

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 592

Die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht

Zur Entstehung von Verfassungsprivatrecht

Von

Julius Azzola



Duncker & Humblot · Berlin

JULIUS AZZOLA

Die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 592

Die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht

Zur Entstehung von Verfassungsprivatrecht

Von

Julius Azzola



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Konstanz
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59466-5> abrufbar



Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Julius Azzola

Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-19466-7 (Print)

ISBN 978-3-428-59466-5 (E-Book)

DOI 10.3790/978-3-428-59466-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2024 durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz angenommen. Das Manuskript befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand der Einreichung im September 2023. Einzelne Quellen konnten bis Juli 2024 aufgenommen werden.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Michael Stürner, M. Jur. (Oxford) für die hervorragende Betreuung und sein stets offenes Ohr. Seine wertvollen Anregungen sowie die zahlreichen spannenden Diskussionen haben ganz maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Darüber hinaus hat er mich bei der Planung meines LL.M.-Studiums vorbehaltslos unterstützt und gefördert. Die schöne Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl werde ich immer in bester Erinnerung behalten. Bedanken möchte ich mich außerdem bei Prof. Dr. Stephan Gräf für die kenntnisreiche Zweitbegutachtung sowie bei Prof. Dr. Judith Froese für den Vorsitz bei der mündlichen Prüfung.

Von ganzem Herzen danke ich meinen Eltern, Dr. Leonardo Azzola und Bärbel Laiblin-Azzola, die mir nicht nur das Studium und die Promotion ermöglicht, sondern mich auf meinem gesamten Lebensweg bedingungslos unterstützt haben. Ihnen ist dieses Buch gewidmet. Meiner Großmutter Anna Irion danke ich für die großzügige Unterstützung bei den Druckkosten. Schließlich bin ich meiner Freundin Laura Moutoulis für ihr Verständnis und ihre jederzeit aufmunternden und motivierenden Worte während der Entstehung dieses Buches unendlich dankbar.

München, im Februar 2025

Julius Azzola

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	17
A. Brisanz der Themenstellung	17
B. Gang der Untersuchung	19
§ 2 Öffentliches und privates Recht	21
A. Die Zweiteilung im römischen Recht	22
I. Die verschiedenen Bedeutungen des Begriffspaares <i>ius publicum</i> und <i>ius privatum</i>	24
1. Unterscheidung nach Gegenständen	24
2. Unterscheidung nach Entstehungsgründen	25
3. Die Unabdingbarkeitsklausel	26
4. Zwischenfazit	27
5. Fehlende Unterscheidung im römischen Recht?	27
II. Zusammenfassung	29
B. Die Zweiteilung im deutschen Recht des 18. und 19. Jahrhunderts	29
I. Strikte Trennung der Bereiche in der „Privatrechtsgesellschaft“	31
1. Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft nach Franz Böhm	31
2. Die „heutige“ Privatrechtsgesellschaft	32
3. Der gesellschaftliche Wandel als Ausgangspunkt für die strikte Trennung der Rechtsbereiche	34
4. Zwischenergebnis	35
II. Relativierung der Zweiteilungslehre	36
III. Zusammenfassung	39
C. „Konstitutionalisierung“ des Privatrechts	39
D. Zwischenfazit und Zusammenfassung	41
§ 3 Grundrechte und Privatrecht	44
A. Abwehrfunktion der Grundrechte	45
B. Erste Weiterentwicklung: die „mittelbare Drittwirkung“	47
I. Das <i>Liith</i> -Urteil des BVerfG	47
1. Die juristische Konstruktion der Einwirkung	49

2. Die dogmatische Begründung	50
II. Etablierung der mittelbaren Drittirkung in Literatur und Rechtsprechung	51
III. Stadionverbotsentscheidung als Beispiel mittelbarer Drittirkung?	53
IV. Die Lösung der <i>Lüth-Konstellation</i> mit Hilfe der Abwehrfunktion der Grundrechte	53
C. Schutzfunktion der Grundrechte	55
I. Begriffsbestimmung	56
II. Schutzfunktion und Privatrechtswirkung	58
1. Juristische Konstruktion und dogmatische Begründung	58
a) Schutzpflicht des Privatrechtsgebers	58
b) Schutzpflicht der Zivilgerichte	60
aa) Das <i>Böll-Urteil</i> des BVerfG	61
bb) Das Handelsvertreter-Urteil des BVerfG	62
(1) Urteilsbegründung des BVerfG	62
(2) Neuerungen für das Vertragsrecht	64
cc) Der Bürgschaftsbeschluss des BVerfG als Beispiel der Schutzpflichtenkonstruktion?	65
dd) Weitere Beispiele für die Berücksichtigung der Schutzfunktion im Privatrecht	66
2. Maß und Intensität der Schutzirkung	67
III. Verhältnis zur mittelbaren Drittirkung	69
D. Privatrechtswirkung anhand „üblicher“ Grundrechtsfunktionen	71
E. Unmittelbare Drittirkung	72
I. Juristische Konstruktion und dogmatische Begründung	73
II. Die allseits monierten Schwächen des Modells	75
III. Zumindest situative unmittelbare Drittirkung in der Rechtsprechung des BVerfG – Stadionverbot und Co.	77
F. Kulicks „zweistufige Anwendung“	79
I. Juristische Konstruktion	80
II. Dogmatische Begründung	83
III. Fallbeispiele	84
1. <i>Praeter legem</i> -Situation: BVerfG-Entscheidung zur Lebensversicherung	84
2. <i>Contra legem</i> -Situation: BVerfG-Entscheidung zur sachgrundlosen Befristung	85
3. Stadionverbot als Anwendungskonstruktion?	86
IV. Neue Konstruktion, alte Probleme?	87
1. Gewaltenteilung	87
a) Fehlen zwingender Grenzen?	88
b) Kritik	89
c) Böckenfördes Drohkulisse	91

d) Zwischenergebnis	91
2. Vereinbarkeit der Konstruktion mit Art. 100 I GG	92
3. Vereinbarkeit der Konstruktion mit Art. 1 III GG	92
a) Fehlen zwingender Grenzen?	93
b) Kritik	94
4. Zweistufige Anwendung und Eigenständigkeit des Privatrechts	95
a) Autonomiefördernd und staatsfern?	95
b) Kritik	96
G. Zusammenfassung und Bewertung	99
I. Die mittelbare Drittewirkung	99
II. Die Schutzpflichtenlehre	100
III. Die unmittelbare Drittewirkung	101
IV. Die zweistufige Anwendung	102
V. Zwischenergebnis	103
§ 4 Der Einfluss europäischer Grundrechte auf das nationale Privatrecht	104
A. Das europäische Mehrebenensystem	105
I. Die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts	105
1. Unmittelbare Geltung des Unionsrechts	106
2. Direkte Wirkung/unmittelbare Anwendbarkeit	107
3. Vorrang des Unionsrechts	109
a) Die unionsrechtliche Perspektive	110
b) Die mitgliedstaatliche Perspektive	110
4. Indirekte Wirkung des Unionsrechts	112
II. Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte im mitgliedstaatlichen Recht	113
1. Anwendungsbereich der ungeschriebenen Grundrechte vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta	114
2. Der Anwendungsbereich der Charta-Rechte nach Art. 51 I GRCh	116
a) Die Rechtssache Åkerberg Fransson	117
b) Kritik in Literatur und Rechtsprechung	118
c) Konturierung des Anwendungsbereichs durch weitere Entscheidungen	118
d) Zusammenfassung	120
B. Die Wirkungen der Grundrechtecharta im nationalen Privatrecht	120
I. „Indirekte“ bzw. mittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte	121
II. Abwehr- und Schutzfunktion der Charta-Grundrechte	123
III. Auch unmittelbare Drittewirkung?	124
1. Begriffliche Missverständnisse	125
2. Unmittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte	127
a) Die Rechtssache Egenberger	129
aa) Sachverhalt und Vorlagefragen des BAG	130

bb) Das EuGH-Urteil	130
b) Die Rechtssachen Bauer/Broßonn	132
aa) Sachverhalt und Vorlagefragen des BAG	132
bb) Das EuGH-Urteil	133
c) Zwischenergebnis	135
C. Zusammenfassung	135
§ 5 Die Anerkennung von „Verfassungsprivatrecht“	137
A. Geschriebenes Verfassungsprivatrecht	138
I. Art. 9 III 2 GG	139
II. Art. 48 I, II GG	140
III. Art. 152 Weimarer Reichsverfassung	141
IV. Art. 31 II GRCh	142
V. Weitere mögliche Beispiele	144
VI. Zwischenergebnis	147
B. Ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht des BVerfG	147
I. Verhältnis zu den Drittirkungskonstruktionen	149
II. Der Bürgschaftsbeschluss des BVerfG	151
1. Sachverhalt und Prozessgeschichte	151
2. Entscheidungsbegründung	152
3. Entstandenes Verfassungsprivatrecht?	153
4. Konsequenzen	155
III. Die Stadionverbotsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts	157
1. Sachverhalt und Prozessgeschichte	158
2. Entscheidungsbegründung	159
3. Entstandenes Verfassungsprivatrecht?	161
a) Der Kontrahierungzwang in „spezifischen Konstellationen“	161
b) Die „verfahrensrechtlichen Anforderungen“	163
c) Zwischenergebnis	165
IV. Weitere Entscheidungen	165
C. Auswirkungen des ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts	167
I. Die Bindung der Zivilgerichte	168
1. Erste „Modifizierung“ der Privatrechtsprechung	169
2. Zwischenergebnis	170
II. Die Bindung des Gesetzgebers	171
D. EuGH-Entscheidungen als weitere Quelle ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts?	173
I. Der EuGH als „echtes“ Verfassungsgericht	173
II. Die Bindungswirkung der EuGH-Urteile	175

III. Erschafft der EuGH Verfassungsprivatrecht?	177
IV. Zwischenergebnis	180
E. Verfassungsprivatrecht: Ein gangbarer Weg?	180
I. Maßstabssetzung zur Begrenzung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht	182
1. Verfassungsrechtlich zwingende Grenzen	183
2. „Materielle“ Grenzen	184
II. Der institutionelle Rahmen	185
1. Der „Erfahrungshintergrund“ der Verfassungsrichter	187
2. Zulässige Konkretisierungen	188
III. Die Rolle des Privatrechtsgesetzgebers	189
IV. Eigenständigkeit des Privatrechts	191
1. Vertragsfreiheit	192
2. Grenzen	193
a) Stadionverbot?	195
b) Bürgschaft?	195
V. Ergebnis	196
§ 6 Schluss	198
A. Wesentliche Ergebnisse	198
I. Verfassungsprivatrecht ist keine Form der Drittirkung	199
II. Die Auswirkungen des europäischen Mehrebenensystems	200
III. Verfassungsprivatrecht	201
B. Ausblick	203
Literaturverzeichnis	205
Stichwortverzeichnis	217

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AöR	Archiv des Öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bd.	Band
BeckOK-BVerfG	Beck'scher Online-Kommentar zum BVerfG
BeckOK-GG	Beck'scher Online-Kommentar zum GG
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende Seite
ff.	die folgenden Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRCh	Europäische Grundrechtecharta
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit/Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
s.	siehe
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
u. a.	unter anderen/unter anderem
Ulp.	Ulpian
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
Var.	Variante

vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

§ 1 Einführung

A. Brisanz der Themenstellung

Wem obliegt die wesentliche Ausgestaltung der Privatrechtsordnung? *Prima vista* erscheint die Antwort so simpel wie eindeutig: dem Gesetzgeber. Ihm obliegt die Rechtssetzung, der Gerichtsbarkeit die Rechtsanwendung. Dies gilt als das prägende Konzept der Gewaltenteilung des kontinentaleuropäischen Verfassungsstaates.¹ Doch ist der Gesetzgeber tatsächlich noch die maßstabssetzende Gewalt im Privatrecht? Vor etwa zehn Jahren hat Bernd Rüthers in einem Essay dargelegt, dass sich die Bundesrepublik Deutschland von einem demokratischen Rechtsstaat zu einem Richterstaat gewandelt habe.² Weite Bereiche des Rechts seien nicht mehr durch Gesetze, sondern durch „Richterrecht“ geregelt. Mit Blick auf das Privatrecht denkt man dabei vermutlich an Beispiele richterlicher Rechtsfortbildung der Zivilgerichte, wie etwa an die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den BGH als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 I BGB.³ Diese Form *fachrichterlicher* Rechtsfortbildung wird kontrovers diskutiert, die Frage nach dessen Grenzen wird zu den „Ewigkeitsfragen der Jurisprudenz“ gezählt.⁴ Was aber ist mit dem Bundesverfassungsgericht und dem EuGH? Wie in der Arbeit aufgezeigt wird, entspricht es dem zunehmenden Selbstverständnis dieser Gerichte privatrechtliche Streitigkeiten an sich zu ziehen und dabei das Privatrecht fortzubilden. Es bestehen jedoch gra-

¹ Zu dieser sog. Kernbereichslehre des BVerfG vgl. BVerfGE 3, 225, 247; 95, 1, 15; 149, 126; vgl. ferner Degenhart, Staatsrecht I, 38. Aufl. (2022), Rn. 297; Säcker, NJW 2018, S. 2375; freilich gehört die Frage welcher Teil der Rechtssetzung dem parlamentarischen Gesetzgeber exklusiv vorbehalten bleibt zu den wohl umstrittensten Fragen des Verfassungsrechts, vgl. zur sog. Wesentlichkeitstheorie und den Grenzen der Rechtsfortbildung Böckendorfe, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. (1981), S. 398; Jocham, Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht (2021); Bruns, JZ 2014, S. 162, 164, 167; Scholz, JZ 81, S. 561; Kloepfer, JZ 1984, S. 685 jeweils m. w. N.; BVerfGE 33, 1, 10; 47, 46, 7, 9; 56, 1, 13.

² Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014).

³ Vgl. etwa BGHZ 13, 334 (*Schachtbrief*); BGHZ 26, S. 349 (*Herrenreiter*); BGH NJW 1965, 685 (*Soraya*); BGHZ 27, S. 284 (*Tonband*); für weitere Fallgruppen vgl. Bruns, JZ 2014, 162, 165.

⁴ Diesen Begriff verwendet Frohwein, vgl. in: Die Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), FS 600 Jahre Rupr.-Karls-Univ. Heidelberg (1986), S. 555. Zur Problematik der fachrichterlichen Rechtsfortbildung vgl. BVerfGE 3, 225, 243; BGHZ 3, 308, 315 sowie die jüngst erschienene Abhandlung von Jocham, Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht (2021). Vgl. ferner Muthorst, Grundlagen, 2. Aufl. (2020), § 8 Rn. 20; Bruns, JZ 2014, S. 162 jeweils m. w. N.

vierende Unterschiede zwischen der Rechtsfortbildung eines Fachgerichts und der eines Verfassungsgerichts im Bereich des Privatrechts. Eine als verfehlt angesehene Rechtsprechung der Fachgerichte kann vom Gesetzgeber durch Änderung der gesetzlichen Grundlage jederzeit „korrigiert“ werden. Wenn das BVerfG die Fortbildung des Rechts vornimmt, kann der Gesetzgeber aufgrund der Bindungswirkung der Entscheidungen (§ 31 I BVerfGG) von den Vorgaben des Gerichts nicht ohne weiteres abweichen, zugleich wird die gesamte zivilgerichtliche Rechtsprechung präjudiziert.⁵

Zieht das BVerfG eine privatrechtliche Entscheidung an sich, schafft es daher in einigen Fällen weitgehend unbemerkt eine neue Ebene des Privatrechts – ein aus den Grundrechten abgeleitetes Gefüge privatrechtlicher Positionen, an welches die Instanzgerichte und der Gesetzgeber gebunden sind. Diese Ebene unterscheidet sich von sonstigem Privatrecht insbesondere durch seinen Rang (Verfassungsrang) und kann daher als Verfassungsprivatrecht bezeichnet werden.⁶ Von den Entscheidungen des EuGH geht eine jedenfalls vergleichbare Wirkung aus.⁷

In welchen Fällen entsteht ein solches Privatrecht mit Verfassungsrang und ließe sich dieses in das bestehende Rechtssystem überhaupt integrieren? Diesen Fragen wurde – soweit ersichtlich – im bisherigen wissenschaftlichen Diskurs kaum nachgegangen.⁸ Das lässt sich vermutlich damit erklären, dass die hier aufzuzeigenden einschlägigen Beispiele in der Literatur zumeist allein mit Blick auf die Drittewirkung der Grundrechte – also der Frage wie ein Grundrecht (bzw. mehrere Grundrechte) ein Privatrechtsverhältnis im Einzelfall beeinflussen – diskutiert werden. In jüngerer Zeit haben Entscheidungen wie der *Stadionverbot*-Beschluss des BVerfG oder die Egenberger und die Bauer/Broßonn Entscheidungen des EuGH die Drittewirkungsdebatte wieder aufleben lassen.⁹ Hierbei wird vielerseits behauptet, dass die Gerichte sich in den genannten Entscheidungen zu einer (zumindest situativen) unmittelbaren Drittewirkung bekannt hätten.¹⁰ Diese Entscheidungen nur im Hinblick auf die Drittewirkung zu untersuchen, wird deren Bedeutung für das Zivilrecht nicht immer gerecht. Die Drittewirkungsdiskussion verschleiert, was Verfassungsgerichte tatsächlich tun, wenn sie privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden. Wie in dieser Arbeit aufgezeigt wird, entwickeln Verfassungsgerichte selbst neue privatrechtliche „Normen“ (etwa in der Stadionverbotsentscheidung) oder

⁵ Vgl. § 5 C. I., II.; so bereits *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 162.

⁶ Vgl. dazu bereits *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 158 und *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law* (2017), S. 33. Ferner unten § 5.

⁷ Vgl. § 5 D. II.

⁸ Vgl. aber etwa *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law* (2017), S. 33; *Ipsen*, JZ 2014, S. 157.

⁹ BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*); EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), EuZW 2018, 381; EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467. Vgl. § 3 E. III.; § 4 B. III.

¹⁰ *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901; *Michl*, JZ 2018, S. 910; *Aurelia Colombi Ciacchi*, EuConst, 15 (2019), S. 294; *Eleni Frantziou*, EuConst, 15 (2019), S. 306; vgl. dazu § 3 E. III.; § 4 B. III.

modifizieren bestehende privatrechtliche Positionen.¹¹ Entscheidender Unterschied zu sämtlichen Drittirkungskonstruktionen (ob nun mittelbar oder unmittelbar) ist also die Konsequenz einer solchen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Es geht nicht darum, ob und wie ein Grundrecht *im Einzelfall* das Privatrechtsverhältnis beeinflusst, sondern es geht um die Frage, ob sich Verfassungsgerichte in ihren Entscheidungen vermehrt zum Ersatzgesetzgeber aufschwingen, so dass sie als weitere privatrechtsschöpfende Akteure neben das Parlament treten und die Privatrechtsordnung mitgestalten.¹²

Die Tragweite einer solchen Entwicklung sowie der bisher mangelnde Diskurs lassen es notwendig erscheinen dieser Ebene des Privatrechts – Privatrecht mit Verfassungsrang – weiter nachzugehen. Diese Arbeit möchte dazu einen Beitrag leisten, indem sie aufzeigt in welchen Formen Verfassungsprivatrecht bereits jetzt in der Rechtsordnung existiert und welche Folgen das Verfassungsprivatrecht nach sich ziehen kann.¹³ Ferner wird hinterfragt, inwieweit eine Rechtsschöpfung der Verfassungsgerichte aus privatrechtlicher Sicht zulässig sein könnte.¹⁴ Diese Arbeit möchte dabei insbesondere zu einem größeren Bewusstsein beitragen, inwiefern verfassungsgerichtliche Entscheidungen (unbemerkt) zu einer Quelle des Privatrechts geworden sind.

B. Gang der Untersuchung

Im ersten Abschnitt ist zunächst auf die historische Entwicklung des Verhältnisses von Privatrecht und öffentlichem Recht einzugehen (§ 2). In diesem Zusammenhang wird auch erstmals das Verhältnis zwischen Verfassungsrecht (insb. Grundrechten) und Privatrecht beleuchtet, eine aus historischer Perspektive vergleichsweise junge Problematik.

Der zweite Abschnitt beschäftigt sich mit der Problematik der Drittirkung der Grundrechte (§ 3). Insoweit wird es notwendig sein die jeweilige dogmatische Konstruktion präzise herauszuarbeiten, womit zugleich terminologische Uneinigkeiten mit Blick auf die einzelnen Modelle in den Hintergrund rücken. Durch eine solche Analyse der Drittirkung kann auch der Unterschied zum Verfassungsprivatrecht verdeutlicht werden. In diesem Zusammenhang wird auch bereits auf die Rechtsprechungsbeispiele eingegangen, in welchen das BVerfG nach der hier vertretenen Ansicht Verfassungsprivatrecht schöpft. Eine Auseinandersetzung mit der Drittirkungsproblematik erscheint angebracht, da diese Beispiele in der Literatur allein mit Blick auf die Drittirkungsfrage untersucht werden. In diesem Abschnitt

¹¹ Vgl. § 5 B. III.

¹² Vgl. dazu § 5 B. I.

¹³ Vgl. § 5 A.–D.

¹⁴ Vgl. § 5 E.

wird ferner das bisher wenig besprochene Modell der „zweistufigen Anwendung“ der Grundrechte im Privatrecht von Kulick untersucht und einer kritischen Bewertung unterzogen.¹⁵

Auch auf europäischer Ebene ist das Verhältnis der Grundrechte zum Privatrecht wieder in den Fokus gerückt. Auf diese Entwicklung wird im dritten Abschnitt dieser Arbeit eingegangen (§ 4). Die damit einhergehende Auseinandersetzung mit dem europäischen Mehrebenensystem ist auch für die Frage des Verfassungsprivatrechts von Bedeutung. Es stellt sich nämlich die Frage, ob auch der EuGH als weiterer Akteur neben den (nationalen) Privatrechtsgesetzgeber tritt und das Privatrechtsystem mitgestaltet. Insoweit kommt es darauf an, ob überhaupt eine vergleichbare Ausgangslage besteht und auch der EuGH als „echtes“ Verfassungsgericht im Privatrecht operiert.¹⁶

Im vierten Abschnitt wird die Ebene des Verfassungsprivatrechts untersucht (§ 5). Hierbei wird aufgezeigt, dass Privatrecht mit Verfassungsrang in der Rechtsordnung bereits in geschriebener Form existiert.¹⁷ Sodann wird dargestellt, dass die Rechtsprechung des BVerfG zu der Entstehung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht beiträgt, welches insoweit den Hauptteil des Verfassungsprivatrechts ausmacht.¹⁸ In diesem Zusammenhang sind auch die möglichen Auswirkungen des Verfassungsprivatrechts aufzuzeigen.¹⁹ Danach kann untersucht werden, ob auch der EuGH mit seiner Rechtsprechung an der Entstehung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht mitwirkt.²⁰ Abschließend wird geprüft in welchen Fällen eine Rechtsschöpfung der „Verfassungsgerichte“ im Bereich des Privatrechts zulässig sein könnte.²¹ Dafür wird zunächst ein abstrakter Maßstab zur Begrenzung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht herausgearbeitet und sodann ein Vorschlag einer Grenzziehung unterbreitet, der zugleich Anlass zu weiterem Diskurs bieten soll.

Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und einem Ausblick auf künftige Folgefragen (§ 6).

¹⁵ Vgl. § 3 F.

¹⁶ Vgl. § 5 D. I.

¹⁷ Vgl. § 5 A.

¹⁸ Vgl. § 5 B.

¹⁹ Vgl. § 5 C.

²⁰ Vgl. § 5 D.

²¹ Vgl. § 5 E.

§ 2 Öffentliches und privates Recht

Das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist in der Rechtswissenschaft seit Jahrhunderten ein viel diskutierter Gegenstand. Es unterliegt historisch zahlreichen Wandlungen. Der folgende Abschnitt dient der summarischen Betrachtung dieses Verhältnisses, wobei von der These ausgegangen wird, dass sich die Bereiche ursprünglich apriorisch gegenüberstanden und sich im Laufe der Zeit zahlreiche Verflechtungen zwischen den Rechtsgebieten entwickelt haben.

Im Rechtsdenken deutscher Juristen wird eine Zweiteilung in öffentliches Recht und Privatrecht überwiegend als weitgehend selbstverständlich hingenommen.¹ Bis heute findet sie sich an zahlreichen Stellen. So sind beispielsweise Verwaltungsgerichte nach § 40 VwGO nur für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zuständig, dagegen gehören „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ gem. § 13 GVG vor die ordentlichen Gerichte. Nach Art. 74 I Nr. 1 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das „bürgerliche Recht“, die Amtshaftung beispielweise greift gemäß Art. 34 GG nur in Ausübung eines „öffentlichen Amtes“ ein.² Auch in der juristischen Ausbildung werden die Bereiche grundsätzlich getrennt voneinander betrachtet. Man kann den Gegensatz von öffentlichem und privatem Recht als „a priori in unserer Rechtsordnung angelegt“ sehen.³ Molitor geht sogar davon aus, dass der Dualismus dieser Rechtsgebiete „jeder verfeinerten Rechtsbildung immanent sei“ und sich daher in allen Rechtssystemen der Gegenwart nachweisen lasse. Die Unterscheidung ist demnach international: Länder des anglo-amerikanischen Rechtskreises unterscheiden zwischen dem *public law* und dem *private law*,⁴ in Frankreich wird zwischen dem *droit privé* und dem *droit public* unterschieden.⁵ Das hängt sicherlich mit Überlieferungen aus dem römischen Recht zusammen, in

¹ So Bullinger, in: FS Rittner (1991), S. 69, 70 f.; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 1; Schmidt, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht (1984); Hübler, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. (1996), § 1; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (2022), § 1 Rn. 10; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 1 Rn. 2; zur Unterscheidung der Bereiche im Unionsrecht und der Judikatur des EuGH vgl. Jarass, ZEUP 2017, S. 310, 313 f.

² Weitere Beispiele bei Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 1.

³ Kummer, Öffentliches und Privates Recht in der politischen Grundordnung, ZgS Bd. 104 (1944), S. 29, 29.

⁴ Vgl. dazu Stürmer, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33.

⁵ Vgl. B. Barraud, in: Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif, Presses Universitaires d’Aix-Marseille (2015), S. 1101.

welchen erstmals in diese beiden Bereiche unterteilt wurde (dazu sogleich unter A.). Ob es im römischen Recht eine strikte Trennung der Bereiche gab, wird anhand der überlieferten Quellen unterschiedlich interpretiert. Auch in der Gegenwart wird diskutiert inwieweit die Bereiche voneinander getrennt bzw. vermischt sind. Teilweise wird von einer „Janusköpfigkeit“ des Rechts gesprochen⁶ bzw. der Staat als „personnalité a double face“ verstanden.⁷ Mit einem Antlitz schaue er auf das Privatrecht, mit dem anderen auf das öffentliche Recht. Sogar in Rechtsordnungen des Common Law, welchen eine strikte Zweiteilung *prima facie* fremd ist, wird diese Diskussion geführt.⁸ Paul Verkuil hat sehr bildlich festgestellt:

„if the law is a jealous mistress, the public-private distinction is like a dysfunctional spouse [...]. It has been around forever, but it continues to fail as an organizing principle.“⁹

In seinem Aufsatz hält er eine durchgehende Zweiteilung der Rechtsbereiche für kaum umsetzbar. Kelsen empfindet die Zweiteilung gar als nutzlos.¹⁰ Ähnliches beschreibt auch Duncan Kennedy für das amerikanische Recht: „*The distinction is dead, but it rules us from the grave.*“¹¹ Die Zweiteilung im Sinne einer scharfen Trennung der Rechtsgebiete soll dem römischen Recht entstammen.

A. Die Zweiteilung im römischen Recht

Die römische Rechtsordnung unterscheidet zwischen *ius publicum* und *ius privatum*.¹² Es wird zumeist auf die berühmte Definition Ulpianus rekurriert nach welcher: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quadem publice utilia, quadem privatim.*¹³ Frei übersetzt: „Für dieses Studium (der Rechtswissenschaft) gibt es zwei Bereiche: Das öffentliche und das private

⁶ Vgl. P. Goodrich, in: International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1 (2013), S. 146, 147, Goodrich spricht von „two faces of law as the dual aspects of the divinity Janus“.

⁷ Vgl. Boehmer, Grundlagen des bürgerlichen Rechts – erstes Buch (1950), S. 181; zum Verhältnis zwischen *private law* und *public law* vgl. zudem Supiot, The public-private relation in the context of today's refeudalization, International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1 (2013), S. 129.

⁸ Vgl. etwa M. Loughlin, The Idea of Public Law (2004), S. 77, 80.

⁹ Verkuil, in: Outsourcing Sovereignty (2007), S. 78.

¹⁰ Kelsen, General Theory of Law and State (1961), S. 207.

¹¹ D. Kennedy, in: University of Pennsylvania Law Review 130 (1982), S. 1349, 1353.

¹² Müllejans, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht (1961), S. 9.

¹³ Überliefert in dem berühmten Gesetzeswerk des oströmischen Kaisers Justinian (*Corpus Juris Civilis*) aus dem 6. Jahrhundert. Dort findet sich die Definition sowohl in den Digesten 1.1.1.2 I, als auch in ähnlicher Form in den Institutiones 1.1.4. Zum Streit über die Echtheit der Ulpianstelle vgl. Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht (1949), S. 8 Fn. 2.

Recht. Das öffentliche Recht bezieht sich auf das Wohl des römischen Staates; das Privatrecht bezieht sich auf den Nutzen des einzelnen Bürgers. Denn einige Rechtssätze bestehen im öffentlichen Interesse, andere im Interesse der Privateute.“

Die Begriffe *ius publicum* und *ius privatum* wurden zwar bereits früher (etwa von Cicero) verwendet, jedoch ohne den späteren Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht auszudrücken.¹⁴ Erst anhand der sog. Interessentheorie *Ulpianus* sollte sich das gesamte Recht in öffentliches Recht und Privatrecht unterteilen lassen. Mit dieser nach Gegenständen ermittelten Bedeutung ist das Begriffspaar *ius publicum* und *ius privatum* in die Nachwelt eingegangen und hat den Grundstein für die noch heute in zahlreichen Rechtsordnungen vorherrschende Gliederung in öffentliches Recht und Privatrecht gelegt.¹⁵ Boehmer schließt aus dieser Textstelle, dass die römischen Rechtsgelehrten von einer schroffen Gegensätzlichkeit der beiden Rechtsgebiete ausgingen.¹⁶ von Lübtow interpretiert die Quelle in ähnlicher Weise. Er geht von einer damals bestehenden Zweigliederung aus, da er sie für „biologisch notwendig“ hält.¹⁷ Bei allein bestehendem *ius privatum* würde die „völlige Anarchie“ drohen, bei allein bestehendem *ius publicum* wäre der „Untergang aller Kultur“ und „allen Fortschrittes“ die Folge.¹⁸ Ob eine solche Gefahr tatsächlich entstünde, mag dahinstehen. Zumindest wird die dieser Ansicht zugrunde liegende Interpretation des römischen Rechts – eine strikte Zweiteilung der Rechtsbereiche – deutlich. Eine solche Interpretation des römischen Rechts findet sich auch insbesondere in anderen Texten auf europäischer Ebene.¹⁹ Öffentliches Recht und Privatrecht seien im römischen Recht „strictly divided“ bzw. „distinct“ gewesen.²⁰ Barraud etwa hat ausgeführt:

„La divisio aurait donc été consacrée il y a fort longtemps et, depuis, elle aurait toujours été un élément premier de la structure du système juridique.“²¹

¹⁴ Müllejans, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht (1961), S. 13.

¹⁵ Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 103.

¹⁶ Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch (1950), S. 171.

¹⁷ von Lübtow, DAS RÖMISCHE VOLK – Sein Staat und sein Recht – (1955), S. 621.

¹⁸ von Lübtow, DAS RÖMISCHE VOLK – Sein Staat und sein Recht – (1955), S. 621.

¹⁹ Supiot, in: International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1 (2013), S. 129; Rosenfeld, in: International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1 (2013), S. 125; Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33; P. Goodrich, in: International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 1 (2013), S. 146; B. Barraud, in: Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif, Presses Universitaires d’Aix-Marseille (2015), S. 1101.

²⁰ Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 35.

²¹ B. Barraud, in: Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif, Presses Universitaires d’Aix-Marseille (2015), S. 1101, 1109.

Die Zweiteilung wurde danach im römischen Recht begründet und bestehe im französischen Recht auch heute noch. Für Planiol bildet die aus dem römischen Recht stammende Teilung der Bereiche eine „*distinction capitale et tres usuelle*“.²²

I. Die verschiedenen Bedeutungen des Begriffspaares *ius publicum* und *ius privatum*

1. Unterscheidung nach Gegenständen

Man pflegt der oben zitierten *Ulpian*-Stelle eine Einteilung des Rechts in zwei Massen zu entnehmen: Recht, das die Angelegenheiten des Staates regelt und Recht, das die Angelegenheiten des Einzelnen regelt.²³ Bestimmt man die Bedeutung des Begriffspaares *ius publicum* und *ius privatum* in dieser Weise – also nach *Gegenständen* – regelt das *ius publicum* die Angelegenheiten des römischen Staates. Es schließt die Verfassung und die Verwaltung ein, ferner die gesamte Ordnung der Gerichtsbarkeit und damit auch das (öffentliche) Strafrecht.²⁴ Es regelt öffentliche Angelegenheiten und schützt öffentliche Interessen unter anderem dadurch, dass es private Rechte begrenzt.²⁵ Das *ius privatum* hingegen regelt die Rechtsbeziehungen privater Personen untereinander und zu Vermögensgegenständen.²⁶ Das ist der Wirkungsbereich der Privatautonomie. Nach Kaser gehören dazu alle Gegenstände der rechtlichen Individualsphäre, also neben den durch Rechtsgeschäft erworbenen Rechten auch die angeborenen und unmittelbar kraft Rechtsatzes (*ipso iure*) eintretenden Rechte, wie sie beispielsweise beim Erwerb von Todes wegen vorkommen.²⁷ Zum *ius privatum* gehören folglich Personen-, Familien-, Erb- und Vermögensrecht.²⁸ Auch das Schuld- und das Sachenrecht gehören ihm an.²⁹ Das unterscheidende Merkmal des Begriffspaares ist die *utilitas publica* bzw. die *utilitas privata*.³⁰ Mit dieser nach *Gegenständen* ermittelten Bedeutung des Begriffspaares erfolgt eine Teilung des Rechts in zwei systematisch getrennte, einander ausschließende Gebiete.

²² Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Bd. I (1922); vgl. zudem Kummer, ZgS Bd. 104 (1944), S. 29, 31.

²³ Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 103.

²⁴ Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 5.

²⁵ Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 111.

²⁶ Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 3.

²⁷ Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 104.

²⁸ Kaser/Knütel/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 5.

²⁹ Meincke, *Römisches Privatrecht*, 4. Aufl. (2021), S. 39.

³⁰ von Lübtow, *DAS RÖMISCHE VOLK – Sein Staat und sein Recht* – (1955), S. 619.

2. Unterscheidung nach Entstehungsgründen

Daneben steht eine andere Unterscheidungsmethode, welche nach den *Entstehungsgründen* unterscheidet.³¹ Danach ist *ius publicum* das gesamte vom Staat in seinen Gesetzen geschaffene Recht oder zumindest das als allgemeinverbindlich anerkannte Recht.³² Es umfasst die gesamte „objektive“ Rechtsordnung.³³ Nach dieser Vorstellung dient die gesamte Rechtsordnung dem allgemeinen Nutzen, also der *utilitas publica*.³⁴ Das *ius publicum* umfasst danach auch das Privatrecht.³⁵ Als Beleg für diese Auffassung wird zumeist auf den Satz *Papiniens* aus D. 28, 1, 3 verwiesen nach welchem: „*Testamenti factio non privati, sed publici iuris est.*“³⁶ „Die Grenzen der Testierfähigkeit sind Gegenstand öffentlichen Interesses und darum der Verfügung des Einzelnen entzogen.“ Das *ius privatum* ist in nach diesem Verständnis in das *ius publicum* „eingebettet“³⁷ bzw. darin enthalten.³⁸ Unter *ius privatum* versteht auch diese Ansicht den Inbegriff solcher Rechte, die den Zwecken des Einzelnen dienen und ihm eine Gestaltungsfreiheit in seinen privaten Angelegenheiten eröffnen (Privatautonomie).³⁹ *Müllejans* kommt dagegen, bei Zugrundelegung dieser Unterscheidung nach *Entstehungsgründen*, hinsichtlich des *ius privatum* zu einem anderen Schluss. Wenn *ius publicum* und *ius privatum* im Gegensatz zueinander stünden und *ius publicum* alles vom Staat ausgehende Recht sei, so folge daraus, dass unter *ius privatum* das nicht vom Staat ausgehende Recht („außerstaatliches Recht“) zu verstehen sei.⁴⁰ Diese von *Ehrlich* begründete Lehre gilt inzwischen allerdings als überholt, seine Belege Cic. de rep. 1. 3 (*bene constitutae civitati publico iure et moribus*) beweisen nicht für ihn.⁴¹ Sieht man folglich von der letztgenannten Interpretation ab, decken sich die Bedeutungen des Begriffspaares für

³¹ Vgl. zum Ganzen *Kaser*, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 103; *ders.*, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 3.

³² *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 6.

³³ *Kaser*, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 4.

³⁴ Diese weitreichende Bedeutung des *ius publicum* gründet auf der nach griechischen Vorstellungen entwickelten Lehre *Ciceros*, vgl. *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 6.

³⁵ *Kaser*, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 4.

³⁶ *Kaser*, in: FS für Franz Wieacker (1978), 90, S. 104; *Kummer*, in: ZgS Bd. 104 (1944), S. 29, 32; *Müllejans*, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht (1961), S. 31.

³⁷ von *Lübtow*, DAS RÖMISCHE VOLK – Sein Staat und sein Recht – S. 620.

³⁸ *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 6; *Kaser*, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 4.

³⁹ *Kaser*, in: FS für Franz Wieacker (1978), 90, S. 104; von *Lübtow*, DAS RÖMISCHE VOLK – Sein Staat und sein Recht – (1955), S. 618 f.

⁴⁰ *Müllejans*, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht (1961), S. 33.

⁴¹ So zumindest *Kaser*, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 3 f.

den Bereich des *ius publicum* als Recht der staatlichen Sphäre.⁴² Sowohl nach *Entstehungsgründen* als auch nach *Gegenständen* liegt insoweit „öffentliche“ Recht vor. Der Unterschied wird jedoch im Bereich des *ius privatum* deutlich, wenn ein Rechtssatz nach seinem *Gegenstand* zum *ius privatum* gehört, er als allgemeinverbindlich staatlich gesetztes Recht nach seiner *Herkunft* dagegen *ius publicum* darstellt.⁴³ Die scharfe Antithese, die man diesen beiden Bedeutungspaaren zugrunde legt, beruht laut Kaser allerdings auf unseren modernen von Begrifflichkeiten geprägten Systemvorstellungen, die den Römern nach seiner Ansicht noch fremd waren.⁴⁴ Mache man sich davon frei so ließen sich die beiden Bedeutungspaare in einer den Quellen entsprechenden Weise auf einen Nenner zu bringen.⁴⁵ Für die vorliegende Arbeit ist allein entscheidend, dass beiden Interpretationen des Begriffspaares zumindest der Idee nach eine Gegensätzlichkeit der Rechtsbereiche zugrunde liegt.

3. Die Unabdingbarkeitsklausel

Eine weitere mögliche Bedeutung des Begriffspaares findet sich bei den klassischen Juristen, wonach *ius publicum* alles zwingende Recht darstellt und *ius privatum* spiegelbildlich dazu alles dispositive Recht.⁴⁶ Diese Interpretation geht auf Papinian und dessen Regel „*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*“ zurück.⁴⁷ Doch auch diese Textstelle wird verschiedentlich interpretiert. Kaser versucht diese Unabdingbarkeitsklausel mit der oben betrachteten Bedeutung von *ius publicum* als alles vom Staat ausgehende Recht in Einklang zu bringen. Er schließt aus dem Satz Papinians, dass die Unabdingbarkeitsklausel auf die ganze Rechtsordnung angewandt wird. Da aber im Bereich des „öffentlichen“ Rechts eine Derogierung durch Private ohnehin undenkbar sei, werde die Unabdingbarkeitsklausel letztlich nur im „Privatrecht“ relevant.⁴⁸ Die Textstelle kann ferner dahingehend interpretiert werden, dass die Klausel nur auf Rechtsregeln von besonderem öffentlichen Interesse gemünzt ist.⁴⁹ Bei unabdingbarem *ius publicum* sind immer

⁴² Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 4 f.

⁴³ Auf diese zwiespältige Erscheinung des Begriffspaares geht Kaser ausführlich in seinem Aufsatz in: ZRG RA 103 (1986), S. 1 ff. ein. Er geht schließlich – von einigen Ausnahmen abgesehen – von der Unterscheidung nach *Gegenständen* aus, die nach seiner Ansicht bis in die Gegenwart nachwirkt.

⁴⁴ Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 103.

⁴⁵ Siehe dazu Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 103 f.

⁴⁶ Müllejans, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht (1961), S. 24; Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 108.

⁴⁷ Papinian, D. 2,14, 38; vgl. dazu von Lübtow, DAS RÖMISCHE VOLK – Sein Staat und sein Recht – (1955), S. 619; Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 7; Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 75; Müllejans, Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht (1961), S. 24.

⁴⁸ Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 100.

⁴⁹ So Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. (2021), § 3 Rn. 7.

öffentliche Interessen betroffen. Der staatliche Rechtssatz ist dann (nur) in diesen Fällen zwingendes Recht. Geht man dagegen trotz dieser Bedenken davon aus, dass alles *ius publicum* zwingend ist, folgt daraus abermals eine Einteilung des „*ius*“ in zwei strikt getrennte einander ausschließende Gebiete; in diesem Fall zwingendes und dispositives Recht.

4. Zwischenfazit

Für die vorliegende Arbeit ist zunächst festzuhalten, dass alle bisher dargestellten Ansichten von einer ursprünglichen Zweiteilung des „öffentlichen“ und „privaten“ Rechts ausgingen, wenn auch mit graduellen Unterschieden. Das ist im Einklang mit der hier aufgestellten These – Privatrecht und öffentliches Recht sind nicht länger zweigeteilt – welche von einer ursprünglichen Zweiteilung der Bereiche ausgeht. Kaser gibt zwar zu bedenken, dass sich die Zweiteilung von *ius publicum* und *ius privatum* nicht auf eine systematische Gliederung des Rechtsstoffes zurückführen lasse, die der heutigen entspräche.⁵⁰ Dennoch ist er der Ansicht, dass man besonders für den Unterricht an der Unterscheidung von *ius publicum* und *ius privatum* festgehalten habe.⁵¹ Die in Ulp. D. 1.1.1.2 konservierte Antithese wirke demnach bis in die Gegenwart nach.

5. Fehlende Unterscheidung im römischen Recht?

Wie bereits einleitend angedeutet, wird eine Zweiteilung im römischen Recht teilweise gänzlich bestritten.⁵² Die zitierte *Ulpian*-Stelle sei lediglich als Begriffs-schema zu verstehen und hatte weder bei ihm noch sonst im römischen Recht die Bedeutung einer durchgehenden Trennung.⁵³ Die fallbezogene Rechtsmethode der römischen Juristen passte nicht mit einem solchen systematischen Trennungsdenken zusammen. Solche Einwände werden zumeist erhoben, da sich die Vorstellungen der römischen Juristen von unserem heutigen Systemverständnis stark unterschieden haben sollen.⁵⁴ Zum Teil wird auch auf die oben zitierte *Papinian*-Stelle in D. 28,1,3 „*Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*“ verwiesen, die gegen eine Zweiteilung spreche.⁵⁵ Nach dieser Ansicht bemühten sich die römischen Juristen folglich nicht um eine Rechtsdarstellung auf der Grundlage der Unterscheidung des

⁵⁰ Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 111.

⁵¹ Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 101.

⁵² Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 13 f., 16; Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auf-fangordnungen (1996), S. 41; Kummer, in: ZgS Bd. 104 (1944), S. 29, 32; in Teilen kann man auch Kaser dahingehend verstehen, vgl. Kaser, in: FS für Franz Wieacker (1978), S. 90, 111.

⁵³ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 16.

⁵⁴ Bydlinski, in: AcP Bd. 194 (1994), S. 319, 322.

⁵⁵ Kummer, in: ZgS Bd. 104 (1944), S. 29, 32.

ius publicum vom *ius privatum*. Diese Trennung – die nicht Realität, sondern nur ein gedankliches Konstrukt sei – vollziehe sich erst in den Umschichtungsprozessen der juristischen Sprachwelt der frühen Neuzeit und des 19. Jahrhunderts.⁵⁶

Zumindest in der Frühzeit des römischen Volkslebens waren die öffentlichen und privaten Elemente des Rechts zu einer ungeklärten Einheit vermengt.⁵⁷ Zu dieser Zeit bestand allerdings auch noch keine staatsähnliche Struktur. Der „Staat“ war lediglich ein Überbau über den auf Familienverbundenheit ruhenden *Geschlechtern* (den sog. *gentes*).⁵⁸ Die Teilnahme am öffentlichen Leben des *populus romanus* war mit dem Privatleben an Haus und Hof untrennbar verknüpft.⁵⁹ Mit der Zwölftafelgesetzgebung (etwa 450 v. Chr.) entstand das Bedürfnis nach Abgrenzung der privaten Rechtsphäre von der öffentlichen Gewalt.⁶⁰ Das Begriffspaar *ius publicum* und *ius privatum* wurde erst von Cicero (geb. 03.01.106 v. Chr.; gest. 07.12.43 v. Chr.) wiederholt gebraucht, wobei dieser (unstreitig) noch nicht den späteren Gegensatz der Rechtsbereiche ausdrücken wollte.⁶¹ Bei ihm stand das von Staats wegen geltende Recht (*ius publicum*) im Zentrum, das *ius privatum* wird hingegen nur als Wissensgebiet bestimmter Rechtskennner erwähnt.⁶²

Die begriffliche Scheidung in „öffentlichtes“ und „privates“ Recht geht ideengeschichtlich erst auf die besprochene Ulpianstelle in D. 1,1,1,2 zurück.⁶³ Auf diese Stelle wird sich bei der Frage nach der Einteilung in öffentliches und privates Recht noch Jahrhunderte später berufen. Zumindest *prima vista* lässt sich aus ihr eine Einteilung des Rechtsstoffes entnehmen. Ob sie darüber hinaus für Systemzwecke geeignet ist, kann zumindest bezweifelt werden. Durch die prominente Erwähnung des Begriffspaares in seiner Einführungsschrift – in der *Ulpian* die jungen Rechtsgelehrten erstmals mit dem Rechtsstoff in Berührung bringt – wird jedenfalls deutlich, dass ihm die unterschiedlichen Funktionen der beiden „Bereiche“ des Rechts besonders bemerkenswert erschienen.

⁵⁶ Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 42.

⁵⁷ Kummer, in: ZgS Bd. 104 (1944), S. 29, 32; vgl. Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch* (1950), S. 169.

⁵⁸ Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch* (1950), S. 169.

⁵⁹ Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch* (1950), S. 170.

⁶⁰ Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch* (1950), S. 170.

⁶¹ Müllejans, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht* (1961), S. 13; Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 54 ff.

⁶² Siehe dazu Kaser, in: ZRG RA 103 (1986), S. 1, 58.

⁶³ Müllejans, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht* (1961), S. 16.

II. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann man feststellen, dass zumindest Einigkeit darüber besteht, dass unsere Gliederung des Rechtsstoffes in öffentliches und privates Recht dem römischen Recht entstammt. Umstritten ist bloß, ob damals eine Zweiteilung im Sinne eines rechtsgrundsätzlichen Gegensatzes zwischen *ius publicum* und *ius privatum* bestand, oder ob diese Interpretation erst von Anhängern der Zweiteilungslehre im 18. und 19. Jahrhundert propagiert wurde (dazu sogleich). Wie gesehen ist die zitierte *Ulpian*-Stelle der Ausgangspunkt. Sie hat das Begriffspaar *ius publicum* und *ius privatum* berühmt gemacht. Davon ausgehend werden die Bedeutungen des Begriffspaares verschieden interpretiert. Damit gehen auch verschiedene Deutungen des Verhältnisses zwischen den beiden Rechtsbereichen einher. Mit der eingangs aufgestellten These war zunächst zu untersuchen, ob sich öffentliches und privates Recht ursprünglich dichotom gegenüberstanden. Das ließ sich in Bezug auf das römische Recht nicht eindeutig belegen. Die These könnte sich jedoch bei einem Blick auf die weitere Historie bewahrheiten. Im frühen 19. Jahrhundert wurden Stimmen lauter, die in Deutschland eine durchgehende Zweiteilung des Rechts forderten.

B. Die Zweiteilung im deutschen Recht des 18. und 19. Jahrhunderts

Nach dem Ende des römischen Reiches wurde der Zweiteilung zunächst wenig Gewicht beigelegt.⁶⁴ Im Mittelalter und später im 14. und 15. Jahrhundert war dem deutschen Recht die Vorstellung einer strikten Zweiteilung in öffentliches und privates Recht fremd.⁶⁵ Im Verlauf des 17. Jahrhunderts wurden zumindest an den Universitäten erste Lehrstühle für „öffentliche Recht“ eingerichtet. Doch auch zu diesem Zeitpunkt war damit noch nicht die Vorstellung einer durchgehenden Trennung der Rechtsbereiche verbunden. Der Anfang einer neuen Entwicklung war bei John Locke (1632–1704) zu beobachten, der bereits die Idee einer staatsfreien Privatsphäre formulierte, allerdings noch ohne Auswirkungen auf die Rechtsordnung. Erst mit der sich im frühen 18. Jahrhundert verstärkenden Kritik am Absolutismus traten die Bereiche staatlicher Befehlsgewalt und privater Entfaltungsfreiheit dann immer deutlicher auseinander.⁶⁶ Die als absolut gedachte monarchische Staatsgewalt sollte aus ihren feudalrechtlichen patrimonialen Bindungen gelöst werden.⁶⁷ Die Gesellschaft des *Ancien régime* war noch ständisch gestuft und von

⁶⁴ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 16.

⁶⁵ Schneider, in: Ruffert (Hrsg.), The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation? (2009), S. 85, 86; Bullinger, in: FS Rittner (1991), S. 69, 70.

⁶⁶ Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 55.

⁶⁷ Bullinger, in: FS Rittner (1991), S. 69, 72.

vielen rechtlichen Unfreiheiten durchsetzt.⁶⁸ Für viele Rechtsbeziehungen war das Verhältnis der Über- und Untordnung kennzeichnend. Die durch die Französische Revolution bewirkten gesellschaftlichen Änderungen führten zu einem Siegeszug des Privatrechts. In der Zivilrechtslehre entwickelte sich eine Ideologie des Privatrechts als ein Bereich individueller und gesellschaftlicher Freiheit, dem das öffentliche Recht als der Bereich des staatlichen Befehls und Zwangs gegenüberstand.⁶⁹ Damit wurde die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht zu einer „apriorischen“ wesensmäßigen Trennung stilisiert.⁷⁰ So erklärte Otto v. Gierke, der „scharfe, grundsätzliche Gegensatz“ zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sei unantastbar.⁷¹ Bullinger erläutert später, dass es dabei nicht nur um eine rein technische juristische Abgrenzung ging, sondern um gegensätzliche Wertungen.⁷² Wie Gut und Böse waren Eigennutz und Gemeinnutz, Freiheit und staatlicher Zwang bzw. Freiheit der individuellen Persönlichkeit und Vergesellschaftung entgegengesetzte Werte, die mit den Begriffen öffentliches und privates Recht verbunden wurden. Privatrecht und öffentliches Recht wurden damit zu Gegensatzmodellen für verschiedene rechtliche und gesellschaftliche Grundanschauungen.⁷³

Das Privatrecht wurde dabei von der ökonomischen und politischen Bürgerwelt – dem Wunsch nach Entpolitisierung der Privatsphäre entsprechend – als „staatsfreier“ schützenswerter Raum verstanden.⁷⁴ Die allgemeinen Grundsätze des Privatrechts – etwa die Vertragsfreiheit – wurden zu Beginn des 19. Jahrhunderts zum rechtspolitischen Postulat.⁷⁵ Das führte gar dazu, dass das Privatrecht als Verfassung der Gesellschaft angesehen wurde.⁷⁶ Das Privatrecht schien heutige verfassungsrechtliche Versprechen wie die Freiheit und Gleichheit aller Bürger sowie ein Maximum an Selbstbestimmung zu gewährleisten. Privatrecht wurde oftmals mit Freiheit gleichgesetzt.⁷⁷ Wichtiger Hintergrund für den Übergang zu einer Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht war demnach die fortschreitende Distanzierung von Gesellschaft und Staat.⁷⁸ Franz Böhm hat diesen gesellschaftsverändernden

⁶⁸ Zöllner, JuS 1988, S. 329, 330.

⁶⁹ Zöllner, JuS 1988, S. 329, 330.

⁷⁰ Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 57.

⁷¹ Otto v. Gierke, in: Erik Wolf (Hrsg.), Quellenbuch, S. 478 f., 485.

⁷² Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 56.

⁷³ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 56.

⁷⁴ Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 57.

⁷⁵ Bullinger, in: FS Rittner (1991), S. 69, 74.

⁷⁶ Vgl. Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33; Wielsch, in: 10 European Review of Contract Law (2014), S. 365, 374; ders., in: AcP 213 (2013), S. 718, 720 f.

⁷⁷ Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 55.

⁷⁸ So Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 55; ebenso Schneider, in: Ruffert

Vorgang als Umwandlung der vorrevolutionären Gesellschaft in eine „Privatrechtsgesellschaft“ charakterisiert.⁷⁹

I. Strikte Trennung der Bereiche in der „Privatrechtsgesellschaft“

Ein großes Ziel der Französischen Revolution war die Abschaffung der Standesrechte und Standesunterschiede bzw. die Beendigung der Feudal- und Privilegiengesellschaft. Das führte alsbald zu der Frage welche Gesellschaftsform an die Stelle dieser „alten Gesellschaft“ treten sollte. Dieser Frage ist Franz Böhm mit seinem Modell der Privatrechtsgesellschaft nachgegangen.

1. Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft nach *Franz Böhm*

Die Grundannahme Böhms war es, dass an die Stelle der „alten Gesellschaft“ eine Gesellschaft von Gleichberechtigten treten müsse. Er war der Ansicht, dass überall dort wo eine herrschaftlich oder durch Privilegien geregelte Sonderrechtsbeziehung erlischt „nicht etwa ein soziales oder rechtliches Vakuum entsteh[e], sondern daß vielmehr ohne weiteres und ganz automatisch das Privatrecht in die Lücke einspring[e].⁸⁰ So verstanden wurde das Privatrecht zur Gesellschaftsordnung oder eben zur Verfassung dieser „Gesellschaft“.⁸¹ Damit war das Privatrecht „das eigentliche Verfassungsrecht der Liberalen Wirtschaftsgesellschaft“ und hatte eine „Führungsrolle für die gesamte Rechtsordnung“ inne.⁸² Manche verstehen das Privatrecht noch heute als echte Verfassung, so beschreibt Jean Carbonnier den französischen Code civil als „la véritable constitution politique de la France“.⁸³ Zwar bildete das Privatrecht auch vorher in der alten „Feudalgesellschaft“ einen Teil der Gesellschaftsordnung aber konnte eben nur eingreifen, wenn die Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft ausnahmsweise nicht ständerechtlich geordnet waren, d. h. immer dann, wenn sie sich gleichberechtigt und im Besitz einer gewissen Dispositionsfreiheit begegneten.⁸⁴ Nach Böhm nahm das Privatrecht zu dieser Zeit also lediglich die Funktion eines „Lückenbüßers“ ein.⁸⁵ Es war damit schon immer ein Bestandteil der Gesellschaftsordnung, fungierte aber gerade noch

(Hrsg.), The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation? (2009), S. 85, 87; zudem Brunner, Land und Herrschaft (1970), S. 123 f.; Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987), S. 84 ff.

⁷⁹ Böhm, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 75.

⁸⁰ Böhm, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 75.

⁸¹ Wielsch, in: AcP 213 (2013), S. 718, 720 f.; ders., in: ERCL (2014), 10 (3), S. 365, 374.

⁸² Götz, in: Heyde/Starck (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte (1990), S. 35 ff.

⁸³ J. Carbonnier, in: P. Norra (Hrsg.), Les lieux memoire, Vol. 2 (1986), S. 293, 309.

⁸⁴ Böhm, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 76.

⁸⁵ Böhm, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 76; Wielsch, in: AcP 213 (2013), S. 718, 722.

nicht als ebendiese. Aufgrund des existierenden Privatrechts war allerdings – zumindest nach der Ansicht Böhms – mit der Abschaffung aller Standesunterschiede, Abhängigkeitsverhältnisse und Berufsprivilegien nicht das Risiko eines Sprungs ins Leere, völlig Ungeordnete verbunden. Denn die Ordnung dieser neuen Gesellschaft war mit dem Privatrecht bereits vorhanden. Es konnte von nun an – so die Annahme – als *Magna Charta* einer freien Gesellschaft fungieren.⁸⁶ Damit änderte sich die Funktion des Privatrechts, das jetzt die Gesellschaft in all ihren Verzweigungen ordnen sollte.⁸⁷ Das politische Postulat gleicher Rechte für alle sollte eingelöst werden, indem jedem Einzelnen der Status einer Person des Privatrechts zuerkannt wurde.⁸⁸ Die Privatrechtsordnung wurde zur Gesellschaftsordnung erhoben und dem Privatrecht wurde die Steuerung „einer Gesellschaft von frei und autonom planenden Individuen anvertraut“.⁸⁹ Diese Veränderung beschreibt Henry Sumner Maine in seinen berühmten Worten als eine Bewegung der progressiven Gesellschaften „vom Status zum Vertrag“ („moving from status to contract“).⁹⁰ Max Weber bezeichnet diese Entwicklung als „Kontraktgesellschaften“ und stellt die Vertragsfreiheit in deren Mittelpunkt.⁹¹ Die wesentlichen Merkmale der Privatrechtsgesellschaft sind nach alledem die Gleichberechtigung aller Mitglieder der Gesellschaft, die Gewährleistung des Eigentums und der Privatautonomie, insbesondere der Vertragsfreiheit.⁹²

2. Die „heutige“ Privatrechtsgesellschaft

Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft ist auch in jüngerer Zeit immer wieder aufgegriffen und vertieft worden.⁹³ Anlass dazu haben primär- und sekundärrechtliche Vorgaben des Unionsrechts gegeben. Die heutige Privatrechtsgesellschaft muss sich also insbesondere mit den unionsrechtlichen Vorgaben und deren mitgliedstaatlicher Umsetzung auseinandersetzen. Riesenhuber hat in Bezug auf die primärrechtliche Ebene festgestellt, dass der EG-Vertrag in seiner ursprünglichen Fassung (heute AEUV) geradezu als Verfassung der Privatrechtsgesellschaft ange-

⁸⁶ Vom Privatrecht als *Magna Charta* spricht auch *R. Sohm*, Zitat nach *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB Bd. I (1899), S. 905, 909.

⁸⁷ *Böhm*, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 76.

⁸⁸ *Wielisch*, in: AcP 213 (2013), S. 718, 722.

⁸⁹ *Wielisch*, in: AcP 213 (2013), S. 718, 722; vgl. ferner *Böhm*, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 78 f.

⁹⁰ *H. Sumner Maine*, Ancient Law (1861), Kap. V, S. 170; vgl. auch die Übersetzung von *Dahle* (Hrsg.), Das alte Recht (1997), S. 114.

⁹¹ *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. rev. Aufl. (2002), Teil 2, Kap. VII, S. 453 f.

⁹² Vgl. *E. Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), § 8, S. 207, 209.

⁹³ Vgl. etwa *Canaris*, in: FS-Lerche (1993), S. 873; *Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer Privatrechtsgesellschaft (1994); vgl. zudem die einzelnen Beiträge in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009).

sehen werden kann.⁹⁴ Das dort enthaltene Wettbewerbsrecht gewährleistet eine „offene Marktwirtschaft“ durch unverfälschten Wettbewerb. Von der Rechtsprechung des EuGH können hingegen Bedrohungen für die Privatrechtsgesellschaft ausgehen, etwa durch die Etablierung der unmittelbaren Drittirkung der Grundfreiheiten.⁹⁵ Eine Etablierung der unmittelbaren Drittirkung (auch der Grundrechte) wird daher als Gefahr wahrgenommen, die „das Ende der Privatrechtsgesellschaft“ nach sich ziehen kann.⁹⁶ Anhänger der Privatrechtsgesellschaft befürworten mittelbare Drittirkungsansätze wie die Schutzpflichtenlehre (zu den Drittirkungskonstruktionen vgl. unten § 3).⁹⁷ Eine Gefahr für die Privatrechtsgesellschaft kann auch vom europäischen Gesetzgeber ausgehen, auch dieser greift oftmals in Privatrechtsgesellschaft und seine Grundprinzipien ein.⁹⁸ Problematisch sind dahingehend die Regelungen des Verbraucherschutzes sowie die Diskriminierungsverbote im Privatrecht.⁹⁹ Gleiches gilt für den nationalen Gesetzgeber, wenn er die europarechtlichen Vorgaben umsetzt. So geriet etwa die Umsetzung der Benachteiligungsverbote im nationalen Recht – in Form des AGG – stark in die Kritik:

„Als Raum einer freien Privatrechtsgesellschaft, die sich durch die Autonomie ihrer Mitglieder definiert, wird dieses Land freilich nicht mehr viele Gesetze verkraften, die man nach solchen makabren legislatorischen Maßstäben durchwinkt.“¹⁰⁰

Zöllner hat mit Blick auf aktuelle Entwicklungen deutlich gemacht, dass im geltenden Recht von dem Modell der Privatrechtsgesellschaft mehr und mehr Abstand genommen wird.¹⁰¹ Die Vorgaben im Arbeitsrecht (etwa Mindestkündigungsschutz), im Mietrecht (eigentumsähnlicher Schutz des Mieters), im Verbraucherschutz sowie die AGB-Kontrolle lassen für die Vertragsfreiheit wenig Raum. In der Darstellung Zöllners wird der Wunsch nach der Trennung der Rechtsbereiche besonders deutlich. Er plädiert dafür den Begriff der Privatrechtsgesellschaft unmittelbar vom Privatrecht her zu bestimmen.¹⁰² Es gehe um eine Gesellschaft, „die ihre Angelegenheiten tunlichst unmittelbar selbst regelt, indem die zwischen ihren Mitgliedern für deren jeweilige konkrete Beziehungen geltenden Regeln von diesen Mitgliedern entweder selbst erzeugt oder doch von ihnen in Geltung gesetzt werden, beides jeweils durch Konsens“. Die Privatrechtsgesellschaft steht also für die ma-

⁹⁴ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 12.

⁹⁵ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 15 ff.

⁹⁶ Kluth, in: AÖR 122 (1997), S. 557, 581; Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 16.

⁹⁷ Vgl. etwa Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 631.

⁹⁸ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 12.

⁹⁹ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 18 ff.

¹⁰⁰ Riesenhuber, Vorwort, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), Vorwort. Das Zitat stammt von E. Picker.

¹⁰¹ Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 61.

¹⁰² Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 59.

ximale Selbstbestimmung des Einzelnen.¹⁰³ Aus diesem Grund plädiert Zöllner dafür, nicht die Grundrechte zu instrumentalisieren – ob nun vermittelt oder direkt – um vertragliche Abreden zu begrenzen.¹⁰⁴ In diesem Zusammenhang wird er sehr deutlich:

„Die Privatrechtler, eine feige Bande, sind vor den Verfassungsrechtler zurückgewichen oder gar zu ihnen desertiert, statt bei der klaren und richtigen Position zu bleiben, dass die Grundrechte für die Privatautonomie nicht gelten, auch nicht mittelbar.“¹⁰⁵

Der Wunsch nach einer autonomen Sphäre des Privatrechts und damit nach einer strikten Trennung der Rechtsbereiche ist in dieser Aussage besonders gut zu erkennen. Aus heutiger Sicht ist eine strikte Trennung der Rechtsbereiche fernliegend. Hinter die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur „Ausstrahlung“ der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse führt kein Weg zurück (vgl. dazu § 3). Heute kann das Modell der Privatrechtsgesellschaft eher als „programmatisches Leitbild“ verstanden werden, welches in den Bereichen des allgemeinen Vertragsrechts sowie etwa im Arbeitsrecht¹⁰⁶ oder im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht¹⁰⁷ die Vertragsfreiheit schützen soll und weiterhin ein Stückchen Selbstregelung der Rechtsbeziehungen durch die Rechtsunterworfenen abzusichern versucht.

3. Der gesellschaftliche Wandel als Ausgangspunkt für die strikte Trennung der Rechtsbereiche

Die ursprüngliche Idee der Privatrechtsgesellschaft geht auf verschiedene damalige Staatsaufassungen zurück. So kommt es zum Beispiel in Lockes Theorie der „Civil Society“ zu einer Umkehrung der absolutistischen Rangordnung. Private Berechtigungen sollen dem Einzelnen bereits im Naturzustand zukommen und staatlicher Disposition entzogen sein. Der Staat soll nur noch die als „property“ bezeichneten Grundgüter „life, liberty, and estate“ gewährleisten. Die staatliche Macht ist auf diesen vorgegebenen Zweck begrenzt.¹⁰⁸ Der Staat soll folglich das gesellschaftliche Leben nur schützen und erleichtern. Dennoch kann auch eine solche Privatrechtsgesellschaft nicht ohne Obrigkeit auskommen.¹⁰⁹ Sie bedarf einer Mitwirkung politischer Herrschaftsfunktion – wenn auch nur in begrenztem Um-

¹⁰³ Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 61 f.; Riesenhuber spricht in diesem Zusammenhang von dem Prinzip der Selbstverantwortung, vgl. Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 9 ff.

¹⁰⁴ Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 65.

¹⁰⁵ Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 65.

¹⁰⁶ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 30 m. w.N.; Richardi, in: Lompe (Hrsg.), Reform der Mitbestimmung (1988), S. 9, 25.

¹⁰⁷ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 30 f. m. w.N.; vgl. die Beiträge in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.), ZGR-Sonderheft, 13 (1998).

¹⁰⁸ Wielisch, in: AcP 213 (2013), S. 718, 722.

¹⁰⁹ Böhm, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 86.

fang – damit die Privatrechtsordnung die Pläne aller ihrer Mitglieder systemgerecht koordinieren kann.¹¹⁰ Dem Staat werden also nur bescheidene für die Systemerhaltung zentrale Aufgaben zugewiesen.¹¹¹ Dafür ist das Bild des sogenannten liberalen „Nachtwächterstaates“ geprägt worden.¹¹² Die Privatrechtsgesellschaft benötigt den Staat lediglich als Nachtwächter, im übrigen werden die Pläne ihrer Mitglieder aber mit Hilfe des Privatrechts gelenkt. Staatliche Einrichtungen sollen das Handeln freier autonomer Menschen in einer Wiese aufeinander abstimmen und somit „mittelbar lenken“,¹¹³ dass die Gesellschaft aus sich heraus in der Lage ist zu Wohlstand und Gerechtigkeit zu gelangen.¹¹⁴ Die Aufgabe des Staates ist es etwa einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten.¹¹⁵

Anhand des gesellschaftlichen Wandels lässt sich der plötzliche Wunsch nach einem strikt getrennten Privatrecht besser nachvollziehen. Während in der feudalen Gesellschaftsordnung „das Private nur negativ vom Öffentlichen her definiert wurde, [wurde] jetzt umgekehrt das Öffentliche vom Privaten her bestimmt“.¹¹⁶ Das öffentliche Recht wurde überspitzt formuliert zum Feindbild einer freien Gesellschaft stilisiert, mit seinem Begriff wurden Freiheitsbeschränkungen verbunden. Das formulierte Ziel war damit die „apriorische“ Unterscheidung der Rechtsbereiche. Der scharfe Trennungsstrich entsprach jedenfalls den Bedürfnissen der dominierenden Privatrechtswissenschaft und dem Wunsch nach Entpolitisierung der Privatsphäre.¹¹⁷ In jüngerer Zeit wurde jedoch immer wieder darauf hingewiesen, dass Privatrechtsgesellschaft und Sozialstaat nicht prinzipiell unvereinbar seien.¹¹⁸ Man könnte sagen die „heutige“ Privatrechtsgesellschaft ist gegenüber den „Eingriffen“ des Sozialstaates zunehmend offener.

4. Zwischenergebnis

Zusammengefasst lässt sich konstatieren, dass das Modell einer Privatrechtsgesellschaft zu einer Übernahme von heutigen verfassungsrechtlichen (Freiheits-) Versprechen durch das Privatrecht führen sollte und diesem so zu einem gesamtgesellschaftlichen Rang verhalf. Die scharfe Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht war zwar dessen Resultat aber letztlich nur eine Nebenwirkung. Die

¹¹⁰ *Böhm*, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 86.

¹¹¹ Vgl. *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 6.

¹¹² *Böhm*, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 87.

¹¹³ *Böhm*, in: ORDO 17 (1966), S. 75, 88.

¹¹⁴ *Wielisch*, in: AcP 213 (2013), S. 718, 721.

¹¹⁵ Vgl. *W.-H. Roth*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 175.

¹¹⁶ *Wielisch*, in: AcP 213 (2013), S. 718, 721.

¹¹⁷ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Asmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 57.

¹¹⁸ Vgl. *Canaris*, in: FS-Lerche (1993), S. 873, 880f.; *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 6; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (1999), S. 1, 150f.

Opposition gegen den Absolutismus gab dem Privatrecht genug antistaatliche Energien um sich als politikfreie Sphäre vom öffentlichen Recht abzugrenzen.¹¹⁹ Ziel war es eine maximale individuelle Freiheit und Gleichheit der Bürger zu gewährleisten nachdem die Standesunterschiede abgeschafft waren. Das Modell der Privatrechtsgesellschaft wurde jedoch zunehmend aufgeweicht. Die Kritiker mahnten an, dass die liberale Freiheitsidee die Gefahr sozialer Ungleichheit in sich trage.¹²⁰ So führe etwa das formale Recht eines Arbeitnehmers einen Arbeitsvertrag nach jedem beliebigen Inhalt mit jedem beliebigen Arbeitgeber abzuschließen praktisch nicht zur kleinsten Freiheit in der eigenen Gestaltung der Arbeitsbedingungen und garantiere ihm auch keinen Einfluss darauf.¹²¹ Die „heutige“ Privatrechtsgesellschaft hat wie gesehen programmatischen Charakter, das Ziel einer apriorische Trennung der Rechtsbereiche wird nicht mehr ernsthaft verfolgt.

II. Relativierung der Zweiteilungslehre

Die Phase des Liberalismus endete mit der Entfaltung des Interventionsstaates. Damit deutete sich der erste Wandel der Zweiteilungslehre an. Die Rechtsbereiche wurden ab 1878 zunehmend vermischt.¹²² Erstmals wurde vermehrt die soziale Aufgabe des Zivilrechts diskutiert. So forderte Otto v. Gierke für das zu schaffende Bürgerliche Gesetzbuch, dass ein „Tropfen sozialistischen Öles durchsickern“ müsse.¹²³ Nach seiner Auffassung durfte das Privatrecht nicht in seiner rein liberalen Grundhaltung verharren, sondern sich auch gegenüber sozialen Zwecksetzungen öffnen, um in der entstehenden Industriegesellschaft überlebensfähig zu bleiben. Seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts verlor der Gedanke eines Privatrechts als vorstaatliche Ordnung daher zunehmend an Überzeugungskraft.¹²⁴ Es folgte eine Öffnung des bis dahin als geschlossen gedachten Zivilrechtssystems. Insbesondere das Kriegsverwaltungsrecht des Ersten Weltkrieges führte zu einer Vermischung von

¹¹⁹ Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 57.

¹²⁰ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. rev. Aufl. (2002), Teil 2, Kap. VII, S. 453; Wielsch, in: AcP 213 (2013), S. 718, 729 m. w. N.

¹²¹ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. rev. Aufl. (2002), Teil 2, Kap. VII, S. 453.

¹²² Stolleis, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 58.

¹²³ Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), S. 13; dem hält Zöllner entgegen, dass diese soziale Rolle des Privatrechts ebenfalls mit Gefahren verbunden sei. Im konkreten Fall könne der einzelne Vertragspartner begünstigt sein, für die Gesamtgruppe der abstrakt Geschützten wirkten sich Beschränkungen der Vertragsfreiheit jedoch negativ aus. Mieterschutz vermindere den Wohnungsbau; Kündigungsschutz wirke sich negativ auf die Zahl der angebotenen Arbeitsplätze aus etc. Das Schutzbefürfnis sei gewiss oft ein soziales, aber seine Erfüllung mit Mitteln des Privatrechts zeige unsoziale Wirkungen, vgl. Zöllner, JuS 1988, S. 329, 335 ff.

¹²⁴ Maultzsch, JZ 2012, S. 1040, 1042.

Privat- und Verwaltungsrecht, in einer für den Liberalismus unvorstellbaren Weise. Stolleis beschreibt den Prozess als ein Zusammenrücken von Staat und Gesellschaft.¹²⁵ Das werde vor allem durch den Übergang zur Republik deutlich. Der Gegensatz von monarchischem Staat und Zivilgesellschaft sei obsolet geworden, die Unterscheidung der Rechtsbereiche verliere damit an Überzeugungskraft.

Letztlich kann man also auch den Rückgang der Dichotomie anhand der gesellschaftlichen Entwicklung nachvollziehen. Während die im Liberalismus zu beobachtende Distanzierung von Gesellschaft und Staat zu einer Zweiteilung des Rechts führte, erfolgte durch deren „Zusammenrücken“ zugleich eine Aufweichung der scharfen Trennlinie. Der Zweck einer apriorischen Zweiteilung erschöpfte sich – nach Bullinger – also allein in dem Anliegen eine durch ständisch-politische Vorechte geprägte Gesellschaftsstruktur abzulösen.¹²⁶ Durch das Entstehen der Weimarer Republik ging die Epoche des monarchischen Anstaltsstaates jedoch zu Ende, der Zweck konnte und musste folglich nicht länger erfüllt werden. In dem zeitlich nachfolgenden Staat der Industriegesellschaft sowie danach im umverteilenden Sozialstaat hatte eine strikte Zweiteilung ihren Sinn verloren.¹²⁷

Der antikonstitutionelle Nationalsozialismus hat diese Entwicklung überraschenderweise noch beschleunigt.¹²⁸ Die Trennung von Staat und Gesellschaft wurde in dessen Ideologie ebenso geleugnet wie eine Trennung von privatem und öffentlichem Recht.¹²⁹ Der Anteil öffentlich-rechtlicher Bindungen im Privatrecht wuchs in dieser Zeit sogar noch an.¹³⁰

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges kehrte man zwar zum Modell der vom Staat distanzierten „bürgerlichen Gesellschaft“ zurück, die für den Staat der Industriegesellschaft typischen Verflechtungen der Rechtsbereiche wurden jedoch nicht rückgängig gemacht.¹³¹

Zudem änderten sich die Rahmenbedingungen grundlegend mit dem Erlass des Grundgesetzes 1949. Es normiert den Vorrang der Verfassung in Art. 20 III GG – für die Grundrechte wird dieser in Art. 1 III GG noch einmal speziell betont. Das Privatrecht muss sich damit an den Vorgaben des Verfassungsrechts messen lassen. Das Grundgesetz kann folglich als „eine Metaordnung für das Privatrecht“ bezeichnet

¹²⁵ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 58.

¹²⁶ *Bullinger*, in: FS-Rittner (1991), S. 69, 75.

¹²⁷ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 58.

¹²⁸ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 58.

¹²⁹ *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (1974), S. 80–84.

¹³⁰ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 59.

¹³¹ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 58.

werden,¹³² dessen Vorgaben bei jeder Rechtsanwendung zu berücksichtigen sind. Zugleich wurde mit der Verfassungsgerichtsbarkeit eine neue Gerichtsbarkeit geschaffen, um dem Verfassungsrecht zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies wirkte sich auch auf das Privatrecht aus. Verfassungsrechtliche Prinzipien wirken nun teils unmittelbar teils mittelbar auf das Privatrecht ein. Unter dem Stichwort der Konstitutionalisierung des Privatrechts (bzw. *constitutionalisation of private law*) wird heute diskutiert, inwieweit das Verfassungsrecht das Privatrecht zunehmend durchdringt und wie viel Autonomie diesem noch verbleibt bzw. verbleiben sollte (dazu sogleich unter C.).

Im geltenden Recht bleibt eine Zweiteilung neben einer wissenschaftlichen Kategorisierung der Lehrgebiete weiterhin für den Rechtsweg maßgebend. Von akademischem und praktischem Interesse ist nun jedoch eher die Unterscheidung von einfachem Recht und Verfassungsrecht, weil damit die Verfassungsgerichtsbarkeit von der Fachgerichtsbarkeit abgegrenzt wird. Damit stellt sich auf verfassungsprozessualer Ebene allerdings ein ähnliches Problem wie auf der Ebene des materiellen Rechts.¹³³ Bei letzterem geht es um die Frage der Autonomie des Privatrechts, auf prozessualer Ebene geht es um die Frage der Eigenständigkeit der Fachgerichtsbarkeit. Dass die Fragen eng miteinander verknüpft sind, beweist etwa das *Lüth-Urteil*¹³⁴, in welchem sowohl auf die „Superrevisionsproblematik“ als auch auf die Privatrechtswirkung der Grundrechte eingegangen wird. Für die Abgrenzung der Fach- von der Verfassungsgerichtsbarkeit – das BVerfG entscheidet nach seiner Formel nur über „spezifisches Verfassungsrecht“ – kann die „materiellrechtliche“ Trennlinie zwischen Verfassungs- und Privatrecht interessant sein. Sie kann als Kompass dienen, um zu bestimmen, ob das Bundesverfassungsgericht – gegebenenfalls über seine Kompetenz hinaus – in die Domäne des Zivilrechts eingreift. In dieser Hinsicht bleibt das Verhältnis von öffentlichem Recht (in Form des Verfassungsrechts) zum Privatrecht weiterhin diskussionswürdig. Der Interessenschwerpunkt verschiebt sich allerdings durch das in Kraft treten der Verfassung auf eben dieses Verhältnis und dabei insbesondere auf das Verhältnis der Grundrechte zum Privatrecht. Man kann im deutschen Recht nun von einer zweifachen Differenzierung sprechen: der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht und der Unterscheidung von Verfassungsrecht und einfachem Recht.¹³⁵

Die Diskussion um das Verhältnis von öffentlichem Recht (als Ganzem) zum Privatrecht wird zwar auch heute noch geführt – oftmals im Schatten der verwaltungsrechtlichen Generalklausel des § 40 VwGO – sie wird jedoch aufgrund ihrer geringen praktischen Bedeutung nicht ganz zu Unrecht als „Scheingefecht“ abgetan.¹³⁶ Dennoch bleibt zumindest eine Einteilung in diese beiden Rechtsbereiche bis

¹³² Stürner, Europäisches Privatrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 1.

¹³³ Hager, JuS 2006, S. 769, 774.

¹³⁴ BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

¹³⁵ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 157.

¹³⁶ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 157.

heute bestehen. So hat unlängst Teubner angemerkt: Jeder dekonstruiert die öffentlich-private Grenze, aber keiner weiß sie zu ersetzen. „Polyzentrisch“ taucht die Unterscheidung öffentlich-privat überall wieder auf.¹³⁷

III. Zusammenfassung

Die aufgestellte These hat sich zunächst darin bestätigt, dass das Verhältnis der Rechtsbereiche zeitweise dichotom war. Anders als noch bei der Frage nach dem Verhältnis der Rechtsbereiche im römischen Recht, bestehen für die Zeit des Liberalismus keine Zweifel hinsichtlich einer damalig existierenden Zweiteilung des Rechts. Die Dichotomie ließ sich mit dem gesellschaftlichen Wandel nach der Abschaffung der monarchischen Staatsgewalt erklären. Im Liberalismus wurden die freie Entfaltung und Autonomie des Individuums gefordert. In den Worten Böhms war eine Privatrechtsgesellschaft entstanden. Der Staat sollte nur noch als Nachtwächter fungieren, staatliche Eingriffe sollten auf ein Minimum reduziert werden. Die Zweiteilung des Rechts war eine Auswirkung des Auseinanderfallens von Staat und Gesellschaft.

Zum Ende des 19. Jahrhunderts war eine Relativierung der Zweiteilung zu erkennen. Dies ließ sich wiederum mit dem Wandel der Gesellschaft erklären. Stolleis hat den Vorgang als Zusammenrücken von Staat und Gesellschaft beschrieben. Das „Zusammenrücken“ hatte beispielsweise eine Vermischung von Privat- und Verwaltungsrecht zur Folge. Auch die Ideologie des Nationalsozialismus hat nicht zu einer erneuten Dichotomie von privatem und öffentlichen Recht geführt, sondern diese sogar geleugnet.

Die entscheidende Neuerung brachte das Grundgesetz. Mit seinem Erlass verschiebt sich wie gesehen die Fragestellung in Richtung des Verhältnisses der Verfassung (als Teil des öffentlichen Rechts) zum Privatrecht. Im folgenden Abschnitt wird der Prozess der sog. „Konstitutionalisierung“ des Privatrechts näher beleuchtet. Inwieweit umgekehrt privatrechtliche Normen in der Verfassung enthalten sind, wird noch an anderer Stelle untersucht (vgl. § 5 A.).

C. „Konstitutionalisierung“ des Privatrechts

Die Verfassung hat das Verhältnis der Rechtsbereiche neu geordnet und damit zu einer Neubestimmung der Rolle des Privatrechts geführt. Diese Entwicklung wird unter dem Begriff der Konstitutionalisierung diskutiert. Gemeint sind die vielfältigen Beeinflussungen des einfachen Rechts durch das Verfassungsrecht. Mit anderen

¹³⁷ So Teubner in einer Diskussionsbemerkung auf der Tagung der Vereinigung für Rechtssoziologie im Jahre 2009 (im Jahre 2010 folgte eine Umbenennung in „Vereinigung für Recht & Gesellschaft“).

Worten: „die Durchdringung des materiellen Rechts durch das Verfassungsrecht“.¹³⁸ Kumm setzt die Konstitutionalisierung voraus um eine „*complete constitutional justice*“ zu erreichen.¹³⁹ Aus privatrechtlicher Sicht wird der Begriff zumeist als Drohkulisse wahrgenommen. Es mehren sich kritische Stimmen, die vehement die Eigenständigkeit des Privatrechts anmahnen. Diederichsen beispielsweise sieht das „Gebäude des Zivilrechts“ durch das Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des BVerfG „nicht nur renoviert oder restauriert“, sondern „grundlegend umgestaltet“.¹⁴⁰ Röthel gibt zu bedenken, dass es teilweise den Anschein habe, als stünden sich im Zivilrechtsstreit nicht mehr Vertragspartner, sondern Grundrechtsträger gegenüber.¹⁴¹ Hager hingegen sieht zwar die Gefahr rund um die Eigenständigkeit des Zivilrechts, zeichnet aber gleichwohl ein positiveres Bild. Er fordert diejenigen, die eine solche Sorge umtreibt dazu auf „in die Offensive“ zu gehen.¹⁴² Die Konstitutionalisierung des Zivilrechts sei in „eine Zivilisierung der Konstitutionalisierung“ überzuführen.¹⁴³ Voraussetzung hierfür sei, dass das Privatrecht gleichsam auf das Verfassungsrecht „zurückstrahle“. Das Verhältnis von Verfassungsrecht und Privatrecht sei demnach ein Verhältnis „wechselseitiger Beeinflussung“. So lasse sich ein privatrechtlicher Streit ungeachtet einer möglichen Grundrechtsrelevanz primär unter Rückgriff der Normen des Privatrechts lösen. Denn das Privatrecht enthalte aufgrund seiner geschichtlichen Entwicklung (s.o.) selbst grundrechtliche Prinzipien, welche die Verfassung nur übernommen habe. Die vorzunehmenden Abwägungen der Fachgerichte seien in vielen Fällen letztendlich Abwägungen zweier grundrechtlicher Positionen, die alleine durch privatrechtliche Normen wie etwa dem heutigen § 311 II i. V. m. § 280 I BGB (Verschulden bei Vertragsverhandlungen) gelöst werden können. So geschehen in der bekannten (wenn auch aufgehobenen) Bürgschaftentscheidung des OLG Celle¹⁴⁴, welche allerdings noch vor der Schuldrechtsreform und damit vor Einführung des § 311 BGB ergangen ist.¹⁴⁵

Stürner geht sogar noch weiter und spricht von einer umgekehrten Entwicklung, nämlich einer „Verprivatrechtlichung“ der Verfassung anstelle einer Konstitutionalisierung des Privatrechts.¹⁴⁶ So beträfen moderne Verfassungstexte (etwa die Grundrechtecharta) immer öfter materiell privatrechtliche Positionen, welchen dadurch Verfassungsrang verliehen werde. Gleichwohl blieben sie Privatrecht und bildeten damit einen wahren privatrechtlichen Teil der Verfassung (dazu noch unten § 5 A.).

¹³⁸ Prümm, JA 2005, S. 310, 311.

¹³⁹ M. Kumm, in: German Law Journal, Vol. 7 Nr. 4 (2006), S. 341, 365 f., 369.

¹⁴⁰ Diederichsen, JURA 1997, S. 57, 58.

¹⁴¹ Röthel, JuS 2001, S. 424, 424.

¹⁴² Hager, JuS 2006, S. 769, 774.

¹⁴³ Hager, JuS 2006, S. 769, 774.

¹⁴⁴ OLG Celle, WM 1988, 1436; BGH, NJW 1989, 1605; BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

¹⁴⁵ Vgl. zum Ganzen Hager, JUS 2006, S. 769, 771, 772, 775.

¹⁴⁶ Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 41.

Als Ausgangspunkt für die Konstitutionalisierung wird zumeist auf die berühmte *Lüth-Entscheidung*¹⁴⁷ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1958 rekurriert, auf welche unten in § 3 noch eingegangen wird. Mit dieser Entscheidung wurde das selbstverständliche Theorem aufgegeben, dass Verfassungs- und Zivilrecht zwei getrennte Rechtsordnungen darstellen.¹⁴⁸ Die Grundrechte erweisen sich damit sozusagen als echter „Konstitutionalisierungsmotor“.¹⁴⁹

Die Konstitutionalisierung lässt sich auf drei Faktoren zurückführen.¹⁵⁰ Ein zentraler Aspekt ist dabei der uneingeschränkte Vorrang der Verfassung.¹⁵¹ Die Brückennorm des Art. 20 III GG führt zu einer engen Verbindung der beiden Normebenen, das einfache Recht ist damit zugleich zwingend auf die Verfassung ausgerichtet. Als zweiter Faktor für die Konstitutionalisierung ist die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht zu nennen. Eine solche allgemeine Einwirkung der Grundrechte im Privatrecht war zuvor in der Weimarer Reichsverfassung von 1919 noch nicht vorgesehen.¹⁵² An einer mit Art. 1 III GG vergleichbaren Norm fehlte es. Schließlich und zuletzt ist die Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit – welche die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht ausformt – Voraussetzung für eine Konstitutionalisierung.¹⁵³ Diese kann sowohl den Gesetzgeber als auch die Fachgerichtsbarkeit wirksam zur Einbeziehung verfassungsrechtlicher Wertungen verpflichten.

D. Zwischenfazit und Zusammenfassung

Die Diskussion um die Konstitutionalisierung zeigt, dass in Deutschland ein Umkehrungsprozess für das Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht festzustellen ist. Wie unter § 2 B. aufgezeigt wurde, fungierte das Privatrecht ursprünglich selbst als Verfassung einer liberalen Gesellschaft. Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat das Privatrecht diese Vorrangstellung verloren und muss nun selbst verfassungsrechtlichen Vorgaben genügen.¹⁵⁴ Das Verhältnis ist damit keiner „zeitlos gültigen Klärung zugänglich“, sondern unterliegt vielmehr wechselnden Paradigmen. In den letzten Jahrzehnten wird vielfach eine anwachsende Dominanz des Verfassungsrechts betont. Danach habe eine Entwicklung vom Privatrecht *als* Verfassung zur Verfasstheit *des* Privatrechts stattgefunden.¹⁵⁵ Andere Stimmen be-

¹⁴⁷ BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

¹⁴⁸ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 161.

¹⁴⁹ Knauff, in: ZaöRV 68 (2008), S. 453, 477.

¹⁵⁰ Knauff, in: ZaöRV 68 (2008), S. 453, 477.

¹⁵¹ Knauff, in: ZaöRV 68 (2008), S. 453, 477.

¹⁵² Diederichsen, JURA 1997, S. 57, 58; Maultzsch, JZ 2012, S. 1040, 1042.

¹⁵³ Knauff, in: ZaöRV 68 (2008), S. 453, 478; Maultzsch, JZ 2012, S. 1040, 1041.

¹⁵⁴ Zusammenfassend Maultzsch, JZ 2012, S. 1040.

¹⁵⁵ Maultzsch, JZ 2012, S. 1040, 1041.

tonen gleichsam gegenläufige Einwirkungen des Privatrechts auf das Verfassungsrecht und sehen insoweit „wechselseitige Beeinflussungen“ der Bereiche oder sogar eine „Verprivatrechtlichung“ der Verfassung. Hintergrund dieser Debatte ist auf der einen Seite die Sorge der Zivilrechtler eines weitreichenden Verlusts der Autonomie des Privatrechts und auf der anderen Seite der von Verfassungsrechtler immer wieder betonte Vorranganspruch der Verfassung vor allem einfachen Recht.¹⁵⁶ Inzwischen ist von allen Diskussionsteilnehmern ein irgendwie gearteter Einfluss der Verfassung auf das Privatrecht anerkannt, gestritten wird weiterhin um dessen Reichweite.

Mit Blick auf die eingangs aufgestellte These kann man konstatieren, dass die Zeiten einer apriorischen Trennung der Rechtsgebiete nun endgültig vorüber sind. Alle dargestellten Ansichten gehen von einer Durchmischung von Verfassungsrecht (und damit öffentlichem Recht) und Privatrecht aus. Konstitutionalisierung, wechselseitige Beeinflussung sowie Verprivatrechtlichung setzen alle eine (gegenseitige) Durchdringung der Rechtsgebiete voraus. Nach dem Ende der Dichotomie im 19. Jahrhundert sind damit „Privatrecht und öffentliches Recht nicht länger zweiteilt“. Eine strikte Trennung zwischen den Rechtsgebieten besteht heute nicht mehr, dennoch wird weiterhin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterschieden.¹⁵⁷ In Abgrenzung zum öffentlichen Recht regelt das Privatrecht dabei die Beziehungen zwischen gleichgeordneten Mitgliedern der Gemeinschaft.¹⁵⁸ Das Privatrecht wird also durch das Verhältnis der *Gleichordnung* geprägt, das öffentliche Recht durch das der *Über- und Unterordnung*.¹⁵⁹ Die Abgrenzung trifft nicht immer zu, vereinzelt kann es auch im Privatrecht (ungeachtet von Ungleichgewichtslagen) Über- und Unterordnungsverhältnisse geben.¹⁶⁰ Charakteristisch für das Privatrecht ist – nach dem dieser Arbeit zu Grunde liegenden Verständnis – dass *allein* Rechte

¹⁵⁶ Vgl. dazu *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 33 f.

¹⁵⁷ *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 1; zur Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht im EU-Recht vgl. *Jarass*, ZEuP 2017, S. 310, 313. Die Unterscheidung ist dort von geringer Bedeutung, da der Abgrenzung der Rechtsbereiche in den Mitgliedstaaten unterschiedliches Gewicht zukommt. Insoweit wäre eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts gefährdet, wenn der EuGH bestimmte Rechtsfolgen des Unionsrechts davon abhängig machen würde, ob es um öffentliches oder privates Recht geht.

¹⁵⁸ *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (2022), § 1 Rn. 10; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 1 Rn. 2; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 1, 20.

¹⁵⁹ *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 20; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (2022), § 1 Rn. 10.

¹⁶⁰ *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 1, 22; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (2022), § 1 Rn. 10. Umgekehrt können sich auch im öffentlichen Recht gleichgeordnete Parteien (etwa zwei Gemeinden) gegenüberstehen, dennoch gilt öffentliches Recht.

und Pflichten zwischen Privaten geregelt werden. Dieser Privatrechtsbegriff wird insbesondere bei der Untersuchung des Verfassungsprivatrechts relevant.¹⁶¹

Im nächsten Abschnitt wird auf die Verflechtung der Rechtsbereiche näher eingegangen. Untersucht wird die sog. Drittirkung der Grundrechte. Dieser Abschnitt soll zugleich als Grundlage dienen, um das „Verfassungsprivatrecht“ besser verorten zu können.

¹⁶¹ Vgl. unten § 5.

§ 3 Grundrechte und Privatrecht

Kurze Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes (1949) entbrannte in der deutschen Rechtswissenschaft ein Theorienstreit, der sich um die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht dreht. Es ging dabei um die Frage einer möglichen *horizontalen* Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis im Gegensatz zu einer nur *vertikalen* Wirkung im Bürger-Staat-Verhältnis.¹ Spätestens seit der bahnbrechenden *Lüth-Entscheidung*² des BVerfG gehört diese Diskussion „zu den Klassikern sowohl der Verfassungsrechts- als auch der Privatrechtsdogmatik der Nachkriegszeit“.³ Für Ruffert ist sie „*die zentrale Frage*“, jedenfalls aber ein „*grand thème* der Staatsrechtswissenschaft“.⁴ Andere sprechen von der „*Gretchenfrage* an jeden Juristen“.⁵ Kulick stellt fest, dass zu dieser Frage ganze Bibliotheken geschrieben wurden.⁶ Ein Konsens scheint bis heute nicht gefunden. Schon bei den Begrifflichkeiten herrscht keine Einigkeit. Jüngst hat etwa Kulick durchaus überzeugend angeregt den Begriff der Drittewirkung durch den Terminus der Horizontalwirkung zu ersetzen.⁷ In der deutschen Rechtswissenschaft ist bis heute der Begriff der Drittewirkung etabliert. Der Terminus wird daher auch in dieser Arbeit verwendet, der terminologische Streit wird weitgehend ausgeklammert.⁸ Bei allen vorgeschlagenen Lösungsansätzen muss genau auf die jeweilige dogmatische Konstruktion und deren Begründung geblickt werden. Damit rückt der terminologische Streit zugleich in den Hintergrund. Die bekannten Modelle, welche zu einer Einwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse führen, werden nachfolgend dargestellt. Die gleiche Problematik stellt sich auch für die in der GRCh enthaltenen europäischen Grundrechte. Inwiefern die aus der deutschen Literatur bekannten Modelle

¹ Der Begriff der „Drittewirkung“ hat in letzter Zeit viel Kritik erfahren und wird teilweise durch den Begriff der „Horizontalwirkung“ ersetzt, vgl. etwa *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 15. Wenn vorliegend von der Drittewirkung gesprochen wird, liegt das insbesondere an der noch immer weitreichenden begrifflichen Geläufigkeit.

² BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

³ *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 901.

⁴ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 10.

⁵ *Fezer*, JZ 1998, S. 265, 267.

⁶ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 1 m. w. N.

⁷ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 18 ff.

⁸ *Kulick* kritisiert, dass der Begriff der „Wirkung“ einen Effekt und damit ein Resultat beschreibe. Der Weg dorthin sei insoweit nicht von Interesse, vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 18 ff. Anders gewendet ist das Ergebnis bereits vorweggenommen, das Ob der Privatrechtswirkung schon vorab geklärt. Hier soll trotz der Verwendung des Begriffs „Wirkung“ gerade überprüft werden, inwiefern Grundrechte das Privatrechtsverhältnis beeinflussen.

übertragbar sind, bedarf ebenso näherer Analyse (vgl. unten § 4). Anschließend kann sodann der Unterschied der „Drittirkung“ zum hier herauszuarbeitenden „Verfassungsprivatrecht“ deutlich gemacht werden (vgl. unten § 5 B. I.).

Der historischen Entwicklung entsprechend ist aber zuallererst auf die Grundrechte in ihrer ursprünglichen Funktion – als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat – einzugehen (unter A.). Inwiefern den Grundrechten weitergehende Wirkung zukommt, wird in der Folge aufgezeigt (unter B. ff.). In diese Analyse ist auch die Rechtsprechung des BVerfG einzubeziehen.

A. Abwehrfunktion der Grundrechte

In ihrer ursprünglichen Funktion fungierten die Grundrechte in erster Linie als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.⁹ Die Abwehrfunktion entspricht im Wesentlichen dem *status negativus* der Statuslehre Jellineks.¹⁰ Nach dieser Konzeption sollen sie dem Einzelnen einen Raum der Freiheit vom Staat gewährleisten.¹¹ Das BVerfG spricht vom Recht des Bürgers, vom Staat „in Ruhe“ gelassen zu werden.¹² Mit anderen Worten dienen sie dem Einzelnen als Schutz vor staatlichen Eingriffen in seine Freiheitssphäre.¹³ Ihrem Inhalt nach verlangen Grundrechte als Abwehrrechte mithin ein Unterlassen des Staates, sie schützen das Private vor staatlicher Steuerung. Dementsprechend verleihen sie dem Einzelnen korrespondierende vor dem BVerfG einklagbare Abwehransprüche. In dieser Funktion besitzen Grundrechte daher zugleich eine hohe rechtspraktische Relevanz.¹⁴ Die Abwehrfunktion gilt nicht ohne Grund als die zentrale Grundrechtsfunktion bzw. als „Hauptfunktion“ des Grundrechtsschutzes.¹⁵ Darauf weist bereits der Wortlaut vieler Grundrechte hin. Sie schützen gegen Verletzungen (vgl. u. a. Art. 4 I, 10 I, 13 I GG)

⁹ BVerfGE 7, 198, 204 f. (*Lüth*); *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 35; *Dreier*, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 84; *Krieger*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 292 ff.

¹⁰ G. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905).

¹¹ *Krieger*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 294.

¹² BVerfGE 27, 1, 6.

¹³ M. F. *Starke*, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 210.

¹⁴ *Dreier*, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 84.

¹⁵ *Hellgärdt*, JZ 2018, S. 901, 904; vgl. zudem *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), der die Abwehrfunktion ebenfalls als zentrale Funktion der Grundrechte sieht; ferner unter Rekurs auf die Entstehungsgeschichte *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 269.

oder enthalten termini wie „eingegriffen werden“ (Art. 2 II GG).¹⁶ Auch das BVerfG betont die abwehrrechtliche Schutzrichtung in seiner Rechtsprechung:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.“¹⁷

Das BVerfG verbindet die abwehrrechtliche Dimension mit den Erfahrungen aus der nationalsozialistischen Herrschaft:

„Es handelt sich [bei Art. 6 I GG] um eine Bestimmung im Sinne der klassischen Grundrechte, die angesichts der Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Herrschaft dem Schutz der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat dienen soll. [...] [Das] Grundgesetz [bekennst sich] auch für diesen Lebensbereich zur Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit des Menschen.“¹⁸

Diese liberale Grundrechtsidee hat ihren Ursprung bereits in der Zeit der Aufklärung und des Liberalismus und war im 18. Jahrhundert Vorbild für verschiedene Verfassungstexte in Europa und Nordamerika.¹⁹ Sie prägte später auch die Formulierung der Grundrechte im deutschen Grundgesetz.²⁰ Die Beteiligten an der Entstehung des Grundgesetzes sahen ihre Aufgabe darin „die Grundrechte im Sinne der alten klassischen Grundrechte zu gestalten [...]. In den Grundrechten sollte also das Verhältnis der einzelnen zum Staat geregelt werden, der Allmacht des Staates Schranken gesetzt werden“.²¹ Zutreffend ist also die Beobachtung, dass die dominierende Furcht, auf die das Grundgesetz antwortet, die Furcht vor dem Staat ist.²² Aufgrund dieses geschichtlichen Hintergrundes wird die abwehrrechtliche Funktion der Grundrechte oft auch als „klassisch-liberal“ bezeichnet.²³ Dagegen wurde etwa eingewandt, dass eine Einstufung der liberalen Grundrechtsidee als „klassisch“ kein historisches, sondern ein systematisches Urteil darstelle.²⁴ Die Grundrechte seien ursprünglich nicht als reine Abwehrrechte konzipiert gewesen, sondern dienten im Kern als legislatives Instrument gesellschaftlichen Umbaus. Letztlich wird aber auch

¹⁶ Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 293.

¹⁷ BVerfGE 7, 198, 204 (*Lüth*).

¹⁸ BVerfGE 6, 55, 71 ff.; vgl. ferner Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 293.

¹⁹ Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 292.

²⁰ Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 06.05.1949, S. 6 ff.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 211 m. w.N.

²¹ Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 06.05.1949, S. 6.

²² Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 27.

²³ Schlink, EuGRZ 1984, 457 ff.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 211; Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 292.

²⁴ Dreier, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 85.

nach dieser Ansicht in der abwehrrechtlichen Schutzrichtung die zentrale Grundrechtsfunktion gesehen („Systemmitte der Grundrechtsdogmatik“).²⁵

Funktional betrachtet, wirken die Grundrechte als Abwehrrechte allein in vertikaler Richtung (also im Staat-Bürger-Verhältnis).²⁶ Für eine Privatrechtswirkung (also einer Wirkung im Verhältnis Bürger-Bürger) der Grundrechte scheint nach dieser Analyse kein Raum zu sein. Inwieweit die Grundrechte über weitere „Funktionen“²⁷ verfügen, oder ob die Abwehrfunktion auch im Privatrechtsstreit fruchtbar gemacht werden kann, wird nachfolgend aufgezeigt.

B. Erste Weiterentwicklung: die „mittelbare Drittirkung“

In der Literatur wurde schon kurze Zeit nach Inkrafttreten der Verfassung diskutiert, ob und wie die Grundrechte auch auf Privatrechtsverhältnisse einwirken.²⁸ In der als *Lüth-Urteil*²⁹ berühmt gewordenen Entscheidung musste sich erstmals auch das BVerfG mit der Frage befassen. Der Sachverhalt und die Hintergründe sollen hier noch einmal dargestellt werden.

I. Das *Lüth-Urteil* des BVerfG

Im Jahre 1940 hatte Veit Harlan den Propagandafilm „Jud Süß“ gedreht. Nach dem Ende des Krieges sah ein Schwurgericht darin den Straftatbestand des „Verbrechens gegen die Menschlichkeit“ verwirklicht. Das Gericht sprach Harlan dennoch frei, da er nach dessen Auffassung ohne Schuld handelte. Er hätte Goebbels Befehl zur Mitwirkung an dem Film nicht verweigern können, ohne sich selbst in Gefahr zu bringen, so das Gericht. Die erste Nachkriegsinszenierung Harlans war der Film „Unsterbliche Geliebte“ (1950). Noch vor dem Start des Films hatte Erich Lüth in einer öffentlichen Ansprache erklärt, dass gerade Harlan am wenigsten geeignet sei, den moralisch verwirkten Ruf des deutschen Films wiederherzustellen. Lüth war damals Senatsdirektor und Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Han-

²⁵ Dreier, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 85; vgl. auch Unruh, Die Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 40.

²⁶ Vgl. Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 35: „as such the function in a vertical manner.“

²⁷ Die nachfolgend aufzuzeigende mittelbare Drittirkung ist keine herkömmliche Grundrechtsfunktion, erweitert die Grundrechte jedoch um eine objektiv rechtliche Komponente (siehe sogleich unter B.).

²⁸ Zum damaligen Meinungsstand vgl. den viel beachteten Beitrag von Dürrig, in: FS-Nawiasky (1956), S. 157.

²⁹ BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

sestadt Hamburg sowie Vorsitzender des Hamburger Presseclubs. In seiner Ansprache vor Filmverleihern und Filmproduzenten erklärte er unter anderem:

„Sein [Harlans] Freispruch [...] war nur ein formeller. Die Urteilsbegründung war eine moralische Verdammung. Hier fordern wir von den Verleihern und Theaterbesitzern eine Haltung, die nicht ganz billig ist, die man sich aber etwas kosten lassen sollte: Charakter.“

Die Produktionsfirma forderte Lüth daraufhin zu einer Äußerung darüber auf, mit welcher Berechtigung er die genannte Erklärung abgegeben habe. Als Replik erklärte Lüth in einem an die Presse übergebenen „offenen Brief“, Harlan sei „einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhölze der Nazis“. In diesem Brief rief er dazu auf, „sich im Kampf gegen diesen unwürdigen Repräsentanten des deutschen Films [...] auch zum Boykott bereitzuhalten“.

Gegen diesen Boykottaufruf wandte sich eine Produzentin und Verleiherin des Films mit einer Unterlassungsklage an das LG Hamburg. Das LG gab der Klage in einem Eilverfahren statt. Die von Lüth vor dem OLG eingelegte Berufung wurde abgewiesen. Das Landgericht stützte den Unterlassungsanspruch auf § 826 BGB. Das OLG rekurrierte auf § 823 I BGB, indem es Lüths Aufruf als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbetrieb einstuft.³⁰ Es betonte jedoch (für die Urteilsbegründung überflüssigerweise) ebenso die Sittenwidrigkeit des Aufrufs. Im nachfolgenden Hauptascheverfahren hielt das LG sowohl am Ergebnis als auch an seiner ursprünglichen Begründung fest. In den Äußerungen Lüths erblickte es eine sittenwidrige Aufforderung zum Boykott. Da sich die Boykottaufforderung auch gegen die Filmgesellschaften richtete und diesen ein empfindlicher Vermögensschaden drohe, sei der objektive Tatbestand des § 826 BGB erfüllt. Ein Unterlassungsanspruch sei damit gegeben.

Gegen dieses Urteil legte Lüth Berufung vor dem OLG ein und erhob gleichzeitig Verfassungsbeschwerde, in der er die Verletzung seiner Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG rügte. Die Verfassungsbeschwerde wurde vor Erschöpfung des Rechtswegs angenommen.

In seiner Entscheidung musste das BVerfG nun auf die „grundätzliche Frage“ eingehen, „ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken und wie diese Wirkung im Einzelnen gedacht werden müsse“.³¹

Zunächst betonte das Gericht dabei noch die vordergründige Abwehrfunktion der Grundrechte:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der

³⁰ Vgl. zum Ganzen Riedlinger, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht (2005), S. 147, 159 ff.

³¹ BVerfGE 7, 198, 204 (Lüth).

Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben.“³²

In den nachfolgenden Passagen bekannte es sich dann aber erstmals zur sogenannten mittelbaren Drittirkung.

„Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch *eine objektive Wertordnung* aufgerichtet hat [...]. Dieses Wertsystem [...] beeinflußt [...] selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden. [...] Der Rechtsprechung bieten sich *zur Realisierung dieses Einflusses vor allem die ‚Generalklauseln‘*, die, wie § 826 BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die ‚guten Sitten‘, verweisen. [...] Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die ‚Einbruchstellen‘ der *Grundrechte in das bürgerliche Recht* bezeichnet worden.“³³

Das BVerfG gelangte in der Folge zu dem Ergebnis, dass das LG bei der Auslegung des Begriffs der „guten Sitten“ in der Anspruchsnorm des § 826 BGB die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) verkannt habe. Das Urteil des LG sei deshalb aufzuheben.

Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere die Frage wie das BVerfG die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht „technisch“ konstruiert von Interesse. Aus der Urteilsbegründung lassen sich für diese Frage zwei zentrale Informationen entnehmen. Eine zur juristischen Konstruktion der Einwirkung und eine zu dessen dogmatischer Begründung.

1. Die juristische Konstruktion der Einwirkung

Nach der Konstruktion des BVerfG gelangen die Grundrechte bzw. die „grundrechtlichen Wertmaßstäbe“ über sogenannte „Einbruchstellen“³⁴ in das Privatrecht. Als Einbruchstellen fungieren dabei die zivilrechtlichen Generalklauseln. Bei genauerem Hinsehen sind es die in den Generalklauseln enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe. Vorliegend fungierte der Begriff der „Sittenwidrigkeit“ als Einbruchstelle. Bei der Auslegung dieser Begriffe sollen nach der Konzeption des BVerfG neben sich wandelnden Anschauungen in der Gesellschaft insbesondere grundrechtliche Wertentscheidungen berücksichtigt werden. Der Rechtsgehalt der Grundrechte entfaltet sich also durch das Medium privatrechtlicher Vorschriften, deren Auslegung inhaltlich durch das grundrechtliche Wertesystem bestimmt ist. Um

³² BVerfGE 7, 198, 204 f. (*Lüth*). Hervorhebungen sind solche des Verfassers.

³³ BVerfGE 7, 198, 205, 206 (*Lüth*). Hervorhebungen sind solche des Verfassers.

³⁴ BVerfG 7, 198, 206 (*Lüth*). Der Begriff wurde in diesem Zusammenhang soweit ersichtlich erstmals von *Dürig* verwendet, vgl. *Dürig*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte – Band II: Die Freiheitsrechte in Deutschland* (1954), S. 507, 525.

diese Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht sicherzustellen, müsse der Richter „kraft Verfassungsgebot“ prüfen, ob eine privatrechtliche Norm in der eben beschriebenen Weise „grundrechtlich beeinflußt“ ist.³⁵ Diese Pflicht sei Ausfluss der Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte aus Art. 1 III GG. Die Konstruktion der mittelbaren Drittewirkung zielt folglich auf den Zivilrichter, der sozusagen zum „Mittler“ des grundrechtlichen Einflusses wird.³⁶ Mit dieser Entscheidung hat das BVerfG zugleich der Konstruktion der unmittelbaren Drittewirkung in Form der Grundrechtsbindung Privater eine Absage erteilt (siehe zu dieser Konstruktion noch unten unter § 3 E.).

Zusammenfasst bedarf es für die juristische Konstruktion stets eine Generalklausel bzw. einen unbestimmten Rechtsbegriff als Einbruchstelle für das jeweilige Grundrecht. Die Auslegung dieses Begriffs wird dann durch grundrechtliche Wertentscheidungen determiniert. Über den grundrechtsgebundenen Zivilrichter wird die Einwirkung des Grundrechts auf das Privatrechtsverhältnis sichergestellt.

2. Die dogmatische Begründung

Noch zentraler als die juristische Konstruktion ist m.E. allerdings die im *Lüth*-Urteil vorgebrachte Begründung, mit welcher das BVerfG die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht legitimiert. Das Gericht versteht die Grundrechte nicht allein als Abwehrrechte, in seinem Grundrechtsabschnitt habe das Grundgesetz vielmehr eine „*objektive Wertordnung*“ aufgerichtet.³⁷ Darin komme eine „Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck“.³⁸ Mit dieser Argumentation erweitert das BVerfG die Grundrechte um eine objektiv rechtliche Dimension. Als objektive Normen entfalten die Grundrechte ihre Wirkung somit auch im Privatrecht. Das BVerfG spricht in diesem Zusammenhang von einer „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das bürgerliche Recht.³⁹ Aufgrund der Erweiterung der Grundrechte um eine objektiv rechtliche Dimension wird das *Lüth*-Urteil auch als „Urknall“ der Expansion der Grundrechtsgehalte bezeichnet.⁴⁰

Man kann nach alledem das „Wie“ und das „Ob“ der Einwirkung auseinanderhalten. Das „Wie“ der Einwirkung wurde oben (unter 1.) dargestellt. Mit der Erweiterung der Grundrechte um eine objektiv rechtliche Dimension wird das „Ob“ der Einwirkung legitimiert. Aus heutiger Sicht ließe sich etwa mit *Michl* einwenden, dass der Begriff der Wertordnung auf operationaler Ebene nicht weiterhilft.⁴¹ Denn nur

³⁵ BVerfGE 7, 198, 206 (*Lüth*).

³⁶ Vgl. *Michl*, JURA 2017, S. 1062.

³⁷ BVerfGE 7, S. 198, 205 (*Lüth*).

³⁸ BVerfGE 7, S. 198, 205 (*Lüth*).

³⁹ BVerfGE 7, S. 198, 207 (*Lüth*).

⁴⁰ *Alexy* et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit (2002), S. 7, 9.

⁴¹ Vgl. *Michl*, JURA 2017, S. 1062.

Normen können verpflichten, Werte hingegen nicht. Wie *Michl* selbst herausstellt, hängt die Argumentation des BVerfG aber sicherlich mit dem damaligen juristischen Zeitgeist zusammen, der sich bewusst vom Wertrelativismus der Weimarer Zeit abgrenzen wollte.⁴²

II. Etablierung der mittelbaren Drittwirkung in Literatur und Rechtsprechung

Die Konstruktion des BVerfG wurde in der Folge von weiten Teilen der Literatur anerkannt und übernommen.⁴³ Günter Dürig war mit seinem epochalem Beitrag in der Festschrift für Hans Nawiasky aus dem Jahre 1956 der erste, der eine umfassende dogmatische Konstruktion einer mediatisierten Wirkung der Grundrechte im Privatrecht entwickelt hat. Er gilt insoweit als Urheber der mittelbaren Drittwirkung. Das Bundesverfassungsgericht nimmt in seiner Urteilsbegründung zum *Lüth*-Urteil auch ausdrücklich Bezug auf seinen Beitrag. Dürig stellte sich damit gegen den Ansatz Nipperdeys, der zuvor eine „absolute Wirkung“ der Grundrechte im Privatrecht gefordert hatte (siehe noch unter E.). Das begründet er mit seinem „Grundanliegen“, der Erhaltung der Eigenständigkeit des Privatrechts durch dessen Bewahrung vor „Übernahme von Verfassungsrechtssätzen mit zwingender [...] Wirkung“.⁴⁴ Die Eigenständigkeit sei gefährdet, wenn die Grundrechte unmittelbar im Privatrechtsverhältnis gelten. Seine Lösung unterscheidet sich *prima vista* nur geringfügig von der Konstruktion des BVerfG im Lüth Urteil. Dürig legt dar, dass die Grundrechte als „Erscheinungsformen [...] eines der Verfassung vorgegeben Wertsystems“ zu verstehen seien und dass Art. 1 III GG dieses Wertsystem in ein gegen den Staat gerichtetes „Anspruchssystem“ wandele.⁴⁵ Dieses Anspruchssystem gelte im Privatrecht eben nicht unmittelbar, sondern durch seine „*wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln*“.⁴⁶ Der Rechtsverkehr Privater unterliege von Verfassungs wegen Sonderrecht (Privatrecht). Ein Unterschied zwischen Dürigs Lehre und der Konstruktion des BVerfG in Lüth besteht allerdings mit Blick auf das Wertordnungsparadigma.⁴⁷ Für Dürig sind die Werte vorstaatlich, die Grundrechte stellen lediglich positive Ausformungen dieser Werte dar. Das BVerfG geht hingegen davon aus, dass das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt eine Wertordnung erst aufgerichtet hat. Für das BVerfG ist

⁴² *Michl*, JURA 2017, S. 1062.

⁴³ Dreier, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 98 m.w.N.; vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 63 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth GG Kommentar, 17. Aufl. (2022), Vorb. Vor Art. 1 Rn. 12 ff., 33 f.; vgl. dazu ferner Kingreen/Poscher, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 129 ff.

⁴⁴ Dürig, in: FS-Nawiasky (1956), S. 157, 183.

⁴⁵ Dürig, in: FS-Nawiasky (1956), S. 157, 183.

⁴⁶ Dürig, in: FS-Nawiasky (1956), S. 157, 183.

⁴⁷ Vgl. dazu Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 84 f.

daher nur das positiv geschaffene Recht in Form der Verfassung von Bedeutung und keine vorstaatlichen Werte.⁴⁸

Das BVerfG hat auch im Nachgang der *Lüth*-Entscheidung den Ansatz der mittelbaren Drittirkung bis heute weiterverfolgt, wie etwa die Stadionverbotsentscheidung beweist (siehe sogleich).⁴⁹ Das *Lüth*-Urteil markiert damit den Zeitpunkt der Etablierung der mittelbaren Drittirkung.⁵⁰ Es ist auch in anderen europäischen Staaten auf große Resonanz gestoßen⁵¹ und wird daher als „wesentliche Quelle des europäischen Grundrechtsdenkens“ bezeichnet.⁵²

Die Bezeichnung der Konstruktion als *Drittirkung* geht zurück auf H. P. Ipsen.⁵³ Der Begriff lässt sich im Ausgangspunkt damit erläutern, dass ein Grundrechtsverhältnis zwischen einem Privaten („Erstem“) und dem Staat („Zweitem“) in irgendeiner Weise auch gegenüber einem Dritten wirken soll.⁵⁴ Der „Dritte“ ist dabei immer ein weiterer Privater, der mit dem ersten Privaten in einer Privatrechtsbeziehung steht. Nach der Konstruktion der „Drittirkung“ soll das Grundrechtsverhältnis (zwischen Staat und erstem Privaten) auf das Privatrechtsverhältnis (zwischen erstem und „drittem“ Privaten) einwirken. „Mittelbar“ ist die Drittirkung, da die grundrechtliche Wertung nicht unmittelbar zwischen den Privaten zum Tragen kommt, sondern wie gesehen über die Auslegung der Generalklauseln (bzw. der unbestimmten Rechtsbegriffe). Im Unterschied zu einer unmittelbaren Drittirkung der Grundrechte kann nach dieser Konstruktion das Grundrecht nie direkt eingeklagt werden, die Anspruchsgrundlage entstammt immer aus dem Privatrecht. Übertragen auf das *Lüth*-Urteil besteht zwischen dem LG und Lüth ein Grundrechtsverhältnis. Dieses Grundrechtsverhältnis wirkt *mittelbar* auf das Privatrechtsverhältnis (Lüth/ Harlan) ein, indem das Gericht die privatrechtliche Anspruchsgrundlage des § 826 BGB anhand grundrechtlicher Wertentscheidungen des Art. 5 I GG auslegt.

⁴⁸ So auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 85.

⁴⁹ BVerfGE 32, 311, 318; 34, 269, 280; 42, 143, 147 f.; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358.

⁵⁰ *Belling/Herold/Kneis*, in: Attila/Belling (Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert (2015), S. 53, 64.

⁵¹ *Cherednychenko*, in: Utrecht Law Review (2007), Vol. 3, Issue 2, S. 1; *Hesselink*, in: Europa e diritto privato (2003), S. 1.

⁵² *Di Fabio*, JZ 2004, S. 1.

⁵³ H. P. Ipsen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. II (1954), S. 111, 143.

⁵⁴ *Michl*, JURA 2017, S. 1062.

III. Stadionverbotsentscheidung als Beispiel mittelbarer Drittewirkung?

In der Stadionverbotsentscheidung des BVerfG herrscht keine Einigkeit hinsichtlich der Konstruktion der Privatrechtswirkung. In der Entscheidung ging es um die Frage nach der Zulässigkeit eines von einem Fußballverein im Namen des deutschen Fußballbundes ausgesprochenen bundesweiten Stadionverbots gegenüber einem angeblich gewalttätigen Fan (vgl. zu der Entscheidung noch unter § 5 B. III.).⁵⁵ Der Adressat des Verbots wehrte sich gegen dieses Verbot zunächst vor den Zivilgerichten und später vor dem BVerfG. Das BVerfG hält zumindest begrifflich weiterhin an der Konstruktion der mittelbaren Drittewirkung fest. Im Leitsatz stellt es fest, dass Artikel 3 I GG dann „*mittelbare Drittewirkung*“ entfalten könne, „wenn einzelne Personen mittels des privaten Hausrechts ausgeschlossen werden, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet“.⁵⁶ In diesen Fällen dürfe der Veranstalter einen Teilnehmer nicht willkürlich ausschließen.

Einige Stimmen in der Literatur sehen in dieser Entscheidung jedoch ein Beispiel unmittelbarer Drittewirkung, bzw. zumindest eine situative unmittelbare Drittewirkung.⁵⁷ In Ausnahmefällen würde das BVerfG auch Private – entgegen der Anordnung des Artikel 1 III GG – unmittelbar zu Grundrechtsadressaten machen, um Machtasymmetrien auszugleichen (vgl. unten E. III.).

Die Stadionverbotsentscheidung wird hinsichtlich der Privatrechtswirkung der Grundrechte folglich unterschiedlich beurteilt. Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Stadionverbotsentscheidung ohnehin eine andere Qualität. Das BVerfG ist hier rechtschöpfend tätig geworden und hat Privatrecht mit Verfassungsrang geschaffen. Es ist folglich „Verfassungsprivatrecht“ entstanden (vgl. dazu unten § 5 B. III.).

IV. Die Lösung der Lüth-Konstellation mit Hilfe der Abwehrfunktion der Grundrechte

Die Konstruktion des BVerfG ist in der Literatur allerdings auch auf Kritik gestoßen. Von den Kritikern wurde unter anderem vorgebracht, dass die Begründung des BVerfG, wie es zu einer „Ausstrahlung“ der Grundrechte auf das Privatrecht komme, sehr vage sei.⁵⁸ Das werde schon allein in der Verwendung des Begriffs

⁵⁵ BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*).

⁵⁶ BVerfGE 148, 267, 267 (*Stadionverbot*).

⁵⁷ Hellgardt, JZ 2018, S. 901; Michl, JZ 2018, S. 910 jeweils m. w. N.; siehe noch unten E. III.

⁵⁸ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 30; Lerche, in: FS-Odersky (1996), S. 215, 216 f., 223.

„Ausstrahlungswirkung“ – welcher keinen juristischen Begriff darstelle – deutlich.⁵⁹ Zudem führe die Wertbegründung des Rechts zur absoluten Unbeherrschbarkeit, die Ausstrahlungswirkung sei in ihrem Inhalt und Umfang unbestimmt, jedoch nach oben offen.⁶⁰ Die Folge sei ein Demokratiedefizit, der Gestaltungsspielraum des parlamentarischen Gesetzgebers werde zunehmend verengt.⁶¹ Böckenförde schließt daraus, dass man an der Prämissen festhalten müsse, dass die „Grundrechte nur subjektive Freiheitsrechte gegenüber der staatlichen Gewalt [sind] und nicht zugleich [...] objektive Grundsatznormen für alle Bereiche des Rechts [...].“ Darüber hinaus legt etwa Canaris dar, dass die Lehre von der Ausstrahlungswirkung nach heutiger Grundrechtsdogmatik überflüssig sei.⁶² Die einschlägigen Probleme könnten vielmehr allein unter Rekurs auf die „herkömmlichen Grundrechtsfunktionen“ gelöst werden.⁶³ Nach dieser Konzeption bedarf es jedoch nicht nur der Abwehrfunktion, sondern ergänzend der Schutzfunktion der Grundrechte (siehe dazu noch C. und D.). Bezogen auf den *Lüth*-Fall führt Canaris aus, dass sich dieser mit Hilfe der Abwehrfunktion der Grundrechte lösen ließe.⁶⁴ Das gegen Lüth vom LG ausgesprochene Unterlassungsverbot soll demnach einen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 5 I GG darstellen. Das Grundrecht kann im *Lüth*-Fall also in seiner „Eingriffsverbotsfunktion“ angewendet werden. Canaris begründet diesen Ansatz unter anderem mit Art. 1 III GG, nach welchem die Grundrechte sowohl den Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung „als unmittelbar geltendes Recht binden“ (siehe dazu noch unten unter C. II. 1. b).⁶⁵ Als Konsequenz dieses „Parallelismus von Gesetzgebung und Rechtsprechung“ seien die Sätze, „welche die Gerichte im Wege der Gesetzesauslegung [...] ihren Entscheidungen zugrunde legen, [...] in derselben Weise unmittelbar an den Grundrechten zu messen [...], als stünden sie ausdrücklich im Gesetz“.⁶⁶ Die tragenden Entscheidungsgründe des mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Zivilgerichtsurteils müssten dann als Norm formuliert werden. Diese „Norm“ müsse sodann wie eine Norm des Gesetzgebers auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Canaris spricht unter Rückgriff auf W. Fikentschers Lehre von einer „Fallnorm“.⁶⁷ Im *Lüth*-Fall hätte die Fallnorm nach Canaris etwa folgendermaßen lauten können:

⁵⁹ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 30.

⁶⁰ Böckenförde, in: Der Staat Vol. 29 (1990), S. 1, 9.

⁶¹ Böckenförde, in: Der Staat Vol. 29 (1990), S. 1, 30.

⁶² Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 93.

⁶³ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 93.

⁶⁴ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 30 ff.; Alexy spricht beim *Lüth*-Fall von der „abwehrrechtlichen Konstruktion“, in: Theorie der Grundrechte, 5. Aufl. (2006), S. 487; Hager, JuS 2006, S. 769, 771.

⁶⁵ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 30.

⁶⁶ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 26.

⁶⁷ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 26; W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 4. Dogmatischer Teil (1977), S. 202 ff.

„Ein Aufruf zum Boykott eines Films verpflichtet auch dann, wenn er von einer Privatperson ohne den Einsatz wirtschaftlicher oder ähnlicher Druckmittel und ohne Wettbewerbsabsicht ausgesprochen wird, zum Schadensersatz gegenüber den Inhabern der betroffenen Kinos und kann von diesen bei Wiederholungsgefahr im Wege der Unterlassungsklage verboten werden.“⁶⁸

Eine solche Norm stelle sicherlich einen *Eingriff* in das Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 I GG dar.⁶⁹ Es sei ferner zumindest gut möglich, dass eine solche Norm einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht standhalte und damit als verfassungswidrig zu verwerfen sei.⁷⁰ Für die Privatrechtswirkung eines Grundrechts hätte es der Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts also nicht bedurft. Mit der Eingriffsverbotsfunktion lassen sich jedoch auch nach dieser Ansicht nicht alle privatrechtsrelevanten Konstellationen lösen. Es wird vielmehr für eine differenzierende Betrachtungsweise geworben, nach welcher teilweise auf die Schutzfunktion und teilweise auf abwehrrechtliche Funktion zurückgegriffen werden soll (vgl. unten D.).⁷¹ In jüngerer Zeit wird auch vertreten, dass sich jegliche Konstellationen „abwehrrechtlich“ konstruieren ließen.⁷² Sowohl Verurteilung als auch Klageabweisung sind danach als „Eingriff“ in die Grundrechte des Betroffenen zu verstehen.⁷³

C. Schutzfunktion der Grundrechte

Für das Grundgesetz wurde in der Folge – insbesondere in der gerichtlichen Praxis – eine weitere Grundrechtsfunktion anerkannt: die Schutzfunktion. Die Existenz der (aus Grundrechten ableitbaren) staatlichen Schutzpflichten wurde auch im Schrifttum immer wieder betont.⁷⁴ Isensee spricht bei dieser Neuerung von einer „Wiederentdeckung“.⁷⁵ Über solche grundrechtlichen Schutzpflichten soll sich auch die Privatrechtswirkung der Grundrechte konstruieren lassen.⁷⁶

⁶⁸ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 31.

⁶⁹ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 31.

⁷⁰ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 31.

⁷¹ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 88 ff., 141 ff.; vgl. dazu auch Kingreen/Poscher, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 349 ff. m. w. N.

⁷² Vgl. Michl, JURA 2017, S. 1062, 1066 f.; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 387 ff.

⁷³ So etwa Augsberg/Viellechner, JuS 2008, S. 406, 407 f.

⁷⁴ Grundlegend Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996); Starck, Praxis der Verfassungsauslegung I (1994), S. 46 ff.; Dreier, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 101 ff. m. w. N.; Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 299 ff.; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 33.

⁷⁵ Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 33; kritisch zu dieser Charakterisierung Starck, Praxis der Verfassungsauslegung II (2006), S. 64.

I. Begriffsbestimmung

Mit dem Begriff der Schutzfunktion wird ausgedrückt, dass den Grundrechten auch Pflichten des Staates zu entnehmen sind. Die Einzelnen sind vor nicht-hoheitlichen Gefahren – die insbesondere von Tätigkeiten Dritter ausgehen – zu schützen.⁷⁷ Gemeint sind Konstellationen, in denen ein Grundrechtsträger in die Freiheit eines anderen Grundrechtsträgers eingreift. Hier hilft die Abwehrfunktion der Grundrechte nicht weiter. Der Staat soll sich nach dieser Konzeption vielmehr schützend vor den Bürger stellen in dessen Freiheitsbereich eingegriffen wird. In dieser Funktion fordern die Grundrechte vom Staat also nicht das Unterlassen einer Freiheitsbeschränkung, sondern vielmehr ein positives Tun. Es handelt sich um Rechte im Sinne eines *status positivus*.⁷⁸ Der Staat hat nicht nur selbst Eingriffe etwa in das Recht auf Gesundheit zu unterlassen, sondern er muss seine Bürger auch vor Gefährdungen bzw. Verletzungen der Gesundheit von Seiten Dritter schützen.⁷⁹ Man kann bei den Schutzpflichten daher auch von Handlungspflichten des Staates sprechen.⁸⁰ Die Konstruktion lässt sich gut an einem Beispiel aus dem Verwaltungsrecht aufzeigen: einer Demonstration mit Gegendemonstration. Hier besteht eine Dreieckskonstellation aus Staat, Störer und Nichtstörer. Man stelle sich etwa eine Versammlung friedlicher Demonstranten vor, die für ein bestimmtes politisches Ziel demonstrieren (Nichtstörer). Diese Versammlung wird nun von einer Gruppe Gegendemonstranten torpediert (Störer). Den friedlichen Versammlungsteilnehmern genügt es in einer solchen Konstellation nicht ihre Versammlung vom Staat ungestört durchführen zu können. Sie erwarten vom Staat (hier der Polizei) vielmehr ein Einschreiten, er soll also gegen die Störer vorgehen. Mit anderen Worten hat sich der Staat schützend und fördernd vor die friedlichen Versammlungsteilnehmer zu stellen. Hierbei kommt das Grundrecht der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG in der Kategorie der staatlichen Schutzpflicht zum Tragen. Der Staat schützt dabei den einen Grundrechtsträger (Nichtstörer) vor einem Freiheitsübergriff eines anderen Grundrechtsträgers (Störer). Es handelt sich hierbei letztlich um einen Konflikt zwischen zwei Grundrechtsträgern. Bei einem solchen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis lässt sich die Einwirkung der Grundrechte über die staatliche Schutzpflicht systemimmanent erläutern. Sowohl der *status positivus* des Eingriffsbegünstigten (Nichtstörers) als auch der *status negativus* des Eingriffsbela-

⁷⁶ Canaris, in: AcP 184 (1984), S. 201, 225 ff.

⁷⁷ Krieger, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 299.

⁷⁸ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905), S. 86 f.

⁷⁹ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 211; Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 29; BVerfGE 49, 24, 53 ff.

⁸⁰ So etwa der EGMR in seiner Rechtsprechung, vgl. die Hinweise von M. F. Starke, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 211, dort Fn. 179.

teten (Störers) ist staatsgerichtet.⁸¹ Inwiefern sich diese Konstruktion auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse übertragen lässt, ist gesondert zu beurteilen (siehe sogleich unter II.).

Im Jahre 1975 hat auch das BVerfG in seinem sog. Abtreibungsurteil erstmals die grundrechtliche Schutzfunktion anerkannt.⁸² In der Entscheidung befasste sich das Gericht mit der damaligen Neuregelung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruches (§ 218 StGB). Im Wesentlichen wurde festgestellt, dass sich aus dem Grundrecht auf Leben (Art. 2 II 1 GG) eine Pflicht des Staates ableiten lasse, sich *schützend* und fördernd vor das Leben zu stellen.⁸³ Eine Möglichkeit dieser Schutzwiligkeit nachzukommen, könne die Strafandrohung der Abtreibung sein. Insofern rief das BVerfG den Gesetzgeber zum grundrechtsschützenden Normerlass auf. Das BVerfG hat die Schutzpflichtenlehre in der Folge bekräftigt und zu einer ständigen Rechtsprechung ausgebaut.⁸⁴

Dogmatisch leitet das BVerfG die Schutzfunktion zum einen aus dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte und zum anderen aus der Menschenwürdegarantie her.⁸⁵ Auch in der Literatur ist die Existenz der Schutzfunktion von Grundrechten weithin anerkannt.⁸⁶ Gestritten wird allein um die dogmatische Herleitung der Schutzpflichten. Dieser Streit soll vorliegend ausgeklammert werden. Erwähnt sei nur so viel: den prominentesten Begründungsansätzen (etwa der Existenz der Schutzpflicht aufgrund der sicherheitsstiftenden Funktion des modernen Staates⁸⁷ oder dem von Canaris vorgenommenen Erst-Recht-Schluss, dass die Erwähnung des Begriffs „schützen“ in Art. 1 I 2 GG auf eine Schutzpflicht auch hinsichtlich der anderen Grundrechte schließen lasse⁸⁸) lässt sich eine Verpflichtung des Staates entnehmen, *sämtliche* Grundrechte zu schützen (nicht nur jene deren Wortlaut auf die Schutzpflicht schließen lässt). Folgt man diesen Begründungsansätzen ist gesichert,

⁸¹ Vgl. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 36, er führt insoweit aus, dass sich anders als bei der Drittirkungsdoktrin im Falle doppelwirksamer Grundrechte die Grundrechtsgeltung ohne Sprengung des Rechtssystems erreichen ließe.

⁸² BVerfGE 39, 1, 42.

⁸³ Vgl. BVerfGE 39, 1, 41 f. Später nochmals bestätigend, vgl. BVerfGE 88, 203, 251.

⁸⁴ BVerfGE 46, 160, 164 (*Schleyer*); 49, 24, 54; 53, 30, 57; 115, 25, 49; siehe die Aufzählung zahlreicher weiterer Rechtsprechungsbeispiele von *Krieger*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. (2013), Bd. I, S. 305 Rn. 35, dort Fn. 118.

⁸⁵ BVerfGE 39, 1, 41 f.

⁸⁶ G. *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (1987), S. 61 ff., 190 ff.; *Dietlein*, die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (1992); *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996); *Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung I (1994), S. 46 ff.; ablehnend etwa D. *Murswieck*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 101 ff.

⁸⁷ Grundlegend *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983); vgl. ferner *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 (1988), S. 932 ff.; E. *Klein*, NJW 1989, S. 1633; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 37 ff.

⁸⁸ *Canaris*, in: AcP 184 (1984), S. 201, 225.

dass sich allen Grundrechten eine Schutzpflicht entnehmen lässt und gleichzeitig, dass den Staat ein Schutzauftrag für sämtliche Grundrechte trifft.

II. Schutzfunktion und Privatrechtswirkung

Die allgemeinen Ausführungen zur Schutzfunktion gilt es nun auf ihre Relevanz für das Privatrecht zu überprüfen. Dabei ist – ebenso wie bei der mittelbaren Drittewirkung – die juristische Konstruktion und die dogmatische Begründung in den Blick zu nehmen.

1. Juristische Konstruktion und dogmatische Begründung

Schon kurze Zeit nach dem Aufkommen der Schutzpflichtendogmatik wurde die Schutzfunktion von der Zivilrechtswissenschaft aufgegriffen, um die Privatrechtswirkung der Grundrechte zu konstruieren.⁸⁹ Im Wesentlichen beruht die Konstruktion auf der Annahme, dass der Staat in Form der Privatrechtsgesetzgebung und der Privatrechtsprechung verpflichtet ist, Grundrechtsträger vor Übergriffen anderer Privater zu schützen.

a) Schutzpflicht des Privatrechtsgesetzgebers

Die grundrechtliche Schutzpflicht richtet sich zunächst primär an den Gesetzgeber.⁹⁰ Der Gesetzgeber schafft in Erfüllung des grundrechtlichen Schutzauftrages dem Rechtsgüterschutz dienende Privatrechtsnormen. Anders gewendet wird der Gesetzgeber über das entsprechende Grundrecht verpflichtet grundrechtsschützenden einfaches (Zivil-)Recht zu schaffen. Man spricht bei dieser Konstruktion auch von Gesetzesmediatisierung. Nicht das Grundrecht verpflichtet die Privatperson zur Beachtung der Grundrechte Dritter, sondern die grundrechtsschützende Privatrechtsnorm. Bei der Umsetzung dieser Schutzpflicht steht dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu, der die Einschätzung künftiger Entwicklungen mitumfasst.⁹¹ Diese Einschätzungsprärogative soll einer zu weitgehenden Konstitutionalisierung entgegenwirken. Den Anhängern der Schutzpflichtendogmatik ist die Erhaltung der Eigenständigkeit des Privatrechts und damit der Schutz der Privatautonomie ein zentrales Anliegen.⁹² Das Anliegen deckt sich mit dem oben erwähnten „Grundanliegen“ Dürigs, welcher ebenfalls die Eigenständigkeit des Privatrechts als zentrales Anliegen sieht.

⁸⁹ Canaris, in: AcP 184 (1984), S. 201, 225 ff.; zuvor bereits in der staatsrechtlichen Literatur, vgl. Starck, JuS 1981, S. 237, 244 f.

⁹⁰ Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 203 ff.; Belling/Herold/Kneis, in: Attila/Belling (Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert (2015), S. 53, 84; Ipsen, JZ 2014, S. 157, 161.

⁹¹ Neuner, NJW 2020, S. 1851, 1852; BVerfGE 126, 146.

⁹² Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 43 ff.

digkeit des Privatrechts durch eine nur mediatisierte Wirkung der Grundrechte im Privatrecht sichern möchte. Die Schutzflichtenkonzeption stellt dennoch eine gewisse Abkehr von der mittelbaren Drittewirkung dar, da sie sich anders als letztere auch bzw. sogar primär an den Gesetzgeber richtet (vgl. unten III.).

Die Schutzpflicht des Privatrechtsgesetzgebers lässt sich dogmatisch mit der Bindung der Staatsgewalten an die Grundrechte begründen, welche sich aus Art. 1 III GG ergibt: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ Nach dem Wortsinn ist unzweifelhaft auch der Privatrechtsgesetzgeber von dieser Bindung erfasst.⁹³ Zudem wurde auf den Umstand hingewiesen, dass der Gesetzgeber sogar zum Erlass grundrechtschützender Strafnormen verpflichtet sein kann, wie das BVerfG in seinem Abtreibungsurteil festgestellt hat.⁹⁴ Gleiches müsse „erst recht für das weniger stark einschneidende Privatrecht gelten“.⁹⁵ Systematisch spricht ferner Art. 93 I Nr. 4a GG dafür, dass auch der Privatrechtsgesetzgeber an die Grundrechte gebunden ist. Versteht man unter „öffentlicher Gewalt“ richtigerweise auch den Privatrechtsgesetzgeber, kann ein Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde durch diesen nur dann „in einem seiner Grundrechte verletzt [...] sein“, wenn der Privatrechtsgesetzgeber an die Grundrechte gebunden ist.⁹⁶ Die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht über den grundrechtsverpflichteten Privatrechtsgesetzgeber ist ebenso wie die mittelbare Drittewirkung eine Abkehr von der unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater (vgl. zu dieser noch unter E.). Auf das Privatrechtsverhältnis wirkt das in Rede stehende Grundrecht weiterhin nur mittelbar ein, nämlich durch die grundrechtschützende Privatrechtsnorm. Der Privatrechtsgesetzgeber hingegen wird, wie es Art. 1 III GG ausdrücklich anordnet, „unmittelbar“ an die Grundrechte gebunden.⁹⁷ Adressat der Grundrechte bleibt allein der Staat, da nur diesen die Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte trifft. Der Umstand, dass die Grundrechte über einen Umweg auch gegenüber anderen Bürgern Wirkung entfalten, liegt i. E. daran, dass der Staat auch im Privatrechtsverkehr verpflichtet ist, „den einen Bürger vor dem anderen zu schützen“.⁹⁸

Die Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechte und die damit einhergehende Verpflichtung zum Normerlass reichen allerdings nicht aus. Auch die Zivilgerichte sind nach dieser Konzeption zum Grundrechtsschutz im Privatrecht verpflichtet.⁹⁹

⁹³ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 11; a. A. hingegen *Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze (1995), S. 48 f.

⁹⁴ *Canaris*, in: AcP 184 (1984), S. 201, 227.

⁹⁵ *Canaris*, in: AcP 184 (1984), S. 201, 227.

⁹⁶ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 14.

⁹⁷ *Canaris*, in: AcP 184 (1984), S. 201, 228; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 16 f.

⁹⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 38 m. w.N., vgl. Fn. 91.

⁹⁹ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 223 ff.

b) Schutzpflicht der Zivilgerichte

Wie angedeutet soll auch den Zivilrichter die Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis treffen. Zur dogmatischen Begründung wird abermals Art. 1 III GG herangezogen werden, nach welchem die Grundrechte auch die die Rechtsprechung „als unmittelbar geltendes Recht“ binden. Insofern ist auch das Zivilgericht „unmittelbar“ an die Grundrechte gebunden. Allein aus der Grundrechtsbindung des Zivilrichters auf die Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis zu schließen, käme allerdings einer unzulässigen *petitio principii* nahe.¹⁰⁰ Der Richter muss die Grundrechte im Privatrechtsstreit nämlich nur beachten, soweit sie überhaupt gelten. Die Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis bedarf also auch hier der Begründung. Es kann insoweit auf Doehring's Grundsatz verwiesen werden: „Das Gericht hat die Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet.“¹⁰¹ Damit ist man wieder bei der Ausgangsfrage angelangt. Macht man hierfür die Idee der Schutzpflichtendogmatik fruchtbar, gilt folgendes: Wenn die Gerichte ein privates Verhalten nicht unterbinden, das die Grundrechtspositionen eines anderen Privaten verkürzt, ist dies ein Unterlassen eines staatlichen Schutzauftrages. Der Staat ist verpflichtet den einen Grundrechtsträger vor einem Freiheitsübergriff eines anderen Grundrechtsträgers zu schützen. Dieser grundrechtliche Schutzauftrag soll sich eben auch an den Richter im Privatrechtsstreit richten. Bei einer ausschließlichen Grundrechtsbindung des Gesetzgebers entstünde nämlich die Gefahr von Schutzlücken, wenn dieser seinen Schutzauftrag nicht erfüllt. Die Schutzpflicht des Zivilrichters hat zur Folge, dass er auch in „*materiell*rechtlicher Hinsicht“ an die Grundrechte gebunden ist.¹⁰² Andernfalls wäre der Grundrechtsschutz des Bürgers stark beeinträchtigt. Ergänzend kann hier wiederum auf Art. 93 I Nr. 4a GG zurückgegriffen werden. Verfassungsbeschwerde kann auch gegen Entscheidungen der Zivilgerichte erhoben werden. Sie sind Teil der „öffentlichen Gewalt“ im Sinne des Art. 93 I Nr. 4a GG und können durch falsche Anwendung des Privatrechts Grundrechte verletzen.¹⁰³ Folglich müssen auch die Zivilgerichte materieller Grundrechtsbindung unterliegen. Nachfolgend wird die Schutzfunktion der Grundrechte im privatrechtlichen Kontext an einigen Beispielen aus der Rechtsprechung des BVerfG veranschaulicht.

¹⁰⁰ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 24.

¹⁰¹ *Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1976), S. 209; vgl. ferner *Lerche*, in: FS Odersky, S. 215, 230 sowie *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 218 ff.

¹⁰² *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 24.

¹⁰³ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 25.

aa) Das *Böll-Urteil*¹⁰⁴ des BVerfG

Im *Böll-Urteil* hat das BVerfG die Schutzfunktion zwar noch nicht angewandt, die Entscheidung eignet sich jedoch, um die Konstruktion aufzuzeigen. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Fernsehkommentator Otto Freiherr von S. (Pseudonym Matthias Walden) hatte sich in einem Kommentar in der Tagesschau anlässlich der Ermordung des damaligen Präsidenten des Berliner Kammergerichts unter anderem auch mit dem Schriftsteller Heinrich Böll auseinandergesetzt. Seine Haltung und Äußerungen seien mit dafür verantwortlich, dass es zu dem Mord gekommen sei. In diesem Zusammenhang baute er auch wörtliche Zitate Bölls ein. Böll fühlte sich von Walden in seiner Ehre verletzt und verklagte ihn auf Schadensersatz in Höhe von 100.000 DM. Das LG wies die Klage ab, das OLG gab der Klage in Höhe von 40.000 DM statt, da Böll falsch zitiert worden sei und damit in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden sei.¹⁰⁵ Der BGH wiederum wies die Klage letztinstanzlich ab, da die Aussagen Waldens von der Meinungsfreiheit gedeckt seien.¹⁰⁶ Der BGH führte in seiner Begründung aus, dass die wörtlichen Zitate im Kern richtig wiedergegeben wurden. Das Persönlichkeitsrecht Bölls sei deshalb nicht verletzt worden. Gegen dieses Urteil erhob Böll Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG. Dieses entschied zugunsten Bölls und hob das Urteil des BGH auf. Das BVerfG sah anders als der BGH das Persönlichkeitsrecht Bölls verletzt. An dieser Stelle hätte das Gericht die grundrechtliche Schutzwürdigkeit bemühen können. Das BVerfG hat dagegen, wie auch noch in der zuvor ergangenen *Blinkfuer-Entscheidung*¹⁰⁷, einen anderen Weg eingeschlagen. Nach dessen Ansicht stellte das Urteil des BGH einen nachhaltigen *Eingriff* in die Grundrechtssphäre Bölls dar, es verletzte Art. 2 I i. V. m. 1 I GG.¹⁰⁸

Mit der Schutzwürdigkeitendogmatik betrachtet ist hier konstruktiv etwas anderes passiert. Das Urteil des BGH stellt danach keinen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht Bölls dar. Der Eingriff geht vielmehr von Walden bzw. dessen Falschzitat aus. Mit anderen Worten hat Walden als Privater Grundrechtsträger in das Grundrecht eines anderen Privaten (Böll) eingegriffen. Da Walden als Privater kein Grundrechtsadressat ist, kann es darauf jedoch nicht ankommen.¹⁰⁹ Auch nach der Schutzwürdigkeitenlehre ist – entsprechend der Anordnung des Art. 1 III GG – nur der Staat Adressat der Grundrechte (zur Gegenansicht siehe unten unter E.). Es kommt folglich alleine auf das „Entscheidungsverhalten“ des BGH an. Dieser hat sich geweigert das Grundrecht (hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht) Bölls zu schützen. Folglich geht es hier nicht um einen *Eingriff* des BGH in ein Grundrecht, sondern um ein *Unterlassen* seines Schutzes. Weiterhelfen könnte hier die Schutzfunktion. Den

¹⁰⁴ BVerfGE 54, 208.

¹⁰⁵ LG Köln, 78 O 596/74; OLG Köln, 15 U 99/75.

¹⁰⁶ BGH NJW 1978, 1797.

¹⁰⁷ BVerfGE 25, 256.

¹⁰⁸ BVerfGE 54, 208, 217, 220.

¹⁰⁹ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 38.

BGH trifft als Adressat der Grundrechte (s.o.) eine Schutzwirkung hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts Bölls. Dieser ist er in seinem Urteil nicht gerecht geworden, wenn man – wie das BVerfG – davon ausgeht, dass Böll falsch zitiert wurde. Privatrechtswirkung erlangt das Grundrecht (Bölls) nach dieser Konzeption also über die Verpflichtung der Zivilgerichte zum Grundrechtsschutz. Dogmatisch wird dafür wie gesehen an Art. 1 III GG angeknüpft. Für Walden entfaltet das Grundrecht Bölls folglich über den Umweg des grundrechtsgebundenen Zivilrichters seine Wirkung.

Später hat auch das BVerfG die Schutzwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht angewandt. Prominentes Beispiel ist etwa die Handelsvertreterentscheidung, die nachfolgend kurz dargestellt werden soll. Dieser „Trend“ hat allerdings nicht zu einer Abkehr des in der *Lüth*-Entscheidung entwickelten Modells der mittelbaren Drittewirkung geführt. Das BVerfG hält zumindest begrifflich bis heute an diesem Modell fest.¹¹⁰

bb) Das Handelsvertreter-Urteil¹¹¹ des BVerfG

Ein im Weinhandel tätiger Handelsvertreter hatte mit einem Unternehmer einen Handelsvertretervertrag geschlossen, in welchem ein entschädigungsloses Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Dieses sollte greifen, wenn der Handelsvertreter schuldhaft eine Vertragsbeendigung verursache. Die Klausel entsprach dem damals gültigen § 90a II 2 HGB. Der Handelsvertreter gab in der Folge schuldhaft Grund zur fristlosen Kündigung, indem er eine Tätigkeit bei einer Konkurrentin des Unternehmers aufnahm. Der Unternehmer kündigte daraufhin den Handelsvertretervertrag fristlos und klagte vor dem LG auf Wettbewerbsunterlassung. Das LG wies die Klage ab, die eingelegte Berufung vor dem OLG war hingegen erfolgreich. Mögliche verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des § 90a II 2 HGB hielt das OLG für unbegründet, da die Privatautonomie Vorrang habe. Der BGH wies die vom Handelsvertreter eingelegte Revision zurück. In seiner Urteilsbegründung befasste er sich kurz mit Stimmen aus der Literatur, welche die Verfassungsmäßigkeit des § 90a II 2 HGB anzweifelten. Diese Frage hielt der BGH allerdings für nicht entscheidungserheblich. Das Wettbewerbsverbot sei vertraglich vereinbart, so dass es auch dann Bestand habe, wenn sich § 90a II 2 als verfassungswidrig herausstelle. Gegen diese Entscheidungen legte der Handelsvertreter Verfassungsbeschwerde ein.

(1) Urteilsbegründung des BVerfG

Das BVerfG hob die Entscheidungen auf. Im Leitsatz wird deutlich, dass das Gericht nun auch im Privatrecht mit der Schutzwirkung operiert:

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*).

¹¹¹ BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*).

„Art. 12 Abs. 1 GG kann gebieten, daß der Gesetzgeber im Zivilrecht Vorkehrungen *zum Schutz* der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft, namentlich wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt.“¹¹²

In seiner Urteilsbegründung erklärte das BVerfG die Regelung des § 90a II 2 für verfassungswidrig. Diese Frage sei zudem – entgegen der Ansicht des BGH – entscheidungserheblich, da die Vertragsfreiheit nur im Rahmen der geltenden Gesetze bestehe und diese ihrerseits an den Grundrechten zu messen seien.¹¹³ Als Ausgangspunkt stellt auch das BVerfG fest, dass „die Rechtsprechung wie jede staatliche Gewalt an die Grundrechte gebunden ist (Art. 1 III GG)“.¹¹⁴ Gemeint ist hier die materiellrechtliche Bindung an die Grundrechte (vgl. oben C. II. 1. b)). In der Folge wird deutlich, wie das BVerfG die Schutzpflichtenkonzeption im Privatrecht versteht.¹¹⁵ Die Schutzpflicht richte sich zunächst an den Gesetzgeber. Bestehe zwischen Vertragsparteien kein annäherndes Kräftegleichgewicht, sei allein mit den Mitteln des Vertragsrechts kein sachgerechter Interessenausgleich zu gewährleisten. Hier müsse der Gesetzgeber mit staatlichen Regeln eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. Dem Gesetzgeber stehe jedoch bei der Frage, ab wann er eingreifen muss, ein besonders weiter Beurteilungsspielraum zur Verfügung. Sofern er mit zwingenden Vorschriften eingreife, müsse er den „konkurrierenden Grundrechtspositionen ausreichend Rechnung tragen“.¹¹⁶ Schützt er mit einer zwingenden Vorschrift etwa die Berufsfreiheit des Handelsvertreters, beschneidet er damit gleichzeitig die des Unternehmers. Auch hinsichtlich des Ausgleichs konkurrierender Grundrechtspositionen besitze der Gesetzgeber eine „weite Gestaltungsfreiheit“.¹¹⁷

Der Schutzauftrag der Verfassung richte sich jedoch nicht allein an den Gesetzgeber, sondern auch an den Richter im Zivilrechtsstreit.¹¹⁸ Sieht der Gesetzgeber etwa davon ab zwingende Vorschriften zu schaffen, greifen ergänzend die zivilrechtlichen Generalklauseln. Bei dessen Anwendung und Konkretisierung trifft dann die Zivilgerichte die Pflicht zum Grundrechtsschutz. Ähnlich hat es das BVerfG auch in seiner Entscheidung zum Auskunftsanspruch eines Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters beschrieben. In dem Urteil führte das BVerfG aus, dass „die Zivilgerichte mangels einer Entscheidung des Gesetzgebers im Wege der Rechtsfortbildung oder der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe die Schutzpflicht wahrnehmen“.¹¹⁹

Der Schutzauftrag der Verfassung richtet sich also auch nach dem Verständnis des BVerfG sowohl an den Gesetzgeber als auch an die (Zivil-)Gerichte. Dabei scheint

¹¹² BVerfGE 81, 242, 242 (*Handelsvertreter*).

¹¹³ BVerfGE 81, 242, 254 (*Handelsvertreter*).

¹¹⁴ BVerfGE 81, 242, 253 (*Handelsvertreter*).

¹¹⁵ BVerfGE 81, 242, 255 ff. (*Handelsvertreter*).

¹¹⁶ BVerfGE 81, 242, 255 (*Handelsvertreter*).

¹¹⁷ BVerfGE 81, 242, 255 (*Handelsvertreter*).

¹¹⁸ BVerfGE 81, 242, 256 (*Handelsvertreter*).

¹¹⁹ BVerfGE 96, 56, 64 (*Mutmaßlicher Vater*).

das BVerfG seinen im *Lüth*-Urteil entwickelten Ansatz mit der Konzeption grundrechtlicher Schutzpflichten zu verbinden. So zitiert das BVerfG in der Handelsvertreterentscheidung die zentrale Passage der *Lüth*-Entscheidung:

„Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten.“¹²⁰

Diesen Gedanken macht das BVerfG für die Umsetzung der Schutzpflicht des Zivilrichters fruchtbar. Die objektiven Grundentscheidungen muss dieser bei der Anwendung der Generalklauseln berücksichtigen. Damit wird er gleichzeitig seiner Schutzpflicht gerecht.

(2) Neuerungen für das Vertragsrecht

Die Entscheidung stellt auch in einer weiteren Hinsicht eine Neuerung dar. Ging es in den bisherigen Fällen insbesondere um die Einwirkung der Grundrechte auf gesetzliche Schuldverhältnisse, wird hier ein vertragliches Schuldverhältnis grundrechtlich überformt. Dafür hat sich das Gericht einer neuen Figur bedient: der „gestörten Vertragsparität“. ¹²¹ Diese Erweiterung wurde kurze Zeit später vor allem im Bürgschaftsbeschluss vollzogen.¹²² Auf diese Entwicklung wird noch an anderer Stelle eingegangen (vgl. § 5 B. II. 3.). Wie das BVerfG betont, besteht im Privatrecht allgemein die Besonderheit, dass sich gleichrangige Grundrechtsträger gegenüberstehen, die oftmals gegenläufige Interessen verfolgen.¹²³ Da alle am Zivilrechtsverkehr Beteiligten den Schutz des Art. 2 I GG genießen und sich somit jeweils auf ihre Privatautonomie berufen können, dürfe nicht „das Recht des Stärkeren“ gelten.¹²⁴ Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu betrachten und dürfen nur so begrenzt werden, dass sie für alle Beteiligten weitgehend wirksam werden. Darauf muss der Gesetzgeber bei Schaffung einfachen Rechts achten. Er muss die kollidierenden Grundrechtspositionen im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich bringen.¹²⁵

Konstruktiv kommt es im Vertragsrecht in gleicher Weiser zu einer Privatrechtswirkung der Grundrechte, da die Grundrechte bei der Interpretation der Generalklauseln berücksichtigt werden müssen. Eine Korrektur eines Vertrages darf jedoch – wegen des übereinstimmenden Willens der Vertragspartner – nur in absoluten Ausnahmefällen vorgenommen werden („typisierbare Fallgestaltungen“ – vgl. unten § 5 B. II.)

¹²⁰ BVerfGE 81, 242, 254; mit Verweis auf BVerfGE 7, 198 (*Lüth*).

¹²¹ BVerfGE 81, 242, 256, 260 (*Handelsvertreter*).

¹²² BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

¹²³ BVerfGE 89, 214, 232 (*Bürgschaft*).

¹²⁴ BVerfGE 89, 214, 232 (*Bürgschaft*).

¹²⁵ BVerfGE 89, 214, 233 (*Bürgschaft*).

cc) Der Bürgschaftsbeschluss des BVerfG als Beispiel der Schutzpflichtenkonstruktion?

Der Bürgschaftsbeschluss des BVerfG¹²⁶ aus dem Jahre 1993 lässt sich hinsichtlich der Privatrechtswirkung der Grundrechte verschiedentlich betrachten.¹²⁷ Die Anhänger der Schutzpflichtenlehre sehen im Bürgschaftsbeschluss abermals ein Beispiel der Schutzgebotsfunktion. Folgender Sachverhalt liegt der Entscheidung zu Grunde: Eine 21-jährige Frau hatte sich für ein Darlehen ihres Vaters in Höhe von 100.000 DM verbürgt. Die jährliche Zinslast betrug 8.500 DM, das jährliche Einkommen der jungen Frau lag bei nur etwa 5.000 DM. Der BGH hielt den Bürgschaftsvertrag für wirksam, da nach seiner Ansicht eine geschäftsfähige Person erkennen könne, dass mit einem Bürgschaftsvertrag Haftungsrisiken verbunden seien.¹²⁸ Das BVerfG hob das Urteil auf. In der Urteilsbegründung legte das Gericht dar, dass sich Zivilgerichte in Fällen derart „gestörter Vertragsparität“ nicht mit der bloßen Feststellung „Vertrag ist Vertrag“ begnügen dürfen.¹²⁹ Im vorliegenden Fall sei (auch für den Gläubiger) von vornherein erkennbar gewesen, dass die Bürgin im Haftungsfall den Betrag höchstwahrscheinlich bis an ihr Lebensende nicht würde zurückzahlen können. In solchen Fällen „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ müssen Zivilgerichte korrigierend eingreifen, so das BVerfG.¹³⁰ Der BGH habe vorliegend das Problem „gestörter Vertragsparität“ gar nicht gesehen, alle von der Bürgin vorgebrachten Argumente hinsichtlich ihrer Verhandlungsschwäche wurden vom BGH allein mit dem Hinweis zurückgewiesen, sie sei volljährig und hätte sich über Haftungsrisiken vergewissern müssen. Das reiche nicht aus, so das BVerfG. Das Urteil sei somit aufzuheben.¹³¹

Nach der Schutzpflichtenkonstruktion gestaltet sich der Fall ähnlich wie der oben beschriebene Fall *Böll/Walden*. Auch im Bürgschaftsfall stellt nicht das Urteil des BGH einen *Eingriff* in die Grundrechte der Betroffenen (Bürgin) dar. Das Urteil anerkennt nur die Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrag. Der Eingriff geht vielmehr von den Parteien selbst aus (insbesondere von der Bank), diese haben durch die gewählte Vertragsgestaltung die in Art. 2 I GG gewährleistete Privatautonomie der Bürgin eingeschränkt. Private sind aber (auch nach der Schutzpflichtenkonstruktion) gerade nicht an Grundrechte gebunden, weshalb dieser „Eingriff“ nicht als Gegenstand grundrechtlicher Prüfung in Betracht kommt. Nach der Schutzpflichtenkonstruktion geht es hier erneut um ein *Unterlassen* des BGH. Dieser hat es Unterlassen die Grundrechte der Bürgin zu schützen und damit seine grundrechtliche Schutzpflicht verletzt.

¹²⁶ BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

¹²⁷ Vgl. zu der Entscheidung ferner § 5 B. II.

¹²⁸ BGH NJW 1989, 1605.

¹²⁹ BVerfGE 89, 214, 234 (*Bürgschaft*).

¹³⁰ BVerfGE 89, 214, 234 (*Bürgschaft*).

¹³¹ BVerfGE 89, 214, 235 (*Bürgschaft*).

Das BVerfG bekennt sich hier nicht ausdrücklich zu einer Konstruktion, macht aber hauptsächlich den Gedanken der mittelbaren Drittirkung fruchtbare. Unter Verweis auf das *Lüth-Urteil* stellt das BVerfG fest, dass das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt „verfassungsrechtliche Grundentscheidungen“ für alle Bereiche des Rechts getroffen habe.¹³² Diese Grundentscheidungen seien im Zivilrecht bei der Interpretation der Generalklauseln von Bedeutung. Die Generalklauseln seien am Maßstab von Wertvorstellungen zu konkretisieren, die in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden. Der Gedanke der Schutzpflicht wird dann zumindest im Ansatz sichtbar:

„[...] die Zivilgerichte [sind] von Verfassungs wegen verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln die Grundrechte als ‚Richtlinien‘ zu beachten.“¹³³

Dennoch scheint das BVerfG an „seiner“ Konstruktion der mittelbaren Drittirkung festhalten zu wollen. Das zeigt, dass der Fall (wie auch etwa der *Stadionverbot*-Beschluss) konstruktiv unterschiedlich beurteilt werden kann. Nach der hier vertretenen Ansicht ist im Bürgschaftsbeschluss etwas anders passiert. Es ist weithin unbemerkt „Verfassungsprivatrecht“ entstanden, ein vom BVerfG geschaffenes Privatrecht mit Verfassungsrang (siehe dazu § 5 B. II. 3.).

dd) Weitere Beispiele für die Berücksichtigung der Schutzfunktion im Privatrecht

Die Sachverhaltskonstellationen, in denen die Schutzfunktion zum Tragen kommen sind vielfältig, so dass sie inzwischen auch in zahlreichen Rechtsprechungsbeispielen des BVerfG auftaucht. Ein weiteres prominentes Beispiel ist etwa die Entscheidung des BVerfG zu der Sorgerechtsfrage des Vaters eines nichtehelichen Kindes.¹³⁴ In dieser Entscheidung befasste sich das BVerfG unter anderem mit der Regelung des § 1626a BGB. Dessen zweiter Absatz sah ursprünglich vor, dass ein Kind nicht miteinander verheirateter Eltern rechtlich zunächst allein der Mutter zugeordnet wird und ihr grundsätzlich auch die Personensorge zu übertragen ist. Die Möglichkeit der gemeinsamen Personensorge hing nach der Vorschrift von der Zustimmung der Mutter ab. Das BVerfG erachtete die Norm in einer früheren Entscheidung zunächst noch als verfassungsgemäß,¹³⁵ änderte später aber seine Ansicht. Es sei mit dem in Art. 6 II GG geschützten Elternrecht des Vaters nicht vereinbar, wenn die Realisierung des väterlichen Sorgerechts allein vom Willen der Mutter abhängig gemacht würde und das Gesetz für den Fall der verweigerten Zustimmung auch keine gerichtliche Einzelfallprüfung vorsehe.¹³⁶ Das BVerfG forderte

¹³² BVerfGE 89, 214, 229 (*Bürgschaft*).

¹³³ BVerfGE 89, 214, 229 (*Bürgschaft*).

¹³⁴ BVerfGE 127, 132.

¹³⁵ BVerfGE 107, 150.

¹³⁶ BVerfGE 127, 132, 151 f.; vgl. *Belling/Herold/Kneis*, in: Attila/Belling (Hrsg.), *Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert* (2015), S. 53, 70.

daher den Gesetzgeber (in Erfüllung seiner Schutzpflicht) auf, eine neue Regelung zu schaffen, die die grundrechtlichen Belange des Vaters hinreichend berücksichtige. In der Neufassung ist in § 1626a I Nr. 3 i. V. m. § 1626a II BGB nun auch für den Vater die grundsätzliche Möglichkeit vorgesehen das Sorgerecht zu erlangen. Auf Antrag überträgt das Familiengericht die elterliche Sorge beiden Eltern gemeinsam. Der Gesetzgeber ist seiner Schutzpflicht mit der Neuregelung nachgekommen. Zugleich trifft nun das Familiengericht bei der Anwendung der Norm wiederum eine Pflicht zum Grundrechtsschutz. Um der Schutzpflicht gerecht zu werden, muss die in Art. 6 II GG geschützte elterliche Sorge für unverheiratete Eltern zivilrechtlich in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden.¹³⁷

Ein weiteres Beispiel, in welchem der Gesetzgeber durch das BVerfG in die Pflicht genommen wurde, ist das oben bereits angesprochene Urteil zum Auskunftsanspruch des Kindes gegen die Mutter über die Person seines leiblichen Vaters. Auch dieses Urteil enthält einen Gesetzgebungsauftrag zu Einrichtung eines Verfahrens zur Abstammungsklärung. Durch den darauffolgenden Erlass des § 1598a BGB ist der Gesetzgeber seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nachgekommen.

Die Beispiele zeigen, dass das BVerfG den Gesetzgeber immer wieder an seine grundrechtliche Schutzpflicht erinnert bzw. Gesetzgebungsaufträge erteilt. Das BVerfG wendet die Schutzpflicht also i. d. R. in der Form an, dass es entweder den Gesetzgeber oder die Instanzgerichte „ermahnt“ die Grundrechte zu schützen. Der Gesetzgeber kommt dieser Pflicht durch Schaffung *einfachen* (Zivil-)Rechts nach. Darin liegt ein entscheidender Unterschied zu den Urteilen, in denen das BVerfG selbst Privatrecht schafft. Dieses besitzt nämlich Verfassungsrang (zum „unge- schriebenen Verfassungsprivatrecht“ vgl. unten § 5 B.).

Ausgeklammert wurde bis jetzt die Frage der Reichweite der Schutzpflichten (im Privatrecht). Nach Canaris, der die Privatrechtswirkung der Grundrechte unter Zuhilfenahme der beiden Grundrechtsfunktionen konstruiert, ist die Wirkungskraft der Schutzfunktion schwächer als jene der grundrechtlichen Abwehrfunktion.¹³⁸

2. Maß und Intensität der Schutzwirkung

Die von Canaris vorgeschlagene differenzierende Reichweite der beiden Grundrechtsfunktionen soll zu einem schonenderen Eingriff in die Privatautonomie führen und damit die Eigenständigkeit des Privatrechts weniger gefährden.¹³⁹ Bei der Umsetzung der Schutzpflichten soll deshalb lediglich ein Untermaßverbot eingehalten werden, während bei Anwendung der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber Privaten der Prüfungsmaßstab eines Übermaßverbotes gelte, welcher

¹³⁷ Vgl. *Belling/Herold/Kneis*, in: Attila/Belling (Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert (2015), S. 53, 71.

¹³⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 43 ff.

¹³⁹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 45.

deutlich strenger sei. Darin liegt der Clou seiner Konzeption, erst diese Differenzierung – bzw. der niedrigere Schutzmaßstab gegenüber dem Abwehrmaßstab – führt zu dem von ihm präferierten schonenderen Eingriff in die Privatautonomie.¹⁴⁰ Die Unterscheidung der jeweiligen Wirkungskraft ist nach Canaris auch dogmatisch angebracht und soll auf mehreren Gründen beruhen. Ein Grund sieht er bereits in dem Umstand, dass es bei den Schutzpflichten um die Problematik des Unterlassens geht (s.o. C. II. 1. b)).¹⁴¹ Die Begründungslast des Staates für ein Unterlassen müsse naturgemäß geringer sein als im Bereich des staatlichen Eingriffshandelns.¹⁴² Ein Unterlassen ist nämlich immer nur dann zu beanstanden, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Beim Eingriffshandeln muss der Staat immer nur die *eine* ergriffene Maßnahme legitimieren, während er – bei Annahme des gleichen Schutzmaßstabes – bei der Versagung des Schutzes *alle* unterlassenen Schutzmaßnahmen legitimeren müsste. Anders gewendet wäre beim Eingriffshandeln die grundrechtswidrige Maßnahme schlicht aufzuheben, im zweiten Fall (beim pflichtwidrigen Unterlassen) ist das rechtmäßige Vorgehen nicht im Detail bestimmt. Dieses Problem stelle sich sowohl hinsichtlich der Gesetzgebung als auch hinsichtlich der Rechtsprechung.¹⁴³ Darüber hinaus stehe dem Gesetzgeber bei Umsetzung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten ein weiter Gestaltungsspielraum zu.¹⁴⁴

Dem letztgenannten Argument hält Hager entgegen, dass die Auswahl des Gesetzgebers zwischen unterschiedlichen verfassungsgemäßen Alternativen auf die notwendige Intensität des Schutzes keinen Einfluss habe.¹⁴⁵ Er hält die von Canaris vorgeschlagene differenzierende Reichweite beider Grundrechtsfunktionen insgesamt nicht für überzeugend. Sie führe zu einer Besserstellung desjenigen, der in die Grundrechtssphäre eines anderen eingreife.¹⁴⁶ Der Eingreifende würde nämlich gegenüber einem Unterlassungsanspruch des Beeinträchtigten in den Genuss des starken Schutzes (Übermaßverbot) kommen, während der Beeinträchtigte auf den weniger weitgehenden Schutz durch den Richter verwiesen wäre. Darüber hinaus ließen sich Eingriffsverbots- und Schutzgebotsfunktion nicht immer klar trennen. Derselbe Sachverhalt könne oftmals sowohl unter dem Eingriffs- als auch unter dem Schutzaspekt betrachtet werden.¹⁴⁷ Gegen die Differenzierung der Maßstäbe kann man zudem einwenden, dass sie auf zufällige Ergebnisse hinausläuft, abhängig davon wer klagt. Hätte der BGH im oben besprochenen *Lüth-Urteil* die Unterlas-

¹⁴⁰ So auch *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 219.

¹⁴¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 43.

¹⁴² *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 43.

¹⁴³ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 44.

¹⁴⁴ So auch das BVerfG etwa in BVerfG 89, 214, 234 (*Bürgschaft*); vgl. auch *Stürner*, in: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 310.

¹⁴⁵ *Hager*, JZ 1994, S. 373, 381.

¹⁴⁶ *Hager*, JZ 1994, S. 373, 381; dagegen aber *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 47.

¹⁴⁷ *Hager*, JZ 1994, S. 373, 381 mit einigen Beispielen.

sungsklage abgewiesen, hätte sich Harlan in seiner Verfassungsbeschwerde auf Schutz seiner Kunstrechte berufen müssen. Das diese umgekehrte Prozesssituation zu einer unterschiedlich weitgehenden Überprüfung des gleichen Falles führen soll, wäre kaum überzeugend.¹⁴⁸

Das Motiv von Canaris – der Schutz der Eigenständigkeit des Privatrechts – ist nachvollziehbar, die Annahme einer unterschiedlichen Wirkungskraft der Eingriffsverbots- und der Schutzgebotsfunktion bringt jedoch wie gesehen Folgeprobleme mit sich. Das BVerfG lässt in seiner Rechtsprechung keine klare Maßstabsunterscheidung erkennen.¹⁴⁹ In der Rechtspraxis divergieren Eingriffsverbots- und Schutzgebotsfunktion folglich nicht in ihrer Reichweite.

III. Verhältnis zur mittelbaren Drittwirkung

Die Schutzpflichtenlehre bietet wie gesehen eine Möglichkeit gewisse „Dritt-wirkungskonstellationen“ zu bewältigen. Auch das BVerfG hat von der Schutzfunktion im Privatrecht inzwischen immer wieder Gebrauch gemacht. Man kann daher die Frage stellen in welchem Verhältnis die Schutzpflichtenlehre zu der vom BVerfG im *Lüth-Urteil* entwickelten mittelbaren Dritt-wirkung steht. Auch hinsichtlich dieser Frage ist inzwischen ein diverses Meinungsbild entstanden. Vielfach wird davon ausgegangen, dass zwischen beiden Theorien ein Zusammenhang besteht.¹⁵⁰ Teilweise wird die Schutzpflichtendogmatik als Möglichkeit verstanden die mittelbare Dritt-wirkung dogmatisch abzusichern.¹⁵¹ Indem der Richter die Generalklauseln grundrechtsdeterminiert auslegt, erfüllt er zugleich seine Schutzpflicht. Die mittelbare Dritt-wirkung ist nach diesem Verständnis ein Anwendungsfall der Schutzpflichtenlehre.¹⁵² Sie stellt jedoch keine eigene Grundrechtsfunktion dar und wird mithin letztlich entbehrlich.¹⁵³ Das BVerfG hält zumindest terminologisch bis heute an der Konzeption der mittelbaren Dritt-wirkung fest, wie etwa die aktuelle

¹⁴⁸ Dies betont im Ergebnis zwar auch *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 39 f. Dennoch ist eine dahingehende Gefahr seiner Konzeption nicht von der Hand zu weisen.

¹⁴⁹ *Hager*, JZ 1994, S. 373, 381 m. w. N.

¹⁵⁰ *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 71 ff.; *Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung I (1994), S. 66 ff.; *Badura*, in: FS-Molitor (1988), S. 9; *Canaris*, in: AcP 184 (1984), S. 201, S. 227 f.; *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. (1991), S. 174; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 252 f.; *Belling/Herold/Kneis*, in: Attila/Belling (Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert (2015), S. 53, 86 f.

¹⁵¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 38; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 252 f.

¹⁵² *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 72; *Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung I (1994), S. 67.

¹⁵³ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 253.

Stadionverbotsentscheidung aus dem Jahre 2018 beweist.¹⁵⁴ Auch in der Literatur wird vielfach noch an dieser Konzeption festgehalten.¹⁵⁵ Daraus entsteht wiederum der Eindruck, dass beide Modelle nebeneinanderstehen.¹⁵⁶

Vorstehend wurden beide Konzeptionen dargestellt. Dabei ist aufgefallen, dass beide Ansätze das gleiche „Grundanliegen“ verfolgen, die Eigenständigkeit des Privatrechts zu sichern. Zudem ist deutlich geworden, dass die mittelbare Dritt-wirkung – methodisch betrachtet – enger ist als die Schutzpflichtenlehre. Wie ge-sehen richtet sich erstere ausschließlich an den Zivilrichter, während sich die Schutzfunktion auch bzw. primär an den Gesetzgeber richtet. Bei genauem Hinsehen ist die Lehre von der mittelbaren Dritt-wirkung aber auch im Zivilrechtsstreit me-thodisch enger gefasst. Nach dieser Konzeption kommen grundrechtliche Wertungen nur über die Generalklauseln in das Privatrecht. Es bedarf also immer eines Ein-fallstores. Fehlt es im Einzelfall an einer passenden bürgerlich-rechtlichen Norm als Anknüpfungspunkt, hilft die mittelbare Dritt-wirkung nicht weiter.¹⁵⁷ Nach der Schutzpflichtenlehre trifft den Zivilrichter aber auch dann noch eine Schutzpflicht (Art. 1 III GG). Erfüllt der Gesetzgeber seine bestehende Schutzpflicht nicht, hat die Rechtsprechung die Schutzpflicht statt seiner – notfalls im Wege der lückenfüllenden Rechtsfortbildung – zu erfüllen.¹⁵⁸ Insofern bedarf es also keines Einfallstores, sondern es genügt die bestehende Schutzpflicht des Richters. Etwaige gesetzliche Schutzlücken werden durch ihn ausgefüllt. Statistisch gesehen dürfte das jedoch äußerst selten vorkommen.

Beim Bestehen einer Generalklausel kann man dann von „schutzpflichtenkon-former Auslegung des Gesetzes durch den Richter“ sprechen.¹⁵⁹ Dann ist die mit-telbare Dritt-wirkung als Anwendungsfall der Schutzpflicht zu verstehen. Die Grundrechte wirken nur mittelbar auf das Privatrecht ein, wenn eine Schutzpflicht des Richters besteht. Nur in diesen Fällen kann (und muss) der Richter die Grund-rechte bei der Auslegung der Generalklauseln berücksichtigen. Eine Unterscheidung kann man dennoch dahingehend ausmachen, dass die Anhänger der Schutzpflich-tendogmatik das „Wie“ der Privatrechtswirkung anders gestalten. Die Annahme einer „objektiven Wertordnung“ sei nicht notwendig, um eine Privatrechtswirkung sicherzustellen. Vielmehr soll ein Rekurs auf die herkömmlichen Grundrechts-

¹⁵⁴ BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*).

¹⁵⁵ Dreier, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Vorb. Rn. 98 m. w. N., der die Lehre von der mittelbaren Dritt-wirkung als nach wie vor herrschend betrachtet; vgl. ferner Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 63 ff.; Jarass, in: Jarass/Pieroth GG Kommentar, 17. Aufl. (2022), Vorb. Vor Art. 1 Rn. 12 ff., 33 f.

¹⁵⁶ So etwa H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte (1993), S. 42.

¹⁵⁷ Badura, in: FS-Molitor (1988), S. 1, 9; Rüfner, in: Gedächtnisschrift Martens (1987), S. 215, 225 f.; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 71 ff.; Starck, Praxis der Verfassungsauslegung I (1994), S. 72; Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. (1991), S. 171.

¹⁵⁸ So auch Neuner, NJW 2020, S. 1851, 1853; vgl. ferner BGHZ 26, 349.

¹⁵⁹ Starck, Praxis der Verfassungsauslegung I (1994), S. 67.

funktionen (Abwehr- und Schutzfunktion) genügen.¹⁶⁰ Damit verbunden ist eine Kritik am Begriff der „Ausstrahlungswirkung“, welcher dazu verfüre, eine stark einzelfallbezogene Abwägungslösung zu suchen.¹⁶¹

Die mittelbare Drittewirkung bleibt in der Rechtsprechung weiter als eigenständige Konzeption bestehen. Zwar wird etwa in der oben besprochenen Handelsvertreterentscheidung des BVerfG der Zusammenhang der Konzeptionen sichtbar, in späteren Entscheidungen spricht das BVerfG allerdings wieder alleine von der mittelbaren Drittewirkung.¹⁶² Die Konzeption der mittelbaren Drittewirkung wird daher voraussichtlich auch in Zukunft als „eigene“ Konzeption bestehen bleiben und nicht nur als Unterfall der Schutzpflicht verstanden werden. Für die vorliegende Arbeit kann jedenfalls festgehalten werden, dass die Grundrechte nach beiden Konzeptionen das Privatrecht beeinflussen können und gegebenenfalls sogar müssen (Schutzpflicht).

D. Privatrechtswirkung anhand „üblicher“ Grundrechtsfunktionen

Nach den Anhängern der Schutzpflichtenlehre vermag die Schutzfunktion die Privatrechtswirkung der Grundrechte allein nicht darzustellen.¹⁶³ Im Schrifttum werden daher die Überlegungen zur Schutzfunktion mit der abwehrrechtlichen Funktion kombiniert, um zu einer konsistenten Dogmatik der Privatrechtswirkung zu gelangen.¹⁶⁴ Die beiden Funktionen sollen sich dabei wechselseitig ergänzen. Die Lüth-Konstellation lässt sich wie unter B. IV. dargestellt mit der Abwehrfunktion bewältigen. Für die Böll-Konstellation bedürfe es dagegen der Schutzfunktion. Die Grundrechte kommen danach auch im Privatrecht in ihren „herkömmlichen“ Funktionen zur Anwendung. Das lässt sich – wie gesehen – auf drei Arten konstruieren: (1) alleine als Eingriff und damit die Abwehrfunktion betreffend (sofern das grundrechtsgebundene Gericht durch Stattgabe der Klage in die Grundrechte des Beklagten eingreift); (2) alleine als Schutzpflichtverletzung (sofern das Gericht seine Pflicht verletzt das Grundrecht des betr. Privaten zu schützen) und (3) entweder als Eingriff oder als Schutzpflicht, je nachdem, ob das Gericht durch Stattgabe der Klage in die Grundrechte des einen Privaten eingreift bzw., ob es das Gericht durch Abweisung der Klage unterlassen hat die Grundrechte des anderen Privaten zu schützen.

¹⁶⁰ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 32.

¹⁶¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 53.

¹⁶² Vgl. u.a. BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*); BVerfG NJW 2015, S. 2485 (*Bierdosen-Flashmob*).

¹⁶³ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 253 m.w.N.

¹⁶⁴ *Canaris*, in: AcP 184 (1984), S. 201, 228; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 253; *ders.*, JuS 2020, S. 1, 3 m.w.N.

Wie unter C. II. 2. dargestellt, besteht jedoch keine Einigkeit hinsichtlich einer womöglich divergierenden Wirkungskraft beider Funktionen.¹⁶⁵

Unter B. IV. und C. II. wurde aufgezeigt, wie die jeweils einschlägigen „Dritt-wirkungsfälle“ mit den herkömmlichen Grundrechtsfunktionen bewältigt werden sollen. Wie bereits erwähnt wird jüngst auch vertreten, dass sich jegliche Konstellationen „abwehrrechtlich“ konstruieren ließen.¹⁶⁶ Sowohl Verurteilung als auch Klageabweisung sind danach als „Eingriff“ in die Grundrechte des Betroffenen zu verstehen.¹⁶⁷ Den Ansätzen ist jedenfalls gemein, dass ihre Vertreter davon ausgehen, dass man die Konstruktion der „mittelbaren Dritt-wirkung“ nicht braucht, um den Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht sicherzustellen.¹⁶⁸

Neben den bisher dargestellten Modellen gibt es noch eine weitere bekannte Konzeption zur Begründung der Privatrechtswirkung von Grundrechten: die unmittelbare Dritt-wirkung.

E. Unmittelbare Dritt-wirkung

Zu Beginn der Dritt-wirkungsdebatte wurde gelegentlich eine unmittelbare Dritt-wirkung der Grundrechte befürwortet.¹⁶⁹ Das BAG folgte dieser Lehre sogar bis in die achtziger Jahre hinein.¹⁷⁰ Unmittelbare Dritt-wirkung meint im Kern die Grundrechtsgebundenheit bzw. Adressateneigenschaft Privater. Der einzelne Bürger ist danach ebenso wie der Staat gegenüber anderen Bürgern unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Wenn vorliegend von unmittelbarer Dritt-wirkung gesprochen wird, ist die unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte gemeint. Wenn etwa Hager davon spricht, dass die Grundrechte gegenüber bürgerlich-rechtlichen Gesetzen und gegenüber rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen „unmittelbar wirken“¹⁷¹ ist damit keine Aussage hinsichtlich der Adressaten der Grundrechte getroffen. Um Missverständnisse zu vermeiden spricht etwa Canaris in solchen Fällen von unmittelbarer *Geltung* der Grundrechte.¹⁷² Ansonsten könnte auch die unmittelbare Bindung des Privatrechtsgesetzgebers als „unmittelbare Dritt-wirkung“ be-

¹⁶⁵ Vgl. oben C. II. 3.

¹⁶⁶ Vgl. Michl, JURA 2017, S. 1062, 1066 f.

¹⁶⁷ So auch Augsberg/Viellechner, JuS 2008, S. 406, 407 f.

¹⁶⁸ Vgl. Michl, JURA 2017, S. 1062, 1070 m. w. N. sowie Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 93.

¹⁶⁹ Vgl. u.a. Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht (1961); Leisner, Grundrechte und Privatrecht (1960); Koll, Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Dritt-wirkung der Grundrechte (1961); Gamillscheg, in: AcP 164 (1964), S. 385, 419 ff.

¹⁷⁰ BAGE 1, 185, 193; 13 168, 174; 31, 67, 71.

¹⁷¹ Hager, JZ 1994, S. 373, 383.

¹⁷² So auch Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 35.

zeichnet werden.¹⁷³ Ähnliches gilt auf europäischer Ebene für den Begriff des „*direct horizontal effect*“, welcher teilweise undifferenziert mit dem Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit (also dem *direct effect*) gleichgesetzt wird (vgl. noch unten unter § 4 B. III. 1.).¹⁷⁴ Macht etwa eine Vertragspartei in einem Rechtsstreit mit Erfolg geltend, dass eine regulative Vorschrift die Unternehmerfreiheit aus Art. 16 GRCh verletzt, so würde die unmittelbare Anwendbarkeit des Grundrechts in Verbindung mit dessen Anwendungsvorrangs dazu führen, dass die in Rede stehende regulative Vorschrift nicht anzuwenden wäre.¹⁷⁵ Dies könnte zwar unmittelbare Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer bestimmten Vertragsklausel haben, dennoch würde man hier keinesfalls von Privaten als Grundrechtsadressaten sprechen. Mit diesem Verständnis spricht man nur dann von unmittelbarer Drittewirkung, wenn sich die Grundrechte unmittelbar gegen Subjekte des Privatrechts richten und diese damit zu Adressaten macht.

I. Juristische Konstruktion und dogmatische Begründung

Die juristische Konstruktion der unmittelbaren Drittewirkung ist recht simpel. Jeder Bürger ist im Privatrechtsverhältnis Adressat der Grundrechte und unterliegt damit (wie der Staat) der Grundrechtsbindung. Eine irgendwie geartete Mitteilung, welche die Komplexität der bereits dargestellten Konstruktionen ausgemacht hat, findet indes nicht statt.

Dogmatisch stützt sich die Lehre von der unmittelbaren Drittewirkung im Wesentlichen auf drei Argumentationslinien.¹⁷⁶ Zunächst solle es darum gehen die Grundrechte als Höchstwerte auch im gesellschaftlichen Leben effektiv und allseitig zu sichern.¹⁷⁷ Die Grundrechte bedürfen danach auch im Bereich des Privatrechts eines umfassenden Schutzes. Dieser wird durch deren unmittelbare Anwendung im Privatrechtsverhältnis sichergestellt.

¹⁷³ Generell ablehnend hinsichtlich des Begriffs der unmittelbaren Drittewirkung vgl. etwa *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 18 f. Der Begriff „Dritt“-Wirkung suggeriere, dass ein Dritter im Spiel sei. Mit „Dritter“ könne sinnvollerweise nur der Staat gemeint sein. Nach der Ansicht *Kulicks* gibt es jedoch „Horizontalwirkungskonstruktionen“ welche nicht staatsmediatisiert sind. Er spricht dabei von „unmittelbaren grundrechtlichen Rechtsverhältnis[en] zwischen Privaten“, vgl. a. a. O., S. 19.

¹⁷⁴ Vgl. dazu *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 200 m. w. N.

¹⁷⁵ Vgl. zu diesem Beispiel *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Privatrecht (2016), S. 201 f.

¹⁷⁶ Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 12 f.

¹⁷⁷ *Gamillscheg*, in: AcP 164 (1964) S. 385, 404 ff.; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht (1961), S. 14 f.

Zweitens spreche auch die historische Entwicklung für eine „absolute Wirkung“ der Grundrechte.¹⁷⁸ So wäre zwar die Bedeutung der Grundrechte im 19. Jahrhundert ausschließlich in ihrer Staatsbezogenheit gesehen worden, zeitlich näher am Grundgesetz sei aber die Zeit der Weimarer Reichsverfassung. Diese hätte ausdrücklich einzelne Grundrechte auf das gesamte Rechtsleben – also auch auf den Privatrechtsverkehr – erweitert.¹⁷⁹ Grundrechte fungieren danach als „Ordnungssätze für die gesamte Rechtsordnung“.¹⁸⁰ Später bezeichnete Nipperdey diese Ordnungssätze auch als Werte und behandelte sie in der Weise, dass sie das Privatrecht modifizieren und in diesem unmittelbar zur Anwendung gelangen. Insoweit rekurriert Nipperdey und die ihm folgende Lehre auf ein Verständnis der Grundrechte als Werte. Die Begründung, warum Grundrechte im Privatrecht gelten sollen, überschneidet sich insoweit mit den Ansätzen mittelbarer Drittewirkung, welche die Privatrechtswirkung damit begründen, dass der Grundrechtsabschnitt ein „Wertesystem“ bzw. eine „Wertordnung“ darstelle, der für alle Bereiche des Rechts gelte. Auch das BVerfG versteht die Grundrechte bis heute als „Werte“ wie etwa die Begründung im *Stadionverbots*-Beschluss beweist.¹⁸¹

Das wohl zentralste (dritte) Argument ist, dass die Grundrechte einen Bedeutungswandel erfahren hätten. Bedrohungen würden nicht alleine von staatlicher Seite kommen, sondern auch von privater Seite, gedacht sei dabei insbesondere an Machtasymmetrien die auf Seiten des Schwächeren zu erheblichen grundrechtlichen Beeinträchtigungen führen können.¹⁸² Insoweit muss auch im gesellschaftlichen Leben vor „sozialen Gewalten“ geschützt werden.¹⁸³ Manche Befürworter der unmittelbaren Drittewirkung machen die Grundrechtsgefährdung durch eine „soziale Gewalt“ sogar zur eigenständigen Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Lehre.¹⁸⁴ Im Ergebnis könne Machtasymmetrien jedenfalls durch die unmittelbare Grundrechtsbindung Privater effektiv entgegengewirkt werden.

An dieser Stelle sei noch erwähnt, dass in der Literatur oftmals Artikel 9 III 2 GG als Beleg für eine unmittelbare Drittewirkung verstanden wird.¹⁸⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht hat Artikel 9 III 2 GG ersichtlich eine andere Qualität und kann

¹⁷⁸ Leisner, Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 335 ff.; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht (1961), S. 16 f.

¹⁷⁹ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht (1961), S. 17; ebenso Leisner, Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 52–112.

¹⁸⁰ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht (1961), S. 14.

¹⁸¹ BVerfGE 148, 267, 280 (*Stadionverbot*).

¹⁸² H. C. Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht (1961), S. 16 f.

¹⁸³ Nipperdey, DVBl. 1958, S. 445, 447; Wespi, Die Drittewirkung der Freiheitsrechte (1968), S. 3 ff.; Laufke, in: FS-Lehmann I (1956), S. 145, 147.

¹⁸⁴ Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht (1989), S. 35 f.; Nicklisch, JZ 1976, S. 105, 108; zum Ganzen Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 12 f.

¹⁸⁵ H. Bauer, in: Dreier GG Kommentar, 3. Aufl. (2013), Bd. I, Art. 9 Rn. 88 f. m. w. N.

als Beispiel von geschriebenem „Verfassungsprivatrecht“ eingestuft werden (siehe § 5 A. I.).

II. Die allseits monierten Schwächen des Modells

Die unmittelbare Drittirkung hat sich bekanntlich nicht durchsetzen können, gegen sie sprechen gewichtige Argumente. Zentrales Argument ist bereits der Wortlaut des Art. 1 III GG. Nach diesem sind eben nur die staatlichen Gewalten an die Grundrechte gebunden, nicht aber Private.¹⁸⁶ Darüber hinaus schlägt auch die historische Interpretation der Befürworter der unmittelbaren Drittirkung fehl. Wie die Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates vom 06.05.1949 zeigt, sollten auch die Grundrechte des GG als staatsgerichtete Abwehrrechte ausgestaltet werden. In dem Bericht heißt es:

„In den Grundrechten sollte also das Verhältnis der Einzelnen zum Staat geregelt werden, der Allmacht des Staates Grenzen gesetzt werden.“¹⁸⁷

Darüber hinaus wird oftmals auch ein systematisches Argument gegen die unmittelbare Drittirkung in Feld geführt. Nur im Falle des Art. 9 III S. 2 GG werde die Wirkung eines Grundrechts ausdrücklich auf Private erstreckt (siehe zu Art. 9 III 2 noch unten § 5 A. I.). Für diejenigen Grundrechte, die eine solche Wirkung nicht ausdrücklich anordnen – mithin alle anderen Grundrechte des GG –, müsse eine Grundrechtsbindung aller gegenüber allen daher ausscheiden.¹⁸⁸ Eine unmittelbare Drittirkung würde zudem den Sinn und Zweck der Grundrechte gefährden.¹⁸⁹ Abwehrrechte gegen den Staat würden zu Pflichten gegenüber anderen Mitbürgern.¹⁹⁰ Das würde im Ergebnis nicht zu mehr, sondern zu weniger Freiheit des Einzelnen führen.

¹⁸⁶ Gegen dieses Wortlautargument hat sich jüngst *Kulick* ausgesprochen, welcher Art. 1 III GG nicht als zwingenden Ausschlussgrund für eine Bindung Privater betrachtet, vgl. *ebd.*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 229.

¹⁸⁷ Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 06.05.1949, S. 6.

¹⁸⁸ Vgl. *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 269 m. w. N.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 34 ff.; dieses *argumentum e contrario* hält *Kulick* wiederum nicht für zwingend, vgl. *ebd.*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 229 f.

¹⁸⁹ Vgl. *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 269.

¹⁹⁰ *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 269; dagegen hat sich wiederum *Kulick* gewandt in: Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 157 f., 309 ff., 394 ff., 412, 415 ff., 421 ff.: Die beiden Privaten seien Inhaber sich wechselseitig gegenüberstehender Grundrechtspositionen. Das Grundrechteverhältnis sei daher ein „reflexives“. Eine Grundrechtspflicht treffe Private nicht in gleicher Weise wie den Staat, da diese nicht nur grundrechtsverpflichtet, sondern auch grundrechtsberechtigt seien (vgl. zu seiner Konzeption der sog. „zweistufigen Anwendung“ noch unten § 3 F.).

Das wohl bedeutendste Gegenargument ist, dass die unmittelbare Drittwirkung einen weitgehenden Verlust der Eigenständigkeit des Privatrechts zur Folge hat.¹⁹¹ Sie führt zu einer Überfrachtung des Privatrechts mit verfassungsrechtlichen Wertungen.¹⁹² Dürig und die ihm folgende Lehre hat schon früh darauf hingewiesen, dass eine unmittelbare Drittwirkung die Grundrechte von Freiheitsgarantien Privater zu Pflichten Privater denaturiere.¹⁹³ Die unmittelbare Drittwirkung lässt sich damit nicht mit der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie vereinbaren. Danach dürfen die Privaten ihre Rechtsbeziehungen untereinander grundsätzlich frei gestalten. Flume spricht in diesem Zusammenhang von der „Selbst Herrlichkeit“ des Privaten.¹⁹⁴ Insbesondere eine Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz würde schlicht das „Ende der Privatautonomie“ bedeuten.¹⁹⁵ Überdies wäre gerade im Bereich des Vertragsrechts nicht viel gewonnen, da sich im Privatrechtsstreit beide Parteien unmittelbar auf ihre Grundrechte berufen könnten.¹⁹⁶ Es wird auf Seiten des Fachgerichts oftmals große Unsicherheit bestehen, welchem der Grundrechte der Vorzug zu geben ist. Im demokratischen Rechtsstaat obliegt es aber primär dem Gesetzgeber, die Freiheitssphären zwischen den Privaten abzugrenzen und verschiedene kollidierende Grundrechtspositionen (durch Schaffung einfachen Rechts) in Ausgleich zu bringen.¹⁹⁷ Insoweit ist die unmittelbare Drittwirkung auch aus Gründen der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit abzulehnen.¹⁹⁸

¹⁹¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 34 f.; anders wiederum *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 47 f., 60 ff. unter Verweis auf *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 361, 371 f. *Leisner* sieht in der „direkten Geltung“ der Grundrechte gerade ein Instrument, um die Eigenständigkeit des Privatrechts zu wahren. *Kulick* unterstreicht diese Ansicht mit seiner Beobachtung, dass die „Anwendungskonstruktionen“ (unmittelbare Drittwirkung) die Kompetenzen zugunsten der Zivilgerichtsbarkeit verschöben, vgl. a. a. O. zusammenfassend S. 61 f., 75, 97 f.

¹⁹² *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 316.

¹⁹³ *Dürig*, in: FS-Nawiasky (1956), S. 157, 167; *W. Höffling*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. (2021), Art. 1 Rn. 116 f.; *W. Kahl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG, Lfg. 218 (Dezember 2022), Art. 1 Abs. 3 Rn. 290 ff., jeweils m. w. N.

¹⁹⁴ *W. Flume*, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages (1960), Bd. 1, S. 135, 135, 147.

¹⁹⁵ *E. Picker*, JZ 2002, S. 880, hier jedoch in Bezug auf das AGG.

¹⁹⁶ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 38.

¹⁹⁷ *Guckelberger*, JuS 2003, S. 1151, 1153.

¹⁹⁸ *Erichsen*, JURA 1996, S. 527, 530; *Guckelberger*, JuS 2003, S. 1151, 1153, jeweils m. w. N.

III. Zumindest situative unmittelbare Drittwirkung in der Rechtsprechung des BVerfG – Stadionverbot und Co.

Die Debatte um die unmittelbare Drittwirkung ist durch eine Reihe jüngerer Entscheidungen des BVerfG erneut entfacht worden, die in der Entscheidung zum Stadionverbot¹⁹⁹ ihren vorläufigen Höhepunkt gefunden hat. In bestimmten Situationen sollen nach diesen Entscheidungen nun auch private Akteure wie der Staat – und damit im Ergebnis unmittelbar – an die Grundrechte gebunden werden.

Als Ausgangspunkt dieser neuen „Rechtsprechungslinie“ wird die Fraport-Entscheidung²⁰⁰ aus dem Jahre 2011 angesehen. Die Entscheidung befasste sich mit der Frage der Geltung der Versammlungsfreiheit im Frankfurter Flughafengebäude. In einem *obiter dictum* führte das BVerfG aus, dass Private „ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden [...] wie traditionell der Staat“.²⁰¹ Das soll insbesondere dann gelten, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung treffe. Die Fraport AG befand sich als gemischtwirtschaftliches Unternehmen jedoch überwiegend in öffentlicher Hand, so dass dessen Grundrechtsbindung nicht unbedingt revolutionär erschien. Terminologisch sprach das Gericht in diesem Fall weiterhin von der „mittelbaren Drittwirkung“.

In der Bierdosen-Flashmob-Entscheidung²⁰² aus dem Jahre 2015 ging es allerdings um eine rein private GmbH & Co. KG. Die Veranstalter eines „Bierdosen-Flashmobs für die Freiheit“ hatten sich vor den Zivilgerichten erfolglos gegen ein Hausverbot gewendet, dass die GmbH & Co. KG ihnen gegenüber ausgesprochen hatte. Hier hat das BVerfG den Ansatz erneut aufgegriffen und ausgeführt, dass Private „ähnlich oder auch genauso weit wie der Staat durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden [können], insbesondere, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“.²⁰³ Das Gericht wollte seine langjährige Konzeption offensichtlich noch immer nicht aufgeben und sprach daher von einer Verpflichtung des Privaten „im Wege der mittelbaren Drittwirkung“. Einige Literaturstimmen sehen diese Entscheidungen und die danach ergangene Stadionverbotsentscheidung (2018) als Abkehr des BVerfG von seiner bisherigen Rechtsprechungslinie: das BVerfG binde neuerdings – zumindest situativ – auch Private an die Grundrechte.²⁰⁴ Der

¹⁹⁹ BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*).

²⁰⁰ BVerfGE 128, 226 (*Fraport*).

²⁰¹ BVerfGE 128, 226, 249 (*Fraport*).

²⁰² BVerfG NJW 2015, 2485 (*Bierdosenflashmob*).

²⁰³ BVerfG NJW 2015, 2485, 2486 (*Bierdosenflashmob*).

²⁰⁴ Michl, JZ 2018, S. 910; Hellgardt, JZ 2018, S. 901; Jobst, NJW 2020, S. 11; dagegen scheint Ruffert davon auszugehen, dass der Fall über eine weitere Ausstrahlungs- und Wertentscheidungsargumentation gelöst wurde, vgl. Common sense statt strikte Dogmatik? Zutreffendes aus Karlsruhe zu Stadionverboten, in: Verfassungsblog v. 30.04.2018.

Sache nach könne in diesen Fällen daher von „unmittelbarer Drittirkung“ gesprochen werden.²⁰⁵

In der Stadionverbotsentscheidung²⁰⁶ ging es um die Frage nach der Zulässigkeit eines von einem Fußballverein im Namen des deutschen Fußballbundes ausgesprochenes bundesweites Stadionverbot gegenüber einem angeblich gewalttätigen Fan (zu der Entscheidung vgl. auch unten § 5 B. III.). Der Adressat des Verbots wehrte sich gegen dieses Verbot zunächst vor den Zivilgerichten und später vor dem BVerfG. Das BVerfG begrenzte das privatrechtliche Hausrecht des Vereins durch eine – nach seiner Diktion – „mittelbaren Drittirkung“ des Art. 3 I GG. Aus Artikel 3 I GG leitete das BVerfG dabei konkrete Pflichten des Privaten (Vereins) zur Sachverhaltsklärung, zu einer Anhörung des Betroffenen sowie zur Begründung der Entscheidung des erteilten Stadionverbots ab.²⁰⁷ Ähnlich wie in den Fällen einer Monopolstellung oder einer „strukturellen Überlegenheit“ (vgl. zu diesem Topos des BVerfG noch unten § 5 B. II. 3.) dürfe der Verein seine aus dem Hausrecht resultierende Entscheidungsmacht „nicht dazu nutzen bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen“.²⁰⁸ Im Schriftum wurde diese Passage der Urteilsbegründung teilweise als Beweis für eine (zumindest situative) staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater durch das BVerfG angesehen.²⁰⁹ Eine allgemeine Grundrechtsbindung Privater sei damit zwar nicht statuiert worden.²¹⁰ In „spezifischen Konstellationen“²¹¹ würde das BVerfG sie aber offensichtlich befürworten. Hier soll die Grundrechtsbindung Privater derjenigen des Staates „nahe oder auch gleich kommen“.²¹² Jedenfalls komme Art. 3 I GG – anders als es die Terminologie des BVerfG suggeriert – nicht im Wege der mittelbaren Drittirkung zur Geltung. Für eine mittelbare Drittirkung bedarf es wie oben (unter B.) gesehen immer einer einfachgesetzlichen Norm als Einfallstor. Der Sache nach geht es in dem Fall um einen Kontrahierungszwang (vgl. noch unten § 5 B. III.). Als Anknüpfungspunkt wäre daher § 826 BGB in Betracht gekommen, aus welchem schon das RG für marktbeherrschende Unternehmen einen solchen abgeleitet hat. Das BVerfG ist in der Entscheidung jedoch weitergegangen und hat – jedenfalls nach dem Ver-

²⁰⁵ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 902 f.

²⁰⁶ BVerfGE 148, 267 (*Stadionverbot*).

²⁰⁷ Das BVerfG spricht von „verfahrensrechtliche Anforderungen“ vgl. noch unten § 5 B. III.

²⁰⁸ BVerfGE 148, 267, 284 (*Stadionverbot*).

²⁰⁹ Michl, JZ 2018, S. 910, 917; ferner Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 902; Jobst, NJW 2020, S. 11, 12 f.; W. Kahl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG, Lfg. 218 (Dezember 2022), Art. 1 Abs. 3 Rn. 295, 296 m. w. N.; Kulick erachtet den Fall als „Grenzfall“ und lässt offen, ob sich das BVerfG nach seiner Diktion hier zu einem „Anwendungssatz“ (unmittelbare Grundrechtsbindung Privater) bekannt hat, vgl. in: Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 207 ff.

²¹⁰ Michl, JZ 2018, S. 910, 911.

²¹¹ So die Diktion des BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung, vgl. BVerfGE 148, 267, 282.

²¹² Vgl. bereits BVerfGE 128, 226, 249 (*Fraport*).

ständnis einiger Literaturstimmen – unmittelbar aus Art. 3 I GG Pflichten für eine Sachverhaltsermittlungs-, Anhörungs- oder Entscheidungsbegründungspflicht abgeleitet.²¹³ Spätestens für diese Pflichten fehle es aber an einem hinreichenden gesetzlichen Anknüpfungspunkt, so dass die mittelbare Drittirkung gar nicht in Betracht kommt. Die Rede von der mittelbaren Drittirkung sei damit letztlich zu einer reinen Floskel verkommen.²¹⁴

Eine Erweiterung dieser Rechtsprechungslinie auf andere Monopolsituationen oder Fälle „struktureller Überlegenheit“ ist jedenfalls nicht unwahrscheinlich. Bei „Giganten wie Facebook“²¹⁵ oder Google erscheint eine „situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung“ zumindest auf einer höheren Abstraktionsebene nachvollziehbar. Dennoch geht mit dieser Rechtsprechung die Gefahr einer beträchtlichen Ausweitung der vom Gericht wenig spezifizierten „spezifischen Konstellationen“ der Grundrechtsbindung Privater einher.²¹⁶ Das BVerfG scheint Machtasymmetrien durch staatsähnliche Grundrechtsbindung Privater ausgleichen zu wollen.²¹⁷ Das birgt die Gefahr einer weitgehenden grundrechtlichen Überformung von Privatrechtsverhältnissen, die sich – insbesondere bei der unmittelbaren Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 I GG im Vertragsrecht – kaum mit der nach Art. 2 I GG (ebenfalls) verfassungsrechtlich gewährleisteten Privatautonomie vereinbaren lässt. Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Stadionverbotsentscheidung ohnehin eine andere Qualität. Das BVerfG hat in diesem Fall Zivilrecht mit Verfassungsrang geschaffen, mithin ist „Verfassungsprivatrecht“ entstanden (vgl. unten § 5 B. III.).

Die Stadionverbotsentscheidung hat die „Drittirkungsdebatte“ zumindest wieder angeheizt. Das letzte Wort scheint bis heute nicht gesprochen. Auch auf europäischer Ebene wird die Problematik aufgrund einiger aktueller Entscheidungen des EuGH wieder kontrovers diskutiert (siehe unten § 4 B. III.). Der Umstand, dass die „Drittirkungsdebatte“ bis heute nicht beigelegt ist, beweist auch die kürzlich erschienene Habilitationsschrift Kulicks, in welcher er für sein entwickeltes Modell der Horizontalirkung wirbt.

F. Kulicks „zweistufige Anwendung“

Den allseits bekannten Modellen der Privatrechtswirkung der Grundrechte hat jüngst Kulick eine weitere Alternative an die Seite gestellt. Nachfolgend wird zunächst die juristische Konstruktion seiner Konzeption dargestellt (das „Wie“ der

²¹³ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 902 m. w. N.; Michl, JZ 2018, S. 910, 911, 917.

²¹⁴ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 902.

²¹⁵ Vgl. W. Janisch, Süddeutsche Zeitung (28.04.2018), S. 6; Michl, 2018, S. 910, 917.

²¹⁶ So auch Michl, JZ 2018, S. 910, 917 m. w. N., der Beispiele für denkbare Fallkonstellationen liefert.

²¹⁷ So Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 675.

Privatrechtswirkung²¹⁸). Sodann wird seine dogmatische Begründung, warum die Grundrechte im Privatrechtsverhältnis gelten sollen (das „Ob“ der Privatrechtswirkung) aufgezeigt. In der Folge wird die Konzeption an zwei Fallbeispielen exemplifiziert sowie anschließend kritisch beleuchtet.

I. Juristische Konstruktion

Für sein Modell der „zweistufigen Anwendung“ nimmt Kulick die Urteilsbegründung des EuGH in der Rechtssache *Egenberger*²¹⁹ zum Vorbild (er spricht recht plastisch von „Egenberger auf deutsch“²²⁰). In dieser Rechtssache hatte der EuGH dem nationalen Gericht ein zweistufiges Vorgehen vorgegeben (siehe zu Rs. *Egenberger* noch unten § 4 B. III. 2.). Zunächst solle das Gericht die nationale Rechtsvorschrift unionrechtskonform auslegen (erste Stufe). In der Rechtssache ging es um eine richtlinienkonforme Auslegung des § 9 AGG. Wenn dies „nicht möglich“ sei (Grenze ist die „contra legem“ Interpretation nationalen Rechts), müsse dem zwingenden Charakter des Unionsrechts (hier dem Diskriminierungsgrundsatz) anderweitig Rechnung getragen werden. Der EuGH rekurrierte hierfür unmittelbar auf Artikel 21 GRC (welcher sodann die Nichtanwendung des § 9 AGG zur Folge hat) bzw. gemäß Kulick auf das unmittelbare „(unions-)grundrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis“ zweier Privater (zweite Stufe). Dieses für das europäische Mehrebenensystem entworfene Modell möchte Kulick nach Vornahme einiger Adaptionen auf nationale Sachverhalte übertragen.

Während in der Rechtssache *Egenberger* auf der „ersten Stufe“ zunächst eine unionsrechtskonforme Auslegung (in Form einer richtlinienkonformen Auslegung einer nationalen Rechtsvorschrift) vorgenommen werden soll, markiert das Äquivalent der ersten Stufe im nationalen Recht eine Auslegung einfachrechtlicher Vorschriften anhand der Grundrechte.²²¹ Genauer gesagt soll die Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften durch das Abwägungsergebnis der widerstreitenden, sich unmittelbar gegenüberstehenden Grundrechtspositionen zweier Privater bestimmt werden. Im Unterschied zu den oben dargestellten Modellen mittelbarer Privatrechtswirkung²²² geht Kulick jedoch auch im Privatrecht stets (wie die Anhänger der unmittelbaren Drittirkung) vom Bestehen eines unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses zweier Privater aus. Entgegen der allgemeinen Lesart des Art. 1 III GG ist Kulick der Ansicht, dass auch Private unmittelbar an die Grundrechte

²¹⁸ Kulick spricht insofern von der Geltung der Grundrechte im Privatrecht, zu der terminologischen Frage vgl. *ebd.*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 15 ff.

²¹⁹ EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), EuZW 2018, 381.

²²⁰ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 76.

²²¹ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 77.

²²² Kulick spricht von *Geltung* der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis. Zu der Frage der Terminologie vgl. *ebd.*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 15 ff.

gebunden sind.²²³ Im Unterschied zur unmittelbaren Drittirkung wird das Grundrechtsverhältnis jedoch zunächst durch eine Auslegung einfachrechtlicher Vorschriften mediatisiert (erste Stufe). Nach eigner Aussage unterscheidet sich die erste Stufe äußerlich daher nicht von anderen Modellen mittelbarer Grundrechtsgeltung.²²⁴ Der Unterschied bestehe aber darin, dass es für die Grundrechtsgeltung keiner Einschaltung staatlicher Gerichte bedarf (bei den anderen Modellen bedarf es wie gesehen des grundrechtsgebundenen Richters). Insoweit besteht eine gesetzliche, nicht aber eine staatliche Mediatisierung.²²⁵ Damit möchte er unter anderem der Sorge der „Prozessakzessorietät“ begegnen.²²⁶ Mediatisiert ist die Anwendung auf der ersten Stufe nur, da nicht sofort (wie bei der unmittelbaren Drittirkung) ausschließlich auf das „unmittelbare grundrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis“ der privaten Parteien rekurriert wird, sondern dieses zunächst die Auslegung der einfachrechtlichen Vorschrift bestimmt.

Aus der Rechtssache *Egenberger* folgert Kulick für seine Konzeption ferner, dass die sich unmittelbar gegenüberstehenden Grundrechtspositionen zweier Privater im Wege einer (modifizierten) Verhältnismäßigkeitsprüfung in Einklang zu bringen sein.²²⁷ Bei der Verhältnismäßigkeit im Falle der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten gilt es nach Kulick jedoch zu beachten, dass sich hier reflexive grundrechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnisse gegenüberstehen. Der Ausgleich könne aufgrund der Reflexivität nicht gleicher Art wie im Staat-Bürger-Verhältnis sein. So sei etwa der legitime Zweck bereits indiziert.²²⁸ Greift der (auch) grundrechtsberechtigte Private mit seinem Verhalten in die Grundrechte eines anderen Privaten ein, liege der legitime Zweck seines Handelns bereits in diesem Handeln selbst. Dieses Handeln stellt nämlich eine Grundrechtsbetätigung dar (zumindest der allg. Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG). Auf den Prüfungspunkt legitimer Zweck sei folglich zu verzichten. Auch der Prüfungspunkt der Erforderlichkeit sei aufgrund der Eigenart der Wechselseitigkeit obsolet.²²⁹ Ob eine Handlung das mildeste effektive Mittel zur Sicherstellung grundrechtlicher Interessen des einen Privaten ist, lässt sich nicht klären, ohne zugleich zu fragen, ob es umgekehrt das mildeste Mittel zur Verfolgung der grundrechtlichen Interessen des anderen Privaten ist. Das führe unweigerlich zu einem Ausgleich dieser Positionen und damit zu einer Abwägung. Die Erforder-

²²³ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 220 ff.; *ders.*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 678 ff.

²²⁴ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 77.

²²⁵ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 77.

²²⁶ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 676 f.

²²⁷ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 78, 421 ff.; *ders.*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 690 f.

²²⁸ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 421 ff.; *ders.*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 691.

²²⁹ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 692.

lichkeit gehe somit in der Angemessenheitsprüfung auf.²³⁰ Auf der Ebene der Angemessenheit muss dann eine Abwägung vollzogen werden, die im konkreten Einzelfall die reflexiven grundrechtlichen Positionen der Parteien in Ausgleich bringen muss.²³¹ Ergibt sich aus dieser Abwägung ein „grundrechtlicher Anspruch“ einer Partei, bestimmt dieser (und damit das Abwägungsergebnis der widerstreitenden Grundrechtspositionen) wie gesehen zunächst die Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften. Die einschlägigen einfachrechtlichen Vorschriften müssen so ausgelegt werden, dass sie dem ermittelten „grundrechtlichen Anspruch“ entsprechen (erste Stufe).²³²

Sollte eine Auslegung des einfachen Rechts indes scheitern, müsse das Egenberger-Äquivalent der zweiten Stufe im nationalen Recht greifen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die einfachrechtlichen Vorschriften eine Auslegung, die dem ermittelten „grundrechtlichen Anspruch“ entspricht, nicht zulassen (*contra legem*-Situation) oder wenn das einfache Recht keine Aussage über den Sachverhalt trifft (*praeter legem*-Situation).²³³ In diesen Situationen soll es nach Kulick zu einer richterlichen Rechtsfortbildung jenseits oder entgegen der relevanten einfachrechtlichen Vorschriften kommen, „welche normhierarchisch in Verfassungsrang steht, da sie die grundrechtlichen Ansprüche und Pflichten im Rechtsverhältnis A–B realisiert“.²³⁴ Der grundrechtliche Anspruch des A bzw. die korrespondierende Pflicht des B gilt folglich – ähnlich wie bei der unmittelbaren Drittirkung – unmittelbar im Privatrechtsverhältnis selbst. Anders als bei der unmittelbaren Drittirkung ist dies aber nicht immer der Fall, sondern „nur“ in den *contra-* und *praeter legem*-Situationen. Die „zweistufige Anwendung“ erfordert folglich zunächst ein Blick auf die einfachrechtlichen Vorschriften. In *contra-* und *praeter legem*-Situationen ist jedoch ohne weitere Mediatisierung durch einfaches Privatrecht auf das grundrechtliche Anspruch-Pflichtenverhältnis zu rekurren und der grundrechtliche Anspruch ist im Wege richterlicher Rechtsfortbildung (mit Verfassungsrang!) zuzusprechen. Da sich der Anspruch jedoch gerade aus der spezifischen Einzelfallabwägung (im Wege der mod. Verhältnismäßigkeitsprüfung) ergibt, soll dieser in Verfassungsrang stehende Anspruch bzw. die bestätigende Gerichtsentscheidung nur *inter partes* gelten.²³⁵

Zusammengefasst lässt sich Kulicks zweistufige Anwendungskonstruktion also wie folgt darstellen: Zunächst sollen widerstreitende Grundrechtspositionen mit Hilfe einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung in Einklang gebracht werden.

²³⁰ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 692; ders., Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 424.

²³¹ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 693 ff.; ders., Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 425.

²³² Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 78.

²³³ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 79.

²³⁴ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 661; ders., Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 80.

²³⁵ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 677 f.

Ergibt sich dabei ein „grundrechtlicher Anspruch“ zugunsten einer Partei, bestimmt dieser die Auslegung des einfachen Rechts (erste Stufe). Scheitert eine solche Auslegung, bestimmt der ermittelte grundrechtliche Anspruch das Privatrechtsverhältnis unmittelbar (zweite Stufe). Dieser normhierarchisch mit Verfassungsrang ausgestattete Anspruch besteht unabhängig davon, ob es zu einem Gerichtsverfahren kommt. Im Falle eines gerichtlichen Verfahrens wird er im Wege richterlicher Rechtsfortbildung – *praeter* oder *contra legem* zugesprochen.

II. Dogmatische Begründung

Wie in den anderen Modellen kann auch hier zwischen dem „Wie“ der Einwirkung (soeben unter I.) und dem „Ob“ der Einwirkung unterschieden werden. Gerade bei einer Konzeption, in welcher die Grundrechte unmittelbar im Privatrechtsverhältnis zur Anwendung gelangen sollen, drängt sich die Frage nach einer Begründung auf und damit nach dem „Ob“ der Einwirkung. Die Konstruktion Kulicks setzt eine Bindung der Privaten an die Grundrechte voraus, welche nach allgemeiner Ansicht bereits an Art. 1 III GG scheitert. Kulick sieht hingegen Art. 1 III GG nicht als zwingenden Ausschlussgrund für eine unmittelbare Grundrechtsgeltung (siehe noch unten unter IV. 3.).²³⁶ Dennoch stellt sich die Frage was für eine solche unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis spricht. Kulick bemerkt hier zunächst, dass ein Rekurs auf die „Werte“ – wie sie etwa von Dürig, Nipperdey oder teilweise dem BVerfG vorgenommen wird – problematisch sei, da sich mit einer solchen funktionalen Argumentation viel anstellen lasse.²³⁷ Letztlich befürwortet jedoch auch Kulick eine funktionale Argumentation. Die unmittelbare Geltung von Grundrechten zwischen Privaten soll insbesondere der „Domestizierung von Macht“ dienen.²³⁸ Dabei sei ein direktes Grundrechtsverhältnis insbesondere in den Fällen von Vorteil, in welchen eine staatliche Involviering (etwa ein staatliches Gerichtsverfahren) nur selten möglich oder unmöglich ist.²³⁹ Gemeint sind insbesondere die Fälle privat geschaffener Kommunikationsräume wie den sozialen Medien und anderen Internetplattformen.²⁴⁰ Gerade hier sei ein umfassender Grundrechtsschutz notwendig und damit eine Konstruktion der Grundrechtswirkung zwischen Privaten, die keiner staatlichen Involviering bedürfe.

Nachfolgend soll die Konzeption Kulicks und ihre Konsequenzen an zwei Beispielen veranschaulicht werden.

²³⁶ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 678 f.; ders., Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 220–234.

²³⁷ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 411.

²³⁸ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 411.

²³⁹ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 411.

²⁴⁰ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 412.

III. Fallbeispiele

1. *Praeter legem*-Situation: BVerfG-Entscheidung zur Lebensversicherung

Als erstes Fallbeispiel wählt Kulick eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2005, an welcher die *praeter legem*-Situation aufgezeigt werden kann.²⁴¹ In der Entscheidung war zu klären, ob ein Lebensversicherer gegenüber einem Versicherten Auskunft hinsichtlich der erzielten Überschüsse des Versicherungsunternehmen erteilen müsse, damit der Versicherte die Berechnungsgrundlage seiner Überschussbeteiligung nachvollziehen könne. Eine einfachgesetzliche Norm, aus der sich ein solcher Anspruch ergeben könnte, fehlte indes.

Das BVerfG löste den Fall mit Hilfe der oben dargestellten Schutzpflichtenkonstruktion. Es entschied, dass dem Versicherten gegenüber dem Staat ein Schutzanspruch zustehe, dieser soll ihm ermöglichen klar über die Berechnungsgrundlage seiner Überschussbeteiligung informiert zu werden.²⁴² Insoweit sei der Gesetzgeber (aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflicht) dazu verpflichtet eine entsprechende einfachgesetzliche Anspruchsgrundlage zu schaffen.²⁴³ Nach dem oben Gesagten verbleibt ihm hierbei jedoch stets ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum wie der Auskunftsanspruch im Detail ausgestaltet sein soll.

Nach der Konstruktion Kulicks soll es der Einschaltung des Gesetzgebers hingegen nicht bedürfen. Dieser könne in der hier vorliegenden *praeter legem*-Situation ignoriert werden.²⁴⁴ Stattdessen soll es allein der Fachgerichtsbarkeit obliegen dem Versicherten seinen möglicherweise bestehenden Auskunftsanspruch zuzusprechen. Das Gericht muss dafür die entgegenstehenden grundrechtlichen Positionen des Versicherers und des Versicherten in Einklang bringen.²⁴⁵ Das soll im Wege der modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung geschehen. Ergibt sich bei dieser Prüfung etwa ein Anspruch des Versicherten, verlange dieser „grundrechtliche Anspruch“ des Versicherten nach Erfüllung.²⁴⁶ Dieser Anspruch soll als höherrangiges Recht (Verfassungsrang) entgegenstehendes einfaches Recht verdrängen können oder wie hier fehlendes einfaches Recht ersetzen. Kommt also der Zivilrichter nach der Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung (unter Abwägung der konfligierenden Grundrechtspositionen) zu dem Überwiegen einer der jeweiligen Grundrechtspositionen, kann (und muss) er rechtsfortbildend einen Anspruch zusprechen. Für den vorliegenden Fall würde dies zusammenfassend bedeuten, dass der (Zivil-) Richter dem Versicherten *praeter legem* einen Auskunftsanspruch hätte zusprechen müssen. Einer Einschaltung des Gesetzgebers oder des Bundesverfassungsgerichts

²⁴¹ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 326 f.; BVerfGE 114, 73.

²⁴² BVerfGE 114, 73.

²⁴³ BVerfGE 114, 73, 103.

²⁴⁴ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 327.

²⁴⁵ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 332.

²⁴⁶ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 328.

hätte es nicht bedurft. Da der Anspruch im Wege einer Einzelfallabwägung entstand, solle dieser nur *inter partes* wirken. Insoweit würde ein solcher Anspruch nicht dazu führen, dass in Zukunft jedem Versicherten ein solcher Auskunftsanspruch zu stehe.²⁴⁷

2. *Contra legem*-Situation: BVerfG-Entscheidung zur sachgrundlosen Befristung

Als zweites Fallbeispiel wählt Kulick ebenfalls eine Entscheidung des BVerfG, an welcher die *contra legem*-Situation aufgezeigt werden kann. Das BVerfG hatte sich hierbei mit einer Verfassungsbeschwerde und gleichzeitig mit einer konkreten Normenkontrolle hinsichtlich der gesetzlichen Beschränkung der sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverhältnissen nach § 14 II 2 TzBfG zu beschäftigen.²⁴⁸ Diese Norm lautet:

„Eine Befristung nach Satz 1 [also eine sachgrundlose Befristung] ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.“

Das ArbG Braunschweig legte die Norm dahingehend aus, dass eine sachgrundlose Befristung jeweils auf die erstmalige Beschäftigung mit dem Vertragsarbeiter beschränkt sei.²⁴⁹ Eine erneute sachgrundlose Befristung beim selben Arbeitgeber sei folglich ausgeschlossen. Das ArbG hegte indes Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Norm und richtete sich mit einer Vorlage nach Art. 100 I 1 GG an das BVerfG. Das BAG hingegen interpretierte die Vorschrift dahingehend, dass nach einer zeitlichen Unterbrechung (z.B. von drei Jahren) eine erneute sachgrundlose Befristung beim selben Arbeitgeber möglich wäre.²⁵⁰ Dieses Ergebnis sei die notwendige Folge einer verfassungskonformen Auslegung des § 14 II 2 TzBfG anhand von Art. 12 I und 2 I GG. Gegen diese Entscheidung richtete sich der Kläger des Ausgangsverfahrens mit einer Urteilsverfassungsbeschwerde an das BVerfG. Dieses hielt die vom BAG vorgenommene Auslegung des § 14 II 2 TzBfG für verfassungswidrig. Entgegen dem eindeutigen Wortlaut und des klar erkennbaren gesetzgeberischen Willens rechtsfortbildend eine Karenzzeit von drei Jahren zu begründen, stelle eine Kompetenzüberschreitung des BAG dar.²⁵¹ Die Entscheidung verletze den Beschwerdeführer insoweit in seinem Grundrecht aus Art. 2 I 1 GG i. V. m. Art. 20 III GG. Richterliche Rechtsfortbildung dürfe den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen.

²⁴⁷ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 333.

²⁴⁸ Vgl. BVerfGE 149, 126, vgl. Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 326 f.

²⁴⁹ Vgl. BVerfGE 149, 126, 128, 132 ff.

²⁵⁰ BVerfGE 149, 126, 128, 129 ff.

²⁵¹ BVerfGE 149, 126, 155 ff.

Kulick hingegen schlägt mit seiner Konstruktion genau ein solches Vorgehen vor. Nach der zweistufigen Anwendung entspringt der Anspruch auf eine Ausnahme vom Verbot der erneuten sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses beim selben Arbeitgeber vielmehr unmittelbar aus den Grundrechten.²⁵² Die widerstreitenden Grundrechtspositionen werden im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung in Ausgleich gebracht. Ergibt sich aus dieser spezifischen Einzelfallabwägung ein grundrechtlicher Anspruch – etwa der Anspruch auf eine Ausnahme vom Verbot der erneuten sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsverhältnisses – zugunsten einer Partei, verlange dieser Anspruch nach Erfüllung.²⁵³ Das kann zunächst durch eine Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften entsprechend des grundrechtlichen Anspruches geschehen. Scheitert wie im vorliegenden Fall eine solche Auslegung, bestimmt allein der grundrechtliche Anspruch das Privatrechtsverhältnis der Beteiligten. Der mit Verfassungsrang ausgestattete Anspruch wäre nach dieser Konstruktion vom Richter des ArbG rechtsfortbildend *contra legem* zuzusprechen.

3. Stadionverbot als Anwendungskonstruktion?

Kulick beschäftigt sich ferner mit der Frage, ob sich das BVerfG in seiner jüngsten Rechtsprechung zum Stadionverbot „zu einem Anwendungsansatz“ bekannt habe.²⁵⁴ Einige Passagen des Urteils sprächen für diesen Befund, so Kulick.²⁵⁵ So hat das BVerfG ausgeführt, dass Privaten „von Verfassungs wegen [...] eine besondere rechtliche Verantwortung“ erwachse.²⁵⁶ Der Private dürfe die aus seinem Hausrecht resultierende Entscheidungsmacht – in anderen Fällen etwa aus Monopol oder struktureller Überlegenheit – nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund auszuschließen.²⁵⁷ Diese Pflicht des Privaten – nicht des Staates – entnimmt das BVerfG Artikel 3 I GG. Besonders die Sachverhaltsermittlungs-, Anhörungs- und Entscheidungsbegründungspflicht, zu welcher der Private verpflichtet wird, erwecken den Eindruck, dass sich das BVerfG zu einer (nach seiner Diktion) Anwendungskonstruktion bekannt habe. Doch auch Kulick erwähnt, dass das Gericht in der Urteilsbegründung neunmal (!) den Begriff der „mittelbaren Drittewirkung“ verwendet und andere Passagen eher dafürsprechen, dass das BVerfG weiterhin an einem staatlich vermittelten Ansatz der Grundrechtsgeltung festhält.²⁵⁸ So stellt das BVerfG unter anderem fest, dass das Urteil des BGH (und damit eines

²⁵² Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 332.

²⁵³ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 79, 328.

²⁵⁴ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 207, 209.

²⁵⁵ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 208 f.

²⁵⁶ BVerfGE 148, 267, 283 ff. (*Stadionverbot*).

²⁵⁷ BVerfGE 148, 267, 283 (*Stadionverbot*).

²⁵⁸ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 209.

staatlichen Akteurs) den Anforderungen einer Drittirkung des Artikel 3 I GG standhalte. Die Stadionverbotsentscheidung sei somit ein „Grenzfall“.²⁵⁹

IV. Neue Konstruktion, alte Probleme?

Wie alle (besprochenen) Konstruktionen wirft auch die Konstruktion Kulicks einige Fragen auf. Man kann sich auch bei dieser Konstruktion fragen, ob sie sich mit Art. 1 III GG vereinbaren lässt und wie es um die Eigenständigkeit des Privatrechts steht. Es drängt sich zudem die Frage auf, ob die Konstruktion mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz zu überzeugen vermag und ob andere möglicherweise zwingende Grenzen eingehalten werden. Diesen Fragen soll nachfolgend in einer kritischen Analyse der Konstruktion nachgegangen werden.

1. Gewaltenteilung

In Kulicks Konstruktion erscheint der Kompetenzbereich des Zivilgesetzgebers wesentlich beschnitten, jener der Gerichte wesentlich erweitert. Fehlt eine einfachgesetzliche Norm (*praeter legem*-Situation) soll nicht der Gesetzgeber tätig werden, sondern der Fachrichter soll die Lücke rechtsfortbildend schließen (etwa durch Erteilung eines Auskunftsanspruches gegen die Versicherung s.o.). Hat der Gesetzgeber eine einfachgesetzliche Norm geschaffen, die nach Ansicht des Fachrichters verfassungswidrig ist, soll der Fachrichter – entgegen der relevanten einfachrechtlichen Vorschriften (*contra legem*-Situation) – einen grundrechtlichen Anspruch zusprechen können. Einem „Umweg“ über das BVerfG nach Art. 100 I GG soll es nicht bedürfen (dazu sogleich).²⁶⁰ Mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz erscheint dieses Vorgehen mindestens fragwürdig. Es erinnert stark an die Drohkulisse die Böckenförde mit dem Begriff des „Jurisdiktionsstaates“ beschreibt.²⁶¹

Prima vista scheint die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung klar verteilt zu sein. Dem Gesetzgeber obliegt die Rechtssetzung, der Gerichtsbarkeit die Rechtsanwendung.²⁶² Dies gilt als das prägende Konzept der

²⁵⁹ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 210.

²⁶⁰ *Kulick*, in: AÖR 145 (2020), S. 649, 681; *ders.*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 249 ff.

²⁶¹ *Böckenförde* beschreibt damit eine Gewaltusurpation des BVerfG zu Lasten des Gesetzgebers, also den „gleitenden Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“. Vgl. *ebd.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. (1991), S. 25, 26, 159 f.; zu dieser „Drohkulisse“ vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 238.

²⁶² *Degenhart*, Staatsrecht I, 38. Aufl. (2022), Rn. 297; *Säcker*, NJW 2018, S. 2375 jeweils m.w.N. Von dieser Aufgabenverteilung geht auch *Kulick* im Grundsatz zunächst aus, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 238.

Gewaltenteilung des kontinentaleuropäischen Verfassungsstaates. Auch das BVerfG orientiert sich für die Umschreibung der jeweiligen Funktionsbereiche der drei Gewalten an ihrem typischen, traditionellen Erscheinungsbild. Die typische Funktion der Legislative ist danach die abstrakt generelle Normsetzung, die der Judikative die konkret individuelle Normkonkretisierung.²⁶³ Als Ausdruck dieser Aufgabenverteilung ist in Art. 97 I GG die richterliche Gesetzesbindung festgeschrieben. Das (Parlaments-)Gesetz verleiht dem Richter in seiner Rechtsprechung die notwendige demokratische Legitimation.²⁶⁴ Kulick wirft diese Aufgabenverteilung mit seiner Konstruktion weitgehend über Bord. Nunmehr soll den Fachgerichten naturgemäß eine rechtsschöpfende Rolle zukommen. In der *praeter legem*-Situation lückenfüllend, in der *contra legem*-Situation soll die Rechtsfortbildung gar entgegen dem einfachgesetzlichen Wortlaut stattfinden (wie oben gesehen z.B. entgegen dem klaren Wortlaut des § 14 II 2 TzBfG). Aus zivilrechtlicher Sicht wirkt der Umstand, dass diese Rechtsfortbildung ausschließlich grundrechtsgeleitet ist, besonders prekär. Es stellt sich insbesondere für die *praeter legem*-Situation die Frage, warum nicht gewachsene zivilrechtliche Instrumente wie die Generalklauseln (etwa § 242 BGB und § 138 BGB) zur Lückenfüllung genügen. Im Einzelfall können grundrechtliche Positionen, die nicht schon durch spezielle privatrechtliche Normen zum Ausgleich gebracht wurden, mit Hilfe der Generalklauseln angemessen berücksichtigt werden (siehe noch unten unter 4.).²⁶⁵

a) Fehlen zwingender Grenzen?

Kulick benennt die Probleme seiner Konstruktion im Hinblick auf die Gewaltenteilung, wendet jedoch ein, dass das beschriebene Idealbild der Aufgabenverteilung ohnehin nicht einzuhalten sei.²⁶⁶ Rechtsprechung sei immer auch Rechtsherzeugung. Der Unterschied zwischen richterlicher Rechtsanwendung und richterlicher Rechtsschöpfung sei ein flüider, gradueller. Mit anderen Worten müssen man anerkennen, dass eine Grenzziehung zwischen Norminterpretation und Normkreation schwerfalle.²⁶⁷ Dies sei keine „methodologische Kapitulation“, sondern führe zu der Frage, was das Grundgesetz durch den Gewaltenteilungsgrundsatz hinsichtlich richterlicher Rechtsfortbildung zwingend untersage. Allein das sei maßgeblich.²⁶⁸ In der Folge legt er ausführlich dar, dass sich dem Grundgesetz keine zwingenden

²⁶³ „Kernbereichslehre“ des BVerfG, vgl. BVerfGE 3, S. 225, 247; BVerfGE 95, S. 1, 15.

²⁶⁴ Hillgruber, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG Kommentar, 100. EL (Januar 2023), Art. 97 Rn. 27 m.w.N. Zu der Vereinbarkeit des Grundsatzes der richterlichen Gesetzesbindung mit richterlicher Rechtsfortbildung *contra* und *praeter legem* vgl. a.a.O., Art. 97 Rn. 63 ff.

²⁶⁵ Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 316.

²⁶⁶ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 243 ff.

²⁶⁷ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 244.

²⁶⁸ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 246.

Grenzen entnehmen ließen und seine Konstruktion daher keine unzulässige Gewaltusurpation darstelle.²⁶⁹ Er legt etwa dar, dass die vom BVerfG für diese Frage entwickelte Formel des „Aufgabenkernbereichs“ bis heute nicht hinreichend konkretisiert sei und damit auch seinen Ansatz nicht ausschließe.²⁷⁰ Zudem würde die Rechtsprechung auch in anderen Drittirkungskonstruktionen²⁷¹ den Bereich des Gesetzgebers beschneiden. Die Schutzpflichtenlehre würde etwa dem Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Überwölbung des Privatrechts vorgegeben. Eine Rechtsprechung, die den Gesetzgeber aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflicht zur Gesetzgebung zwinge, würde den demokratischen Prozess sogar noch stärker beeinflussen als seine Konstruktion.²⁷² Die Entscheidung der Fachgerichte wirkten in seiner Konzeption nur *inter partes*, der Gesetzgeber hingegen schaffe eine abstrakt-generelle Norm (*erga omnes*-Wirkung).

b) Kritik

Kulick ist zwar zuzustehen, dass die Abgrenzung zwischen richterlicher Normanwendung und Normkreation mitunter schwerfallen kann. Daraus die Konsequenz zu ziehen der Fachgerichtsbarkeit in allen *praeter-* und *contra legem*-Situationen stets eine grundrechtsdeterminierte Rechtsschöpfung zuzugestehen, vermag jedoch nicht überzeugen. Der Überlegung, dass sich aus dem Grundgesetz keine zwingenden Grenzen für eine solche Verschiebung der Aufgabenverteilung entnehmen lässt, steht für die *contra legem*-Situation zumindest Artikel 100 I GG entgegen. Kulicks Lesart des Artikel 100 I GG, welche in der *contra legem*-Situation eine Einschaltung des BVerfG obsolet macht (siehe noch unter 2.), höhlt die Wertung der Vorschrift weitgehend aus. Selbst wenn man seiner aufwendigen Argumentation mangelnder zwingender Grenzen im Grundgesetz folgt, stellt sich viel eher die Frage, was für eine solche Aufgabenverschiebung sprechen soll. Das wird nicht hinreichend deutlich. Die „neue“ Rolle des Fachrichters in Kulicks Konstruktion macht den Zivilgesetzgeber und letztlich das gesamte einfache Privatrecht ein Stück weit obsolet. An seine Stelle tritt eine Abwägung grundrechtlicher Positionen (modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung) durch den Fachrichter. Hält dieser das bestehende Recht für verfassungswidrig (bzw. dem „grundrechtlichen Anspruch“ zuwiderlaufend), setzt er sich darüber hinweg. Fehlt es an einer Regelung, schließt er die Lücke schlicht selbst. Den Fachrichtern kommt folglich naturgemäß eine rechtschöpfende Rolle zu. Gerade für den Bereich des Vertragsrechts kann das nicht überzeugen, da die Parteien hier wechselseitig auf ihre aus den Grundrechten ab-

²⁶⁹ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 247 ff.

²⁷⁰ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 248 f.

²⁷¹ Kulick, in: AÖR 145 (2020), S. 649, 681, er spricht wie erwähnt von Horizontalwirkungskonstruktionen.

²⁷² Kulick, in: AÖR 145 (2020), S. 649, 678.

geleiteten Freiheiten verzichten.²⁷³ In diesem Bereich dient jede vom Gesetzgeber geschaffene Norm der Verwirklichung des verhältnismäßigen Interessenausgleiches der Parteien.²⁷⁴ Jede zwingende privatrechtliche Norm ist zugleich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit, da sie dem Privaten ein Stück der grundrechtlich gewährten Freiheit nimmt. Damit steht jede Norm des Vertragsrechts unter dem Postulat der Verhältnismäßigkeit.²⁷⁵ Insoweit stellt sich insbesondere für die *contra legem*-Situation die Frage warum der Fachrichter im Prozess die grundrechtliche Abwägung (im Wege der Verhältnismäßigkeitsprüfung) besser treffen soll als der (grundrechtsgebundene) Gesetzgeber bei Schaffung der Norm. Zudem verfügt der Gesetzgeber bei der konkreten Ausgestaltung des Vertragsrechts über einen weiten Gestaltungsspielraum.²⁷⁶ In diesen Gestaltungsspielraum wird maßgeblich eingegriffen, wenn dem Fachrichter eine zusätzliche Grundrechtsprüfung im Sinne einer Ergebniskontrolle zusteht. Verfassungsrechtlich wird vom Gesetzgeber nämlich nicht die „optimale Lösung“ des Interessenausgleiches zwischen den Privaten gefordert, sondern nur eine vertretbare.²⁷⁷ Selbst eine privatrechtliche Norm die vorwiegend die Interessen einer Partei berücksichtigt, ist nicht automatisch „unverhältnismäßig“. Den nicht oder nicht hinreichend berücksichtigten grundrechtlichen Positionen kann im Einzelfall noch durch die zivilrechtlichen Generalklauseln Rechnung getragen werden. Diese fungieren gewissermaßen als Abwehrrechte gegen „übermäßige“ Eingriffe in die Grundrechtsphäre eines Privaten durch einen anderen Privaten.²⁷⁸ Wenn eine Norm des Privatrechts ausnahmsweise doch unverhältnismäßig ist, muss der Fachrichter die Norm gem. Artikel 100 I GG dem BVerfG vorlegen, dieses kann die Norm sodann für nichtig erklären.

Wenn nach dem eben Gesagten die gesamte Ausgestaltung des einfachen Privatrechts bereits eine Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt, ist wie gesagt bereits unklar, worin der eigentliche Gewinn in Kulicks Überlegung liegen soll, den Fachrichter erneut zu einer grundrechtlichen Abwägung (im Wege grundrechtsdeterminierter Rechtsfortbildung) zu verpflichten. Bei einem Vorschlag der eine weitgehende Umkehr der traditionellen Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Folge hat, liegt m. E. die größere Begründungslast auf ebendieser Frage als auf der Frage, ob das Grundgesetz zwingende

²⁷³ Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 309 f. unter Verweis auf BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

²⁷⁴ Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 310 unter Verweis auf BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

²⁷⁵ Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 307.

²⁷⁶ Das wird auch regelmäßig vom BVerfG hervorgehoben, vgl. etwa BVerfGE 89, 214, 234 (*Bürgschaft*).

²⁷⁷ BVerfGE 89, 214, 234 (*Bürgschaft*); Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 315 f.; Medicus, in: AcP 192 (1992), 35, 67; Diederichsen, in: AcP 198 (1998), 171, 252.

²⁷⁸ Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 310 sowie bereits Dürig, in: FS Nawiasky (1956), S. 157, 158 ff.

Grenzen gegen diese Konzeption bereithält. Allein die oben erwähnte Domestizierung von privater Macht genügt hierfür als Begründung jedenfalls nicht. Insbesondere da nicht gesichert ist, dass eine Güterabwägung zwischen den Grundrechtspositionen jedem (!) Fachrichter besser gelingt als dem Gesetzgeber. Es gilt darüber hinaus zu bedenken, dass die herkömmliche Privatrechtsdogmatik mit den Generalklauseln und deren Ausfüllung durch die Privatrechtsprechung eine systemimmanente Lösung bereithält. Bei der Ausfüllung kann den grundrechtlichen Wertungen Rechnung getragen werden.²⁷⁹ Diese Vorgehensweise kann – wie etwa die Bürgschaftsrechtsprechung zeigt – mitunter zu Schwierigkeiten führen.²⁸⁰ Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass Kulicks Lösung der direkten Grundrechtsgeltung zu besseren Ergebnissen führt.

c) Böckenfördes Drohkulisse

Die Umkehr der traditionellen Aufgabenverteilung und damit die naturgemäß rechtsschöpfende Rolle des Fachrichters erinnert an Böckenfördes Sorge des Übergangs des „parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“.²⁸¹ Böckenförde hat hier etwas provokant die Frage in den Raum geworfen, ob Verfassungsrichterwahlen – bezogen auf die Gestaltung der Rechtsordnung – gleich wichtig oder gar wichtiger als Bundes- oder Landtagswahlen werden sollten.²⁸² Diese Entwicklung könnte insbesondere mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz nicht gewollt sein. Die Entmachtung des Gesetzgebers wiegt bei Kulicks Konstruktion sogar noch schwerer. Hier erschaffen nicht die Verfassungsrichter ein „Verfassungsgesetzesrecht“,²⁸³ sondern jedes Fachgericht kann durch richterliche Rechtsfortbildung Recht schöpfen, dass im Rang des Verfassungsrechts steht und einfaches Recht verdrängt. Insofern verliert wie gesehen das gesamte einfache Privatrecht an Bedeutung.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem vermag die Konstruktion mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz (selbst wenn man von dem Fehlen zwingender Grenzen ausgeht) nicht zu überzeugen. Vielmehr sprechen die besseren Gründe für ein Festhalten an dem oben dargelegten traditionellen Verständnis der Aufgabenverteilung der Gewalten, welchem die sog. Kernbereichslehre zu Grunde liegt. Die Rechtsschöpfung ist danach Hauptaufgabe der Legislative. Richterliche Rechtsfortbildung darf danach nur ausnahmsweise stattfinden.

²⁷⁹ Vgl. oben C. II. 1. a) cc).

²⁸⁰ Vgl. noch unten § 5 B. II.

²⁸¹ Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. (1991), S. 25.

²⁸² Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. (1991), S. 25 f.

²⁸³ Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1. Aufl. (1991), S. 22.

2. Vereinbarkeit der Konstruktion mit Art. 100 I GG

Unmittelbar in Zusammenhang mit dem eben dargestellten Problem steht die Frage nach der Vereinbarkeit der Konstruktion Kulicks mit Art. 100 I GG. Dieser ordnet an, dass ein Gericht welches eine (nachkonstitutionelle) entscheidungsrelevante Norm für verfassungswidrig hält, das Verfahren aussetzen muss und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen hat. Das Grundgesetz weist mithin dem BVerfG das Verwerfungsmonopol zu. Eine richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* ist somit ausgeschlossen.²⁸⁴ Telos des Art. 100 I GG ist es „die Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers“ zu wahren.²⁸⁵ Über die „Gültigkeit“ von im demokratischen Verfahren zustande gekommen Gesetzen soll es unter den Fachgerichten „keine einander widersprechenden Gerichtsentscheidungen“ geben.²⁸⁶ Hier wird auch nochmals der Grundsatz der Gewaltenteilung sichtbar. Der „konstitutionelle Gesetzgeber“ soll nicht durch die Fachgerichte entmachtet werden. Diesem eindeutigen Verdikt versucht sich Kulick mit dem Argument zu entziehen, dass der etwaige „grundrechtliche Anspruch“ (der unmittelbar aus dem Privatrechtsverhältnis entstehe) normhierarchisch über dem entgegengesetzten einfachen Recht stehe. Zudem würde es auf die einfachrechtliche Vorschrift nicht im Sinne des Art. 100 I 1 GG „ankommen“, da allein der „höherrangige Grundrechtsanspruch“ entscheidungserheblich sei. Diese Lesart höhlt Sinn und Zweck der Norm weitgehend aus. Die Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers wird damit untergraben. Zu dieser Lesart kann ohnehin nur derjenige gelangen, der die Grundrechte unmittelbar zwischen Privaten anwenden will. Wie schon die bisherige Analyse gezeigt hat, lässt sich dies nicht störungsfrei umsetzen (siehe auch noch unter 3. und 4.). Mit Blick auf seine Auslegung des Art. 100 I 1 GG räumt Kulick selbst ein, dass diese Auslegung unter Umständen für unvertretbar gehalten werden könnte.²⁸⁷ Dann müsste auch bei seiner Konstruktion in der *contra legem*-Situation zunächst das BVerfG angerufen werden. Das spreche dennoch nicht gegen seine Konstruktion als solche.²⁸⁸

3. Vereinbarkeit der Konstruktion mit Art. 1 III GG

Kulicks Konstruktion kann ferner das gleiche Argument entgegengesetzt werden, dass nach einhelliger Ansicht gegen die unmittelbare Drittwirkung spricht. Gemäß Art. 1 III GG werden nur die Staatsgewalten, nicht aber Private an die Grundrechte gebunden.²⁸⁹ Der Wortlaut spricht eindeutig gegen die Verpflichtung Privater. Te-

²⁸⁴ V. Krey, JZ 1978, S. 465, 467; C. Gussy, JuS 1983, S. 189, 194 jeweils m. w. N.

²⁸⁵ BVerfGE 97, 117, 122 m. w. N.

²⁸⁶ BVerfGE 97, 117, 122 m. w. N.

²⁸⁷ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 251.

²⁸⁸ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 251.

²⁸⁹ Vgl. stellvertretend etwa W. Kahl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG, Lfg. 218 (Dezember 2022), Art. 1 Abs. 3 Rn. 290 ff. m. w. N.; Jarass, in: Jarass/Pieroth GG Kommentar

leologisch wird dieser Befund dadurch gestützt, dass die Eigenständigkeit des Privatrechts in Gefahr gerät, wenn die Grundrechte nicht gesetzlich mediatisiert, sondern unvermittelt im Verhältnis zwischen Privaten zur Anwendung kommen.²⁹⁰ Es besteht die Gefahr einer Überkonstitutionalisierung. So wurde an anderer Stelle bereits darauf hingewiesen, dass die Vertragsfreiheit völlig konterkariert würde, wenn die Vertragsparteien an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden wären.²⁹¹ Grundrechte mutieren ansonsten von Freiheitsgarantien zu Pflichten Privater.²⁹² Die unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten führt zu einer Überfrachtung des Privatrechts mit verfassungsrechtlichen Wertungen und es bleibt zudem unklar warum nicht bereits die Instrumente des Zivilrechts genügen.²⁹³ Auch die Historie spricht gegen eine Verpflichtung Privater aus den Grundrechten. Wie unter § 3 A. dargestellt wurde, sollten Grundrechte nach ihrer Entstehungsgeschichte Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat darstellen:

„In den Grundrechten sollte also das Verhältnis der einzelnen zum Staat geregelt werden, der Allmacht des Staates Schranken gesetzt werden.“²⁹⁴

a) Fehlen zwingender Grenzen?

Kulick hingegen legt dar, dass „weder grammatische, systematische, teleologische noch historische Argumente“ eine solche Lesart des Art. 1 III GG zwingend untersagen.²⁹⁵ Schon das Wortlautargument sei nicht zwingend, da Private zwar nicht in der Norm aufgeführt wären, ein expliziter Ausschluss sich daraus aber nicht entnehmen lasse.²⁹⁶ Ferner würden Anwendungssätze (also Ansätze unmittelbarer Grundrechtsbindung Privater) nicht automatisch zu Verpflichtungen Privater führen, sondern nur falls ein Ausgleich der Grundrechtspositionen zu einem Anspruch einer Partei führe. Kulick spricht in diesem Zusammenhang von einem reflexiven Grundrechtsverhältnis. Die Grundrechtsbindung Privater sei nicht gleichzusetzen mit der Grundrechtsbindung des Staates, da Private zugleich grundrechtsberechtigt seien. Zudem würden auch die anderen Modelle die Eigenständigkeit des Privatrechts gefährden, da sie staatlich mediatisiert seien. Private Freiheit sei nach allen

tar, 17. Aufl. (2022), Art. 1 Rn. 48 ff.; *Hillgruber*, in: Hillgruber/Epping (Hrsg.), BeckOK-GG, 55. Ed. (2023) Art. 1 Rn. 72; *W. Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. (2021), Art. 1 Rn. 116. Auch das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung (noch) davon aus, dass Private grundsätzlich nicht grundrechtsgebunden sind, vgl. § 3 B. II., C. II.

²⁹⁰ Darauf hat richtigerweise *Dürig* hingewiesen, vgl. in: FS-Nawiasky (1956), S. 157.

²⁹¹ Vgl. oben § 3 E. II.

²⁹² *W. Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. (2021), Art. 1 Rn. 116 m. w. N.

²⁹³ *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 316.

²⁹⁴ Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 06.05.1949, S. 6.

²⁹⁵ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 234; *ders.*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 683.

²⁹⁶ *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 229 f.

(staatsgerichteten) Drittwirkungsmodellen demnach nur durch staatliche Involvierung zu erreichen. Ferner sprächen auch die historischen Erwägungen bezüglich Art. 1 III GG nicht zwingend gegen eine Bindung Privater an die Grundrechte. Grundrechte könnten etwa nach französischer Tradition „als [...] oberste Leitprinzipien der Sozialordnung“ verstanden werden, die folglich auch von Privaten zu beachten seien.²⁹⁷

b) Kritik

Diese Argumente vermögen abermals nur teilweise zu verfangen. Im Vertragsrecht wäre nicht viel gewonnen, da bei dieser Lesart beide Parteien gleichermaßen an die Grundrechte gebunden wären.²⁹⁸ Kulicks Einwand, dass in diesem Fall ein reflexives Grundrechtsverhältnis entstehe, führt letztendlich dazu, dass jeder Zivilrechtsstreit zu einer Abwägung grundrechtlicher Positionen im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung denaturiert wird. Das bestehende einfache Recht wird weitgehend obsolet. Die Mittelung auf der ersten Stufe vermag diesen Befund zwar etwas abzuschwächen,²⁹⁹ dennoch gilt auch auf der ersten Stufe, dass jedes Fachgericht zunächst eine selbständige Entscheidung über den Ausgleich der Grundrechtspositionen der Privaten trifft und damit zunächst *allein* auf die Grundrechte rekurriert. Der „grundrechtlich ermittelte Anspruch“ entscheidet den Privatrechtsstreit, das einfache Recht wird letztlich nur dem ermittelten Anspruch entsprechend ausgelegt. Das Privatrechtsverhältnis wird also schon auf der ersten Stufe maßgeblich vom grundrechtlichen Anspruch determiniert. Spielt man etwa die Stadionverbotskonstellation nach seiner Konstruktion durch, wird dies sehr deutlich. Der Fachrichter müsste in diesem Privatrechtsstreit (!) zunächst die unmittelbar entgegenstehenden Grundrechtspositionen gegeneinander abwägen (Art. 14 I GG und Art. 2 I GG auf der einen Seite; Art. 3 I und Art. 2 I GG auf der anderen Seite). Gelangt der Fachrichter nach Abwägung der grundrechtlichen Positionen dazu, dass das Gleichbehandlungsrecht des Stadionbesuchers aus Art. 3 I GG dem Hausrecht des Stadionbetreibers aus Art. 14 I GG vorgeht, muss ersterem ein Anspruch auf Zugang gewährt werden. Nun kann der Fachrichter dieses bereits ermittelte (!) Ergebnis entweder durch Auslegung einfachen Rechts oder durch Außerachtlassung einfachen Rechts erreichen. Insoweit ergibt sich ein ähnliches Bild wie bei der unmittelbaren Drittewirkung. Im Ergebnis bestünde durch die Adressateneigenschaft eine unmittelbare Verpflichtung aus den Grundrechten mit allen beschriebenen

²⁹⁷ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 682 unter Verweis auf Grimm, Die Zukunft der Verfassung (1991), S. 225.

²⁹⁸ Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 38.

²⁹⁹ Kulick betont, dass sein Ansatz das einfache Recht gerade nicht ignoriere, da dieser zunächst erfordert, dass der grundrechtliche Anspruch (soweit möglich) im Wege der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts zu realisieren sei, vgl. *ebd.*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 680 f.

Konsequenzen (Freiheitsverlust des Privaten, Denaturierung der Grundrechte zu Pflichten, Überfrachtung des Privatrechts mit verfassungsrechtlichen Wertungen).

Auch das Wortlautargument ist wenig überzeugend. Würde man diesen Maßstab ansetzen, müsste in Artikel 1 III GG jeder aufgeführt werden, der nicht an die Grundrechte gebunden wäre (z. B. Religionsgemeinschaften, Schiedsgerichte etc.). Eine abschließende Lesart erscheint vor diesem Hintergrund deutlich einleuchtender. Insgesamt sprechen damit die besseren Gründe gegen die Einbeziehung Privater in den Adressatenkreis des Art. 1 III GG, so dass auch Art. 1 III GG gegen die Anwendungskonstruktion Kulicks spricht.

4. Zweistufige Anwendung und Eigenständigkeit des Privatrechts

Den Anhängern einer nur mittelbaren Privatrechtswirkung der Grundrechte war es immer ein Anliegen die Eigenständigkeit des Privatrechts (so gut wie möglich) zu wahren. Das wird bereits in Dürigs Beitrag 1956 deutlich³⁰⁰ und wird später auch von den Anhängern der Schutzwiltenlehre immer wieder betont.³⁰¹ Den Ansätzen unmittelbarer Grundrechtsgeltung im Privatrecht wird von den Kritikern ein starker Eingriff in ebendiese Eigenständigkeit vorgeworfen. Canaris etwa lehnt eine unmittelbare Drittewirkung strikt ab, da durch die Verfolgung des Ansatzes „weite Teile des Privatrechts, insbesondere des Vertrags- und des Deliktsrechts auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben und ihrer Eigenständigkeit beraubt würden“.³⁰²

a) Autonomiefördernd und staatsfern?

Kulick hingegen ist der Ansicht, dass seine zweistufige Anwendungskonstruktion gerade autonomiefördernd wirke. Sie sei staatsfern, da der Anspruch des Privaten unabhängig von staatlicher Involvierung bestehe, insbesondere unabhängig von einem Gerichtsverfahren.³⁰³ Wie gesehen bedarf es nach seiner Konzeption nicht zunächst der Anrufung des (grundrechtsgebundenen) Gerichts zur Grundrechtsgeltung im Privatrechtsverhältnis. Es bedürfe somit keiner Fremdbestimmung zur Verwirklichung der Selbstbestimmung. Als Anspruchsberechtigter sei der eine Private gegenüber dem anderen Private „Autor“ seines Tuns im Sinne von personaler Autonomie, da er sich unmittelbar auf die Grundrechte berufen könne und den grundrechtlichen Anspruch unabhängig von staatlicher Involvierung kontrolliere.³⁰⁴ Damit sei zugleich die Begründung erleichtert, warum die Grundrechte auch in

³⁰⁰ Dürig, in: FS-Nawiasky (1956), S. 157, 184.

³⁰¹ Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 45 m. w. N.

³⁰² Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 45.

³⁰³ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 663 ff., 676, 696 ff.

³⁰⁴ Kulick, in: AöR 145 (2020), S. 649, 676.

einem Privatrechtsstreit vor privaten Schiedsgerichten oder vor ausländischen Gerichten gelten.³⁰⁵

Darüber hinaus führe seine Konstruktion wie gesehen nur zu einem spezifischen grundrechtlichen Anspruch, der sich aus einer Einzelfallabwägung konfigurernder Grundrechtspositionen ergibt und damit zu einer Einzelfallentscheidung *inter partes*. Bei dem oben aufgeführten Beispiel des Auskunftsanspruches des Versicherten sei gerade nicht gesagt, dass ein solcher Anspruch nun für alle Versicherten und alle Versicherer gelten solle.³⁰⁶ Daher würde seine Konstruktion den demokratisch-politischen Prozess weniger stark beeinflussen als etwa die Schutzpflichtenkonstruktion, nach welcher der Gesetzgeber aufgrund seiner Schutzpflicht zur Schaffung einer abstrakt-generellen Norm gezwungen werde.³⁰⁷

Zuletzt werde nach seiner Konstruktion die Fachgerichtsbarkeit gestärkt und damit zugleich die Bedeutung des BVerfG im Bereich des Privatrechts abgeschwächt. Das habe zunächst damit zu tun, dass wie gesehen eine konkrete Normenkontrolle gem. Artikel 100 I GG in der *contra legem*-Situation nicht notwendig sei.³⁰⁸ Zum anderen führe die zweistufige Anwendung auch jenseits von Artikel 100 I GG zu einem Bedeutungszuwachs der Fachgerichte gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit.³⁰⁹ Durch sie werde die Grundrechtsprüfung zum fachgerichtlichen Alltag, da Fachrichter fortan das einfache Recht verfassungskonform auslegen oder (wenn dies nicht möglich ist) den Streit unmittelbar aufgrund des Resultats der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei kollidierenden Grundrechtspositionen entscheiden.³¹⁰

b) Kritik

Tritt Kulick nach alledem für mehr Autonomie im Privatrecht an? Wie steht es tatsächlich um die Eigenständigkeit des Privatrechts nach dieser Konstruktion? Die zweistufige Anwendung ist insoweit staatsfern, als dass der (grundrechtliche) Anspruch des Privaten unabhängig von staatlicher Involviering bzw. unabhängig davon besteht, ob ein staatliches Gericht angerufen wird. Das kann für die Fälle privater Regulierung von Bedeutung sein, etwa für Diskursregeln privat regulierter Kommunikationsräume (z. B. soziale Medien).³¹¹ In den allermeisten Fällen ist damit allerdings wenig gewonnen, da der Private (auch in solchen Fällen) zur Durchsetzung

³⁰⁵ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 676.

³⁰⁶ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 677.

³⁰⁷ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 678.

³⁰⁸ Vgl. oben 2. mit entsprechenden Nachweisen. Wie *Kulick* herausstellt bleibt es dem Fachrichter auch nach seiner Konstruktion unbenommen dennoch dem BVerfG vorzulegen, vgl. *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 698.

³⁰⁹ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 698.

³¹⁰ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 698.

³¹¹ *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 698.

seines Anspruchs ohnehin den Weg zu Gericht wählen wird.³¹² Zudem bedeutet nach diesem Modell *weniger* staatliche Involvierung zugleich *mehr* Staatsrecht für das Privatrechtsverhältnis. In die Sphäre des Privatrechts wird nämlich durchaus eingegriffen, wenn der Privatrechtsstreit – wie von Kulick gefordert – unmittelbar aufgrund des Resultats der Verhältnismäßigkeitsprüfung der kollidierenden Grundrechtspositionen der Privaten entschieden wird. Dann bestätigt sich die Sorge, die etwa *Canaris* der unmittelbaren Drittirkung gegenüber hegt. Denn damit gilt auch für *Kulicks* Ansatz (insbesondere für die zweite Stufe), dass „weite Teile des Privatrechts, insbesondere des Vertrags- und des Deliktsrechts auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben und ihrer Eigenständigkeit beraubt würden“.

Der Ansatz Kulicks würde die Fachgerichtsbarkeit sicherlich gegenüber der Verfassungsgerichtsbarkeit stärken. Wenn dort allerdings nach seiner Diktion „die Grundrechtsprüfung zum Alltag wird“ und auf der zweiten Stufe der Privatrechtsstreit sogar allein durch das Resultat einer Verhältnismäßigkeitsprüfung konfligierender Grundrechtspositionen entschieden wird, ist mit Blick auf die Eigenständigkeit des Privatrechts wenig gewonnen. Vielmehr verliert das einfache Privatrecht dadurch maßgeblich an Bedeutung.

Einige weitere Probleme hinsichtlich der Frage der Eigenständigkeit wurden bereits oben bei der Prüfung der Vereinbarkeit der Konzeption mit dem Gewalten teilungsgrundsatz diskutiert. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, warum in der *praeter legem*-Situation die herkömmliche Privatrechtsdogmatik zur Lückenfüllung nicht genügen soll. Der Ausgleich widerstreitender Interessen der am Rechtsverkehr Beteiligten ist im geltenden Privatrecht grundsätzlich verfassungskonform gelöst.³¹³ Zum Ausgleich bestehender Machtasymmetrien müssen die Zivilgerichte ausnahmsweise korrigierend eingreifen. Das kann jedoch durch eine entsprechende Auslegung der Generalklauseln (etwa § 138 I BGB) geschehen. Die Zivilrechtsprechung und Praxis hat zur Ausfüllung der Generalklauseln (nicht abschließende) Fallgruppen geschaffen, in welchen eine Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle des Vertragsinhaltes ausnahmsweise geboten ist.³¹⁴ Damit wird sogleich den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung getragen. Das BVerfG hat dahingehend deutlich gemacht, dass den Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität „mit den Mitteln des Zivilrechts“ zur Geltung verholfen

³¹² So auch *Kulick* selbst in: AÖR 145 (2020), S. 649, 698.

³¹³ Vgl. *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 307 sowie BVerfGE, 89, 214, 232 (*Bürgschaft*).

³¹⁴ Etwa im Rahmen des § 138 I BGB das wucherähnliche Geschäft (BGH NJW 2013, 1953), Knebelungsverträge (BGH WM 2003, 2379), Abreden die auf Vertragsbruch zielen (BGH NJW 1999, 2588) sowie sexuelle Dienstleistungen (BGH NJW 2008, 140). Zum wucherähnlichen Geschäft vgl. *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 51 ff.

werden muss.³¹⁵ Insoweit ist *Ipsen* zuzustimmen, der unlängst ausgeführt hat, dass die Grundrechte selbst keinen Entscheidungsmaßstab für derartige Konflikte enthalten und zur Lösung zivilrechtlicher Streitigkeiten weder geeignet noch bestimmt sind.³¹⁶ Für die *contra legem*-Situation ist erneut zu betonen, dass jede privatrechtliche Norm (insbesondere im Vertragsrecht) als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden kann.³¹⁷ Für eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne einer Abwägung der konfligierenden grundrechtlichen Positionen durch den Fachrichter bleibt daher kein Raum, eine solche würde der Absicht des Privatrechts selbst zuwiderlaufen.³¹⁸

Das Wesensmerkmal der Fachgerichtsbarkeit liegt gerade darin, dass die einzelnen Fachrichter – im Gegensatz zur Verfassungsgerichtsbarkeit – anhand eines ausdifferenzierten Systems aufeinander abgestimmter Regelungen entscheiden.³¹⁹ Wenn aber die Privatrechtsdogmatik systemimmanente Lösungen bereithält, ist unklar warum das fein konturierte Privatrecht zu einem allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Abwägungsrecht denaturiert werden sollte. Die Mittelung auf der ersten Stufe führt zwar dazu, dass das einfache Recht, anders als bei dem Modell der unmittelbaren Drittirkung, eine gewisse Berücksichtigung erfährt. Doch auch auf der ersten Stufe muss jedes Fachgericht wie gesehen eine selbständige Entscheidung über den Ausgleich der Grundrechtspositionen der Privaten vornehmen und rekurriert hierfür zunächst *allein* auf die Grundrechte. Der Privatrechtsstreit wird also schon auf der ersten Stufe maßgeblich von der Grundrechtsprüfung und damit vom Verfassungsrecht bestimmt (siehe bereits oben 3. b)).

Abschließend kann man daher festhalten, dass *Kulicks* Ansatz auch mit Blick auf die Eigenständigkeit des Privatrechts nicht zu überzeugen vermag. Er führt zu einem weitgehenden Bedeutungsverlust des einfachen Rechts, die Eigenständigkeit des Privatrechts wird also gerade konterkariert.

³¹⁵ BVerfGE 81, 242, 256; obwohl es im Bürgschaftsbeschluss im Ergebnis genau das Gegenteil macht und aus den Grundrechten abgeleitet selbst Privatrecht schöpft, vgl. unten § 5 B. II.

³¹⁶ *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 160.

³¹⁷ *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010) S. 285 ff., 310, 314; ders., in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 44.

³¹⁸ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 44.

³¹⁹ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 44.

G. Zusammenfassung und Bewertung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass ein breiter Konsens hinsichtlich einer irgendwie gearteten Privatrechtswirkung der Grundrechte besteht. Grundrechte werden heute nicht mehr allein als staatsgerichtete Abwehrrechte verstanden. Ursprünglich spielte die Frage der Grundrechtswirkung im Privatrecht vor allem in gesetzlichen Schuldverhältnissen eine Rolle (vgl. etwa Lüth; Böll). Spätestens seit der Handelsvertreterentscheidung wird aber auch von einer Einwirkung der Grundrechte auf vertragliche Schuldverhältnisse ausgegangen. Vor der Entscheidung zum Stadionverbot ging es in jeglichen Fällen um die Einwirkung der Freiheitsrechte auf das Privatrecht. In der Stadionverbotsentscheidung wurde erstmals auch der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG auf ein Privatrechtsverhältnis angewandt. Der Streit um die dogmatische Grundlage der Privatrechtswirkung der Grundrechte scheint dennoch nicht beigelegt. Alle dargestellten Konzeptionen sind nicht frei von Schwächen.

I. Die mittelbare Drittirkung

Hinsichtlich der mittelbaren Drittirkung fällt auf, dass diese Konzeption hauptsächlich auf der Annahme basiert, dass ein Privatrechtsverhältnis aus der Sicht eines staatlichen Gerichts betrachtet wird.³²⁰ Die Konstruktion der mittelbaren Drittirkung zielt wie gesehen allein auf den Zivilrichter, der sozusagen zum „Mittler“ des grundrechtlichen Einflusses im Privatrecht wird. Der zentrale Einwand der Kritiker richtet sich zudem gegen das Merkmal der „objektiven Wertordnung“ und den damit verbundenen Begriff der „Ausstrahlungswirkung“. Der Terminus der im Grundrechtsabschnitt aufgestellten „objektiven Wertordnung“ helfe auf operatinaler Ebene nicht weiter, da nur Normen nicht hingegen Werte verpflichten können.³²¹ Der Begriff der Ausstrahlungswirkung sei zu unbestimmt und damit unbeherrschbar.³²² Zudem könne die Verwendung dieses Begriffs schon deshalb als Verlegenheitslösung bezeichnet werden, da der Begriff kein juristischer, sondern lediglich ein umgangssprachlicher sei.³²³ Wie gesehen bedarf es des Wertordnungsparadigmas auch nicht um zu einer Privatrechtswirkung der Grundrechte zu gelangen. Weite Teile der Literatur bevorzugen daher einen Rekurs auf die herkömmlichen Grundrechtsfunktionen.

³²⁰ So auch *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 40.

³²¹ Vgl. *Michl*, JURA 2017, S. 1062.

³²² *Böckenförde*, in: Der Staat Vol. 29 (1990), S. 1, 29 f.

³²³ Von einer Verlegenheitslösung spricht in diesem Zusammenhang *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 30.

II. Die Schutzpflichtenlehre

Mit der grundrechtlichen Schutzpflicht (bzw. der Anknüpfung an die Grundrechtsfunktionen) kann die Privatrechtswirkung der Grundrechte dogmatisch köhren konstruiert werden. Das Zusammenspiel von grundrechtsverpflichtetem Gesetzgeber und grundrechtsverpflichtetem Zivilrichter erfasst *prima vista* sämtliche Fälle, in denen Grundrechte im Privatrecht von Bedeutung sind und werden können. Fehlt es an einer Norm wird der Gesetzgeber in die Pflicht genommen, ist eine Norm potenziell verfassungswidrig gilt Art. 100 I GG und dann gegebenenfalls die Verpflichtung des Gesetzgebers zum verfassungsgemäßen Neuerlass. Für richterliche Rechtsfortbildung bleibt nach dieser Konstruktion (fast) kein Raum.³²⁴ Doch auch die Schutzpflichtenlehre hat eine immer wieder monierte Schwäche. Auch sie hat zur Folge, dass die Wirkung von Grundrechten in einem individuellen Privatrechtsverhältnis davon abhängt, ob die Rechtsfrage vor einem staatlichen Gericht oder etwa vor einem Schiedsgericht anhängig ist.³²⁵ Letzteres ist nämlich kein Teil des Staatsapparates und damit nicht nach Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden. Die Geltung der Grundrechte ist damit sozusagen prozessakzessorisch.³²⁶ Zudem schaut die Schutzpflichtenlehre immer retrospektiv auf das vorinstanzliche Gericht und prüft, ob dieses durch sein Urteil in die Grundrechte einer Partei eingegriffen hat bzw. ob es seine Schutzpflicht verletzt hat. Das lässt allerdings die dogmatische Frage der Grundrechtsgeltung in er ersten Instanz unbeantwortet.³²⁷ Ferner fällt auf, dass das BVerfG in Vertragsverhältnissen die Schutzpflicht offensichtlich nicht für ausreichend erachtet, um zu einer Privatrechtswirkung der Grundrechte zu gelangen. Im Bürgschaftsbeschluss³²⁸ (welcher allgemein als Beispiel der Schutzpflichtenkonstruktion verstanden wird) hat sich das BVerfG neuer Rechtsfiguren bedient („gestörte Vertragsparität“), um den Grundrechten in dem streitgegenständlichen Bürgschaftsverhältnis ausreichend Rechnung tragen zu können. Dass diese vom BVerfG vertretene Auffassung tatsächlich aus den Grundrechten „ableitbar“ sei, wurde mit Blick auf die Autonomie des Privatrechts vielfach bestritten.³²⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung entspricht es vielmehr dem Selbstverständnis des BVerfG in Ausnahmenfällen selbst privatrechtschöpfend tätig zu werden und ein Privatrecht mit Verfassungsrang zu erschaffen (vgl. noch unten § 5 B.).³³⁰

³²⁴ Sie ist auch nach der Schutzpflichtendogmatik in seltenen Fällen denkbar, siehe oben C. III.

³²⁵ Vgl. Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 40; F. Rödl, in: Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 20, No. 2 (2013), S. 1015.

³²⁶ So etwa Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 78, 119, 175.

³²⁷ Vgl. auch Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 175.

³²⁸ BVerfGE 89, S. 214 (*Bürgschaft*).

³²⁹ Diederichsen, in: AcP 198 (1998), S. 171, 172 ff.

³³⁰ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157.

III. Die unmittelbare Drittirkung

Auch die unmittelbare Drittirkung hat einige Schwächen offenbart (vgl. bereits oben unter E. II.). Das Modell lässt sich bereits nicht mit dem Wortlaut des Art. 1 III GG vereinbaren. Es besteht zudem die Sorge, dass eine unmittelbare Drittirkung die Grundrechte von Freiheitsgarantien Privater zu Pflichten Privater denaturiert.³³¹ Zentraler Einwand ist sicherlich die Gefährdung der Eigenständigkeit des Privatrechts. Die unmittelbare Drittirkung führt zu einer Überfrachtung des Privatrechts mit verfassungsrechtlichen Wertungen.³³² Die Konstruktion lässt sich daher nicht mit der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie vereinbaren. Zudem wird der Privatrechtsgesetzgebers seines Gestaltungsspielraumes beraubt. Es gehört zu seinen Hauptaufgaben die Freiheitssphären zwischen den Privaten abzugrenzen und verschiedene kollidierende Grundrechtspositionen (durch Schaffung einfachen Rechts) in Ausgleich zu bringen.³³³ In der Konstruktion der unmittelbaren Drittirkung würde zumeist der Fachrichter die Grundrechtsabwägung vornehmen. Insoweit ist die unmittelbare Drittirkung auch aus Gründen der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit abzulehnen.³³⁴

Die Annahme einer – nur situativen – unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater führt ebenfalls zu einer Reihe offener Fragen, wie schon die Stadionverbotsentscheidung beweist. Zum einen kann man sich die Frage stellen, ob dem privaten Veranstalter (dem Fußballverein) als Konsequenz seiner Grundrechtsbindung zugleich die Grundrechtsfähigkeit abgesprochen werden soll. Das bedürfte weitergehender Begründung und wird vom BVerfG im Ergebnis wohl auch nicht angenommen. Bleibt der strukturell überlegene Private grundrechtsfähig, führt dies jedoch zu dem grundrechtsdogmatisch paradoxen Ergebnis, dass ein Akteur im selben Lebenssachverhalt gleichzeitig grundrechtsgebunden und grundrechtsfähig ist.³³⁵ Unklar ist zudem was die konkrete Anspruchsgrundlage sein soll (etwa hinsichtlich des Anspruchs auf Zugang zum Stadion). Nach der mittelbaren Drittirkung müsste es eine zivilrechtliche sein, eine passende wurde vorliegend offensichtlich nicht gefunden (s.o.). Unter dem Blickwinkel der unmittelbaren Drittirkung wurde das Zugangsrecht unmittelbar aus Art. 3 I GG abgeleitet.³³⁶ Das ist vergleichbar mit

³³¹ *Dürig*, in: FS Nawiasky (1956), S. 157, 167; *W. Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 9. Aufl. (2021), Art. 1 Rn. 116; *W. Kahl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG, Lfg. 218 (Dezember 2022), Art. 1 Abs. 3 Rn. 291; *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 262 jeweils m. w. N.

³³² *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 316.

³³³ *Guckelberger*, JuS 2003, S. 1151, 1153.

³³⁴ *Erichsen*, JURA 1996, S. 527, 530; *Guckelberger*, JuS 2003, S. 1151, 1153; *W. Kahl*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), BK GG, Lfg. 218 (Dezember 2022), Art. 1 Abs. 3 Rn. 293, jeweils m. w. N.

³³⁵ So aber im Ergebnis *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 158, der in einem solchen „reflexiven Grundrechtsverhältnis“ die widerstreitenden Grundrechtspositionen mit Hilfe einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung in Ausgleich bringen möchte.

³³⁶ So auch *Michl*, JZ 2018, 917; *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901; *Jobst*, NJW 2020, S. 11.

einem Anspruch auf Zugang zu öffentlichen Einrichtungen wie z. B. kommunalen Schwimmbädern.³³⁷ Wenn aber das Grundrecht selbst die Anspruchsgrundlage ist, der Private sozusagen das Grundrecht einklagen muss, könnte man schon an der Zuständigkeit der einfachen Gerichtsbarkeit zweifeln. Zudem birgt auch eine nur situative Grundrechtsbindung Privater (insbesondere hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes) Gefahren mit Blick auf die Eigenständigkeit des Privatrechts. Vertragsfreiheit wird zu Recht als Freiheit zur Ungleichbehandlung verstanden. Eine Gleichheitsbindung Privater wird daher oftmals mit dem „Ende der Privatautonomie“ gleichgesetzt.³³⁸

IV. Die zweistufige Anwendung

Das Modell der zweistufigen Anwendung sollte vielen der beschriebenen Probleme entgegenwirken. Insbesondere wird das Problem der Prozessakzessorietät durch eine unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis gelöst. Die Grundrechte gelten immer zwischen Privaten und damit auch vor privaten Schiedsgerichten. Auch die Grundrechtsgeltung in der ersten Instanz ist damit sichergestellt. Das Modell sollte gleichzeitig zu mehr Autonomie im Privatrecht führen, ohne zwingende verfassungsrechtliche Grenzen zu durchbrechen. Dieser Befund hat sich nach der hier vertretenen Ansicht nicht bestätigt. Das Modell hat sich mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz als problematisch erwiesen. Fachgerichten kommt nach dem Modell naturgemäß eine rechtschöpfende Rolle zu, der Gesetzgeber wird gleichzeitig entmachtet. Das über Jahrhunderte gewachsene Privatrecht wird ein Stück weit obsolet, an seine Stelle tritt eine Grundrechtsabwägung durch den Fachrichter. Dieser darf nach der Konzeption die gesetzgeberische Entscheidung übergehen (*contra legem*-Situation). Dabei wird Art. 100 I GG umgangen und folglich durchaus eine verfassungsrechtlich aufgestellte Grenze durchbrochen. Auch die Lesart des Artikel 1 III GG vermochte nicht zu überzeugen. Zentraler Einwand ist wiederum die Gefährdung der Eigenständigkeit des Privatrechts. Entgegen den Beteuerungen *Kulicks* führt das Modell nicht zu mehr Autonomie im Privatrecht. Weniger Staat bedeutet zugleich mehr Staatsrecht im Zivilrechtsstreit. Wenn ein Privatrechtsstreit unmittelbar aufgrund des Resultats der Verhältnismäßigkeitsprüfung der kollidierenden Grundrechtspositionen entschieden wird, werden weite Teile des Privatrechts verfassungsrechtlich überformt und ihrer Eigenständigkeit beraubt. Zudem steht wie gesehen das gesamte einfache (Privat-)Recht unter dem Postulat der Verhältnismäßigkeit. Für eine zusätzliche Verhältnismäßigkeits-

³³⁷ Hellgardt, JZ 2018, S. 901.

³³⁸ E. Picker, JZ 2002, S. 880, dort im Zusammenhang mit der Diskussion um die Entwürfe zum AGG; vgl. dazu auch *Kulick*, in: AöR 145 (2020), S. 649, 686.

prüfung des Fachrichters bleibt daher kein Raum, eine solche würde der Intention des Privatrechts selbst zuwiderlaufen.³³⁹

Es wurde auch nicht hinreichend deutlich, worin der eigentliche Gewinn des Ansatzes liegen soll, da das einfache Privatrecht systemimmanente Lösungen bereithält und nicht ersichtlich ist, inwiefern diese zu schlechteren Ergebnissen führen.

V. Zwischenergebnis

Der vorläufige Befund zeigt, dass sich die Ansätze einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis insbesondere mit Blick auf die Eigenständigkeit des Privatrechts als problematisch erwiesen haben. Eine nur vermittelte Einwirkung der Grundrechte im Privatrechtstreit – die grundrechtlichen Wertungen werden nach den jeweiligen Ansätzen unter B., C. und D. jedenfalls indirekt bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln berücksichtigt – lässt sich systemkonformer umsetzen. Sie führt insoweit zu einem schonenderen Eingriff in die Privatrechtsordnung.³⁴⁰ Die Frage nach der Eigenständigkeit des Privatrechts stellt sich auch im Zusammenhang mit dem vom BVerfG geschaffenen „Verfassungsprivatrecht“ (vgl. unten § 5 E. IV.). Dort insbesondere vor dem Hintergrund, inwieweit sich dieses Verfassungsprivatrecht in das bestehende Privatrechtssystem eingliedern lässt.

Insgesamt scheint die Drittwerkungsdiskussion davon abzulenken, was sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Privatrechts ergeben kann. Nach der hier vertretenen Ansicht werden verfassungsgerichtliche Entscheidungen zunehmend selbst zu einer Quelle des Privatrechts. Es könnte daher an der Zeit sein eine neuen Ebene des Privatrechts anzuerkennen: Privatrecht mit Verfassungsrang.

Bevor auf diese Ebene eingegangen wird, ist zunächst ein Blick auf die Privatrechtswirkung der Grundrechtecharta zu werfen. Dieser Teil schafft zugleich den notwendigen Hintergrund, um zu untersuchen, ob auch auf europäischer Ebene Verfassungsprivatrecht entsteht. Die Frage ist auf Grund des europäischen Mehrebenensystems komplexer. Auch der EuGH könnte in seiner Rechtsprechung privatrechtschöpfend tätig werden und so zur Entstehung von Verfassungsprivatrecht beitragen.

³³⁹ Stürner, in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 44.

³⁴⁰ A. A. Kulick, in: AÖR 145 (2020), S. 649, 663 ff.

§ 4 Der Einfluss europäischer Grundrechte auf das nationale Privatrecht

Im vorigen Kapitel ist deutlich geworden, dass sich das Privatrecht an den Vorgaben des Verfassungsrechts messen lassen muss. Das ist insbesondere eine Konsequenz der Normenhierarchie (Artikel 20 III GG). Das Grundgesetz kann somit als „Metaordnung“ für das Privatrecht bezeichnet werden.¹ Das gesamte nationale Recht wird wiederum vom Unionsrecht überformt, welches Anwendungsvorrang beansprucht und damit bei jeder Rechtsanwendung direkt oder indirekt zu beachten ist.² Das Unionsrecht kann insoweit als zweite Metaordnung für das Privatrecht bezeichnet werden.³ Wie im nationalen Recht, stellt sich auch hier die Frage, wie die (europäischen) Grundrechte auf das Privatrecht einwirken. Die Drittirkungsdiskussion ist aufgrund einiger jüngerer Entscheidungen des EuGH neu entfacht worden.⁴ Diese Entscheidungen haben Teile der Literatur zu dem Schluss veranlasst, dass der EuGH nun eine unmittelbare Drittirkung der Europäischen Grundrechtecharta befürwortet.⁵ Die Frage einer – wie auch immer gearteten – Einwirkung der Grundrechtecharta auf nationales Privatrecht ist komplex. Das hat insbesondere mit dem so genannten europäischen Mehrebenensystem zu tun, in das die Charta eingebettet ist. Für die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts muss zwischen den verschiedenen Ebenen (Primärrechts- und Sekundärrechtsebene) differenziert werden (vgl. sogleich A. I.). Europäisches Primär- und Sekundärrecht haben unterschiedliche Auswirkungen auf das nationale Privatrecht, insbesondere auf das nationale Privatrechtsverhältnis. Die Komplexität hängt aber auch damit zusammen, dass der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte, anders als jener der nationalen Grundrechte, begrenzt ist (vgl. unten A. II.). Letzteres ist wiederum Auswirkung der Grundstruktur des Mehrebenensystems.⁶ Gerade um beurteilen zu können, ob sich

¹ Vgl. *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 1.

² *Ehlers*, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 11 ff.; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 99 ff. m. w. N.; *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 177; *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 2 m. w. N.; EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1259.

³ Vgl. *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 1.

⁴ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßmann*), NZA 2018, 1467; EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), EuZW 2018, 381.

⁵ *A. Colombi Ciacci*, EuConst, 15 (2019), S. 294; *E. Frantziou*, EuConst, 15 (2019), S. 306 jeweils m. w. N.; a. A. *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52, 54; *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 898 f.

⁶ *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 79.

der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung tatsächlich zur unmittelbaren Dritt-wirkung bekannt hat, muss daher zunächst der notwendige theoretische Hintergrund geschaffen werden. Diesem bedarf es auch später zur Beantwortung der Frage, ob der EuGH privatrechtschöpfend tätig geworden ist oder tätig werden könnte und so „Verfassungsprivatrecht“ entsteht. Zunächst werden daher die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts beleuchtet (A. I.) und der Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte im mitgliedstaatlichen Privatrecht aufgezeigt (unter A. II.) Danach kann schließlich auf die Drittwerkungsfrage der Grundrechtecharta eingegangen werden kann (unter B.).

A. Das europäische Mehrebenensystem

Für die Frage nach der Einwirkung der Europäischen Grundrechtecharta auf das nationale Privatrecht ist das europäische Mehrebenensystem in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Zum einen, weil die Charta Teil des Primärrechts ist, so dass die allgemeinen Lehren zu den Wirkungen des Unionsrechts (insbesondere des Primärrechts) für die Frage der Einwirkung der Charta auf das Privatrecht relevant werden (vgl. unter I.). Zum anderen ist das Mehrebenensystem der Grund dafür, dass der Anwendungsbereich der Charta, im Gegensatz zu dem der nationalen Grundrechte, begrenzt ist. Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung kann die Europäische Union nur im Rahmen der ihr übertragenen Zuständigkeiten Recht setzen, Art. 5 EUV. Obwohl legislative Kompetenz nicht mit der gerichtlichen Zuständigkeit gleichgesetzt werden kann, ist jedenfalls klar, dass der EuGH nicht über Fälle entscheiden kann, die keinerlei Bezug zum europäischen Recht aufweisen (zum Anwendungsbereich der Charta vgl. noch unter II.).⁷

I. Die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts

Die allgemeine europarechtliche Dogmatik der Wirkungen des Unionsrechts bildet den Ausgangspunkt für die Analyse einer zumindest irgendwie gearteten Wirkung der EU-Grundrechte im Privatrecht. Die zentralen Begriffe der direkten und der indirekten Wirkung sind dabei nicht gleichzusetzen mit der oben für die nationalen Grundrechte herausgearbeiteten Begriffe der mittelbaren und der unmittelbaren Dritt-wirkung. So verlangt der Begriff der direkten Wirkung gerade keine Adressateneigenschaft des Privaten, die die unmittelbare Dritt-wirkung gerade ausgemacht hat (vgl. noch unten B.).⁸ Als Ausgangspunkt für jegliche Wirkung des Unionsrechts gilt jedoch zunächst die Annahme seiner unmittelbaren Geltung.

⁷ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 79; K. Lenaerts, EuR 2012, S. 3, jeweils m. w. N.

⁸ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 172 m. w. N.

1. Unmittelbare Geltung des Unionsrechts

Das erste besondere Merkmal des Unionsrechts im Vergleich zu gewöhnlichem Völkerrecht ist seine unmittelbare Geltung. Im Unterschied zu sonstigen völkerrechtlichen Verträgen bedarf es für das Unionsrecht grundsätzlich keines weiteren Umsetzungsaktes damit es innerstaatlich als Recht anerkannt wird.⁹ Das liegt insbesondere daran, dass die Mitgliedstaaten dem Unionsvertrag ohne Vorbehalte zugestimmt haben.¹⁰ Einige Verfassungsgerichte, darunter auch das BVerfG, richten sich gegen das Verständnis der umfassenden Zustimmung und anerkennen die innerstaatliche Geltung nur in den Grenzen des Zustimmungsgesetzes (in Deutschland Art. 23 I 2, 59 II 1 GG¹¹) zu den Unionsverträgen.¹² Seine innerstaatliche Geltung verdankt das Unionsrecht aus dieser Perspektive erst diesem Zustimmungsgesetz als „konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl“.¹³ Das Zustimmungsgesetz bildet demnach nicht nur den Grund innerstaatlicher Geltung, sondern zugleich deren Grenze (zu den unterschiedlichen Perspektiven vgl. unten 3.).¹⁴

Der EuGH versteht das Unionsrecht seit seinem Grundsatzurteil van Gend en Loos als „eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“, dessen Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten sind, sondern auch die einzelnen Individuen.¹⁵ Die Mitgliedstaaten müssen, in den Worten des EuGH, diese neue Rechtsordnung in ihre eigene Rechtsordnung aufnehmen, ihre Gerichte müssen das Unionsrecht anwenden.¹⁶ Das Unionsrecht ist also mit seinem Inkrafttreten ein „integrierender Bestandteil“ der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geworden.¹⁷ In diesem Sinne meint unmittelbare Geltung des Unionsrechts, die Geltung ohne weiteren Umsetzungsakt. Das Unionsrecht kann dabei einerseits Vorgaben für die Auslegung des nationalen Rechts enthalten (indirekte Wirkung) sowie selbst direkte Wirkung entfalten (vgl. unter 2. sowie unter 4.). Dem gesamten Unionsrecht kommt zudem Anwendungsvorrang vor jedwedem nationalen Recht zu (vgl. unter 3.).

⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 6, 8; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 173; EuGH, 09.03.1978, Rs. 106/77 (*Simmenthal II*), Slg. 1978, 629.

¹⁰ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 8.

¹¹ BVerfGE 73, 339, 375.

¹² Konkret zu EUV und AEUV: Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 und vom 8. Oktober 2008 (BGBI. II S. 1038).

¹³ BVerfGE 123, 267, 400.

¹⁴ BVerfGE 123, 267, 402; Dederer, JZ 2014, S. 313, 314.

¹⁵ EuGH, 05.02.1963, Rs. 26/62 (*van Gend en Loos*), Slg. 1963, 7.

¹⁶ EuGH, 15.12.1976, Rs. 35/76 (*Simmenthal I*), Slg. 1976, 1871; zuvor bereits EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1259, „eigene Rechtsordnung“.

¹⁷ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 6, 8.

2. Direkte Wirkung/unmittelbare Anwendbarkeit

Wie bereits erwähnt sind die Begriffe der direkten und der indirekten Wirkung des Unionsrechts jedenfalls nicht mit den oben für das nationale Recht aufgezeigten Begriffe der mittelbaren und unmittelbaren Drittewirkung gleichzusetzen. Im Unionsrecht besteht jedoch bereits keine Einigkeit im Hinblick auf die Verwendung bzw. Bedeutung der jeweiligen Begriffe. Die „direkte Wirkung“ wird oftmals auch unter dem Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit oder der unmittelbaren Wirkung besprochen.¹⁸ Die Verwendung des Begriffs der direkten Wirkung bietet sich deshalb an, da er das Gegenstück zum Begriff der indirekten Wirkung darstellt und auch im Englischen von *direct effect* und *indirect effect* gesprochen wird.¹⁹ In der deutschsprachigen Literatur wird dennoch vorwiegend der Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit verwendet. Wie im nationalen Recht kann der terminologische Streit auch hier vernachlässigt werden, wenn über die jeweilige juristische Konstruktion Klarheit herrscht.

Die direkte Wirkung des Unionsrechts ist von der unmittelbaren Geltung zu unterscheiden. Direkte Wirkung bedeutet, dass Normen des Unionsrechts eigenständig vor einem mitgliedstaatlichen Gericht geltend gemacht werden können und damit Rechte und Pflichten für einzelne Private sowie für staatliche Parteien (Mitgliedstaaten) begründen können.²⁰ Der EuGH hat diese Wirkung des Unionsrechts (damals noch Gemeinschaftsrecht) erstmals in seiner Leitentscheidung „van Gend en Loos“ anerkannt.²¹ In dem Urteil entschied der Gerichtshof, dass sich ein Privater gegenüber einem Mitgliedstaat unmittelbar auf die Verletzung seiner Grundfreiheit berufen könne. Die damals vom EuGH für eine Vorschrift des Primärrechts anerkannte Wirkung ist nunmehr für das gesamte Unionsrecht anerkannt.²² Das bedeutet jedoch nicht, dass schlechthin allen Bestimmungen des Unionsrechts direkte Wirkung zukommt. Einer Bestimmung des Unionsrechts kommt direkte Wirkung zu, wenn sie hinreichend klar, bestimmt und unbedingt ist (also *self-executing*).²³ Die Anforderungen, die der EuGH an die Bestimmtheit setzt, sind allerdings oftmals

¹⁸ Vgl. zu dem terminologischen Streit Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 1084 sowie Ehlers, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 9 m. w.N.

¹⁹ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 174.

²⁰ Ehlers, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 9, dort findet sich die Definition unter dem Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 174.

²¹ EuGH, 05.02.1963, Rs. 26/62 (*van Gend en Loos*), Slg. 1963, 7.

²² EuGH, 16.06.1966, Rs. 57/65 (*Lütticke*), Slg. 1966, 257, 266; EuGH, 17.07.2008, Rs. C-226/07 (*Flughafen Köln Bonn*), Slg. 2008, I-5999, Rn. 23; Ehlers, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 10.

²³ Ehlers, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 10.

nicht sonderlich hoch.²⁴ Auch Normen die erheblichen Konkretisierungsbedarf haben, werden vom EuGH unmittelbar angewendet.²⁵

Gerade im Hinblick auf Private muss aber bei der Frage nach der direkten Wirkung nach den verschiedenen Normtypen differenziert werden. Für die direkte Wirkung von Richtlinien macht der EuGH eine entscheidende Einschränkung. Damit Richtlinien direkte Wirkung entfalten können, muss neben den Anforderungen an die Bestimmtheit zusätzlich ein Verstoß des Mitgliedstaates gegen die Umsetzungsverpflichtung hinzutreten.²⁶ Auch dann ist die Richtlinie jedoch nur zugunsten und nie zu Lasten eines Bürgers im Bürger-Staat-Verhältnis anwendbar. Richtlinien sind zudem nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zwischen Privaten nie unmittelbar anwendbar (Verbot der horizontalen Direktwirkung).²⁷ Ein Privater kann sich in einem Rechtsstreit gegenüber einem anderen Privaten mithin nicht unmittelbar auf europäisches Richtlinienrecht berufen.²⁸ Die horizontale Direktwirkung von Richtlinien wird auch von der herrschenden Literatur abgelehnt.²⁹ Dies wird einerseits damit begründet, dass sich die Richtlinien nur an die Mitgliedstaaten richten (Art. 288 III AEUV) und zum anderen damit, dass die direkte Anwendung von Richtlinien für Private die Gefahr erheblicher Rechtsunsicherheit mit sich bringen würde.³⁰

Beim Primärrecht gilt diese Einschränkung nicht, obwohl auch dort oftmals eingewendet werden könnte, dass sich die Vorschriften allein an die Mitgliedstaaten richten. Der EuGH hat etwa in der Rechtssache *Defrenne* Artikel 157 I AEUV direkte Wirkung zugesprochen, obwohl sich dieser nach dessen Wortlaut eindeutig an die Mitgliedstaaten richtet („jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen [...] sicher“).³¹ Auch den Grundfreiheiten kommt nach der Rechtsprechung des EuGH direkte Wirkung zu, obwohl sich diese an die Mitgliedstaaten richten. Argumentiert wird hier zumeist mit dem Ef-

²⁴ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 175.

²⁵ Vgl. etwa zu Artikel 31 II GRCh *Sura*, EuZA 2019, S. 350, 360 m. w.N.; Mehrens/Witschen, EuZA 2019, S. 326, 331, die jeweils die mangelnde Bestimmtheit des Artikel 31 II GRCh ammahnen, welchem der EuGH direkte Wirkung zugesprochen hat.

²⁶ Ehlers, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 10 m. w.N.

²⁷ EuGH, 14.07.1994, Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325; EuGH, 26.02.1986, Rs. 152/84 (*Marshall I*), Slg. 1986, 723; EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Küçükdevici*), Slg. 2010, I-365, Rn. 46, 50; EuGH, 22.11.2005, Rs. C-144/04 (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981.

²⁸ EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Küçükdevici*), Slg. 2010, I-365, Rn. 46; Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 44.

²⁹ Fetzer/Fischer, Europarecht, 12. Aufl. (2019), S. 193 ff.; Schroeder, Grundkurs Europarecht, 7. Aufl. (2021), S. 97 f. jeweils m. w.N.

³⁰ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 176 m. w.N.

³¹ EuGH, 08.04.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne*), Slg. 1976, 455, Rn. 35 ff.

fektivitätsgrundsatz („*effet utile*“), die Grundfreiheiten würden ihre Durchschlagskraft verlieren, wenn sie nicht auch zwischen Privaten angewendet werden könnten.³²

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass für die direkte Wirkung des Unionsrecht nach Normtypen unterschieden werden muss. Richtlinien kommt nur ausnahmsweise direkte Wirkung zu (bei Vorliegen der Bestimmtheitsanforderungen sowie dem zusätzlichen Verstoß gegen die Umsetzungsverpflichtung). Auch Richtlinien können dann unmittelbar Rechte für Private gegenüber einem Mitgliedstaat begründen. Dem Primärrecht kommt beim Vorliegen der Bestimmtheitsanforderungen direkte Wirkung zu, damit können (anders als bei Richtlinien) auch Rechte und Pflichten zwischen Privaten begründet werden. Was die juristische Konstruktion betrifft, ist jedoch hervorzuheben, dass die direkte Wirkung Private nicht unbedingt zu Normadressaten macht.³³ Die direkte Wirkung ist damit nicht mit der oben beschriebenen unmittelbaren Drittirkung gleichzusetzen. Das kann insbesondere an den jüngeren Rechtsprechungsbeispielen des EuGH in den Rechtsachen *Egenberger* und *Bauer/Broßonn* verdeutlicht werden (siehe unten B. III.).

3. Vorrang des Unionsrechts

Die Tatsache, dass einer Vorschrift des Unionsrechts direkte Wirkung zukommt, sagt nichts darüber aus, wie sich das Unionsrecht im Kollisionsfall gegenüber nationalem Recht verhält. Mittlerweile ist dieses Verhältnis unstrittig, es gilt der Vorrang des Unionsrechts vor jedwedem nationalen Recht.³⁴ Unionsrecht verdrängt entgegenstehendes nationales Recht. Von diesem sog. Anwendungsvorrang sind zumindest nach dem Verständnis des EuGH auch die nationalen Grundrechte umfasst.³⁵ Auch gegenüber diesen genießt sämtliches Unionsrecht (auch Sekundärrecht wie etwa Richtlinien) Anwendungsvorrang. Wenn nationale Bestimmungen nicht mit dem Unionsrecht in Einklang gebracht werden können, müssen diese unangewendet bleiben. Daraus folgt jedoch nicht die Nichtigkeit einer nationalen Vorschrift, denn diese kann in rein nationalen Situationen oder gegebenenfalls auch in reinen Drittstaatensituationen weiterhin anwendbar sein.³⁶ Vom EuGH wurde der Anwendungsvorrang erstmals in seiner Leitentscheidung *Costa/E.N.E.L.* ausgespro-

³² M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 176 m. w. N.

³³ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 177.

³⁴ Ehlers, in: Schulze et al. (Hrsg.), Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Aufl. (2020), § 11 Rn. 11 ff.; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 99 ff. m. w. N.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 177; Stürmer, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 2 m. w. N.; EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1259; EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125, Rn. 3.

³⁵ Stürmer, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 3 m. w. N.

³⁶ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 128; Stürmer, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 3 m. w. N.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 177.

chen und ist seitdem in dessen Rechtsprechung etabliert.³⁷ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts als solcher wird auch von nationalen Verfassungsgerichten nicht bestritten. Dieser Vorrang kann jedoch unterschiedlich formuliert oder akzentuiert werden, je nachdem, ob man die Perspektive des Unionsrechts (genauer gesagt die des EuGH) einnimmt oder die Perspektive der Mitgliedstaaten, insbesondere die eines nationalen Verfassungsgerichts.³⁸

a) Die unionsrechtliche Perspektive

Nach Auffassung des EuGH ergibt sich der Vorrang des Unionsrechts aus dem autonomen Charakter des Unionsrechts und der Notwendigkeit seiner einheitlichen Anwendung.³⁹ Mit diesem Verständnis hat sich das Unionsrecht inzwischen von der Zustimmung der Mitgliedstaaten emanzipiert und entspringt einer eigenständigen Rechtsquelle, die ihre Grundlage in den Verträgen hat. Aus dieser unionsrechtlichen Perspektive geht man von einem absoluten ausnahmslosen Vorrang des Unionsrechts aus.⁴⁰

b) Die mitgliedstaatliche Perspektive

Auch von den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten wird der Vorrang des Unionsrechts im Grundsatz nicht bestritten, der Vorrang wird jedoch anders hergeleitet. Die unterschiedliche Herleitung ist deswegen entscheidend, da aus der Perspektive mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte der Vorrang gewissen Einschränkungen unterliegt und damit Kontrollvorbehalte verbleiben (sog. *Trias* der Kontrollvorbehalte: Grundrechtskontrolle, Ultra-Vires-Kontrolle, Identitätskontrolle).⁴¹

Aus der völkerrechtlich dualistischen Perspektive des BVerfG besteht der Vorrang des Unionsrechts vor deutschem Recht nur, weil und soweit das Unionsrecht innerstaatliche Geltung erlangt hat.⁴² Seine innerstaatliche Geltung verdankt das Unionsrechts aus dieser Perspektive dem „konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl“⁴³ und damit dem deutschen Zustimmungsgesetz (Art. 23 I 2, 59 II 1 GG⁴⁴) zu den

³⁷ EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1259, 1269, st. Rspr.

³⁸ Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 3 m. w.N.

³⁹ EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1259, 1270.

⁴⁰ EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125, Rn. 3; vgl. dazu Dederer, JZ 2014, S. 313.

⁴¹ Im Überblick Dederer, JZ 2014, S. 313; Sauer, EuR 2017, S. 186.

⁴² BVerfGE 22, 293, 296; 37, 271, 278; zum Ganzen Dederer, JZ 2014, S. 313 m. w.N.

⁴³ BVerfGE 123, 267, 400 (*Stadionverbot*).

⁴⁴ BVerfGE 73, 339, 375.

Unionsverträgen.⁴⁵ Dieses Zustimmungsgesetz bildet die „Brücke“ über welche das Unionsrecht in den innerstaatlichen Bereich gelangt und erst aufgrund dessen kann es dort seine Vorrangwirkung vor nationalem Recht entfalten.⁴⁶ Das Zustimmungsgesetz bildet demnach nicht nur den Grund innerstaatlicher Geltung, sondern zugleich deren Grenze und damit auch die Grenze des Vorrangs.⁴⁷ Der Vorrang des Unionsrechts gilt also nicht ausnahmslos sondern nur innerhalb des Korridors der nach Artikel 23 GG übertragenen Souveränitätsrechte.

Bereits im Jahre 1974 hat das BVerfG in seiner *Solange I*-Entscheidung die sog. Grundrechtskontrolle etabliert, nach welcher das BVerfG Unionsrecht am Kontrollmaßstab der deutschen Grundrechte messen kann, *solange* der Integrationsprozess noch nicht zu einem vergleichbaren Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene (damals Gemeinschaftsebene) geführt habe.⁴⁸ Allerdings übt das BVerfG seit seinem *Solange II*-Beschluss die Grundrechtskontrolle nicht mehr aus, weil und *solange* auf unionsrechtlicher Ebene ein Grundrechtsschutz gewährleistet wird, der „dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist [...].“⁴⁹

Weiterhin relevant ist jedoch insbesondere die Ultra-Vires-Kontrolle des BVerfG, wie etwa die aktuelle Entscheidung zum *PSPP*-Programm der EZB beweist.⁵⁰ Hier hat das BVerfG abermals darauf insistiert, dass der Vorrang nur kompetenzgerechtes Unionsrecht betrifft, für europäische Ultra-Vires-Akte soll der Vorrang nicht gelten. Entgegen der Annahme des EuGH sei das BVerfG auch befugt festzustellen, ob eine europäische Institution (hier die EZB) *ultra vires*, also außerhalb ihrer Kompetenz, gehandelt habe. Das Urteil zeigt, dass das BVerfG auch weiterhin gewillt ist Unionsrechtsakte darauf zu prüfen, ob sie sich innerhalb der Grenzen der erteilten Ermächtigung bewegen. Insgesamt hat sich das BVerfG jedoch immer wieder zu seiner Europafreundlichkeit bekannt. Nach seiner *Honeywell*-Rechtsprechung verwirft das BVerfG Unionsrechtsakte nur, wenn „das kompetenzwidrige Handeln der Unionsgewalt offensichtlich ist und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union [...] erheblich ins Gewicht fällt“.⁵¹ Darüber hinaus erklärt das BVerfG Unionsrechtsakte erst nach vorheriger Vorlage an den EuGH für *ultra vires*. Das BVerfG hat sich damit ausdrücklich zu dem „Kooperationsverhältnis“ zwischen den beiden Gerichten bekannt.⁵²

⁴⁵ Konkret zu EUV und AEUV: Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 und vom 8. Oktober 2008 (BGBl. II S. 1038).

⁴⁶ Dederer, JZ 2014, S. 313, 314 m. w. N., insbesondere zum sog. „Brückenmodell“.

⁴⁷ BVerfGE 123, 267, 402 (*Stadionverbot*); Dederer, JZ 2014, S. 313, 314.

⁴⁸ BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

⁴⁹ BVerfGE 73, 339, 387 (*Solange II*).

⁵⁰ BVerfGE 154, 17 (*PSPP*).

⁵¹ BVerfGE 126, 286, 304 (*Honeywell*).

⁵² Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 8; Dederer, JZ 2014, S. 313, 314.

Komplettiert wird der sog. *Trias* der Kontrollvorbehalte von der Identitätskontrolle. Danach können Handlungen der Unionsrechtsorgane nicht am Vorrang teilhaben, wenn sie den unantastbaren Kern des Grundgesetzes tangieren. So hat das BVerfG in seinem *OMT*-Beschluss festgestellt, dass die von der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 III GG erfassten Prinzipien einer Abwägung nicht zugänglich sind.⁵³ Zuvor hatte das BVerfG bereits in der *Lissabon-Entscheidung*⁵⁴ deutlich gemacht, dass es bereit ist das Demokratieprinzip zu verteidigen. Der Vorrang des Unionsrechts kann demnach auch durch Identitätskontrolle gewissen Beschränkungen unterliegen.

4. Indirekte Wirkung des Unionsrechts

Unionsrecht wird im nationalen Privatrecht nicht nur durch seine direkte Anwendung relevant, sondern entfaltet auch indirekte Wirkungen. Es bestimmt oftmals die Auslegung nationaler Rechtssätze im Privatrechtsstreit.⁵⁵ In der Rechtssache *Murphy* hat der Gerichtshof diese Auslegung wie folgt beschrieben:

„Es ist Sache des nationalen Gerichts, das innerstaatliche Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden [...].“⁵⁶

Der häufigste Anwendungsfall im Privatrecht ist dabei die richtlinienkonforme Auslegung, welche ein Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung darstellt. In der Literatur wird als Begründung für die richtlinienkonforme Auslegung zumeist auf den Willen des nationalen Gesetzgebers verwiesen, im Zweifel sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber seine Pflicht zur unionsrechtskonformen Umsetzung erfüllen wollte.⁵⁷ Als weiterer Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung gilt die primärrechtskonforme Auslegung. Bei der Auslegung nationaler Bestimmungen kann auch das Primärrecht eine Rolle spielen. Soweit dieses direkt anzuwenden ist und damit Anwendungsvorrang vor entgegenstehenden nationalen Vorschrift genießt, ist die Konformauslegung das schonendere Mittel gegenüber der Nichtanwendung.⁵⁸ Denkbar ist auch, dass das Primärrecht die Auslegung des Sekundärrechts (etwa einer Richtlinie) bestimmt, welches wiederum bei der Auslegung der nationalen Vorschrift zu beachten ist. Insoweit ist die primärrechtskonforme Auslegung um eine Ebene gemittelt. Das ist etwa ein Anwendungsfall der „indirekten

⁵³ BVerfGE 142, 123.

⁵⁴ BVerfGE 123, 267.

⁵⁵ EuGH, 22. 10. 1987, Rs. 314/85 (*Foto-Frost*), Slg. 1987, I-4199; *Nettesheim*, EuR 2006, S. 737, 748 m.w.N.; *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 10; *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 179.

⁵⁶ EuGH, 04. 02. 1988, Rs. C-157/86 (*Murphy*), Slg. 1988, 673, Rn. 11.

⁵⁷ *P. Hommelhoff*, in: *AcP* 192 (1992), S. 71, 95; *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 180.

⁵⁸ *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 180.

„Drittirkung“ der Grundrechte aus der Charta, welche ebenso zum Primärrecht gehört (siehe B. I.). Die Pflicht zur primärrechtskonformen Auslegung wird vom EuGH einerseits mit der Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten begründet⁵⁹ und andererseits mit dem Ziel der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts.⁶⁰ Die unionsrechtskonforme Auslegung führt nicht zur Pflicht nationaler Gerichte *contra legem* zu judizieren. In *contra legem*-Situationen kann es allerdings zur Nichtanwendung entgegenstehender Normen kommen (vgl. auch noch B. III.).

Nach diesem Überblick über die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts kann nachfolgend auf den Anwendungsbereich der EU-Grundrechte eingegangen werden. Dieser trägt, genauso wie die Einbettung der Charta in das Mehrebenensystem (bzw. in die dargestellten allgemeinen Wirkungen), zur Komplexität der „Drittirkungsproblematik“ der Grundrechtecharta bei.

II. Der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte im mitgliedstaatlichen Recht

Damit ein nationales Privatrechtsverhältnis von der Charta beeinflusst werden kann, muss diese zunächst überhaupt anwendbar sein. Über die Frage des Anwendungsbereiches der Charta wird viel diskutiert, da diese Frage auch erhebliche kompetenzielle Auswirkungen hat.⁶¹ Je weiter der Anwendungsbereich, desto mehr supranationale Lenkung ist die Folge. Die Bedeutung nationaler Grundrechte und Verfassungsgerichte wird geringer, zugleich steigt die Rechtsprechungszuständigkeit des EuGH.⁶² Für eine gewisse Begrenzung des Anwendungsbereichs sorgt die Grundstruktur des europäischen Mehrebenensystems. Denn nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung darf die Union nur innerhalb ihrer Kompetenzen tätig werden, die ihr von den Mitgliedstaaten übertragen wurden, vgl. Art. 5 I, II EUV. Europäisches Recht beschränkt sich daher weiterhin auf bestimmte Materien und ist keinesfalls allumfassend.⁶³ Die einschlägige Zuständigkeitsvorschrift in der Grundrechte-Charta ist Art. 51 I GRCh. Danach gilt die Charta für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Die Frage, was unter den Begriff der Durchführung fällt, hat zu zahlreichen Kontroversen in der Literatur und zwischen den Verfassungsgerichten geführt.⁶⁴ Als gesichert darf je-

⁵⁹ EuGH, 26.09.2000, Rs. C-262/97 (*Engelbrecht*), Slg. 2000, I-7347, Rn. 38.

⁶⁰ EuGH, 05.10.2004, verb. Rs. C-397/01 bis 403/01 (*Pfeiffer et al.*), Slg. 2004, I-8878, Rn. 114.

⁶¹ Vgl. M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 78 m. w.N.; Huber, NJW 2011, S. 2385; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 248 f.

⁶² Vgl. M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 79.

⁶³ Vgl. M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 79.

⁶⁴ Vgl. Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 5. Aufl. (2019), Art. 51 GRCh Rn. 9 ff.; Huber, NJW 2011, 2385; Herresthal, ZEuP 2014,

denfalls gelten, dass der Sachverhalt irgendein Bezug zum Unionsrecht aufweisen muss, damit die EU-Grundrechte in einem nationalen Rechtsverhältnis zur Anwendung gelangen. Als die Charta 2009 in Kraft trat, waren viele Kommentatoren zunächst der Meinung, dass der Anwendungsbereich der Charta wesentlich enger sei als jener der sog. allgemeinen Grundsätze.⁶⁵ Der Begriff der Durchführung wurde als Referenz auf die „agency situation“ verstanden, also auf bloße Umsetzungsakte (siehe dazu sogleich unter 1.). Der EuGH bezieht sich bei der Auslegung des Art. 51 I GRCh jedoch auf seine ständige Rechtsprechung zu den Grundsätzen (siehe unten unter 2.). Um die Reichweite des Begriffs der „Durchführung“ in Artikel 51 I GRCh zu bestimmen, muss daher ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Grundsätzen geworfen werden. Auf die im Rahmen des Artikel 51 GRCh ebenfalls umstrittene Frage des Adressatenkreises wird noch unter B. III. eingegangen.

1. Anwendungsbereich der ungeschriebenen Grundrechte vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta

Auf europäischer Ebene bestand ursprünglich kein eigener Grundrechtskatalog. Bereits lange Zeit vor Inkrafttreten der Grundrechte-Charta entwickelte der EuGH daher rechtfortbildend Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.⁶⁶ Damit reagierte er unter anderem auf das BVerfG, welches – wie oben gesehen – Unionsrecht, aufgrund fehlendem adäquaten Grundrechtsschutz an nationalen Grundrechten überprüfte.⁶⁷ Für diese Rechtsfortbildung ließ sich der EuGH von den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“⁶⁸ sowie der EMRK inspirieren.⁶⁹ Bezüglich dieser geschaffenen „Grundrechte“ stellte sich schon bald die Frage nach der Anwendbarkeit auf mitgliedstaatliches Handeln. Auch mit Blick auf die judikative Kompetenz ist das Mehrebenensystem von Bedeutung. Der EuGH darf über keine Fälle entscheiden, die keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweisen.⁷⁰ Für andere Fälle fehlt ihm die Zuständigkeit. Der EuGH entwickelte die allgemeine Formel der Anwendbarkeit europäischer Grundrechte „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“. Danach sind die allgemeinen

⁶⁵ S. 238, 248 f.; EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302, Rn. 17 ff.; BVerfGE 133, 277, 313 ff. (*Antiterrordateigesetz*).

⁶⁶ Vgl. Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU*, 5. Aufl. (2019), Art. 51 GRCh Rn. 38 ff.; Huber, NJW 2011, S. 2385, 2387; zum Ganzen Thym, NVwZ 2013, S. 889.

⁶⁷ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 59 m. w. N.

⁶⁸ BVerfGE 37, 271.

⁶⁹ EuGH, 17.12.1970, Rs. C-11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125, Rn. 4.

⁷⁰ Zum Ganzen M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 58 ff.

⁷⁰ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 79 m. w. N.; EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), NVwZ 2014, 575, Rn. 21.

Grundsätze in den Mitgliedstaaten in drei Situationen anwendbar: in der „agency situation“⁷¹ (auch Durchführungskonstellation⁷² genannt), in der „derogation situation“⁷³ (auch Einschränkungskonstellation⁷⁴ genannt) sowie in sonstigen Konstellationen die von „spezifischem Unionsrecht geregelter Sachverhalte“ betreffen.⁷⁵

Durchführungskonstellation meint Situationen, in denen ein Mitgliedsstaat als „Vertreter“ der Union bzw. als dessen verlängerter Arm handelt.⁷⁶ Diese Konstellation geht auf die Rechtssache *Wachauf* zurück, in welcher der EuGH erstmals feststellte, dass die Mitgliedstaaten die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes bei der „Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regeln zu beachten haben“.⁷⁷ Diese Konstellation ist insbesondere für legislative Umsetzungsakte von Bedeutung, der nationale Gesetzgeber muss den europäischen Grundrechtsschutz bei der Umsetzung von Richtlinien beachten. Auch bei dem administrativen Vollzug einer europäischen Verordnung durch eine nationale Behörde kann man von Durchführung sprechen. Auch hier sind die europäischen Grundrechte zu beachten.

Die zweite Kategorie bezieht sich auf Fälle, in denen eine nationale Bestimmung oder Praxis eine Grundfreiheit einschränkt. Wenn eine nationale Vorschrift eine europäische Grundfreiheit einschränkt, dann ist damit auch der Anwendungsbereich der europäischen Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze eröffnet. Bei der Frage nach der Rechtfertigung der Beschränkung fungieren die europäischen Grundrechte als „Schranken-Schranke“.⁷⁸ Diese Rechtsprechungslinie geht auf die Rechtssache *ERT* zurück.⁷⁹

Im Laufe der Jahre hat der EuGH die europäischen Grundrechte (in nationalen Sachverhalten) jedoch auch in Fällen angewendet, die weder einen Durchführungsrechtsakt noch eine Einschränkung einer Grundfreiheit darstellen. Für diese dritte Fallgruppe hat sich der vom EuGH in der Rechtssache *Annibaldi* verwendete Terminus der „spezifischen Gemeinschaftsregelung“ etabliert.⁸⁰ Danach meint „im

⁷¹ J. Weiler/N. Lockhart, Common Market Law Review Vol. 32 (1995), S. 51, 73; zum Ganzen: M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 81 ff.

⁷² Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar EUV AEUV, 6. Aufl. (2022), Art. 51 GRC Rn. 8 ff., 16.

⁷³ K. Lenaerts/J. Gutierrez-Fons, in: Common Market Law Review 47 (2010), S. 1629.

⁷⁴ Scheuing, EuR 2005, 162.

⁷⁵ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 82, 86 ff.; Lenaerts, EuR 2012, S. 3.

⁷⁶ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 82 f.

⁷⁷ EuGH, 13.07.1989, Rs. 5/88 (*Wachauf*), Slg. 1989, 2609, Rn. 19.

⁷⁸ Vgl. Huber, EuR 2008, S. 190, 194; zum Ganzen: M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 83 f. m. w. N.

⁷⁹ EuGH, 18.06.1991, Rs. C-260/89 (*ERT*), Slg. 1991, I-2951 Rn. 42.

⁸⁰ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 86 f. m. w. N.; EuGH, 18.12.1997, Rs. C-309/96 (*Annibaldi*), Slg. 1997, I-7505, Rn. 23; zu dieser Fallgruppe vgl. auch Wollenschläger, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht (2014), Band 1, § 8 Rn. 29.

Anwendungsbereich des Unionsrechts“ auch solche Sachverhalte, die von einer spezifischen Gemeinschaftsregelung (etwa einer Richtlinie) geregelt werden. Ein gutes Beispiel für diese Kategorie ist die Rechtssache *Küçükdevici*.⁸¹ Dort stellte der EuGH fest, dass der Anwendungsbereich eines allgemeinen Grundsatzes eröffnet sei, da die nationale Vorschrift einen Sachverhalt betreffe, der durch die Gleichbehandlungsrichtlinie (2006/54/EG) geregelt werde.⁸² Die nationale Bestimmung (§ 622 II BGB) war deutlich älter als die Richtlinie, so dass die Bestimmung keine Umsetzung der Richtlinie darstellte. Daher handelt es sich hier nicht um ein Beispiel der Durchführungskonstellation. Die Richtlinie hat jedoch bewirkt, „[...] dass die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung [des § 622 II BGB], die einen von der Richtlinie geregelten Bereich erfasst [...], in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt“.⁸³ Die nationale Vorschrift (§ 622 II BGB) wurde damit direkt an einem allgemeinen Grundsatz (Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung) gemessen.

Die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze sind nach der Formel des EuGH also auf eine nationale Vorschrift anwendbar, wenn sich diese „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ (früher Gemeinschaftsrechts) befindet. Das nimmt der EuGH (nur) in den genannten Fallgruppen an.

2. Der Anwendungsbereich der Charta-Rechte nach Art. 51 I GRCh

Als nun die Charta 2009 in Kraft trat, gab es eine Kontroverse um die Bedeutung des Art. 51 I GRCh, insbesondere bezüglich der Geltung der Charta für die Mitgliedstaaten. Es geht letztlich um folgendes Spannungsfeld: die Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta-Rechte erklärt sich dadurch, dass sie bei der „Durchführung“ des Unionsrechts funktionell für die Union Handeln; die Beschränkung der Grundrechtsbindung erklärt sich jedoch vor dem Hintergrund andernfalls erweiternder Zuständigkeit des EuGH, also mit dem Subsidiaritätsprinzip.⁸⁴ Die Reichweite der Bindung muss dieses Spannungsfeld berücksichtigen. Vor dem Hintergrund der eben dargestellten Fallgruppen wurde die Formulierung „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ vielfach als Rekurs auf die Durchführungskonstellation verstanden.⁸⁵ Der Terminus „bei Durchführung“ sei nicht mit dem für die allgemeinen Grundsätze entwickelten Begriff („im Anwendungsbereich des Unionsrechts“) gleichzusetzen. Der Charta würde demnach für das Handeln der

⁸¹ EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Küçükdevici*), Slg. 2010, I-365; vgl. dazu auch Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 36 ff.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 89 f.

⁸² EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Küçükdevici*), Slg. 2010, I-365 Rn. 23 ff.

⁸³ EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Küçükdevici*), Slg. 2010, I-365 Rn. 25.

⁸⁴ Kainer, NZA 2018, S. 894, 898.

⁸⁵ Huber, NJW 2011, S. 2385, 2387; Schwerdtfeger, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 5. Aufl. (2019), Art. 51 GRCh Rn. 38 ff.; zum Ganzen M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 90 ff.

Mitgliedstaaten nur bei Umsetzungsakten gelten.⁸⁶ Dieses Verständnis ist mit Blick auf das genannte Spannungsfeld wohl etwas eng. Dagegen wurde zudem eingewandt, dass das Wortlautargument im vielsprachigen Unionsrecht nicht das stärkste sei und dass gemäß Art. 6 I EUV, Art. 52 VII GRCh die Erläuterungen bei der Auslegung der Charta gebührend zu berücksichtigen seien.⁸⁷ Nach diesen ist es naheliegend „bei Durchführung“ nicht enger zu verstehen als „im Anwendungsbereich“. In den Erläuterungen wird explizit auf die Rechtssachen *Wachauf*, *ERT* und *Annibaldi* verwiesen und damit auf alle oben dargestellten Fallgruppen.⁸⁸ Insoweit wäre der Anwendungsbereich der Charta, was das Handeln der Mitgliedstaaten betrifft, kongruent mit dem oben für die allgemeinen Grundsätze dargestellten Anwendungsbereich.

a) Die Rechtssache Åkerberg Fransson

Zu dieser Auslegungsfrage hat der EuGH erstmals in der Rechtssache *Åkerberg Fransson* Stellung bezogen.⁸⁹ Der schwedische Fischer Åkerberg Fransson hatte Steuern hinterzogen, darunter auch die Umsatzsteuer. Die schwedische Steuerverwaltung verhängte als Sanktion ein Bußgeld i.H.v. 1.000 €. Zusätzlich wurde Fransson noch strafrechtlich verfolgt. Das Strafgericht legte dem EuGH die Frage vor, ob eine Bestrafung gegen das in Art. 50 GRCh normierte Verbot der Doppelbestrafung verstößen würde. Dafür müsste die Charta zunächst anwendbar sein. In der Entscheidung verwies der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung zu den Grundsätzen und stellte fest, dass „die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte *in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen*, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden“.⁹⁰ Diese Definition werde von den Erläuterungen bestätigt, so der EuGH.⁹¹ Abschließend schlussfolgert der EuGH:

„Da folglich die durch die Charta garantierten Grundrechte zu beachten sind, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“⁹²

Der EuGH macht jedoch immerhin deutlich, dass die Charta gemäß Artikel 6 I EUV die „in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten“ nicht erweitern dürfe.⁹³

⁸⁶ Huber, EuR 2008, S. 190.

⁸⁷ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 92 m. w. N.

⁸⁸ Amtsblatt der Europäischen Union, Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C-303/02), Erläuterung zu Artikel 51 – Anwendungsbereich.

⁸⁹ EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302.

⁹⁰ EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302, Rn. 19. Hervorhebungen des Verfassers.

⁹¹ EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302, Rn. 20.

⁹² EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302, Rn. 21.

⁹³ EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302, Rn. 23.

Anders gewendet muss der nationale Sachverhalt immer durch anderweitiges Unionsrecht (nicht aufgrund der Charta selbst) in den „unionsrechtlichen Geltungsbereich“ fallen.

b) Kritik in Literatur und Rechtsprechung

Der vom EuGH eingeschlagene Weg wurde vielfach kritisiert, da die Formulierung des EuGH den Anwendungsbereich gegenüber dem der allgemeinen Grundsätze sogar noch auszuweiten schien.⁹⁴ Der EuGH hatte in dem Fall steuerliche Sanktionen und ein Strafverfahren (wegen Hinterziehung der Umsatzsteuer) als „Durchführung des Unionsrechts“ im Sinne der Charta angesehen, obwohl die nationalen Rechtsvorschriften nicht zur Umsetzung der relevanten Richtlinien erlassen worden sind.⁹⁵ Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs hat es in dem Fall bereits genügt, dass der Union Einnahmen aus den Vorschriften über die Umsatzsteuer zustehen. Nach diesem Verständnis ist kaum ein Sachverhalt denkbar, der keine „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltung“ darstellt. Aus diesem Grund sah sich das BVerfG veranlasst in einem *obiter dictum* zu seiner ersten Anti-Terror-Datei-Entscheidung festzustellen, dass der Entscheidung des EuGH „im Sinne eines kooperativen Miteinanders“ eine begrenzte Lesart unterlegt werden müsse.⁹⁶ Die Entscheidung des EuGH dürfe jedenfalls nicht dahingehend verstanden werden, dass „jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche“, um die Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta zu binden.⁹⁷

c) Konturierung des Anwendungsbereichs durch weitere Entscheidungen

Wohl als Replik konkretisierte der EuGH kurze Zeit später den Anwendungsbereich in der Rechtssache *Sirgusa*.⁹⁸ Darin stellte er fest:

„Es ist jedoch auch zu bedenken, dass der Begriff der ‚Durchführung des Rechts der Union‘ im Sinne von Art. 51 I der Charta einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad verlangt, der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.“⁹⁹

⁹⁴ C. Ohler, NVwZ 2013, S. 1433; Thym, DÖV 2014, S. 941; zum Ganzen: M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2015), S. 95 f.

⁹⁵ EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), EuZW 2013, 302, Rn. 28.

⁹⁶ BVerfGE 133, 277, 316 (Antiterrordateigesetz).

⁹⁷ BVerfGE 133, 277, 316 (Antiterrordateigesetz).

⁹⁸ EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13 (*Sirgusa*), NVwZ 2014, 575; zum Ganzen M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 96 f.

⁹⁹ EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13 (*Sirgusa*), NVwZ 2014, 575, Rn. 24. Hervorhebungen des Verfassers.

Einen solchen hinreichenden Zusammenhang verneinte der EuGH in der Rechtssache *Siragusa*, so dass der EuGH „für die Beantwortung der vom Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia gestellten Frage [schon] nicht zuständig [sei]“.¹⁰⁰

Diese Einschränkung hat der EuGH später insbesondere für das Vertragsrecht bestätigt und weiter konkretisiert. In der Rechtssache *FOA* entschied der Gerichtshof, dass die Kündigung eines Arbeitsvertrags aufgrund von Fettleibigkeit nicht in den Anwendungsbereich der Charta fällt, obwohl die Diskriminierungsrichtlinie (2000/78/EG) die Bekämpfung von Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf aus bezweckt.¹⁰¹ Die Richtlinie betrifft damit durchaus auch die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, allerdings nicht die Diskriminierung aufgrund von Fettleibigkeit.¹⁰² In der Rechtssache *FOA* bestand durch die Diskriminierungsrichtlinie zwar ein Bezug zum Unionsrecht, der EuGH hat diesen jedoch offensichtlich nicht als „einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad“ eingestuft. Das Beispiel beweist damit, dass ein Bezug zum Unionsrecht nicht automatisch ausreicht, um den Anwendungsbereich der Charta zu eröffnen. Die häufigsten Fälle im Privatrecht sind im Ergebnis sicherlich solche von umgesetztem Richtlinienrecht. In der vielfach zitierten Entscheidung *Association de médiation sociale (AMS)*¹⁰³ führte der EuGH mit Blick auf den Anwendungsbereich der Charta nur aus, dass nach ständiger Rechtsprechung „die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung finden“ ohne dies weiter zu konkretisieren.¹⁰⁴ Nationale Regelungen, die der Umsetzung von Richtlinien dienen, sind danach offensichtlich „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltungen“, welche den Anwendungsbereich eröffnen.

Nach dem so ermittelten Anwendungsbereich kann es zu Überschneidungen kommen. Der gleiche Sachverhalt kann in den Anwendungsbereich der Chartagrundrechte fallen und zugleich nationale Grundrechte betreffen. Dann stellt sich die Frage, welche Grundrechte gelten sollen. Der EuGH hat hierfür festgestellt, dass im vollharmonisierten Recht allein die europäischen Grundrechte Anwendung finden, bei Umsetzungsspielräumen die Grundrechtskataloge parallele Anwendung finden können.¹⁰⁵ Das BVerfG hat hingegen eine Trennungsthese vertreten, wonach bei bestehenden Umsetzungsspielräumen allein die Grundrechte des Grundgesetzes gelten sollen.¹⁰⁶ In den bedeutenden „Recht auf Vergessen“-Entscheidungen hat das

¹⁰⁰ EuGH, 06.03.2014, Rs. C-206/13 (*Siragusa*), NVwZ 2014, 575, Rn. 36.

¹⁰¹ EuGH, 18.12.2014, Rs. C-354/13 (*FOA*), EuZW 2015, 144.

¹⁰² EuGH, 18.12.2014, Rs. C-354/13 (*FOA*), EuZW 2015, 144, Rn. 50 ff.

¹⁰³ EuGH, 15.01.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193.

¹⁰⁴ EuGH, 15.01.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193, Rn. 42.

¹⁰⁵ EuGH, 26.02.2013, Rs. C-399/11 (*Melloni*), EuZW 2013, 305, Rn. 59 f.; Thym, NVwZ 2013, S. 889, 891 f.

¹⁰⁶ Thym, NVwZ 2013, S. 889, 892 m. w. N.

BVerfG dieses Verhältnis jedoch neu geprägt. In der Recht auf Vergessen I-Entscheidung hat es zunächst die Trennungsthese aufgegeben und festgestellt, dass auch bei bestehenden Umsetzungsspielräumen die Grundrechtskataloge parallele Anwendung finden können.¹⁰⁷ In der Recht auf Vergessen II-Entscheidung hat das BVerfG dann sogar entschieden, dass es im vollharmonisierten Bereich auch selbst die Charta-Grundrechte prüfen könne.¹⁰⁸ Das kann – wie bereits diese beiden Entscheidungen beweisen – auch im Privatrecht oftmals relevant werden. Im vollharmonisierten Richtlinienrecht stellt sich dann auch für das BVerfG die Frage der Privatrechtswirkung der Charta-Grundrechte (zur Privatrechtswirkung der Charta-Grundrechte siehe sogleich unter B.).

d) Zusammenfassung

Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass sich der Anwendungsbereich der Charta auf mitgliedstaatliches Handeln, mit dem der allgemeinen Grundsätze deckt. Sie ist damit in der Durchführungskonstellation, in Einschränkungskonstellationen sowie in von „spezifischem Unionsrecht geregelten Sachverhalten“ anwendbar.

Im Bereich des Privatrechts fallen die EU-Grundrechte meist aufgrund einer Richtlinie „in den Anwendungsbereich des Unionsrechts“, sind also wegen einer Richtlinie in Privatrechtsverhältnissen anwendbar. Die Charta-Rechte bestimmen dann die Auslegung der Richtlinie, welche ihrerseits die Auslegung der nationalen Privatrechtsnorm bestimmt. In diesen Fällen fungiert der EuGH damit nicht als „echtes Verfassungsgericht“, welches die Grundrechte ohne Zwischenstufe auf nationale Privatrechtsverhältnisse anwendet. In diesen (wohl häufigsten) Fällen kann der EuGH auch kein „Verfassungsprivatrecht“ schaffen (siehe unten § 5 D.). Er fungiert dann allein als Auslegungsinstanz der Richtlinie, die Charta-Grundrechte werden nur für diese Auslegung nutzbar gemacht. In Ausnahmefällen wendet der EuGH die Charta-Rechte ohne Zwischenstufe in nationalen Privatrechtsverhältnissen an (siehe sogleich unter B.). Dann hat er eine dem BVerfG vergleichbare Rolle und kann damit Privatrecht mit Verfassungsrang schaffen (vgl. unten § 5 D.).

B. Die Wirkungen der Grundrechtecharta im nationalen Privatrecht

Auch hinsichtlich der Charta stellt sich die Frage, wie diese auf nationale Privatrechtsverhältnisse einwirkt. Konstruktiv wird hier ähnlich wie im nationalen Recht zwischen indirekter (bzw. mittelbarer) und unmittelbarer Drittirkung unterschieden (siehe unter I. u. III.). Auch die Überlegungen zur Abwehr- und

¹⁰⁷ BVerfGE 152, 152 (*Recht auf Vergessen I*).

¹⁰⁸ BVerfGE 152, 216 (*Recht auf Vergessen II*).

Schutzfunktion wurden im europäischen Diskurs aufgenommen, um zu einer Privatrechtswirkung der Grundrechte zu gelangen (siehe unten unter II.). Die Dritt-wirkungsdebatte ist durch einige jüngere Entscheidungen des EuGH neu entfacht worden, die, insbesondere hinsichtlich ihrer dogmatischen Einordnung, Anlass zur Diskussion geben (siehe unter III.).

I. „Indirekte“ bzw. mittelbare Dritt-wirkung der Charta-Grundrechte

Indirekte Dritt-wirkung meint im europäischen Kontext den Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung anderer privatrechtlicher Normen.¹⁰⁹ Sie ist damit ein Unterfall der oben dargestellten indirekten Wirkung des Unionsrechts also der unionrechtskonformen Auslegung. Der Begriff meint folglich die grundrechtskonforme Auslegung. Man kann hierbei zwischen verschiedenen Auslegungsobjekten unterscheiden, die Charta kann die Auslegung von sekundärrechtlichem Privatrecht¹¹⁰ (Richtlinien), von privatrechtsrelevantem Primärrecht¹¹¹ sowie von nationalem Privatrecht¹¹² beeinflussen. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit ist allein die Frage der Einwirkung der Charta auf die Auslegung nationalen Privatrechts von Bedeutung. Rechtstechnisch gedacht, ist diese Situation vergleichbar mit dem oben für das nationale Recht beschriebenen Phänomen der mittelbaren Dritt-wirkung. Auch hier sollen die grundrechtlichen Wertungen zur Auslegung einer streitentscheidenden Privatrechtsnorm herangezogen werden. Im Mehrebenensystem kann die grundrechtskonforme Auslegung nationalen Privatrechts um eine zusätzliche Ebene vermittelt sein, so dass sich die Konstruktion nicht immer mit der oben beschriebenen „mittelbaren Dritt-wirkung“ deckt.

Mit Blick auf nationale Privatrechtsnormen lässt sich die indirekte Dritt-wirkung der Charta letztlich auf zwei Weisen konstruieren¹¹³: Zum einen kann die Charta die Auslegung einer privatrechtlichen Richtlinie determinieren, welche ihrerseits die Auslegung der nationalen Privatrechtsnorm bestimmt.¹¹⁴ Der EuGH hat diese Konstruktion etwa in der Rechtssache *Promusicae* angewandt, in welcher er darauf hinwies, dass nationale Gerichte bei der Auslegung von Richtlinien darauf achten müssen, „dass sie sich nicht auf eine Auslegung stützen, die mit [den] Grundrechten

¹⁰⁹ Herresthal, ZEuP 2014, S. 258 ff.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 183 ff.; Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 49 ff.

¹¹⁰ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 183; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 259 f.

¹¹¹ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 186; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 261 f.

¹¹² M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 187; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 270 ff.

¹¹³ So auch M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 187.

¹¹⁴ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 187.

oder den anderen allgemeinen Grundsätzen [...] [kollidiert]“.¹¹⁵ Diese Form der indirekten Einwirkung auf das jeweilige Privatrechtsverhältnis unterscheidet sich von der, oben in § 3 B. für das nationale Recht beschriebenen, mittelbaren Dritt-wirkung. Im Gegensatz zu letzterer liegt eine Richtlinie zwischen dem Grundrecht und der (nationalen) privatrechtlichen Bestimmung. Die Privatrechtswirkung des Grundrechts ist damit um eine zusätzliche Ebene vermittelt. In der Rechtsprechung des EuGH ist diese Konstruktion der Regelfall der indirekten Dritt-wirkung.¹¹⁶ Das hat mit dem oben dargestellten Anwendungsbereich der Charta zu tun. Im Privatrecht ist regelmäßig erst das Vorliegen einer Richtlinie dafür verantwortlich, dass eine „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltung“ vorliegt, die zur Anwendbarkeit der Charta führt (s.o. II. 2. c), d). In solchen Fällen ist der EuGH eher mit einem höchsten Zivilgericht als mit einem Verfassungsgericht zu vergleichen, es geht vorrangig um die Auslegung einer privatrechtlichen Richtlinie, die Charta dient dabei nur als Auslegungshilfe.

In der zweiten Konstruktion kommt die indirekte Wirkung dagegen der nationalen „mittelbaren Dritt-wirkung“ nahe. Hier beeinflussen die Grundrechte als solche (ohne Zwischenstufe) die Auslegung der nationalen Bestimmung. Die Fälle sind sicherlich selten aber wie die Rechtssache *Telekabel* zeigt nicht undenkbar.¹¹⁷ Wie schon in der Rechtssache *Promusicae* stellte der EuGH in *Telekabel* fest, dass das nationale Recht im Einklang mit der Richtlinie ausgelegt werden müsse und die Richtlinie ihrerseits im Einklang mit den Grundrechten.¹¹⁸ Vermöglich wurde daher auch hier die erste Konstruktion gewählt. In der Folge maß der EuGH jedoch eine gerichtliche Anordnung, die auf einer Bestimmung des österreichischen Urheberrechtsgesetzes beruhte, unmittelbar an den Charta-Grundrechten und stellte etwa fest:

„Die unternehmerische Freiheit [Art. 16 GRCh] wird durch den Erlass einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden beschränkt.“¹¹⁹

Die Richtlinie diente in diesem Fall wohl nur dazu den Anwendungsbereich der Charta zu öffnen. Die gerichtliche Anordnung wurde dann jedoch nicht an der grundrechtskonform ausgelegten Richtlinie gemessen, sondern am Grundrecht selbst. In einer solchen Konstellation tritt der EuGH damit als „echtes“ Verfassungsgericht auf und nimmt eine dem BVerfG vergleichbare Rolle ein. Die indirekte Dritt-wirkung – in beiden Konstruktionen – ist auf europäischer Ebene genauso anerkannt, wie die mittelbare Dritt-wirkung auf nationaler Ebene. Auch im europä-

¹¹⁵ EuGH, 29.01.2008, Rs. C-275/06 (*Promusicae*), Slg. 2008, I-271, Rn. 68.

¹¹⁶ Streinz/Michl, EuZW 2011, S. 384, 386; EuGH, 24.11.2011, Rs. C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), GRUR 2012, 265, Rn. 54; EuGH, 16.02.2012, Rs. C-360/10 (*SABAM/Netlog*), EuZW 2012, 261, Rn. 52.

¹¹⁷ EuGH, 27.03.2014, Rs. C-314/12 (*Telekabel*), EuZW 2014, 388; vgl. dazu auch M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 188 f.

¹¹⁸ EuGH, 27.03.2014, Rs. C-314/12 (*Telekabel*), EuZW 2014, 388, Rn. 46.

¹¹⁹ EuGH, 27.03.2014, Rs. C-314/12 (*Telekabel*), EuZW 2014, 388, Rn. 48; so auch M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 188.

ischen Diskurs wurden jedoch die Überlegungen zu den herkömmlichen Grundrechtsfunktionen aufgenommen, um die Privatrechtswirkung der Grundrechte systemkonformer abzubilden.

II. Abwehr- und Schutzfunktion der Charta-Grundrechte

Auch für die Grundrechte aus der Charta gilt, dass diese zunächst Abwehrrechte des Bürgers darstellen. Doch ebenso wie für nationale Grundrechte ist auch für die Charta-Grundrechte anerkannt, dass sie darüber hinaus Schutzpflichten enthalten.¹²⁰ Das wird bereits am Wortlaut einiger Charta-Grundrechte deutlich (vgl. Art. 24 I, Art. 29, Art. 30). Auch Artikel 51 I verlangt die Förderung der Anwendung der Grundrechte. Geht man demnach davon aus, dass auch die Charta-Grundrechte eine Abwehr- und Schutzfunktion enthalten, stellt sich die Frage der Übertragbarkeit der deutschen Dogmatik der Privatrechtswirkung mittels herkömmlicher Grundrechtsfunktionen. Die Schutzpflicht aus den Charta-Rechten müsste dafür zunächst neben den Unionsorganen auch die Mitgliedstaaten erfassen. Auch das ist mittlerweile anerkannt.¹²¹ Die Grundrechte verpflichten die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Grundrechtsbindung und damit auch im Bereich des Privatrechts.¹²² Auch hier gilt jedoch zu bedenken, dass die Schutzpflichten aus der Charta nur im Rahmen der primärrechtlichen Kompetenzordnung bestehen, die aus den Charta-Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten können die Kompetenz der Union nicht erweitern.¹²³ Für die Übertragung der Überlegungen von *Canaris* müsste sich diese Schutzpflicht auf den nationalen Privatrechtsgesetzgeber und auf die mitgliedstaatlichen Zivilgerichte beziehen.

Mit Blick auf den nationalen Privatrechtsgesetzgeber gilt, dass dieser verpflichtet ist, die nationale Privatrechtsordnung chartakonform auszugestalten, soweit er an diese gebunden ist, mithin im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta.¹²⁴ In diesem Anwendungsbereich ist er gemäß Art. 51 I 2 GRCh verpflichtet, grundrechtsschützendes einfaches (Civil-)Recht zu schaffen. Insoweit ist Art. 51 I 2 GRCh konstruktiv vergleichbar mit Art. 1 III GG, wonach der Gesetzgeber ein grundrechtskonformes einfaches Privatrecht schaffen muss (s.o. § 3 C. II. 1. a)). Der häufigste Fall der Bindung der nationalen Privatrechtsgesetzgebers an die Grundrechtecharta wird sicherlich die Richtlinienumsetzung sein. In solchen Fällen muss

¹²⁰ Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 255 ff. m. w. N., 268 ff. sowie mit Blick auf das nationale Privatrecht, S. 274 ff.; M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 219 ff. m. w. N.

¹²¹ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 219 m. w. N.; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 256.

¹²² M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 219 m. w. N.; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 256.

¹²³ Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 269.

¹²⁴ Willemse/Sagan, NZA 2011, S. 258; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 274.

der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren die nationale Norm im Zweifel stets auch am Maßstab der Charta-Grundrechte messen.¹²⁵ Insoweit ist die (vermittelte) Privatrechtswirkung der Charta-Grundrechte konstruktiv vergleichbar mit der Privatrechtswirkung nationaler Grundrechte.

Mit Blick auf die mitgliedstaatlichen Zivilgerichte lässt sich der für das nationale Privatrecht gezeigte Befund ebenfalls übertragen. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind auch die Zivilgerichte von der mitgliedstaatlichen Bindung an die EU-Grundrechte umfasst.¹²⁶ Wie gesehen müssen auch die mitgliedstaatlichen Zivilgerichte – die Anwendbarkeit der Charta vorausgesetzt – stets eine grundrechtskonforme Auslegung des nationalen Privatrechts vornehmen (oftmals in Form der richtlinienkonformen Auslegung, welche ihrerseits grundrechtskonform auszulegen ist, s. o. B. II.). Dafür spricht das Effektivitätsprinzip, welches erfordert, dass den Schutzverbürgungen aus den EU-Grundrechten weitreichende Wirkung kommt.¹²⁷

Nach alledem ist der nationale Privatrechtsgesetzgeber (innerhalb des Anwendungsbereichs der Charta) zum EU-grundrechtskonformen Normerlass und die Gerichte zur EU-grundrechtskonformen Normanwendung verpflichtet. Insofern kann auch hier die Frage nach einer womöglich unterschiedlich starken Wirkungskraft von Abwehr- und Schutzfunktion gestellt werden. Wie oben dargestellt hat Canaris im nationalen Diskurs vorgeschlagen, dass bei der Umsetzung der Schutzwilchen lediglich ein Untermaßverbot eingehalten werden soll, während in der Abwehrsituation der strengere Prüfungsmaßstab eines Übermaßverbotes gelten solle.¹²⁸ Mit Blick auf die europäische Ebene lässt sich feststellen, dass der EuGH in einigen Urteilen zwar eine Unterscheidung zwischen Abwehr- und Schutzfunktion erkennen lässt, dass sich Hinweise für eine unterschiedliche Wirkungskraft von Schutzgebotsfunktion und Abwehrfunktion jedoch nicht entnehmen lassen.¹²⁹

Neben den vermittelten Ansätzen wird jedoch auch auf europäischer Ebene die Möglichkeit einer unmittelbaren Drittirkung der Charta-Grundrechte diskutiert. Die Diskussion wurde jüngst durch einige Entscheidungen des EuGH neu entfacht.

III. Auch unmittelbare Drittirkung?

Ähnlich wie im nationalen Diskurs ist eine vermittelte Privatrechtswirkung der Grundrechte anerkannt. Die kontroverse Frage ist daher nicht, ob es eine Drittirk-

¹²⁵ Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 274.

¹²⁶ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 187, 219; Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 274; vgl. auch oben B. I.

¹²⁷ Kainer, NZA 2018, S. 894, 896; EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), EuZW 2018, 381.

¹²⁸ Vgl. oben § 3 C. II. 2.

¹²⁹ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 219 f.

kung gibt, sondern, ob es neben einer vermittelten Drittirkung auch eine unmittelbare Drittirkung gibt. Im europäischen Diskurs kommt der Umstand hinzu, dass der aus dem nationalen Diskurs bekannte Begriff der unmittelbaren Drittirkung verschiedentlich verwendet wird. Zunächst muss also geklärt werden, was unmittelbare Drittirkung im europäischen Kontext überhaupt bedeutet.

1. Begriffliche Missverständnisse

Unter dem Begriff der unmittelbaren Drittirkung versteht man im nationalen Diskurs die unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte. Kernmerkmal der Konstruktion ist also, dass nicht nur der Staat Adressat der Grundrechte und damit grundrechtsverpflichtet ist, sondern auch Private als Grundrechtsadressaten angesehen werden (s. o. § 3 E.). Im mehrsprachigen europäischen Diskurs bestehen hinsichtlich dieses Begriffs jedoch Missverständnisse. Der gleiche Begriff (*direct horizontal effect*) wird für zwei unterschiedliche Konstruktionen verwendet: für die direkte Wirkung der EU-Grundrechte, welche die Adressatenstellung Privater gerade nicht voraussetzt und für die aus dem nationalen Recht bekannte „unmittelbare Drittirkung“, welche Private zu Grundrechtsadressaten macht.¹³⁰ Die erste Konstruktion – die direkte Wirkung der EU-Grundrechte – meint die oben beschriebene direkte Wirkung des Primärrechts, also dessen unmittelbare Anwendbarkeit. Sie bedeutet, dass eine primärrechtliche Vorschrift (etwa ein Charta-Grundrecht) vorbehaltlich bestehender Bestimmtheitsanforderungen (*self-executing*) vor Gericht unmittelbar Rechte und Pflichten begründen kann (s. o. A. I. 2.). Das ist auch in Privatrechtsverhältnissen denkbar, macht Private aber nicht automatisch zu Adressaten der Grundrechte.¹³¹ In Verbindung mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrecht kann die direkte Wirkung dennoch unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtslage zwischen den Parteien haben. Wenn eine streitentscheidende nationale Vorschrift wegen entgegenstehendem Primärrecht nicht angewendet werden darf, kann der Fall diametral anders entschieden werden als bei der Anwendung der nationalen Vorschrift. Das ist etwa bei Kündigungen von Arbeitsverhältnissen denkbar, die gegen ein Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRCh verstößen, welches das nationale Recht zwar ebenso vorsieht, aber in gewissen Fällen als gerechtfertigt ansieht. Wenn die nationale Rechtfertigungsvorschrift nun nicht angewendet werden darf (da sie gegen Art. 21 GRCh verstößt), liegt auch nach nationalem Recht eine Diskriminierung vor (siehe noch unten 2.). Die nach nationalem Recht an sich wirksame Kündigung (bei Anwendung der Rechtfertigungsvorschrift) wäre dann

¹³⁰ Vgl. M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 200 ff.; Lenaerts, European Constitutional Law Review Vol. 8 (2012), S. 375, 377, dort Fn. 11; Cherednychenko, in: Micklitz (Hrsg.), Constitutionalization of European Private Law (2014), S. 170, 174; Huber, NJW 2011, S. 2385, 2388.

¹³¹ So auch M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 200 ff.; Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52, 54 und wohl auch Kainer, NZA 2018, S. 894, 898 f.

unwirksam, dieses Ergebnis folgt jedoch nicht aus einer Bindung des Arbeitgebers an Artikel 21 GRCh.

Ähnliches gilt zum Beispiel, wenn eine Vertragspartei in einem Rechtsstreit mit Erfolg geltend macht, dass eine regulative Vorschrift die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh verletzt.¹³² Die unmittelbare Anwendbarkeit des Grundrechts in Verbindung mit dessen Anwendungsvorrangs würde dann dazu führen, dass die in Rede stehende regulative Vorschrift nicht anzuwenden wäre. Dies könnte zwar unmittelbare Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer bestimmten Vertragsklausel haben, dennoch würde man hier keinesfalls von Privaten als Grundrechtsadressaten sprechen.

Diese direkte Wirkung bzw. unmittelbare Anwendbarkeit der Charta-Grundrechte im Privatrecht wurde vom EuGH in mehreren Urteilen anerkannt und ist insoweit unstrittig.¹³³ Die Grundrechte nehmen damit an der oben beschriebenen direkten Wirkung des Primärrechts (im Privatrecht) teil und sind anders als Richtlinien in Privatrechtsverhältnissen unmittelbar anwendbar. Beispiele dieser direkten Wirkung der Grundrechte im Privatrecht sind die Rechtssachen *HK Danmark* und *AMS* (jeweils Art. 21 GRCh).¹³⁴ Zuvor hatte der EuGH diese direkte Wirkung bereits für die allgemeinen Grundsätze angenommen. In der Rechtssache *Küciükdevici* stellte der Gerichtshof fest, dass der allgemeine Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung unmittelbar anwendbar sei und entgegenstehendes nationales Recht verdrängen könne (vgl. zuvor bereits in ähnlicher Weise in der Rechtssache *Mangold*).¹³⁵ Voraussetzung für die direkte Wirkung ist jedoch auch im Privatrecht immer das Vorliegen der Bestimmtheitsanforderungen. Damit sind nicht alle Grundrechte aus der Charta unmittelbar anwendbar, sondern nur solche die zwingender Natur sind und keine ergänzenden Maßnahmen benötigen.¹³⁶ Das hat der EuGH in der Rechtssache *AMS* explizit deutlich gemacht, indem er Art. 27 GRCh die notwendige Bestimmtheit (*self-executing*) absprach, da dieser durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden müsse.¹³⁷

¹³² Dieses Beispiel stammt von *M. F. Starke*, vgl. EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 201 f.; vgl. bereits oben § 3 E.

¹³³ EuGH, 26.09.2013, Rs. C-476/11 (*HK Danmark*), EuZW 2013, 951, Rn. 37; EuGH, 15.01.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193, Rn. 47; vgl. auch *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 195 f. m. w. N.

¹³⁴ EuGH, 26.09.2013, Rs. C-476/11 (*HK Danmark*), EuZW 2013, 951, Rn. 37; EuGH, 15.01.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193, Rn. 47; nach dem hier vertretenen Verständnis ist auch die Rechtssache *Egenberger* in diese Kategorie zu verorten (s. u. 2.).

¹³⁵ EuGH, 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Küciükdevici*), Slg. 2010, I-365, Rn. 46, 50; EuGH, 22.11.2005, Rs. C-144/04 (*Mangold*), Slg. 2005, I-9981.

¹³⁶ *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 58; *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 198 f.

¹³⁷ EuGH, 15.01.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193, Rn. 45.

Aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des EuGH sind einige Literaturstimmen der Ansicht, der Gerichtshof hätte nun auch die zweite Konstruktion – mithin die oben beschriebene unmittelbare Drittewirkung – anerkannt.¹³⁸ Bei sorgfältiger Be trachtung lässt sich dieser Befund aus der aktuellen Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen.

2. Unmittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte

In der deutschsprachigen Literatur wird eine „echte“ unmittelbare Drittewirkung der Grundrechtecharta weitgehend abgelehnt.¹³⁹ Gewichtiges Gegenargument ist hier ähnlich wie bei der unmittelbaren Drittewirkung nationaler Grundrechte die weitreichende Beschränkung privatautonomer Freiheitsräume, die mit der Verpflichtung Privater einhergeht.¹⁴⁰ Wiederum spricht auch die Sorge um die Autonomie des Privatrechts gegen die Annahme einer unmittelbaren Drittewirkung. Dazu hat *Kainer* treffend formuliert, dass eine unmittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte „das ausdifferenzierte und fein konturierte Privatrecht zu einem allgemeinen Abwägungsrecht degenerieren und damit private Freiheitsräume erheblich einschränken [würde]“.¹⁴¹ Die Argumente decken sich damit weitgehend mit jenen die gegen die unmittelbare Drittewirkung nationaler Grundrechte vorgebracht werden. Als Argument für eine unmittelbare Bindung wird oftmals der Vergleich mit anderen primärrechtlichen Vorschriften gezogen – etwa mit den Grundfreiheiten oder dem heutigen Art. 157 AEUV – aus welchen der EuGH bereits eine unmittelbare Verpflichtung Privater abgeleitet hat.¹⁴² Mit Blick auf die Grundfreiheiten gilt es jedoch zu bedenken, dass dessen Normcharakter von dem der Charta-Grundrechte abweicht.¹⁴³ Die Grundfreiheiten sind Instrumente zur Förderung einer freien und

¹³⁸ *Aurelia Colombe Ciacchi*, EuConst, Vol. 15 (2019), S. 294; *Eleni Frantziou*, EuConst, Vol. 15 (2019), S. 306; *Wutte*, EuZA 2019, S. 222; *Sura*, EuZA 2019, S. 350, 359 f.; *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, S. 326, 330 f.; a. A.: *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2019), § 7 Rn. 52, 54 und wohl auch *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 898 f.

¹³⁹ *Herresthal*, ZEuP 2014, S. 238, 254; *Huber*, NJW 2011, S. 2385, 2389; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, S. 384; zum Ganzen *Kahl/Schwind*, EuR 2014, S. 170, 190.

¹⁴⁰ *Herresthal*, ZEuP 2014, S. 238, 255; *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 899.

¹⁴¹ *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 899. *Kainer* hält eine unmittelbare Drittewirkung jedoch ausnahmsweise für Art. 21 GRCh denkbar, da dieser „ein grundlegendes Prinzip des Unionsrechts verkörpert und dessen spezifische Wertungen das Grundrecht für eine horizontale Wirkung zwischen Privaten öffnen“, *ebd.*, a. a. O.

¹⁴² Zu den Grundfreiheiten vgl. EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921; EuGH, 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4139; EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*), Slg. 2007, I-10779; zu Art. 157 AEUV vgl. EuGH, 03.06.2021, Rs. C-624/19 (*Tesco Stores*), NZA 2021, 855; davor bereits EuGH, 08.04.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne*), Slg. 1976, 455; vgl. zudem *Frantziou*, European Law Journal Vol. 21 (2015), S. 657; mit Blick auf die Bindung Privater an allgemeine Grundsätze vgl. Schlussanträge vom 08.09.2011, GA *Trstenjak*, Rs. C-282/10, Rn. 120 ff.; gegen eine Gleichstellung dieser Normkategorien *Herresthal*, ZEuP 2014, S. 238, 254 f.

¹⁴³ *Herresthal*, ZEuP 2014, S. 238, 254 f.

wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft und zielen auf die Erhaltung eines Binnenmarktes.¹⁴⁴ Hier wird die Adressateneigenschaft Privater ausnahmsweise deshalb akzeptiert, da auch und gerade das Verhalten Privater beschränkende Wirkung auf den Binnenmarkt aufweisen kann. Dieses Argument kann für eine unmittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte jedoch nicht fruchtbar gemacht werden.¹⁴⁵

Weiteres gewichtiges Argument gegen die Adressateneigenschaft Privater ist Artikel 51 I GRCh, demzufolge die Charta die Union und die Mitgliedstaaten bindet aber Private gerade nicht als Adressaten der Grundrechtsbindung nennt.¹⁴⁶ Auch dieses Argument deckt sich weitgehend mit dem im nationalen Diskurs gegen die Bindung Privater vorgebrachten Argument. Dort wird die Bindung Privater abgelehnt, da nach Art. 1 III GG die Grundrechte ausdrücklich nur staatliche Gewalten binden (s. o. § 3 E. II.). Im Bereich des mehrsprachigen Unionsrechts ist ein Wortlautargument jedoch wie bereits erwähnt ein weniger starkes Argument als im nationalen Bereich. Es wird daher teilweise argumentiert, dass die Vorschrift die Adressatenfrage Privater nicht ausschließe, sondern bewusst offenlasse.¹⁴⁷ Der EuGH hat zudem mehrfach deutlich gemacht, dass der Wortlaut keine strikte Grenze darstellt.¹⁴⁸ In seiner Rechtsprechung hat er wie gesehen auch aus anderen Vorschriften des Primärrechts, welche sich nach ihrem Wortlaut ausschließlich an Hoheitsgewalten richten, eine Bindung Privater abgeleitet.¹⁴⁹ Zudem kann man einwenden, dass die Vorschriften der Charta sehr allgemein gehalten sind und zwangsweise richterlicher Konkretisierung bedürfen – auch bei der Frage einer möglichen Verpflichtung Privater.¹⁵⁰ Technisch bestünde für eine solche Konkretisierung eine Zuständigkeit des EuGH. Das Wortlautargument ist nach alledem sicherlich nicht zwingend. Es ist durchaus denkbar, dass der EuGH Art. 51 I GRCh in seiner Rechtsprechung dahingehend konkretisiert, dass die Vorschrift eine Bindung Privater nicht ausschließt (siehe sogleich unter a), b)). Angesichts der Bekanntheit der Thematik in den europäischen Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Erstellung der

¹⁴⁴ Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 255.

¹⁴⁵ So auch Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 255; vgl. zudem Kahl/Schwind, EuR 2014, S. 170, 190.

¹⁴⁶ Herresthal, ZEuP 2014, S. 238, 254 m. w. N.; Mehrens/Witschen, EuZA 2019, S. 326, 331; Sura, EuZA 2019, S. 350, 359; Höpfner, RdA 2013, S. 16, 21; zum Ganzen M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 202 ff.

¹⁴⁷ Kainer, NZA 2018, S. 894, 899; Frantziou, European Law Journal Vol. 21 (2015), S. 657, 660.

¹⁴⁸ Kainer, NZA 2018, S. 894, 899.

¹⁴⁹ Zu den Grundfreiheiten vgl. EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Bosman*), Slg. 1995, I-4921; EuGH, 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese*), Slg. 2000, I-4139; EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*), Slg. 2007, I-10779; zu Art. 157 AEUV vgl. EuGH, 03.06.2021, Rs. C-624/19 (*Tesco Stores*), NZA 2021, 855; zuvor bereits EuGH, 08.04.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne*), Slg. 1976, 455; vgl. zudem Kainer, NZA 2018, S. 894, 899; Frantziou, European Law Journal Vol. 21 (2015), S. 657.

¹⁵⁰ M. F. Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 208.

Charta muss jedoch auch der Gerichtshof bedenken, dass die Tatsache, dass in Art. 51 I GRCh Private nicht aufgeführt werden, eher gegen eine Bindung Privater spricht.¹⁵¹

Manche Kommentatoren befürworten die unmittelbare Drittewirkung zumindest für einige wenige Grundrechte, welche eine Verpflichtung Privater sinnvoll erscheinen lassen (etwa Art. 24 III GRCh, Art. 32 GRCh, Art. 21 GRCh).¹⁵² Für Grundrechte denen eher programmatischer Charakter zukommt (etwa Art. 38 oder Art. 30 GRCh) erscheint die unmittelbare Drittewirkung ohnehin kaum umsetzbar.¹⁵³ Grundvoraussetzung für die unmittelbare Drittewirkung einzelner Grundrechte wäre demnach zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit und damit die Mindestanforderungen an die Bestimmtheit. Allerdings kann auch der unmittelbaren Drittewirkung (nur) einzelner Grundrechte entgegnet werden, dass auch diese nur innerhalb des Anwendungsbereichs gelten und damit innerhalb der Reichweite des Art. 51 I GRCh. Nimmt man an, dass sich dieser an die Mitgliedstaaten und nicht an Private richtet, können die entsprechenden grundrechtlichen Wertungen nur mittelbar über die Umsetzung von Schutzpflichten in das Privatrechtsverhältnis gelangen (s. o. B. II.).

Die Gesamtheit der Gegenargumente – insbesondere die weitgehende Beschränkung der Privatautonomie und der Verlust der Eigenständigkeit des Privatrechts – spricht gegen eine unmittelbare Bindung Privater an die Charta-Grundrechte. Die unmittelbare Drittewirkung ist damit – ebenso wie die unmittelbare Drittewirkung nationaler Grundrechte – abzulehnen. Hat sich der EuGH jüngst dennoch, wie von vielen Literaturstimmen behauptet,¹⁵⁴ zur unmittelbaren Drittewirkung bekannt? Dem wird in der Folge nachgegangen.

a) Die Rechtssache Egenberger

Den Anstoß zu der „neuen“ Rechtsprechungslinie gab im April 2018 die Rechtssache *Egenberger*, welche über ein Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) an den EuGH gelangte.¹⁵⁵

¹⁵¹ So auch *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 208.

¹⁵² Vgl. dazu *Schwerdfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 5. Aufl. (2019), Art. 51 GRCh Rn. 32; *Frantziou*, European Law Journal Vol. 21 (2015), S. 657; mit Blick auf Art. 21 GRCh vgl. *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 898 ff.; zum Ganzen *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 205 m. w. N. in Fn. 153.

¹⁵³ *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 899.

¹⁵⁴ *A. Colombi Ciacchi*, European Constitutional Law Review, Vol. 15 (2019), S. 294; *Frantziou*, European Constitutional Law Review, Vol. 15 (2019), S. 306 jeweils m. w. N.

¹⁵⁵ BAGE, 154, 285; EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), EuZW 2018, 381. Vgl. dazu auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 51 ff.; *Kainer*, NZA 2018, S. 894.

aa) Sachverhalt und Vorlagefragen des BAG

Frau Egenberger, die keiner Konfession angehört, hatte sich um eine befristete Stelle bei der evangelischen Kirche beworben. Ihre Bewerbung war zunächst im Auswahlverfahren verblieben, zu einem Vorstellungsgespräch wurde sie jedoch nicht eingeladen. Der von der evangelischen Kirche eingestellte Bewerber hatte in seiner Bewerbung angegeben er sei ein „in der Berliner Landeskirche sozialisierter evangelischer Christ“. Frau Egenberger war daher der Annahme, dass ihre Bewerbung aufgrund ihrer Konfessionslosigkeit erfolglos geblieben war und sie damit entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt worden war. In der Folge klagte sie bis zum BAG auf Zahlung einer Entschädigung gemäß § 15 II AGG. Die evangelische Kirche berief sich ihrerseits auf § 9 AGG, der eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Religion bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften rechtfertigt. Das BAG wandte sich mit drei Vorlagefragen an den EuGH. Die erste Frage betraf die richtlinienkonforme Auslegung des § 9 AGG. Das BAG war der Auffassung, dass § 9 AGG einer richtlinienkonformen Auslegung nicht zugänglich sei, ohne eine unzulässige Auslegung *contra legem* vorzunehmen. Der in der Richtlinie 2000/78 enthaltene Art. 4 II, welcher durch § 9 AGG umgesetzt werden sollte, divergiere hinsichtlich des gerichtlichen Prüfungsmaßstabs und der Reichweite.¹⁵⁶ Für die Drittwirkungsthematik ist insbesondere die sich daraus ergebende zweite Vorlagefrage von Interesse:¹⁵⁷ Wenn eine richtlinienkonforme Auslegung des § 9 AGG scheitern sollte, komme es darauf an, ob diese Vorschrift unangewendet zu lassen ist.¹⁵⁸ Dafür müsste das hier einschlägige „in Art. 21 Abs. 1 der Charta niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung schon für sich allein der/m Einzelnen ein subjektives Recht verleihen, das sie/er als solches geltend machen kann“.¹⁵⁹ Bei genauem Hinsehen lässt sich bereits aus der Fragestellung erkennen, dass das BAG nicht nach einer Bindung des Arbeitgebers an das in Art. 21 GRCh enthaltene Diskriminierungsverbot gefragt hat, sondern nach der oben beschriebenen direkten Wirkung bzw. unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschrift. Das wird auch daran deutlich, dass das BAG als vergleichbare Situation die Rechtssache *Kiçükdevici* nennt, welche, wie oben gesehen, ein Beispiel der direkten Wirkung darstellt.¹⁶⁰

bb) Das EuGH-Urteil

Der EuGH nahm zu der Vorlagefrage wie folgt Stellung:

„Dieses Verbot, das in Artikel 21 Absatz 1 der Charta niedergelegt ist, reicht für sich genommen aus, um den Einzelnen ein Recht zu verleihen, das sie als solches bei Streit-

¹⁵⁶ BAGE 154, 285, Rn. 49.

¹⁵⁷ Vgl. auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 51.

¹⁵⁸ BAGE 154, 285, Rn. 53.

¹⁵⁹ BAGE 154, 285, Rn. 54.

¹⁶⁰ BAGE 154, 285, Rn. 54; vgl. oben § 4 B. III. 1. sowie § 4 A. I. 2.

tigkeiten zwischen ihnen in einem vom Unionsrecht erfassten Bereich geltend machen können.“¹⁶¹

Als Begründung führte er unter anderem aus, dass Art. 21 GRCh – ebenso wie die anderen primärrechtlichen Diskriminierungsverbote – eine Diskriminierung auch dann verbiete, wenn sie sich aus Verträgen zwischen Privaten ergeben.¹⁶² Zudem stellte er fest, dass Art. 21 GRCh den Bestimmtheitsanforderungen genügt bzw. keiner Konkretisierung durch Unionsrecht oder nationales Recht bedarf, um dem Einzelnen ein Recht zu verleihen. Aus der Beantwortung dieser Vorlagefrage wurde nun vielfach geschlossen, der EuGH hätte sich zur unmittelbaren Drittwirkung bekannt.¹⁶³

Was ist jedoch die tatsächliche Konsequenz aus dieser Rechtsprechung? Das nationale Gericht (hier das BAG) muss eine Vorschrift (§ 9 AGG), die mit der richtig ausgelegten Primärrechtsnorm (hier Art. 21 GRCh) nicht in Einklang zu bringen ist, unangewendet lassen.¹⁶⁴ Mit einer Bindung Privater an die Grundrechte (also einer „echten“ unmittelbaren Drittwirkung) hat das nichts zu tun.¹⁶⁵ Das Ergebnis ist vielmehr eine Folge des oben beschriebenen Mehrebenensystems. Es entsteht aus der Kombination der unmittelbaren Anwendbarkeit (direkte Wirkung) des Art. 21 GRCh und des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Art. 21 GRCh ist eine Vorschrift des Primärrechts, erfüllt die Bestimmtheitsanforderungen (zumindest das hat der EuGH in Egenberger festgestellt) und ist damit auch im Privatrechtsstreit unmittelbar anwendbar. Wenn nun Art. 21 GRCh (bzw. die im Einklang mit Art. 21 GRCh ausgelegte Richtlinie) im Widerspruch zu § 9 AGG steht, ist die Kollisionsregel des Unionsrechts simpel: Unionsrecht hat Vorrang, entgegenstehendes nationales Recht ist unangewendet zu lassen (s. o. A. I. 2. und 3.). Das Ergebnis des vorliegenden Falles folgt dann jedoch aus nationalem Recht. Lässt man die Rechtfertigungsvorschrift des § 9 AGG unangewendet, ist eine Diskriminierung zu bejahen und es ergibt sich aus § 15 II AGG i. V. m. § 7 I AGG ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld.¹⁶⁶ Die Unanwendbarkeit des § 9 AGG hatte damit unmittelbare Auswirkungen auf das Ergebnis, dieses Ergebnis war jedoch nicht die Folge einer Bindung der privaten Partei an Art. 21 GRCh. Mit anderen Worten: Der Arbeitgeber musste nicht Adressat der Charta sein, um das vom Gericht verkündete Ergebnis zu erreichen.

Insoweit lässt sich feststellen, dass sich der EuGH in der Rechtsache *Egenberger* nicht zur unmittelbaren Drittwirkung bekannt hat, auf die Adressatenfrage kam es

¹⁶¹ EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), EuZW 2018, 381, Rn. 76.

¹⁶² EuGH, 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), EuZW 2018, 381, Rn. 78.

¹⁶³ A. *Colombi Ciacchi*, European Constitutional Law Review, Vol. 15 (2019), S. 294; *Frantziou*, European Constitutional Law Review, Vol. 15 (2019), S. 306 jeweils m. w. N.

¹⁶⁴ BAGE 154, 285, Rn. 54; so auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52.

¹⁶⁵ So auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52.

¹⁶⁶ BAGE 154, 285, Rn. 44 ff.

hier schlicht nicht an. Der Fall ist vielmehr ein Beispiel der direkten Wirkung des Art. 21 GRCh in Verbindung mit dessen Anwendungsvorrang.

b) Die Rechtssachen Bauer/Broßonn

Kurze Zeit später stellte sich in den verbundenen Rechtssachen *Bauer/Broßonn* erneut die Frage einer möglichen unmittelbaren Drittewirkung der Charta-Grundrechte.¹⁶⁷

aa) Sachverhalt und Vorlagefragen des BAG

Die Klägerinnen Frau Bauer und Frau Broßonn machten jeweils die Abgeltung von Resturlaubsansprüchen ihrer verstorbenen Ehemänner geltend, nachdem das Arbeitsverhältnis durch deren Tod beendet wurde und noch keine Abgeltungsansprüche entstanden waren. Die erstinstanzlichen Gerichte gaben den Klagen statt, die Berufungen zu den Landesarbeitsgerichten wurden jeweils zurückgewiesen, woraufhin die Arbeitgeber Revision beim BAG einlegten.¹⁶⁸ Dieses stellte zunächst fest, dass nach nationalem Recht kein Anspruch der Erben bestehe, da der Urlaubsanspruch des Erblassers mit seinem Tod unterging. Er könne nicht in ein Abgeltungsanspruch im Sinne des § 7 IV BURLG umgewandelt werden, da „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ im Sinne dieser Vorschrift nicht die Beendigung durch den Tod miteinschließe.¹⁶⁹ Jede andere Auslegung wäre *contra legem* und komme damit auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes unionsrechtkskonformer Auslegung nicht in Betracht.¹⁷⁰ Das Gericht wandte sich daher mit zwei Fragen an den EuGH: Zunächst wollte das BAG wissen, ob Art. 7 der Richtlinie 2003/88 oder Art. 31 II der Charta den Erben einen unmittelbaren Anspruch auf finanzielle Abgeltung des restlichen Jahresurlaubs gewähren, obwohl dies nach deutschem Recht ausgeschlossen ist.¹⁷¹ Für die vorliegende Drittewirkungsproblematik ist insbesondere die zweite Frage – die nur Frau Boßonn betrifft – von Bedeutung. Der ehemalige Arbeitgeber ihres verstorbenen Ehemanns war – anders als bei Frau Bauer – eine Person des Privatrechts (Firma Willmeroth). Insofern war der Klagegegner Broßonns ein Privater. Es stellte sich in ihrem Fall also die Frage, ob ein Anspruch aus Art. 7 der Richtlinie 2003/88 oder Art. 31 II der Charta auch dann besteht, wenn der Erblasser bei einer Privatperson beschäftigt war.¹⁷² Diese zweite Frage dreht sich also um die

¹⁶⁷ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467; vgl. dazu auch Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 53 ff.; Mehrens/Witschen, EuZA 2019, S. 326; Sura, EuZA 2019, S. 350.

¹⁶⁸ BAG NZA 2017, 207.

¹⁶⁹ BAG NZA 2017, 207, Rn. 14, 15.

¹⁷⁰ BAG NZA 2017, 207, Rn. 16.

¹⁷¹ BAG NZA 2017, 207, Rn. 18.

¹⁷² BAG NZA 2017, 207, Rn. 22.

unmittelbare Drittewirkung Grundrechtecharta bzw. möglicherweise gar der Richtlinie.

bb) Das EuGH-Urteil

Der Gerichtshof stellte zunächst erneut fest, dass eine nationale Bestimmung, die nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, unangewendet bleiben muss.¹⁷³ Mit Blick auf Art. 7 der Richtlinie 2003/88 stellte er sodann fest, dass die Kriterien der inhaltlichen Unbedingtheit und hinreichenden Bestimmtheit (*self executing*) erfüllt seien und der Private sich bei einem Verstoß gegen die Umsetzungsverpflichtung des Staates direkt auf die Norm berufen könne. Jedoch könne selbst eine klare, bestimmte und nicht von Bedingungen abhängige Bestimmung der Richtlinie im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, keine Anwendung finden (Verbot der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien).¹⁷⁴ Mit Blick auf Frau Broßonn kam es also allein darauf an, welche Wirkung Art. 31 II GRCh zwischen Privaten entfalten kann. Hierzu stellte der EuGH fest, dass Art. 31 II GRCh zwingender und unbedingter Natur sei, da die Norm keiner Konkretisierung durch nationale Bestimmungen bedürfe. Folglich verleihe Art. 31 II GRCh „schon für sich allein den Arbeitnehmern ein Recht, das sie in einem Rechtsstreit gegen ihren Arbeitgeber in einem vom Unionsrecht erfassten und daher in den Anwendungsbereich der Charta fallenden Sachverhalt als solches geltend machen können“.¹⁷⁵ Das wurde in der Literatur stark kritisiert, da Art. 31 II GRCh einen erheblichen Konkretisierungsbedarf habe, etwa mit Bezug auf die Urlaubsdauer.¹⁷⁶ Der EuGH stellte mit Blick auf Art. 31 II GRCh jedoch fest, dass entgegenstehendes nationales Recht unangewendet bleiben müsse, also Vorschriften die dazu führen, dass die Erben durch den Tod des Arbeitnehmers die zuvor (von ihm) erworbenen Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub verlieren.¹⁷⁷ Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass § 7 IV BUrlG unangewendet zu lassen ist. Bis hierhin gleicht der Fall der oben besprochenen Rechtssache *Egenberger*. Art. 31 II GRCh hat direkte Wirkung und Vorrang vor entgegenstehendem nationalen Recht. Es gibt aber einen entscheidenden Unterschied: Würde § 7 IV BUrlG unangewendet bleiben, hätte der verstorbene Ehemann (und damit seine Erben) keine Anspruchsgrundlage nach nationalem Recht. Ein Anspruch bestünde also nur dann, wenn der Arbeitgeber

¹⁷³ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467, Rn. 65.

¹⁷⁴ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467, Rn. 77.

¹⁷⁵ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467, Rn. 85.

¹⁷⁶ *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, S. 326; *Sura*, EuZA 2019, S. 350; vgl. auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 58.

¹⁷⁷ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467, Rn. 86.

durch Art. 31 II GRCh gebunden wäre und dieser gar als zivilrechtliche Anspruchsgrundlage fungieren könnte. Ob eine solche Bindung besteht, hat der EuGH jedenfalls nicht klar ausgesprochen, auch wenn man die folgende Passage so verstehen könnte:

„Speziell in Bezug auf Art. 31 Abs. 2 der Charta ist hervorzuheben, dass das Recht jeder Arbeitnehmerin und jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub schon seinem Wesen nach mit einer entsprechenden Pflicht des Arbeitgebers einhergeht, nämlich der Pflicht zur Gewährung bezahlten Jahresurlaubs.“¹⁷⁸

Der EuGH hat zudem Stellung zu Art. 51 I GRCh bezogen und festgestellt, dass

„Art. 51 Abs. 1 der Charta keine Regelung darüber [treffe], ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und [...] demnach nicht dahin ausgelegt werden [kann], dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre.“¹⁷⁹

Zumindest Art. 51 I GRCh steht einer unmittelbaren Drittirkung nach Ansicht des EuGH demnach nicht im Weg. Auch das wurde vielfach kritisiert, da die Erläuterungen zur Charta eher den umgekehrten Schluss nahelegen, danach sei Art. 51 I GRCh abschließend zu verstehen.¹⁸⁰ In seiner Beantwortung der zweiten Frage stellte der EuGH jedoch nur fest, dass das nationale Gericht die entgegenstehende nationale Norm unangewendet lassen muss und „dafür Sorge zu tragen hat, dass der Rechtsnachfolger von dem Arbeitgeber eine finanzielle Vergütung für den von dem Arbeitnehmer gemäß diesen Bestimmungen erworbenen und vor seinem Tod nicht mehr genommenen bezahlten Jahresurlaub erhält“.¹⁸¹ Die Art und Weise, wie ein nationales Gericht dieses Ergebnis sicherstellt, bleibt diesem überlassen. Die unmittelbare Bindung Privater an Art. 31 II GRCh ist nur eine Möglichkeit dieses Ergebnis zu erreichen. Das BAG hat anders entschieden und kam zu dem Schluss, dass die Vorschriften der §§ 1, 7 IV BUrlG doch richtlinienkonform ausgelegt werden können.¹⁸² Auf die spannende Frage, was die Folge der Unanwendbarkeit des § 7 IV BUrlG gewesen wäre, kam es daher nicht mehr an. Die Adressatenfrage konnte erneut offengelassen werden.

¹⁷⁸ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßmann*), NZA 2018, 1467, Rn. 90, Hervorhebungen des Verfassers.

¹⁷⁹ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßmann*), NZA 2018, 1467, Rn. 87.

¹⁸⁰ Mehrens/Witschen, EuZA 2019, S. 326, 331; Sura, EuZA 2019, S. 350, 359; vgl. auch Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 55.

¹⁸¹ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßmann*), NZA 2018, 1467, Rn. 92.

¹⁸² BAG NJW 2019, 2046, Rn. 19.

c) Zwischenergebnis

Festzustellen bleibt, dass beide Fälle, die vielfach als Beweis für eine vom EuGH eingeführte unmittelbare Drittwirkung der Charta-Grundrechte angesehen werden, sich bei näherer Betrachtung als Folgen des europäischen Mehrebenensystems erwiesen haben. Im Fall *Egenberger* ergab sich das Ergebnis aus einer Kombination aus direkter Wirkung und dem Vorrang des Unionsrechts. Der Fall *Broßonn* war letztlich ein einfaches Beispiel einer richtlinienkonformen Auslegung einer nationalen Vorschrift. Dennoch lässt sich insbesondere in der Rechtssache *Broßonn* eine gewisse Sympathie des EuGH erkennen, auch Private an die Grundrechte zu binden.

Die letztgenannte Entscheidung stellt aber aus einem weiteren Grund eine Neuerung dar. Insbesondere die Auslegung des Artikel 31 II GRCh lässt aufhorchen. Wenn aus Art. 31 II GRCh (in unionsrechtlichen Fallgestaltungen) tatsächlich eine *Pflicht* der Arbeitgeber zur Gewährung eines bezahlten Jahresurlaubs einhergeht, ändert sich insbesondere die Normqualität eines solchen Grundrechts.¹⁸³ Wenn ein Grundrecht in dieser Weise Rechte und Pflichten zwischen Privaten regelt, wird dieses funktional zu einer Privatrechtsnorm. Da es ranghöher ist als einfaches Privatrecht, könnte es als „Verfassungsprivatrecht“ einzustufen sein.¹⁸⁴ In einem solchen Fall – wenn der Grundrechtsnorm eine solche Normqualität erst durch die Auslegung des EuGH zukommt – kann man von einem Beispiel sprechen, in welchem geschriebenes und ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht zusammenfällt (zum Ganzen siehe unten § 5).

C. Zusammenfassung

Die Privatrechtswirkung der Charta-Grundrechte ist nach alledem vergleichbar mit jener nationaler Grundrechte. Die Grundrechte kommen insbesondere in vermittelter Form in das Privatrechtsverhältnis – auch die Schutzpflichtenkonstruktion ist anerkannt, um zu einer Privatrechtswirkung zu gelangen. Ähnlich wie im nationalen Diskurs ist eine gewisse Tendenz zu erkennen die Grundrechte auch unmittelbar in Privatrechtsverhältnissen anzuwenden. Eine Entscheidung des EuGH für eine Grundrechtsbindung Privater scheint in naher Zukunft jedenfalls denkbar. Wie gesehen sind jedoch einige Besonderheiten des Mehrebenensystems zu beachten, angefangen bereits bei der Frage der Anwendbarkeit der Grundrechte. Sie sind nur in unionsrechtlich gelagerten Fallgestaltungen anwendbar und nicht außerhalb. Die genaue Reichweite kann im Einzelnen jedoch schwierig zu bestimmen sein. Anders als bei nationalen Grundrechten ist zudem oftmals eine „direkte Wirkung“ denkbar,

¹⁸³ So auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52.

¹⁸⁴ *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52; *ders.*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33.

die von der Adressateneigenschaft Privater (unmittelbare Drittwirkung) zu unterscheiden ist.

Die aktuelle Rechtsprechung hat außerdem gezeigt, dass es an der Zeit sein könnte eine neue Ebene des Privatrechts anzuerkennen: Verfassungsprivatrecht.¹⁸⁵ Ebenso wie im nationalen Kontext kann es Entscheidungen geben, bei denen es verkürzt wäre diese allein mit Blick auf die Drittwirkung – oder ihren begrifflichen Äquivalenten – zu untersuchen.¹⁸⁶ Diese Entwicklung wird nachfolgend untersucht.

¹⁸⁵ Siehe dazu auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52 f.; ders., in: Collins (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33 sowie zuvor bereits *Ipsen*, JZ 2014, S. 157.

¹⁸⁶ Vgl. dazu auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157.

§ 5 Die Anerkennung von „Verfassungsprivatrecht“

Die bisherige Analyse der Privatrechtswirkung von Grundrechten hat immer wieder zu offenen Fragen geführt. Die grundrechtsdogmatischen Fragen des Wie und des Ob einer Drittewirkung scheinen von dem Ergebnis abzulenken, dass sich aus der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH ergeben kann. In einigen Fällen entspricht es dem Selbstverständnis dieser Gerichte das Privatrecht selbst fortzubilden und mit Verfassungsrang zu versehen.¹ Offene Fragen blieben insbesondere bei der Analyse der Bürgschaftsrechtsprechung, der Stadionverbotsentscheidung und der aktuellen Rechtsprechung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Bauer* und *Broßmann*. Die Drittewirkung und ihre begrifflichen Äquivalente konnten die Dimension dieser Rechtsprechung nicht vollständig erfassen.

Es scheint einen Teilbereich des Rechts zu geben, der weder vollständig zum Privatrecht gehört noch vollständig zum Verfassungsrecht. In einem formalen Sinne kann er als Teil des Verfassungsrechts angesehen werden, da er aus verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und aus Verfassungstexten stammt (siehe sogleich). In einem materiellen Sinn handelt es sich jedoch um Privatrecht, da Rechte und Pflichten zwischen Privaten geregelt werden.² Dieser Teil des Privatrechts unterscheidet sich von einfachem Privatrecht hauptsächlich durch seinen höheren Rang (Verfassungsrang). Verfassungsprivatrecht meint also ein Privatrecht mit Verfassungsrang. Es gibt zwei Arten von Verfassungsprivatrecht. Zum einen gibt es einen anwachsenden Bestand privatrechtlicher Normen in modernen Verfassungstexten,³ dieser Teil kann als geschriebenes Verfassungsprivatrecht bezeichnet werden (siehe sogleich unter A.). Zum anderen hat es den Anschein, dass Verfassungsgerichte neuerdings privatrechtliche Streitigkeiten selbst entscheiden – indem sie Privatrecht schaffen und mit Verfassungsrang versehen – während sie behaupten, lediglich die Verfassung anzuwenden und auszulegen (siehe unten B.).⁴ Dieser Teil kann als ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht bezeichnet werden.

¹ Mit Blick auf das BVerfG vgl. *Ipsen*, JZ 2014, S. 157.

² *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 40; vgl. zu dem dieser Arbeit zu Grunde gelegten Privatrechtsbegriff oben § 2 D.

³ Insbesondere mit Blick auf die Grundrechtecharta vgl. *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 42 ff.

⁴ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 41.

A. Geschriebenes Verfassungsprivatrecht

Der folgende Abschnitt soll zunächst aufzeigen, dass es Beispiele für (materielle) Privatrechtsnormen in Verfassungstexten gibt. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, da sich eine Verfassung in materieller Hinsicht insbesondere dadurch kennzeichnet, dass sie die Staatsorgane konstituiert und ihre Zuständigkeiten von einander abgrenzt.⁵ Zudem gehören in modernen Verfassungen die Grundrechtskataloge zum Kernbestandteil. Eine Verfassung soll daher grundsätzlich allenfalls Rahmenbedingungen für die Schaffung von einfachem Privatrecht enthalten, nicht aber selbst Rechte und Pflichten zwischen Privaten begründen.⁶ Die Ausgestaltung dieser Rechte und Pflichten ist dem Privatrechtsgesetzgeber vorbehalten – wie gesehen unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Grenzen und Wertungen. Der Rangunterschied zwischen der Verfassung und einfachem (Privat-)Recht ist darin begründet, dass die in Verfassungen enthaltenen Zielvorstellungen und Werte sowie die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter dem Wirkungsbereich des Gesetzgebers und damit der jeweiligen Parlamentsmehrheit entzogen werden sollen bzw. Beschränkungen von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden sollen.⁷ Allerdings kann der Verfassungsgeber den höheren Rang einer Verfassung auch dazu nutzen, Bestimmungen, die normalerweise zum einfachen Recht gehören, Verfassungsrang zu verleihen, wie bereits Ipsen richtigerweise herausgestellt hat.⁸ Dieser Befund lässt sich durch einen Blick in die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes stützen.⁹ Zur Sicherung gewaltfreier Verläufe in der Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland hat der Parlamentarische Rat Strafbestimmungen in Art. 143 GG (a.F.) aufgenommen. Art. 143 GG lautete seinerzeit:

„(1) Wer mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes ändert, den Bundespräsidenten der ihm nach diesem Grundgesetze zustehenden Befugnisse beraubt oder mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung nötigt oder hindert, sie überhaupt oder in einem bestimmten Sinne auszuüben, oder ein zum Bunde oder einem Lande gehöriges Gebiet losreißt, wird mit lebenslangem Zuchthaus oder Zuchthaus nicht unter zehn Jahren bestraft.

(2) Wer zu einer Handlung im Sinne des Absatzes 1 öffentlich auffordert oder sie mit einem anderen verabredet oder sie in anderer Weise vorbereitet, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.“¹⁰

⁵ Vgl. Ipsen, JZ 2014, S. 157, 157.

⁶ Vgl. zur Abgrenzung der Bereiche bereits oben § 2 D.

⁷ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 157.

⁸ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 158.

⁹ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 158.

¹⁰ Hervorhebungen des Verfassers; die Vorschrift hatte noch vier weitere Absätze die sich mit dem minderschweren Fall, dem Rücktritt und dem zuständigen Gericht befassen. Nach Absatz 6 war die Geltung der vorstehenden Vorschriften bis zu einer anderweitigen Regelung durch Bundesgesetz beschränkt, vgl. Wissenschaftliche Dienste, WD 3 380/09, S. 5.

Liest man diese Vorschrift unbedarf würde man sie sicherlich in einem Strafgesetzbuch vermuten. Insbesondere die Benennung eines Strafmaßes macht deutlich, dass eine Verurteilung allein durch Anwendung dieser Vorschrift möglich ist. In der Tat war die Vorschrift von Gerichten und Strafverfolgungsbehörden unmittelbar anzuwenden.¹¹ Art. 143 GG a.F. war damit in materieller Hinsicht eine Strafrechtsnorm. Durch die Verortung der Vorschrift im Grundgesetz hatte die Vorschrift jedoch Verfassungsrang. Nur durch diesen Rang unterscheidet sie sich von einfachen Strafvorschriften. Art. 143 a.F. beweist jedenfalls, dass einfaches Recht mit Verfassungsrang existiert, also dass der Verfassungsgeber Bestimmungen, die materiell dem einfachen Recht zuzuordnen sind, mit Verfassungsrang versehen kann. Das mag etwas paradox erscheinen, dennoch kann man Art. 143 GG a.F. als „Verfassungsstrafrecht“ bezeichnen. Die nachfolgenden Beispiele sind von gleicher Qualität, sie sind ebenfalls Beispiele einfachen Rechts mit Verfassungsrang. Da sie aus dem Bereich des Privatrechts stammen, kann man sie als Verfassungsprivatrecht bezeichnen.

I. Art. 9 III 2 GG

Das erste Beispiel stammt ebenfalls aus dem Grundgesetz, mag jedoch sicherlich den ein oder anderen überraschen. Die Vorschrift wird wie oben erwähnt vielfach bei der Frage einer möglichen unmittelbaren Drittirkung verortet. Sie wird teilweise als Beispiel einer unmittelbaren Drittirkung herangezogen¹² und teilweise wird als *argumentum e contrario* aus ihr geschlossen, dass Private in allen anderen Fällen gerade nicht an Grundrechte gebunden werden.¹³ Die Vorschrift sei insoweit als Ausnahme vom Grundsatz der mittelbaren Drittirkung anzusehen, im Umkehrschluss habe der Verfassungsgeber nur für dieses Grundrecht eine unmittelbare Drittirkung vorsehen wollen.¹⁴ In Wahrheit hat die Vorschrift eine andere Qualität. Art. 9 III 2 GG ist eine materiell privatrechtliche Bestimmung, die vom Verfassungsgeber mit Verfassungsrang versehen wurde. Die ersten beiden Sätze des dritten Absatzes lauten wie folgt:

„(3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. *Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.*“¹⁵

¹¹ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 158.

¹² Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 100. EL (Januar 2023), Art. 9 Rn. 332, 333; H. Bauer, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. (2013), Art. 9 Rn. 88 f. m. w. N.

¹³ Vgl. Kingreen/Poscher, Staatsrecht II, 38. Aufl. (2022), Rn. 269; Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 34 f.; zum Ganzen siehe oben § 3 E. I., II.

¹⁴ Zum Ganzen vgl. Kulick, Horizontalirkung im Vergleich (2020), S. 229 f. m. w. N., der das *argumentum e contrario* wiederum nicht für zwingend hält.

¹⁵ Hervorhebungen des Verfassers.

Satz zwei des dritten Absatzes zielt eindeutig allein auf ein Privatrechtsverhältnis ab. Enthält ein Arbeitsvertrag eine Klausel, die dem Arbeitnehmer den Beitritt zu einer Gewerkschaft verbietet, wäre diese Klausel wegen Art. 9 III 2 GG unwirksam. Art. 9 III 2 GG tritt damit als Privatrechtsnorm an die Stelle des § 138 I BGB. Würde Art. 9 III 2 GG nämlich nicht existieren, hätten die Arbeitsgerichte durch Auslegung des § 138 I BGB zu entscheiden, ob die Klausel im Sinne dieser Vorschrift sittenwidrig und damit nichtig wäre.¹⁶ Bei der Auslegung dieser Generalklausel wären die grundrechtlichen Wertungen zu berücksichtigen gewesen. Auf der einen Seite steht dabei die Privatautonomie der Arbeitgeber und auf der anderen Seite die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 III 1 GG und damit der Schutz der Arbeitnehmer durch den Beitritt in Gewerkschaften. An die Stelle dieser Abwägung bzw. Auslegung des § 138 BGB durch die Arbeitsgerichte tritt nun Art. 9 III 2 GG. Die Vorschrift des Art. 9 III 2 GG löst damit ausschließlich ein Konflikt zwischen zwei Privaten und kann damit als materielles Privatrecht angesehen werden. Der Vorschrift liegt jedoch eine Entscheidung des Verfassungsgebers zu Grunde, die privatrechtliche Problematik zu lösen, indem dieser eine materiell dem einfachen Recht zuzuordnende Vorschrift mit Verfassungsrang versieht. Art. 9 III 2 GG ist damit eine Privatrechtsnorm mit Verfassungsrang.¹⁷ In der hier vorgenommenen Einordnung ist die Vorschrift ein Beispiel von geschriebenem Verfassungsprivatrecht.

Die nachfolgenden Normen können ebenfalls als Beispiele dieser Normenkategorie eingeordnet werden, auch wenn zum Teil weniger eindeutig. Sie sprechen dennoch dafür die Ebene des Privatrechts mit Verfassungsrang anzuerkennen.

II. Art. 48 I, II GG

Das nachfolgende Beispiel bezieht sich ausschließlich auf die Situation eines Bundestagskandidaten oder Abgeordneten, dennoch hat auch hier der Verfassungsgeber eine Situation entschieden, die primär ein Privatrechtsverhältnis betrifft. Art. 48 GG lautet wie folgt:

„(1) Wer sich um einen Sitz im Bundestag bewirbt, hat Anspruch auf den zur Vorbereitung seiner Wahl erforderlichen Urlaub.

(2) Niemand darf gehindert werden, das Amt eines Abgeordneten zu übernehmen und auszuüben. Eine Kündigung oder Entlassung aus diesem Grunde ist unzulässig.“¹⁸

Absatz 1 regelt den Anspruch auf Wahlvorbereitungsurlaub und ist damit letztlich eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage. Er unterscheidet sich zwar inhaltlich von üblichen Urlaubsansprüchen – er umfasst kein Anspruch auf Fortzahlung der Be-

¹⁶ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 158; Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 42.

¹⁷ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 158; Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 42.

¹⁸ Hervorhebungen des Verfassers.

züge¹⁹ – dennoch löst die Vorschrift in materieller Hinsicht allein eine Problematik zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Rechtstechnisch würde man einen solchen Anspruch in einem zivilrechtlichen Text wie dem Bundesurlaubsgesetz vermuten. Die Vorschrift kann damit als privatrechtliche Norm eingestuft werden. Absatz 2 dient dem passiven Wahlrecht aus Art. 38 I 1 GG²⁰ aber zielt im Ergebnis eindeutig auf ein Privatrechtsverhältnis ab. Das wird in seinem Satz 2 deutlich, welchen man abermals eher in einem zivilrechtlichen Text wie dem BGB oder dem Kündigungsschutzgesetz vermuten würde. Der Verfassungsgeber hat sich offensichtlich dazu entschieden für diese Ausnahmesituation – wohl aufgrund ihrer großen Bedeutung für den demokratischen Rechtstaat – eine materiell dem einfachen Recht zuzuordnende Vorschrift mit Verfassungsrang zu versehen. Wie bereits die anderen Beispiele gezeigt haben, kann der Verfassungsgeber den höheren Rang der Verfassung auch dafür nutzbar machen. Vorliegend ist damit sichergestellt, dass sämtliche entgegenstehende Vertragsgestaltungen bzw. Willenserklärungen nichtig sind²¹ und auch keine einfachrechtlichen Rechtfertigungsvorschriften denkbar sind. Letzteres stellt der Verfassungsrang der Vorschrift sicher. Ihren Charakter als zivilrechtliche Vorschrift verliert Art. 48 GG dadurch jedoch nicht, vielmehr handelt es sich um ein Beispiel von Privatrecht mit Verfassungsrang.

III. Art. 152 Weimarer Reichsverfassung

Ein weiteres Beispiel entstammt noch aus der Zeit vor Schaffung des Grundgesetzes, es zeigt jedoch, dass bereits die Weimarer Reichsverfassung – und damit ein Verfassungstext – materiell dem Privatrecht zuzuordnende Vorschriften enthielt. Auch diese Vorschrift beruht damit auf der Entscheidung des Verfassungsgebers einzelne privatrechtliche Bestimmungen mit Verfassungsrang zu versehen. Die Vorschrift lautete:

„Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstößen, sind nichtig.“²²

Die Vorschrift verstärkte die einschlägige Vorschrift aus dem BGB, nämlich § 138 I BGB.²³ In diesem Sinne zielt auch der dritte Satz des Artikel 152 WRV allein auf ein Verhältnis zwischen Privaten ab. Die Vorschrift unterscheidet sich von § 138 I BGB nur durch seinen höheren Rang. Offensichtlich hielt es der Verfassungsgeber für notwendig diese materiell einfachrechtliche Problematik – das BGB hatte die Problematik ja bereits geregelt – mit Verfassungsrang zu versehen und so gewisser-

¹⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth GG Kommentar, 17. Aufl. (2022), Art. 48 Rn. 1.

²⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth GG Kommentar, 17. Aufl. (2022), Art. 48 Rn. 2.

²¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth GG Kommentar, 17. Aufl. (2022), Art. 48 Rn. 2.

²² Hervorhebungen des Verfassers.

²³ Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 42.

maßen abzusichern bzw. die Wirkung der Vorschrift nochmals zu stärken. Der Verfassungsrang stellt sicher, dass die Vorschrift sonstigen privatrechtlichen Bestimmungen vorgeht. Es handelt sich damit bei Art. 152 WRV um eine materiell privatrechtliche Vorschrift mit Verfassungsrang bzw. um ein weiteres Beispiel von geschriebenem Verfassungsprivatrecht.

IV. Art. 31 II GRCh

Das nächste Beispiel entstammt wieder dem aktuellen Verfassungsrecht und könnte Anlass zu Kontroversen geben. Art. 31 II GRCh lautet wie folgt:

„Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.“²⁴

Bei einfacher Lektüre der Vorschrift hat es wiederum den Anschein, dass es sich dabei um eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage handelt. Insbesondere den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub würde man nicht in einem Verfassungstext vermuten. Auch insofern wollte der Verfassungsgeber den höheren Rang der Charta offensichtlich nutzbar machen, um eine arbeitsrechtliche Problematik zu lösen. Entgegenstehende Klauseln in Arbeitsverträgen sind damit nicht möglich. Generalanwalt Bot spricht in diesem Zusammenhang von einem „grundrechtlich verbürgten Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub“.²⁵ Bei der Grundrechtecharta ist jedoch das oben beschriebene Mehrebenensystem zu beachten. Das Unionsrecht überwölbt das gesamte nationale Recht (auch das Privatrecht) und kann ebenso wie das Grundgesetz als Metaordnung für das Privatrecht bezeichnet werden.²⁶ Mit Blick auf die nationale Verfassung ist das Konsequenz der Normenhierarchie (Art. 20 III GG), das Grundgesetz ist ranghöher als einfaches Recht.²⁷ Wie gesehen beansprucht jedoch das Unionsrecht (im Kollisionsfall) Anwendungsvorrang vor jeglichem nationalem Recht und fungiert für das nationale Privatrecht daher als weitere Metaordnung.²⁸ Nachfolgend wird auch mit Blick auf die Charta von „Verfassungsrang“ gesprochen, da sie als ranghöhere Ordnung in ähnlicher Weise wie die Verfassung auf das Privatrecht einwirken kann (zu den Unterschieden insb. die Folge der Unanwendbarkeit entgegenstehender Vorschriften gegenüber der Nichtigkeit bei Verfassungswidrigkeit vgl. oben § 4 A. I. 3.). Dennoch sind mit Blick auf die Charta-Grundrechte einige Besonderheiten zu beachten. Der Anwendungsbereich der

²⁴ Hervorhebungen des Verfassers.

²⁵ Schlussanträge vom 29.05.2018, GA Bot, verb. Rs. C-569/17 und C-570/16, Rn. 51.

²⁶ Siehe dazu Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 1 sowie bereits oben § 4 A.

²⁷ Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 1.

²⁸ Vgl. oben § 4 A. I. 3.

Charta ist anders als der des Grundgesetzes beschränkt.²⁹ Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zu Art. 51 I GRCh verwiesen werden.³⁰ Zudem könnte die Struktur des Unionsrechts dazu führen, dass Art. 31 II GRCh nur als Aufforderung an die Mitgliedstaaten zu verstehen ist einen solchen Anspruch nach nationalem Recht sicherzustellen. Das Grundrecht hätte damit allein eine Schutzgebotsfunktion. Wie jedoch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Broßonn* beweist, hält dieser Art. 31 II GRCh in einem Rechtsstreit zwischen Privaten für unmittelbar anwendbar.³¹ Dem steht nach diesem Verständnis auch Art. 51 I GRCh nicht entgegen. Das Vorschrift des Art. 31 II GRCh ist jedenfalls dann anwendbar, wenn sich der Streit – wie in der Rechtssache *Broßonn* – im Bereich von umgesetztem Richtlinienrecht abspielt. Insoweit liegt unstreitig eine „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltung“ vor.³² Wie gesehen führt die direkte Wirkung des Art. 31 II GRCh dann dazu, dass entgegenstehende nationale Vorschriften unangewendet bleiben müssen. Auch Klauseln in Arbeitsverträgen, die diesem Recht zuwiderlaufen, sind damit unwirksam. Insoweit ist Art. 31 II GRCh mit Art. 9 III 2 GG zu vergleichen, welcher wie gesehen dazu führt, dass einfaches Recht oder Klauseln, die dem Arbeitnehmer den Beitritt zu einer Gewerkschaft verbieten, unwirksam sind. Bei Art. 31 II GRCh könnte man nun noch die Frage aufwerfen, ob dieser gar als zivilrechtliche Anspruchsgrundlage fungieren kann. Die Frage wird dann virulent, wenn – wie in der Rechtssache *Broßonn* – bei der Nichtanwendung von entgegenstehendem nationalen Recht keine Anspruchsgrundlage existiert. Es sprechen sicherlich gute Gründe dagegen Art. 31 II GRCh eine solche Normqualität zuzusprechen. Man kann etwa einwenden, dass Art. 31 II GRCh nicht hinreichend konkret ist, um als zivilrechtliche Anspruchsgrundlage zu fungieren. Es fehlt etwa an einer Konkretisierung der Mindesturlaubsdauer oder der Anspruchshöhe.³³ Wenn der EuGH der Vorschrift dennoch eine solche Qualität zusprechen sollte – bisher war das wie oben gezeigt noch nicht notwendig – fallen ausdrückliches und ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht zusammen (zum ungeschriebenen Verfassungsprivatrecht siehe sogleich unter B.). Wenn der Gerichtshof – wie es zu erwarten wäre – zur Konkretisierung auf die Richtlinie zurückgreift, würde rechtsfortbildend ein zivilrechtlicher Anspruch mit Verfassungsrang entstehen.³⁴ Denkbar wäre etwa ein Anspruch mit einer Mindesturlaubsdauer von vier Wochen. Da ein solcher Anspruch in der Regel bereits nach einfachem Privatrecht (vgl. § 3 IBUrlG) besteht, würde das

²⁹ Siehe dazu oben § 4 A. II. 2.

³⁰ Siehe oben § 4 A. II. 2.

³¹ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467.

³² Zum Ganzen siehe oben § 4 A. II. 2.; B. III. 2. b).

³³ Diese Einwände werden in der Literatur vor allem gegen eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 31 II GRCh vorgebracht, vgl. *Sura*, EuZA 2019, S. 350, 360; *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, S. 326, 331. Die Vorschrift hat nach der hier vertretenen Ansicht wie gesehen eine andere Qualität, sie ist eine privatrechtliche Vorschrift mit Verfassungsrang. Auch dann ist jedoch die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit zu stellen.

³⁴ Ähnlich *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 58.

in der Praxis in diesen Fällen nur zu einer Doppelung führen, hätte also üblicherweise keine Auswirkungen. Der Anspruch mit Verfassungsrang kann aber dann weiterhelfen, wenn der einfachrechtliche Anspruch, wie im Fall *Broßonn*, durch einfaches nationales Recht möglicherweise wegfällt. Diese entgegenstehenden einfachrechtlichen Vorschriften könnten sich gegen den zivilrechtlichen Anspruch mit Verfassungsrang nicht durchsetzen.

Nach alledem ist Art. 31 II GRCh allein noch keine Anspruchsgrundlage, sondern würde diese Normqualität erst durch eine Konkretisierung durch den EuGH erhalten. Die Vorschrift ist aber dennoch eine materiell zivilrechtliche Vorschrift mit Verfassungsrang. Sie ist in ihrer Wirkung mit Art. 9 III 2 GG vergleichbar. Sie löst allein einen Konflikt zwischen Privaten. Sie führt dazu, dass Einschränkungen des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub (im Arbeitsvertrag wie durch einfaches Recht) unwirksam sind. Gäbe es den zweiten Absatz des Art. 31 GRCh nicht, müssten Arbeitsgerichte durch entsprechende Auslegung des nationalen Rechts zu dem Ergebnis gelangen, dass dieses Recht nicht eingeschränkt werden darf. In diesem Zusammenhang wäre einerseits die Privatautonomie des Arbeitgebers und andererseits das in Art. 31 I GRCh vorgesehene Recht der Arbeitnehmer auf „auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen“ zu berücksichtigen. Das Ergebnis dieser privatrechtlichen Abwägung wird durch Art. 31 II GRCh verfassungsrechtlich verankert. Insoweit liegt die besondere Bedeutung der Vorschrift ebenfalls darin, eine arbeitsrechtliche Problematik erkannt und in der „Verfassung“ gelöst zu haben. Die Vorschrift ist damit kein Beispiel einer irgendwie gearteten Drittirkung, sondern ein weiterer Beweis, dass der Verfassungsgeber den höheren Rang auch dazu nutzen kann, Bestimmungen – die üblicherweise zum einfachen Recht gehören – mit Verfassungsrang zu versehen.

V. Weitere mögliche Beispiele

Beispiele von ausdrücklichem Verfassungsprivatrecht sind sicherlich selten. Denkbar wären etwa noch Art. 3 II c GRCh und Art. 24 III GRCh. Auch für diese sind zunächst die Besonderheiten des europäischen Mehrebenensystems, insbesondere die Anwendbarkeit der Charta auf innerstaatliche Privatrechtsverhältnisse zu beachten.³⁵ Art. 3 II c GRCh enthält ein Verbot den menschlichen Körper und Teile davon zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen. Folglich sind alle zivilrechtlichen Verträge, die einen solchen Handel vorsehen, unwirksam. Dieses Ergebnis wäre zumeist auch durch einfaches Privatrecht herbeizuführen. So ist etwa der Handel mit Geweben oder Organen, die zur Heilbehandlung eines anderen Menschen bestimmt sind, nach § 17 I 1 TPG verboten. Das Verbot aus § 17 I 1 TPG betrifft den Regelungsgehalt des Rechtsgeschäfts und richtet sich an alle Beteiligten, so dass es als Verbotsgesetz eingestuft werden kann und entsprechende Rechtsgeschäfte bereits

³⁵ Siehe dazu oben § 4 A. II. 2.

gemäß § 134 BGB nichtig wären.³⁶ Ansonsten ist für ein Organhandel, je nach Vertragsgestaltung, auch eine Nichtigkeit gem. § 138 I BGB denkbar.³⁷ In diesen Fällen führt Art. 3 II c GRCh abermals nur zu einer Doppelung des bereits einfachrechtlich bestehenden Verbots. Das beweist jedoch, dass der Verfassungsgeber hier wiederum die Lösung einer vertragsrechtlichen Problematik mit Verfassungsrang versehen hat. Vor diesem Hintergrund könnte man Art. 3 II c GRCh durchaus als materielle Privatrechtsnorm qualifizieren. Dann wäre die Vorschrift ein Beispiel von geschriebenem Verfassungsprivatrecht.

Gleiches könnte auch für Art. 24 III GRCh gelten, welcher wie folgt lautet:

„Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.“³⁸

Die Vorschrift ähnelt dem oben besprochenen Art. 31 II GRCh. Auch diese Vorschrift wirkt bei einfacher Lektüre wie eine zivilrechtliche (familienrechtliche) Anspruchsgrundlage. Abermals besteht mit § 1684 I 1 BGB bereits ein einfachrechtlicher Anspruch nach nationalem Recht (im Rahmen des Art. 31 II GRCh besteht mit § 3 I BURLG ein paralleler Anspruch). Im Ergebnis kann man auch bei Art. 24 III GRCh jedenfalls feststellen, dass entgegenstehende nationale Vorschriften unangewendet bleiben müssen. Selbst wenn man der Norm die Qualität einer zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage – ebenso wie Art. 31 II GRCh – abspricht, löst diese nur ein Konflikt zwischen Privaten (Eltern/Kind). Insofern könnte auch diese Norm als materielle Privatrechtsnorm qualifiziert werden. Denkbar wäre abermals ein Zusammenfallen von ausdrücklichem und ungeschriebenen Verfassungsprivatrecht, wenn der EuGH den Anspruch entsprechend konturieren würde.

Ein weiteres mögliches Beispiel ist Art. 21 I GRCh, nach welchem „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung [...] verboten [sind]“. Die Vorschrift als solche enthält Diskriminierungsverbote, die sich naheliegenderweise an die Union und die Mitgliedstaaten richten.³⁹ Insofern hat die Vorschrift mit einer privatrechtlichen Norm auf den ersten Blick wenig gemein. Wie aber bereits die Rechtssache *Egenberger* beweist, kann die Norm durchaus auch als vertragsrechtliches Diskriminierungsverbot fungieren. Dann ist sie vergleichbar mit einer privatrechtlichen Norm, wie etwa § 7 I AGG, nach welcher Beschäftigte nicht aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität be-

³⁶ Vgl. allg. zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften nach § 134, Petersen, JURA 2003, 532.

³⁷ Armbriester, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 250.

³⁸ Hervorhebungen des Verfassers.

³⁹ Mohr, in: Franzen et al. (Hrsg.), EuArbRK, 4. Aufl. (2022), GRCh, Art. 21 Rn. 1.

nachteilt werden dürfen. Versteht man Art. 21 I GRCh in diesem Sinne als Verfassungsprivatrecht, unterscheidet dieser sich von § 7 I AGG allein durch seinen Rang. Der höhere Rang wäre insbesondere daher von Bedeutung, da sich das „verfassungsprivatrechtliche“ Diskriminierungsverbot damit gegen einfachrechtliche Rechtfertigungsvorschriften wie etwa § 8 AGG oder § 9 AGG durchsetzt. Zudem wäre die Vorschrift dann von Bedeutung, wenn Private aufgrund von Merkmalen diskriminieren, die einfachrechtlich nicht erfasst sind, etwa genetische Merkmale, Sprache, Vermögen oder Geburt.⁴⁰ In dieser Hinsicht ist die Vorschrift mit Art. 9 III 2 GG vergleichbar, auch sie statuiert ein Verbot Verträge gewissen Inhalts zu schließen. Von Art. 9 III 2 GG unterscheidet sich Art. 21 I GRCh jedoch hinsichtlich seiner Konkretheit. Denn Art. 9 III 2 GG erfasst nur einen spezifischen Fall (Klauseln in Arbeitsverträgen, die den Beitritt der Arbeitnehmer zu Gewerkschaften verhindern), während Art. 21 I GRCh – als „verfassungsprivatrechtliches“ Verbot – Diskriminierungen in jeglichen Vertragsverhältnissen erfassen würde. Der Vorschrift des Art. 21 I GRCh eine solche Normqualität zuzusprechen wäre sicherlich höchstproblematisch. Es würde zu einer ubiquitären und unverhältnismäßigen Einschränkung der Privatautonomie führen. Würde man für jegliche Privatrechtsverhältnisse ein Diskriminierungsverbot vorsehen (welches einer einfachrechtlichen Rechtfertigung nicht zugänglich wäre), wären privatautonome Freiheitsräume stark beschnitten, die Abschlussfreiheit wäre weitgehend aufgehoben. Die Privatautonomie und insbesondere die Vertragsfreiheit ist zwar im Unionsrecht nicht ausdrücklich geregelt, sie ist aber dennoch anerkannt. Sie wird in ihrer jeweiligen Dimension von Spezialgrundrechten abgedeckt, wie z. B. der Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) oder der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh).⁴¹ Insofern kann man wohl nicht davon ausgehen, dass der Verfassungsgeber mit Art. 21 I GRCh ein (materiell) privatrechtliches Diskriminierungsverbot mit Verfassungsrang versehen wollte, dass sich gegen jegliches einfaches Privatrecht durchsetzt. Stuft man Art. 21 I GRCh als materielle Privatrechtsnorm ein, wäre zudem die Rechtsfolge bei einem Verstoß unklar – bestünde ein Anspruch auf Schadensersatz in Geld oder gar ein Kontrahierungszwang? Insoweit kann auf die Ausführungen zu Art. 31 II GRCh verwiesen werden. Ein solcher Anspruch (oder ein Kontrahierungszwang) wäre nur denkbar, wenn der EuGH entsprechende Konkretisierungen vornehmen würde. Dann wäre Art. 21 I GRCh jedoch allenfalls ein Beispiel, in welchem ungeschriebenes und geschriebenes Verfassungsprivatrecht zusammenfällt. Art. 21 I GRCh in seiner nicht konkretisierten Form ist insoweit kein Beispiel einer materiellen Privatrechtsnorm mit Verfassungsrang, andernfalls wäre jede einfachrechtliche Rechtfertigungsnorm unanwendbar und damit auch jede gerechtfertigte Diskriminierung unmöglich gemacht. Es stünde zu erwarten, dass der EuGH zur Konkretisierung der Vorschrift den Grundsatz der Vertragsfreiheit (insb. die Abschlussfreiheit) in den Abwägungspro-

⁴⁰ Kainer, NZA 2018, S. 894, 898, dieser aber in Bezug auf die Frage einer möglichen unmittelbaren Drittwirkung der Vorschrift.

⁴¹ Kroll-Ludwigs, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (2013), S. 241 ff.

zess miteinbeziehen würde. Auch könnte er etwa das vom BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung entwickelte Dogma der „spezifischen Konstellationen“ übernehmen bzw. ein ähnliches entwickeln, um zu entscheiden in welchen Fällen überhaupt eine Diskriminierung in Vertragsverhältnissen vorliegt und welche Folgen eine solche hätte. Das Ergebnis dieser Abwägung – etwa ein Kontrahierungszwang in bestimmten Konstellationen – wäre dann ein Beispiel von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht (siehe dazu noch unten B. III. 3., D. III.).

VI. Zwischenergebnis

Die aufgeführten Beispiele – insbesondere Art. 9 III 2 GG – haben gezeigt, dass der Verfassungsgeber den höheren Rang auch dafür nutzen kann, materiell dem Privatrecht zuzuordnende Bestimmungen mit Verfassungsrang zu versehen. Insgesamt ist es zugebenermaßen schwierig Beispiele dieses geschriebenen Verfassungsprivatrechts zu finden. Dennoch hat bereits Art. 143 GG a.F. bewiesen, dass einfaches Recht mit Verfassungsrang in der Rechtsordnung existieren kann. Die aufgeführten Beispiele aus dem Bereich des Privatrechts haben diesen Befund bestätigt. Diese weitgehend unbeachtete Ebene des Rechts kann auf zweierlei Weise entstehen. Die gezeigten Beispiele beruhen jeweils auf einer Entscheidung des Verfassungsgebers. Der wahrscheinlich größere Teil des Verfassungsprivatrechts entstammt jedoch aus der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte.⁴² Wie gleich aufzuzeigen ist, bildet das BVerfG in Einzelfällen das Zivilrecht fort und versieht es über die Bindungswirkung seiner Entscheidungen (§ 31 I BVerfGG) mit Verfassungsrang. In dieser Weise erschafft es weithin unbemerkt Verfassungsprivatrecht (dazu sogleich).⁴³ Inwiefern auch der EuGH im Bereich des Privatrechts rechtshöpfend agiert, wird im Anschluss untersucht (siehe unten D.).

B. Uneschriebenes Verfassungsprivatrecht des BVerfG

Die Diskussion um die Drittewirkung (ob nun mittelbar, unmittelbar oder doch funktional) scheint zu verschleiern, was die Verfassungsgerichte oftmals tun, wenn sie den Umfang des Grundrechtsschutzes in einem Privatrechtsstreit festlegen. Sie erschaffen durch ihre Rechtsprechung neue privatrechtliche Rechtspositionen oder modifizieren bestehende Privatrechtsinstitute. Ihre Entscheidungen können daher als

⁴² Stürmer, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 42.

⁴³ Vgl. auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 158; Stürmer, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 42.

Quelle des Privatrechts bezeichnet werden.⁴⁴ Diese Rechtspositionen sind das Ergebnis einer Abwägung des Verfassungsgerichts zwischen gegenüberstehenden grundrechtlichen Positionen in einem privatrechtlichen Kontext. In ähnlicher Weise wie der Gesetzgeber mit vertragsrechtlichen Bestimmungen die verfassungsrechtlich geschützte Garantie der Vertragsfreiheit konkretisiert, erschafft das BVerfG in seinen Entscheidungen zunehmend rechtsatzmäßige Konkretisierungen der Grundrechte im Bereich des Privatrechts. Dabei entstehen im Wege der Rechtsfortbildung neue privatrechtliche Rechtssätze (vgl. unten etwa in der Stadionverbotsentscheidung) bzw. werden andererseits bestehende privatrechtliche Positionen modifiziert. Über die Bindungswirkung seiner Entscheidungen (§ 31 I BVerfGG) versieht das BVerfG dieses Gefüge zivilrechtlicher (!) Positionen mit Verfassungsrang.⁴⁵ Insoweit entsteht weithin unbemerkt ein ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht – ein vom BVerfG aus den Grundrechten abgeleitetes Gefüge privatrechtlicher Positionen, an welches die Instanzgerichte und der Gesetzgeber gebunden sind (siehe zu den Konsequenzen noch unten unter C.).

Die dogmatische Kategorie des ungeschriebenen Verfassungsrechts stellt in der Staatsrechtslehre keine Unbekannte dar.⁴⁶ Nach Heinrich Amadeus Wolff kann ungeschriebenes Verfassungsrecht als Verfassungsrecht, „das nicht im Grundgesetz schriftlich enthalten ist, aber rechtlich so gilt, als wenn es dies wäre“ verstanden werden.⁴⁷ Wie Wolff hervorhebt kommt das Begriffspaar „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ schwerpunktmäßig in den Bereichen der Rechtsquellenlehre, der Naturrechtsdiskussion und der Methodendiskussion vor.⁴⁸ Im Bereich der Rechtsquellenlehre kann es als Oberbegriff aller Rechtsquellen ungeschriebener Verfassungsnormen oder als Rechtsquelle *sui generis* verstanden werden.⁴⁹ In den Bereich der Methodenlehre gehört etwa die Frage, wie die Grenze zwischen Interpretation und ungeschriebenem Recht zu ziehen ist.⁵⁰ In seiner umfassenden Untersuchung zeigt Wolff, dass Grundätze wie das Rückwirkungsgebot, der *fair-trial*-Grundsatz oder das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als ungeschriebenes Verfassungsrecht eingestuft werden können.⁵¹ Überlegungen zu Auswirkungen des unge-

⁴⁴ In diesem Sinne auch *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 43.

⁴⁵ Ähnlich *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 158; siehe sogleich zum Bürgschaftsbeschluss unter B. II.

⁴⁶ Vgl. umfassend *H. A. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000); ferner *R. Smend*, in: FS Otto Mayer (1916), S. 245, 247 ff.

⁴⁷ *H. A. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000), S. 2.

⁴⁸ *H. A. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000), S. 7.

⁴⁹ *H. A. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000), S. 8, 402.

⁵⁰ *H. A. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000), S. 10; ferner *W. Jellinek*, in: VVDStRL 10 (1952), S. 66.

⁵¹ *H. A. Wolff*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000), S. 3, 109 f., 141, 189, 204, 244, 248 f., 251, 260 f., 304 f., 392, 464.

schriebenen Verfassungsrechts auf das Privatrecht werden dagegen nicht angestellt. Anders gewendet, wird die Problematik eines ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts nicht erörtert. Diese Problematik ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Der Begriff des ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts meint – nach dem dieser Arbeit zu Grunde liegenden Verständnis – Richterrecht der Verfassungsgerichte im Bereich des Privatrechts. Auch hier ist der Bereich der juristischen Methodenlehre betroffen, dabei ist insbesondere die Frage nach den Grenzen des ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts von entscheidender Bedeutung (vgl. unten E.). Wie im Einzelnen aufzuzeigen ist, handelt es sich bei dem „ungeschriebenen Verfassungsprivatrecht“ zumeist um rechtssatzmäßige Konkretisierungen der Vertragsfreiheit. Das Vorgehen des BVerfG ähnelt dabei dem Vorgehen eines Privatrechtsgesetzgeber bei der Schaffung einfachen Privatrechts. Auch dieser muss bei der Schaffung privatrechtlicher Normen im Ergebnis widerstreitende Grundrechtspositionen Privater in Ausgleich bringen. Gerade im Bereich des Vertragsrechts dient jede vom Gesetzgeber geschaffene Norm der Verwirklichung des verhältnismäßigen Interessenausgleiches der Parteien.⁵² Jede zwingende privatrechtliche Norm ist zugleich ein Eingriff in die Vertragsfreiheit, da sie dem Privaten ein Stück der grundrechtlich gewährten Freiheit nimmt. Das gesamte Vertragsrecht kann somit als eine fein konturierte Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden.⁵³ Das nun hinzutretende Verfassungsprivatrecht des BVerfG ist ebenfalls das Ergebnis eines Ausgleichs von grundrechtlich widerstreitenden Positionen Privater im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. In den nachfolgend zu besprechenden Fällen wird das BVerfG dabei rechtschöpfend tätig und erschafft „rechtsatzmäßige Konkretisierungen“ der Vertragsfreiheit. Es schwingt sich gewissermaßen zum Ersatzgesetzgeber im Bereich des Privatrechts auf und erschafft Privatrecht mit Verfassungsrang.

I. Verhältnis zu den Drittirkungskonstruktionen

Vor dem Hintergrund der in § 3 diskutierten Drittirkungsmodelle erscheint es wichtig zu betonen, dass es sich bei Verfassungsprivatrecht nicht um eine Form der Drittirkung handelt (ob nun mittelbar oder unmittelbar). Das Vorgehen des BVerfG in den zu besprechenden Fällen unterscheidet sich vielmehr ersichtlich von dem üblichen Vorgehen des Gerichts in Privatrechtsstreitigkeiten (also der Konstruktion der mittelbaren Drittirkung oder der Schutzpflichtenkonstruktion). Nach der Schutzpflichtenkonstruktion werden verfassungswidrige Zustände wie gesehen damit aufgelöst, dass das BVerfG den Gesetzgeber ermahnt seiner Schutzpflicht

⁵² Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 310 unter Verweis auf BVerGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

⁵³ Vgl. Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 307; Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 44.

nachzukommen und gesetzgeberisch tätig zu werden (vgl. oben die Sorgerechtsentscheidung, welche zur Neuschaffung des § 1626a BGB geführt hat⁵⁴ oder die Entscheidung zum Auskunftsanspruch des Kindes gegen die Mutter über die Person seines leiblichen Vaters,⁵⁵ welche zur Schaffung des § 1598a BGB geführt hat). In diesen Entscheidungen hat das BVerfG „judicial self restraint“ gezeigt und sich nicht zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen, sondern vielmehr den Gesetzgeber ermahnt seiner grundrechtlichen Schutzwürdigkeit durch die Neuschaffung einer Norm nachzukommen. Sofern diese auf die Zukunft gerichteten Behelfe nicht ausreichten, um vergangene Verfassungsverstöße auszugleichen, blieben den Privaten regelmäßig zumindest staatshaftungsrechtliche Schadensersatzansprüche wegen legislativen Unterlassens.⁵⁶ Anders als in diesen Entscheidungen hat das BVerfG etwa in der Bürgschaftsentscheidung schlicht selbst die Figur der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“ entwickelt (siehe sogleich unter B. II.). Auch in der Stadionverbotsentscheidung hat das BVerfG in der Manier eines Gesetzgebers – dem Zivilrecht bisher weitgehend unbekannte – verfahrensrechtliche Anforderungen entwickelt, welche Private in Privatrechtsverhältnissen etwa zur Sachverhaltsaufklärung verpflichten (siehe unten B. III.). Anstatt den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen, wird das BVerfG also im Wege richterlicher Rechtsfortbildung selbst gesetzgeberisch tätig.

Dieser Befund ist auch nicht mit der unmittelbaren Drittirkung gleichzusetzen. Anders als bei der unmittelbaren Drittirkung wirkt nicht das Grundrecht selbst unmittelbar, sondern vielmehr die rechtsatzmäßige Konkretisierung des BVerfG (also das vom BVerfG geschaffene Verfassungsprivatrecht), welche sich aus der Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen ergibt. Private sind nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden, sie können sich im Privatrechtsstreit bekanntermaßen nicht etwa auf die Vertragsfreiheit als solche berufen.⁵⁷ Eine unmittelbare Auswirkung auf den Privatrechtsstreit hat allein die Konkretisierung der Vertragsfreiheit, üblicherweise in Form einer vertragsrechtlichen Norm, teilweise jedoch auch in Form der rechtssatzmäßigen Konkretisierungen des BVerfG, wie die nachfolgenden Entscheidungen zeigen werden.

Entscheidender Unterschied zu sämtlichen Drittirkungskonstruktionen (ob nun mittelbar oder unmittelbar) ist insbesondere die Konsequenz einer solchen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Anders als bei den vom BVerfG ausgesprochenen Regelungsaufträgen an den Gesetzgeber nimmt das BVerfG die Rechtschöpfung hier selbst in die Hand, wodurch ein Privatrecht mit Verfassungsrang entsteht (vgl. § 31 I BVerfGG), an welches sowohl die Instanzgerichte als auch der Gesetzgeber gebunden sind (vgl. zu den Auswirkungen im Einzelnen unten unter C.).

⁵⁴ BVerfGE 84, 168 (*Sorgerecht für nichteheliche Kinder*).

⁵⁵ BVerfGE 138, 377 (*Mutmaßlicher Vater*).

⁵⁶ So auch Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 902.

⁵⁷ Stürmer, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 44.

Damit ist im Kern auch die Fragestellung eine andere: es geht nicht darum, ob und wie ein Grundrecht *im Einzelfall* das Privatrechtsverhältnis beeinflusst, sondern es geht um die Frage, ob das BVerfG in einer Entscheidung Privatrecht mit Verfassungsrang erschafft, welches die zukünftige Privatrechtsprechung präjudiziert und auch den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers beschneidet.

Dennoch stehen die Institute nicht in einem Exklusivitätsverhältnis. Die Kategorie des Verfassungsprivatrechts kann freilich auch mit der Drittirkung zusammenfallen. Die Frage der Drittirkung betrifft dann in einem *ersten Schritt* die besprochenen Problemkreise des „Ob“ und des „Wie“ der Wirkung eines Grundrechts im konkreten Privatrechtsstreit. Nimmt das BVerfG den Fall zum Anlass rechtssatzmäßige Konkretisierungen zu erschaffen, entsteht in einem *zweiten Schritt* Verfassungsprivatrecht, an welches zukünftig Instanzgerichte und (Privatrechts-) Gesetzgeber gebunden sind. In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die Frage, wie sich diese Normenkategorie in das Privatrechtssystem einfügen lässt, ohne die Kohärenz dieses Systems nachteilig zu beeinflussen (vgl. dazu unten E.).

II. Der Bürgschaftsbeschluss des BVerfG

Ein Beispiel, in welchem es das BVerfG das Zivilrecht unter dem Einfluss der Grundrechte fortgebildet hat, ist die Bürgschaftsentscheidung aus dem Jahre 1993.⁵⁸ Trotz gegenteiliger Beteuerungen hat das BVerfG hier nicht lediglich einen Einzelfall entschieden. Es hat vielmehr die Entscheidung über die Wirksamkeit von – in typisierbarer Weise ausgestalteten – Angehörigkeitsbürgschaften an sich gezogen, beantwortet und mit Verfassungsrang versehen. Anders gewendet können Zivilgerichte, die künftig mit der Frage der Wirksamkeit ähnlich ausgestalteter Verträge befasst sind, nicht mehr die Auffassung vertreten, diese Verträge seien nicht sitzenwidrig im Sinne des § 138 BGB.⁵⁹

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Im Jahre 1982 hatte sich eine 21-jährige Frau für ein Darlehen ihres Vaters in Höhe von 100.000 DM verbürgt. Es handelte sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft, der von ihr unterzeichnete Bürgschaftsvertrag enthielt einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage sowie auf weitere Schutzvorschriften, etwa die Einrede der Verjährung der Hauptschuld sowie die Einrede der Anfechtbarkeit. Die Frau verfügte über kein Vermögen und trug im Zivilprozess unter anderem vor, dass ihr pfändbares Einkommen von jährlich 4.964 DM nicht einmal ausreiche, um die jährliche Zinslast von ca. 8.500 DM zu tragen. Sie hatte keine Berufsausbildung und es sei nicht damit zu rechnen, dass sie

⁵⁸ BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

⁵⁹ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 160.

die Verbindlichkeit jemals würde ablösen können. Insoweit sei der Bürgschaftsvertrag unwirksam. Die mit der Sache befassten Zivilgerichte kamen mit Blick auf die Wirksamkeit des Vertrages zu unterschiedlichen Ergebnissen, der in letzter Instanz mit der Sache befasste BGH hielt den Vertrag jedoch für wirksam. Er führte aus, dass eine volljährige Person auch ohne weitere Erfahrung im Geschäftsverkehr wisse, dass ein Bürgschaftsvertrag Haftungsrisiken begründe.⁶⁰ In ihrer Urteilsverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG stützte sich die Bürgin unter anderem auf die Verletzung ihrer Privatautonomie aus Art. 2 I GG. Aus Art. 2 I GG ergebe sich, dass die Vertragsfreiheit nicht zu Machtmisbrauch führen dürfe.

2. Entscheidungsbegründung

In seiner Entscheidung führte das BVerfG zunächst aus, dass die Rüge der Beschwerdeführerin die Auslegung und Anwendung derjenigen zivilrechtlichen Generalklauseln betreffe, die den Zivilgerichten eine Inhaltskontrolle schuldrechtliche Verträge gebieten, insbesondere §§ 138, 242 BGB. Es stellte abermals fest, dass bei der Auslegung der Generalklauseln die Grundrechte zu berücksichtigen seien, vorliegend insbesondere Art. 2 I GG, welcher die Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ gewährleiste.⁶¹ Im Privatrecht bestehe allerdings die Besonderheit, dass sich grundsätzlich gleichrangige Grundrechtsträger gegenüberstehen, die jeweils den Schutz des Art. 2 I GG genießen und sich gleichermaßen auf die Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können.⁶² Die Privatautonomie bedürfe damit der rechtlichen Ausgestaltung. Insoweit müsse der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung die kollidierenden Grundrechtspositionen beachten und so begrenzen, dass sie für alle Beteiligten weitgehend wirksam werden. Im Vertragsrecht ergebe sich dieser Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner, beide binden sich und nehmen dabei jeweils ihre individuelle (grundrechtlich geschützte) Freiheit wahr. Allerdings tauge die Vertragsfreiheit nur im Fall eines ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Vertragspartner als Mittel eines Interessenausgleichs.⁶³ Wenn der Vertragsinhalt für eine Seite ungewöhnlich belastend ist – und damit als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen – seien Zivilgerichte zu einer intensiveren Inhaltskontrolle und gegebenenfalls zum Eingreifen verpflichtet. Das BVerfG stellte insoweit fest, dass „der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts gehöre“.⁶⁴ In diesem Zusammenhang rekurriert das BVerfG auf die Generalklauseln und stellt fest, dass etwa die Vorschrift des § 138 II BGB typische Umstände bezeichne, die zwangsläufig zur Verhandlungsunterlegenheit einer Partei

⁶⁰ Zitiert aus BVerfGE 89, 214, 219 (*Bürgschaft*).

⁶¹ BVerfGE 89, 214, 231 (*Bürgschaft*).

⁶² BVerfGE 89, 214, 232 (*Bürgschaft*).

⁶³ BVerfGE 89, 214, 232 f. (*Bürgschaft*).

⁶⁴ BVerfGE 89, 214, 233 (*Bürgschaft*), Hervorhebungen des Verfassers.

führen und damit die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben. Den Umstand, dass in der Privatrechtsordnung Instrumente zum Ausgleich „gestörter Vertragsparität“ existieren, nimmt das BVerfG zum Anlass, um rechtfortbildend eine weitere Ausgleichsmöglichkeit zu etablieren. Unter dem Deckmantel der Auslegung leitet das BVerfG aus Art. 2 I GG nach eigener Diktion eine „rechtsatzmäßig typisierbare Fallgruppe“ ab, welche für die Zivilgerichte und die Rechtsanwendung „verbindliche Konturen“ vorgibt. Zivilgerichte müssen in Zukunft klären, ob die in Rede stehende vertragliche Regelung „eine Folge *strukturell ungleicher Verhandlungsstärke*“ ist.⁶⁵ In diesen Fällen handele die schwächere Partei nicht mehr in Selbstbestimmung, sondern in Fremdbestimmung.⁶⁶ Das soll zur Nichtigkeit der vertraglichen Regelung führen. Das BVerfG hat insoweit auch Anhaltpunkte vorgegeben, aus welchen sich eine solche „strukturell ungleiche Verhandlungssituation“ ergeben kann. Bei einem Bürgschaftsvertrag kann etwa die Person der Bürgin maßgeblich sein – wie alt war diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, welche Ausbildung hat sie genossen, in welcher finanziellen Lage hat sie sich befunden und war diese in geschäftlichen Dingen unerfahren. Weiter kann die Höhe der Hauptforderung maßgeblich sein und ob der Bürg ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Kredit hatte. Umgekehrt kann es darauf ankommen, wie sich der Bürgschaftsgläubiger verhalten hat.⁶⁷

3. Entstandenes Verfassungsprivatrecht?

Was ist nun die Konsequenz dieser Vorgehensweise? Das BVerfG hat in der Bürgschaftentscheidung neue Rechtspositionen geschaffen, privatrechtliche Positionen. Ebenso wie die Regelungen des Vertragsrechts, die die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit konkretisieren, beruhen auch diese neuen Rechtspositionen auf einer Konkretisierung der Privatautonomie. Der Gesetzgeber muss bei der Schaffung vertragsrechtlicher Normen die konfigurerenden Grundrechtspositionen beachten und in einen verhältnismäßigen Ausgleich bringen. Eine Vertragspartei kann sich dann jedoch nicht unmittelbar auf seine Vertragsfreiheit berufen, sondern auf die konkretisierte Norm des einfachen Gesetzgebers, etwa § 138 II BGB. In der Bürgschaftentscheidung ist das Handeln des BVerfG mit dem des Privatrechtsgesetzgebers vergleichbar. Aus einer Abwägung entgegenstehender grundrechtlicher Interessen (jeweils Art. 2 I GG) erschafft das BVerfG ebenfalls eine rechtssatzmäßige Konkretisierung der Vertragsfreiheit, wodurch im Ergebnis ein privatrechtlicher Rechtssatz mit Verfassungsrang entsteht. Das BVerfG spricht in eigener Diktion wie gesehen von der Entstehung einer „rechtsatzmäßig typisierbaren Fallgruppe“, die den Zivilgerichten „reproduzierbare“ und „verbindliche“ Konturen vorgibt.⁶⁸ Dabei werden die Parteien nicht unmittelbar an ein Grundrecht (Art. 2 I GG) gebunden,

⁶⁵ BVerfGE 89, 214, 234 (*Bürgschaft*), Hervorhebungen des Verfassers.

⁶⁶ BVerfGE 89, 214, 234 (*Bürgschaft*).

⁶⁷ BVerfGE 89, 214, 234 ff. (*Bürgschaft*).

⁶⁸ BVerfGE, 115, 51, 68 ff.

sondern an den vom BVerfG geschaffenen privatrechtlichen Rechtssatz, der eine Konkretisierung des Grundrechts darstellt. Im Unterschied zu einfaches Vertragsrecht ist dieser privatrechtliche Rechtssatz mit Verfassungsrang versehen und gleicht somit dem oben beschriebenen Art. 9 III 2 GG. Die Entscheidung des BVerfG ist also dahingehend zu verstehen, dass § 138 BGB um einen ungeschriebenen Absatz zu ergänzen ist, der wie folgt aussehen könnte:

§ 138 III „BGB“

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, welches eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist.

Dieser von nun an von den Zivilgerichten mitzudenkende „dritte Absatz“ unterscheidet sich von den übrigen Absätzen allein durch seinen höheren Rang. Ansonsten gibt er den Zivilgerichten – in gleicher Weise wie der zweite Absatz – vor, welche Situationen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge haben sollen. Man kann dahingehend § 138 I BGB als allgemeine Grundregel ansehen, nach welcher die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts dessen Nichtigkeit zur Folge hat und § 138 II BGB und „§138 III“ als Konkretisierungen verstehen. Es lässt sich sicherlich einwenden, dass § 138 I BGB bzw. der Begriff der Sittenwidrigkeit aufgrund mangelnder Konkretheit auch von der Zivilrechtsprechung erst durch die Bildung von Fallgruppen handhabbar gemacht wurde.⁶⁹ Der Begriff der guten Sitten kann als Blankettbegriff oder als Leerformel bezeichnet werden, der weiterer Konkretisierung durch die (Zivil-)Rechtsprechung bedarf.⁷⁰ Dennoch besteht in dem Vorgehen des BVerfG ein qualitativer Unterschied. Dieses leitet, trotz gegenteiliger Beteuerungen, originär privatrechtliche Positionen aus den Grundrechten ab und versieht diese über die Bindungswirkung seiner Entscheidungen (§ 31 I BVerfGG) mit Verfassungsrang. Insoweit besteht eine Bindung der Instanzgerichte an das Abwägungsergebnis des BVerfG bzw. die dadurch entstandene „rechtssatzmäßige“ Konkretisierung der Vertragsfreiheit. Von der Privatrechtsprechung ist diese „rechtssatzmäßige“ Konkretisierung in gleicher Weise wie eine geschriebene Norm zu beachten. Eine vertragliche Vereinbarung, die Folge einer *strukturell ungleichen Verhandlungsstärke* ist, muss ein Fachgericht von nun an als sittenwidrig und damit nichtig einstufen. Bei der Frage, ob eine solche Situation vorliegt, sind die vom BVerfG aufgestellten Kriterien zu berücksichtigen. Wie die Folgerechtsprechung des BVerfG beweist (dazu sogleich 4.), wollte dieses in der Bürgschaftentscheidung aus dem Jahre 1993 keinesfalls nur einen Einzelfall entscheiden.⁷¹ Es wollte vielmehr die Kategorie der strukturellen Ungleichgewichtslage einführen, konturieren und die

⁶⁹ Zu den Fallgruppen vgl. *Mansel*, in: *Jauernig* (Hrsg.), 18. Aufl. 2021, § 138 BGB Rn. 12 ff. m. w. N.; zum Ganzen *Petersen*, JURA 2005, S. 387.

⁷⁰ *Haferkamp*, in: *Schmoekel et al.* (Hrsg.), HKK BGB, Bd. I (2003), § 138 BGB Rn. 2. *Haferkamp* stellt fest, dass sich ein trennscharf definierbarerer Maßstab des Begriffs nicht finden lasse und § 138 insofern im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen *Richterrecht* legalisiere, vgl. a. a. O., m. w. N.

⁷¹ So auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 160 f.

künftige Rechtsprechung der Zivilgerichte an seine rechtssatzmäßige Konkretisierung der Vertragsfreiheit binden. Es ist insoweit verkürzt, wenn man etwa die Zuständigkeit des BVerfG für eine im Kern privatrechtliche Fragestellung (Wirksamkeit von Bürgschaftsverträgen) anzweifelt. Es geht nicht allein um die Frage einer möglichen Okkupation von Zuständigkeiten, diese Frage ist gesondert zu beurteilen (vgl. noch unten E. II.). Die Entscheidung des BVerfG hat ersichtlich eine andere Qualität. Das Gericht bildet das Zivilrecht unter dem Einfluss der Grundrechte fort, wodurch weithin unbemerkt Verfassungsprivatrecht entsteht.⁷²

4. Konsequenzen

Der Wille des BVerfG seine rechtssatzmäßige Konkretisierung der Vertragsfreiheit durchzusetzen, wurde bereits kurze Zeit später in einer weiteren Entscheidung deutlich.⁷³ In einem ähnlich gelagerten Fall hatte eine vermögens- und erwerbslose Frau für ihren Ehemann eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 200.000 DM übernommen. Die Bank begehrte von der Frau die Zahlung der offenen Restforderung von ca. 70.000 DM, der darauf gerichteten Klage wurde durch rechtskräftiges Versäumnisurteil stattgeben. Noch bevor es zur Zwangsvollstreckung kam, erging der eben beschriebene Bürgschaftsbeschluss des BVerfG. Die Frau richtete sich daraufhin im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO gegen die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil. Das LG gab der Klage statt und erklärte die Zwangsvollstreckung für unzulässig.⁷⁴ Es berief sich dabei auf § 79 II 2 BVerfGG, nach welchem eine Zwangsvollstreckung aus einer Entscheidung, die auf einer vom BVerfG für nichtig oder verfassungswidrig erklärten Norm beruht, unzulässig ist. Das OLG hingegen wies die Klage auf Berufung der Bank ab.⁷⁵ Die Bürgin legte daraufhin Revision beim BGH ein, welche von diesem ebenfalls zurückgewiesen wurde.⁷⁶ In seiner Begründung verwies der BGH darauf, dass § 79 II 1 BVerfGG lediglich Fälle erfasse, in welchen eine Entscheidung auf einer vom BVerfG für nichtig erklärten *Norm* beruht. In dem vorliegenden Fall gehe es jedoch lediglich darum, dass das BVerfG eine bestimmte *Auslegung* einer Norm (hier § 138 I BGB) für verfassungswidrig erklärt habe. Die Verfassungsmäßigkeit der Norm selbst bleibe davon unberührt. Der Bürgschaftsbeschluss enthalte auch keine Aussage darüber, ob der Norm des § 79 II 1 BVerfGG eine weitergehende Wirkung zukommen soll.⁷⁷ Das BVerfG hingegen hat auch diese Entscheidung des BGH aufgehoben und den Anwendungsbereich des § 79 II 2 BVerfGG im Wege einer Analogie auf solche Fälle erweitert, in denen das BVerfG eine bestimmte Auslegung einer Norm für

⁷² So auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 160.

⁷³ BVerfGE, 115, 51; vgl. dazu *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 160 f.

⁷⁴ LG Köln, ZIP 1999, 920.

⁷⁵ OLG Köln, NJW-RR 2001, 139.

⁷⁶ BGHZ 151, 316.

⁷⁷ BVerfGE, 115, 51, 55 ff.

verfassungswidrig erklärt hat.⁷⁸ In der Urteilsbegründung lassen dabei einige Formulierungen den Durchsetzungswillen des BVerfG erkennen. Beziehend auf seinen Bürgschaftsbeschluss stellte es etwa fest:

„Der sich aus der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie ergebende Maßstab des gebotenen Ausgleichs zwischen strukturell ungleichen Verhandlungssituationen *hat durch diese Rechtsprechung eine für die Rechtsanwendung bedeutsame Konkretisierung erfahren, die der künftigen Rechtsprechung der Zivilgerichte für die Beurteilung von Bürgschaftsfällen der hier in Rede stehenden Art abstrakt-generell und auf vorhersehbare Weise den Weg weist.* Sie zwingt die Gerichte zu einer Verfeinerung [...] der einschlägigen zivilrechtlichen Normen und hat insoweit dazu geführt, dass im Rahmen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB *rechtssatzmäßige typisierbare Fallgruppen* gebildet worden sind, die der weiteren Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden können.“⁷⁹

Diese rechtsatzmäßige Konkretisierung der Privatautonomie wurde von den Zivilgerichten in der Folge in Angehörigenbürgschaftsfällen umgesetzt.⁸⁰ Später hat der BGH auch für die Beantwortung der Frage der möglichen Sittenwidrigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften den Rechtssatz des BVerfG und dessen Kriterien (wie eine geschriebene Norm) herangezogen.⁸¹ Der BGH erkennt zunächst, dass Zivilgerichte eine Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen haben, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis *strukturell ungleicher Verhandlungsstärke* sind.⁸² Bei der Frage, ob eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke gegeben ist, blickt der BGH zunächst – wie vom BVerfG vorgegeben – auf die Person des Bürgen und stellt etwa auf dessen finanziell schwache Situation ab, sowie darauf, dass der Bürge kein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Kredit hatte.⁸³ Umgekehrt blickt er auch auf die Person des Bürgschaftnehmers (Bank) und stellt fest, dass diese eine Notsituation des Bürgen (Angst um den Verlust des Arbeitsplatzes beim Hauptschuldner) ausgenutzt habe und versucht habe davon zu profitieren.⁸⁴ Insoweit kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke vorliegt und der Vertrag sittenwidrig und damit nichtig ist. Die Bank hat damit kein Anspruch auf Zahlung der ausstehenden Darlehenssumme gegen den Arbeitnehmer. Ob dieses vom BGH gefundene Ergebnis Zustimmung verdient, ist mit Blick auf die hier zu untersuchende Frage zweitrangig. Interessant ist jedoch der Gang der Begründung des BGH. Bei der Frage einer möglichen Sittenwidrigkeit wendet der BGH die Kategorie *der strukturell ungleichen Verhandlungsstärke* wie eine Rechtsnorm an. Zudem subsumiert er unter die vom BVerfG herausgearbeiteten Gesichtspunkte, um zu entscheiden, ob eine solche

⁷⁸ BVerfGE, 115, 51, 62 ff.

⁷⁹ BVerfGE, 115, 51, 68, Hervorhebungen des Verfassers.

⁸⁰ BGH WM 2002, 1649, 1651 und ZIP 2003, 796, 797, jeweils m. w. N.

⁸¹ Vgl. BGHZ 156, 302.

⁸² Vgl. BGHZ 156, 306.

⁸³ Vgl. BGHZ 156, 308 f.

⁸⁴ Vgl. BGHZ 156, 309.

strukturelle Überlegenheit der klagenden Sparkasse gegenüber dem Beklagten vorliegt.

Der Bürgschaftsbeschluss hat also zur Konsequenz, dass Zivilgerichte in Zukunft klären müssen, ob eine vertragliche Regelung Folge einer strukturell ungleichen Verhandlungsstärke ist. Diese Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs ist wie bereits ausgeführt für die Zivilgerichte wie ein dritter Absatz des § 138 BGB mitzudenken. Auch § 138 II BGB konkretisiert letztlich den Begriff der Sittenwidrigkeit, indem es den Wucher als Spezialfall der Sittenwidrigkeit etabliert. Die rechtsatzmäßige Konkretisierung des BVerfG ist aus den Grundrechten abgeleitet und hat Verfassungsrang. Wie das letztgenannte Urteil des BGH beweist, hat das BVerfG im Bürgschaftsbeschluss keinen Einzelfall entschieden, sondern durch die Bindungswirkung seiner Entscheidungen die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung präjudiziert.⁸⁵ Honsell hat etwa angemerkt, dass damit die Pflicht der Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle *aller* Verträge etabliert wurde.⁸⁶ Das BVerfG hat damit unter dem Einfluss der Grundrechte das Zivilrecht fortgebildet, die Entscheidung kann daher als „Quelle des Privatrechts“ angesehen werden.⁸⁷ Das BVerfG hat sich mit anderen Worten zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen. Das nachfolgende Beispiel macht das noch deutlicher. Nach der hier vertretenen Ansicht hat das BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung rechtsfortbildend – für „spezifische Konstellationen“ – einen Kontrahierungszwang geschaffen und damit abermals das Privatrecht fortgebildet.

III. Die Stadionverbotsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Wie bereits der Verlauf dieser Arbeit gezeigt hat, lässt sich die Stadionverbotsentscheidung in unterschiedlicher Weise betrachten. Das BVerfG nutzt in seiner Urteilsbegründung – wohl als Beruhigungspille – neunmal (!) den Begriff der mittelbaren Drittirkung (vgl. oben § 3 B. III.).⁸⁸ In der Literatur wird die Entscheidung vielfach als Beweis einer (situativen) unmittelbaren Drittirkung (siehe

⁸⁵ Vgl. auch *Kroll-Ludwigs*, in: Jb.ZivRWiss (2006), S. 118, 127; *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht (2013), S. 219. *Kroll-Ludwigs* hat richtigerweise angemerkt, dass ein Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Verträgen in Ungleichgewichtslagen deutlich macht, dass die Kriterien des BVerfG nicht länger als Korrektur atypischer Fälle, sondern für eine generelle Kontrolle derartiger Verträge herangezogen werden, *ebd.*, a.a.O.

⁸⁶ *Honsell*, NJW 1994, S. 565, 566; ähnlich auch *Mansel*, in: *Jauernig* (Hrsg.), 18. Aufl. (2021), § 138 BGB Rn. 12. Letzterer hat festgestellt, dass die Fälle der Angehörigkeitsbürgschaften vom BVerfG nur zum Anlass genommen wurden die Vertragsfreiheit grundlegend umzuformen hin zu einer „materiellen Vertragsfreiheit“.

⁸⁷ *Stürner*, in: *Collins* (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights and European Contract Law (2017), S. 33, 43.

⁸⁸ BVerfGE 148, 267, 267, 273, 280, 282, 283 (*Stadionverbot*).

oben § 3 E. II.) oder einer möglichen Anwendungskonstruktion angesehen (vgl. oben § 3 F. III. 3.). Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Entscheidung von den Beispielen unmittelbarer Drittirkung zu unterscheiden. Wie gleich aufzuzeigen ist, hat das BVerfG vielmehr Rechtsschöpfung betrieben und Verfassungsprivatrecht geschaffen. Erst dieses ungeschriebene Verfassungsprivatrecht hat unmittelbare Auswirkungen für Private bzw. für Zivilgerichte und könnte abermals dessen Rechtsprechung präjudizieren.

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Nach einem Spiel in der MSV-Arena wurde ein 16-jähriger Fan des FC Bayern München in einer Gruppe gewaltbereiter Hooligans der Ultra-Fangruppe „Schiickeria“ gesichtet. In der Nähe des Bahnhofs traf die Gruppe auf ebenfalls gewaltbereite Anhänger des MSV Duisburg, dabei entstand der übliche erhebliche Sach- und Personenschaden. Der genaue Sachverhalt konnte in der Folge nicht mehr aufgeklärt werden, gesichert war nur, dass sich der Beschwerdeführer in der Fangruppe des FC Bayern befand, aus der heraus es zu Auseinandersetzungen kam. Der MSV Duisburg sprach gegenüber dem 16-Jährigen ein zweijähriges bundesweites Stadionverbot aus. Dabei handelte der Verein im Namen des DFB sowie sämtlicher Vereine der Bundesliga, die sich für solche bundesweiten Stadionverbote gegenseitig ermächtigt haben (vgl. § 1 V der Stadionverbotsrichtlinien des DFB, SVRL). Das Strafverfahren gegen den 16-Jährigen wurde wegen Geringfügigkeit gemäß § 153 I StPO eingestellt, das Stadionverbot wurde dennoch aufrechterhalten. Das Verbot stand im Einklang mit der damals gültigen Fassung der SVRL. In der Folge kündigte der FC Bayern München dem 16-Jährigen dessen Jahreskartenabonnement und schloss ihn aus dem Verein aus. Daraufhin begehrte dieser klageweise die Aufhebung des bundesweiten Stadionverbots, hilfsweise die Begrenzung des Verbots auf die Arena des MSV Duisburg. Das Amtsgericht wies die Klage ab, die Berufung vor dem Landgericht blieb erfolglos.⁸⁹ In der Begründung führte das Gericht unter anderem aus, dass das Verbot auf hinreichende Verdachtsmomente gestützt sei. Insoweit komme es für die Verhängung des Stadionverbots nicht darauf an, ob dem 16-Jährigen die Straftat nachgewiesen werden könne. Zur Sicherung gewaltloser Verläufe dürfen (bei hinreichendem Gefahrenverdacht) auch potenzielle Störer ausgeschlossen werden.

Auch die Revision vor dem BGH blieb ohne Erfolg.⁹⁰ Der Gerichtshof führte aus, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts für die Annahme genügen, dass von dem Kläger die Gefahr künftiger Störungen ausgehe. Stadionverbote könnten nur nennenswerte präventive Wirkungen haben, wenn sie auch gegen solche Besucher ausgesprochen werden, die zwar nicht wegen einer Straftat verurteilt seien, deren Verhalten aber auf die Gefahr künftiger Störungen hinweist. Gegen dieses Urteil

⁸⁹ BVerfGE 148, 267, 272 (*Stadionverbot*).

⁹⁰ BVerfGE 148, 267, 273 (*Stadionverbot*).

legte der Beschwerdeführer eine Urteilsverfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht ein.

2. Entscheidungsbegründung

Das Bundesverfassungsgericht führte in seiner Entscheidungsbegründung zunächst aus, dass es sich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt und zitierte seine dahingehend relevante Rechtsprechung zur mittelbaren Drittirkung.⁹¹ Sodann stellte es fest, dass es um die Reichweite des privatrechtlichen Hausrechts des Stadionbetreibers gegenüber dem Zugangsbegehrn des Fußballfans gehe. Aus verfassungsrechtlicher Sicht seien dabei die Eigentumsgarantien des Art. 14 I GG sowie der Schutz vor willkürlicher Ungleichbehandlung gemäß Art. 3 I GG zu berücksichtigen.⁹² Das Ergebnis der Verfassungsbeschwerde ist für die vorliegende Untersuchung weniger relevant und kann insoweit vorweggenommen werden. Das BVerfG hielt die Verfassungsbeschwerde für unbegründet. Die Begründung des BGH, dass ein Stadionverbot auch ohne Nachweis einer Straftat ausgesprochen werden könne – sondern bereits aufgrund einer tatsachenbasierten Sorge künftiger Störungen – sei nicht zu beanstanden.⁹³ Von Relevanz für die vorliegende Fragestellung sind jedoch die (allgemeinen) Ausführungen in der Entscheidungsbegründung des BVerfG – insbesondere mit Blick auf die Auswirkungen des Art. 3 I GG im Privatrechtsverhältnis. Nach dem hier vertretenen Verständnis hat das BVerfG wiederum kein Einzelfall entschieden, sondern hat sich zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen und Verfassungsprivatrecht geschaffen (siehe noch unter 3.).

In Bezug auf Art. 3 I GG stellte das BVerfG zunächst einmal wenig überraschend fest:

„Ein allgemeiner Grundsatz, wonach private Vertragsbeziehungen jeweils den Rechtfertigungsanforderungen des Gleichbehandlungsgebots unterliegen, folgt demgegenüber aus Art. 3 Abs. 1 GG auch im Wege der mittelbaren Drittirkung nicht.“⁹⁴

Es gehöre grundsätzlich zur Freiheit jeder Person „nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie wann unter welchen Bedingungen welche Verträge abschließen und wie sie hierbei auch von ihrem Eigentum Gebrauch machen will“.⁹⁵ Insoweit hat das BVerfG zunächst die Grundidee der Privatautonomie bzw. der Vertragsfreiheit betont. In der Folge erschafft das BVerfG jedoch eine zusätzliche Einschränkung ebendieser Vertragsfreiheit, die neben die bereits bekannten Einschränkungen (etwa aus dem AGG) tritt und den Ausgang vieler pri-

⁹¹ BVerfGE 148, 267, 280 (*Stadionverbot*).

⁹² BVerfGE 148, 267, 281 (*Stadionverbot*).

⁹³ BVerfGE 148, 267, 287 (*Stadionverbot*).

⁹⁴ BVerfGE 148, 267, 283 (*Stadionverbot*).

⁹⁵ BVerfGE 148, 267, 283 (*Stadionverbot*).

vatrechtlicher Streitigkeiten determinieren könnte. Die Neuerung wurde vom BVerfG wie folgt eingeleitet:

„Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben.“⁹⁶

Das BVerfG führte sodann aus, dass ein bundesweites Stadionverbot eine solche Konstellation darstelle und formte dabei den Begriff der „spezifischen Konstellationen“ weiter aus. Maßgeblich ist insoweit, ob eine Veranstaltung „aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet [wird]“ und darüber hinaus muss der Ausschluss von einer solchen Veranstaltung „für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheide[n]“.⁹⁷ Ein Veranstalter dürfe seine „hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus struktureller Überlegenheit – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen“, so das BVerfG weiter.⁹⁸

Nach alledem liegt eine „spezifische Konstellation“ bei einem einseitigen Ausschluss von einer Veranstaltung vor, die der Veranstalter für ein breites Publikum geöffnet hat, ohne zwischen einzelnen Personen zu differenzieren. Zusätzlich muss eine solche Veranstaltung für den Betroffenen erhebliche Auswirkungen auf die Möglichkeit der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben haben. In diesen Fällen wird die Vertragsabschlussfreiheit eingeschränkt, ein Veranstaltungsausschluss ist dann nur bei Vorliegen eines *sachlichen Grundes* möglich. Doch das BVerfG beließ es nicht bei dieser Feststellung, sondern führte weiter aus:

„Mit dem Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Verhängung eines Stadionverbots verbinden sich *verfahrensrechtliche Anforderungen*. Insbesondere müssen die Stadionbetreiber die ihnen *zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts* unternehmen. Dazu gehört jedenfalls grundsätzlich die *vorherige Anhörung* der Betroffenen. Auch ist die *Entscheidung auf Verlangen zu begründen*, um den Betroffenen die Durchsetzung ihrer Rechte zu ermöglichen.“⁹⁹

Für die oben beschriebene Einschränkung der Privatautonomie wäre eine mittelbare Drittewirkung zumindest theoretisch noch denkbar. Ein Kontrahierungszwang wurde schon vom Reichsgericht – damals für Unternehmen in marktbeherrschender Stellung – aus § 826 BGB hergeleitet. Dieser könnte insoweit als Einfallstor für die Wertungen des Art. 3 I GG dienen (siehe zur mittelbaren Drittewirkung oben § 3 B.). Jedenfalls für die letztgenannten verfahrensrechtlichen Anforderungen fehlt es jedoch an einem normativen Anknüpfungspunkt im Zivilrecht (siehe auch noch

⁹⁶ BVerfGE 148, 267, 283 (*Stadionverbot*), Hervorhebungen des Verfassers.

⁹⁷ BVerfGE 148, 267, 284 (*Stadionverbot*), Hervorhebungen des Verfassers.

⁹⁸ BVerfGE 148, 267, 284 (*Stadionverbot*), Hervorhebungen des Verfassers.

⁹⁹ BVerfGE 148, 267, 286 (*Stadionverbot*), Hervorhebungen des Verfassers.

unter 3.).¹⁰⁰ Bekannt sind solche Vorgaben allenfalls aus dem Verwaltungsverfahrensrecht (Untersuchungsgrundsatz, § 24 VwVfG; Anhörungspflicht, § 28 VwVfG und Begründungserfordernis, § 39 Abs. 1 VwVfG).¹⁰¹ Insoweit scheidet eine mittelbare Drittirkung – trotz der neunmaligen Verwendung des Begriffs durch das BVerfG – von vorneherein aus.¹⁰² Wie lässt sich die Entscheidung aber dann einordnen? Hat das BVerfG hier abermals Verfassungsprivatrecht geschaffen? Das wird nachfolgend untersucht.

3. Entstandenes Verfassungsprivatrecht?

Die Entscheidung des BVerfG könnte für das Privatrecht wie gesehen zwei entscheidende Neuerungen bringen.

Erstens: In „spezifischen Konstellationen“ (die bei genauem Hinsehen nicht besonders spezifisch sind) darf ein Veranstalter nicht länger bestimmte Personen willkürlich ausschließen. Gemeint sind Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden *und* bei denen der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet (dazu sogleich unter a)).

Zweitens: In diesen Konstellationen werden nun auch „verfahrensrechtliche Anforderungen“ an Private gestellt. Der Veranstalter muss sich in angemessener Weise bemühen den Sachverhalt zu ermitteln, er muss den Betroffenen anhören und er muss seine Entscheidung sachlich begründen. Erst dann ist ein Ausschluss des Betroffenen möglich (dazu sogleich unter b)).

a) Der Kontrahierungzwang in „spezifischen Konstellationen“

Bei der erstgenannten Neuerung handelt es sich der Sache nach um einen Kontrahierungzwang. In der Entscheidung wird der Zugang zu Fußballspielen (bzw. der Zugang in sonstigen „spezifischen“ Konstellationen) im Ergebnis mit dem Zugang zu öffentlichen Einrichtungen wie etwa kommunalen Schwimmbädern gleichgestellt.¹⁰³ Kontrahierungzwänge konterkarieren die Vertragsabschlussfreiheit und bilden damit absolute Ausnahmen im Vertragsrecht.¹⁰⁴ Echte Kontrahierungzwänge bestehen nach spezialgesetzlichen Regelungen wie etwa § 17 EnWG für die Belieferung von Haushalten mit Energie (z. B. Strom und Gas) oder § 22 BPfG für die

¹⁰⁰ So auch *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 902 und *Michl*, JZ 2018, S. 910, 917.

¹⁰¹ *Michl*, JZ 2018, S. 910, 915.

¹⁰² *Hellgardt* stellt treffend fest, dass der Ausdruck offensichtlich zu einer *Façon de parler* geworden ist ohne weitergehende inhaltliche Bedeutung vgl. *ebd.*, JZ 2018, S. 901, 903.

¹⁰³ *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 908.

¹⁰⁴ Vgl. zum Ganzen *Gounalakis*, in: Gedächtnisschrift für Manfred Wolf (2011), S. 623; *Musielak*, JuS 2017, S. 949.

Beförderung im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV). Für diese Bereiche der Daseinsvorsorge hielt der Gesetzgeber Kontrahierungszwänge ausnahmsweise für erforderlich. Daneben wurde von der Privatrechtsprechung in der bekannten Theaterkritikerentscheidung schon früh aus § 826 BGB ein unechter Kontrahierungszwang abgeleitet.¹⁰⁵ In Fällen in denen ein Unternehmen seine Monopolstellung missbraucht, liegt danach eine sittenwidrige Schädigung im Sinne der Vorschrift. Über den schadensersatzrechtlichen Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 I BGB) kann dann u.U. ein Kontrahierungszwang hergeleitet werden.¹⁰⁶ Ein weiterer unechter Kontrahierungszwang soll nach einigen Literaturstimmen im AGG enthalten sein (§ 19 I AGG i. V. m. § 21 I S. 1 AGG).¹⁰⁷ Im AGG ist zwar nicht ausdrücklich ein Kontrahierungszwang normiert, ein solcher soll jedoch aus dem Beseitigungsanspruch des § 21 I S. 1 hergeleitet werden können.¹⁰⁸ Gemäß § 19 I AGG ist:

„Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse [unzulässig], die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen [...].“¹⁰⁹

Wenn eine solche Diskriminierung in der Verweigerung des Vertragsschlusses besteht, kann der Beseitigungsanspruch des § 21 I S. 1 AGG nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht zu einem Kontrahierungszwang führen.¹¹⁰ Nach dieser Ansicht ist der *actus contrarius* zu einer Vertragsverweigerung zwangsläufig der Vertragsschluss.¹¹¹ Voraussetzung des Anspruchs ist jedoch, dass es ohne die Benachteiligung tatsächlich zum Vertragsabschluss gekommen wäre (Kausalitäts erfordernis).¹¹² Die Gegenmeinung konzentriert sich bei der Frage auf den möglichen Schadensersatzanspruch des § 21 II AGG und sieht in der Vertragsverweigerung keinen Schaden, sondern vielmehr das haftungsbegründende Verhalten.¹¹³ Ein durch das AGG vermittelter Kontrahierungszwang sei daher abzulehnen.¹¹⁴ Sieht man den Vertragsschluss mit der erstgenannten Meinung als Beseitigung einer Benachteilili

¹⁰⁵ RGZ 133, 388 (*Kritiker-Fall*).

¹⁰⁶ Vgl. *Gounalakis*, in: Gedächtnisschrift für Manfred Wolf (2011), S. 623, 629.

¹⁰⁷ *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, S. 21; vgl. dazu auch *Armbrüster*, NJW 2007, S. 1494, der in der Vertragsverweigerung keinen Schaden sieht und daher einen Kontrahierungszwang nur für Zukunft befürwortet.

¹⁰⁸ Vgl. *Thüsing*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2021), AGG § 21 Rn. 17 m. w. N.

¹⁰⁹ Hervorhebungen des Verfassers.

¹¹⁰ *Thüsing*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2021), AGG § 21 Rn. 17; *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, S. 21 jeweils m. w. N.

¹¹¹ *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, S. 21.

¹¹² *Thüsing/v. Hoff*, NJW 2007, S. 21, 23 f.

¹¹³ *Armbrüster*, NJW 2007, S. 1494, 1496.

¹¹⁴ Vgl. auch *Busche*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2021), Vorb. § 145, Rn. 17.

gung, wäre der Anspruch aus § 21 I S. 1 AGG als *unechter* Kontrahierungszwang einzustufen.

Mit einem solchen unechten Kontrahierungszwang ist der vom BVerfG geschaffene Kontrahierungszwang zu vergleichen. Dieser ist jedoch an weniger ausdifferenzierte „Tatbestandsvoraussetzungen“ geknüpft und hat damit sogar einen weiteren Anwendungsbereich als jener im AGG. Die „spezifischen Konstellationen“ des BVerfG werden letztlich an zwei Kriterien geknüpft. Das erste Kriterium (Öffnung einer Veranstaltung für die allgemeine Öffentlichkeit) taugt nicht zur Eingrenzung, hier wären eine Großzahl Privater eingeschlossen – es wären theoretisch sogar Arztpraxen mit allgemeinen Sprechstunden erfasst.¹¹⁵ Zur Eingrenzung kann folglich allenfalls das zweite Kriterium herangezogen werden (für den Betroffenen muss der Zugang wesentlich für die „Teilnahme am gesellschaftlichen Leben“ sein). Auch insoweit verbleibt jedoch ein recht schwer zu bestimmender und damit wohl weiter Anwendungsbereich. Eingeschlossen sind wohl sämtliche Kulturveranstaltungen (Theater, Konzerte, Festivals, Messen etc.), aber auch der Zugang zu Einkaufszentren, Kaufhäusern oder der Zugang zur einzigen Gasstätte in einem kleinen Dorf könnten davon umfasst sein.¹¹⁶ In diesen Konstellationen sind wohl die Anforderungen des BVerfG an eine „spezifische Konstellation“ erfüllt und der Veranstalter darf Personen nicht länger willkürlich ausschließen, was im Ergebnis zu einem Kontrahierungszwang führen kann. Ein auf persönlicher Antipathie begründeter Ausschluss – welcher nach der AGG Vorschrift nicht zu beanstanden wäre – ist einem Privaten (Veranstalter) danach nicht länger möglich. Ein solch weitreichender (fast allgemeiner) Kontrahierungszwang weist systemsprengendes Potenzial auf, da von dem Grundgedanken der Privatautonomie „*pro ratione stat voluntas*“ (es gilt der freie Wille ungeachtet seiner Vernünftigkeit), wie ihn seinerzeit Flume umschrieben hat,¹¹⁷ nicht mehr viel übrig bleibt (siehe dazu noch unten E.). Für den Moment gilt es zunächst festzuhalten, dass bereits dieser unter a) dargestellte Befund aufzeigt, dass das BVerfG Verfassungsprivatrecht erschafft. Es hat in der Entscheidung, wie gesehen, einen (weiteren) weitreichenden Kontrahierungszwang im Bereich des Privatrechts geschaffen.

b) Die „verfahrensrechtlichen Anforderungen“

Bereits der erstgenannte Punkt spricht also dafür, dass das BVerfG im Bereich des Privatrechts rechtsschöpfend agiert hat. Bei der zweiten Neuerung können an diesem Befund nun kaum mehr Zweifel bestehen. Das BVerfG erschafft wie gesehen „verfahrensrechtliche Anforderungen“ im Zivilrecht, genauer gesagt die Pflicht zur

¹¹⁵ So auch *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 909, dieser jedoch in Bezug auf die Frage einer möglichen unmittelbaren Drittwirkung.

¹¹⁶ So auch *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 909, dieser jedoch in Bezug auf die Frage einer möglichen unmittelbaren Drittwirkung.

¹¹⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. (1979), § 14: „Für den Bereich der Privatautonomie gilt der Satz: *stat pro ratione voluntas*.“

Sachverhaltsaufklärung, zur vorherigen Anhörung und zu einer Begründung der Entscheidung über den Veranstaltungsausschluss. Solche Verfahrensrechte haben im Zivilrecht keine Grundlage und erinnern wie erwähnt an Vorgaben aus dem Verwaltungsverfahrensrecht (vgl. §§ 24, 28, 39 I VwVfG).¹¹⁸ Das beweist umso mehr, dass das BVerfG in der Entscheidung neue Rechtspositionen im Bereich des Privatrechts geschaffen hat. Auch die vom BVerfG genannten Beispiele der Begründungspflichten im Vereinsausschluss und bei arbeitsrechtlichen Verdachtskündigungen ändern nichts an diesem Befund. Hierbei handelt es sich um besondere Pflichten im Rahmen eines bereits bestehenden (!) Sonderrechtsverhältnisses (Mitgliedschaft in einem Verein bzw. Arbeitsverhältnis), bei welchem derjenige, der ein Gestaltungsrecht geltend macht, dessen Voraussetzungen darlegen und beweisen muss.¹¹⁹ Allgemeine „verfahrensrechtliche“ Anforderungen zwischen Privaten, etwa um ein Vertragsschluss ablehnen zu können, sind im Privatrecht (bisher) nicht vorgesehen. Diese wurden vielmehr erst vom BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung geschaffen (zu den Konsequenzen vgl. unten C.). In ähnlicher Weise lassen sich auch die Äußerungen von Michl verstehen, er führt aus, dass die Verfahrensanforderungen vom BVerfG schlicht „am Gesetzgeber vorbei“ aus Art. 3 I GG abgeleitet worden seien.¹²⁰ Ferner spricht er von einer „weiteren Entwicklung“ der Privatrechtsordnung bzw. einer „grundrechtsgestützten judikativen Ausgestaltung“ der Privatrechtsordnung durch das BVerfG.¹²¹ Schließlich lässt sich auch nicht einwenden, dass sich solche verfahrensrechtlichen Pflichten ohne weiteres aus einer Generalklausel wie § 242 BGB herleiten lassen. Das BVerfG hat in einer früheren Entscheidung selbst deutlich gemacht, dass es gegen die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung verstößt, wenn Zivilgerichte Hilfsrechte wie Auskunftsansprüche ohne einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt aus § 242 BGB ableiten.¹²² Insoweit muss man konstatieren, dass das BVerfG hier rechtsschöpfend tätig geworden ist oder anders gewendet durch die Bindungswirkung seiner Entscheidung an der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung mitgewirkt hat. Erinnert sei auch an dieser Stelle nochmal an das übliche Vorgehen des BVerfG in privatrechtlichen Entscheidungen. Es wäre etwa möglich gewesen den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen (Schutzpflicht), diesen Weg wollte das BVerfG offensichtlich nicht einschlagen. Die Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen im Wege der Auslegung einer Generalklausel (mittelbare Drittirkung) ist hier wie gesehen – mangels eines hinreichenden gesetzlichen Anknüpfungspunkts – bereits nicht möglich. Die „Erschaffung“ verfahrensrechtlicher Pflichten im privatrechtlichen Jedermann-Verhältnis ist daher als ein Beispiel von (ungeschriebenem) Verfassungsprivatrecht einzustufen.

¹¹⁸ So auch *Michl*, JZ 2018, S. 910, 915.

¹¹⁹ Richtigerweise deutlich gemacht von *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 909.

¹²⁰ *Michl*, JZ 2018, S. 910, 917.

¹²¹ *Michl*, JZ 2018, S. 910, 917.

¹²² BVerfGE 138, 377, 395 (*Mutmaßlicher Vater*); vgl. ferner *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 902.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis hat die Stadionverbotsentscheidung zwei Neuerungen für die Privatrechtsordnung mit sich gebracht. Als verfassungsprivatrechtliche Norm ließe sich das wie folgt formulieren:

- (1) Private Akteure (Veranstalter) dürfen in spezifischen Konstellationen nicht willkürlich einzelne Personen von der Teilhabe an einem Ereignis ausschließen. Spezifische Konstellationen sind gegeben, wenn der Veranstalter ein Ereignis für ein breites Publikum öffnet, ohne zwischen einzelnen Personen zu unterscheiden und ein Ausschluss für die betroffene Person in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.
- (2) In diesen Konstellationen darf der Veranstalter eine Person nicht ausschließen, ohne zuvor den Sachverhalt zu ermitteln und die Entscheidung mit einer Begründung zu versehen. Bei der Ermittlung des Sachverhalts ist dem Betroffenen die Gelegenheit zu geben sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (Anhörung).

Ein Instanzgericht muss diese „Norm“ zukünftig in einschlägigen Situationen beachten. Durch die Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG muss es die neu aufgestellten Anforderungen des BVerfG so anwenden, als wären sie eine Vorschrift des Gesetzgebers. Diese „Norm“ hat sogar Verfassungsrang und ist damit etwa mit Art. 9 III 2 GG zu vergleichen. Materiell ist sie dennoch als privatrechtliche Norm einzustufen, da sie hauptsächlich Rechte und Pflichten zwischen Privaten betrifft (zu den Konsequenzen vgl. noch unten C.).¹²³

IV. Weitere Entscheidungen

Eine weitere Entscheidung, in welcher das BVerfG rechtschöpfend tätig wurde und damit ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht erschaffen hat, ist seine Entscheidung zu den Ebenbürtigkeitsklauseln.¹²⁴ Auch hier wurde das Privatrecht unter dem Einfluss der Grundrechte fortgebildet. Ebenbürtigkeitsklauseln sind Bestimmungen der Hausgesetze ehemals herrschender Familien des Hochadels, die die Erbfolge an eine „ebenbürtige“ Ehe knüpfen, bzw. zur Erbfolge berufene Nachkommen von dieser ausschließen, wenn sie nicht ebenbürtig heiraten. Zur Durchsetzung dieser Bestimmungen aus den Hausgesetzen wurden Erbverträge mit Klauseln versehen, die im Falle einer nicht ebenbürtigen Heirat zum Ausschluss von der Erbfolge führen. In der Zivilrechtsprechung herrschte Uneinigkeit in der Frage, ob solche Klauseln in Erbverträgen wirksam seien. Als die Frage in letzter Instanz den BGH erreichte, machte dieser deutlich, dass eine solche Klausel wirksam sei und damit gerade nicht sittenwidrig im Sinne des § 138 I BGB. Diese Entscheidung des BGH wurde vom BVerfG aufgehoben. Das BVerfG war der Ansicht, dass der BGH in verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbarer Weise relevante Umstände außer

¹²³ Vgl. zu dem dieser Arbeit zu Grunde gelegten Privatrechtsbegriff oben § 2 D.

¹²⁴ BVerfGK 3, 112, vgl. dazu ausführlich Ipsen, JZ 2014, S. 157, 159 f.

Acht gelassen hätte, die zur Sittenwidrigkeit der Klausel führen könnten.¹²⁵ Er habe etwa nicht erörtert, dass Ebenbürtigkeitsklauseln nicht mehr (wie früher) die Thronfolge einer Erbmonarchie regeln. Vor dem Hintergrund dieser inzwischen veränderten Staatsform sei der „Eingriff“ in die Eheschließungsfreiheit eines Erben womöglich anders zu beurteilen.¹²⁶

Wie Ipsen richtigerweise deutlich macht, ist es bereits verfehlt hier von einem Eingriff zu sprechen.¹²⁷ Es geht vorliegend nicht um einen staatlichen Eingriff (im Sinne hoheitlichen Handelns) in die Eheschließungsfreiheit. Es geht allein um wirtschaftliche Nachteile, die dem Erben bei einer nicht ebenbürtigen Heirat drohen. Wie oben in § 3 D. dargestellt, hat das BVerfG früher oftmals das letztinstanzliche Urteil als einen „Eingriff“ angesehen. Auch nach diesem Verständnis fehlt es vorliegend jedoch an einem Eingriff, da der BGH die grundrechtliche Dimension des Streits erkannt und benannt hat.¹²⁸ Wie das BVerfG selbst immer wieder betont, will es nicht Superrevisionsinstanz sein und muss daher ein abweichendes Abwägungsergebnis eines Zivilgerichts (wenn die grundrechtliche Dimension als solche erkannt wurde) akzeptieren.¹²⁹ Man muss also konstatieren, dass das BVerfG in dieser Entscheidung – entgegen seiner Beteuerung – keinen „Eingriff“ in die Eheschließungsfreiheit abgewehrt hat, sondern vielmehr die Entscheidung über die Wirksamkeit von Ebenbürtigkeitsklauseln in Erbverträgen an sich gezogen hat.¹³⁰ Diese im Kern zivilrechtliche Problematik (die maßgeblichen Vorschriften sind §§ 138, 242 BGB) wurde vom BVerfG zugleich aufgrund der Bindungswirkung seiner Entscheidung (§ 31 I BVerfG) mit Verfassungsrang versehen. Anders gewendet kann ein Instanzgericht nicht länger die Auffassung vertreten eine solche Klausel in einem Erbvertrag sei nicht sittenwidrig im Sinne des § 138 I BGB. Die (zivilrechtliche) Frage der Sittenwidrigkeit solcher Klauseln ist in seinem Rang nun also Art. 6 IGG zuzuordnen. Die in Art. 6 IGG niedergelegte Eheschließungsfreiheit ist sozusagen durch einen ungeschriebenen Satz 2 zu ergänzen, der Art. 9 III 2 GG gleicht.¹³¹ Er könnte etwa lauten: *Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen sind nichtig.* Auch in dieser Entscheidung ist das BVerfG also selbst rechtsschöpfend tätig geworden und hat ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht erschaffen.

Ein weiteres Beispiel, in welchem das BVerfG grundrechtsgeleitet Privatrecht schafft, ist die „Caroline von Monaco“-Entscheidung.¹³² Auch hier schwingt es sich zum Ersatzgesetzgeber auf und erschafft schlicht selbst ein recht detailliert ausge-

¹²⁵ BVerfGK 3, 112, 116.

¹²⁶ BVerfGK 3, 112, 116 ff.

¹²⁷ Ipsen, JZ 2014, S. 157, 159.

¹²⁸ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 159.

¹²⁹ Vgl. etwa BVerfGE 18, 85; BVerfG NJW 2006, 1581; NJW 2019, 1510.

¹³⁰ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 160.

¹³¹ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 160.

¹³² BVerfGE 101, 361; so auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 160.

prägt Recht am eigenen Bild von Personen der Zeitgeschichte. Damit hat das Gericht einen weiteren privatrechtlichen Streit an sich gezogen und über § 31 I BVerfGG mit Verfassungsrang versehen. Auch die dort entwickelten Grundsätze müssen die Zivilgerichte zukünftig ebenso wie geschriebene Normen beachten.

Insgesamt ist bei der Frage des Verfassungsprivatrechts keine eindeutige Linie des BVerfG erkennbar. Das Gericht wird in vereinzelten Entscheidungen selbst rechtschöpfend tätig, in anderen zeigt es wie gesehen *judicial self restraint*. Insoweit lässt sich kein Trend ausmachen, allenfalls aus der Stadionverbotsentscheidung könnte man schließen, dass das Gericht zunehmend weniger Hemmungen hat in das Privatrechtssystem einzutreten. Gerade die Erschaffung der „verfahrensrechtlichen“ Pflichten im privatrechtlichen Jedermann-Verhältnis zeigen, dass das Gericht an der Fortentwicklung der Privatrechtsordnung mitwirken möchte.

C. Auswirkungen des ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts

Die Sprengkraft des ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts bzw. sein Verfassungsrang folgt aus der Bindungswirkung. Den Ausgangspunkt bildet insoweit § 31 I BVerfGG, nach welchem die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden.¹³³ Es ist anerkannt, dass von dieser Bindungswirkung – im Unterschied zur Rechtskraft – der Entscheidungsausspruch *und* die ihn tragenden Entscheidungsgründe erfasst sind.¹³⁴ Ferner ist die Norm dahingehend zu verstehen, dass es sich bei der Bindungswirkung um eine einzelfallübersteigende und damit präjudizielle Bindungswirkung handelt.¹³⁵ Bei Senatsentscheidungen ergibt sich die Bindungswirkung dabei bereits aus § 31 I BVerfGG, gemäß § 93c I 2 BVerfGG gilt diese Bindungswirkung jedoch – nach Ansicht des BVerfG – auch für Kammerentscheidungen.¹³⁶ In der Literatur wird eine solche Bindungswirkung vermehrt auch für Beschlüsse im einstweiligen Verfahren angenommen, da es insoweit an einer Ausnahmeverordnung im BVerfGG fehlt.¹³⁷ Für die vorliegende Problematik sind mit Blick auf § 31 I BVerfGG insbesondere die Adressaten und die Rechtsfolgen der Vorschrift entscheidend, also die Frage, ob und in welchem Umfang der (Zivil-)Gesetzgeber und die Zivilgerichte an die Entscheidungen des BVerfG gebunden werden. Die Bindungswirkung beinhaltet, dass Verfassungsorgane (und damit auch

¹³³ So auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 158.

¹³⁴ von *Ungern-Sternberg*, in: BeckOK-BVerfGG, 15. Ed. (2023), § 31 Rn. 25; BVerfGE 1, 14, 37; 19, 377, 391 f.

¹³⁵ von *Ungern-Sternberg*, in: BeckOK-BVerfGG, 15. Ed. (2023), § 31 Rn. 26.

¹³⁶ BVerfGK NJW 1991, 2821; zu den sich daraus ergebenden Folgeproblemen vgl. *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 161 f.

¹³⁷ *Zuck*, EuGRZ 2018, S. 619, 624; von *Ungern-Sternberg*, in: BeckOK-BVerfGG, 15. Ed. (2023), § 31 Rn. 36 m. w. N.

der Privatrechtsgesetzgeber) und Gerichte die tragenden Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts als verbindliche Auslegung des Grundgesetzes für *vergleichbare Anwendungssachverhalte* ihrem eigenen Handeln zu Grunde legen müssen.¹³⁸ Aus dieser Präjudizienbindung folgt also zunächst die Pflicht zu prüfen, ob ein vergleichbarer Anwendungssachverhalt vorliegt.¹³⁹ Liegt ein solcher vor, muss der jeweilige Adressat den Feststellungen des BVerfG Folge leisten. Mit Blick auf das Verfassungsprivatrecht lassen sich die Folgen dieser Bindungswirkung etwa an der Stadionverbotsentscheidung veranschaulichen. Auch insoweit kann man zwischen der Bindung der Zivilgerichte und des Gesetzgebers unterscheiden.

I. Die Bindung der Zivilgerichte

Wie bereits festgestellt, gilt die Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG nicht nur im Einzelfall, sondern auch darüber hinaus. Insoweit wird die gesamte zivilrechtliche Rechtsprechung von den Feststellungen des BVerfG präjudiziert.¹⁴⁰ Die Stadionverbotsentscheidung hat wie oben dargestellt zwei Neuerungen mit sich gebracht. Einerseits einen Kontrahierungszwang in „spezifischen Konstellationen“ und andererseits damit einhergehende verfahrensrechtliche Verpflichtungen privater Akteure, die eine gesellschaftlich bedeutsame Veranstaltung ins Werk setzen. An diese vom BVerfG entwickelten „Neuerungen“ sind die Zivilgerichte in vergleichbaren Konstellationen gebunden. Wie bereits festgestellt sind die „spezifischen Konstellationen“, die das BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung herausarbeitet hat, im Ergebnis recht unspezifisch. Die Entscheidung ist gerade keine sportrechtsspezifische Sonderjudikatur, die dort entwickelten Maßstäbe lassen sich vielmehr auf eine Vielzahl anderer Fälle übertragen.¹⁴¹ Mit Blick auf die Übertragbarkeit dieser Maßstäbe kann man schnell an digitale Monopolisten wie Facebook denken.¹⁴² Insoweit erscheint das vom BVerfG geschaffene Verfassungsprivatrecht auf einer höheren Abstraktionsebene noch nachvollziehbar. Doch die Kriterien lassen sich wie bereits erwähnt auch ohne weiteres auf Konzerte, Theateraufführungen oder ähnliche Veranstaltungen übertragen. Gleches gilt für Messen, Einkaufszentren oder womöglich sogar Gastronomie (einige Bar in einem kleinen Dorf).¹⁴³ Für die Zivilgerichte besteht zukünftig zunächst in all diesen Fällen die Pflicht zu prüfen, ob eine „spezifische Konstellation“ des BVerfG vorliegt. Liegt eine solche vor, ist das Gericht gem. § 31 I BVerfGG an die Feststellungen des BVerfG gebunden. Hat also ein Privater eine gesellschaftlich bedeutsame Veranstaltung ins Werk gesetzt und diese

¹³⁸ Heusch, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 2. Aufl. (2021), § 31 Rn. 67.

¹³⁹ von Ungern-Sternberg, in: BeckOK-BVerfGG, 15. Ed. (2023), § 31 Rn. 42.

¹⁴⁰ So auch Ipsen, JZ 2014, S. 157, 161.

¹⁴¹ Vgl. Michl, JZ 2018, S. 910, 917; so auch Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 909.

¹⁴² Michl, JZ 2018, S. 910, 917.

¹⁴³ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 909.

einem großen Publikum geöffnet, darf er einzelne Personen nicht ohne Grund ausschließen. Dieses neue (ungeschriebene) Privatrecht muss das Zivilgericht wie jede geschriebene Norm beachten und anwenden. Dennoch besteht ein entscheidender Unterschied. Aufgrund der Bindungswirkung haben die vom BVerfG aufgestellten zivilrechtlichen (!) Grundsätze Verfassungsrang und sind damit rang höher als andere privatrechtliche Vorschriften. Dieses ungeschriebene Verfassungsprivatrecht kann damit weitreichende Konsequenzen haben, es greift nämlich auch dann, wenn das einfache Privatrecht keine oder sogar entgegenstehende Vorschriften enthält. Wenn ein Veranstaltungsausschluss einer Person etwa auf persönlicher Antipathie beruht, wäre dieser Ausschluss selbst nach den differenzierten Regelungen des Privatrechts, namentlich solcher des Wettbewerbsrechts und des AGG, nicht zu beanstanden.¹⁴⁴ Ein Zivilgericht muss zukünftig aber die Kriterien des BVerfG wie Gesetzesrecht beachten, also auch in diesen Fällen den Veranstalter zu verfahrensrechtlichen Handlungen (Sachverhaltsermittlung etc.) verpflichten und prüfen, ob ein sachlicher Grund für den Ausschluss vorliegt. Wird der Ausschluss nicht begründet oder beruht er etwa allein auf persönlicher Antipathie, müsste das Gericht den Veranstalter wohl zum Vertragsabschluss verpflichten. Das ist ein weitreichender Eingriff in die Vertragsfreiheit (insb. die Vertragsabschlussfreiheit), die es gerade erlaubt willkürlich einen Vertragspartner zu wählen. Angesichts der bereits bestehenden ausdifferenzierten Regelungen des Privatrechts, stellt sich die Frage, ob noch zusätzlicher Raum für dieses ungeschriebene Verfassungsprivatrecht besteht (dazu noch unten E. IV.).

1. Erste „Modifizierung“ der Privatrechtsprechung

Die Brisanz des Stadionverbotsbeschlusses ergibt sich folglich unter anderem aus den *verbindlichen* Vorgaben, die das BVerfG der zukünftigen Zivilrechtsprechung gemacht hat. Das lässt sich etwa an der nachfolgenden Rechtsprechung des BGH¹⁴⁵ zu einem Hausverbot in einem Thermalbad aufzeigen.¹⁴⁶ Bei der Frage der Wirksamkeit des Hausverbots subsumiert der BGH unter den vom BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung entwickelten Maßstab wie unter ein Gesetz.¹⁴⁷ Dies wird vom Senat unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung wie folgt eingeleitet:

¹⁴⁴ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 908.

¹⁴⁵ BGH NJW 2020, 3382.

¹⁴⁶ Dazu ausführlich Azzola, JURA 2024, S. 829, 835 ff.

¹⁴⁷ Zwar verwendet auch der BGH an dieser Stelle den Begriff der „mittelbaren Drittirkung“, dies ist jedoch verfehlt, bereits die Frage einer etwaigen „Einbruchstelle“ wird nicht adressiert, vgl. Azzola, JURA 2024, S. 829, 836.

„Diese Rechtsprechung bedarf im Hinblick auf die zwischenzeitlich ergangene Grundsatzentscheidung des BVerfG zur mittelbaren Drittirkung von Art. 3 I GG im Verhältnis zwischen Privaten (BVerfGE 148, 267) der Modifizierung.“¹⁴⁸

Für diese „Modifizierung“ wird der Maßstab des BVerfG herangezogen:

„Gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten können sich aus Art. 3 I GG jedoch für spezifische Konstellationen ergeben, etwa wenn der Ausschluss von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden, für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“¹⁴⁹

In der Folge verneint der BGH das Vorliegen einer solchen *spezifischen Konstellation*, bemerkenswert ist aber die Herangehensweise des Gerichts.¹⁵⁰ Es wird ausgeführt, dass die Örtlichkeit zwar (1) einem großen Publikum ohne Ansehen der Person offenstehe, die Verweigerung des Zutritts aber (2) für den Betroffenen in erheblichen Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheiden müsse.¹⁵¹ An dieser zweiten Voraussetzung fehle es hier, da das Leistungsspektrum verschiedener Thermalbäder prinzipiell austauschbar sei und es der Klägerin freistehe eine andere Therme mit ähnlichem Leistungsspektrum aufzusuchen. Diese zweite Voraussetzung wird vom BGH (letztlich gesetzesähnlich) ausgelegt. Es sei bei der Frage, ob die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben betroffen sei, eine *objektivierte* Betrachtung vorzunehmen. Die Frage, welche Bedeutung die Örtlichkeit für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben des einzelnen Besuchers (der Klägerin) habe, dürfe dagegen keine Rolle spielen, da andernfalls eine bedenkliche Rechtsunsicherheit drohe.¹⁵² Im Ergebnis führt der vom BVerfG entwickelte Maßstab in diesem Fall nicht dazu, dass das ausgesprochene Hausverbot eines sachlichen Grundes bedarf. Die Prüfung des BGH erfolgte jedoch (allein) anhand des vom BVerfG im Stadionverbotsbeschluss entwickelten Maßstab.

2. Zwischenergebnis

Es ist also festzuhalten, dass die Zivilgerichte an die vom BVerfG aufgestellten zivilrechtlichen Grundsätze gebunden sind (§ 31 I BVerfGG) und sie diese in einschlägigen Konstellationen wie Gesetzesrecht anwenden müssen. In der dargestellten Entscheidung des BGH wurde das besonders deutlich, für die Frage der

¹⁴⁸ BVerfG NJW 2020, 3382, Rn. 15, Hervorhebungen des Verfassers. Der Begriff der „mittelbaren Drittirkung“ kann auch hier als reine Floskel bezeichnet werden, die Frage eines einfachgesetzlichen Einfallstores wird auch vom BGH nicht adressiert. BVerfG NJW 2020, 3382, Rn. 16, Hervorhebungen des Verfassers. Vgl. dazu Azzola, JURA 2024, S. 829, 835 ff.

¹⁴⁹ BVerfG NJW 2020, 3382, Rn. 16, Hervorhebungen des Verfassers.

¹⁵⁰ Vgl. dazu Azzola, JURA 2024, S. 829, 835 ff.

¹⁵¹ BVerfG NJW 2020, 3382, Rn. 17.

¹⁵² BVerfG NJW 2020, 3382, Rn. 17, 24.

Wirksamkeit des Hausverbots war für den BGH – unter „Modifizierung“ seiner bisherigen Rechtsprechung – ausschlaggebend, ob die Klägerin in ihrer Teilhabe am gesellschaftlichen Leben betroffen sei.

II. Die Bindung des Gesetzgebers

Dem ungeschriebenen Verfassungsprivatrecht wird ferner dadurch seine Sprengkraft verliehen, dass auch der Gesetzgeber daran gebunden ist. Nach § 31 I BVerfGG ist wie gesehen auch der Privatrechtsgesetzgeber an die vom BVerfG aufgestellten Kriterien gebunden. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, inwiefern für den Gesetzgeber ein Normwiederholungsverbot besteht, wenn das BVerfG entschieden hat eine Norm verstoße gegen das Grundgesetz.¹⁵³ Für das Verfassungsprivatrecht stellt sich hingegen die Frage, inwiefern der Gesetzgeber bei der Neuschaffung zivilrechtlicher Vorschriften an das vom BVerfG geschaffene Privatrecht gebunden wird bzw. davon abweichen kann. Wie bereits oben dargestellt, beinhaltet die Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG, dass der Adressat (hier der Gesetzgeber) die Feststellungen des BVerfG seinem eigenen Handeln zu Grunde legen muss.¹⁵⁴ Insoweit muss man wohl konstatieren, dass der Gesetzgeber nicht ohne weiteres entgegenstehendes (einfaches) Privatrecht schaffen kann. Dahingehend lassen sich auch einige Kommentierungen zur Stadionverbotsentscheidung deuten. Hellgardt hat etwa deutlich gemacht:

„die Ableitung [des Zugangsrechts und der verfahrensrechtlichen Anforderungen] aus Art. 3 Abs. 1 GG hat zur Folge, dass der einfache Privatrechtsgesetzgeber die durch das BVerfG aufgestellten Grundsätze nicht mehr ändern kann“.¹⁵⁵

Ähnlich sind auch die Ausführen Michls zu verstehen, der zugleich anmahnt das dabei der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers merklich beschränkt würde (dazu noch unten E. III.).¹⁵⁶ Auch Ipsen hat mit Blick auf solche Entscheidungen angemerkt:

„Sofern allerdings das BVerfG selbst die Fortbildung des Rechts vornimmt und mit Verfassungsrang versieht, bleibt für den Gesetzgeber kein Betätigungsfeld mehr. Allenfalls können die vom BVerfG vorgegebenen Grundsätze durch Gesetz nachgezeichnet, nicht aber variiert werden [...].“¹⁵⁷

¹⁵³ Vgl. dazu von *Ungern-Sternberg*, in: BeckOK-BVerfGG, 15. Ed. (2023), § 31 Rn. 37 m.w.N. Im Ergebnis wird von der h.M. ein Normwiederholungsverbot für inhaltsähnliche Normen befürwortet.

¹⁵⁴ *Heusch*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG Kommentar, 2. Aufl. (2021), § 31 Rn. 67.

¹⁵⁵ *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 908.

¹⁵⁶ *Michl*, JZ 2018, S. 910, 917.

¹⁵⁷ *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 162.

Für die Situation des Verfassungsprivatrechts ließe sich argumentieren, dass der Gesetzgeber von dem ungeschriebenen Verfassungsprivatrecht des BVerfG zumindest mit einer verfassungsändernden Zweidrittelmehrheit abweichen kann. Dafür spricht jedenfalls, dass der demokratische Prozess der Gesetzgebung keinen vollständigen Bedeutungsverlust erleiden würde. Als gesichert gilt jedenfalls, dass der Gesetzgeber an die Entscheidungen des BVerfG gebunden ist (§ 31 I BVerfGG) und somit nicht einfach durch die Schaffung einer (einfachrechtlichen) Privatrechtsnorm von dem entstandenen Verfassungsprivatrecht abweichen kann.

Die damit einhergehende Brisanz lässt sich an einem fiktiven Beispiel gut veranschaulichen. Möchte der Gesetzgeber etwa eine Bestimmung in das Infektionsschutzgesetz aufnehmen die sinngemäß wie folgt lautet

- „Nur geimpfte und genese Personen haben Zugang zu Veranstaltungen mit mehr als 100 Teilnehmern“ –

stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Feststellungen des BVerfG. Ein privater Konzertveranstalter müsste nach dieser Vorschrift jede ungeimpfte (und zugleich nicht genesene) Person von der Veranstaltung ausschließen. Wäre das mit den Neuerungen aus der Stadionverbotsentscheidung vereinbar? Zunächst würde es sich wohl um eine „spezifische Konstellation“ handeln, da ein Privater eine (für den Betroffenen) gesellschaftlich bedeutsame Veranstaltung ins Werk gesetzt hat. Insofern darf der Ausschluss nicht willkürlich erfolgen, sondern muss auf einem sachlichen Grund beruhen. Ein sachlicher Grund ist hier sicherlich gegeben, der Ausschluss erfolgt aus Gründen des Infektionsschutzes. Mit dem Erfordernis eines sachlichen Grundes verbinden sich jedoch wie gesehen verfahrensrechtliche Anforderungen. Der Veranstalter muss sich in angemessener Weise bemühen, den Sachverhalt zu ermitteln und ggf. die betroffenen Personen vorher anhören. Diese Pflicht ergibt sich aus der fiktiven Vorschrift aber nicht. Was ist mit den Personen, die sich aus gesundheitlichen Gründen nicht impfen lassen können etc.? Nach der fiktiven Vorschrift müsste (und dürfte) das nicht berücksichtigt werden. Stellt das bereits eine Abweichung von den Neuerungen des BVerfG dar? Der Gesetzgeber müsste wohl sicherheitshalber eine Klausel (etwa eine Verpflichtung zur vorherigen Anhörung) vorsehen, um den Anforderungen des BVerfG gerecht zu werden. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Regelung gegen ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht verstößt und somit aufzuheben wäre.

Die davon ausgehende Sprengkraft wird sicherlich dadurch entschärft, dass das BVerfG zunächst anerkennen müsste, dass es im Bereich des Privatrechts rechtschöpfend tätig wird. Erst dann wird es sein ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht „verteidigen“ und entgegenstehendes einfaches Recht verwerfen. Dafür bestehen derzeit (noch) wenig Anhaltspunkte, das BVerfG geht in der Stadionverbotsentscheidung wie gesehen eher gegenteilig davon aus, dass es den grundrechtlichen Wertungen allein im Wege der „mittelbaren Drittirkung“ zur Geltung verhilft. Andererseits lässt die Folgerechtsprechung des BVerfG in den Bürgschaftsfällen einen unbedingten Durchsetzungswillen des Gerichts hinsichtlich seiner Entschei-

dungen erkennen.¹⁵⁸ Inwieweit diesen Fragen weitergehende praktische Relevanz zukommt, bleibt also abzuwarten.

D. EuGH-Entscheidungen als weitere Quelle ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts?

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob auch der EuGH „Verfassungsprivatrecht“ schafft. Zur Beantwortung dieser Frage müssen zunächst zwei Vorfragen abgehandelt werden. Einerseits müsste der EuGH als „echtes“ Verfassungsgericht im Bereich des Privatrechts fungieren und andererseits müsste den Urteilen des EuGH eine vergleichbare Bindungswirkung zukommen. Nur dann ist die Ausgangslage mit der für das BVerfG beschriebenen Situation vergleichbar.

I. Der EuGH als „echtes“ Verfassungsgericht

Man muss zunächst feststellen, dass ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Funktionen des BVerfG und jenen des EuGH besteht. Die Hauptaufgabe des EuGH besteht darin das Unionsrechts auszulegen und darauf zu achten, dass dieses in den Mitgliedstaaten uniform angewendet wird.¹⁵⁹ Der EuGH nimmt diese Aufgabe in verschiedenen Funktionen wahr. Er kann als Arbeits- und Sozialgericht, als Strafgericht, als Verwaltungsgericht, als Verfassungsgericht und als Zivilgericht tätig werden. Im Bereich des Privatrechts wird er in der Regel nicht als echtes Verfassungsgericht tätig, also als ein Gericht, dass in einem Privatrechtsstreit auf die Grundrechte als solche zurückgreift und allein mit diesen (in der Regel über die Auslegung einfachrechtlicher Vorschriften) im Rahmen des Privatrechtsstreits operiert. Dies ist insbesondere auf das oben beschriebene europäische Mehrebenensystem zurückzuführen. Im Rahmen des europäischen Mehrebenensystems ist wie gesehen der Anwendungsbereich der Europäischen Grundrechtecharta – und damit zugleich die Zuständigkeit des EuGH – beschränkt.¹⁶⁰ Es bedarf immer einer Verbindung zum Unionsrecht („unionsrechtlich gelagerten Fallgestaltung“), damit die Charta in einem nationalen Privatrechtsstreit überhaupt anwendbar ist und die Zuständigkeit des EuGH begründet wird (vgl. oben § 4 A. II. 2.). Im Bereich des Privatrechts wird diese Verbindung in der Regel durch eine europäische Richtlinie hergestellt – entweder wenn der Sachverhalt eine nationale Vorschrift betrifft, die der Umsetzung einer Richtlinie dient (*agency situation*) oder in von „spezifischem Unionsrecht geregelten Sachverhalten“, d. h. wenn eine nationale Vorschrift einen

¹⁵⁸ So auch *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161.

¹⁵⁹ Siehe bereits oben § 4 A. I., II.; vgl. ferner *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, 78. EL (Januar 2023), Art. 19 EUV Rn. 2 ff.

¹⁶⁰ Vgl. ausführlich oben § 4 A. II.

Sachverhalt betrifft, der von einer Richtlinie erfasst wird, die nationalen Vorschriften aber keinen Umsetzungsakt darstellen (etwa Rs. *Kicükdevici*).¹⁶¹ Dieser Umstand führt dazu, dass der EuGH in der Regel allein die privatrechtliche Richtlinie (welche erst seine Zuständigkeit begründet) auslegen wird bzw. dafür sorgt, dass nationales Privatrecht richtlinienkonform ausgelegt wird oder notfalls unangewendet bleibt. Den Grundrechten kommt dabei nur dann eine gewisse Bedeutung zu, wenn die Richtlinie vom EuGH primärrechtskonform (also auch chartakonform) ausgelegt wird und die so ausgelegte Richtlinie wiederum zur Auslegung der nationalen Vorschrift herangezogen wird.¹⁶² Es wird also nationales Recht richtlinienkonform und die Richtlinie grundrechtskonform ausgelegt. Als „echtes“ Verfassungsgericht (und damit vergleichbar mit dem BVerfG) fungiert der EuGH nur dann, wenn er etwa allein das Chartagrundrecht zur Auslegung der nationalen Vorschrift verwendet oder er eine Vorschrift allein aufgrund eines Chartarechts für unanwendbar erklärt. Hier beeinflussen die Grundrechte als solche (ohne Zwischenstufe) die Auslegung der nationalen Bestimmung.¹⁶³ Diese Fälle sind selten, da i. d. R. erst die Richtlinie dazu führt, dass „eine unionsrechtlich gelagerte Fallgestaltung vorliegt“, die den Anwendungsbereich der Charta eröffnet und die Zuständigkeit des EuGH auslöst. Wie die oben dargestellte Rechtssache *Telekabel* zeigt, sind solche Konstellationen jedoch nicht ausgeschlossen.¹⁶⁴ In dieser überprüfte der EuGH eine gerichtliche Anordnung, die auf einer österreichischen Urheberrechtsvorschrift ergangen war, direkt an einem Grundrecht (Artikel 14 GRCh). In solchen Fällen wird der EuGH zumeist dennoch auf eine Richtlinie verweisen (so zumindest in der Rs. *Telekabel*), um den Anwendungsbereich der Charta zu eröffnen. Auf den spezifischen Inhalt der Richtlinie geht er dann jedoch nicht weiter ein, sondern es wird allein mit einem Grundrecht operiert. In einer solchen Konstellation ist die Rolle des EuGH mit der des BVerfG vergleichbar.

Als echtes Verfassungsgericht würde der EuGH auch dann fungieren, wenn in einem Privatrechtsstreit die Richtlinie (die den Anwendungsbereich eröffnet) primärrechtswidrig wäre und damit unanwendbar. In einem solchen Privatrechtsstreit könnte der EuGH nur auf die Grundrechte (und anderes Primärrecht) zurückgreifen.

Als echtes Verfassungsgericht handelt der EuGH ferner, wenn es an einer (vermittelnden) Richtlinie fehlt. Dann wäre jedoch die Charta, mangels einer Verbindung zum Unionsrecht, vermutlich gar nicht anwendbar.

Ferner lässt sich auch bei der „neuen“ Rechtsprechungslinie des EuGH in den Rechtssachen *Bauer/Broßonn* und *Egenberger* eine Tendenz erkennen, die dafür spricht, dass sich der EuGH zunehmend als echtes Verfassungsgericht in Privat-

¹⁶¹ Vgl. dazu oben § 4 A. II. 1.

¹⁶² Vgl. oben § 4 B. I.

¹⁶³ Vgl. zu dieser Konstruktion *M. F. Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (2016), S. 188.

¹⁶⁴ Vgl. oben § 4 B. I.

rechtsfällen versteht.¹⁶⁵ In Egenberger wurde Art. 21 GRCh vom EuGH direkte Wirkung zugesprochen, was in Verbindung mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts dazu geführt hat, dass § 9 AGG vom BAG unangewendet gelassen wurde. Hier hat sich das Grundrecht (nicht die Richtlinie, eine richtlinienkonforme Auslegung war nicht möglich) auf das Privatrechtsverhältnis ausgewirkt. In den Rechtssachen *Bauer/Broßonn* wurde wie gesehen Art. 31 II GRCh direkte Wirkung zugesprochen.¹⁶⁶ Im Ergebnis reagierte der EuGH in diesen Fällen jedoch allein auf das Dogma des Verbots der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien. Sowohl in *Bauer/Broßonn* als auch in Egenberger existierte eine für den Streit relevante Richtlinie, nur um nicht mit dem Dogma zu brechen, wurde die Unanwendbarkeit der nationalen Vorschrift nicht auf die Richtlinie, sondern auf das Grundrecht gestützt. Auf diese Weise wird der Inhalt der Richtlinie schlicht in eine andere Normenkategorie projiziert.¹⁶⁷ Auch in diesen Fällen bestimmt letztlich die Richtlinie das Privatrechtsverhältnis und nicht allein das Grundrecht. Blickt man jedoch auf die rechtstechnische Konstruktion wird der EuGH auch dann als echtes Verfassungsgericht tätig, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung scheitert und in der Folge das Grundrecht (ohne Zwischenstufe) auf die nationale Vorschrift bzw. auf das nationale Privatrechtsverhältnis einwirkt.

Als „echtes“ Verfassungsgericht fungiert der EuGH im Privatrechtsstreit also immer dann, wenn eine Richtlinie primärrechtswidrig ist oder wenn die Richtlinie vom EuGH allein zu Eröffnung des Anwendungsbereichs „genutzt“ wird, ihrem Inhalt für den Privatrechtsstreit jedoch keine weitergehende Bedeutung zukommt. Ferner wurde in der „neuen“ Rechtsprechungslinie des EuGH im Privatrechtsstreit allein auf Chartagrundrechte rekurrenkt. In den letztgenannten Fällen findet jedoch zumindest faktisch eine Mittelung statt, da der Inhalt der Richtlinie nicht unbeachtet bleibt. In all diesen Konstellationen gleicht die Funktion des EuGH jener des BVerfG in einem Privatrechtsstreit. Wird der EuGH in solchen Fällen auch rechtschöpfend tätig und erschafft Verfassungsprivatrecht? Entscheidungen des EuGH könnten nur dann als weitere Quelle des ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts in Betracht kommen, wenn diesen Entscheidungen eine vergleichbare Bindungswirkung zukommt.

II. Die Bindungswirkung der EuGH-Urteile

Die Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG wird wie gesehen durch § 31 I BVerfGG festgelegt. Für den EuGH fehlt es an einer vergleichbaren Vorschrift.

¹⁶⁵ Vgl. dazu oben § 4 C. II.

¹⁶⁶ Vgl. dazu oben § 4 C. II. Bei den Rechtssachen *Bauer/Broßonn* hat sich das BAG letztlich doch für eine richtlinienkonforme Auslegung entschieden, so dass es für das BAG auf die direkte Wirkung des Art. 31 II GRCh und sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nicht mehr ankam, vgl. BAG NJW 2019, 2046, Rn. 19.

¹⁶⁷ So auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 57.

Für das Privatrecht sind insbesondere die Entscheidungen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV relevant. Bei Auslegungsentscheidungen, die für die Beurteilung der Unionsrechtswidrigkeit nationalen Rechts von Bedeutung sind, besteht – aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung – eine strikt formale Bindung nur für das vorlegende Gericht und die beteiligten Instanzgerichte.¹⁶⁸ Das entspricht auch dem Zweck des Art. 267 AEUV.¹⁶⁹ Ob den Entscheidungen des EuGH darüber hinaus eine weitergehende Bindungswirkung auch für andere Verfahren nationaler Gerichte zukommt, wird nicht einhellig beantwortet.¹⁷⁰ In diesem Kontext wird zumeist zwischen letztinstanzlichen unter instanzlichen nationalen Gerichten unterschieden.¹⁷¹ Soweit ein letztinstanzliches Gericht in derselben Rechtsfrage von der bisherigen Auslegung des EuGH abweichen möchte, ist dieses verpflichtet dem EuGH die Frage erneut vorzulegen.¹⁷² Daraus kann man schließen, dass zumindest letztinstanzliche Gerichte an die Auslegung des EuGH gebunden sind.¹⁷³ Bei Instanzgerichten besteht hingegen keine Vorlagepflicht, so dass es an einer strikten Bindung fehlt. Gleichwohl gehen von den Urteilen des EuGH auch für Instanzgerichte starke präjudizielle Wirkungen aus, so dass in der Literatur von einer „faktischen Präjudizwirkung“ oder einer „eingeschränkten erga omnes-Wirkung“ gesprochen wird.¹⁷⁴ Gerade mit Blick auf die Prozessökonomie ist Instanzgerichten zu raten immer vorzulegen, wenn sie von einer Auslegung des EuGH abweichen wollen. Im Ergebnis besteht also auch für unterinstanzliche Gerichte eine faktische Bindungswirkung.¹⁷⁵ Mit Blick auf die (Zivil-)Rechtsprechung befindet sich der EuGH in einer mit § 31 I BVerfGG vergleichbaren Situation. Wenn dieser als „Verfassungsgericht“ entscheidet, wie ein Chartagrundrecht auszulegen ist, sind die nationalen Zivilgerichte an die Auslegung gebunden. Auch andere staatliche Stellen (insb. Behörden) müssen aus der Rechtsprechung des EuGH Konsequenzen zie-

¹⁶⁸ EuGH, 24.06.1969, Rs. 29/68 (*Deutsches Milchkontor*), Slg. 1969, 165, Rn. 3; D. Beckmann, Probleme des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWG-Vertrag (1988), S. 95; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 3395.

¹⁶⁹ Ludovisy, DAR 1996, S. 195, hier zur wortgleichen Vorgängervorschrift Art. 177 EG-Vertrag.

¹⁷⁰ Vgl. dazu Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz (2010), Rn. 3405.

¹⁷¹ Benedikt N. Fink, in: Handbuch für Finanz- und Steuerrecht, Bd. 13 (2019), S. 141, 142 f.

¹⁷² Das entspricht der in Art. 267 III normierten Vorlagepflicht; so auch EuGH, 06.10.1982, Rs. 283/81 (*CILFIT*), Slg. 1982, 3415, Rn. 21; vgl. zudem Benedikt N. Fink, in: Handbuch für Finanz- und Steuerrecht, Bd. 13 (2019), S. 141, 143; Frenz, Europarecht, 3. Aufl. (2021), Rn. 1477.

¹⁷³ Frenz, Europarecht, 3. Aufl. (2021), Rn. 1477; Benedikt N. Fink, in: Handbuch für Finanz- und Steuerrecht, Bd. 13 (2019), S. 141, 143 m. w. N.

¹⁷⁴ Dörr/Mager, in: AöR 125 (2000), S. 386, 410; Hakenberg, DRiZ 2000, S. 345, 347.

¹⁷⁵ Frenz, Europarecht, 3. Aufl. (2021), Rn. 1477; Benedikt N. Fink, in: Handbuch für Finanz- und Steuerrecht, Bd. 13 (2019), S. 141, 143, jeweils m. w. N.

hen.¹⁷⁶ Erweist sich etwa nationales Recht als unvereinbar mit dem Unionsrecht müssen Gerichte und Behörden dieses nationale Recht (in vergleichbaren Sachverhalten) unangewendet lassen.¹⁷⁷

Ein Unterschied zu § 31 I BVerfGG besteht hinsichtlich der Bindungswirkung des Gesetzgebers. Auslegungentscheidungen des EuGH entfalten für den nationalen Gesetzgeber formal keine Bindungswirkung. Auch insoweit gilt es jedoch zu bedenken, dass die Auslegungentscheidungen, die eine Unionsrechtswidrigkeit nationalen Rechts feststellen, für den nationalen Gesetzgeber zumindest einen Handlungsdruck erzeugen.¹⁷⁸ Faktisch wird der Gesetzgeber gezwungen die nationale Rechtsordnung an die Vorgaben des Unionsrechts anzupassen, um negative Wirkungen, die aus einer solchen „Aushebelung“ des nationalen Rechts folgen können, zu begrenzen.¹⁷⁹ Eine schnelle Gesetzeskorrektur führt dazu, dass (Zivil-)Gerichte nationales Recht nicht länger unangewendet lassen müssen und für Rechtsanwender ein Zustand der Rechtsunsicherheit vermieden wird. Insoweit ist ein nationaler Gesetzgeber gut beraten die Vorgaben des EuGH im Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.

Im Ergebnis ist die Ausgangslage mit der oben für das BVerfG beschriebenen Situation vergleichbar. Die Urteile beider Gerichte präjudizieren die Zivilgerichtsbarkeit und binden (jedenfalls faktisch) auch den Privatrechtsgesetzgeber. Wenn nun der EuGH wie oben gezeigt als „echtes“ Verfassungsgericht fungiert, könnte auch er ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht schaffen.

III. Erschafft der EuGH Verfassungsprivatrecht?

Nach alledem wäre es dem EuGH also jedenfalls möglich ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht zu schaffen. Wird also auch der EuGH im Bereich des Privatrechts rechtschöpfend tätig? Um es vorwegzunehmen: Soweit ersichtlich fehlt es bisher an einem eindeutigen Beispiel, in welchem der EuGH Privatrecht geschaffen hat. Ein Blick auf die bereits dargestellte aktuelle Rechtsprechung des EuGH gibt jedoch Anlass zur Vermutung, dass sich das in Zukunft ändern könnte.

Als Anschauungsbeispiel könnte eine leichte Abwandlung der Rechtssache *Bauer/Broßonn* dienen. Der EuGH müsste zunächst als echtes Verfassungsgericht im Privatrechtstreit fungieren, die Grundrechte müssten also (ohne Zwischenstufe) direkte Wirkung entfalten.¹⁸⁰ Dazu ist es wie oben dargestellt nicht gekommen, es existierte eine Richtlinie (Arbeitszeitrichtlinie) und das BAG hat sich letztendlich

¹⁷⁶ *Ludovisy*, DAR 1996, 195.

¹⁷⁷ *Schmitz/Stammler*, in: AöR Vol. 136 Nr. 3 (2011), S. 479, 488.

¹⁷⁸ *Schmitz/Stammler*, in: AöR Vol. 136 Nr. 3 (2011), S. 479, 488.

¹⁷⁹ *Schmitz/Stammler*, in: AöR Vol. 136 Nr. 3 (2011), S. 479, 489.

¹⁸⁰ Zum Begriff der direkten Wirkung bzw. unmittelbaren Anwendbarkeit vgl. oben § 4 A. I. 2. sowie § 4 B. III. 1. und 2.

dazu entschieden den Fall über eine richtlinienkonforme Auslegung zu lösen. Wandelt man den Fall dahingehend ab, dass die Arbeitszeitrichtlinie nicht existiert oder dass sie zumindest keine Regelung über den Jahresurlaub enthält, bliebe dem EuGH allein der Rekurs auf die Grundrechte, hier also Art. 31 II GRCh. Gleches würde gelten, wenn die Richtlinie gegen Primärrecht verstoßen würde oder (eine solche Konstellation wäre in der Praxis wohl am naheliegendsten), wenn eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht möglich wäre. In solchen Fällen fehlt es also entweder gänzlich an einer Richtlinie (gleiches gilt bei einer primärrechtswidrigen Richtlinie), sie regelt weniger als das in Rede stehende Grundrecht oder ein Rekurs auf die Richtlinie ist aufgrund des Dogmas des Verbots der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien ausgeschlossen. Die Rechtssache *Bauer/Broßonn* beweist, dass ein solcher Fall durchaus möglich ist, hier war das BAG zunächst davon ausgegangen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung *contra legem* und damit unzulässig wäre.¹⁸¹ Wie müsste der EuGH nun agieren, wenn ein Rückgriff auf die Richtlinie (aus welchem Grund auch immer) ausgeschlossen ist? Es stünde zu erwarten, dass dieser allein auf die Grundrechte rekurrieren würde und konfligierende Grundrechtspositionen im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gegeneinander abwägen würde.¹⁸² Das daraus entstehende Abwägungsergebnis wäre dann ebenso eine rechtssatzmäßige Konkretisierung des Grundrechts (im Bereich des Privatrechts) und damit ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht. Bei der Rechtsache *Broßonn* stellt sich die entscheidende Frage, ob ein Anspruch des Arbeitnehmers (bzw. seiner Rechtsnachfolger) besteht, obwohl dieser nach nationalem Recht ausgeschlossen ist.¹⁸³ Aus Art. 31 II GRCh lässt sich nicht unmittelbar ein Anspruch des Erben gegen den Arbeitgeber auf Auszahlung ungenutzten Urlaubs ableiten.¹⁸⁴ Die Aussage des EuGH lässt jedoch seine Bereitschaft erkennen einen solchen (auch für die Erben) zu gewähren, danach enthält Art. 31 II GRCh eine „entsprechende Pflicht des Arbeitgebers [...] zur Gewährung bezahlten Jahresurlaubs“.¹⁸⁵ Wenn nun der EuGH – aus einer Abwägung konfligierender Grundrechte – (selbst) einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub zusprechen würde und diesen näher definiert, etwa ein Minimum von 25 Tagen pro Jahr, die Höhe des finanziellen Anspruchs etc. wäre Verfassungsprivatrecht entstanden. Die Fachrichter und der nationale Gesetzgeber wären an die rechtssatzmäßige Konkretisierung des EuGH gebunden. Ein Fachrichter dürfte nicht länger nur geschriebenes Recht beachten, sondern müsste dieses neu geschaffene Recht (konkretisierter Urlaubsanspruch) so

¹⁸¹ Siehe oben § 4 B. III. 2.

¹⁸² In ähnlicher Weise ist der EuGH bereits bei konfligierenden Grundfreiheiten vorgegangen, hier hielt der EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit Privater durch die grundrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit anderer Privater für möglich, vgl. EuGH, 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*), Slg. 2007, I-10779, Rn. 86 f.

¹⁸³ Vgl. bereits oben § 4 B. III. 2. b).

¹⁸⁴ Kainer, NZA 2018, S. 894, 900.

¹⁸⁵ EuGH, 06.11.2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (*Bauer/Broßonn*), NZA 2018, 1467, Rn. 90. Hervorhebungen des Verfassers.

anwenden, als wäre es eine Bestimmung des Gesetzgebers. Bei dem hier gebildeten Fall würde geschriebenes und ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht zusammenfallen. Wenn Art. 31 II GRCh tatsächlich eine *Pflicht* der Arbeitgeber zur Gewährung eines bezahlten Jahresurlaubs enthält, ändert sich zugleich die Normqualität dieses Grundrechts.¹⁸⁶ Ein Grundrecht, das in dieser Weise Rechte und Pflichten zwischen Privaten regelt, ist bei funktionaler Betrachtung als Privatrechtsnorm anzusehen, aufgrund seines höheren Rangs folglich als geschriebenes Verfassungsprivatrecht.¹⁸⁷

Auch die Rechtssache *Egenberger* gibt Anlass weitere Überlegungen zum Verfassungsprivatrecht anzustellen. In dieser Entscheidung wurde Art. 21 GRCh direkte Wirkung zugesprochen.¹⁸⁸ Die Entscheidung hat gezeigt, dass Art. 21 GRCh auch im Privatrecht relevant werden kann, die Norm kann als vertragsrechtliches Diskriminierungsverbot fungieren. Zumeist wird der Grundsatz des Art. 21 GRCh bereits durch zivilrechtliche Richtlinien oder durch (umgesetztes) nationales Recht sichergestellt. Dann kommt es nicht mehr (allein) auf Art. 21 GRCh an. Auch dahingehend können jedoch Abwandlungen gebildet werden, in welchen der EuGH als echtes Verfassungsgericht im Bereich des Privatrechts fungiert. Denkbar wäre etwa eine Konstellation, in welcher das nationale Recht kein Diskriminierungsverbot bei der Umsetzung einer Diskriminierungsrichtlinie vorsieht (die Richtlinie wirkt zwischen Privaten wiederum nicht direkt). Hier bliebe dem EuGH nur ein Rekurs auf Art. 21 GRCh ohne eine Zwischenstufe. Gleiches gilt, wenn Private aufgrund von Merkmalen differenzieren, die noch nicht von Richtlinien konkretisiert sind (etwa genetische Merkmale, Sprache oder Geburt).¹⁸⁹ In solchen Konstellationen wäre die Zuständigkeit des EuGH zwar fraglich aber wie oben aufgezeigt nicht undenkbar (notwendig ist eine unionsrechtlich gelagerte Fallgestaltung).¹⁹⁰ Fungiert der EuGH insoweit als echtes Verfassungsgericht, wäre seine Funktion mit der des BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung vergleichbar. Der EuGH müsste allein mit einem grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (bzw. einem Diskriminierungsverbot) im Zivilrecht operieren. Vorstellbar wäre eine solche Konstellation insbesondere im Bereich des Individualarbeitsrechts. Sofern ein Arbeitgeber aufgrund der Sprache des Arbeitnehmers differenziert (etwa bei der Einstellung) und der EuGH nach Abwägung der konfligierenden Grundrechte zu dem Ergebnis gelangt, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRCh die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 16 GRCh) überwiegt, könnte dieses Abwägungsergebnis – wie in der Stadionverbotsentscheidung – zu Neuerungen im Bereich des Zivilrechts führen. Auch insoweit liegt es nahe, dass ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht in Form einer rechtsatzmäßigen Konkretisierung entstehen würde.

¹⁸⁶ So auch *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 52.

¹⁸⁷ Ähnlich *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 1. Aufl. (2021), § 7 Rn. 59.

¹⁸⁸ Vgl. bereits oben § 4 B. III. 2. a).

¹⁸⁹ Zu diesen Beispielen vgl. auch *Kainer*, NZA 2018, S. 894, 898 hier mit Blick auf die Frage einer möglichen unmittelbaren Drittewirkung von Art. 21 GRCh.

¹⁹⁰ Vgl. oben § 4 A. II. 2.

IV. Zwischenergebnis

Die Beispiele haben gezeigt, dass auch EuGH-Entscheidungen zu einer Quelle des ungeschriebenen Privatrechts werden könnten. Ob der Gerichtshof diesen Weg tatsächlich einschlagen wird, ist ungewiss. Das Mehrebenensystem führt wie geschen zu der Besonderheit, dass der EuGH ohnehin nur selten als echtes Verfassungsgericht im Bereich des Privatrechts fungiert. Zumindest die Bindungswirkung der Entscheidungen des EuGH ist vergleichbar, weshalb auch von seinen Entscheidungen eine Sprengkraft für das Privatrecht ausgehen kann. Die „neue“ Rechtsprechungslinie lässt erkennen, dass der EuGH nicht davor scheut die Grundrechte im Privatrecht unmittelbar anzuwenden. Solchen Grundrechten könnte durch die Auslegung des EuGH zugleich eine andere Normqualität zukommen. Art. 31 II GRCh hat dies besonders deutlich gemacht, in der Auslegung des EuGH regelt dieser primär Rechte und Pflichten zwischen Privaten. Im Ergebnis lässt sich also auch auf europäischer Ebene ein gewisser Trend feststellen, dass ein „Verfassungsgericht“ in Privatrechtssysteme eingreift. Ob und inwieweit eine solche Einmischung der Verfassungsgerichte aus privatrechtlicher Perspektive zu tolerieren ist, wird nachfolgend hinterfragt.

E. Verfassungsprivatrecht: Ein gangbarer Weg?

In diesem Kapitel wurde bisher deutlich, dass neben dem einfachen Privatrecht eine weitere Ebene des Privatrechts existiert, die aufgrund ihres höheren Rangs Verfassungsprivatrecht genannt werden kann. Dieses besteht einerseits aus geschriebenem Verfassungsrecht – nämlich aus solchen Bestimmungen in Verfassungstexten, die allein Rechte und Pflichten zwischen Privaten regeln.¹⁹¹ Der Hauptteil des Verfassungsprivatrechts stammt allerdings von Verfassungsgerichten, die im Bereich des Privatrechts rechtsschöpfend agieren, sich gewissermaßen zum Ersatzgesetzgeber aufschwingen. Es stellt sich insoweit die Frage wie ein solches Vorgehen der Verfassungsgerichte zu bewerten ist. Auf den ersten Blick erscheint die Antwort simpel: schon aus Gründen der Gewaltenteilung ist ein solches Vorgehen eines Verfassungsgerichts abzulehnen. Die Rechtssetzung sollte im Bereich des Privatrechts allein dem Gesetzgeber obliegen. In einem „perfekten“ Rechtsstaat bliebe für richterliche Rechtsfortbildung danach kein Raum. Bei genauerem Hinsehen fällt die Antwort komplexer aus. Es lässt sich zum einen etwa mit *Kulick* einwenden, dass schon die Grenze zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung fließend ist.¹⁹² Zum anderen ist die Möglichkeit der Rechtsfortbildung zumindest für Fachgerichte in Ausnahmefällen anerkannt.¹⁹³ In der Schweizer Rechtsordnung ist

¹⁹¹ Zu dem dieser Arbeit zu Grunde gelegten Privatrechtsbegriff vgl. oben § 2 D.

¹⁹² Siehe dazu oben § 3 F. IV. 1.

¹⁹³ *Muthorst*, Grundlagen, 2. Aufl. (2020), § 8 Rn. 20; *Schwacke*, Methodik, 5. Aufl. (2011), S. 124; *Brunns*, JZ 2014, S. 162 jeweils m. w. N.

diese Möglichkeit sogar gesetzlich vorgesehen. Nach Artikel 1 Satz 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches gilt insoweit:

„Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“¹⁹⁴

Gemäß Satz 3 soll das Gericht dabei bewährter Lehre und Überlieferung folgen. In Deutschland ist die Möglichkeit fachrichterlicher Lückenfüllung zwar nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, wohl aber allgemein anerkannt.¹⁹⁵ Freilich ist im Einzelnen umstritten in welchen Fällen eine Rechtsfortbildung zulässig ist und welche Grenzen bestehen, dessen Überschreitung zu einer unzulässigen Rechtsfortbildung der Fachgerichte führen.¹⁹⁶ Als gesichert gilt jedoch, dass eine Rechtsfortbildung eines Fachrichters nicht generell ausgeschlossen ist. Zur Veranschaulichung kann etwa auf die „richterrechtliche“ Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes verwiesen werden.¹⁹⁷ Wenn also ein Fachgericht (ausnahmsweise) in der Manier eines Gesetzgebers agieren darf, warum sollte dies einem Verfassungsgericht verwehrt bleiben? Man kann sicherlich nicht zu Unrecht behaupten, dass es reiner Zufall ist, ob eine privatrechtliche Fragestellung (die einer Lückenfüllung bedarf) vor dem BGH oder dem BVerfG landet. Mit dieser Argumentation wäre eine unterschiedliche Behandlung der beiden Gerichte hinsichtlich der Möglichkeit einer Rechtsfortbildung nur schwer begründbar. Es besteht jedoch ein entscheidender Unterschied zwischen der Rechtsfortbildung eines Fachgerichts und der eines Verfassungsgerichts. Wie gesehen werden die Fachgerichte und der Gesetzgeber an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden. Eine als verfehlt angesehene Rechtsprechung der Fachgerichte kann vom Gesetzgeber durch Änderung der gesetzlichen Grundlage jederzeit geändert werden.¹⁹⁸ Wenn allerdings das BVerfG die Fortbildung des Rechts vornimmt, kann der Gesetzgeber von den Vorgaben des Gerichts nicht ohne weiteres abweichen, auch dieser ist von der Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG erfasst.¹⁹⁹ Von den Entscheidungen des

¹⁹⁴ Hervorhebungen des Verfassers.

¹⁹⁵ *Sauer*, in: Krüper, Grundlagen des Rechts, 4. Aufl. (2021), § 10 Rn. 35; *Muthorst*, Grundlagen, 2. Aufl. (2020), § 8 Rn. 15, 20; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. (1999), S. 193; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. (2022), Rn. 822; *Schwacke*, Methodik, 5. Aufl. (2011), S. 122 a.E.; *Bruns*, JZ 2014, S. 162; BVerfGE 34, 269, 286 f.; 65, 182, 190; 66, 116, 138, jeweils m. w. N. Dafür spricht auch § 134 IV GVG wonach die „Fortbildung des Rechts“ den obersten Gerichten zugewiesen ist.

¹⁹⁶ *Frohwein*, in: Die Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), FS 600 Jahre Rupr.-Karls-Univ. Heidelberg (1986), S. 555; *Jocham*, Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht (2021); *Beaucamp/Treder*, Methoden, 4. Aufl. (2019), Rn. 258; *Schwacke*, Methodik, 5. Aufl. (2011), S. 124; *Muthorst*, Grundlagen, 2. Aufl. (2020), § 8 Rn. 20; BVerfGE 82, 6, 12; 122, 248, 283 jeweils m. w. N.

¹⁹⁷ Vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 2 Rn. 12.

¹⁹⁸ So auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 162.

¹⁹⁹ So auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 162; ähnlich *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 908, vgl. zudem oben § 5 C. II.

EuGH geht eine jedenfalls vergleichbare Wirkung aus.²⁰⁰ Aus diesem Grund hat eine Rechtsfortbildung solcher Gerichte für das Privatrechtssystem deutlich einschneidendere Auswirkungen als fachrichterliche Rechtsschöpfung und ist damit zugleich anders zu beurteilen als letztere. Insbesondere die Bindung des Gesetzgebers an die Entscheidungen führt dazu, dass Verfassungsgerichte eine Verantwortung für die Kohärenz des Privatrechtssystems trifft, wenn sie im Bereich des Privatrechts rechtschöpfend agieren.²⁰¹ Wenn man ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht überhaupt als zulässig erachtet, müssen Verfassungsgerichte also die Konsequenzen ihrer Entscheidungen für das Privatrecht beachten und in ihre Entscheidung mit einbeziehen. Dann stellt sich jedoch immer noch die Frage, in welchen Fällen eine Rechtsschöpfung der Verfassungsgerichte im Bereich des Privatrechts zuzulassen ist.

I. Maßstabssetzung zur Begrenzung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht

Die Grenzziehung ist zugegebenermaßen nicht einfach und bietet Anlass zu weiterem wissenschaftlichen Diskurs. Rüthers macht etwa deutlich, dass die Grenzlinien der zulässigen richterlichen Normsetzungen ein zentrales Problem der Methodenlehre darstellen.²⁰² Er untersucht, ob die juristische Methodenlehre als Bremse für unzulässiges Richterrecht fungieren kann.²⁰³ Mit Blick auf die Entscheidungen des BVerfG sei zwischen der (zulässigen) *Fortbildung* des Grundgesetzes im Lückengebiet und Entscheidungen in denen das BVerfG die Verfassung (unzulässig) ändern will, zu unterscheiden.²⁰⁴ In diesem Zusammenhang gibt Rüthers zu bedenken, dass das BVerfG vom *Hüter der Verfassung* zum *Herrn über die Verfassung* werden könnte.²⁰⁵ Wenn sich das BVerfG in dieser Weise zu einem Organ der Verfassungsänderung verwandele, verstöße dies gegen die Kompetenzverteilung in Art. 20 und 79 GG.²⁰⁶ Auch Diederichsen plädiert in einem viel zitierten Beitrag für die Selbstbindung des BVerfG an die Methodenlehre und mahnt an, dass das BVerfG die juristische Methodenlehre in einigen Fällen denaturiere und unter Bezug auf höherrangige Werte die zivilrechtliche Dogmatik ignoriere, wodurch

²⁰⁰ Vgl. oben § 5 D. II.

²⁰¹ Vgl. auch Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²⁰² Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 54 ff., 79 ff.

²⁰³ Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 54 ff.

²⁰⁴ Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 107.

²⁰⁵ Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 109 f., 123.

²⁰⁶ Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 107 f., 123, als Beispiel nennt er die richterrechtlich angeordnete Gleichstellung der Ehe mit der „Homo-Ehe“.

diese auf Dauer ruinieren werden könnte.²⁰⁷ Diese Gefahr droht auch bei der Schaffung von Verfassungsprivatrecht. Es stellt sich daher folgende Frage: welche Maßstäbe können für eine Begrenzung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht fruchtbar gemacht werden?

1. Verfassungsrechtlich zwingende Grenzen

Einerseits bestehen verfassungsrechtlich zwingende Grenzen, die bei jeder Form der Rechtsfortbildung zu beachten sind. Eine zentrale Rolle spielt hierbei der in Art. 20 II 2 GG verankerte Grundsatz der Gewaltenteilung (vgl. auch unten III.). In den Worten des BVerfG soll dieser Grundsatz verhindern, „dass die Gerichte Befugnisse beanspruchen, die von der Verfassung dem Gesetzgeber übertragen worden sind, indem sie sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben und damit der Bindung an Recht und Gesetz entziehen. Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt.“²⁰⁸ Dieser Grundsatz verbietet freilich nicht jegliche Form der Rechtsfortbildung,²⁰⁹ führt aber dazu, dass der Richter „die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers [...] möglichst zuverlässig zur Geltung bringen [muss]“.²¹⁰ Andernfalls wird unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingegriffen. Der Gewaltenteilungsgrundsatz bietet danach keine trennscharfe Grenzlinie, die Frage welcher Teil der Rechtssetzung dem parlamentarischen Gesetzgeber exklusiv vorbehalten bleibt, gehört zu den wohl umstrittensten Fragen des Verfassungsrechts.²¹¹ Der Grundsatz zeigt aber, dass die Rechtsfortbildung verfassungsrechtlichen Einschränkungen unterliegt, zumindest Übergriffe in den „Aufgabekernbereich“ des Gesetzgebers sollen ausgeschlossen werden.²¹² Das BVerfG darf sich analog zu den Fachgerichten nicht aus der Rolle eines Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben.²¹³ Darüber

²⁰⁷ Diederichsen, in: AcP 198 (1998), S. 171, 183, 194 f.

²⁰⁸ BVerfGE 128, 193, 210.

²⁰⁹ Bruns, JZ 2014, S. 162, 164.

²¹⁰ BVerfGE 128, 193, 210.

²¹¹ Vgl. zur sog. Wesentlichkeitstheorie und den Grenzen der Rechtsfortbildung Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. (1981), S. 398; Jocham, Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht (2021); Bruns, JZ 2014, S. 162, 164, 167; Scholz, JZ 81, S. 561.

²¹² Vgl. Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 73 ff., 129; E. Schmidt-Abmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. (2004), Bd. II, § 24 S. 541, 571 f., Rn. 56; P. Lerche, in: Isensee (Hrsg.), Gewaltenteilung heute (2000), S. 75, 82; gegen die Annahme einer zwingenden Grenze vgl. Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 238.

²¹³ Neuner, JZ 2016, S. 435, 440. Freilich gehört die Frage, welcher Teil der Rechtssetzung dem parlamentarischen Gesetzgeber exklusiv vorbehalten bleibt, zu den wohl umstrittensten Fragen des Verfassungsrechts, vgl. zur sog. Wesentlichkeitstheorie und den Grenzen der

hinaus hat das Bundesverfassungsgericht selbst festgestellt, dass sich verfassungsrechtliche Grenzen für die Rechtsfortbildung auch aus den Grundrechten ergeben können.²¹⁴ Eine weitere „unverrückbare Grenze“ der Rechtsfortbildung ist die richterliche Gesetzesbindung gemäß Art. 20 III, 97 I GG.²¹⁵ Das BVerfG ist grundsätzlich an die Regelungsabsicht des Gesetzgebers gebunden.²¹⁶ Die Gesetzesbindung ist für das BVerfG ein Stück weit relativiert, es hat die Kompetenz einfache Gesetze aufzuheben. Dennoch bleibt es an all diejenigen Gesetze gebunden, die es nicht aufgehoben hat.²¹⁷ Zudem besteht jedenfalls eine Bindung des BVerfG an die Bestimmungen des Grundgesetzes.²¹⁸ Darüber hinaus verpflichtet die Bindung an das „Recht“ in Art. 20 III GG das BVerfG zu einer nachvollziehbaren und in sich schlüssigen Urteilsbegründung.²¹⁹ Diese verfassungsrechtlich zwingenden Grenzen können als formelle Grenzen für die Rechtsfortbildung (und damit auch für das ungeschriebene Verfassungsprivatrecht) bezeichnet werden.

2. „Materielle“ Grenzen

Die verfassungsrechtlichen Grenzen sind notwendige, nicht jedoch hinreichende Begrenzung für die Schaffung von Verfassungsprivatrecht. Wie bereits erwähnt hat eine Rechtsfortbildung eines Verfassungsgerichts im Bereich des Privatrechts deutlich einschneidendere Auswirkungen als eine fachrichterliche Rechtsschöpfung. Insoweit müssen hier engere Voraussetzungen gelten. Neben die formellen Grenzen treten gewisse „materielle“ Grenzen hinzu. Seiner institutionellen Bestimmung nach ist das BVerfG *Hüter der Verfassung*,²²⁰ im Privatrechtstreit entscheidet es daher grundsätzlich nur über „spezifisches Verfassungsrecht“ und nicht über die „richtige“ Anwendung des einfachen Rechts (vgl. sogleich unter II.). In dieser Weise lässt das BVerfG etwaige Auswirkungen seiner Entscheidungen auf das Privatrechtssystem unbeachtet. Will das Gericht nun im Bereich des Privatrechts rechtschöpfend tätig

Rechtsfortbildung *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. (1981), S. 398; *Jocham*, Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht (2021); *Brunn*, JZ 2014, S. 162, 164, 167; *Scholz*, JZ 81, S. 561; *Kloepfer*, JZ 1984, S. 685 jeweils m. w. N.; BVerfGE 33, 1, 10; 47, 46, 7, 9; 56, 1, 13.

²¹⁴ BVerfGE 138, 377 (*Mutmaßlicher Vater*).

²¹⁵ *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 73, 107, 130; BVerfGE 34, 269, 288; 128, 193, 210; zur Reichweite dieser Bindung vgl. *Möllers*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht (2011), S. 289 ff., 295.

²¹⁶ *Neuner*, JZ 2016, S. 435, 440; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), S. 139.

²¹⁷ *Möllers*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht (2011), S. 290.

²¹⁸ *Möllers*, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht (2011), S. 292 ff.; vgl. dazu *Rüthers*, ZRG GA 2013, S. 510, 515; vgl. ferner *Neuner*, JZ 2016, S. 435, 440; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik (2005), S. 139.

²¹⁹ *Neuner*, JZ 2016, S. 435, 440.

²²⁰ *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 109.

werden, muss es jedoch gleichzeitig Verantwortung für das Privatrechtssystem übernehmen und dessen Kohärenz wahren. „Materielle“ Grenzen können sich daher etwa aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ergeben, welcher zugleich verfassungsrechtlich geschützt ist, vgl. Art. 2 I GG (siehe dazu unten IV.). Von der Determinierung des Inhalts der Vertragsfreiheit und etwaiger Grenzen ist das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht betroffen. Die privatrechtlichen Freiheitsverbürgungen (etwa die willkürliche Wahl des Vertragspartners) können unterlaufen werden, wenn zunehmend Gleichheitsbelange in den Vordergrund gerückt werden (vgl. unten IV.). Auch darf die (noch verbriebene) autonome Sphäre des Privatrechts nicht vollständig vom BVerfG aufgehoben werden. Ähnlich wie die formellen Grenzen sind auch solche materiellen Grenzen nicht trennscharf, in der Gesamtschau verengen sie aber die zulässige Schaffung von Verfassungsprivatrecht. Für ein Verfassungsgericht bedeuten die materiellen Grenzen, dass besondere Vorsicht geboten ist, wenn es im Privatrecht rechtsschöpfend agieren möchte. Die Verfassungsgerichte müssen im Sinne einer Testfrage überprüfen, welche Fälle wirklich eine verfassungsrechtliche Dimension aufweisen, die ein anderes Ergebnis erfordern als das, das allein mit Mitteln des Zivilrechts erreicht würde.²²¹ Nur dadurch werden sie ihrer eben erwähnten Verantwortung für das Privatrechtssystem gerecht. Die Berücksichtigung solcher „materiellen“ Grenzen verschiebt die Problematik sicherlich ein Stück weit auf die Ebene der richterlichen Selbstbindung. Die zwingenden verfassungsrechtlichen Grenzen sorgen jedoch gleichzeitig für die Pflicht des BVerfG zur Einhaltung seiner Kompetenzen. Im Einzelnen sollten bei der Grenzziehung einige Aspekte – die zum Teil ineinandergreifen – nicht unbeachtet bleiben, auf die nachfolgend eingegangen wird. Manche sind dabei Ausfluss verfassungsrechtlich zwingender Grenzen, andere Aspekte können nach der eben vorgestellten Maßstabsunterscheidung als materielle Grenzen verstanden werden.

II. Der institutionelle Rahmen

Sollte man ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht für zulässig erachten, ist dadurch das Verhältnis des BVerfG zum BGH nachhaltig betroffen.²²² Das BVerfG hat die Gefahr zu einer Superrevisionsinstanz werden früh erkannt und bereits im *Liith-Urteil* deutlich gemacht, dass es nur die spezifische Verletzung von Verfassungsrecht prüft und nicht die Richtigkeit der instanzgerichtlichen Entscheidung nach Maßgabe des einfachen Rechts.²²³ Folglich werden keine einfachen Subsumtions- und Auslegungsfehler geprüft, sondern nur solche, die auf eine fehlende bzw.

²²¹ So auch *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²²² So auch *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 162.

²²³ Vgl. oben § 3 B. I.

falsche Würdigung der Grundrechte zurückzuführen sind.²²⁴ Werden nun originär zivilrechtliche Grundsätze durch die Entscheidungen des BVerfG mit Verfassungsrang versehen, ist die Formel zur Abgrenzung der Kompetenzen jedoch unbrauchbar.²²⁵ Bei Anwendung dieser Formel entscheidet das BVerfG nicht länger über einfaches Recht, wenn es als Ersatzgesetzgeber Verfassungsprivatrecht schafft. Insoweit könnte das BVerfG seinen Kompetenzbereich gegenüber den Fachgerichten erheblich erweitern und würde doch zur verdeckten Superrevisionsinstanz. Das ist vom BVerfG sicherlich nicht gewollt. Dennoch zeugt die Art und Weise, in welcher das BVerfG über privatrechtliche Streitigkeiten entscheidet, oftmals von einem Selbstverständnis, welches eine autonome Sphäre der Fachgerichtsbarkeit und des Privatrechtssystems nicht anerkennt. Das liegt nicht zuletzt an der unterschiedlichen Herangehensweise eines Fachgerichts und eines Verfassungsgerichts bei der Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten.²²⁶ Während ein Fachgericht einen Privatrechtsstreit unter Anwendung eines detaillierten und ausgefeilten Regelwerks des Gesetzgebers entscheidet, blickt das Verfassungsgericht im Rahmen eines Privatrechtsstreits allein auf konfligierende Grundrechtspositionen, welche im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung einem Abwägungsergebnis zugeführt werden.²²⁷ Das kann wie etwa in der Stadionverbotsentscheidung zur Entstehung neuer zivilrechtlicher Regelungen führen (Kontrahierungszwang; Verfahrenspflichten Privater). Die Verfassungsgerichte lassen dabei die Frage unberücksichtigt, inwieweit ihre Entscheidung in das Privatrechtssystem passt. Mit der verfassungsprozessualen Kompetenzproblematik geht damit die materielle Frage einher, wie viel verfassungsrechtlichen Einfluss – und damit wie viel ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht – das Privatrechtssystem verträgt. Die prozessuale und die materielle Frage greifen an dieser Stelle ineinander (vgl. zur letztgenannten Frage unten IV.). Manche Fälle eignen sich von vorneherein nicht für die Schaffung von Privatrecht mit Verfassungsrang. In der Stadionverbotsentscheidung hat das Gericht wie gesehen aus den Grundrechten einen Kontrahierungszwang geschaffen, der so unspezifisch formuliert ist, dass er fast als allgemeines Gleichbehandlungsgebot im Zivilrecht verstanden werden könnte.²²⁸ In der Privatrechtsordnung sollen Kontrahierungswände jedoch die absolute Ausnahme bleiben und sind damit regelmäßig an sehr spezielle Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft und etwa für einzelne Bereiche der Da-

²²⁴ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. (2021), Rn. 294 ff. Das können das Nichterkennen eines Grundrechts, das Verkennen eines Grundrechts (etwa des Schutzmfangs), die Willkür bei der Entscheidung (etwa sachfremde Erwägungen), eine unlässige fachrichterliche Rechtsfortbildung und Grundrechtsverstöße durch das gerichtliche Verfahren sein (etwa Verletzung des rechtlichen Gehörs).

²²⁵ Vgl. *Ipsen*, JZ 2014, S. 157, 162.

²²⁶ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²²⁷ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²²⁸ Siehe dazu oben B. III. 3. und C.

seinsvorsorge vorgesehen (siehe noch unten IV).²²⁹ Wenn von einer Entscheidung eine solch einschneidende Auswirkung auf die Privatrechtsordnung ausgeht, darf das BVerfG nicht in die Domäne der Fachgerichte eingreifen und den Zivilrechtsstreit durch die Schaffung von Verfassungsprivatrecht an sich ziehen.

1. Der „Erfahrungshintergrund“ der Verfassungsrichter

Bei der institutionellen Grenzlinie ist der unterschiedliche Erfahrungshintergrund der Fachrichter und der Verfassungsrichter zu beachten. Während der fachrichterliche Alltag regelmäßig von der Prüfung „zivilrechtlicher Spezialmaterie“ geprägt ist, könnte man Verfassungsrichter eher als Generalisten bezeichnen, die in unterschiedlichen Rechtsgebieten auf die Einhaltung der grundgesetzlichen Vorgaben achten. Dabei lassen sie mögliche Auswirkungen auf das Privatrechtssystem regelmäßig außer Acht.²³⁰ Etwaige Gefahren für die Kohärenz des Privatrechtssystems sind daher größer als bei fachrichterlicher Rechtsschöpfung. Wenn nämlich Verfassungsrichter Privatrecht schaffen, können Leitideen der Privatrechtsordnung verändert werden. Ein Beispiel ist das Verhältnis von Freiheit und Gleichheit im Privatrecht.²³¹ Nach herkömmlicher Auffassung gibt es keine allgemeine Gleichbehandlungspflicht im Privatrechtsverkehr, die Freiheit zur Ungleichbehandlung ist vielmehr ein wesentlicher Ausdruck der Privatautonomie.²³² Das beweist etwa die bereichsspezifische Beschränkung des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots in § 19 I AGG auf Massengeschäfte und privatrechtliche Versicherungsverhältnisse. Erklärungsbedürftig ist im Privatrecht nicht die Ungleichbehandlung, sondern umgekehrt die Pflicht zur Gleichbehandlung.²³³ In einem Regel-Ausnahme-Verhältnis formuliert, ist Freiheit im Privatrecht die Regel, Gleichheit (noch) die Ausnahme. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der „Präponderanz der Freiheit“ im Privatrecht.²³⁴ Dieses Verständnis passt zur freiheitlichen Grundkonzeption des

²²⁹ Zu den Kontrahierungswängen im Privatrecht vgl. bereits oben B. III. 3. a).

²³⁰ Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²³¹ Vgl. dazu etwa Grünberger, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (2013).

²³² Vgl. etwa Röthel, in: AcP 215 (2015), S. 893, 894 m. w. N.; Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 65 m. w. N.

²³³ Vgl. etwa Hanau, in: FS Konzen (2006), S. 233, 235; Dürrig spricht von einer Präponderanz der Freiheit, vgl. *ebd.*, in: Maunz/Dürrig (Hrsg.), GG Kommentar (Stand: 1973), Art. 3 Rn. 507; ähnlich Maihofer, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. (1994), § 12 Rn. 125; anders dagegen Grünberger, der im Laufe seiner Arbeit dafür plädiert, dass sich Freiheit und Gleichheit im Privatrecht auf Augenhöhe begegnen, vgl. *ebd.*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (2013), S. 749 ff., 807 ff., 883 ff., zusammenfassend 1039 ff.

²³⁴ Vgl. bereits Dürrig, in: Maunz/Dürrig (Hrsg.), GG Kommentar (Stand: 1973), Art. 3 Rn. 507; H. P. Ipsen, in: Der Staat, Vol. 13 Nr. 4 (1974), S. 555.

BGB.²³⁵ Der Gesetzgeber hat im Laufe der Zeit einige Begrenzungen dieser Freiheit vorgenommen (vgl. unten IV.), dennoch ist die Vertragsfreiheit weiterhin ein Leitbild des Privatrechts. Wie die Stadionverbotsentscheidung zeigt, haben Verfassungsrichter weniger Vorbehalte, das Privatrecht gleichheitsorientiert umzugestalten und damit das Verhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit im Privatrecht umzukehren. Erklärungsbedürftig ist nach den Vorgaben der Stadionverbotsentscheidung nun vielmehr die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung. Das BVerfG hat willkürliche Veranstaltungsausschlüsse untersagt und Veranstaltern (auch zukünftig) eine Begründungspflicht auferlegt.²³⁶ Diese Rechtfertigungslast stellt bereits eine Freiheitsbeschränkung dar. Wie eine solche Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu beurteilen ist, spielt indes keine Rolle. Vielmehr führt allein die Vorgehensweise zu einem unzulässigen Eingriff in das Privatrechtssystem. Eine solche Neuordnung sollte allenfalls durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorgenommen werden, man könnte in der Diktion des BVerfG vom „Aufgabenkernbereichs“ des Gesetzgebers sprechen (vgl. noch unten III.). Wenn also Verfassungsrichter vermehrt zivilrechtliche Judikate überprüfen und dabei Verfassungsprivatrecht schaffen, darf die unterschiedliche Herangehensweise der Verfassungsrichter als „Generalisten“ nicht dazu führen, dass wesentliche Weichenstellungen des Privatrechts umgestaltet werden. Im Sinne der richterlichen Selbstbindung müssen sich Verfassungsrichter damit die Frage stellen, welche Fälle überhaupt eine verfassungsrechtliche Dimension aufweisen, in denen die Grundrechte ausnahmsweise ein anderes Ergebnis erfordern als das, das durch die einfache Anwendung des Privatrechts erreicht wird.²³⁷ Dabei gilt es mit Blick auf das Privatrechtssystem zu überprüfen, ob die Schaffung von Verfassungsprivatrecht überhaupt (systemkonform) möglich ist. In allen anderen Fällen sollte die Aufgabe der Rechtsfortbildung primär bei den Fachgerichten verbleiben.

2. Zulässige Konkretisierungen

Verfassungsrichter müssen demnach die Kernelemente der Privatrechtsordnung beachten, wenn sie „privatrechtliche“ Rechtsschöpfung betreiben wollen. Diese „materielle“ Grenze tritt neben die verfassungsrechtlich zwingenden Grundsätze der Kompetenzverteilung. Bei der Bürgschaftsentscheidung wurde vom BVerfG etwa eine Ausnahme der Vertragsfreiheit etabliert, eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke der Parteien soll zur Nichtigkeit einer vertraglichen Regelung führen.²³⁸ Diese Ausnahme ist mit der vom Gesetzgeber geschaffenen Ausnahme des § 138 II BGB vergleichbar und tritt gewissermaßen als weiteres zwingendes Recht in Form

²³⁵ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (2022), § 2 Rn. 5; Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 40.

²³⁶ Siehe dazu oben B. III. und C.

²³⁷ So auch Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²³⁸ Vgl. oben § 4 B. II. 3.

eines fiktiven § 138 III „BGB“ hinzu. Hier wurde ebenso die Inhaltsfreiheit (als Teil der Vertragsfreiheit) beschränkt, im Ergebnis liegt darin jedoch lediglich eine Konkretisierung eines bereits bestehenden Rechtsinstituts (Sittenwidrigkeit). Im Privatrecht galt nie eine uneingeschränkte Freiheit, schon immer gab es gegenläufige Grundsätze wie Treu und Glauben oder die Sittenwidrigkeit, die den gesellschaftlichen Wandel widerspiegeln.²³⁹ Der Gesetzgeber hat die Generalklausel des § 138 I BGB durch § 138 II BGB für Wucherkonstellationen konkretisiert, in gleicher Weise hat das BVerfG eine Konkretisierung der Sittenwidrigkeit für Konstellationen gestörter Vertragsparität vorgenommen. Damit werden der Fachgerichtsbarkeit verbindliche Vorgaben gemacht, die zivilrechtliche Rechtsprechung wird präjudiziert. Die Schaffung von Verfassungsprivatrecht wäre in vergleichbarer Art und Weise wohl dennoch zu akzeptieren (vgl. unten IV. 2.). Bei einer mit der Stadionverbotsentscheidung vergleichbaren Konstellation darf sich das BVerfG hingegen aus genannten Gründen nicht zum Ersatzgesetzgeber aufschwingen. In dieser Entscheidung wurden wesentliche Leitprinzipien des Privatrechts *umgestaltet* und nicht lediglich konkretisiert (vgl. noch unten III., IV. 2.). Die Frage, ob Leitprinzipien der Privatrechtsordnung umgestaltet werden, ist für eine trennscharfe Grenzziehung zugegebenermaßen wenig geeignet. Die Unterscheidung zeigt aber zumindest, dass ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht in Einzelfällen zulässig sein kann. Auch Rüthers hält die verfassungsgerichtliche Rechtsfortbildung in Einzelfällen wegen des Rechtsverweigerungsverbotes für rechtsstaatlich geboten, plädiert aber dafür, dass die Rechtsetzung des Gerichts auch als solche gekennzeichnet wird.²⁴⁰ Er spricht in diesem Zusammenhang von „Methodenehrlichkeit“.²⁴¹

III. Die Rolle des Privatrechtsgesetzgebers

Wie bereits angesprochen ist für das Verfassungsgericht immer der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wenn es sich zum Ersatzgesetzgeber aufschwingt. Dieser darf nicht übermäßig eingeengt werden. Mit jeder Entscheidung, in welcher das Verfassungsgericht rechtschöpfend agiert, wird dem Gesetzgeber ein Stück seines verfassungsrechtlich garantierten Gestaltungsspielraums genommen. Insoweit darf es also nicht zum verfassungsgerichtlichen Alltag werden das Privatrecht in rechtsschöpfender Weise zu gestalten. Ansonsten würde sich die von Böckenförde formulierte Sorge des Übergangs vom „parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ bewahrheiten.²⁴² Böckenförde hat in diesem Zusammenhang zugespitzt die Frage in den Raum geworfen, ob Verfassungsrichterwahlen – bezogen auf die Gestaltung der Rechts-

²³⁹ Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 45.

²⁴⁰ Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 80.

²⁴¹ Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat (2014), S. 80.

²⁴² Böckenförde, in: Der Staat Vol. 29 (1990), S. 1, 25 f.

ordnung – gleich wichtig oder gar wichtiger als Bundes- oder Landtagswahlen würden.²⁴³ Eine solche Entwicklung wäre nicht erstrebenswert und wohl auch eine Überschreitung verfassungsrechtlich zwingender Grenzen. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass es sich bei den Fällen, in welchen ein Verfassungsgericht rechtsschöpfend agieren darf, nur um Ausnahmefälle handeln kann. Ansonsten droht eine verfassungsrechtlich problematische Umkehr der traditionellen Aufgabenverteilung zwischen (Zivil-)Gesetzgebung und Rechtsprechung. Anders gewendet muss die Ausformung des Privatrechtssystems weiterhin Hauptaufgabe des Gesetzgebers bleiben (vgl. bereits oben I.). Bei der Stadionverbotsentscheidung hat das BVerfG diese Überlegungen vermissen lassen. Hier wurde der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers merklich eingeschränkt.²⁴⁴ Der Kontrahierungszwang des BVerfG greift wie gesehen auch dann, wenn die Regelungen des Privatrechts namentlich des Wettbewerbsrechts und des AGG einen Ausschluss zulassen würden.²⁴⁵ Angesichts der bereits bestehenden differenzierten Regelungen des Zivilrechts ist eine Schutzlücke, die ein Handeln des BVerfG erforderlich machen könnte, nicht ersichtlich.²⁴⁶ Der Gesetzgeber ist seinen grundrechtlichen Ausgestaltungsaufträgen durch eine Vielzahl von Vorschriften, die die Vertragsfreiheit begrenzen, nachgekommen (vgl. noch unten IV.).²⁴⁷ Dabei werden auch Gleichheitsbelange berücksichtigt, wie etwa die Einführung eines Anspruchs auf ein Basiskonto im Zahlungskontengesetz beweist.²⁴⁸ In dieser Weise kommt auch dem Nichterlass von Vorschriften eine Bedeutung zu. Wenn der Gesetzgeber für gewisse Bereiche Gleichheitsbelange durch ausdifferenzierte Regelungen berücksichtigt, aber etwa für Sportveranstaltungen keine Regelung trifft, kann man davon ausgehen, dass Gesetzgeber hier keinen Regelungsbedarf gesehen hat. In diese Entscheidung des Gesetzgebers (die von seinem Gestaltungsspielraum gedeckt ist) greift das BVerfG mit seinem Stadionverbotsbeschluss signifikant ein. Auch Hellgardt gibt dahingehend zu Bedenken, dass es vorrangig Aufgabe des einfachen Gesetzgebers sein sollte die Kriterien und Folgepflichten zivilrechtlicher Kontrahierungszwänge festzulegen.²⁴⁹ Grundrechtlicher Handlungsbedarf bestehe erst beim Ausschluss von Grundfunktionen der Daseinsvorsorge, etwa wenn die Wasserversorgung privatisiert würde. Oben wurde bereits aufgezeigt, dass jedenfalls Kernelemente der Privatrechtsordnung allein vom Gesetzgeber verändert werden sollen. Eine Einführung eines allgemeinen Gleichheitsgebots im Privatrecht – so könnte man die Vorgaben des BVerfG verstehen – ist sicherlich als solche Veränderung einzustufen.

²⁴³ Böckenförde, in: *Der Staat* Vol. 1 (1990), S. 1, 26.

²⁴⁴ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 908 f.; Michl, JZ 2018, S. 910, 917 f.

²⁴⁵ Vgl. bereits oben B. III. und C. I. 1. sowie Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 908.

²⁴⁶ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 908.

²⁴⁷ So auch Michl, JZ 2018, S. 910, 918.

²⁴⁸ Vgl. Michl, JZ 2018, S. 910, 918.

²⁴⁹ Hellgardt, JZ 2018, S. 901, 909.

Für die Rolle des Gesetzgebers sind auch die Generalklauseln von Bedeutung. Mit diesen stellt der Gesetzgeber sicher, dass sich die allermeisten Fälle *allein* mit Mitteln des Zivilrechts bewältigen lassen. Zugleich kann man die Generalklauseln aber auch als Aufforderung an die Fachgerichte verstehen, gewisse Konkretisierungen vorzunehmen, anders ausgedrückt typisierbare Fallgruppen zu etablieren. Haferkamp macht dahingehend deutlich, dass § 138 I BGB im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen Richterrecht legalisiere.²⁵⁰ Das führt zu einem weiten richterlichen „Sittenwidrigkeitserfindungsrecht“.²⁵¹ Wie die Bürgschaftsentscheidung gezeigt hat, macht auch das BVerfG von diesem „Sittenwidrigkeitserfindungsrecht“ Gebrauch und hat mit der gestörten Vertragsparität eine neue Rechtsfigur im Privatrecht geschaffen. Das vom BVerfG geschaffene Verfassungsprivatrecht knüpft hier jedenfalls an ein bestehendes Rechtsinstitut (Sittenwidrigkeit) aus der Generalklausel an. Bei der Stadionverbotsentscheidung erschafft das Gericht hingegen völlig neue zivilrechtliche Grundsätze (etwa Verfahrenspflichten), die mangels Anknüpfungspunkts schon nicht im Wege der Konkretisierung einer Generalklausel geschaffen werden könnten. Wenn das BVerfG (nur) die Generalklausen konkretisiert, wird dennoch in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eingegriffen.²⁵² Auch wenn der Eingriff im Gegensatz zu einer völligen Neuschaffung zivilrechtlicher Grundsätze moderater erscheint, gilt es zu bedenken, dass gleichzeitig in die Domäne der Fachgerichtsbarkeit eingegriffen wird. Dem Zivilrichter wird damit die Möglichkeit genommen § 138 I BGB seinerseits (mit anderem Ergebnis) auszuformen.

IV. Eigenständigkeit des Privatrechts

Von der Schaffung ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts geht nicht zuletzt eine Gefahr für die Eigenständigkeit des Privatrechts aus. Das wurde bereits oben bei der Frage einer möglichen Umkehr des freiheitsorientierten Privatrechts hin zu einem gleichheitsorientierten Privatrecht ersichtlich. Die Sorge um die Eigenständigkeit des Privatrechts könnte ein zentraler Einwand gegen die Schaffung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht werden, diese Eigenständigkeit muss bei der Grenzziehung besondere Berücksichtigung finden.

²⁵⁰ Haferkamp, in: Schmoekel et al. (Hrsg.), HKK BGB, Bd. I (2003), § 138 BGB Rn. 2 m.w.N.

²⁵¹ Haferkamp, in: Schmoekel et al. (Hrsg.), HKK BGB, Bd. I (2003), § 138 BGB Rn. 2, dort Fn. 16 unter Verweis auf F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. (1991), S. 584.

²⁵² Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 308; Depenheuer, ThürVBl 1996, S. 270, 272 f.

1. Vertragsfreiheit

Ein Kernelement des Privatrechts ist die Privatautonomie. Die Privatautonomie ist nicht ausdrücklich geregelt, sie wird vorausgesetzt (§ 311 BGB) und beherrscht das gesamte Privatrecht.²⁵³ Das Privatrecht beruht auf dem Gedanken des Liberalismus und räumt dem Individuum eine starke, vom Staat wenig beeinflusste, Position ein.²⁵⁴ Erinnert sei an den eingangs vorgestellten Gedanken der Privatrechtsgesellschaft.²⁵⁵ In der Privatrechtsgesellschaft wurde das Privatrecht – dem Wunsch nach Entpolitisierung der Privatsphäre entsprechend – als „staatsfreier“ schützenswerter Raum verstanden.²⁵⁶ Die allgemeinen Grundsätze des Privatrechts wurden zum rechtspolitischen Postulat.²⁵⁷ Mit diesem aus der ordoliberalen Rechtstheorie stammenden Verständnis werden Gleichheitsbelange nur im Sinne der Rechtsgleichheit der am Privatrechtsverkehr Teilnehmenden berücksichtigt, im Übrigen gilt die Freiheit in Gestalt der Privatautonomie.²⁵⁸ In dieser Denkweise würde wohl jede Form von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht eine Grenzüberschreitung darstellen, es wäre als unzulässiger Eingriff in die Domäne des Privatrechts abzulehnen. Zöllner hat etwa mit Blick auf die Argumentation des BVerfG in der Bürgschaftsentscheidung deutlich gemacht: „In einer echten Privatrechtsgesellschaft ist für ein [...] allgemeines Ungleichgewichtstheorem kein Platz.“²⁵⁹ Gegenstimmen sehen die Vertragsfreiheit sozial determiniert: „Freiheit steht unter dem Gebot der Gerechtigkeit.“²⁶⁰ Das Privatrecht befindet sich in stetigem Wandel, die Vertragsfreiheit gilt nicht grenzenlos. „Modernes“ Privatrecht öffnet sich zunehmend auch gegenüber (materiellen) Gleichheitsbelangen, insbesondere in Form der Umsetzung des europäischen Antidiskriminierungsrechts.²⁶¹ Das Leitbild des Privatrechts kann jedoch weiterhin als freiheitsorientiert beschrieben werden, das Privatrecht wird trotz der Begrenzungen von der Privatautonomie beherrscht.²⁶² Sie ist verfassungsrechtlich geschützt, das zentralste Element der Privatautonomie – die Vertragsfreiheit – un-

²⁵³ *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 2; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 10 Rn. 27 ff.

²⁵⁴ *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 2; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (2022), § 2 Rn. 5.

²⁵⁵ Vgl. oben § 2 B. I.

²⁵⁶ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 57.

²⁵⁷ *Bullinger*, in: FS Rittner (1991), S. 69, 74.

²⁵⁸ *Zöllner*, in: AcP 196 (1996), S. 1, 25 ff.

²⁵⁹ *Zöllner*, in: Riesenhüber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 72.

²⁶⁰ *Raiser*, JZ 1958, S. 1, 3; eingehend zu der Frage der Selbstbestimmung im Vertragsrecht und den Grenzen der Privatautonomie vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 309 ff.

²⁶¹ *Stürner*, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 47.

²⁶² *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 2.

terfällt der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG.²⁶³ Die Vertragsfreiheit umfasst die Abschlussfreiheit, die Inhaltsfreiheit sowie die Formfreiheit. Nach der Abschlussfreiheit darf im Grundsatz jeder frei wählen, ob und mit wem er einen Vertrag abschließen will.²⁶⁴ Die Inhaltsfreiheit gibt den Parteien die Möglichkeit auch den Vertragsinhalt frei zu wählen (vgl. § 311 I BGB).²⁶⁵ Zudem bedürfen Verträge grundsätzlich keiner Form (Formfreiheit).²⁶⁶

2. Grenzen

Die Vertragsfreiheit gilt nicht grenzenlos. In jeder zwingenden privatrechtlichen Norm liegt ein Eingriff in die Vertragsfreiheit, den Parteien wird ein Stück ihrer grundrechtlich gewährten Freiheit wieder genommen.²⁶⁷ Die Frage, wo die Grenzen der Privatautonomie verlaufen, kann nicht zu Unrecht als „Ewigkeitsthema“ des Privatrechts bezeichnet werden.²⁶⁸ Die Inhaltsfreiheit wird etwa durch zwingende Verbote wie aus §§ 134, 309 BGB oder durch richterlicher Inhaltskontrolle gemäß 138, 242, 307, 308 BGB beschränkt. Eine Inhaltskontrolle ist in diesen Fällen notwendig um die wirtschaftlich, sozial oder intellektuell schwächere Partei zu schützen.²⁶⁹ Für die AGB-Kontrolle gilt insbesondere, dass es aufgrund der Intransparenz der Geschäftsbedingungen anders als beim Preis an einem Wettbewerb auf Konditionenebene fehlt.²⁷⁰ Um ein naheliegendes Beispiel zu wählen: wer ein Mobilfunkvertrag abschließt wird die Preise der verschiedenen Anbieter vergleichen, deren Allgemeine Geschäftsbedingungen dagegen vermutlich nicht. Die Inhaltskontrolle wird hier durch ein partielles Marktversagen gerechtfertigt.²⁷¹

Auch die Formfreiheit gilt nicht grenzenlos und wird teilweise durch gesetzliche Formpflichten wie §§ 311b I 1, 550 S. 1, 766, 780 BGB etc. beschränkt. Formpflichten sind ausnahmsweise gerechtfertigt, um etwa bei wirtschaftlich bedeutsa-

²⁶³ BVerfGE 72, S. 155, 170; 89, S. 214, 231; *W. Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 18 ff.; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 2; *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 306 m. w. N.

²⁶⁴ *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 2; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 10 Rn. 34 ff.

²⁶⁵ *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 10 Rn. 37.

²⁶⁶ *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 10 Rn. 39.

²⁶⁷ *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht (2010), S. 306 f.

²⁶⁸ Vgl. die Zusammenfassung des Meinungsstands bei *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich (2020), S. 309 ff. m. w. N.

²⁶⁹ *Fornasier*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2022), § 305 Rn. 4; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 16; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 10 Rn. 68 ff.

²⁷⁰ *Fornasier*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2022), § 305 Rn. 4 ff.

²⁷¹ *Fornasier*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. (2022), Vorb. § 305 Rn. 6.

men Geschäften einer Übereilung einer Partei zu entgegnen.²⁷² Die Formpflichten haben dahingehend Warn- und Beweisfunktion für die Parteien.

Als weitgehend unantastbar galt lange Zeit die Vertragsabschlussfreiheit. Die Freiheit, ob und mit wem jemand ein Vertrag abzuschließen möchte, wurde nur durch vereinzelte Kontrahierungszwänge etwa für marktbeherrschende Unternehmen oder öffentlich-rechtliche Monopolbetriebe der Daseinsvorsorge durchbrochen (vgl. §§ 22, 47 PBefG; § 317 EnWG).²⁷³ Diese Kontrahierungszwänge sind bereichsbezogen und zeichnen sich allesamt durch eine Vielzahl differenzierter Tatbestandsmerkmale aus.²⁷⁴ Das unterstreicht ihren Ausnahmecharakter. Mit Inkrafttreten des AGG hat sich dieser Befund ein Stück weit geändert. Das AGG hat zu einer weitreichenden Begrenzung der Vertragsabschlussfreiheit geführt.²⁷⁵ Das Gesetz dient der Umsetzung verschiedener europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien und soll einerseits Benachteiligung in Beschäftigung und Beruf entgegenwirken, etwa aufgrund der Religion, Alter oder sexueller Herkunft und andererseits Benachteiligungen im gesamten privaten Bereich etwa aufgrund der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts verhindern. Das AGG war anfangs harscher Kritik ausgesetzt.²⁷⁶ Viele hörten bereits die Totenglocken der Vertragsfreiheit läuten.²⁷⁷ Dabei wurde nicht das politische Anliegen des Diskriminierungsschutzes kritisiert, sondern die Idee dieses Ziel in Form von zwingenden Vorgaben in das Privatrecht zu übernehmen und nicht etwa auf den demokratischen Aufklärungsprozess zu setzen.²⁷⁸ Letztlich werde zur Auflösung weniger Diskriminierungsfälle – mittels rechtlichen Zwangs – eine Freiheitsbeschränkung aller in Kauf genommen.²⁷⁹ Das Wesen der Vertragsabschlussfreiheit ist es seine vertraglichen Beziehungen ohne Angabe von Gründen – ungeachtet jeglicher Vernünftigkeit – zu regeln. Mit Inkrafttreten des AGG ist eine freie, im Sinne von willkürlicher Auswahl des Vertragspartners in vielen Bereichen nicht mehr möglich.²⁸⁰ Das AGG beweist jedoch, dass der Gesetzgeber (im Bereich des Unionsrechts gezwungenermaßen) Gleichheitsbelange zunehmend berücksichtigt und nicht davor scheut, die Vertragsabschlussfreiheit (auch weitreichend) zu begrenzen. Das zeigt auch die Einführung eines Anspruchs auf ein Basiskonto durch das Zahlungskontengesetz 2016 (§§ 30 ff. ZKG), auch hier war der Gesetzgeber

²⁷² *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 19; *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 10 Rn. 70.

²⁷³ *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 10.

²⁷⁴ *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 902.

²⁷⁵ *Zöllner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 65; *E. Picker*, ZfA 2005, S. 167; *ders.*, JZ 2003, S. 540.

²⁷⁶ *E. Picker*, JZ 2002, S. 880 m. w. N.; *ders.*, ZfA 2005, S. 167; *Zöllner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 65; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 18 f. m. w. N.

²⁷⁷ *E. Picker*, JZ 2002, S. 880.

²⁷⁸ *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 12a.

²⁷⁹ Ähnlich auch *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 12a.

²⁸⁰ So auch *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl. (2022), § 3 Rn. 12a.

bereit die Vertragsfreiheit weitreichend zu beschränken, um einen gleichen Zugang zu sozial bedeutsamen Leistungen zu ermöglichen.²⁸¹ Für ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot wäre im Privatrecht dennoch kein Raum, dieses würde die Vertragsabschlussfreiheit schlicht aufheben.²⁸²

a) Stadionverbot?

In die Kerbe der Vertragsabschlussfreiheit schlägt nun jedoch das vom BVerfG geschaffene Verfassungsprivatrecht aus der Stadionverbotsentscheidung. Hier wurde vom Gericht ein weitreichender Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht etabliert. Eine Einschränkung auf vermeintlich „spezifische Konstellationen“ ist durch die unscharfen „Tatbestandsvoraussetzungen“ nicht gelungen. Wie gesehen, lassen sich eine Vielzahl von Fällen und Bereichen darunter subsumieren.²⁸³ Ein privater Museums-, Theater- oder Konzertbetreiber kann nach den Vorgaben des BVerfG anderen Privaten nicht mehr willkürlich den Vertragsschluss verwehren. Das ist insbesondere daher abzulehnen, da der Gesetzgeber wie gesehen in Gleichheitsbelangen nicht untätig ist. Dieses Beispiel von unbeschriebem Verfassungsprivatrecht greift den Kern der Vertragsabschlussfreiheit an. Die Stadionverbotsentscheidung stellt damit eine Grenzüberschreitung jedenfalls im Sinne einer Durchbrechung der oben beschriebenen „materiellen“ Grenzen dar. Sie hebt die grundrechtlich gewährleistete Vertragsabschlussfreiheit (Art. 2 I GG) weitgehend auf und kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Freiheits- und Gleichheitsverbürgungen im Privatrecht um. Im Bereich von solchem *Gleichheits*-Verfassungsprivatrecht ist im Sinne der materiellen Grenzen für das BVerfG ohnehin besondere Vorsicht geboten. Richterliche Rechtsfortbildung ist hier allenfalls in Form von detaillierter bereichsspezifischer Berücksichtigung von Gleichheitsbelangen möglich, nicht aber in Form eines weitreichenden Gleichheitsgebots im Privatrecht.

b) Bürgschaft?

Während die Stadionverbotsentscheidung folglich eine Grenzüberschreitung darstellt, ist die Lage bei der Bürgschaftsentscheidung weniger eindeutig. Sieht man darin wie Honsell die Verpflichtung der Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle *sämtlicher* Verträge, wäre die Inhaltsfreiheit weitgehend aufgehoben und der Fall würde ebenso

²⁸¹ Michl, JZ 2018, S. 910, 918; Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 45.

²⁸² Vgl. ausführlich Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001); Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 17 f. m.w.N.; so bereits Dürig, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar (Stand: 1973), Art. 3 Rn. 507; a.a. Grünberger, in: Verfassungsblog v. 01.05.2018; ders., Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (2013), S. 222 ff., 749 ff., 807 ff.

²⁸³ Vgl. oben § 4 B. III.

eine Grenzüberschreitung darstellen.²⁸⁴ Stellt man dagegen den Ausnahmeharakter in den Vordergrund und sieht die Inhaltskontrolle auf vertragliche Regelungen beschränkt in welchen – in der Diktion des BVerfG – Selbstbestimmung zur Fremdbestimmung wird, liegt darin nur eine weitere zwingende Ausnahme der Inhaltsfreiheit wie etwa in § 138 II BGB. Die Inhaltsfreiheit würde verengt, aber eben nicht gänzlich aufgehoben. Aus privatrechtlicher Sicht sind solche Einschränkungen nichts neues, schon Flume hat dafür plädiert, dass eine „ungleiche Machtverteilung“ oder eine „faktische Monopolstellung“ in Ausnahmefällen eine Vertragsunwirksamkeit rechtfertigt.²⁸⁵ Insoweit wäre das vom BVerfG entwickelte Ergebnis auch mit Mitteln des Privatrechts zu erreichen gewesen. Einschränkungen dieser Art lassen sich in das Privatrechtssystem noch integrieren.

V. Ergebnis

In welchen Fällen ist eine Rechtsschöpfung der Verfassungsgerichte im Bereich des Privatrechts also zulässig? Es kann zunächst zwischen zwingenden verfassungsrechtlichen Grenzen und zusätzlichen „materiellen“ Grenzen unterschieden werden. Beide Kategorien sind zu beachten, wenn ein Verfassungsgericht im Bereich des Privatrechts rechtschöpfend agieren möchte. Wie gesehen eignet sich für die Abgrenzung der gerichtlichen Kompetenzen die Unterscheidung zwischen „spezifischem Verfassungsrecht“ und einfachem Recht nicht, wenn zivilrechtlichen Grundsätzen vom BVerfG Verfassungsrang verliehen werden. Bei der Grenzziehung sollte die Rolle der Fachgerichte, des Gesetzgebers sowie die Eigenständigkeit des Privatrechts berücksichtigt werden. Kein Raum für verfassungsrichterliche Rechtsschöpfung besteht wie gesehen, wenn Leitprinzipien des Privatrechts umgekehrt werden. Diese Entscheidung soll dem demokratischen Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Gleches gilt, wenn die Verfassungsrichter mit ihren Entscheidungen die Kohärenz des Privatrechtssystems nachhaltig gefährden. Dafür ist der oben beschriebene unterschiedliche Erfahrungshintergrund der Richter zu beachten. Auch wenn die Kompetenz des BVerfG durch (jegliches) Zulassen von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht erweitert wird, sollte die Rechtsfortbildung im Bereich zivilrechtlicher Spezialmaterie der Fachgerichtsbarkeit überlassen bleiben. Vorsicht ist zudem geboten, wenn der Gesetzgeber in einer Frage (etwa in Gleichheitsbelangen) für gewisse Bereiche (etwa Daseinsvorsorge) ausdifferenzierte Regelungen geschaffen hat und für andere Bereiche keine Regelung getroffen hat. Insoweit ist auch dem Nickerlss ein Aussagewert beizumessen. Möglich erscheint die gerichtliche Schaffung von Verfassungsprivatrecht dagegen ausnahmsweise, wenn nur bestehende privatrechtliche Institute konkretisiert werden, wie etwa die

²⁸⁴ Honsell, NJW 1994, S. 565, 566; ähnlich Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 53, 72; ders., in: AcP 196 (1996), S. 1, 25 ff.

²⁸⁵ Flume, in: FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages (1960), Bd. 1, S. 135, 143 f.

Leerformel der Sittenwidrigkeit. Die Bindung der zivilrechtlichen Rechtsprechung und des Gesetzgebers erscheint hier zur Verwirklichung verfassungsrechtlicher Ziele angemessen. Mit Blick auf die Eigenständigkeit des Privatrechts ist die Privat-autonomie, im Besonderen die Vertragsfreiheit zu beachten. Verfassungsprivatrecht darf einzelne Bereiche der Vertragsfreiheit begrenzen, in ähnlicher Weise wie eine zwingende Norm des Gesetzgebers. Wenn hingegen Teile der Vertragsfreiheit (z. B. Vertragsabschlussfreiheit) gänzlich aufgehoben werden, stellt das eine unzulässige Grenzüberschreitung dar. Nach diesen Kriterien ist das Vorgehen des BVerfG in der Stadionverbotsentscheidung wie gesehen als Grenzüberschreitung einzustufen. Bei der Bürgschaftsentscheidung erscheint die Begrenzung (eben keine gänzliche Aufhebung) der Inhaltsfreiheit aus privatrechtlicher Sicht noch hinnehmbar.

Diese Kriterien sollen keine trennscharfe Grenzlinie bieten. Sie sollen vielmehr Anlass zu weiterem wissenschaftlichem Diskurs geben. Eine scharfe Trennlinie wird sich ohnehin nicht ziehen lassen. Das ist aber auch nicht unbedingt erforderlich. Viele „Grenzziehungen“ sind fließend, etwa die Formel des BVerfG zum Aufgabenkernbereich der staatlichen Gewalten. Eine fließende Grenze kann oftmals von Vorteil sein, ein „starres“ System kann auf sich verändernde Realitäten nicht angemessen reagieren. Eines ist für die Grenzziehung jedenfalls sicher: Verfassungsgerichte müssen ein stärkeres Bewusstsein für das Privatrechtssystem und die handelnden Organe entwickeln, wenn sie neben den Privatrechtsgesetzgeber als weiterer rechtschöpfender Akteur hinzutreten und Verfassungsprivatrecht schaffen.

§ 6 Schluss

In dieser Arbeit sollte aufgezeigt werden, dass Verfassungsgerichte zunehmend rechtschöpfend im Bereich Privatrechts agieren und sie die Privatrechtsordnung – durch das dabei entstehende „Verfassungsprivatrecht“ – mitgestalten. Wesentliches Ziel der Arbeit war es, ein Bewusstsein für diese Entwicklung zu schaffen und gleichzeitig die Frage aufzuwerfen, wie eine solche Entwicklung zu bewerten ist. Für die Diskussion, ob und in welchen Fällen die Entstehung von Verfassungsprivatrecht aus privatrechtlicher Perspektive hinnehmbar erscheint („Grenzziehung“), sollten für den weiteren wissenschaftlichen Diskurs einige Anregungen geliefert werden.

A. Wesentliche Ergebnisse

Zu Beginn der Arbeit wurde zunächst in einem historischen Überblick aufgezeigt, dass das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht einem stetigen Wandel ausgesetzt ist. Im römischen Recht wurde erstmals in die beiden Rechtsbereiche unterteilt, über die Frage, ob die Bereiche damals strikt getrennt waren, besteht bis heute keine Einigkeit.¹ Spätestens in der Zeit des Liberalismus waren die Bereiche jedoch strikt getrennt, die liberalen Gesellschaftsanschauungen fanden in dem Modell der Privatrechtsgesellschaft ihren Höhepunkt.² Die heutige Privatrechtsgesellschaft geht jedoch nicht mehr von einer strikten Trennung aus, die Idee der Privatrechtsgesellschaft hat inzwischen eher programmatischen Charakter und zielt insbesondere auf den Schutz privatrechtlicher Freiheitsverbürgungen wie der Vertragsfreiheit. Spätestens mit der Einführung des Grundgesetzes hat sich das Verhältnis der Rechtsbereiche gewandelt. Die Bereiche wurden zunehmend vermischt, das Privatrecht muss sich dem „Vorrang der Verfassung“ beugen, in der Literatur wird dahingehend von einer Konstitutionalisierung des Privatrechts gesprochen.³ Ein wesentlicher Konstitutionalisierungsfaktor ist die Drittwirkung der Grundrechte, dessen Darstellung hier ein eigenes Kapitel gewidmet wurde.⁴

¹ Vgl. dazu § 2 A.

² Vgl. dazu § 2 B.

³ Vgl. dazu § 2 C.

⁴ Vgl. § 3.

I. Verfassungsprivatrecht ist keine Form der Drittirkung

Bei der Analyse der Drittirkung wurde zunächst deutlich, dass Grundrechte primär Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen und sie sich damit ihrem Wesen nach nicht für den Privatrechtsstreit eignen.⁵ Diesem Befund ist das BVerfG in der *Liith*-Entscheidung entgegengetreten und hat die sog. mittelbare Drittirkung der Grundrechte etabliert.⁶ Dafür hat es die Grundrechte um eine objektiv rechtliche Dimension erweitert. In den Privatrechtsstreit gelangen die grundrechtlichen Wertungen über die Auslegung der Generalklauseln. Die Generalklauseln fungieren gewissermaßen als Einfallstore. Die Lehre von der mittelbaren Drittirkung wird vom BVerfG bis heute angewandt. Die Stadionverbotsentscheidung hat jedoch gezeigt, dass der Ausdruck für das Gericht zu einer reinen *façon de parler* geworden ist.⁷ Für die vom BVerfG im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten „verfahrensrechtlichen Anforderungen“ fehlt es ersichtlich bereits an dem für die mittelbare Drittirkung notwendigen gesetzlichen Anknüpfungspunkt. Im Laufe der Arbeit wurde aufgezeigt, dass die Entscheidung kein Beispiel der mittelbaren Drittirkung ist, sondern dass das BVerfG Rechtsschöpfung im Bereich des Privatrechts betrieben hat und (ungeschriebenes) Verfassungsprivatrecht geschaffen hat.⁸

Nach der mittelbaren Drittirkung wurde die Schutzpflichtenlehre dargestellt.⁹ Diese wird insbesondere von Privatrechtlern befürwortet, da sie zu einem schonenderen Eingriff in die Privatautonomie führen soll. Die Privatrechtswirkung der Grundrechte wird in dieser Konstruktion über den grundrechtsgebundenen Richter sowie den grundrechtsgebundenen Privatrechtsgesetzgeber sichergestellt. Auch das BVerfG hat die Schutzpflichtenlehre in einigen Entscheidungen angewandt. Bei der Auseinandersetzung mit der Schutzpflichtenlehre wurde der Unterschied zum Verfassungsprivatrecht besonders deutlich. Das BVerfG hat in einigen Entscheidungen Gesetzgebungsaufräge an den (grundrechtsgebundenen) Privatrechtsgesetzgeber erteilt, um verfassungswidrige Zustände für die Zukunft zu beenden.¹⁰ Im Einzelfall können damit wie gesehen staatshaftungsrechtliche Ansprüche einzelner Privater einhergehen, um vergangene Verfassungsverstöße zu entschädigen. In den Entscheidungen, in welchen das BVerfG Verfassungsprivatrecht geschaffen hat, ist es gegenteilig vorgegangen. Anstatt den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen, hat sich das BVerfG zum Ersatzgesetzgeber aufgeschwungen und hat die Privatrechtsordnung selbst gestaltet.

⁵ Vgl. § 3 A.

⁶ Vgl. dazu § 3 B.

⁷ So auch *Hellgardt*, JZ 2018, S. 901, 903.

⁸ Zu der Entscheidung vgl. § 3 B. III., § 3 E. III., § 3 F., § 5 B. III.

⁹ Vgl. dazu § 3 C.

¹⁰ § 3 C. II. 1. b).

Bei der anschließenden Analyse der unmittelbaren Drittirkung hat sich gezeigt, dass die Ansätze unmittelbarer Bindung Privater an die Grundrechte schädlicher für das Privatrechtssystem sind als die mittelbaren Ansätze. Insbesondere eine unmittelbare Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG würde das Privatrecht insgesamt „plattwalzen“.¹¹ Das hat auch die Auseinandersetzung mit der Konstruktion Kulicks gezeigt, der ebenso für eine unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte plädiert.¹² In der vom ihm präferierten „zweistufigen Anwendung“ wurde zwar die Kompetenz des BVerfG gegenüber der Fachgerichtsbarkeit verringert, zugleich wurde aber der Einfluss des Verfassungsrechts im Privatrechtsstreit stark ausgeweitet. Das einfache Recht hat nach diesem Ansatz einen weitgehenden Bedeutungsverlust erfahren. Gegen die unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte spricht zudem Art. 1 III GG, nach welchen nur staatliche Gewalten an die Grundrechte gebunden werden. In Bezug auf das Verfassungsprivatrecht ist aufgefallen, dass ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht keine unmittelbare Bindung der Parteien an die Grundrechte voraussetzt. Gebunden werden die Parteien nicht an das Grundrecht, sondern an die rechtsatzmäßige Konkretisierung des BVerfG, welche sich aus einer Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen ergibt.¹³

Die Auseinandersetzung mit den Drittirkungskonstruktionen hat insgesamt deutlich gemacht, dass dabei schon die Fragestellung eine andere ist. Bei der Drittirkung (ob nun mittelbar oder unmittelbar) geht es darum, ob und wie ein Grundrecht im *Einzelfall* das Privatrechtsverhältnis beeinflusst. Untersucht man hingegen das ungeschriebene Verfassungsprivatrecht, geht es um die Frage, ob das BVerfG in einer Entscheidung Privatrecht mit Verfassungsrang erschafft, welches die zukünftige Privatrechtsprechung präjudiziert und auch den Gesetzgebers bindet.¹⁴

II. Die Auswirkungen des europäischen Mehrebenensystems

In § 4 wurde sodann das europäische Mehrebenensystem untersucht und festgestellt, dass auch der EuGH teilweise als „echtes“ Verfassungsgericht im Privatrechtsstreit agiert. Es wurde aufgezeigt, dass sich die Privatrechtswirkung der europäischen Grundrechte zumindest im Grundsatz mit jener der nationalen Grundrechte vergleichen lässt. Auch hier kann zwischen mittelbarer (wenn auch regelmäßig um eine weitere Ebene vermittelt) und unmittelbarer Drittirkung unterscheiden werden. Auch die Schutzpflichtenlehre kann fruchtbar gemacht werden. Die Analyse der aktuellen Rechtsprechung des EuGH hat zudem gezeigt, dass diese

¹¹ § 3 E. II. sowie etwa Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 15 m. w. N.

¹² Vgl. dazu § 3 F.

¹³ Vgl. § 5 B. I.

¹⁴ Die Fragen der Entstehung von Verfassungsprivatrecht und die Drittirkungsfrage können jedoch auch in einer Entscheidung zusammenfallen, vgl. § 5 B. I.

Judikate, trotz gegenteiliger Beteuerungen in der Literatur, keine Beispiele unmittelbarer Drittirkung darstellen.¹⁵ Sowohl die Rechtssache *Egenberger* als auch die verbundenen Rechtssachen *Bauer/Broßonn* haben sich bei näherer Betrachtung als Folgen des europäischen Mehrebenensystems erwiesen. Im Fall *Egenberger* ergab sich das Ergebnis aus einer Kombination der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Vorrangs des Unionsrechts. Der Fall *Broßonn* war letztlich ein einfaches Beispiel einer richlinienkonformen Auslegung einer nationalen Vorschrift. Insoweit muss dem Mehrebenensystem bei der Analyse der Drittirkungsfälle mehr Aufmerksamkeit zu Teil werden. Gleichermaßen gilt für die Frage, ob auch der EuGH ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht schafft. Entscheidend sind dabei die allgemeinen Wirkungen des Unionsrechts sowie der Anwendungsbereich der Europäischen Grundrechtecharta in Privatrechtsstreitigkeiten.¹⁶ Speziell für die Überlegungen zum Verfassungsprivatrecht ist die Frage der Reichweite der Bindungswirkung in Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) relevant.¹⁷

III. Verfassungsprivatrecht

In § 5 wurde die Frage untersucht, inwiefern eine weitere Ebene des Privatrechts existiert, die als Verfassungsprivatrecht bezeichnet werden kann. Dabei wurde zunächst deutlich, dass moderne Verfassungen vereinzelt (materiell) privatrechtliche Normen enthalten, die als geschriebenes Verfassungsprivatrecht bezeichnet werden können.¹⁸ Diese Normen beruhen auf der Entscheidung des Verfassungsgebers den höheren Rang der Verfassung ausnahmsweise dafür zu nutzen, einzelnen Bestimmungen Verfassungsrang zu verleihen, die üblicherweise dem einfachen Recht angehören würden. Ein prominentes Beispiel ist Art. 9 III 2 GG.¹⁹ Diese Bestimmung führt zur Unwirksamkeit vertraglicher Klauseln, die dem Arbeitnehmer den Beitritt zu einer Gewerkschaft verbieten. Die Bestimmung löst somit allein einen Konflikt zwischen Privaten und kann als materielle Privatrechtsnorm bezeichnet werden. Aufgrund der Verortung im Grundgesetz ist diese Norm jedoch ranghöher als einfaches Privatrecht. Beispiele von geschriebenem Verfassungsprivatrecht sind selten, auf europäischer Ebene konnte etwa Art. 31 II GRCh als Beispiel ausgemacht werden, dabei wurde deutlich, dass zumindest der EuGH der Norm eine solche Qualität zusprechen könnte. Dann würde geschriebenes und ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht zusammenfallen.²⁰

¹⁵ Vgl. dazu § 4 B. III.

¹⁶ Vgl. § 4 A. I. u. II.

¹⁷ Vgl. § 5 D. II.

¹⁸ § 5 A.

¹⁹ Vgl. § 5 A. I.

²⁰ Vgl. § 5 A. IV.

Der größere Teil des Verfassungsprivatrechts stammt von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.²¹ Das BVerfG erschafft in seinen Entscheidungen zunehmend ein Gefüge privatrechtlicher Grundsätze, die über § 31 I BVerfGG die Fachgerichtsbarkeit und den Gesetzgeber binden. Auf diesem Weg entstehen (ungeschriebene) privatrechtliche Regelungen mit Verfassungsrang. Als anschauliches Beispiel konnte die Stadionverbotsentscheidung dienen. Hier hat das BVerfG, dem Privatrecht bisher weitgehend unbekannte, „Verfahrenspflichten“ Privater entwickelt und ein Kontrahierungszwang für „spezifische Konstellationen“ geschaffen. Die „Tatbestandsvoraussetzungen“ dieses Kontrahierungszwangs haben sich als unscharf herausgestellt. Erfasst sind alle Veranstalter, *die ein Ereignis für ein breites Publikum öffnen*, ohne zwischen einzelnen Personen zu unterscheiden. Sofern ein solcher Ausschluss für die betroffene Person *in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet*, darf der Veranstalter einzelne Personen nicht willkürlich ausschließen. Bestehen keine sachlichen Gründe für einen Ausschluss, muss der Veranstalter also mit dem Betroffenen kontrahieren. Diese Regelung des BVerfG (in Form einer rechtssatzmäßigen Konkretisierung konfligierender Grundrechtspositionen) kann eine Vielzahl von Privaten betreffen. Naheliegend sind etwa Museumsbetreiber, Konzertveranstalter, Ausrichter von Sportveranstaltungen, aber auch Gastronomen können erfasst sein. So kann auch die einzige Kneipe in einem kleinen Dorf unter die Vorgaben subsumiert werden.

Die Analyse dieser und weiterer Entscheidungen hat gezeigt, dass die Entscheidungen des BVerfG als Quelle des Privatrechts bezeichnet werden können. Im Anschluss wurden die Auswirkungen dieser Entwicklung aufgezeigt.²² Diese sind insbesondere daher weitreichend, da der Gesetzgeber aufgrund der Bindungswirkung nicht ohne weiteres von den Vorgaben des BVerfG abweichen kann und diese bei der Rechtsetzung zukünftig beachten muss. Zudem wird die gesamte zivilrichterliche Rechtsprechung präjudiziert, wenn das BVerfG Verfassungsprivatrecht schafft. Fachgerichte müssen etwa zukünftig die Vorgaben aus der Stadionverbotsentscheidung wie geschriebenes Recht beachten, was gewissermaßen zu einem hybriden Rechtssystem führt.²³

Der Blick auf die europäische Ebene hat deutlich gemacht, dass auch der EuGH Verfassungsprivatrecht schaffen könnte.²⁴ Die Bindungswirkung der Entscheidungen ist zumindest faktisch vergleichbar.²⁵ Die Ausgangslage ist jedoch nur dann mit der des BVerfG zu vergleichen, wenn der EuGH als „echtes“ Verfassungsgericht im Privatrecht fungiert.²⁶ Eine solche Konstellation liegt immer dann vor, wenn der

²¹ Vgl. § 5 B.

²² Vgl. dazu § 5 C.

²³ Vgl. Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 46.

²⁴ Vgl. dazu § 5 D.

²⁵ Vgl. § 5 D. II.

²⁶ Vgl. § 5 D. I.

EuGH allein mit einem Grundrecht (ohne die Richtlinie als Zwischenstufe) in einem Privatrechtsverhältnis operiert. Bisher fehlt es an einem eindeutigen Beispiel, in welchem der EuGH Verfassungsprivatrecht schafft, die Rechtssache *Broßonn* hat jedoch gezeigt, dass dies wohl nur noch eine Frage der Zeit ist.

Abschließend wurde die Frage aufgeworfen, ob sich die Entstehung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht mit der Privatrechtsordnung verträgt.²⁷ In diesem Zusammenhang wurden Anhaltspunkte für eine Grenzziehung entwickelt und hinterfragt, in welchen Fällen eine Rechtsschöpfung der Verfassungsgerichte im Bereich des Privatrechts zulässig sein könnte. Dabei hat sich gezeigt, dass es sich jedenfalls nur um Ausnahmefälle handeln kann, eine strikte Grenzziehung ist dagegen kaum möglich. Eine Grenzüberschreitung ist jedenfalls dann gegeben, wenn Leitprinzipien der Privatrechtsordnung umgestaltet werden. Wenn hingegen nur bestehende privatrechtliche Institute konkretisiert werden, erscheint die Schaffung von ungeschriebenem Verfassungsprivatrecht ausnahmsweise hinnehmbar.

B. Ausblick

Das ungeschriebene Verfassungsprivatrecht der „Verfassungsgerichte“ wirft zahlreiche Folgefragen auf. Die Entwicklung ist insbesondere mit Blick auf den Gesetzgeber mit Spannung zu verfolgen. Wie wird dieser mit dem bereits bestehenden Verfassungsprivatrecht umgehen? In naher Zukunft steht nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber von Regelungen absieht, die mit den Vorgaben des BVerfG kollidieren. In dem fiktiven Beispiel einer neuen Regelung im Infektionsschutzgesetz²⁸ würden die Vorgaben des BVerfG im Gesetzgebungsprozess vermutlich unberücksichtigt bleiben. Die Sprengkraft in der Praxis ist zumindest so lange überschaubar, bis das BVerfG erstmalig seine Vorgaben – etwa aus der Stadionverbotsentscheidung – gegenüber einer gesetzlichen Neuregelung verteidigt und damit gewissermaßen sein Verfassungsprivatrecht anerkennt. Dann wird zugleich die Frage virulent, wie viel Verfassungsprivatrecht das Privatrechtssystem verträgt. Eine ähnliche Frage stellt sich vom Boden der Privatrechtsgesellschaft für die Vorgaben des Verbraucherschutzes oder des Diskriminierungsschutzes. Riesenhuber spricht in diesem Zusammenhang von einer „Materialisierung des Rechts“ und gibt zu bedenken, dass die Privatrechtsgesellschaft eine solche Materialisierung nur in Grenzen verträgt.²⁹ Einzelne Schutzinstrumente lassen sich systemkonform rechtfertigen, entscheidend sind jedoch Anzahl und Gewicht dieser „Materialisierungen“. Ansonsten schlägt die Materialisierung des Vertragsrechts irgendwann in eine

²⁷ Vgl. § 5 E.

²⁸ Vgl. § 5 C. I. 2.

²⁹ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 23; vgl. ferner Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005).

Entmaterialisierung der Privatautonomie um.³⁰ Gleiches gilt für das Verfassungsprivatrecht. Vereinzelte Vorgaben von Verfassungsgerichten wird das Privatrechtsystem verkraften können, entscheidend sind Anzahl und Gewicht der Neuerungen. Die genaue Grenzziehung ist wie gesehen schwierig, sie wird sich vermutlich erst mit zunehmender Zeit und weiteren Beispielen herauskristallisieren. Verfassungsgerichte müssen jedenfalls ein stärkeres Bewusstsein für das Privatrechtssystem und die handelnden Organe entwickeln, wenn sie neben den Privatrechtsgesetzgeber treten und die Privatrechtsordnung mitgestalten möchten.

Für den Privatrechtler wird das System durch die zusätzliche Ebene des Privatrechts mit Verfassungsrang komplexer. Man kann es als hybrides Privatrechtssystem bezeichnen.³¹ Das gilt insbesondere für die Fachgerichte, die neben dem geschriebenen Recht die Vorgaben des BVerfG berücksichtigen müssen. In diesem Zusammenhang ist die Entwicklung auch heute schon praxisrelevant. Gegenüber der Fachgerichtsbarkeit hat das BVerfG etwa seine Vorgaben aus der Bürgschaftentscheidung vehement verteidigt, was auch zukünftig auf einen Durchsetzungswillen des BVerfG schließen lässt. In diesem Sinne kann man mit Blick auf das Verfassungsprivatrecht festhalten: das letzte Wort ist noch lange nicht gesprochen.

³⁰ Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2009), S. 1, 23.

³¹ Stürner, in: Collins (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights (2017), S. 33, 46.

Literaturverzeichnis

- Alexy, R., Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main, 5. Aufl. 2006
- Alexy, R. et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin/New York, 2002
- Armbriüster, C., Kontrahierungzwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494
- Auer, M., Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Tübingen, 2005
- Augsberg, I./Viellechner, L., Die Drittirkung der Grundrechte als Aufbauproblem, JuS 2008, 406
- Azzola, J., Die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2024, 829
- Badura, P., Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in: F. Gammelscheg et al. (Hrsg.), Sozialpartnerschaft in der Bewährung: Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, München, 1988, 1
- Barraud, B., Droit public-droit privé: de la summa divisio à la ratio divisio?, in: Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 1101
- Beaucamp, G./Treder, L., Methoden und Technik der Rechtsanwendung, Heidelberg, 4. Aufl. 2019
- Beckmann, D., Probleme des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWG-Vertrag, Münster, Univ. Diss., 1988
- Beck'scher Online-Kommentar BVerfGG: Walter, C./Grinewald, B. (Hrsg.), 15. Edition, Stand 01.06.2023, München, 2023
- Beck'scher Online-Kommentar GG: Epping, V./Hillgruber, C. (Hrsg.), 55. Edition, Stand 15.05.2023, München, 2023
- Belling, D./Herold, A./Kneis, M., Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Attila, B./Belling, D. (Hrsg.), Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, Potsdam, 2015, 53
- Böckenförde, E. W., Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus, Berlin, 2. Aufl. 1981
- Böckenförde, E. W., Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik in: Der Staat Vol. 29 No. 1 (1990), 1
- Böckenförde, E. W., Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main, 1. Aufl. 1991
- Boehmer, G., Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Erstes Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen, 1950

- Böhm, F., Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, in: ORDO, Bd. 17 (1966), 75
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz: Kahl, W./Waldhoff, C./Walter C. (Hrsg.), 218. Lieferung, Stand Dezember 2022, Heidelberg, 2022
- Brox, H./Walker, W.-D., Allgemeiner Teil des BGB, München, 46. Aufl. 2022
- Brunner, O., Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, Darmstadt, 1970
- Brunn, A., Zivilrichterliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung, JZ 2014, 162
- Bullinger, M., Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1968
- Bullinger, M., Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart in: Löwisch, M./Schmidt-Leithoff, C./Schmiedel, B. (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, München, 1991, 69
- Burkiczak, C./Dollinger, F. W./Schorkopf, F. (Hrsg.), BVerfGG, Kommentar, Heidelberg, 2. Aufl. 2022
- Bydlinski, F., Das Privatrecht im Rechtssystem einer Privatrechtsgesellschaft, Wien, 1994
- Bydlinski, F., Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP Bd. 194 (1994), 319
- Calliess, C./Ruffert, M. (Hrsg.), EUV, AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar (München, C. H. Beck, 6. Aufl. 2022
- Canaris, C. W., Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184 (1984), 201
- Canaris, C. W., Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura, P./Scholz, R. (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungsliebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München, 1993, 873
- Canaris, C. W., Grundrechte und Privatrecht, – eine Zwischenbilanz, Berlin/New York, 1999
- Caronnier, J., Le code civil, in: Norra, P. (Hrsg.), Les lieux de mémoire, Vol. 2, Paris, 1986, 293
- Cherednychenko, O., Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?, 3 Utrecht Law Review, 2007 (Issue 2), 1
- Cherednychenko, O., Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services, in: Micklitz, H.-W. (Hrsg.), Constitutionalization of European Private Law, Oxford, 2014, 170
- Colombi Ciacchi, A., The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, 15 European Constitutional Law Review, 2019, 294
- Dahle, H. (Hrsg. und Übers.), Das alte Recht: sein Zusammenhang mit der Frühgeschichte der Gesellschaft und sein Verhältnis zu modernen Ideen, Ancient law, dt., Baden-Baden, 1997
- Dederer, H.-G., Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires-, und Identitätskontrolle, JZ 2014, 313
- Degenhart, C., Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, Heidelberg, 38. Aufl. 2022
- Depenheuer, O., Vertragsfreiheit und grundrechtliche Schutzpflichten. Grund, Grenzen und Konsequenzen staatlicher Eingriffe in die Privatautonomie, ThürVBl 1996, 270

- Di Fabio*, U., Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, 1
- Diederichsen*, U., Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck, C. (Hrsg.), *Die Rangordnung der Gesetze*, Göttingen, 1995, 39
- Diederichsen*, U., Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, JURA 1997, 57
- Diederichsen*, U., Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171
- Dietlein*, J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, 1992
- Doehring*, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main, 1976
- Dörr*, O./*Grote*, R./*Marauhn*, T. (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Bd. I, Tübingen, 2. Aufl. 2013
- Dörr*, O./*Mager*, U., Rechtswahrung und Rechtsschutz nach Amsterdam – Zu den neuen Zuständigkeiten des EuGH, AöR 125 (2000), 386
- Dreier*, H., Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover, 1993
- Dreier*, H. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, 3. Aufl., Bd. I, Tübingen, 2013
- Dürig*, G., Freizügigkeit, in: Neumann, F. L./Nipperdey, H. C./Scheuner, U. (Hrsg.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte – Band II: Die Freiheitsrechte in Deutschland*, Berlin, 1954, 507
- Dürig*, G., Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, T. (Hrsg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, 1956, 157
- Dürig*, G./*Herzog*, R./*Scholz*, R. et al. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Lieferung 100, Stand Januar 2023, München, 2023
- Ehlers*, Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten, in: Schulze, R./Janssen, A./Kadelbach, S. (Hrsg.), *Europarecht: Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, Baden-Baden, 4. Aufl. 2020, 530
- Erichsen*, H.-U., Die Drittewirkung der Grundrechte, JURA 1996, 527
- Fetzer*, T./*Fischer*, K., *Europarecht*, Heidelberg, 12. Aufl. 2019
- Fezer*, K. H., Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265
- Fikentscher*, W., *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band 4: Dogmatischer Teil*, Tübingen, 1977
- Fink*, B. N., Die Bindungswirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, in: Kube, H./Reimer, E. (Hrsg.), *Handbuch für Finanz- und Steuerrecht*, Bd. 13: Geprägte Freiheit 2019/20, Berlin, 2020, 141
- Flume*, W., in: Caemmerer, E. v./Friesenhahn, E./Lange, R. (Hrsg.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1860–1960*, Bd. 1, Karlsruhe, 1960, 135

- Flume*, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, Berlin/Heidelberg/New York, 3. Aufl. 1979
- Frantziou*, E., The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: rediscovering the Reasons for Horizontality, 21 European Law Journal, 2015, 657
- Frantziou*, E. (Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable, 15 European Constitutional Law Review, 2019, 306
- Franzen*, M./*Gallner*, I./*Oetker*, H. (Hrsg.), Kommentar zur europäischen Arbeitsrecht – Eu-ArbRK, München, 4. Aufl. 2022
- Frenz*, W., Handbuch Europarecht, Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz, Berlin/Heidelberg, 1. Aufl. 2010
- Frenz*, W., Europarecht, Berlin/Heidelberg, 3. Aufl. 2021
- Frowein*, J. A., Grenzen der Rechtsfortbildung aus rechtsvergleichender Sicht, in: Hochschullehrer der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, 1986
- Gamillscheg*, F., Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385
- Gamillscheg*, F., Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin, 1989
- Gierke*, O. v., Die soziale Aufgabe des Privatrechts, in: Wolf, E. (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (Frankfurt am Main, Klostermann, 1949), 478
- Gierke*, O. v., Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, Berlin/Heidelberg, 1889
- Goodrich*, P., The Political Theology of Private Law, 11 International Journal of Constitutional Law, Issue 1 (2013), 146
- Götz*, V., Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht, in: Heyde, W./Starck, C. (Hrsg.), Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte: Göttinger Kolloquium, München, 1990, 35
- Gounalakis*, G., Gleichbehandlung im Privatrecht – das Ende der Vertragsfreiheit? in: Dammann, J./Grunsky, W./Pfeiffer, T. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München, 2011, 623
- Grabitz*, E./*Hilf*, M./*Nettesheim*, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 78. EL, Stand Januar 2023, München, 2023
- Grimm*, D., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt am Main, 1987
- Grimm*, D., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main, 1991
- Grünberger*, M., Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden, 2013
- Grünberger*, M., Warum der Stadionverbots-Beschluss weit mehr ist als nur Common sense, Verfassungsblog v. 01.05.2018
- Guckelberger*, A., Die Drittirkung der Grundrechte, JuS 2003, 1151
- Gusy*, C., Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, 189

- Hager, J., Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373
- Hager, J., Von der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung, JuS 2006, 769
- Hakenberg, W., Der Dialog zwischen nationalen und europäischen Richtern: Das Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH, DRiZ 2000, 345
- Hanau, H., Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Privatautonomie und Kontrahierungzwang, in: Dauner-Lieb, B. et al. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2006
- Hellgardt, A., Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittewirkung?, JZ 2018, 901
- Hermes, G., Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg, 1987
- Herresthal, C., Grundrechtecharta und Privatrecht, ZEuP 2014, 238
- Hesselink, M., The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law, Europa e dritto private, No. 1, 2003, 1
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB: Schmoekel, M./Rückert, J./Zimmermann, R. (Hrsg.), Band I, Allgemeiner Teil §§ 1–240, Tübingen, 2003
- Höfling, W., Vertragsfreiheit: eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg, 1991
- Hommelhoff, P., Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 71
- Honsell, H., Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565
- Höpfner, C., Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz – Teil 1, RdA 2013, 16
- Huber, P. M., Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte – Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung, EuR 2008, 190
- Huber, P. M., Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385
- Hiibner, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin/New York, 2. Aufl. 1996
- Ipsen, H. P., Gleichheit, in: Neumann, F. L./Nipperdey, H. C./Scheuner, U. (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte – Band II: Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin, 1954, 111
- Ipsen, H. P., Freiheit vor Gleichheit: Zu Günter Dürigs Kommentierung des Art. 3 GG, in: Der Staat, Vol. 13, Nr. 4 (1974), 555
- Ipsen, J., Verfassungsprivatrecht, JZ 2014, 157
- Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York, 1983
- Janisch, W., Aus der Kurve geflogen, Süddeutsche Zeitung vom 28.04.2018, S. 6
- Jarass, H. D., Die Bedeutung der Unionsgrundrechte unter Privaten, ZEuP 2017, 310
- Jarass, H. D./Pieroth, B., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Jarass, H. D./Klemt, M. (Hrsg.), Kommentar, München, 17. Aufl. 2022

- Jauernig*, O., Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Rolf Stürmer (Hrsg.), Kommentar , München, 18. Aufl. 2021
- Jellinek*, G., System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1905
- Jellinek*, W., Diskussionsbeitrag, VVDStRL 10, 1952, 66
- Jobst*, S., Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11
- Jocham* F., Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht, Berlin, 2021
- Kahl*, W./*Schwind*, M., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre, EuR 2014, 170
- Kainer*, F., Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, 894
- Kaser*, M., Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre, in: Behrends, O. et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1978, 90
- Kaser*, M., Ius Publicum und Ius Privatum, ZRG RA 103 (1986), 1
- Kaser*, M./*Knütel*, R./*Lohsse*, S., Römisches Privatrecht, München, 22. Aufl. 2021
- Kelsen*, H., General Theory of Law and State, New York, 1961
- Kennedy*, D., The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction, 130 University of Pennsylvania Law Review (1982), 1349
- Kingreen*, T./*Poscher*, R., Grundrechte, Staatsrecht II (Heidelberg, C. F. Müller, 38. Aufl. 2022)
- Klein*, E., Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, 1633
- Kloepfer*, M., Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, 685
- Kluth*, W., Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urturts des EuGH, in: AöR 122 (1997), 557
- Knauff*, M., Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, in: ZaöRV 68 (2008), 453
- Koll*, M., Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittewirkung der Grundrechte, Köln, 1961
- Körber*, T., Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen, 2004
- Krey*, V., Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem, JZ 1978, 465
- Kroll-Ludwigs*, K., Selbstverantwortung oder Vertrauenshaftung? – Anwendung von § 311 II Nr. 1 BGB (c.i.c.) auf Eheverträge und Angehörigenbürgschaften, in: Staake, M. et al. (Hrsg.), Verantwortung und Haftung, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2006, 118
- Kroll-Ludwigs*, K., Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, Tübingen, 2013
- Kulick*, A., Horizontalwirkung im Vergleich, Tübingen, 2020
- Kulick*, A., Weniger Staat wagen, AöR 145 (2020), 649
- Kumm*, M., Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, 7 German Law Journal, No. 4 (2006), 341

- Kummer, H., Öffentliches und privates Recht in der politischen Grundordnung, ZgS Bd. 104, (1944), 29
- Larenz, K./Canaris, C.-W., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg, 3. Aufl. 1999
- Laufke, F., Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Nipperdey, H. C. (Hrsg.), Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Bd. I, Berlin u.a., 1956, 145
- Leisner, W., Grundrechte und Privatrecht, München, 1960
- Lenaerts, K., Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, 3
- Lenaerts, K., Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights, 8 European Constitutional Law Review (2012), 375
- Lenaerts, K./Gutierrez-Fons, J., The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU law, 47 Common Market Law Review (2010) 1629
- Lerche, P., Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, in: Reinhard Böttcher (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin/New York, 1996, 215
- Lerche, P., Gewaltenteilung – deutsche Sicht, in: Josef Isensee (Hrsg.), Gewaltenteilung heute – Symposium aus Anlaß der Vollendung des 65. Lebensjahres von Fritz Ossenbühl, Heidelberg, 2000, 75
- Lindner, J. F., Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen, 2005
- Loughlin, M., The Idea of Public Law, Oxford, 2004
- Lübtow, U. v., Das Römische Volk: Sein Staat und sein Recht, Frankfurt am Main, 1955
- Ludovisy, M., Anmerkung zum EuGH-Urteil Rs. C-193/94: Freizügigkeit – Führerschein – Umtauschpflicht – Sanktionen, DAR 1996, 195
- Lutter, M./Wiedemann, H. (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht: Deutschland, Europa und USA, 11. ZGR-Symposium „25 Jahre ZGR“, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 13, Berlin/New York, 1998, 427
- Maihofer, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Benda, E./Maihofer, W./Vogel, H.-J. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/New York, 2. Aufl. 1994
- Maultzsch, F., Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, JZ 2012, 1040
- Maunz, T./Dürig, G. et al. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar zu Art. 3 GG, München, Bearbeitungsstand 1973
- Medicus, D., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35
- Mehrens, C./Witschen, S., Der unionsrechtliche Urlaubsanspruch und seine Auswirkungen auf das nationale Recht – Ein Zwischenbericht, EuZA 2019, 326
- Meincke, J. P., Römisches Privatrecht, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021
- Meyer, J./Hölscheidt, S. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Baden-Baden, 5. Aufl. 2019

- Michl*, F., Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2017, 1062
- Michl*, F., Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910
- Molitor*, E., Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe, 1949
- Möllers*, C., Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Je-
staedt, M./Lepsius, O./Möllers, C./Schönberger, C. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht: Eine
kritische Bilanz nach 60 Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin, 2011, 281
- Müllejans*, H., Publicus und Privatus im römischen Recht und im älteren kanonischen Recht:
unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius Publicum und Ius Privatum,
München, 1961
- Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Band 1, Allgemeiner Teil, AllgPersR,
ProstG, AGG, Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), 9. Aufl. 2021 (C. H. Beck, München, 2021)
- Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil,
Säcker, F. J. et al. (Hrsg.), 9. Aufl. 2022, München, 2022
- Murswiek*, D., Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche
Grundlagen und immissionschutzrechtliche Ausformungen, Berlin, 1985
- Musielak*, H.-J., Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, JuS 2017, 949
- Muthorst*, O., Grundlagen der Rechtswissenschaft: Methode – Begriff – System, München,
2. Aufl. 2020
- Nettesheim*, M., Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737
- Neuner*, J., Privatrecht und Sozialstaat, München, 1999
- Neuner*, J., Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht,
JZ 2016, 435
- Neuner*, J., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München, 12. Aufl. 2020
- Neuner*, J., Das BVerfG im Labyrinth der Drittewirkung, NJW 2020, 1851
- Nicklisch*, F., Der verbandsrechtliche Aufnahmefordung und die Inhaltskontrolle satzungsmä-
ßiger Aufnahmeveraussetzungen, JZ 1976, 105
- Nipperdey*, H. C., Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, 445
- Nipperdey*, H. C., Grundrechte und Privatrecht, Krefeld, 1961
- Ohler*, C., Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, NVwZ 2013,
1433
- Petersen*, J., Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, JURA 2003, 532
- Petersen*, J., Der Verstoß gegen die guten Sitten, JURA 2005, 387
- Picker*, E., Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002,
880
- Picker*, E., Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm, JZ 2003, 540
- Picker*, E., Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht, ZfA 2005, 167

- Picker, E.*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht. Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht, in: Riesenhuber, K. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2009, 207
- Planiol, M.*, *Traité élémentaire de droit civil*, Bd. I, 9. Ed., *Principes généraux. Les personnes. La famille. Les incapables. Les biens*, Paris, 1922
- Poscher, R.*, Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen, 2003
- Prümm, H. P.*, Trends im deutschen Recht, JA 2005, 310
- Raiser, L.*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1
- Richardi, R.*, Der Gesetzesentwurf zur Verstärkung der Minderheitenrechte in Betrieben und Verwaltungen (MindRG), in: Lompe, K. (Hrsg.), *Reform der Mitbestimmung: mehr Demokratie oder Spaltung d. Arbeitnehmerschaft*, Regensburg, 1988, 9
- Riedlinger, A.*, Vom Boykottaufruf zur Verfassungsbeschwerde. Erich Lüth und die Kontroverse um Harlans Nachkriegsfilme (1950–1958), in: Henne, T./Riedlinger, A. (Hrsg.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht: Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 2005, 147
- Riesenhuber, K.*, Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht. Entwicklung Stand und Verfassung des Privatrechts, in: Riesenhuber, K. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2009, 1
- Rödl, F.*, Fundamental Rights, Private Law and Societal Constitution: On the Logic of So-Called Horizontal effect, in: 20 Indiana Journal of Global Legal Studies (2013), 1015
- Rosenfeld, M.*, Rethinking the boundaries between public law and private law for the twenty-first century: An introduction, in: 11 International Journal of Constitutional Law, Issue 1 (2013), 125
- Roth, W.-H.*, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Riesenhuber, K. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2009, 175
- Röthel, A.*, Verfassungsprivatrecht aus Richterhand? – Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit, JuS 2001, 424
- Röthel, A.*, Anmerkung: Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, von Michael Grünberger, in: AcP 215 (2015), 893
- Ruffert, M.*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtsentwicklung des Grundgesetzes, Tübingen, 2001
- Ruffert, M.*, Common sense statt strikte Dogmatik? Zutreffendes aus Karlsruhe zu Stadionverboten, Verfassungsblog vom 30.04.2018
- Ruffert, M.*, Privatrechtswirkung der Grundrechte, Jus 2020, 1
- Rüfner, W.*, Drittewirkung der Grundrechte. – Versuch einer Bilanz, in: Selmer, P./Münch, I. v. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin/New York, 1987, 215

- Rüthers, B., Besprechung: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, von Jestaedt, M./Lepsius, O./Möllers, C./Schönberger, C. (Hrsg.), in: ZRG GA 130 (2013), 510
- Rüthers, B., Die heimliche Revolution vom Rechtstaat zum Richterstaat, Tübingen, 1. Aufl. 2014
- Rüthers, B./Fischer, C./Birk, A., Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre (München, C. H. Beck, 12. Aufl. 2022)
- Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München, 9. Aufl. 2021
- Säcker, F. J., Richterliche Unabhängigkeit – Der Kern der Gewaltenteilung, NJW 2018, 2375
- Sauer, H., Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht, EuR 2017, 186
- Sauer, H., Juristische Methodenlehre, in: Krüper, J. (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden, 4. Aufl. 2021, 199
- Scheuing, D. H., Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162
- Schlach/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, München, 12. Aufl. 2021
- Schlink, B., Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457
- Schmidt, D., Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, Baden-Baden, 1985
- Schmidt-Aßmann, E., Der Rechtsstaat, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II: Verfassungsstaat, Heidelberg, 3. Aufl. 2004, 541
- Schmitz, H./Stammler, P., Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber! Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilswirkungen, AöR 136 (2011), 479
- Schneider, J.-P., The Public-Private Law Divide in Germany, in: Ruffert, M. (Hrsg.), The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?, London, 2009, 85
- Scholz, R., Das dritte Fernsehurteil des Bundesverfassungsgerichts – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 16.06.1981, JZ 81, 561
- Schroeder, W., Grundkurs Europarecht, München, 7. Aufl. 2021
- Schwacke, P., Juristische Methodik, Stuttgart, 5. Aufl. 2011
- Smend, R., Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat, in: Festgabe für Otto Mayer zum siebzigsten Geburtstag, dargebracht von Freunden, Verehrern und Schülern, Tübingen, 1916, 245
- Stadler, A., Allgemeiner Teil des BGB, München, 21. Aufl. 2022
- Starck, C., Die Grundrechte des Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, JuS 1981, 237
- Starck, C., Praxis der Verfassungsauslegung I, Baden-Baden, 1994
- Starck, C., Praxis der Verfassungsauslegung II, Baden-Baden, 2006

- Starke, M. F.*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, Tübingen, 2016
- Stern, K.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, Halbbd. 1. Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München, 1. Aufl. 1988
- Stolleis, M.*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin, 1974
- Stolleis, M.*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden, 1996, 41
- Streinz, R./Michl, W.*, Die Drittewirkung des europäischen Datenschutzgrundrechts (Art. 8 GRCh) im deutschen Privatrecht, EuZW 2011, 384
- Stürner, M.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, Tübingen, 2010
- Stürner, M.*, How Autonomous should Private Law be? Elements of a Private Law Constitution, in: Collins, H. (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights, Cambridge u.a. 2017, 33
- Stürner, M.*, Europäisches Vertragsrecht: Institutionelle und methodische Grundlagen, materielles Recht, Kollisionsrecht, Berlin/Boston, 2021
- Sumner Maine, H.*, Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas, London, 1861
- Supiot, A.*, The public-private relation in the context of today's refeudalization, 11 International Journal of Constitutional Law, Issue 1 (2013), 129
- Sura, S.*, (Kein) Urlaub im Jenseits – Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis, EuZA 2019, 350
- Thüsing, G./Hoff, K. v.*, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungzwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21
- Thym, D.*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, 889
- Thym, D.*, Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, 941
- Unruh, P.*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin, 1996
- Verkuil, P. R.*, Outsourcing Sovereignty: Why Privatization of Government Functions Threatens Democracy and What We Can Do about It, Cambridge u.a., 2007
- Weber, M.*, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen, 5. rev. Aufl. 2002
- Weiler, J. H. H./Lockhart, N. J. S.*, „Taking rights seriously“ seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – Part I, 32 Common Market Law Review, (1995), 51
- Wespi, K.*, Die Drittewirkung der Freiheitsrechte, Zürich, 1968
- Wielsch, D.*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebot im Privatrecht, AcP 213 (2013), 718
- Wielsch, D.*, The Function of Fundamental Rights in EU Private Law – Perspectives for the Common European Sales Law, in: 10 European Review of Contract Law (2017), 365

- Willemsen, H.-J./Sagan, A.*, Die Auswirkungen der europäischen Grundrechtecharta auf das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2011, 258
- Wolff, H. A.*, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen, 2000
- Wollenschläger, F.*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: Hatje, A./Müller-Graff, P.-C. (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, zugleich Band 1 der Enzyklopädie Europarecht, Baden-Baden, 1. Aufl. 2014, 367
- Wutte, J.*, Mitverantwortung des Arbeitgebers für die Urlaubsnahme seiner Arbeitnehmer, EuZA 2019, 222
- Zöllner, W.*, Die politische Rolle des Privatrechts, Jus 1988, 329
- Zöllner, W.*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1
- Zöllner, W.*, Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber, K. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen, 2009, 53
- Zuck, R.*, Die Bindungswirkung von Kammerentscheidungen im BVerfG, EuGRZ 2018, 619

Stichwortverzeichnis

- Abwehr- und Schutzfunktion der Charta-Grundrechte** 123 f., 135 f.
- Abwehrfunktion der Grundrechte** 45 ff., 53 ff., 71, 124
- Anwendungsbereich der EU-Grundrechte** 113 ff., 120 ff.
- Bürgschaftsbeschluss des BVerfG**
- als Beispiel der Schutzwiltenkonstruktion 64 ff.
 - als Beispiel ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts 151 ff., 195, 201
- Direkte Wirkung des Unionsrechts** 107 ff., 125 ff., 135
- Drittewirkung der Grundrechte**
- mittelbare 33, 47 ff., 59, 62, 66, 69 ff., 74, 79, 86, 98 f., 150, 199
 - unmittelbare 33, 72 ff., 125 ff., 139, 150, 200
- Eigenständigkeit des Privatrechts** 38, 40, 46, 51, 58, 67 ff., 71 ff., 87 f., 95 ff., 101 ff., 129, 191 ff.
- Europäisches Mehrebenensystem** 104 ff., 200
- Geschriebenes Verfassungsprivatrecht** 137 ff.
- Gewaltenteilung** 76, 87 ff., 180 ff.
- Indirekte Wirkung des Unionsrechts** 112 ff., 121 ff.
- Ius privatum** 22 ff.
- Ius publicum** 22 ff.
- Konstitutionalisierung** 39 ff., 58, 93, 198
- Kontrahierungszwang** 78, 146 ff., 157, 160 ff., 168, 186, 190, 202
- Mittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte 121 ff.
- Privatautonomie** 25, 32, 34, 58, 62, 65 ff., 76, 79, 101, 129, 140, 144, 146, 152 ff., 187, 192 ff., 204
- Privatrechtsgesellschaft** 31 ff., 203
- Rechtsfortbildung/Richterrecht** 148 ff., 164, 180 ff., 191, 195 ff., 199
- Schutzfunktion der Grundrechte** 55 ff., 70 ff., 121, 123 f.
- Situativ unmittelbare Drittewirkung** 53, 77 ff., 102, 157
- Stadionverbotsbeschluss des BVerfG**
- als Beispiel der zweistufigen Anwendung 86 ff.
 - als Beispiel mittelbarer Drittewirkung 53 ff.
 - als Beispiel situativer unmittelbarer Drittewirkung 77 ff.
 - als Beispiel ungeschriebenen Verfassungsprivatrechts 157 ff., 180 ff., 195, 201
- Unabdingbarkeitsklausel** 26 f.
- Ungeschriebenes Verfassungsprivatrecht** 147 ff., 199, 201
- Auswirkungen 167 ff.
 - des EuGH 173 ff.
 - Grenzen 180 ff.
 - Verhältnis zur Drittewirkung 149 f.
- Unmittelbare Drittewirkung der Charta-Grundrechte** 124 ff., 135 f.
- Unmittelbare Geltung des Unionsrechts** 105 ff., 110 f., 116
- Vertragsfreiheit** 30 ff., 63, 90, 93, 102, 141, 146 ff., 154 ff., 159, 169, 179, 185, 188, 189 f., 192 ff.
- Grenzen 193 ff.
- Vorrang des Unionsrechts** 104, 106, 109 ff., 125 f., 131 ff., 142, 175, 201

- Z**weistufige Anwendung 79 ff., 102 f., 200 – im römischen Recht 21 ff.
Zweiteilung Öffentliches und Privates Recht – Relativierung 36 ff.
– im deutschen Recht 29 ff.