

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 804

# Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht

Spezifische Mechanismen des Grundrechtsschutzes  
gegenüber der gerichtlichen Anwendung  
von Zivilvertragsrecht

Von

Dieter Floren



Duncker & Humblot · Berlin

DIETER FLOREN

Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 804**

# Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht

Spezifische Mechanismen des Grundrechtsschutzes  
gegenüber der gerichtlichen Anwendung  
von Zivilvertragsrecht

Von

Dieter Floren



Duncker & Humblot · Berlin



Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Floren, Dieter:**

Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht : spezifische Mechanismen  
des Grundrechtsschutzes gegenüber der gerichtlichen Anwendung  
von Zivilvertragsrecht / von Dieter Floren. – Berlin : Duncker  
und Humblot, 1999

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 804)

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09789-0

Alle Rechte vorbehalten  
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-09789-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☹

## Vorwort

"Grundrechtsschutz gegen sich selbst" und "aufgedrängter Grundrechtsschutz" sind inzwischen Thema vieler sich mit Grundrechtsschutz beschäftigender Arbeiten. Worin sich aber "Verzichtsfreiheit" von sonstiger Freiheit in bezug auf Ausübung, reale Nutzung, Schutz durch Staat und Folgen für Dritte grundrechtsdogmatisch im einzelnen unterscheidet und wie die Gerichte dem bei der Grundrechtsanwendung Rechnung tragen, ist bislang nicht deutlich herausgestellt worden. Grundrechtsanwendung bleibt daher für die Zivilgerichte auch heute immer noch unstrukturierte Güterabwägung. Mit dieser Arbeit soll der Versuch unternommen werden, das mit der Drittwirkungs-, dann der Schutzpflicht-Diskussion begonnene Unternehmen, Grundrechtsanwendung mit Blick auf unterschiedlichste und sich wandelnde Freiheitsbedrohungen leistungsfähig zu machen, weiterzuführen, und zwar durch

1. eine Zusammenfassung der bisher für Zivil- und öffentliches Recht entwickelten Grundrechtsfunktionen unter einem neuen gemeinsamen Kriterium (ereignishafte Freiheitsbeeinträchtigungen als Eingriffe im weiteren Sinne) und

2. eine Ergänzung dieser Grundrechtsfunktionen speziell für das Zivilvertragsrecht sowie

3. eine bessere Strukturierung dessen, was bisher lapidar unter "Grundrechtskollision" im Rahmen der Verzichtsthematik erörtert wird.

Die Arbeit wurde im März 1997 als Dissertation der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Bielefeld vorgelegt. Das Promotionsverfahren wurde im Mai 1997 eröffnet, das Rigorosum fand am 22.12.1998 statt. Beiträge aus Rechtsprechung und Lehre befinden sich grundsätzlich auf dem Stand von April 1997, in Einzelfällen wurde auf den Stand von Juni 1999 aktualisiert.

Danken möchte ich zunächst meiner Frau, Claudia Schröder, und meinen Eltern für ihre finanzielle Unterstützung. Meinem Vater danke ich darüber hinaus für das Korrekturlesen. Der Referendarin Frau Sandra Obermeyer und meiner Frau bin ich für wertvolle Anregungen verbunden. Herr Dr. habil. Helge Rossen war mir mit Tips für die praktische Bewältigung des Promotionsverfahrens behilflich. Mein Doktorvater, Herr Prof. Dr. Dieter Grimm, war trotz Belastung durch die verfassungsgerichtliche Tätigkeit stets bereit, hilfreiche Anregungen zu geben. Ermutigende Worte zum richtigen Zeitpunkt fand Herr Dr. Johannes Risse. Der Leiter des Amtes für offene Vermögensfragen in Halle (Saale), Herr Borries, hat für meine zeitliche Beanspruchung durch die Promotion viel Ver-

ständnis und Interesse gezeigt. Das gilt auch für Herrn Rechtsanwalt am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Achim Krämer.

Zwecks besseren Auffindens von Beleg-Schrifttum und Rechtsprechung wird nicht nur nach Seiten, sondern in der Regel auch nach Spalten und sonstigen Gliederungsabschnitten zitiert. Autoren mit gleichen Nachnamen werden zusätzlich mit Vornamen zitiert. Titel werden, wenn es ihre Länge erfordert, nach Schlagwörtern zitiert, die im Schriftumsverzeichnis erklärt sind. Die Arbeit enthält Querverweise auf Seiten und Gliederungszeichen sowie Abschnitte und Absätze.

Halle, den 12. August 1999

*Dieter Floren*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	15
Fragestellung.....	15
Überblick über die Ziele dieser Arbeit.....	16

## *Kapitel 1*

<b>Drittwirkung, Schutzpflicht und Vertragsrecht</b>	19
A. Drittwirkungsdiskussion.....	19
I. Unmittelbare und mittelbare Drittwirkung.....	20
1. Thesen.....	20
a) Nipperdey.....	20
b) Dürig.....	20
c) Andere Autoren.....	21
d) Rechtsprechung.....	24
2. Stellungnahme.....	27
a) Bindungsbegriff.....	27
b) Drittwirkung und subjektive Privatrechte.....	34
c) Schwabes Position.....	36
II. Drittwirkungsdiskussion und grundrechtliche Schutzpflichten.....	37
B. Soziale Gewalt und Vertragsrecht.....	41
I. Sonderproblem der Drittwirkung: Soziale Gewalt.....	41
II. Folgerung für die grundrechtsdogmatische Verarbeitung des Vertragsrechts.....	46

## *Kapitel 2*

<b>Grundrecht gegenüber der Zivilrechtsprechung</b>	48
A. Eingriffsdogmatik in der Grundrechtsanwendung.....	48
I. Nutzen für die Bestimmung des Tatbestands der Grundrechtsverletzung.....	48
II. Nutzen für die Bestimmung der Rechtsfolge der Grundrechtsverletzung.....	52

B. Eingriffsdogmatik in der Grundrechtsanwendung im Zivilrecht .....	54
I. Vom Staatseingriffsschema zum Eingriffsschema im weiteren Sinne .....	54
1. Übertragbarkeit des Schemas staatlicher Eingriffe auf nicht staatlich errichtete Freiheitshindernisse.....	54
2. Ereignishafte Freiheitsbeeinträchtigung als Auslöser von Grundrechtsschutz .....	58
II. Nutzen eines weiterentwickelten Eingriffsschemas für die Grundrechtsan- wendung im Zivilrecht .....	60
1. Nutzen für die Bestimmung des Tatbestands der Grundrechtsverletzung .....	60
a) Anwendbarkeit von Verhältnismäßigkeitsregeln der Eingriffsdogmatik.....	60
b) Auswirkung auf die Rationalisierbarkeit der Grundrechtsprüfung.....	63
2. Nutzen für die Bestimmung der Rechtsfolge der Grundrechtsverletzung.....	68
C. Eingriffsbegriff in der Grundrechtsanwendung im Zivilrecht .....	73
I. Auslegung des Eingriffsbegriffs durch Lübke-Wolff.....	73
II. Auslegung des Eingriffsbegriffs durch Schwabe.....	81
D. Folgerung für das Grundrecht gegenüber den Zivilgerichten.....	83
E. Durchsetzung des Grundrechts im Zivilrecht .....	84

### *Kapitel 3*

#### **Grundrechtliche Relevanz der Vertragsrechtsprechung** 93

A. Vereitelung eines vertraglichen Anspruchs.....	96
I. Vertraglicher Anspruch und Freiheit .....	99
1. Anspruchsrealisierung als grundrechtliche Gewährleistung der Nutzung von Vertragsfreiheit?.....	99
2. Anspruchsrealisierung als grundrechtliche Gewährleistung der Nutzung anderer Freiheiten?.....	102
3. Anspruchsrealisierung als grundrechtlicher Schutz von Vertrauen? .....	104
4. Anspruchsrealisierung als Eigentumsschutz? .....	107
a) Meinungsstand .....	107
b) Eigentumszuordnung und Eigentumsverletzung.....	107
II. Folgerung für die grundrechtliche Relevanz der Anspruchsvereitelung.....	116
1. "Verfassungsprozessuale Lösung" .....	116
2. Grundrechtsdogmatische Begründung.....	118
III. Folgerung für die grundrechtliche Relevanz der Vollstreckungsvereitelung .....	128



B. Grundrecht gegenüber der Vertragsrechtsprechung .....	130
--	-----

#### *Kapitel 4*

### **Staatliche Grundrechtspflichten im Vertragsrecht** 132

A. Grundrechtlicher Stellenwert der Vertragsfreiheit .....	133
--	-----

I. In Betracht kommende Grundrechtsnormen .....	133
---	-----

II. Einwände gegen die grundrechtliche Schutzwürdigkeit.....	142
--	-----

B. Inhalt staatlicher Grundrechtspflichten.....	147
---	-----

I. Pflicht, die Ausübung der Abredefreiheit (Vertragsfreiheit im materiellen Sinne) zu dulden.....	149
--	-----

1. Inhalt und Erfüllung der Pflicht .....	149
---	-----

2. Kollidierende Pflichten .....	150
----------------------------------	-----

a) Schutz des die Abredefreiheit Ausübenden (Verzichtsproblematik).....	150
---	-----

aa) Abredefreiheit und Verzichtsproblematik.....	150
--	-----

aaa) Verzichtsdiskussion und Verzichtsarten .....	151
---	-----

bbb) Bedeutung für die grundrechtliche Bewertung der Ausübung von Abredefreiheit .....	154
--	-----

ccc) Eingriffsdogmatische Erfassung der Vertragskonstellation.....	157
--	-----

bb) Nachteilsbegriff als Anknüpfungspunkt für Schutz.....	159
---	-----

aaa) "Äußerlicher Nachteil" und "Gesamtvorteil".....	159
--	-----

bbb) Bedeutung des "Selbstbewertungsrechts" des die Abredefreiheit Ausübenden.....	168
--	-----

ccc) Grundrechtliche Qualität des Gesamtnachteils.....	172
--	-----

b) Schutz Dritter durch "Gute Sitten" - Klauseln .....	176
--	-----

aa) Individuelles Anstandsgefühl als grundrechtliches Schutzgut.....	179
--	-----

bb) Grundrechtliche Präventivwirkung.....	181
---	-----

cc) "Gute Sitten" als eigenständige Grundrechtsschranke .....	192
---	-----

aaa) Grundrechtliche Funktion der Guten Sitten .....	193
--	-----

bbb) Störungen der grundrechtlichen Funktion .....	195
--	-----

ccc) Staatliche Schutzmöglichkeiten .....	197
---	-----

ddd) Kollidierende Grundrechte .....	199
--------------------------------------	-----

eee) Lösungsmöglichkeiten .....	201
---------------------------------	-----

II. Pflicht, "formale Vertragsfreiheit" zu gewähren.....	203
--	-----

1. Inhalt und Erfüllung der Pflicht .....	204
2. Kollidierende Pflichten .....	205
a) Schutz Dritter vor Auswirkungen des Vertragsvollzugs.....	205
b) Schutz Dritter durch "Gute-Sitten"-Klauseln .....	206
c) Schutz vor den Folgen bereueter Vertragsschlüsse.....	206
aa) Staatliche Vertragsdurchsetzung und Eingriffsrisiko.....	206
bb) Einseitige Leistungsbestimmungsrechte und Privateingriffsrisiko .....	207
III. Pflicht, inhaltliche Nutzungsbedingungen der Vertragsfreiheit zu gewähren .....	212
1. Inhalt und Erfüllung der Pflicht .....	212
a) Privateingriffsabwehr .....	212
b) Leistung von Nutzungsbedingungen.....	213
2. Kollidierende Pflichten .....	215
IV. Pflicht, zur Nutzung der Vertragsfreiheit zu motivieren.....	216
1. Grundrechtliche Bedeutung.....	216
2. Erfüllung der Pflicht.....	218
3. Kollidierende Pflichten .....	219

### *Kapitel 5*

<b>Grundrechtliche Pflichten der Rechtsprechung</b>	221
A. Rechtsanwendungsspielräume und grundrechtlicher Einfluß.....	221
I. Rechtsanwendungsspielräume .....	221
II. Grundrechtlicher Einfluß.....	223
B. Spielräume bei der Bildung von Fallnormen.....	224
I. Grundrechtliche Relevanz.....	227
1. Anforderungen an den überindividuell-grundrechtlichen Bezug von Fallnormen.....	228
2. Anforderungen an die Maßgeblichkeit der Fallnorm für den konkreten Rechtsstreit.....	236
II. Verpflichtende Wirkung.....	239
C. Spielräume bei der Ausübung von Rechtsfolgeermessen .....	253
D. Spielräume beim Einsatz von "Rechtsfindungsleistung" .....	254
E. Spielräume beim Unterstellen von Sachverhalten .....	260

*Kapitel 6***Gerichtliche Grundrechtspflichten im Vertragsrecht** 262

A. Spielräume bei der Bildung von Fallnormen.....	262
I. Spielräume bei der Anwendung und Auslegung von Vertragsgesetzesrecht .....	262
II. Anwendung von vertraglich erzeugtem Recht.....	266
1. Grundrechtlicher Konflikt: Selbstbestimmungsrecht von Erklärendem und objektive Vertragsauslegung .....	268
a) Grundrechtlicher Einfluß auf Willenserklärung- und Vertragsauslegung bei optimalen Nutzungsbedingungen der Vertragsfreiheit .....	268
aa) Auslegung von Willenserklärungen.....	268
bb) Ergänzende Auslegung von Verträgen.....	273
b) Grundrechtlicher Einfluß auf Willenserklärung- und Vertragsauslegung bei eingeschränkten Nutzungsbedingungen der Vertragsfreiheit .....	282
2. Grundrechtlicher Konflikt: Selbstbestimmungsrecht von Erklärendem und objektive Vertragsauslegung .....	285
a) Grundrechtlicher Einfluß im allgemeinen .....	285
b) Grundrechtlicher Einfluß bei eingeschränkten Nutzungsbedingungen der Vertragsfreiheit.....	288
B. Spielräume beim Einsatz von Rechtsfindungsleistung .....	290
C. Spielräume bei der Rechtsfolgenauswahl .....	291
I. Berührung von Grundrechten, insbesondere des Eigentumsgrundrechts durch vertragliche Verpflichtungen.....	292
1. Durchsetzung vermögenswerter Ansprüche: ein Eigentumseingriff?.....	292
2. Sonderfall: "Enteignungsgleicher Eingriff" durch das Gericht.....	301
3. Sonderfall: Eigentumsnutzungsverträge.....	306
4. Bedeutung der allgemeinen Handlungsfreiheit.....	309
II. Anwendbarkeit von Regeln der Eingriffsdogmatik .....	312
1. Eingriffsqualität der Durchsetzung von Verträgen.....	312
2. Gesetzesvorbehalt.....	315
3. Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne.....	316
4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	318
D. Spielräume bei der Unterstellung von Sachverhalt .....	329
E. Nichtanwendung grundrechtswidriger Rechts .....	332

F. Besonderheiten des Interessenausgleichs.....	333
G. Grundrechtsanspruch gegen die Vertragsrechtsprechung.....	335
I. Allgemein .....	335
II. Besonderheiten beim Eingriffsunterlassungsrecht?.....	338
1. BVerfG und herrschende Meinung .....	339
2. Eigene Auffassung.....	341
a) Funktion des in den Grundrechten verankerten Gesetzesvorbehalts .....	341
b) Folgen für die Unterscheidbarkeit von unrichtiger und grundrechtswidriger Rechtsprechung.....	344
c) Dogmatische Untermauerung.....	345
III. Folgen für die Begründetheit des Grundrechtsanspruchs gegen die Vertrags- rechtsprechung.....	348
1. Zwar: Keine Gleichsetzung von gerichtlichem gesetzwidrigem Grundrechts- eingriff und Grundrechtsverletzung.....	348
2. Aber: Mildere Anforderungen an den Grad des Verkennens .....	349
3. Folgerung für die Begründetheit des Grundrechtsanspruchs gegen die Ver- tragsrechtsprechung.....	350

### *Kapitel 7*

<b>Gewährleistung nutzbarer Vertragsfreiheit</b>	352
A. Inhalt und grundrechtliche Ableitung.....	352
B. Definition des Nachteils im Vertragsrecht.....	360
I. Vertragsrechtsspezifische Probleme der Nachteilsbestimmung.....	360
II. Lösungsansatz .....	362
III. Kriterien der Nachteilsbestimmung.....	367
1. Gerechte Verteilung der Vertragsabwicklungsrisiken .....	367
2. Gerechter Leistungspreis.....	369
a) Marktpreis als objektives Kriterium? .....	370
aa) Problem der praktischen Nichtexistenz des Gleichgewichtspreises .....	372
bb) Problem des nicht nachfragegerechten Verhaltens.....	373
b) Ausweg: Orientierung am aktuellen Marktpreis.....	375
C. Defizitäre Nutzungsbedingungen der Vertragsfreiheit .....	376
I. Zivilrechtsdogmatisch vertraute Defizite .....	376

II. Kräfteungleichgewicht.....	378
1. Arten von Kräfteungleichgewichten.....	378
2. Nötige Eigenschaften des Kräfteungleichgewichts.....	385
D. Erfüllung der grundrechtlichen Pflicht.....	388
I. Pflichterfüllung durch Inhaltskontrolle.....	388
II. Normative Mittel der Pflichterfüllung.....	393
1. § 242 BGB .....	393
2. § 138 BGB .....	398
3. § 134 BGB .....	408
4. AGBG.....	408
5. "Vollstreckungslösung".....	409
6. Neue Generalklauseln?.....	410
III. Abgrenzung zur Schutzpflicht des Gesetzgebers .....	412
IV. Fazit: .....	418
Zusammenfassung.....	420
Thesen.....	426
Gesamtfazit .....	428
Literaturverzeichnis .....	429
Sachregister.....	456



## Abkürzungsverzeichnis

Nachstehend sind Abkürzungen aufgeführt, die weder im Abkürzungsverzeichnis von *Kirchner*, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin / New York 1993, enthalten sind noch im Schrifttumsverzeichnis erklärt werden.

BtPrax	Zeitschrift für betreuungsrechtliche Praxis
BuW	Betrieb und Wirtschaft
HdbPsych	Handbuch der Psychologie
HmbgJbWiGPol	Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
IntJbPhil	Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie
JBl.	Juristische Blätter (Österreich)
ÖZöR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
recht	recht (Schweiz, <i>nicht</i> die gleichnamige vom deutschen BMJ herausgegebene Zeitschrift)
WiB	Zeitschrift für wirtschaftsrechtliche Beratung
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBIArbWiss	Zentralblatt für Arbeitswissenschaft
ZFPF	Zeitschrift für philosophische Forschung

## Einleitung

### Fragestellung

Verhandeln hat als Instrument staatlicher Steuerung gegenüber Befehl und Zwang an Bedeutung gewonnen<sup>1</sup>. Der Staatszweck wird deshalb nicht mehr allein vom Staat, sondern zunehmend auch von verhandlungsmächtigen privaten Gruppen ausgefüllt<sup>2</sup>. Kooperiert der Staat selbst mit den Bürgern, wirft dies grundrechtliche Probleme auf, die unter Überschriften wie "fiskalisches Handeln" des Staates, "öffentlich-rechtlicher Vertrag" oder "Grundrechtsverzicht" hinreichend oft erörtert werden. Schafft der Staat Rahmenbedingungen für Verhandlungen der Bürger untereinander, entstehen grundrechtliche Probleme, die ebenfalls daher rühren, daß auch hier auf individuelle Freiheitsräume nicht imperativ, sondern durch Verhandeln eingewirkt wird, nur diesmal *von* Bürgern. Regelt der Staat Einwirkungen von Bürgern auf Freiheiten von Bürgern — seien sie imperativ oder nicht imperativ, oder seien sie, wie in einer Vertragsbeziehung, in frühen Wirkungsphasen nicht imperativ, in späteren imperativ — führt dies zu neuen grundrechtlichen Fragen. Denn die zweipolige Beziehung Bürger - Bürger wird durch die Beziehung Staat - Bürger zu einem Dreieck erweitert. Somit scheinen zu dem Problem "Einwirken durch Verhandeln" noch die altbekannten und nun durch die Schutzpflichtdogmatik obsolet gewordenen Drittwirkungsprobleme hinzuzutreten. Die beiden BVerfG-Beschlüsse zu grundrechtlichen Pflichten von Gesetzgeber<sup>3</sup> und Gerichten<sup>4</sup> im Vertragsrecht hätten Anlaß zu vermehrten Anstrengungen geben können, dies Doppel-Grundrechts-Problem (nicht-imperative Beeinträchtigungen/Drittwirkung) grundrechtsdogmatisch zu erhellen, zumal schon vor langer Zeit vorgeschlagen worden war, zwischen vertraglichem und außervertraglichem Privatrecht einen Trennstrich zu ziehen<sup>5</sup>. Mit dieser Arbeit soll das Versäumte nachgeholt werden.

---

<sup>1</sup> Grimm, in: Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 291 (298, 1. Abs.).

<sup>2</sup> Grimm, Redebeitrag, VVDStRL 48 (1990), 134 (135 unten).

<sup>3</sup> BVerfGE 81, 242ff. - Handelsvertreter -.

<sup>4</sup> BVerfGE 89, 214ff. - Bürgerschaft -.

## Überblick über die Ziele dieser Arbeit

Der herkömmlichen Grundrechtsdogmatik standen zwei Wege zur Verfügung, sich den Grundrechten im Vertragsrecht dogmatisch zu nähern: Den ersten Weg eröffnete die Drittwirkungsdiskussion. Die Beschäftigung mit Grundrechten und "sozialer Macht" hätte dazu führen können, die Frage nach der Wirkung von Grundrechten in privatrechtlichen Beziehung differenzierend zu beantworten: Es gibt einen Schutzmechanismus der Grundrechte, der durch ein solches privates grundrechtsbeeinträchtigendes Verhalten aktiviert wird, das sich auf die Mitwirkung des Opfers an einer dieses Verhalten regelnden Norm stützt (vertragsbezogenes Verhalten). Lassen sich von diesem Schutzmechanismus diejenigen Schutzmechanismen gewinnbringend unterscheiden, die durch alle sonstigen grundrechtsbeeinträchtigenden Verhaltensweisen Privater (deliktisches Verhalten) aktiviert werden? Anders ausgedrückt: Aktiviert die Ausübung der durch Verträge geschaffenen "sozialen Macht" andere Schutzmechanismen als die Ausübung angemessener, bloß faktischer Macht? Diese Differenzierung hat die Drittwirkungsdiskussion nie geleistet, weil sie vorrangig damit beschäftigt war, Grundrechte privatrechtskonform zu machen, sie also für die Zivilgerichte "anwendungsgerecht" in subjektive Privatrechte zu übersetzen. War ein mittelbarer oder unmittelbarer Weg gefunden, konnte es nicht mehr die entscheidende Rolle spielen, welche Grundrechtsfunktion sich durch die entdeckten grundrechtsmediatisierenden Zivilrechtsansprüche verwirklichen ließ und welche Schutzmechanismen aktiviert wurden.

Der zweite Weg, welcher der Grundrechtsdogmatik offenstand, war die grundrechtliche Behandlung des Vertragsrechts unter dem Grundrechtsverzichts-Begriff. Dieser Weg erfreute sich größerer Beliebtheit als der Drittwirkungsweg, mündete aber nie in eine Untersuchung des Privatvertragsrechts ein. Er verengte sich stattdessen auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse, insbesondere den verwaltungsrechtlichen Vertrag. Der Zusammenhang zwischen Verzichtserklärung und dem grundrechtlichen Erlaubtsein verzichtsgegenständlichen staatlichen Verhaltens wurde zwar intensiv thematisiert, insbesondere wurden viele Versuche unternommen, Bedeutung und Voraussetzungen für die Freiwilligkeit von Verzichtserklärungen zu klären. Doch wurde meist nicht der Versuch unternommen, die Einzelakte des Verzichtsgeschehens, nämlich erstens die Verzichtserklärung selbst, zweitens die sich aus der Verzichtserklärung ergebende Norm (privat- oder öffentlich-rechtlicher Vertrag) und drittens das sich auf diese Norm stützende Verhalten jeweils zunächst für sich grundrechtlich zu würdigen und dann daraus Schlußfolgerungen für die modifizierte

---

<sup>5</sup> Schon *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 379 Mitte, unterschied zwischen außervertraglichem und vertraglichem Bereich; dagegen *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 3 Abs. 1 (Stand 1973), Rdn. 513, 6. a).

Beschreibung alter oder die Schaffung neuer Grundrechtsfunktionen zu ziehen. Statt dessen wurde jedem Einzelakt des Verzichtsgeschehens eine Grundrechtsfunktion zugeordnet (der Verzichtserklärung wurde das Selbstbestimmungsrecht, die sogenannte "Verzichtsfreiheit" zugeordnet; hingegen wurde der Folge der Verzichtserklärung, also dem verzichtsgegenständlichen Verhalten, das grundrechtliche Abwehrrecht gegenüber Beeinträchtigungen zugeordnet) und dann beide Funktionen in "Kollisionskurs" gebracht.

Auch eine Differenzierung der Folgen von Verzichtserklärungen nach der Rechtsfolge "Vertrag" und der *tatsächlichen* Folge "Ausübung des vertraglichen Anspruchs" bzw. "staatliche Durchsetzung des Vertrags" unterblieb. Es wurde ferner unterlassen, aus den Umständen der Entstehung verzichtsbedingter Normen irgendwelche grundrechtsdogmatischen Folgerungen für die Würdigung der staatlichen Anwendung dieser Normen zu ziehen. Das Vollstreckungsrecht wurde grundrechtlich strikt vom Erkenntnisrecht getrennt.

Die Wiederentdeckung der grundrechtlichen Schutzpflicht bereitet einem weiteren, in dieser Arbeit eingeschlagenen Weg den Boden. Bisher war es nicht nötig, ein Kriterium des Anlasses staatlichen Grundrechtsschutzes eingehender zu untersuchen, das bei allen ungewollten Fremdeinwirkungen auf Freiheiten unproblematisch vorausgesetzt wird: den grundrechtlichen *Nachteil*. Ob nicht gewollte Einwirkungen gerechtfertigt sind, mag strittig sein, ihre Eigenschaft, schutzauslösende Nachteile zu sein, wird aber meist nur im Hinblick auf die Abgrenzung zur Bagatelle problematisiert. Demgegenüber können *gewollte* Fremd- oder Selbsteinwirkungen bei einem ersten Auflegen der traditionellen Nachteilsschablone schutzauslösend, beim zweiten Hinsehen jedoch Vorteile sein, deren Bewirkung der Staat nicht verhindern, sondern ermöglichen muß. Es geht also möglicherweise, anders als in der bisherigen Verzichtsdiskussion ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt, im Unterschied zum "aufgedrängten Grundrechtsschutz" nicht darum, zwei kollidierende staatliche Grundrechtspflichten auszugleichen. Es geht vielmehr darum, eine staatliche Pflicht zur Realisierung von Freiheit zu beschreiben: einer *riskanten Freiheit*, d. h. eine Freiheit die durch Bewirken äußerlich nachteiliger Zustände für sich selbst mit Hilfe anderer genutzt wird. Das Gegenstück dieser Pflicht ist ebenfalls eine staatliche Pflicht: die Pflicht, solche Nachteile zu verhindern, die bei der Ausübung dieser Freiheit entstehen.

Diese Beschreibung macht es zunächst erforderlich, das grundrechtsdogmatische Grundinstrumentarium so zu erweitern, daß sich die hergebrachte Eingriffsunterlassungsdogmatik sowohl für das Verhältnis Staat - Bürger als auch für den außervertraglichen Teil des Privatrechts verwendungsfähig machen läßt, damit ein spezifisch für das Vertragsrecht entwickelter Schutzmechanismus um so schärfere Konturen gewinnen kann. Auf der Grundlage einer so weiterentwickelten Dogmatik sollen sich Zivilvertrags-Fälle in zwei Konstellationen von grundrechtlich bedeutsamen Ereignisabläufen gliedern lassen: Die erste ist der harmonische Vertragsvollzug. Er kann für den sich verpflichtenden Teil ein