

Artz/Gsell/Harke/Lima Marques/Meller-Hannich (Hrsg.)

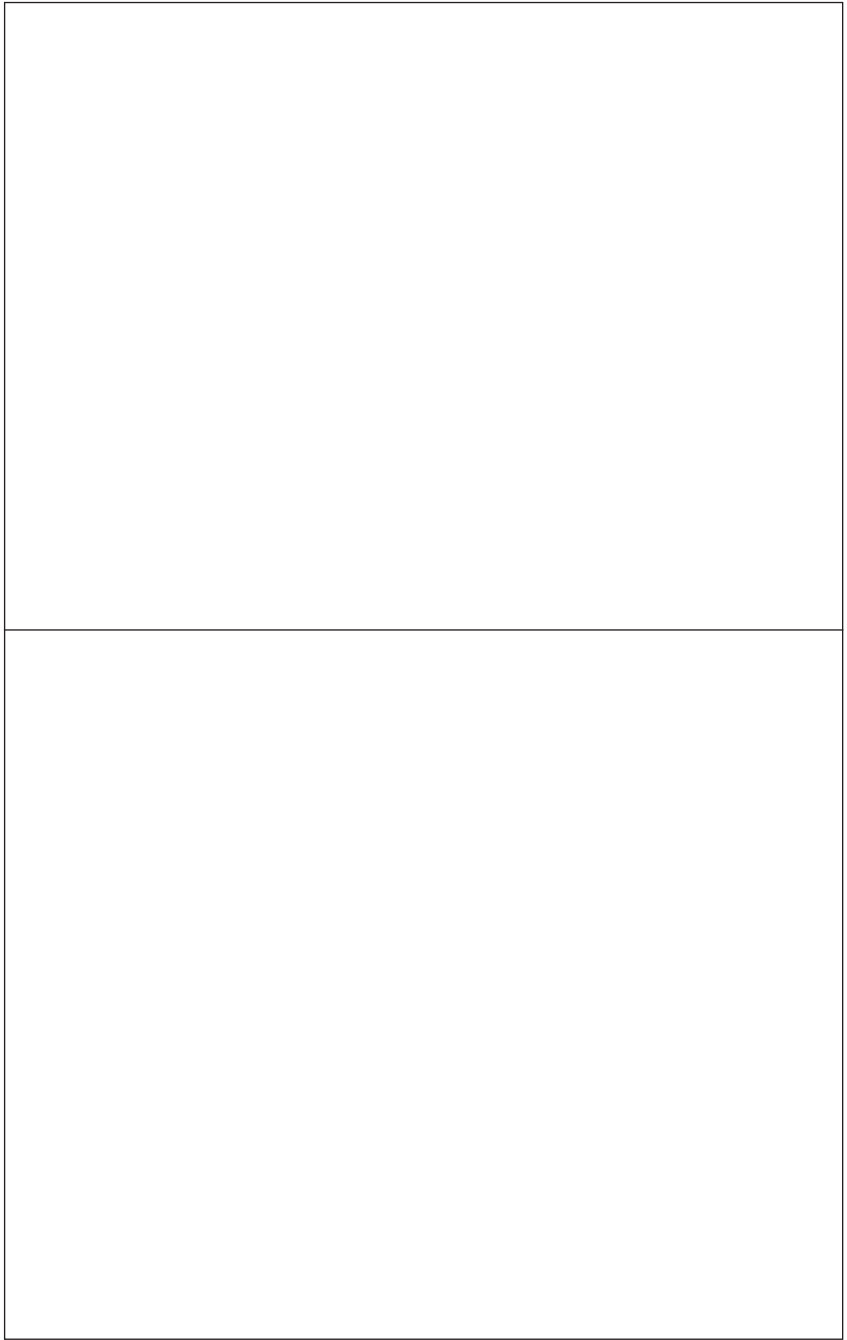
Wer ist der Verbraucher?

Verbraucherbegriffe, Verbraucherleitbilder und
situative Differenzierungen im Verbraucherschutz

Tagungsband zum III. Workshop des brasilianisch-deutschen
Forschungsnetzwerkes zum Verbraucherrecht



Nomos



Markus Artz/Jan Dirk Harke/Beate Gsell
Claudia Lima Marques/Caroline Meller-Hannich (Hrsg.)

Wer ist der Verbraucher?

Verbraucherbegriffe, Verbraucherleitbilder und
situative Differenzierungen im Verbraucherschutz

Tagungsband zum III. Workshop des brasilianisch-deutschen
Forschungsnetzwerkes zum Verbraucherrecht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3671-3 (Print)

ISBN 978-3-8452-8023-3 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Einleitung	7
Grundrechte und Verbraucherschutz in Brasilien: Die Rechtsprechung des Oberen Justizgerichts und des Obersten Bundesgerichtshofs <i>Gilmar Mendes</i>	9
Defizitärer europäischer Verbraucherschutz im toten Winkel des Binnenmarktes? Europäisches Verbraucherschutzrecht ohne Binnenmarkt? <i>Peter-Christian Müller-Graff</i>	37
Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz im Mercosur <i>Augusto Jaeger Junior</i>	51
Bedeutung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verbrauchers – Verbraucherschutz bei der „0 %-Finanzierung“ <i>Markus Artz</i>	73
Rechtsgeschäfte anlässlich der Unternehmensgründung als Verbrauchergeschäfte – vergleichende Betrachtungen zum unionsrechtlich geprägten deutschen und zum brasilianischen Recht <i>Sven Korzilius</i>	83
Kodifikation des Verbraucherschutzes im Bereich des Vertrags: deutsches und brasilianisches Modell im Vergleich <i>Fábio Siebeneichler de Andrade</i>	111
Elektronischer Geschäftsverkehr und Revision des Brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes <i>Fabiano Menke</i>	127

Inhalt

Der Kühlschrankfall – Das Dilemma des gutmütigen Lieferanten in der Lieferkette im Hinblick auf mangelbedingte Ein- und Ausbaurkosten	139
<i>Martin Rothermel</i>	
Materialisierung im privatrechtlichen Datenschutz: Das Zusammenspiel einer gehaltvollen Zustimmung und Schutz vor Informationsrisiken	151
<i>Laura Schertel Mendes</i>	
Die Rückgewähr nach Widerruf im europäischen und neuen brasilianischen Recht	167
<i>Jan Dirk Harke</i>	
Verbraucherschutz im Reiserecht	183
<i>Ansgar Staudinger</i>	
Begriff und Leitbild des Verbrauchers im Zivilprozess	193
<i>Caroline Meller-Hannich</i>	

Einleitung

Auch wenn vielfach ohne erläuternde Zusätze vom „Verbraucher“, von „Verbraucherschutz“ oder „Verbraucherrecht“ die Rede ist, verbergen sich hinter diesen einheitlichen „Etiketten“ bei näherer Betrachtung unterschiedliche Verbraucherbegriffe und Verbraucherleitbilder sowie verschiedene Schutzkonzeptionen und gesetzgeberische Zwecke. Diese sind ihrerseits Ausdruck der jeweiligen wirtschaftlichen, sozialen und gesellschaftlichen Verhältnisse, aber auch bestimmter rechtspolitischer Wert- und Richtungsentscheidungen.

Ein genauere Blick hinter die einheitliche begriffliche „Fassade“ des Verbrauchers sowie eine genauere Differenzierung der Begrifflichkeiten, Leitbilder und Schutzkonzeptionen erscheint deshalb ebenso lohnend wie eine präzisere Betrachtung der situativen Differenzierungen im Verbraucherrecht. Die verschiedenen Instrumente des Verbraucherschutzes sind nämlich nicht in jedem verbraucherrechtlichen Kontext gleichermaßen effektiv und angemessen. Je nach den verfolgten Zielen und den zugrundeliegenden Umständen erweisen sie sich sogar als ungeeignet bis untauglich. So begegnet beispielsweise das Informationsmodell beim mündigen aktiven Verbraucher weniger Bedenken als in Bezug auf den verletzlichen Verbraucher. Dem mündigen Verbraucher weist das Europäische Verbraucherprivatrecht die Rolle zu, durch grenzüberschreitende Nachfrage den Binnenmarkt voranzubringen; der verletzliche Verbraucher wird aufgrund wirtschaftlicher Armut, unzureichender Bildung, Krankheit oder Behinderung oft außerstande sein, Angebote auf den Märkten überhaupt effektiv zu vergleichen und den Vergleich in sein Nachfrageverhalten einzubeziehen.

Der III. Workshop des brasilianisch-deutschen Forschungsnetzwerkes zum Verbraucherrecht, der im März 2016 in München stattfand, befasste sich in rechtsvergleichender Perspektive mit den unterschiedlichen Verbraucherbegriffen, Verbraucherleitbildern und situativen Differenzierungen im Verbraucherrecht. Das brasilianisch-deutsche Forschungsnetzwerk zum Verbraucherrecht besteht seit 2014 und steht für einen kontinuierlichen wissenschaftlichen Dialog zwischen brasilianischen und deutschen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern. Die nachfolgenden Beiträge der brasilianischen und deutschen Referentinnen und Referenten, in der

Mehrzahl Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer aber auch Vertreter anderer juristischer Berufe, eröffnen einen vertieften Blick auf Entwicklung, aktuellen Stand und Perspektiven verschiedener Facetten des brasilianischen, des deutschen und des europäischen Verbraucherrechts.

Die Herausgeberinnen und Herausgeber, März 2017

Grundrechte und Verbraucherschutz in Brasilien: Die Rechtsprechung des Oberen Justizgerichts und des Obersten Bundesgerichtshofs

Gilmar Mendes

1. Einführung

Vom Ursprung her werden die Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte aufgefasst, d.h. als Rechte des Bürgers dem Staat gegenüber. Wenn man also in Betracht zieht, dass die Grundrechte Prima-facie-Rechte gegen den Staat sind, dann scheint die Schlussfolgerung korrekt zu sein, dass alle Mächte und Ausübenden öffentlicher Ämter mit jenen unantastbaren Vorschriften verknüpft sind, die diese Grundrechte und Garantien enthalten.

Anders ausgedrückt: die Forderung, dass jene die Grundrechte und Garantien bestimmenden Normen eine sofortige Anwendung haben müssen, zeigt deutlich das Bestreben der verfassungsgebenden Gewalt, eine komplette und integrale Bindung staatlicher Körperschaften mit den Grundrechten herbeizuführen.¹

Wie bereits erwähnt, sind die Grundrechte für alle staatlichen Mächte geltend, sei es für die Legislative, die Exekutive oder die Judikative und zwar im Bereich des Bundes, der Bundesstaaten und der Gemeinden.

In diesem Zusammenhang kommt der Frage bezüglich des Umfangs dieser Bindung eine besondere Bedeutung zu und hier vor allem bei der Anwendung von Grundrechten und Garantien innerhalb privater Beziehungen. Wenn der Staat keinerlei Diskriminierung oder Einschränkung wegen des Geschlechts, des Alters, der Rasse, der religiösen oder philosophischen Einstellung auferlegen kann, dann ist es durchaus zulässig zu ermitteln, inwieweit sich die privaten Körperschaften bei ihren juristischen

¹ Vgl. darüber im deutschen Recht, STERN; Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III (1), S. 1988, S. 1204; DÜRIG. Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1, Nr. 100.

Relationen von derartigen Elementen der Einschränkung oder Diskriminierung beeinflussen lassen können.

Mit anderen Worten: wäre es legitim, wenn eine religiöse Schule bei der Vertragsschließung nur Lehrkräften den Vorzug gäbe, die dieser Religion angehören? Oder könnte eine bestimmte Lehranstalt ein Lehrerehepaar entlassen mit der Begründung, dass beide ohne eine offizielle Eheschließung zusammenleben?

Weitere Ermittlungen sind gleichermaßen denkbar:

- 1) in welchem Maß könnte beispielsweise die Freiheit des Ausdrucks jemandem erlauben, das Publikum zum Boykott gegen irgendeine Veröffentlichung oder eine künstlerische Arbeit (z.B. ein Buch oder einen Film) aufzurufen?
- 2) Könnte das Prinzip der Gleichheit bei der Anwendung von Kriterien zur vertraglichen Bindung ein Unternehmen daran hindern, eine bestimmte Personengruppe zu bevorzugen, z.B. die Anhänger einer gewissen philosophisch-sozialen Anschauung?
- 3) Könnte die Verwaltung einer „Arbeitersiedlung“ (company-town) die Anhänger der Zeugen Jehovas daran hindern, Pamphlete auf Straßen und Plätzen zu verteilen?²
- 4) Könnten es die Eigentümer oder Verwalter von „Einkaufszentren“ verhindern, dass Informationen über Themen verteilt werden, die das öffentliche Interesse betreffen und die nicht in Räume gehören, die ausschließlich dem Privatbesitz vorbehalten sind?³
- 5) Welche Grenzen sind der Verantwortlichkeit der öffentlichen Organe in jenem Falle gesetzt, wenn ein Café oder Restaurant, das die Berechtigung oder die Erlaubnis hat zu funktionieren, eine Person aufgrund ihrer Rasse oder Hautfarbe nicht bedient?⁴

Es gibt also viele und verschiedenartige Situationen.

2 Vgl. NOWAK, John E./ROTUNDA, Ronald D. Constitutional Law. 5. Aufl., 1995, S. 479; siehe „Marsh versus Alabama“, 326 U.S. 501, 66 S.Ct. 276, 90 L. Ed.265 (1946).

3 Vgl. NOWAK und ROTUNDA. Constitutional Law, op.cit., S. 480; siehe Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, 391, U.S. 302. 82. S.Ct. 1601, 20 L.Ed. 2d 603 (1968), Llooyd Corp. Limited v. Tanner, 407 U.S. 551, 92 S. Ct. 2219, 33 L. Ed. 2d 131 (1972), u.a.

4 Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961).

In den diversen juristischen Systemen, sei es unter dem Einfluss der deutschen Doktrin der *Drittwirkung*, sei es unter der Einwirkung des amerikanischen Konzepts der *state action* sind diese Fragen immer wieder diskutiert worden.

Relevant können sie im Hinblick auf die Grundrechte sein, wenn es sich um das Vertragsverbot bei einer Person handelt, die eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem unbegrenzten Zeitraum ausübt; oder auch im Hinblick auf die Forderung, dass ein Mietvertrag nicht mit einer dunkelhäutigen Person abgeschlossen werde; oder in Bezug auf eine im Testament festgelegte Klausel, in der die männlichen Erben bevorzugt sind; oder auch, wenn verlangt wird, dass ein Sabbatist auch am Samstag arbeitet.⁵

All diese Fragestellungen tragen dazu bei, die Bedeutung der Grundrechte innerhalb der privaten Beziehungen hervorzuheben.

Andererseits besteht kein Zweifel, dass die erforderliche Mittlerrolle der Öffentlichen Gewalt, ob in administrativer, legislativer, oder juristischer Hinsicht, diese Frage noch relevanter werden lässt.

Will man genau erfahren, ob die Grundrechte für eine gegebene private Beziehung relevant sind oder nicht, wird man überprüfen müssen, ob das Profil der jeweiligen Auseinandersetzung rein gewöhnlich (legal) oder konstitutionell ist; denn dies kann ernste Konsequenzen im Hinblick auf die eigentliche Definition der zuständigen juristischen Organe haben.⁶

5 Vgl. diesbezüglich BLECKMANN, Albert. Staatsrecht II – Grundrechte. 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, S. 176.

6 Es sei hervorgehoben, dass die unter uns bestehende – falsche – Idee über eine absolute Trennung zwischen legalen und konstitutionellen Fragen viele dazu geführt hat, die „Irrevisibilität“ der vom Oberen Justizgericht gefällten Urteile bei speziellen Berufungen zu unterstützen. Zwar verlangt das Thema eine streng prozessmäßige Erklärung (Moment der Rechtsmitteleinlegung, die „Vorfrage“, die Trennung zwischen der simplen Interpretation des ordinären Rechts und der Verletzung der Verfassung usw.), doch scheint es keinen Zweifel zu geben, dass die Verknüpfung an die Grundrechte auch seitens der Organe der Judikative zur Anerkennung dieser Möglichkeit induziert, zumindest aus der Perspektive des materiellen konstitutionellen Rechts.

2. Effektivität der Grundrechte im Rahmen des Privatrechts

2.1. Einleitende Betrachtungen

Die Frage im Hinblick auf die Effektivität der Grundrechte im Rahmen der Beziehungen zwischen Privateinrichtungen prägte die doktrinäre Debatte in den fünfziger und zu Beginn der sechziger Jahre in Deutschland.⁷ Auch in den Vereinigten Staaten hat man unter dem Motto *state action* intensiv darüber diskutiert, die Grundrechte in den Privatsphären anzuwenden.⁸

Es ist leicht zu erkennen, dass die im 19. Jahrhundert und selbst während der Weimarer Republik vorherrschende Doktrin dahingehend orientierte, dass die Grundrechte das Individuum gegen eventuelle Aktionen des Staates zu schützen hatten, selbst aber keine größere Bedeutung für die privatmäßigen Beziehungen besaßen. Aus zwei Grundrechten mit offenkundiger Effektivität für private Körperschaften (Artikel 118, I, 1. Absatz – Meinungsfreiheit; Artikel 159, 2. Absatz – Kartellfreiheit) wurden ausgewählt ein *argumentum* und ein Gegensatz.⁹

Das Verständnis, demzufolge die Grundrechte in der zwischen dem Bürger und dem Staat bestehenden Beziehung in unilateraler Form wirken, hat schließlich zu der legitimen Idee geführt, dass es bei irgendeiner staatlichen Einmischung¹⁰ immer einen Freiraum für den Bürger gäbe. Aus der Anwendung dieser Idee ergaben sich sowohl in theoretischer als auch praktischer Hinsicht schwer zu lösende Probleme. Im Bereich des Zivilrechts selbst sind zahllose Interessenkonflikte mit Auswirkungen auf die Grundrechte bekannt.¹¹ Der Nutzen, den man einem Bürger zugestanden hat, gestaltet sich in nicht seltenen Fällen zu der Nötigung, einem anderen Einschränkungen aufzuerlegen.

7 RÜFNER. Die Subjekte der Grundrechte, S. 485 (550).

8 Vgl. diesbezüglich NOWAK und ROTUNDA, Constitutional Law, op.cit., S. 470 s; TRIBE, Laurence H. Refocusing the „State Action“ inquiry: separating state acts from state actors. In: Constitutional Choices, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1985, S. 246 ff.

9 Vgl. ANSCHÜTZ, Gerhard. Die Verfassung des deutschen Reichs, 1933, Art. 117, Anmerkung 1 (S. 549, Art. 118, Anm. 5 (S. 556); Art. 159, Anm. 1 (S. 731).

10 Vgl. diesbezüglich RÜFNER. Die Subjekte der Freiheitsrechte, op.cit., S. 554.

11 In Bezug auf die Anwendung konstitutioneller Prinzipien bei der Lösung von Kontroversen, wie sie für das Privatrecht typisch sind, vergleiche Jörn IPSEN, Verfassungsprivatrecht?. Juristen Zeitung, 69. Jahrgang, Februar 2014, S. 175-208.

Aus diesem Grund hebt RUFNER hervor, dass fast alle Privatrechte mit einem Grundrecht in Beziehung gesetzt werden können:

„Die von den Bürgern abgeschlossenen Verträge und ihre Deutungen erwecken, losgelöst von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, kein großes Interesse. Das Kollisionsproblem von Grundrechten stellt sich auch hier in frequenter Form dar: die Freiheit zur vertraglichen Bindung beinhaltet das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und das des Besitztums. Aus diesem Grund muss die Kollision bei der juristischen Evaluierung der Verträge als konstitutionelles Element betrachtet werden. Die Aufnahme vertraglicher Anknüpfungen auf der Grundlage privater Autonomie steht folglich in Bezug zur Ausübung von Grundrechten. Gerade durch die Übernahme von Vertragsverpflichtungen kommt es ja zu einer Form der Grundrechte, mit der die Freiheit für die Zukunft eingeschränkt wird. Die freie Wahl des Berufs und dessen freie Ausübung nehmen auf diese Weise konkrete Umrisse an. Die freie Ausübung des Besitzrechts besteht ebenfalls darin, den Besitz für frei ausgewählte Zwecke zu verwenden. Die freie Meinungsäußerung und die Pressefreiheit, die Glaubensfreiheit und die Kunstfreiheit sind nicht realisierbar, ohne dass den Bürgern die freie Übernahme von Pflichten möglich ist. Selbst die Freiheit des Bewusstseins ist von Vertragsbindungen nicht ausgeschlossen.“¹²

Gleichermaßen problematisch präsentiert sich in der Sphäre von Verhandlungen das Postulat der Gleichheit.

Da der Staat mit den Grundrechten die Freiheit des Bürgers garantiert, kann er diese Freiheit nicht entfernen, indem er ganz einfach das Prinzip der Gleichheit anwendet. Einbezogen im politischen und religiösen Engagement ist sowohl die freie Ausübung des Besitzrechts als auch die freie Ausübung des Rechts auf die Entfaltung der Persönlichkeit. Die Freiheit des Ausprobierens ist integraler Bestandteil der Freiheit des Differenzierens aufgrund politischer oder religiöser Motive.

Folglich stellt sich angesichts juristischer Angelegenheiten die Frage nach ihrer eigenen Gültigkeit als Ergebnis einer eventuellen Missachtung oder Widrigkeit den Grundrechten gegenüber.¹³

Andererseits gilt als gewiss, dass man in der Beziehung zwischen Bürgern nicht versuchen kann, den Konflikt mit der Behauptung zu lösen – die bereits in Bezug auf die Öffentliche Macht zweifelhaft ist – hier ginge es darum, *in dubio pro libertate* zu entscheiden, da es sich ja nicht um die Festlegung einer Einschränkung oder Begrenzung im engeren Sinne handelt.¹⁴

12 RUFNER. Die Subjekte der Freiheitsrechte, op.cit., S. 554 ff.

13 Vgl. RUFNER. Die Subjekte der Freiheitsrechte, op.cit., S. 556.

14 Vgl. RUFNER. Die Subjekte der Freiheitsrechte, op.cit., S. 555-556.

Die Erkenntnis, dass den Grundrechten in der juristischen Ordnung eine bedeutende Aufgabe zukommt und zwar nicht nur als Verbot von Interventionen (Verteidigungsrecht), sondern auch als Postulat des Schutzes, trägt – laut Canaris – dazu bei, den Einfluss dieser Postulate im Rahmen des Privatrechts zu verdeutlichen.¹⁵

2.2. Die Doktrin über die direkte Effektivität der Grundrechte

Unter der Vorherrschaft des Bonner Grundgesetzes engagierte sich Hans Carl Nipperdey¹⁶ für die direkte Anwendung der Grundrechte im Bereich privater Relationen, was schließlich dazu führte, dass das Bundesarbeitsgericht eine diesbezüglich klare und positive Haltung bezog (*unmittelbare Drittwirkung*).¹⁷

Das Arbeitsgericht rechtfertigte diese Einstellung folgendermaßen:

„Allerdings beziehen sich nicht alle, aber eine Reihe von Grundrechten darauf, nicht nur dem Staat gegenüber die Freiheitsrechte zu sichern, sondern auch die Grundlagen des sozialen Lebens festzusetzen. Dies bedeutet, dass Verfügungen, die mit den Grundrechten verbunden sind, eine direkte Anwendung auf die zwischen den Individuen bestehenden privaten Relationen haben müssen. Folglich dürfen Verträge des Privatrechts, juristische Angelegenheiten und Vorgehen nicht dem zuwiderhandeln, was man vereinbarungsgemäß als grundlegende Ordnung oder öffentliche Ordnung bezeichnet hat.“¹⁸

Ein derartiges Verständnis wurde vor allem wegen der mangelhaften Rechtfertigung im Hinblick auf Art. 1, III des Grundgesetzes kritisiert, da dort lediglich die ausdrückliche Anknüpfung der staatlichen Mächte an die Grundrechte vorgesehen ist.¹⁹

Zudem wurde behauptet, dass die unmittelbare Wirksamkeit der Grundrechte auf die privaten Sphären das Prinzip der Privatautonomie beseitigen

15 CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 (163).

16 NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 13.

17 Vgl. BAGE 1, 185 (193).

18 Vgl. BAGE 1, 185 (192).

19 Vgl. BATTIS, Ulrich/GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. Aufl., Heidelberg, 1991, S. 346; PIEROTH und SCHLINK, Grundrechte – Staatsrecht II, S. 49 ff., PIEROTH und SCHLINK, Direitos Fundamentais, S. 113.

würde, wodurch es zu einer tiefgreifenden Veränderung der eigentlichen Bedeutung des Privatrechts als Ganzes käme.²⁰

Im übrigen würde die direkte Anwendung der Grundrechte auf die privaten Beziehungen ein unüberwindbares Hindernis vorfinden, nämlich die Tatsache, dass die Akteure dieser Beziehungen – im Gegensatz zur Relation Staat-Bürger – im Prinzip den gleichen Schutz verdienen und fordern.²¹

Es ist eindeutig, dass dem Thema einige Schwierigkeiten innewohnen.

Man könnte als Argument die im Artikel 1 des Grundgesetzes stehende Verfügung angeben, derzufolge „die Menschenrechte die Grundlage jeder Gemeinschaft“ darstellen.²² Man könnte außerdem anführen, dass die Existenz spezifischer sozialer Kräfte, wie ökonomische Zusammenballungen, Gewerkschaften und Verbände von Sponsoren vor allem das Argument von Gleichheit innerhalb privater Körperschaften abschwächen und somit die Forderung entsteht, in gewissem Maße die Anwendung der Grundrechte auch in den privaten Beziehungen anzuerkennen.²³

Diesen beiden Argumenten mangelt es jedoch an normativer Kraft, da sowohl der Text des Grundgesetzes als auch die eigentliche Entwicklungsgeschichte dieser Rechte nicht zu der Schlussfolgerung ermächtigen, dass eine direkte und unmittelbare Anwendung der Grundrechte auf die Privatsphäre vorgenommen werden kann.²⁴

Selbst ausdrückliche Verfügungen wie jene im Art. 18, Nr. 1 der Verfassung von Portugal enthaltene Bestimmung, dass die Grundrechte auf die privaten Körperschaften angewandt werden sollen, oder das Projekt der Sonderkommission zur Gesamtüberprüfung der Schweizer Verfassung (Art. 25) – Gesetzgebung und Rechtsprechung müssten dafür sorgen, dass die Grundrechte sinngemäß auch unter Privaten wirksam werden²⁵ – derartige Verordnungen scheinen in Wirklichkeit nicht geeignet zu sein, das Problem zu lösen.²⁶

20 HESSE. Grundzüge des Verfassungsrechts, op.cit., S. 142.

21 HESSE. Grundzüge des Verfassungsrechts, op.cit., S. 142.

22 Vgl. diesbezüglich PIEROTH und SCHLINK. Grundrechte – Staatsrecht II, S. 50 und PIEROTH und SCHLINK, Direitos Fundamentais, S. 114.

23 Vgl. diesbezüglich PIEROTH und SCHLINK. Grundrechte – Staatsrecht II, S. 50 und PIEROTH und SCHLINK, Direitos Fundamentais, S. 113.

24 PIEROTH und SCHLINK. Grundrechte – Staatsrecht II, op.cit., S. 50, PIEROTH und SCHLINK, Direitos Fundamentais, S. 114.

25 BLECKMANN, Albert. Staatsrecht II – Die Grundrechte, op.cit., S. 176.

26 Vgl. diesbezüglich VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais e a Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra, 1987, S. 281.

Im Hinblick auf die festgelegte Formel in der portugiesischen Verfassung unterstreicht Vieira de Andrade folgendes: „Dass die konstitutionellen Vorschriften die privaten Körperschaften einbeziehen, kommt hier deutlich zum Ausdruck, doch wird nicht gesagt, wie sich diese Verknüpfung vollzieht und bezeichnenderweise ist auch nicht festgelegt, ob diese und jene, mit der die öffentlichen Mächte verpflichtet werden, identisch ist.“²⁷

Wie Dürig, dieser bedeutende deutsche Konstitutionalist lehrt, könnte in Wirklichkeit die direkte Anwendung der Grundrechte auf die Privatsphäre das Prinzip der Privatautonomie überaus unterdrücken oder einschränken. Es ist also das eigentliche System der Grundrechte selbst, laut Dürig, mit dem erlaubt und legitimiert wird, dass die Individuen den Angelegenheiten des Privatrechts, die mit diesen Rechten nicht übereinstimmen, die erforderliche Anpassung verleihen.²⁸

Der gleichen Orientierung folgt Konrad Hesse, der hervorhebt, dass die zwischen Privatpersonen bestehenden Beziehungen grundsätzlich von der Idee der Gleichheit geprägt sind. Die direkte Verknüpfung zwischen privaten Körperschaften und den Grundrechten könne nie sehr tiefgreifend sein, denn im Gegensatz zu der Beziehung Staat-Bürger würden sich die Grundrechte für oder gegen die zwei Teilnehmer innerhalb der Privatrechtbeziehung verhalten.²⁹

Andererseits sollte man nicht vergessen, dass die Kontroversen zwischen Privaten auf der Basis des Privatrechts von der Judikative entschieden werden müssen. Da die Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden ist, scheint es unvermeidlich, dass dem konstitutionellen Thema Bedeutung beigemessen wird – sowohl bei der Entscheidung durch die ordentliche Gerichtsbarkeit als auch im Falle einer eventuellen Stellungnahme des Verfassungsgerichts.³⁰

27 VIEIRA DE ANDRADE: *Direiros Fundamentais e a Constituição Portuguesa de 1976*, S. 281.

28 DÜRIG, in: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz – Kommentar*, Art. 1, III, Nr. 130.

29 HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, S. 159.

30 PIEROTH und SCHLINK. *Staatsrecht II*, op.cit., S. 50 und PIEROTH und SCHLINK, *Direitos Fundamentais*, S. 113.

3. Angewandte Grundrechte in der Privatsphäre und Verbraucherschutz bei der Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofes

Zur Entwicklung des Themas ist man in Brasilien bemüht, sich der jüngsten Doktrin auch weiterhin beharrlich zu widmen. Genannt seien diesbezüglich die Studienarbeiten von Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino do Vale und Thiago Sombra, die den Reifeprozess dieser Frage am Gerichtshof ebenfalls hervorheben.³¹

Wie bereits erwähnt, entstand durch das Thema der Anlass, in Europa und in den USA, eine doktrinäre und rechtswissenschaftliche Diskussion relevanten Umfangs zu führen.

Im Hinblick auf die *state action* ist das Thema in den USA zum Gegenstand stimulierender Studien und Prozesse geworden, da man dort die Anwendung der Grundrechte befürwortete und zwar in Fällen, in denen die Zivilrechte (*The Civil Right Cases*) involviert sind sowie bei privaten Verträgen (*Private Agreements*) und außerdem auch, wenn zur Begründung angeführt wird, dass die zu entscheidende Frage das Konzept des öffentlichen Angestelltenverhältnisses erfordert (*The Public Function Concept*).³²

Auf der Grundlage der seltenen Gelegenheiten, in denen sich der Gerichtshof über das Thema gebeugt hat, ist es möglich, die Umrisse zu ent-

31 Vgl. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Sérgio Antônio Fabris-Verlag, Porto Alegre: 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Sérgio Antônio Fabris-Verlag, Porto Alegre: 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro*. These, unter Orientierung von Prof. José Carlos Moreira, die 2004 zum Erhalt des Titels eines Magisters in Rechtswissenschaft vorgelegt wurde; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, Direito Público v. 1, n° 2 (Okt./Dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2003, pp. 170-174; und SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Viele dieser Studien entwickelten sich ebenfalls als Ergebnis der positiven Anregungen, wie sie von diesem Gerichtshof bei seinen Entscheidungen zum Ausdruck kamen.

32 NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitutional Law*. 5th Ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995.

werfen, die sich bei der Anwendung der Grundrechte auf die privaten Relationen ergeben können.

Im Bericht Nr. 160.222/RJ³³ diskutierte man darüber, ob der Geschäftsleiter eines gewissen Industriezweiges, der Unterwäsche produziert, eine Straftat illegaler Nötigung beginge, wenn er von den Arbeiterinnen die Befolgung einer in den individuellen Arbeitsverträgen festgelegten Klausel verlangt, dergemäß sie sich, wenn sie nicht entlassen werden wollen, intimen Kontrollen zu unterziehen haben. Zusammenfassend wurde folgendes erläutert:

„I. Außerordentliche Berufung: Legitimierung der Angegriffenen, die Berufung vorzulegen und zwar nach Ablauf von 15 Tagen bei Beendigung des von der Staatsanwaltschaft festgelegten Termins (STF, Súms. 210 und 448). II. Illegale Nötigung: Unterwerfung der Arbeiterinnen der Bekleidungsindustrie unter eine intime Kontrolle bei Androhung zur Entlassung; strafwürdiges Urteil des ersten Rechtszuges auf der Grundlage der konstitutionellen Garantie der Intimität und Freispruch durch die Entscheidung der zweiten Instanz des Justizgerichts, da die infrage stehende Nötigung zur Intimität der Arbeiterinnen, obwohl existent, mit der Billigung der Arbeitsverträge akzeptiert worden war: trotz ihrer konstitutionellen Relevanz kann die Frage in diesem Prozess nicht gelöst werden, angesichts der nachfolgenden Verjährung, die ab dem Urteil der ersten Instanz gezählt wird und seitdem nie unterbrochen wurde.“

In einem anderen Fall, RE Nr. 158.215/RS³⁴ trat die Zweite Kammer für das direkte Einwirken der Grundrechte auf die zwischen Privaten bestehenden Beziehungen ein. Es handelte sich um die Hypothese eines entlassenen Genossenschaftsmitglieds, ohne dass man auf die Garantie des Widersprechenden und die umfassende Verteidigung des Kerns eines rechtmäßigen legalen Prozesses einging. In der Zusammenfassung wird dieser Gedankengang folgendermaßen erklärt:

„Verteidigung – befugter legaler Prozess – Einschnitt LV des Verzeichnisses der konstitutionellen Garantien – Überprüfung – allgemeine Gesetzgebung. Genossenschaft – Ausschluss eines Mitglieds – strafbarer Charakter – rechtmäßiger legaler Prozess. In der Hypothese des Ausschlusses eines Mitglieds aufgrund von dessen den Statuten gegenüber gegensätzliches Verhalten ist es erforderlich, den rechtmäßigen legalen Prozess und die umfassende Ausübung der Verteidigung zu beachten. Eine einfache Herausforderung des Mitglieds bei der Vollversammlung, was seinen Ausschluss hervorrief, ist ungeeignet zur Anwendung eines

33 Berichterstatter Sepúlveda Pertence, *DJ* vom 1.9.1995.

34 Berichterstatter Marco Aurélio, *DJ* vom 7.6.1996.

summarischen Prozesses. Obligatorische Beachtung des eigentlichen Statuts der Genossenschaft.“

Ausgehend von diesem Urteil analysiert Paulo Gustavo Gonet Branco die rechtswissenschaftlichen Tendenzen des Gerichts:

„Die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofes fand eine konstitutionelle Kontroverse heraus, die geeignet ist, eine außerordentliche Berufung zu erkennen und anzustreben und in diesem Fall über die formale Legitimität im Hinblick auf den Ausschluss eines Genossenschaftsmitglieds zu diskutieren, ohne die Vorschriften der Statuten zu beachten, die sich auf die Verteidigung des Ausgeschlossenen beziehen. Berichterstatter Minister Marco Aurélio richtete die gesamte Bewertung des Falles auf den Blickwinkel der konstitutionellen Garantie der umfassenden Verteidigung. Er argumentierte, dass `die Begeisterung der Gemüter nicht geeignet sei, das Vorhandensein jener konstitutionellen Vorschrift zu beseitigen, mit der die volle Zuständigkeit der Verteidigung allgemein in den Prozessen abgesichert ist. (...) Nachdem das Verfahren eingeleitet war, beauftragte er die Genossenschaft, den Angeklagten die Gelegenheit zur Verteidigung zu geben und sie nicht summarisch aus dem Verband auszuschließen, ohne ihnen einen Termin zur Ausarbeitung dieser Verteidigung und der Vorlage von Beweisen zugestanden zu haben`. Die zweite Instanz hielt sich nicht lange mit akademischen Betrachtungen über die Wirksamkeit der Grundrechte in Bezug auf Privatbeziehungen auf, was die Angelegenheit noch suggestiver macht. Als eindeutig gilt die Entscheidung, dass es Normen der Grundrechte gibt, die in direkter Weise auf die Relationen zwischen Privatpersonen zutreffen. Die doktrinären Verzerrungen wurden den Kommentatoren überlassen.“³⁵

Im Bericht RE Nr. 161.243/DF³⁶ akzeptierte das Gericht nicht, dass die Nennung des Prinzips der Autonomie ein legitimes Argument sei, um einheimische Personen gegenüber Ausländern zu benachteiligen, wenn es um die Nutzung von Vorteilen geht, die im persönlichen Statut gewisser Unternehmen aufgeführt sind. Die Zusammenfassung lautete folgendermaßen:

„Konstitutionell. Arbeit. Gleichheitsprinzip. Brasilianischer Arbeiter: Angestellter eines ausländischen Unternehmens; dessen Personalstatuten: Anwendbarkeit der ausländischen Arbeitskraft und der brasilianischen Arbeitskraft. CF, 1967, Art. 154, § 1; CF, 1988, Art. 5, caput. I. Auf den Berufungsklagten wurde das Personalstatut des Unternehmens nicht angewandt, da er kein Franzose ist, aber in einem französischen Betrieb

35 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. Direito Público* v. 1, n.2 (Okt./Dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2003, pp. 170;174).

36 Berichterstatter Carlos, *DJ* vom 19.12.1997.

in Brasilien arbeitet. Die von dieser Firma zugestandenem Vorteile kämen nur den Angestellten französischer Nationalität zugute. Verstoß gegen das Prinzip der Gleichheit: CF, 1967, Art. 153, § 1; CF, 1988, Art. 5, caput. II. Die Diskriminierung, die begründet ist auf Merkmal, Qualität, auf innerem oder äußerem Zeichen des Individuums wie Geschlecht, Rasse, Nationalität, Konfession usw. ist gesetzeswidrig. Präzedenzfall des STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. Nicht aufgetretene Faktoren, die eine ungleiche Behandlung in diesem Fall berechnigen würden. IV. R.E. anerkannt und bestätigt.“

Beim Bericht Nr. 201.819³⁷ bewertete man die Berufungseinlegung durch den Brasilianischen Komponistenverband UBC gegen die Entscheidung der zweiten Instanz des Bundesstaates Rio de Janeiro. Diese Entscheidung war beibehalten worden, ein Mitglied, das aus jener Privatgesellschaft ausgeschlossen war, wieder aufzunehmen, da man dessen Recht auf Verteidigung verletzt und ihm nicht die Gelegenheit gegeben hatte, das Vorgehen zu widerlegen, aufgrund dessen er bestraft wurde.

Es handelte sich um einen typischen Fall, bei dem Grundrechte auf Privatbeziehungen angewandt werden – ein Thema, dessen Beurteilung unbedingt unter dem Blickwinkel einer konstitutionell profilierten Rechtsprechung erfolgen muss

Der genannte Fall beinhaltete Besonderheiten. Dieser Verband leitet die Mittel weiter, die dem ECAD, dem Zentralbüro für Einnahmen und Verteilung, zur Verfügung stehen. Aus diesem Grund führte der Ausschluss des Mitglieds aus der UBC-Belegschaft – ohne irgendeine Garantie der umfassenden Verteidigung oder des rechtmäßigen legalen Prozesses – zu einer beachtlichen finanziellen Belastung des Widersprechenden, da ihm die Möglichkeit genommen wurde, für die Aufführung seiner Werke Autorenrechte zu beanspruchen.

Auch wenn sich andererseits der Betreffende entschieden hätte, einer ähnlichen nationalen oder ausländischen Körperschaft beizutreten, würde die Belastung angesichts des bevorstehenden Disziplinarverfahrens und aufgrund der automatischen Ausschaltung des Mitglieds aus dem ECAD-Statut (Art. 18) verbleiben.

Bedenkt man, dass der Brasilianische Komponistenverband der ECAD-Struktur angehört, so bestand kein Zweifel, dass er bei der Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten des Berufungsbeklagten eine privilegierte Position einnehmen würde, um in überwiegendem Maß zu entscheiden,

37 RE 201.819, Berichterstatterin Ministerin Ellen Gracie, Urteil vom 11.10.2005.

welchen Umfang Begünstigungen und Autorenrechte des Mitglieds haben sollten. Mit anderen Worten: Es handelte sich um eine Körperschaft, die durch das gekennzeichnet ist, was man als *öffentliche Sphäre*, wenn auch als *nicht-staatliche* bezeichnen kann.

Folglich übertreffen die vom ECAD auferlegten Strafmaßnahmen bei weitem die Freiheit des Verbandrechts und vor allem die der Verteidigung. Daraus ergab sich zwingend, die konstitutionellen Garantien des rechtmäßigen legalen Prozesses des Widersprechenden sowie seine umfassende Verteidigung (Art. 5, LIV und LV der Verfassung zu beachten).

Allerdings wurde in diesem Falle festgestellt, dass die Befolgung der internen Normen der Körperschaft das unfehlbare Vorgehen beim Ausschlussverfahren garantiert hätten. Die Berichterstatterin des Falles, Ministerin Ellen Gracie, war der Ansicht, dass sich die Kontroverse mithilfe des gesellschaftlichen Statuts der Privatfirma und der geltenden bürgerlichen Gesetzgebung lösen ließe. Hervorzuheben ist die im gleichen Sinn erfolgte Begründung von Minister Gilmar Mendes:

„...Meiner Meinung nach verfügen die privaten Verbände über die Freiheit, sich zu organisieren und Betriebsnormen sowie Beziehungen unter den Teilnehmern festzulegen, sofern sie die geltende Gesetzgebung respektieren. Beim Eintritt in eine Gesellschaft kennt jedes Individuum deren Regeln und Zielstellungen.

Die Kontroverse im Hinblick auf den Ausschluss eines Mitglieds der privaten Körperschaft wird gelöst, indem man von dem gesellschaftlichen Statut und der geltenden Gesetzgebung ausgeht. Es gibt also keine konstitutionelle Stütze, wie sie von der Ausgangsinstanz angeführt worden war. Die Nennung der im Art. 5, LV der Verfassung enthaltenen Vorschrift ist völlig unpassend, um damit das Vorhaben zu bemängeln, den Berufungsbeklagten in die UBC-Belagschaft wieder einzugliedern.

Da das im Statut festgesetzte Vorgehen des Berufungsklägers zum Ausschluss des Berufungsbeklagten eingehalten worden ist, gibt es keine Verletzung des Prinzips der umfassenden Verteidigung, dessen Anwendung sich bei Durchsicht der Akten als irrtümlich erwies, was die Approbation der Berufung rechtfertigte...“

Im ADI Nr. 2.591/DF³⁸ analysierte der Oberste Bundesgerichtshof die Anwendung des Verbraucherschutzgesetzes (CDC) auf die zwischen Konsumenten und Finanzinstitutionen abgeschlossenen Verträge. Diese Frage wurde im Rahmen des Oberen Justizgerichts bereits befriedet und zwar

38 ADI 2.591, Red.p/Entscheidung der zweiten Instanz: Minister Eros Grau, DJ vom 29.9.2006.