

Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen

Dr. Lena Hornkohl, LL.M. (College of Europe)*

"It is why I fear governments and large corporations – it is hard to distinguish between them."
– Nassim Nicholas Taleb

A. Einleitung

Eine der bestimmenden Fragen unserer Zeit ist der Umgang mit der wachsenden Macht¹ und gesellschaftlichen Einflussnahme Privater, besonders Unternehmen². Gerade in jüngerer Zeit haben vor allem, aber nicht nur, digitale Großkonzerne einen zunehmenden Einfluss auf menschliche, politische, natürliche und finanzielle Gegebenheiten und ihre Handlungen haben erhebliche gesellschaftliche Konsequenzen.

* Lena Hornkohl ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut Luxemburg für internationales, europäisches und regulatorisches Verfahrensrecht. Für hilfreiche Anmerkungen danke ich allen TeilnehmerInnen der 31. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft vom 25. – 27. August 2021 sowie Johanna Croon-Gestefeld. Des Weiteren danke ich Anne-Catherine Kern und Paula Luz Y Graf für ihre redaktionelle Hilfe. Der Beitrag wurde im September 2021 fertiggestellt, nachfolgende Rechtsentwicklungen mussten unberücksichtigt bleiben.

- 1 Siehe umfassend zur Diskussion des Machtbegriffes im rechtlichen Kontext *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht (Tübingen 2016) 277 f; im Kontext des Privatrechts *Renner*, Machtbegriff zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, in Möslin (Hg.), *Private Macht* (Tübingen 2016) 505 f m.w.N.
- 2 Vorliegend wird oftmals auf Unternehmen entsprechend der Terminologie der „politischen Theorie von Unternehmen“ abgestellt. Die Argumente oder Begründungslinien lassen sich jedoch auch auf andere Privatrechtssubjekte übertragen, welche die noch aufzuzeigenden Anforderungen der situativen mittelbaren Grundrechtsbindung erfüllen.

Als Reaktion auf diese Entwicklungen kommt in der Wirtschaftsethik unter dem Stichwort der „politischen Theorie von Unternehmen“ vermehrt die Forderung auf, private Unternehmen nicht mehr als rein wirtschaftliche, private Institutionen zu betrachten.³ Als gesellschafts-politische Akteure sollen sie auch außerhalb der rein wirtschaftlichen Arena Verantwortung tragen müssen.

Als rechtliche Folgefrage steht dabei unter anderem sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene in Aussicht, inwieweit besonders große Unternehmen als Teil dieser Verantwortung an Grundrechte gebunden sind und sein sollten. Sowohl das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) lehnten jedoch eine irgendwie geartete Grundrechtsbindung Privater, die derjenigen Grundrechtsbindung des Staates nahekkommt, lange ab.

In jüngerer Zeit scheint sich das Blatt jedoch zu wenden. Das höchste deutsche Gericht setzt sich bereits zunehmend mit der grundrechtlichen Rechtfertigung des Handelns nichtstaatlicher Akteure auseinander.⁴ Auffällig ist, dass das BVerfG auf Argumente der Vertreter der politischen Theorie von Unternehmen abstellt: die Abhängigkeitsverhältnisse, strukturelle Überlegenheit, gesellschaftliche Bedeutung und Aufgabenwahrnehmung sowie soziale Mächtigkeit.⁵ Ihm folgte kürzlich der Bundesgerichtshof (BGH) in Bezug auf das soziale Medium Facebook in einem Urteil zu Kontosperrungen wegen Hassrede.⁶ Auf europäischer Ebene gibt es ähnliche Entwicklungen. Vor kurzem erklärte der EuGH in „Egenberger“ und „Bauer“ das europäische Gleichheitsgebot in Privatrechtsstreitigkeiten für unmittelbar anwendbar.⁷ Der EuGH stellt zwar mehr auf die Bedeutung der aus dem Unionsrecht folgenden Rechte Einzelner ab. Dennoch lag den jeweiligen Fällen auch ein strukturelles Ungleichgewicht zugrunde, das die Grenzen des Privaten verschwimmen lässt. In Grundfreiheitsfällen gab es darüber

3 Grundlegend: *Zingales*, Towards a Political Theory of the Firm, *Journal of Economic Perspectives* 2017, 113 (113 ff).

4 BVerfGE 128, 226 (226 ff); BVerfG NJW 2015, 2485 (2485 ff); BVerfGE 148, 267 (267 ff); BVerfG NJW 2019, 1935 (1935 ff).

5 Siehe hierzu unten C. I.

6 BGH GRUR-RS, 2021, 23970.

7 EuGH, 17.4.2018, C-414/16, *Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V* Rn 75, (ECLI:EU:C:2018); EuGH, 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn* Rn 85, (ECLI:EU:C:2018:87).

hinaus schon länger vom EuGH eine der neueren bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung ähnelnde Entwicklung zur horizontalen Anwendbarkeit der Grundfreiheiten.⁸

Der vorliegende Beitrag eruiert die Grundrechtsbindung Privater und damit die Grenzen des Privatrechts, wenn Private gesellschaftsrelevant werden und staatsähnlich fungieren aus der Perspektive der politischen Theorie von Unternehmen. Sofern hier von staatlichen oder staatsähnlichen Aufgaben gesprochen wird, geht es um solche Aufgaben, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegen und zumindest traditionell durch den Staat selbst wahrgenommen werden.⁹ Es soll ein Ausblick auf die Problematik aus deutscher und europäischer Sicht gegeben werden. Mit Rückgriff auf die politische Theorie von Unternehmen wird ein weiterer Begründungstopos mit in die Diskussion eingestellt. Der Beitrag soll dabei erste Denkanstöße schaffen, ohne einen Anspruch auf ein vollständiges Konzept zu erheben.

B. Zwischen öffentlich und privat: Die politische Theorie von Unternehmen der Wirtschaftsethik im rechtlichen Kontext

I. Wirtschaftsethischer Hintergrund

In der (neueren) Wirtschaftsethik hat sich eine Strömung unter dem Stichwort politische Theorie von Unternehmen (meist Englisch „*political theory of the firm*“) herausgebildet.¹⁰ Danach werden Unternehmen

8 Siehe zur Rechtsprechungsentwicklung Müller-Graff, Direct Horizontal Effect of the Transnational Market Access Freedoms of the Internal Market, in: Amtenbrink/Davies/Kochenov/Lindeboom (Hg.), The Internal Market and the Future of European Integration (Cambridge 2019) 32 f. m.w.N.

9 Siehe umfassend Koriot in Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 94. EL (München 2021) Art. 30 Rn 14, 15. Ähnlich auch das Verständnis des BVerfG, dazu C. I.

10 Siehe unter anderem Hsieh, Justice, Management, and Governance, Corporate Governance 2006, 261 (261 ff); Rasche/Baur/van Huijstee/Ladek/Naidu/Perla/Schouten/Valente/Zhang, Corporations as Political Actors: A Report on the First Swiss Master Class in Corporate Social Responsibility, Journal of Business Ethics 2008, 151 (151 ff); Crane/Matten/Moon, Corporations and Citizenship, Cambridge 2008, *passim*; Crane/Matten/Moon, The emergence of corporate citizenship: Historical development and alternative perspectives, in: Scherer/Palazzo (Hg.), Handbook of Research on Global Corporate Citizenship (2008) 25

nicht als rein wirtschaftliche, d.h. private Institutionen, sondern auch als Akteure in der politischen Arena oder quasi-öffentliche, staatsähnliche Akteure angesehen. Auch wenn dieser Gedanke nicht vollends neu ist,¹¹ so gelangt er gerade vor dem Hintergrund der digitalen Großkonzerne und der seit einigen Jahren vorherrschenden allgemeinen Markt- und Machtkonsolidierung erneut in den Fokus der Aufmerksamkeit. Unternehmen haben einen zunehmenden Einfluss auf menschliche, organisatorische, natürliche und finanzielle Ressourcen.¹²

Ausgangspunkt der Diskussion bietet die starke wirtschaftliche Stellung von Unternehmen. Unternehmen haben eine immense wirtschaftliche Macht im Vergleich zum Staat (bekommen).¹³ Schon in den 1930er Jahren stellten *Berle und Means* fest, dass der Aufstieg des modernen Unternehmens eine Konzentration wirtschaftlicher Macht im privaten Bereich mit sich gebracht hat, die gleichberechtigt mit dem modernen Staat konkurrieren kann.¹⁴ Diese wirtschaftliche Macht, auch im Vergleich zum Staat, hat sich in den letzten hundert Jahren noch verstärkt.¹⁵ Neuere Studien verdeutlichen diesen Trend: *Global Justice Now* berichtete 2016, dass die zehn größten Konzerne der Welt zusammen einen höheren Umsatz haben als die meisten (180) Länder

(25 ff); *Néron*, Business and the Polis: What Does it Mean to See Corporations as Political Actors?, *Journal of Business Ethics* 2010, 333 (333 ff); *Whelan*, The Political Perspective of Corporate Social Responsibility: A Critical Research Agenda, *Business Ethics Quarterly* 2012, 709 (709 ff); *Ciepley*, Beyond Public and Private: Toward a Political Theory of the Corporation, *American Political Science Review* 2013, 139 (139 ff); *Rasche*, The corporation as a political actor – European and North American perspectives, *European Management Journal* 2015, 4 (4 ff); *Zingales*, Towards a Political Theory of the Firm, *Journal of Economic Perspectives* 2017, 113 (113 ff).

11 Auch Adam Smith zeigte sich großen Unternehmen gegenüber kritisch, siehe *Smith*, *The Wealth of Nations* 1776, *passim*; später siehe *Berle/Means*, *The modern corporation and private property*, New Brunswick, NJ 1932, *passim*.

12 Siehe allein *Néron*, *Business* (Fn 10) 336.

13 Auf die parallele Diskussion um den Verlust des staatlichen Einflusses und der staatlichen Aufgabenwahrnehmung und deren mögliche rechtliche Konsequenzen wird hier nicht eingegangen, vgl. dazu u.a. schon *Cable*, *The Diminished Nation-State: A Study in the Loss of Economic Power*, Daedalus 1995, 23 (23 ff); siehe dazu auch *Babic/Heemskerck/Fichtner*, Who is more powerful – states or corporations?, 10.07.2018 (<https://theconversation.com/who-is-more-powerful-states-or-corporations-99616> [Abruf 10.08.2021]).

14 *Berle/Means*, *modern corporation* (Fn 11) *passim*.

15 Einen historischen Überblick gibt *Zingales*, *Political Theory* (Fn 10) 115.

der Welt zusammen.¹⁶ In 2018 wiederholten sie, dass 69 der 100 größten Wirtschaftseinheiten Unternehmen und nicht Staaten sind; wenn es um die Top 200 Entitäten geht, wird der Unterschied zwischen Unternehmen und Regierungen noch deutlicher: 157 sind Unternehmen.¹⁷

Die Konzentration im privaten Bereich verteilt sich dabei auf immer weniger (Groß-) Unternehmen. Während dieser Trend vor allem in den USA schon länger identifiziert wurde¹⁸, holt auch Europa¹⁹ im Hinblick auf die Konzentrationslevel auf.²⁰ Studien zeigen dabei, dass die Marktkonzentration im Laufe der Zeit im Durchschnitt zugenommen hat, jedoch eine große Heterogenität zwischen den geografischen Märkten und innerhalb verschiedener Branchen herrscht.²¹ Besonders die Informationstechnologie und digitale Großunternehmen werden im Hinblick auf Konzentrationslevel aber auch bezüglich ihrer zum Teil grundrechtsrelevanten Verhaltensweisen als besonders problematisch angesehen.²² Die dort vorkommende hohe Verbreitung von Netz-

-
- 16 Global Justice Now, 10 biggest corporations make more money than most countries in the world combined. Global Justice Now, 12.9.2016 (<https://www.globaljustice.org.uk/news/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined/> [Abruf 23.7.2021]).
 - 17 Global Justice Now, 69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show. Global Justice Now, 17.10.2018 (<https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/> [Abruf 23.07.2021]).
 - 18 *Abdela/Steinbaum*, The United States Has a Market Concentration Problem (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/09/ftc-2018-0074-d-0042-155544.pdf [Abruf 09.08.2021]); *Stiglitz*, Market Concentration Is Threatening the U.S. Economy (<https://www8.gsb.columbia.edu/articles/c-hazen-global-insights/market-concentration-threatening-us-economy> [Abruf 09.08.2021]).
 - 19 *Affeldt/Duso/Gugler/Piechucka*, Market Concentration in Europe: Evidence from Antitrust Markets, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung 2021, *passim*.
 - 20 *Bajgar/Berlingieri/Calligaris/Crisuolo/Timmis*, Industry Concentration in Europe and North America, Organisation for Economic Co-operation and Development 2019, *passim*.
 - 21 *Affeldt/Duso/Gugler/Piechucka*, Market Concentration (Fn 19) *passim*; *Bajgar/Berlingieri/Calligaris/Crisuolo/Timmis*, Industry Concentration (Fn 20) *passim*.
 - 22 *Bessen*, Industry Concentration and Information Technology, *Journal of Law and Economics* 2020, 531 (531 ff); *Mandel*, Competition and Concentration: How the Tech/Telecom/Ecommerce Sector is Outperforming the Rest of the Private Sector, Progressive Policy Institute 2018, *passim*.

werkexternalitäten, d.h. Situationen, in denen eine erhöhte Nutzung zu einer direkten Wertsteigerung für andere Nutzer führt, den oftmals damit einhergehenden *lock-in*-Effekten, sowie das Vorhandensein von informationsintensiven Gütern mit hohen Fixkosten und niedrigen Grenzkosten, lässt diesen Wirtschaftszweig dem *winner-takes-all*-Prinzip unterfallen.²³

Diese wachsende, konzentrierte wirtschaftliche Macht geht dabei oft mit einer gesellschaftspolitischen Macht²⁴ einher, die Unternehmen zu den mächtigsten sozialen Gebilden unserer Welt, geradezu Schlüsselinstitutionen unserer Zeit werden lässt. Oft stehen hier Lobbyismus oder andere Formen politischer Einflussnahme im Vordergrund der problematischen Verhaltensweisen.²⁵ Vor allem werden jedoch Ungleichgewichte in rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen verzeichnet. Unternehmen stehen z. B. als Arbeitgeber ihren Mitarbeitern in einem ähnlichen funktionalen Ungleichgewicht gegenüber wie der Staat dem Bürger und haben in der Funktion einen zunehmenden Einfluss auf das Leben von Einzelpersonen und die Gesellschaft als Ganzes.²⁶ Bei steigender Marktdurchdringung, gerade auf den von genannten Effekten dominierten digitalen Märkten, sind Unternehmen im Übrigen unverzichtbare Vertragspartner, was ein entsprechendes Ungleichgewicht beinhaltet.²⁷

Unternehmen übernehmen ohnehin immer mehr Funktionen, die traditionell dem Staat zufallen. Damit stehen sie den Bürgern in einer staatsähnlichen²⁸ Art und Weise entgegen, auch wenn sie dem Staat

23 Zingales, Political Theory (Fn 10) 121.

24 Insoweit liegt der Diskussion in der Wirtschaftsethik jedoch ein sozialwissenschaftlicher Machtbegriff zugrunde, siehe zur Unterscheidung Starke, EU-Grundrechte (Fn 1) 278 f

25 Einen Fokus darauf legen Bernhagen/Bräuninger, Structural Power and Public Policy: A Signaling Model of Business Lobbying in Democratic Capitalism, Political Studies 2005, 43 (43).

26 Ciepley, Beyond Public and Private (Fn 10) 139, 153 f; Hsieh, Survey Article: Justice in Production, Journal of Political Philosophy 2008, 72 (72 ff); McMahon, The Political Theory of Organizations and Business Ethics, Philosophy & Public Affairs 1995, 292 (292 ff); kritisch dazu Moriarty, On the Relevance of Political Philosophy to Business Ethics, Business Ethics Quarterly 2005, 455 (455 ff).

27 Dazu generell Savary, Regulierung von Gatekeeper-Plattformen, RD 2021, 117 (117 ff); Gielen/Uphues, Digital Markets Act und Digital Services Act, EuZW 2021, 627 (627 ff).

28 Zum Staatsbegriff siehe oben A.

unter anderem mangels Zwangsgewalt nicht gleichstehen.²⁹ Erfasst werden nicht nur Privatisierungen, d.h. Verlagerung von bisher staatlichen Aktivitäten in den privatwirtschaftlichen Sektor.³⁰ In bestimmten Bereichen, wie beispielsweise der Bonitätsprüfung durch die Schufa AG, nehmen Unternehmen seit jeher staatsähnliche oder zumindest (grundrechts-)wesentliche Aufgaben wahr.³¹ Auch durch die Bereitstellung wesentlicher Güter und Dienstleistungen hat das Handeln von Unternehmen bedeutende öffentliche, gesellschaftswesentliche Konsequenzen.³² Vor allem die digitalen sozialen Netzwerke als Inhaber wesentlicher Kommunikationsräume stellen heute wesentliche Foren der Meinungsäußerung dar, welche sich zuvor auf Plattformen abspielte, die zumindest stärker staatlich reguliert wurden.³³

Unternehmen sind nach alledem in einigen Bereichen zwar nicht zu staatlichen, aber zu staatsähnlichen, gesellschaftsrelevanten Akteuren geworden. Deren Tätigkeiten haben nicht nur Auswirkungen auf eine Vielzahl von Interessengruppen, sondern sie erfüllen auch ein öffentliches Interesse. Damit kommt solchen Unternehmen eine andere gesellschaftsrelevante Bedeutung zu als nur die Gewinnmaximierung und das Wohlergehen der Aktionäre. Die klassische Trennung zwischen Unternehmen, die sich auf Gewinnmaximierung konzentrieren, und dem Staat oder der öffentlichen Hand, die versuchen, soziale Ziele außerhalb des Marktes zu realisieren, wird insoweit von der politischen Theorie von Unternehmen in Frage gestellt. Eine solche Einteilung verkennt die Rolle von Unternehmen in der und für die Gesellschaft. Ihr Verhalten darf sich nicht nur an wirtschaftlichen Zielen orientieren, sondern muss auch die Gesellschaftsrelevanz im Auge behalten.³⁴

29 *Néron*, Business (Fn 10) 338.

30 Siehe *Reese-Schäfer*, Deutungen der Gegenwart, Privatisierung und politische Macht, Stuttgart 2019, 205 (205); im Ansatz *Beisecker/Braunmühl/Wichterich/Winterfeld*, Die Privatisierung des Politischen, *Femina Politica* 2007, 28 (28 ff).

31 Ähnlich im rechtlichen Kontext *Jobst*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, *NJW* 2020, 11 (13).

32 *Ciepley*, Beyond Public and Private (Fn 10) 152.

33 Aus rechtlicher Perspektive *Jobst*, Grundrechtsbindung Privater (Fn 31) 15 f

34 *Néron*, Business (Fn 10) 333.

II. Rechtlicher Kontext

Diese Entwicklungen lassen auch einen anderen Blick auf rechtliche Kategorien zu. Rechtlich gesehen gehören Unternehmen grundsätzlich zur privaten Sphäre der klassischen Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht. Sie haben zwar beispielsweise über steuerrechtliche Verpflichtungen eine gewisse gesellschaftliche Verantwortung, entziehen sich darüber hinaus aber grundsätzlich einer Rechenschaftspflicht gegenüber der Gesellschaft. Überträgt man den Gedanken der zunehmenden Gesellschaftsrelevanz von Unternehmen aus der politischen Theorie von Unternehmen in einen rechtlichen Kontext, geht es vor allem darum, dass eine Flucht ins Privatrecht ausgeschlossen wird. Dieser Gedanke ist dem Privatrecht nicht völlig fremd. Auch das Privatrecht, welches die Privatautonomie zu Recht als oberste Prämisse aufweist, erkennt seine gesellschaftliche Verantwortung an, was sich z.B. an Regelungen wie dem AGG zeigt.

Zur Übertragung der Ideen der politischen Theorie von Unternehmen in einen rechtlichen Kontext kommen verschiedene Ansätze in Betracht. Praxen, die unter dem Stichwort „Corporate Social Responsibility“ (CSR) bekannt sind, werden hier ausgeklammert, da damit nur der freiwillige Beitrag der Wirtschaft zu einer nachhaltigen Entwicklung umschrieben wird.³⁵

Zu denken ist auch an eine zunehmende Regulierung von Unternehmen in gesellschaftlich relevanten Bereichen, die heute schon im Ansatz erfolgt.³⁶ Im Gegensatz zu privatisierten Märkten sind es jedoch gerade die digitalen Märkte, auf denen (noch) weitgehend unreguliert operiert wird. So hat das Medienrecht in traditionellen Bereichen privater und öffentlicher Information und Kommunikation für eine

35 Siehe *Walden*, Corporate Social Responsibility: Rechte, Pflichten und Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 2020, 50 (50 ff); *Barsan/Hertslet*, Unternehmensinteresse, Gesellschaftszweck und Corporate Social Responsibility, IWRZ 2019, 256 (256 ff); *Spießhofer*, Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, NJW 2014, 2473 (2473 ff); *Birk*, Corporate Responsibility, unternehmerische Selbstverpflichtungen und unlauterer Wettbewerb, GRUR 2011, 196 (196 ff).

36 Siehe z.B. *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke 2018, *passim*.

weitreichende Regulierung gesorgt.³⁷ In digitalen Bereichen ist dies auf europäischer und deutscher Ebene noch dünn gesät; das Netzwerkdurchsetzungsgesetz³⁸, der neue Medienstaatsvertrag³⁹ oder vereinzelte EU-Richtlinien sowie das vorgeschlagene *Digital Markets and Digital Services Act*-Paket⁴⁰ sind erste Ansätze in die richtige Richtung.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob private Unternehmen mit bestimmter gesellschaftlicher Relevanz in bestimmten Situationen, in denen sie ähnlich wie der Staat handeln, auch ähnlich wie der Staat rechtfertigungsbedürftig und grundrechtsgebunden sein sollten. Eine mögliche lückenfüllende Funktion der Grundrechtsbindung im Verhältnis zu weiterer Regulierung soll hier bereits erwähnt werden.⁴¹

In der Rechtswissenschaft wird die Grundrechtsbindung Privater auf europäischer und deutscher Ebene schon seit langem diskutiert. Auf die klassischen, genuin rechtswissenschaftlichen Argumente, z. B. zur Reichweite des Wortlautes von Art. 1 Abs. 3 GG, soll hier nicht weiter eingegangen werden.⁴² Vielmehr sollen die genannten Argumente der politischen Theorie von Unternehmen als (weitere) Erläuterungspunkte dienen, um eine Grundrechtsbindung vor allem von mächtigen privatrechtlichen Unternehmen als intermediäre Gewalt zu begründen: Staatsähnliche Verhaltensweisen erfordern staatsähnliche Konsequenzen auch in Privatrechtsverhältnissen.

37 Im Vergleich mit der digitalen Medienwelt *Schütz*, Regulierung in der digitalen Medienwelt, Multimedia und Recht 2018, 36 (36 ff).

38 Einen Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte gibt *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, Multimedia und Recht 2018, 26 (26 ff).

39 Dazu, statt aller *Gerecke/Stark*, Ein neues Medienrecht für Deutschland, GRUR 2021, 816 (816 ff).

40 Dazu, statt aller *Basedow*, Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen Digital Markets Act, ZEuP 2021, 217 (217 ff); *Schmid/Grewe*, Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Onlinedienste“, Multimedia und Recht 2021, 279 (279 ff).

41 Siehe unten D. II.

42 Siehe zuletzt umfassend *Muckel/Schlacke*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in Sacksofsky (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik (Berlin 2020) 246 (246 ff).

C. Die neue Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung Privater im Lichte der politischen Theorie von Unternehmen

In ersten Ansätzen wird die Argumentation der Vertreter der politischen Theorie von Unternehmen im Hinblick auf die Grundrechtsbindung Privater in Grundzügen vom EuGH, vor allem aber durch das BVerfG aufgenommen. Kürzlich meldete sich auch der BGH zu Wort, der verdeutlicht, dass eine gewisse Grundrechtsbindung gesellschaftsrelevanter Privatunternehmen zumindest in Deutschland bereits gefestigt ist.

I. Das BVerfG: Der Vorreiter

Entgegen der frühen, weitsichtigen Auffassung von *Nipperdey*⁴³ war seit der „*Lüth*“-Entscheidung⁴⁴ des BVerfG eine *strenge* Lehre der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privaten vorherrschend.⁴⁵ Danach gelten Grundrechte nur indirekt in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen, indem sie als Teil der Werteordnung über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das Privatrecht einwirken.⁴⁶

Das BVerfG hält zwar äußerlich an der mittelbaren Drittwirkung fest. Die Rechtsprechungsentwicklung der letzten zehn Jahre⁴⁷ lässt jedoch die Grenzen zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung verschwimmen. Mittlerweile wiederholte das Gericht in mehreren Entscheidungen die Aussage, dass durch die mittelbare Drittwir-

43 *Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121 (121 ff).

44 BVerfGE 7, 198 (198 ff).

45 Grundlegend *Bumke*, Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz, AöR 2019, 1 (1 ff).

46 Grundlegend *Knebel*, Drittwirkung (Fn 36) 33 ff

47 Dazu unter anderem auch *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11; *Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (34 ff); *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 (901 ff); *Muckel*, Entsperrung des Accounts eines sozialen Netzwerks, JA 2019, 710 (710 ff); *Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910 (910 ff); *Sachs*, Grundrechte: Bindung Privater an Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes, JuS 2019, 1037 (1037 ff); *Sachs*, Grundrechte: Ausstrahlungswirkung von Art. 3 I GG auf das Privatrecht, JuS 2019, 89 (89 ff).

kung der Grundrechte Private „ähnlich oder genauso weit 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“ und die „mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe oder auch gleichkommen“ kann.⁴⁸

Das BVerfG entschied dies jedoch nicht kategorisch, sondern nur *situativ* für bestimmte Rechtsverhältnisse und Konstellationen.⁴⁹ In „*Bierdosen-Flashmob*“ griff das Gericht den Gedanken der Herrschaft über einen dem öffentlichen Verkehr eröffneten Raum und dessen Kommunikationsfunktion auf, welcher schon in „*Fraport*“ anklang⁵⁰. Das Gericht entschied in Anwendung der Lehre der mittelbaren Drittwirkung von Art. 8 GG, dass ein Platz, welcher im alleinigen Privateigentum einer GmbH und Co. KG steht, als Ort einer Demonstration genutzt werden dürfe.⁵¹

In der „*Stadionverbot*“-Entscheidung legte das BVerfG die situativ mittelbare Drittwirkung ebenfalls weit aus und forderte, dass beim Ausspruch eines Stadionverbots durch einen privaten Stadionbetreiber das Gleichbehandlungsgebot der potentiellen Besucher aus Art. 3 Abs. 1 GG und das Eigentumsrecht des Stadionbetreibers aus Art. 14 Abs. 1 GG im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen seien.⁵² Im konkreten Fall forderte das BVerfG in Folge dieser Abwägung einen sachlichen Grund für das Stadionverbot sowie bestimmte verfahrensrechtliche Schritte, insbesondere eine vorherige Anhörung und nachträgliche Begründung.⁵³ In einem einstweiligen Anordnungsverfahren zu „*Facebook*“ bezüglich der Verpflichtung zum vorübergehenden Entsperrern eines Nutzer-Accounts ließ das BVerfG die Frage einer weitgehenden Grundrechtsbindung des sozialen Netzwerkbetreibers im End-

48 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485).

49 Ebenso *Michl*, Grundrechtsbindung (Fn 47) 910 ff; *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11.

50 BVerfGE 128, 226 (246). In „*Fraport*“ stand jedoch nicht eine mittelbare Drittwirkung in Abrede, weil es dort um ein vom Staat beherrschtes Privatunternehmen ging. Dennoch geben einige Argumentationslinien des Urteils Ausblick auf die folgende Rechtsprechungsentwicklung.

51 BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485 ff).

52 BVerfGE 148, 267 (267 ff).

53 BVerfGE 148, 267 (281).

effekt aufgrund des vorläufigen Charakters der Entscheidung offen.⁵⁴ Eine Tendenz für eine Grundrechtsbindung lässt sich aber im Wortlaut des Beschlusses erkennen.⁵⁵

Bei der schrittweisen Abkehr der lange als apodiktisch geltenden, strengen „Lüth“-Auffassung des BVerfG zu einer Doktrin der situativ mittelbaren Drittwirkung bedient sich das Gericht auch maßgeblich Argumenten, die an die politische Theorie von Unternehmen angelehnt sind. „Fraport“ und „Bierdosen-Flashmob“ stellen auf die Eröffnung privater Räume für die Allgemeinheit und deren Bedeutung als Raum öffentlicher Kommunikation ab.⁵⁶ Wie das Gericht unterstreicht, übernehmen Unternehmen bei der Bereitstellung der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation auch eine Funktion, die früher dem Staat zugewiesen war.⁵⁷ Es stellt als Kriterium der einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder gleichkommenden, situativ mittelbaren Drittwirkung für Private, auf die dem Staat vergleichbaren Pflichten- oder Garantenstellung der entsprechenden Unternehmen ab.⁵⁸ In beiden Entscheidungen wird die quasi-staatliche Funktion von Unternehmen hervorgehoben.

Die Parallelen zur Argumentation der politischen Theorie von Unternehmen werden in der „Stadionverbot“-Entscheidung noch deutlicher. Den Umfang der mittelbaren Drittwirkung macht das BVerfG dort grundsätzlich von verschiedenen Faktoren abhängig, wobei „die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen.“⁵⁹ Auch wenn das BVerfG im „Facebook“-Beschluss nicht endgültig entschied, betonte es dort zumindest die erhebliche Marktmacht des sozialen Netzwerks.⁶⁰

Im „Stadionverbot“-Fall folgt die konkrete Beachtung von Art. 3 Abs. 1 GG im Rahmen der Abwägung laut BVerfG im Übrigen daraus, dass die Veranstaltung einem „großen Publikum ohne Ansehen der Per-

54 BVerfG, NJW 2019, 1935 (1935 ff).

55 Siehe diesbezüglich den Wortlaut bei BVerfG, NJW 2019, 1935 (1936).

56 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485).

57 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485 f).

58 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485 f).

59 BVerfGE 148, 267 (278).

60 BVerfG, NJW 2019, 1935 (1936).

son“ geöffnet wird, der Veranstalter für die „Betroffenen in einem erheblichen Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet“ und dem Veranstalter demnach „von Verfassungen wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung“ sowie die schon angesprochene Entscheidungsmacht erwachse.⁶¹ Es ist hier nicht allein der physische Raum, sondern vor allem auch die Veranstaltung an sich entscheidend.⁶²

Allgemein spielen für das BVerfG in seiner Begründung auf der einen Seite die Disparität der Vertragsparteien und strukturelle Ungleichgewichte, auf der anderen Seite die Eröffnung eines wesentlichen öffentlichen Kommunikationsraums, einer genuin staatlichen Aufgabe, eine maßgebliche Rolle.

II. Der BGH in „Facebook Hassrede“: Neueste Entwicklungen

Die vom BVerfG offengelassene Frage der Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke griff der BGH kürzlich in einem Urteil zu Facebook-Kontosperrungen wegen Hassrede auf.⁶³ Der BGH nutzte die AGB-Kontrolle zur Überprüfung von Facebooks Gemeinschaftsstandards in Bezug auf die Löschung von Beiträgen und Sperrung von Nutzerkonten. Bei der Frage, ob eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB vorliegt, seien laut BGH die kollidierenden Grundrechte der Nutzer, insbesondere die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, und diejenigen der Plattform-Betreiber, insbesondere die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen.⁶⁴ In der konkreten Abwägung sieht der BGH – ähnlich wie im „Stadionverbots“-Fall – für Facebook vor allem verfahrensrechtliche Konsequenzen bei der Löschung von Beiträgen und Sperrung von Nutzerkonten vor.⁶⁵

61 BVerfGE 148, 267 (280).

62 So auch *Smets*, Stadionverbotsentscheidung (Fn 47) 35.

63 BGH, GRUR-RS, 2021, 23970; dazu *Lutzi*, Plattformregulierung durch AGB-Kontrolle?, 30.07.2021, <https://verfassungsblog.de/facebook-agb-kontrolle/> [Abruf: 10.08.2021]).

64 BGH, GRUR-RS 2021, 23970.

65 Im Detail dazu BGH, GRUR-RS 2021, 23970.

Damit wendet der BGH die Standards der oben aufgeführten Rechtsprechungslinie des BVerfG zur situativ mittelbaren Grundrechtswirkung direkt an. Der BGH betont ebenfalls die „Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung bestimmter Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite“, Argumente der politischen Theorie von Unternehmen.⁶⁶ Gleichzeitig unterstreicht der BGH zwar, dass Facebook nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist und macht die Unterschiede zur direkten Grundrechtsbindung des Staates deutlich.⁶⁷ Der BGH nimmt aber eine solche Abgrenzung nur vor, um die eigene Grundrechtsberechtigung Facebooks und die Rolle der Abwägung entsprechend den Regeln der praktischen Konkordanz hervorzuheben.⁶⁸

Die situativ mittelbare Grundrechtsbindung der sozialen Plattform ist gerechtfertigt.⁶⁹ Facebook eröffnet auf seiner Plattform einen (digitalen) Kommunikationsraum des gesellschaftlichen Lebens für ein unbegrenzt großes Publikum ohne Ansehen der Person, durch das sogar teilweise klassische öffentliche Begegnungsräume verdrängt werden.⁷⁰ Mit der Eröffnung öffentlicher Kommunikationsräume nehmen Facebook und andere soziale Medienplattformen eine staatsähnliche Aufgabe im oben erläuterten Sinne wahr. Darüber hinaus benutzt ein Großteil der Gesellschaft Facebook und andere soziale Medienplattformen⁷¹, was ihnen eine erhebliche gesellschaftsbeherrschende Stellung zukommen lässt.⁷²

⁶⁶ BGH, GRUR-RS 2021, 23970 Rn 55.

⁶⁷ BGH, GRUR-RS 2021, 23970 Rn 59.

⁶⁸ BGH, GRUR-RS 2021, 23970 Rn 59 aE.

⁶⁹ Siehe dazu unter anderem *Michl*, Grundrechtsbindung (Fn 47) 910 ff; *Hellgardt*, Drittwirkung (Fn 47) 901 ff; *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1 (1 ff); *Smets*, Stadionverbotsentscheidung (Fn 47) 36; *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 14.

⁷⁰ So auch *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 15 f; siehe dazu auch bereits oben unter B. I.

⁷¹ Dazu: *Beisch/Schäfer*, ARD/ZDF-Onlinestudie 2020, Media Perspektiven 2020, 462 (462 ff).

⁷² So auch *Smets*, Stadionverbotsentscheidung (Fn 47) 36; angedeutet bereits in: BVerfG NJW 2019, 1935 (1935 ff).

III. Der EuGH: der Nachzügler

In der Rechtsprechung des EuGH, der keine Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsbindung wie im deutschen Recht kennt, wurde mit „Egenberger“ und „Bauer“ vor allem die unmittelbare Wirkung des europäischen Gleichheitsgebots in Privatrechtsverhältnissen als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts und folgend aus Art. 21 EUGRCh anerkannt.⁷³ Im Gegensatz zum BVerfG bedient sich der EuGH aber primär genuin rechtswissenschaftlicher Argumente zur Begründung der direkten Anwendbarkeit des Grundrechts im Privatrechtsstreit, z. B. dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 EUGRCh.⁷⁴

Zumindest indirekt lässt sich jedoch ebenfalls eine Parallele zur politischen Theorie von Unternehmen ziehen. Auch wenn der EuGH nicht ausdrücklich darauf hinweist, so waren in den zugrundeliegenden Rechtsstreitigkeiten sowohl Ungleichgewichte als auch ein Vergleich mit staatlicher Aufgabenwahrnehmung wahrnehmbar. In beiden Urteilen handelt es sich um arbeitsrechtliche Streitigkeiten. In Vorgängerurteilen wurde das europäische Gleichheitsgebot vor allem in Arbeitsrechtsstreitigkeiten gegenüber staatlichen Arbeitgebern angewandt.⁷⁵ Durch „Egenberger“ und „Bauer“ sollte auch vermieden werden, dass ein (europa)rechtlicher Schutz von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Qualität des Arbeitgebers abhängig ist.

Im Kontext der politischen Theorie von Unternehmen bietet sich vor allem aber ein Blick auf die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten an, die zumindest in dem Sinne verwandt sind, dass sie sich ebenfalls primär an den Staat richten.⁷⁶

73 EuGH 17.4.2018, C-414/16 *Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*, Rn 75 (ECLI:EU:C:2018:257); EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16 *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn*, Rn 85 (ECLI:EU:C:2018:871).

74 EuGH 17.4.2018, C-414/16 *Vera Egenberger gegen Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e. V.*, Rn 77 (ECLI:EU:C:2018:257); EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16 *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn*, Rn 87 (ECLI:EU:C:2018:871).

75 Siehe diesbezüglich auch das Urteil EuGH 6.11.2018, C-569/16 und C-570/16 *Stadt Wuppertal gegen Maria Elisabeth Bauer und Volker Willmeroth gegen Martina Broßonn* (ECLI:EU:C:2018:871) selber, bei dem es sowohl um einen staatlichen als auch einen privatrechtlichen Arbeitgeber ging.

76 So auch: *Knebel*, Drittwirkung (F. 36) *passim*.

Eine kategorische Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auf Privatrechtsverhältnisse wird von der Rechtswissenschaft zwar stetig gefordert,⁷⁷ wurde aber vom EuGH bisher nicht anerkannt. Im Gegensatz dazu nimmt der EuGH auch eine situationsbedingte unmittelbare Bindung Privater je nach anwendbarer Marktgrundfreiheit an, vor allem in Ungleichheitsverhältnissen oder bei quasi-staatlicher sowie staatsähnlicher Aufgabenwahrnehmung Privater.

Wie auch vom BVerfG, fallen ohnehin solche privatrechtlichen Einrichtungen in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten, an denen der Staat beteiligt ist oder auch nur durch Finanzierung oder andere Formen der Überwachung eine gewisse Kontrolle ausübt.⁷⁸ Gleichzeitig werden vermehrt private Kollektivorganisationen mit delegierter oder autonomer Rechtssetzungsbefugnis in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten miteinbezogen, gerade weil diese über eine dem Staat vergleichbare Stellung verfügen. In der Vergangenheit wurden unter anderem Gewerkschaften⁷⁹, Berufsverbände oder andere Stellen, welche die Ausübung eines bestimmten Berufs oder den Zugang zu einem bestimmten Markt ermöglichen,⁸⁰ Sportverbände⁸¹ sowie private Normierungs- und Zertifizierungsorganisationen⁸² erfasst. Der EuGH betonte in dem Zusammenhang mehrfach, dass solche privatrechtlichen Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie und dem deutlichen Machtgefälle solche Hindernisse auf-

77 Siehe nur *Müller-Graff*, Horizontal Effect (Fn 6) 32.

78 EuGH 24.11.1982, 249/81 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Irland* (ECLI:EU:C:1982:402); ähnlich siehe: BVerfGE 128, 226 (226 ff).

79 EuGH 11.12.2007, C-438/05 *International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti* (ECLI:EU:C:2007:772); EuGH 18.12.2007, C-341/05 *Laval un Partneri Ltd gegen Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet* (ECLI:EU:C:2007:809).

80 EuGH 7.5.2019, C-431/17 *Monachos Eirinaios gegen Dikigorikos Syllogos Athinon* (ECLI:EU:C:2019:368).

81 EuGH 12.12.1974, 36/74 *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch gegen Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie und Federación Española Ciclismo* (ECLI:EU:C:1974:140); EuGH 15.12.1995, C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman* (ECLI:EU:C:1995:463).

82 EuGH 12.7.2012, C-171/11 *Fra.bo SpA gegen Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (DVGW)* (ECLI:EU:C:2012:453).

richten können, die durch die Marktgrundfreiheiten eigentlich beseitigt werden sollten und staatlichen Stellen verboten sind.⁸³ Sie stellen damit eine intermediäre Gewalt dar.

Mit einer ähnlichen Argumentation ging er im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit sogar noch weiter und wandte Art. 45 AEUV gegenüber privaten Arbeitgebern direkt an, die keine Kollektivorganisationen darstellten.⁸⁴ Laut EuGH werden Arbeitsbedingungen nicht nur durch Gesetze, sondern vor allem auch durch Vereinbarungen und andere von Privatpersonen erlassene Rechtsakte geregelt, die oftmals einseitig vom Arbeitgeber vorgegeben werden.⁸⁵ Ähnlich wie das BVerfG stellt der EuGH demnach im Rahmen der Grundfreiheiten auch entweder auf staatsähnliches Handeln des Unternehmens oder ein kategorisches Ungleichgewicht bzw. Machtgefälle ab.

IV. Genese

Besonders in der Rechtsprechung des BVerfG und BGH zeigen sich schon deutlich Einflüsse der politischen Theorie von Unternehmen bei der Frage der situativ mittelbaren Grundrechtsbindung Privater. Der EuGH steht mit seiner Rechtsprechung zur Wirkung der EU-Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen noch am Anfang. Eine der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung vergleichbare Argumentationslinie lässt sich in der Rechtsprechung zur horizontalen Drittwirkung von Grundfreiheiten wahrnehmen.

83 EuGH 12.12.1974, 36/74 *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch gegen Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie und Federación Española Ciclismo* (ECLI:EU:C:1974:140); EuGH 15.12.1995, C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL gegen Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA gegen Jean-Marc Bosman und andere und Union des associations européennes de football (UEFA) gegen Jean-Marc Bosman*.

84 EuGH 7.5.1998, C-350/96 *Clean Car Autoservice GesmbH gegen Landeshauptmann von Wien* (ECLI:EU:C:1998:205); EuGH 6.6.2000, C-281/98 *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (ECLI:EU:C:2000:296); EuGH 17.7.2008, C-94/07 *Andrea Raccanelli gegen Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV* (ECLI:EU:C:2008:425).

85 EuGH 6.6.2000, C-281/98 *Roman Angonese gegen Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* (ECLI:EU:C:2000:296).

Wie in der politischen Theorie von Unternehmen wird die Staatsähnlichkeit bestimmter Unternehmen oder ihrer Handlungen hervorgehoben. Dabei stehen die funktional staatsähnliche Aufgabenwahrnehmung (z. B. Bereitstellung öffentlichen Kommunikationsraums, Rechtssetzungsbefugnis) oder strukturell staatsähnliche Ungleichgewichte oder Abhängigkeitsverhältnisse (z. B. Betreiben eines gesellschaftswesentlichen sozialen Netzwerkes, Arbeitsverhältnisse) im Vordergrund. Letztendlich kommt es in der bisherigen, vor allem deutschen Rechtsprechung auf einen entscheidenden Punkt an: Das Verhalten privater, staatsähnlicher Handlungsakteure soll mithilfe der Grundrechtsbindung im grundrechtsrelevanten Bereich einer gewissen Kontrolle unterzogen werden. Als Konsequenz sind in der Regel die konkurrierenden Grundrechte der Bürger mit denjenigen der gleichzeitig situationsbedingt grundrechtsverpflichteten aber grundsätzlich grundrechtsfähigen Unternehmen im Sinne der praktischen Konkordanz abzuwägen. Durch die Bank bringt so eine Abwägung in der bestehenden Rechtsprechung verfahrensrechtliche Pflichten, wie Unterrichtungs-, Rechtfertigungs- und Anhörungspflichten mit sich.

D. Umfang und Grenzen der situativ mittelbaren Grundrechtsbindung Privater und weitere Regulierung

Die Argumente der politischen Theorie von Unternehmen sprechen für eine *erweiterte situativ-mittelbare* Grundrechtsbindung in den beschriebenen staatsähnlichen Privatrechtsverhältnissen. Dies wird auch durch die aktuelle Rechtsprechungsentwicklung, vor allem des BVerfG, unterstrichen. Mit Rechtsprechung des BVerfG ist hier terminologisch noch von einer *mittelbaren* Grundrechtsbindung auszugehen, obwohl, wie das BVerfG bereits selbst feststellte, solche mittelbare Grundrechtsbindung Privater der Sache nach nah an die unmittelbare Grundrechtsbindung des Staates herankommen kann.⁸⁶

Für das Privatrecht hat dies weitreichende Folgen: Die Grenze zwischen dem Öffentlichen und Privaten und damit auch dem öffentlichen und privaten Recht verschwimmen in dem Bereich. Die Parameter dieser *erweiterten situativ mittelbaren* Grundrechtsbindung für solche

86 BVerfGE 128, 226 (243); BVerfG NJW 2015, 2485 (2485); siehe auch C.I.

gesellschaftsrelevanten, staatsähnlichen Privatrechtsverhältnisse müssen abgesteckt werden. Eine Abgrenzung zu reinen Privatrechtsverhältnissen muss erfolgen, die selbstredend privatrechtlichen Regeln sowie der klassischen, strengen „Lüth“-Doktrin der mittelbaren Grundrechtsbindung unterfallen. Der politischen Theorie von Unternehmen und auch der aktuellen Rechtsprechungsentwicklung lassen sich dafür bereits einige Eckpunkte entnehmen, die hier ergänzt werden sollen.

I. Korrekturfunktion

Ausgangspunkt für Privatrechtsverhältnisse muss das Privatrecht und die Privatautonomie bleiben. Auch Private mit beschriebenem gesellschaftswesentlichem Status lösen sich nicht vollständig aus Privatrechtsverhältnissen heraus. Damit aber keine „Flucht ins Privatrecht“ erfolgt oder solche gesellschaftswesentliche Private sich hinter der Maske des Privatrechts verstecken, muss eine *Korrekturfunktion* der Grundrechte über die private Grundrechtsbindung eingreifen. Wie bereits erwähnt, erfolgt dies zumindest im deutschen Recht dogmatisch stringent über die mittelbare Drittwirkung und privatrechtliche Generalklauseln als Einfallstor. Es wird entsprechend der hier verwendeten Terminologie von einer erweiterten situativ mittelbaren Grundrechtsbindung ausgegangen.

Da das Privatrecht auch oberste Prämisse bleibt, ist eine solche mittelbare Grundrechtsbindung eben nur situativ in bestimmten Konstellationen relevant und gilt nicht kategorisch in Privatrechtsverhältnissen.⁸⁷ In einfachen Privatrechtsverhältnissen ergeben sich demnach keine Änderungen. Wie sowohl von der politischen Theorie von Unternehmen angedacht als auch von der Rechtsprechung, vor allem derjenigen des BVerfG, vorgesehen, sind es Situationen, in denen Private staatsähnlich funktionieren und gesellschaftsrelevante Aufgaben übernehmen, in denen eine erweiterte situativ mittelbare Grundrechtsbindung zur Anwendung kommen sollte. Der Anwendungsbereich kann entweder bei einer funktional staatsähnlichen Aufgabenwahrnehmung oder bei strukturell staatsähnlichen Ungleichgewichten oder Abhän-

87 So auch *Michl*, Grundrechtsbindung (Fn 47) 910 ff; *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11 ff.

gigkeitsverhältnissen im oben erläuterten Sinne eröffnet sein. Soweit eigene Grundrechte der grundrechtsgebundenen Privaten betroffen sein können, ist eine Abwägung im Wege der praktischen Konkordanz, wie es das BVerfG in „Stadionverbot“ und der BGH in „Facebook Hassrede“ selbst vorgegeben hat, anwendbar.

Konkret in Betracht kommen Betreiber von öffentlichen Kommunikationsstätten⁸⁸, vor allem soziale Netzwerke und andere digitale Plattformbetreiber. Soziale Netzwerke dienen als wesentliche Kommunikationsstätte. Große digitale Plattformen stellen darüber hinaus aufgrund der bereits angesprochenen Netzwerkeffekte und dem damit einhergehenden „Lock-in“ oft einen unverzichtbaren Vertragspartner dar.⁸⁹ Zudem kommen vor allem Unternehmen in Betracht, die z. B. im Gesundheits-, Bildungs- und Sicherheitssektor vormals originär staatliche Aufgaben im öffentlichen Interesse übernehmen. Auch das bereits angesprochene Auskunftswesen bietet sich an.⁹⁰ Unternehmen, denen regelsetzende Funktion zukommt, wie z. B. private Normierungsorganisationen, sind ebenfalls in den Anwendungsbereich miteinbezogen. Gleichfalls sind Kollektivorganisationen zu nennen, bei denen gegenüber den Mitgliedern auch staatsähnliche Strukturen herrschen. Dies sind vor allem Verbände, beispielsweise Sportverbände oder Gewerkschaften. Schließlich ist insbesondere an solche Verhältnisse zu denken, bei denen eine starke Disparität zwischen den Vertragspartnern herrscht. Dies können mit dem EuGH z. B. Arbeitsverhältnisse sein. Zu denken ist jedoch auch an große Mietunternehmen in Regionen mit einem angespannten Mietmarkt.⁹¹

88 Siehe dazu *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte 2017, *passim*.

89 *Hages/Oslislo/Recker/Roth*, Digitalisierung, Lock-in-Effekte und Preisdifferenzierung. Otto-Wolff-Discussion Paper 5/2017, (https://iwp.uni-koeln.de/sites/iwp/Dokumente/04_Publikationen/iwp_Policy_Paper/OWIWO_DP_05_2017.pdf [Abruf 23.08.2021]).

90 Dazu auch *Jobst*, Grundrechtsbindung (Fn 31) 11 ff.

91 Vgl. *Windoffer*, Verfassungsrechtliche Determinanten des Privatrechts – am Beispiel der Vermietung von Wohnraum, *studere* 2018, 4 (4 ff.).

II. Lückenfüllerfunktion

An den letzteren Beispielen zeigt sich jedoch das Konfliktpotential der privaten Grundrechtsbindung, welches mit Sonderregelungen bestehen kann, die grundrechtliche Belange schon berücksichtigen. So gilt beispielsweise sowohl im Arbeitsrecht als auch im Mietrecht u.a. das AGG, bei dem zumindest gleichheitsrechtliche und diskriminierungsrechtliche Belange eine Rolle spielen. Bestimmte Ungleichgewichte werden auch schon von kartellrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Regelungen abgedeckt.⁹²

Sonderregelungen können jedoch auch bezüglich anderer, grundsätzlich nach den hier aufgestellten Parametern für die Grundrechtsbindung in Betracht kommenden Konstellationen bestehen oder erlassen werden. Für digitale Plattformen ist z. B. an den bereits angesprochenen, geplanten *Digital Services Act* oder *Digital Market Act* der EU zu denken.⁹³ Eine präzisere Regulierung und damit ein gesetzliches Leitbild, bei der die Grundrechte der Bürger gegenüber den grundrechtsrelevanten Belangen der Unternehmen schon berücksichtigt werden, ist grundsätzlich auch der Grundrechtsbindung Privater vorzuziehen, die oftmals nur durch teilweise langwierige gerichtliche Verfahren im Einzelfall durchgesetzt werden kann.⁹⁴

Im Zusammenspiel mit solchen gesetzlichen Sonderregelungen wird somit die *Lückenfüllerfunktion* der Grundrechtsbindung Privater deutlich. Die Grundrechtsbindung solcher im oben genannten Sinne staatsähnlicher Privater ist notwendig, um die Rechte Einzelner vor privaten Machtstellungen gewährleisten zu können. Dies gilt jedoch nur so lange und so weit, wie es keine gesetzlichen Sonderregelungen gibt, bei der die grundrechtliche Gemengelage schon hinreichend beachtet wurde. Nur wenn es eine solche Sonderregulierung nicht gibt oder diese unzureichend ist, muss auf die mittelbare situative Grundrechtsbindung zurückgegriffen werden. Deren Anwendung erfolgt durch eine richterliche Entscheidung im Einzelfall. In dem Rahmen kommt es dann vor allem auf die schon angesprochene praktische Konkordanz und die verfahrensrechtlichen Garantien an.⁹⁵

92 Siehe z.B. § 20 Abs. 1 GWB.

93 Siehe dazu auch oben B. II.

94 Siehe zum Beispiel aus dem Mietrecht *Windoffer*, Determinanten (Fn 91) 4 ff.

95 Siehe im Detail C. IV.

Demnach ergibt sich auch eine klare Linienziehung im Gemengelage Privatrecht, Sonderregelungen und Grundrechtsbindung: die Grundrechtsbindung Privater hat Korrektur- und Lückenfüllerfunktion. Das Privatrecht bleibt oberste Prämisse in Privatrechtsverhältnissen. Sofern keine Sonderregelungen eingreifen, muss bei staatsähnlichem Verhalten im Einzelfall die Grundrechtsbindung Privater eingreifen.

E. Fazit

Mit Blick auf die zunehmende gesellschaftliche Relevanz von Unternehmen spricht sich die politische Theorie von Unternehmen schon länger für eine Rechenschaftspflicht staatsähnlicher Unternehmen aus. In Teilen greifen die deutschen höchsten Gerichte, BVerfG und BGH, sowie in Ansätzen auch der EuGH die Argumentation auf. Die Rechtsprechung spricht sich für eine erweiterte situative mittelbare Grundrechtsbindung von staatsähnlich handelnden Unternehmen als intermediäre Gewalt aus. Dies wirft grundsätzliche Fragen zur Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht auf. In Genese des theoretischen Unterbaus und der aktuellen Rechtsprechung ergibt sich folgendes Qualifikationsraster: In Privatrechtsverhältnissen bleibt zunächst das Privatrecht oberste Prämisse. Die Grundrechtsbindung Privater kommt nur bei Staatsähnlichkeit in Betracht, also bei funktional staatsähnlicher Aufgabenwahrnehmung oder strukturell staatsähnlichen Ungleichgewichten oder Abhängigkeitsverhältnissen (Korrekturfunktion). Eine situative mittelbare Grundrechtsbindung wird auch nur dann im Einzelfall relevant, wenn keine Sonderregelungen greifen, bei der die grundrechtliche Gemengelage schon hinreichend beachtet wurde (Lückenfüllerfunktion). Verbunden damit ist dementsprechend auch ein Aufruf an den Gesetzgeber, ein gesetzliches Leitbild in solchen privatrechtsrelevanten, grundrechtlichen Gemengelagen zu schaffen. Sollte die Grundrechtsbindung zur Anwendung kommen, so kommt es vor allem auf die praktische Konkordanz und damit einer Abwägung der entgegenstehenden Grundrechte des Bürgers und des gleichzeitig grundrechtsberechtigten und -verpflichteten Privaten im Einzelfall an.