

CHRISTOPHER UNSELD

Zur Bedeutung der
Horizontalwirkung von
EU-Grundrechten

Verfassungsentwicklung in Europa

14

Mohr Siebeck

Verfassungsentwicklung in Europa

herausgegeben von

Hartmut Bauer, Peter M. Huber
und Karl-Peter Sommermann

14



Christopher Unseld

Zur Bedeutung der Horizontalwirkung von EU-Grundrechten

Eine rechtsvergleichende Studie
zur Dogmatik und Rationalität einfach- und
verfassungsrechtlicher Durchsetzung und
Abwägung von Grundrechten

Mohr Siebeck

Christopher Unseld, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Hannover und Zaragoza; Masterstudium an der University of Michigan Law School in Ann Arbor (USA); Fellow des DFG-Graduiertenkolleg „Verfassung jenseits des Staates“; Promotion an der Humboldt-Universität zu Berlin; Referendariat im Kammergerichtsbezirk Berlin; derzeit Rechtsanwalt in Berlin.

ISBN 978-3-16-155818-4 / eISBN 978-3-16-156083-5

DOI 10.1628/978-3-16-156083-5

ISSN 1861-7301 / eISSN 2569-4553 (Verfassungsentwicklung in Europa)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden grundsätzlich bis Dezember 2017 berücksichtigt.

Das Projekt hat sich bereits während meines Jurastudiums angebahnt. Dementsprechend haben sich über die lange Zeit bis zur Drucklegung viele Freunde und Wegbegleiter daran verdient gemacht. Viele habe ich vergessen. Das tut mir leid.

Zumindest stellvertretend spreche ich denen meinen Dank aus, die mir beim Schreiben dieser Zeilen noch in lebhafter Erinnerung sind.

Ich bin meinen ehemaligen Lehrstuhl-Kollegen an der Leibniz Universität Hannover zu Dank verpflichtet. Insbesondere die Diskussionen mit Leslie Manthey, Andreas Bergmann und Maxim Bönnemann waren und sind mir wichtig. Armin Kockel ist mir seit den frühen Hannoveraner Studientagen nicht nur ein treuer Ratgeber. Er hat sich auch durch mein Manuskript gearbeitet, um mich für einen klaren Satzbau und korrekte Rechtschreibung zu gewinnen.

Ulrich Haltern hat mir gezeigt, wie viel Feuer die Wissenschaft bereithält. Seine nicht selten kontrainuitive Herangehensweise an das Recht als Forschungsobjekt hat mir bereits in den ersten Studiensemestern den Kopf verdreht. Er zeigte mir auf, dass die Liebe zur Arbeit am Recht auch ohne Liebesbeziehung zum Recht möglich, diese Distanz zum eigenen Handwerk vielleicht sogar notwendig ist.

Während meines Masterstudiums (2011–2012) an der University of Michigan Law School in Ann Arbor habe ich mehr gelernt als ich – trotz höchster Erwartungen – zu hoffen gewagt hatte. Herausgefordert haben mich und meine ersten Thesen insbesondere Daniel Halberstam, Don Herzog, Scott Hershovitz, Chris McCrudden, Don Regan und Richard Primus.

Jürgen Bast war ich zwischenzeitlich nach Leipzig gefolgt. Ihm bin ich nicht zuletzt für erhellende Einblicke in die technokratischen Feinheiten des Europarechts dankbar.

Bei meiner Rückkehr nach Ann Arbor (2013) für einen Forschungsaufenthalt waren meine Thesen zwar geschliffener, was jedoch nichts daran ändern kann-

te, dass sie unter anderem von Catherine MacKinnon abgelehnt wurden. Bill Novak, Julian Mortenson und Mathias W. Reimann haben mich dafür ebenso mit aufmunternden und konstruktiven Worten unterstützt, wie dies auch das Doktorandenseminar tat. Tom Green und wiederum Daniel Halberstam haben sich über inhaltliche Hilfe hinaus darum bemüht, dass ich mich in Ann Arbor stets willkommen gefühlt habe. Dafür war und bin ihnen sehr dankbar.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) habe ich neben einem Stipendium, das Graduiertenkolleg „Verfassung jenseits des Staates“ und vor allem eine sehr produktive und dennoch abwechslungsreiche Zeit in Berlin zu verdanken. Weitere Unterstützung für einen Studienaufenthalt in Paris habe ich vom Deutsch-französischen Doktorandenkolleg zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht bekommen. Ohne den stetigen Austausch mit Ingolf Pernice, Detlef von Daniels, Lars Viellechner, Jonathan Bauerschmidt, Jan Hauke Plaßmann, Daniel Kuchler, sowie allen anderen Kollegiaten und Gästen des Kollegs, hätte die Arbeit sicher weniger Ecken und Kanten und wäre damit aber auch ärmer.

Christoph Möllers hatte nicht nur die Erstbegutachtung dieser Arbeit übernommen, sondern mich darüber hinaus an seinem Lehrstuhl eingebunden, wofür ich ihm und seinem Team sehr dankbar bin. Die Tatsache, dass meine Promotion als ernsthaftes Anliegen professionell und respektvoll behandelt wurde, ist in der deutschen Hochschullandschaft leider alles andere als selbstverständlich. Philipp Dann hat das Zweitgutachten erstellt, wofür ich ihm ebenfalls herzlich danke.

Anja Hopstock stand mir während der letzten Jahre stets mit klugem Rat und unbedingter Liebe zur Seite. Mein Sohn Silas ist erst kurz vor Ende des Projekts ungeduldig hinzugestoßen und hat mich so daran erinnert, dass nun wirklich ein neuer Lebensabschnitt einzuläuten ist.

Auch der beste Sozial- und Bildungsstaat ist machtlos, wenn nicht zu Hause bereits mit Fantasie über den Tellerrand geschaut wird. Dieses Buch ist deswegen meinen Eltern – Angelika und Knut Unseld – gewidmet, deren unerhörtes Ver- und Zutrauen mir stets den nötigen Halt gegeben haben.

Berlin, im Januar 2018

Christopher Unseld

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
I. Wieso „Bedeutung“?	8
1. <i>Herkömmliche Fragen zur Horizontalwirkung</i>	10
2. <i>„Totale Konstitutionalisierung“ als Widerspruch in sich? – Foucaults Gouvernementalität</i>	13
II. Wieso „Horizontalwirkung“?	19
1. <i>Institutionell ausgegliederte Horizontalwirkung</i>	20
2. <i>Kaum Differenzierung von Auslegung und Unanwendbarkeit</i>	24
3. <i>Schutzpflicht als dritter Weg?</i>	27
4. <i>Einfachgesetzliche Horizontalwirkung</i>	29
III. Wieso „Abwägung“?	30
IV. Gang der Arbeit	30
B. Horizontalwirkung von Grundrechten in den Vereinigten Staaten und in Deutschland	33
I. Horizontalwirkung in den USA	33
1. <i>Die Bundesverfassung von 1787</i>	35
2. <i>Wiederaufbau nach dem Bürgerkrieg (1865–1877)</i>	37
a) <i>Sklaverei: Der 13. Verfassungszusatz</i>	37
b) <i>State Action: Der 14. Verfassungszusatz</i>	41
3. <i>Konservativer Judicial Activism: Die Lochner-Ära (1897–1937)</i>	45
4. <i>Zwanzig Jahre auf der Schwelle (1944–1964)</i>	47
5. <i>Kongress übernimmt (1933 bis Ende der 1960er)</i>	53
6. <i>Konservative Wende am Supreme Court (1969–1990)</i>	56
7. <i>Heutiger Stand: Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und Religion</i>	61
8. <i>Zusammenfassung und Ausblick</i>	68

II.	Horizontalwirkung in Deutschland	72
	1. <i>Das Schattendasein einfachgesetzlicher Grundrechtsdurchsetzung</i>	74
	a) Privatrecht als Instrument von Grundrechtspolitik	76
	b) Die zögerlichen deutschen Gesetzgeber	77
	2. <i>Horizontalwirkung in der Weimarer Republik</i>	83
	3. <i>Frühes Nachkriegsdeutschland und Lüth</i>	85
	a) Streit in der Wissenschaft	85
	b) Das Lüth-Urteil	88
	4. <i>Die vornehmen Grundrechte</i>	92
	5. <i>Das BVerfG als Schutzgarant: Schließt sich der Kreis?</i>	97
	6. <i>Exkurs: Schutzpflichten und das einfache Gesetz</i>	102
	7. <i>„Übersetzung“ der Schutzpflicht in das Vertragsrecht?</i>	105
	8. <i>Horizontalwirkung im Versammlungsrecht</i>	109
	9. <i>Sanfter Progressivismus und Methodenkonservatismus</i>	115
	10. <i>Zusammenfassung zur deutschen Horizontalwirkung</i>	117
C.	Horizontalwirkung im Europarecht	119
I.	Grundrechte in der Europäischen Union	120
	1. <i>Institutionell: Die EU als Grundrechtsgemeinschaft?</i>	121
	2. <i>Rechtsprechung: EU-Grundrechte als ständige Begleiter</i>	125
II.	Frühe Weichenstellungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit	131
	1. <i>Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit</i>	131
	2. <i>Kein grundsätzliches Verbot der Horizontalwirkung</i>	132
	a) Walrave	133
	b) Defrenne II	135
	c) Prinzipienlose Einschränkungen im Sekundärrecht	137
	3. <i>Zusammenfassung zur unmittelbaren Anwendbarkeit</i>	139
III.	Die Analogie zu den Binnenmarktfreiheiten	141
	1. <i>Einleitung: Vergleichsmaßstab Binnenmarktfreiheiten?</i>	141
	2. <i>Horizontalwirkung von EU-Binnenmarktfreiheiten</i>	142
	a) Die Lehre vom regulatorischen Effekt	145
	b) Zweifel an der Narration vom regulatorischem Effekt	150
	c) <i>Die Keck-Blase: Urteile, die nicht zu ernst genommen werden sollten</i>	152
	3. <i>Stellungnahme: Vergleich mit den Binnenmarktfreiheiten</i>	157
IV.	Schutzpflichten und mittelbare Anwendbarkeit	158
	1. <i>Lernen vom EGMR?</i>	158
	a) Die Schutzpflicht des EGMR als Horizontalwirkung	161

b) Mittelbare Anwendbarkeit der EMRK?	163
c) Zusammenfassung zur Horizontalwirkung vor dem EGMR	164
2. <i>Schutzpflicht und mittelbare Anwendbarkeit vor dem EuGH</i>	165
a) Mittelbare Anwendbarkeit des EU-Rechts	165
b) Schutzpflicht vor dem EuGH	168
V. Horizontalwirkung durch Sekundärrecht	173
1. <i>Zur Kompetenzfrage</i>	174
a) Erlass von Sekundärrechtsakten	174
b) Auslegung von Sekundärrechtsakten	178
aa) Horizontal	178
bb) Grundrechtskonform	181
2. <i>Datenschutzrecht</i>	181
a) Kompetenzfrage	182
b) Auslegung	183
3. <i>Arbeitnehmerschutzrechte</i>	190
a) Kompetenzfrage	190
b) Auslegung	194
4. <i>Antidiskriminierungsrecht</i>	196
a) Kompetenzfrage	197
b) Auslegung	201
5. <i>Zusammenfassung zur sekundärrechtlichen Horizontalwirkung</i>	205
VI. Zusammenführung von Sekundärrecht mit Grundrechten	206
1. <i>Mangold: Eine noch unsichere Dreieckskonstruktion</i>	207
2. <i>Erklärungsmodell effet d'exclusion?</i>	211
3. <i>Ausweitung des Anwendungsbereichs mit Küçükdeveci?</i>	214
VII. Entwicklung seit der Grundrechtecharta	218
1. <i>Zeit der Unsicherheit: Römer und Dominguez</i>	219
2. <i>Einschränkung des Anwendungsbereichs durch die Grundrechtecharta?</i>	225
3. <i>Grundsätze und ihr e contrario Potential</i>	227
VIII. Zusammenfassung: Horizontalwirkung im Europarecht	232
 D. Abwägung und Verhältnismäßigkeit	 235
I. Grundsätzliches	235
1. <i>Skepsis in den USA: Ist Abwägung zu verhindern?</i>	247
2. <i>Der begrenzte Staat: Verbotene Ziele und Mittel</i>	255
II. Schranken	264

1.	<i>Schrankenlose Freiheiten?</i>	264
2.	<i>Allgemeines Gesetz und Misstrauen</i>	268
	a) Die Rechtsprechung des Supreme Court zum ersten Verfassungszusatz	269
	b) Das „allgemeine Gesetz“ vor dem Bundesverfassungsgericht	277
3.	<i>Sonstige Gesetzesvorbehalte und Grundrechtskern</i>	289
III.	Europäische Union: Verhältnismäßigkeit als Grundprinzip	291
	1. <i>Absolute Grundrechte der EU?</i>	291
	2. <i>Schrankenregelungen</i>	298
	a) Einheitlicher Schrankenvorbehalt?	298
	b) Wesensgehaltsgarantie	299
	c) Allgemeines Gesetz	300
	d) Einfacher Gesetzesvorbehalt im Europarecht?	304
	3. <i>Verhältnismäßigkeitsprüfung</i>	305
IV.	Zusammenfassung: Horizontalwirkung und Abwägung	309
E.	Ergebnisse: Horizontalwirkung hoch zwei?	313
	I. Die vielen Gesichter der Horizontalwirkung von Grundrechten	313
	II. Das Zuschnittsproblem	316
	III. Abwägung als Gouvernamentalität	317
F.	Schluss	325
	Literaturverzeichnis	327
	Sach- und Personenregister	357

A. Einführung

Im Jurastudium begegnet einem regelmäßig der Merksatz, dass man bei der juristischen Falllösung zuweilen zur Selbstkontrolle auf den so genannten „Omatest“ zurückgreifen solle. Der angehende Jurist müsse sich fragen, ob die eigene Großmutter, angenommen sie ist reich an Lebenserfahrung und ohne juristische Ausbildung,¹ zu dem gleichen Ergebnis gekommen wäre, das man zuvor durch gewissenhafte Subsumtion und verinnerlichte Dogmatik gewonnen hat. Wäre ihr Widerspruch sicher, dann sei es ratsam die eigene Lösung noch einmal zu überdenken. Dieses Vorgehen helfe, ein „Judiz“ zu entwickeln.

Aus dieser Perspektive erschien mir die grundsätzlich zu verneinende Bindung privater Akteure an die Grundrechte stets problematisch. Es gibt wenige verfassungsrechtliche Grundsatzfragen, die auf eine ähnliche Ablehnung in der Laiensphäre stoßen, wie die Aussage, dass Grundrechte „[o]hne Zweifel [...] in erster Linie dazu bestimmt [sind], die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; [...] Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“² sind. In der konkreten Falllösung kommen wir oft genug zu Ergebnissen, die entweder dem eigenen Judiz oder der grundsätzlichen Absage an eine grundrechtliche Bindung Privater zu widersprechen scheinen. Diese Widersprüchlichkeit reicht von der Großmutter bis in die Politik. Die politischen Auseinandersetzungen unserer Zeit reiben sich an der Horizontalwirkung. Da wird das Löschen von „Hasskommentaren“ auf und von kommerziellen Plattformen wie Facebook und Twitter diskutiert und Hobbydetektive ermitteln die Arbeitgeber solcher Kommentatoren und übermitteln den Personalabteilungen Screenshots dieser hasserfüllten Posts in der Hoffnung, dass die betreffenden Autoren ihre Arbeit verlieren. Hier sei auch an Politiker gedacht, die gerne die Freiheit von allzu großen grundrechtlichen Beschränkungen betonen, gleichzeitig aber vorschlagen, dass neu eingebürgerte oder zu uns geflüchtete Menschen einen Schwur auf die Verfassung leisten sollten. Befürworten die Urheber sol-

¹ Die Grundannahme der – wie selbstverständlich – juristisch ungebildeten Großmutter ist glücklicherweise immer weniger zeitgemäß.

² BVerfGE 7, 198, 204 (1958) – *Lüth*.

cher Vorschläge eine Horizontalwirkung von Gleichheit, Meinungsfreiheit und Religionsfreiheit?³

Dieser Querstand zwischen verfassungsrechtlichem Pathos und Rechtsrealität durchzieht nicht nur die deutsche Rechtslage.⁴ In den USA ist es weit verbreitet, sich gegenüber anderen Privatpersonen auf sein *First Amendment*, also etwa die Meinungsfreiheit, zu berufen. In keiner Sonntagsrede über Europa fehlt ein Hinweis auf die Europäischen Werte, wie sie insbesondere in der noch jungen Grundrechtecharta verbrieft seien, ohne dass dabei jemand auf die Idee käme zu erwähnen, dass diese Charta womöglich nicht auf privates Handeln anzuwenden sei.⁵

Soweit die Gerichte diesem Querstand begegnen und zu einer Horizontalwirkung gelangen, wird dann häufig ein Wandel der Grundrechtsfunktionen konsterniert.⁶ Teilweise wird dabei die Funktionsfähigkeit des Rechts in Gefahr gesehen und eine Wendung zum totalitären (Jurisdiktions-) Staat befürchtet.⁷

Die betreffende deutsche Auseinandersetzung wurde maßgeblich von den Vertretern der *Schmitt*- und *Smend*-Schule geprägt und hat entsprechend bereits Staub angesetzt.⁸ Angesichts der Intensität dieser Diskussion überrascht es, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bisher erst in drei Urteilen explizit zur Drittwirkungsfrage Stellung genommen hat.⁹ Nichtsdestotrotz gehört die Problematik der Drittwirkung von Grundrechten des deutschen Grundgesetzes

³ Hier zeigen sich Schwierigkeiten eines „Verfassungspatriotismus“, der sich vom eigentlichen Text und der Rechtspraxis weitgehend freimacht und trotzdem kein bloßer Deckmantel für einen herkömmlichen, blutigen Patriotismus sein möchte, vgl. dazu *Müller*, Verfassungspatriotismus, 2010.

⁴ Eine Afaktizität – zuweilen sogar Kontrafaktizität – ist insbesondere für grundrechtliche Normen nicht untypisch. So stehen Grundrechtskataloge auch für das unerreichte Streben einer Gemeinschaft zu einer besseren Welt, vgl. dazu *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015. Vorliegend ist aber bereits umstritten, ob die Verwirklichung der Grundrechte überhaupt gewollt und als erstrebenswert erkannt wurde.

⁵ Noch komplizierter wäre es zu erläutern, dass die Charta nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts zur Geltung kommt, vgl. dazu noch unten Kapitel C., I.

⁶ Vgl. nur *Rusteberg*, Subjektives Abwehrrecht und objektive Ordnung, in: Vesting/Korith/Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 87 (93).

⁷ Vgl. klassischerweise für Deutschland: *Forsthoff*, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Barion/Forsthoff/Weber (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, 1959, S. 35 ff.; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 189 ff. Rechtsvergleichend: *Hirschl*, Towards Juristocracy, 2007. Für vergleichbare Kritik am EuGH vgl. zusammenfassend: *Halter/Bergmann*, Einleitung: Der EuGH in der Kritik, in: Haltern/Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, 2012, S. 1 ff.

⁸ Vgl. zusammenfassend *Günther*, Ein Jahrzehnt der Rückbesinnung, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 301 ff.; *Günther*, Denken vom Staat her, 2004.

⁹ Vgl. dazu *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 229. Dieser zählt zwei Urteile: BVerfGE 7, 198, 204 (1958) – *Lüth*; BVerfGE 73, 261, 269 (1986) – *Sozialplan*. Hinzugekom-

nach wie vor zu den Standardproblemen des hiesigen Jurastudiums und wird auch in Wissenschaft und Lehre weiterhin intensiv behandelt. Dieser Diskurs wurde teilweise in andere Rechtssysteme übernommen und dort fortgeführt. Die Rechtsprechung des BVerfG findet nicht nur in verfassungsrechtlichen Systemen Gehör, deren Verfassungen direkte Verbindungen zum Grundgesetz aufweisen.¹⁰ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich mit der Schaffung einer grundrechtlichen Schutzpflicht an dieser Diskussion – wenn auch zurückhaltend – beteiligt.¹¹

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich in der Geschichte seiner Rechtsprechung des Öfteren am BVerfG und am EGMR orientiert. Man spricht – wenn auch vornehmlich auf Konflikte bezugnehmend – von einer Art Dialog oder Kooperation der europäischen Höchstgerichte.¹² Doch trotz des regen Austauschs hat der EuGH die Drittwirkungsfrage bisher praktisch nicht gestellt.¹³ Dieses Schweigen ist Ausgangspunkt dieser Arbeit.¹⁴

Bei dem Schweigen, das hier gemeint ist, handelt es sich um die unterlassene Äußerung zu einer aus hiesiger Sicht wichtigen verfassungsdogmatischen Frage. Gerade das zunehmende Interesse an komparativem Verfassungsrecht und

men sein dürfte jedenfalls BVerfGE 128, 226, 248 (2011) – *Fraport* sowie BVerfG, Beschluss v. 11. April 2018 – 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*. Ausführlich dazu unten Kapitel B., II.

¹⁰ Vgl. nur die Beiträge in *Fedtke/Oliver* (Hrsg.), *Human Rights and the Private Sphere*, 2011; *Sajó/Uitz* (Hrsg.), *The Constitution in Private Relations*, 2005; *Barkhuysen/Lindenberg* (Hrsg.), *Constitutionalisation of Private Law*, 2006. Vgl. konkreter auch für Estland *Kerikmäe*, *EU Charter: Its Nature, Innovative Character, and Horizontal Effect*, in: ders. (Hrsg.), *Protecting Human Rights in the EU*, 2014, S. 5 (16) und für Spanien *García Torres/Jiménez-Blanco*, *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, 1986. Gerade auch über Spanien hat die Drittwirkungslehre ihren Weg nach Lateinamerika gefunden, vgl. nur *Julio Estrada*, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, 2000.

¹¹ Vgl. hier nur *Spielmann*, *The European Convention on Human Rights*, in: *Fedtke/Oliver* (Hrsg.), *Human Rights and the Private Sphere*, 2011, S. 427 ff. Vgl. dazu unten Kapitel C., IV.

¹² Vgl. zum Kooperationsverhältnis BVerfGE 89, 155, 175 (1993) – *Maastricht*, vgl. umfassend *Pernice*, *Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund*, 2006.

¹³ Etwa in Rs. C-282/10 – *Dominguez*, EU:C:2012:33. In diesem Fall hatte die Generalanwältin (GA *Trstenjak* v. 8. September 2011) die Drittwirkungsfrage ausführlich thematisiert. Der EuGH ignorierte dies komplett und nahm nicht Bezug auf die in Frage stehende Bestimmung der Grundrechtecharta. Vgl. dazu auch *Leczykiewicz*, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, *E.L.Rev.* 38 (2013), S. 479 (480). Das gleiche wiederholte sich in: Rs. C-176/12 – *AMS*, EU:C:2014:2. Vgl. dazu *Lizzerini*, *Case Note AMS*, *CMLRev* 51 (2014), S. 907 ff.

¹⁴ Auch in der Lehrbuchliteratur wurde die Frage der Horizontalwirkung häufig nicht thematisiert. Vgl. *Streinz*, *Europarecht*, 9. Aufl. (2012), Rn. 750–756; *Haltern*, *Europarecht*, 2. Aufl. (2007), S. 491–598; *Chalmers/Davies/Monti*, *European Union Law*, 3. Aufl. (2014), S. 247–290.

an Verfassungsfragen jenseits des Nationalstaates, übt Druck auf Gerichte wie den EuGH aus, zu den klassischen Fragen des Verfassungsrechts Stellung zu nehmen. Lehrbücher und Kommentare weisen sonst ungewohnte Leerstellen auf.¹⁵ Andererseits sollte man sich jedoch bezogen auf die Rechtsprechung auch keinen unangemessenen Erwartungen hingeben. Für Höchstgerichte gibt es sehr gute Gründe, der Versuchung zu widerstehen, allgemeine und lehrbuchartige Ausführungen zu judizieren, wenn es zu vermeiden ist.¹⁶ Obwohl das BVerfG durchaus zu abstrakten Ausführungen neigt,¹⁷ hat es – wie erwähnt – erst sehr selten allgemein zu der Frage der Horizontalwirkung Stellung genommen. Für den EuGH kommt hinzu, dass er aus vergleichsweise heterogen zusammengesetzten Spruchkörpern besteht, die auch mangels Möglichkeit zu Sondervoten zuweilen sichtbare Schwierigkeiten haben, eine klare und stringente Rechtsprechungslinie einzuleiten oder beizubehalten.¹⁸ Trotz dieser Argumente gegen zu hohe Erwartungen an Grundsatzurteile des EuGH, haben wir es bei der Frage nach der Horizontalwirkung von Grundrechten mit einer Thematik zu tun, der sich der EuGH auf Dauer nicht wird entziehen können. Dies ist nicht nur zu vermuten, weil zunehmend Generalanwälte¹⁹ und auch nationale

¹⁵ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. (2014), S. 275. Hier wird von einer „zunehmende[n] Unsicherheit“ gesprochen. *Borchardt* bezeichnet die Frage etwas gelassener als „noch offen“: *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Aufl. (2012), Rn. 179. Von „weißen Flecken“ auf der Landkarte der europäischen Grundrechtsdogmatik“ spricht *Danwitz*, Gerichtlicher Schutz der Grundrechte, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, Rn. 58. Die drei kurzen Absätze zu diesem Thema werden bei *Schütze*, European Union Law, 2015, S. 467–468, mit drei Fragezeichen konnotiert. *Craig/Búrca*, EU Law, 6. Aufl. (2015), S. 419, widmen der Horizontalwirkung einen kurzen Absatz, der im deutlichen Kontrast zu den sonstigen Abschnittsüberschriften mit einer Frage überschrieben ist: „Horizontal Application of the Charter?“. Ähnlich auch nunmehr *Haltern*, der von einer noch offenen Frage spricht, siehe *Haltern*, Europarecht II – Dogmatik im Kontext, 3. Aufl. (2017), S. 655.

¹⁶ *Sunstein*, One Case at a Time, 1999. Dies gilt selbst dann, wenn man (internationalen) Gerichten eine wichtige Funktion bei der Entwicklung von (internationalem) Recht zubilligt, vgl. *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 2014, S. 136.

¹⁷ Dies erfolgt in der Regel in Teil „C“ der Urteile, vgl. dazu kritisch: *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 (168–174).

¹⁸ Vgl. nur die *Keck*-Rechtsprechung, deren Fortführung beziehungsweise Ausweitung seit langem unklar ist, vgl. Rs. C-110/05 – *Kommission v. Italien (Mopedanhänger)*, Slg. 2009 I-519. Ähnliches gilt für die Rechtsprechung zum Kern der Unionsbürgerschaft, vgl. dazu Rs. C-34/09 – *Ruiz Zambrano*, Slg. 2011, I-1177 und Rs. C-434/09 – *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375.

¹⁹ Rs. C-427/06 – *Bartsch*, Slg. 2008, I-7245, Schlussanträge GA *Sharpston* vom 22. Mai 2008, Rz. 85; Rs. C-282/10 – *Dominguez*, EU:C:2011:559, Schlussanträge GA *Trstenjak* v. 8. September 2011; Rs. C-176-12 – *AMS*, EU:C:2013:491, Schlussanträge GA *Cruz Villalón* v. 18. Juli 2013.

Gerichte²⁰ hierzu Stellung beziehen, sondern weil der Gerichtshof zumindest teilweise bereits zu der Frage judiziert hat, ohne dies weiter zu kommentieren.²¹ Wie man es in der Rechtswissenschaft nicht anders erwartet hätte, ist also auch das erwähnte „Schweigen“ nicht unumstritten.²²

Der EuGH hat schon Mitte der 1970er, also lange bevor die Europäische Union (EU)²³ nicht mehr nur als Rechts-²⁴ sondern auch als Grund-Rechtsgemeinschaft begriffen wurde,²⁵ grundrechtsähnlichen Rechten des Primärrechts Horizontalwirkung zugesprochen.²⁶ Dies wird teilweise als Beleg dafür gesehen, dass der EuGH grundsätzlich von einer Horizontalwirkung des Primärrechts ausgeht.²⁷ Skeptiker dieser Ansicht wiederum verwiesen auf die ihrer Meinung nach eher vorsichtige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Frage der Drittwirkung von Binnenmarktfreiheiten.²⁸ Hier wurde eine Bindung Privater teilweise recht überzeugend – beispielsweise mit staatsähnlichen Strukturen professioneller Sportverbände – gerechtfertigt.²⁹

²⁰ Vgl. etwa den englischen Court of Appeal (Civil Division) v. 5. Februar 2015 – *Benkharbouche*, [2015] EWCA Civ 33, Rz. 69 ff.

²¹ Der ehemalige EuGH-Präsident *Skouris* hat erst kurz nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst in einem Fernsehinterview explizit davon gesprochen, dass die Grundrechte auf Datenschutz und Privatsphäre horizontal anwendbar seien, vgl. 25. Min., SRF-Fernsehsendung „Sternstunde Philosophie“ vom 25.10.2015, abrufbar unter www.srf.ch/sendungen/sternstunde-philosophie/europa-alles-was-recht-ist.

²² Die Frage nach einem Schweigen sollte nicht mit ähnlichen Zweifeln bei der Frage nach der „Lücke“ und dem damit verbundenen „Schweigen im Gesetz“ verwechselt werden. Klassisch: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1983. Diese Untersuchungen münden regelmäßig in die Frage nach legitimer Rechtsfortbildung durch Gerichte und deren Methoden. Denn wenn das Gesetz schweigt, dann befreit das den Richter regelmäßig nicht von seiner Pflicht eine Antwort zu finden. Um diese Frage drehte sich – verkürzt gesagt – auch die *Hart-Dworkin*-Debatte, vgl. *Dworkin*, *Law's Empire*, 1993; *Hart*, *The Concept of Law*, 1961.

²³ Wenn hier und im Folgenden von der Europäischen Union die Rede ist, dann sind damit in der Regel ihre historischen Vorgänger, die Europäischen Gemeinschaften, eingeschlossen.

²⁴ Klassisch: *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 53. Siehe auch *Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545 ff.

²⁵ Vgl. *Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 157 ff.

²⁶ Vgl. zur Diskriminierung aufgrund der Nationalität Rs. 36/74 – *Walrave & Koch*, Slg. 1974, 1405 und zur Geschlechterdiskriminierung Rs. 43/75 – *Defrenne II*, Slg. 1976, 455.

²⁷ *Gardbaum*, The „Horizontal Effect“ of Constitutional Rights, Mich. L. Rev. 102 (2003), S. 387 (393). Vgl. für eine Zusammenfassung der Diskussion *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, S. 173–183.

²⁸ In dieser Arbeit wird der Begriff der Binnenmarktfreiheiten für die wirtschaftlichen Grundfreiheiten in der EU bevorzugt benutzt. Dies dient lediglich der klareren begrifflichen Abgrenzung zu Grundrechten, die teilweise in Grundrechtskatalogen auch als Grundfreiheiten bezeichnet werden.

²⁹ Vgl. klassischerweise Rs. C-415/93 – *Bosman*, Slg. 1995, I-4921. Vgl. *Huber*, Zur Drittwirkung von Grundrechten und Grundfreiheiten, in: Ruffert (Hrsg.), *Dynamik und Nachhal-*

Schließlich ist auch im Sekundärrecht der EU die Horizontalwirkung von nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinien ein altbekanntes Problem. Der EuGH hat grundsätzlich eine Direktwirkung zwischen Privaten verneint. Allerdings hat er einige Umgehungsstrategien gefunden, um die mit dieser Rechtsprechung einhergehenden Effektivitätseinbußen gering zu halten.³⁰ Diese Art strategischen Vorgehens hat den EuGH Glaubwürdigkeit gekostet. Eine Folge ist, dass Aussagen des Gerichtshofs zu methodischen Fragen, oder solchen, die er als grundrechtsschützendes Verfassungsgericht tätigt, teilweise wenig ernst genommen werden.³¹ Aus dieser kritischen Perspektive wird dem Gerichtshof sein Schweigen bei der Drittwirkungsfrage eher negativ zur Last gelegt. Mancher traut dem EuGH ganz grundsätzlich kein *judicial self-restraint* zu.³²

Die jüngere Rechtsprechung im Rahmen des Antidiskriminierungsrechts scheint dies zu bestätigen und deutet wieder in die Richtung unbegrenzter Horizontalwirkung. Während sich nämlich die Kritik an *Mangold*³³ und der Folgerechtsprechung³⁴ auf diverse Punkte und insbesondere die Richtlinienwirkungen konzentrierte, wurde die Frage der grundrechtlichen Horizontalwirkung anfangs kaum wahrgenommen. Denn wer dem EuGH soweit zustimmte, dass in diesen Fällen der Anwendungsbereich europäischer Grundrechte eröffnet ist, hatte damit noch nicht darüber entschieden, ob dies auch zwischen zwei Privaten der Fall sein sollte. Anfangs zögerlich, aber mit zunehmender Dynamik thematisiert die Literatur diese Frage.³⁵

tigkeit des öffentlichen Rechts, 2012, S. 335 (335). Umfassend zum Vergleich zwischen Grundrechts- und Grundfreiheitsbindung unten Kapitel C., III. und *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten, 2011; *Mayer*, Nach Art. 6 EUV (Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Rn. 63.

³⁰ Ausführlich: *Haltern*, Europarecht II – Dogmatik im Kontext, 3. Aufl. (2017), 288 ff.

³¹ *Manthey/Unselde*, Der Mythos vom contra-legendem-Verbot, DÖV 2011, S. 921 ff.; *Manthey/Unselde*, Grundrechte vs. „effet utile“, ZEuS 2011, S. 323 ff.

³² Vgl. dazu *Avbelj*, Is There Drittwirkung in EU Law?, in: Sajó/Uitz (Hrsg.), The Constitution in Private Relations, 2005, S. 145 (155–160). Vgl. auch das mit Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich (ABl. 2008 C 115/313) zum Ausdruck gebrachte Misstrauen einiger Mitgliedstaaten.

³³ Rs. C-144/04 – *Mangold*, Slg. 2005, I-9981.

³⁴ Vgl. eingehend *Manthey/Unselde*, Grundrechte vs. „effet utile“, ZEuS 2011, S. 323 (334 ff.).

³⁵ Vgl. im Wesentlichen chronologisch *Craig*, The Lisbon Treaty, 2010, 206 ff.; *Mol, Küçükdeveci*: *Mangold Revisited*, EuConst 6 (2010), S. 293 ff.; *Cabral/Neves*, General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect, European Public Law 17 (2011), S. 437 ff.; *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, S. 696 ff.; *Witte*, Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order, in: Craig/Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 2011, S. 323 (338 f.); *Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 (2389–2390); *ders.*, Zur Drittwirkung von Grundrechten und Grund-

Die *Mangold*-Rechtsprechung ist aber auch deswegen bemerkenswert, weil sich bei ihr die zwei maßgeblichen Horizontalwirkungsmethoden begegnen. Wir haben es einerseits mit der Durchsetzung von Grundrechtsinhalten auf einfachgesetzlicher Ebene zu tun, etwa in Gestalt der verschiedenen Antidiskriminierungsrichtlinien.³⁶ Andererseits nutzt hier der EuGH seine verfassungsgerichtliche Funktion, um etwa das grundrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung durchzusetzen.³⁷ Da man weder als deutscher Verfassungsrechtler noch als Europarechtler daran gewöhnt ist, auch an die Möglichkeit von Bürgerrechtsakten zu denken, kommt hier die US-amerikanische Perspektive gelegen. Der US Supreme Court hat nämlich die verfassungsgerichtliche Horizontalwirkung eher selten adressiert und noch seltener genutzt.³⁸ Zum Ausgleich hat sich in den USA eine Tradition der Bürgerrechtsakte herausgebildet.³⁹ Diese Methode hat heute

freiheiten, in: Ruffert (Hrsg.), *Dynamik und Nachhaltigkeit des öffentlichen Rechts*, 2012, S. 335 ff.; *Pech*, *Between Judicial Minimalism and Avoicance*, CMLRev 49 (2012), S. 1841 ff.; *Seifert*, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, RTD eur. 48 (2012), S. 801 ff.; *Leczykiewicz*, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, E.L.Rev. 38 (2013), S. 479 ff.; *Leczykiewicz/Weatherhill* (Hrsg.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013; *Trstenjak/Beysen*, *The Growing Overlap of Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the Case-Law of the CJEU*, E.L.Rev. 38 (2013), S. 293 (307–310); *Seifert*, *Zur Horizontalwirkung sozialer Grundrechte*, EuZA 6 (2013), S. 299 ff.; *Cariat*, *L'invoication de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux*, Cah. dr. eur. 50 (2014), S. 305 ff.; *Dittert*, *Droits fondamentaux européens: vers un effet direct horizontal généralisé?*, R.A.E. – L.E.A. 2014, S. 177 ff.; *Kerikmäe*, *EU Charter: Its Nature, Innovative Character, and Horizontal Effect*, in: ders. (Hrsg.), *Protecting Human Rights in the EU*, 2014, S. 5 (10–12); *Lizzerini*, *Case Note AMS*, CMLRev 51 (2014), S. 907 ff.; *van der Walt*, *The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty*, 2014; *Ward*, *Article 51*, in: Peers/Hervey/Kenner u. a. (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, 2014, S. 1413 (1429–1431); *Guðmundsdóttir*, *A Renewed Emphasis on the Distinction Between Rights and Principles*, CMLRev 52 (2015), S. 685 (698); *Frantziou*, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, ELJ 21 (2015), S. 657 ff.; *Craig/Búrca*, *EU Law*, 6. Aufl. (2015), S. 419; *Tinière*, *Association de médiation sociale*, in: *Picod* (Hrsg.), *Jurisprudence de la CJUE 2014, 2015*, S. 81 ff.; *Schütze*, *European Union Law*, 2015, S. 467–468; *Stein*, *Drittwirkung im Unionsrecht*, 2016; *Walkila*, *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, 2016; *Jarass*, *Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten*, ZEuP 2017, S. 310 ff.; *Haltern*, *Europarecht II – Dogmatik im Kontext*, 3. Aufl. (2017), S. 652–655; *Stürner*, *Die Einwirkungen des EU-Primärrechts auf das nationale Privatrecht*, JURA 2017, S. 26 (30); *Madsen/Olsen/Šadl*, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities*, ELJ 23 (2017), S. 140 ff.

³⁶ Dazu ausführlich unten Kapitel C., V.

³⁷ Dazu ausführlich unten Kapitel C., VI.

³⁸ Die verfassungsgerichtlichen Horizontalwirkung war Ende der 1960er bis Anfang der 1980er in den USA ein Thema, hat aber nicht zu ihrer kohärenten Etablierung geführt, dazu unten Kapitel B., I., 4.

³⁹ Vgl. *Ackerman*, *We the People* (III), 2014.

selbst konservative Kreise für sich gewonnen, die damit jedoch der gliedstaatlichen Selbstbestimmung Ausdruck verleihen und der Ostküstenmentalität von „Washington“ entgegen wirken wollen.⁴⁰ Liberalen Demokraten⁴¹ wurde im Gegenzug vorgeworfen, die Bundeskompetenz zur Regelung des grenzüberschreitenden Handels, der *Commerce Clause*, zu nutzen, um ihre Verfassungswerte bis in den letzten Winkel der Vereinigten Staaten zu tragen. Bereits diese kurze Umschreibung der Horizontalwirkungsdebatte in den USA dürfte zeigen, dass sich ein Vergleich ähnlicher Konflikte zwischen den EU-Mitgliedstaaten mit „Brüssel“ und einer freigiebigen Nutzung der Binnenmarktklausel aufdrängt.⁴²

Um die Zielrichtung der Arbeit deutlich zu machen, werde ich im Folgenden die einzelnen Bestandteile des Titels (Bedeutung/Horizontalwirkung/Abwägung) näher erläutern.

I. Wieso „Bedeutung“?

Diese Arbeit schließt an die spätestens seit Anfang der 1990er Jahre begonnene Sinnsuche der Europäischen Union an. Das soll zwar nicht bedeuten, dass die folgenden Kapitel nicht auch jedem Leser und jeder Leserin dafür warm ans Herz gelegt seien, um sich über den aktuellen Stand der Grundrechtsdogmatik in der Union im Vergleich zu Deutschland und den USA zu informieren. Eine normative Antwort darauf, wie der EuGH in Zukunft konkret mit der Horizontalwirkungsfrage umgehen sollte, wird man jedoch vergeblich suchen. Stattdessen soll dieses Buch vor allem zwei Dinge leisten:

Einerseits möchte es den Blick auf die Horizontalwirkungsfrage erweitern, indem es auch die einfachgesetzliche Durchsetzung von Grundrechten und den verfassungsgerichtlichen Trend zur Abwägung einbezieht. Die Erkenntnisse aus dieser geänderten Perspektive sollen deutlich machen, dass die Horizontalwirkung von EU-Grundrechten bereits weiter fortgeschritten ist als dies eine Handvoll EuGH-Urteile suggerieren. Diese Art der Horizontalwirkung hat auch in Zukunft großes Potential.

⁴⁰ Dazu unten Kapitel B., I., 7.

⁴¹ Wenn im Folgenden in Bezug auf die Vereinigten Staaten von „Liberalen“ und/oder „Demokraten“ die Rede ist, meine ich damit das US-amerikanische Verständnis dieser Begriffe. „Liberal“ meint damit so etwas wie politisch links, sozial-demokratisch und „demokratisch“ meint in der Regel die politische Zugehörigkeit zur Demokratischen Partei.

⁴² Allerdings wird die Föderalismusfrage an sich in dieser Arbeit nur am Rande behandelt. Dies ist von der Hoffnung getragen, dass die Spannung zwischen ländlicher Peripherie und den zentripetalen Tendenzen in Bundesstaaten sich auch so in der Horizontalwirkungsfrage widerspiegelt.

Andererseits soll bei dieser Arbeit stets die Frage mitgedacht werden, wieso die Europäische Union so eine horizontalwirkungsfreundliche Rechtsordnung ist. Haben wir es hier mit einer Gegenbewegung zum bisher eher ökonomisch geprägten Integrationsprozess zu tun? Wandelt sich die Wirtschaftsgemeinschaft zu einer Grundrechts- und Werteunion?⁴³

Meine These – dies darf ich vorwegnehmen – ist eine andere. Ich gehe davon aus, dass sich die ökonomische Rationalität der Union hervorragend mit der Rationalität der grundrechtlichen Horizontalwirkung vereinbaren lässt. Rationalität ist dabei aber nicht mit Vernunft gleichzusetzen. Spätestens seit der letzten Finanzkrise haben wir eine gute Ahnung davon, dass ökonomische Rationalität kein Garant für vernünftige Entscheidungen ist.⁴⁴ Dennoch kann man beobachten, dass gewinnmaximierende und selbst korrupte Wirtschaftsorganisationen nicht grundsätzlich davor zurück schrecken, sich für rechtliche Strukturen, Grundrechte und gerade auch deren Horizontalwirkung einzusetzen.⁴⁵ Die Kritiker einer angeblich neoliberalen Europäischen Union und der so genannten „negativen Integration“ neigen dazu, dies zu verkennen, obwohl der zunehmende Grad an Verrechtlichung und die Proliferation von Grundrechten nicht zu übersehen sind.⁴⁶

Insbesondere dieser zweite Teil meines Erkenntnisinteresses ist von der Überzeugung geleitet, dass Dogmatik letztendlich eine Voraussetzung der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Recht bleibt.⁴⁷ Die Dogmatik bildet die Schnittmenge von praktischer Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft, aber nicht den Kern rechtswissenschaftlicher Tätigkeit.⁴⁸ Wenn also morgen der EuGH (das BVerfG oder der US Supreme Court) ein bahnbrechendes Urteil zu der Frage der Horizontalwirkung erließe, wäre es der Wunsch des Verfassers, dass dies für die wissenschaftlichen Erkenntnisse ohne dramatische

⁴³ Der Rolle des Rechts wird im Kontext der europäischen Integration seit jeher besondere Bedeutung zugeschrieben. Vgl. für einige klassische Beispiele: *Weiler*, The Transformation of Europe, Yale L.J. 100 (1991), S. 2403 ff.; *Scheingold*, The Rule of Law in European Integration, 1965; *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973. Dies kann der Rechtswissenschaft nicht gleichgültig sein, vgl. dazu *Haltern*, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 37 ff.

⁴⁴ Für eine gute Beschreibung, vgl. nur *Vogl*, Das Gespenst des Kapitals, 2010.

⁴⁵ Man denke hier nur an den Bereich des organisierten Sports (sowohl weltweit, europäisch als auch in den USA). Dort entstehen komplexe Rechtsregimes mit Schiedsgerichten und Antirassismus- und Wertekampagnen. Der organisierte Sport drängt in Deutschland immer wieder auf eine Anerkennung von Sport im Grundgesetz.

⁴⁶ Vgl. auch *Möllers*, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), S. 339 ff.

⁴⁷ Vgl. ausführlich *Haltern*, *Europarecht I – Dogmatik im Kontext*, 3. Aufl. (2017), S. 10–26.

⁴⁸ Vgl. nur *Möllers*, *Methoden*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2012, S. 123 (157).

Konsequenzen bliebe. Mit diesem Wunsch steht man natürlich nicht allein. Gerade zu der Frage der Horizontalwirkung gab es schon häufig Ansätze, die ebenfalls weit über die Beantwortung dogmatischer Detailfragen hinausgingen. Ob diese jedoch für die EU-Rechtsordnung fruchtbar gemacht werden können, erscheint mir eher fraglich.

1. Herkömmliche Fragen zur Horizontalwirkung

Im deutschen Kontext brachte *Ernst-Wolfgang Böckenförde* seine Sicht auf die Frage der Drittwirkung anschaulich auf den Punkt, als er davon sprach, dass sich an ihr entscheide, ob man die Verfassung als Rechtsordnung „in nuce“ begreift oder ob sie im Wesentlichen eine „Rahmenordnung“ des politischen Prozesses sei.⁴⁹

Was *Böckenförde* beschreibt, begegnet einem bei der Lektüre von Texten zur Horizontalwirkungsfrage immer wieder. Es geht dabei im Prinzip immer um die Frage, wie weit „das Recht“, „der Staat“, „die Verfassung“ oder „das Öffentliche“ in „die Gesellschaft“ oder „das Private“ eingreifen darf. Der Dichotomie von „Staat und Gesellschaft“ wird für die klassische Narration moderner Staats- und Grundrechtstheorien enorme Bedeutung zugemessen. Sie wird teilweise auf die bereits im römischen Recht und in der klassischen Philosophie gemachte Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht oder der öffentlichen und der privaten Sache zurückgeführt.⁵⁰ Bis heute wird den Gegnern dieser Unterscheidung eine Tendenz zur Totalität unterstellt.⁵¹ Die Emanzipation des Bür-

⁴⁹ *Böckenförde*, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S. 437.

⁵⁰ Vgl. jeweils mit weiteren Nachweisen *Ehmke*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, in: Hesse/Reicke/Scheuner (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, 1962, S. 23 ff.; *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, S. 144–152; *Rupp*, *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2004, S. 879 ff. Während diese Unterscheidung im Mittelalter keine Rolle gespielt habe, sei sie im Absolutismus wiederentdeckt worden, vgl. *Brunner*, *Land und Herrschaft*, 1990, S. 124. Erst in der Zeit der Aufklärung wurden Staat und Gesellschaft nicht nur unterschieden, sondern legitimierungstheoretisch verknüpft. Der Antagonismus von Staat (Monarch) und dem was eine „Gesellschaft“ zu sein begann, brauchte eine Begrifflichkeit, vgl. dazu *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1992, S. 51. Bei *Hegel* wurde die Ambivalenz der Dichotomie von freiheitswährendem und vereinheitlichendem Recht besonders deutlich, *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1992, S. 133–138. Er gab der Staatstheorie eine starke Strömung den Staat als Einheit zu sehen. *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1820], 1995, S. 399 (dazu *Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl. (2011), S. 228). Gleichzeitig prägte er die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, wie sie von liberal-konstitutioneller Front benutzt wurde, dazu *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1992, S. 136.

⁵¹ *Böckenförde*, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demo-*

gertums mit Hilfe von grundrechtlichen Freiheiten scheint hier unzureichend berücksichtigt; ja aufs Spiel gesetzt.⁵² Die seit dem Spätkonstitutionalismus zunehmend an Bedeutung gewinnende Trennung von öffentlich und privat scheint aufzugeben.⁵³

Wenn es aber darum geht zu bestimmen, was öffentlich und was privat ist, wird es schwierig. Nach dem klassisch-liberalen *harm principle* lässt sich zwar vertreten, dass nur ein für andere schädliches Verhalten den öffentlichen Raum und damit die Zuständigkeit des Staates begründet.⁵⁴ Aber was als schädliches Verhalten zu gelten hat, unterliegt den wandelnden Anschauungen der Zeit und damit der demokratischen Entscheidung des Gesetzgebers. In der Schicksalsgemeinschaft Sozialstaat lässt sich nicht kategorial ausschließen, dass eine scheinbar private Selbstschädigung nicht auch die legitimen Interessen der anderen berührt. Und was überhaupt eine Schädigung ausmacht, bestimmt sich ebenso wenig von alleine.⁵⁵

Es ist insoweit zwar folgerichtig, dass die Vorstellung, der EuGH könne sich für eine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten entscheiden, als evidente Gefahr für die Freiheit begriffen wird.⁵⁶ Juristen aus Verfassungssystemen, die auf eine längere Geschichte zurückblicken können, betonen aber zu Recht, dass gerade solche Vorstellungen von einer vorstaatlich indizierten Rahmen- oder

kratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 2006, S. 209 (221). Selbst die Vertreter des „totalen Staates“ waren formal für die Beibehaltung der Trennung von Staat und Gesellschaft, vgl. *Schmitt*, *Wesen und Werden des faschistischen Staates* [1929], in: *Positionen und Begriffe*, 1994, S. 124 ff.; *Forsthoff*, *Der totale Staat*, 1933, S. 31.

⁵² In diesem Sinne: *Grimm*, *Bürgerlichkeit im Recht*, in: *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 11 ff.

⁵³ Vgl. die Zusammenfassung bei *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, S. 24–31. Nicht-Juristen betrachten diesen Streit eher befremdet, was sich auch darin widerspiegelt, dass statt von Staat und Gesellschaft eher auf in öffentlich/privat unterschieden wird, wobei unter „privat“ hier vor allem Privatheit (*privacy*) verstanden wird. Vgl. insbesondere *Geuss*, *Privatheit*, 2002. Deutlich wird dies auch bei der Diskussion in der US-Rechtswissenschaft, ob die US-Verfassung ein Recht auf „privacy“ kennt und ob dieses einem Recht auf Schwangerschaftsabbruch gewährt. Unter dem Stichwort *privacy* wird hier also der Streit abgearbeitet, der in Deutschland – mit ähnlichen Argumenten – unter der dogmatischen Fragestellung der staatlichen Schutzpflicht behandelt wird (dazu unten Kapitel B., II., 5.). Jeweils geht es um die Reichweite der Verfassung in das gesellschaftliche Leben, ohne das der Staat zuvor tätig geworden wäre.

⁵⁴ Vgl. dazu *Gobetti*, *Humankind as a System*, in: Weintraub/Kumar (Hrsg.), *Public and Private in Thought and Practice*, 1997, S. 103 ff.

⁵⁵ Sehr anschaulich *Herzog*, *Externalities and Other Parasites*, *Univ. Ch. L.J.* 67 (2000), S. 895 ff.

⁵⁶ Ausdrücklich bei *Kirchhof*, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 483.

Werteordnung mehr oder weniger implizit die bestehende Ordnung zum Standard erklären oder den Verlust einer vergangenen Ordnung beklagen.⁵⁷

Genau so wenig aussagekräftig ist, dass die EU die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht nicht kenne.⁵⁸ Aus deutscher Perspektive mutet dies zwar intuitiv als rechtsstaatlicher Rückschritt an, hatten doch die Nationalsozialisten diese Unterscheidung beseitigen, ja überwinden wollen.⁵⁹ Dass hieraus jedoch keine voreiligen Schlüsse gezogen werden sollten, konnte schon damals ein Blick auf *Hans Kelsens* Rechtslehre verdeutlichen, die ebenso wenig eine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht kennt und gleichzeitig nationalsozialistischen Rechtstheorien diametral entgegensteht.⁶⁰ Auch ein rechtsvergleichender Blick, beispielsweise in die Vereinigten Staaten von Amerika⁶¹ oder in das Vereinigte Königreich⁶², verdeutlicht, dass Antworten auf die Horizontalwirkung so einfach nicht zu finden sind.

Auch die Befürchtung, dass das Rechtssystem der EU die Unterscheidung von „öffentlich“ und „privat“ nicht kenne, führt nicht weit, obwohl diese Unterscheidung als klassische Kategorie bei der Drittwirkungsfrage zu dienen scheint. Dass in der EU die Trennung von öffentlich und privat in vielen Bereichen verschwimmt,⁶³ ist ein allgemeines Phänomen moderner Staatlichkeit. Gerade (aber nicht nur) im Bereich des Antidiskriminierungsrechts zeigt sich, dass es sich bei der Umschreibung eines privaten Raums, etwa der Familie, des Unternehmens, der Privatautonomie, nicht um die einer Rechtsordnung vorausliegenden Einheiten handelt, die der Staat nur zu bewahren hat.⁶⁴ Die Vorstellung

⁵⁷ In den USA dient hier oft ein Zustand „Pre-New-Deal“ als Maßstab, vgl. *Sunstein*, *The Partial Constitution*, 1993, S. 160.

⁵⁸ Vgl. hier nur *Kumm*, *How does European Union Law Fit into the World of Public Law?*, in: *Neyer/Wiener* (Hrsg.), *Political Theory of the European Union*, 2011, S. 111 ff.; *Reich*, *The Public/Private Divide in European Law*, in: *Micklitz/Cafaggi* (Hrsg.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, 2010, S. 56 ff.; *Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl. (2011), S. XXVIII.

⁵⁹ Mit weiteren Nachweisen: *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1999, S. 338–341.

⁶⁰ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* [1934], 2008, S. 52. Dazu *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1999, S. 339 ff.; *Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl. (2011), S. 38 ff.

⁶¹ *Möllers*, *Staat als Argument*, 2. Aufl. (2011), S. XXVIII.

⁶² *Loughlin*, *The Idea of Public Law*, 2009, S. 2.

⁶³ *Semmelmann*, *The Public-Private Divide in European Union Law*, in: *Neergaard/Nielsen* (Hrsg.), *Conference Volume on European Legal Method(s) in a Multilayered Legal Order v. Multi-Level Governance*, 2012; *Witte*, *The Crumbling Public/Private Divide*, *Citizenship Studies* 13 (2009), S. 515 ff.

⁶⁴ Dazu auch *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 379–380. Vgl. für eine feministische Kritik *MacKinnon*, *Sex Equality*, 2. Aufl. (2007).

der Privatheit insgesamt hat sich gewandelt.⁶⁵ Die Europäische Union steht dabei ganz und gar nicht allein. Ob sie zu Recht diesen Wandel mitgegangen ist, scheint mir weniger interessant als die Frage, wieso sich das Europarecht so scheinbar mühelos von den herkömmlichen Dichotomien entfernt hat und man dennoch von einer voranschreitenden Konstitutionalisierung Europas sprechen kann.⁶⁶ Haben wir es mit einer totalen Konstitutionalisierung zu tun?

2. „Totale Konstitutionalisierung“ als Widerspruch in sich? – Foucaults *Gouvernementalität*

Der Begriff der „totalen Konstitutionalisierung“ scheint bereits ein Widerspruch in sich zu sein. Nach klassischer Vorstellung schützt die liberale Verfassung gerade vor Totalität, indem sie einerseits den Bürgern grundrechtliche Freiräume sichert, in die der Staat gar nicht oder jedenfalls nur rechtsfertigungsbedürftig eingreifen darf. Andererseits garantiert die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung, dass der Staat nur die ihm von den Bürgern übertragenen Befugnisse wahrnimmt.⁶⁷

Dieser Arbeit liegt ein Rechtsverständnis zugrunde, dass sich von diesem idealisiert beschriebenen Verständnis der liberalen Staatsbegrenzung unterscheidet. Wie man insbesondere in den erst im Jahr 2004 veröffentlichten Vorlesungen zur Geschichte der *Gouvernementalität*⁶⁸ von *Michel Foucault* nachlesen kann, ist die Erzählung vom liberalen Staat eine sicherlich erbauliche, aber nicht zwingend überzeugende Fortschrittserzählung.⁶⁹ Vielmehr lässt sich auch eine Narration vom sich immer mehr der Gesellschaft zuwendenden Staat er-

⁶⁵ Siehe nur *Geuss*, Privatheit, 2002, S. 16–17.

⁶⁶ Noch vor wenigen Jahrzehnten musste einem die Frage nach einer grundrechtlichen Horizontalwirkung im europarechtlichen Kontext nahezu undenkbar erscheinen. So ist die Rede von europäischem Konstitutionalismus erst seit den 1990ern auf breiteren – wenn auch nicht unumstrittenen – Konsens gestoßen, der einer „Transplantation“ – vgl. zum Begriff *Perju*, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, S. 1304 ff. – dieser verfassungsrechtlichen Diskussion ansonsten bereits begrifflich im Wege gestanden hätte. Hier kann der, zumindest im deutschsprachigen Raum, umfangreichen und facettenreichen Diskussion zur Übertragung des Verfassungsbegriffs auf die europäische Integration nicht viel Raum gegeben werden, vgl. dazu *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 227 ff.

⁶⁷ Angesichts von Kompetenzstreitigkeiten zwischen den föderalen Ebenen kann dies manchmal aus dem Blick geraten, wenn von einer potentiellen Allzuständigkeit des Nationalstaates gegenüber der nur begrenzt ermächtigten Europäischen Union gesprochen wird.

⁶⁸ *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 2004; *Foucault*, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 2004.

⁶⁹ Vgl. *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 2004, S. 30.

zählen. Während die Fortschrittsgeschichte davon ausgeht, dass der ursprünglich absolutistische Staat vom Bürgertum, aus dem neu geschaffenen Privatraum zurückgedrängt wurde, erzählt *Foucault* die Geschichte von einem Staat, der zunehmend realisiert, dass Territorium und materieller Reichtum an Bedeutung abnehmen und die Produktivität der Bevölkerung dagegen immer wichtiger wird.⁷⁰ Die Gewährung von Rechten und Freiheiten ist nach *Foucault* das Ergebnis eines Lernprozesses in der Regierungstechnik, der von der Ignoranz gegenüber der Bevölkerung im Absolutismus, zu dem Versuch ihrer Disziplinierung und schließlich zu ihrer flexiblen und reaktiven Steuerung führte.

Lange wurde *Foucaults* Beschreibung des liberalen Staates als Radikalkritik des Liberalismus verstanden. Ohne aber an dieser Stelle unangemessen tief in die *Foucault*-Rezeption einsteigen zu müssen, lässt sich argumentieren, dass diese normative Seite von *Foucaults* Arbeit zum sog. Sicherheitsdispositiv überschätzt wurde.⁷¹ Der französische Philosoph hatte bekanntermaßen große Bedenken hinsichtlich der eindeutig erzieherischen und rücksichtslosen Perspektive der Disziplinarmacht.⁷² Hinsichtlich des auch als „Biopolitik“ bezeichneten Sicherheitsdispositivs war *Foucault* jedoch in der Rolle des kritischen und faszinierten Beobachters geblieben.⁷³

Um es vorwegzunehmen: Mir geht es in dieser Arbeit ähnlich. In dieser wird der Prozess der Flexibilisierung des Rechts vorrangig beschreibend nachvollzogen. Dabei wird deutlich werden, dass dieser Vorgang auch im Recht von einer auffällig ökonomisch geprägten Rationalität dominiert wird. Dies gilt sowohl für die verfassungsgerichtliche Horizontalwirkung, die sich in der Regel im Rahmen einer Abwägung zweier kommensurabel gemachten Grundrechte auflöst,⁷⁴ als auch für die einfachgesetzliche Horizontalwirkung, die zumindest in den hier gewählten Beispielen entweder kaum stattfindet (Deutschland) oder auf der Grundlage der Förderung des gemeinsamen Marktes (*Commerce Clause*/ Binnenmarktklausel) fußt und damit ebenfalls der ökonomischen Rationalität Rechnung trägt.

⁷⁰ Vgl. insbesondere *Foucault*, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 2004; *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 2004. Zusammenfassend: *Heidenreich*, *Foucaults* Rekonstruktion des Liberalismus und die Rolle des Staates, in: ders. (Hrsg.), *Technologien der Macht*, 2011, S. 139 ff.

⁷¹ Vgl. die Beiträge in *Zamora* (Hrsg.), *Critiquer Foucault*, 2014; *Zamora/Behrent* (Hrsg.), *Foucault and Neoliberalism*, 2016.

⁷² Vgl. nur sein politisches Engagement zugunsten von Gefängnisinsassen und den Patienten von Nervenkliniken und *Foucault*, Überwachen und Strafen, 1997; *Foucault*, *Wahnsinn und Gesellschaft*, 1996.

⁷³ So auch *Brown*, *Die schleichende Revolution*, 2015, S. 61 f.

⁷⁴ Dazu unten Kapitel D.

Bei diesen Steuerungsmechanismen menschlichen Verhaltens unter den Vorzeichen der ökonomischen Rationalität, oder auch *Gouvernementalität*,⁷⁵ lässt sich erkennen, dass die Horizontalwirkung nicht mehr nach dem „ob“, sondern nach dem „wie (weit)“ fragt.

Für den Staat ist jedes Verhalten seiner Bürger potentiell relevant, da auch noch die höchste Intimität, wie etwa das eigene Sexualeben, für die Produktivität der Bevölkerung von Bedeutung sein kann. Nach dieser Logik gibt es keine öffentlichen und keine privaten Räume, solange und soweit es nicht ökonomisch sinnvoll erscheint, diese mit Recht zu schützen.⁷⁶ Der Staat erzieht seine Bürger nicht mit Disziplin, sondern erklärt das Interesse jedes Einzelnen für grundsätzlich rechtlich schützenswert, beobachtet und schlichtet:

„Zugleich werden die Reibungsflächen zwischen diesen verschiedenen Einheiten um so zahlreicher und größer und um so stärker werden die Konfliktmöglichkeiten und die Gelegenheiten für einen Rechtsstreit zunehmen.“⁷⁷

Im Fortgang dieser Arbeit werden wir an verschiedenen Stellen sehen, dass das Recht und insbesondere das Verfassungsrecht als Gegenpol zur ökonomischen Rationalität begriffen und von Gerichten als solcher proklamiert wird. Die oftmals unter dem Deckmantel des Unpolitischen voranschreitende Ausbreitung der Menschenrechte seit den 1970er Jahren und im Rahmen des weltweiten Konstitutionalismus seit den 1990ern, wurde entsprechend als letzte Ersatzutopie bezeichnet.⁷⁸ Nach dem Fall des Eisernen Vorhangs sollte danach nicht der tumbe Kapitalismus, sondern die Idee der Menschenrechte ihren Siegeszug antreten.

Auch die *Foucault*-Rezeption ist lange davon ausgegangen, dass mit *Gouvernementalität* etwas anderes als Recht gemeint war, nämlich eine weiche, nicht-rechtliche Steuerung unter den Vorzeichen der politischen Ökonomie des (Neo-)Liberalismus.⁷⁹ In den *Gouvernementalitäts*-Vorlesungen finden sich durchaus Aussagen, die die Bedeutung des Rechts relativieren:

⁷⁵ *Foucault* definiert *Gouvernementalität* unter anderem als „die aus den Institutionen, den Vorgängen, Analysen und Reflexionen, den Berechnungen und Taktiken gebildete Gesamtheit, welche es erlauben, diese recht spezifische, wenn auch sehr komplexe Form der Macht auszuüben, die als Hauptzielscheibe die Bevölkerung, als wichtigste Wissensform die politische Ökonomie und als wesentliches technisches Instrument die Sicherheitsdispositive hat.“ *Foucault*, *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*, 2004, S. 162. Vgl. zur Genealogie des Begriffs ausführlich *Mazumdar*, *An der Schwelle zum neuzeitlichen Staat*, in: Heidenreich (Hrsg.), *Technologien der Macht*, 2011, S. 69 ff.

⁷⁶ *Somek*, *Individualism*, 2008, S. 89, bezeichnet dies anschaulich als ökonomischen Holismus.

⁷⁷ *Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 2004, S. 246.

⁷⁸ *Moyn*, *The Last Utopia*, 2012.

⁷⁹ Vgl. grundsätzlich zu dieser auch sog. „Expulsion Thesis“, wonach *Foucaults* Theorie

„[D]ieses intellektuelle Mittel, die Art von Kalkül, die Form der Rationalität, die der gouvernementalen Vernunft gestattet, sich selbst zu begrenzen, ist wiederum nicht das Recht. [...] Nun, es ist natürlich die politische Ökonomie.“⁸⁰

Ich denke aber dennoch, dass es der Arbeit *Foucaults* gerecht wird, wenn man diese Distanzierungen nicht überbewertet.⁸¹ *Foucault* hatte ein schon zu Lebzeiten einigermaßen antiquiertes Verständnis vom Recht. In Anlehnung an *John L. Austin* verstand er das Recht in der Regel als befehlenden Sprechakt,⁸² ein Rechtsverständnis das spätestens sein *H.L.A. Harts* „The Concept of Law“ als überholt gelten muss.⁸³ *Foucault* hatte aber sehr wohl wahrgenommen und beschrieben, dass Recht auch indirekt und eigenständig operieren kann. Vielleicht um sich nicht explizit zu sich selbst in Widerspruch zu setzen, hat er bei der Beschreibung dieses „juridischen Interventionismus“⁸⁴ der Gouvernementalität jedoch auf den Rechtsbegriff verzichtet:

„Eine innere Begrenzung, von der man aber dennoch nicht glauben sollte, dass es sich um eine Begrenzung handelt, die von einer ganz anderen Beschaffenheit als das Recht ist. Es ist eine Begrenzung, die trotz allem immer auch eine juristische Begrenzung ist.“⁸⁵

Während es also meiner Meinung nach falsch wäre, *Foucaults* Gouvernementalität vom Recht zu trennen, scheint es mir ähnlich verfehlt, seine Schriften als Deutung einer totalitär, faschistischen Moderne zu interpretieren. Für diesen Versuch stehen die ersten, Aufsehen erregenden Schriften von *Giorgio Agamben*, die er vor der Veröffentlichung von *Foucaults* Gouvernementalitäts-Vorlesungen geschrieben hat.⁸⁶ *Agamben* ist der Ansicht, dass es *Foucault* und *Hannah Arendt* hätte gelingen sollen, ihre Beiträge zum Totalitarismus zu verbinden. Er selbst unternahm mit seinem *Homo sacer* Projekt einen Versuch dies nachzuholen. Von *Arendt* übernahm er dabei die Erkenntnis, dass die Menschenrechte moderner Verfassungen unmittelbar auf den Nationalstaat zurück führten und

das Recht kaum berührt habe *Hunt/Wickham*, *Foucault and Law*, 1994. Auch heute prägt diese Ansicht noch viele Arbeiten der Rechtswissenschaften, vgl. etwa *Möller*, *European governmentality or decentralised network governance?*, RECON Online Working Paper 2010, S. 1 ff.

⁸⁰ *Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 2004, S. 30.

⁸¹ So auch *Golder/Fitzpatrick*, *Foucault's Law*, 2009.

⁸² Vgl. explizit *Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 2004, S. 351.

⁸³ Vgl. insbesondere *Hart*, *Der Begriff des Rechts*, 2011, S. 31–39. Ähnlich, aber noch einen Schritt moderner: *Shapiro*, *Legality*, 2011.

⁸⁴ *Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 2004, S. 235.

⁸⁵ Ebd., S. 63.

⁸⁶ Vgl. insbesondere *Agamben*, *Homo sacer*, 2004; *Agamben*, *Ausnahmestand*, 2004; *Agamben*, *Was von Auschwitz bleibt*, 2003. Auch die politischen oder politisch-künstlerischen Rezeptionen *Foucaults* gehen diesen Weg und rauben damit der Gouvernementalität ihre Innovationskraft, vgl. etwa *Goldberg*, *Liberal Fascism*, 2009; *Zeh*, *Corpus Delicti*, 2009.

damit die fatale Zuschreibung allen Rechts, also auch des Rechts Rechte zu haben, in den Machtbereich des Staates rechtfertigten.⁸⁷ Hätte *Foucault* dies bei seiner Beschreibung des liberalen Verfassungsstaates und der von ihm praktizierten Gouvernamentalität beachtet, dann hätte – so *Agamben* – auch dieser die Relevanz der monströsen Verbrechen totalitärer Regimes, und insbesondere des Nationalsozialismus, für seine Arbeit erkannt. Das Lager mit seinen rechtlosen, aber vom Recht eingeschlossenen Gefangenen steht deswegen für *Agamben* paradigmatisch für die Gefahr der totalen Verrechtlichung.⁸⁸

Diese Aussagen sind sicher hilfreich, um „klassisch“ totalitäre Strukturen unserer heutigen Gesellschaften zu verstehen. So wurde *Agamben* zu Recht im Zusammenhang mit der weitgehenden Rechtslosstellung von Gefangenen des sog. Antiterrorkriegs rezipiert.⁸⁹ Diese gerade in Europa durchaus befremdlichen Begegnungen mit dem Politischen in Form möglicher Ausnahmezustände, führten uns dabei vor Augen, dass auch der moderne Verfassungsstaat die Möglichkeit der Ausnahme in sich trägt und staatliche Gewalt und Folter nicht als vorzeitliche Relikte gelten können.⁹⁰ Selbst in der Rechtsgemeinschaft der Europäischen Union hat es viele Jahre gedauert, bis größte Rechtsschutzlücken in diesem Kampf einigermaßen geflickt waren.⁹¹

Ich glaube aber, dass *Foucaults* Beschreibung der Gouvernamentalität einen anderen Reiz ausmacht.⁹² In den – von *Agamben* ursprünglich noch nicht rezipierten⁹³ – Vorlesungen zur Gouvernamentalität macht *Foucault* deutlich, dass es ihm auf eine kleinteilige Verrechtlichung ankommt, die wiederum auf einer ökonomischen Rationalität gründet, der eine souveräne Macht fremd ist:

„Die Ökonomie ist eine atheistische Disziplin; die Ökonomie ist eine Disziplin ohne Gott; die Ökonomie ist eine Disziplin ohne Totalität; die Ökonomie ist eine Disziplin, die nicht nur die Nutzlosigkeit, sondern die Unmöglichkeit einer souveränen Perspektive manifestiert, [...]“⁹⁴

⁸⁷ *Arendt*, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, *Die Wandlung* 5 (1949), S. 754 ff.

⁸⁸ *Agamben*, Ausnahmezustand, 2004.

⁸⁹ Vgl. etwa *Hetzer*, Rechtsstaat oder Ausnahmezustand?, 2008; *Kahn*, Sacred Violence, 2008; *Žižek*, Welcome to the Desert of the Real, 2002; *Unseld*, Der terroristische Ausnahmezustand und die Brille des Rechts, HFR 2009, S. 74 ff.; *Unseld*, Verhältnismäßig krisensicher, in: Bauerschmidt/Fassbender/Müller u. a. (Hrsg.), Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen, 2015, S. 141 ff.

⁹⁰ Vgl. *Kahn*, Sacred Violence, 2008; *Haltern*, Was bedeutet Souveränität?, 2007; *Unseld*, Der terroristische Ausnahmezustand und die Brille des Rechts, HFR 2009, S. 74 ff.

⁹¹ Vgl. die Beiträge zur „Kadi-Saga“ in *Avbelj/Fontanelli/Martinico* (Hrsg.), Kadi on Trial, 2014.

⁹² Vgl. auch die Kritik bei *Muhle*, Biopolitik – ein polemischer Begriff, in: Loick (Hrsg.), Der Nomos der Moderne, 2011, S. 41 ff.

⁹³ Differenzierter bereits: *Agamben*, Das Reich und die Herrlichkeit, 2010.

⁹⁴ *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 2004, S. 387.

Die juristische Ratio der Gouvernamentalität unterscheidet sich damit gerade von der unhinterfragbaren und damit *per se* irrationalen Herrschaft des Souveräns, wie er faschistischen Ideologien zugrunde liegt.⁹⁵ Totalität im *foucaultschen* Sinne meint

„[...] die Idee, dass der Staat in sich selbst und durch seine eigene Dynamik eine Art von expansiver Kraft besitzt, eine intrinsische Tendenz, zu wachsen, einen endogenen Imperialismus, der ihn ständig dazu treibt, an Oberfläche, an Ausdehnung, an Tiefe, an Raffinesse zuzunehmen, so dass er dazu gelangt, für dasjenige vollkommen die Verantwortung zu übernehmen, was für ihn zugleich sein Anderes, sein Außen, sein Ziel und sein Gegenstand wäre, nämlich die bürgerliche Gesellschaft.“⁹⁶

Die sanfte richterliche Rechtsetzung nimmt dabei die pastorale Behütung der ansonsten durchaus freiheitsorientierten Rechtsordnung wahr. Den Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens werden so die unvernünftigen Auswüchse, Spitzen und Kanten genommen:

„Man wendet sich nicht mehr gegen den Missbrauch der Souveränität, sondern gegen ein Übermaß von Regierungstätigkeit.“⁹⁷

Die Ambivalenz der von der Gouvernamentalität gewährleisteten Freiheit bleibt gegenwärtig:

„Mit einer Hand muss die Freiheit hergestellt werden, aber dieselbe Hand impliziert, dass man mit der anderen Einschränkungen, Kontrollen, Zwänge, auf Drohungen gestützte Verpflichtungen usw. einführt.“⁹⁸

Wie diese Arbeit verdeutlichen soll, kann sich auch die Horizontalwirkung von Grundrechten, sei es auf einfachgesetzlicher oder auf verfassungsgerichtlicher Ebene, nicht von dieser Ambivalenz lösen. Die Zuwendung des Staates zur Gesellschaft hat einen Mechanismus in Gang gesetzt, der schwer zu steuern und unmöglich aufzuhalten scheint.

„Wir haben hier eine Art von Luftzufuhr für eine gewaltige Gesetzgebung, für eine gewaltige Menge an Regierungsinterventionen, die die Garantie für die Herstellung der Freiheit darstellen werden, welche man eben zum Regieren braucht.“⁹⁹

Ein technologisches Verständnis von grundrechtlicher Horizontalwirkung läuft damit Gefahr, dass nichts politisch, aber alles politisierbar ist.¹⁰⁰ Die zentrale

⁹⁵ Klassisch *Schmitt*, Politische Theologie [1922], 8. Aufl. (2004). Zum Gegensatz von Faschismus und Rationalität, vgl. auch *Müller*, Contesting Democracy, 2011, S. 92.

⁹⁶ *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 2004, S. 262.

⁹⁷ Ebd., S. 29.

⁹⁸ Ebd., S. 98.

⁹⁹ Ebd., S. 99.

¹⁰⁰ Vgl. *Deuber-Mankowsky*, „Nichts ist politisch. Alles ist politisierbar“, in: Heidenreich (Hrsg.), Technologien der Macht, 2011, S. 111 ff.

negative Macht des totalen Leviathan wird durch die bejahende Rationalität des Behemoth ersetzt.¹⁰¹ Dass gerade die Rechtsordnung der Europäischen Union einer Horizontalwirkung offen gegenüber stehen könnte, scheint aus dieser Perspektive verständlicher. Kritiker beschreiben die Union als ein „sanftes Monster“¹⁰², das seine ökonomische Genetik nicht verheimlichen kann.¹⁰³

Aber auch wenn die Kritiker recht haben sollten: Bedeutungen sind immer dem Wandel der Zeit ausgesetzt. Wenn die Horizontalwirkung Ausdruck ökonomischer Gouvernamentalität sein sollte, steht dies einer Umdeutung und demokratischen Eroberung des Rechts nicht zwingend im Wege. Zwingende Voraussetzung dafür ist jedoch, dass man sich eines Problems bewusst wird.

II. Wieso „Horizontalwirkung“?

Im Rahmen dieser Arbeit soll in der Regel von „Horizontalwirkung“ der Grundrechte gesprochen werden. Da der Begriff bisher von keiner Rechtsordnung verinnahmt wurde,¹⁰⁴ eignet er sich gut für einen einigermaßen unbefangenen Rechtsvergleich. Der Versuch, die deutsche Drittwirkungsdebatte oder die *State Action* Doktrin direkt auf das Rechtssystem der EU zu übertragen, scheint dagegen zu pfadabhängig.

Dritt- oder Direktwirkung von Grundrechten wird überwiegend als Verfassungsrechtsprechung verstanden, die mehr oder weniger direkt Grundrechte zwischen Privaten zur Anwendung bringt.¹⁰⁵ Dabei wird der Begriff der unmittelbaren Drittwirkung einerseits von einer bloßen Grundrechtsbindung des Gesetzgebers (v. a. durch Nichtigerklärung einer Norm) abgegrenzt. Andererseits wird er von einer über die Fachgerichte vermittelten, mittelbaren Grundrechts-

¹⁰¹ Vgl. für die dem Leviathan entgegengesetzte Ikonographie des Behemoth: *Bredenkamp*, Behemoth als Partner und Feind des Leviathan, *Leviathan* 37 (2009), S. 429 ff.

¹⁰² Vgl. die ansonsten aber unsägliche, weil von ungeprüften Vorurteilen überlagerte Kritik bei *Enzensberger*, Sanftes Monster Brüssel oder die Entmündigung Europas, 2011.

¹⁰³ Vgl. nur *Brunkhorst*, Das doppelte Gesicht Europas, 2014; *Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005.

¹⁰⁴ Im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch ist „horizontal effect“ kein etablierter Rechtsbegriff, auch wenn dies in europarechtlichen und rechtsvergleichenden Arbeiten teilweise einen anderen Anschein hat, vgl. *van der Walt*, The Horizontal Effect Revolution and the Question of Sovereignty, 2014. Zweifelhaft deswegen *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 2013, S. 142.

¹⁰⁵ Die Begriffe Dritt- und Direktwirkung werden teilweise sehr uneinheitlich gebraucht, vgl. dazu *Krieger*, Funktionen von Grund- und Menschenrechten, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2013, Rn. 77; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 2013, S. 142.