

# Konstitutionalisierung im Zivilrecht

*Prof. Dr. Detlef Leenen\**

## I. Grundlagen

Von einer „constitutionalisation of private law“ spricht schon 1990 der in England lehrende Rechtsvergleicher *Basil Markesinis*, ein subtiler Kenner des deutschen Privatrechts, im Zusammenhang mit der Entwicklung von case law in Rechtsordnungen des civil law.<sup>1</sup> Als Beispiel dienen ihm die erheblichen Lücken, die im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch Anfang der 50 Jahre des letzten Jahrhunderts dadurch entstanden waren, dass das Grundgesetz dem Gleichberechtigungsgrundsatz von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG) entgegenstehendes Recht zum 31. März 1953 außer Kraft gesetzt hat (Art. 117 Abs. 1 GG), ohne dass der Gesetzgeber rechtzeitig für eine der Verfassung entsprechende Neuregelung gesorgt hatte. Die Gerichte konnten - anders als der Gesetzgeber - nicht untätig bleiben, sie mussten Fälle entscheiden, nach neuen Lösungen suchen, und sie haben sich dieser Aufgabe gestellt. Sie haben aus den Vorgaben der Verfassung neues Zivilrecht geschaffen, und der Gesetzgeber hat sich später (Juni 1957) bei der Kodifizierung eines gleichberechtigungskonformen neuen Rechts vielfach den Lösungen angeschlossen, die die Rechtsprechung entwickelt hatte.

Die Gleichberechtigungs-Rechtsprechung der 1950er Jahre bildet insofern ein ganz besonderes Beispiel für die Einwirkung der Verfassung

\* Der Autor war Inhaber eines Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Rechts-  
theorie und Methodenlehre an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag beruht auf  
einem Vortrag, den der Autor am 30. Juni 2011 an der Juristischen Fakultät der Univer-  
sität Istanbul gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> *Basil Markesinis*, Comparative Law in Search of an Audience, *The Modern Law Review*,  
Vol. 53 (1990), S. 1, 10.

auf das einfache Zivilrecht, als verfassungsgemäßes Recht durch die Gerichte neu geschaffen wurde. Im Vordergrund des praktischen Interesses steht dagegen die Kontrolle vorhandener Vorschriften des einfachen Rechts anhand der Verfassung. Dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nachkonstitutionelle Zivilrechtsnormen für verfassungswidrig erklärt, ist glücklicherweise selten - selten nicht zuletzt deshalb, weil die Fachgerichte vor der Vorlage an das BVerfG prüfen müssen<sup>2</sup>, ob ein kritisches Gesetz dadurch „gerettet“ werden kann, dass unter mehreren in Betracht kommenden Auslegungen diejenige gewählt und für maßgeblich erachtet wird, die mit der Verfassung vereinbar ist (sog. „verfassungskonforme Auslegung“ im engeren Sinne). In der Hauptsache gilt es, vorhandene Normen, die einen weiten verfassungsmäßig völlig unstreitigen Anwendungsbereich haben (wie etwa § 823 BGB) in einzelnen Hinsichten mit der Verfassung abzustimmen oder im Verhältnis mehrerer zivilrechtlich geschützter Positionen zueinander Abwägungen im Lichte von Verfassungsvorgaben zu treffen. Im Schrifttum ist insoweit auch von „verfassungsorientierter“ Auslegung des einfachen Rechts die Rede.<sup>3</sup>

In diesem praktisch enorm wichtigen Bereich geht es vor allem um die Frage, inwieweit und auf welche Weise die Grundrechte der Verfassung auf das Privatrecht einwirken. Dabei wird gelegentlich versucht, unter Berufung auf die Privatautonomie der am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmenden Rechtssubjekte verfassungsrechtliche Einflüsse auf deren Rechtsbeziehungen untereinander möglichst hintanzuhalten. Ich teile diesen Ansatz nicht. Privatautonomie kann sich nicht in einem rechtsfreien Raum entfalten, sie bedarf von vornherein rechtlicher Absicherungen, und sie wird durch die Rechtsordnung näher ausgestaltet.<sup>4</sup> Sinn und Wert vertraglicher Vereinbarungen als einem Mittel zur Schaffung von Planungssicherheit hängen davon ab, dass es eine dritte Instanz gibt, die die getroffenen Vereinbarungen oder deren Äquivalente

<sup>2</sup> BVerfG vom 7.4.1997, NJW 1997, 2230 (sub II 1 der Gründe).

<sup>3</sup> Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 280 f.; Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht (8. Aufl. 2010), Rdn. 448; kritisch Canaris, Festschrift E.A. Kramer (2004), S. 141 (154).

<sup>4</sup> Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre (2011), § 1 Rdn. 9 ff.

durchzusetzen vermag, und diese dritte Instanz ist vor allem der Staat mit seinem Gewaltmonopol. Es liegt aber auf der Hand, dass der Staat nicht zur Durchsetzung jeglicher vertraglicher Regelung seine Gewaltmittel einsetzen darf, insofern der Privatautonomie Grenzen setzen muss.

Die Diskussion wird daher zu Recht überwiegend darüber geführt, *wie weit* der Einfluss des Staates auf privatautonome Regelung gehen darf. Eine wichtige Strukturierung hat diese Debatte rechtsdogmatisch durch die Erkenntnis gewonnen, dass Grundrechte nicht lediglich als Abwehrrechte des einzelnen gegen den Staat zu verstehen sind, sondern auch **Schutzpflichten** des Staates zugunsten grundrechtlich gewährleisteter Rechte und Rechtspositionen Einzelner begründen.<sup>5</sup> Diese Kategorien helfen insbesondere, die verfassungsgerichtliche Bildersprache von der „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das einfache Recht zu überwinden und Missverständnissen zu begegnen, die mit der Problematik der sog. „Drittwirkung von Grundrechten“ verbunden sind. Die Grundrechte binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG Rechtsetzung und Rechtsprechung „als unmittelbar geltendes Recht“. Daher kann eine Auslegung des einfachen Rechts durch ein Gericht unmittelbar gegen die Verfassung verstoßen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die auf dieser Auslegung beruhende *ratio decidendi*, als ausdrücklich formulierte gesetzliche Norm gedacht, verfassungswidrig wäre.<sup>6</sup> Die Grundrechte gelten deshalb nicht nur wegen der in ihnen zum Ausdruck kommenden objektiven Wertordnung als Maßstab für die Konkretisierung von zivilrechtlichen Generalklauseln.

Im Rahmen dieser kurz zu haltenden Einführung in die Thematik muss ich auf eine Vertiefung der sehr streitigen hiermit angesprochenen verfassungstheoretischen und methodischen Fragen verzichten<sup>7</sup> und

<sup>5</sup> Hierzu insbesondere *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184 (1984), S. 202 ff; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 159 (1999); *Joh. Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff.

<sup>6</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz (vorige Fn.), S. 26 f.

<sup>7</sup> Hierzu anregend *Mattias Kumm*, Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, German Law Journal, Vol. 7 (2006), S. 341 ff.

möchte stattdessen einige Beispiele aus der Rechtsprechung vorstellen, die besonders prominent und exemplarisch den Einfluss der Verfassung auf das Zivilrecht verdeutlichen.

## **II. Der Einfluss der Verfassung auf die Auslegung des einfachen Rechts**

Eine besondere, über eine bloße systematische Auslegung von Gesetzen hinausgehende Bedeutung kommt der Verfassung für die Auslegung des einfachen Rechts zu. Alle Normen des einfachen Rechts sind, wenn sich ein wertungsmäßiger Bezug zur Verfassung ergibt, im Lichte des Grundgesetzes auszulegen.

### **1. (Neu-)Interpretation zivilrechtlicher Vorschriften im Lichte der (geänderten) Verfassung.**

#### **a. § 823 BGB und das Recht „auf körperliche Unversehrtheit“**

§ 823 Abs. 1 BGB gehört zum Urgestein des BGB. Seit Inkrafttreten des Gesetzes gilt im Wortlaut unverändert, dass zum Schadensersatz verpflichtet ist, wer rechtswidrig und vorsätzlich oder fahrlässig „den Körper, die Gesundheit“ eines anderen verletzt. Unter der Geltung des Grundgesetzes hat sich in der Auslegung dieser Begriffe eine wichtige Änderung vollzogen. Grundlegend ist der sog. „Lues“-Fall.

„**Lues“-Entscheidung des BGH:**<sup>8</sup> Die Klägerin ist mit schwersten angeborenen Behinderungen zur Welt gekommen. Ursache hierfür ist eine Geschlechtskrankheit, die sich ihre Mutter vor der Schwangerschaft bei einer Bluttransfusion in der Klinik der Beklagten zugezogen hatte. Der auf § 823 Abs. 1 BGB (Verletzung von Körper und Gesundheit) gestützten Klage hält die Beklagte entgegen, dass die Klägerin sich niemals in einem unbeeinträchtigten körperlichen Zustand befunden habe

<sup>8</sup> BGH (II. Zivilsenat) vom 20.12.1952, BGHZ 8, 243 = NJW 1953, 417 - Lues.

und somit nicht durch sie „verletzt“ worden sei. Eine solche Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB ist, wie der BGH zu Recht entschieden hat, mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (Recht *auf* körperliche Unversehrtheit)<sup>9</sup> nicht vereinbar.

Das Ergebnis ist ungefragt richtig und man kann sich nur wundern, dass ein anderer Senat des BGH noch kurz zuvor in der gleichen Rechtsfrage mit begrifflichen Erwägungen anders entschieden hatte, ohne den Grundrechtsbezug in den Blick zu bekommen.<sup>10</sup>

## b. § 138 BGB

Das „Einfallstor“ für die Wertungen des Grundrechtskatalogs sind nach der Rechtsprechung vor allem die **Generalklauseln** des BGB,<sup>11</sup> aus dem Bereich des Allgemeinen Teils ganz überragend § 138 BGB. Mithilfe des § 138 BGB setzt die Rechtsprechung insbesondere Schranken der Privatautonomie durch.

Ein **Beispiel** bildet die Rechtsprechung zu wirtschaftlich nicht werthaltigen Bürgschaften naher Familienangehöriger. In der Leitentscheidung des BVerfG hierzu heißt es:<sup>12</sup> „Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 BGB und § 242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind“. Neben Art. 2 Abs. 1 GG hätte das BVerfG auch Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz von Ehe und Familie) ins Spiel bringen können, da die Banken gerade Familienangehörige in die Haftung nehmen wollten, weil sie sich hiervon versprochen, dass der

<sup>9</sup> Eine entsprechende Vorschrift fand sich in der Weimarer Reichsverfassung nicht.

<sup>10</sup> BGH (III. Zivilsenat) vom 14.6.1951, JZ 1951, 758 (Leitsätze); Volltext der Entscheidung bei BeckRS 1951, 31204755. Ablehnend *Reimer Schmidt*, JZ 1952, S. 167 (169).

<sup>11</sup> BVerfG vom 15.1.1958, BVerfGE 7, 198 - Lüth = NJW 1958, 257; BVerfG vom 23.4.1986, BVerfGE 73, 261 (269).

<sup>12</sup> BVerfG vom 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 (Leitsatz) = NJW 1994, 36.

Schuldner sorgfältiger wirtschaften werde, um zu verhindern, dass seine Angehörigen finanziell ruiniert werden.<sup>13</sup> Hierdurch werden Menschen zum bloßen Objekt finanzieller Interessen der Banken gemacht, der drohende wirtschaftliche Ruin dieser Menschen wird planmäßig instrumentalisiert, was im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG nicht hingenommen werden kann.

## 2. Wechselwirkungslehre, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und praktische Konkordanz

### a. Wechselwirkungen: Das Verhältnis von Art. 5 Abs. GG zu § 826 BGB

Methodisch besonders interessante Fragen wirft die Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Generalklauseln im Hinblick auf Grundrechte auf, die unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stehen. Hier findet eine Wechselwirkung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz statt (sog. **Wechselwirkungslehre**,<sup>14</sup> plakativ auch „Schaukeltheorie“).

Grundlegend ist die „**Lüth**“-Entscheidung<sup>15</sup>: Das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) findet seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG). Zu den allgemeinen Gesetzen gehört das Verbot vorsätzlich-sittenwidriger Schädigung anderer (§ 826 BGB). Der Beschwerdeführer hatte zum Boykott eines Filmes aufgerufen, dessen Regisseur während des NS-Regimes antisemitische, von der nationalsozialistischen Propaganda stark herausgestellte Filme („Jud Süß“) gedreht hatte. Die Filmverleiher sahen in dem Boykottaufruf eine Verletzung des § 826 BGB, das Zivilgericht folgte dem, das BVerfG hob die

<sup>13</sup> BVerfG vom 19.10.1993, BVerfGE 89, 214 (225 sub III 3 b; insoweit in NJW 1994, 36 nicht abgedruckt).

<sup>14</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte (26. Aufl. 2010) Rdn. 640 f.

<sup>15</sup> BVerfG vom 22.11.1951, BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257. Eine Würdigung dieser klassischen Entscheidung des BVerfG aus der Sicht nach 50 Jahren gibt *Schulze-Fielitz*, Jura 2008, S. 52 ff.

zivilrechtliche Entscheidung auf. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz sei „nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die ‚allgemeinen Gesetze‘ aufzufassen“; vielmehr finde „eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die ‚allgemeinen Gesetze‘ zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“<sup>16</sup>

## **b. „Praktische Konkordanz“**

Sehr subtile Auslegungsprobleme werfen Normen auf, die Grundrechtspositionen der einen Seite näher ausgestalten und gegen Grundrechtsbefugnisse der anderen Seite abgegrenzt werden müssen. Derartige Konflikte sind im Sinne einer „praktischen Konkordanz“ zu lösen, das heißt, es ist zu versuchen, beiden Grundrechtspositionen zu je optimaler Wirksamkeit zu verhelfen. Nicht darf einseitig einer Grundrechtsposition gegenüber der andern der Vorrang eingeräumt werden.

### **aa. Beispiel Eigenbedarfskündigung: Eigentum des Vermieters gegen „Eigentum“ (im Verfassungssinne) des Mieters**

Ein anschauliches - und in der Rechtspraxis besonders umkämpftes - Beispiel bildet § 573 BGB. Danach kann der Vermieter von Wohnraum nur kündigen wenn er (u.a.) „die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt“ (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Was heißt „benötigt“? Es kann nicht allein um das Interesse des Eigentümers gehen, seine Sache selbst zu nutzen. Durch den Abschluss eines Mietvertrages hat der Eigentümer den Gebrauch der Wohnung dem Mieter zugeordnet, und das aufgrund des Vertrages

<sup>16</sup> BVerfG vom 22.11.1951, BVerfGE 7, 198 (208 f) = NJW 1958, 257 (258).

erlangte Besitzrecht des Mieters gehört seinerseits zu dem von Art. 14 GG geschützten Eigentum.<sup>17</sup>

### **bb. Beispiel Parabolantennen: Art. 14 GG (Vermieter) vs. Art. 5 GG (Mieter)**

Bei der Vermietung von Wohnraum an ausländische - in Berlin insbesondere: an türkische - Mitbürger wird seit fast zwei Jahrzehnten heftig um die Frage gestritten, ob der Vermieter die Anbringung von Parabolantennen zum Empfang ausländischer Fernsehsender, die nicht im Angebot von Kabelanschlüssen enthalten sind, untersagen darf. Es stehen sich gegenüber die Eigentümerbefugnisse des Vermieters (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) und die Interessen der Mieter am Zugang zu Informationen aus ihrem Heimatland und in ihrer Heimatsprache (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG). Das BVerfG sieht das Grundrecht des Vermieters als Eigentümer als grundsätzlich gleichrangig an mit dem Grundrechts des Mieters, sich aus allgemein zugänglichen Quellen (wozu in- wie ausländische Fernsehprogramme gehören) zu informieren und verlangt vom Tatrichter eine Abwägung,<sup>18</sup> deren Parameter und Handhabung im Einzelfall Gegenstand einer kaum mehr zu überschauenden Zahl von Entscheidungen der zivilrechtlichen Fachgerichte aller Instanzen sind.<sup>19</sup>

### **III. Verfassungskonforme Fortbildung einfachen Rechts**

Für die deutsche Methodenlehre ist die strenge Unterscheidung zwischen *Auslegung* und *Fortbildung* des Gesetzes kennzeichnend; die Abgrenzung erfolgt anhand des (gewiss nicht immer exakt zu bestimm-

<sup>17</sup> BVerfG vom 26.5.1993, BVerfGE 89, 1 = NJW 1993, 2035.

<sup>18</sup> Grundlegend BVerfG vom 9.2.1994, BVerfGE 90, 27 = NJW 1994, 993; vgl. auch BVerfG vom 24.1.2005, NJW-RR 2005, 661.

<sup>19</sup> Ausführliche Rechtsprechungsübersichten bei *Maaß/Hitpaß*, NZM 2000, 945 und NZM 2003, 181. MüKo/Häublein § 535 Rdn. 83 spricht von einer „geradezu absurd ausufernde(n) Streitquelle“.



menden) „möglichen Wortsinns“ des Gesetzes.<sup>20</sup> Die gebotene Abstimmung privatrechtlicher Vorschriften mit der Verfassung endet nicht bei deren möglichen Wortsinn, beschränkt sich also nicht auf eine „verfassungskonforme Auslegung“ im engeren Sinn. Umfasst eine Norm ihrem Wortlaut nach Fallgestaltungen, die vom Zweck der Norm nicht gedeckt sind, so kann es geboten sein, den Anwendungsbereich der Norm im Wege einer teleologischen Reduktion entsprechend zurückzuschneiden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn die Norm zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter in Grundrechte eingreift und der Eingriff allein durch diese Zielsetzung gerechtfertigt wird.

**Beispiel:** Das deutsche Recht setzt für Honorarvereinbarungen von Architekten gewisse Untergrenzen, um zu verhindern, dass es zu einem ruinösen Unterbietungswettbewerb kommt, der die Qualität der Planungstätigkeit gefährden würde.<sup>21</sup> Das BVerfG hat entschieden, dass diese Regelung nicht für Honorarvereinbarungen im Rahmen der Teilnahme an Architektenwettbewerben gelte, da hier die Gefahr einer Qualitätsminderung aufgrund zu niedriger Honorare nicht bestehe und die Regelung somit in den Fällen von Architektenwettbewerben den Zweck verfehle, durch den allein sie vor dem Schutz der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden könne.<sup>22</sup>

Eine solche „verfassungskonforme Rechtsfortbildung“ ist Aufgabe der Fachgerichte, da die Beachtung der anerkannten Grundsätze der juristischen Methodenlehre zur richtigen Anwendung des geltenden Rechts gehört.<sup>23</sup> Eine Vorlage an das BVerfG zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Norm ist unzulässig, weil diese Frage im konkreten Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich ist.<sup>24</sup> Durch die teleologische Reduktion der Norm lässt sich ein Verfassungskonflikt vermeiden.

---

<sup>20</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 163.

<sup>21</sup> Einschlägig ist jetzt § 7 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) vom 1. August 2009. Die nachfolgend zitierte Entscheidung des BVerfG bezieht sich auf die (insoweit gleich lautende) vorangegangene Regelung des § 4 HOAI.

<sup>22</sup> BVerfG vom 26.9.2005, NJW 2006, 495 (496).

<sup>23</sup> BVerfG vom 7.4.1997, NJW 1997, 2230 (2231).

<sup>24</sup> BVerfG vom 9.3.1994, BVerfGE 90, 145 (170) = NJW 1994, 1577 (1578).

#### IV. Grenzen und Gefahren

Wir neigen heute in Deutschland dazu, die Ausrichtung der gesamten einfachen Rechtsordnung auf die Verfassung als hohes Gut zu preisen. Das ist vor dem Hintergrund einer außergewöhnlich erfolgreichen rechtsstaatlichen Verfassung<sup>25</sup> verständlich. Es dürfen aber darüber nicht die Gefahren übersehen werden, die grundsätzlich drohen, wenn unter geänderten politischen Verhältnissen Hand an die Verfassung gelegt wird. Das methodische Gebot verfassungskonformer Auslegung würde ja auch dann gelten und zu Änderungen bisheriger verfassungsgeleiteter Interpretationen führen. Die Ausrichtung des gesamten einfachen Rechts auf die Verfassung kann in einem pervertierten Verfassungsstaat als Brandbeschleuniger wirken.

---

<sup>25</sup> Vgl. die Würdigungen zum 50jährigen Bestehen des GG von *H.P. Schneider*, NJW 1999, 1497; *D. Grimm*, DRiZ 2000, 148.