

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 <i>Franz Böhm</i>	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</i> -Konstellation 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 Privatrechtsgesetzgebers	58
b) Schutzpflicht der Zivilgerichte	60
aa) Das <i>Böll</i> -Urteil 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 Schutzwiltenlehre	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.