Endfassung: 21.02.2001
Neu: 14.12.2011

Josef Schüßlburner

Zivilrecht als politisches Kampfinstrument?

Zur Kündigung von Girokonten aus politischen Gründen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 2012

A. Sachverhalt und Problemstellung

B. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes und dessen rechtspolitische Bedeutung

C. Die Vertragsfreiheit und die Grenzen ihrer politischen Instrumentalisierbarkeit

I. Wesen der Privatautonomie
- **1. Kündigungsrecht als Ausdruck der Privatautonomie**
- **2. Rechtsnatur des Girokontenvertrages**

II. Die gesetzlichen Schranken der Privatautonomie
- **1. Zur Privatrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts**
  - a) Kategorie der „juristischen Person“: Beispiel für den institutionellen Charakter der Privatautonomie
  - b) Die lediglich analoge Geltung der Vertragsfreiheit für juristische Personen des öffentlichen Rechts
- **2. Zum Ausschluß des Kündigungsrechts durch gesetzliche Kontrahierungsverpflichtung**
- **3. Verwirkung des Kündigungsrechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)**
  - a) Bedeutung von Verkehrssitte/Verwirkungstatbestand
  - b) Kontrahierungsverpflichtung aufgrund der Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs als Element der Daseinsvorsorge
- **4. Kontrahierungsverpflichtung aufgrund wettbewerbswidrigen Verhaltens der Banken (§§ 826, 249 BGB)**
  - a) Kontrahierungszwang zugunsten der Verbraucher bei Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
  - b) Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes
    - aa) Verletzung des Kartellverbotes
    - bb) Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
- **5. Zusammenfassung: Berufung der Banken auf Vertragsfreiheit treuwidrig**

III. Verfassungsgesetzliche Schranken der Privatautonomie
- **1. Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen Verbotsgesetz (§ 134 BGB)**
  - a) Grundrechte als privatrechtlich wirkende Verbotsgesetze
  - b) Verbotsnormcharakter von Meinungs- und Vereinigungsfreiheit

2. Unwirksamkeit der Kündigung mangels Unzumutbarkeit (§§ 242, 626 f. BGB)

a) Das Problem der Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis

b) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe als Transformatoren des Grundrechtsschutzes auf privatrechtliche Vertragsverhältnisse

c) Die Rechtsprechung zum Arbeitsrecht als Maßstab des privatrechtlich wirkenden Grundrechtsschutzes

d) Die gebotene Übertragung der arbeitsrechtlichen Wertung auf das Girokontenverhältnis

3. Abwägung aufgrund der Rechtsprechung zur Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis

a) Das Girokontenverhältnis als „unpersönliches" Rechtsverhältnis

b) Grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit und damit verbundener Rechte

c) „Privilegierung" der Tendenzbetriebe und der politischen Parteien

d) Gewährleistung des „herrschaftsfreien Dialogs"

e) Ergebnis der grundrechtlich orientiere Abwägung

4. Unmittelbare Grundrechtsgeltung bei zivilrechtlichem Handeln des Staates

a) Staatsunternehmen: Grundrechtspflichtig und nicht grundrechtsberechtigt

aa) Ergebnis bei unmittelbarer Staatsverwaltung als Maßstab

bb) Mangelnde Grundrechtsstellung von Sparkassen und Postbank

b) Notwendigkeit der Grundrechtsgeltung bei staatlichen Hilfsgeschäften

aa) Die Fiskuslehre

bb) Besondere Schutzbedürftigkeit gegenüber Hilfsgeschäften des Staates

c) Zentraler Unterschied zwischen Grundrechten und Staatskompetenzen

aa) Verortung der Problematik bei Art. 19 Abs. 3 GG

bb) Nachrichtendienstliches Mittel als Beleg für Freiheitsgefährdung durch „privates" Handeln des Staates

d) Die US-amerikanische *state action*-Doktrin zum Vergleich

aa) Kriterium für Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr: Staatliche Gelder und staatlicher Einfluß

bb) Vermutung bezüglich Staatlichkeitscharakter von mitbestimmten Unternehmen und Geheimdiensteinmischung

5. Das Handeln privater Banken als staatlich beauftragte Unternehmen

a) Auftragsverhältnis durch Beleihung und sonstiger Inpflichtnahme

b) Gebot der analogen Grundrechtsgeltung bei Freier Initiative Privater

IV. Sittenwidrigkeit als eigentlicher Prüfungsmaßstab der Instrumentalisierung des Zivilrechts zu politischen Zwecken

1. Argumente gegen die Anwendung des grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes im (echten) Privatrechtsverhältnis

a) Gefahr der Abschaffung der Privatautonomie

b) Gefahr einer totalitären Grundrechtsentwicklung

2. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Privatautonomie

a) Grundrechtliche Ableitung und Schrankenbestimmung

b) Privatautonomie als Verfassungsprinzip

aa) Die Funktion von Verfassungsprinzipien

bb) Verbot politischer Funktionalisierung als verfassungsrechtlicher Zweck der Privatautonomie

3. Der Prüfungsmaßstab der Sittenwidrigkeit

a) Begriff der Sittenwidrigkeit

b) Umgehung der Schranken des öffentlichen Rechts durch privatrechtliche Gestaltungsrechte
c) Zivilrechtliche Irrelevanz und Sittenwidrigkeit des Extremismusbegriffs
4. Verletzung des Gleichbehandlungsgebots der Privatautonomie
a) Gleichheit als allgemeines Rechtsprinzip (Sachgerechtigkeitsgebot)
b) Privatautonomie als Verwirklichung spezifischer Gleichheit der (Wirtschafts-) Gesellschaft
aa) Trennung von politischer und gesellschaftlicher Gleichheit/Ungleichheit
bb) Sittenwidrigkeit der Übertragung politischer Ungleichheit auf zivilrechtliche Rechtsgestaltung
c) Die Bedeutung des kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes
aa) Existenz des Wettbewerbs als Voraussetzungsbedingung der Privatautonomie
bb) Das zivilrechtliche Machtausübungsverbot
5. Verstoß gegen das Entpolitisierungsgebot im Bereich des Zivilrechts
a) Demokratietheoretische Bedeutung der Trennung von Staat und Gesellschaft
aa) Schutz der Freiheit und Gleichheit der Bürger im politischen Prozeß
bb) Verhinderung des „plutokratischen" Unterlaufens von Demokratie
cc) Verfassungsrechtliche Problematik juristischer Personen
b) Schutz der Sachgerechtigkeit der einzelnen Lebensbereiche
aa) Schutz der arbeitsteiligen Gesellschaftsordnung
bb) Entpolitisierungsgebot aufgrund gewerkschaftlichen Mitbestimmungsrechts
cc) Die gebotene Unterscheidung von natürlichen Personen/Personalgesellschaften und Kapitalgesellschaften
c) Verstoß gegen das Friedfertigkeitsgebot
aa) Schutz des internationalen Freihandels
bb) Beachtung von zivilrechtlichen Rechten im Kriegsvölkerrecht
6. Die Sittenwidrigkeit des zivilrechtlichen „Privatkrieges"
a) Das angelsächsische Kriegssanktiosrecht als Ausgangspunkt
b) Die jüngste Anwendung des Sanktionskonzepts
c) Sittenwidrigkeit antifaschistisch-liberalextremistischer Handlungsansätze
aa) „Liberalextremismus" oder freiheitliche demokratische Grundordnung
bb) Zivilrechtliche Verschleierung bundesdeutscher Systemmängel
cc) Rückfall zur vorbürgerlichen Herrschaftskonzeption

D. Ergebnis
Die Rechtswidrigkeit der politischen Instrumentalisierung des Zivilrechts

Vorwort 2012

Vor ziemlich genau einem Jahrzehnt glaubte die antipluralistische „Kultur" der weltanschaulich-politischen Diskriminierung, die weitgehend im Gegensatz zu den „liberalen Demokratien des Westens" (Bundesverfassungsgericht) die bundesdeutsche Realverfassung besonders kennzeichnet, eine neue Kampfmethodik „gegen Rechts" entdeckt zu haben, nämlich den Einsatz des wirtschaftlichen Boykotts. Damit sollten oppositionelle Organisationen von „rechts" in den wirtschaftlichen Ruin getrieben werden. Neben dem moralisch erhebenden Gefühl, das sich bei „Antifaschisten" wohl einstellt, wenn man den NS-Slogan „Kauft nicht bei Juden!" durch „Kündigt den Rechten die Konten!" ersetzt, dürfte die machtpolitische Überlegung von „Demokraten" darin bestanden haben, daß man sich mit derartigen Boykottmethoden garstige Maßnahmen wie Partei- und Vereinsverbote ersparen würde, die doch irgendwie den demokratischen Charakter der Bundesrepublik Deutschland und ihre hohen

Demokratiebewertungen bei westlichen Freunden in Frage stellen könnten. Die politische Diskriminierungspolitik sollte deshalb durch das Instrumentarium des Zivilrechts, das als unpolitisch gilt, verschleiert werden. Vergleichbar der Situation im Sozialismus würde es dann aufgrund des durch den Einsatz wirtschaftsrechtlicher Mittel wie durch Kündigungen herbeigeführten Ruins konkurrierender politischer Organisationen einfach keinen „Bedarf" mehr nach bestimmten politischen Angeboten geben. Und am demokratischen Charakter, der sich am tatsächlichen politisch-weltanschaulichen Pluralismus, vor allem an der Existenz von Rechtsparteien (neben umfassend etablierten Linksparteien) ablesen läßt

> s. dazu die neueste Veröffentlichung von
> *Josef Schüßlburner*, Konsensdemokratie. Die Kosten der politischen Mitte, Schnellroda 2011
> http://www.amazon.de/Konsensdemokratie-Die-Kosten-politischen-Mitte/dp/3935063946/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1323786658&sr=8-1

würden sich bezüglich der Bundesrepublik dann keine Zweifel ergeben; denn der politisch-weltanschauliche Pluralismus wäre ja nicht autoritär durch Verbotsmaßnahmen beengt worden, sondern hätte sich „natürlich", nämlich einfach aus der Geschäftsabwicklung des unpolitischen Zivilrechtsverkehrs ergeben. Diese Ausschaltung der politischen Rechten wäre dann gewissermaßen als systemimmanent anzusehen, da politischer Pluralismus ja nicht bedeutet, daß man ihn künstlich erhöhen müßte (so die Überlegungen der Rechtsprechung, um zu begründen, weshalb Vertreter von Parteien, die bei Wahlen an der gleichheitswidrigen Aussperrklausel des Wahlrechts von 5% gescheitert waren, keinen Anspruch haben, in Aufsichtsgremien des sozialisierten Rundfunksystems berufen zu werden).

Im Zentrum der Boykottüberlegungen gegen oppositionelle Bestrebungen stand dabei die Kündigung von Bankkonten. Damit sollten von „Demokraten" (unter Einschluß von Linksextremisten) nicht gewünschte politische Organisationen aus dem Geschäftsverkehr ausgeschlossen und es diesen dabei vor allem unmöglich gemacht werden, Mitgliedsbeiträge, Spendengelder und sonstige Einnahmen zu requirieren, um damit die Geschäfte abzuwickeln, die mit politischen Aktivitäten notwendigerweise verbunden sind, wie Verträge über die Herstellung von Werbematerial abzuschließen und diese Verträge zum Zwecke der Werbung für Ideen und Personen dann auch umzusetzen. Obwohl die höchstrichterliche Rechtsprechung, insbesondere mit den beiden maßgeblichen Urteilen des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 11.03.2003 - XI ZR 403/01- (s. BGH NJW 2003, S. 1658) und vom 02.12.2003 - XI ZR 397/02 – (s. NJW 2004, 1031) seinerzeit letztlich zugunsten der diskriminierten politischen Vereinigungen ergangen ist, zumindest soweit es um öffentlich-rechtliche Kreditinstitute wie Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts geht, ist die dabei erörterte grundlegende Problematik jedoch noch nicht erledigt. Dies zeigen noch jüngste Entscheidungen von Verwaltungsgerichten, wie des OVG Schleswig vom 26.01.2010 - 2 MB 28/09 - zugunsten des Anspruchs der DVU gegenüber einer Sparkasse auf Eröffnung eines Girokontos, des VG Münster vom 30.04.2010 - 1 K 993/08 - zugunsten des Anspruchs einer „nicht verbotenen Partei" auf Kontoeröffnung bei öffentlicher Anstalt (Sparkasse), des VG München vom 15.07.2009 - M 7 K 08.4308 - zugunsten einer nicht verbotenen Partei (womit nicht die ebenfalls „noch nicht verbotene" CSU gemeint ist) auf Konteneröffnung bei einer Sparkasse trotz zivilrechtlicher Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen, des VG Göttingen vom 10.06.2009 - 1 A 91/08 - zugunsten der Untergliederung einer politischen Partei auf Eröffnung eines Girokontos bei einer Sparkasse aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des OVG Berlin-Brandenburg vom 14.12.2007 - 3 B 7.06 - zugunsten der Einrichtung eines Girokontos für eine Partei bei einer Berliner Sparkasse. Zuletzt hat das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluß von 10.08.2010 (BVerwG 6 B 16.10) bei einer

Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OVG Münster (OVG 16 A 1822/07) vom 14.12.2009 deutlich gemacht, daß die Rechtslage zugunsten der diskriminierten Rechtsparteien geklärt ist.

In einer grundlegenderen Weise ergibt sich trotz der rechtlichen Erfolge der diskriminierten und letztlich „demokratisch" unterdrückten Rechtsparteien - deren schließlich absehbaren juristischen Erfolge scheinen noch zu keinen Strafverfahren wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB) gegen maßgebliche Bedienstete der staatlichen Kreditinstitute oder des politisch verantwortlichen Personals geführt zu haben - eine rechtlich ungeklärte Situation vor allem auch daraus, daß der Gesetzgeber des sog. Antidiskriminierungsgesetzes, das als Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verkündet worden ist (BGBl. 2006 I S. 1897), im allgemeinen Geschäftsverkehr (wozu auch die Konteneröffnung von natürlichen Personen zählen dürfte) aus weltanschaulichen Gründen durchaus vorsätzlich und bewußt diskriminieren will! Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat nämlich aus der Regierungsvorlage des Gesetzentwurfs im Abschnitt „Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr" (§§ 19 ff. AGG) das Diskriminierungsmerkmal der „Weltanschauung" als Verbotsanordnung gestrichen, weil sonst die Gefahr bestünde, „daß z. B. Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund der Vorschrift versuchen" könnten, „sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus anerkennenswerten Gründen verweigert wurden".

> BT-Drucksache 16/2022 zu Nr. 4 Buchstabe a.[hier klicken zur pdf-Version der Drucksache, die Stelle steht auf Seite 13]

Ein dem AGG-Konzept durchaus sehr gewogenes „Handbuch" hat diese - nach den selbstgestellten legislativen Zielen bewertet - offene Apartheidpolitik des Bundesgesetzgebers, der doch in einer durchaus problematischen Weise privatrechtliche Diskriminierungen unterbinden will, wie folgt kommentiert:

> „Mit dem **Ausschluß der Weltanschauung** aus dem zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 1 AGG) hat der Gesetzgeber hingegen eine **Systemwidrigkeit** begangen. Religion und Weltanschauung sind gemäß Art. 4 GG gleichermaßen geschützt, weil sie in gleicher Weise Ausprägung der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts sind. Der Gesetzgeber darf aus diesem Grund nicht willkürlich zwischen ihnen differenzieren. An einer plausiblen Begründung für die Unterscheidung fehlt es jedoch: Das gesetzgeberische Ziel war es, eine auf „anerkannten Gründen" beruhende Differenzierung wegen der Weltanschauung zu ermöglichen. Diese Begründung steht in diametralen Gegensatz zu der Zielsetzung des AGG, nämlich gerade zu verhindern, daß Personen aufgrund unveränderlicher oder persönlichkeitsbezogener Merkmale aus der Rechtsgemeinschaft ausgeschlossen werden. Hierauf hat auch der Rechtsextremist, den der Gesetzgeber bei der Änderung der Norm vor Augen hatte, Anspruch. Sein Ausschluß vom Vertragsschluß ist nur aus Sachgründen gerechtfertigt - etwa, wenn ein Gastwirt den Zugang zum Lokal verweigert, weil er Grund zur Furcht vor Gewalttätigkeiten durch diese Person hat" (s. *Beate Rudolf* / *Matthias Mahlmann*: Handbuch Gleichbehandlungsrecht, 2007, § 6 Rn. 21, S. 193 f.).

Diese Diskriminierungsabsicht von „Demokraten", also die - nach selbst gestellter Motivation! - bewußte Mißachtung der Menschenwürde von betroffenen Personen mit einer weltanschaulich rechten Einstellung, ist keine bloße Theorie geblieben, sondern spiegelt die Rechtswirklichkeit im „freiesten Staates der deutschen Geschichte", wie die Bundesrepublik Deutschland in Sonntagsreden gefeiert wird: „Ein Hotelier darf einen Gast wegen dessen politischer Gesinnung ablehnen"; so ist mit natürlich zustimmendem Unterton bei *spiegel-online* von 22.06.2010 nachzulesen. Danach hat das Landgericht (LG) Frankfurt / Oder die

Klage des damaligen NPD-Vorsitzenden gegen einen Hotelier abgewiesen, der sich unter Berufung auf die unerwünschte politische Gesinnung seines möglichen Vertragspartners (und dessen Ehefrau) geweigert hatte, einen Übernachtungsvertrag abzuschließen. Das LG hat sich in seiner Entscheidung auf die Diskriminierungsabsicht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags gestützt, der gerade das Diskriminierungsmerkmal der „Weltanschauung" außerhalb von Beschäftigungsverhältnissen im „allgemeinen Geschäftsverkehr" im Sinne des AGG aus dem Regierungsentwurf gestrichen habe. Damit soll es menschenfreundlichen Hoteliers mit Zustimmung der Gerichtsbarkeit doch ermöglicht werden, nach Ansicht von (Anti-) Diskriminierungspolitikern anzuerkennende Diskriminierungen vorzunehmen.

Damit stellt sich die seinerzeit insbesondere im Zusammenhang mit politisch motivierten Kontenkündigungen behandelte Problem weiterhin als grundsätzliche Frage, ob das „Zivilrecht als politisches Kampfinstrument", d.h. zur bewußten politisch-weltanschaulichen Diskriminierung, wenn nicht gar zur Unterdrückung (Ersatz für förmliche, auf die weltanschauliche Agenda gestützte Parteiverbote) eingesetzt werden kann, auch noch im Jahr 2010. Dies rechtfertigt eine (nur leicht modifizierte) Neuveröffentlichung dieser gutachtlichen Stellungnahme, wie sie hiermit online gestellt wird.

Die zentrale Frage, ob zivilrechtliche Rechtsgeschäfte zur politischen Diskriminierung und Unterdrückung genutzt werden können, stellt sich, neben dem diskriminierenden Antidiskriminierungsgesetz AGG, trotz der positiven höchstrichterlichen Entscheidungen zugunsten der diskriminierten Organisationen, neben zahlreichen anderen Bereichen, im Bereich der vorliegend behandelten Kontenkündigung, weil die denkbare Privatisierung der Sparkassen dieser höchstrichterlichen Entscheidung eine wesentliche Grundlage entziehen könnte; in Übereinstimmung mit den Prämissen der Zivilrechtsprechung hat etwa *Jörg Neuner*, Diskriminierungsschutz zu Gunsten einer politischen Partei - Kontrahierungszwang zu Lasten der Sparkasse, *LMK* 2003, S. 100 f.) die Ansicht vertreten, daß sich die Rechtslage bei privaten Banken grundlegend unterscheide und das BGH-Urteil vom 11.03.2003, das der Kommentar (notgedrungen?) für richtig hielt, auf Privatbanken keine Auswirkungen hätte. In der Tat würden mit einer Vollprivatisierung (gegen die sich der Verfasser gar nicht wenden will, sondern sie im Gegenteil nachdrücklich befürwortet) etwa Deutsche Postbank AG und die Sparkassen im Sinne dieser Rechtsprechung keine Grundrechtsverpflichteten mehr sein, sondern Grundrechtsberechtigte, die sich dann auf die private Freiheit zur weltanschaulichen Diskriminierung in Übereinstimmung mit der amtlichen Diskriminierungsintention des AGG berufen könnten; *Peter Reiff*, Zur Kündigung eines NPD-Girokontos durch Sparkasse, (*EWiR* 2003, 501 f.) gibt denn auch privaten Kreditinstituten die Möglichkeit, Kontoverbindungen zu extremistischen (gemeint natürlich: „rechtsextremistischen") Parteien allein schon zur Vermeidung eines möglichen Imageschadens (der bei Kontenführung zugunsten der ehemaligen DDR-Diktaturpartei *Die Linke* erkennbar nicht gesehen wird) zu kündigen. Auch *Jochen Mues*, Zur Kontokündigung wegen politischer Betätigung des Kunden (*EWiR* 2002, S. 57 f.), der nur „im Ergebnis" die Entscheidung des OLG Dresden vom 15.11.2001 - 7 U 1956/01 - zugunsten des NPD-Kontos billigen will, weil die Sparkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts nun einmal besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliege, suggeriert als Lösung letztlich die Privatisierung, um damit das „Problem" zu lösen, daß man eine unerwünschte Partei selbst dann nicht vom Geschäftsverkehr ausschließen könne, wenn diese die Möglichkeit habe, bei einem anderen Kreditinstitut ein Konto zu eröffnen.

Der Verfasser hat demgegenüber schon 2001 (wie nachfolgend ersichtlich) zum Ausdruck gebracht, daß die verfassungsrechtliche Konzeption der Privatautonomie in einer Weise angelegt ist, daß damit auch wirklichen Privatbanken Schranken gesetzt werden, wenn sie Rechtsgeschäfte als Instrument politischer Diskriminierung einsetzen wollen. Dabei ist der

Verfasser durchaus kein Anhänger der Konzeption des AGG, auch wenn er Betroffenen selbstverständlich empfehlen muß, sich darauf in einem Rechtsstreit zu berufen, da dieses Gesetz nun einmal Bestandteil des positiven Rechts ist. Jedoch hält der Verfasser, wie schon in seiner Stellungnahme dargetan, die Kritik für berechtigt, die in diesem Gesetz den Weg zu einem totalitären Grundrechtsverständnis sieht (s. dazu etwa: *Jürgen Säcker*: Fundamente der Privatrechtsgesellschaft nach dem Antidiskriminierungsgesetz, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2005, S. 154 ff.) oder *Klaus Adomeit*, Political correctness - jetzt Rechtspflicht!, in: *NJW* 2006, S. 2169 ff.).

Letztlich muß nach Ansicht des Verfassers der Grund, weshalb das Zivilrecht nicht als Instrument politischer und weltanschaulicher Diskriminierung anerkannt werden kann, jenseits dieses diskriminierenden AGG gefunden werden und dies selbst dann, wenn das AGG in der Fassung des Regierungsentwurfs verabschiedet worden wäre, das auch die weltanschauliche Diskriminierung bei Alltagsgeschäften - dabei ohnehin nur von natürlichen Personen - ausschließen wollte: d.h. selbst wenn etwa das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erkennen sollte, daß die apartheidartige Diskriminierungsabsicht des Antidiskriminierungsgesetzgebers etwa wegen Verstoßes gegen die Freiheit der Weltanschauung (Art. 4 GG) und wegen des absoluten Verbots nach Artikel 3 Abs. 3 GG, aus Gründen „politischer Anschauung“ zu diskriminieren, verfassungswidrig wäre (und dies wegen Art. 19 Abs. 3 GG auch für Personenvereinigungen, d.h. für „juristische Personen“ in verfassungsrechtlicher Hinsicht gelte) und damit die wahren „Verfassungsfeinde“ höchstrichterlich wieder einmal erkannt werden würden, müßte nach Ansicht des Verfassers verfassungsrechtlich eine andere Argumentationsweise entwickelt werden. Diese andere Argumentation würde auch nicht unbedingt den Argumentationtopoi folgen, die den positiven Gerichtsentscheidungen zugunsten der diskriminierten rechten Organisationen zu entnehmen sind, wenngleich sich dabei brauchbare Gesichtspunkte finden lassen, die allerdings noch schlüssig(er) in ein tragbares juristisches Konzept eingepaßt werden müssen.

Diese gebotene, letztlich tragende Argumentation ist in der gutachtlichen Darstellung von 2001, wie nachfolgend ersehen werden kann, vor allem in dem 4. Unterkapitel des Hauptteils **C. Die Vertragsfreiheit und die Grenzen ihrer politischen Instrumentalisierbarkeit**, nämlich unter

IV. Sittenwidrigkeit als eigentlicher Prüfungsmaßstab der Instrumentalisierung des Zivilrechts zu politischen Zwecken

entwickelt worden. Der Verfasser tritt dabei durchaus für die Wahrung der Privatautonomie auch gegenüber einem potentiell totalitären Grundrechtsverständnis ein, das durch eine vorschnelle Übertragung des Grundrechtsschutzes vom „Bürger- Staat-Verhältnis“ auf das „Bürger-Bürger-Verhältnis“ herbeigeführt werden kann. Er ist aber auch der Ansicht, daß Slogans wie „Kauft nicht bei Juden!“ (oder: „Rechtextremisten“ etc. pp.) nicht zum Bestandteil der bundesdeutschen Rechtsordnung gehören sollten. Letztlich wollen die Kämpfer der „Zivilgesellschaft“ nicht wahrhaben, wessen Vermächtnis sie mit ihrem „Kampf gegen rechts“ wirklich erfüllen: Als *Adolf Hitler* im Januar 1945 über das sich abzeichnende Scheitern seiner Politik nicht mehr hinwegsehen konnte, hat er dieses Scheitern darauf zurückgeführt, nicht „auch den Schlag gegen rechts“ geführt zu haben, was er als seine „große Unterlassungssünde“ ausmachte

> s. Nachweise u. a. im Buch:
> *Josef Schüßlburner*: Roter, brauner und grüner Sozialismus. Bewältigung ideologischer Übergänge von SPD bis NSDAP und darüber hinaus, Lichtschlag-Verlag, 2008

http://www.amazon.de/Roter-brauner-gr%C3%BCner-Sozialismus-ideologischer/dp/3939562041/ref=sr_1_2?ie=UTF8&qid=1323786706&sr=8-2

Es müßte daher an einer genuinen „Bewältigung“ Interessierten ein Anliegen sein, daß weder „Kauft nicht bei Juden!“, noch „Kündigt den Rechten ihre Konten, treibt sie in die Insolvenz!“ zum Bestandteil der deutschen Zivilrechtsordnung zählen. Dieses im Interesse der Zivilisation wünschenswerte Ergebnis ist juristisch nur zu erreichen, wenn der Entpolitisierungsabsicht, die durchaus auch im öffentlichen Interesse liegend mit der Schaffung eines vom öffentlichen Recht als (eher) „politischem“ Recht geschiedenen Privatrechts angestrebt worden ist, Rechnung getragen wird. Diese insgesamt den Erfolg der Wirtschaftsordnung sichernde Entpolitisierungsmaxime, die insbesondere Kapitalgesellschaften als Kreaturen der Rechtsordnung systemimmanent - in Anlehnung an die Rechtfertigung der gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen - in die Pflicht nimmt, steht einer Verwandlung zivilrechtlicher Instrumente in ein weltanschaulich-politisches Diskriminierungsinstrumentarium weitgehend entgegen: Die Bundesrepublik Deutschland könnte nämlich nicht mehr als Demokratie angesehen werden, wenn politische Macht durch und vermittels des Zivilrecht ausgeübt werden würde. Es drohte dann ein Rückfall in die vorbürgerliche Herrschaftsorganisation, deren modernere Form als „Sozialismus“ bezeichnet worden ist.

Rechtlich ist diese Instrumentalisierung des Zivilrechts zur politisch-weltanschaulichen Diskriminierung und damit die Rückkehr zur vorbürgerlichen Herrschaftsorganisation deshalb als sittenwidrig im Sinne von § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und als Verstoß gegen das Sittengesetz im Sinne von Artikel 2 des Grundgesetzes (GG) zu erkennen.

Bonn, im Januar 2012
Josef Schüßlburner

A.
Sachverhalt und Problemstellung

Anlaß der seinerzeitigen Erörterung ist die Kündigung von Girokontenverbindung durch Banken, insbesondere durch die damals insoweit besonders engagierte Deutsche Postbank AG gegenüber Parteien und Verlagsgesellschaften gewesen, die in den einschlägigen Veröffentlichungsblättern der Innenminister, den sogenannten „Verfassungsschutzberichten" (VS-Berichten), unter der Rubrik „Rechtsextremismus" als „verfassungsfeindlich"[1] eingestuft worden waren (und es großenteils noch immer sind). Entscheidend für die nachfolgende Untersuchung stellte sich die *Motivation* der Kündigungen dar. Die Postbank AG hatte diese Motivation auf Anfrage[2] offenbart. Danach wollte sie keine Geschäftsbeziehungen zu „kriminellen und verfassungsfeindlichen Organisationen" unterhalten. Der Vorstand der Postbank habe dementsprechend beschlossen, „sämtliche Kontoverbindungen von rechtsradikalen Parteien und Organisationen" bei der Postbank zu kündigen.[3] „Dies betrifft insbesondere Konten der NPD, der DVU und der Republikaner. In einem zweiten Schritt sollten auch die Konten von Verlagen und anderen, diesen Parteien nahestehenden Institutionen gekündigt werden. Der Vorstand verstand diese Entscheidung als einen wichtigen Beitrag zur *politischen Hygiene*, mit der die Postbank sich ihrer *gesellschaftlichen Verantwortung* stellt". In einem späteren Schritt schien in einem bankinternen Argumentationspapier für Mitarbeiter der Hinweis auf „politische Hygiene" gestrichen worden zu sein, da er sich als „schlechte Formulierung"[4] erwiesen hätte.

Laut Presseberichten[5] überlegten auch andere Banken, wie Sparkassen oder die Commerzbank, diese Art von Kündigungen gegenüber „rechtsradikalen" oder „rechtsextremen" politischen und publizistischen Organisationen und Unternehmen vorzunehmen. So hatte die Sparkasse Zwickau angekündigt, das Konto des NPD-Kreisvorsitzenden Peter Klose aufzulösen, das auf der NPD-Homepage als Überweisungsmöglichkeit für Spenden genannt worden war.[6] Diese Überlegungen waren vereinzelt umgesetzt worden: So hatte die Deutsche Bank laut ARD-Magazin „Report Mainz" das Konto des NPD-Kreisverbandes Lübeck zum 31. Oktober 2000 gekündigt und die Rostocker Commerzbank-Filiale das Konto des Landesverbandes der NPD Mecklenburg-Vorpommern aufgelöst.[7] In das Bewußtsein einer breiteren Öffentlichkeit ist die Auflösung der über 15 Jahre währenden Girokontenverbindung mit der als rechtskonservativ eingestuften Wochenzeitung *Junge Freiheit* (JF)[8] durch die Deutsche Postbank AG gedrungen.

Die handelnden Banken hielten diese Kündigungen für zulässig, wie in der Mitteilung der Postbank[9] zum Ausdruck kam: „Wegen ihres öffentlich-rechtlichen Status unterlag die

---

[1] Der Sprecher der Postbank, *Joachim Strunk*, hat sich in einem Interview über die Kündigung des Girokontos der Zeitung *Junge Freiheit* (JF) ausdrücklich darauf bezogen, sich bei der politisch motivierten Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsakte an den Eintragungen in Verfassungsschutzberichten zu orientieren, s. *JF* Nr. 6/01 vom 02.02.2001, S. 5.

[2] Eine entsprechende Stellungnahme der Postbank-Filiale Dortmund liegt dem Verfasser der vorliegenden Analyse vor.

[3] So auch die seinerzeitige Mitteilung in der *Homepage* dieser Bank, s. Postbank Online / Die Bank fürs Wesentliche vom 24.08.2000, sowie schon die Stellungnahme vom 22.08.2000 zu einem einschlägigen ARD-Bericht.

[4] S. dazu den Artikel „Protest lohnt sich immer. Kontenkündigung: Mit Einstweiligen Verfügungen Vorhaben der Banken gestoppt / Ausdehnung der Kündigungen auf linksextremistische Vereinigungen", in: *JF* Nr. 46/00 vom 10. 11. 2000, S. 4.

[5] S. etwa *FAZ* vom 25. 08. 2000, S. 13: Banken kündigen die Konten der NPD.

[6] S. *spiegel-online* vom 23.08.2000: „Geldinstitute gehen in die Offensive".

[7] S. *tagesschau-online* vom 23. August 2000.

[8] S. Mitteilung dieser Zeitung vom 26. 01. 2001, S. 1: Postbank kündigt Konto der JF. In den Ruin treiben.

[9] S. *Postbank Online* mit Datum vom 24. 08. 2000.

Postbank bis 1995 einem gesetzlich vorgegebenen Kontrahierungszwang. Sie durfte Kontoeröffnungen nicht ablehnen. Seit 1995 hat die Postbank Vertragsfreiheit. Sie kann Konten mit einer angemessenen Frist kündigen". Im Februar 2001 sind mehrere Rechtsstreitigkeiten anhängig gewesen, bei denen bereits vorläufige Gerichtsentscheidungen nach §§ 935 ff, 890 ZPO ergangen waren. Während das OLG Köln[10] und das LG Frankfurt / Oder[11] die von der Postbank gegenüber der NPD ausgesprochenen Kündigungen im einstweiligen Verfahren für zulässig erachtet haben, hat das LG München I es der Deutschen Postbank AG München einstweilen untersagt, die Girokonten der DVU[12] und der Verlagsgesellschaft Berg[13] zu kündigen. Dies steht in Übereinstimmung mit entsprechenden Entscheidungen des Hanseatischen OLG[14] und des OLG Dresden,[15] wonach die Postbank gehalten ist, das Konto der DVU weiterzuführen. Vor dem Landgereicht Leipzig hatte auch die NPD gegenüber der Sparkasse[16] im einstweiligen Rechtsschutz obsiegt.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur konnte der Aufsatz von *Burkhard Boemke*, Kündigung von NPD-Konten und § 138 BGB[17] erwähnt werden, der zur Annahme der Rechtswidrigkeit der politisch motivierten Kündigung der Bankkonten gelangt ist. Dem widersprach *Bernd Eicholt*, Nochmals - Kündigung von NPD-Konten,[17a] der als Mitarbeiter des Bundesinnenministeriums, wenngleich als Privatperson, seine im Ergebnis wohl verfassungswidrige (verfassungsfeindliche?) Auffassung dahingehend kundtat (natürlich ohne das Risiko disziplinarrechtlicher Maßregelung, die bei Bekundung einer gegenteiligen, aber verfassungstreuen Auffassung seinerzeit vielleicht bestanden hätte), daß eine Interessenabwägung zwischen Vertragsfreiheit und Parteienprivileg bei NPD-Konten nicht erforderlich sei und auch aus §§ 138, 242 BGB die Nichtigkeit einer Kündigung nicht hergeleitet werden könne. Für die Zulässigkeit der Kündigung aufgrund der Privatautonomie, die der Postbank AG zustünde, befürwortete *Frank A. Schäfer*[17b] die entsprechende Entscheidung des OLG Köln. Dem stimmte im Hinblick auf eine Entscheidung des LG Leipzig *Peter Derleder*[17c] mit der Begründung zu, daß eine Kündigung „selbstverständlich" auch ohne konkreten Nachweis einer Geschäftsschädigung möglich sei, wenn der Partei rechtsextreme oder ausländerfeindliche Straftaten zuzurechnen seien (inländerfeindliche dürften selbstverständlich unbeachtlich sein, *Anm*.).

Aufgrund des Protestes einer breiteren Öffentlichkeit, der in einem „Appell für die Pressefreiheit" mit 1350 Unterschriften seinen Niederschlag gefunden hatte, hatte die Postbank AG die Kündigung gegenüber der Wochenzeitung *Junge Freiheit* mit der Begründung

[10] S. NJW *2001*, S. 452.
[11] S. *NJW* 2001, S. 82; mit Einschränkung, auf die unter C. III.3 eingegangen wird, bestätigt durch das OLG Brandenburg, *NJW* 2001, S. 450 ff.
[12] Az: 6 O 18286/00 vom 22. 09. 2000.
[13] Az: 30 O 18680/00 vom 27. 09. 2000.
[14] Az. 303 O 292/00 vom 5. 12. 2000, womit ein anderslautendes Urteil des LG Hamburg, 3. Zivilkammer aufgehoben worden ist.
[15] Az: 14 W 1754/00 vom 4. 12. 2000.
[16] S. *NJW* 2001, S. 80 f.; daneben ist noch ein Streitwertbeschluß des LG Lübeck im Verfahren der NPD gegen die Sparkasse bekannt, s. *NJW* 2001, S. 82 f.
[17] S. *NJW* 2001, S. 43 ff.
[17a] S. *NJW* 2001, 1400 f.
[17b] S. Zur Kündigung des Girovertrages mit der NPD, in: *EWiR* 2001, S. 525 f.; Entscheidung des OLG Köln vom 17.11.2000 – 13 W 89/00 (*ZIP* 2000, S. 2159)
[17c] S. Kündigung eines mit der NPD geschlossenen Girovertrages, in: *EWiR* 2001, 409 f.; Entscheidung des LG Leipzig vom 10.06.2000 - 8 O 7375/00 -; derselbe auch: Verbraucherschutz für Rechtsextreme?, in: *VuR* 2001, S. 123 f.

zurückgenommen, daß diese Zeitung im Verfassungsschutzbericht des Bundes nur in einer marginalen Weise erwähnt worden sei.[18]

In der Tat ist es bemerkenswert und für die nachfolgende juristische Analyse durchaus von Bedeutung, daß diese ***Kündigungen von den Inlandsgeheimdiensten***, dem sog. „Verfassungsschutz", etwa in der Person des stellvertretenden Präsidenten der entsprechenden Bundesbehörde ***öffentlich begrüßt*** wurden. Die Kündigungen, die ohnehin mit dem offenen oder stillschweigenden Hinweis auf „Verfassungsschutzberichte" gerechtfertigt worden sind, würden zeigen, „daß die Institute das Problem ernst nehmen". Einschränkend wurde hinzugefügt, daß jedoch die Finanzierung der Parteien, die häufig mit aufwendigen Wahlkampfkampagnen auf Wählerfang gingen (was bekanntlich bei den etablierten Parteien so nicht der Fall ist?), durch die Kündigungen nicht geschwächt würde.[19] Nicht zuletzt macht die zumindest kommentierende, wenn nicht gar weitergehende Einschaltung der in der Bundesrepublik Deutschland offen in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdienste deutlich, daß die Kündigungen von Girokonten im Zusammenhang mit generellen Überlegungen einflußreicher politischer Kräfte zu sehen waren, die darauf hinauslaufen sollten, das ***Zivilrecht als Instrument der „Zivilgesellschaft"*** (ein Begriff von ähnlicher Qualität wie „Volksdemokratie") ***„gegen rechts"*** auszubauen.[20] Zwar hat die Postbank behauptet, daß sie auch die Konten linksextremer Organisationen kündigen würde, hat sich aber unter Berufung auf das Bankgeheimnis geweigert, die Frage zu beantworten, ob deshalb das Konto der gelegentlich noch in VS-Berichten erwähnten PDS, also der ehemaligen SED (nunmehr: Die Linke), also der Staatspartei des DDR-Unrechtsregimes, gekündigt werden würde;[21] es sprach schon seinerzeit alles dafür, daß „keine Kündigung linksextremer Konten"[22] erfolgen sollte, da derartiges nicht zum offiziellen Kampf „gegen rechts" passen würde, der vor allem mit der Bekämpfung der „Fremdenfeindlichkeit" begründet wurde (während Linksextreme im allgemeinen eher deutschfeindlich sind - „Deutschland verrecke!" -, was aber für die diskriminierenden deutschen Geschäftsbanken natürlich keinen Kündigungsgrund darstellt).

Durch die Instrumentalisierung des Zivilrechts „gegen rechts" sollte nach Möglichkeit mit Hilfe dieses Rechts dieselbe Wirkung, nämlich die Beschränkung des (vollen) politischen Pluralismus erreicht werden, wie dies bislang mit den Mitteln des im Rahmen einer westlichen Demokratie singulären Rechtsinstituts[23] des ideologiepolitisch motivierten Parteiverbots oder durch die an die Stelle von derartigen Verboten getretenen bundesdeutschen Verbotssurrogate

---

[18] S. die Berichte dieser Zeitung in der Ausgabe Nr. 7/01, insbesondere S. 6, mit Abdruck der Unterzeichner des Appells auf S. 7; in seinem Beschluß vom 24. Mai 2005 sollte dann das Bundesverfassungsgericht (NJW 2005, S.2912 ff.) die Erwähnung dieser Wochenzeitung durch das Innenministerium von NRW als verfassungswidrig erkennen: Das rechtswidrige Verhalten der Postbank AG war dementsprechend auf verfassungswidriges Verhalten des sog. „Verfassungsschutzes" gestützt gewesen!

[19] S. *Spiegel- online* vom 23. August 2000: „Geldinstitute gehen in die Offensive".

[20] S. dazu den Aufsatz von *Ulrich K. Preuß*, Die empfindsame Demokratie. Über die inneren Grenzen eines Parteiverbotes in der Gesellschaft der Individuen, in: *FAZ* vom 22. August 2000, S. 31; diese Aufführungen knüpfen dabei an Überlegungen des sächsischen Ministerpräsidenten *Kurt Biedenkopf* an; s. dessen Ausführungen: Gewalt überwinden, die politische Kultur schützen. Vom Schutz der Gesellschaft durch das Zivilrecht, in: *FAZ* vom 17. 08. 2000, S. 5; die Gegenposition dazu ist vertreten von *K.-H. Ladeur*, Die Rechten und das Recht. Eine Warnung vor der Zivilgesellschaft, in: *FAZ* vom 12. 09. 2000, S. 69.

[21] S. das Interview mit dem Sprecher der Postbank Strunk, in: *Junge Freiheit* 6/01, S. 5

[22] S. den entsprechenden Artikel der *Jungen Freiheit*, Nr. 8/01, S. 4.

[23] Zum singulären Charakter der bundesdeutschen Parteiverbotskonzeption im Rahmen der westlichen Demokratie, s. die immer noch aktuelle Untersuchung von *G. Boventer*, Grenzen der politischen Freiheit im demokratischen Verfassungsstaat - Das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich, 1984, die trotz harmonisierender Interpretationsbemühungen im Ergebnis das Bestehen eines deutschen Sonderweges nicht in Abrede stellen kann; s. dazu auch die Ausführungen unter C. IV. 6. c) bb).

eines ideologischen Notstandes[24] bewirkt worden ist. Der Einsatz des Zivilrechts „gegen rechts“[25] - und nicht (nur) etwa gegen „rechtsextrem“ - geht über die in der vorliegenden Untersuchung beispielhaft behandelten Kündigungen von Bankkonten weit hinaus. So wurden etwa die in Deutschland ansässigen *Internetanbieter* von den Sicherheitsbehörden, insbesondere unter Beteilung der Inlandsgeheimdienste veranlaßt, sich dahingehend - zivilrechtlich? - zu verpflichten, gegen „Rechtsextremismus im Datennetz“[26] vorzugehen. Dabei ist von 500 Websites die Rede gewesen, von denen 10 bis 25 Prozent strafrechtlich bedeutsame Inhalte hätten.[27] Mit anderen Worten: Es geht auch oder gar ausschließlich gegen 90% von diesen wie auch immer als „rechtsextrem“ definierten Websites, die strafrechtlich irrelevant sind und deshalb der Polizei bei rechtstaatlicher Betrachtungsweise eigentlich nichts angehen dürften. Einige dieser Websites wurden aufgrund dieser „zivilgesellschaftlichen“ Aktionen bereits gesperrt;[28] so schaltete etwa *freenet* die Greifswalder NPD-Website ab.[29] Da die in Deutschland auf diese „zivilgesellschaftliche“ Weise mit Geheimdienstunterstützung bedrohten politischen und weltanschaulichen Organisationen virtuell in das freie Amerika emigrieren, das nicht zu einer Herabstufung der Meinungsfreiheit auf bundesdeutsches Niveau bereit ist,[30] kooperiert der bundesdeutsche „Verfassungsschutz“ mit US-Bürgerrechtsgruppen, die (bislang erfreulicher Weise meist erfolglos) Druck auf die amerikanischen Provider ausüben.[31]

Ein anderer Bereich zivilgesellschaftlicher Ruinierung der wirtschaftlichen Existenzbedingungen stellt die *Arbeitsplatzverweigerung* bei mangelndem politischen Wohlverhalten dar: So sollten aufgrund einer als konzertiert anzusehenden Aktion, die der Bundesverband der deutschen Industrie (BDI) initiiert hatte, sog. „ausländerfeindliche“ deutsche Arbeitnehmer durch diskriminierende Kündigung der Arbeitsverhältnisse arbeitslos gemacht werden.[32] Hierbei ist als Vorgeschichte ein Interview zu nennen, das der damalige Generalstaatsanwalt des Bundeslandes Brandenburg, *E. Rautenberg*, der *Süddeutschen Zeitung* gegeben hatte,[33] in dem er die Forderung seines damaligen Ministerpräsidenten (und späteren Bundesverkehrsministers) *Manfred Stolpe* unterstützte, wonach die - privaten - Betriebe keine „Rechtsextremisten“ mehr einstellen sollten. Dieser sicherlich verfassungstreue Generalstaatsanwalt räumte ein, daß der Staat mit dieser Forderung „bis an die Grenze“ (d.h.

[24] Dazu die Ausführungen im Buch des Verfassers, Demokratie-Sonderweg Bundesrepublik. Analyse der Herrschaftsordnung in Deutschland, Künzell 2004, 798 Seiten; nunmehr ergänzt durch seine entsprechenden Ausführungen in: *Josef Schüßlburner* / *Hans-Helmuth Knütter* (Hg.), Was der Verfassungsschutz verschweigt. Bausteine für einen Alternativen Verfassungsschutz-Bericht, Schnellroda, Institut für Staatspolitik, 2007, 579 S.; hier vor allem Kapitel B. I.: Gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung als rechtsstaatliche Herrschaftsordnung gerichtete Bestrebungen, S. 27 ff.

[25] S. als Beispiel die Formulierung der *Financial Times* vom 22. August 2000, S. 23: Rezepte gegen rechts - Wirtschaft und Verbände sind gefragt. Die Verlierer der Modernisierung sind am anfälligsten für rechte (sic!) Meinungen (sic!): Es geht also um die Diskriminierung wegen einer unterschiedlichen Meinung!

[26] S. *FAZ* vom 20. 10. 2000, Gegen Rechtsextremismus im Datennetz. Erklärung von Sicherheitsbehörden und Internetanbietern.

[27] Gemeint sind dabei sog. „Propagandadelikte“, deren Existenz überwiegend deutschen Sonderweg darstellt und die dementsprechend im freien Westen überwiegend keinen Straftatbestand erfüllen und deshalb ungehindert im internationalen Netz „begangen“ werden können.

[28] S. *Junge Welt* vom 09. 09. 2000: NPD-Website gekündigt. VVN/BdA erfolgreich gegen faschistische Internetseiten.

[29] Lt. *ZDF* vom 18. 08. 2000.

[30] S. Interview des *Hamburger Abendblattes* vom 09. 08. 2000, S. 11 f. mit dem Leiter des Verfassungsschutzes in Niedersachsen, *Rolf Peter Minnier*. „Wir stellen fest, daß insbesondere die Amerikaner das, was wir Rechtsextremismus nennen, noch als Ausfluß der Meinungsfreiheit qualifizieren. Die sind nicht bereit, sich auf das deutsche Niveau ... einzulassen“.

[31] S. *Financial Times* vom 14. Dezember 2000, S. 14.

[32] S. *Financial Times* vom 3. August 2000, S. 1: BDI fordert, Neonazis den Job zu kündigen. Deutsche Wirtschaft soll rigoros gegen rechtsextreme Mitarbeiter vorgehen. Gute Aussichten bei Klagen vor Gerichten.

[33] Wiedergegeben in *Nation & Europa*, Juni 1999, S. 50 unter: Rechte sollen nicht mehr arbeiten.

nahe an den Extremismus) ginge. „Aber ich halte diese Ausgrenzung für gerechtfertigt. Man muß den Rechtsradikalen klarmachen, daß sie gesellschaftlich geächtet sind". Die Rückkehr des mittelalterlichen Rechtsinstituts der Ächtung, dessen Ersatz in der Tat in „Verfassungsschutzberichten" besteht, hat sich hierbei angedeutet! Dabei geht er auch hier nicht - nur - um meist junge Arbeitnehmer, die im Betrieb Streit mit ausländischen Beschäftigen[34] gehabt haben (mit gegen den jeweiligen Deutschen gerichteten Unterstellung der „Ausländerfeindlichkeit", während einen am Streit beteiligten Ausländer natürlich nicht „Deutschfeindlichkeit" unterstellt wird), sondern es soll generell um Personen gehen, die sich in amtlich als „ausländerfeindlich" bezeichneten Gruppierungen engagieren: Der Begriff „rechtsradikal" (oder gar nur „rechts") anstelle von „rechtsextrem" belegt endgültig diese (quasi-)amtliche Diskriminierungsintention.

Derartige Überlegungen und Aktivitäten, die von der Industrie, d.h. den entsprechenden Verbänden über die in ideologischer Hinsicht kartellartig wirkende gewerkschaftliche Mitbestimmung[35] aufgegriffen wurden, standen in einem engen zeitlichen Zusammenhang, der auch auf eine inhaltliche Verbindung hingedeutet hat, mit der Tatsache, daß gegen die deutsche Wirtschaft erfolgreich die zivilrechtlichen Instrumente nach dem US-amerikanischen Recht wie Verbandsklage und Schadensersatzanspruch mit Strafcharakter - *punitive damages* - eingesetzt worden waren, um deutsche Firmen ohne Rechtsgrundlage zu zivilrechtlich nicht bestehenden, zumindest jedoch längst verjährten *Entschädigungszahlungen*[36] *aus Kriegszeiten* zu veranlassen. Da wesentliche Teile der deutschen Industrie verständlicher Weise unwillig gewesen sind, derartige rechtswidrig erzwungene Forderungen zu erfüllen,[37] wurden sie unter erheblichen wirtschaftlichen und politischen, d.h. „moralischen" Druck gesetzt.[38] Diesen schienen sie sich „moralisch" dadurch entziehen zu wollen, indem sie den auf sie ausgeübten Druck zum Zwecke politischer Diskriminierung in die „richtige" Richtung gehend weitergaben (sich also als „Radfahrer" betätigt haben).

Insgesamt ist denn auch das hierbei deutlich werdende Konzept, das Zivilrecht als „zivilgesellschaftliches" Kampfmittel „gegen rechts" einzusetzen, von bestimmten Vorstellungen hinsichtlich des US-amerikanischen Rechts geprägt, mit dessen Hilfe es Aktivisten gelungen wäre, „rechte Gruppen in den Ruin"[39] zu treiben. Im angelsächsischen Rechtsverständnis spielt der wirtschaftliche Boykott als Mittel der Außenpolitik in der Vorstellung einer - angeblich - friedlicheren Alternative zum Krieg[40] eine besondere Rolle, so daß sich insofern nachvollziehen läßt, wie die Idee aufkommen konnte, wirtschaftliche Boykottmaßnahmen als angeblich friedlichere und „demokratisch" erscheinende Alternative zu offener Unterdrückung einzusetzen. Um jedoch die Wirkung des amerikanischen Rechts im Rahmen des deutschen Rechts zu erreichen, müßte der Tatbestand der unerlaubten Handlung (§§ 823 ff. BGB) erheblich erweitert, müßten Verbandsklagerechte geschaffen und der

[34] Zum Zwecke der Erhöhung des „Rechtsextremismus" werden bei Streitigkeiten zwischen Deutschen und Ausländer einfach „ausländerfeindliche" Motive unterstellt, während umgekehrt den beteiligten Ausländern kein deutschfeindliches Motiv unterstellt wird.

[35] Besonders aktiv sind insofern die *Gewerkschaft Handel Banken und Versicherungen* sowie die *Deutsche Postgewerkschaft* gewesen, s. dazu die Homepages der hbv und DPG.

[36] Ein entsprechender Zusammenhang ist etwa in einer Mitteilung der Gewerkschaft *hbv* vom 8. 9. 2000 hergestellt: „Wir fordern unsere Mitglieder auf, sich gegen rassistische Aussagen und Handlungen in Betrieben und Gesellschaft zu stellen und sich an der Wiedergutmachung der Verbrechen Nazi-Deutschlands durch die Unterstützung des Zwangsarbeiterfonds zu beteiligen".

[37] S. *Financial Times* vom 31. August 2000: Großfirmen verweigern Beitrag zu Zwangsarbeiterfonds. Rot-Grün besorgt über die schlechte Zahlungsmoral. 1,8 Mrd. Mark fehlen noch.

[38] S. *Bonner Generalanzeiger* vom 21. August 2000: Druck auf Lieferanten wegen NS-Zwangsarbeit, mit zustimmenden Kommentar dieser Zeitung, Zur Not mit Druck.

[39] S. *tagesschau- online* vom 05. 09. 2000: US-Rechtsanwalt treibt rechte (! Anm.) Gruppen in den Ruin.

[40] S. dazu unter C. IV. 6 a).

Haftungsdurchgriff von einem „rechten“ Täter auf die sog. „geistigen Brandstifter“ erlaubt werden.[41] Dieser „Durchgriff“ wäre - in der Regel[42] - nur möglich, wenn man juristische Kategorien durch pseudo-moralische ersetzt und dabei die strengen Beweiserfordernisse, die das deutsche Recht für persönliches Verschulden als Voraussetzung der Deliktshaftung aufstellt, erheblich aufweicht.[43] Ideologische Zurechnungsformeln, deren agitatorischer Charakter hinsichtlich der meisten der Gruppen, gegen die sich diese „Rechtsreform“ in der Bundesrepublik richten würde, unverkennbar ist, würden dann zu rechtliche relevanten Kategorien aufgewertet werden müssen. Die Tatsache, daß eine derartige Unterdrückungspolitik (von „Verfassungsfeinden“?) als rechtspolitische Forderung erhoben wird, spricht aber gerade entschieden dafür, daß auf der Grundlage des bestehenden Zivilrechts die rechtliche Zulässigkeit der politischen Instrumentalisierung des Zivilrechts und somit gegen die ideologiepolitisch motivierten Kündigungen eindeutig zu verneinen ist. Ob man noch von einer (freien) Demokratie sprechen könnte, wenn das Zivilrecht im Wege zivilgesellschaftlicher Rechtsreformen als politisches Kampfinstrument ausgebaut würde, das öffentlich-rechtliche Verbotsvorschriften mit den damit verbundenen Verfahrensgarantien ablösen soll, wird hierbei zu erörtern sein und ist im Ergebnis zu verneinen.

[41] S. dazu im einzelnen die Vorschläge von *K. Biedenkopf*, in *FAZ* vom 17. 08. 2000, S. 5.
[42] Diese Einschränkung muß gemacht werden, da zumindest in einem der berichteten US-amerikanischen Fälle auch nach bestehenden deutschen Haftungsrecht (vgl. § 840 BGB) wohl eine Zurechnung möglich gewesen wäre.
[43] So insgesamt auch die Kritik in *Die Zeit* vom 24. 08. 2000, S. 7: Zivilklage gegen Nazis?

B.
Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes und dessen rechtspolitische Bedeutung

Die besonders engagierte Deutsche Postbank AG, ein Unternehmen, das trotz privatrechtlicher Organisationsform überwiegend noch im Eigentum des Staates steht, sah sich zu den Kündigungen gegenüber unliebsamen Parteien und Verlagsgesellschaften berechtigt, da der bis 1995 aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters dieser Bank bestehende Kontrahierungszwang seither entfallen sei. In juristischer Hinsicht stellt dieser Gesichtspunkt eine ***Berufung auf die Vertragsfreiheit*** dar.

Es ist daher offensichtlich, daß es bei der hier zu behandelten Problemstellung um die **Definition der Vertragsfreiheit und** vor allem **um die Bestimmung ihrer Grenzen** geht. Dabei ist unstreitig, daß die Vertragsfreiheit Schranken unterworfen ist, wie sich schon in zentralen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entnehmen läßt. Obwohl die Geschichte der Vertragsfreiheit eine Geschichte ihrer Beschränkung darstellt, bereitet die genaue Begründung für die **Bestimmung derartiger Grenzen noch immer erhebliche rechtstheoretische Schwierigkeiten**. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber bei einer jüngeren Änderung der einschlägigen Bestimmungen des BGB, die erstmals zu einer ausdrücklichen Normierung des Girovertrages (§§ 676f - 676h BGB a. F.) geführt hatten (zwischenzeitlich ersetzt durch umfassendere Regelungen über Zahlungsdienste (§§ 675c ff. BGB n. F.)), durchaus das Problem gesehen hat,[44] daß der Ausschluß einer Person aus dem bargeldlosen Zahlungsverkehr auf eine Ausschaltung aus dem Geschäftsverkehr überhaupt hinausläuft. Vor der logischen Folge, zumindest im Grundsatz einen gesetzlichen Kontrahierungszwang der Banken zu statuieren, hat der Gesetzgeber Abstand genommen, da die Bankenverbände aus sozialpolitischen Gründen zugesichert haben, ein „**Girokonto für jedermann**“ anzustreben. Diese Zusicherung setzt der Ausübung des Kündigungsrechts sich aus § 242 BGB (Treu und Glauben) ergebende selbstauferlegte Grenzen.

In der vorliegenden Analyse wird allerdings nicht untersucht, ob die vorgenommenen oder seinerzeit nur angekündigten Kündigungen gemessen an der üblicherweise vorzunehmenden Festlegung der Grenzen des Kündigungsrechts, wie etwa hinsichtlich der wirtschaftlichen Angemessenheit der Vertragsklauseln, der möglichen wirtschaftlichen Äquivalenzstörung oder des unzumutbaren geschäftlichen Risikos, nach den einschlägigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts Bedenken begegnen. Es wird im folgenden auch nicht untersucht, ob etwa vertragswidriges geschäftliches Verhalten der betroffenen Parteien oder Verlagsgesellschaften, wie unzulässige Kontenüberziehung, eine derartige Kündigung rechtfertigt oder umgekehrt, ob die eventuell vertraglich vorgesehenen Voraussetzungen für die Kündigung des Girovertrages durch die Bank erfüllt sind. Diese Gesichtspunkte würden bei der Bewertung der 40.858 Kündigungen von Konten und der 6.186 Kontoablehnungen, die im Zeitraum eines Jahres (vom 1. Juli 1998 bis zum 30. Juni 1999) von den Banken des Sparkassensystems vorgenommen worden waren,[45] eine Rolle spielen. In der vorliegenden Untersuchung wird dagegen allein die Frage behandelt, ***ob die politische und weltanschauliche Motivation einer parteipolitischen „Hygiene“ durch Privatunternehmen*** rechtlich zulässig ist.

Neben den juristisch vorrangig zu prüfenden positiv-gesetzlich normierten Beschränkungen besteht der naheliegende Ansatz zur Bestimmung der **Grenzen der Vertragsfreiheit** und damit der Freiheit, den Abschluß eines Vertrages abzulehnen oder ein vertraglich vereinbartes oder

[44] S. Bericht der Bundesregierung zum „Girokonto für jedermann“, BT-Drs. 14/3611.
[45] S. die Übersicht auf S. 10. des vorstehend genannten Berichts der Bundesregierung.

gesetzlich gewährtes Kündigungsrecht zum Zwecke der Beendigung einer vertraglichen Verbindung auszuüben, im Falle parteipolitisch bzw. weltanschaulich-ideologisch motivierter Diskriminierung in der **Bezugnahme auf Grundrechte**. Dabei bietet sich insbesondere der besondere Gleichheitssatz von Artikel 3 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) an, der eine Diskriminierung, d.h. Benachteiligung oder Vorzugsbehandlung u. a. aufgrund religiöser oder politischer Anschauungen verbietet. **Die weltanschaulich-politisch motivierte Kündigung der Konten verstößt** in der Tat **gegen den Gleichheitssatz und andere einschlägige Grundrechte.** Das **Problem besteht** aber darin, daß **Grundrechte nicht oder nicht ohne weiteres im Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten gelten.** Zumindest können die Grundrechte in diesem Verhältnis nicht in dem klassischen Sinne angewandt werden, wie dies anerkanntermaßen für das Staat-Bürger-Verhältnis entwickelt worden ist. Vielmehr ist im Bürger-Bürger-Verhältnis von einer „Ausstrahlungswirkung der Grundrechte" die Rede, wobei aber letztlich noch immer die Frage offen ist, in welcher Weise aufgrund welchen methodischen Ansatzes diese „Ausstrahlung" im Einzelfall die Vertragsfreiheit beschränkt oder modifiziert. Dieses Problem wird üblicherweise unter dem Schlagwort **Drittwirkung der Grundrechte** behandelt.

Obwohl sich sicherlich hinsichtlich einiger Grundrechte eine derartige „Drittwirkung" nachvollziehbarer Weise behaupten läßt, erscheint es im Interesse der Integrität der Zivilrechtsordnung und der durch sie zu verwirklichenden Prinzipien durchaus problematisch, wenngleich der jüngsten Entscheidungspraxis des BVerfG entsprechend, die nunmehr etwa durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) durch den Gesetzgeber nachvollzogen wurde, den hier zu behandelnden Konflikt auf der privatrechtlichen Ebene in der Modifikation der Vertragsfreiheit durch mittelbar oder unmittelbar oder über den Wertetopos anzuwendende Grundrechte lösen zu wollen. Vielmehr ist das zu behandelnde Problem nach der hier entwickelten Auffassung dem Grundrechtsschutz gewissermaßen vorgelagert und deshalb in einer überzeugenden Weise auf der Ebene von allgemeinen Verfassungs- oder Rechtsprinzipien zu lösen, zu denen auch die Privatautonomie als Rechtsinstitut gehört. Im **Ergebnis** wird daher vorgeschlagen, die **Grenzen der Vertragsfreiheit** im wesentlichen **aus dem Zweck des Zivilrechts** zu bestimmen, der vor allem durch Abgrenzung zum öffentlichen Recht vorzunehmen ist. Mit der Ausdifferenzierung von Zivilrecht und öffentlichem Recht, die das deutsche (Verfassungs-) Recht besonders kennzeichnet, sollte zum einen der „Feudalismus" überwunden werden, also jenes Herrschaftssystem, das nicht zuletzt aufgrund der offensichtlichen Legitimität der Zivilrechtsinstitute Jahrhunderte überdauern konnte und dessen Charakteristikum es gewesen ist, politische Herrschaft (*imperium*) aus Eigentums- und Vermögenspositionen (*dominium*) abgeleitet zu haben.[46] Zum anderen soll mittels des Dualismus des Rechtssystems die vollständige „Verstaatlichung" der Privatrechtsbeziehungen, und sei es durch eine Überdeterminierung durch Grundrechte, verhindert werden. Nachdem in Deutschland erst in 20. Jahrhundert die Restbestände des sog. Ständestaates überwunden worden sind,[47] sollen Rechtsinstitute wie das Wettbewerbsrecht sicherstellen, daß die **Instrumentalisierung des Zivilrechts zu einem Herrschaftsmittel ausgeschlossen** ist. In diesen Zusammenhang ordnet sich etwa auch das Transparenzgebot bei der Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG) ein, das eine „plutokratische" Fortsetzung feudalistischer Herrschaftsmethoden, also die unmittelbare Transformation wirtschaftlicher in

[46] S. dazu die Studie von *Helmut Rittstieg*, Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt, 1975, mit dem Ausgangspunkt auf S. 2 ff.: Die Einheit von Dominium und Imperium im Feudalismus.

[47] So ist im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) zahlreichen Instituten des Landesrechts, die Bestandteile der ständischen Gesellschaft waren, ein beschränktes Weiterbestehen ermöglicht worden; s. dazu *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher, 1953, S. 14; so sind etwa durch Art. 59 EGBGB a. F. die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen, sowie über Stammgüter unberührt geblieben; s. im übrigen auch das in Art. 57 f. EGBGB a. F. geregelte Sonderrecht der landesherrlichen Häuser und des hohen Adels.

politische Macht in der Demokratie entgegenwirken soll. Ein derartiges „plutokratisches" Unterlaufen von Demokratie ist zur Vermeidung einer staatlich gesteuerten Wirtschaftsordnung als Alternative nur durch eine weitgehende „Entpolitisierung" des Zivilrechtsverkehrs zu erreichen. Dies spielt vor allem im Hinblick auf juristische Personen, insbesondere von Kapitalgesellschaften, eine gewichtige Rolle, welche die Rechtsordnung dementsprechend nicht gänzlich mit natürlichen Personen gleichstellt, sondern als Kreaturen der Rechtsordnung stärker in Pflicht nimmt.

Aus diesem Ansatz läßt sich bei parteipolitisch oder weltanschaulich motivierten Kündigungen durch Geschäftsbanken, die nicht als sog. „Tendenzbetriebe" (vgl. § 118 des Betriebsverfassungsgesetzes) anzusehen sind, die **Vermutung** dafür ableiten, daß die **Unternehmen als Agenturen des Staates** handeln oder sich bei selbsterklärter Inanspruchnahme „gesellschaftlicher Verantwortung" so behandeln lassen müssen, als würde der Staat selbst handeln. *Insofern* kommt dann in der Tat der Grundrechtsschutz voll, entweder unmittelbar oder analog über § 134 BGB (Grundrechte als „gesetzliches Verbot"), zumindest jedoch über den die „öffentliche Ordnung" gegen sittenwidrige Rechtsgeschäfte sichernden § 138 BGB zur Anwendung. Die Unternehmen können die Vermutung des **funktionalen staatlichen Agenturcharakter**s bei Ausübung des politisch motivierten Kündigungsrechts generell nicht widerlegen, wenn es sich - wie bei der Postbank oder den Sparkassen - um staatliche Unternehmen handelt. Bei den wirklich privaten Unternehmen ist von der **Vermutung eines staatlichen Auftragsverhältnisses** auszugehen, wenn die Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte im Rahmen eines Geschäftsverhaltens, das nur bei **marktbeherrschender Stellung** (Zusammenwirken der Geschäftsbanken gegen Kunden) möglich ist und dabei auch auf die ideologische Kartellwirkung des Verbandswesens und des gewerkschaftlichen Mitbestimmungsrechts zurückgeführt werden kann, die **amtliche Billigung** etwa **durch** die öffentlich in Erscheinung tretenden **Inlandsgeheimdienste** oder andere die „Zivilgesellschaft" finanzierende staatliche „Toleranzbehörden" findet. Hier ist die Rezeption der von der amerikanischen Rechtsprechung im Bereich der Bekämpfung der Rassendiskriminierung entwickelten ***state action doctrine***[48] und ihre Übertragung zur Bekämpfung bundesdeutscher weltanschaulicher Diskriminierungen oder Diskriminierungsversuchen geboten.

Danach ist die Kündigung seitens der Geschäftsbanken bei politischer Motivation, die für den funktionalen staatlichen Agenturcharakter dieser Banken spricht, rechtlich in einer Weise zu würdigen, als würde der Staat selbst handeln, der sich nach einem anerkannten Grundsatz nicht dadurch den für ihn geltenden Schranken des zwingenden öffentlichen Rechts, die vor allem durch Grundrechtsschutz bestimmt sind, entziehen kann, indem er eine „***Flucht ins Privatrecht***" antritt.[49] Sofern es die Rechtsordnung überhaupt erlaubt, eine politische Partei oder eine politisch-weltanschaulich ausgerichtete Organisation aus politischen oder rechtlichen Gründen finanziell nachteilig zu behandeln, so ist dies aufgrund des politischen Charakters dieses Vorgangs mit den Mitteln des öffentlichen Rechts bei Einhaltung der entsprechenden Verfahrensgarantien, wie mit dem Partei- oder Vereinsverbot[50] und den damit verbundenen Nebenfolgen, wie Vermögenskonfiskation, vorzunehmen. Dagegen ist es im Interesse der Integrität der Zivilrechtsordnung, deren Effektivität und Sachgerechtigkeit eine

[48] S. dazu den Aufsatz von *Hanno v. Barby*, Die „Drittwirkung der Grundrechte" im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, in: *DVBl*. 1971, S. 333 ff.

[49] S. zu dieser Problematik die umfassende Abhandlung von *Dirk Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1981.

[50] Ob das Grundgesetz in Artikel 21 Abs. 2 GG wirklich ein Parteiverbot statuiert, ist entgegen der beiden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 2, 1 ff. und 5, 83 ff.) durchaus nicht eindeutig; diese Problematik wird im nächsten Verfahren aufzuwerfen sein: Sollte das BVerfG zur richtigen (?) Erkenntnis gelangen, daß das GG kein Parteiverbot enthält, dann dürften sich die mit § 46 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG statuierten Nebenfolge der Vermögenseinziehung (Konfiszierung) als verfassungswidrig darstellen.

Entpolitisierung der geschäftlichen Beziehungen im Verhältnis der Privatrechtssubjekte impliziert,[51] als **rechtswidrig** anzusehen, konkrete **politische Diskriminierungsmaßnahmen mit Hilfe des Zivilrechts durchzusetzen**. Diese Politisierung des Zivilrechts erinnert in der Tat an vorbürgerliche Rechtsverhältnisse.[52]

Auch wenn demnach die juristisch korrekte Lösung der hier behandelten Problematik nicht in der sog. „Drittwirkung der Grundrechte" und schon gar nicht im Ansatz des zwischenzeitlich erlassenen AGG gesehen wird, ist bei mehr rechtspolitischer Betrachtung auf folgendes hinzuweisen: Es kann wohl als sicher gelten, daß **im Falle einer konzertierten Kündigung von Konten jüdischer Organisationen** den kündigenden Banken sofort der Grundrechtsschutz entgegengehalten werden würde, der insbesondere über § 134 BGB (Verstoß gegen gesetzliches Verbot) und § 138 BGB (Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes) oder auch Generalklauseln wie § 242 BGB (Treu und Glauben) in das Zivilrecht eingeführt wird. Ist diese Annahme richtig, dann gebietet Art. 3 Abs. 3 GG zwingend auch die Unzulässigkeit der politisch motivierten Kündigung von Girokonten gegenüber „Rechtsextremisten", zumindest soweit diese entsprechend der Veröffentlichungspraxis der Inlandsgeheimdienste ideologisch bestimmt werden, da diese Grundgesetzbestimmung des Artikels 3 Abs. 3 GG sowohl Diskriminierungen aufgrund religiöser und rassischer Gründe als auch aufgrund weltanschaulicher und politischer Ansichten verbietet. Zumindest **soweit unter „Rechtsextremismus" eine ideologische (weltanschauliche) Haltung verstanden wird**, wie es in der Tat überwiegend, wenn nicht gar - im Unterschied zum „Linksextremismus" - ausschließlich der Fall[53] ist, **gebietet** demnach **das Grundgesetz eine rechtliche Gleichbehandlung von „Rechtsextremisten" mit jüdischen Organisationen**: Entweder steht dann der auf welche methodische Weise auch immer auf das Privatrechtsverhältnis angewandte oder in dieses einwirkende Grundrechtsschutz nicht nur einer rassisch-religiös, sondern auch einer politisch-weltanschaulich motivierten Kündigung entgegen, oder der Grundrechtsschutz oder verwandte Rechtsinstitute stehen dann gleichermaßen beiden Motivationskomplexen eben nicht entgegen. Im letzteren Fall hätte dies zur Folge, daß es dann auch rechtlich zulässig wäre, jüdische Organisationen aufgrund einer antisemitischen, d.h. einer religiösen oder rassistischen Einstellung „in den Konkurs" zu treiben. Es wäre dann lediglich eine Frage der gesellschaftspolitischen Macht, welche Organisation es eher schafft, die andere im Wege eines „friedlichen Bürgerkrieges" zu ruinieren. Dieser als propädeutisch zu verstehender Hinweis soll das rechtspolitische Gewicht der Problematik deutlich machen, die der vorliegenden Untersuchung zugrunde liegt.

Im übrigen ist die Tatsache bemerkenswert, daß in der Regel dieselben politischen Kräfte, die im Interesse der Bekämpfung von politischer oder rassischer Diskriminierung wie selbstverständlich für die Direktwirkung (= unmittelbare Drittwirkung) der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis plädieren, gleichzeitig das Zivilrecht als Kampfinstrument der Zivilgesellschaft „gegen rechts" eingesetzt sehen, dieses also bewußt diskriminierend anwenden wollen. Die Intoleranz der „Demokraten" (Selbsteinschätzung) wird dabei häufig unter Berufung auf „Toleranz" gerechtfertigt! Diese Situation deutet auf eine **Umverteilung des menschlichen Feindbedürfnisses und des offensichtlich doch (sehr) beschränkten Toleranzpotentials** der bundesdeutschen Gesellschaft hin. An die Stelle der Diskriminierung

[51] Letztlich ist der wirtschaftliche Vorsprung (West-) Europas gegenüber allen anderen konkurrierenden Hochkulten darauf zurückzuführen, daß sich Markt, Wettbewerb und Eigentumsrechte etabliert haben, die eine entscheidende Entpolitisierung dieser Institute voraussetzen; s. dazu zuletzt *Erich Weede*, Asien und der Westen. Politische und kulturelle Determinanten der wirtschaftlichen Entwicklung. Baden-Baden, 2000.

[52] So auch *Ladeur*, a.a.O.

[53] S. Nachweise im Beitrag des Verfassers, Amtliche Ideologiekontrolle durch verfassungswidrige Verfassungsschutzberichte, in: *Knütter / Winckler* (hrsg.), Der Verfassungsschutz. Auf der Suche nach dem verlorenen Feind, München 2000, S. 155 ff.

„brauner Haut“ tritt unvermittelt die Diskriminierung „brauner Gesinnung“ (oder was politische Gegner - überwiegend in bewußter Diffamierungsabsicht - dafür halten) und anstelle der gegen Ausländer gerichteten Fremdenfeindlichkeit tritt die Feindlichkeit gegenüber fremd[54] empfundenem Gedankengut. Diese **Umverteilung der Fremdenfeindlichkeit** ist häufig mit einer erheblich verschärften Wirkung verbunden: Während die mittlerweile als „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) oder gar als „Bildung krimineller Vereinigungen“ (§ 129 StGB) verfolgte Parole „Ausländer raus!“ wohl bedeutet, daß die Ausländer in ihre (ursprünglichen) Heimatländer zurückgehen sollten, scheidet diese Interpretation bei der bislang straflos möglichen Parole „Nazis raus!“ aus; vielmehr bedeutet diese daher als besonders menschenverachtend anzusehende Parole der „Toleranten“ im Ergebnis: „Nazis ins KZ!“[55] Um die - wirklich verfassungsgemäße? - Masseneinbürgerung von Ausländern staatsideologisch abzusichern, sollen danach aufgrund ihrer politischen Agenda als **fremd empfundene Deutsche** mit Hilfe des Zivilrechts rechtlich **entbürgerlicht** und damit faktisch ausgebürgert werden.

Diese Art der Politisierung des Zivilrechts würde zu einem fremdbestimmten gesellschaftspolitischen System führen, das im Unterschied zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bei Fortschreibung des etablierten Verfassungsschutzvokabulars als „liberalextremistisch-antifaschistische Zivilgesellschaft“ beschrieben werden müßte. Diese alternative Gesellschaftsordnung kann nicht verfassungsmäßig sein.

[54] In der Tat hat sich die sog. „68-Generation“ gegenüber dem eigenen Land als „fremd“ empfunden, was ihre ideologische Fremdenfreundlichkeit bei nicht zu verkennender Inländerfeindschaft erklären dürfte, s. *FAZ* vom 17. 01. 2001, S. 3: Fremde im eigenen Land. Fischer erinnert sich.

[55] So zu recht *Holger Schleip*, Rechte für Menschen und andere Tiere. Über Rassismus, Speziesismus und Tierrechts – Ideologie, in: *wir selbst* 4/1999, S. 56 ff., dort FN 14; s. dazu auch den Kommentar der *FAZ* vom 05. 02. 2001: Raus wohin?

C.
Die Vertragsfreiheit und die Grenzen ihrer politischen Instrumentalisierbarkeit

Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, ob die Kündigung eines Girovertrages i. S. von § 676f BGB a. F. aufgrund der genannten weltanschaulich-politischen Motivation der „politischen Hygiene“ (Krankheitsbekämpfung?) rechtswidrig und nichtig ist. Falls diese Frage bejaht werden müßte, hätte dies zur Folge, daß der danach zu Unrecht gekündigte Girokontenvertrag von einer kündigenden Bank im Interesse der betroffenen, von den Inlandsgeheimdiensten als „rechtsextrem“ eingestuften Vereinigung oder Gesellschaft weiterzuführen ist.

I.
Wesen der Privatautonomie

Insbesondere das staatlich beherrschte Unternehmen Deutsche Postbank AG hat bei ihren unter Hinweis auf Verfassungsschutzberichte gerechtfertigten Kündigungen geltend gemacht, daß sie sich bei der Kündigung entsprechender Konten nach Aufhebung vormals bestehender gesetzlicher Verpflichtungen, die im Zuge der allerdings noch nicht abgeschlossenen Liberalisierungspolitik erfolgt ist, auf die Vertragsfreiheit stützen könne. In den vertraglich von Kunden zu akzeptierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist für die ordentliche Kündigung in der Regel eine Kündigungsfrist von vier Wochen[56] vorgesehen.

1. Kündigungsrecht als Ausdruck der Privatautonomie

In der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) handelt es sich bei der Kündigung eines Vertrages um eine bei Vorliegen der gesetzlich definierten Voraussetzungen rechtlich verbindliche Willenserklärung (s. §§ 116 ff. BGB), die als „Rechtsgeschäft“ bezeichnet wird. Die Kündigung stellt dabei, wie etwa auch die Rechtsinstitute Anfechtung (§ 142 BGB) und Rücktritt (§ 349 BGB) ein Gestaltungsrecht[57] dar, das auf die einseitige Beendigung eines mehrseitigen Schuldverhältnisses gerichtet ist.[58] Das Rechtsgeschäft, das entsprechend der gesetzlichen Regelung als einseitiges oder zweiseitiges / mehrseitiges denkbar ist,[59] stellt wiederum nach der gesetzlichen Konzeption des BGB für die Zivilrechtsordnung den Kern der Privatautonomie dar, die dem BGB gewissermaßen in die Wiege gelegt worden ist.[60] Die Privatautonomie bedeutet die Freiheit des einzelnen, seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen frei zu gestalten.[61] Diese Freiheit verwirklicht sich mit der Vertragsfreiheit, für welche die rechtlich verbindliche, da vom Gesetz mit dieser Rechtsfolgeanordnung versehene freie Willensbekundung zwischen Privatrechtssubjekten, d.h. natürlichen oder juristischen Personen charakteristisch ist und die das Recht beinhaltet, im Grundsatz nach Belieben mit seinem Eigentum zu verfahren (vgl. § 903 BGB) und Verträge abzuschließen (vgl. § 311 BGB n. F.). Zusammengefaßt entfaltet sich die Vertragsfreiheit in fünf Wirkungsrichtungen:

---

[56] S. *FAZ* vom 25. 08. 2000, S. 13.
[57] Zur Übersicht über die Gestaltungsrechte, s. *Heinrichs* / Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 60. Auflage Rdnr. 17 des Überbl. V. § 104.
[58] S. *Heinrichs* / Palandt, , Rdnr. 8 der Einf v. § 346.
[59] S. *U. Eisenhardt*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Auflage, 1997, Rdrn. 56.
[60] S. zuletzt *Chr. G. Paulus / W. Zenker*, Grenzen der Privatautonomie, *JuS* 2001, S. 1 ff.
[61] S. *U. Eisenhardt, a. a. O.*, Rdnr. 21.

1. die Abschlußfreiheit als Freiheit der Parteien zu entscheiden, ob sie überhaupt kontrahieren wollen;
2. die Kontrahentenwahlfreiheit;
3. die inhaltliche Gestaltungsfreiheit, also die Freiheit, den Inhalt der Vereinbarung nach Belieben zu bestimmen;
4. die Typenfreiheit, d.h. die Freiheit der Parteien, unter den vorhandenen Vertragstypen zu wählen, sie zu ändern bzw. zu kombinieren oder auch eigene Typen zu entwickeln; und
5. die Auflösungs- und Änderungsfreiheit.[62]

Das Rechtsgeschäft der Kündigung ist daher Bestandteil der Vertragsfreiheit. Sofern deshalb das Gesetz eine Kündigung als Gestaltungsrecht eines Vertragsteils vorsieht und daran die Rechtsfolge der Beendigung eines Schuldverhältnisses knüpft, ist diese als rechtmäßig anzusehen. Dasselbe gilt, wenn aufgrund der Möglichkeiten der Vertragsfreiheit ein derartiges Kündigungsrecht einer Seite oder beider Teile eines Vertrages eingeräumt ist. Sofern keine besonderen Voraussetzungen vorgesehen sind, kann zumindest eine ordentliche Kündigung grundsätzlich auch aus kleinlichen und nichtssagenden Gründen, oder gar ohne Erwähnung irgendwelcher Gründe, d.h. willkürlich ausgesprochen werden.

2. Rechtsnatur des Girokontenvertrages

Bei dem durch Gesetz vom 21.07.1999 (BGBl. I S. 1642) mit § 676f BGB a. F. kodifizierten Girovertrag handelt es sich um einen Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. von § 675 Abs. 1 BGB mit dienstvertraglichen Elementen,[63] der auf die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses gerichtet ist.[64] Durch den Girovertrag wird das Kreditinstitut gemäß § 676f BGB a. F. verpflichtet, für den Kunden ein Konto einzurichten, eingehende Zahlungen auf dem Konto gutzuschreiben und abgeschlossene Überweisungsverträge zu Lasten dieses Kontos abzuwickeln. Die Positivierung dieser Verpflichtungen, die in § 676g a. F. BGB hinsichtlich der Gutschrift und in § 676h BGB a. F. hinsichtlich des Mißbrauchs von Zahlungskarten noch weiter spezifiziert sind, läßt im übrigen die bisher schon von der Rechtsprechung erkannten gesetzlichen Rechte und Pflichten des Girokontenverhältnisses unberührt. Dies gilt etwa für die Frage des Kündigungsrechts: „Da der Girovertrag Dienste höherer Art zum Gegenstand hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, kann er nach §§ 627, 675 BGB gekündigt werden".[65] Bei vertraglichem Ausschluß oder einer entsprechenden Beschränkung des Kündigungsrechtes ist die Kündigung jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne der für den Dienstvertrag der höheren Art geltenden Bestimmung von § 627 BGB möglich.[66] Insofern ist die Kündigung eines Girovertrages i. S. von § 676f BGB gemäß §§ 675 Abs. 1, 671 Abs. 2 BGB durch eine Bank als Beauftragte eines Geschäftsbesorgungsvertrages jederzeit möglich. Sofern ein „wichtiger Grund" gegeben ist, wird selbst eine etwa bei Sparkassen und bis in die jüngste Vergangenheit auch bei der Postbank geregelte öffentlich-rechtliche Bindung einer privatrechtlichen Kündigung nicht entgegenstehen.[67] Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß die hier handelnden Banken das gesetzlich bestehende Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen, sondern vertraglich bekräftigt haben, oder dem Kunden

[62] S. *Wolfram Höfling*, Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, 1990, S. 3 f., dort Anm. 18.
[63] BGH *NJW* 91, 978.
[64] S. dazu *Sprau*, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKo), Rdnr. 1 zu § 676f.
[65] *C. W. Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Auflage, Rdnr. 489 m.w.N.
[66] Dies gilt auch, wenn ein Kontokorrentkredit eingeräumt ist, BGH *BB* 87, 1488.
[67] So auch BGH *NJW* 1991, S. 978 im Falle einer unangemessenen und unberechtigten Androhung einer Strafanzeige wegen Betrugs.

bei der gewöhnlichen Kündigung seitens der Bank allenfalls etwas bessere Kündigungsfristen zugestanden haben als sie nach den genannten Bestimmungen des BGB verpflichtet wären.

Deshalb führt auch die Überprüfung der Angemessenheit eines in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken vorbehaltenen Kündigungsrechts nach dem früheren AGB-Gesetz zu keinem anderen Ergebnis als zur Annahme der Rechtmäßigkeit der Kündigung, da ein derartig vorbehaltenes Kündigungsrecht sich i. S. von § 9 AGBG (nunmehr § 307 BGB n. F.) nach der Leitbildfunktion des dispositiven Gesetzesrechts „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ vereinbaren läßt, sofern in dem durch AGB vorbehaltenen Kündigungsrecht überhaupt zu Lasten des Kunden eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung der §§ 627, 675 Abs. 1, 671 Abs. 2, 676f BGB liegt, was wiederum Voraussetzung für die Überprüfung nach dem früheren AGB-Gesetz (nunmehr: §§ 305 ff. BGB n. F.) darstellt. Art. 19 Abs. 1 der AGB der Postbank AG[68] lautet: „Die Bank kann die gesamte Geschäftsverbindung oder einzelne Geschäftsbeziehungen, für die weder eine Laufzeit noch eine abweichende Kündigungsregelung vereinbart ist, jederzeit unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen .... Bei der Bemessung der Kündigungsfrist wird die Bank auf die berechtigten Belange des Kunden Rücksicht nehmen. Für die Kündigung der Führung von laufenden Konten und Depots beträgt die Kündigungsfrist mindestens sechs Wochen“. Diese Regelung begegnet aufgrund ihrer Übereinstimmung mit dem dispositiven Gesetzesrecht über den Geschäftsbesorgungsvertrag und Dienstvertrag der höheren Art keinen rechtlichen Bedenken.

Insofern spricht der Anschein für die Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen oder angekündigten Kündigungen. Die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und die vertraglichen Vereinbarungen sehen ein Kündigungsrecht der Banken vor. Aufgrund der thematischen Universalität und prozeduralen Beliebigkeit der Vertragsfreiheit[69] spricht von der Konzeption der Privatautonomie her gesehen im Grundsatz von daher nichts dagegen, ein bestehendes Kündigungsrecht in ideologisch-politisch motivierter Weise, also in weltanschaulich-politischer Diskriminierungsabsicht auszuüben.

[68] Zitiert im Beschluß des OLG Hamburg vom 5. 12. 2000.
[69] So der Ausdruck bei *Höfling*, Vertragsfreiheit, a.a.O., S. 3.

II.
Die gesetzlichen Schranken der Privatautonomie

Die vorstehend beschriebene Privatautonomie oder Vertragsfreiheit, auf die sich die Banken berufen, ist jedoch nicht schrankenlos, sondern findet ihre Grenzen in gesetzlichen Vorschriften. Mehr noch: Bereits die Ausübung der Vertragsfreiheit selbst ist gesetzlichen Vorschriften unterworfen, deren Beachtung Voraussetzung dafür ist, daß einem Rechtsgeschäft wie der Kündigung überhaupt eine rechtliche Wirkung zukommt. Bei der Vertragsfreiheit handelt es sich mithin um eine institutionalisierte Freiheit,[70] was bedeutet, daß der freie Wille der handelnden Personen nur deshalb rechtlich beachtlich ist, weil es der Gesetzgeber so angeordnet hat. Andersfalls läge nur ein faktisches Verhältnis vor. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und der zivilrechtlichen Annexgesetze hat diese Konzeption der Privatautonomie und ihrer notwendigen systemimmanenten Beschränkung in vielfältiger Weise konkretisiert.[71] Dabei kann davon ausgegangen werden, daß der dem Grundgesetz unterliegende Gesetzgeber das zum 1. Januar 1900 in Kraft getretene BGB vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195) und die diesem Gesetz zugrundeliegende Konzeption durch zahlreiche Änderungen in seinen Willen aufgenommen hat und die entsprechenden Schranken der Privatautonomie als mit der Verfassungsordnung vereinbar oder nach dieser gar als geboten sanktioniert hat.[72]

1. Zur Privatrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts

Die sich aus der Privatautonomie ergebende Freiheit, bei Vorliegen der gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Voraussetzungen durch den einseitigen Gestaltungsakt der Kündigung im Zweifel willkürlich eine mehrseitige Vereinbarung, wie etwa einen Girokontenvertrag auflösen zu können, steht zumindest dem Grunde nach unzweifelhaft den natürlichen Personen zu. Dabei handelt es sich gemäß § 1 BGB um Menschen, die kraft ihres Menschseins von Geburt an als „Personen“[73] Träger von zivilrechtlichen Rechten und Pflichten sind.

a) Kategorie der „juristischen Person“: Beispiel für den institutionellen Charakter der Privatautonomie

[70] So *Höfling*, a.a.O., S.20 ff., spricht insoweit von einer kompetentiellen Freiheit, ein Begriff, der insofern problematisch erscheint, als es danach um eine staatlich abgeleitete Freiheit ginge, während es jedoch tatsächlich um einen staatlichen Ordnungsrahmen geht.

[71] Eine Systematik der Grenzen der Vertragsfreiheit nimmt der Aufsatz von *Paulus / Zenker*, a. a. O. vor.

[72] Man wird nach den zahlreichen Änderungen des BGB durch die Bundesgesetzgebung nach 1949 davon auszugehen haben, daß insoweit nunmehr ein nachkonstitutionelles Gesetz vorliegt; Zweifel ergeben sich lediglich in marginalen Bereichen; so ist etwa vor Aufhebung des § 1300 BGB (sog. Kranzgeld im Falle vorehelicher Beiwohnung) durch EheschlRG vom 4.5.1998 (BGBl. I S. 833) streitig gewesen, ob ein Amtsgericht sich über diese Bestimmung einfach hinwegsetzen konnte, wenn es diese als verfassungswidrig ansieht oder doch nach Art. 100 Abs. 2 GG die Frage der Verfassungswidrigkeit dem Bundesverfassungsgericht vorliegen mußte, was anerkannter Maßen nur bei nachkonstitutionellen Gesetzen erforderlich ist.

[73] Wie die Institution der Sklaverei (Eigentumsrecht an Menschen als Rechtsobjekt) zeigt, versteht sich der Personencharakter von Menschen nicht von selbst, sondern ist ebenfalls Ergebnis einer rechtlichen Anordnung; dazu die Entscheidung des US-Supreme Court im Fall Dred Scott v. Sanford, 19 How. 393 (1857), 15 L. Ed. 691 (1857).

Neben der natürlichen Person kennt das BGB auch die Kategorie der „juristischen Person", deren Grundform der mit §§ 21 ff. BGB geregelte rechtsfähige Verein darstellt. Diese Grundform ist in den zivilrechtlichen Annexgesetzen zum BGB, wie Aktiengesetz, GmbH-Gesetz und dergl. weiterentwickelt. Juristische Personen sind soziale Organisationen, denen die Rechtsordnung eine eigene Rechtsfähigkeit zuerkennt, damit sie selbst Träger von Rechten und Pflichten sein können. Die juristischen Personen sind demnach selbst rechtsfähig[74] und können dann Gestaltungsrechte wie Kündigungen ausüben.

Mit der Existenz der juristischen Personen kommt deutlich der institutionelle Charakter der Privatautonomie zum Ausdruck. Dieser unterwirft die Privatautonomie systemimmanenten, d.h. für das Dasein des Zivilrechts notwendigen Schranken. Die wesentliche und von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung dieser juristischen Personen besteht in der Erkenntnis, daß eine Privatrechtsordnung, die nur natürliche Personen als Rechtsträger kennt, bei ökonomischer Betrachtungsweise suboptimal funktionieren würde. Juristische Personen, d.h. ökonomisch: Unternehmen, reduzieren die Transaktionskosten[75] und tragen damit im allgemeinen Interesse im Prozeß der Arbeitsteilung und des Aufbringens von Kapital zur Optimierung des Wirtschaftssystems bei. Allerdings gäbe es ohne gesetzte Rechtsordnung keine juristischen Personen, weshalb jede Rechtsordnung insbesondere im Interesse des Gläubigerschutzes,[76] keine völlige Beliebigkeit der Gesellschaftstypen kennt, sondern als Alternative zu einer staatlichen Genehmigung von juristischen Personen als deren Existenzvoraussetzung (Konzessionssystem) einen *numerus clausus* der Typen juristischer Personen[77] vorsieht, woraus sich durchaus eine mehr oder weniger weitgehende Beschränkung von zivilrechtlichen Berechtigungen ergeben kann. Auch wenn der Streit um Wesen und Berechtigung der juristischen Person[78] ausgestanden ist - der Fiktionstheorie stand die Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit gegenüber - und die von der Rechtsordnung anerkannten juristische Personen, wie etwa Aktiengesellschaften, an zivilrechtlichen Rechten und Pflichten den natürlichen Personen grundsätzlich, aber nicht generell gleichgestellt sind, so sind bei juristischen Personen Beschränkungen der Privatautonomie denkbar und eventuell sogar geboten, die bei natürlichen Personen unangebracht sind.[79]

b) Die lediglich analoge Geltung der Vertragsfreiheit für juristische Personen des öffentlichen Rechts

Die Reichweite der gegebenenfalls über die Rechtsstellung natürlicher Personen hinausgehenden Beschränkbarkeit der Privatautonomie bei juristischen Personen mag zunächst dahingestellt bleiben, allerdings mit der Einschränkung, daß sich bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Privatautonomie von vornherein nicht in der unzweifelhaften Weise versteht, wie dies bei eher den natürlichen Personen gleichzustellenden juristischen Personen des Privatrechts geboten ist. Um eine entsprechende juristische Person des öffentlichen Rechts handelt es sich bei Sparkassen, die in der Regel rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts[80] darstellen (s. etwa § 2 des NRW-Sparkassengesetzes). Im Grundsatz geht § 89 BGB, indem er

[74] S. *U. Eisenhardt*, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Auflage, 1997, Rdnr. 508.
[75] S. dazu weiter unter IV. 5. a) cc).
[76] Ohne die Existenz von der Rechtsordnung anerkannter juristischer Personen lägen im Verhältnis zu Dritten immer Gesamtschuldverhältnisse gemäß § 422 BGB oder § 840 BGB mit voller persönlicher Haftung vor.
[77] Zur Geschichte der Aktiengesellschaften, s. *Hoffmann-Becking*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4 (Aktiengesetz), 1999, Rdnr. 1 ff.
[78] Nachweise um den Streit, welcher noch bei Schaffung des BGB ausgetragen worden ist, finden sich etwa bei *Heinrichs* / *Palandt*, Einf v. § 21 BGB.
[79] Dazu weiter unter III. 4. c) aa).
[80] Zu dieser Rechtsform, s. *Hartmund Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage 1997, S. 577 ff.

im Falle der Haftung von Fiskus, Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts die Vorschrift von § 31 BGB für den privaten Verein „entsprechend“ anwendet, von der Privatrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts aus (sog. Fiskuslehre).

Allerdings ist die Freiheit, d.h. die Privatautonomie derartiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts, sofern bei Vorliegen der mittelbaren Staatsverwaltung überhaupt von „Privatautonomie“ gesprochen werden kann,[81] von vornherein beschränkt und es muß diesen juristischen Personen im Unterschied zu privaten Personen in der Regel ausdrücklich gesetzlich gestattet werden, sich der Formen der Privatautonomie bedienen zu dürfen. Sofern ihnen dies gesetzlich erlaubt ist, bedeutet dies, daß die Vorschriften des Privatrechts etwa über die Gestaltungsrechte, nicht direkt, sondern nur analog zu den zivilrechten Vorschriften für die privaten natürlichen und juristischen Personen gelten. Aus diesem Grunde ist auch nachvollziehbar, warum in den Sparkassengesetzen ausdrücklich vorgesehen werden muß, daß die Sparkassen im Rahmen des jeweils einschlägigen Landesgesetzes „alle banküblichen Geschäfte betreiben“ dürfen (s. § 4 des NRW-SpkG). Damit unterscheidet sich die Stellung einer Sparkasse grundlegend von der Stellung etwa der Commerzbank AG (anders im Falle einer Verstaatlichung derselben). Während die Kapitaleigner dieser Aktiengesellschaft aufgrund freier Entscheidung bei Ausschöpfen der Möglichkeiten der Privatautonomie sich Bankgeschäften widmen und sich zu diesem Zwecke unter den zur Verfügung stehenden erlaubten Formen des Gesellschaftsrechts die geeignete Unternehmensform ausgesucht haben, machen die Sparkassen Bankgeschäfte, weil es ihnen ein spezielles staatliches Gesetz gestattet. Damit liegt insofern keine Privatautonomie vor. Die zitierte gesetzliche Erlaubnis zu Bankgeschäften hat eine ähnliche Qualität wie § 62 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), der bestimmt, daß bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, neben den Vorschriften des Verwaltungsverfahrens über den Verwaltungsakt, hilfsweise auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches „entsprechend“ gelten. Diese Analogie bedeutet keine Erlaubnis, sich auf die Privatautonomie stützen zu dürfen, sondern erübrigt es dem Gesetzgeber, Teile des bürgerlichen Gesetzbuchs für staatliche Einrichtungen ausdrücklich im öffentlichen Recht rezipieren zu müssen.

Da nach der angeführten gesetzlichen Anordnung den Sparkassen erlaubt ist, die banküblichen Geschäfte betreiben zu dürfen, werden nachfolgend Sparkassen und Postbank mit den privaten Banken, denen unzweifelhaft die Privatautonomie in der dargestellten Art zusteht, zunächst gleich behandelt. Allerdings ist dabei immer zu berücksichtigen, daß im Falle eines Konflikts zwischen Privatautonomie und der Einschränkung derselben, der im Falle privater Gesellschaften möglicherweise im Zweifel zugunsten der Privatautonomie beantwortet werden kann, im Falle der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu Lasten der Einschränkung gelöst werden muß: Selbst in den Fällen, bei denen eine Kündigung seitens von Privatbanken von der Art, wie sie hier erörtert wird, zulässig sein sollte, müßte sie im Falle der Sparkassen und wohl auch der Postbank AG unter Umständen als rechtswidrig angesehen werden. Da es im Falle dieser Unternehmen nur um eine analoge Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften geht, hat die Geltung der Vorschriften, die nicht unmittelbar angewandt werden, ihre ebenfalls systemimmanenten, sich insofern aus System und Zweck des öffentlichen Rechts ergebenden Grenzen. Umgekehrt: Sofern aufgrund der dargestellten Schranken der Privatautonomie im Falle der Rechtsausübung durch Privatbanken ein Rechtsgeschäft als rechtswidrig zu kennzeichnen ist, gilt dies „erst recht“ für die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute.

[81] S. dazu unter III. 4., wo auch die verfassungsrechtliche Begründung für die gewissermaßen nur analoge Anwendung des Privatrechts bei öffentlichen Unternehmen dargestellt wird.

2. Zum Ausschluß des Kündigungsrechts durch gesetzliche Kontrahierungsverpflichtung

Als institutionelle Freiheit ist die „ganze Zivilrechtsordnung ... in reichster Fülle von Vorschriften durchsetzt, welche Kontrahierungs- und Abschlußzwang und -verbote, numerus clausus der Rechte, Typenzwang, Inhaltszwang und Inhaltsverbote einführen. Jede Norm, die auf eine dieser Erscheinungen zurückgeht, stellt eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit dar“.[82] Eine entsprechende Schranke der Privatautonomie gilt etwa für die Sparkassen, für die einschlägige Landesgesetze eine Kontrahierungsverpflichtung vorsehen. So sieht etwa § 5 Abs. 2 der Sparkassenverordnung NRW[83] vor, daß die Sparkassen verpflichtet sind, „für natürliche Personen aus dem Gewährträgergebiet auf Antrag Girokonten zur Entgegennahme von Einlagen in Deutscher Mark zu führen.[84] Für die Postbank galt bis zur Liberalisierung die Bestimmung von § 8 PostG a. F., wonach „jedermann“ Anspruch auf die Benutzung der Einrichtungen des Postwesens hat, wenn die für die einzelnen Dienste in den Benutzungsverordnungen festgelegten Bedingungen erfüllt sind. Dies ist als allgemeiner Kontrahierungszwang nicht nur zugunsten von natürlichen, sondern auch von juristischen Personen verstanden worden, zu denen etwa politische Parteien gehören, die überwiegend als nicht rechtsfähige Vereine organisiert sind, denen aber die Rechtsprechung über § 50 Abs. 2 ZPO hinausgehend auch die aktive Parteifähigkeit bei Zivilprozessen zugesprochen hat.

Soweit eine Kontrahierungsverpflichtung besteht, scheidet ein Kündigungsrecht aus, da der Gekündigte dann sofort unter Berufung auf die gesetzliche Kontrahierungsverpflichtung die Neueröffnung eines Kontos fordern kann, so daß eine Kündigung der dem § 242 BGB (Treu und Glauben) zuzuordnenden rechtsvernichtenden Arglisteinrede[85] *dolo agit qui petit quod statim rediturus est* ausgesetzt wäre. In den meisten der hier interessierenden Fälle steht allerdings bei formaler Betrachtung[86] der gesetzliche Kontrahierungszwang einer Kündigung nicht entgegen, sei es, weil er wie bezüglich der Deutschen Postbank AG zwischenzeitlich spezialgesetzlich abgeschafft ist, oder sich wie bei den Sparkassen lediglich auf natürliche Personen[87] bezieht, oder weil für einen Kontrahierungszwang, wie für die (wirklich) privaten Geschäftsbanken von vornherein keine gesetzliche Anordnung besteht. Insofern käme ein Kündigungsverbot nur dann in Betracht, wenn eine natürliche Person bei einer Girokonteneröffnung bei Sparkassen sozusagen als Strohmann für eine juristische Person wie eine Partei agiert. Allerdings könnten die betroffenen Sparkassen insofern ein Umgehungsgeschäft behaupten, welches sie wiederum von der Kontrahierungsverpflichtung befreien könnte.

3. Verwirkung des Kündigungsrechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Freilich kann sich eine Kontrahierungsverpflichtung und ein damit notwendiger Weise verbundenes Kündigungsverbot auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung ergeben.[88] Das Konzept der Privatautonomie hat, neben den aus Gründen der „öffentlichen Ordnung“ gezogenen Grenzen, insofern systemimmanente Schranken, als nicht nur die Freiheit der einen

[82] So *Laufe*, in FS Lehmann I, S. 145 ff., 163.
[83] Verordnung zur Regelung und des Betriebes von Sparkassen in Nordrhein-Westfalen vom 13. 12. 1995, GV NRW S. 1255.
[84] Vergleichbare Vorschriften finden sich in § 5 BaySpkO, § 1 SpkVO RhPf, § 4 SpkV Bandenburg und § 4 SächsSpkVO.
[85] Beispielsfälle etwa bei BGHZ 10, 75; 79, 204; 94, 246 und 110, 33.
[86] Die - wie nachfolgend im nächsten Unterabsatz ausgeführt - widerlegt werden kann.
[87] Dies ist das Argument des LG Frankfurt/Oder, die Kündigung von Konten der NPD für zulässig zu erachten; s. *NJW* 2001, S. 82.
[88] S. dazu zusammenfassend *Paulus / Zenker*, a.a.O., S. 5.

Seite, sondern auch der anderen Seite gesichert werden muß, um von Privatautonomie als Freiheit aller an einem Vertragsschluß beteiligten Personen sprechen zu können.

a) Bedeutung von Verkehrssitte / Verwirkungstatbestand

Man kann deshalb von einer Dialektik des Vertragsrechts sprechen, die darin besteht, daß die staatlichen Eingriffe in die Vertragsautonomie bei angemessener gesetzlicher Regelung deshalb keine „Eingriffe" im eigentlichen Sinne eines Grundrechtseingriffes darstellen,[89] weil (staatliche) Gesetze notwendige Voraussetzung dafür sind, daß es überhaupt eine (gesellschaftliche) Vertragsfreiheit gibt. Die Privatautonomie setzt demnach einen bestimmten rechtlichen Rahmen und Geschäftsstandards voraus, wie etwa das Bestehen eines funktionierenden Wettbewerbs.[90] Soweit dieser Wettbewerb nicht besteht, oder auf ihn kein hinreichender Verlaß ist, wird der Gesetzgeber etwa durch Statuierung eines Kontrahierungszwanges eingreifen müssen, um die Vertragsautonomie derjenigen zu sichern, zu deren Lasten sich der suboptimale Wettbewerb auswirkt. Da zu weitreichende gesetzliche Verpflichtungen jedoch die Vertragsfreiheit unangemessen beschränken und damit auch die vom Wettbewerb erwartete optimale Allokation der ökonomischen Ressourcen nicht erreicht werden würde, müssen entsprechende Standards[91] einer immanenten (Selbst-) Beschränkung der Privatautonomie aus der Verkehrssitte gewonnen werden. Diese Verkehrssitte stellt im Ergebnis keine Beschränkung, sondern eine Verwirklichung der Privatautonomie oder ihre notwendige systemimmanente Modifikation dar, bedeutet sie doch nichts anderes, als eine Konkretisierung der Vertragsfreiheit durch das freie Handeln und die damit verbundene Selbstbindung der einschlägigen Geschäftskreise.

Die Einführung dieser Standards in den individuellen Vertrag stellt die wesentliche Funktion von § 242 BGB (Treu und Glauben) dar. Durch diese Standards werden die sog. Transaktionskosten (Kosten der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses und dergl.) gesenkt, da nicht alle potentiellen Probleme in ausführlicher Weise individuell geregelt werden müssen, sondern man sich auf die allgemeine Geschäftspraxis verlassen kann. Nach § 242 BGB ist ein Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Zwar scheint der Wortlaut dieser Vorschrift lediglich für den Inhalt der Leistung (das „so" oder „wie") einschlägig zu sein, jedoch ist seit langem anerkannt, daß diese Vorschrift auch bei der Frage von Inhalt und Bestand (das „was" und „ob") der Leistung eine Rolle spielt.[92] Diese Annahme kann mit der Erwägung begründet werden, daß die Frage der Auflösbarkeit einer Leistung - über die dadurch bedingte Verhandlungsposition - naturgemäß auch den Inhalt der Leistung bestimmt. Im vorliegenden Fall ist bei der ostentativen Berufung auf die Vertragsfreiheit durch die Banken an einen Verstoß gegen die in § 242 BGB begründete Verpflichtung auf vertragstreues und der Verkehrssitte entsprechendes Verhalten zu denken, da der Gesetzgeber bei der Positivierung des Girokontenvertrages vor allem deshalb von der gesetzlichen Statuierung eines von maßgeblichen politischen Kräften aus sozialpolitischen Gründen für notwendig erachteten

[89] Zu Recht ist in Art. 12 GG, einer verfassungsgesetzlichen Grundlage der Privatautonomie, nicht von Eingriffen, sondern von „Regelungen" der Berufsfreiheit die Rede, welche nicht dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG für „Eingriffe" in Grundrechte unterfallen.
[90] Darauf wird unter IV. 4. c) eingegangen.
[91] S. dazu die Monographie von *G. Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, 1971.
[92] S. *Heinrichs* / Palandt, § 242 1)a).

Kontrahierungszwanges[93] abgesehen hat,[94] weil der Zentrale Kreditausschuß der Verbände der Kreditwirtschaft (ZKA) eine Empfehlung unter dem Motto „Girokonto für jedermann“[95] abgegeben hatte, die vom Recht eines jeden Bürgers ausgeht, in seinem jeweiligen Geschäftsgebiet auf Wunsch ein Girokonto eröffnen zu können. Die Konteneröffnung soll danach nur bei den sechs ausdrücklich genannten Gründen abgelehnt werden können, wozu allerdings eine „falsche“ politische Einstellung nicht zählt. Vielmehr geht es um folgende, den gesetzlichen Regelungen über den Kontrahierungszwang bei Sparkassen (vgl. die vier Fallgruppen bei § 5 Abs. 2 der NRW-Sparkassenverordnung) nachgebildeten Tatbeständen und zudem um Fälle, die bisher in der Rechtsprechung als Gründe einer außerordentlichen Kündigung selbst im Falle eines ausdrücklichen gesetzlichen Kontrahierungszwanges anerkannt worden sind:

1. Der Kunde mißbraucht die Leistungen des Kreditinstitutes, insbesondere für gesetzwidrige Transaktionen, z. B. Betrug, Geldwäsche o. ä.
2. Der Kunde macht Falschangaben, die für das Vertragsverhältnis wesentlich sind
3. Der Kunde belästigt in grober Weise Mitarbeiter des Kreditinstituts oder gefährdet sie
4. Die bezwecke Nutzung des Kontos zur Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr ist nicht gegeben, weil z. B. das Konto durch Handlungen vollstreckender Gläubiger blockiert ist oder ein Jahr lang umsatzlos geführt wird
5. Es ist nicht sichergestellt, daß das Institut die für die Kontoführung und -nutzung vereinbarten üblichen Entgelte enthält
6. Der Kunde im übrigen die Vereinbarungen nicht einhält.

Liegt keiner der genannten Ausschlußgründe vor, besteht danach eine grundsätzliche (Selbst-) Verpflichtung der Bank, einen Girokontenvertrag abzuschließen und demnach auch eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Kontos, womit eine Kündigung ausscheidet, es sei denn einer der sechs genannten Gründe würde vorliegen.

Es muß angenommen werden, daß mit der ZKA-Empfehlung eine zugunsten betroffener Kunden wirkende Selbstverpflichtung der den Bankenverbänden angehörigen Kreditinstitute vorliegt, die eine dann trotz Nichtvorliegens der genannten Ausschlußgründe ausgesprochene Kündigung rechtswidrig macht, da insofern das Kündigungsrecht verwirkt ist. Die Verwirkung eines Rechts ist denkbar, wenn ein Berechtigter dieses Recht trotz Vorliegens und Kenntnis eines bestimmten Grundes, den er nunmehr zum Anlaß der Rechtsausübung nehmen will, länger nicht ausgeübt hat und der Verpflichtete sich darauf eingestellt hat.[96] Im vorliegenden Fall wird dieser Gesichtspunkt durch die ZKA-Empfehlung bestärkt, die gegenüber den betroffenen Organisationen einen vertrauensbegründenden Tatbestand gesetzt hat, nämlich von einem Recht der Kontenführung ausgehen zu können. Eine Abweichung von diesem Vertrauenstatbestand verletzt das zumindest insoweit bestehende Verbot widersprüchlichen Verhaltens[97] (*vernire contra factum proprium*), das im Verletzungsfall zur Verwirkung des entsprechenden Gestaltungsrechtes führt. Die Verwirkung ist ein typischer Unterfall der

[93] S. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung eines Rechts auf ein Girokonto der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 13/351 und Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr der Fraktion der SPD - BT-Drs. 13/856; sowie weitere Anträge, „Recht auf ein Girokonto“ und „Privatgirokonto“, BT-Drs. 13/137 und 13/1306.

[94] S. dazu den Bericht der Bundesregierung zum „Girokonto für jedermann“, BT-Drs. 14/3611 vom 09.06.2000, S. 3, sowie die Ablehnung der in der vorausgehenden Anmerkung genannten Gesetzentwürfe und Beschlussanträge, BT-Drs. 13/7627, S, 8, 157 und 160.

[95] Text, s. BT-Drs. 14/3611, Anlage 1, S. 8.

[96] S. *Heinrichs / Palandt*, Rn. 87 zu § 242 BGB.

[97] S. dazu *Heinrichs / Palandt*, Rn. 55 zu § 242 BGB.

unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens.[98] Sollte man diese ZKA-Empfehlung jedoch nicht einer der Geschäftsbanken in einer rechtlich verbindlichen und den individuellen Vertrag gestaltenden Weise zurechnen können, so ist zumindest davon auszugehen, daß diese Empfehlung einen Standard geschäftlichen Verhaltens zum Ausdruck bringt, der die Praxis bestehender Verträge als Verkehrssitte im Sinne von § 242 BGB rechtlich zwingend determiniert, es sei denn im individuellen Vertrag wäre ausdrücklich von diesem Standard abgewichen. Die nachträgliche Verweigerung eines Girokontos mittels Ausübung des Gestaltungsrechts der Kündigung ohne Vorliegen der für den Ausschluß eines Girokontos anerkannten Gründe durch eine Bank, die einem der Verbände der Kreditwirtschaft angehört, stellt sich daher als treuwidrig im Sinne von § 242 BGB dar. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob hierbei Treuwidrigkeit im Sinne eines widersprüchlichen Verhaltens oder als Verletzung eines geschäftlichen Standards gegeben ist. Die Banken haben danach ihre Vertragsfreiheit selbst beschränkt, um der möglichen Anordnung eines gesetzlichen Kontrahierungszwanges zu entgehen.

Allerdings könnte gegenüber dieser Argumentation scheinbar plausibel eingewendet werden, daß der Bundesgesetzgeber insofern lediglich an einen Kontrahierungszwang gedacht hat, wie er in einzelnen die Sparkassen betreffenden Landesgesetzen aus sozialpolitischen Gründen zugunsten von natürlichen Personen geregelt ist und deshalb die Bankenverbände mit ihrer als Empfehlung ausgesprochenen Zusage im Sinne eines „Girokontos für jedermann“ lediglich natürliche Personen im Auge haben. Dagegen sollen die mit der Empfehlung entwickelten Standards nicht juristischen Personen, wie Parteien und Verlagsgesellschaften, zu Gute kommen, für die die sozialpolitische Zielsetzung ohnehin nicht zutrifft.

b) Kontrahierungsverpflichtung aufgrund der Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs als Element der Daseinsvorsorge

Genau aus diesem Grunde kann aber umgekehrt argumentiert werden: Gerade weil sich die sozialpolitische Regelungsbedürftigkeit nur bei natürlichen Personen ergibt, mußte die eine Verkehrssitte im Sinne von § 242 BGB zum Ausdruck bringende oder diese entwickelnde Empfehlung nur bezüglich bestimmter natürlicher Personen ausdrücklich statuiert werden. Die grundlegende wirtschaftliche Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, dessen Modalitäten die Existenz eines Girokontos zur Voraussetzung haben, besteht jedoch auch oder vielleicht sogar noch mehr bei juristischen Personen, die auch bei primär nicht-gewinnorientierter Ausrichtung als politische Parteien noch viel mehr auf die Teilnahme am Geschäftsverkehr angewiesen sind als natürliche Personen. Es kann wohl behauptet werden, daß der Geschäftsverkehr mittlerweile vom Bestehen von Girokonten bei natürlichen, aber vor allem bei juristischen Personen ausgeht.

Der bargeldlose Zahlungsverkehr mittels Überweisung, Scheckkarte und Kreditkarte (und mittlerweile online-banking) hat in der Rechtspraxis, von den Geschäften des täglichen Bedarfs vielleicht noch abgesehen, quantitativ die Zahlung durch Geldscheine und Münzen abgelöst. Diese bargeldlose Zahlungsweise setzt jedoch das Bestehen von Girokonten voraus, so daß sich der Ausschluß von einem Girokonto als fast so gewichtig darstellt, als würde man einer Person die Berechtigung absprechen, mit Geldscheinen oder Münzen zu zahlen. Deshalb ist davon auszugehen, daß die ZKA-Empfehlungen eine Geschäftspraxis und damit eine Verkehrssitte im Sinne von § 242 BGB voraussetzen, die im Interesse der Gesamtwirtschaft vom Recht der Eröffnung und Aufrechterhaltung von Girokonten ausgeht. Angesprochen wurde daher in der Empfehlung nur der Bereich, in dem sich dieses Recht eines Girokontos für jedermann nicht

[98] S. *Roth*, in: MüKo Rdnr. 360 zu § 242 BGB.

ohne weiteres versteht, nämlich bei natürlichen Personen mit geringem Einkommen (Sozialhilfeempfänger, Vorbestraften etc.), bei denen die Kontenführung für die Banken wenig profitabel ist und damit das vorausgesetzte Recht auf Eröffnung eines Girokontos bei wirtschaftlicher Kalkulation nicht ohne weiteres gewährleistet und aufgrund des sozialstaatlichen Vollstreckungsschutzes nach §§ 850 ff. ZPO sogar mit einem gewissen Kostenrisiko verbunden ist. Aufgrund der Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs ist auch daran zu denken, daß beim Girokonto ein Fall der Daseinsvorsorge gegeben ist, in dem die Rechtsprechung ebenfalls einen Kontrahierungszwang angenommen hat. Als allgemeiner Rechtssatz ist insoweit aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 und 28 GG) abgeleitet worden, daß ein Unternehmen, das lebenswichtige Güter öffentlich anbietet, einen Vertragsschluß nur aus sachlichen Gründen ablehnen kann, sofern für den Kunden keine zumutbare Möglichkeit besteht, seinen Bedarf anderweitig zu befriedigen.[99]

Eine Abschlußpflicht ist insoweit auch ohne spezielle gesetzliche Regelung im Hinblick auf Theater, Museen, städtische Badeanstalten und für Krankenhäuser hinsichtlich der allgemeinen Krankenhausleistungen[100] anerkannt. Dagegen scheidet eine derartige Kontrahierungsverpflichtung wegen zumutbarer Ausweichmöglichkeiten bei Lebensmittelhändlern aus.[101] Aus demselben Grunde ist allerdings auch ein Kontrahierungszwang im Falle von Kreditinstituten - Kündigung des Kontos der Scientology-Organisation durch die Postbank AG - verneint worden.[102] Dieser Präzedenzfall einer weltanschaulich motivierten Kündigung eines Kontos vor Verkündung des Mottos „Girokonto für jedermann“ durch die Verbände der kündigenden Banken, das zu einer Kontrahierungsverpflichtung aufgrund eines zwischenzeitlich entwickelten Geschäftsverkehrsstandards führen könnte, kann jedoch von den Banken angeführt werden, um angesichts der sozialpolitisch motivierten und daher als beschränkt zu verstehenden Wirkung ihrer Zusage, das Bestehen eines aus der grundlegenden Bedeutung des Girokontos folgenden Kontrahierungszwanges in Frage zu stellen. Da somit insoweit keine Kontrahierungsverpflichtung bestünde, gäbe es auch keine Beschränkung des gesetzlichen Kündigungsrechts, mit der Folge, daß die ausgesprochenen oder angekündigten Kündigungen rechtmäßig wären.

4. Kontrahierungsverpflichtung aufgrund wettbewerbswidrigen Verhaltens der Banken (§§ 826, 249 BGB)

Selbst wenn man die seit der Entscheidung des Landgerichts Stuttgart eingetretene Entwicklung, die zur Positivierung des Girovertrages und damit zusammenhängend zum Geschäftsstandard „Girokonto für jedermann“ geführt hat, ausblendet und diese Gerichtsentscheidung zugunsten der diskriminierungsbereiten Banken als Präzedenzfall anführt: Die Anwendbarkeit dieser Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der ideologisch motivierten Kündigung des Bankkontos der amtlich diskriminierten Scientology-Organisation durch das Landgericht Stuttgart setzt jedoch voraus, daß zugunsten der gekündigten Kunden zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen.

---

[99] S. Nachweise *bei Heinrichs / Palandt*, Rdnr. 10 der Einf. V § 145 BGB.
[100] S. BGH *NJW* 1990, S. 762; s. im übrigen Nachweise bei *Heinrichs / Palandt*, Rdnr. 10 der Einf. V § 145 BGB.
[101] OLG Celle, OLGZ 72, 281.
[102] LG Stuttgart *NJW* 1996, S. 3347; mit ähnlicher Erwägung ist die Kündigung des NPD-Kontos vom OLG Köln als zulässig erachtet worden, da es im Zeitalter des online-banking und angesichts des Umstandes, daß in Deutschland auch viele ausländische Banken Girokonten führen, keinesfalls mehr üblich sei, daß der jeweilige Kunde sein Girokonto bei einer ortsansässigen Bank oder Sparkasse führen müsse; s. *NJW* 2001, S. 452.

a) Kontrahierungszwang zugunsten der Verbraucher bei Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Die Kündigung eines Girokontos wäre in der Tat für (potentiell) betroffene Vereinigungen und Gesellschaften nicht so gravierend, wenn eine realistische Aussicht bestünde, daß sie jederzeit bei einer anderen Bank wieder ein Konto eröffnen könnten. Mit einer Neueröffnung des Kontos sind zwar Kosten verbunden, die insbesondere in der Unterrichtung von Mitgliedern und Kunden und in der Umschreibung der Geschäftsformulare bestehen. Der damit verbundene, bei Wirksamkeit der Kündigung nicht von den kündigenden Banken zu ersetzende Schaden der betroffenen Vereinigungen (Parteien und Verlagsgesellschaften) dürfte sich aber in Grenzen halten. Problematisch ist vielmehr, daß aus der berechtigten Sicht der betroffenen Vereinigungen die Gefahr besteht, daß andere Banken eine Konto(neu)eröffnung ablehnen.[103] Zu Recht hat insofern das OLG Hamburg[104] ausgeführt: „Das zu berücksichtigende Interesse der Antragstellerinnen (= Landesverbände Hamburg und Bremen der DVU, *Anm.*) würde weniger gewichtig sein, wenn sie ohne weiteres bei einer anderen überregional tätigen Bank Konten eröffnen könnten. Das ist aber wegen der auf dem Banken- und Sparkassensektor offenbar bundesweit gegen Geschäftsverbindungen mit rechtsextremen Parteien geführten Aktion jedenfalls zur Zeit kaum möglich, wie die vielfältigen frustran verlaufenen Versuche der Antragstellerinnen zeigen“. Diese Einschätzung des Hamburger Gerichts[105] spricht dafür, daß beim Kündigungsverhalten der Banken und der zu erwartenden Ablehnung der Eröffnung neuer Konten der Tatbestand eines grundsätzlich verbotenen Kartells (§ 1 GWB) und des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB) gegeben ist.

Allerdings wirken die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, wie insbesondere der auf eine Kontrahierungsverpflichtung hinauslaufende kartellrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz[106] von § 20 GWB nicht zugunsten der Verbraucher, d.h. im konkreten Fall zugunsten der Kunden von Kreditinstituten aus. Zu Gunsten der indirekt von kartellrechtswidrigem Verhalten der Unternehmen betroffenen Verbraucher ergibt sich aber ein Kontrahierungszwang im wesentlichen aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens nach § 826 BGB.[107] Diese Kontrahierungsverpflichtung wird von der Rechtsprechung[108] in einer etwas komplizierten dogmatischen Ableitung darauf zurückgeführt, daß der Schadensersatz, der als Folge eines derartigen Verhaltens geschuldet ist, gemäß § 249 Satz 2 BGB im Grundsatz durch Naturalrestitution geleistet werden muß, die im Falle der Verweigerung eines Vertragsschlusses eben durch diesen Abschluß zu erfolgen habe. Bei Vorliegen eines bestehenden Vertrages kann dies unter gleichen Umständen nur auf ein Kündigungsverbot hinauslaufen. Da allerdings

---

[103] Mit dieser Situation ist etwa die NPD konfrontiert, wie sich aus einem Bericht des *Hamburger Abendblattes* vom 5. 09. 2000, S. 4 über die Kündigung des neueröffneten Kontos bei der Raiffeisenbank im Schweizer Ort Widnau ergibt; nach Aussage der Bank sei die Eröffnung des Kontos ein „Unfall“ gewesen: „Jemand hat politisch nicht geschaltet, das sei traurig aber wahr“ - d.h. bei „richtiger politischer“ Schaltung (Gleichschaltung?) gibt es keine Konteneröffnung!

[104] Akz 1 W 74/00 - 303 O 292/00 vom 5.12.2000.

[105] Nach damaliger Aussage eines betroffenen Verlegers gegenüber dem Verfasser hatte es in den vorausgegangenen Jahren bei Neueröffnung eines Kontos etwa drei Wochen gedauert, bis „Antifa-Gruppen“ die neue Bank über den „rechtsextremen“ Verlag informiert hätten, worauf dann nach gewissen Drohungen dieser „Antifa-Gruppen“ das Konto nach einiger Zeit wieder gekündigt worden sei; dies hätte auf Dauer zumindest für kleine Verlage doch eine ruinöse Wirkung.

[106] Auf dessen grundlegende Bedeutung für das Verständnis der politischen Funktionsweise der Zivilrechtsordnung wird unter IV. 4. eingegangen.

[107] So etwa *Bydlinski*, in: *AcP* 180, S. 1 ff., 37 und 41.

[108] S. BGHZ 21, 1, 8; 36, 91, 100; 44, 279, 283.

dieser Weg umständlich und zudem ein vorsätzliches Verschulden der Unternehmen[109] voraussetzt, wird es von der Literatur - zu Recht[110] - für sachgerechter gehalten, auf einen deliktischen Unterlassungsanspruch abzustellen und den gebotenen Kontrahierungszwang den Verbotsnormen zu entnehmen.[111]

b) Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes

Voraussetzung für die entsprechende Kontrahierungsverpflichtung mit Kündigungsverbot für bestehende Verträge auch zugunsten der Kunden ist aufgrund der genannten Ansätze jedoch zumindest das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes der kündigenden Unternehmen.

aa) Verletzung des Kartellverbotes

Zu prüfen ist deshalb, ob der Tatbestand des § 1 GWB vorliegt, wonach Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten sind, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

Mangels Nachweisbarkeit einer förmlichen Vereinbarung und eines formalen Beschlusses wird man im vorliegenden Fall prozessual allenfalls von einem abgestimmten Verhalten ausgehen können. Der entsprechende Beweis wird in der Regel weitgehend nur durch Indizien zu führen sein.[112] Immerhin ist in den bekannt gewordenen Fällen nicht nur die Deutsche Postbank AG aktiv geworden, sondern ähnliche Maßnahmen sind auch von einzelnen Sparkassenfilialen und Filialen der Commerzbank und der Deutschen Bank berichtet worden. Deshalb spricht einiges für ein kollusives Zusammenspiel der Geschäftsbanken, was dazu führen würde, daß den von der einen Bank gekündigten und von der anmaßenden „Zivilgesellschaft“ zu diskriminierenden Vereinigungen von einer anderen Bank die Neueröffnung eines Kontos verweigert werden würde. Dieses gleichgerichtete Verhalten unterschiedlicher Banken im Hinblick auf die hier zu untersuchenden Kündigungen deutet auf ein Zusammenspiel der konkurrierenden Geldinstitute hin, womit der Verdacht eines abgestimmten Verhaltens der Unternehmen gegeben ist. Letztlich stellt dies jedoch eine Beweisfrage dar. Eine gesetzliche Vermutung, die von einem parallelen Verhalten einen Verdacht für das Vorliegen eines abgestimmten Verhaltens erlaubt, gibt es allerdings nicht.[113] Zumindest ist dieses parallele Verhalten Indiz eines abgestimmten Verhaltens[114] und kann nach den Regeln des Anscheinsbeweises im Zivilprozeß zu einer Beweislastumkehr zulasten der Kreditinstitute führen.

Bis jetzt würden die kündigenden Banken wohl darauf verweisen, daß Kündigungen noch nicht generell ausgesprochen worden sind und mit diesem Hinweis in Frage stellen, daß überhaupt ein abgestimmtes Verhalten als Mindestvoraussetzung für das Vorliegen eines Verstoßes nach § 1 GWB gegeben ist. In der Tat dürfte der Nachweis schwer zu führen sein, zumal vermutet werden kann, daß einzelne Kündigungen gewissermaßen als Pilotprojekte laufen, mit denen die Banken testen wollen, ob die angerufenen Gerichte die „zivilgesellschaftliche“ Kampfmethode „gegen rechts“, nämlich die Kündigungen, die entsprechende Vereinigungen mit ruinöser

[109] Das Vorliegen desselben im Sinne eines nach § 138 BGB als „sittenwidrig“ zu kennzeichnenden Verhaltens und einer entsprechenden Einstellung wird für die vorliegende Fallgestaltung unter IV. bejaht.
[110] Auf den angesichts der grundlegenden Bedeutung des Wettbewerbrechts maßgeblichen § 138 BGB wird unter IV. 4. c) eingegangen.
[111] S. *Paulus / Zenker*, a.a.O., S. 5 f.
[112] S. *v. Gamm*, Kartellrecht, Rdnr. 9 zu § 25 GWB a. F.
[113] S. dazu *F. Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Auflage, 1995, S. 256.
[114] *Rittner*, a.a.O., S. 200, m. w. N. zur Rechtsprechung des EuGH.

Wirkung vom bargeldlosen Zahlungsverkehr ausschließen sollen, billigen würden. Zwar würde der Nachweis einer derartigen Abrede bereits für das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens ausreichen, nur dürfte der Beweis zumindest in einer für das Wettbewerbsrecht relevanten Weise derzeit kaum zu führen sein. Problematisch ist auch, ob dieses Zusammenwirken konkurrierender Banken, für dessen Vorliegen zumindest Indizien bestehen, auf eine Wettbewerbsbeschränkung - dem Normzweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend - im Verhältnis der Banken untereinander abzielt. Der Kern einer dahingehenden stillschweigenden Abrede besteht sicherlich nicht darin, konkurrierende Banken in einer wettbewerbswidrigen Weise, etwa durch Behinderung im Geschäftsverkehr[115] zu schädigen. Allerdings kann das gegen die Kunden zielende diskriminierende Geschäftsgebaren nur umgesetzt werden, wenn das Verhalten der Banken dergestalt zu verstehen ist, daß es mit der Forderung, zumindest mit dem Verständnis im Bankenkreis verbunden ist, einen Vertragsschluß mit den aus politischen Gründen zu diskriminierenden Kunden deshalb abzulehnen, damit nicht eine der am abgestimmten Verhalten beteiligten überregionalen Banken einen Vorteil aus den Kündigungen durch andere Banken ziehen kann. Es soll danach als Mittel des legitimen Wettbewerbs nicht eine der Banken stillschweigend oder offen sagen können: „Kommen Sie doch zu uns: Unsere Bank diskriminiert keine Kunden wegen ihrer politischen oder weltanschaulichen Einstellung!“ Sollte dieses Verhalten und das diesem stillschweigend zugrundeliegende Einverständnis in diesem Sinne zu verstehen sein, könnte eine rechtliche relevante Verletzung des Kartellverbotes nach § 1 GWB nicht bestritten werden, wenngleich Hauptziel der Maßnahme in einem Bereich liegt, den das Kartellrecht als solches nicht regelt. Aber dieser - unter dem Gesichtspunkt von § 138 BGB relevante[116] - Hauptzweck kann ohne einen im Sinne des GWB relevanten Schritt effektiv kaum verwirklicht werden.

bb) Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Mit der dargestellten Beweisproblematik ist auch der Vorwurf der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB belastet. Die grundlegende Voraussetzung, nämlich das Vorliegen einer entsprechenden Stellung, muß im abgestimmten Verhalten der Banken gesehen werden, die aufgrund dieses Verhaltens zumindest in dem hier interessierenden Bereich eine Marktdominanz haben. Anerkanntermaßen kann eine Kartellabrede i. S. von § 1 GWB diese Marktdominanz begründen.

Für das Vorliegen einer derartigen Stellung spricht die Kartellwirkung des bundesdeutschen Verbandswesens. Bereits die Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses (ZKA) betreffend „Girokonto für jedermann“ machen deutlich, daß die bundesdeutsche Wirtschaft in zentralen Bereichen erheblich karteliiert ist, oder bei entsprechendem Willen der Akteure zumindest leicht karteliierbar ist. Nicht umsonst gibt es das Schlagwort der „Deutschland AG“, das insbesondere von der Dominanz der Banken[117] in der gesamten Privatwirtschaft herrührt. Dazu kommt, daß die Kreditwirtschaft vor der Neufassung des GWB durch Gesetz vom 26. August 1998 durch § 102 GWB a. F. von wesentlichen Bereichen des Wettbewerbsrechts, wie etwa dem Kartellverbot nach § 1 GWB a. F. freigestellt war. Wenngleich dieser Ausnahmebereich mit §§ 28 ff. GWB n. F. erheblich vermindert worden ist, so ist doch die Annahme berechtigt, daß die Karteliierbarkeit des Kreditwesens, welches sich unter der bis 1998 geltenden gesetzlichen Freistellung entwickeln konnte, sich zwischenzeitlich nicht wesentlich vermindert

[115] Eine Systematik der wettbewerbsbehindernden Strategien, s. bei *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 5. Auflage, 1996, S. 111 ff.

[116] S. dazu die Ausführungen unter IV. 3.

[117] S. dazu zuletzt die Studie von *E. K. / U. Scheuch*, Bürokraten in den Chefetagen. Deutsche Karrieren: Spitzenmanager und Politiker heute, 1995, welche die Parallelität der Politiker und Managerkarrieren und die Machtverflechtungen aufzeigt; in den S. 231 ff. finden sich dazu statistische Angaben.

hat. Strenggenommen stellt sich nämlich diese ZKA-Empfehlung dem Grunde nach als Wettbewerbsverstoß dar, der nur deshalb zulässig ist, weil diese Empfehlung zugunsten der Verbraucher wirkt und dementsprechend gemäß (dem zwischenzeitlich aufgehobenen) § 7 GWB a. F. hätte genehmigt werden können und somit nicht von einem *Mißbrauch* einer Machtstellung gesprochen werden kann, die auf ein Zusammenwirken konkurrierender Banken zurückgeht. Vielmehr kann diese Empfehlung als zulässige Begründung einer Verkehrssitte durch ein Konditionenkartell angesehen werden, das gemäß § 2 GWB vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt werden kann, wenn es sich dabei um Beschlüsse konkurrierender Unternehmen handelt, die eine einheitliche Anwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen zum Gegenstand haben. Entsprechendes gilt gemäß § 22 GWB a. F. auch im Hinblick auf das grundsätzliche Empfehlungsverbot, von dem eine Ausnahme gewährt werden kann, wenn es sich um Empfehlungen von Wirtschaftsverbänden handelt, die lediglich eine einheitliche Anwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zum Gegenstand haben. Es kann für die Zwecke dieser Untersuchung dabei dahingestellt werden, ob die Empfehlung „Girokonto für jedermann“ tatsächlich in AGBs formalisiert werden, da zumindest unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten eine Genehmigungsfähigkeit gegeben wäre, falls eine derartige Formalisierung stattfände.

Dieser gesetzliche Regelungsansatz steht mit dem EG-Kartellrecht, das zunehmend dasjenige der Mitgliedstaaten prägt, in Einklang, da nach Art. 81 Abs. 3 n. F. / 85 Abs. 3 a. F. des EG-Vertrages an sich verbotene Kartelle erlaubt werden können, wenn sie Rationalisierungseffekte zur Folge haben und gewährleistet ist, daß sich diese zugunsten der Verbraucher auswirken.[118] Ungeachtet einer gebotenen positiven Würdigung der Empfehlung „Girokonto für jedermann“, macht der Tatbestand dieser Empfehlung die Karteliierbarkeit der bundesdeutschen Kreditwirtschaft deutlich. Dies erlaubt die plausible Vermutung, daß auch andere und zwar mißbräuchliche Geschäftspraktiken bei Verstoß gegen § 1 GWB abgestimmt werden könnten. Mit dieser Abstimmung aller oder der überwiegenden Zahl der überregionalen Geschäftsbanken ist die marktbeherrschende Stellung in dem Bereich, der von der Abrede erfaßt ist, begründet. Indiz für ein abgestimmtes Verhalten der durch diese Abstimmung marktbeherrschend tätigen Unternehmen sind die gleichgerichteten, dem Jargon der sehr an die Öffentlichkeit tretenden Inlandsgeheimdienste nachgebildeten Kündigungsschreiben und zudem die entsprechenden öffentlichen Erklärungen für entsprechende Kündigungen.

Die Frage ist, ob dann auch die vermutliche Abrede, das privatrechtliche Gestaltungsrecht der Kündigung von Bankkonten als Maßnahme einer politisch motivierten Geschäftspolitik einzusetzen als Mißbrauch dieser Stellung i. S. von § 19 GWB n. F. zu kennzeichnen ist. Der vorliegende Sachverhalt ist aufgrund der politisch motivierten Zweckrichtung nur schwer einem der Beispiele des § 19 GWB zuzurechnen. Im Wettbewerbsrecht der EG stellt die Entscheidung *Hoffmann-LaRoche*[119] den grundlegenden Fall für die Beurteilung eines entsprechenden Sachverhaltes dar. In dieser Entscheidung hat der EuGH die Regelbeispiele des Art. 82 EG-Vertrages n. F. (Art. 86 EGV a.F.), der dem § 19 GWB grundsätzlich entspricht, für das Vorliegen von Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dahingehend zusammengefaßt, daß ein unternehmerisches Verhalten mißbräuchlich ist, wenn es geeignet ist, die Struktur des Marktes zu beeinflussen, in dem der Wettbewerb durch die Präsenz des oder der betreffenden Unternehmen(s) bereits geschwächt ist, und in dem durch Anwendung von Methoden, die von denen eines in normalem Wettbewerb befindlichen Konkurrenten abweichen, der Wettbewerb behindert oder eingeschränkt wird. Entscheidend ist, daß der Mißbrauchstatbestand normativ das Verständnis eines „normalen“ Geschäftsgebarens

[118] Zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrecht im Bereich der Luftfahrt, s. den Kommentarbeitrag des Verfassers, in: *Frohnmeyer / Mückenhausen*, EG-Verkehrsrecht, Kommentar, Beck-Verlag Nr. 54.
[119] Rs. 85/76, Slg. Rspr. 541.

voraussetzt.[120] Im hier interessierenden Sachverhalt wird man eine Kündigung von Bankkonten vertragstreuer Kunden bei wirtschaftlicher Betrachtung als unvernünftig zu kennzeichnen haben. Durch das (angekündigte) Kündigungsverhalten der Banken bringen sich diese selbst ohne geschäftlich motivierten Anlaß um Kunden. Die Gefahr, daß die Banken mit dieser sachfremden Kündigung ihre Kunden den Konkurrenzunternehmen zuführen, ist allerdings gebannt, wenn sich auch andere Kreditinstitute entsprechend der vermutlichen Empfehlung verhalten, ihrerseits entsprechende Konten zu kündigen oder den Abschluß von neuen Girokontenverträgen zu verweigern. Deshalb kann auch davon ausgegangen werden, daß bei funktionierendem Wettbewerb derartige wirtschaftlich unvernünftige Kündigungen nicht vorkommen dürften, womit zumindest *prima facie* ein Wettbewerbsverstoß belegt ist. Es ist auch kaum anzunehmen, daß bei einem funktionierenden Wettbewerb die Banken damit indirekt oder gar direkt Werbung für sich betreiben würden, indem sie allgemein ankündigen, mit bestimmten juristischen Personen keine Geschäftsverbindungen mehr pflegen zu wollen, etwa in dem Sinne: „Kommt zu uns, wir schmeißen andere Kunden raus!“ Eine Wettbewerbsbeschränkung ist zumindest in dem zu vermutenden Element der Abrede gegeben, das Kündigungsverhalten politisch besonders aktiver Banken nicht zum Anlaß einer Werbung um diesen Kundenkreis zu nehmen. Diese sich aufdrängenden Elemente ergeben eine hinreichende Indizienkette für ein Verhalten, das nur bei marktbeherrschender Stellung möglich ist. Diese sich aufgrund dieser Stellung zu erklärende Verhalten stellt sich aufgrund des zivilrechtlich gesehen[121] völlig sachfremden politischen Motivs als Mißbrauch i. S. von § 19 GWB dar.

Dieser Mißbrauch würde bei der Kündigung von Geschäftsbeziehungen gegenüber einer als „rechtsextrem“ eingestuften Bank - und nur in diesem Falle wäre das Wettbewerbsrecht seinem Normzweck entsprechend unmittelbar anwendbar - zu einer Verletzung der wettbewerbsrechtlich statuierten Gleichbehandlungsverpflichtung nach § 20 GWB führen, da in einer sachfremden, d.h. in einer sonstigem Geschäftsgebaren widersprechenden Weise lediglich Kündigungen gegenüber Organisationen ausgesprochen werden (sollen), die in rechtlich unverbindlichen[122] Geheimdienstmitteilungen, nicht jedoch gegenüber vergleichbaren anderen. Die Verpflichtung zur Beachtung des Verbotes der Nichtdiskriminierung bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung kann im Verhältnis der Unternehmen bis zum Kontrahierungszwang[123] gehen und zur Statuierung einer gesetzlichen Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages führen und beinhaltet damit erst recht die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines einmal geschlossenen Vertrages, falls ein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht anders abgewehrt werden kann.[124]

Die vorsätzliche Verletzung dieser kartellrechtlichen Vorschriften gegenüber konkurrierenden aber aufgrund der Marktstellung abhängigen Unternehmen führte als Reflex zu einem Kontrahierungszwang zugunsten der Kunden, die als solche, wie ausgeführt, durch die einschlägigen Vorschriften des Kartellrechts nicht unmittelbar geschützt werden. Da sich diese vermutliche Abrede, anders als die ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“, nicht zugunsten der betroffenen Kunden auswirkt, könnte sie als Empfehlung für Allgemeine Geschäftsbedingungen, etwa hinsichtlich der Anwendung des Begriffes der „Unzumutbarkeit“[125] als Voraussetzung einer Kündigung des Girokontos, kartellrechtlich nicht hingenommen werden. Dementsprechend würde die Genehmigungsfähigkeit einer

[120] Weitere Nachweise im Kommentarbeitrag des Verfassers, a.a. O., insbes. RdNr. 81.
[121] Zur Entpolitisierungsfunktion des Zivilrechts, s. unter IV. 5.
[122] S. dazu weiter unter III. 4. a) aa) und IV. 3. c).
[123] Nachweise bei *v. Gamm*, Kartellrecht Rdnr. 76 zu § 26 GWB a. F.
[124] S. *v. Gamm*, a.a.O., Rdnr. 77.
[125] Dazu nachfolgend unter III. 2.

entsprechenden Empfehlung auf der Grundlage von §§ 7, 22 GWB a. F. ausscheiden. Dies hat zur Folge, daß der in der Abrede der Banken bestehende Mißbrauch der durch die Abrede herbeigeführten marktbeherrschenden Stellung nur dadurch verhindert werden kann, indem betroffenen Kunden / Verbrauchern der dem Kartell angehörenden Banken ein Recht eingeräumt wird, einen Girokontenvertrag abschließen zu dürfen. Damit korrespondiert die Verpflichtung der Kreditinstitute, diesem Vertragsabschluß zustimmen und einen einmal geschlossenen Vertrag aufrechterhalten zu müssen.

5. Zusammenfassung: Berufung der Banken auf Vertragsfreiheit treuwidrig

Die Erkenntnisse dieses Teils der Untersuchung lassen sich dahingehend zusammenfassen, daß die Berufung der Banken auf die Vertragsfreiheit zumindest äußerst problematisch ist. Soweit Kündigungen gegenüber Kunden ausgesprochen werden bzw. schon ausgesprochen worden sind, die schon längere Zeit über ein Konto verfügt haben, ist davon auszugehen, daß das Kündigungsrecht verwirkt ist, da anzunehmen ist, daß die kündigende Bank in Kenntnis des nunmehrigen Kündigungsgrundes den Vertrag abgeschlossen oder zumindest für längere Zeit aufrechterhalten hatte.

Soweit dieser konkrete Verwirkungstatbestand nicht gegeben ist, erscheint das Verhalten der Banken in genereller Weise insofern widersprüchlich und somit treuwidrig i. S. von § 242 BGB als sie die Statuierung eines gesetzlichen Kontrahierungszwanges mit der Zusage abgewehrt haben, für ein „Girokonto für jedermann“ zu sorgen. Mit dieser Zusage ist eine Verkehrssitte begründet worden, die der Berufung auf die Vertragsfreiheit immanente Grenzen setzt. Dieser Standard setzt die Bedeutung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs als Instrument der Daseinsvorsorge voraus, da die zur Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr erforderliche Eröffnung eines Girokontos gerade auch den einkommensschwachen Personen ermöglicht werden soll, bei denen sich ein derartiges Konto für die Kreditinstitute als wenig profitabel darstellt. Demgegenüber stellt sich die Kündigung von Konten juristischer Personen aus weltanschaulich-ideologischen Gründen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als ziemlich unvernünftig dar, so daß der plausible Anschein mit Beweislastumkehr zu Lasten der kündigenden Banken dafür spricht, daß diese doch etwas eigenartige Geschäftspraxis nur aufgrund des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung möglich ist. Dabei wäre diese marktbeherrschende Stellung durch entsprechend abgestimmtes Verhalten der Banken i. S. eines nach § 1 GWB verbotenen Kartells herbeigeführt worden. Alle diese Gesichtspunkte sprechen für eine Beschränkung die Vertragsfreiheit der Kreditinstitute zugunsten der Verpflichtung, ein einmal begründetes Girokonto außer bei Vorliegen der anerkannten geschäftlichen Gründe entsprechend der ZKA-Erklärung aufrechtzuerhalten und ein Vertragsangebot auf Eröffnung eines entsprechenden Kontos annehmen zu müssen. Damit stellen sich die (angekündigten) Kündigungen der Girokonten aus Gründen, die nicht dem Katalog der ZKA-Empfehlung entsprechen, als rechtswidrig dar. Dies trifft dabei auch für die Bereiche und Kunden zu, die von der ZKA-Empfehlung nicht ausdrücklich erfaßt werden, weil diese Empfehlung nur im Kontext der wirtschaftlichen Bedeutung des Girokontos zu verstehen ist, mit der nach der gemäß § 242 BGB zu beachtenden Verkehrssitte eine entsprechende Rechtslage korrespondieren muß.

Zugegebener Maßen bleiben Zweifel an diesem Ergebnis, da bei formaler Betrachtungsweise behauptet werden kann, daß der Geschäftsstandard „Girokonto für jedermann“ lediglich für natürliche Personen begründet worden sei und deshalb nur eine beschränkte Auswirkung auf die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines Vertrages mit juristischen Personen haben könne. Die Frage des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bedarf hinsichtlich des

Vorliegens eines abgestimmten Verhaltens noch des Beweises und aus Rechtsgründen kann in Frage gestellt werden, ob dieses Verhalten, sollte dessen Vorliegen bewiesen werden können, im wesentlichen auf eine wettbewerbsrechtlich relevante Beeinträchtigung des Wettbewerbs abzielt. Sofern dieser Aspekt als Element einer übergeordneten „gesellschaftspolitischen Verantwortung“ eine Rolle in der unterstellten Abrede spielt, den mitwirkenden Banken keine Werbung zugunsten der gekündigten Kunden zu erlauben, ist die Bejahung eines zugunsten dieser Kunden wirkenden Kontrahierungszwanges der Banken fraglich, da die Rechtsprechung für die Annahme einer derartigen Verpflichtung gegenüber Kunden aufgrund von §§ 249 Satz. 2, 826 Abs. 2 BGB ein vorsätzliches Verschulden der Banken voraussetzt. Allerdings spricht der Anschein für das Vorliegen dieses eine Kontrahierungsverpflichtung begründenden Verschuldens. Das Ergebnis eines entsprechenden Prozesses hinge von der Einschätzung ab, ob der Anschein für ein schuldhaftes wettbewerbswidriges Verhalten so gewichtig ist, daß damit eine Beweislastumkehr zu Lasten der Banken einhergeht, d.h. wenn die kündigende Bank jeweils nachweisen müßte, daß ihr Kündigungsverhalten auf keine Abrede innerhalb der Kreditwirtschaft zurückgeht und auch nicht auf der Erwartung eines gleichgerichteten Verhaltens mit ihr konkurrierender Banken beruht, das den möglichen wirtschaftlichen Schaden aufgrund eines zumindest bei effektivem Wettbewerb an sich wirtschaftlich nachteiligen Verhaltens ausschließt oder vermindert.

Die Auflösung dieser mehr beweisrechtlichen Problematik kann jedoch dahin gestellt bleiben, falls sich noch anderweitige Schranken der Privatautonomie und damit des Kündigungsrechts ergeben, welche die abschließende Klärung der in diesem Teil der Untersuchung behandelten Fragen erübrigen.

III.
Verfassungsgesetzliche Schranken der Privatautonomie

Möglicherweise würden die Banken bei teilweiser Akzeptanz der vorliegenden Analyse einwenden, daß sie ihrer „sozialpolitischen Verantwortung“[126] entsprechend der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“ durchaus nachkommen wollen, doch würde es umgekehrt ihre „gesellschaftspolitische Verantwortung“ für die „Extremistenbekämpfung“ - zumindest im Falle von „rechts“[127] - erfordern, daß man sich insofern selbst durch wettbewerbsrechtlich bedenkliches Verhalten in Widerspruch zu dieser Empfehlung setzen müsse. Insofern würde die selbstauferlegte Beschränkung der Vertragsfreiheit - selbst wenn man durch die Selbstverpflichtung einen auch zugunsten von juristischen Personen wirkenden Geschäftsstandard entwickelt sehen wolle - nicht greifen. Dies hätte zur Folge, daß § 242 BGB, wo diese Problematik juristisch zu verorten ist, einer ideologisch-weltanschaulich motivierten Kündigung von Girokontenverträgen nicht entgegenstünde.

1. Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen Verbotsgesetz (§ 134 BGB)

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und die Annexgesetze (GWB, UWG, HGB, AktG etc.) sehen jedoch nicht nur Schranken der Privatautonomie vor, die aufgrund des Zweckes, die Vertragsfreiheit als System zu konstituieren, als systemimmanent bezeichnet werden können. Vielmehr ist die Vertragsfreiheit auch unter dem Vorbehalt der Beachtung der „öffentlichen Ordnung“, insbesondere des öffentlichen Rechts und dabei des Verfassungsrechts gestellt. Deshalb wird etwa die (schwebende) Unwirksamkeit von Verträgen angeordnet, die gegen ein gesetzliches oder behördliches Veräußerungsverbot verstoßen (§§ 135 f. BGB). *Sedes materiae* des hier zu beurteilenden Sachverhalts der Kündigung von Girokontenverträge aufgrund politisch-ideologischer Motivation stellt bei dieser Betrachtung § 134 BGB dar, wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, vorbehaltlich einer gesetzlich anders angeordneten Rechtsfolge, nichtig ist. Zu diesen Rechtsgeschäften, die wegen Verstoßes gegen ein derartiges Verbotsgesetz nichtig sein können, zählt auch das einseitige Gestaltungsrecht der Kündigung.

a) Grundrechte als privatrechtlich wirkende Verbotsgesetze

Als derartige Verbotsnorm drängt sich Artikel 3 Abs. 3 GG auf, der besagt, daß „Niemand ... wegen seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden“ darf. Gemäß Artikel 19 Abs. 3 GG gilt diese Bestimmung auch zugunsten sog. inländischer „juristischer Personen“, weshalb auch keine Vereinigung, wie eine politische Partei oder ein sog. Tendenzbetrieb,[128] wie er mit einer Verlagsgesellschaft gegeben ist, wegen religiöser oder politischer Einstellung diskriminiert werden darf. Kann diese zentrale Bestimmung von Artikel 3 Abs. 3 GG, die über Art. 19 Abs. 3 GG (Grundrechte gelten auch für juristische Personen) auch den von der Kontenkündigung betroffenen Parteien oder Verlagsunternehmen zugute kommt, als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB angesehen werden, könnte das Gutachten zumindest an dieser Stelle beendet werden: Aufgrund des angeführten Schreibens der

[126] Dieser Begriff ist gebraucht in: BT-Drs. 14/3611, S. 5 rechte Spalte unter IV. 1.
[127] Der Sprecher der Postbank hat sich nicht in der Lage gesehen, dem verkündeten Prinzip entsprechend, den in Verfassungsschutzberichten erwähnten Organisationen die Girokonten zu kündigen, auch auf die „linke“ Ex-SED, also PDS anzuwenden, obwohl diese ebenfalls noch in derartigen Berichten aufgeführt ist; s. das Interview in *Junge Freiheit* a.a.O.
[128] Dazu eingehender unter III. 3. c) und IV. 5. b) bb).

Deutschen Postbank AG und ihres internen Argumentationspapiers sind nämlich die gegen das absolute Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes gerichtete Intention der Kündigung offensichtlich.

Damit spitzt sich die Problematik auf die Frage zu: Ist Artikel 3 Abs. 3 GG, d.h. das absolute Diskriminierungsverbot wirklich als Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB anzusehen, mit der Folge, daß die Ausübung des rechtsgeschäftlichen Gestaltungsrechtes Kündigung angesichts der hier zu behandelnden weltanschaulich-politischer Motivation wegen Verletzung der absoluten Diskriminierungsverbote als nichtig angesehen werden muß. Als Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB kommt nach der Definition von „Gesetz" nach Art. 2 EGBGB „jede Rechtsnorm" in Betracht. Unbestreitbar ist, daß es sich bei der als „Grund*gesetz*" bezeichneten (gemäß Art. 146 GG: vorläufigen) Verfassung als „Gesetz" um eine Rechtsnorm handelt. Unbestritten ist auch, daß bestimmte Grundrechtsgewährleistungen eindeutig auf eine Beschränkung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte abzielen: Wenn Artikel 9 Abs. 3 Satz 2 GG Abreden für nichtig erklärt, die das Grundrecht einschränken oder zu behindern suchen, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen bilden zu dürfen, dann muß davon ausgegangen werden, daß hier ein Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB vorliegt. Wenn zudem „hierauf", d.h. auf Beschränkung des entsprechenden Grundrechtes „gerichtete Maßnahmen" als rechtswidrig bezeichnet werden, dann müssen damit Gestaltungsrechte i. S. des bürgerlichen Rechts, wie etwa eine Kündigung, beispielsweise wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft, erfaßt sein. Aus diesem Grunde hat das AG Ahrensburg[129] die Satzung einer Gewerkschaft als unwirksam angesehen, nach der Mitglieder im Falle des Austritts eine erhaltene Streikunterstützung zurückzahlen müssen. Es hat dementsprechend den auf diese Klausel gestützten Rückzahlungsanspruch der Gewerkschaft nach § 134 BGB als nichtig betrachtet. Das Verbotsgesetz wurde in dem genannten Art. 9 Abs. 3 GG, subsidiär in der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG gesehen, da nicht gänzlich geklärt ist, ob die sog. negative Koalitionsfreiheit (Recht, einer Vereinigung wie einer Gewerkschaft nicht - mehr - angehören zu müssen) der einen oder anderen Grundgesetzbestimmung[130] entnommen werden kann.

Entscheidend für den hier zu beurteilenden Sachverhalt ist die Anerkennung von durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechten als Verbotsgesetze i. S. von § 134 BGB. Der Charakter von - zumindest einigen - Grundrechten oder grundrechtsähnlichen Rechten als zivilrechtlich wirkende Verbotsnormen wird in einem anderen Zusammenhang, nämlich Art. 48 Abs. 2 GG bestätigt, der bestimmt, daß eine Kündigung oder Entlassung wegen der Übernahme oder Ausübung des Amtes eines Abgeordneten unzulässig ist. Von diesem Ausgangspunkt bereitet es keine Schwierigkeiten, in der Garantie der Unabhängigkeit des Abgeordneten nach Artikel 38 GG eine Verbotsnorm und damit insoweit das Grundgesetz als Verbotsgesetz gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 2 EGBGB im Hinblick auf Rechtsgeschäfte zu sehen, die diese Unabhängigkeit einschränken oder beschränken, wie etwa ein Vertragsstrafeversprechen eines Abgeordneten gegenüber seiner Partei im Falle eines Fraktionswechsels.[131]

Gerade die Struktur des absoluten Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 3 GG spricht für den Charakter einer zivilrechtlich wirkenden Verbotsnorm, da die Garantie der Gleichheit letztlich

---

[129] S. *NJW* 1996, S. 2516 f.

[130] In den Fällen, in denen die Rechtmäßigkeit sogenannter Zwangsverbände zu beurteilen war, hat das BVerfG den Art. 2 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab herangezogen (s. etwa IHK-Entscheidung, BVerfGE 38, 281, 297 ff.), mit der Folge, daß Art. 2 Abs. 1 GG zumindest insoweit notwendigerweise an der Drittwirkungsanordnung des Art. 9 Abs. 3 GG teilnimmt, soll diese Bestimmung nicht leer laufen.

[131] S. LG Braunschweig *DVBl.* 1970, 591.

auf ein Diskriminierungsverbot hinausläuft, bzw. nur als derartiges Verbot juristisch operabel ist. Dieses Verbot wäre im Unterschied zu anderen, unter gesetzlichen Eingriffs- oder Regelungsvorbehalt stehenden Grundrechten sogar unmittelbar (und damit ohne Vermittlung durch ein Spezialgesetz wie es seit August 2006 mit dem AGG diskriminierend vorliegt) vollziehbar. Deshalb hat das Bundesarbeitsgericht[132] das absolute Diskriminierungsverbot nach Artikel 3 Abs. 3 GG im Zusammenhang mit der Überprüfung arbeitsrechtlicher Maßnahmen als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB qualifiziert. Der Bundesgerichtshof hat sogar im allgemeinen (relativen) Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG als derartiges Verbotsgesetz gesehen und daraus eine Gleichbehandlungspflicht einer die Wasserversorgung durch einen Eigenbetrieb durchführenden Gemeinde abgeleitet.[133]

b) Verbotsnormcharakter von Meinungs- und Vereinigungsfreiheit

Gegen diese weitreichende Ableitung von Verbotsgesetzen i. S. von § 134 BGB aus Grundrechten könnte in dem hier interessierenden Bereich der Meinungsfreiheit die historische Auslegung sprechen: So enthält die mit Artikel 5 GG garantierte Meinungsfreiheit im Unterschied zur Vorgängerregelung des Artikels 118 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) keine ausdrückliche Drittwirkungsregelung. Art. 118 Abs. 1 Satz 2 WRV hatte nämlich bestimmt, daß an der Ausübung des Rechts der Meinungsfreiheit kein Arbeits- und Angestelltenverhältnis hindern darf. Darüber hinaus hat diese verfassungsrechtliche Bestimmung ein allgemeines Benachteiligungsverbot im Hinblick auf die Ausübung der Meinungsfreiheit statuiert („niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht"), so daß über das Arbeitsverhältnis hinausgehend privatrechtliche Gestaltungsakte wie etwa die Kündigung ausgeschlossen sind, sofern sie eine Reaktion auf die Ausübung der Meinungsfreiheit in Form der Kundgabe einer politischen oder weltanschaulichen Ansicht darstellen. In Ergebnis läuft aber auch die verfassungsrechtliche Garantie der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG auf ein Diskriminierungsverbot hinaus, wird doch nach überwiegender Auffassung die Grenze zwischen der Meinungsfreiheit und der diese rechtmäßig beschränkenden „allgemeinen Gesetze" in Anlehnung an die bereits zu Art. 118 WRV entwickelten Auffassung danach bestimmt, daß sich die beschränkenden Gesetze nicht gegen eine bestimmte Meinung, d.h. gegen deren gedanklichen Inhalt richten dürfe.[134] Dies spricht dafür, die Abgrenzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit von den dieses Recht rechtmäßig beschränkenden allgemeinen Gesetzen i. S. von Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 GG anhand der Diskriminierungsverbote von Art. 3 Abs. 3 GG vorzunehmen.[135] Verboten ist danach ein gesetzlicher Eingriff in die Meinungsfreiheit, der sich gegen eine bestimmte Meinung als solche richtet, womit dann auch gegen die absoluten Diskriminierungsverbote von Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen wird.

---

[132] S. dazu nachfolgend unter III. 2. c).

[133] Nachweis bei *Mayer-Maly*, MüKo Rdrn. 31 zu § 134; man muß allerdings beim Gleichbehandlungsgrundsatz nicht notwendigerweise auf Art. 3 GG zurückgreifen, s. dazu die Ausführungen unter IV. 4.; im übrigen ist die Problematik bei öffentlichen Betrieben ohnehin anders gelagert, s. dazu unter III. 4.

[134] Begründet von *Häntzschel*, in: *Anschütz / Thoma* (hrsg.) Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1930, S. 657, insbes. S. 659 f.: „Allgemeines Gesetze im Sinne des Art. 118 sind also Gesetze, die ohne Rücksicht auf die gerade herrschenden geistigen Strömungen, Anschauungen und Erkenntnisse das menschliche Leben in seiner Allgemeinheit regeln. Nicht allgemeine Gesetze, sondern Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit dagegen sind Rechtssätze, die eine an sich erlaubte Handlung allein wegen ihrer geistigen Zielrichtung und der dadurch hervorgerufenen schädlichen Wirkung verbieten oder beschränken" (unter Hinweis, daß sich dieser Auffassung das Reichsgericht angeschlossen habe).

[135] So letztlich die zu Art. 118 GG vertretene Rechtsauffassung; das BVerfG folgt dieser Auffassung grundsätzlich, jedoch modifiziert es diese bei Bedarf unter Berufung auf die Wertordnung mit manchmal schwer zu berechenbaren Folgen; dazu *Wendt*, Rdnr. 70 ff. zu Art. 5 in: *I. v. Münch*, GG-Kommentar.

Ist in der Garantie der Meinungsfreiheit ein Verbotsgesetz i. S. des § 134 BGB zu sehen - was man annehmen müßte, wenn man der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts folgt, daß die Garantie des Art. 5 GG insoweit den Inhalt des Art. 118 WRV haben soll[136] - dann sind damit im Grundsatz alle Rechtsgeschäfte nichtig, die auf eine Diskriminierung hinauslaufen, die auch dem Gesetzgeber beim Erlaß „allgemeiner Gesetze" i. S. von Art. 5 Abs. 2 GG verwehrt wäre. Da eine gesetzliche Regelung, wonach „rechtsextremistischen Organisationen", die lediglich von den Innenministern ohne Anerkennung eines rechtlichen Gehörs als solche eingestuft werden, ohne verboten worden zu sein, wegen ihrer Äußerungen, d.h. aus ideologischen Gründen die Konten gekündigt werden dürfen, nicht mit den Art. 5 Abs. 2 und 3 Abs. 3 GG vereinbar und damit verfassungswidrig und nichtig wäre, müßte danach gemäß § 134 BGB auch eine entsprechende privatrechtliche Kündigung - und zwar unabhängig, was das diskriminierende AGG dazu modifizierend regelt -, nichtig sein.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der sog. Blinkfüer-Entscheidung[137] ohne ausdrücklichen Rekurs auf Art. 118 WRV eine sog. Drittwirkung des Grundrechts[138] der Meinungsfreiheit insofern angenommen, als es einen auf politischen Motiven beruhenden Boykottaufruf eines Presseunternehmens, der - wie nunmehr die Praxis der Kontenkündigung - vornehmlich mit wirtschaftlichen Machtmitteln durchgesetzt werden soll, als gegen das Grundrecht der Pressefreiheit gerichtet eingestuft hat. Dies ist mit dem Hinweis begründet worden, daß ein derartiger, mit wirtschaftlichen Mitteln durchzuführender Boykott (Liefersperre) die Gleichheit der Chancen beim Prozeß der Meinungsbildung beeinträchtigen würde. Der Boykottaufruf selbst wurde dabei nicht als von der Garantie der Meinungsfreiheit erfaßt angesehen, da diese Garantie nur die reine Überzeugungswirkung der Meinung erfasse, nicht dagegen wirtschaftliche Zwangsmittel zur Durchsetzung dieser Meinung. Damit hat das BVerfG den Gleichheitsaspekt, der in der Garantie der Meinungsfreiheit zumindest demokratietheoretisch[139] enthalten ist, erkannt, was tragender Grund der Entscheidung darstellt, im Ergebnis auch eine Drittwirkungsfunktion dieses Grundrechtes abgeleitet.[140] Dies verleiht der verfassungsrechtlichen Garantie der Meinungsfreiheit den Charakter einer Verbotsnorm i. S. des § 134 BGB, mit der Folge, daß einer gegnerischen Meinung nur mit den Mitteln der Überzeugung, nicht jedoch mit wirtschaftlichen Druckmitteln entgegengetreten werden darf. Wirtschaftliche Druckmittel stellen sich dann im Falle rechtsgeschäftlicher Handlung als gemäß § 134 BGB verboten und damit nichtig dar.

Dieses Ergebnis hat notwendiger Weise auch Auswirkungen auf die Garantie der Vereinigungsfreiheit, da dieses Grundrecht historisch und rechtslogisch nichts anderes darstellt, als eine kollektive Form der Meinungsfreiheit. Bereits für die klassische Demokratie von Athen ist nachweisbar, daß zwar die (individuelle) Meinungsfreiheit als solche trotz entsprechender Begriffe wie *iselogia* oder *parreshia* nicht förmlich garantiert gewesen zu sein scheint, daß sie aber über die Garantie der von *Solon* als Recht begründeten Vereinigungsfreiheit als selbstverständlich vorausgesetzt worden ist.[141] In derselben juristischen Logik liegt umgekehrt

[136] Die insoweit zumindest nicht ausdrücklich in Art. 5 GG geregelte Drittwirkung hat das BAG, s. 1, 185, 193, aus den Artikeln 20 und 28 GG (Sozialstaatsprinzip) abgeleitet; s. auch BAG AP § 626 Nr. 57, 58.
[137] BVerfG *NJW* 1969, S. 1161 ff.
[138] Dazu nachfolgend unter III. 2.
[139] Dazu ist in der antiken Demokratie der Begriff „iselogia" geprägt worden, d.h. das Recht. „gleich" reden zu dürfen; dieses Recht wurde schon bei *Homer*, Ilias, 2. Gesang, Vers 202 ff. implizit mit „Vielherrschaft" (ein Vor-Begriff für „Demokratie") gleichgesetzt.
[140] Wenngleich das BVerfG selbst nicht der Drittwirkungslehre folgt, sondern über den Topos der „objektiven Wertordnung" ein ähnliches Ergebnis erzielt; dazu unter III. 2. und 3.
[141] S. dazu den Beschluß der Athenischen Volksversammlung aus dem Jahr 307 v. Chr., aufgrund eines *graphe paranomon* (Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes), ein Gesetz aufzuheben, das die Gründung von Akademien von der staatlichen Genehmigung abhängig gemacht hatte; Nachweise bei *W. S. Ferguson*, Hellenic Athens, S. 104 ff.; sowie *I. Stone*, The Trial of Socrates, Boston 1988, S. 245.

die Ableitung der in der US-Verfassung nicht ausdrücklich garantierten Vereinigungsfreiheit aus der Garantie der Meinungsfreiheit nach dem berühmten 1. Zusatzartikel zur US-Verfassung. Würde dementsprechend im Grundgesetz die spezielle Garantie der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG nicht bestehen, müßte die Garantie dieses Grundrechts logisch der Kombination der Artikel 5 und 19 Abs. 3 GG in Form einer Garantie einer kollektiv zum Ausdruck zu bringenden Meinungsfreiheit entnommen werden. Die spezielle Garantie des Art. 9 GG ergibt sich neben der Tatsache, daß Meinungsfreiheit ein Menschenrecht, Vereinigungsfreiheit ein Bürgerrecht (Deutschenrecht) darstellt, aus der etwas anders gelagerten Schrankenproblematik der Vereinigungsfreiheit gegenüber der bloßen Meinungsfreiheit.[142] Diese unterschiedliche Schrankenziehung rechtfertigt sich wiederum aufgrund der Erwägung, daß Vereinigungsfreiheit sich nicht in der bloßen kollektiven Bekundung der Meinungsfreiheit erschöpft, sondern in den Bereich der in Art. 21 Abs. 1 GG besonders hervorgehobenen „(politischen) Meinungsbildung des Volkes", insbesondere im Falle der besonderen Vereinigung „Partei" überleitet. Aus der bloßen Garantie der (kollektiven) Meinungsfreiheit ließe sich zum Beispiel auch kein Streikrecht nach Art. 9 Abs. 3 GG[143] ableiten, da insofern ausnahmsweise wirtschaftlicher Druck ausgeübt werden darf, welcher der Garantie der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG fremd ist.

Für die hier behandelte Problematik ergibt sich daher die Folgerung: Ist die verfassungsrechtliche Garantie der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG als Verbotsgesetz i. S. von § 134 BGB für weltanschaulich diskriminierende Rechtsgeschäfte zu verstehen, dann muß dies auch für die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG gelten, sofern nicht die besondere Schrankenziehung des Art. 9 Abs. 1 GG - und des Art. 21 GG im Falle einer politischen Partei - einem entsprechenden Analogieschluß entgegensteht. Der Verbotsnormcharakter der Vereinigungsfreiheit für privatrechtliche Rechtsgeschäfte wie Kündigungen würde sich dann nicht nur auf den ausdrücklich geregelten Fall der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG beziehen, sondern auch auf die in Absatz 1 dieser Bestimmung geregelten Grundform der Vereinigungsfreiheit. Insofern wäre die mit dem weltanschaulichen Charakter bestimmter Vereine begründete Kündigung des Girovertrages wegen Verstoßes gegen Art. 9 GG nach § 134 BGB als nichtig anzusehen. Bei der weltanschaulich motivierten Kündigung handelt es sich entsprechend der Blinkfüer-Entscheidung nicht um eine durch Art. 5 GG geschützte Meinungsäußerung der kündigenden Bank, sondern um die unzulässige Durchsetzung einer gegnerischen Meinung mit wirtschaftlichen Zwangsmitteln. Wirtschaftliche Zwangsmittel sind jedoch nur - ausnahmsweise - im Falle des Arbeitskampfes erlaubt. Wegen dieses Ausnahmecharakters müssen zudem die Ziele des Arbeitskampfes auf wirtschaftliche und soziale Anliegen, die zwischen den Tarifparteien vereinbart werden können, beschränkt bleiben, weshalb zu Recht angenommen wird, daß ein sog. politischer Streit nicht verfassungsmäßig[144] garantiert ist. Sind aber selbst in dem Bereich, in dem wirtschaftliche Zwangsmaßnahmen ausnahmsweise erlaubt sind, weltanschaulich-politisch Ziele rechtmäßig nicht durchzusetzen, kann dies erst recht nicht in Bereichen möglich sein, in denen Zwangsmaßnahmen von vornherein ausscheiden.

2. Unwirksamkeit der Kündigung mangels Unzumutbarkeit (§§ 242, 626 f. BGB)

Allerdings bestehen angesichts der einschneidenden Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB, die grundsätzlich aus der Geltung der Grundrechte als auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte einwirkende Verbotsnormen folgt, Bedenken gegen die Annahme, Grundrechte generell, d.h.

[142] Zum Verhältnis von Art. 9 zu Art. 5 GG s. etwa *Löwer*, Rdnr. 85 zu Art. 9 in: *I. v. Münch*, GG-Kommentar.
[143] Daß diese von Art. 9 Abs. 3 GG erfaßt sind, s. BVerfGE 84, 212, 285.
[144] S. Nachweise bei *Löwer*, a.a.O., Rdnr. 71, Stichwort „Arbeitskampf".

über die ausdrücklich normierten Bestimmungen der Art. 9 Abs. 3 und 48 GG hinausgehend als Verbotsnormen i. S. von § 134 BGB anzusehen. Dies führt zur generellen Problematik der Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis.

a) Das Problem der Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis

Im Grundsatz ist mittlerweile - d. h. nachdem darüber im juristischen Schrifttum eine heftige Auseinandersetzung stattgefunden hatte - insbesondere seit der sog. Handelsvertreter-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[145] geklärt,[146] daß die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte auch im Privatrechtsverhältnis gelten oder zumindest auf dieses einwirken. Im Bereich des internationalen Privatrechts hat der Gesetzgeber mit Art. 6 EGBGB n. F. diese Erkenntnis nachvollzogen, indem er die Anwendung einer ausländischen Rechtsnorm zurückgewiesen wissen will, wenn deren Anwendung mit den mit dem Grundgesetz gewährleisteten Grundrechten unvereinbar ist.

Nach den sowohl in der Rechtswissenschaft diskutierten als auch in der Rechtsprechung angewandten Ansätzen gelten die Grundrechte im Bereich privater Schuldrechtsverhältnisse entweder direkt oder indirekt im Wege der sog. unmittelbaren oder mittelbaren Drittwirkung,[147] oder wirken als objektive Wertordnung[148] auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse ein und setzen insoweit der Privatautonomie Grenzen. Zweifel an der Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr hatten sich deshalb ergeben, da die Grundrechte bei traditioneller Sichtweise[149] nur das Staat-Bürger-Verhältnis determinieren und somit nicht im Verhältnis Bürger-Bürger, das als Privatrechtsverhältnis definiert ist, gelten. Grundrechte haben danach keine „Drittwirkung („Dritter“ ist dabei ein anderer Bürger oder auch eine private juristische Person). Im Bürger-Bürger-Verhältnis gilt statt dessen die Privatautonomie, die erheblich mit Nichtigkeitsfolgen[150] behaftet wäre, wenn die Grundrechte (unmittelbare) Anwendung finden würden. Dieses traditionelle Verständnis des Grundrechtsschutzes stützt sich auf Artikel 1 Abs. 3 GG, wonach Adressat der Grundrechte die Staatsorgane - „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“ - darstellen und Grundrechte dementsprechend nur im Staat-Bürger-Verhältnis „als unmittelbar geltendes Recht“ anwendbar sind. Diese Auffassung ist zu Recht mit dem Argument abgestützt worden, daß die Schrankenbestimmungen der Grundrechte auf das Verhältnis Staat-Bürger ausgerichtet sind und deshalb der die Schrankenproblematik tragende Begriff des staatlichen „Eingriffs“ nicht mehr operabel wäre, wenn er anstelle des Subordinationsverhältnisses Staat-Bürger auf das Gleichordnungsverhältnis Bürger-Bürger angewandt würde.

Die Gegenposition dazu ist etwa von *Schwabe*[151] vertreten worden, der die sog. Drittwirkungsproblematik zum Scheinproblem erklärt, da auch das rechtlich relevante Handeln der Bürger auf der staatlichen Rechtsordnung beruhe und dementsprechend

[145] S. BVerfG *NJW* 1990, 1769 ff.
[146] S. dazu die Zusammenfassung bei *Säcker*, in MüKo, Rdnrn. 55 ff. der Einleitung vor § 1 BGB.
[147] De unterschiedlichen Auffassungen sind vertreten durch *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960; *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971 und *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, in: *AcP* 1984, 201 ff.
[148] So die Lösung des BVerfG, die insoweit durch die sog. Lüth-Entscheidung, BVerfGE 7, 198, 205 begründet worden ist.
[149] Diese Sichtweise ist etwa dargelegt in der Monographie von *H. H. Klein*, Grundrechte im demokratischen Staat. Kritische Anmerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart, 1974, speziell zur Drittwirkungsproblematik, S. 58 ff.
[150] Auf die Gefahr der Abschaffung der Privatautonomie durch ein unadäquates Grundrechtsverständnis wird unter IV. 1. a) eingegangen.
[151] Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971.

grundrechtswidriges Verhalten von Privaten, welches das positive Gesetz ermöglicht, dem Staat zuzurechnen sei. Außerdem müsse ein angerufener Richter dieses grundrechtswidrige Privatverhältnis sanktionieren, so daß sich eine formale Zurechnung auf den Staat mit Grundrechtsadressaten „Rechtsprechung“ (Art. 1 Abs. 3 GG) ergibt. Dem hat aus mehr traditioneller Sicht *Doehring* scharfsinnig entgegengehalten, daß zwar das Gericht die Grundrechte zu beachten habe, soweit sie gelten; sie würden aber nicht allein deshalb gelten, weil ein Gericht entscheide.[152]

Mittlerweile haben sich die Positionen zwar nicht im dogmatischen Ansatz, aber im Ergebnis angenähert.[153] Die dogmatische Abstützung dieser gemeinsamen Position der Rechtsliteratur kann dabei im Schutzcharakter der Grundrechte[154] gefunden werden. Dieser Aspekt ist vor allem mit Artikel 1 Abs. 1 Satz 2 GG zum Ausdruck gebracht, wonach nicht nur die (Be-) Achtung, sondern vor allem der Schutz der Menschenwürde Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist. Wenn man mit dem Schutz der Menschenwürde den essentiellen Kern sämtlicher Grundrechte[155] erfaßt sieht, der auch der Änderung durch den grundgesetzändernden Gesetzgeber entzogen ist (vgl. Art. 79 Abs. 3 GG), dann läßt sich hieraus der nach dieser Auffassung lange vernachläßigte Aspekt des aktiven Grundrechtsschutzes ableiten. Danach ist der Staat primär in Form des Gesetzgebers, sekundär in Form der Rechtsprechung verpflichtet, die privaten Rechtsgeschäfte daraufhin zu prüfen, ob etwa durch einen mißbräuchlichen Gebrauch zivilrechtlicher Gestaltungsrechte einschlägige Grundrechte verletzt sein könnten. Im Verletzungsfalle ergibt sich damit eine Verpflichtung zur Gesetzesänderung oder zur werteorientierten interpretatorischen Anpassung durch die Rechtsprechung.

Allerdings bedeutet diese sog. Drittwirkung der Grundrechte, also ihre unmittelbare Geltung im Bürger-Bürger-Verhältnis, oder deren mittelbare Geltung im sog. Privatrechtsverkehr als „objektive Werte(ordnung)“, danach jedoch nicht ohne weiteres, daß die Grundrechte den Charakter von Verbotsnormen i. S. von § 134 BGB mit Nichtigkeitsfolge haben müssen. Vielmehr geht die überwiegende Meinung dahin, daß der im Privatrechtsverkehr erforderlichen Abwägung der Rechte zweier oder mehrerer konfligierender Grundrechte und dem Interessenausgleich der am Konflikt beteiligten Grundrechtsträger eher entsprochen wird, wenn die Grundrechte über Generalklauseln wie Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder unbestimmte Rechtsbegriffe wie „unzumutbar“ in das Privatrechtsverhältnis[156] eingeführt werden. Die verfassungsrechtliche Abstützung dieses Ansatzes kann mit Artikel 2 Abs. 1 GG gefunden werden, wonach das zumindest im Verhältnis zu anderen Grundrechten subsidiär wirkende „Auffanggrundrecht“ der allgemeinen Handlungsfreiheit unter dem Vorbehalt der „Rechte anderer“ steht. Sofern man unter diesen „Rechten“ nicht nur die subjektiven Rechte (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) des vom Gesetzgeber geschaffenen positiven Gesetzesrechts sieht, sondern darunter auch die qua Verfassung (Grundgesetz) garantierten Grundrechte[157] versteht, ergibt sich hieraus die immanente gegenseitige Beschränkung der Grundrechte im Bürger- Bürger-Verhältnis. Mehr kann auch dem Art. 6 EGBGB nicht entnommen werden.

Die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis, deren rechtstheoretische Begründung - trotz Annäherung der gegensätzlichen Ansätze im Ergebnis - noch immer

---

[152] *K. Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage 1984, S. 209.
[153] So die zusammenfassende Aussage bei *Höfling*, a. a. O., S. 48 m. w. N.
[154] S. dazu zusammenfassend den Aufsatz von *G. Hermes*, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? Das BVerfG zu Schutzpflicht und unmittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit, in: *NJW* 1990, 1764.
[155] Dies ist insofern eine problematische Auffassung, da Art. 79 Abs. 3 GG die Änderung der Grundsätze der Art. 1 *und* 20 GG verbietet, nicht aber die Änderung derjenigen von Art. 1 *bis* 20 GG.
[156] So *Heinrichs* / *Palandt*, Rdnr. 4 zu § 134 und Rdrn. 7 zu § 242.
[157] Auch diese Auffassung der h. M. ist in mehrfacher Hinsicht problematisch, worauf jedoch hier nicht weiter eingegangen werden soll.

umstritten ist, würde dann nicht automatisch zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes im Sinne von § 134 BGB führen.

b) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe als Transformatoren des Grundrechtsschutzes auf privatrechtliche Vertragsverhältnisse

Dieser alternative Lösungsansatz steht nicht notwendigerweise im Widerspruch zu § 134 BGB, da die darin enthaltene Nichtigkeitsfolge unter dem Vorbehalt einer anderweitigen gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung steht. Gegenüber der grundsätzlichen Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB wird die vorrangige Anwendung anderer Vorschriften vor allem deshalb befürwortet, weil die Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe der Zivilrechtsordnung flexiblere Rechtsfolgen, wie Vertragsanpassungen aufgrund einer umfassenden Abwägung der involvierten Interessen und damit die Aufrechterhaltung der vertraglichen Beziehungen ermöglichen, womit wiederum der Vertragsfreiheit weitgehend noch entsprochen werden kann. In diesem Sinne ist etwa die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf zu verstehen, wenn es meint, daß die Garantie der Religionsfreiheit die Nichtigkeit der dadurch bedingten Kündigung eines Arbeitsvertrages nach § 134 BGB zur Folge haben „kann".[158] Damit ist zum einen die Garantie der Religionsfreiheit nach Art. 4 GG als mögliche Verbotsnorm im Sinne des bürgerlichen Rechts anerkannt, aber daraus nicht notwendiger Weise die Nichtigkeitsfolge einer arbeitsrechtlichen Kündigung abgeleitet, etwa wenn doch zu befürchten ist, daß sich die durch besondere Kleidung kundgemachte religiöse Zugehörigkeit wegen der Einstellung der Kunden negativ auf die Geschäfte des Arbeitgebers auswirkt. In diesem Falle käme als Alternative zur Nichtigkeit etwa eine nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gebotene und die Interessen sowohl des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers berücksichtigende kundenferne Verwendung des entsprechenden Arbeitnehmers und damit die stillschweigende Vertragsanpassung oder eine ermessensgemäße Beschränkung des nach § 315 BGB gewährleisteten (oder auch vertraglich ausbedungenen) Direktionsrechts des Arbeitgebers in Betracht.

Der Charakter des Girovertrages als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. von § 675 BGB mit Dienstvertragselementen führt gemäß § 671 Abs. 2 BGB zur Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung gemäß 627 Abs. 1 BGB, wobei die Kündigungsvoraussetzung für ein ebenfalls dem Dienstvertragsrecht zugerechnetes Arbeitsverhältnis nicht vorliegen müssen. Ein als Arbeitsvertrag qualifiziertes Dienstvertragsverhältnis kann gemäß § 626 BGB aus einem „wichtigen Grunde" gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dauerschuldverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Kann umgekehrt die Fortsetzung des Schuldverhältnisses zugemutet werden, ist die Kündigung mangels Vorliegens der Unzumutbarkeit als unwirksam anzusehen. Die Frage des Vorliegens der Unzumutbarkeit wäre dabei anhand verfassungsrechtlicher Wertungen, insbesondere der Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Grundrechte mit zu beantworten.

c) Die Rechtsprechung zum Arbeitsrecht als Maßstab des privatrechtlich wirkenden Grundrechtsschutzes

[158] S. *DB* 1985, S. 391; angedrohte Kündigung eines Mitarbeiters, der das Tragen roter Kleidung sowie der Mala der Bhagwan-Bewegung angekündigt hat.

Eigentlicher Anwendungfall des § 626 BGB (fristlose Kündigung aus wichtigem Grund) ist das Arbeitsvertragsverhältnis als Unterfall des Dienstvertrages nach §§ 611 ff. BGB. Hierbei ist anerkannt, daß eine politische Gesinnung gleich welcher Art, keinen „wichtigen Grund“ i. S. von § 626 BGB darstellen kann. Eine politische Betätigung etwa für eine politische Partei kann nur dann einen wichtigen Grund für eine Kündigung darstellen, wenn sie insbesondere durch politische Auseinandersetzung im Betrieb den Betriebsfrieden gefährdet.[159] Dies gilt zumindest im privat-wirtschaftlichen Bereich auch für Arbeitnehmer, die für Parteien oder Vereinigungen aktiv sind, die in den Veröffentlichungsblättern der Innenminister oder nach dem Bekunden des öffentlich in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdienstes als „extremistisch“ genannt werden. Selbst für den öffentlichen Dienst als einem Sonderrecht der öffentlichen Hand wird sich aufgrund der Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes im Vogt-Fall[160] über die Anwendung des sog. „Radikalenerlasses“ eine Änderung der bundesdeutschen Diskriminierungspraxis abzeichnen müssen, will die Bundesrepublik Deutschland den Vorwurf der Menschenrechtswidrigkeit ihrer politischen Ordnung vermeiden. Zumindest für das eigentliche Privatrechtsverhältnis stellt sich die Frage des sog. ideologischen „Extremismus“ als irrelevant dar. Nach den im Arbeitsrecht entwickelten Gesichtspunkten folgt, daß eine Kündigung wegen außerbetrieblicher parteipolitischer oder ähnlicher Aktivitäten grundsätzlich unzulässig ist.[161]

Allerdings ist die arbeitsrechtliche Irrelevanz außerbetrieblicher politischer Aktivitäten aber immer noch nicht voll anerkannt. Vielmehr stellt das BAG, nachdem es in den 50er Jahren vor dem förmlichen KPD-Verbot erwogen hatte,[162] ob die bloße Mitgliedschaft in dieser Partei ein Kündigungsgrund sein könne, nunmehr darauf ab, ob das Arbeitsverhältnis durch die politische Betätigung des Arbeitnehmers konkret beeinträchtigt ist, sei es im Bereich der betrieblichen Verbundenheit der Mitarbeiter (Betriebsfrieden), im personalen Vertrauensbereich der Vertragsparteien und im Unternehmensbereich (Betriebsgefährdung). Nur jenseits dieser Tatbestände soll dann das Grundrecht der freien Meinungsäußerung auch für den Arbeitnehmer gelten. „Folgt man dieser Auffassung, so muß eine konkrete Berührung des Arbeitsverhältnisses auch nachgewiesen werden, um bei einer politischen Betätigung eine verhaltensbedingte Kündigung als sozial gerechtfertigt ansehen zu können.“[163] Im übrigen überrascht, daß die teilweise insbesondere bei der politischen Meinungsäußerung innerhalb eines Betriebes - vertretbarer Weise - noch restriktivere Rechtsprechung, die von Autoren abgelehnt worden ist, als es darum ging, der Kündigung von DKP-Mitgliedern entgegenzutreten, „bei rechtsextremistischen Aktivitäten die Argumentationsfiguren des BAG vorbehaltlos herangezogen werden, die im Zusammenhang mit linksorientierter Meinungsäußerung im Betrieb verteufelt wurden.“[164]

Bei Zugrundelegen dieser arbeitsrechtlichen Wertung würde sich allenfalls in einem extremen Ausnahmefall eine rechtlich relevante Unzumutbarkeit für die entsprechende Bank ergeben, mag für die Geheimdienstüberwachung nach bundesdeutscher Rechtslage (deren Verfassungsmäßigkeit hier dahingestellt bleiben soll) die entsprechende politische Einstellung eines kontenführenden Vereins ausreichen. Eine derartige Unzumutbarkeit könnte man wohl dann annehmen, wenn sich ein entsprechender Verein spezifisch gegen die kontenführende

[159] BAG AP Nr. 58.
[160] S. *NJW* 1996, 375 ff.
[161] So *Schwendter*, MüKo Rdnr. 333 zu § 622 Anh. mit weiteren Nachweisen.
[162] BAG AP KSchG § 13 Nr. 4.
[163] S. *Schwendter*, MüKo, a.a.O.
[164] S. d*ers*. Rdnr. 139 zu § 626; dies zeigt, daß die „Wertordnung“ nur zu einer Umpolung des Feindbildes, aber keineswegs zur Erhöhung der Toleranz führt.

Bank[165] wendet, was aber in den hier zu behandelnden Fällen keine Rolle gespielt hat, so daß die Kontenführung durch die entsprechende Bank sich als zumutbar darstellt.

d) Die gebotene Übertragung der arbeitsrechtlichen Wertung auf das Girokontenverhältnis

Dieser Schlußfolgerung kann berechtigter Weise im generellen Ansatz entgegengehalten werden, daß das Girokontenverhältnis i. S. von § 676f BGB a. F. zwar einen dienstvertraglichen Aspekt enthält, dieser Vertragsaspekt aber von einer rechtlichen Natur sei, der in Übereinstimmung mit § 671 BGB zur Anwendung des § 627 Abs. 2 BGB (fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung) führt, der die außerordentliche Kündigung auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 626 BGB ermöglicht und die Kündigung bei Vorliegen eines entsprechende Grundes gemäß § 671 Abs. 2 BGB lediglich zur Unzeit ausschließt. Selbst eine zur Unzeit ausgesprochene Kündigung führt dann nicht zu ihrer Unwirksamkeit, sondern lediglich zu einem Schadensersatzanspruch wegen dieses unangemessenen zeitlichen Aspekts. Da in den bekannten Fällen keine außerordentliche Kündigung ausgesprochen, sondern eine gewöhnliche Kündigung vorgenommen worden ist, deren vertragsmäßige Fristen vermutlich eingehalten worden sind, wäre demnach die Kündigung nicht nur wirksam, sondern es würde auch ein (beschränkter) Schadensersatzanspruch ausscheiden.

Allerdings hat die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die Zivilrechtsordnung in mehreren grundlegenden Fällen nach der Rechtsprechung zu einer Modifizierung der gesetzlichen Wertung des historischen BGB-Gesetzgebers geführt. Zu nennen ist dabei vor allem die Rechtsprechung zu den Schmerzensgeldansprüchen wegen Verletzung des aus den Artikeln 1 und 2 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Gemäß § 253 BGB ist ein Schadensersatzanspruch in Geld wegen eines sog. immateriellen Schadens (etwa: Schmerzensgeld) ausgeschlossen, sofern nicht das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt hat. Da der mittlerweile aufgehobene § 847 BGB bei deliktischer Handlung nach §§ 823 ff. BGB jedoch einen immateriellen Schadensersatzanspruch lediglich im Falle der Verletzung der Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit, nicht jedoch für die Ehre oder das Persönlichkeitsrecht vorgesehen hatte, wäre damit an sich in Übereinstimmung mit dem ausdrücklich erklärten Willen des historischen Gesetzgebers ein Schadensersatzanspruch wegen Ehrverletzung (Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) ausgeschlossen gewesen. Trotzdem hat das Bundesverfassungsgericht der verfassungsrechtlichen Bewertung entnommen, daß letztlich *contra legem* ein derartiger Ersatzanspruch für entsprechende immaterielle Schäden bestehen „muß“:[166] „Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsrechtlichen Rechtsordnung immanent sind, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze ... nicht zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens ... ans Licht zu bringen“.[167] Bei einer verfassungsrechtlichen Bewertung, die dem Recht der Meinungsfreiheit und dem damit verbundenen Recht der

[165] Das AG Essen hat es für zulässig erachtet, die Kündigung eines Girokontos einer politischen Partei darauf zu stützen, daß die Parteistatuten mit der politischen Grundhaltung der Bank unvereinbar seien, s. *NJW- RR* 1994, S. 1330.

[166] Diese Schlußfolgerung ist eigentlich selbst dann abzulehnen, wenn man die Anwendbarkeit des Grundrechtsschutzes billigt; denn es stellt ein den involvierten Grundrechten angemessenes gesetzliches Konzept dar, insoweit nur den strafrechtlichen Schutz (§§ 185 ff. StGB) vorzusehen und die Verwandlung des Ehrenschutzes - oder gar des Menschenwürdeschutzes - in klingende Münze („Schmerzensgeld“) abzulehnen; s. dazu auch unter IV. 6. c) und d).

[167] S. BVerfGE 34, 269.

Vereinigungsfreiheit eine überragende Bedeutung[168] beimißt, muß aufgrund der Methodik der Rechtsprechung zum immateriellen Schadensersatzanspruch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschlossen werden, daß in der Frage der Kontenkündigung aus weltanschaulich-politischen Gründen entgegen § 671 BGB nicht die Wertung des § 627 BGB, sondern die des § 626 BGB zur Anwendung kommt.

Anders als beim verfassungsrechtlich begründeten Ausschluß von § 253 BGB in der Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht muß dies im vorliegenden Falle der Kontenkündigung nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung *contra legem* führen, da anerkanntermaßen die Abdingbarkeit von § 627 BGB gerade wegen der fortbestehenden Geltung von § 626 BGB bejaht werden muß.[169] Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann dann angenommen werden, daß die Parteien eines Girovertrages nicht gegen die Ausstrahlungswirkung des Verfassungsrechts, insbesondere der Grundrechte, auf die Zivilrechtsordnung verstoßen wollten, weshalb sie nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) stillschweigend die Regelung des § 627 BGB durch § 626 BGB ersetzt haben. Dies ist zumindest insoweit anzunehmen, als nur durch diese Modifikation ein Verstoß gegen die Ausstrahlungswirkung des Verfassungsrechts, insbesondere der einschlägigen Grundrechte verhindert werden kann. Dies bedeutet, daß die Kündigung eines Girokontenvertrages nur dann möglich ist, wenn die in § 626 BGB genannte Unzumutbarkeit gegeben ist. Umgekehrt scheidet eine Kündigung eines Girokontos aus, wenn Umstände vorliegen, die vergleichbar auch einer arbeitsrechtlichen ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung entgegenstehen würden. Diese Überlegung könnte mit dem mehr zivilrechtlichen Gesichtspunkt untermauert werden, daß beim Bankvertrag zwar eine Vertrauensstellung i. S. von § 627 BGB vorliegt, soweit es um die Bank selbst geht, so daß eine Kündigung durch den Bankkunden jederzeit bei Einhaltung einer angemessenen Frist möglich sein muß. Dagegen liegt beim Bankkunden keine derartige Vertrauensposition vor, so daß sich insoweit der Ausschluß von § 627 BGB und dessen Ersetzung durch § 626 BGB begründen läßt. Letzteres zeigt, daß die verfassungsrechtlich gebotene Modifikation die Abwägung des Zivilrechtsgesetzgebers nicht ignoriert, sondern sie weitgehend nachvollzieht und sie nur soweit es verfassungsrechtlich zwingend geboten ist, modifiziert. Mangels Vorliegens dieser Unzumutbarkeit ist dementsprechend die aus ideologischen Gründen ausgesprochene Kündigung des Girokontos unwirksam.

Als Alternative zur Annahme der Unwirksamkeit der Kündigung, die sich in der Rechtsfolge nicht von der Nichtigkeitsanordnung nach § 134 BGB unterscheidet, käme etwa nach den Grundsätzen von § 242 BGB die schwebenden Unwirksamkeit in Betracht, die zur Wirksamkeit erstarken würde, wenn die gekündigte Vereinigung nicht nachweisen kann, daß ihr Eröffnung und Führung eines Kontos bei einer anderen Bank unmöglich und unzumutbar ist. Die Entscheidung des OLG Brandenburg,[170] wonach die an sich als zulässig gehaltene - politisch motivierte - Kündigung des NPD-Kontos gemäß § 242 BGB unwirksam werden könnte, wenn die gekündigte Partei nachweist, daß die Nachfrage bei einer repräsentativen Zahl von Kreditinstituten zu dem Ergebnis führt, daß eine Kontoneueröffnung scheitert, liegt auf der Linie dieser alternativen Lösung (denkbar wäre noch eine Beweislastregelung, wonach nicht die Partei die Unmöglichkeit einer alternativen Konteneröffnung, sondern die Bank die Möglichkeit einer derartigen Kontenneueröffnung darzulegen hätte).

---

[168] Im für die Garantie der Meinungsfreiheit grundlegenden Lüth-Urteil hat das BVerfG zu Recht davon gesprochen, daß die Meinungsfreiheit „in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“ und für die demokratische Staatsordnung „schlechthin konstituierend“ sei (BVerfG 7, 198 ff., 208).
[169] S. *Putzo* / *Palandt*, Rdnr. 1 c zu § 627 BGB.
[170] S. *NJW* 2001, S. 450 ff.

3. Abwägung aufgrund der Rechtsprechung zur Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis

Tragender Gesichtspunkt der verfassungsrechtlich gebotenen Substitution von § 627 BGB durch § 626 BGB im Falle politisch motivierter Kündigung von Bankkonten ist die Erwägung, daß im Falle der Führung eines Girokontos zumindest kein von § 627 BGB vorausgesetztes personales Vertrauensverhältnis zu erkennen ist, das die abweichende politische Auffassung von Kreditinstitut und Bankkunden rechtlich bedeutsam machen würde.

a) Das Girokontenverhältnis als „unpersönliches" Rechtsverhältnis

Weder im Verhältnis zwischen Bank und Konteninhaber noch in einem dem Betriebsfrieden gleichzusetzenden Verhältnis der Bankkunden zueinander - sofern man überhaupt von einer „Gemeinschaft der Bankkunden" sprechen kann, die der „Betriebsgemeinschaft" vergleichbar ist - kann von einer Störung des Geschäftsverkehrs durch das gleichzeitige Führen von Konten gegnerischer Organisationen ausgegangen werden. Es ist so gut wie ausgeschlossen, daß andere Kunden ihrerseits Konten kündigen oder von der Eröffnung eines Kontos bei einer bestimmten Bank Abstand nehmen, nur weil bei dieser Bank neben unzähligen anderen Konten auch das einer in der „öffentlichen Meinung" ideologisch bekämpften Partei oder Vereinigung geführt wird.

Da in den Rechtfertigungspapieren der Postbank AG „rechtsextremistische Organisationen" trotz ihres legalen Verhaltens herabsetzend mit „kriminellen Vereinigungen" gleichgestellt werden, ist noch darauf hinzuweisen, daß das Girokontenverhältnis so „unpersönlich" ist, daß sogar an der Aufrechterhaltung von Konten strafrechtlich verurteilter Personen[171] kein anderer Kunde Anstoß nehmen würde. So scheint es auch noch nicht vorgekommen zu sein, daß eine Bank allein wegen der strafrechtlichen Verurteilung einem Mörder (§ 211 StGB) das Girokonto gekündigt hätte. Diese Folgerung kann man durchaus der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann" entnehmen, in der lediglich kriminelle Aktivitäten, welche die Bank als Komplizen und das Bankkonto als Basis dieser Aktivitäten erscheinen lassen, oder welche sich gegen das Kreditinstitut selbst richten, ausdrücklich als „unzumutbar" im Hinblick auf die Eröffnung oder Fortführung einer Kontenverbindung angesehen werden.[172] Dementsprechend ergibt sich eine rechtlich anerkennenswerte Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen etwa, wenn Vermögensdelikte der sog. organisierten Kriminalität, wie „Geldwäsche" vorliegen, weil dann in der Tat der Verdacht entstehen könnte, daß sich die entsprechende Bank bei Aufrechterhalten der Geschäftsbeziehungen zum Komplizen der organisierten Kriminalität macht. Im Falle politischer Parteien sollte die Befürchtung der „Geldwäsche" oder vergleichbarer Delikte aufgrund des Transparenzgebotes nach Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG[173] von vornherein ausscheiden, so daß sich insoweit ebenfalls keine Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Girokontenverhältnisses ergibt.

Bei Personen, die in sonstiger, d.h. in einer gegenüber der kontenführenden Bank neutraler Weise, strafrechtlich in Erscheinung getreten sind, gebietet gerade der wohl auch mit dem Slogan „Girokonto für jedermann" propagierte sozialpolitische Resozialisierungsgedanke, daß strafrechtlich in Erscheinung getretene Personen ein Konto weiterführen können, das ihnen die

[171] So ist bis jetzt kein Konto von Unterstützerorganisationen strafrechtlich verurteilter Linksextremisten gekündigt worden; s. *Junge Freiheit* Nr. 8/01, S. 4.
[172] Angeführt unter II. 3.
[173] Zur Bedeutung desselben auch für die hier diskutierte Problemstellung, s. unter IV. 5. bb).

Wiedereingliederung in den Berufs- und Einkommensprozeß ermöglicht. Was aber sogar vorbestraften Mördern zugebilligt werden muß, gilt erst recht für Personen, die lediglich Delikte begangen haben, welche in der Bundesrepublik Deutschland als „Propagandadelikte“ zusammengefaßt werden. Erst recht gilt diese Schlußfolgerung zugunsten von Personen, die strafrechtlich überhaupt nicht in Erscheinung getreten sind, sondern lediglich Ideen vertreten, die einer gewissen, die Stimmung schürenden Presse nicht gefallen.

b) Grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit und damit verbundener Rechte

Es ist unverkennbar, daß insbesondere bei der letztgenannten Fallkonstellation die Meinungsfreiheit bedroht ist. Ist es daher zulässig und verfassungsrechtlich im Interesse von Meinungs- und Vereinigungsfreiheit sogar geboten, die Wertungen des Arbeitsrechts weitgehend auf das Girokontenverhältnis zu übertragen, wird man mangels Unzumutbarkeit der Kontenführung eines diskriminierten Vereins die Unwirksamkeit der politisch-weltanschaulich motivierten Kündigung des Kontos annehmen müssen. Bei Zugrundelegen der durch die Rechtserkenntnis des BVerfG geprägten Rechtslage kann jedoch die Frage der Themenstellung der hier vorzunehmenden Untersuchung nur dahingehend beantwortet werden, daß die weltanschaulich-politisch motivierte Kündigung von Bankkonten nicht nur rechtswidrig, sondern - im Sinne eines gesteigerten Vorwurfs - auch verfassungswidrig ist. Dem hohen Rechtsgut der Meinungsfreiheit, „gewissermaßen der Grundlage der Freiheit überhaupt“[174] mit seiner Ausstrahlungswirkung zugunsten von Vereinigungen, deren Aktivität sich als durch Art. 19 Abs. 3 GG geschützte kollektive Verwirklichungsform der Meinungsfreiheit darstellt, stehen - wie dargestellt - keine oder zumindest keine nennenswerten Interessen der kündigenden Banken gegenüber.

Zu dieser Meinungsfreiheit zählt zwar auch die sogenannte negative Meinungsfreiheit,[175] d.h. das Recht, entweder keine Meinung zu äußern und vor allem nicht mit der Meinung anderer identifiziert zu werden. Allerdings wird das relativ anonym ablaufende Girokontengeschäft bei verständiger Würdigung der Situation niemanden auf die Idee bringen, daß sich eine Bank durch Eröffnen und Führen eines Kontos mit den Ideen ihrer Kunden identifiziert. Deshalb besteht kein legitimes, durch das Recht der negativen Meinungs- und Vereinigungsfreiheit geschütztes Interesse, durch Kündigung des Kontos dem Eindruck entgegenzutreten, daß eine derartige, von der Bank nicht beabsichtigte Identifizierung durch Dritte vorliegt.

c) „Privilegierung“ der Tendenzbetriebe und der politischen Parteien

Das Arbeitsrecht, schon immer anerkannte „Einbruchstelle“ des Verfassungsrechts auf das Zivilrecht, gibt im Bereich des Betriebsverfassungsrechts auch Hinweise auf weitere relevante Abwägungsgesichtspunkte. Gemäß § 118 des Betriebsverfassungsgesetzes gelten bestimmte mitbestimmungsrechtliche Vorschriften dieses Gesetzes nicht für Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar oder überwiegend in folgenden Bereichen tätig sind:

1. politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder
2. Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes Anwendung findet, und
3. Religionsgemeinschaften mit ihren karitativen und erzieherischen Einrichtungen

[174] So das BVerfG in der angeführten Lüth-Entscheidung.
[175] Dazu BVerfGE 65, 1 ff.

Die wesentliche Begründung für diese Freistellung der sog. Tendenzbetriebe von einzelnen Vorschriften des Mitbestimmungsrechts ist die Erwägung, daß nur durch diese Ausnahmeregelung einschlägigen Grundrechten Rechnung getragen werden kann. So sollte etwa das Grundrecht der Meinungsfreiheit und Vereinigungsfreiheit durch die gesetzliche Mitbestimmungsregelung nicht beeinträchtigt werden.[176] Diese „Privilegierung" der sog. Tendenzbetriebe gegenüber den nur kommerziell ausgerichteten Privatunternehmen, bestätigt die verfassungsrechtlich gebotene Wertung, die zur Ersetzung von § 627 BGB durch § 626 BGB führt, soweit es um den Bereich der weltanschaulich-politisch motivierten Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte geht.

Sind aufgrund dieser Wertung die als Tendenzbetriebe gemäß § 118 BetriebsVerfG zu bezeichnenden Verlagsgesellschaften gegenüber den Geschäftsbanken aus verfassungsrechtlichen Gründen schon „privilegiert" zu behandeln, so trifft dies erst recht auf politische Parteien zu, denen Art. 21 GG gegenüber gewöhnlichen Tendenzbetrieben (Vereinigungen nach Art. 9 GG) einen besonderen Status verleiht, der als „Parteienprivileg" bezeichnet worden ist. Politischen Parteien steht aber nicht nur das Recht der kollektiven Wahrnehmung der Meinungsfreiheit zur Seite, sondern das darüber hinausgehende, dem Demokratieprinzip zuzuordnende Recht, an der „Meinungsbildung des Volks" (vgl. Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG) mitwirken zu dürfen. Zu diesem Zwecke benötigen sie Girokonten, um nicht Gefahr zu laufen, daß Spendengelder mit dem Vermerk „Konto geschlossen" zurückgewiesen werden. „Außerdem ist die auf §§ 8 f. Parteiengesetz gestützte staatliche Grundfinanzierung der Parteien ohne eine Kontoverbindung schwer zu realisieren. Schließlich setzt die Rechenschaftspflicht der Parteien über ihr Vermögen gemäß §§ 23 ff. ParteiG voraus, daß diese zu einer kaufmännischen Buchführung mit ordnungsgemäß geführten Bankkonten in der Lage sind".[177] Eine politisch motivierte Kündigung von Bankkonten, der kein nachvollziehbares Interesse der Banken zur Seite steht, ist gegen das mit Artikel 21 GG verbundene FDGO-Prinzip der freien Bildung politischer Opposition gerichtet und daher im extremen Maße verfassungsfeindlich.

d) Gewährleistung des „herrschaftsfreien Dialogs"

Der einzige Grund zur Kündigung von Bankkonten, der angesichts des Fehlens einer ökonomisch nachvollziehbaren Motivation verbleibt, ist darin zu sehen, daß die die Bank vertretenen Personen die politischen Ideen der Bankkunden bekämpfen und ihre Kunden wegen ihrer für politisch falsch gehaltenen Einstellung durch Kündigung von Konten mit abschreckender Wirkung gegenüber anderen (potentiellen) Bankkunden „bestrafen" wollen: Wer - zumindest als Gruppe (Vereinigung) - bestimmte Ideen vertritt, welche die Innenminister mit Hilfe der öffentlich in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdienste als „rechtsextrem" einstufen, soll befürchten müssen, daß er Schwierigkeiten bei der Eröffnung eines Girokontos bekommt, was bei dem überwiegenden bargeldlosen Zahlungsverkehr auf eine erhebliche Beeinträchtigung, wenn nicht gar auf einen weitgehenden Ausschluß aus ökonomisch sinnvollen (kostengünstigen) Transaktionen hinausläuft. Geht dies mit der Erfahrung einher, kein weiteres Konto eröffnen zu können, stellt sich ein derartiges Verhalten für gekündigte Organisation als ruinös dar. Diese zu unterstellende Motivation einer als vorsätzlich anzusehenden Schädigung ist jedoch verfassungsrechtlich nicht geschützt: Die Personen, welche die Banken als Organe vertreten, mögen völlig legitimer Weise und naturgemäß anderer

[176] Nachweise bei *Fittig / Kaiser / Heither / Engels*, Handkommentar zum Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 20. Auflage, 2000, Rdnr. 4 zu § 118.
[177] So die Ausführungen der OLG Hamburg bei der summarischen Prüfung des Antrages der DVU-Verbände von Bremen und Hamburg.

politischer Auffassung sein als ihre unterschiedlichen Kunden. Die Mitglieder des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung der an Kündigung denkenden Banken dürfen jedoch ihre abweichende Auffassung nicht mit den Mitteln privater ökonomischer Macht durchzusetzen suchen, sondern müssen sich bei der Bekämpfung gegnerischer Auffassung der Methoden des sog. „herrschaftsfreien Dialogs" (*J. Habermas*) bedienen. Die Garantie der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG bezieht sich nämlich allein auf das Verbreiten einer „Meinung" im Sinne der Äußerung einer bestimmten Auffassung, stellt aber keine Garantie dafür dar, diese Meinung mit anderen Mitteln als denen der argumentativen Überzeugung durchzusetzen.[178]

Vielmehr ist mit dem „Schutz der persönlichen Ehre" - ein Grundrecht, das in der Tat vor allem, wenn nicht gar ausschließlich[179] für das Bürger-Bürger-Verhältnis konzipiert ist, aber bei der Diskussion über die sog. Drittwirkung der Grundrechte eigentlich immer vergessen wird - bereits dem Zwangsmittel einer gewissermaßen verbalen Gewalttätigkeit eine verfassungsrechtliche Grenze gezogen. Für das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, das man vergleichbar der Vereinigungsfreiheit und sogar noch in verstärktem Maße ebenfalls als kollektive Wahrnehmung der Meinungsfreiheit ansehen muß, wird dieser Gesichtspunkt gemäß Art. 8 Abs. 1 GG durch die Merkmale „friedlich und ohne Waffen" ausdrücklich statuiert. Danach hat die Wahrnehmung der Meinungsfreiheit ohne Zwangswirkung, außer dem „Zwang" der Überzeugung, zu erfolgen, weshalb auch nur die friedliche Form der Meinungsäußerung überhaupt verfassungsrechtlich nach Art. 5 GG garantiert ist.[180] Die Kündigung eines Bankkontos als „Strafe" für eine falsche politische Auffassung - um symbolpolitisch „ein Zeichen" zu setzen - stellt kein Mittel des friedlichen Überzeugens dar, sondern ist als unfriedliches Zwangsmittel[181] zu kennzeichnen. Diesem bei der Bewertung nach Art. 5 GG verfassungsrechtlich illegitimen und daher im Zweifel nach § 134 BGB rechtswidrigen und nichtigen, zumindest nach § 242 BGB nicht anerkennenswerten Zwangsmittel der Kündigung durch die Bank steht das Recht der Meinungsfreiheit der Bankkunden, die ihre Meinung zumindest gegenüber der Bank nicht unfriedlich zum Ausdruck gebracht haben, gegenüber. Die Abwägung kann dabei erkennbar nur zugunsten der Kunden ausgehen.

e) Ergebnis der grundrechtlich orientiere Abwägung

Letztlich bestätigt die grundrechtlich orientierte Analyse das Ergebnis der zivilrechtlichen Betrachtungsweise. Die weltanschaulich-politisch motivierte Kündigung der Bankkonten ist rechtswidrig, soweit nicht zugunsten der Banken einer der Gründe gegeben ist, die in der ZKA-Empfehlung „Girokonten für jedermann" als unzumutbar für Eröffnung oder Fortführung einer Kontenverbindung genannt sind. Während man aufgrund der bloßen zivilrechtlichen Betrachtungsweise noch Zweifel haben kann, ob der durch die ZKA-Empfehlung gesetzte und im Rahmen von § 242 BGB heranzuziehende Geschäftsstandard auch zugunsten juristischer Personen wirkt, so gebietet die verfassungsrechtliche Abwägung der Interessenlage die Anwendung dieser Standards zugunsten „juristischer Personen" (im Sinne von Art. 19 Abs. 3

[178] Deshalb fallen natürlich Gewaltakte schon tatbestandsmäßig nicht unter „Meinung", s. BGH *NJW* 1984, 1226, 1229.

[179] Das Verhältnis Staat-Bürger ist insoweit durch die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 GG) bestimmt, während „Menschenwürde" keine Schranke der Meinungsfreiheit von Bürgern darstellt, da insoweit das Recht der persönlichen Ehre als Schranke bestimmt ist; deshalb wären zum einen sog. „Meinungsäußerungen" der Innenminister in sog. Verfassungsschutzberichten anhand der Garantie der Menschenwürde zu messen, während umgekehrt § 130 StGB schon deshalb als verfassungswidrig angesehen werden müßte, weil er Menschenwürde und nicht die Ehre als Schranke der Meinungsfreiheit bestimmt.

[180] So auch *v. Mangoldt / Klein / Starck*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Rdnr. 23 zu Art. 5.

[181] Zum Wirtschaftsboykott als (Bürger-)Kriegsersatz s. unter IV. 6.

GG, was weiter geht als der zivilrechtliche Begriff der juristischen Person und etwa auch den nicht rechtfähigen politischen Verein = Partei einschließt) zumindest im grundrechtsrelevanten Bereich von Meinungsfreiheit und verwandter Grundrechte wie Vereinigungs-, Religions- und Versammlungsfreiheit. Während man bei einer bloßen zivilrechtlichen Betrachtungsweise noch erwägen kann, ob die Annahme einer Kontrahierungspflicht der Banken gegenüber den Kunden vom Nachweis des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung abhängig ist, befreit die verfassungsrechtliche Betrachtungsweise von diesem Nachweis, zumindest dann, wenn durch Kündigung eines Vertrages oder durch Ablehnung eines Vertragsschlusses ausdrücklich oder implizit zum Ausdruck kommt, daß die Kündigung und Vertragsverweigerung eine „Strafe" für eine falsche politische Einstellung darstellen soll.

Insofern geht im Grundsatz, wenngleich wohl nicht vollständig im Ergebnis, die zivilrechtliche Betrachtungsweise mit der verfassungsrechtlichen Analyse konform, was sogar die Bedenken gegen die unmittelbare Anwendung des Verfassungsrechts auf die Ausgestaltung privatrechtlicher Beziehungen vermindert. Trotzdem können bei traditioneller zivilrechtlichen Betrachtung gegen die bei verfassungsrechtlicher Betrachtungsweise im Ergebnis gebotenen Übertragung von im Arbeitsrecht als einem besonderen Zweig des Rechts des Dienstvertrages (§§ 611 ff. BGB) entwickelten Gesichtspunkten auf das hier zu untersuchende Girokontenverhältnis nach § 676 f BGB a. F. noch Bedenken geltend gemacht werden. Letztlich werden nämlich aufgrund der verfassungsrechtlichen Betrachtung gesetzliche Tatbestände gleichgeordnet, die der Gesetzgeber des Zivilrechts unterschiedlich geordnet hat. Der Girokontovertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. von § 675 ff. BGB, allerdings mit Elementen des allgemeinen Rechts des privaten Dienstvertrages, wird damit im Ergebnis dem Arbeitsrecht als einem besonders sozialpolitisch determinierten Spezialfall des Dienstvertrages gleichgesetzt. Diese Bedenken würden sich einerseits *prima facie* zu Lasten der Annahme der Rechtswidrigkeit der Kündigung von Bankkonten aus ideologie-politischen Gründen auswirken.

Andererseits ist die Übertragung der insbesondere im Arbeitsrecht entwickelten Grundsätze im Ergebnis durch die neueste Verfassungsrechtsprechung zu der Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr geboten. Die durch die Handelsvertreterentscheidung,[182] die sog. Bürgschaftsentscheidung des BVerfG[183] und den Kammerbeschluß von 1994[184] zum Ausdruck kommende Rechtsprechung ist zu Recht, wenngleich vielleicht etwas pointiert, wie folgt[185] zusammengefaßt worden: Die Verfassungsordnung verlangt einen durch Gesetz und Richterspruch konkretisierten Schutz der Privatrechtssubjekte (sogar) vor sich selbst; es entspricht der in den Grundrechten und in der Sozialstaatsklausel niedergelegten Wertordnung, daß die Privatautonomie allgemein und das Vertragsrecht im besonderen nicht nur Ordnungs-, sondern auch Schutzaufgaben erfüllen muß. Dabei ist jedes (!) Rechtsgeschäft auf seine inhaltliche und verfahrensmäßige Schieflage zu überprüfen; daran schließt sich die Sachkontrolle durch das jeweilige Fachgericht an. Alle Vertragsarten und Gesellschafterbeschlüsse werden damit verfassungsrechtlich angreifbar. Damit ist die Anwendbarkeit des Grundrechtsschutzes bei der Ausgestaltung schuldrechtlicher Vertragsbeziehungen anerkannt, wobei kaum mehr deutlich ist, ob hierbei von einer unmittelbaren oder (nur) mittelbaren Grundrechtswirkung auszugehen ist, da der

[182] BVerfGE 81, 242 ff.
[183] BVerfGE 89, 214 ff. = *NJW* 1994, 36.
[184] BVerfG *NJW* 1994, 2749.
[185] S. *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, in: *AcP* 196 (1996), S. 1 ff., S. 5.

Argumentationstopos von den Grundrechten als „objektive Wertordnung“ im Zweifel diese ohnehin nur schwer durchzuführende Unterscheidung[186] relativiert bzw. überschreitet.

Im Ergebnis muß somit das Urteil über die hier zu untersuchende Kontenkündigungen aufgrund der erläuterten Rechtlage lauten: Die politisch-ideologisch motivierten Kündigungen der Girokonten verstoßen gegen die absoluten Diskriminierungsverbote des Artikels 3 Abs. 3 GG und gegen das damit eng verbundene Recht der (kollektiven) Meinungsfreiheit, das in der Form der Vereinigungsfreiheit und in der demokratietheoretisch bedeutsamen Freiheit politischer Parteien zum Ausdruck kommt. Sofern angesichts der grundlegenden Bedeutung dieser grundrechtlichen Rechtspositionen zugunsten der Kreditinstitute überhaupt noch Rechtfertigungsgründe in Erwägung gezogen werden können, sind diese zumindest nicht gegeben, da den kündigenden Banken keine von der Rechtsordnung zu billigenden schutzwürdigen Belange zur Seite stehen.

4. Unmittelbare Grundrechtsgeltung bei zivilrechtlichem Handeln des Staates

Die vorgenommene Abwägung des Interessenkonflikts zweier privater Grundrechtsträger (Bank und Bankkunde) unter Bezugnahme auf die jeweiligen Grundrechte erlaubt noch gewisse Zweifel an der Reichweite der Geltung der jeweiligen Grundrechte, da sich diese bei Anwendung auf das privatautonome Rechtsverhältnis im Prozeß der Abwägung gegenseitig relativieren. Bei Verneinung des Charakters der einschlägigen Grundrechte, insbesondere des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 3 GG als Verbotsnormen i. S. von § 134 BGB kann deshalb noch nicht mit letzter Sicherheit die generelle Rechtswidrigkeit der weltanschaulich-politisch motivierten Kündigungen von Bankkonten im eigentlichen privatautonomen Rechtsverhältnis angenommen werden.

a) Staatsunternehmen: Grundrechtspflichtig und nicht grundrechtsberechtigt

Diese Zweifel an der Reichweite der im Privatrechtsverhältnis wechselseitig modifizierten Grundrechte bestehen selbstverständlich nicht, wenn gar kein echtes privatautonomes Verhältnis gegeben ist. Das Vorliegen eines derartigen Verhältnisses ist nämlich bei den Geschäften der Sparkassen, sowie (noch) bei denjenigen der Deutschen Postbank AG zu verneinen. Vielmehr liegt hierbei im Verhältnis der Kunden mit diesen Kreditinstituten das Verhältnis Staatsorgan - (privater) Grundrechtsträger vor.

aa) Ergebnis bei unmittelbarer Staatsverwaltung als Maßstab

Wie bereits ausgeführt,[187] gilt das Privatrecht beim Handeln staatlicher Einrichtungen nur entsprechend, d.h. im Ergebnis analog, soweit keine ausdrückliche Regelung des öffentlichen Rechts für das die Privatautonomie nachahmende Verhalten staatlicher Organe vorliegt. Soweit jedoch unstreitig speziell für Staatsorgane geltendes Recht gegeben ist, greift die Analogie der Quasi-Geltung des Privatrechts nicht mehr, so daß das öffentliche Recht gilt und damit entgegenstehendes Privatrecht etwa durch die unmittelbar geltenden Grundrechte verdrängt wird. Es ist daher in diesen Fällen keine Abwägung zwischen den konfligierenden (Grund-) Rechten zweier Grundrechtsträger vorzunehmen, sondern es liegt das klassische Staat-Bürger-Verhältnis vor, für das die Grundrechte nach traditionellem Verständnis begründet worden sind. Dem Staat als Grundrechtspflichtigen steht dann die natürliche oder juristische Person des

[186] Aus staatsrechtlicher Sicht, s. insgesamt zu diesem Komplex *J. Schapp*, Grundrechte als Wertordnung, in: *JZ* 1998, S. 913 ff.
[187] S. unter II. 1 b).

Privatrechts als Grundrechtsträger gegenüber. Dies wirkt sich im Falle der politisch motivierten Kündigung eindeutig zu Gunsten der Grundrechte der Kunden aus. Abzuwägen ist dann lediglich entsprechend der klassischen Grundrechtsprüfung mit den legitimen staatlichen Interessen, die gegebenenfalls einen staatlichen Eingriff in Grundrechte rechtfertigen können. Da aber der Staat kein Grundrechtsträger ist, kann er seine Eingriffe nicht auf Grundrechte oder die Privatautonomie / Vertragsfreiheit stützen, sondern muß seinen Grundrechtseingriff durch legitime staatliche Belange rechtfertigen, die in der Regel in einem Gesetz Ausdruck gefunden haben müssen (Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes).

Wie das Ergebnis der hier interessierenden Prüfung ausfällt, ist den kündigenden Banken eindeutig klar, wie nicht zuletzt ihre Berufung auf „Privatautonomie“ oder „Vertragsfreiheit“ zeigt, die nach Selbsteinschätzung der Postbank für sie erst seit Beginn der Liberalisierungspolitik bestünde. Würde nämlich der „Staat“, d.h. eine Behörde[188] i. S. von § 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes handeln und direkt, also ohne Zwischenschaltung einer rechtlich verselbständigten Agentur, wie einer Sparkasse als Anstalt des öffentlichen Rechts, die Kündigungen der Girokonten aussprechen, wären diese Kündigungen unzweifelhaft als verfassungswidrig anzusehen. Aus der Erwähnung von Organisationen und vor allem von politischen Parteien in Veröffentlichungsblättern der Inlandsgeheimdienste / Innenminister, den sog. „Verfassungsschutzberichten“ kann keine Verminderung des Legalitätsstatus von Vereinen und Organisationen abgeleitet werden - zumindest trifft dies außerhalb des Rechts der Geheimdienste (Überwachungsmaßnahmen) zu. Diese Rechtslage ist durch die ständige Rechtsprechung[189] der Verwaltungsgerichte im Bereich der Zulassung derartiger Organisationen zu öffentlichen Einrichtungen[190] unzweifelhaft statuiert. Dieser Zulassungsanspruch steht einer entsprechenden Partei „als nicht verbotener politischer Partei nach Art. 21 Abs. 1 i .V. mit Art. 3 GG und § 5 Abs. 1 PartG ... zu“.[191] Und zwar in derselben Weise wie er einer anderen ebenfalls „noch nicht verbotenen Partei“[192] wie etwa CDU und SPD zusteht. Da somit die Wirkung der Verfassungsschutzeintragung rechtlich äußerst beschränkt ist, kommt außerhalb des speziellen Anwendungsbereichs des Geheimdienstrechts der Grundrechtsschutz unmittelbar zu Gunsten entsprechender Parteien und sonstiger Vereinigungen zur Anwendung. Da die Kündigung von Girokonten durch staatliche Stellen aufgrund politisch-ideologischer Ausrichtung der Bankkunden nicht mit Artikel 3 Abs. 3 GG vereinbar ist, ist die Kündigung verfassungswidrig und daher nichtig. Aus diesem Grunde ist

[188] S. dazu etwa *Hartmund Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, 1997, S. 503 ff.

[189] S. etwa Entscheidung des VGH Bad.-Württ. in: *DVBl.* 1995, 302 f. = *NVwZ* 1995, S. 813 f.; Entscheidung des VGH München, *NVwZ* 1995, S. 812 f.

[190] S. VGH Bad.-Württ. *DVBl.* 1995, S. 302 f.: „Eine politische Partei besitzt einen Zulassungsanspruch zu einer öffentlichen gemeindlichen Einrichtung (Stadthalle) im Rahmen der Widmung der Einrichtung. Auflagen, die nicht der Sicherung des Widmungszweckes dienen oder den Zulassungsanspruch faktisch aushöhlen, sind rechtswidrig. Dies trifft grundsätzlich für eine Auflage zu, die von einer politischen Partei fordert, Werbemaßnahmen für die von ihr beabsichtigte Veranstaltung zu unterlassen.“

[191] S. e*benda* unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen, womit der Charakter einer ständigen Rechtsprechung deutlich gemacht ist; man wundert sich über die Dreistigkeit sog. „Demokraten“, diese Rechtsprechung immer noch zu ignorieren; dies macht den diskriminierenden Charakter sog. „Verfassungsschutzberichte“ deutlich, in denen die rechtswidrigen Handlungen und die dabei zum Ausdruck kommende verfassungsfeindliche Gesinnung sog. „demokratischer Parteien und Politiker“ (letztlich ein DDR - Ausdruck gemäß Art. 6 DDR - Verfassung von 1949) nicht abgebildet sind.

[192] In der Bundesrepublik Deutschland gibt es tatsächlich den Status einer „noch nicht verbotenen Partei“, womit in der Tat nur bestimmte Parteien gemeint sein können, deren Legalitätsstatus dabei unter permanenten Widerrufsvorbehalt steht; das Postulat des BVerfG, wonach die Monopolisierung des Parteiverbotsverfahrens den Legalitätsstatus von Parteien sichern soll, ist dabei erheblich zurückgenommen, zumal das BVerfG in bestimmten Auswirkungen dieses erheblich verminderten Legalitätsstatus wie etwa im Bereich der beamtenrechtlichen Diskriminierung nur „faktische Beeinträchtigungen“ erkennen kann; aufgrund der Entscheidung zugunsten der *Jungen Freiheit* gegen das verfassungsfeindlich handelnde Bundesland NRW, ist dieser Ansatz mittlerweile allerdings obsolet geworden.

eine derartige Kündigung auch nichtig, wenn sie von einem staatlichen Unternehmen ausgesprochen wird.

In der nun wirklich *ständigen* Rechtsprechung zum Anspruch auf vom verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleiteten Zulassungsanspruch zu gemeindlichen Einrichtungen für eine durch Mitteilung der Inlandsgeheimdienste als „extremistisch" eingeordnete Partei ist es zu Recht als völlig gleichgültig angesehen worden, ob das sog. Benutzerverhältnis der zu öffentlichen Zwecken gewidmeten staatlichen / gemeindlichen Einrichtung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist. Liegt letzteres vor, besteht im Ergebnis ein aus der unmittelbaren Geltung der Grundrechte, insbesondere des Gleichheitssatzes folgender Kontrahierungszwang: „Das Unterlaufen eines öffentlich-rechtlichen Zulassungsanspruchs zu einer gemeindlichen Einrichtung durch die Verweigerung eines zivilrechtlichen Mietvertrages ist nicht zulässig."[193] Dementsprechend ist in diesem Bereich eine gegen den unmittelbar anwendbaren Gleichheitssatz verstoßende Kündigung eines begründeten Nutzungsvertrages (wohl Miete) durch die Gemeinde gegenüber der entsprechenden Partei bei dieser Konstellation verfassungswidrig. Gleiches gilt bei dieser Konstellation selbstverständlich für die Kündigung eines bereits geschlossenen Vertrages.

bb) Mangelnde Grundrechtsstellung von Sparkassen und Postbank

Daraus kann man ersehen, daß es bei der Frage der unmittelbaren Grundrechtsgeltung auf die jeweilige Organisations- oder Handlungsform der staatlichen Einrichtung nicht ankommt. Den rechtlich verselbständigten Verwaltungsträgern stehen unabhängig von ihrer Rechtsform selbst keine Grundrechte zu: „Grund der Nicht-Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen des öffentlichen Rechts ist nicht die Rechtsform als solche",[194] weshalb es bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform bei der Nicht-Geltung der Grundrechte bleiben muß. Zumindest trifft dies dann zu, wenn der Staat alleiniger Träger und Inhaber privatrechtlicher Organisationen ist.[195] Vielmehr sind derartige Verwaltungsträger grundrechtspflichtig.

Deshalb ist gerade die in dem hier behandelten Bereich besonders aktive Deutsche Postbank AG schon aus diesem Grunde kein Grundrechtsträger, sondern zumindest auf der Ebene des Grundrechtsschutzes weiterhin staatliches Organ und daher unmittelbar an Grundrechte gebunden, selbst wenn die positiv-rechtlichen Verpflichtungen wie der Kontrahierungszwang, der in der vorliegenden Konstellation sicherlich die Beachtung der Grundrechte erleichtern würde, entfallen sind. Gewiß wird bei der Postbank aufgrund der politisch angestrebten vollständigen Privatisierung und Liberalisierung derzeit noch ein Übergangsbereich gegeben sein, so wie er auch für die aus der DDR-Wirtschaft hervorgegangenen Treuhandunternehmen gegeben war, deren rechtliche Einordnung wie folgt vorgenommen worden ist:[196] „Allerdings ist kein Privater, sondern die Treuhandanstalt, also eine juristische Person des öffentlichen Rechts, Alleingesellschafter der Unternehmen. Darüber hinaus verdanken die Kapitalgesellschaften ihre jetzige Existenz keiner privatautonomen Entscheidung, sondern einem einseitigen Staatsakt. Es handelt sich damit in mehrfacher Hinsicht um derart atypische juristische Personen des Privatrechts, daß ihre Zuordnung zum grundrechtsgeschützten Bereich derzeit noch ausgeschlossen erscheint." Deshalb ist davon auszugehen, daß eine Verfassungsbeschwerde der Postbank AG mangels Vorliegens der Grundrechtsträgerschaft in der jetzigen Situation - noch - als unzulässig abgelehnt werden würde. Dementsprechend steht

[193] VGH München, *NVwZ* 1995, S. 812 f.
[194] BVerfGE 68, 193, 207.
[195] BVerfGE 45, 63, 79 f.
[196] S. Stichwort „Treuhandunternehmen", bei *Krebs,* in: *I. v. Münch*, GG-Kommentar, Rdnr. 46 zu Art. 19.

dieser im überwiegenden Staatseigentum befindlichen Bank auch (noch) nicht die Garantie der Privatautonomie zur Seite: Sie ist nicht Grundrechtsträgerin, sondern gegenüber natürlichen und juristischen Personen grundrechtspflichtig. Sie kann sich zumindest nicht auf eine ihr (noch) nicht zustehende Privatautonomie berufen, um die unmittelbare Geltung der Grundrechte ihrer Kunden in Frage zu stellen.[197] Erst bei voller Verwirklichung der mit der Liberalisierungspolitik verfolgten Ziele wird sich die Situation so darstellen wie heute schon etwa bei der Commerzbank AG. Dagegen wird die Situation bei den Sparkassen in absehbarer Zeit so blieben, wie sie sich derzeit noch bei der Postbank darstellt: Die Sparkassen sind und bleiben Anstalten des öffentlichen Rechts (vgl. § 2 NRW-Sparkassengesetz) und sind daher unmittelbar an Grundrechte gebunden. Sie sind daher nicht als Grundrechtsinhaber[198] anzusehen, sondern sind in ihren Geschäftsbeziehungen unmittelbar an die Grundrechte der Kunden gebunden.

Da eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes nach Art. 3 Abs. 3 GG nur durch Annahme eines Kontrahierungszwanges zu Lasten der Sparkassen zu vermeiden ist, muß diese Verpflichtung ungeachtet der positiv-rechtlichen Regelung gelten, mit der Folge, daß ein einmal begründetes Girokontenverhältnis aufrechterhalten werden muß, falls es lediglich aus weltanschaulich-politischen Gründen gekündigt werden soll. Die nach weltanschaulich-politischen Grundsätzen diskriminierende Kündigungspraxis der Sparkassen und auch der Postbank AG ist deshalb in jedem Falle als rechtswidrig und damit im Falle von staatlichen Verwaltungsträgern als verfassungswidrig einzustufen. Gemäß dem Legalitätsprinzip sind gegen Verantwortliche von Amts wegen Strafverfahren wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB) einzuleiten.

b) Notwendigkeit der Grundrechtsgeltung bei staatlichen Hilfsgeschäften

Einzuräumen ist, daß nach der bis in die 70er Jahre überwiegend vertretenen juristischen Auffassung an der Verfassungswidrigkeit des diskriminierenden Geschäftsgebarens von Sparkassen - allerdings überwindbare - Zweifel bestanden hätten, da die unmittelbare Geltung des Grundrechtsschutzes bei privatrechtlichem Handeln des Staates in Frage gestellt war. Zu recht sind diese Zweifel angesichts der nunmehr herrschenden Meinung, die sogar von der zumindest mittelbaren Grundrechtsgeltung im eigentlichen Privatrechtsverhältnis ausgeht, nunmehr ausgeräumt. Vielmehr wird eher rechtfertigungsbedürftig,[199] warum sich der Staat trotz Bestehen des Sonderrechts der öffentlichen Hand noch immer privatrechtlicher Formen bedient.

aa) Die Fiskuslehre

Die Zulässigkeit derartiger privatrechtlicher Handlungs- und Organisationsformen des Staates, trotz Bestehen eines speziell für den Staat geltenden öffentlich-rechtlichen Sonderrechts, wird der aus § 89 BGB abgeleiteten Fiskuslehre (fiscus = alter ego des Staates) entnommen. Nach dieser Vorschrift gelten die Haftungs- und damit Zurechenbarkeitsregeln der rechtsfähigen Vereine des Privatrechts für das Handeln ihrer Organe auch für den Fiskus, sowie für Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts. Damit wird ein privatrechtlich geregeltes Verhalten der Verwaltungsorgane vorausgesetzt. Im Bereich der sog. Leistungsverwaltung oder nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung wird sogar geschlossen,

[197] So auch das OLG Hamburg in der einstweiligen Entscheidung zugunsten der DVU-Landesverbände.
[198] So auch BVerfGE 75, 92; zu dieser Problematik umfassend: *P. Badura*, Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften – Ein Problem des Grundrechtsschutzes juristischer Personen des Privatrechts, in: *DÖV* 1990, 353 f.
[199] S. dazu die Monographie von *D. Ehlers*, a. a. O.

daß es die zuständige Behörde weitgehend in der Hand habe, ob sie sich öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Handlungsformen bedient, also Verwaltungsakte nach dem einschlägigen Verwaltungsverfahrensrecht erläßt, oder Begünstigungen aufgrund vertraglicher Verpflichtung gewährt. Auch eine Kombination dieser Handlungsweisen ist denkbar und wird etwa im Subventionsrecht praktiziert, wo die Entscheidung über das „ob" der Subvention per Verwaltungsakt getroffen, die konkrete Subventionierung aber durch einen zivilrechtlichen Vertrag vorgenommen wird (sog. zweistufiges Rechtsverhältnis).

Bei Vorliegen von privatrechtlichem Handeln des Staates wurde lange hinsichtlich der Frage gestritten, ob und inwieweit sich die Verwaltung auf die Privatautonomie berufen könne. Es wurde zwischen den sog. Hilfsgeschäften, und dem sog. Verwaltungsprivatrecht unterschieden. Während bei erst genannten Geschäften, wie etwa auch der Auftragsvergabe, zumindest grundsätzlich Vertragsfreiheit bestünde, würde im letzteren Bereich das Handeln des Staates in gleicher Weise beschränkt sein wie wenn der Staat auf der Grundlage des Sonderrechts der öffentlichen Verwaltung tätig werden würde.[200]

Noch 1980 hatte deshalb das OLG Düsseldorf Probleme, bei der Auftragsvergabe nach VOB / A (bzw. BHO) den Gleichheitssatz anzuwenden, wenngleich davon ausgegangen worden ist, daß dieser angesichts der „Wertung des Art. 3 GG" „strikter" gelten würde als für Privatunternehmen.[201] Sofern man angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung der Grundrechtsdogmatik dieser Differenzierung überhaupt noch eine rechtliche Bedeutung beimißt, so würde diese im vorliegenden Fall zu Lasten der Sparkassen ausfallen: Mit dem Girokontenverhältnis üben die öffentlich-rechtlichen Sparkassen kein Hilfsgeschäft der Verwaltung aus, sondern nehmen eine zentrale Ausgabe wahr, für die sie vom Gesetzgeber ins Leben gerufen worden sind (vgl. 3 NRW-Sparkassengesetz mit der Überschrift „Unternehmenszweck, öffentlicher Auftrag"). Auch die noch immer staatliche beherrschte Deutsche Postbank AG bewegt sich bei Führen von Girokonten im Bereich ihrer eigentlichen Tätigkeit. Es liegt daher kein Hilfsgeschäft, sondern ein zentraler staatlicher Tätigkeitsbereich in den Formen des Privatrechts vor.

bb) Besondere Schutzbedürftigkeit gegenüber Hilfsgeschäften des Staates

Außerdem hat schon immer der Grundsatz gegolten, daß sich der Staat nicht dadurch seinen Verpflichtungen entziehen könne, indem er sich privater Handlungsformen bedient.[202] Damit ist eine Grundrechtsbindung des Staates bei privatrechtlichem Handeln impliziert. Diese Grundrechtsbindung ist dabei schon, ja sogar im besonderen Maße bei den Hilfsgeschäften der Verwaltung geboten, wie etwa im Bereich des öffentlichen Vergabewesens. Das erhebliche Nachfragevolumen des Staates läßt sich nämlich als Herrschaftsinstrument einsetzen und ist in der Bundesrepublik auch als solches eingesetzt worden, weshalb sich gerade in diesem Bereich geradezu eine nach dem Grundrechtsschutz schreiende Schutzbedürftigkeit ergibt.

Möglicherweise ist es nämlich auf den Einsatz als (partei-) politisches Machtinstrument zurückzuführen, daß einer nicht allzu weit zurückliegenden Untersuchung zufolge bei einem Auftragsvolumen von insgesamt ca. 400 Mrd. DM (1994) noch immer im erheblichen Maße rechtswidrige Vergaben[203] vorgenommen werden. So wurde das öffentliche Auftragswesen im

[200] S. BGHZ 81, 96; 93, 381; *NJW* 1992, 173.
[201] S. *DÖV* 1981, S. 537 mit Anmerkung *Jost Pietzcker*, S. 539 f.; schwerpunktmäßig ging es außerdem um die Anwendung des Wettbewerbsrechts.
[202] So etwa BGH *DÖV* 2000, S. 919 f.: der „gesetzlich zugunsten der Schulträger angeordneten Kostenbefreiung kann sich die Gemeinde nicht dadurch entziehen, daß sie das Hallenbad nicht selbst, sondern durch von ihr beherrschte juristische Personen des Privatrechts betreibt".
[203] S. *FAZ* vom 26. 4. 1995, S. 17.

innerstaatlichen Kampf gegen den Kommunismus eingesetzt[204] und dann als Kampfinstrument beim Vorgehen gegen Scientology wieder entdeckt,[205] - mit dem Ergebnis, daß diese Organisation aus diesem Grund, nämlich Ausschluß von der Abgabe von Angeboten bei staatlicher Ausschreibung, „zurückgenommen“ wirkt.[206] Die Nachfragemacht, die der Staat dabei entfaltet, wird schon an der Einschätzung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum deutlich, daß es Klagen in diesem Bereich kaum gebe, da „kaum ein potentieller Auftragnehmer ... Konflikte mit dem Kunden Staat auf die Spitze eines Prozesses treiben“[207] wolle. Gerade in jüngster Zeit wird zunehmend auf die Einbeziehung politischer Kriterien bei der Auftragsvergabe gedrängt, wobei ein Zusammenhang mit der hier zu behandelnden Problematik nicht ausdrücklich erörtert wird,[208] aber schon aufgrund der noch nicht weit zurückliegenden bzw. noch fortwirkenden Scientologenbekämpfung, doch naheliegend ist. Bereits jetzt dürfte die Situation, daß ein „rechtes“ Blatt kaum mit Anzeigen der Industrie rechnen kann, auf die Befürchtung der entsprechenden Unternehmen zurückzuführen sein, in diesem Falle bei der staatlichen Vergabe von Aufgaben den kürzeren zu ziehen.

Schon deshalb ergibt sich eine Schutzbedürftigkeit betroffener Bürger, die es notwendig macht, den Grundrechtsschutz schon bei privatrechtlichen Hilfsgeschäften der Verwaltung in Ansatz zu bringen und erst recht natürlich - wo dies aber ohnehin unstreitig sein dürfte - im Bereich des sog. Verwaltungsprivatrechts, wie er etwa bei der Geschäftstätigkeit öffentlich-rechtlicher Banken gegeben ist.

c) Zentraler Unterschied zwischen Grundrechten und Staatskompetenzen

Diese Schlußfolgerung ergibt sich zwingend aus den Grundsätzen, welche die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts[209] in Artikel 19 Abs. 3 GG verortet hat und welche die verfassungsrechtliche Begründung dafür abgeben, warum auch die privatrechtlich handelnden staatlichen Einrichtungen nicht als Grundrechtsträger angesehen werden können, sondern grundrechtsverpflichtet sind.

aa) Verortung der Problematik bei Art. 19 Abs. 3 GG

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten Grundrechte auch für inländische juristische Personen, „soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“. Anerkanntermaßen können ihrem Wesen gemäß Grundrechte nicht zugunsten des Staates als juristischer Person des öffentlichen Rechts (Gebiets- und Personalkörperschaft) und damit der öffentlich-rechtlichen Organisationen gelten, da diese staatliche Kompetenzen wahrnehmen und keine individual-rechtlichen (Grund-) Rechte ausüben.

Der fundamentale Unterschied zwischen Grundrechten und Kompetenzen reflektiert das Prinzip der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, aus der sich die Konzeption der

---

[204] S. *A. von Brünneck*, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968, 1978; S. 57 ff., Entziehung öffentlicher Aufträge bei Unterstützung des Kommunismus.

[205] So haben sich Die Grünen zwar gegen die VS-Überwachung der Scientologen ausgesprochen, jedoch ihren Ausschluß von staatlichen Ausschreibungsverfahren befürwortet, s. *Junge Freiheit* Nr. 38/96, S. 4; für beides, d.h. VS-Überwachung und Ausschluß von Ausschreibungen der damalige Innenminister des Freistaates Bayern, in: *FAZ* vom 15. 06. 1996.

[206] S. *FAZ* vom 24. 11. 1998: Scientology wirkt zurückgenommen. Caberta: Weniger Mitglieder im Norden / Lob für die Wirtschaft.

[207] S. *Pietzcker,* a.a.O

[208] S. die Ausführungen von *Volker Neßler*, Politische Auftragsvergabe durch den Staat? - Zur europarechtlichen Zulässigkeit politischer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe -, in: *DöV* 2000, S. 145 ff.

[209] S. etwa BVerfGE 68, 193, 207.

Privatautonomie erklärt.[210] In der Abgrenzung von Grundrechten von Bürgern (und privaten juristischen Personen) und staatlichen Kompetenznormen kommt nämlich gewissermaßen die Arbeitsteilung einer rechtsstaatlichen Herrschaftsorganisation zum Ausdruck: Dem Staat ist es bei der Ausübung einer ihm ausdrücklich oder zumindest sinngemäß eingeräumten Kompetenz verboten, was ihm nicht ausdrücklich oder sinngemäß erlaubt ist (Artikel 20 Abs. 3 GG: Vorbehalt des Gesetzes). Demgegenüber ist Bürgern und juristischen Personen des Privatrechts (gemäß Artikel 19 Abs. 3 GG) als Grundrechtsträgern alles erlaubt, was ihnen nicht ausdrücklich durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes verboten ist (Artikel 2 Abs. 1 GG: *presumptio pro libertate*). Während die private Commerzbank auf die Frage, woher sie das Recht habe, Bankgeschäfte zu machen, sagen kann, daß dies auf den freien verfassungsrechtlich durch Grundrechte geschützten Willen der Eigentümer zurückgeht, kann die Sparkassen lediglich sagen, daß ein positives Landesgesetz ihr Bankgeschäfte erlaube (vgl. § 4 NRW-Sparkassengesetz). Würde es dieses Gesetz nicht geben, gäbe es keine Sparkasse, die als Anstalten des öffentlichen Rechts Bankgeschäfte betreiben dürfen. Gleiches gilt, wenn kein Gesetz vorliegt, sondern nur ein sog. formelles Haushaltsgesetz, das öffentliche Mittel zum Zwecke der Durchführung von Bankgeschäften ausweist. Das Aufbringen der zur Gründung einer Bank erforderlichen Finanzmitteln erfolgt nicht aufgrund der Entscheidung privater Eigner, sondern durch Beschlüsse staatlicher Organe, die dabei über Gelder aus Steuern und sonstige Zwangsabgaben entscheiden. Insofern ist es richtig, die Grundrechtsträgerschaft der Postbank AG solange in Abrede zu stellen, bis es sich hier um ein wirklich privates Unternehmen handelt, deren Einnahmen oder Verluste in keinem staatlichen Haushaltsplan mehr auftreten.

Während demnach für private Organisationen eine Freiheitsvermutung gilt, bedürfen staatliche Organisationen einer ausdrücklichen Rechtfertigung für ihr Handeln. Deshalb kann der Staat nicht Grundrechtsträger sein, da er sich bei der Berufung auf die Freiheit der Grundrechte oder der Privatautonomie / Vertragsfreiheit von der ihn beschränkenden staatlichen Kompetenzordnung emanzipieren würde: Der Staat und seine ihm zuzuordnenden Organisationen wie Sparkassen und die Postbank könnten dann unter Berufung auf die Freiheit der Grundrechte die staatliche Kompetenzordnung sprengen, die aber nicht zuletzt im Interesse des Grundrechtsschutzes errichtet worden ist.

bb) Nachrichtendienstliches Mittel als Beleg für Freiheitsgefährdung durch „privates" Staatshandeln

Zur Illustration der Bedeutung der Unterscheidung von individual-rechtlichem Grundrecht und staatlicher Kompetenznorm mag das sog. „nachrichtendienstliche Mittel"[211] angeführt werden, dessen Charakteristikum gerade darin besteht, daß sich der Staat so geriert als wäre er Privatmann. Als solcher besucht er in Form des Geheimdienstagenten (des mittlerweile berüchtigten V-Mannes), ohne die eigentlich gemäß Art. 13 GG erforderliche richterliche Genehmigung mit scheinbarer Einwilligung des Betroffenen private Wohnungen, nimmt als V-Mann trotz des Gebots der organisatorischen Trennung von Staatsorganen und Partei an Parteiversammlungen teil (verhindert dabei unfreiwillig ein Parteiverbot) und wird schließlich sogar als Angehöriger der weisungsabhängigen Behörde „Verfassungsschutz" Mitglied einer Parlamentsfraktion, die eigentlich gemäß Art. 38 GG aus Personen bestehen soll, die keinen Weisungen unterliegen. Er steuert die Presse, indem er Journalisten „schmiert", obwohl die Konzeption der „Meinungsbildung des Volks" (vgl. Art. 21 Abs. 1 GG) gerade davon ausgeht, daß die Meinungsbildung „von unten nach oben" (von Bürgern zu den Staatsorganen) erfolgt. Und schließt wirkt er über eine Privatbank auf eine Kündigung oppositioneller Girokonten hin

[210] S. dazu unter IV. 5. a).
[211] S. dazu *B. Schlink*, Das nachrichtendienstliche Mittel, in: *NJW* 1980, S. 552 ff.

- vielleicht gar mit dem „Hinweis“ auf ein bevorstehendes Ausschreibungsverfahren, an dem sich Unternehmen beteiligen wollen, die im Miteigentum der Banken stehen?

An diesen Beispielen kann man ersehen, daß gerade das Handeln des Staates als Privatrechtssubjekt (Fiskus) besondere Gefahren für die Verfassungsordnung und die Freiheit der Bürger und juristischen Personen des Privatrechts mit sich bringt, so daß eine besondere Schutzbedürftigkeit der Bürger gerade bei staatlichem Handeln auf der Grundlage des Privatrechts besteht. Selbst wenn man im Hinblick auf ein wirkliches Privatrechtsverhältnis den Verbotsnormencharakter der Grundrechte, von ausdrücklichen Ausnahmen wie dem Recht der Ehre nach Art. 5 Abs. 2, der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 und dem zivilrechtlich wirkenden Schutz des Abgeordneten nach Art. 48 GG abgesehen, ablehnt, muß man bei dem quasi-staatlichen Handeln der Postbank AG und der Sparkassen den Verbotscharakter der Grundrechte gegenüber diesem Handeln bejahen. Da bei diesen staatlichen Einrichtungen eine Abwägung mit konkurrierenden Grundrechten nicht stattzufinden hat, sondern sich bei Postbank und Sparkassen Bürger und Staatsorgane gegenüberstehen, ist die ideologisch motivierte Kündigung der Bankkonten rechtswidrig, da derartige Kündigungen, wie die ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zum Zulassungsanspruch zu gemeindlichen Einrichtungen zugunsten geheimdienstlich überwachter Parteien und verwandter Organisationen deutlich macht, auch bei einer Kündigung durch eine Regierungsstelle rechtswidrig wäre.

d) Die US-amerikanische *state action* - Doktrin zum Vergleich

Da im weiteren Zusammenhang mit der hier behandelten Problematik das US-amerikanische Recht als Argument dafür angeführt wird, daß man gegnerische politische Organisationen im Wege des wirtschaftlichen Boykotts angeblich rechtmäßig und demokratiekonform in den Konkurs treiben können[212] müsse, erscheint es angebracht, darauf hinzuweisen, daß das US-amerikanische Recht, unter einem etwas divergierenden Ansatz im Ergebnis ebenfalls zur Verfassungswidrigkeit der Kündigung von Girokonten kommen würde, sofern ein ähnlicher Sachverhalt gegeben wäre, wie er der vorliegenden Untersuchung zugrunde liegt.

aa) Kriterium für Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr: Staatliche Gelder und staatlicher Einfluß

Vom grundlegenden Systemansatz lehnt das US-amerikanische Recht zwar eine sog. Drittwirkung der Grundrechte ab, da diese nach klassischer liberaler Auffassung im Privatrechtsverhältnis nicht gelten können.[213] Im Zusammenhang mit der seit Ende der 60er Jahre eingeschlagenen Politik zur Überwindung der Rassendiskriminierung ist aber im Einzelfall sogar vom Obersten Gerichtshof, insbesondere im Fall *Shelley*, die Ansicht vertreten worden, daß ein Richterspruch, der diskriminierende Vertragsgestaltungen durchsetzen soll, als Ausübung staatlicher Macht sich an den Verfassungsgarantien messen lassen müsse. Deshalb seien gegen das Verbot der Rassendiskriminierung verstoßende privatrechtliche Verträge aufgrund der Vertragsfreiheit zwar rechtsgültig, aber aufgrund der Grundrechtsbindung der Gerichte nicht gerichtlich erzwingbar. Letztlich würde dies - einem bundesdeutschen Ansatz

[212] S. dazu auch den Bericht der *FAZ* vom 9.9. 2000, S. 12: Gesetz und Gegenrede. Wie man in Amerika gegen Rechtsextremisten kämpft; es sei darauf hingewiesen, daß herbei einigen wenigen Fällen zu Unrecht eine exemplarische Bedeutung beigemessen wird und daß außerdem der Primitivbegriff „Rechtsextremismus“ die Perspektive verzerrt und Erkenntnisgewinn vermindert, da die im Bericht genannten Gruppierungen nicht mit denjenigen gleichzusetzen sind, welche in der BRD aus ideologischen Gründen der Geheimdienstüberwachung und amtlichen Ächtung durch herabsetzende Bekanntmachung unterliegen.

[213] S. zum folgenden die Nachweise bei *H. v. Barby*, Die „Drittwirkung der Grundrechte“ im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, in: *DVBl.* 1971, S. 333 ff.

vergleichbar, der ebenfalls die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten aus dem staatlichen Charakter der (Zivil-)Justiz („ordentlichen Gerichtsbarkeit“) abgeleitet hat[214] - tendenziell auf eine Aufhebung der Privatautonomie hinauslaufen, sicherlich aber zur Unwirksamkeit der hier zu prüfenden Kündigungen führen, da die US-amerikanische Verfassung wie auch das Grundgesetz nicht nur (staatliche) Rassendiskriminierung, sondern auch weltanschauliche Gesinnungsdiskriminierung verbietet.

Wegen dieser weitreichenden Auswirkungen des unmittelbaren Grundrechtsschutzes auf die Privatautonomie ist die US-Gerichtsbarkeit in der Regel nicht dem genannten Ansatz gefolgt, von der staatlichen Stellung der Gerichtsbarkeit auf die Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis zu schließen, sondern hat etwa diskriminierende Rechtsgeschäfte im wirklichen Privatrechtsverhältnis weitgehend aufrechterhalten.[215] Der wesentliche Ansatz der amerikanischen Jurisprudenz, zu einer Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverkehr zu kommen, ist die Suche nach staatlichem Einfluß bei zivilrechtlichen Rechtsgeschäften. Liegt eine und sei es noch so minimale staatliche Beteiligung vor oder wird einem Privatunternehmen ein noch so geringer staatlicher Zuschuß gewährt oder liegt lediglich eine vertragliche / geschäftliche Verbindung mit einer staatlichen Einrichtung vor, dann wird eine diskriminierende Geschäftspraxis dem Staat zugerechnet und somit am Grundrechtsschutz gemessen. Eine Bank wie die Deutschen Postbank AG, bei der trotz Privatisierung noch die staatliche Kapitalbeteiligung in einem Ausmaß überwiegt wie er in den USA ohnehin nur ausnahmsweise vorkommt, wäre allein schon aus diesem Grunde an Grundrechte gebunden: Der Staat muß nach diesem Ansatz bei staatlicher Beteiligung an der Wirtschaft, die naturgemäß mit öffentlichen Geldern erfolgt, dafür sorgen, daß diese Gelder nicht im Widerspruch zu den Bindungen der Verfassungsordnung eingesetzt werden. Sind entsprechende Regelungen bei der konkreten Geschäftsgestaltung eines staatlich beeinflußten Unternehmens mit einer Privatperson unterlassen worden, führt die ergänzende Vertragsauslegung, der die Annahme zugrunde liegt, daß die Parteien nicht die Verfassungsgarantien verletzen wollten, zu einer Grundrechtsbindung des Geschäftspartners des Staates gegenüber Dritten.[216]

bb) Vermutung bezüglich Staatlichkeitscharakters von mitbestimmten Unternehmen und Geheimdiensteinmischung

Möglicherweise würde die amerikanische Rechtsprechung eine Grundrechtsbindung der Geschäftsbanken auch aufgrund der gesetzlichen Mitbestimmungsregelung annehmen, falls diese bundesdeutsche Regelung in den USA gelten würde, was wohl so gut wie undenkbar ist, da man in der Mitbestimmung bundesdeutscher Provenienz - mit einer gewissen Berechtigung - eine Halbsozialisierung der Wirtschaft sehen würde.[217] Diese Mitbestimmungsregelung überschreitet nämlich nach der dem amerikanischen Recht zugrundeliegenden Konzeption den eigentlichen Zweck des Gesellschaftsrechts und den damit verbundenen system-immanenten

---

[214] S. insbes. *Schwab*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte.

[215] So etwa testamentarische Verfügungen - wobei in den USA in der Regel volle Testierfreiheit ohne zwingendes gesetzliches Erbteilsrecht gilt - wonach ein Erbfall ungültig werden solle, wenn der Erbe eine Person nicht-jüdischen Glaubens oder einen Katholiken heiratet; s. Nachweise bei *Barby*, a.a. O., S. 335 r. Sp.

[216] Maßgebend ist hierfür der Fall *Burton v. Wilmington Parking Authority* (365 U. S. 715, 81 S. Ct. 856 (1961), in dem sich ein Pächter eines Restaurants geweigert hat, Neger allein wegen der Hautfarbe zu bedienen: Die Grundrechtsbindung des Pächters wurde damit begründet, daß die Gemeinde am Unternehmen mit 15 % beteiligt sei, daß das gepachtete Grundstück im Eigentum der öffentlichen Hand sei, deren Fehler darin bestanden habe, in den Pachtverträgen kein Diskriminierungsverbot zugunsten Dritter aufgenommen zu haben; in ergänzender Vertragsauslegung hat der Supreme Court den Vertrag so ausgelegt als würde er ein entsprechendes Diskriminierungsverbot enthalten.

[217] Daß der bundesdeutsche Gesetzgeber mit der Mitbestimmungsregelung die Grenze der Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG und der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG wohl ausgeschöpft hat, läßt sich auch der einschlägigen Entscheidung des BVerfGE 50, 290 ff. entnehmen.

Beschränkungen der Vertragsfreiheit, sondern nimmt die privaten Gesellschaften zugunsten allgemeiner, vom Staat formulierten Interessen in eine Pflicht, die notwendiger Weise zur Grundrechtsbindung dieser Gesellschaften gegenüber Dritten führen müßte: Schließlich wird die gesetzliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer und vor allem der Gewerkschaften (vgl. § 7 Abs. 2 des Mitbestimmungsgesetzes von 1976) in Unternehmensgremien in Deutschland mit der Verhinderung privater Macht gerechtfertigt, wozu nicht (nur) das Kartellrecht, sondern ein dieses sogar relativierendes Instrument einer gewerkschaftlichen „Gegenmacht“[218] eingesetzt wird. Damit deutet die gesetzliche Begründung für das Mitbestimmungsrecht auf eine erhebliche Inpflichtnahme von Privatunternehmen für öffentliche Interessen hin, die es rechtfertigt, den Grundrechtsschutz in Ansatz zu bringen, sofern sich diese Konstellation, etwa aufgrund einer ideologischen Kartellwirkung zu Lasten Dritter auswirkt. Soweit die für notwendig erachtete Kontrolle der Unternehmen jedoch nicht - wie es eigentlich naheliegend wäre - neben den Instrumenten des Kartellrechts von zuständigen Behörden, sondern aufgrund gesetzlicher Regelung von Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertretern ausgeübt wird, müßten sich die mitbestimmten Unternehmen den Grundrechtsschutz in vergleichbarer Weise entgegenhalten lassen, weil nur dadurch verhindert werden kann, daß über die Mitbestimmungsregelung eine machtpolitische Kartellwirkung der Wirtschaft stattfindet, die es ohne die gesetzliche Regelung nicht geben würde. In der Tat läßt sich die Vermutung anstellen, daß die bei Vorliegen echten Wettbewerbs kaum erklärbaren ideologischen Kündigungsaktionen nicht nur auf die Kartellwirkung des Verbandswesens[219] zurückzuführen ist, sondern auf die Verstärkung dieser Wirkung durch das System der überbetrieblichen Mitbestimmung, der ideologisch ausgerichteten Gewerkschaften gesetzlich begründeten Einfluß verschafft. Nach US-amerikanischen Systemansätzen wäre ein Mitbestimmungsrecht nach deutschen Muster im äußersten Falle nur dann erträglich, wenn der kartellrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf die Gewerkschaften[220] angewandt werden würde, womit diese zu einer partei- und ideologiepolitisch neutralen Haltung[221] verpflichtet wären. Eine Kampagne „gegen rechts“ wäre und ist den Gewerkschaften in den USA dann nämlich verboten.

Wie nach amerikanischem Recht die Zurechnung auf den Staat vorgenommen werden würde, falls eine politisch-ideologisch diskriminierende Geschäftspraxis von Privatbanken die ausdrückliche Billigung der Geheimdienste findet, kann ebenfalls nur vermutet werden, da es in den USA keinen gegen die eigenen Bürger gerichteten Inlandsgeheimdienst gibt.[222] Da man aber bereits einen derartigen Geheimdienst von vornherein als die persönliche Freiheit bedrohend ablehnt, dürfte erst recht eine Einmischung einer derartigen Behörde in privates Geschäftsgebaren, und sei sie nur kommentierender Art, abgelehnt und dem Staat zugerechnet und damit an den Grundrechten gemessen werden. In diesen Fällen erscheint für derartige Geschäfte nur die Nichtigkeitsfolge denkbar. Es fällt zumindest auf, daß die von der politischen Klasse der Bundesrepublik bewunderten „zivilgesellschaftlichen“ Klagen, die politische Gruppierungen in den Ruin treiben sollen, von staatlichen Stellen der USA nicht kommentiert

[218] Dieser Ansatz kommt zumindest in der unmittelbaren Vertretung von Gewerkschaftsvertretern in den Aufsichtsratsgremien der Privatindustrie zum Ausdruck; die bei der Gesetzesbegründung genannten Zwecke des Mitbestimmungsrechts rechtfertigen nämlich lediglich eine Vertretung der Betriebsmitarbeiter.

[219] S. dazu unter II. 4

[220] Der „leading case“ hierzu ist: Brown v. Pro Football, Inc. 518 U.S. 231, 116 S.Ct. 2116 (1996).

[221] Zur insoweit für Gewerkschaften äußerst beschränkenden US-Gesetzgebung, s. *D. Guérin*, Die amerikanische Arbeiterbewegung 1867-1967, 1970, insbes. S. 87 ff. und 131 ff. zum Taft-Hartley- und zum Landrum-Griffin-Gesetz.

[222] S. *Borgs-Maciejewski*, Verfassungsschutz im internationalen Vergleich, in: Verfassungsschutz in der Demokratie, hrsg. vom Bundesamt für Verfassungsschutz, 1990, S. 165 ff.; der innerstaatliche Einsatz des Geheimdienstes ist in den USA nur möglich, wenn er mit der außenpolitischen Gefährdungslage verbunden ist; im übrigen dürfte es in keinem westlichen Staat das geben, was dem bundesdeutschen „Verfassungsschutz“ entspricht, dieser eigenartigen Mischung aus Geheimdienst, Propagandainstrument und Ideologiepolizei.

worden sind, wohl auch um eine Zurechnung der Klageverfahren auf staatliche Stellen zu vermeiden. Damit sollte deutlich geworden sein, daß eine Berücksichtigung amerikanischer Rechtsansätze nicht zu dem Ergebnis führen, das sich „Zivilgesellschafter“ erhoffen, sondern vielmehr die in der vorliegenden Abhandlung vertretene Position bekräftigt würde.

5. Das Handeln privater Banken als staatlich beauftragte Unternehmen

Die Grundrechtsproblematik stellt sich aber in einer besonderen Weise auch im Falle wirklich privater Rechtsverhältnisse, da auch genuine Privatbanken sich den eigentlichen, im Staat-Bürger-Verhältnis geltenden Grundrechtsschutz entgegenhalten lassen müssen, wenn sie im staatlichen Auftrag tätig sind oder von staatlichen Organen in Pflicht genommen sind.

a) Auftragsverhältnis durch Beleihung und sonstiger Inpflichtnahme

Handeln private Organisationen, wie Geschäftsbanken im staatlichen Auftrag, müssen sie sich so behandeln lassen, als würden die Grundrechte unmittelbar im Verhältnis zwischen Banken und Kunden anwendbar sein. In der allgemeinen Verwaltungslehre ist insoweit die Figur des beliehenen Unternehmers entwickelt worden. Dabei handelt es sich um ein privates Unternehmen, das mit staatlichen Aufgaben und auch mit staatlichen Befugnissen betraut worden ist.[223] Dieser Fall liegt hier jedoch nicht vor, da die Banken nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind, sondern sich weiterhin privatrechtlich betätigen, zumal sich ja auch die staatlichen Unternehmen Sparkassen und Postbank als Privatrechtssubjekte gerieren.

Neben der Figur des Beliehenen oder beliehenen Unternehmens gibt es allerdings auch die Figur des Verwaltungshelfers, der als Privatrechtssubjekt aufgrund konkreter staatlicher Anweisungen im öffentlichen Auftrag tätig wird. Die ostentative Berufung bei den politisch-ideologischen Kündigungen auf staatliche Berichte, die rechtlich eigentlich unverbindlich sind, spricht für die Vermutung, daß bei den entsprechenden Kündigungen von Girokonten ein Verhalten gegeben ist, das sich auf Weisung oder dringende „Empfehlung“ seitens staatlicher Organe zurückführen läßt. Dieser Eindruck wird durch die öffentliche Billigung dieser „zivilgesellschaftlichen“ Geschäftsmethoden durch die öffentlich in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdienste bestätigt, was den begründeten Verdacht aufwirft, daß die Banken im Interesse und Auftrag staatlicher Einrichtungen, wie der Inlandsgeheimdienste die Kündigungen tätigen (werden) oder sich Vorteile etwa bei der staatlichen Auftragsgabe versprechen. In diesem Falle müßten sich die Banken so behandeln lassen, als würde der Staat selbst handeln.

Trotzdem bleiben, neben der Beweisproblematik (einschließlich der Beweislastverteilung), Zweifel, ob von einem Verwaltungshelfer gesprochen werden kann, da dieser in der Regel, wie etwa im Falle des Schülerlotsen, öffentlich-rechtlich handelt und damit eine Aufgabe vornimmt, die eigentlich ein öffentlich Bediensteter vornehmen müßte. Die Banken handeln jedoch weiterhin als Privatrechtssubjekte.

[223] S. dazu *Maurer*, a.a.O., S. 494, 582 ff. .

b) Gebot der analogen Grundrechtsgeltung bei Freier Initiative Privater

Allerdings wird zunehmend als neue Form der indirekten staatlichen Verwaltung auch die Freie Initiative Privater als neues Rechtsinstitut[224] eingeführt. Die Berechtigung dieses Rechtsinstituts wird damit begründet, daß private Verbände verstärkt aus eigener Initiative und eigenen Mitteln verschiedene Aufgaben wahrnehmen, die im öffentlichen Interesse liegen und die ansonsten die Staatsverwaltung unmittelbar wahrnehmen müßte. Das öffentliche Interesse ist zumindest dann nachgewiesen, wenn die Tätigkeit staatliche Anerkennung, insbesondere im Wege von Subventionen findet. Ein staatliches Interesse - dessen Rechtmäßigkeit als solches hier dahin zunächst gestellt bleiben kann - an der Bekämpfung des „Rechtsextremismus" ist unverkennbar, wie nicht zuletzt die „Einrichtung einer Geschäftsstelle des Bündnisses für Demokratie und Toleranz" durch das Bundesinnenministerium zeigt,[225] womit Initiativen zur Bekämpfung „rechtsextremistischer und fremdenfeindlicher Phänomene"(!)[226] staatlich mit erheblichen Mitteln gefördert werden sollen. Ein entsprechendes öffentliches Interesse ist jedoch nur rechtmäßig, wenn es vor dem zwingenden Verfassungsrecht bestehen kann und sich insbesondere nicht gegen Grundrechte richtet. Andernfalls liegt entweder kein verfassungsrechtlich zu rechtfertigendes legitimes gesellschaftspolitisches Handeln Privater vor oder es muß bei Auswirkung auf die Rechtsstellung Dritter der unmittelbaren Grundrechtsgeltung unterworfen werden, um dieses Interesse zumindest in den Auswirkungen rechtsmäßig zu machen. Deshalb hat das Bundesverwaltungsgericht[227] zu recht die Warnung vor „Jugendsekten" durch einen privaten Verein, der staatlich zu diesem Zwecke gefördert worden ist, an Grundrechten (hier Art. 4 GG) gemessen.

Die gleichen Erwägungen müssen im Ergebnis gelten, wenn sich Banken gegenüber Kunden so gerieren, als wären sie staatliche Einrichtungen, insbesondere wenn dabei der begründete Verdacht besteht, daß die Privatunternehmen tatsächlich im staatlichen Auftrag oder auf behördliche „Anregung" handeln. Dieser Anschein wird angesichts der Existenz staatlicher Einrichtungen, wie der „Toleranzbehörden", die solches Handeln ermutigen, verstärkt. Dieser Anschein wird weiterhin durch ein Verhalten unterstrichen, das für marktbeherrschendes Verhalten typisch ist, welches wiederum nach dem Kartellrecht verboten ist. Bei einem effektiven Wettbewerb würden die Banken aller Wahrscheinlichkeit aus ideologisch-politischen Gründen keine Kündigungen aussprechen, weil sie dabei unnötiger Weise Kunden verlieren ohne effektiv andere Kunden zu gewinnen.[228] Eine Schule der Wettbewerbstheorie[229] geht ohnehin von der Annahme aus, daß wettbewerbswidriges Verhalten von Unternehmen, also der - gemessen an dem von der Zivilrechtsordnung vorausgesetzten Maßstab[230] - mißbräuchlichen Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte, wie Kündigungen, weitgehend wenn nicht gar ausschließlich aufgrund staatlicher und damit politischer Interventionen in den Wirtschaftsablauf zu erklären ist. In der Tat kann behauptet werden, daß sich Kartelle nur deshalb längere Zeit behaupten konnten, weil sie von der Regierung für politische Zwecke instrumentalisiert worden sind. Dabei wurden den Kartellen zeitweise, etwa in Not- und

---

[224] S. *Maurer*, a. a. O., S. 585 f.
[225] S. Bek. d. BMI v. 23. 6. 2000 - Z 2 a - 006 105 BVA/232 - GMBl. Nr. 23, 2000, S. 460.
[226] S. „Xenos" will Toleranz fördern, in: *FAZ* vom 17. 10. 2000, sowie: Bundesregierung will Initiativen gegen Rechtsextremismus finanziell fördern, in: *ebenda;* inwieweit dabei eine neue Quelle „demokratischer", d.h. diskriminierender Parteienfinanzierung erschlossen wird, bleibt zu untersuchen.
[227] Sog. Osho-Urteil: BVerwGE 90, 112, 118 ff.
[228] S. dazu unter II. 4. b).
[229] Insbesondere die sog. Chicago-Schule; s. dazu *P. Hay*, Einführung in das US-Amerikanisches Recht, 2000, Rdnr. 538.
[230] S. dazu noch unter IV. 4 c) aa).

Kriegszeiten, aber auch als Sozialisierungsersatz[231] Aufgaben übertragen, die ansonsten staatliche Stellen hätten wahrnehmen müssen. Da vom Staat geförderte oder zumindest geduldete Kartelle Instrument der Politik darstellen, finden kartellrechtliche Regelungen, wie etwa der wettbewerbsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. § 20 GWB), eine tiefere verfassungsrechtliche Begründung. Man wird diesen Gleichbehandlungsgrundsatz dann in der Tat in Analogie zum grundrechtlichen Diskriminierungsverbot verstehen müssen.

Deshalb erscheint es geboten, Unternehmen wie private Geschäftsbanken, die sich eines „gesellschaftspolitischen Auftrages" berühmen, so zu behandeln als würde der Staat selbst handeln. Zumindest trifft dieses Postulat für den Fall zu, daß staatliche Stellen erkennbar, und sei es nur zustimmend kommentierend, Einfluß auf das diskriminierende Geschäftsgebaren nehmen. Bei kartellartigem Zusammenwirken der Unternehmen gegenüber Kundengruppen, das die ausdrückliche Billigung politischer Kräfte der „Zivilgesellschaft" findet, ist dies allemal anzunehmen. Zumindest unter diesen Bedingungen müssen gegen Kunden gerichtete Rechtsgeschäfte unmittelbar oder zumindest analog am Maßstab der Grundrechte gemessen werden. Dies kann nur zur Annahme der Rechtswidrigkeit der hier untersuchten Kündigungen durch die Privatbanken führen, selbst wenn diesen die Grundrechte der Kunden an sich nicht in der Weise entgegengehalten werden könnten, wie dies bei den staatlichen Banken Sparkassen und der Deutschen Post AG der Fall ist.

Im Ergebnis ist damit der US-amerikanischen Rechtsprechung zur Bekämpfung der Rassendiskriminierung im Bereich des Zivilrechts im Falle einer auch nur minimalen staatlichen Einflußnahme bei diesen Geschäften zu folgen und konsequenter Weise auf die weltanschaulich-politische Diskriminierungen oder Diskriminierungsversuche bundesdeutscher Provenienz zu übertragen. Die normative Gleichstellung dieser Diskriminierungsaspekte erklärt sich bei Anwendung des deutschen Rechts wiederum daraus, daß Art. 3 Abs. 3 GG beide Formen der Diskriminierung auf die gleiche Ebene stellt. Verboten ist nicht nur eine Diskriminierung wegen „brauner Haut", sondern auch wegen (angeblich oder sogar tatsächlich vorliegend) „brauner Gesinnung".

[231] So etwa im national-sozialistischen Regime, das zwar Totalsozialisierungen nach Sowjetart abgelehnt hat, aber etwa über staatliche Zwangskartelleierung eine Inpflichtnahme formal privater Unternehmen bewerkstelligt hat, die einer Sozialisierung nahe gekommen ist.

IV.
Sittenwidrigkeit als eigentlicher Prüfungsmaßstab der Instrumentalisierung des Zivilrechts zu politischen Zwecken

Wie einleitend hingewiesen, stellt die politisch-ideologisch motivierte Kündigung von Konten gegnerischer Organisationen nur ein Element eines angedachten umfassenderen Konzeptes dar, das Zivilrecht als Kampfmittel der „Zivilgesellschaft" „gegen rechts" auszubauen.[232] Dieses doch komplexere Konzept einer privatrechtlich ausgerichteten politischen Diskriminierungspolitik, die an die Stelle zulässiger oder gar unzulässiger staatlicher Maßnahmen treten soll, erfordert eine weitere Darlegung der Rechtslage, was dazu nötigt, auf die Grundlagen des Zivilrechts und dessen Stellung im Verfassungsrecht systematisch einzugehen.

Auch bleibende Zweifel an der unmittelbaren Grundrechtsgeltung bei Vorliegen eines wirklichen Privatrechtsverhältnisses Bank-Kunde beim Girovertrag gebieten eine weitere Analyse der Rechtslage.

1. Argumente gegen die Anwendung des grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes im (echten) Privatrechtsverhältnis

Zum Ausgangspunkt dieser weitergehenderen, aber auch für das volle Verständnis der Rechtswidrigkeit der politisch-ideologisch motivierten Kontenkündigungen notwendigen Betrachtungen können die grundsätzlichen Bedenken genommen werden, die aus traditioneller Sicht gegen die Anwendung des Verfassungsrechts auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse vorgebracht werden. Diese Position ist gegen die hier nachvollzogene Argumentationsmethodik der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als solche gerichtet. Auf diese Argumentation ist im vorliegenden Fall im Bereich der Kündigung seitens wirklicher Privatbanken einzugehen - während im Hinblick auf Sparkassen und Deutsche Bank AG die Untersuchung bereits zugunsten der ideologie-politisch diskriminierten Organisationen abgeschlossen ist.

a) Gefahr der Abschaffung der Privatautonomie

Diese noch anzustellenden grundsätzlichen Erwägungen müssen allerdings nicht unbedingt - wie noch zu zeigen ist - in der Beurteilung der zivilgesellschaftlichen Kampfmethoden auf ein anderes Ergebnis hinauslaufen als es aufgrund der grundrechtlichen Bewertung gewonnen worden ist. Vielmehr kann ein entsprechendes Verständnis der Rechtsordnung die Verurteilung der hier zu prüfenden Kündigungen sogar größere Plausibilität verleihen als die vielleicht doch etwas kurzschlußartige Beurteilung privatrechtlicher Gestaltungsakte an Grundrechtsnormen.

Die Gegenposition zur Bewertung privatrechtlichen Handelns an Grundrechtsnormen, derzeit eine vor allem von Zivilrechtlern formulierte Mindermeinung, geht davon aus, daß Grundrechte im Bereich der wirklichen privaten Vertragsgestaltung *nicht* gelten.[233] Da Grundrechte im Privatrechtsverhältnis nicht gelten, weder unmittelbar, noch mittelbar, kann danach Rechtsgeschäften, wie etwa der Kündigung, kein Grundrecht als Argument entgegengehalten

[232] S. die genannten Aufsätze des sächsischen Ministerpräsidenten *Biedenkopf* (CDU) und des linksstehenden *U. Preuß*, jeweils in der liberal-konservativen FAZ; zu diesem Konzept auch die Warnung von *Ladeur*, a.a. O.
[233] Nachdrücklich vertreten von *Zöllner*, a. a. O., sowie *ders*., Die politische Rolle des Privatrechts, in: *JuS* 1988, S. 329 ff.

werden. Auf der Grundlage dieser Position ergeben sich Zweifel vor allem dahingehend, das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot mit den Ausstrahlungen auf die Garantie von Meinungs- Vereinigungs- und Religionsfreiheit unmittelbar auf Privatrechtsverhältnisse anzuwenden, zumal dies der Struktur des Diskriminierungsverbotes entsprechend die Anzahl der Fälle erheblich erhöht, in denen die Nichtigkeit privatrechtlicher Rechtsgestaltungen anzunehmen ist. Damit besteht die Gefahr, daß sich zumindest die unmittelbare Anwendung der Grundrechte, insbesondere des Diskriminierungsverbotes auf Privatrechtsverhältnisse gegen die Privatautonomie als solche auswirkt[234] und damit auch die Funktionsweise des Wettbewerbsprinzips negiert wird.

Die die Privatautonomie konstituierende Vertragsfreiheit setzt nämlich gewissermaßen geradezu das Recht von Bürgern zur Diskriminierung voraus, weshalb zu recht die Position vertreten worden ist, daß eine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung sich für das vom Grundsatz der Privatautonomie beherrschte bürgerliche Recht weder aus Art. 3 GG noch aus § 242 BGB ableiten[235] lasse. Andernfalls könnte der Bürger im Extremfall ohne Rechtfertigungsverpflichtung für seine Entscheidung keine unterschiedlichen Kaufoptionen mehr ausüben, sondern wäre einem generellen Kontrahierungszwang unterworfen. Dagegen gebietet die Vertragsfreiheit, daß es keinem verwehrt werden darf, seine Optionen auch von parteipolitischen Wertungen oder „Vorurteilen“ bestimmen zu lassen. Selbstverständlich kann es auch keinem Bürger verwehrt werden, daß er aus rassischen Vorurteilen die Wahl seines Ehe- oder Lebenspartners beschränkt. Es würde auf eine völlige Perversion hinauslaufen, diese Entscheidung den Diskriminierungsverboten des Artikels 3 Abs. 3 GG zu unterwerfen und daraus - im Sinne eines „umgekehrten Rassismus“ - ein Eheschließungshindernis bei Gleichrassigkeit der angehenden Ehepartner abzuleiten.[236] Auch im Bereich der aus der Garantie des Erbrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) folgenden Testierfreiheit wird man einem Erblasser das Recht zugestehen müssen, bei seinen Kindern nach Geschlecht, rassischer Zugehörigkeit des Ehepartners oder religiöser Einstellung zu diskriminieren. Immerhin hat der BGH noch bei einer komplizierten Erbregelung durch die Satzung einer Stiftung, die auf eine Bevorzugung männlicher gegenüber weiblichen Erben hinausgelaufen ist, keinen Verstoß gegen § 138 BGB gesehen.[237] Allerdings hat der BGH es ausdrücklich offen gelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein allgemeiner Ausschluß aller weiblichen Abkömmlinge zugunsten aller männlichen gegen § 138 BGB[238] verstoßen würde.

b) Gefahr einer totalitären Grundrechtsentwicklung

[234] Dies ist etwa die durchaus berechtigte Befürchtung von *Spieß*, Inhaltskontrolle von Verträgen - das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?, in: *DVBl.* 1994, S. 1222 ff.
[235] S. BayObLG *NJW* 81, 1277.
[236] Die US-amerikanische Rechtsordnung hat auf Bundesstaatenebene lange Zeit Ehehindernisse aus rassischen Gründen aufgestellt und dies mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz für vereinbar angesehen; Nachweise bei *Heinrich Krieger*, Das Rassenrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1936; da in der Bundesrepublik Deutschland aus bewältigungspolitischen Gründen des öfteren ein „umgekehrter Rassismus“ propagiert wird, wäre die Errichtung eines Ehehindernisses bei „Gleichrassigkeit“ durchaus naheliegend: Nach den Erkenntnissen des NRW-Geheimdienstes soll es in der Tat „verfassungsfeindlich“ sein, Thailänderinnen sexuell unattraktiv zu finden (s. NRW-VS-Bericht 1996 über das Jahr 1995, S. 140); in der geheimdienstlichen Fairständnis-Kampagne der Innenminister wird gezeigt, wie ein (deutscher) Junge ein Negermädchen küßt: Wer dies nicht tun will, scheint Verfassungsfeind zu sein, im Gegensatz zu demjenigen, welcher behauptet, Blondinen unattraktiv zu finden und mit diesen sexuell nichts zu tun haben zu wollen: Die Menschenwürde oder „das Menschenbild des Grundgesetzes“, welches zunehmend multirassistisch verstanden wird, scheint dabei wohl nicht verletzt zu sein.
[237] BGHZ 70, 313, 324 ff.
[238] Zu diesen Bestimmung nachfolgend unter IV. 3.

Gerade auch im Bereich politischer Wahlen kann es einem Bürger nicht verwehrt werden, die eine Partei, aus welchen Gründen auch immer, etwa wegen (angeblich) zu großen jüdischen Einflusses zu „diskriminieren“ und die andere durch seine Stimme zu „privilegieren“. Auch darf er aufgrund der Meinungsfreiheit kundtun, aus welchen Gründen er seine Wahloption so und nicht anders ausübt. Wäre dieses verboten, ergäben sich erhebliche Zweifel, ob entsprechende Wahlen der Konzeption der Demokratie entsprechend als „frei“ bezeichnet werden können. Auch wäre das grundlegende, vom Bundesverfassungsgericht dem Prinzipienkatalog der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zugeordnete Verfassungsprinzip des freien Parteienwettbewerbs nicht zu verwirklichen, wenn es Parteien, Vereinen oder Religionsgesellschaften aus Gleichheitsgründen verwehrt werden würde, „Ungläubige“ als Mitglieder abzulehnen oder auszuschließen. Deshalb ist rechtlich - vorbehaltlich der sich aus der Mitbestimmungskonzeption ergebenden möglichen Beschränkungen[239] - auch nichts gegen die Entscheidung von Gewerkschaften zu sagen, Mitglieder „extremistischer Organisationen“ auszuschließen,[240] weil den Gewerkschaften als privaten Organisationen keine Neutralität in parteipolitischer, religiöser oder weltanschaulicher Hinsicht[241] obliegt.

Möglicherweise ist die Vorstellung einer sog. „inneren Pressefreiheit“, die Mitarbeiter dem privaten Herausgeber einer Zeitung entgegenhalten können sollen, von der Drittwirkungsanordnung des Art. 118 WRV beeinflußt.[242] Jedoch würde diese „innere Pressefreiheit“, d.h. die Anwendung des verfassungsrechtlichen Zensurverbotes nach Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG gegenüber dem Herausgeber einer Zeitung durch einen Mitarbeiter und dabei die Anwendung des Grundrechtsschutzes im Bereich des entsprechenden Privatrechtsverhältnisse die aus dem Recht der Meinungsfreiheit sich ergebende Einrichtung von sog. Tendenzbetrieben (vgl. § 118 des Betriebsverfassungsgesetzes) grundsätzlich bedrohen, weshalb die Forderung nach einer „inneren Pressefreiheit“ und damit die Unterminierung des vom Eigentümer selbstbestimmten weltanschaulichen Tendenzcharakters einer Zeitung nicht verfassungsgemäß sein kann. Wäre es anders, müßte auch entgegen der Garantie der Art. 9 und 4 GG nicht nur die doppelte oder mehrfache Parteimitgliedschaft oder Religionszugehörigkeit zugelassen oder gar staatlich erzwungen werden, sondern es müßten im Extremfall zur Vermeidung der politischen „Diskriminierung“ entsprechend der Pervertierung des Gleichheitssatzes durch Art. 6 DDR-Verfassung von 1949 Einheitslisten der „Demokraten“ vorgesehen werden, die „Diskriminierungen“ der Bürger im Wahlverhalten und im Wahlkampf zum Ausdruck gebrachte „Boykotthetze gegen demokratische Politiker“,[243] von vornherein ausschließen. Insbesondere müßte logischer Weise die verfassungsrechtliche Garantie der Meinungsfreiheit erheblich reduziert werden, wenn die entsprechenden Auffassungen der Bürger, warum sie bei der Wahl des Ehepartners, der Religionszugehörigkeit oder der politischen Wahl entsprechend „diskriminieren“, staatlicherseits am Maßstab des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes oder - genereller - der Verfassungsordnung mit Sanktionsfolge beurteilt würden. Anstelle des Rechts nach Art. 5 Abs. 1 GG, seine Meinung „frei“ zu äußern, gäbe es dann lediglich ein Recht, das in Anlehnung an Art. 27 der DDR-

[239] S. insofern die Ausführungen zum US-amerikanischen Recht unter III 4 d); sowie nachfolgend unter IV 5. b) bb).
[240] S. BHG *NJW* 1973, 35: Ausschluß eines NPD-Landtagsabgeordneten rechtmäßig; ebenso BGH *NJW* 1991, 495: Rechtmäßigkeit wegen Unvereinbarkeit der Gewerkschaftsmitgliedschaft mit Funktion in der Marxistisch-Leninistischen Partei; allerdings nimmt sich damit der Anspruch der DGB-Gewerkschaften, alle Arbeitnehmer der jeweiligen Branche zu vertreten, nicht besonders glaubwürdig aus; zu gebotenen Schranken dieser Freiheit aufgrund der gesetzlichen Mitbestimmungsregelung nachfolgend unter IV. 5. b) bb) und cc).
[241] S. *Scholz*, in: Maunz / Dürig / Herzog / Scholz (MDHS), Grundgesetzkommentar Rdnr. 219 zu Art. 9.
[242] So zumindest die Annahme von *Schwerdtner*, MüKo, Rdnr. 331 zu § 622 Anh.
[243] Zum entsprechenden Strafrecht der SBZ/DDR s. die Darstellung von *Wolfgang Schuller*, Das politische Strafrecht in der DDR 1945-1955, Hamburg 1968, insbesondere S. 56 - 101.

Verfassung von 1968 darauf hinausliefe, seine Meinung nur den Verfassungsprinzipien entsprechend (bundesdeutsch: „freiheitlich“) äußern zu können.[244]

Dies macht deutlich, daß bei der (unmittelbaren) Anwendung von Grundrechtsnormen im Bürger-Bürger-Verhältnis durchaus Vorsicht geboten ist, soll der Grundrechtsschutz gerade unter dem Ansatz, ihn über das Staat-Bürger-Verhältnis hinausgehend zu verwirklichen, noch dazu mit dem „Menschenrechten“ anhaftenden Pathos nicht völlig in sein Gegenteil verkehrt werden: Eine Gefahr des Grundrechtsgedanken, die bereits in der Französischen Revolution aufgetreten ist und dabei mit einer inneren Folgerichtigkeit, die erschrickt, von der Grundrechtserklärung zum *terreur* geführt hat.[245]

2. Die verfassungsrechtliche Verankerung der Privatautonomie

Das grundlegende Problem des Verhältnisses von Zivilrechtsordnung und Grundrechten besteht darin, daß die Frage der verfassungsrechtlichen Verankerung der Vertragsfreiheit eigentlich noch nicht überzeugend geklärt worden ist.[246] Anders als mit Art. 152 der Weimarer Reichsverfassung (WRV), ohnehin die gegenüber dem Grundgesetz von Ansatz her bessere Verfassung, ist im Grundgesetz nämlich keine ausdrückliche Regelung über die Vertragsfreiheit getroffen.

a) Grundrechtliche Ableitung und Schrankenbestimmung

Im Zweifel wird die Privatautonomie der Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Artikel 2 GG[247] entnommen. Da dieses Grundrecht als „Auffanggrundrecht“ allerdings ziemlich „schwach“ ist, d.h. im Zweifel anderen irgendwie verfassungsrechtlich legitimierbaren Interessen zu weichen hätte, wird die Privatautonomie zunehmend als Substrat verschiedener grundrechtlicher Berechtigungskomplexe verstanden.[248] Neben Artikel 2 GG hat danach die Privatautonomie in den Artikel 12 GG (Berufsfreiheit), 14 GG (Eigentum) und 9 GG (Vereinigungsfreiheit zur Gründung wirtschaftlicher Gesellschaften) irgendwie eine verfassungsrechtliche Grundlage. Zusätzlich wäre nach der Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuches, die auch das Familien- und Erbrecht erfaßt, noch Artikel 6 GG und Artikel 14 hinsichtlich der Garantie des Erbrecht zu nennen, um die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatautonomie und damit der Vertragsfreiheit auf der grundrechtlichen Ebene umfassend zu bestimmen.

---

[244] Das Verbot von Vereinen aufgrund der Vertretung falscher ideologischer Ansichten, wie es für die bundesdeutsche Rechtspraxis kennzeichnend ist, ist in der Tat nur auf einer ähnlichen Konzeption möglich wie sie dem Grundrechtsverständnis kommunistischer Staaten zugrunde gelegen ist; vgl. dazu die Fragestellung bei *E.-W. Böckenförde*, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967, S. 48 f., 104 f.

[245] Deshalb ergeben sich erhebliche Bedenken gegenüber dem Ansatz des BVerfG, Grundrechte als „Werte“ zu begreifen; in der Bundesrepublik haben diese Bedenken allerdings nur *C. Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie, FS für *Ernst Forsthoff*, Stuttgart 1967, S. 37 ff. und *E. Forsthoff*, Zur heutigen Situation der Verfassungslehre, in: Epirrhosis, FS für *Carl Schmidt*, 1968, S. 185 ff. - bislang unwiderlegt - geäußert.

[246] Man vergleiche nur die widersprüchlichen Aussagen des CDU-Verfassungspolitikers *Scholz*, wiedergegeben bei *Höfling*, a.a.O., S. 13 Fn. 78 mit jeweiligen Nachweisen: „Scholz selbst sagt zwar, die Vertragsfreiheit sei „sicherlich grundrechtlich geschützt“; doch seine zum Teil widersprüchliche (z.B. die Vertragsfreiheit genieße nur den „mittelbaren Schutz“ einerseits und sie sei „unmittelbarer Ausfluß der Berufsfreiheit“ andererseits, vor allem seine unklare Terminologie (z. B. der „grundrechtspezifischen und zugleich grundrechtsannexe Rang der Vertragsfreiheit“) bereitet den Boden für „Auffassungen, wonach die Vertragsfreiheit grundrechtlich überhaupt nicht geschützt sei“.

[247] S. Nachweise bei *Höfling*, a.a.O., S. 6 ff.

[248] S. dazu ausführlich die Monographie von *Höfling*, a. a. O., insb. S. 11 ff.

Aus den Schranken der einzelnen Grundrechte werden dann die gesetzlich möglichen Beschränkungen der Vertragsfreiheit abgeleitet. So steht die allgemeine Handlungsfreiheit nach Artikel 2 Abs. 1 GG unter dem Vorbehalt der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes. Die Berufsfreiheit unter Einschluß der Gewerbefreiheit steht unter der Regelungsbefugnis des Staates nach Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG und schließlich unterliegt das Eigentumsrecht der Schranken- und Inhaltsbestimmung des Gesetzgebers nach Artikel 14 Abs. 1 Satz 2 GG; es steht zudem unter dem Gemeinwohlvorbehalt von Artikel 14 Abs. 2 GG und unterliegt der gesetzlichen Möglichkeit der Sozialisierung nach Artikel 15 GG. Die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG, die auch die Bildung von wirtschaftlichen Vereinigungen, wie Kapitalgesellschaften schützt, steht unter dem Vorbehalt der Einhaltung strafrechtlicher Vorschriften und der Verbotsmöglichkeit wegen Verstoßes gegen die verfassungsmäßige Ordnung. Dem letzteren Merkmal ist auch der institutionelle Charakter dieses Grundrechts zuzuordnen, weshalb etwa der gesetzlich angeordnete Formenzwang im Gesellschaftsrecht[249] unproblematisch erscheint, zumal dieser zum Schutz von Dritten auch geboten ist: Wenn die Rechtsordnung neben natürlichen Personen auch noch juristische Personen mit eigenen Rechten ausstattet, dann wirken sich die damit statuierten Haftungsbeschränkung zu Lasten dieser Dritten, also potentiell aller anderen aus. Von entscheidender Bedeutung ist Artikel 19 Abs. 3 GG, der zwar die Grundrechtsfähigkeit auf juristische Personen ausdehnt, diese Erstreckung aber nur modifiziert vornimmt.[250]

Das Bündel unterschiedlicher Schrankenziehungen, das sich daraus ergibt, bereitet der Bestimmung der Grenzen der Vertragsfreiheit doch einige Probleme und erlaubt dann auch, jede Position durch fast beliebige Gegenargumente zu widerlegen, so daß man der Rechtsprechung den Dezisionismus nachsehen muß. Wenn etwa gegenüber der unmittelbaren Überprüfung zivilrechtlicher Gestaltungsakte am Maßstab von Grundrechten eingewandt wird, daß Art. 2 Abs. 1 GG zwar die Vertragsfreiheit gegenüber dem die Vertragsfreiheit einschränkenden Gesetzgeber schützt, aber nicht der Vertragsfreiheit selbst Grenzen setze,[251] dann kann dem leicht entgegengehalten werden, daß die Freiheit nach Art. 2 Abs.1 GG von vornherein unter dem Vorbehalt der Rechte anderer steht. Soweit diese „Rechte“ auch Grundrechte erfassen, wie es überwiegend angenommen wird, stellt die häufig als *magna charta* der Vertragsfreiheit ausgegebene Grundrechtsnorm von Art. 2 Abs. 1 GG geradezu die verfassungsgesetzliche Positivierung der unmittelbaren Einschränkung der Vertragsfreiheit durch entgegenstehende Grundrechte dar, eine Situation, die im Privatrechtsverhältnis fast immer vorliegen dürfte. Allerdings bleibt dann wieder offen, wie die entgegenstehenden Grundrechte abzuwägen sind und welchen der Grundrechte unter welchen Umständen ein größeres Gewicht beizumessen ist. Zur Vermeidung eines (zu) beliebigen Dezisionismus ist es dann zwingend geboten, einen Maßstab zu finden, der eine Beurteilung des Wertes des jeweiligen Grundrechts bei den typischen Konfliktlagen, die mit der Privatautonomie verbunden sind, erlaubt.

b) Privatautonomie als Verfassungsprinzip

Es bietet sich an, die Auflösung des Konflikts konkurrierender Rechte, die auf der Ebene einer gewissermaßen horizontaler Abwägung mit der Gefahr einer mehr oder weniger großen

[249] Das BVerfG hat allerdings im Mitbestimmungsurteil (E 50, 290, 355 f.) offengelassen, ob Art. 9 Abs. 1 GG auf mitbestimmte Kapitalgesellschaften Anwendung findet und den entsprechenden Konfliktfall dem Art. 14 GG (Eigentum / Enteignung) zugerechnet.
[250] S. dazu unter III. 4. c) aa).
[251] So *Zöllner*, Regelungsspielräume, S. 36.

Beliebigkeit verbunden ist, in Verfassungsprinzipien zu suchen, die gewissermaßen eine vertikale Strukturierung der (scheinbar) konfligierenden Grundrechte erlauben.

aa) Die Funktion von Verfassungsprinzipien

Derartige Verfassungsprinzipien sind sicherlich den Grundrechtsgewährleistungen verwandt, aber mit diesen nicht identisch. Vielmehr müssen umgekehrt bei der Erschließung der Reichweite grundrechtlicher Gewährleistungen diese allgemeinen Rechts- und Verfassungsprinzipien herangezogen werden. Diese Prinzipien sind als Strukturprinzipien der staatlichen Ordnung den Grundrechten gewissermaßen vorgelagert und determinieren daher den Inhalt der Grundrechte, wie allerdings auch umgekehrt positivierte Grundrechte zum Verständnis der Verfassungsprinzipien beitragen. Insofern wird durch die Ablehnung einer Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis qua Grundrechte „nicht der Selbstverständlichkeit widersprochen, daß im Rahmen der Konkretisierungsoperationen bei der Anwendung von Generalklauseln allgemeine Prinzipien und Wertüberlegungen mit zum Tragen kommen und daß bei der Gewinnung solcher Prinzipien und bei der Konstatierung von Werten die Grundrechte eine argumentative Rolle spielen können. Dabei geht es aber nicht um die Geltung von Grundrechten als Normen, weder unmittelbar noch mittelbar, was immer das letztere überhaupt sein sollte."[252]

Würden sich bestimmte grundlegende juristische Problemfelder, wozu auch die hier zu behandelnde Problematik gehört, auf eine bloße Grundrechtsfrage reduzieren lassen, hätte das Bundesverfassungsgericht etwa bei seiner programmatischen Definition der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung"[253] nicht zu Verfassungsprinzipien[254] greifen müssen, sondern hätte sich mit dem Verweis auf - einschlägige - Grundrechte und deren Schranken begnügen können. Trotz Art. 3 GG hat das BVerfG etwa den Verfassungsgrundsatz der „Chancengleichheit aller politischen Parteien mit dem Recht auf Bildung politischer Opposition" entwickelt, der dem speziellen Grundrecht übergeordnet ist und deshalb auch nicht voll in diesem aufgeht: Das Prinzip der Chancengleichheit der Parteien und politischen Strömungen setzt nämlich über die Verwirklichung des Grundrechts des Art. 3 GG hinausgehend, bzw. dieses in einer bestimmten Weise strukturierend, etwa das Prinzip der weltanschaulichen Neutralität des Staates gegenüber allen politischen Strömungen voraus, was bedeutet, daß Staatsorgane als solche die Auffassungen der Bürger nicht amtlich bewerten dürfen.[255] Wie in der insoweit grundlegenden Entscheidung zur Regierungspropaganda[256] erkannt, sichert allein diese staatliche Neutralität gegenüber allen politischen Strömungen den freien Charakter demokratischer Wahlen. Diese staatliche Neutralitätsverpflichtung läßt sich aber nicht eindeutig dem Grundrecht des Art. 3 GG entnehmen, sondern ist im Zusammenhang mit einer bestimmten Demokratiekonzeption[257] zu verstehen, die wiederum etwa den Art. 21

---

[252] S. *Zöllner*, a.a.O., S. 7.

[253] So in den Parteiverbotsentscheidungen; erstmals BVerfGE 2, 1 ff., 12 f.

[254] Zur Problematik derselben, s. *Herbert Krüger*, Der Verfassungsgrundsatz, in: FS für Ernst Forsthoff, 1981, S. 507 ff.; die Problematik ist vor allem dann gegeben, wenn die Verfassungsprinzipien zu Bekenntnisnormen transformiert werden, was dazu führt, daß man „die Verfassung" verletzen kann, ohne den Buchstaben eines Gesetzes verletzt zu haben; diese Bekenntnisnormen richten sich dann vor allem gegen die Meinungsfreiheit, wodurch Art. 5 GG methodisch der Garantie der Meinungsfreiheit nach Art. 27 der DDR-Verfassung von 1968/72 angenähert werden kann, wonach dem Bürger nur „verfassungstreue" Auffassungen erlaubt sind.

[255] Aus diesem Grunde zur Verfassungswidrigkeit der Verfassungsschutzberichte, insbesondere die Verwendung des ideologischen Extremismus-Begriffs, s. *Schüßlburner*, Amtliche Ideologiekontrolle durch verfassungswidrige Verfassungsschutzberichte, in: *Knütter / Wickler*, Der Verfassungsschutz. Auf der Suche nach dem verlorenen Feind, 2000, S. 155 ff.

[256] S. BVerfG *DÖV* 1977, S. 282 f., mit Anmerkung von *Seifert*, S. 288 ff.

[257] Die umfangreiche Studie von *Karl-Rudolf Lipphard*, Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt. Kritische Studie zur Wahl- und Parteienrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, 1975, s. S. 47 ff., sieht das Prinzip der Chancengleichheit politischer Parteien nur gewährleistet, wenn dieses auf

und 20 GG zu entnehmen ist. Im Grundgesetz findet man die Elemente Grundrecht und verwandtes Verfassungsprinzip etwa bei der Garantie der „politischen Willensbildung des Volks“ nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG, wobei letzteres nicht identisch mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG ist, wenngleich selbstverständlich ein - allerdings nicht in alles Aspekten zwingender - Zusammenhang besteht: So konnte der „Obrigkeitsstaat“ durchaus die Meinungsfreiheit garantieren (s. Art. 27 der Preuss. Verfassungsurkunde von 1850 und das Reichspressegesetz von 1874), jedoch hätte er sich schwer getan, die politische Willensbildung des Volks als Verfassungsprinzip anzuerkennen, da dies doch zu sehr mit den Prinzipien Demokratie und Volkssouveränität verbunden ist, die der Konstitutionalismus nicht (ausdrücklich) anerkannt hat. Insofern kommen in Verfassungsprinzipien die grundlegenden Verfassungsstrukturen zum Ausdruck, die Grundrechten eher vorgelagert sind, als daß umgekehrt die Grundrechte Verfassungsprinzipien bestimmen.

Allerdings kann der Rekurs auf - möglicherweise erfundene[258] - Verfassungsprinzipien das Ergebnis der Rechtsauslegung noch beliebiger machen als die gegenseitige Relativierung von Grundrechten bei Anwendung im Verhältnis von Privatpersonen oder als konfligierende „Werte“. Deshalb ist bei der Suche nach derartigen Verfassungsprinzipien besondere Vorsicht an den Tag zu legen. Im Falle der Privatautonomie als Verfassungsprinzip kann davon ausgegangen werden, daß der Ausdruck „das bürgerliche Recht“ bei der Beschreibung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Artikel 74 Nr. 1 GG im Sinne der verfassungsrechtlichen Garantie der Privatautonomie zu verstehen ist, die mit dieser Gesetzgebungskompetenz vorausgesetzt wird. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts[259] ist deshalb bei der föderalen Kompetenzabgrenzung das „bürgerliche Recht“ nicht als Gegenbegriff zum „öffentlichen Recht“ zu interpretieren, sondern danach, was dieses Recht in Anlehnung an das Verständnis der WRV traditionell inhaltlich umfaßt hat.

bb) Verbot politischer Funktionalisierung als verfassungsrechtlicher Zweck der Privatautonomie

Artikel 152 WRV hatte bestimmt, daß „im Wirtschaftsverkehr Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze“ gelten würde. „Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen sind nichtig“. Im Kern zielt die auch vom Bundesverfassungsgericht rezipierte Konzeption der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie auf das an den Gesetzgeber adressierte Verbot, bestimmte privatrechtliche Rechtsinstitute zu beseitigen oder grundlegend zu ändern. „Diese durch die jeweils einschlägige Grundrechtsnorm gewährleistete Garantiedimension besteht um der komplementären Funktion der geschützten Rechtsinstitute willen: Diese ermöglichen erst die Realisierung der grundrechtlich geschützten Freiheit, und zwar durch das Bereitstellen von (privatrechtlichen) Normkomplexen“.[260] Dies bedeutet zum

Grundsätze zurückgeführt, die über das Grundrecht des Art. 3 GG hinausgehen, wie etwa der Trennung von Staat und Kirche und dem damit verbundenen Paritäts- und Toleranzgrundsatz, was dem Grundrecht historisch und auch rechtssystematisch vorgelagert ist.

[258] Ein Beispiel hierfür ist die Erfindung des Verfassungsprinzips der „wehrhaften Demokratie“; Ausgangspunkt derselben ist die begriffliche Zusammenfassung von im wesentlichen drei Grundgesetzbestimmungen (Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG) zu einem Prinzip; das so gefundene Prinzip hat sich aber von der heuristisch noch vertretbaren begrifflichen Zusammenfassung verschiedener Normen zu einem übergeordneten Prinzip entwickelt, mit dessen Hilfe sich sogar grundlegende Verfassungsgarantien wie Art. 3 Abs. 3 und 33 Abs. 3 GG partiell außer Kraft setzen lassen; (s. die „Radikalenentscheidung“ gemäß BVerfGE 39, 334 ff.); hier ist dann verkannt worden, daß das Verfassungsprinzip nur innerhalb der Schranken der einschlägigen Grundrechte konkretisiert werden kann; das Auslegungsprinzip der Konkordanz der Rechtsordnung gebietet eine gegenseitige Berücksichtigung von Grundrechten und Verfassungsprinzip.

[259] S. BVerfGE 42, 20, 32.

[260] So *Höfling*, a.a.O., S. 26.

einen, daß die Ausgestaltung der Vertragsfreiheit im weitgehenden Ermessen des Gesetzgebers steht: „Es gibt keine natürliche Freiheit zum Vertragsschluß, sondern es gibt ein vom Staat geordnetes Institut des freien Vertrages“.[261] Bei der Ordnung der Vertragsfreiheit hat der Gesetzgeber dann allerdings die einschlägigen Grundrechte wie Garantie des (Privat-) Eigentums (Art. 14 GG) oder der Gewerbefreiheit (Art.12 GG) zu beachten. Dies bedeutet: Die verfassungsstrukturelle Bedeutung der Garantie der Vertragsfreiheit besteht dann darin, daß sie die Privatrechtsordnung „gegen sozialistische und kommunistische Ideen verfassungsrechtlich“ schützt: „... nie kann die Rechtswirksamkeit privater Abmachung durch einfache Gesetzgebung schlechthin (in complexu) aufgehoben werden, nie kann die Beschränkung durch eine Reihe einzelner gesetzgeberischer Maßnahmen so weit gehen, daß im wirtschaftlichen Verkehr von einer freien Entschließung der Individuen nicht mehr gesprochen werden könnte“.[262] In der Abwehr der Verwirklichung kommunistischer und sozialistischer Ideen - ohne Verfassungsänderung[263] - durch die verfassungsrechtlichen Garantie der Privatautonomie kommt auch deren wesentlicher und grundlegender verfassungsrechtlicher Zweck zum Ausdruck, nämlich die Funktionalisierung der privaten Vertragsbeziehungen unter Einschluß der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte zu bloßen staatlichen und politischen Zwecken zu verhindern.

Diese Vorstellung ist der Entwicklung zur Gewährleistung der Privatautonomie immanent, da die Forderung nach Vertragsfreiheit historisch den politischen und verfassungsrechtlichen Zweck verfolgt hat, den „Feudalismus“ zu überwinden. Dieser „Feudalismus“ zeichnet sich dadurch aus, daß er politische Herrschaft mit zivilrechtlichen Kategorien erklärt und Herrschaft nach diesen Verständniskategorien begründet hat,[264] wie dies etwa in der dem Zivilrecht entnommenen Vererbung der Staatsämter innerhalb eines Familienverbandes (Erbmonarchie) zum Ausdruck kommt. Insbesondere hat der Feudalismus das Eigentumsrecht (*dominium*) als politisches Herrschaftsrecht (*imperium*) begriffen und etwa die (niedrige) Gerichtsbarkeit aus dem Recht eines Obereigentums abgeleitet.[265] Das Staats- und Gesellschaftssystems, welches durch die Verwirklichung der Garantie der Privatautonomie überwunden werden sollte, hatte die weitgehende Zurückdrängung bzw. die Verhinderung des privaten Wettbewerbs zur Voraussetzung gehabt, weil nur bei Fehlen desselben oder seiner Verhinderung zu gewährleisten war, daß sich mit Hilfe zivilrechtlicher Gestaltungsrechte politische Macht aufgrund zivilrechtlicher Kategorien konstituieren läßt. Mit Aufkommen sozialistischer Vorstellungen sah sich das Konzept der Privatautonomie einer ähnlichen Herausforderung ausgesetzt wie sie in anderem Zusammenhang der „Feudalismus“ dargestellt hat; denn auch der „Sozialismus“ (Kommunismus, Nationalsozialismus[266] und dergl.) zeichnet sich, wenn auch

---

[261] So *Ernst-Rudolf Huber*, Bedeutungswandel der Grundrechte, *AöR* 23 (1933), S. 1 ff, 40 f.; trotz der Überleitung in das NS-Rechtsverständnis dieses Verfassers, das sich hier andeutet, ist diese Aussage zutreffend.

[262] So *Stoll*, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Weimarer Reichsverfassung, 3. Band, S. 175, 185.

[263] Aufgrund der Kurzschlüsse der „wehrhaften Demokratie“, die vor allem in sog. „Verfassungsschutzberichten“ deutlich werden, ist darauf hinzuweisen, daß es nach der freien WRV nicht um eine amtliche Ideenbekämpfung ging.

[264] Ein letzter umfassender Versuch einer entsprechenden Herrschaftsbegründung findet sich unter dem Stichwort „Patrimonialstaat“ bei *Ludwig v. Haller*, Restauration der Staatswissenschaft, 6. Bde, 2. Aufl. Winterthur 1820 ff., Neudruck Aalen 1964, Bd. 2; *Otto Brunner*, Land und Herrschaft, 6. Aufl., Darmstadt 1970, S. 146 ff. hat überzeugend aufgezeigt, daß die Patrimonialstaatstheorie des mittelalterlichen Herrschaftssystems eine neuzeitliche Zweckkonstruktion war, mit der man vor allem hoffte, durch Ableitung der Staatsgewalt aus dem Eigentumsrecht der Lehre der Volkssouveränität entgegentreten zu können.

[265] Die Aufhebung des Patrimonialgerichtsbarkeit gehört zum Programm der Paulskirche (s. Art. 167 der Paulskirchenverfassung) und wurde mit Art. 42 der Preußischen Verfassung von 1850 verwirklicht.

[266] S. zum genuin sozialistischen Charakter des Nationalsozialismus, s. *Josef Schüßlburner*, Roter, brauner und grüner Sozialismus. Bewältigung ideologischer Übergänge von SPD bis NSDAP und darüber hinaus, Grevenbroich 2008:
http://www.amazon.de/Roter-brauner-gr%C3%BCner-Sozialismus-ideologischer/dp/3939562041/ref=sr_1_2?s=books&ie=UTF8&qid=1323871172&sr=1-2

unter einem anderen historischen und politischen Ansatz durch eine Politisierung aller Rechtsbeziehungen aus: Jeder Industriebetrieb, ob förmlich verstaatlicht oder nur indirekt durch engmaschige politische Kontrolle zum Verwaltungsorgan degradiert, wird dann zum (ideologischen) Tendenzbetrieb, der politische Opposition zur Arbeitslosigkeit verurteilt. Für Oppositionsanhänger, die durch die Verweigerung von privatrechtlichen Arbeitsverträgen als Strafe für abweichende Ansichten zu gesellschaftlichen „Parasiten" degradiert worden sind, müssen dann langfristig schon ökonomisch folgerichtig Zwangsarbeitslager eingerichtet werden. Einer derartigen Entwicklung soll mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Privatautonomie vorgebeugt werden.

3. Der Prüfungsmaßstab der Sittenwidrigkeit

Dieser verfassungsrechtliche Zweck der Verankerung der Vertragsfreiheit erlaubt auch, die Bedeutung der verfassungsgesetzlichen Nichtigkeitsanordnung von Artikel 152 Abs. 2 Satz 2 WRV für Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, in angemessener Weise zu würdigen. Bei dieser Nichtigkeitsanordnung, die in der das „Bürgerliche Recht" betreffenden Kompetenznorm von Artikel 74 Nr. 1 GG inhaltlich vorausgesetzt ist, handelt es sich um die Übertragung der Vorschrift des § 138 BGB auf die Ebene des Verfassungsrechts. Diese Vorschrift dürfte wohl vor allem gemeint sein, wenn in Artikel 2 Abs. 1 GG das dort geregelte verfassungsrechtliche Grundrecht, das üblicherweise auch als Verankerung der Vertragsfreiheit verstanden wird, verfassungsrechtlich durch „das Sittengesetz" begrenzt wird.

a) Begriff der Sittenwidrigkeit

Der historischen Grundgesetzauslegung läßt sich daher entnehmen, daß der Maßstab der Sittenwidrigkeit nicht nur den relevanten zivilrechtlichen, sondern vor allem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit privatrechtlicher Gestaltungsakte darstellt. Gemäß § 138 BGB sind Rechtsgeschäfte nichtig, die gegen die „guten Sitten" (*boni mores*) verstoßen. Diese Nichtigkeitsfolge trifft alle Rechtsgeschäfte, namentlich auch das Gestaltungsrecht der Kündigung.[267] Der Hauptzweck dieser Vorschrift geht dahin, die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie von ihren ethischen Grundlagen abweichen.[268] Es geht - nach vorrangig zu prüfenden speziellen Gesetzesvorschriften (wie etwa § 134 BGB) - bei § 138 BGB abschließend um die Verhinderung des Mißbrauchs der Privatautonomie zu Zwecken, die gegen die „öffentliche Ordnung" (*ordre public*) verstoßen.

Als „öffentliche Ordnung" (vgl. auch Artikel 6 EGBGB) sind die Rechtsgrundsätze zu verstehen, auf denen die verschiedenen Vorschriften des deutschen Rechts beruhen.[269] Dabei sind der Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung und die Wechselwirkung der einzelnen rechtlichen Subsysteme zueinander im Lichte der grundlegenden Entscheidung des Gesetzgebers für die Privatautonomie zu untersuchen. Der Aspekt der grundlegenden (verfassungsrechtlichen) Ordnung steht anerkanntermaßen[270] bei der praktischen Rechtsanwendung von § 138 BGB, wenngleich oft unausgesprochen, im Vordergrund der Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes. Deshalb stellt sich im Sinne der Themenstellung die Frage, ob bei der weltanschaulich-politisch motivierten Kündigung von

[267] S. *Mayer-Maly*, in MüKo Rdnr. 9 zu § 138.
[268] S. i*bid*. Rdnr. 1
[269] S. *ibid*. Rdnr. 11.
[270] S. dazu die grundlegende Darstellung von *K. Simitis*, Gute Sitten und Ordre public, 1960.

Bankkonten ein derartiger Mißbrauch der Privatautonomie mit zwingender Nichtigkeitsfolge gegeben ist. Wie einleitend dargelegt, soll nach der erklärten Absicht einflußreicher politischer Kreise das Zivilrecht als Kampfinstrument der „Zivilgesellschaft" „gegen rechts" ausgebaut werden,[271] um mit den Mitteln zivilrechtlicher Gestaltungsrechte Ziele zu erreichen, die allenfalls durch die Instrumente des öffentlichen Rechts, etwa als Folge eines Vereins- oder Parteiverbots (vgl. Artikel 9 Abs. 2, 21 Abs. 2 GG), bei genau definierten Voraussetzungen und bei Anwendung entsprechender Verfahren und Verfahrensgarantien erreicht werden können. Deshalb ist bei den im Zusammenhang mit dieser politischen Diskussion stehenden Kündigungen von Bankkonten ein Verstoß gegen den sog. *ordre public*-Vorbehalt zu prüfen, weil durch die (beabsichtigen) Kündigungen die Vorschriften des eigentlich anwendbaren Regelungssystems des öffentlichen Rechts mit Hilfe des Privatrechts umgangen werden (sollen). Die Absicht der Gesetzesumgehung ist zwar grundsätzlich nach Vorschriften wie dem gegenüber § 138 BGB vorrangigen § 134 BGB zu prüfen. Allerdings liegt bei der zu untersuchenden Konstellation, folgt man nicht der Ansicht des (weitgehenden) Verbotscharakters von einschlägigen Grundrechten wie der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit, kein spezielles Verbotsgesetz vor. Vielmehr geht es hier um die mögliche Umgehung des öffentlichen Rechts durch privatrechtliche Gestaltungsrechte, mithin um einen grundlegenden Systemmißbrauch. Dieser mögliche Mißbrauch kann nur dem Regelungsbereich von § 138 BGB zugerechnet und muß in diesem Rahmen dann auch unter Zuhilfenahme der Schrankenziehung des Artikels 2 GG verfassungsrechtlich geprüft werden.

b) Umgehung der Schranken des öffentlichen Rechts durch privatrechtliche Gestaltungsrechte

Beim Einsatz der Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts zum Zwecke der politischen Diskriminierung liegt unzweifelhaft eine Verletzung des an den Staat gerichteten Verbots einer „Flucht ins Privatrecht"[272] vor. Der Staat meint, mit den Mitteln des Privatrechts im Bereich der indirekten Staatsverwaltung etwas erreichen zu können, was ihm aufgrund des direkt anwendbaren Grundrechtsschutzes bei der Handlung nach dem öffentlichen Recht verwehrt wäre. Sofern es sich bei den Begriffen „Rechtsextremismus" und „verfassungsfeindliche Bestrebungen" um rechtliche Kategorien handelt - was äußerst zweifelhaft ist[273] -, sind sie dem Recht der Inlandsgeheimdienste als einem besonderen Teil des öffentlichen Rechts entnommen. Dieser Teil des öffentlichen Rechts ist jedoch bereits wieder derart speziell, daß daraus nicht einmal rechtlich zulässige Schlußfolgerungen für andere Bereiche des öffentlichen Rechts abgeleitet werden können: Mit dem extrakonstitutionellen Begriff des „Extremismus" sind - zumindest im Falle von „rechts" - überwiegend Auffassungen, Argumentationsmuster, Ideen und dergleichen gemeint, die in sog. Verfassungsschutzberichten der Innenminister unter Verletzung des staatlichen Neutralitätsgebotes gegenüber politischen und weltanschaulichen Bestrebungen entsprechend eingestuft werden.

Ungeachtet der sich zunehmend als dringlich stellenden Frage der Rechtmäßigkeit dieser Berichte in der derzeitigen Machart unter dem Gesichtspunkt der Monopolisierung der

---

[271] S. dazu die angeführten Aufsätze von *Preuß* und *Biedenkopf* sowie die Gegenposition von *Ladeur*.

[272] S. dazu unter III. 4.

[273] Das einschlägige Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz vom 20. 12. 1990 (BGBl. I S. 2954) enthält zumindest ausdrücklich den Begriff „verfassungsfeindlich" nicht (mehr); das GG kennt - im Unterschied zu Art. 4 Abs. 2 der DDR-Verfassung von 1949, wo von „Feinden" der Verfassung die Rede war - nur den Begriff „verfassungswidrig" (vgl. Art. 21 Abs. 2 GG).

Verfassungswidrigkeitserklärung einer Partei[274] beim Bundesverfassungsgerichts, die zur Sicherung der Chancengleichheit und des Mehrparteiensystems nach Artikel 21 Abs. 2 GG angeordnet ist, stellt es sich als eindeutig dar, daß diesen sog. VS-Berichten nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts[275] keine rechtliche Bedeutung zukommt, sondern diese lediglich als Instrumente der „geistig-politischen Auseinandersetzung“ anzusehen sind. Der Legalitätsstatus von Parteien oder anderen vergleichbaren Organisationen kann durch ihre Nennung in einem derartigen Bericht rechtlich nicht beeinträchtigt werden. Deshalb haben zu Recht die Verwaltungsgerichte unzweideutig die wiederholten Versuche abgewiesen, den entsprechend eingestuften Parteien etwa bei der Durchführung von Versammlungen zu diskriminieren und ihnen dabei den gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Einrichtungen zu verwehren. Es mag sein, daß gewisse Ziele hinsichtlich der einen oder anderen der von (möglichen) Kontenkündigungen betroffenen Organisationen bei Anwendung des Vereinsverbots und der damit verbundenen Vermögenskonfiskation erreicht werden könnten. Allerdings sind die entsprechenden Verbotsverfahren nicht eingeleitet. Aus diesem Grunde stellt sich das Anstreben dieser Ziele auch noch als Umgehung einschlägiger Vorschriften etwa des Vereinsverbots dar, in dem sich die Sparkassen auf eine ihr nicht zustehende Privatautonomie berufen, um indirekt Ziele zu verwirklichen, die er auf der Grundlage des Vereinsrechts mangels Vorliegens der Verbotsvoraussetzungen nicht erzielen könnte; selbst wenn sie erzielt werden könnten, sind eben die entsprechenden Verfahren mit den nach Art. 19 Abs. 4 GG damit verbundenen Rechtsschutzgarantien nicht eingeleitet, so daß den entsprechenden Vereinigungen die Legalitätsvermutung zur Seite steht. Da der Staat diese Verfahren nicht einleiten will oder nicht einleiten kann, bedienen sich die die Staatsorgane beherrschenden Parteien der Zivilrechtsordnung, um unter Umgehung der Garantien des öffentlichen Rechts Ziele zu erreichen, die selbst nach dem Sonderrecht der öffentlichen Hand nicht oder allenfalls ausnahmsweise erreicht werden können.

Diesen Umgehungen ist im Fall von Unternehmen des öffentlichen Recht oder staatlichen beherrschte Unternehmen des Privatrechts durch die unmittelbare Anwendung des Grundrechtsschutzes entgegenzutreten, wobei dieser verfassungsrechtlich gebotene Schutz auf der Ebene des Zivilrechts am effektivsten über § 134 BGB zu verwirklichen ist, selbst wenn diese Norm im wirklichen Privatrechtsverhältnis - von ausdrücklichen Ausnahmen wie Artikel 9 Abs. 3 GG abgesehen - nicht sachadäquat sein sollte. In jedem Fall liegt ein Systemmißbrauch vor, der diese Handlungsweise, nämlich die Umgehung zwingenden öffentlichen Rechts und Verfassungsrechts dem Urteil „sittenwidrig“ unterwirft.

c) Zivilrechtliche Irrelevanz und Sittenwidrigkeit des Extremismusbegriffs

[274] Darunter versteht das Bundesverfassungsgericht ein Parteiverbot; ob diese Auffassung rechtsstaatliche noch haltbar ist, wird dieses Gericht in einem nächsten Verfahren zu klären haben; das Scheitern des NPD-Verbotsverfahrens aufgrund einer speziellen Begründung, hat es das BVerfG ermöglicht, dieser zwingenden Klärung aus dem Weg zu gehen, was letztlich im bestverstandenen Eigeninteresse der Antragssteller gelegen ist (da dies die Fortführung der Verbotssurrogate erlaubt). Es spricht einiges für die (bisherige) Mindermeinung, die in Übereinstimmung mit der vorkonstitutionellen Bayerischen Landesverfassung (s. Art. 15 derselben) mit Art. 21 Abs. 2 GG allenfalls die Befugnis zu einem (befristeten) Wahlteilnahmeverbot, oder gar nur einen Appell an die Wähler erkennen kann, weil sonst die Freiheitsgarantien des GG hinter denjenigen von Art. 30 der Preußischen Verfassung von 1850 zurückblieben!

[275] BVerfGE 40, 287 ff.; daß aufgrund der weiteren Rechtserkenntnis die Billigung von sog. VS-Berichten durch das BVerfG, die ohnehin nur in einem summarischen Verfahren vorgenommen worden ist, äußerst revisionsbedürftig ist, ergeben die Ausführungen des Verfassers in dem von *Knütter / Winckler* herausgegeben Buch zum Verfassungsschutz: In seinem Beschluss vom 24. Mai 2005 zur Verfassungswidrigkeit der staatlichen Diffamierung der Wochenzeitung *Junge Freiheit* hat das BVerfG (*NJW* 2005, S. 2912) diese auch vom Verfasser geforderte Revision zumindest dem Grunde nach vorgenommen.

Das Verdikt der Sittenwidrigkeit des Rechtsextremismusbegriffs als Handlungsanweisung bezieht sich dabei aufgrund von § 138 BGB, der die Integrität der gesamten Rechtsordnung und ihre innere Einheit sichern will, zumindest im Prinzip auch auf den Bereich des wirklichen Privatrechts, d. h. im Verhältnis (genuiner) Privatbank-Kunden.

Eine Relevanz dieses bei rechtsgestaltender Verwendung insoweit sittenwidrigen Begriffes mag im Bereich des Beamtenrechts (öffentlichen Dienstrechts), als eines Sonderbereichs der öffentlichen Verwaltung, noch anerkannt sein und insoweit sogar Auswirkungen auf den Bereich der ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung privatrechtlicher Beschäftigungsverhältnisse im staatlichen Bereich haben.[276] Jedoch ergeben sich selbst in diesem Bereich aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[277] erhebliche Zweifel, ob die im Kern ideologische, d.h. rechtsstaatswidrige Konzeption des bundesdeutschen „Radikalenerlasses" mit seinem „Berufsverbot" aufgrund der Garantien der Menschenrechtscharta, welche die Bundesrepublik Deutschland zu beachten hat, noch haltbar ist; denn anders als das Bundesverfassungsgericht[278] vor der Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes judiziert hatte, statuiert der Normenkomplex von Artikel 33 GG keine Ausnahme von den Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG, sondern bekräftigt diese Verbote zugunsten Deutscher mit seinem Absatz 3, wonach die Zulassung zu öffentlichen Ämtern und die dabei erworbenen Rechtspositionen unabhängig von dem religiösen Bekenntnis oder der Weltanschauung gewährt werden. Das Grundgesetz enthält in der Tat etwa in Artikel 21 Abs. 2 GG nur die Kategorie „verfassungswidrig", worunter ein auf rechtswidrige Handlungen bezogener Begriff zu verstehen ist. Das Urteil „verfassungswidrig" ist - zumindest im Hinblick auf Parteien - jedoch dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten und kann deshalb nicht von öffentlich in Erscheinung tretenden Geheimdiensten und Geschäftsbanken juristisch verbindlich geklärt werden. Die einzig verbleibende rechtliche Bedeutung des „(Rechts-) Extremismus" als präterlegaler, (pseudo)juristischer Kategorie besteht dann lediglich noch im engeren Bereich des Rechts der Inlandsgeheimdienste, wenn es etwa um die Frage der Zulässigkeit der Überwachung von Vereinen und Parteien durch sog. nachrichtendienstliche Mittel[279] geht.

Die „Klärung" des Begriffs „verfassungsfeindlich" - und erst recht des nirgends gesetzlich definierten „Extremismus" - durch Geschäftsbanken zur Rechtfertigung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte[280] gibt dem Inlandsgeheimdienst eine Bedeutung, die ihm in einer freien Demokratie nicht zukommen kann. Der auf geheimdienstliche „Erkenntnisse" beruhende „Verfassungsschutzbericht" kann keine (Privat-) Sanktionen zur Folge haben und darf zivilrechtliches Verhalten nicht bestimmen, da sich dies sonst als eine Gefährdung der Privatautonomie darstellen würde, die nicht nur den kündigenden Privatbanken, sondern auch den gekündigten oder zu kündigenden Organisationen zu Gute kommt. Deshalb muß im Interesse auch der Privatautonomie im Bereich der Zivilrechtsordnung der Begriff des „Extremismus", zumindest soweit er sich als Weltanschauungskategorie darstellt, als juristisch irrelevanter Schrottbegriff oder Begriffsschrott[280a] angesehen werden. Sollten VS-Berichte nämlich zum Maßstab für privatrechtliches Verhalten werden, müßten staatliche Stellen

[276] S. dazu *Schwendter*, MüKo Rdnr. 141 zu § 626.
[277] S. *NJW* 1996, 375 ff.
[278] BVerfGE 39, 334 ff. (sog. Radikalen-Entscheidung).
[279] S. dazu etwa OVG Lüneburg *NJW* 1994, S. 746 ff.; zu diesem besonders freiheitsbedrohenden Mittel, s. unter III. 4. b) bb), wobei diese Gefährlichkeit gerade darin besteht, daß der Staat so tut als sei ein Privatrechtssubjekt.
[280] S. die Begründung des Sprechers der Postbank in dem in *Jungen Freiheit,* Nr. 6/0, S. 5 abgedruckten Interview; sowie aber auch die Begründung zur Rücknahme der Kündigung.
[280a] Dass diese Wertung eigentlich auch im öffentlichen Recht zutrifft, ist nunmehr dargelegt durch den Verfasser in seinem Beitrag bei *Schüßlburner* / *Knütter*, Was der Verfassungsschutz verschweigt, unter dem Kapitel B VI.: Gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gerichtete Bestrebungen (s. a. a. O., S. 191 ff.).

unverzüglich die Konsequenz ziehen, die Herausgabe derartiger ideologisch aufgebauter Berichte einzustellen.[281] Ziehen nämlich staatliche Stellen trotz Kenntnis des zivilrechtlichen Mißbrauchs diese Konsequenz nicht, folgt daraus die zwingende Vermutung hinsichtlich des staatlichen Auftragscharakters des Handelns der Geschäftsbanken, was nur zur Nichtigkeit nach § 134 BGB[282] führen kann. Um diese Konsequenz zu vermeiden, ist generell die Verwendung des (ideologischen) Extremismus-Begriffs zur Rechtfertigung zivilrechtlicher Gestaltungsakte als zivilgesellschaftlicher Systemmißbrauch mit dem Odium der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB belastet. Allein schon die Verwendung des für geheimdienstliche Zwecke geprägten Begriffs des (Rechts-) „Extremismus" im Zivilrechtsbereich muß als sittenwidrig eingestuft werden, wenn dadurch ein zivilrechtlich verbindliches Gestaltungsrecht wie die Kündigung ausgeübt werden soll.

4. Verletzung des Gleichbehandlungsgebots der Privatautonomie

Im Bereich des Zivilrechts ist der verfassungsrechtlich zumindest bedenkliche, wenn nicht gar rechtswidrige Begriff des „(Rechts-)Extremismus" nämlich völlig fehl am Platz: Das bürgerliche Recht arbeitet mit Kategorien wie „Personen", „Sachen", „Rechtsverhältnisse", „Gestaltungsrechte" und dergleichen. In diesen Verständniskategorien ist die dem Konzept des bürgerlichen Rechts angemessene rechtliche Differenzierung vorzunehmen. Diese Feststellung ist von grundsätzlicher Bedeutung, da sich hierbei die spezielle Gleichheitskonzeption des bürgerlichen Rechts und der mittels dieses Rechts zu verwirklichenden Privatautonomie entfaltet.

a) Gleichheit als allgemeines Rechtsprinzip (Sachgerechtigkeitsgebot)

Die genannten Kategorien von „Personen", „Sachen" etc. entsprechen nämlich dem grundlegenden Gleichbehandlungsgrundsatz, der neben seiner logischen Struktur (tatbestandsmäßige Vergleichbarkeit der Sachverhalte) notwendiger Weise ein axiologisches (bewertendes) Element enthält, das den Maßstab dafür abgibt, nach welchen Kriterien eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen und was demnach als „gleich / ungleich" einzuordnen ist. Kategorien wie „Extremisten" als politischer Begriff sind dagegen dem bürgerlichen Recht fremd und können damit keine sachgemäßen Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Ausübung privatrechtlicher Gestaltungsrechte darstellen, mit der Folge, daß eine entsprechende Kündigung als einseitige Auflösung eines privaten Rechtsverhältnisses nicht mit Hinweis auf diese Kategorien begründet werden kann.

Da gewichtige Argumente, die der neuesten Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Judikatur zuwider gegen die Annahme sprechen, daß Grundrechte, insbesondere der Gleichheitssatz nach Art. 3 GG, den Inhalt von (wirklich) privaten Schuldrechtsverhältnissen bestimmen, ist es angezeigt, darauf hinzuweisen, daß der Gleichheitssatz nicht nur als Grundrecht existiert, sondern als grundlegendes Prinzip des Rechtsstaates (vgl. Art. 20 und 28

[281] Dieses Postulat ergibt sich auch aus Gründen, die der Verfasser in seinen Beiträge zu dem von *Knütter / Winckler* herausgegeben Buch ausgeführt hat; auf S. 423 ff. findet sich auch der Beleg, daß man Verfassungsschutzberichte auch ohne Verwendung des Extremismus-Begriffs herausgeben könnte; der Nachweis hierfür ist nunmehr erbracht durch das von *Schüßlburner / Knütter* herausgegebene Werk: Was der Verfassungsschutz verschweigt. Bausteine für einen Alternativen Verfassungsschutz-Bericht, Schnellroda, 2007; s. dort den Hauptteil B (untergliedert in die neun Merkmale der freiheitlichen demokratischen Grundordnung).

[282] S. dazu unter III. 5. b).

GG)[283] seine Anwendung etwa als Willkürverbot auch in Bereichen findet, die nicht - vollständig - durch Grundrechte erfaßt sind und deren Problematik nicht allein durch individualrechtlich ausgerichtete Grundrechte bewältigt werden kann. So gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz etwa als föderatives Prinzip für das Bund-Länder-Verhältnis und stellt insoweit etwas anderes dar als das dem Bürger nach Artikel 3 GG garantierte Grundrecht auf Gleichbehandlung gegenüber staatlichen Organen. Beide Funktionen des Gleichheitsprinzips, der mehr staatsorganisatorische wie der mehr grundrechtliche Aspekt, sowie weitere Aspekte des umfassenden rechtsstaatlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, können als allgemeines Rechts- oder Verfassungsprinzip angesehen werden, das dem konkreten Grundrecht gewissermaßen vorgelagert ist, aber durchaus auch den Inhalt desselben bestimmt. Insofern spielen Wertungen des Grundrechtsschutzes auch im privaten Schuldrechtsverhältnis[284] neben allgemeinen rechtsstaatlichen und demokratietheoretischen Gesichtspunkten durchaus eine gewichtige Rolle, was aber nicht mit der Geltung der Grundrechte als solchen und der verpflichtenden Verbindlichkeit derselben für Partner eines zivilrechtlichen Vertrages oder für Mitglieder eines privaten Vereins verwechselt werden sollte.[285] Das Gleichheitsprinzip ist im Sinne des *ordre-public*-Verständnisses nach § 138 BGB aber eine grundlegende Rechtsvorschrift, die mehreren Teilsystemen der Rechtsordnung gemeinsam zugrunde liegt und von einem derartigen Gewicht ist, daß ein Verstoß gegen diesen Grundsatz durch zivilrechtliche Gestaltungsrechte naturgemäß die Frage der Sittenwidrigkeit i. S. von § 138 BGB aufwirft.

Die Gemeinsamkeit des Gleichheitsprinzips sowohl in seiner Funktion eines Grundrechts als auch eines institutionellen und übergeordneten rechtsstaatlichen Prinzips kann man mit dem Sachgerechtigkeitsgebot beschreiben, welches die Willkür in der Rechtsordnung insgesamt ausschließt, bzw. auf das Menschenmögliche vermindert.

b) Privatautonomie als Verwirklichung spezifischer Gleichheit der (Wirtschafts-) Gesellschaft

Die mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den Annexgesetzen verwirklichte Privatautonomie beruht nämlich auf dem Grundsatz der formalen Gleichbehandlung aller natürlichen und juristischen Personen[286] und stellt sich damit als Verwirklichung spezifischer Gleichheit dar. Dieses zivilrechtliche Gleichbehandlungsprinzip ist zwar nicht mit dem verfassungsrechtlichen Grundrecht nach Artikel 3 GG identisch, beruht aber auf einem gemeinsamen Rechtsprinzip, das in der Gewährleistung der Privatautonomie im Rahmen der Gesetze gesehen werden kann.

aa) Trennung von politischer und gesellschaftlicher Gleichheit / Ungleichheit

Nach dem Grundsatz der formalen Rechtsgleichheit dürfen die in der Lebensstellung der Personen hervortretenden sozialen Ungleichheiten nicht zu einer unterschiedlichen Behandlung vor dem Gesetz führen, die sich als Bevorzugung oder Zurücksetzung bestimmter Personen

[283] S. BVerfGE 21, 362, 372; zuletzt 76, 130,139.

[284] So auch die angeführte Auffassung von *Zöllner*, a.a.O., einem entschiedenen Gegner der Anwendung des Grundrechtsschutzes im privatrechtlichen Schuldverhältnis.

[285] Auch der „Erfinder“ der in der Staatsrechtswissenschaft verbreiteten Auffassung von der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte im Privatrechtsverkehr, *Dürig*, hat für die Drittwirkungslehre postuliert, wonach dem Zivilrecht ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen würde, wenn jemals (!) der folgende Ausgangspunkt aufgegeben werden würde: „Die primäre Entscheidung des Grundgesetzes für ein gegen den Staat gerichtetes Freiheitsrecht in Art. 2 I GG ... umschließt begrifflich auch die Freiheit dem Staat gegenüber, von ihm ungehindert in der unter gleichgeordneten Privaten bestehenden Verkehrs- und Tauschgerechtigkeit des Zivilrechts von Grundrechtssätzen ... abweichen zu können“; in: FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff., 158 f.

[286] S. dazu *U. Eisenhardt*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Auflage Rdnr. 18 ff.

oder Personengruppen darstellt. Die Berechtigung, Verträge zu abschließen, etwa ein Konto zu eröffnen oder Eigentum zu erwerben, besteht ohne Rücksicht auf Religions- oder Parteizugehörigkeit, Rasse oder sozialer Stand. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Grundsatz durch seine - oft als „lebensfremd“ kritisierte[287] - abstrakte Sprache und systematisch strukturierten Aufbau durchgesetzt, der die Rechtsanwendung zu einer logischen (wissenschaftlichen) Operation macht, wodurch die Rechtsdogmatik als Rechtswissenschaft in die Lage gesetzt wird, ihrerseits zur Verwirklichung der allgemeinen Rechtsgleichheit beizutragen. Das BGB enthält zu diesem Zwecke sehr allgemein-abstrakte Kategorien, wie Personen, Sachen, Rechtsgeschäfte und dergleichen und vermeidet politisch-ideologische Primitivbegriffe wie „rechtsextreme Gesinnung“, die dem Inlandsgeheimdienst als Verschwörungskategorie überlassen sind.

Diese Leistung des BGB ist historisch bedeutsam, da dies zu einer Zeit durchgesetzt wurde, als im öffentlichen Recht diese allgemeine Gleichheit durchaus noch nicht endgültig anerkannt[288] und einer fortwirkenden Problematisierung ausgesetzt war, die sich aus dem Konflikt zwischen staatsbürgerlicher Gleichheit und sozialer Ungleichheit[289] ergibt, wobei letztere staatrechtlich dadurch transzendiert wird, daß aus gesellschaftlicher Ungleichheit im Unterschied zum „Ständestaat“ (Feudalismus) kein Herrschaftstitel mehr folgt.[290] Die staatsrechtlich gegebene oder - auch nach dem Grundgesetz demokratietheoretisch - gebotene Ungleichheit (etwa bei der staatsrechtlichen Unterscheidung von Bürgern und Ausländern) ist jedoch dem öffentlichen Recht überlassen und wirkt dann lediglich über die Bestimmungen wie § 134 BGB in das Zivilrecht ein, ist aber dem Zivilrecht als solchem - anders als noch im preussALR von 1794, das trotz der in § 22 der Einleitung normierten Gleichheit aller Staatsbürger ständische Rechtsunterschiede letztmalig formell anerkannt hat - nicht mehr immanent. So kann etwa das öffentliche Recht bei Beachtung der Art. 11 und 12 GG, die verfassungsrechtlich die Einreisefreiheit nach Deutschland und die Berufsfreiheit in diesem Land nur deutschen Staatsangehörigen garantieren, vorsehen, daß die Begründung privater Arbeitsverhältnisse mit ausländischen Arbeitnehmern die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und einer öffentlich-rechtlichen Arbeitserlaubnis voraussetzt. Liegen diese öffentlich-rechtlich geforderten Bedingungen nicht vor, ist aufgrund der Einwirkung des öffentlichen Rechts über die §§ 134 ff. BGB der geschlossene Arbeitsvertrag (schwebend) unwirksam oder kann aufgrund rechtlicher Unmöglichkeit (§§ 275, 323 ff. BGB a. F.) nicht erfüllt werden. Formalrechtlich ist aber mit dieser öffentlich-rechtlichen Beschränkung dem Ausländer nicht die zivilrechtliche

[287] Bekannt ist etwa die zur NS-Zeit veröffentlichte Kritik von *Schwarz*, in: Friburgensies in honorem Ottonis Lenel, 1935, S. 425 ff., 470 f.: „Es ist kompliziert und gekünstelt, schwerfällig und schwer verständlich, vielfach doktrinär und unpraktisch, allzusehr von der Wissenschaft für die Wissenschaft geboren, nicht eines schöpferischen Genius Werk, vom Ideal eines gesetzgeberischen Kunstwerkes allzu weit entfernt“.

[288] Beispiel ist die Garantie der ersten Parlamentskammern, insbesondere ihre (weitgehend) aristokratische Zusammensetzung, vgl. etwa Art. 65 der Preußischen Verfassung von 1850 und die dazu ergangene königliche Verordnung vom 12.10.1854 (preussGS 1854, S. 541); allerdings gab es auf der Ebene des Reiches keinen aristokratischen Stand, womit klar wird, daß das Demokratische am Deutschen Reich von 1871 das Reich selbst gewesen ist.

[289] S. dazu die Ausführungen von *Joachim Perels*, Der Gleichheitssatz zwischen Hierarchie und Demokratie, in: *J. Perels* (hrsg.) Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt/M. 1979, S.69 ff.

[290] Ein für die Erörterung des Gleichheitskonzepts interessanter Fall ist das Zensuswahlrecht, wie es etwa in Art. 71 der Preußischen Verfassung von 1850 verankert gewesen ist und bis 1918 gegolten hat; dieses wurde mit der durch Art. 4 dieser Verfassungsurkunde garantierten staatsbürgerlichen Gleichheit für vereinbar gehalten; in der Tat stellt dieses Wahlrecht keine - im ständischen Sinne - Vertretung der „Interessen“ (Vermögensklassen) dar, sondern verleiht dem Wahlrecht nach Steuerklassen ein unterschiedliches Gewicht, das man bei einer Bewertung nach Art. 3 Abs. 1 GG noch als „gleich“ ansehen könnte, während es natürlich im. Sinne des strikt formalen Gleichheitssatzes nach Art. 38 GG nur als „ungleich“ gekennzeichnet werden kann: In der Rechtsprechung zur Billigung der wahlrechtlichen Aussperrklausel von 5% hat das BVerfG diesen Unterschied zwischen der strikt formalen Gleichheit des Wahlrechts und der allgemeinen Gleichheit nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht hinreichend gewürdigt; s. auch *H.-H- v. Arnim*, Der strenge und der formale Gleichheitssatz, in: *DÖV* 1984, 85 ff.

Vertragsfähigkeit abgesprochen, da insoweit das BGB den öffentlich-rechtlichen Begriff des Ausländers nicht kennt, sondern diesen als Menschen unter die Kategorie (natürliche) „Person“ (vgl. § 1 BGB) subsumiert und insoweit nur nach - im wesentlichen nach dem Alter - abgestuften Graden der Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.), Deliktsfähigkeit (§ 827) und dergl. unterscheidet. Steht damit umgekehrt die (mögliche) Beschränkung des öffentlichen Rechts als (schwebende) Unwirksamkeit der Verwirklichung eines Vertrages eines Ausländers nicht entgegen, würde es dem Verdacht der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB unterliegen, mit den Mitteln des Privatrechts ein Ergebnis durchsetzen zu wollen, das legitimer Weise lediglich mit den Mitteln des öffentlichen Rechts erreicht werden darf, dem aber im konkreten Fall die Beschränkungen dieses „politischen“ Rechts nicht entgegenstehen.

bb) Sittenwidrigkeit der Übertragung politischer Ungleichheit auf zivilrechtliche Rechtsgestaltung

Dies bedeutet: Während etwa der Gesetzgeber, wie von Artikel 3 Abs. 3 GG ermächtigt, der die Ausländereigenschaft anerkannter Maßen nicht zu den verbotenen Differenzierungskriterien zählt,[291] durch Gesetz eine rechtlich unterschiedliche Behandlung von Ausländern, insbesondere von ausländischen juristischen Personen (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG) und Deutschen vorsehen kann, ist es den Privatrechtssubjekten aufgrund des formalen Gleichheitsprinzips der mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch positiv-rechtlich geregelten Privatautonomie verwehrt, etwa die Vertragserfüllung gegenüber einem Ausländer aufgrund dieser Eigenschaft abzulehnen. Letztlich könnte einer entsprechenden privaten Vertragspraxis, wie etwa auch der Ausübung des Kündigungsrechts wegen „brauner Haut“ oder „brauner Gesinnung“ vorgeworfen werden, gedanklich auf der Basis eines Zivilrechts zu operieren, das der Nationalsozialismus unter Zurücknahme der mit dem preussALR eingesetzten Entwicklung zur formalen zivilrechtlichen Rechtsgleichheit durchgesetzt hatte. Der NS hatte sich bekanntlich nicht mit öffentlich-rechtlichen Beschränkungen und Eingriffen in die Privatautonomie begnügt, sondern seine Diskriminierungspolitik durch die Zurücknahme der formalen Rechtsgleichheit des Zivilrechts durchgesetzt. Als Beispiele sind neben der Rezeption des US-amerikanischen Rassenrechts[292] und dessen Übertragung auf gemischt deutsch („arisch“)-jüdische Ehen mit Nichtigkeitsfolge, etwa die Verweigerung des Mieterschutzes für jüdische Wohnungsinhaber und die Nichtanerkennung der Erbenstellung eines Juden zu nennen.[293]

Diesen sicherlich nach derzeitigem - und auch der NS-Zeit vorausgegangenem - Zivilrechtsverständnis dem Verdikt der „Sittenwidrigkeit“ nach § 138 BGB unterliegenden diskriminierenden Tatbestände ähneln in frappierender Weise gewisse Überlegungen, die von politischen Kräften im Kampf „gegen rechts“ propagiert worden sind und neben der arbeitsrechtlichen Kündigung wegen „rechter“ (!) Gesinnung, durchaus auch auf Kündigung von Mietverhältnissen,[294] der Ablehnung der medizinischen Behandlung und eben auf die

[291] So auch das BVerfGE 51, 1, 30, wonach die Ausländereigenschaft weder unter das Merkmal „Herkunft“ noch „Abstammung“ im Sinne der absoluten Diskriminierungsverbote nach Art. 3 Abs. 3 GG falle; die gegenteilige Ansicht verkennt, daß das Grundgesetz selbst die Unterscheidung von Deutschen- / Bürgerrechten und Menschenrechten vornimmt, was auch demokratietheoretisch geboten ist.

[292] S. etwa § 1677 der Oklahoma Statutes von 1931: „Personen afrikanischer Abstammung ... wird die Eheschließung mit Personen nichtafrikanischer Abstammung verboten“; oder § 5857 der Florida Compiled General Laws: „Jede Ehe, die unter Verletzung ... dieses Gesetzes geschlossen wird, ... ist vollkommen nichtig. Die aus einer solchen Verbindung hervorgehenden Kinder gelten als unehelich und sind unfähig ... Vermögen zu erben“.

[293] S. *Eisenhardt*, a.a.O., Rdnr. 20 m. w. N.

[294] S. dazu etwa den aufheizenden Artikel des Vorsitzenden der jüdischen Gemeinde in Berlin, *Andreas Nachama*, Eigentum verpflichtet. Die Vermietung der Villa Garbáty an die Republikaner verbietet sich, in: *Der Tagesspiegel* vom 13. Dezember 1998, S. 11.

Kündigung von Girokonten gerichtet sind, damit die geschäftlichen Transaktionen „rechter" Organisationen beeinträchtigt werden und damit eine mögliche Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) - als Endziel der „zivilgesellschaftlichen" Aktivitäten - erreicht werden kann. Letztlich zeichnet sich dabei ab, daß das Schlagwort: „Kauf nicht bei Juden!" durch das Schlagwort: „Kauf nicht bei Rechtsextremisten!" ersetzt wird. Dabei handelt es sich bei „Rechtsextremisten" um „Bestrebungen", die nach dem Geheimdienstrecht einer besonderen Regelung unterliegen und daher aus politischen Gründen in mehr oder weniger weiten Umfang ungleich[295] behandelt werden. Auch das letztgenannte Schlagwort ist geeignet, die formale Rechtsgleichheit des Zivilrechts, die im „Obrigkeitsstaat" als wesentliche zivilisatorische Errungenschaft verwirklicht werden konnte, zurückzunehmen und wird insofern dem Verdikt der Sittenwidrigkeit und damit der rechtlichen Nichtigkeit unterliegen müssen.

Einen groben Maßstab, ob der den Vorwurf „sittenwidrig" begründende Umstand und eine entsprechende Gesinnung in einem nach § 138 BGB erforderlichen Ausmaß als subjektives Element des Vorwurfs der Sittenwidrigkeit vorliegt, ergibt in der Tat die Kontrollfrage, ob ein entsprechendes Handeln privater Unternehmen gegenüber jüdischen Organisationen von der (Zivil-) Gesellschaft akzeptiert werden würde, gilt doch in dem von Gesichtspunkten der sog. Vergangenheitsbewältigung geprägten bundesdeutschen Rechtsbewußtsein die hier interessierende Beeinträchtigung derartiger Organisationen und Personen mit Hilfe des Zivilrechts durch das NS-Regime zu Recht als besonders verwerflich. Würde ein derartiges Handeln, wie etwa einer ideologisch motivierten Kündigung von Girokonten durch private Geschäftsbanken gegenüber jüdischen Organisationen als empörend empfunden werden, kann es aufgrund der zivilrechtlichen Gleichheitskonzeption auch nicht gegenüber ideologisch in einer bestimmten Weise eingeordneten Vereinigungen akzeptiert werden. Der von der Postbank AG gebrauchte, wenngleich zwischenzeitlich - wirklich?[296] - aufgegebene Begriff der „politischen Hygiene" bewegt sich in der Tat auf einem oft als „nazistisch" bezeichneten Niveau, wobei dieser Eindruck noch dadurch verstärkt wird, daß in der Kündigungsstrategie der Banken ein Gleichsetzen von „rechtsextremistischen" mit „kriminellen Vereinigungen" (vgl. 129 StGB) stattfindet, was auf das - kommunistische - Schlagwort hinausläuft, daß „Faschismus" „keine Gesinnung, sondern ein Verbrechen" sei.[297] Es wird demnach eine politische Einstellung ohne Vorliegen entsprechender Straftatbestände bei der Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte als ein „Verbrechen" und als eine „Krankheit" (Hygiene!) angesehen, die es - so wäre konsequent die Sprache des Nazismus - „auszumerzen" gilt. Diese Konstellation dürfte die ausgesprochene Kündigung rechtsethisch unerträglich machen, womit sie eindeutig dem Verdikt der Sittenwidrigkeit unterliegt. Zusammenfassend kann dann den Ausführungen eines GG-Kommentars[298] zugestimmt werden: „Zwar sind private Tendenzbetriebe (z.B. konfessioneller oder parteipolitischer Art) zulässig; aber die z. T.

---

[295] Hier soll nicht diskutiert werden, ob diese ungleiche Behandlung nach dem einschlägigen öffentlichen Recht zulässig ist und daher rechtswidrige Diskriminierung und nicht eine rechtmäßige Differenzierung gegeben ist; hier geht es lediglich darum, darzulegen, daß die Übertragung dieser Kategorie auf das Zivilrecht im Normalfall sittenwidrig ist.

[296] Zweifel an der Rücknahme dieses Begriffes ergaben sich, da noch im Januar 2001 die Internet-Abfrage bei www.Postbank.de > NPD immer noch auf die Erklärung vom 24.08.2000 verwiesen hat, in der dieser als „nazistisch" zu kennzeichnende Begriff weiterhin enthalten gewesen ist (mittlerweile - Abfrage im Dezember 2011 - kann man unter dem Begriff „NPD" nichts mehr finden).

[297] Auch in anderen Bereichen, die aber mit der Gesamtstrategie der politischen Klasse zusammenhängen, muß man konstatieren, daß mit Methoden, die man eigentlich als „nazistisch" ansprechen müßte, „gegen rechts" vorgegangen wird; so hat eine Allgemeinverfügung der Stadt Eisenach vom 07.08.2000 gelautet: „Allen Personen, die offensichtlich dem rechtsradikalen Spektrum zuzuordnen sind, wird ab sofort untersagt, das Gelände um das Burschenschaftsdenkmal in Eisenach zu betreten, sofern kein besonderes Interesse an einem Aufenthalt in diesem Bereich folgt"; dies erinnert frappierend an (im übrigen rechtlich unverbindliche) Aufschriften während der NS-Zeit: „Juden sind an diesem Ort unerwünscht!".

[298] S. *M. Gubelt*, in: I. v. Münch, GG-Kommentar, Rdnr. 2 zu Art. 3.

anzutreffende Praxis, Mietsuchende wegen ihrer Hautfarbe abzuweisen oder Gaststätten für Ausländer, Gastarbeiter zu sperren (Schild „Farbige unerwünscht“), ist auch ohne direkte Geltung des Art. 3 III sittenwidrig“. Bei der Kündigung wegen „rechtsextremer“ Weltanschauung kann eigentlich nichts anderes gelten. Ein jüngstes Beispiel[298a] für diese wirklich widerliche Diskriminierungspraxis im Geiste des Nazismus ist die Weigerung der Stadt Köln, der Fraktionsvorsitzenden der rechtsgerichteten Bürgerbewegung *Pro Köln* (und ihrem politisch ebenfalls in diesem Sinne aktiven Ehemann) ein Grundstück zu verkaufen, das von der Stadt als Baugrund ausgewiesen ist.

c) Die Bedeutung des kartellrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Während die Verpflichtung zu einer spezifischen Gleichbehandlung im BGB nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sondern diese durch die abstrakte, gerade dadurch die Rechtsgleichheit garantierende Begriffsweise als selbstverständlich vorausgesetzt ist, statuiert das Wettbewerbsrecht bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung mit § 20 GWB[299] einen ausdrücklichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Verpflichtung zur Beachtung des Verbots der Nichtdiskriminierung kann bei Vorliegen der Marktbeherrschung bis zum Kontrahierungszwang[300] gehen und damit zur Statuierung einer gesetzlichen Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages führen. Dies beinhaltet damit erst recht die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines einmal geschlossenen Vertrages, falls ein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht anders abgewehrt werden kann.[301]

aa) Existenz des Wettbewerbs als Voraussetzungsbedingung der Privatautonomie

Das Kartellrecht hat mit der Kontrahierungsverpflichtung aber nur ausdrücklich ein Konzept positiviert, das bereits dem Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Verankerung der Privatautonomie geläufig gewesen ist. Die Konzeption der Privatautonomie geht nämlich davon aus, daß die zivilrechtlichen Gestaltungsrechte, wie die Kündigung, im Rahmen einer Wettbewerbsordnung ausgeübt und dadurch in ihrer potentiell gesellschaftsschädigenden Wirkung begrenzt werden. Bei optimalen Verhältnissen setzt diese Wirksamkeit der Privatautonomie ein annäherndes Kräftegleichgewicht der Vertragspartner voraus. Da dieses real nicht gegeben ist und wohl auch unter permanent wandelnden Umständen nie vorliegen kann und zudem die Bestimmung des Kräfteungleichgewichts in der wirtschaftwissenschaftlichen Einschätzung mit erheblichen theoretischen Schwierigkeiten verbunden ist, hat sich der historische Gesetzgeber damit begnügt, den Extremfällen mit Vorschriften wie § 138 BGB entgegenzutreten.

Aufgrund der der Zivilrechtskodifikation vorausgegangenen endgültigen Einführung der Gewerbefreiheit durch die preußische Gewerbeordnung von 1869, die zur endgültigen Aufhebung der Koalitionsverbote und der öffentlich-rechtlichen, auf Standes- und Zunftbindungen beruhenden Gewerbeprivilegien geführt hatte, hat es der historische Zivilrechtsgesetzgeber nicht für erforderlich gehalten, einen besonderen Schutz des Wettbewerbs als Rechtsinstitution vorzusehen.[302] Jedoch ist gerade die politische Funktion der Zivilrechtskonzeption nur zu begreifen, wenn man davon ausgeht, daß der BGB-Gesetzgeber aufgrund der Verwirklichung der Gewerbefreiheit von vornherein eine marktorientierte

---

[298a] S. dazu: http://ef-magazin.de/2010/06/22/2261-aktuelle-nachricht--koeln-kaufverbot-fuer-politisch-nicht-korrekte-buerger

[299] S. dazu bereits die Ausführungen unter II. 4. a).

[300] Nachweise bei *v. Gamm*, Kartellrecht, 2. Auflage, Rdnr. 76 zu § 26 GWB a. F.

[301] S. *v. Gamm*, a.a.O., Rdnr. 77.

[302] So etwa *v. Gamm*, a.a.O., Einf. A. Rdnr. 1.

Wirkungsweise des Zivilrechts vorausgesetzt hat, die dann der spätere Gesetzgeber durch ein spezielles Wettbewerbsrecht bzw. Kartellrecht schützen wollte. Noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts, als die Existenz von Kartellen bereits als ökonomisches Problem gesehen wurde, ist man überwiegend davon ausgegangen, daß die wirtschaftlichen Gegenkräfte stark genug wären, einen bleibenden volkswirtschaftlichen Schaden durch Kartellbildung abzuwenden.[303] Daß die Vertragsfreiheit zu Kartellbildungen führen könnte, welche mit Hilfe privater Gestaltungsrechte die Privatautonomie außer Kraft setzen würden, hat der historische BGB-Gesetzgeber angesichts der Gewerbefreiheit überwiegend für unrealistisch angesehen.

Nachdem sich allerdings, was wohl nur mit weitreichenden Eingriffen des Staates in das Wirtschaftsgeschehen zu erklären ist, in der Zeit nach dem 1. Weltkrieg in erheblichem Maße Kartelle gebildet hatten, hat man einen Schutz des Wettbewerbs als Institution neben dem eigentlichen Zivilrecht für notwendig erachtet. Dem Wettbewerbsrecht, das sich dabei gegenüber § 138 BGB als Sonderrecht herausgebildet hat,[304] liegt die Überlegung zugrunde, daß sich die Privatautonomie durch die Mittel des Privatrechts, die eben diese Privatautonomie konstituieren, zumindest partiell selbst aufheben könnte,[305] womit die Privatautonomie ihre Legitimität verlieren könnte und dann andere Ordnungsformen in Kraft treten müßten. In einer mehr systematischen Weise kommt dieses staatliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Integrität der Zivilrechtsordnung vor allem im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zum Ausdruck. Die zentrale Bestimmung dieses Gesetzes stellt insoweit § 19 GWB dar, der die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehre Unternehmen verbietet. Liegt eine marktbeherrschende Stellung vor, welche anhand der Kriterien der Absätze 2 bis 4 von § 19 GWB zu ermitteln ist, tritt für das entsprechende Unternehmen gemäß § 20 GWB eine Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung ein. Diese Verpflichtung wird neben anderen Elementen durch ein Boykottverbot gemäß § 21 GWB abgesichert.

bb) Das zivilrechtliche Machtausübungsverbot

Aus der Gegenüberstellung von Marktbeherrschung und Gleichbehandlungsverpflichtung ergibt sich die gesetzgeberische Vorstellung, daß Herrschaft („über den Markt“) und damit die partielle Ausschaltung der Freiheit des Beherrschten - wo „Herrschaft“ existiert, gibt es auch „Beherrschte“ - mit der Gleichheitsverpflichtung gegenüber den konkurrierenden, aber „herrschenden“ Unternehmen entgegengetreten werden soll. Diese Verpflichtung stellt einen relativ geringfügigen Eingriff in die Privatautonomie im Interesse der Aufrechterhaltung derselben dar, weil die denkbare Alternative in der Zerschlagung der beherrschenden Unternehmen durch staatliche Maßnahmen liegen würde, falls nicht sogar eine alternative Organisationsform der Wirtschaft an die Stelle der Privatautonomie treten müßte. Durch die gesetzliche Gleichbehandlungsverpflichtung, also durch das Gebot der Nichtsdiskriminierung, wird im Falle der Marktbeherrschung der nach dem gesetzgeberischen Konzept der Zivilrechtsordnung vorausgesetzte Normalfall wieder hergestellt, der dadurch gekennzeichnet ist, daß Freiheit zur Ausübung der zivilrechtlichen Gestaltungsrechte aufgrund der Wettbewerbssituation nicht in Herrschaft („Beherrschung“) umschlägt. Wenn etwa die eine Bank ein Girokonto kündigt, geht man halt als Betroffener zur nächsten. Wenn diese Möglichkeit besteht, ergibt sich automatisch ein ökonomischer Anreiz, von der zivilrechtlich möglichen Kündigung keinen Gebrauch zu machen, weil leichtfertige Kündigungen den

[303] S. *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Auflage 1995, S. 105 ff.; insbes. Rdnr. 10.
[304] Deshalb wird den Spezialnormen des Wettbewerbsrechts nach der *lex specialis*-Regel der Vorrang gegenüber § 138 BGB eingeräumt, s. *Mayer-Maly*, in MüKo, Rdnr. 79 zu § 138 BGB, im Hinblick auf das Verhältnis von § 26 GWB a. F. zu § 138 BGB; sofern sich jedoch Vorschriften des Wettbewerbsrechts als *leges imperfectae* darstellen, stellt § 134 BGB die eigentliche Sanktionsnorm dar, welche ebenfalls dem § 138 BGB vorgeht, s. *Mayer-Maly*, in MüKo, Rdnr. 4 zu § 138 BGB.
[305] S. etwa *Rittner*, a.a.O., S. 104 ff.

konkurrierenden Unternehmen zugute kommen und sich damit das kündigende Unternehmen selbst schädigt.

Ist dieser ökonomische Mechanismus einer funktionierenden Wettbewerbsordnung nicht gegeben, verwandeln sich als solche gesellschaftspolitisch harmlose zivilrechtliche Gestaltungsrechte in (wirtschaftliche) Herrschaft. Diesem Umschlag von Privatautonomie in „(zivil-) gesellschaftliche“ Herrschaft tritt das Gesetz mit einer Gleichheitsverpflichtung etwa nach § 20 GWB entgegen. Diese gesetzliche Verpflichtung ist sicherlich nicht mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 3 GG identisch, geht aber auf ein mit dieser Grundrechtsgarantie gemeinsames grundlegenderes Rechtsprinzip zurück und stellt somit Bestandteil des durch § 138 BGB geschützten *ordre public* dar. Im staatlichen Bereich, der unvermeidbar Herrschaft bedeutet, soll das mit Art. 3 GG als Grundrecht garantierte Diskriminierungsverbot sicherstellen, daß Herrschaft erträglich bleibt, also human ausgeübt wird.[306] Im Bereich des Zivilrechts soll durch den unterstellten Wettbewerb Herrschaft durch zivilrechtliche Gestaltungsmittel von vornherein ausgeschlossen sein. Soweit das Entstehen von Herrschaft mittels zivilrechtlicher Gestaltungsrechte mangels optimal funktionierenden Wettbewerbs nicht verhindert werden kann, stellt das mit dem grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz strukturell verwandte gesetzliche Diskriminierungsverbot des Wettbewerbsrechts sicher, daß diese Beherrschungssituation für die Betroffenen und die Gesellschaft keine unerträgliche Formen annimmt, die den Ruf nach einer alternativen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung hervorrufen könnten.

Da das Wettbewerbsrecht nur das Verhältnis der Unternehmen untereinander regelt, ergeben sich rechtstheoretische Schwierigkeiten, die Verpflichtungen marktbeherrschender Unternehmen gegenüber den Kunden / Verbraucher zu bestimmen.[307] Vom Systemansatz des Zivilrechts erscheint es konsequent, die Rechte der Kunden unter dem Gesichtspunkt von § 138 BGB definiert zu sehen. Das Wettbewerbsrecht ist als Spezialfall dieser Bestimmung anzusehen. Sofern dieser Spezialfall nicht greift, ist die Anwendung der Generalnorm des § 138 BGB geboten, soweit der Normzweck eingreift. Dies ist aufgrund der begründeten Vermutung wettbewerbswidrigen Verhaltens im vorliegend untersuchten Fall gegeben: Das kartellartige Zusammenwirken der Unternehmen, für dessen Vorliegen hinreichende Verdachtsgründe bestehen, richtet sich gegen politisch und damit in den Verständniskategorien des Zivilrechts sachfremd definierte Kundenkategorien. Da sowohl § 138 BGB als auch das GWB, insbesondere dessen §§ 1 und 19, den wirtschaftlichen Machtmißbrauch verhindern sollen, ist es angezeigt, die politisch-ideologisch motivierten Kündigungen von Bankkonten politisch mißliebiger Kunden wegen der damit verbundenen Beherrschungs- und Diskriminierungsintention in diesem Sinne als sittenwidrig einzuordnen. Die Kündigungen sind deshalb gemäß § 138 BGB als nichtig anzusehen, selbst wenn über §§ 826, 249 BGB (noch) kein Kontrahierungszwang abgeleitet werden könnte, da die hierfür von der Rechtsprechung geforderten (wohl etwas überspannten) Voraussetzungen nicht vorliegen oder zumindest nicht nachgewiesen werden können.

5. Verstoß gegen das Entpolitisierungsgebot im Bereich des Zivilrechts

[306] Die Vorstellung einer Aufhebung von Herrschaft durch Gleichheit zur Verwirklichung von Freiheit geht im politischen Bereich durchaus noch weiter, weil auch einer gewissen Demokratiekonzeption die Vorstellung zugrunde liegt, daß Gleichheit das Ende der Herrschaft überhaupt bedeutet, was aber wiederum zu der verfehlten Annahme führt, Demokratie aus der Herrschaftslosigkeit (Anarchie) als angeblichem Idealfall ableiten zu können; s. dazu schon *Aristoteles*, Politik, Reclamausgabe vom 1989, S. 300.

[307] S. dazu die Ausführungen unter II. 4. dieser Abhandlung.

Die kündigenden Privatbanken (die Sparkassen als Anstalten des öffentlichen Rechts interessieren hier schon nicht mehr, da deren rechtswidrige Verhaltensweise schon hinreichend dargelegt ist) könnten einwenden, daß sie mit den Kündigungen keine nach dem Zivilrecht unerlaubten wirtschaftlichen Vorteile anstreben, sondern sich sogar - im Interesse des Gemeinwohls, wie es von ihnen verstanden wird - eher schädigen könnten. Jedoch würde diese Einlassung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Vorgehen der Banken aber noch gewichtiger machen, gerade weil durch den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung, der als solcher bereits die Legitimität der Privatautonomie zu unterminieren droht, ohne hinreichende gesetzliche Ermächtigung auch noch politische Ziele, also offene Machtausübung erreicht werden sollen.

a) Demokratietheoretische Bedeutung der Trennung von Staat und Gesellschaft

Durch die politische Instrumentalisierung wird nämlich gegen ein grundlegenderes Systemprinzip der durch § 138 BGB geschützten Rechtsordnung verstoßen: Es liegt hierbei ein gravierender Systembruch im Verhältnis der rechtlichen Subsysteme öffentliches Recht und Privatrecht vor, der auch im wirklichen Privatrechtsverhältnis zum Verdikt „sittenwidrig“ führt. Verletzt ist dabei das aus der Trennung von Staat und Gesellschaft folgende weitgehende Entpolitisierungsgebot für den Bereich der Zivilrechtsordnung. Trotz einer gelegentlich geäußerten Kritik an der konzeptionellen Trennung / Zweiteilung des Rechts in Zivilrecht und öffentliches Recht[308] und des Versuchs ihrer historischen Relativierung (nur für den „Obrigkeitsstaat“ relevant, aber nicht für die Demokratie) genießt diese Trennung nach dem Grundgesetz Verfassungsrang.[309] Das Grundgesetz - gleiches gilt für die Landesverfassungen - schreibt diese Unterscheidung in einigen Bereichen wie etwa in Art. 14 Abs. 3, 19 Abs. 4 Satz 2, 33 Abs. 4, 34 Satz 3 GG zwingend vor und setzt diese Trennung in einer Reihe anderer Vorschriften voraus: Art. 12 a Abs. 3, 33 Abs. 4, 87 Abs. 2 und 3, 93 Abs. 1 Nr. 4, 96 Abs. 4, 130 Abs. 3, 135 Abs. 2, 5 und 7, 135 a Nr. 2, 140 GG i. V. m. Art 137 Abs. 5 WRV. Diese Unterscheidung ist für das deutsche Recht von fundamentaler Bedeutung,[310] da diese Differenzierung Ausdruck des grundlegenderen Prinzips der Trennung von Staat und Gesellschaft mit jeweils unterschiedlichen Strukturprinzipien ist.

aa) Schutz der Freiheit und Gleichheit der Bürger im politischen Prozeß

Diese Differenzierung sollte historisch zum einen die endgültige Überwindung ständestaatlicher (feudalistischer) Vorstellungen absichern, die aus der sozialen Ungleichheit einen Herrschaftstitel abgeleitet haben. Zum anderen sollte durch die mit der Trennung von Staat und Gesellschaft untrennbar verbundene Konzeption der Privatautonomie eine „Verstaatlichung“ des Zivilrechts durch die Garantie einer „Privatrechtsgesellschaft“ (Wirtschaftsgesellschaft) verhindern. Durch die Privatautonomie soll entgegen der - auch demokratietheoretisch weiterhin - fortbestehenden (partiellen) staatsrechtlichen Ungleichheit die Gleichheit aller Menschen als Rechtssubjekte, d.h. als (natürliche) Personen zumindest im Zivilrechtsverkehr gesichert werden. Umgekehrt sollen nicht die Strukturprinzipien der Privatrechtsgesellschaft, wie etwa das im Bereich der Wirtschaft sachgerechte Prinzip des nach Kapitaleinsatz gewichteten Stimmrechts[311] bei den juristischen Personen des Privatrechts durch

[308] S. dazu *Ehlers*, a.a.O., S. 38 ff.
[309] S. dazu *Renck*, in: *JuS* 1978, 449 ff., 461.
[310] So auch *Säcker*, MüKo, Einleitung Rdnr. 2 f.
[311] Auf der Ebene der allgemeinen Staatslehre könnte man sich die Frage stellen, ob dieses gewichtete Stimmrecht etwa im Sinne des preußischen Dreiklassenwahlrechts nicht auf der Ebene des Verfassungsrechts ökonomisch sinnvoll wäre; jedoch läge dann keine Demokratie mehr vor, sondern eine Oligarchie in den Verständniskategorien von *Aristoteles*, s. a.a.O., S. 205 ff.; in der vorliegenden Untersuchung wird in den Kategorien von Demokratie gedacht.

unvermittelte Einflußnahme der Verbände in den politischen Prozeß das Ergebnis der politischen Gleichheit der Bürger modifizieren.

Obwohl der historische Ausgangspunkt dieser Zweiteilung (Dualismus) der notwendiger Weise als Einheit zu verstehenden Rechtsordnung durch die zwischenzeitlich erfolgte Demokratisierung von Kritikern als überholt angesehen wird, da in der Demokratie der Staat die politische Organisation der Gesellschaft sei, hat diese Zweiteilung - abgesehen davon, daß das positive Verfassungsrecht von dieser ausgeht - ihre bleibende demokratie-theoretische Bedeutung:[312] Nur aufgrund der Prämisse dieser Zweiteilung des Rechts sind grundlegende und für das Verständnis von (freier) Demokratie wichtige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wie etwa zur Regierungspropaganda, zur Parteienfinanzierung[313] oder zur privatrechtlichen Institution der Presse[314] nachzuvollziehen, die davon ausgehen, daß nur die Trennung von Staat und Gesellschaft sicherstellt, daß sich „in der Gesellschaft" ein Volkswille „frei" bilden kann, der dann vor allem im Wahlakt aufgrund des gleichen Wahlrechts freie Demokratie konstituiert. Dagegen führte die Überwindung dieser für das deutsche Recht sicherlich aufgrund einer bestimmten historischen Entwicklung, die in anderen Rechtssystemen so nicht gegeben war,[315] fundamental bedeutsamen Trennung dazu, daß etwa Meinungsfreiheit zur Regierungspropaganda deformiert. Zur Verhinderung einer derartigen Entwicklung wurde der privatrechtliche Charakter der Presse betont und hat das BVerfG der staatlichen Parteienfinanzierung Grenzen gesetzt, da diese die Gefahr beinhaltet, daß sich die Parteien als juristische Personen des Privatrechts von ihren Mitgliedern und Wählern unabhängig machen und sich die Parteien von freien Verbänden in Herrschaftsinstrumente der Gewählten über ihre Wähler verwandeln.

bb) Verhinderung des „plutokratischen" Unterlaufens von Demokratie

Umgekehrt soll das Transparenzgebot des Artikels 21 Abs. 1 Satz 4 GG bei der privaten Parteienfinanzierung sicherstellen, daß kein „plutokratisches" Unterlaufen der demokratischen Gleichheit, d. h. eine moderne Imitation feudalistischer Herrschaftsstrukturen erfolgt, indem vermögende Kreise über das Mittel der Parteien- und Wahlkampffinanzierung den politischen Prozeß in Griff bekommen und sich auf diese Weise die gesellschaftliche Ungleichheit („Kapitalismus") auf den politischen Prozeß überträgt. Diesem Ansatz würde es eigentlich entsprechen, Spendengelder von juristischen Personen des Privatrechts, die als solche keine Staatsbürger sind, zu verbieten: „Zwar sind Spenden an politische Parteien ein der Partizipation dienendes Recht des einzelnen und insoweit auch durchaus erwünscht, weil sie deren Sensibilität für die Wünsche der Bürger erhöhen. Problematisch sind sie jedoch, weil sie mit zunehmendem Umfang das den politischen Willensbildungsprozeß prägende Prinzip der Gleichheit aller Staatsbürger in Frage stellen können. Dennoch lassen sowohl Art. 21 GG als auch das PartG Spenden an politische Parteien in beliebiger Höhe zu. Damit verbundenen Gefahren beugen sie mit dem Transparenzgebot vor".[316]

Mit einer entsprechenden Intention des Ausschlusses des „plutokratischen" Unterlaufens von Demokratie sind auch Bestimmungen wie § 108b StGB (Wählerbestechung) oder § 108e StGB

[312] Darauf hat nachdrücklich der sozialdemokratische Staatsrechtslehrer *E. W. Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *ders*. Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 185 ff. hingewiesen.
[313] Dazu *v. Arnim*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, München 1996.
[314] S. die sog. Spiegelentscheidung, BVerfGE 20, 162 ff.
[315] Die Trennung gilt mehr oder weniger weitgehend für alle kontinentaleuropäischen Verfassungssysteme; die Ausnahme findet sich im angelsächsischen Rechts- und Verfassungssystem; s. dazu *Ehlers*, a.a.O., S. 48 f.; zur US-amerikanischen Rechtslage, s. *P. Hay,* a.a.O., S. 37.
[316] *P. M. Huber*, Das parteienrechtliche Transparenzgebot und seine Sanktionierung, in: *DÖV* 2000, S. 745, 750.

(Abgeordnetenbestechung) zu erklären, die einer Kommerzialisierung[317] des demokratischen Stimmrechts ausschließen, obwohl aus einer rein individualrechtlichen Sicht eigentlich nichts dagegen spräche, daß der einzelne Wahlberechtigte sein Stimmrecht meistbietend zum Verkauft offeriert oder sich von einem an einem Wahlamt interessierten Kandidaten „kaufen" läßt.[318] Die verfassungsrechtliche Garantie des geheimen Wahlrechts (Art. 38 Abs. 1 GG), das man *prima facie* demokratietheoretisch wegen der dabei bewirkten Verschleierung der politischen Verantwortung durchaus als bedenklich ansehen kann, soll sowohl der „plutokratischen" Entfremdung des demokratischen Stimmrechts durch Stimmenkauf entgegenwirken, als auch die Freiheit der Wahl gegenüber unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Druck sichern. Das Wahlgeheimnis beugt zudem der zumindest bei zivilrechtlicher Betrachtung naheliegenden Entwicklung vor, daß konkrete Wähler für staatliche Fehlentscheidungen gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 2 GG als „Beamte" im haftungsrechtlichen Sinne finanziell haftbar gemacht werden. Man kann sich dann mit einiger Phantasie leicht ausmalen, welches Herrschaftssystem sich ergeben könnte, würde man entsprechende zivilrechtliche Haftungskategorien auf politische Entscheidungen anwenden. Dieser Entwicklung soll wiederum die verfassungsrechtliche Indemnitätsgarantie nach Art. 46 Abs. 1 GG entgegenwirken, welche die Unverantwortlichkeit des Abgeordneten für seine politischen Entscheidungen im Parlament sicherstellt. Andernfalls müßte er sich bei finanzstarken Gruppen rückversichern, was ebenfalls zu einem „plutokratischen" Unterlaufen von Demokratie führen würde. In diesem Zusammenhang ist auch die Gewährleistung des Berufsbeamtentums nach Artikel 33 GG zu nennen, dessen auf das antifeudalistische Programm der Französischen Revolution zurückgehender besonderer Status, der insbesondere in der lebenslangen Alimentierung besteht, eine allgemeine Korrumpierung des demokratischen Prozesses durch Vermögensinteressen und damit eine Re-Feudalisierung verhindern soll.[319] Die Parteispendenskandale der jüngsten Zeit machen deutlich, daß der Kampf um die Aufrechterhaltung der grundsätzlichen Trennung von Staat und Gesellschaft im Interesse der demokratischen Gleichheit ein permanentes Anliegen darstellen wird, was es geboten erscheinen läßt, allen Formen problematischer Vermischung von Staat und Gesellschaft und damit von Zivilrecht und öffentlichen Recht entschieden entgegenzutreten.

Diese Gesichtspunkte machen deutlich, daß die Zweiteilung des Rechts in die Bereiche öffentliches und damit „politisches" Recht und Privatrecht und demnach die sich daraus ergebende Garantie der Privatautonomie Verfassungsrang beanspruchen kann. Wegen der aufgezeigten Bedeutung der Privatautonomie wäre es verfehlt, diese lediglich grundrechtlich - und möglicherweise nur nach dem relativ „schwachen" Grundrecht nach Artikel 2 Abs. 1 GG - garantiert anzusehen. Vielmehr hat die grundrechtliche Garantie eine komplementäre Bedeutung zur grundlegenderen, da demokratietheoretisch begründbaren, gewissermaßen staatsorganisatorischen Ableitung der Trennung von Staat und Gesellschaft. Eine Verletzung dieses Grundsatzes durch zivilrechtliche Gestaltungsrechte kann nicht als mit der „öffentlichen Ordnung" vereinbar angesehen werden und muß daher im Falle zivilrechtlicher Gestaltungsrechte als „sittenwidrig" i. S. von § 138 BGB gekennzeichnet werden.

cc) Verfassungsrechtliche Problematik juristischer Personen

[317] Eine gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Kommerzialisierung unterliegt der Nichtigkeitsfolge nach § 138 BGB, s. *Mayer-Maly*, MüKo Rdnr. 33 zu § 138 BGB.

[318] In den USA ist auf richterliche Anordnung der Stimmenkauf im Internet verboten worden, s. *Süddt. Zeitung* vom 20.10.2000, S. 10; zuletzt waren für eine Stimme 9,79 $ geboten worden; es ist nicht ganz klar, ob es sich bei dem Internet-Angebot um eine Satire handelt: „Voteaution.com hat sich der Zusammenführung der amerikanischen Grundsätze Demokratie und Kapitalismus verschrieben, indem das große Geld der Wahlkampfkampagnen direkt an die Öffentlichkeit geleitet wird".

[319] S. dazu insbesondere die Darstellung von *E.K. und U. Scheuch*, Die Spendenkrise - Parteien außer Kontrolle, Reinbek 2000.

Für die Aufrechterhaltung des Dualismus der Rechtsordnung stellt die Existenz juristischer Personen durchaus ein Problem dar, da die wesentliche Rechtfertigung derselben bei ökonomischer Betrachtungsweise auf eine gleiche Begründung hinausläuft wie sie zur Existenz des Staates als ebenfalls juristischer Person angeführt wird: Würden - wie von der klassischen Wettbewerbslehre unterstellt - Markt, Wettbewerb und Preise die Wirtschaft optimal steuern, benötigte man gar keine Unternehmen, die individuelle Vertragsbeziehungen partiell durch Verwaltungsstrukturen mit Herrschaftscharakter (etwa: Direktionsrecht des Arbeitsgebers) ersetzen, die denjenigen des Staates gleichen. Sowohl Unternehmen als auch Staat - soweit es um „öffentliche Güter" geht -[320] reduzieren die sog. Transaktionskosten bei der Erstellung von Gütern. Ohne die Institute „Unternehmen" und auch Staat (im Bereich sog. öffentlicher Güter) würde der Markt nicht dem Pareto-Optimum[321] entsprechen, so daß es geboten ist, den Markt partiell durch innerbetriebliche Befehlsstrukturen aufzuheben, um das gesellschaftliche Optimum der Wirtschaftsentwicklung zu erreichen. Aufgrund der Ähnlichkeit des Ausgangspunktes von Staat als juristischer Person des öffentlichen Rechts und der Privatunternehmen als juristischen Personen des Privatrechts stellen letztere erkennbar einen (potentiellen) Machtfaktor dar, der entweder die Eingliederung in den demokratisch legitimierten Staatsapparat erfordert oder eben ihre politische Neutralisierung durch Entpolitisierung. Ersteres würde jedoch die Effektivität des Wirtschaftssystems reduzieren und über die Ausgestaltung der Wirtschaft als Teil der staatlichen Exekutive eine Politisierung des Wirtschaftsgeschehens bewirken, die mit Konstituierung der Privatautonomie gerade überwunden werden sollte. Deshalb kann die einer marktwirtschaftlichen und demokratischen Gesellschaftsordnung angemessene Lösung der verfassungsrechtlichen Problematik juristischer Personen nur in der (weitgehenden) Entpolitisierung gefunden werden.

Die Problematik der juristischen Personen versucht das Grundgesetz mit Artikel 19 Abs. 3 GG zu bewältigen, der einerseits die Grundrechtsfähigkeit als Teil der Rechtsfähigkeit von natürlichen auf inländische juristische Personen erstreckt, diese Erstreckung jedoch systemimmanent - dem „Wesen"[322] nach - beschränkt. Den juristischen Personen als solchen stehen daher die Grundrechte nicht in dem Maße zu wie den natürlichen Personen. Mit der Beschränkung der Grundrechtsfähigkeit, die im Falle der ausländischen juristischen Personen - und ebenso im Falle juristischer Körperschaften des öffentlichen Rechts[323] - „gegen Null" geht, wird sichergestellt, daß sich die juristischen Personen des Privatrechts nicht zum Parallelstaat entwickeln, der sich aufgrund der notwendigen oligarchischen Struktur etwa der Kapitalgesellschaften zur Gefahr für die Demokratie entwickeln könnte. Daraus folgt umgekehrt eine striktere Trennung der politischen und der kommerziellen Ebene als dies bei Personengesellschaften und natürlichen juristischen Personen verlangt werden kann. Die Existenz von juristischen Personen in Form von Kapitalgesellschaften ist bei ökonomischer Betrachtung angezeigt, obwohl sich Kapitalsammelstellen demokratietheoretisch durchaus als problematisch[324] darstellen, so daß im Hinblick auf das Entpolitisierungsgebot unterschiedliche Regelungen geboten sind. Dies wird mit dem Begriff des „Wesens" i. S. des Artikels 19 Abs. 3 GG reflektiert: Je „kapitalistischer" eine juristische Person ist, desto stärkeren gesetzlichen

[320] Zur ökonomischen Analyse des Staates s. *Ch. Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 1991, insbes. S. 33 ff.
[321] S. dazu *Ingo Schmidt*, Wettbewerbspolitik, 1996, S. 6.
[322] Im GG wird insoweit auf das „Wesen" abgestellt, was eine Verlegenheitsformel darstellt, da man sich nicht auf einen Katalog der Grundrechte einigen konnte, die auch für juristische Personen gelten sollten; s. *Krebs*, in: I. v. Münch, GG-Kommentar, Rdnr. 35 ff. zu Art. 19.
[323] S. dazu unter III. 4.
[324] Schon *Tocqueville*, Demokratie in Amerika, s. Reclam-Ausgabe von 1985, S. 258 ff., hat vorausgesagt, daß die einmal fest etablierte Demokratie nur durch die „Aristokratie der Industrie" überwunden werden könnte; in der Tat läßt sich aus der Rationalität des Industriebetriebs eine Ableitung für ein thimokratisches Wahlrecht auf der politischen Ebene vornehmen.

Regelungen ist sie schon deshalb unterworfen, weil es ohne diese Regelungen überhaupt keine entsprechenden Gesellschaften geben könnte. Dementsprechend sind juristische Personen mit „kapitalistischer" Zielsetzung im geringeren Maße Grundrechtsträger als Personenhandelsgesellschaften[325] oder gar Individuen und können daher von der Rechtsordnung im Vergleich zu diesen mit weiterreichenden Pflichten belastet werden.

Der Gefahr, die juristische Personen für eine auf das Individuum abgestellte demokratische Staatsordnung[326] potentiell darstellen, wird bei der juristischen Person „Partei" neben anderen Instituten, wie etwa dem Verfassungsprinzip des freien Parteienwettbewerbs, durch das Erfordernis einer demokratischen Binnenstruktur nach Artikel 21 Abs. 1 Satz 2 GG vorgebeugt. Diese demokratische, d.h. politische Organisationsform ist für andere juristische Personen nicht vorgeschrieben, vielmehr können sich diese aufgrund der Vereinigungsfreiheit nach Artikel 9 Abs. 1 GG eine (fast) beliebige Struktur zulegen, wie etwa eine oligarchisch-plutokratische in Form der Kapitalgesellschaften oder eine hierarchisch-obrigkeitliche in Form bestimmter Religionsgemeinschaften. Dabei begrenzt der selbst gewählte Bestimmungszweck die Tätigkeit: Eine Aktiengesellschaft oder Religionsgemeinschaft, die anfängt, Kandidaten für Parlamente aufzustellen, muß sich entweder den Erfordernissen des Artikels 21 Abs. 1 Satz 2 GG unterwerfen, oder sie darf als solche die Sphäre des Geschäftlichen oder Religiösen nicht verlassen. Daraus kann man ein generelles Entpolitisierungsgebot ableiten, dem natürliche Personen als Individuen in der Regel nicht, oder zumindest nicht in demselben Ausmaß unterworfen sind. Soweit eine derartige Entpolitisierungsverpflichtung besteht, ist ihre Verletzung im Lichte von § 138 BGB zu würdigen.

b) Schutz der Sachgerechtigkeit der einzelnen Lebensbereiche

Mit diesem Entpolitisierungsgebot, das die Existenz juristischer Personen durch „Neutralisierung" ohne Eingliederung in den staatlichen Apparat und damit die Aufrechterhaltung der Privatautonomie demokratietheoretisch gestattet, ist es zu erklären, daß die Zivilrechtskodifikationen politische Begriffe im eigentlichen Sinne verbannen und sie allenfalls in Nebengesetzen verwenden, wie etwa dem EGBGB, wo aufgrund der Kodifikation des internationalen Privatrechts (Kollisionsrechts) der politische Begriff etwa des Ausländers nicht zu vermeiden ist. Ansonsten sind politische Begriffe dem öffentlichen Recht, wozu allerdings schon das Zivilprozeßrecht zählt, überlassen, das dann über abstrakte Normen wie § 134 BGB, welche etwa die Nichtigkeit von Gestaltungsrechten vorsehen, im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch in das Privatrecht einwirkt.

aa) Schutz der arbeitsteiligen Gesellschaftsordnung

Unter Abgrenzung zum öffentlichen Recht zeichnet sich danach das Privatrecht durch seine gebotene Entpolitisierung aus. Das so verstandene Privatrecht stellt nicht nur ein der Entwicklung der Wirtschaft sachadäquates Instrumentarium zur Verfügung, sondern ermöglicht eine von (partei-) politischen Gesichtspunkten freie Organisation der arbeitsteiligen Wirtschaftsgesellschaft. In Sinne dieses Systemansatzes wäre eigentlich auch Art. 21 Abs. 2 GG zu verstehen, der die politischen Parteien zur Mitwirkung an „der *politischen*

[325] In Literatur und Rechtsprechungen werden diese Abstufungen mit Begriffen wie „personales Substrat" und „Durchgriffsargument" angegangen; s. *W. Krebs*, in: *I. v. Münch*, GG-Kommentar, Rdnr. 38 zu Art. 19.

[326] Allerdings ist damit nicht jedes Individuum gemeint, sondern nur der Staatsbürger – mit dieser Einschränkung ist aber eine Demokratie individualistisch –; eine Staatsordnung, die (auch) juristischen Personen das Wahlrecht gäbe, wäre keine Demokratie mehr; weshalb die EG, welche auf dem Abstimmungsrecht der Mitgliedstaaten (= juristische Personen des öffentlichen Rechts) beruht, selbst keine Demokratie sein kann; die Relativierung der ausschließlichen Kompetenzen des Bundestages durch den Bundesrat als Vertreter der juristischer Personen Bundesländer trägt dazu bei, die Demokratie in den Verständniskategorien des *Aristoteles* zur Politie zu machen.

Willensbildung“ des Volks ermächtigt. Darin ist entgegen der realen Rechtslage, die aus dieser Grundgesetzbestimmung eine Ermächtigungsnorm zur Einführung des „Parteienstaates“ gemacht hat, gemeint, daß die Parteien nur an „politischen“ und nicht auch an anderen Fragen, wie wirtschaftlichen, religiösen etc. mitwirken sollen. Die ursprüngliche Absicht bei der Schaffung dieser GG-Vorschrift ist gewesen, sicherzustellen, daß nur politische Parteien, nicht aber Gewerkschaften, Kulturverbände und ähnliche Gruppen Wahlvorschläge einreichen.[327] Damit soll gerade eine Totalpolitisierung der Gesellschaft[328] ausgeschlossen werden, da die eigentliche politische Funktion von den dazu speziell gegründeten Organisationen wahrgenommen wird. Von diesem Zweck her beurteilt, wird man in der Tat den entgegen dieser Konzeption etablierten „Parteienstaat“ nicht anders als „verfassungswidrig“[329] kennzeichnen müssen. Dieses Verdikt trifft die hier zu behandelnden politisch motivierten Kündigungen in einem besonderen Maße, handelt es sich hier um einen Fall einer unsachgemäßen Politisierung eines wirtschaftlichen Bereichs *par excellence*.

Das Konzept der Trennung von Staat und Gesellschaft beruht demgegenüber auf der Annahme, daß bei geschäftlichen Kontrakten der Gesichtspunkt des sachgerechten, d.h. rentierlichen Kapitaleinsatzes maßgebend sein soll. Dieser ist verfassungsrechtlich nach Artikel 14 GG geschützt, weshalb die sog. Privatnützigkeitstheorie[330] zu Recht die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger Enteignung und entschädigungsfrei hinzunehmender Inhaltsbestimmung oder Sozialbindung des Eigentums danach vornimmt, ob bei entsprechenden gesetzlichen oder administrativen Regelungen des Eigentumsrechts der private Nutzen noch überwiegt oder die Überdetermination der staatlichen Zwecke vorliegt. Trifft letzteres zu, ist im Falle von staatlichen Regelungen wegen Enteignung zu entschädigen. Das Eigentumsrecht als solches soll nämlich nicht durch politische Rücksichtnahmen und Interessen zum Schaden der Gesellschaft als solcher verfremdet werden. Historisch steht in der Tat die wirtschaftlich-zivilisatorische Entwicklung von Gesellschaften in Relation zur Ent-Politisierung geschäftlicher Kontrakte.[331] Diese im Interesse der Wohlstandsmehrung politisch eminent bedeutsame Funktion der Entpolitisierung des Zivilrechts erfordert es, die weltanschaulich-politisch motivierte Ausübung von zivilrechtlichen Gestaltungsrechten, wie die Kündigung, unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB auf mögliche Nichtigkeit zu prüfen. Zwar liegt hier kein förmlicher staatlicher Eingriff in zivilrechtliche Kontrakte vor, vielmehr könnten - vorbehaltlich einer genaueren Sachverhaltsaufklärung, die eine zumindest indirekte Intervention von Dienststellen der Inlandsgeheimdienste oder von Toleranzbehörden gegen die Vertragsinteressen von diskriminierten Bankkunden deutlich machen könnte - staatliche Stellen darauf verweisen, daß die kündigenden Banken die Initiative von sich aus ergreifen würden. § 138 BGB gebietet jedoch, unabhängig vom Vorliegen staatlicher Interventionen, privatrechtlichen Gestaltungsakten entgegenzuwirken, die System und Zweck der Privatrechtsordnung und dessen Einordnung in den Systemzusammenhang der Verfassungsordnung unterminieren könnten.

bb) Entpolitisierungsgebot aufgrund gewerkschaftlichen Mitbestimmungsrechts

[327] S. Nachweise bei *Hennis*, Auf dem Weg in den Parteienstaat, 1998, S. 80, sowie 110 ff.
[328] Diese Grundgesetzbestimmung stellt ersichtlich eine Fortentwicklung von Art. 130 WRV („Beamte sind Diener der Gesamtheit und keiner Partei“) dar, soll also dem Schutz des Volkes vor Parteien als juristischen Personen dienen!
[329] So *Wilhelm Hennis*, a.a.O., S. 78.
[330] BVerfGE 24, 367, 389; zuletzt 79, 292, 303 f.
[331] S. dazu zuletzt etwa die umfassende rechtsvergleichende und rechtshistorische Studie zu der ursprünglich von Max Weber aufgeworfenen Frage nach dem Zurückbleiben einst führender asiatischer Kulturen gegenüber der moderneren (West-)Europas von *Ernst Weede*, a.a.O.; ähnlich auch schon *D. C. North / R.P. Thomas*, The Rise of the Western World. A New Economic History, 1973.

Bei dieser Überprüfung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte nach dem *ordre public*-Vorbehalt von § 138 BGB ist im Lichte der grundlegenden Entscheidung der Rechtsordnung für die Privatautonomie einerseits zu berücksichtigen, daß natürliche und juristische Personen mit Hilfe des Zivilrechts durchaus ihre „diskriminierenden" Auffassung verwirklichen dürfen, ohne sich für diese Absicht am Maßstab der für staatliches Handeln geschaffenen Grundrechte rechtfertigen[332] zu müssen: So darf ein Verleger selbstverständlich eine Zeitung gründen, die lediglich bestimmte und sei es „rechtsextreme" Auffassungen vertritt und deshalb einen Arbeitsvertrag oder freien Dienstvertrag mit Personen ablehnen, die nicht bereit sind, ihn bei der Propagierung dieser Auffassungen zu unterstützen. Andererseits ist dem - wie dargestellt - grundlegenden Interesse der Rechtsordnung Rechnung zu tragen, daß eine unnötige Politisierung privater Rechtsbeziehungen vermieden wird.

Diesen unterschiedlichen Interessen ist entsprochen, wenn man beim Handeln juristischer Personen die rechtlich etwa im Bereich des Mitbestimmungsrechts anerkannte Kategorie der sog. Tendenzbetriebe im Sinne von § 118 Betriebsverfassungsgesetz, unter Einschluß der Religionsgemeinschaften, in die Betrachtung einbezieht. Liegt ein derartiger Tendenzbetrieb wie etwa eine politische Partei, ein religiöser Verein oder eine Verlagsgesellschaft vor, darf dieser Betrieb seine mit der Verwirklichung der politisch-weltanschaulichen Tendenz verbundenen Rechtsgeschäfte weltanschaulich-politisch motiviert ausüben. Dies gilt zumindest für die Rechtsgeschäfte, die sich auf die inhaltliche (geistige) Verwirklichung der weltanschaulich-politischen Zielsetzungen Einfluß haben oder haben könnten. Es ist kein Zufall, daß die Kategorie des Tendenzbetriebes im Zusammenhang mit der betrieblichen, vor allem aber gewerkschaftlichen Mitbestimmung, die einen deutschen Sonderweg darstellt, kreiert werden mußte. Diese Kategorie geht davon aus, daß die Arbeitnehmervertretung und vor allem die Gewerkschaften, denen das Mitbestimmungsgesetz spezielle Rechte einräumt, keine politisch neutralen Einrichtungen darstellen und deshalb als solche eine Bedrohung für die geistige Integrität der Unternehmen bedeuten, die sich legitimer Weise einem ideologischen, weltanschaulichen, religiösen oder politischem Anliegen verpflichtet wissen. Die gesetzgeberische Alternative bei Einführung des Mitbestimmungsrechts wäre diesbezüglich gewesen, in Anlehnung an die US-amerikanische Gesetzgebung den Gewerkschaften eine strikte politische Neutralität vorzuschreiben und sie den Vorschriften des Kartellrechts[333] zu unterwerfen. Der bundesdeutsche Gesetzgeber hat sich legitimer Weise nicht für diese ausdrückliche Entpolitisierungsverpflichtung in bezug auf die Gewerkschaften entschieden, sondern hat es diesen überlassen, sich mehr oder weniger einseitig (partei-) politisch auszurichten. Deshalb mußte er zur Wahrung von Grundrechten betroffener Unternehmen die Kategorie der Tendenzbetriebe schaffen, bei denen das Mitbestimmungsrecht erheblich eingeschränkt ist.

Eine Instrumentalisierung sonstiger Betriebe zu - gewerkschaftlich (mit)bestimmten - Tendenzbetrieben, die mittels zivilrechtlicher Gestaltungsrechte gegen Dritte vorgehen, verstößt gegen die Logik der gesetzlichen Konzeption, die davon ausgeht, daß andere als die in § 118 BetriebsverfassungsG genannten Unternehmen keine derartigen Tendenzbetriebe darstellen, da sie sonst vom - vollen - Mitbestimmungsrecht ausgenommen werden müßten. Insofern ist die gewerkschaftliche Mitbestimmung nur dann sozialverträglich, wenn die mitbestimmten Betriebe nicht zu politischen Zwecken instrumentalisiert werden; m. a. W.: die Politisierung der Kapitalgesellschaften führt dann zwingend dazu, daß Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen ihrer Mitbestimmungsrechte verlustig gehen müßten.

[332] Zur Begründung, s. die Ausführungen unter IV. 1. b).
[333] S. dazu die Ausführungen unter III. 4. d) bb).

cc) Die gebotene Unterscheidung von natürlichen Personen / Personalgesellschaften und Kapitalgesellschaften

Insgesamt ergibt die gesetzgeberische Rechtfertigung des Mitbestimmungsrechts auch eine brauchbare Definition der Unternehmen, für die das gemäß § 138 BGB zu beachtende Entpolitisierungsgebot in jedem Falle Anwendung findet: „Das Mitbestimmungsgesetz wird für Kapitalgesellschaften und Konzerne mit mehr als 2000 Arbeitnehmern gelten. Dies ist der Bereich, in dem die Gestaltung der Unternehmenspolitik nicht durch eine persönlich leitende und haftende Unternehmenspersönlichkeit legitimiert ist und in dem die verantwortliche Mitsprache durch die Arbeitnehmer besonders geboten erscheint“.[334] Diese Begründung erscheint auch demokratietheoretisch und gesellschaftsrechtlich passend: Während bei Personenhandelsgesellschaften und naturgemäß bei natürlichen Personen aufgrund des Überwiegens des persönlichen Elements die Funktionen des *Bourgeoise* („Wirtschaftsbürgers“) und des *Citoyen* („Staatsbürgers“) nicht geteilt werden können, erfolgt bei Kapitalgesellschaften eine Trennung der gesellschaftlichen Funktionen:

Es liegen bei diesen Gesellschaften keine Individuen („Unteilbare“) vor, sie sind anders als Individuen keine (Staats-)Bürger, sondern es sind klar trennbare Funktionen gegeben, die sich schon dem selbstgewählten Geschäftszweck entnehmen lassen. Diese juristischen Personen des Privatrechts müssen es hinnehmen, sich von der Rechtsordnung diese selbstgewählte Beschränkung vorhalten zu lassen, da mit der jeweils gewählten Beschränkung auch die Haftungsbeschränkung begründet ist, die den wesentlichen Zweck von juristischen Personen darstellt und den die Rechtsordnung, durchaus potentiell zu Lasten von Dritten[335] und damit der politisch als „Staat“ organisierten Allgemeinheit, im Interesse der mit der Arbeitsteilung zu erreichenden gesellschaftlichen Fortschritts akzeptiert. Deshalb kann zusammengefaßt gesagt werden: Von juristischen Personen, die dem Mitbestimmungsrecht unterliegen, gilt bei der Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte das Entpolitisierungsgebot, es sei denn es liegt ein sog. Tendenzbetrieb vor. Liegt ein derartiger Tendenzbetrieb von vornherein nicht vor, sondern vielmehr ein Unternehmen, das sich legitimer Weise als Kapitalgesellschaft auf die Durchführung rein geschäftlich motivierter Interessen beschränkt, ist dem Entpolitisierungsgebot der Zivilrechtsordnung unbeschränkt Rechnung zu tragen, mit der Folge, daß die politisch-weltanschaulich motivierte Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte sich schon nach dem selbst gestellten Geschäftszweck als sachfremd darstellt und deshalb dem Verdikt der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB unterliegt.

Da die hier in Betracht kommenden Banken, neben den öffentlich-rechtlichen Unternehmen mitbestimmungspflichtige Kapitalgesellschaften darstellen, unterliegen sie vollständig dem hier dargestellten Entpolitisierungsgebot. Da die politisch-ideologisch motivierten Kündigungen gegen dieses für den deutschen *ordre public* grundlegende Element verstoßen, sind sie als sittenwidrig i. S. von § 138 BGB anzusehen.

---

[334] S. die Broschüre „Mitbestimmung“ des *Bundesministers für Arbeit- und Sozialordnung*, Mai 1976, S. 14 f.

[335] Würde sich die Zivilrechtsordnung darauf beschränken, lediglich das Verhältnis der Vertragsparteien zu regeln, bedürfte es überwiegend keiner gesetzlichen Regelungen; diese sind aber nicht zu vermeiden, wenn es um die Rechte von unbestimmten Dritten geht; da Kapitalgesellschaften über den Weg der Verselbständigung als juristischer Person das Insolvenzrisiko auf Dritte verlagern, ist damit die gesetzliche Regelung auch unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie nicht nur legitimiert, sondern zwingend geboten.

c) Verstoß gegen das Friedfertigkeitsgebot

Die Tatsache, daß dem durch § 138 BGB vor sachwidrigen Rechtsgeschäften zu schützenden deutschen *ordre public* ein Entpolitisierungsgebot zugrunde liegt, kann dem deutschen internationalen Privatrecht und Verwaltungsrecht, sowie auch dem traditionalen deutschen Verständnis des Kriegsvölkerrechts entnommen werden. Diese Aspekte lassen sich als ein Friedfertigkeitsgebot im Bereich der Zivilrechtsordnung zusammenfassen.

aa) Schutz des internationalen Freihandels

Bei folgerichtiger Anwendung des rechtlichen Dualismus basiert das deutsche Recht auf der Konzeption, daß ausländisches Privatrecht bei entsprechenden Voraussetzungen im Inland angewendet werden kann, während dem öffentlichen Recht eine strikte Territorialität[336] zugeschrieben wird. Während die von der Rechtsordnung gebilligten wirtschaftlichen Aktivitäten der natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und die dadurch bedingte Internationalisierung der Arbeitsteilung die Anwendung fremden Privatrechts im Inland erfordern, falls Sachgerechtigkeit und der anzuerkennende Parteiwille der Privatrechtssubjekte dies gebieten (vgl. Art. 3 ff. EGBGB), so erzwingt die aus dem Demokratieprinzip folgende außenpolitische Souveränität die weitgehende Abwehr des fremden öffentlichen Rechts. In der Tat ist Freihandel und die dadurch mögliche internationale Arbeitsteilung bei Vermeidung der Gefahr fremder politischer Beherrschung nur möglich, wenn dieser mit einer weitgehenden Entpolisierung des Zivilrechts einhergeht.

Aus diesem Grunde wehrt die deutsche Rechtsordnung mit Hilfe der *ordre public*-Klausel von Artikel 6 EGBGB und von § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO, die dem Inhalt und dem Zweck von § 138 BGB entsprechen, trotz generell großzügiger Anerkennungspraxis alle zivilrechtlichen Entscheidungen ab, die auf zivilrechtlichen Vorschriften des ausländischen Rechts beruhen, welche öffentliche Interessen im Gewande des Zivilrechts durchsetzen sollen (s. auch Art. 40 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB). Zu dieser Kategorie zählen insbesondere US-amerikanische Entscheidungen, die auf Strafschadensersatz (*punitive damages*) gehen.[337] Dieser Schadensersatz geht über den Gedanken der Schadenskompensation, wie er den §§ 249 ff. BGB zugrunde liegt, zum Zwecke einer Bestrafungswirkung weit hinaus. Mit dieser zivilrechtlichen Konzeption werden - beurteilt nach deutschen Systemkonzeptionen - erhebliche Mängel der amerikanischen Strafjustiz, aber auch des Sozialversicherungsrechts zivilrechtlich kompensiert. Aufgrund des Zweckes des US-amerikanischen Schadensersatzrechts, neben dem zivilrechtlichen Ersatz unter Umgehung der besonderen Verfahrensgarantien des Straf(prozeß)rechts Bestrafung und Abschreckung von Beklagten herbeizuführen, scheidet damit eine Anerkennung entsprechender amerikanischer Entscheidungen aus, wenngleich das Bundesverfassungsgericht die bloße Zustellung einer derartigen Klage im Inland gebilligt hat.[338] Da mit Hilfe des amerikanischen Zivilrechts im Bereich des Schadensersatzrechts Ziele verwirklicht werden sollen, die nach deutschem Ordnungsverständnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind und nur mit den Instrumenten dieses Rechts, bei Einhaltung der entsprechenden Verfahrensgarantien angestrebt werden sollten, werden zu Recht auch US-amerikanische Kartellentscheidungen nicht anerkannt, die Verurteilungen zu *treble damages*,

[336] S. grundlegend *Klaus Vogel*, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965.
[337] S. Nachweise bei *Stein / Jonas*, ZPO-Kommentar, 21. Auflage, Rdnr. 134 zu § 328 ZPO; zu diesen s. *P. Hay*, a.a.O. Rdnr. 370 f.
[338] S. Beschluß vom 7. 12. 1994 - 1 BvR 1279/94 -.

insbesondere nach dem RICO-Act, einem Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität zum Inhalt haben.[339]

Dies spricht dafür, daß Entscheidungen nach der neuesten amerikanischen Rechtspraxis, die ohne jeglichen Inlandsbezug die amerikanische Zuständigkeit für Verletzungen von Menschenrechten im Ausland für zeitlich etwas zurückliegende Fälle annehmen[340] und dabei *punitive damages* zusprechen, nach deutschem *ordre public* nicht anerkannt werden könnten, falls um ihre Vollstreckung in Deutschland nachgesucht werden würde. Die - gemessen an deutschen Systemkonzeptionen - Umgehungswirkung dieser zivilrechtlichen Menschenrechtsurteile ergibt sich daraus, daß sich die USA gleichzeitig gegen die Errichtung einer internationalen Strafjustiz im Bereich von Kriegsverbrechen[341] wehren: Einerseits wollen die USA somit verhindern, daß amerikanische Soldaten wegen Kriegsverbrechen international zur Verantwortung gezogen werden, sich aber andererseits vorbehalten, außenpolitische Gegner zivilrechtlich in den Ruin zu treiben. Damit wird deutlich, daß die Ersetzung des auf der materiellen Rechtsgleichheit basierenden Strafrechts durch das Zivilrecht die soziale Ungleichheit auf den staatlichen Bereich durchschlagen läßt, was den wirtschaftlich Mächtigen zugute kommt.[342]

bb) Beachtung von zivilrechtlichen Rechten im Kriegsvölkerrecht

Die wesentlichen Systemprinzipien des deutschen Rechts zielen aber nicht nur auf die Integrität des internationalen Freihandelssystems vor politischer Verfremdung, sondern sollen - damit durchaus im Zusammenhang stehend - das humanitäre Völkerrecht (Kriegsrecht) schützen. Dieses beruht im Interesse der Aufrechterhaltung eines humanitären Mindeststandards auf der rechtlichen Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nichtkombattanten, wobei die Privatrechte von letzteren weitgehend geschützt werden sollen. Daher liegt dem „deutschen Völkerrecht die Anschauung gewisser ausländischer Rechte fern, daß der Krieg unter möglicher wirtschaftlicher Schädigung der Angehörigen feindlicher Staaten zu führen ist, und daß diese daher in weitem Umfang der Wohltaten des gemeinen Rechts zu berauben sind. Vielmehr gilt der Grundsatz, daß der Krieg nur gegen den feindlichen Staat als solchen und gegen dessen bewaffnete Macht geführt wird.“[343] Dies bedeutet, daß der Krieg als bewaffnete Auseinandersetzung von Staaten auf der Ebene des öffentlichen Rechts stattfindet und daher die Integrität der Zivilrechtsordnung grundsätzlich aufrechterhalten bleibt.[344] Deutschland hat dementsprechend während der beiden Weltkriege lediglich Zahlungsverbote gegenüber Gläubigern der Feindstaaten erlassen, welche die vertraglichen Verpflichtungen als solche nicht auflösten. Allein diese Praxis steht in Einklang mit Art. 23 h) der Haager Landkriegsordnung (HLKO), wonach die Aufhebung oder zeitweilige Außerkraftsetzung der (zivilrechtlichen) Rechte und Forderungen von Angehörigen der Gegenpartei oder die Ausschließung ihrer Klagbarkeit verboten sind.

Daraus ergibt sich nach den Systemvorstellungen des deutschen Rechts einer Verpflichtung zur Friedfertigkeit. Es ist Privatrechtssubjekten als solchen nicht gestatten, mit Hilfe

---

[339] Nachweise bei *Stein /Jonas*, a. a. O; weitere Nachweise bei *Heldrich* / Palandt, Rdnr. 16 zu Art. 6 EGBGB.

[340] Äußerst ablehnend zu dieser Art von „Rechtsprechung“ *J. A. Rabkin*, Suing for Human Right Isn’t Justice, in: *Wall Street Journal*, europäische Ausgabe vom 3. 1. 2001, S. 6.

[341] S. ein entsprechendes Plädoyer in vorgenannter Ausgabe des *Wall Street Journal*, a.a.O., Courting Trouble. Bill Clinton knows the international court doesn’t stand a chance.

[342] Diese Kritik muß im Ansatz auch an der entsprechenden bundesdeutschen Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht vorgebracht werden, s. unter IV. 6. c) bb).

[343] RGZ 85, 374.

[344] Daß Krieg und dadurch bedingte generelle Notlage insbesondere über die Vorschriften der Unmöglichkeit der Leistung Auswirkungen auf die zivilrechtlichen Verpflichtungen haben, ist unstreitig, s. *G. Kegel*, Stichwort „Krieg und Privatrechtsverträge“, in: *Strupp-Schlochauer*, Wörterbuch des Völkerrechts, 1961, S. 316 ff.

privatrechtlicher Gestaltungsakte einen „zivilen“ Privatkrieg zu führen. Ein derartiger „Privatkrieg“ unterliegt dem Verdikt der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB.

6. Die Sittenwidrigkeit des zivilrechtlichen „Privatkrieges“

Diese humanitären Systemprinzipien des deutschen Rechts stehen allerdings im Widerspruch zur angelsächsischen Kriegspraxis, die den Krieg als Auseinandersetzung nicht zwischen Staaten, sondern zwischen Völkern begreift.[345] Juristisch reflektiert dies den mangelnden Dualismus in angelsächsischen Rechtssystemen und die dadurch mögliche Totalisierung des Krieges: In Widerspruch zu Art. 23 h) der HLKO werden zivilrechtliche Verträge als Verstoß gegen das Verbot des „Handels mit dem Feind“ geahndet.[346]

a) Das angelsächsische Kriegssanktionsrecht als Ausgangspunkt

Dieser Schritt zum totalen Krieg, der schon von seinem historischen Ausgangspunkt, der staatlich gesteuerten Piraterie (Kaperei), als Wirtschaftskrieg konzipiert ist, wird in der Regel humanitär in der Weise verbrämt, wonach das wirtschaftliche Sanktionssystem die friedliche Alternative zum Krieg darstelle. Der anstelle des (militärischen) Krieges zu führende Wirtschaftskrieg beinhalte „the most effective and human means of shortening the ruthless process of slaughter, desolation and misery, the destruction of all manners of values and the huge losses which neutral cannot escape sharing”.[347]

Das Ergebnis dieses Ansatzes ist aber im Zweifel, daß die Adressaten der Sanktion vom Freihandel zur Kriegswirtschaft mit Autarkiepolitik übergehen, um sich auf diese Weise vor Blockaden und ähnlichen Maßnahmen zu schützen. Der „Krieg wurde endlos und stets haßerfüllter, die Kämpfenden glitten in die totale Feindschaft hinein. Der moderne Wirtschaftskrieg nahm nicht, wie es die pazifistische Propaganda versprach, die Stelle des militärischen ein, sondern intensivierte ihn.“[348] Der Krieg richtet sich dann notwendiger Weise gegen die Zivilbevölkerung die nach Möglichkeit zu Tode gehungert werden soll. Mit diesem totalen Kriegsbegriff hängt dann die Kriegsentschädigung zusammen, die dem Besiegten auferlegt wird. Es geht dabei im Prinzip um die Instrumentalisierung des Schadensersatzrechts zum Mittel der Ausplünderung, einer Spätform der Kaperei. Wenn der Adressat dieser Kaperei sich dann mit Waffengewalt dagegen wehrt, ist er von vornherein im Unrecht, haben ihm doch die Siegermächte doch gar nichts getan, sondern nur „friedlich“ ihre Forderungen geltend gemacht. Dem Siegerstaat erlaubt diese Politik die „friedliche“ Fortsetzung des Krieges weit in die Friedenszeit hinein, ja die Wiederaufnahme der Kampfhandlungen, wofür der „Schuldige“ bereits vor vornherein feststeht.

b) Die jüngste Anwendung des Sanktionskonzepts

[345] S. dazu *H. Held*, Stichwort „Wirtschaftskrieg“ in: *Strupp-Schlochauer*, a.a.O., S. 857 ff.
[346] S. *K. Ipsen*, Völkerrecht, 4. Auflage, 1999, S. 1110.
[347] Aus dem *New York Journal of Commerce* vom 2.3.1914, zit. nach *Steinicke*, Wirtschaftskrieg und Seekrieg, 1970, S. 38.
[348] S. *G. Maschke*, Kellogg siegt am Golf, in: *Etappe*, 1991, S. 28 ff., S. 45.

Einer Anwendung dieses Sanktionskonzepts sahen sich deutsche Unternehmen jüngst in Form der „zivilrechtlichen“ Durchsetzung - zumindest zivilrechtlich - nicht existierender Ansprüche[349] wegen Zwangsarbeiterbeschäftigung im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg[350] ausgesetzt. Es ist nicht zu verkennen, daß die erfolgreiche Durchsetzung nicht existenter Forderungen durch amerikanische Interessen gegen deutsche Unternehmen im international „eingebundenen“ Deutschland[351] die Vorstellung inspiriert hat, das Zivilrecht auch als innerstaatliches Herrschaftsinstrument gegen politische Opposition von „rechts“ einzusetzen. Dabei ist wohl plausibel zu vermuten, daß deutsche Unternehmen versuchen, den auf sie ausgeübten rechtswidrigen Druck gegen politisch unerwünschte Organisationen weiterleiten, um sich international moralische Immunität zu verschaffen, indem sie deutschen „Rechtsextremisten“ die Arbeitsverträge kündigen,[352] um so „Vergangenheitsbewältigung“ zu betreiben und sich von (historischer / moralischer) „Schuld“[353] auch durch Kündigung von Girokontenverträgen zu „entlasten“.

In der öffentlichen Diskussion der Bundesrepublik Deutschland ist in der Tat im „Kampf gegen rechts“ auf Fälle verwiesen worden, in denen es in den USA gelungen ist, über das Schadensersatzrecht entsprechende amerikanische Gruppierungen „in den Konkurs“[354] zu treiben. Zu Recht ist aber darauf hingewiesen worden, daß einer Übertragung entsprechender US-amerikanischer Rechtsvorstellungen grundlegende Systemprinzipien der deutschen Rechtsordnung entgegenstehen, die überwiegend eine verfassungsrechtliche Verankerung haben und deshalb ohne grundlegende Änderungen des Grundgesetzes auch nicht im Wege einer „Zivilrechtsreform“ durchgesetzt werden könnten. Dazu kommt, daß in den USA selbst die Konzeption der *punitive damages*, insbesondere in Verbindung mit ebenfalls zweifelhaften Verbandsklagen (*class actions*) als verfassungsrechtlich problematisch angesehen wird. So sind zumindest im Zusammenhang von illegalen Streikaktionen *punitive damages* wegen Mißachtung einer gerichtlichen Untersagungsverfügung als verfassungswidrig erkannt worden, da die dabei eintretenden Schadensverpflichtungen der Kriminalstrafe gleichkämen.[355] Im übrigen versuchen amerikanische Gesetzgebung und Rechtsprechung die exzessive Praxis einzuschränken.[356] Insofern könnten Versuche der Rezeption des US-amerikanischen Rechts in Deutschland paradoxer Weise gerade dann erfolgreich sein, wenn in den USA die als verfassungsrechtlich bedenklich angesehene Praxis korrigiert wird.

Deshalb ist es angezeigt, rechtzeitig deutlich zu machen, daß § 138 BGB einer derartigen Rezeption des US-amerikanischen Rechts ohnehin entgegensteht.

---

[349] S. dazu *Randelshofer / Dörr*, Entschädigung für Zwangsarbeit? Zum Problem individueller Entschädigungsansprüche von ausländischen Zwangsarbeitern während des Zweiten Weltkrieges gegen die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1994.

[350] S. dazu auch *R. Dolzer*, Reparationspflicht ohne Ende?, in: *NJW* 2000, S. 2480 f.

[351] Daß die Anti-Rechts-Kampagnen der politischen Klasse auf ausländischen Druck zurückgehen, kann der auf amtlichen Dokumenten beruhenden Veröffentlichung *Deutsche Einheit*, Sonderredaktion aus den Akten des Kanzleramtes 1989/90, Dokumente zur Deutschlandpolitik, München 1998 (bearbeitet von *Küsters* / *Hofmann*) an mehreren Stellen entnommen werden, insbesondere der S. 305 f. (Gespräch Mitterand / Kohl über Wahlerfolg der „Republikaner“), wonach Bundeskanzler Kohl die Unterdrückung dieser Rechtspartei zusichert; zwei Sätze sind dabei nicht freigegeben, vermutlich weil hierbei auf die Unterdrückungsmethoden hingewiesen worden ist.

[352] s. *Financial Times*, dt. Ausgabe vom 3. 08. 2000, S. 1: BDI fordert, Neonazis den Job zu kündigen - Deutsche Wirtschaft soll rigoros gegen rechtsextreme Mitarbeiter vorgehen. Gute Aussichten bei Klagen vor Gerichten.

[353] In der vorgenannten Ausgabe dieses Blattes wird dies auf S. 23 als „Verantwortung im Alltag“ eingefordert: Unterstützung für „green card“ (woher stammt denn dieser Begriff?), d.h. Beschäftigung für Ausländer und gleichzeitige Kündigung von Deutschen in Deutschland - „Neonazis“ stehen da vielleicht stellvertretend für die generell nazifizierten Deutschen.

[354] S. Nachweise in dieser Abhandlung unter B.

[355] United Mine Worker of America v. Bagwell, 512 U.S. 821, 114 S.Ct. 2552 (1994).

[356] S. Nachweise bei *P. Hay*, a.a.O., Rdnr. 371.

c) Sittenwidrigkeit antifaschistisch-liberalextremistischer Handlungsansätze

Die sich bildende „Zivilgesellschaft“ dürfte jedoch § 138 BGB vorbringen, um zivilrechtliches Vorgehen „gegen rechts“ bei Nachahmung der in den USA selbst als verfassungsrechtlich bedenklich angesehenen amerikanischen Praxis zu rechtfertigen, da es für die „Anständigen“ mit dem Schlagwort „Wehret den Anfängen!“ zu verhindern gälte, daß sich in Deutschland wieder ein „Faschismus“ etabliert.

aa) „Liberalextremismus“ oder freiheitliche demokratische Grundordnung

Gegenüber diesem „Antifaschismus“ ist darauf hinzuweisen, daß die Generalklausel des § 138 BGB nicht dazu benutzt werden darf, der Rechtsordnung bisher fremde Grundwertungen zu unterlegen.[357] Was jedoch in der Bundesrepublik Deutschland mit Hilfe der systemwidrigen Rezeption von Versatzstücken[358] des US-amerikanischen Rechts zur Unterdrückung etwa der (ideologischen) „Fremdenfeindlichkeit“ im „Kampf gegen Rechts“ erreicht werden soll, läuft auf ein gesellschaftspolitisches System hinaus, in dem sich ins Politisch-Extremistische übersteigerte Elemente eines „Liberalismus“,[359] wie die Ausgestaltung des Zivilrechts zu einem Herrschaftsinstrument („Vertragsfreiheit“), mit einer DDR-ähnlichen „Antifa“ verbinden. Diese Kombination sollte nicht zu verwundern, da dies auf die ideologiepolitisch immer noch abrufbare Weltkriegskoalition von *liberalism* und Stalinismus zurückgeht, die sich anschließend als Besatzungspolitik[360] niedergeschlagen hat.

Allerdings ist die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ gerade zur Abgrenzung von dem aus der Besatzungskoalition hervorgegangenen antifaschistischen System der SBZ konstituiert worden: Der Abgeordneten *v. Mangoldt* hat nämlich im Parlamentarischen Rat den Begriff „freiheitliche demokratische Grundordnung“ gerade damit begründet, daß es eine demokratische Ordnung gäbe, die weniger frei sei, die volksdemokratische und eben eine, die frei sei[361] und die es demnach mit dem Grundgesetz zu realisieren gälte. Aufgrund der Abgrenzungswirkung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gegenüber dem „Antifaschismus“ des SBZ / DDR-Regimes müssen im Sinne des *orde-public*-Konzeptes nach

---

[357] So auch *Mayer-Maly*, MüKo, Rdnr. 1 zu § 138 BGB.

[358] Versatzstücke deshalb, weil die Rezeption sehr selektiv erfolgt: Wenn das US-amerikanische Recht so hervorragend ist, warum wird dann in Deutschland nicht die Meinungsfreiheit entsprechend US-amerikanischer Standards verwirklicht? Dann könnte man sich auch die Internet-Zensur unter Umgehung von Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG ersparen!

[359] Zur Notwendigkeit der Kategorie des „Liberalextremismus“ bei konsistenter Anwendung des bundesdeutschen Verfassungsschutzvokabulars, s. den Beitrag des Verfassers im Buch von *Knütter / Winckler*, a. a. O., S. 180 ff., fortgeführt im Beitrag des Verfassers bei *Schüßlburner* / *Knütter*, Was der Verfassungsschutz verschweigt unter dem Schlußkapitel: Verfassungsfeindlicher Liberalismus: Nationalliberalismus oder Liberalextremismus?, a. a. O., S. 577 ff.

[360] Zur US-amerikanischen Besatzungspolitik s. die noch immer beste Darstellung im Buch von *C. v. Schrenck-Notzing*, Charakterwäsche, 1993, dessen Ausführungen bestätigt werden durch *C. Albrecht*, u. a., Die intellektuelle Gründung der Bundesrepublik. Eine Wirkungsgeschichte der Frankfurter Schule, 1999; eine juristische Auswertung dieser Situation ist im 7. Kapitel des Buchs des Verfassers, Demokratie-Sonderweg Bundesrepublik, vorgenommen, das aufzeigt, daß wesentliche Defizite der bundesdeutschen politischen Ordnung auf die unbewältigte Besatzungsherrschaft zurückzuführen sind, wogegen Art. 146 GG Abhilfe verspricht.

[361] S. *JöR n. F.* 1, S. 173 (Verhandlungen zu Art. 18 GG); die Problematik des Begriffs der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ ist dann allerdings, daß er die demokratische Legitimation des Sowjetregimes anerkannt und somit „Antifaschismus“ kommunistischer Provenienz zur sich anbietenden systemimmanenten Alternative einer ideologisch verstandenen „wehrhaften Demokratie“ macht - was es besonders wichtig macht, die Unterschied zwischen „Antifaschismus“ und „wehrhafter Demokratie“ zu sichern; s. dazu die Ausführungen des Verfassers im Buch von *Knütter / Winckler* (hrsg.), Der Verfassungsschutz. Auf der Suche nach dem verlorenen Feind, S. 365 ff., im Beitrag: „Verfassungsschutz, Gedankenpolizei, Staatsschutz, Grundgesetzpolizei - was ist die Lösung?

§ 138 BGB derartige bisher fremde Grundwertungen abgewehrt werden, die der bundesdeutschen Rechtsordnung über den schillernden amerikanoiden Begriff der „Zivilgesellschaft“ an das Zivilrecht heran getragen werden. Vielmehr müssen alle Versuche über die Berufung auf die „Sittenwidrigkeit“ der Zivilrechtsordnung eine den stalinistischen DDR-Antifaschismus und seinen Kampf gegen rechts mit Mauer, Stacheldraht und Schießbefehl (Selbstschußanlagen) imitierende Wertung unterlegen zu wollen als besonders verwerflich angesehen werden. Eine derartige „antifaschistische“ Grundordnung ist nämlich einer historisch-juristischen Entwicklung entsprungen, welche die DDR-Diktatur zu etablieren geholfen und dieser die endgültige Konstituierung als ein totalitäres kommunistisches Blockparteisystem mit „antifaschistischem Schutzwall“ erlaubt hat. Dieses totalitäre Regime, das mit seinen Unterdrückungsmethoden erheblich repressiver gewesen ist als der NS-„Faschismus“,[362] kann wiederum dadurch gekennzeichnet werden, durch eine Totalpolitisierung zum Zwecke der umfassenden Unterdrückung abweichender Meinungen alle wirtschaftlichen Betriebe in Tendenzbetriebe verwandelt zu haben. Ausgangspunkt dieser Methodik war die entschädigungslose Enteignung „der Kriegsverbrecher und aktiven Nationalsozialisten“, sowie aller Betriebe „im Dienste der Kriegspolitik“ nach Art. 24 Abs. 3 DDR-Verfassung von 1949. Deshalb sollte nicht verwundern, daß auch die Politisierung des Zivilrechts durch den aufziehenden „Liberalextremismus“ in der gegen bundesdeutsche Unternehmen gerichteten Kriegsentschädigungsfrage ihren Ausgang genommen hat.

Das mit diesen Politisierungsansätzen einhergehende Unterlegen einer anderen Grundordnung im Kampf „gegen rechts“ - schon dieses Schlagwort (anstelle von „rechtsextrem“) zeigt die Wirkungsweise einer kommunistoiden „Salamitaktik“ zur Beschränkung des politischen Pluralismus an - kann man anhand des Umfunktionierens grundlegender Begriffe, wie „Völkerverständigung“ (Artikel 9 Abs. 2 GG) erkennen, die stillschweigend zur „Bevölkerungsverständigung“ mutiert[363] und dann unter der Parole (Kampf gegen) „Fremdenfeindlichkeit“ auch die Kündigung von Konten „rechter“ Organisationen rechtfertigen soll.[364] Während die Völkerverständigung nach Art. 9 Abs. 2 GG auf dem Respekt gegenüber anderen Völkern und Kulturen beruht, was wiederum die Achtung des eigenen Volks zur Voraussetzung hat und sich insbesondere in der Anerkennung gegenüber den staatlichen Grenzen der Völker zeigt, erzwingt die „Bevölkerungsverständigung“ offenbar die Tolerierung von Rechtsbrüchen, wie illegale Masseneinwanderung und Asylerschleichung im Sinne eines Kritikverbotes. In der Bekämpfung der sog. Fremdenfeindlichkeit durch maßgebliche politische Kräfte wird dabei übersehen, daß „Fremdenfeindlichkeit“ auf einer ideologischen Ebene, um die es in der bundesdeutschen „Diskussion“ zumeist geht, zumindest nicht „demokratiefeindlich“ ist, da Demokratie nun einmal auf dem Selbstbestimmungsrecht[365] des jeweiligen Volkes beruht, die das Gegenteil von „Fremdherrschaft“ darstellt. Dagegen ist Deutschfeindlichkeit in Deutschland sicherlich demokratiefeindlich, da dies gegen das Subjekt der Demokratie in Deutschland, nämlich das Deutsche Volk (vgl. Art. 1 und 20 GG) gerichtet ist. In den üblichen Kampfparolen ist allerdings nichts davon zu hören, daß

[362] Diese Bewertung kann nicht durch den Hinweis auf Maßnahmen relativiert werden, die sich aus der Kriegssituation erklären; es ist unbestreitbar, daß das NS-Regime seine Bürger nicht einmauern ließ wie dies das SED-Blockparteienregime tun mußte.

[363] So behauptete etwa das Land Rheinland-Pfalz zum Zwecke der geheimdienstlichen Überwachung, daß Art. 20 GG „eine Republik als eine Verfassungsordnung der friedlichen Koexistenz von Rassen und Kulturen“ garantiere, s. *Klaus Kunze*, Verfassungsschutz ist nicht gleich Schutz der Verfassung, in: *Knütter / Winckler*, Der Verfassungsschutz, S. 151.

[364] So auch die Begründung des Sprechers der Postbank, s. *Junge Freiheit* Nr. 6/01, S. 5; diese Begründung macht es im übrigen unglaubwürdig, wenn behauptet wird, daß auch die Konten linksextremer Organisationen gekündigt werden würden.

[365] So zumindest das BVerfGE 2,1, 12 f. bei seiner Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, allerdings im Unterschied zu den Verfassungsschutzgesetzen; zu diesen Abweichungen, s. den Beitrag des Verfassers zu *Knütter / Winckler*, S. 386 ff.

Deutschfeindlichkeit bekämpft werden müsse. Dies zeigt die Gefahr an, daß die freiheitliche demokratische Grundordnung auch mit zivilrechtlichen Mitteln in eine antifaschistisch-sozialistische und auch fremdbestimmte Neuordnung überführt werden soll.

Zur Demonstration, inwieweit die bundesdeutsche Rechtswirklichkeit bereits von diesem „liberalextremistischen" Antifaschismus geprägt ist, kann etwa die Maßnahme der Stadtreklame der Stadt Nürnberg[366] angeführt werden, Plakate der NPD, mit denen diese Partei gegen den gegen sie seinerzeit gerichteten drohenden Verbotsantrag protestiert hat, unter Berufung auf einen angeblichen „Verstoß gegen gute Sitten" unter Anwendung eines angemaßten Selbsthilferechts zu überkleben. Damit hat sich die Stadtreklame Nürnberg unter Berufung auf einen DDR-ähnlichen „Antifaschismus" einer Funktion berühmt, die allenfalls amtlichen Stellen nach einem Spruch des BVerfG zukommt. Ähnliches ist zu der Kontenkündigung aufgrund einer ähnlichen Motivation zu sagen. Aufgrund der auf ein anderes Gesellschaftssystem abzielenden Absicht[367] stellt sich zivilgesellschaftlicher Antifaschismus bei konkreten Maßnahmen,[368] wie der Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte als sittenwidrig dar, womit die auf dieser Konzeption gestützte Geschäftspraxis gemäß § 138 BGB nichtig ist.

bb) Zivilrechtliche Verschleierung bundesdeutscher Systemmängel

Dabei ist die in jüngster Zeit propagierte Vorstellung, das Zivilrecht als Mittel einzusetzen, gegnerische Strömungen in den Ruin zu treiben - „Nazis in den Bankrott treiben", hieß denn auch ein Titel[369] einer „alternativen" Zeitung - von der Ahnung oder gar dem Wissen geprägt, daß sich die politische Verbotspraxis der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der westlichen Demokratie außerhalb der Türkei doch als ziemlich einmalig darstellt.[370] Wohl nicht zu Unrecht ist eine entsprechende Erkenntnis in einem offiziösen GG-Kommentar dahingehend ausgedrückt, wonach „das Grundgesetz ganz bewußt einen neuen Typ der demokratischen Staatsform" geschaffen habe, „für die wir noch die richtige Vokabel suchen".[371] Dieser neue Demokratietyp zeichnet sich durch Beschränkungen der politischen Freiheit aus, die in den „liberalen Demokratien des Westens" (Bundesverfassungsgericht) so nicht bekannt sind und im Bereich der Verbotssurrogate in der prominenten Stellung der öffentlich in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdienste bestehen,[372] die man eigentlich nur noch als grotesk ansehen kann. Aus der Perspektive, die Existenz eines „deutschen Sonderweges", *the German way of democracy*,[373] zu verschleiern, sieht es dann „demokratischer" aus, von staatlichen Verboten Abstand zu nehmen und statt dessen das „Zivilrecht" einer „Zivilgesellschaft" als

---

[366] S. *Spiegel- online* vom 25. 10. 2000: Nürnberg überklebt NPD-Plakate.

[367] Diese Absicht und Handlungsweisen lassen sich außerhalb des Bereichs des Zivilrechts überzeugend darlegen: Zu nennen sind etwa die Ansätze eines staatlichen Demonstrationszwanges, indem Regierungsstellen dazu aufrufen, gegen Teile des eigenen Volks zu demonstrieren, oder der Konformitätsdruck auf Behördenmitarbeiter, sich „gegen Fremdenfeindlichkeit" auszusprechen; s. dazu die *Website des Statistischen Bundesamtes*: „Alle Menschen zählen - Statistiker gegen Fremdenfeindlichkeit, für Demokratie und Toleranz" vom November 2000 mit der Unterzeichnung: „Die Leitung (!) und die (!) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter".

[368] Davon zu unterscheiden ist natürlich das Propagieren einer derartigen Gesellschaftskonzeption, die in einem freien Staat möglich sein muß und daher der Garantie des Art. 5 GG untersteht.

[369] S. *taz* vom 30. August 2000.

[370] S. zum sonderweglichen Charakter des bundesdeutschen Parteiverbots die noch immer aktuelle Untersuchung von *Gregor Paul Boventer*, a. a. O., die trotz harmonisierender Betrachtung einen bundesdeutschen Sonderweg konstatieren muß - dabei ist aber der sich anbietende Vergleichsfall Türkei nicht erörtert; zu dieser s. *Ernst E. Hirsch*, Die Verfassung der Türkischen Republik vom 9. November 1982, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 32, 1983, S. 507 ff.

[371] S. *Dürig / Klein* in: MDHS, GG-Kommentar, Rdnr. 10 zu Art. 18.

[372] Eine Zusammenfassung der Demokratiedefizite findet sich im Beitrag des Verfassers im Buch von *Knütter / Winckler*, a.a.O., S. 365 ff. unter „Status quo: Sonderwegliche Demokratieform".

[373] So hat der *Ecomomist* vom 29. 4. 1995, S. 36 die prominente Rolle der Inlandsgeheimdienste in der Bundesrepublik Deutschland gekennzeichnet.

Herrschaftsinstrument einzusetzen. Diese Methodik lebt vom guten Ruf des Zivilrechts, der aber gerade darauf beruht, daß es sich hierbei eben nicht um ein „politisches“ Recht handelt, sondern die Vorstellung des friedlichen Güteraustauschs[374] das Bewußtsein dominiert. Wer ein derartig friedliches Recht anwendet, immunisiert sich gleichzeitig gegen den Vorwurf, politische Diskriminierung oder gar Verfolgung vorzunehmen

Nun hat es schon mehrmals Ansätze gegeben, wirtschaftliche Zwangsmittel zur Schädigung konkurrierender politischer Strömungen einzusetzen. In der Blinkfuer-Entscheidung ist das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf eine (stillschweigend) angenommene Drittwirkung des Grundrechts der Meinungsfreiheit einem Boykottaufruf eines den Zeitungsvertrieb beherrschenden Unternehmens entgegengetreten.[375] Dabei wollte das zum Boykott aufrufende Unternehmen das Konkurrenzunternehmen nicht in den wirtschaftlichen Ruin treiben, sondern nur dazu veranlassen, nicht mehr auf die Programme des DDR-Fernsehens hinzuweisen. Naturgemäß ist allerdings ein Boykott mit der Drohung verbunden, ihn erforderlichen Falles bis zu seinem logischen Ende, den Konkurs des boykottierten Unternehmens durchzuführen. In anderen relevanten Fällen, wie etwa zur Zeit der bundesdeutschen Kommunistenbekämpfung,[376] war die wirtschaftliche Schädigung mehr eine Nebenfolge der eigentlichen staatlichen Maßnahmen.

Hauptinstrument für diese politische Instrumentalisierung des Zivilrechts ist - neben der staatlichen, in zivilrechtlichen Formen abgewickelten Auftragsvergabe[377] - das Schadensersatzrecht im Bereich der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB), das nach entsprechenden Vorstellungen einen strafrechtsähnlichen Charakter bekommen soll. Es ist dabei nicht zu verkennen, daß die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes[378] und des Bundesverfassungsgerichts,[379] die entgegen § 253 BGB einen Schmerzensgeldanspruch nach § 847 BGB für Ehrverletzungen entwickelt hat, der Politisierung des Zivilrechts ein entscheidendes Tor geöffnet hat. Der historische BGB-Gesetzgeber hat bewußt die Sanktion für Ehrverletzung nur strafrechtlich geregelt (s. §§ 185 ff. StGB), da das Strafrecht als schärfstes staatliches Sanktionsrecht dem staatsrechtlichen Prinzip der materiellen Rechtsgleichheit unterliegt. Eine (bloße) zivilrechtliche Sanktion führt dagegen zur Konstellation, daß reichen Leuten Beleidigung, Verleumdung und üble Nachrede aufgrund ihrer finanziellen Möglichkeiten ohne großes Risiko möglich sind, während es bei Aufrechterhaltung der formellen Rechtsgleichheit zu einem erheblichen finanziellen Risiko wird, reiche Leute zu kritisieren. Die bundesdeutsche Rechtsprechung ist dieser sich aus der „Kommerzialisierung“ von Ehre ergebenden Konsequenz der Substituierung des Strafrechts durch das zivilrechtliche Schadensersatzrecht dadurch ausgewichen, daß der Ehrenschutz schrittweise reduziert worden ist.[380] Diese Tendenz zur Abschaffung des Ehrenschutzes ist allerdings zwischenzeitlich wiederum durch einen verfehlten, nur „gegen rechts“ in Ansatz gebrachten Menschenwürdeschutz extrem diskriminierend kompensiert worden.[381] Dies zeigt, daß systemwidrige, zunächst punktuell erscheinende Eingriffe in die Rechtsordnung, wie es mit der

[374] Letztlich handelt es sich um eine Fehlvorstellung des Zivilrechts, die auch in außenpolitischen Vorstellungen zum Ausdruck kommt, wonach Freihandel den Krieg überflüssig macht, wirtschaftliche Boykottmaßnahmen dem Krieg vorzuziehen seien und dergl.; dabei wird übersehen, daß dem Zivilrecht die Drohung mit dem Einsatz des staatlichen Zwangsvollstreckungsrechts zugrunde liegt.
[375] S. dazu in dieser Abhandlung unter III. 1. b).
[376] S. *v. Brünneck*, a. a. O., S. 188 ff. „Zivilrechtliche Maßnahmen“, mehr allerdings noch S. 299 ff. „Verlust des Arbeitsplatzes“ und auch S. 57 ff. „Entziehung öffentlicher Aufträge bei Unterstützung von Kommunisten“.
[377] Dazu unter III. 4. b) bb).
[378] S. BGHZ 35, 363, 367 f.
[379] S. BVerfGE 34, 269 ff. = *NJW* 1973, 1221 ff.
[380] S. *Manfred Kiesel*, Die Liquidierung des Ehrenschutzes durch das BVerfG, in: *NZVwR* 1992, S. 1129 ff.
[381] S. die ebenfalls *contra legem* ergangene Entscheidung des BGHZ 75, 160 ff.

contra legem ausgesprochen Kommerzialisierung des Ehrenschutzes der Fall gewesen ist, das gesamte relevante rechtliche Subsystem zur Erosion bringt. Genau dagegen soll § 138 BGB die Integrität der Rechtsordnung gegenüber zivilrechtlichen Gestaltungsakten schützen.

cc) Rückfall zur vorbürgerlichen Herrschaftskonzeption

Der deformierende Charakter der zur Politisierung des Zivilrechts geeigneten Ansätze in der bundesdeutschen Rechtsprechung, die man wohl schon als im Ergebnis verfehlte Teilrezeption des US-amerikanischen Rechts ansehen kann, macht die Behauptung plausibel, daß die Rechnung der „Zivilgesellschafter“ nicht aufgehen wird, die erkennbaren Systemdefekte, die im geringeren Freiheitsgrad der bundesdeutschen Ordnung im Vergleich mit den politischen Systemen des Westens bestehen, durch ein Ausweichen auf zivilrechtliche Herrschaftsstrategien ablösen zu können. So wie die angelsächsische außenpolitische Methode, wirtschaftlichen Boykott als angeblich humaneres Surrogat für den völkerrechtlich verbotenen Krieg einzusetzen, nur dazu führt, daß der Krieg sich durch Aufhebung der Unterscheidung zwischen Kombattanten und Nichtkombattanten zum totalen Aushungerungskrieg[382] wandelt, so werden die zivilrechtlichen Kampfinstrumente den bundesdeutschen Sonderweg von ideologisch motivierten Parteiverboten und darauf aufbauenden Verbotssurrogaten (insbesondere beamtenrechtliche Diskriminierung und Geheimdienstüberwachung) und Konnexinstitute (wahlrechtliche Sperrklausel, die sich durch Geheimdienstintervention ins Unüberwindliche erhöht) nicht ablösen, sondern in seiner Wirkung verstärken und könnten dabei in ein eigenartiges „antifaschistisches“ System überleiten. Dies zeigt nicht zuletzt die Tatsache des dann doch durchgeführten (wenngleich dann bemerkenswerter Weise gescheiterten) Verbotsverfahrens gegen die NPD, welches das zivilgesellschaftliche Kampfinstrument politisierter privatrechtlicher Gestaltungsakte nach der Vorstellung der Vordenker der „Zivilgesellschaft“ eigentlich hätte überflüssig machen sollen.[383] Es zeichnete sich die Konstellation ab, daß sich neben dem öffentlich-rechtlichen Verbot zusätzlich eine weit über den vom Verbotsantrag betroffenen Personenkreis hinausgehend eine zivilgesellschaftliche Diskriminierung hätte ergeben können.

Diese Kumulierung ist geeignet, den Grundsatz zu überwinden, der eine im Bereich westlicher Demokratien wirklich als „sonderweglich“ zu kennzeichnende Regelung wie Art. 18 GG über die „Verwirkung“ (Aberkennung) von Grundrechten unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten vielleicht noch hinnehmbar macht: Artikel 18 GG - und ähnliches müßte im Bereich des Artikel 21 Abs. 2 GG (Parteiverbot) gelten - erlaubt nur eine politische Ausschaltung eines Bürgers, also eine Entpolitisierung, nicht jedoch eine Entbürgerlichung.[384] Gerade diese eine Menschenwürdeverletzung implizierende Entbürgerlichung wird durch die Politisierung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte, wie Kündigung von Girokonten und Arbeitsverhältnissen, erreicht. Der „antifaschistische“ Einsatz des Zivilrechts zu politisch diskriminierenden Zwecken erinnert notwendigerweise an vorbürgerliche Rechtsverhältnisse.[385] Methoden der zivilgesellschaftlichen Fahndung - „Gesicht zeigen“ - lassen die Rückkehr des seit 1495 in Deutschland verbotenen Selbsthilferechts erahnen. Diese Tendenz könnte noch beschleunigt werden, wenn die Privatisierung der Sicherheitsdienste in einer Weise fortschreitet, daß das staatliche Gewaltmonopol, die wesentliche Rechtfertigung des Staates als juristischer Person des öffentlichen Rechts mit Monopolcharakter darstellt,

[382] Dies war gut zu belegen an der Sanktionspolitik der Angelsachsen gegen Irak vor dem schließlich doch durchgeführten amerikanischen Überfall, zu der die „Weltgemeinschaft“ ihre UN-Zustimmung gegeben hatte, weshalb natürlich auch Kriegsverbrecherprozesse gegen entsprechende Politiker ausscheiden.
[383] So insbesondere die Auffassung von *U. Preuss*, a.a.O.
[384] So *Dürig /Klein*, in: MDHS, Grundgesetzkommentar Rdnr. 10 zu Art 18.
[385] So auch *K.-H. Ladeur*, a.a.O., mit dem berechtigten Untertitel: „eine Warnung vor der Zivilgesellschaft“.

aufgelöst wird.[386] Es würde sich dann ein Raubrittertum mit antifaschistischem Anstrich bilden, wie es mit der sog. Hausbesetzerszene und den daraus hervorgegangenen „Autonomen“[387] bereits abgerufen werden kann. Politische Verfolgung könnte dann ohne die Verfahrensgarantien des öffentlichen Rechts „privatisiert“ werden. Man kommt nicht umhin, das gesellschaftspolitische System, welches hierbei aufscheint wird, als antifaschistisch- / sozialistischen Feudalismus zu bezeichnen.

Diese Rücknahme der historischen Errungenschaften des deutschen Zivilrechts, die sich seit Ende des 15. Jahrhunderts eingestellt haben, kann nicht mit den „guten Sitten“ vereinbar sein. Entsprechend motivierte Rechtsgeschäfte stellen sich demnach gemäß § 138 BGB als nichtig dar. Die Instrumentalisierung des Zivilrechts zum Kampfinstrument der „Zivilgesellschaft“ „gegen rechts“ widerspricht fundamental der verfassungsrechtlichen Konzeption der Privatautonomie. Daher wäre selbst eine gesetzgeberische Ausgestaltung des Zivilrechts zu einem politischen Kampfinstrument ohne Änderung des Grundgesetzes nicht möglich. Erst recht ist damit der Einsatz des Zivilrechts „gegen rechts“ auf der Grundlage des bestehenden Rechts als rechtswidrig zu kennzeichnen.

[386] Nach Ansicht von *F. Hammer*, Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und „schlanker Staat“, in: *DÖV* 2000, S. 613 ff. ist diese Situation (noch?) nicht gegeben.

[387] Diese selbstgewählte Bezeichnung ist bemerkenswert, da sie die Negation der staatlichen Rechtsordnung zum Ausdruck bringt und nur selbst (*autos*) gewähltes Recht (*nomos*) akzeptieren will; an einem Verbot derart rechtsnihilistischer Organisationen wird jedoch nicht gearbeitet; auch der Einsatz des Zivilrechts wird insofern nicht diskutiert, obwohl er hier ohne ideologische Diskriminierungsabsicht zu begründen wäre.

D. Ergebnis: Die Rechtswidrigkeit der politischen Instrumentalisierung des Zivilrechts

Die Erkenntnisse der vorliegenden Untersuchung zur Frage der Rechtmäßigkeit der politisch motivierten Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte, insbesondere der Kündigung von Girokonten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die ständige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugunsten der Gleichhandlung von sog. extremistischen Parteien bei der Benutzung von öffentlichen Einrichtungen erlaubt die eindeutige Aussage, daß die Kündigung von Girokonten gegenüber Parteien und sonstigen Vereinigungen rechtswidrig wäre, wenn sie von einer Verwaltungsbehörde mit der Einordnung einer entsprechenden Organisation als „rechtsextremistisch" begründet werden würde, die in sog. VS-Berichten vorgenommen wird. Eine derartige Kündigung verletzt die in Art. 3 Abs.3, 5 und 9 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 und 21 GG enthaltenen Grundrechte und Verfassungsprinzipien. Die Rechtswidrigkeit der politisch motivierten Kündigung der Girokonten ergibt sich bei Vertragsbeziehungen der öffentlichen Hand aus § 134 BGB, da für den Staat und seinen Organen die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar geltende Verbotsnormen darstellen.

2. Aus dem gleichen Grunde ist eine derartige Kündigung / Vertragsverweigerung auch rechtswidrig, wenn sie nicht von einer Behörde, sondern von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, wie von einer in Form der öffentlichen Anstalt organisierten Sparkasse vorgenommen wird. Da sich der Staat nicht durch die „Flucht ins Privatrecht" den zwingenden Verpflichtungen des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts entziehen kann, ist die Kündigung seitens einer Aktiengesellschaft wie der Deutschen Postbank AG wegen Verletzung der genannten Grundrechte rechtswidrig, solange eine derartige AG von staatlichen Stellen kontrolliert wird oder auch nur eine staatliche Beteiligung vorliegt.

3. Politisch motivierte Kündigungen sind auch rechtswidrig, wenn sie von wirklichen Privatrechtssubjekten vorgenommen werden, die im öffentlichen Auftrag derartige Kündigungen aussprechen. Sofern ein ausdrückliches Auftragsverhältnis zwischen Bank und staatlichen Stellen nicht vorliegt oder nicht nachgewiesen werden kann, ist eine analoge Anwendung des Grundrechtsschutzes zugunsten der ideologiepolitisch diskriminierten Kunden geboten, wenn sich die Privatbanken eigenmächtig oder unter Berufung auf staatliche Stellen eines (gesellschafts-)politischen Auftrags berühmen, die Kündigungen die ausdrückliche Billigung durch staatliche Stellen wie die öffentlich in Erscheinung tretenden Inlandsgeheimdienste erfahren und Anzeichen dafür vorliegen, daß den Kündigungen kartellartige Abreden zugrunde liegen, vermittels derer mit Duldung oder Förderung politischer Kräfte eine marktbeherrschende Stellung begründet wird, die wiederum den kündigenden Unternehmen ein Verhalten erlaubt, das sich bei rein kommerzieller Betrachtungsweise als untypisch und kaum sinnvoll darstellt. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich auch insoweit aus § 134 BGB.

4. Die politisch motivierten Kündigungen durch Geschäftsbanken als juristischen Personen des Privatrechts sind nach § 138 BGB rechtswidrig. Dies gilt zumindest für juristische Personen des Privatrechts, die aufgrund ihrer „kapitalistischen" Ausrichtung dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen und dabei nicht als sog. Tendenzbetriebe eingeordnet werden können. Juristische Personen mit rein kommerzieller Zielsetzung unterliegen nämlich dem Entpolitisierungs- und Sachgerechtigkeitsgebot, das der

Trennung von Staat und Gesellschaft und der Ausdifferenzierung von Privatrecht und öffentlichen Recht zugrunde liegt. Mit diesen grundlegenden Systemprinzipien der durch § 138 BGB geschützten öffentlichen Ordnung soll zum einen das „plutokratische" Unterlaufen von Demokratie und zum anderen die politische Funktionalisierung der Privatrechtsordnung verhindert werden.

5. Im übrigen mißachten die politisch motivierten Kündigungen durch Privatbanken die rechtstheoretisch unterschiedlich begründbare Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Grundrechte, da im Lichte dieser Grundrechte den Geschäftsbanken die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen mit den staatlich diskriminierten Organisationen in aller Regel nach § 242 BGB oder einer Spezialvorschrift wie § 626 BGB zugemutet werden kann: Das Girokontenverhältnis ist einerseits als unpersönlich-technisch einzustufen, so daß in der Regel keine besonderen Interessen von Banken an der Beendigung von Verträgen mit vertragstreuen Kunden bestehen. Andererseits ist ein Girokonto für Bankkunden Voraussetzung ihrer Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr, so daß gewichtige Argumente dafür sprechen, aus Gründen der Daseinsvorsorge einen Kontrahierungszwang anzunehmen. Dieser ist vom Gesetzgeber bei der Kodifizierung des Girovertrages nicht ausdrücklich statuiert worden, nicht zuletzt, weil die Bankenverbände die Beachtung des Standards „Girokonto für jedermann" zugesichert haben. Die Ratio dieser Zusicherung, nämlich die Anerkennung des Angewiesenheit auf die Führung von Girokonten, gilt nicht nur für einkommensschwache Kunden, sondern auch für Parteien und Verlagsgesellschaften. Ein Abstreiten dieses Standards aus ideologie-politischen Gründen ist als treuwidrig i. S. von § 242 BGB einzustufen.

6. Die Berufung der Banken auf die Vertragsfreiheit zur Rechtfertigung der politisch motivierten Kündigungspraxis greift im Ergebnis nicht durch. Soweit es um Kreditinstitute im Staatsbesitz geht, steht diesen die Privatautonomie im Sinne eines Substrats grundrechtlicher Berechtigungen ohnehin nicht zu. Die Grundrechtsstellung juristischer Personen ist gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gegenüber natürlichen Personen beschränkt. Je unpersönlicher / „kapitalistischer" die juristische Person ausgestaltet ist, desto geringer stellt sich die grundrechtliche Berechtung dar und desto stärker ist die berechtigte Inpflichtnahme durch die öffentliche Ordnung. Die Legitimität privatrechtlicher Gestaltungsakte hat außerdem das Bestehen einer Wettbewerbsordnung zur Voraussetzung. Sofern Anzeichen für wettbewerbswidriges Verhalten oder Staatseinfluß, etwa durch Inlandsgeheimdienste oder staatlich fördernde „Toleranzbehörden" vorliegen, hört die Privatautonomie auf und es wird illegitime (politische) Macht ausgeübt. Diese unterliegt jedoch wiederum der Kontrolle durch das öffentlich Recht, was über §§ 242, 134 und 138 BGB zur Nichtigkeit der politisch motivierten zivilrechtlichen Gestaltungsakte führt.

Im Hinblick auf den generellen Ansatz, das Zivilrecht als Kampfinstrument der „Zivilgesellschaft" gegen „rechts" auszugestalten, ist zu sagen:

1. Die Tatsache, daß US-amerikanische Urteile, die mit Hilfe des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts strafrechtsähnliche Sanktionen durchsetzen wollen, mit dem deutschen *ordre public* unvereinbar sind und daher nicht als vollstreckbar anerkannt werden können, führt zu der Schlußfolgerung, daß diese deutschen Systemvorstellungen widersprechenden amerikanischen Rechtsvorstellungen, mittels derer „Nazis in den Konkurs" getrieben werden sollen, in Deutschland bei Geltung des Grundgesetzes im

Wege der Rezeption des amerikanischen Rechts durch Gesetzesänderung nicht verwirklicht werden könnten.

2. Die unter dem Vorbehalt des *ordre public* stehende und damit die grundlegenden Systemprinzipien des deutschen Verfassungsrechts vor politischer Verfremdung geschützte, aber auch davor zu bewahrende Privatautonomie besitzt nämlich als Verfassungsprinzip, das etwa in der Trennung von Staat und Gesellschaft zum Ausdruck kommt, Verfassungsrang. Diese Zivilrechtskonzeption, die zur Verhinderung „plutokratischen" Unterlaufens von Demokratie mit einer weitgehenden Entpolisierung des Zivilrechts verbunden ist, wird in der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 1 GG für das „bürgerliche Recht" verfassungsrechtlich vorausgesetzt. Die diese Konzeption schützende verfassungsrechtliche Norm läßt sich dem Art. 152 WRV entnehmen, der einer gegen die Systemprinzipien der deutschen Rechtsordnung widersprechenden Instrumentalisierung des Zivilrechts, insbesondere als Mittel eines zivilen „Privatkrieges", mit dem Vorwurf der „Sittenwidrigkeit" begegnet. Insofern bringt § 138 BGB, wie der Hinweis auf das „Sittengesetz" in Art. 2 Abs. 1 GG zeigt, eine Norm des Verfassungsrechts zum Ausdruck. Diese setzt wiederum „Rechtsreformen", die auf eine politische Instrumentalisierung des Zivilrechts abzielen, enge verfassungsrechtliche Grenzen.

3. Der Ausbau des Zivilrechts zum politischen Kampfinstrument kann nicht an die Stelle von öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der politischen Freiheit, wie Grundrechtsverwirkung, Partei- und Vereinsverbot treten und dabei den geringeren Freiheitsgrad der politischen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich mit dem „freien Westen" kaschieren helfen. Vielmehr würde der diskriminierende Einsatz zivilrechtlicher Gestaltungsrechte zu einer Kumulation der Unzulänglichkeiten der politischen Ordnung führen: Der politische Gegner würde nicht nur, wie im Falle der Grundrechtsverwirkung und des öffentlich-rechtlichen Parteiverbotes, sowie bei der Anwendung der Verbotssurrogate (VS-Eintragung), „entpolitisiert", sondern auch noch zivilrechtlich bei Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie „entbürgerlicht".

4. Diese Kumulation „sonderweglicher" Demokratieschutzansätze, wie ideologisches Parteiverbot und groteske Aufwertung der Bedeutung von Inlandsgeheimdiensten, mit zivilrechtlichen Formen politischer Diskriminierung droht von der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu einer versuchsweise als „antifaschistisch-liberalextremistisch" zu kennzeichnenden Ordnung eines „Gesellschaftsstaates" überzuführen, der mit seinem obersten „Wert" „Bevölkerungsverständigung" - einer Verfälschung der Völkerverständigung i. S. von Art. 9 Abs. 2 GG - eine gegen das Volkssouveränitätsprinzip nach Art. 20 GG verstoßende Fremdbestimmung deutlich machen würde.

5. Durch die Politisierung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte im Kampf der „Zivilgesellschaft" „gegen rechts" droht der Rückfall in ein vormodernes „feudalistisches" Herrschaftssystem, das den durch sachgerechte gesellschaftliche Arbeits- und Funktionsteilung erreichten Wohlstand bedroht, eine Umgehung grundlegender öffentlich-rechtlicher Vorschriften beihaltet und Formen eines schleichenden Privatkriegs - privatrechtliche „Strafe" für falsche politische Einstellung - institutionalisiert. Die alternative Gesellschaftskonzeption, die sich mit der Instrumentalisierung des Zivilrechts als politisches Kampfinstrument auftut, trifft damit ebenfalls das Verdikt der Sittenwidrigkeit i. S. von § 138 BGB und des Art. 2 Abs. 1 GG.

Bonn im Februar 2001 / Januar 2012
Josef Schüßlburner