

Kommentar

SHIN Yu-Cheol*

Herr Kollege Lücke hat für uns einen gut gegliederten und sehr informativen Vortrag gehalten. Dafür möchte ich zuerst meine und unsere Dankbarkeit zum Ausdruck bringen.

Den Meilenstein der sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte hat das deutsche Bundesverfassungsgericht mit seinem Lüth-Urteil¹⁾ von 1958 gesetzt. ERICH LÜTH war seinerzeit Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg und aktiv in der Gesellschaft für christlich-jüdische Zusammenarbeit. Als VEIT HARLAN, prominenter Drehbuchautor und Filmregisseur im „Dritten Reich“, nach seiner Entnazifizierung 1950 erstmals wieder einen Film mit dem schönen Namen „Unsterbliche Geliebte“ drehte, forderte Lüth als Vorsitzender des Hamburger Presseclubs bei der Eröffnung der „Woche des Deutschen Films“ Filmverleiher und Kinobesitzer auf, den Film nicht in ihr Programm aufzunehmen.

Harlan musste sich 1949 vor dem Schwurgericht in Hamburg wegen „Beihilfe zur Verfolgung“ nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 verantworten. Er wurde aber freigesprochen, weil ihm keine persönliche Schuld nachzuweisen sei und eine strafrechtliche Kausalität zwischen seinem Film „Jud Süß“ und der Judenverfolgung nicht beweisbar sei. Auf Revision der Staatsanwaltschaft hob der Oberste Gerichtshof für die britische Zone in Köln das Urteil mit der Begründung auf, der Film „Jud Süß“ sei ein „nicht unwesentliches Werkzeug“ gewesen. In einem neuen Prozess vor dem LG Hamburg verteidigte sich Harlan mit der Behauptung, die Nationalsozialisten hätten seine Kunst missbraucht und ihn zu „Jud Süß“ gezwungen. Eine Weigerung hätte ihn in eine bedrohliche Situation gebracht. Das Landgericht sprach Harlan Ende April 1950 frei: „Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Tätigkeit Harlans in objektiver und subjektiver Hinsicht zwar den Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit erfüllt hat, ihm jedoch der Entschuldigungsgrund des § 52 StGB zuzubilligen war.“

Daraufhin sagte Lüth, der im Übrigen kein Jurist war, bei der Eröffnung der „Woche des Deutschen Films“ im September 1950: „Sein Freispruch in Hamburg war nur ein formeller. Die Urteilsbegründung war eine moralische Verdammung“, und erklärte in einem „Offenen Brief“ im Oktober 1950: „Es mag im In- und Ausland Geschäftsleute geben, die

* O. Professor für Zivilrecht und Europäische Rechtsgeschichte an der Law School der Chungnam-National-Universität in Daejeon, Republik Korea.

1) BVerfGE 7, 198 ff.

sich an einer Wiederkehr Harlans nicht stoßen. Das moralische Ansehen Deutschlands in der Welt darf aber nicht von robusten Geldverdienern erneut ruiniert werden. Denn Harlans Wiederauftreten muss kaum vernarbte Wunden wiederaufreißen und abklingendes Misstrauen zum Schaden des deutschen Wiederaufbaus furchtbar erneuern. Es ist aus allen diesen Gründen nicht nur das Recht anständiger Deutscher, sondern sogar ihre Pflicht, sich im Kampf gegen diesen unwürdigen Repräsentanten des deutschen Films über den Protest hinaus auch zum Boykott bereitzuhalten.“

Die Produktionsfirma und der Verleiher von „Unsterbliche Geliebte“ erwirkten beim LG Hamburg eine einstweilige Verfügung gegen den Boykottaufruf. Eine Beschwerde Lüths wies das Oberlandesgericht zurück. Im Hauptsacheverfahren bestätigte das Landgericht sein Urteil gegen Lüth²⁾. Seine Äußerungen seien eine *sittenwidrige* Aufforderung zum Boykott. Lüths Aufruf laufe „praktisch darauf hinaus, Harlan von der Herstellung normaler Spielfilme überhaupt auszuschalten“. Harlan sei aber rechtskräftig freigesprochen worden und unterläge keinerlei Beschränkungen seiner Berufsausübung. Seine Boykottaufforderung verstoße daher gegen „die demokratische Rechts- und Sittenauffassung des deutschen Volkes“. Ihm werde also nicht zum Vorwurf gemacht, dass er über das Wiederauftreten Harlans eine ablehnende Meinung geäußert habe, sondern dass er die Öffentlichkeit aufgefordert habe, durch ein bestimmtes Verhalten die Aufführung von Harlan-Filmen und damit das Wiederauftreten Harlans als Filmregisseur unmöglich zu machen. Diese Boykottaufforderung richte sich auch gegen die klagenden Filmgesellschaften; denn wenn der in der Herstellung befindliche Film keinen Absatz finden könne, drohe ihnen ein empfindlicher Vermögensschaden. Der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach § 826 BGB sei damit erfüllt, ein Unterlassungsanspruch also gegeben.

Lüth legte gegen dieses Urteil Berufung beim OLG Hamburg ein; gleichzeitig hat er Verfassungsbeschwerde erhoben, in der er die Verletzung seines Grundrechts auf freie Meinungsäußerung rügte³⁾. Er meinte, dass was in der Sphäre des bürgerlichen Rechts unerlaubt sei, durch Verfassungsrecht in der Sphäre des öffentlichen Rechts gerechtfertigt sein könne; die Grundrechte als subjektive Rechte mit Verfassungsrang seien für das bürgerliche Recht „Rechtfertigungsgründe mit Vorrang“.

Das Bundesverfassungsgericht sah in den Äußerungen und Boykottaufforderungen von Lüth keine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB. Beim Maßstab der „guten Sitten“ handle es sich bei den Anschauungen der „anständigen Leute“ darum, was sich im sozialen Verkehr zwischen den Rechtsgenossen gehöre. Um festzustellen, ob eine Aufforderung zum Boykott sittenwidrig sei, müssten zunächst Motive, Ziel und Zweck der Äußerungen geprüft werden; ferner komme es darauf an, ob das Maß der nach den Umständen notwendigen und angemessenen Beeinträchtigung Dritter überschritten worden

2) Urteil des LG Hamburg vom 22. November 1951 (Az. 15. O. 87/51).

3) ADOLF ARNDT, bekannt als „Kronjurist“ der SPD, vertrat Lüths Sache in Karlsruhe.

wäre. Nach einer abschließenden Gesamtbetrachtung des Falles kam es zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer aus lauterer Motiven an das sittliche Gefühl der von ihm angesprochenen Kreise appelliert und sie zu einer nicht zu beanstandenden moralischen Haltung aufgerufen habe. Das Bundesverfassungsgericht hatte jedoch keine Kompetenz, das Urteil des LG Hamburg aus diesen zivilrechtlichen Gründen aufzuheben; es hob dennoch das Urteil mit der Begründung auf, dass es das Grundrecht des Beschwerdeführers auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt habe.

Das Bundesverfassungsgericht ergriff damals die Gelegenheit, den ordentlichen Gerichten eine Nachhilfestunde in Sachen Meinungsfreiheit zu geben⁴⁾. Der Sinn einer Meinungsäußerung sei es gerade, „geistige Wirkung auf die Umwelt“ ausgehen zu lassen, „meinungsbildend und überzeugend auf die Gesamtheit zu wirken“. Eine Trennung zwischen (geschützter) Äußerung und (nicht geschützter) Wirkung der Äußerung wäre sinnwidrig. „Wenn es darum geht, dass sich in einer für das Gemeinwohl wichtigen Frage eine öffentliche Meinung bildet, müssen private und namentlich wirtschaftliche Interessen Einzelner grundsätzlich zurücktreten. Wer sich durch die öffentliche Äußerung eines andern verletzt fühlt, kann ebenfalls vor der Öffentlichkeit erwidern. Erst im Widerstreit der in gleicher Freiheit vorgetragenen Auffassungen kommt die öffentliche Meinung zustande, bilden sich die einzelnen angesprochenen Mitglieder der Gesellschaft ihre persönliche Ansicht.“ Ganz offenbar brauchen posttotalitäre Demokratien ein wenig Edukation von „oben“ in Sachen Freiheit – hier galt für die Westdeutschen in den 50er Jahren nichts anderes als für andere Gesellschaften, die sich aus einer Diktatur hin zur rechtsstaatlichen Demokratie entwickeln⁵⁾.

Mit diesem Lüth-Urteil erweiterte aber das Bundesverfassungsgericht seine Machtposition erheblich. Es gab Fälle in der Geschichte der Verfassungsrechtsprechung, die mehr Aufsehen erregten als dieser. Aber keiner der aufsehenerregenden Fälle übertrifft ihn an Langzeitwirkung⁶⁾. Sie reicht weit über das Thema Meinungsfreiheit hinaus. Die Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im Einzelnen gedacht werden müsse, war umstritten. Das Gericht wollte aber nach eigenem Bekunden die Streitfrage der sog. „Drittwirkung“ der Grundrechte nicht in vollem Umfang erörtern; es hat doch eine neue dogmatische Position gefunden, die über eine sachgerechte Lösung des Falles weit hinausgeht. Aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee ergibt sich, dass die Grundrechte dazu bestimmt sind, „die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind *Abwehrrechte* des

4) *Udo di Fabio*, Grundrechte als Argument – Drittwirkungslehre und Wertordnungsidee, in: Staatsrecht und Politik – Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, München 2009, S. 35–48 (36).

5) Vgl. *di Fabio*, aaO. (Fn. 4), S. 38.

6) Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), S. 1–31; zit. *ders.*, Staat – Verfassung – Demokratie, Frankfurt a. M. 1991, S. 159–199 (163 ff.).

Bürgers gegen den Staat.“ Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des deutschen Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Gleichzeitig betont das Bundesverfassungsgericht, dass das Grundgesetz keine wertneutrale Ordnung sein wolle, in seinem Grundrechtsabschnitt eine *objektive Wertordnung* aufgerichtet habe und dass hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck komme. Dieses *Wertsystem*, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm *Richtlinien* und Impulse. So beeinflusse es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe in Widerspruch zu ihm stehen, jede müsse in seinem Geiste ausgelegt werden.

Eine solche Sichtweise war ein sichtbarer Gewinn für die individuelle Freiheit, aber auch ein unsichtbarer Verlust der gesellschaftlichen Freiheit. Der große Gewinn lag und liegt darin, dass die Grundidee der individuellen Freiheit, die Achtung vor der Würde des Menschen und der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit als unabänderliche Struktur der gesamten Rechtsordnung zu Grunde gelegt und damit gegenüber den Inhalten der Gesetzgebung und Verwaltung materielle Gerechtigkeitsgrenzen gesetzt werden. Es ging um die Ausrichtung der Rechts- und Gesellschaftsordnung auf die neue freiheitliche demokratische Wertordnung des Grundgesetzes. Wenn aber staatliche Gerichte nicht nur Gesetze anwenden, sondern auch der Gesellschaft ihre grundlegenden Werte erklären, entsteht die Gefahr eines politisch-juristischen Wertepaternalismus. Wie viel politisch-juristische Belehrung in Sachen Wertsystem benötigt eine offene Gesellschaft, verträgt eine reife Demokratie?⁷⁾ Kann nicht ein Heilmittel, das bei Krankheit gute Wirkung entfaltet, auf den Gesunden angewandt, womöglich erst Erkrankungen hervorrufen?⁸⁾

Die Problematik der Doppelgestalt der Grundrechte⁹⁾ wird bei „Ausstrahlungen“ der

7) Vgl. Böckenförde, aaO. (Fn. 6), S. 189 f.: „Im Zeichen der objektivrechtlichen Grundsatzwirkung der Grundrechte kommt es ... zu einer Nebenordnung und Annäherung von parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Rechtsbildung. Die erstere wird von originärer Rechtsetzung zur Konkretisierung herabgestuft, die letztere von interpretativer Rechtsanwendung zur rechtsschöpferischen Konkretisierung heraufgestuft. ... Das Ergebnis ist eine Veränderung in der Zuordnung der Gewalten und eine Verlagerung des Schwerpunkts zwischen ihnen. Es vollzieht sich eine gleitender Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat.“

8) Vgl. di Fabio, aaO. (Fn. 4), S. 38 f. mit weiteren Nachweisen.

9) Rechtslogisch besteht jedes subjektive Recht gewiss als Ausfluss einer Norm des objektiven Rechts, die dieses subjektive Recht als ihren Inhalt hat. Vom Bestehen einer Norm des objektiven Rechts kann jedoch nicht zwingend auf einen bestimmten Gehalt dieser Norm geschlossen werden. Entscheidend ist, welchen normativen Inhalt eine Norm des objektiven Rechts, hier eine Grundrechtsbestimmung des Grundgesetzes, hat: dies kann – muss aber nicht – ein subjektives Recht, eine objektive Grundsatznorm oder möglicherweise auch beides zugleich sein. Das heißt, Vorgegebenheit oder notwendige Zusammengehörigkeit gibt es insoweit nicht [Böckenförde, aaO. (Fn. 6), S. 164, Fn. 12].

Grundrechte im Vertragsrecht noch deutlicher. Rechtshistorisch und rechtsvergleichend betrachtet¹⁰⁾, fand das Sozialmodell der bürgerlichen Gesellschaft seinen Ausdruck im Privatrecht. Der Vorrang des Privatrechts in der bürgerlichen Gesellschaft bestimmt auch die Funktion der Grundrechte. In der Hierarchie der Rechtsquellen bleiben zwar die Grundrechte dem Privatrecht übergeordnet; es fand deswegen jedoch nicht seinen Geltungsgrund in ihnen. Die Überordnung erfolgte vielmehr nur im Interesse eines wirksamen Privatrechtsschutzes gegenüber der Staatsmacht. Sie war formeller Natur, materiell ging Privatrecht vor¹¹⁾. Eine der Richtlinien, die die Verfasser des BGB befolgten, war diejenige, dass in das Gesetzbuch keine Bestimmungen aufzunehmen seien, deren Inhalt sich von selbst verstehe¹²⁾. Zu diesen Selbstverständlichkeiten gehören die Würde des Menschen, seine Freiheitsrechte, und das Prinzip der Privatautonomie¹³⁾. Die klassischen Grundrechte der Verfassung und die Freiheitsrechte, die das Privatrecht als Selbstverständlichkeit voraussetzt und in ihm immanent sind, sind in ihren wesentlichen Inhalten kongruent¹⁴⁾. Das Vertragsrecht enthält insbesondere sehr detaillierte und systematisch geordnete Regelungen, die die Interessen der an einem Vertrag Beteiligten in vollem Umfang berücksichtigen. Wenn das Bundesverfassungsgericht ein vertragsrechtliches Urteil des Bundesgerichtshofes aufgrund des Verstoßes gegen die *grundrechtliche* Gewährleistung der Privatautonomie aufhebt, entsteht die Gefahr, dass die Werterangordnung nicht mehr spontan in der offenen Gesellschaft privatautonom bestimmt, sondern verfassungsrechtlich fixiert wird, was notwendigerweise zum Verlust in der Freiheitsbilanz führt. Gerechtigkeit und Freiheit stellen sich nämlich aus tieferen institutionellen Gründen, womöglich am besten über formale Vertragsfreiheit, in der Summe und nicht über materielle Vertragskorrektur im Einzelfall ein¹⁵⁾.

Die Bürgschaftsentscheidung¹⁶⁾ z. B. hat der Beschwerdeführerin gewiss geholfen, aber hat sie darüber hinaus nur der Bank geschadet? Heute lassen die Banken und Kreditinstitute es schlicht nicht mehr zu, dass man Sicherheiten durch die Bürgschaft naher Angehöriger ohne nennenswertes Einkommen und Vermögen erbringt. Was bedeutet das für einen kleinen Unternehmer, der seinem in Bedrängnis geratenen Betrieb nur durch die

10) Vgl. hierzu *Dieter Grimm*, Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, in: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, Göttingen 1981, S. 359–375; zit. *ders.*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, S. 192–211.

11) *Grimm*, aaO. (Fn. 10), S. 194 f.

12) *Horst Heinrich Jakobs*, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Paderborn 1983, S. 140 ff.

13) *Yu-Cheol Shin*, Privatautonomie in Ostasien?, in: Marco Hasse (Hrsg.), Privatautonomie – Aufgaben und Grenzen, Baden-Baden 2015, S. 35–53 (46 ff.) mit weiteren Nachweisen.

14) *Grimm* kommt nach der Erörterung der vier Grundmuster des Verhältnisses von Grundrechten und Privatrecht zum Ergebnis, dass das Privatrecht die Funktion von Grundrechten übernehmen kann, nicht aber umgekehrt [*ders.* aaO. (Fn. 10), S. 208].

15) *Di Fabio*, aaO. (Fn. 4), S. 43.

16) BVerfGE 89, 214.

Bürgschaft von Ehefrau oder volljährigem Kind die dringend benötigte neue Liquidität zuführen kann? Was bedeutet das für seine Arbeitnehmer, ihre Familien und seine anderen Gläubiger? Die Berufung auf materielle Ethik sozialer Verantwortung ersetzt jedenfalls nicht die nüchterne Folgenabschätzung.

Die Privatautonomie im Verfahrensrecht, die Herr Kollege Lücke zum Schluss seines Vortrages erörtert hat, steht natürlich auf einem anderen Blatt. Sein Hinweis auf das Prozessgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG verdient Anerkennung und weitere Überlegungen.