ff.: „systemsprengendes Potential“; *Michl*

ten wirksam auf bestimmte *situative* Voraussetzungen beschränken zu können, fortlaufend ihre eigenen Prämissen dementiert, von denen aus einer *universalen* unmittelbaren Grundrechtsgeltung gerade nichts mehr im Weg steht. Nimmt man es nämlich ernst, dass der Anspruch auf Zugang zur „Teilnahme am gesellschaftlichen Leben“ das maßgebliche Kriterium für die Grundrechtsbindung Privater sein soll, dann gibt es *kein* Privatrechtsverhältnis, dem gegenüber dieser Zugangsanspruch nicht konstruierbar wäre,⁷⁰ denn privatrechtlich gestaltetes Leben *ist* gesellschaftliches Leben; die Gesellschaft findet *im* Privatrecht statt; der ganze Sinn der Privatrechtslogik besteht darin, selbstgestaltetes gesellschaftliches Leben zu ermöglichen. Doch der Senat setzt stattdessen unter steten Dementis seines eigenen Tuns – es gehe ausschließlich um mittelbare Drittwirkung;⁷¹ die Auslegung bürgerlichen Rechts obliege den Fachgerichten;⁷² Art. 3 Abs. 1 GG enthalte „kein objektives Verfassungsprinzip, wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären“⁷³ – seine eigene Vorstellung von gesellschaftlicher Vernunft an die Stelle privatrechtlicher Selbstgestaltung und hält dies offenbar noch für besonders privatrechtsschonend, weil es lediglich *situativ* geschieht. Da dies aber eben innerdogmatisch nicht haltbar ist, entpuppen sich schließlich auch die Kriterien des BVerfG als neuerliche Scheindogmatik, die nichts zur Befestigung der von ihr gebetsmühlenhaft in Anspruch genommenen mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte leistet. So gibt es weder eine Gesellschaft, die zu ihrem „Leben“ notwendig auf gleichberechtigten Zugang zu einer bestimmten öffentlichen Veranstaltung angewiesen wäre, noch Private, die „in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat.“⁷⁴ All das ist fundamental privatrechtswidrig gedacht. Die Frage ist, wie man es wieder los wird.

III. Besser dekonstitutionalisieren mit Aristoteles

23

Nach hier vertretener Ansicht gibt es eine Bezeichnung für die normative Struktur der Dritt- und Horizontalwirkungslehren, die sich aus allen bisher

JZ 73 (2018), 910, 916 ff.: „argumentative Intransparenz“, „unspezifische spezifische Konstellation“.

⁷⁰ In diese Richtung denken konsequenterweise Wielsch, Zugangsregeln, 2008; Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 57), 894 ff.

⁷¹ BVerfGE 148, 267, 280 – Stadionverbot.

⁷² BVerfGE 148, 267, 281.

⁷³ BVerfGE 148, 267, 283.

⁷⁴ BVerfGE 128, 226, 248 – Fraport.

betrachteten Auffassungen und Judikaten herausdestillieren lässt: Es handelt sich um *Naturrecht*. Alle theoretischen Elemente des Naturrechts – die Vorstellung einer materiell richtigen, höherrangigen, lückenlosen Ordnung, die als Richtschnur für das gesamte positive Recht fungiert, in dessen Lücken tritt und bei Abweichungen derogatorische Wirkung entfaltet – sind in der aktuellen Grundrechtsjurisprudenz präsent.⁷⁵ Nur ein Merkmal weicht ab: Statt auf Gott oder den Kosmos oder die universell geltende menschliche Vernunft beruft sich das moderne Prinzipiennaturrecht auf den Geltungsvorrang des Grundgesetzes und vereinigt damit die rechtstheoretischen Geltungsansprüche von Positivismus und Naturrecht in sich. Man könnte geradezu von *post-positivistischem Naturrecht* sprechen, womit der Traum des Paläo-Positivismus des späten 19. Jahrhunderts, das Recht als aus obersten Prinzipien vollständig deduzierbare, lückenlose Ordnung zu denken, an unwahrscheinlicher Stelle doch noch in Erfüllung gegangen wäre.⁷⁶ Vielleicht ist das auch gar keine überraschende These. Zweitausend Jahre lang war das europäische Rechtsdenken von der Vorstellung geprägt, dass es über dem kontingenten positiven Recht eine Schicht von ewigem Naturrecht geben müsse, das nicht nur die maßgebliche Wertungsgrundlage für die Ausgestaltung des positiven Rechts, sondern darüber hinaus auch der gesamten Gesellschaftsverfassung bildet. Offiziell ist diese Sichtweise Geschichte. Inoffiziell lebt sie bis heute im Prinzipiennaturrecht des Grundgesetzes weiter.⁷⁷

Wie widerlegt man Naturrecht? Die kurze Antwort lautet: gar nicht. Eine der wissenschaftstheoretischen Eigenschaften des Naturrechts besteht darin, dass seine Prämissen axiomatisch gelten, also letztlich Glaubensartikel sind, die der Falsifikation entzogen sind.⁷⁸ Gerade das macht das Naturrecht aller

24

⁷⁵ Kurzer Überblick über die Ideengeschichte bei *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. 1962. Dabei geht das aktuelle Prinzipiennaturrecht in seinem derogatorischen Anspruch über klassische Naturrechtsgestalten sogar hinaus. Nach *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae*, II.1, Qu. 94, enthält das Naturrecht beispielsweise ausdrücklich keine lückenlose Moralordnung.

⁷⁶ Von Begriffsjurisprudenz spricht in diesem Zusammenhang *Seinecke* ARSP Beiheft 125 (2010), 187 ff.; vgl. auch *ders.*, in: Rückert/Seinecke (Hg.), *Methodik des Zivilrechts* – Von Savigny bis Teubner, 4. Aufl. 2024, Rn. 352 ff.

⁷⁷ Viel wäre hier noch auszuführen zum Zusammenhang zwischen dem Zusammenbruch der NS-Wertungsjurisprudenz, der Naturrechtsrenaissance der unmittelbaren Nachkriegszeit und der Entdeckung der Grundrechte als Ersatzwerteordnung. Dazu *Foljanty*, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, 2013; *Haferkamp* AcP 214 (2014), 60, 78 ff.

⁷⁸ Zu den wissenschaftstheoretischen Grundlagen *Stegmüller*, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. 2, 3. Teilbd., 1986, 298 ff., 347 ff.; *Kuhn*, *The Structure of Scientific Revolutions*, 50th Anniversary Edition, 2012,

Zeiten so zählebig – und auch so wandlungsfähig, denn der Austausch der axiomatischen Prämissen ändert nichts am Muster der naturrechtlichen Argumentationsstruktur, die sich bei Substitution neuer Prämissen meist völlig unverändert fortführen lässt. Selbstverständlich würde etwa niemand auf die Idee kommen, dass die Grundrechte göttlichen oder kosmischen Ursprungs seien; auch mit dem Postulat universell geltender Vernunft ist man heute zu Recht vorsichtiger geworden. Der Wegfall dieser antiken und frühneuzeitlichen Naturrechtsgestalten ändert indessen nichts daran, dass sich das naturrechtliche Argumentationsmuster – Vorrang, Absolutheit, Lückenlosigkeit, Richtigkeit – heute auf schmalere metaphysische Fundamente genauso, ja geradezu noch unangreifbarer wiedererrichten lässt. Wer könnte schon etwas dagegen haben, dass aus der „objektiven Wertordnung“ des Grundgesetzes eine „prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft“ des in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertbekenntnisses folgen soll?

Naturrecht lässt sich also nicht falsifizieren. Daher ist es auch unmöglich, es rechtsdogmatisch zu widerlegen oder zu begrenzen – siehe oben. Möglich ist es jedoch, so viele gute Gründe dafür vorzutragen, dass das grundrechtliche Prinzipiennaturrecht in sich widersprüchlich, auf unhaltbaren Prämissen gegründet und sozial unzweckmäßig ist, dass dahinter schließlich die verschüttete Eigenlogik des Privatrechts wieder zum Vorschein kommt. Dazu gilt es im Folgenden, die jahrhundertelange Zurückdrängung des historischen Naturrechts gewissermaßen unter der Lupe und im Zeitraffer zu wiederholen. Zunächst wird dazu die Prinzipientheorie der Grundrechte einer normlogischen Kritik unterzogen. Doch reicht diese Kritik noch nicht zur Wiedergewinnung der autonomen Privatrechtslogik aus. Dazu bedarf es vielmehr in einem weiteren Schritt des Vergleichs mit einer historischen Naturrechtsgestalt, der es in ganz ähnlicher Weise wie der aktuellen Drittwirkungslehre um die Verbindung von staatlicher und privatrechtlicher Gerechtigkeit ging: *Jean Bodins* Theorie der *harmonischen Gerechtigkeit*.⁷⁹ Die entscheidende Idee der folgenden Darstellung ist, dass das, was schon *Bodin* nicht gelungen ist, auch dem modernen Prinzipiennaturrecht nicht gelingen kann: die divergierenden Gerechtigkeiten in Privatrecht und Staat in einer universellen Vereinigungsformel aufzuheben.

92 ff.; *Fleck*, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, 10. Aufl. 2015, 85, 109 ff., 143; zum Ganzen *Auer*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2017, 509, 515 ff.

⁷⁹ Nachweis unten Fn. 102.

1. Die Anatomie des Prinzipienrechts

Grundrechte sind nach herrschender Lesart Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorien *Ronald Dworkins* und *Robert Alexys*.⁸⁰ Nun braucht auf die teilweise umstrittenen Einzelheiten dieser Theorien hier nicht eingegangen zu werden. Es reicht vielmehr, dass die rechtstheoretische Prinzipienlehre sich so umfassend durchgesetzt hat, dass sie heutzutage in Deutschland – und weit darüber hinaus, etwa in Brasilien⁸¹ – das rechtstheoretische Strukturverständnis der Grundrechte sowie die daraus folgenden methodischen Konsequenzen für deren Anwendung bestimmt. Nach der Prinzipientheorie kommen Regeln als Inbegriff des *black letter law* in einer „Alles-oder-Nichts“-Manier zur Anwendung; sie sind also entweder erfüllt oder nicht erfüllt. Zugleich dulden Regelsysteme grundsätzlich keine Widersprüche. Prinzipien besitzen hingegen eine andere Struktur. Sie verfügen über eine „Dimension des Gewichts“, die im Kollisionsfall gerade nicht zur Nichtigkeit führt, sondern es vielmehr gebietet, beide kollidierenden Prinzipien graduell zu verwirklichen. Nach *Alexy* sind Prinzipien damit zugleich „Optimierungsgebote“, deren addierter Nutzen sich im Kollisionsfall im Wege praktischer Konkordanz idealerweise genau an einem einzigen Punkt maximieren und damit „optimieren“ lässt.⁸² Als Methode zur Herstellung praktischer Konkordanz kommt nur die Abwägung zwischen kollidierenden Prinzipien in Betracht. Prinzipientheorien legen daher großen Wert auf deren rechtstheoretische Durchdringung, insbesondere auf die Rationalität der in diesem Rahmen zu leistenden Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁸³ Nimmt man in diesem Sinne an, dass Grundrechte Prinzipien sind, also auf möglichst

⁸⁰ Grundlegend zum Folgenden *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977, 22 ff.; *Alexy*, *Grundrechte* (Fn. 12), 71 ff.

⁸¹ Vgl. etwa *Ávila*, *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 13. Aufl. 2012; *Campos*, *Crítica da ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*, 2016; *Andrade Neto*, *Borrowing Justification for Proportionality. On the Influence of the Principles Theory in Brazil*, 2018; Trivisonno / Borowski (Hg.), *O Debate sobre a Teoria dos Princípios Formais de Robert Alexy*, 2022; *Merlin de Andrade* *Revista Gralha Azul* 25 (2024), 86 ff.

⁸² *Alexy*, *Grundrechte* (Fn. 12), 75 ff.; dagegen in immer wieder neuen Anläufen kritisch *Poscher* *Ratio Juris* 22 (2009), 425 ff.; *ders.* *ARSP Beiheft* 144 (2015), 129 ff.; *ders.* *Ratio Juris* 33 (2020), 134 ff. Zur im Kern ökonomischen Natur des Optimierungsgedankens als Anwendungsfall des Gesetzes der abnehmenden Grenzrate der Substitution *Alexy*, *Grundrechte* (Fn. 12), 147 ff.; *ders.*, in: *GS für Jürgen Sonnenschein*, 2003, 771, 776, 785.

⁸³ Klassisch: Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit i. e. S. Das Schrifttum dazu ist unüberschaubar. Speziell aus prinzipientheoretischer Sicht *Alexy*, *Grundrechte* (Fn. 12), 100 ff.; *ders.*, in: *GS für Jürgen Sonnenschein*, 771, 772 ff.; *ders.* *AöR* 140 (2015), 497 ff.

weitgehende Verwirklichung im Wege praktischer Konkordanz mittels Abwägung drängen, sich mithin normstrukturell überschneiden und über Personen und Situationen hinweg miteinander korreliert werden können, hat man bereits die erste Stufe zum Verständnis des Prinzipiennaturrechts erklommen. Nun kommen die vier oben genannten Strukturmerkmale – Vorrang, Absolutheit, Lückenlosigkeit, Richtigkeit – ins Spiel, die aus einer bloßen Prinzipientheorie der Grundrechte das herrschende Prinzipiennaturrecht machen.

Fangen wir mit dem *Vorrangprinzip* an, das sogleich in ein normatives Paradoxon mündet. Denn einerseits ist die Annahme des Vorrangs der Verfassung in der gegenwärtigen Verfassungslehre so selbstverständlich, dass sie meist gar nicht thematisiert, geschweige denn problematisiert wird. Die Selbstverständlichkeit rührt daher, dass der Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht positivistisch durch Verweis auf Art. 20 Abs. 3 GG begründet wird, der die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und damit an den gesamten Normbestand des Grundgesetzes bindet; letzteres wird in Art. 1 Abs. 3 GG in Bezug auf die Grundrechte nochmals eigens hervorgehoben.⁸⁴ Nun ist es aber eine Sache, den Vorrang des geschriebenen Normenbestands des Grundgesetzes auf Art. 20 Abs. 3 GG zu stützen; eine durchaus andere Sache ist es hingegen, den Vorrang der Grundrechte auch als *Prinzipienordnung* auf Art. 20 Abs. 3 GG zu stützen. Wie ein blinder Passagier reist dann nämlich auch die gesamte Metadogmatik der Prinzipientheorie im Maschinenraum des Verfassungsvorrangs mit, namentlich die drei weiteren oben genannten Merkmale *Absolutheit*, *Lückenlosigkeit* und *Richtigkeit*. Aus der systematischen Ambivalenz zwischen einerseits positivistisch begründetem Verfassungsvorrang und andererseits Inanspruchnahme dieses Vorrangs für eine weitgehend nicht mehr positiv begründbare Grundrechtstheorie entsteht jedoch eine ständige Äquivokation, was eigentlich vom Vorrang der Grundrechte erfasst ist bzw. wie weit diese auch jenseits der geschriebenen Verfassung prinzipielle Geltung entfalten. Diese Äquivokation ist bereits *Dürigs* scharfem Auge für die Übergriffigkeit „menschenrechtlich“ verstärkter, als solche aber gerade nicht vom Vorrang des Art. 20 Abs. 3 GG umfasster Grundrechte auf das Privatrecht nicht entgangen.⁸⁵ Hilfreich zum Verständnis dieses uneingestandenem Theoriebruchs zwischen Positivität und Überpositivität der grundrechtlichen Prinzipientheorie ist es auch, sich nochmals die ursprüngliche, dezidiert antipositivistische Stoßrichtung von *Dworkins* Prinzipientheorie gegen *H. L. A. Hart* zu vergegenwärtigen – eine Stoßrichtung, die sich auch *Alexy* ausdrücklich zu eigen gemacht

⁸⁴ Statt vieler *Kingreen/Poscher* JZ 77 (2022), 961 m. w. N.

⁸⁵ *Dürig* ZgesStW 109 (1953), 326, 327 ff.; dort auch zum naturrechtlichen Hintergrund dieser Argumentation.

hat.⁸⁶ Es wäre also ein Fehler, die Prinzipientheorie in ihrer Ausdeutung durch *Dworkin* und *Alexy* als rechtstheoretisch neutrales Theorievehikel anzusehen: Die Prinzipientheorie kommt vielmehr immer mit einem antipositivistischen Drall daher, der ihrer Struktur eingeschrieben ist und sich aus der Prinzipientheorie der Grundrechte nicht hinausdefinieren lässt.

Nehmen wir nun *Absolutheit* und *Lückenlosigkeit* hinzu. Die Vorstellung, dass grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person und Eigentum absolute Rechte darstellen, also gegenüber jedermann wirken und mithin Quelle allseitig wirkender subjektiver Abwehrrechte auch gegenüber Privaten sind, geht zunächst auf eine zivilrechtliche Anleihe bei §§ 823 Abs. 1, 985, 1004 BGB zurück. Ihr Ursprung liegt in der frühen Theorie der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 1 Abs. 1 GG, aus der das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges absolutes Recht im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB entstanden ist.⁸⁷ In einem größeren Kontext betrachtet ist die normative Vorstellung, es bei den wichtigsten Grundgütern des Grundgesetzes mit absoluten, allseitig und damit auch zwischen Privaten unmittelbar geschützten Rechten zu tun zu haben, Teil des ebenfalls bereits seit den 1950er Jahren gepflogenen Wertordnungsvergleichs zwischen Privatrechtsordnung und Grundrechtsordnung. War das ursprüngliche Vergleichsergebnis stets zugunsten der schon an positiven Rechtsquellen wesentlich reicheren Wertordnung des Privatrechts ausgefallen,⁸⁸ wendete sich mit der Lüth-Entscheidung das Blatt. Seitdem ist es nicht mehr möglich, einerseits die Grundrechte als „oberste Wertprinzipien der gesamten Rechtsordnung“ zu deuten und ihnen andererseits den allseitigen Schutz als absolute Rechte zu versagen.⁸⁹ In der Folge erschienen privatrechtliche Wertlücken wie das Fehlen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts plötzlich als skandalös und die Verfassung als einzig mögliche Wertreserve, wobei in Vergessenheit geriet, dass etwa das Persönlichkeitsrecht ohne weiteres auch aus einer rein privatrechtlichen Rechtsfortbildung heraus hätte entwickelt werden können; die Voraussetzungen waren seit dem 19. Jahrhundert gegeben.⁹⁰ Hinzu kommt schließlich das Elfes-Urteil aus dem Jahr 1957, das die allgemeine

⁸⁶ *Dworkin*, Rights (Fn. 80), 22: „I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed.“ In der Sache ebenso *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, Neuausgabe 2020.

⁸⁷ Grundlegend zu dieser Konstruktion BGHZ 13, 334 – Schachtleserbrief; 26, 349 – Herrenreiter; in der Folge etwa BVerfGE 30, 173 – Mephisto; 35, 202 – Lebach.

⁸⁸ In diesem Sinne noch *Dürig*, in: FS für Hans Nawiasky, 157, 165 ff.

⁸⁹ Möglicherweise lag der Kipppunkt um 1984, als Canaris zivilrechtliche und grundrechtliche Schutzzinstrumente noch quasi auf Augenhöhe vergleichen konnte; vgl. *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 229 ff.

⁹⁰ Grundlegend *Gareis* Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Han-

Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiäres Auffanggrundrecht etablierte und damit den Grundstein für die grundrechtliche Lückenlosigkeitsdoktrin legte.⁹¹ Denkt man die dort entwickelte Lückenlosigkeit der Freiheitsrechte als Abwehrrechte mit der ein Jahr später durch die Lüth-Entscheidung ins Werk gesetzten absoluten Wirkung der verfassungsrechtlichen Wertordnung zusammen, mutieren die lückenlosen Freiheitsphären des Elfes-Urteils unter der Hand zu lückenlosen absoluten Rechtssphären.

Doch der letztere Schluss ist, wie bereits der amerikanische Rechtstheoretiker *Wesley N. Hohfeld* gezeigt hat, normlogisch unzulässig:⁹² Aus einer bloßen Freiheit folgt noch keine korrelierte Pflicht, eine bestimmte Handlung oder Unterlassung des Freiheitseinhabers zu dulden, sondern lediglich ein bloßes „Nicht-Recht“, also die Abwesenheit eines Rechts, die Handlung oder Unterlassung zu verhindern. So etwas wie ein lückenloses System von Freiheits-Rechten, bei denen die Freiheiten gleichextensiv mit subjektivrechtlich bewehrten Rechtssphären gedacht werden, lässt sich danach nicht ohne logische Fehlschlüsse oder verdeckte Zusatzannahmen konstruieren. Genau dies ist jedoch der Anspruch des Prinzipiennaturrechts: die verfassungsrechtlichen Grundfreiheiten in ein lückenloses System allseitig geschützter Rechte zu verwandeln, die die Rechtsschutzlücken des einfachen Rechts mit lückenlos klagbarem Grundrechtsgehalt auffüllen sollen. Dieser Anspruch beruht indessen – man kann es nur so sagen – auf einem einzigen großen Hohfeldschen Fehlschluss, der nur deswegen nicht sofort ins Auge fällt, weil er sich hinter dem aus der Lüth-Rechtsprechung resultierenden Dogma versteckt, die Grundrechte dienen dem Schutz einer „objektiven Wertordnung“ von absoluten Rechten. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Die „objektive Wertordnung“ der Grundrechte besteht aus Freiheiten im Sinne *Hohfelds*, aus denen *nichts* für die legitime Reichweite ihres allseitigen Schutzes folgt.⁹³

Nun wissen das natürlich auch die Vertreter des Prinzipiennaturrechts.⁹⁴ An dieser Stelle kommt daher das vierte oben genannte Merkmal der *Rich-*

dels- und Wechselrechts 10 n.F. = 35 (1877), 185, 188 ff.; dazu *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, 108 f.

91 BVerfGE 6, 32 – Elfes.

92 Grundlegend *Hohfeld* Yale L.J. 23 (1913), 16 ff. sowie erneut *ders.* Yale L.J. 26 (1917), 710 ff. Zum Ganzen *Auer* AcP 208 (2008), 584 ff.; *dies.*, Diskurs (Fn. 90), 56 ff., 120 ff.

93 Zur Kritik des Fehlschlusses von absolutem auf umfassendes relatives Recht bereits *Reinach*, Die Apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, in: Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung 1, 2. Teilbd. (1913), 685 ff.; dazu *Auer*, Zur Aktualität der Privatrechtstheorie Adolf Reinachs, 2024, 21 ff. m. w. N.

94 Auf Hohfeld berufen sich etwa *Alexy*, Grundrechte (Fn. 12), 187 ff.; *Kulick*, Horizontalwirkung (Fn. 15), 21; *ders.* AöR 145 (2020), 649, 652.

tigkeit zum Tragen: Mittels der Methode der Abwägung sollen, so der weitere Anspruch, die kollidierenden Freiheitssphären im Falle von Grundrechtskollisionen so gegeneinander ausbalanciert werden, dass sich im Ergebnis genau der richtige Grenzpunkt für die wechselseitige Begrenzung der beiderseitigen Freiheitssphären einstellt, an dem dann auch die beiden pflichtenbewehrten Rechtssphären trennscharf enden müssen. Es wird also, so lautet das Argument gegen *Hohfeld*, keineswegs von Freiheit auf Recht geschlossen, sondern vielmehr von wechselseitig *abgewogenen* Freiheitssphären auf beiderseits *gerechtfertigte* Rechtssphären. Vor der Prüfung durch Abwägung stünden den beiderseitigen Grundrechtsträgern nur „wechselseitige grundrechtliche *prima facie*-Positionen“ zu, die erst „nach ihrem verhältnismäßigen Ausgleich gegebenenfalls einen grundrechtlichen Anspruch“ begründen können.⁹⁵ An der Abwägung hängt also letztlich die gesamte Begründungslast der Grundrechtsordnung als Prinzipienordnung. Von daher ist es nicht verwunderlich, dass deren methodische Durchdringung in allen Prinzipientheorien von *Dworkin* „One Right Answer Thesis“⁹⁶ bis hin zu *Alexys* „Gewichtsformel“⁹⁷ eine zentrale Rolle spielt und der Anspruch an wissenschaftliche Rationalität dabei entsprechend hochgehängt wird. *Alexys* Gewichtsformel ist dabei von besonderem Interesse, unternimmt sie doch explizit den Versuch, die vage Dogmatik der Abwägung zu mathematisieren und damit grundrechtliche Abwägungsentscheidungen bis auf Nachkommastellen exakt bezifferbar zu machen – und wer sich fragt, warum man derlei überhaupt ernst nehmen sollte,⁹⁸ übersieht nicht nur, dass *Alexys* Lehre auf der ganzen Welt rezipiert wird, sondern verkennt auch, dass gerade in dem ausgesprochenen oder unausgesprochenen Anspruch eindeutig richtiger Entscheidungen der entscheidende Schlüssel zum Dogma des Prinzipienrechts liegt, eine sowohl exaktere als auch lückenlosere und damit schlussendlich auch gerechtere Entscheidungsgrundlage für zivilrechtliche Streitigkeiten abzugeben als die 2385 Paragraphen des BGB zusammengefasst.⁹⁹

95 *Kulick* AöR 145 (2020), 649, 651; vgl. auch *ders.*, Horizontalwirkung (Fn. 15), 422 f. und passim sowie schon *Alexy*, Grundrechte (Fn. 12), 87 ff.

96 *Dworkin*, Rights (Fn. 80), 81 ff.

97 *Alexy*, in: GS für Jürgen Sonnenschein, 771 ff., wiederveröffentlicht in: Greif/Recht 2010, 69 ff.; in der Folge mehrfach erneut *ders.* Ratio Juris 16 (2003), 433, 440 ff.; *ders.* ARSP 95 (2009), 151, 165 f.; *ders.* AöR 140 (2015), 497, 502 ff.

98 Etwa *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, 66 ff.

99 Wichtig ist es, diesen Anspruch nicht misszuverstehen: Natürlich glauben nicht alle Verfassungsrechtler und noch nicht einmal alle Prinzipientheoretiker, dass es die von *Alexy* beanspruchte zahlhafte Exaktheit tatsächlich „gibt“. Es geht hier aber nicht um messbare Empirie, sondern um nicht falsifizierbare Strukturmathematik.

Nach *Alexy* soll das wie folgt gehen: Die Entscheidungsstruktur von Grundrechtskollisionen wird als viergliedrige, ordinal gewichtete Relation zwischen Prinzipiengewicht und Eingriffsschwere auf beiden Seiten dargestellt. Da indessen alle Grundrechte idealisiert dasselbe Prinzipiengewicht besitzen, kann man dieses herauskürzen und hat damit nur noch die Eingriffsschwere auf beiden Seiten auf die Waagschale zu legen. Für diesen wertenden Vergleich entwirft *Alexy* nun zwei Berechnungsmethoden: Nach der arithmetischen „Differenzformel“ sind die in drei Rangstufen auf beiden Seiten zugewiesenen Eingriffsgewichte (1, 2, 3) jeweils voneinander zu subtrahieren, so dass bei einem Patt Null und sonst ein eindeutiges, positives oder negatives Ergebnis zwischen 2 und -2 herauskommt, das die Waagschale auf der einen oder anderen Seite herunterdrückt.¹⁰⁰ Nach der geometrischen „Quotientformel“ sind die auf beiden Seiten zugewiesenen Gewichte hingegen Zweierpotenzen (2^0 , 2^1 , 2^2), aus denen sodann ein Bruch zu bilden ist. Im Pattfall ist das Ergebnis hier Eins; andernfalls entsteht entweder eine logarithmische Folge von kleinen Brüchen oder eine exponentielle Folge auf der Basis Zwei.¹⁰¹ Auf dieser Grundlage versucht *Alexy* zu zeigen, dass die Rationalität, ja Eindeutigkeit von Abwägungsentscheidungen nichts weniger als eine theoriestructurelle Universalie der Prinzipientheorie bildet. *Alexy* legt uns gewissermaßen eine grundrechtliche Geländekarte vor, in der sich die Höhenlinien unentscheidbarer Fälle wie infinitesimal schmale Pfade zwischen Grundrechtsmassiven dahinschlängeln, während das Gelände jenseits davon in beide Richtungen sofort steil ansteigt bis hin zu den Gipfeln schwerster Eingriffe in wichtigste Grundrechtsgüter, zu denen niemals ein argumentativer Pfad führt. Daraus sollen wir ableiten, dass (a) dieses Gelände lückenlos und vollständig kartographiert, (b) nur in der beschriebenen Weise begehbar und (c) kein Voralpenland im fernen Alpenglühen, sondern ein Hochgebirge ist, auf dessen Boden die gesamte Rechtsordnung steht.

2. Ein vormoderner Vorläufer: Jean Bodins harmonische Gerechtigkeit

Alexys Karte ist falsch. Im Folgenden werden wir sehen, dass sie (a) weder lückenlos noch vollständig ist, über (b) mithin gar keine Auskunft geben kann und vor allem (c) ausblendet, dass es das ebene Voralpenland jenseits des Ge-

Insoweit liegt die Stärke des Prinzipiennaturrechts gerade darin, dass es fast beliebige Schlüsse möglich macht und gleichzeitig deren eindeutige Richtigkeit behaupten kann. Zu *Alexys* Strukturmathematik *Auer*, in: FS für Robert Alexy, 2025 (im Erscheinen).

¹⁰⁰ *Alexy*, in: GS für Jürgen Sonnenschein, 771, 783 ff.

¹⁰¹ *Alexy*, in: GS für Jürgen Sonnenschein, 771, 785 ff.

birges tatsächlich gibt. Mit anderen Worten: Die beanspruchte strukturelle Totalität des Prinzipiennaturrechts ist eine Illusion. Nun ist es schwer, eine Illusion gewissermaßen von innen heraus zu entkräften. Dem kann jedoch ein Sprung in die frühmoderne Vergangenheit abhelfen, und zwar in das Frankreich des 16. Jahrhunderts, wo sich *Jean Bodin* bereits lange vor der Proklamation der Grundrechte Gedanken über die gerechte Verbindung von Staat und Gesellschaft machte und dabei in frappierender Ähnlichkeit mit heutigen Grundrechtstheoretikern auf eine ganz ähnliche Idee kam: ein mathematisches Weltgesetz des gerechten Staates zu formulieren, das es erlaubt, sämtliche Gerechtigkeitsfragen in Staat und Gesellschaft miteinander zu verbinden und nach einem einheitlichen Schlüssel lösbar zu machen. *Bodin* nennt diesen Schlüssel *harmonische Gerechtigkeit*. Er entfaltet ihn unter dem Titel *De la iustice distributive, commutative, & harmonique, & quelle proportion il y a d'icelles à l'estat Royal, Aristocratique & Populaire* im Schlusskapitel seines erstmals 1576 erschienenen Hauptwerks *Les six livres de la république*.¹⁰²

Warum *harmonische Gerechtigkeit*? Der Begriff verweist auf eine ältere Quelle, nämlich auf die pythagoreische Mathematik und deren Lehre von den drei Mitteln, die neben einem arithmetischen und einem geometrischen Mittel noch eine dritte, ebenfalls bis heute gebräuchliche Methode der Mittelwertberechnung bereithält, nämlich das sogenannte *harmonische Mittel*.¹⁰³ Das arithmetische Mittel bezeichnet den landläufig als „Durchschnitt“ bekannten Quotienten aus der Summe der betrachteten Zahlen und deren Anzahl und damit das arithmetische Zentrum einer Verteilung. Das geometrische Mittel errechnet sich dagegen nicht durch Addition und Division, sondern durch Multiplikation und Wurzelziehen. Neben diesen beiden bekannten Methoden gibt es nun noch eine dritte, weniger geläufige: Das *harmonische Mittel* drückt weder den arithmetischen noch den geometrischen Mittelpunkt einer Verteilung aus, sondern den auf der ersten Blick relativ kompliziert zu berechnenden Mittelwert von Kehrwerten einer Verteilung. Relevanz besitzt dies namentlich im Zusammenhang akustischer Schwingungsgesetze. So verdoppelt sich – wie der Legende nach ebenfalls bereits *Pythagoras* herausgefunden haben will – auf einer schwingenden Saite die Schwingungsfrequenz und der Ton erklingt

¹⁰² *Bodin*, *Les six livres de la république*, hier zitiert nach der Ausgabe Paris 1583, VI.6, 1013 ff. Zu Bodins Harmoniekapitel *Villey*, in: Denzer (Hg.), *Jean Bodin*, 1973, 69 ff.; *Damler*, in: FS für Jan Schröder, 2013, 609, 611 ff. Zum Ganzen demnächst monographisch *Auer*, *Recht harmonisch* (im Erscheinen).

¹⁰³ Übersicht bei *Bronstein/Semedjajew*, *Taschenbuch der Mathematik*, 6. Aufl. 1961, 137 f. Zusammenfassendes Beispiel für die zwei Werte 5 und 20: Das arithmetische Mittel liegt bei 12,5 ($25 \div 2$); das geometrische Mittel bei 10 ($\sqrt{100}$); das harmonische Mittel bei 8 ($2 \div [1/5 + 1/20]$).

eine Oktave höher, wenn die Saitenlänge halbiert wird – beides hängt also als Kehrwert zusammen.¹⁰⁴ Mehr noch: Mithilfe des harmonischen Mittels lassen sich verschiedene mathematische Beziehungen zwischen arithmetischem und geometrischem Mittel herstellen. Insbesondere neuplatonische Denker von der Antike bis zur Neuzeit sahen dies als Schlüssel zum Verständnis der kosmischen Ordnung. Dabei tauchen immer wieder drei harmonische Grundrelationen auf: die Teilungen einer schwingenden Saite im Verhältnis 2:1, 3:2 und 4:3, die den musikalischen Grundintervallen Oktave, Quinte und Quarte entsprechen und damit nach antiker Weltsicht die Gesetze des Kosmos mittels der sogenannten pythagoreischen Tetraktys, bestehend aus den Grundzahlen Eins bis Vier, lesbar machen.¹⁰⁵

Wer dies bereits mystisch fand, hat möglicherweise gerade eine Ahnung davon erfahren, warum ein großer Teil des Gerechtigkeits- und Staatsdenkens von der Antike bis in die frühe Neuzeit tatsächlich genau darum kreiste, aus derartigen harmonischen Proportionsgesetzen Gesetze des gerechten Staates und der gerechten Gesellschaft abzuleiten.¹⁰⁶ Unumgänglicher Referenzpunkt jeder solchen Strukturmathematik der Gerechtigkeit ist dabei die auf *Aristoteles* zurückgehende Unterscheidung zwischen distributiver und kommutativer Gerechtigkeit, die ihrerseits auf die pythagoreische Mathematik verweist, dabei allerdings nur zwei Berechnungsformen kennt:¹⁰⁷ Gegenstand der *distributiven* Gerechtigkeit ist danach bekanntlich die Verteilung von Gütern durch eine zentrale Instanz, namentlich den Staat; richtiger Maßstab ist in diesem Fall nach *Aristoteles* eine *geometrische* Proportionalität, die nicht notwendig eine gleiche, sondern vielmehr eine proportional angemessene Verteilung in Ansehung von Person und Sache fordert. Anderes gilt dagegen für den gerechten Güteraus-tausch unter Gleichen: Hier gilt nach *Aristoteles* der Maßstab *kommutativer*

104 Zur Legende, dass Pythagoras dies beim Vorbeieilen an einer Schmiede anhand des Klangs der verschiedenen Hämmer herausgehört haben will, etwa *Burkert*, Weisheit und Wissenschaft. Studien zu Pythagoras, Philolaos und Platon, 1962, 354 ff.; *Zhmud*, Wissenschaft, Philosophie und Religion im frühen Pythagoreismus, 1997, 191 f.; *Heilmann*, Boethius' Musiktheorie und das Quadrivium, 2007, 203 ff.

105 Die Eins verkörpert die Einheit, die Zwei die Andersheit, die Drei die Vollkommenheit; doch ist die Reihe erst vollständig mit der Vier; es gilt $1 + 3 = 2 + 2 = 2 \times 2 = 4$ sowie $1 + 2 + 3 + 4 = 10$. Die elementare Vierheit „erzeugt“ also die Zehn und damit die Gesamtheit des zahlhaft strukturierten Seins; paradigmatisch bei *Augustinus*, De musica I, hg. v. F. Hentschel, 2002, XII.20–26. Zur Bedeutung und Darstellung der Tetraktys *Großfeld*, Zeichen und Zahlen im Recht, 1993, 109 f.; *Burkert*, Weisheit (Fn. 104), 63 f.; *Heilmann*, Boethius (Fn. 104), 230 ff.

106 Dazu *Wald* Musiktheorie 2 (2007), 35 ff.; *dies.*, Welterkenntnis aus Musik, 2006.

107 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, übers. v. E. Rolfes, hg. v. G. Bien, 4. Aufl. 1985, 5. Buch, 1130b:30–1132b:20.

Gerechtigkeit, die den schlichten Ausgleich von Zuviel und Zuwenig im Sinne *arithmetischer* Proportionalität ohne Ansehung der Person fordert.

Wo bleibt nun die harmonische Proportionalität bei *Aristoteles*? Sie kommt nicht vor, und genau daran stößt sich *Bodin*. So erklärt sich das Ziel, das *Bodin* mit seiner Theorie der harmonischen Gerechtigkeit verfolgt: Er versucht nichts weniger, als die strukturelle Unvollständigkeit der aristotelischen Gerechtigkeitstheorie zu beweisen und diese durch ein drittes, Staat und Gesellschaft umfassendes Maß der harmonischen Gerechtigkeit zu ergänzen. Das geht so: Eine rein aristokratische Gesellschaft beruht nach *Bodin* auf rangwahrender Proportionalität bei ungleichen Abständen, also auf *distributiver* Gerechtigkeit nach geometrischem Maßstab. Doch ein rein aristokratischer Staat ist nach *Bodin* kein guter Staat. Er bleibe, so schreibt er, eintönig und sozial unfruchtbar wie das Bankett eines ungeschickten Gastgebers, der Reiche neben Reichen, Alte neben Alten und Streitsüchtige neben Streitsüchtigen platziert.¹⁰⁸ Aristokratische Ordnungen seien damit wie eine Musik, die ausschließlich aus geometrisch prozessierenden Intervallfolgen wie 2 – 4 – 8 – 16 bestehe. Wie oben gesehen wäre das eine Musik, die ausschließlich aus Oktaven besteht – also eine zwar reintonende, aber doch reichlich eintönige Angelegenheit. Aber auch der unmoderierten demokratischen Regierungsform ergeht es nach *Bodin* nicht viel besser, denn in ihr herrsche ein Gesetz absoluter Gleichheit und damit ein Übergewicht der arithmetisch prozessierenden *kommutativen* Gerechtigkeit. Das gleiche Recht ohne Ansehung der Person wirke aber nicht für alle gleich und sei damit ebenfalls nicht umfassend gerecht.¹⁰⁹ Und auch hier gibt es nach *Bodin* ein musikalisches Pendant in arithmetischen Folgen wie 9 – 15 – 21 – 27, die indessen – erinnert man sich nochmals der oben erwähnten harmonischen Grundakkorde Oktave, Quinte und Quarte – in das extreme Gegenteil zur aristokratischen Musik verfallen und schlicht disharmonisch sind.

Die Lösung *Bodins*: Die geometrischen und arithmetischen Anteile im Staat seien bis zu den einzelnen Angehörigen des Adels und des Volkes hinunter in sämtlichen staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen zu mischen. Dadurch werde aus den ihnen zugeordneten inkommensurablen arithmetischen und geometrischen Reihen eine einzige harmonische Ordnung, die alle Glieder in sich aufnimmt und in harmonischem Verhältnis zueinander platziert.¹¹⁰ So vereinigt etwa die Folge 4 – 6 – 8 – 12 eine arithmetische (4 – 6 – 8), eine viergliedrige geometrische (4 – 8; 6 – 12) und eine harmonische Proportion (6 – 8 – 12). *Bodin* weist nun jedem dieser vier Glieder eine feste Bedeutung

¹⁰⁸ *Bodin*, Les six livres (Fn. 102), VI.6, 1018.

¹⁰⁹ *Bodin*, Les six livres (Fn. 102), VI.6, 1022, 1031 f. und passim.

¹¹⁰ *Bodin*, Les six livres (Fn. 102), VI.6, 1016.

im Zahlenplan des harmonisch geordneten Staates zu: So entspreche die Vier dem Recht, die Sechs der Billigkeit, die Acht der Rechtsausübung und die Zwölf dem Richteramt. Daraus folgt, dass sich Recht (4) im harmonischen Staat zur Billigkeit (6) verhalten soll wie Rechtsausübung (8) zum Richteramt (12), während sich gleichzeitig – über Kreuz betrachtet – auch Recht (4) zur Rechtsausübung (8) verhalten soll wie Billigkeit (6) zum Richteramt (12).¹¹¹ Im Ganzen entwirft *Bodin* auf der Grundlage derartiger Zahlenrelationen die Vision einer gerechten Gesellschaft, in der der aristotelische Dualismus der Gerechtigkeitsformen mit seinem irreduziblen Spannungsverhältnis von horizontaler und vertikaler Dimension *in harmonischer Einheit aufgehoben* ist. *Bodins* Vereinigungsformel ist sowohl umfassend als auch berechenbar und lässt keinen aus: Sie bündigt die Aristokratie, indem sie hoheitliche Macht zähmt. Sie bündigt die Demokratie, indem sie private Macht zähmt. Sie hebt die Billigkeit auf ein neues Niveau: Aus nachrangiger aristotelischer Billigkeit im Einzelfall – lies: § 242 BGB – wird vorrangige harmonische Gerechtigkeit – lies: das Prinzipien-naturrecht der Grundrechte. Das *juristische Weltenei* im Sinne *Ernst Forsthoffs*¹¹² schien schon im 16. Jahrhundert gefunden. Jedenfalls wurde es schon damals intensiv gesucht.

3. Der Dualismus der Gerechtigkeitsformen und der Ort des Privatrechts

Allein: Das *juristische Weltenei* ist immer noch nicht gefunden. *Bodins* Theorie der harmonischen Gerechtigkeit ist heute längst in Vergessenheit geraten. Was dagegen immer noch diskutiert wird, ist der aristotelische Dualismus der Gerechtigkeitsformen. Darin liegt bereits ein starkes Indiz, dass die periodisch immer wieder entworfenen Weltenei-Theorien, die beanspruchen, einen Universalschlüssel für die Gerechtigkeit sowohl horizontaler Austauschbeziehungen als auch vertikaler Verteilungsbeziehungen zu besitzen, dieses Ziel nicht erreichen können, sondern immer wieder an derselben, schon von *Aristoteles* erkannten Inkommensurabilität der Gerechtigkeitsstruktur beider Relationsmuster scheitern. Dass es gerade *Aristoteles* war, der den Gegensatz von kommutativer und distributiver Gerechtigkeit auf den Punkt gebracht hat, ist dabei für die vorliegenden Zwecke zufällig – hier soll nicht dem Aristotelismus das Wort geredet werden, sondern dem wissenschaftstheoretischen Anspruch an

¹¹¹ *Bodin*, Les six livres (Fn. 102), VI.6, 1020, 1054.

¹¹² So die in der Debatte immer wieder zitierte Mahnung von *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 144: Das Grundgesetz sei gerade kein „juristisches Weltenei“.

notwendige theoriestrukturelle Komplexität.¹¹³ Diese notwendige Komplexität besteht hier darin, dass an die Behandlung horizontaler Austauschbeziehungen strukturell andere Maßstäbe anzulegen sind als an die Behandlung vertikaler Verteilungsbeziehungen. Weltenei-Theorien, die diese Einsicht ignorieren, unterschlagen eine notwendige Komplexität des Rechtsdenkens, verzerren die sachangemessene Behandlung von Rechtsfragen, indem sie beanspruchen, etwas lösen zu können, wofür sie in Wirklichkeit über keinen Maßstab verfügen, und sind damit letztlich eine Quelle von Ideologie.

Bevor wir zu der Darlegung übergehen, in welcher Hinsicht der aristotelische Gegensatz irreduzibel ist und damit auch einen irreduziblen Ort für die Eigenlogik des Privatrechts vorzeichnet, sei allerdings noch kurz bei der Frage verweilt, warum die Suche nach der Weltformel universaler Gerechtigkeit bis heute so attraktiv ist. Was wäre der Nutzen einer solchen Formel? Für Denker der Vormoderne bis hin zu *Bodin* ist die Antwort klar: Diese Theoretiker glaubten *wirklich* an die harmonische Einheit des Kosmos. Brüche in dieser Einheit waren für sie eine Anomalie im göttlichen Weltenplan, die es theoretisch zu vermeiden und rechnerisch zu überwinden galt.¹¹⁴ Was gilt aber für das moderne Rechtsdenken? Warum versucht die Moderne, die die Trennung von Staat und Gesellschaft ja gerade erst erfunden hat, diesen Graben nun mit Hilfe einer Konstruktion wie der Prinzipientheorie der Grundrechte um jeden Preis wieder zuzuschütten? Die Antwort lautet: Ohne eine solche Vereinigungstheorie tritt der moderne Bruch zwischen Staat und Gesellschaft ungeschützt zutage und macht sich *in jeder einzelnen Rechtsfrage* bemerkbar.¹¹⁵ Die horizontale Position – nennen wir sie sehr verkürzend Privatrechtslogik – verteidigt dann etwa die Vorstellung, dass es nur auf formale Gleichheit aller Privatrechtssubjekte ankommt, Schäden grundsätzlich dort liegenbleiben, wo sie entstanden sind und Umverteilung stets einer besonderen Begründung bedarf. Diametral entgegengesetzt argumentiert die vertikale Position – nennen wir sie genauso verkürzend Grundrechtslogik –, dass Gerechtigkeit stets des verhältnismäßigen Ausgleichs bedarf, es keine Freiheit ohne Gleichheit und mithin auch keine Privatautonomie als Recht des Stärkeren geben darf.

¹¹³ Dazu *Canaris* JZ 49 (1993), 377 ff.

¹¹⁴ Dazu *Wald*, in: Wedell (Hg.), Was zählt, 2012, 155 ff.

¹¹⁵ Klassisch beschrieben ist der Bruch zwischen dem „Besonderen“ und dem „Allgemeinen“ in der bürgerlichen Gesellschaft bei *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, hg. v. E. Moldenhauer/K. M. Michel, 1986, §§ 182 ff. Dieser Bruch ist nach hier vertretener Auffassung unüberwindbar; vgl. *Auer*, Diskurs (Fn. 90), 38 ff., 76 ff. Selbst wenn man das anders sieht, gilt wiederum: Eine solche These wäre nur philosophisch zu begründen und könnte daher keinen Anspruch auf Falsifikation der Privatrechtslogik erheben.

Dieser Bruch zwischen der horizontalen und der vertikalen Gerechtigkeitsdimension beschreibt eine Sachgesetzlichkeit, die sich nicht durch einfachen Reduktionismus in die eine oder andere Richtung auflösen lässt. Es handelt sich vielmehr um eine echte normative Inkommensurabilität. Wiederum war das für die Antike schon aus mathematischen Gründen evident: Horizontale Beziehungen spielen sich zwischen zwei Punkten ab; sie gleichen einer Linie sowie der pythagoreischen Grundzahl Zwei. Mit der Spitze des Staates kommt eine weitere Dimension hinzu – aus der Linie wird eine Fläche und aus der Zwei durch einen diskreten Sprung die Drei. „Wo die Einheit eines Punktes in die Andersheit der Zweiheit fällt, ist zuerst das Dreieck“, heißt es noch bei *Pico della Mirandola*.¹¹⁶ Dass beide Dimensionen inkommensurabel, also nicht nach einem einheitlichen Maß zu messen, d. h. buchstäblich nicht auf einen einheitlichen Nenner zu bringen sind, folgt danach ohne allzu viele Umwege schon aus dem *Satz des Pythagoras*.¹¹⁷ In der Moderne ist eine solche Beweisführung natürlich nicht mehr möglich. Die fortwirkende Leistungsfähigkeit des aristotelischen Dualismus beruht seitdem jedoch auf der Überzeugungskraft der nicht ineinander überführbaren strukturmathematischen Maßstäbe von gerechter Proportionalität: Verteilungsaufgaben sind durch *verhältnismäßige* Zuteilung zu lösen; Ausgleichsaufgaben hingegen durch *formal gleichen* Ausgleich *ohne* Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹¹⁸

Von diesem Punkt aus lässt sich nun das, was bisher etwas unscharf als Eigenlogik des Privatrechts bezeichnet und der Drittwirkung der Grundrechte entgegengehalten wurde, präziser fassen. Das Argument ist, dass immer dort, wo die Grundrechtslogik auf ein horizontales Verhältnis zwischen Privaten trifft, der Einwand des Vorrangs der kommutativen Gerechtigkeit sowie der mit ihr verbundenen strikt formal gleichen Ausgleichslogik ein valides Argument darstellt. Das gilt nach hier vertretener Ansicht unabhängig davon, ob

116 *Pico della Mirandola*, Neunhundert Thesen, 1486, übers. v. N. Egel, 2018, Vierzehn Konklusionen gemäß der Mathematik des Pythagoras, Nr. 3.

117 $a^2 + b^2 = c^2$. Nimmt man als Länge der Katheten jeweils 1 an, folgt daraus als Länge der Hypotenuse der Wert $\sqrt{2}$ und damit die berühmteste irrationale Zahl der Antike; für die Antiken schlagender Beweis, dass es keinen rationalen Weg von der Horizontalen in die Vertikale gibt. Dazu *Zhmud*, Wissenschaft (Fn. 104), 184; *Burkert*, Weisheit (Fn. 104), 431 ff.

118 Statt aller *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997; zum Ganzen auch *Auer*, Materialisierung (Fn. 30), 38 ff.; *dies.*, Diskurs (Fn. 90), 65 ff. Fraglich dagegen der Versuch, diese Inkommensurabilität gerade mittels Herstellung von Proportionalität (welcher?) überwinden zu wollen; vgl. *Poscher* (2024), What would it take? The potential and limits of proportionality analysis in law. Jurisprudence, 1–34. <https://doi.org/10.1080/20403313.2024.2419755>.

der private Interessenausgleich zugleich durch staatliches Privatrecht geregelt ist und an seiner Durchsetzung staatliche Gerichte beteiligt sind, hat also per se nichts mit Art. 1 Abs. 3 GG zu tun. Die Relevanz der aristotelischen Strukturtheorie liegt vielmehr auf der granularen Ebene des einzelnen *Arguments* und der Frage, inwieweit die kommutative Logik des Kernprivatrechts – formale Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, Wirksamkeit freiverantwortlich geschlossener Verträge in den Schranken von §§ 134, 138, 242 BGB, Schadensausgleich nur mit gutem Grund – etwa eine bestimmte dem BVerfG vorgelegte Frage des Interessenausgleichs in einem horizontalen Verhältnis determiniert oder nicht. Die hier gegebene Antwort lautet: In einem solchen Verhältnis ist die kommutative Logik grundsätzlich vorrangig und abschließend; eine grundrechtliche Nachsubsumtion ist auch und gerade dann nicht statthaft, wenn die Grundrechtslogik im konkreten Fall zu keinem abweichenden Ergebnis führt. Dabei geht es letztlich um ein neues Verständnis von Argumentationslastverteilungen: Der Anspruch der Grundrechtslogik, auf *alle* Gerechtigkeitsfragen im vertikalen *und* horizontalen Verhältnis eine Antwort, und zwar eine bessere Antwort als das kommutativ strukturierte Privatrecht geben zu können, ist unhaltbar; genauer gesagt läuft er in Konfrontation mit der Eigenlogik des Privatrechts auf eine *petitio principii* hinaus. Kurz: Die verfassungsrechtliche Behauptung, die privatrechtliche Eigenlogik sei gemessen an der Grundrechtslogik eine *petitio principii*, ist ihrerseits eine *petitio principii*.¹¹⁹

Wesentlich ist dabei, dass die Assoziation der Privatrechtslogik mit der kommutativen Gerechtigkeit nicht etwa bedeutet, dass die geschriebene Privatrechtsordnung *insgesamt* als Domäne der kommutativen Gerechtigkeit anzusehen wäre. So zu argumentieren hieße den theoriestrukturellen Aspekt der aristotelischen Gerechtigkeitslehre verkennen. Richtig ist es vielmehr, nicht in Domänen oder Bereichen zu denken, sondern in Argumenten und Orientierungen, namentlich in *horizontalen* Austauschrelationen *ohne* Ansehung der Person im Gegensatz zu *vertikalen* Verteilungsrelationen *in* Ansehung der Person. Damit wird hier auch in keiner Weise in Frage gestellt, dass sich das staatlich normierte Privatrecht ebenso als Regulierungsinstrument eignet wie das öffentliche Recht;¹²⁰ ebenso ist zutreffend, dass schon der bloße Interessenausgleich zwischen Privaten niemals ohne distributive Konsequenzen für die

¹¹⁹ Beide kollidieren also als unvereinbare wissenschaftliche Paradigmen, ohne eine wechselseitige Falsifikation zu erlauben. Zu den wissenschaftstheoretischen Grundlagen oben Fn. 78. Entgegen *Wagner*, in: *Blaurock / Hager* (Fn. 8), 77 trifft der Naturrechtsvorwurf also gerade nicht nur und auch nicht in erster Linie die Seite des Privatrechts.

¹²⁰ Vielzitiert dazu *Wagner* AcP 206 (2006), 352 ff.; *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 59).

privatrechtliche Güterordnung möglich ist.¹²¹ Das kommutative Argument ist in solchen Fällen dennoch immer dann ein gutes Argument, wenn die Eigenlogik kommutativer Austauschbeziehungen etwa auf Märkten betroffen ist: Dann lässt sich argumentieren, dass sich der Staat mit dem grundrechtlichen Nachvollzug des Marktgeschehens einschließlich seiner distributiven Konsequenzen zurückhalten sollte – und zwar *unabhängig* davon, dass derselbe Staat die Marktregeln irgendwann einmal selbst gemacht hat.¹²² Legt der Staat die distributiven Konsequenzen den Privaten dagegen durch hoheitliche Regulierung direkt auf, ist der Modus *distributiver* Gerechtigkeit aktiviert, der sich in die Abwehrfunktion der Grundrechte übersetzen lässt.¹²³

Dennoch könnte man sich fragen: Warum ist die grundrechtliche Logik eigentlich eine distributive Logik? Dies namentlich vor dem Hintergrund der oben vorgestellten neueren Entwürfe einer gesellschaftlichen Direktgeltung der Grundrechte.¹²⁴ Am explizitesten in diese Richtung denkt wie gesehen *Isabelle Ley* auf der Grundlage des kantischen Rechtsbegriffs. In *Kants* Gesetz wechselseitiger Abgrenzung von gerechtfertigten Rechtssphären in einer Aufwärtsbewegung vom horizontalen Verhältnis des „Privatrechts“ hin zum vertikalen „öffentlichen Recht“ erkennt *Ley* eine Parallele zur lückenlosen Sphärenkonstruktion der Grundrechte seit dem Elfes-Urteil und sieht keinen Grund, warum eine solche Konstruktion nicht auch direkt aus einem gesellschaftlichen Konsens resultieren sollte.¹²⁵ Indessen lässt sich das mit *Kant* gerade nicht begründen: *Kants* „Privatrecht“ beschreibt nicht, was zwischen Privaten tatsächlich geltendes Recht sein sollte, sondern setzt lediglich einen apriorischen Rahmen für die *Bedingungen der Möglichkeit* eines solchen Rechts – wäre *das* die Intention der Grundrechtsjurisprudenz, müsste sie ab sofort feststellen, dass

121 Dazu *Kennedy* Maryland L. Rev. 41 (1982), 563 ff.; *Auer*, Materialisierung (Fn. 30), 32 f.

122 Dieses jüngst wieder vielfach gebrauchte *Law & Political Economy*-Argument vermag insoweit nicht zu überzeugen; zur Kritik *Auer* L. & Contemp. Probs. 86 (2024), 53 ff.

123 Nur auf den ersten Blick ähnlich *Hellgardt*, Regulierung (Fn. 59), 277 ff.; *ders.* JZ 73 (2018), 901, 904 ff.: Unterscheidung zwischen Interessenausgleichs- und Regulierungsfunktion. Diese Unterscheidung lässt sich nach hier vertretener Ansicht allerdings kaum trennscharf durchführen. Entsprechendes gilt für die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsdogmatik; dazu *Kingreen/Poscher* JZ 77 (2022), 961 ff. Generell gilt: Eine Neudogmatisierung des Drittwirkungsproblems ist auf der Grundlage einer einzigen dualistischen Abgrenzung nach allem Gesagten nicht möglich.

124 Oben II.3. bei Fn. 60 ff.

125 *Ley* ARSP 108 (2022), 412, 430 ff. auf der Grundlage von *Kant*, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, 1797, hier zitiert nach Akademieausgabe Bd. 6 (1968), 203 ff.

sich das BGB vollständig in diesem Rahmen hält und mithin kein Raum für eine weitergehende Grundrechtskontrolle besteht. Der eigentliche Clou der kantischen Rechtsphilosophie ist aber, dass sie die eigenständige Bedeutung der distributiven Gerechtigkeit durch *deckungsgleiche* Bindung an das vorstaatliche „Privatrecht“ auf Null reduziert. Nach *Kant* ist genau der Staat legitim, der sich in den kommutativen Ausgleich zwischen Privaten möglichst wenig einmischt und sich darauf beschränkt, dessen Ergebnisse rechtsstaatlich abzusichern – also ziemlich das Gegenteil des modernen Eingriffs-, Regulierungs- und Abwägungsstaats.¹²⁶

Aber nochmals: Warum ist die moderne Grundrechtslogik deswegen schon eine distributive Logik? Könnten sich die Gesellschaftsmitglieder nicht eben doch genau auf eine solche Grundrechtsordnung auch für ihr horizontales Verhältnis einigen? Theoretisch könnten sie das tun – nur wäre insoweit nicht *Kant*, sondern beispielsweise *John Rawls* der richtige Gewährsmann. Bei *Rawls* einigen sich die Gesellschaftsmitglieder qua Gesellschaftsvertrag auf das maximal mögliche Maß gleicher Freiheiten für alle und beschränken gesellschaftliche Ungleichheiten auf ein allgemein akzeptables, gesellschaftlich nützlich Maß.¹²⁷ Damit stehen jedoch alle individuellen Rechte und kommutativ erworbenen Rechtspositionen unter dem Vorbehalt ihres jederzeitigen distributiven Ausgleichs im Interesse der Gesamtgesellschaft – und wieder sollte klar sein, dass es das universelle normative Weltenei, das distributive und kommutative Gerechtigkeit in einer einheitlichen Logik aufhebt, schlicht nicht gibt. Bei *Rawls* zeigt sich das sogar besonders deutlich, weil er den konzeptionellen Widerspruch, einerseits den Kontraktualismus als einzig legitime Grundlage der Gesellschaftsverfassung zu postulieren, andererseits aber die distributiven Resultate privatrechtlicher Verträge nicht als legitimen Grund individu-

¹²⁶ *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 125), 306; zum kantischen Privatrechtsbegriff *Auer*, *Diskurs* (Fn. 90), 39. Interessant ist ein Vergleich zwischen dem Ansatz *Leys* und dem *kritischen* Strukturvergleich mit *Kant* bei *Böckenförde* (Fn. 11), 219: „Die Grundrechte als Freiheitsrechte gegenüber dem Staat greifen nur einen Teil der Kantischen Rechtsdefinition ab. Nicht die Freiheit des einen mit der des anderen generell, sondern nur die des einzelnen Bürgers mit der des Staates wird in ihnen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinbar gehalten. Die zusätzliche Qualifikation als objektive Grundsatznormen oder Wertentscheidungen bewirkt, daß die Grundrechte die Kantische Definition und damit den Bereich des Rechts voll abdecken. Entsprechend wird die Verfassung von der rechtlichen Grundordnung des Staates zur rechtlichen Grundordnung des Gemeinwesens. Die Rechtsordnung insgesamt ist – auf der Ebene der Prinzipien-Normen mit Optimierungstendenz – bereits in der Verfassung enthalten. Sie bedarf nur mehr der Konkretisierung.“ Genau das ist die „totale Verfassung“ im Sinne von *Mattias Kumm*; vgl. oben Fn. 53.

¹²⁷ *Rawls*, *A Theory of Justice*, 1971, 60ff.

eller Güterzuweisung anzuerkennen, innerhalb seiner Theorie nicht auflösen kann.¹²⁸ Wieder gilt: kein Staatsüberbau, keine Grundrechte, keine distributive Gerechtigkeit ohne Basis des Privatrechts, der Privatautonomie, der kommutativen Gerechtigkeit. Gibt man das Privatrecht preis, gibt man die liberale Gesellschaft insgesamt preis.

IV. Strategien gegen die „totale Verfassung“

Abschließend sind aus den bisher gewonnenen theoretischen Erkenntnissen noch einige praktische Folgerungen zu ziehen. Der Versuch einer umfassenden Neudogmatisierung der Grundrechtswirkungen im Privatrecht kann und soll hier allerdings nicht unternommen werden. Teil des Problems des Prinzipien-naturrechts ist es wie gesehen ja gerade, dass es jede dogmatische Befestigung von Kriterien zu seiner Begrenzung unterläuft. So richtig also die Intuition ist, sich der aristotelischen Kategorien zu bedienen, um etwa die hergebrachte Schutzpflichtendogmatik nachzuschärfen:¹²⁹ Auf diesem Weg wird sich das Problem nicht lösen lassen. Denn Naturrecht lässt sich wie gesehen nicht widerlegen und nicht begrenzen. Das Problem ist zu vielschichtig, um es mittels eines einzigen dogmatischen Schlüssels dingfest zu machen.

Für Untergangsszenarien besteht dennoch kein Anlass.¹³⁰ Im Gegenteil darf in Umkehrung des oben gewählten Mottos auch das Zivilrecht nicht länger tatenlos zusehen, wie sich das öffentliche Recht ohne Sauerstoffzufuhr in weg-loses Hochgebirge versteigt.¹³¹ Hier daher die abschließende These: Das Privatrecht wird das Prinzipiennaturrecht überdauern und seine Eigenlogik immer wieder von Neuem bekräftigen, weil die kommutative Gerechtigkeitsdimension irreduzibel ist und sich gegen jede universelle Vereinigungsformel sperrt; weil keine noch so gut gemeinte Regulierung jemals an die spontane Leistungs-

128 Treffend insoweit die Kritik bei Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974, 183 ff.

129 Neuner NJW 2020, 1851 ff.

130 Drastisch Diederichsen AcP 198 (1998), 171, 220, wonach „noch ein paar Jahre weiter die Gesetzesnormen des BGB und die dazugehörigen von der Rechtsprechung der Instanzgerichte durch Auslegung geschaffenen Normgehalte, ja die ganze Zivilrechtsdogmatik quasi nur noch wie ein ursprünglich sehr wertvolles, dann aber von Wurmfraß zerlöcherntes altes Möbelstück herumsteht, das nur dadurch zusammengehalten wird und aufrecht steht, weil man das aufgeessene Zellgewebe durch Einspritzen von Plastikmasse in die Gänge und Löcher ersetzt und das erstarrte Material jetzt die Funktion des lebendig gewachsenen Holzes übernommen hat.“ Indessen scheint das Bild eines Holzmöbels für das BGB nicht zu passen. Siehe sogleich bei Fn. 165.

131 Vgl. oben Fn. 1.

fähigkeit des privatrechtlichen Ideenwettbewerbs heranreichen wird; weil die Grundlagen der Gesellschaft nun einmal im Privaten liegen und nirgendwo sonst.¹³² Drei Strategien sollen hier abschließend vorgestellt werden, um der privatrechtlichen Eigenlogik in der Konstitutionalisierungsdebatte wieder zur Geltung zu verhelfen: *Erstens* muss die privatrechtliche Eigenlogik überhaupt erst wieder verstanden und unter der Rhetorik der Drittwirkungsdogmatik wiedergewonnen werden. *Zweitens* gilt es zu zeigen, dass die kommutative Eigenlogik des Privatrechts der distributiven Grundrechtslogik in ihrem Bereich an normativer Leistungsfähigkeit nicht unter-, sondern vielmehr überlegen ist. *Drittens* ist schließlich neu über das Rangverhältnis von Grundrechten und Privatrecht nachzudenken.

1. Wiedergewinnung der Privatrechtslogik

Zunächst kann und sollte man der privatrechtlichen Eigenlogik gegen den Übergriff der Grundrechtslogik fallweise und argumentweise wieder zur Geltung verhelfen. Eine mögliche Vorgehensweise besteht darin, die typischen dogmatischen Obersätze und Argumentfolgen, die in Entscheidungen zur Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht regelmäßig wiederkehren, Satz für Satz durchzugehen und daraufhin zu befragen, wo die argumentativen Brüche zwischen der behaupteten Selbstbeschränkung der Verfassungsdogmatik auf bloße mittelbare Drittwirkung und dem de-facto-Übergriff der totalen Verfassung auf jede Einzelfrage des Privatrechts liegen. So beginnen diese Entscheidungen meist beschwichtigend, indem sie ihre Prüfung als „mittelbare Drittwirkung“ etikettieren und in der Folge das damit klassischerweise assoziierte dogmatische Repertoire präsentieren, also Grundrechte als „objektive Wertordnung“, als „verfassungsrechtliche Wertentscheidungen“, als „Richtlinien“, die zwischen Privaten lediglich kraft ihrer „Ausstrahlungswirkung“ zur Anwendung kämen.¹³³ Meist folgt sodann noch ein typisierter Hinweis auf die Selbstbeschränkung des Gerichts, nur spezifisches Verfassungsrecht zu prüfen und mithin weder „die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts nachzuprüfen“ noch „den Zivilgerichten vorzugeben, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben“.¹³⁴

Dann folgt jedoch unweigerlich der Punkt, an dem die verfassungsgerichtliche Selbstbeschränkung beiseitegeschoben wird und der Schwenk hin zur

¹³² Klassisch zum Wettbewerb als Entdeckungsverfahren *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 8. Aufl. 2003, Bd. 1, X ff.; v. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 2003, 39 ff., 135 ff., 373 ff.; *ders.*, Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl. 2005, 314 ff.

¹³³ Zitate jeweils aus BVerfG 89, 214, 229 ff. – Bürgschaft; 148, 267, 279 ff. – Stadionverbot.

¹³⁴ Wie Fn. 133.

grundrechtlichen Nachsubsumtion der zivilgerichtlichen Entscheidung erfolgt. In der Bürgschaftsentscheidung liegt dieser Bruch wie gesehen zwischen dem Obersatz, wonach die Schwelle eines Verfassungsverstoßes erst bei einer „grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts“ erreicht sei und der darauffolgenden Subsumtion, die die „grundsätzlich unrichtige Auffassung“ schon deshalb bejaht, weil der BGH in der angegriffenen Revisionsentscheidung „keine Veranlassung zu einer Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrags“ gesehen hatte.¹³⁵ Nach hier vertretener Auffassung ist das der entscheidende argumentative Hebel, um die ganzen folgenden Erwägungen zum angeblich prioritären privatrechtlichen Ziel des Ausgleichs gestörter Vertragsparität grundlegend in Frage zu stellen – dieses Ziel gibt es wie gesehen in einer kommutativen Privatrechtslogik nicht. Es handelt sich um eine vielleicht gut gemeinte, aber nicht gut gemachte grundrechtsnaturrechtliche Erfindung, die versucht, etwas an einer empfundenen Gerechtigkeitslücke des Privatrechts zu ändern, dabei aber nur gefühlte Gerechtigkeit zustande bringt, weil ihr die methodischen Mittel fehlen, um zu beurteilen, was wirklich im Sinne privatrechtlicher Gerechtigkeit ist. Tatsächlich erweisen solche distributiven ad-hoc-Interventionen den Schwächeren, zu deren Schutz sie erfunden werden, oft noch einen Bärenienst, indem sie Leistungen unerschwinglich machen und ohnehin schon prekäre Marktzugänge vollends verbauen.¹³⁶

Intrikater gestaltet sich der Übergang von der Privatrechtslogik zur Grundrechtslogik in der Stadionverbotsentscheidung. Dort ist bereits in die Obersätze zur „mittelbaren Drittwirkung“, „Ausstrahlungswirkung“ und „objektiven Wertordnung“ eine Passage eingeflochten, die den ganzen vorangegangenen Abschnitt dementiert: Die Grundrechte seien zwischen Privaten „als Grundsatzentscheidungen im Ausgleich gleichberechtigter Freiheit zu entfalten. Die Freiheit des einen ist dabei mit der Freiheit des anderen in Einklang zu bringen. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“¹³⁷ Das klingt nach *Kant*, ist aber *Rawls* in der Fassung von *Alexy* und hat mit mittelbarer Drittwirkung nichts zu tun, weil der Ausgleich zwischen kollidierenden Freiheitssphären im Privatrecht *kommutativ* durch Rechtsgeschäft und nicht *distributiv* im Wege praktischer Konkordanz erfolgt. Doch gleich im nächsten Satz figuriert wieder die „mittelbare Grundrechtswirkung“, bevor eine weitere *distributive* Passage eingeschoben wird, die eine

¹³⁵ BVerfG 89, 214, 230 f. – Bürgschaft; vgl. bereits oben Fn. 28.

¹³⁶ Näher Auer L. & Contemp. Probs. 86 (2024), 53 ff.

¹³⁷ BVerfGE 148, 267, 280 Rn. 32 – Stadionverbot.

Kurzzusammenfassung der Bürgschaftsrechtsprechung enthält,¹³⁸ die wiederum durch den *kommutativen* Hinweis auf die beschränkte Prüfungskompetenz des Gerichts dementiert wird, auf den abermals der *distributive* Türöffner der „grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der betroffenen Grundrechte“ folgt.¹³⁹ Und so geht es weiter in einem ständigen On und Off – laufend dementiert die Entscheidung ihre eigenen Prämissen in einem Duktus von dogmatischem Gaslighting, an dessen Ende schließlich die Mutter aller *distributiven* Gerechtigkeitsansprüche, nämlich die unmittelbare Horizontalgeltung von Art. 3 Abs. 1 GG steht – die prompt wieder durch den *kommutativen* Hinweis dementiert wird, Art. 3 Abs. 1 GG enthalte trotz allem kein objektives Verfassungsprinzip, Rechtsbeziehungen zwischen Privaten „prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten“.¹⁴⁰ Insgesamt gilt: Jedes dieser hier sehr verkürzend als kommutativ beschriebenen Dementis der Grundrechtslogik würde sich als Ansatzpunkt zur Wiedergewinnung der Privatrechtslogik eignen.

2. Zurückweisung des lückenlosen Gerechtigkeitsanspruchs

Indessen ist mit der bloßen Erkenntnis noch nicht viel gewonnen. Nötig ist es darüber hinaus, ein Bewusstsein dafür zu schaffen, dass die Privatrechtslogik der Grundrechtslogik in ihrem Bereich normativ nicht unter-, sondern vielmehr überlegen ist. Normativ überlegen bedeutet: Sie ist leistungsfähiger, vielschichtiger, komplexer; reicher an Wertressourcen, Argumentationsressourcen, Lösungsansätzen – reicher schlicht an allem, was man von der Kulturleistung einer gesellschaftsweiten Normenordnung, ja einem normativen System wie der seit der Antike entfalteten Privatrechtsordnung erwarten kann. Dass das Privatrecht und nicht etwa die Grundrechte die eigentliche Grundlage der Gesellschaftsverfassung bildet, stand bis etwa Mitte des 20. Jahrhunderts außer Frage.¹⁴¹ Erst mit dem Aufschwung des Prinzipiennaturrechts seit der Lüth-Entscheidung hat sich dieses Bild verkehrt – zu Unrecht, denn die normativen Ansprüche des Prinzipiennaturrechts an Vorrang, Absolutheit, Lückenlosigkeit und Richtigkeit sind wie oben gesehen nicht widerspruchsfrei begründbar.¹⁴² Es liegt also nahe, sich die oben identifizierten normlogischen Fehlschlüsse zunutze zu machen, um zu zeigen, dass die Grundrechtslogik entgegen ihrem Anspruch eben *nicht* umfassend, vollständig oder lückenlos ist und damit im

¹³⁸ BVerfGE 148, 267, 280 f. Rn. 33.

¹³⁹ BVerfGE 148, 267, 281 Rn. 34.

¹⁴⁰ BVerfGE 148, 267, 283 Rn. 40; vgl. bereits oben Fn. 73.

¹⁴¹ Eingehend dazu *Neuner*, in: ders. (Hg.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007, 159, 161 ff.; *Rückert* AcP 225 (2025), 164 ff. (in diesem Heft).

¹⁴² Oben III.1. bei Fn. 84 ff.

Vergleich mit der Privatrechtslogik in deren Bereich auch keine besseren, gerechteren oder in sonstiger Weise leistungsfähigeren Ergebnisse erzielen kann.

Um dies darzulegen, genügt es allerdings nicht, nur auf einzelne normlogische Fehlschlüsse der Grundrechtslogik hinzuweisen, selbst wenn diese systematisch auftreten wie der oben dargelegte Fehlschluss von lückenlosen Freiheitssphären auf lückenlose Rechtssphären. Naturrecht lässt sich wie gesagt nicht widerlegen. Demzufolge bringen lediglich einzelne Widersprüche oder Erklärungsdefizite ein wissenschaftliches Paradigma wie das Prinzipienmodell der Grundrechte nicht zu Fall. Wie einst um das geozentrische Weltbild ist auch um die Prinzipientheorie längst eine Corona von Epizykel-Theorien entstanden, die deren Widersprüche korrigiert und damit ihre Resilienz gegen Falsifikation sogar noch erhöht.¹⁴³ Es besteht also wenig Aussicht, die Prinzipiensicht der Grundrechte samt der unterstellten Lückenlosigkeit der individuellen Grundrechtssphären kurzfristig aus der Welt zu schaffen. Stattdessen ist es wichtig, sich noch einmal klar zu machen, worin der *strukturelle* Bruch zwischen der Grundrechtslogik und der Privatrechtslogik besteht: Entscheidend für die kommutative – privatrechtliche – Gerechtigkeitsstruktur ist, dass sie bewusst und gezielt *nicht* alle Gerechtigkeitsansprüche ausbuchstabiert und erfüllt. Privatrechtliche Gerechtigkeit ist *gezielt lückenhaft*.¹⁴⁴ Sie schaut bei freiwilligen Austauschbeziehungen grundsätzlich nur auf die Erfüllung der formalen Wirksamkeitsvoraussetzungen und hält sich aus der inhaltlichen Beurteilung heraus, weil sie der Auffassung ist, dass diese Sache der Parteien ist – genau darin, in der Offenhaltung des Raums privatiniziativer Gestaltung *ohne* übergeordneten Richtigkeitsanspruch, liegt der Kern der privatrechtlichen Gerechtigkeit.¹⁴⁵ Ebenso sorgt sie bei unfreiwilligen Austauschbeziehungen für einen rein formalen Ausgleich, und zwar grundsätzlich nur dann, wenn es überhaupt irgendetwas auszugleichen gibt.¹⁴⁶ Genau das Gegenteil gilt dagegen für

143 Ein Beispiel bildet die oben erwähnte Rede von den grundrechtlichen „*prima facie*-Positionen“; vgl. oben Fn. 95; ein anderes die wiederholte Theoriekorrektur der Grundrechte als „Optimierungsgebote“ in Reaktion auf die Kritik Ralf Poschers; vgl. oben Fn. 82.

144 Vgl. bereits oben II.1. bei Fn. 21.

145 Eine andere Umschreibung lautet, dass die Ausübung privatrechtlicher Freiheit grundsätzlich nicht rechtfertigungsbedürftig ist; dagegen Grünberger, Personale Gleichheit (Fn. 57), 802 ff.

146 Zum Grundsatz *damnum absque injuria* bereits oben Fn. 21; strukturell fügt sich dies in den Kontext der aristotelischen Behandlung unfreiwilliger Austauschbeziehungen (*iustitia correctiva*); vgl. Aristoteles, Nikomachische Ethik (Fn. 107), 1131b:25–1132a:15; dazu lesenswert Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, 1999, 3 ff.; Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, 76 ff. Eine andere Möglichkeit, an diese Erkenntnis anzuschließen, liegt in der ökonomischen Analyse des Deliktsrechts mit

die distributive grundrechtliche Gerechtigkeit: In deren Eigenlogik erscheint es als Skandal, wenn *nicht* alle Freiheits- und Gleichheitsansprüche adressiert werden, wenn es *Lücken* im Grundrechtsschutz gibt und es *keine* umfassende Abwägung aller betroffenen Belange gibt. Die grundrechtliche Gerechtigkeit muss ihrem eigenen Systemverständnis nach *lückenlos* sein.

Sicheres Anzeichen für ein solches letztlich totalitäres lückenloses Gerechtigkeitsdenken ist zudem wie gesehen der Anspruch, eine solche Weltformel der Gerechtigkeit nicht nur zu besitzen, sondern sie auch noch exakt berechnen zu können. Einen solchen Anspruch haben wir bei *Jean Bodin* kennengelernt.¹⁴⁷ Wir haben ihn in erstaunlicher Parallelität aber auch bei *Robert Alexy* kennengelernt.¹⁴⁸ Tatsächlich bietet *Alexys* Gewichtsformel reiches Anschauungsmaterial für die im Kern naturrechtliche Struktur des grundrechtlichen Prinzipien Denkens, das beansprucht, *sowohl* kommutative *als auch* distributive Gerechtigkeit in einem einzigen Kalkül zu verwirklichen, dafür *sowohl* eine arithmetische *als auch* eine geometrische Formel zu besitzen und im Ergebnis *sowohl* Freiheitsgesetzen *als auch* Naturgesetzen zu genügen.¹⁴⁹ Solcher Hybris kann indessen nur entgegengehalten werden, dass noch niemand je eine Weltformel lückenloser exakter Gerechtigkeit gefunden hat, und dass es dafür einen guten Grund gibt: eine solche Weltformel *gibt es nicht*. Es gibt nur Individuen, die ihre Verhältnisse nach immer wieder neuen Vorstellungen selbst gestalten wollen. Dafür schließen sie Rechtsgeschäfte, erschaffen sie Märkte, lassen sie Güter zirkulieren, vereinbaren sie Normen. Man nennt es auch Privatrecht.

3. Neujustierung von Normhierarchien

Man kann die soeben diskutierte Frage auch so stellen: Wieviel Verrechtlichung ist mit dem Gerechtigkeitsanspruch des Privatrechts vereinbar?¹⁵⁰ Nun kann man noch einen Schritt weitergehen und dieselbe Frage auch an den meist völlig unhinterfragt angenommenen Vorrang der Verfassung vor dem Normenbestand des Privatrechts richten: Wieviel Normenhierarchie ist mit dem Gerechtigkeitsanspruch des Privatrechts vereinbar?

ihrer Unterscheidung zwischen unterschiedlich kompensationswürdigen primären, sekundären und tertiären Schadenskosten; grundlegend *Calabresi*, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1970; dazu *Posner* *U. Chicago L. Rev.* 37 (1970), 636 ff.

¹⁴⁷ Oben III.2. bei Fn. 102 ff.

¹⁴⁸ Oben III.1. bei Fn. 97 ff.

¹⁴⁹ Dazu näher *Auer*, in: FS für Robert Alexy, 2025 (im Erscheinen).

¹⁵⁰ Grundlegend zur „jurispathischen“ Wirkung des staatlichen (Verfassungs-)Rechts gegenüber der gesellschaftlichen (Privatrechts-)Normativität *Cover* *Harv. L. Rev.* 97 (1983), 4 ff.

Dass Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG die Frage nicht abschließend beantworten, folgt schon daraus, dass sich durchaus unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten lassen, was die in diesen Vorschriften angeordnete „Bindung“ der Staatsgewalt an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht bzw. an die verfassungsmäßige Ordnung eigentlich bedeutet.¹⁵¹ Dass etwas *unmittelbar* gilt, bedeutet noch lange nicht, dass es auch *vorrangig* gilt – ebenso wenig, wie es bedeutet, dass es auch *lückenlos* gilt. Beide gegenteiligen Schlüsse sind strukturell ähnlich und beruhen, wie oben gezeigt wurde, auf unhaltbaren Prämissen.¹⁵² Mit guten Gründen lassen sich daher auch abweichende Überlegungen zur Reichweite und Aussage insbesondere von Art. 1 Abs. 3 GG aufstellen. In diese Richtung hat mit flammenden Worten insbesondere *Uwe Diederichsen* argumentiert.¹⁵³ So gebe es keineswegs nur eine, sondern mindestens drei Möglichkeiten, das Rangverhältnis von Grundrechtsordnung und Privatrechtsordnung zu konzipieren: Die erste Möglichkeit bestehe darin, dass es sich aufgrund der jeweils unterschiedlichen Adressaten und Normgehalte nach wie vor – wie vor Lüth – um disparate Normenordnungen handelt.¹⁵⁴ Doch auch *Diederichsen* sieht, dass diese Annahme seit Lüth unrealistisch geworden ist. Also besteht die zweite Möglichkeit darin, ein Verhältnis der Über- und Unterordnung anzunehmen.¹⁵⁵ Auch damit ist aber, wie *Diederichsen* betont, noch lange nicht das letzte Wort darüber gesprochen, wie weit der Vorrang der Grundrechte vor dem einfachen Recht tatsächlich reicht. *Diederichsen* schlägt schließlich eine nur auf den ersten Blick kühne dritte Lesart vor: Danach seien Grundrechte und Privatrecht weder disparate Normenordnungen, noch stünden sie in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern sie seien *als Wertordnungen gleichrangig*.¹⁵⁶ „Zwischen den Grundrechtsartikeln des Grundgesetzes und den Normen des Privatrechts herrscht, was die Wertverwirklichung anbelangt, weitgehend Gleichrangigkeit bzw. Rangneutralität.“¹⁵⁷

151 Allgemein lassen sich sehr unterschiedliche Konzepte von Verfassungsvorrang vertreten; vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, 228 ff.; *Merkel*, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, 207 ff.; *Alexy*, Grundrechte (Fn. 12), 473 ff.; aus historischer Perspektive v. *Thiessen*, in: Karsten/v. Thiessen (Hg.), Normenkonkurrenz in historischer Perspektive, Zeitschrift für historische Forschung, Beiheft 50, 2015, 241 ff.

152 Oben III.1. bei Fn. 84 ff.

153 *Diederichsen*, in: Starck (Hg.), Rangordnung der Gesetze, 1995, 39 ff.; eingehend auch *ders.* AcP 198 (1998), 171 ff.; *ders.* Jura 1997, 57 ff.

154 *Diederichsen*, in: Starck, Rangordnung (Fn. 153), 43 ff.

155 *Diederichsen*, in: Starck, Rangordnung (Fn. 153), 49 ff.

156 *Diederichsen*, in: Starck, Rangordnung (Fn. 153), 70 ff.

157 *Diederichsen*, in: Starck, Rangordnung (Fn. 153), 70; Hervorhebung weggelassen.

54

Nach hier vertretener Ansicht trifft das einen strukturell entscheidenden Punkt der Privatrechtslogik; und wieder hilft *Aristoteles*, diesen Punkt zu sehen. Geht man im Sinne der ursprünglichen Lehre von der mittelbaren Drittwirkung davon aus, dass die Grundrechte als Wertordnung in das Privatrecht einstrahlen und dies genau in den Fällen tun, in denen die Privatrechtslogik im *Einzelfall* versagt, erhält man das Muster der aristotelischen Billigkeit, die „zwar ein Recht ist, aber nicht im Sinne des gesetzlichen Rechts, sondern als eine Korrektur des-selben“, „wo dasselbe wegen seiner allgemeinen Fassung mangelhaft bleibt.“¹⁵⁸ Wesentlich ist, dass diese Billigkeit – was *Aristoteles* eingehend diskutiert – *keinen* Vorrang vor dem Recht genießt. Sie ist zwar einerseits „ein besseres Recht“, andererseits aber „nicht in dem Sinne besser als das Recht, als wäre es eine andere Gattung. Recht und Billigkeit sind also einerlei.“¹⁵⁹ Genau dasselbe Muster – Einzelfallgerechtigkeit *ohne* Vorrang – ist nun aber auch im geltenden Zivilrecht in den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB angelegt; und genau dieses Muster respektiert die klassische Lehre von der mittelbaren Drittwirkung durch die Selbstbeschränkung der von ihr angenommenen Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf ebendiese Generalklauseln. Diese Zusammenhänge sind durch die heute übliche expansive Lesart von Art. 1 Abs. 3 GG, von der aus es nur noch einen unhinterfragbaren Vorrang der grundrechtlichen vor der privatrechtlichen Wertordnung zu geben scheint, in Vergessenheit geraten. Es wird Zeit, sie wiederzugewinnen: Zwischen dem Gerechtigkeitsanspruch der Privatrechtslogik und dem Gerechtigkeitsanspruch einzelfallbezogener Billigkeitskorrekturen besteht normativer *Gleichrang*. Es gibt keinerlei normativen Grund, aus dem Gleichrang einen Vorrang der letzteren zu machen, jedenfalls solange man nicht die gesamte Rechtsordnung durch eine mit Zufallsvorrang ausgestattete Billigkeitsordnung ersetzen möchte. Muss man hinzufügen, dass das mit hoher Wahrscheinlichkeit das Ende des liberalen Rechtsstaats,¹⁶⁰ nicht aber das des Privatrechts wäre?

V. Privatrecht ist ewig!

55

Wenden wir uns abschließend nochmals dem BGB zu, so fällt auf den ersten Blick seine erstaunliche Resilienz gegenüber Zeitenwenden aller Art ins Auge.

¹⁵⁸ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (Fn. 107), 1137b:10–15, 25–30.

¹⁵⁹ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (Fn. 107), 1137b:5–10.

¹⁶⁰ Zum Zusammenhang zwischen Konstitutionalisierung und Niedergang der liberalen Demokratie *Manow*, Unter Beobachtung. Die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde, 2024.

So hat es in den 125 Jahren seiner Geltung zumindest fünf, möglicherweise sogar sechs oder sieben deutsche Verfassungssysteme,¹⁶¹ zwei Weltkriege sowie einen mehr als ernstgemeinten Versuch zu seiner Abschaffung überstanden.¹⁶² Zahllose Änderungen, manche mehr, manche weniger gelungen, konnten sein Gesicht nicht entstellen.¹⁶³ Bis heute wird das BGB auf der ganzen Welt als Inspirationsquelle und Modell für ein rationales, zeitloses, begrifflich präzises Privatrechtssystem gelesen. Allein die Geschichte seines Einflusses und seiner Übersetzungen in Rechtskulturen und Rechtssprachen außerhalb Deutschlands bietet Stoff für zahllose Abhandlungen.¹⁶⁴

Woher kommt diese Resilienz? Ein wiederkehrendes Bild in Jubiläumstexten zum BGB ist, wie *Hans-Peter Haferkamp* im vorliegenden Band schreibt, das eines Gebäudes, einer architektonisch tragenden Struktur, deren Inneneinrichtung zwar im Laufe der Jahrzehnte immer wieder erneuert, neu arrangiert und wechselnden – auch katastrophalen – rechtspolitischen Moden unterworfen wurde, dessen Fundamente und tragendes Mauerwerk aber alledem wider-

56

¹⁶¹ Zu den fünf Verfassungssystemen *Haferkamp* AcP 214 (2014), 60 ff. Seit der deutschen Wiedervereinigung könnte man zudem von einer neuen Gesamtverfassung West- und Ostdeutschlands sprechen. Hinzu kommt spätestens seit den 1990er Jahren die unionsrechtliche Konstitutionalisierung, die analoge Vorrang- und Horizontalwirkungsprobleme aufwirft. Zur Drittwirkung der Grundfreiheiten EuGH Urt. v. 1.4.2008 – Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139 – Angonese; zur Drittwirkung von Richtlinien EuGH Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 – Mangold; zu den methodischen Folgefragen *Canaris*, in: FS für Franz Bydliniski, 2002, 47 ff.; *Auer* NJW 2007, 1106 ff.; *Mörsdorf* EuR 2009, 219 ff.; *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Fn. 8), 59 ff. Eine Kritik entlang den hier dargelegten Linien muss einer gesonderten Abhandlung vorbehalten bleiben.

¹⁶² Zum gescheiterten Projekt des NS-Volksgesetzbuchs *Brügemeier* JZ 45 (1990), 24 ff.; *Haferkamp*, *Wege zur Rechtsgeschichte* (Fn. 3), 260 ff.

¹⁶³ Hier wäre noch vieles auszuführen, etwa zu der nach hier vertretener Ansicht weitgehend gelungenen Schuldrechtsreform 2002; dazu *Auer* JZ 77 (2022), 629, 630 ff.; meist kritisch dagegen die juristische Zeitgeschichte; vgl. *Haferkamp*, *Wege zur Rechtsgeschichte* (Fn. 3), 360 ff.; *Rückert/Foljanty/Pierson/Seinecke*, 20 Jahre Neues Schuldrecht. Bericht, Bilanz, Bibliographie, 2023.

¹⁶⁴ Zum Einfluss des BGB auf die Entwicklung des schweizerischen, österreichischen, griechischen, skandinavischen, niederländischen, koreanischen, japanischen und ungarischen Zivilrechts vgl. *Kramer, Georgiades, Göranson, Hartkamp, Kim, Kono und Mádl* in *AcP* 200 (2000), 365 ff., 493 ff., 503 ff., 507 ff., 511 ff., 519 ff., 526 ff. Beispielfhaft nur zu englischen Übersetzungen: *Wang Chung Hui*, *The German Civil Code*, 1907; *Forrester*, *The German Civil Code*, 1975; aktuell *Langenscheidt Übersetzungsservice*, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html. Verfügbar ist sogar eine englischsprachige Kommentierung: *Dannemann/Schulze*, *German Civil Code*, 2 Bde., 2020/2022.

standen haben.¹⁶⁵ Eindrucksvoll erscheint dieses in die Trümmerlandschaft des deutschen Rechts nach 1945 hineinversetzte Bild, in dem buchstäblich nur noch die Mauern des BGB stehen, während alles Übrige in Schutt und Asche liegt, namentlich in dem von *Hellmut Georg Isele* anlässlich des 50. Jubiläums verfassten Beitrag im ersten Nachkriegsband dieser Zeitschrift:

„Versucht man auf der unübersehbar weiten Stätte des Zusammenbruchs Vernichtetes und Gerettetes zu unterscheiden, so zeigt sich, daß der Rundbau des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch in der Hauptsache unversehrt das Trümmerfeld der zivilistischen Ordnung überragt. Seine Schäden sind verhältnismäßig gering. Erhalten sind vor allem die wesentlichen Pfeiler und Träger seines Systems, die Masse des Mauerwerks an Einzelregeln und der einheitliche Baustil seiner Dogmatik. [...] Die geistige und sittliche Tradition des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat auch die kritischsten Jahre seiner Bewährung durchgehalten.“¹⁶⁶

Woher kommt es, dass die tragenden Systemteile des BGB selbst eine solche Verheerung überstanden haben? Die hier gegebene Antwort lautet: Sie stehen auf ebenem Grund. Sie beruhen auf einer Konstruktion klassischen Zuschnitts. Sie verfügen dank antiker Fundamente über eine Statik, die auch größten Erschütterungen standhält. Diese Statik wird auch dem Grundrechtsbarock, mit dem sie derzeit ausgekleidet ist, standhalten. Die Statik liegt in der kommunikativen Eigenlogik privatrechtlichen Denkens, die von der Antike bis in die Gegenwart hinein immer wieder aktualisiert wird, wenn es um die Frage geht, worin der tragende Gerechtigkeitsgehalt des Privatrechts besteht. Man könnte es auch so formulieren: Barocke Inneneinrichtungen vergehen; das BGB bleibt bestehen. Oder schlicht: Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht – Privatrecht ist ewig.

¹⁶⁵ *Haferkamp* AcP 225 (2025), 76 ff., unter IV., VI., VIII. (in diesem Heft).

¹⁶⁶ *Isele* AcP 150 (1949), 1, 2; zu *Isele* *Haferkamp* AcP 225 (2025), 76 ff., unter V.