

Verantwortung und Technologie

Die Grundrechtsbindung Privater im Widerstreit zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlicher Verantwortung

Lars C. Kroemer*

Inhaltsübersicht

I.	Erkenntnisinteresse: Staat-Gesellschaft-Dualismus als staatstheoretische Prämissen der Drittirkung	24
II.	Renaissance eines Ewigkeitsthemas	26
1.	Inkommensurables; Drittirkung als Querschnittsmaterie	26
2.	Mittelbare Drittirkung	28
3.	Aktuell: Digitale Gefährdungslagen und neue Impulse aus Karlsruhe	29
4.	Exkurs: Normative Grundlagen und die Schwäche des Umkehrschlusses	30
III.	Staat-Gesellschaft-Dualismus als Prämissen der Drittirkungsdogmatik	31
1.	Staat-Gesellschaft-Dualismus als Einwand gegen eine Grundrechtsbindung Privater	31
2.	Koordinaten einer asymmetrischen Grundrechtsordnung	32
a)	Grundrechte als Abwehrrechte	32
b)	Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip	33
3.	Inhalt und rechtlicher Gehalt des Staat-Gesellschaft-Dualismus	34
a)	Rezeption der klassischen Grundrechtstheorie	34
b)	Inhalt: Verschiedene Funktionsmechanismen von Staat und Gesellschaft	35
c)	Rechtlicher Gehalt	36
4.	Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft	37
a)	Diffusionstendenzen	37
b)	Drittirkung im Verfassungswandel	40

* Für die äußerst hilfreichen Anregungen bedanke ich mich bei Prof. Dr. Burkhard Schöbener (Universität zu Köln), Lennart Andersen, Felix Holländer und Hans Kroemer. Dieser Vortrag ist von der DÖV zur Veröffentlichung angenommen worden.

IV.	Drittwerkungsdogmatik im Wandel: eine Perspektive	41
1.	„Grundrechtliche Gefährderlage“	42
2.	Verhältnismäßigkeitsprüfung und derivative Leistungspflichten	42
V.	Resümee	43

I. Erkenntnisinteresse: Staat-Gesellschaft-Dualismus als staatstheoretische Prämisse der Drittwerkung

Unter dem Stichwort *Drittwerkung der Grundrechte* wird diskutiert, ob nicht nur staatliches, sondern auch das Handeln privater Rechtssubjekte an Grundrechten zu messen ist.¹ Eine dogmatisch überzeugende und konsensfähige Lösung ist bis heute – trotz langer und intensivster Beschäftigung seitens der Grundrechtswissenschaft – nicht gefunden. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Drittwerkung ein Querschnittsthema ist, dessen Bearbeitung gleich mehrere gordische Knoten zu zerschlagen hat. Den Entwurf einer kohärenten Problemlösung maßt sich dieser Beitrag nicht an. Es soll vorliegend aber eine Perspektive beschrieben werden, die im bisherigen Diskurs noch unterrepräsentiert ist, nämlich die der außerpositivistischen staatstheoretischen Prämissen der Drittwerkung.

Wesentliche Bereiche der Grundrechtstheorie und -interpretation sind von einem – häufig unausgesprochenen – Vorverständnis der jeweiligen Grundrechtsinterpret:innen geprägt.² Dabei kommen zahlreiche Faktoren zum Tragen, seien es politische Überzeugungen, rechts- und staatsphilosophische Annahmen, aber auch weltliche und religiöse Anschauungen. Gleichermaßen gilt für den Bereich der Drittwerkung der Grundrechte, dessen Streitpunkte sich nicht in den dogmatischen Feinheiten, etwa der Differenzierung zwischen einer unmittelbaren und einer nur mittelbaren Horizontalwirkung, erschöpfen. Vielmehr treten auch hier unterschiedliche Lesarten der Grundrechtsinterpretation hervor, die nicht immer auf normativ-dogmatischen Erwägungen beruhen.

So lautet ein zentraler Argumentationstopos der klassischen Grundrechtslehre gegen die Annahme der Grundrechtsbindung Privater, dass

1 Ausführlich zur gesamten Thematik Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 76.

2 Für ein Beispiel der Klassifizierung verschiedener Grundrechtstheorien vgl. Böckenförde, NJW 1974, 1529.

sie der Unterscheidung der Ebenen *Staat* und *Gesellschaft* zuwiderlaufe.³ Dieser staatstheoretische Überbau der Drittirkungsdogmatik in Form eines spezifischen *Staat-Gesellschaft-Dualismus* dient grundrechtsdogmatisch als Trennlinie zwischen Grundrechtsbindung (Staat) und Grundrechtsberechtigung (Gesellschaft). Bei näherer Betrachtung des Staat-Gesellschaft-Dualismus wird deutlich, dass er als Prämisse der Grundrechtsdogmatik normativ-positivistisch nicht zwingend ist. Das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft ist historisch und politisch gewachsen; es unterliegt seit jeher einem Wandel. Aktuell ist zu beobachten, dass die jeweiligen Funktionsmechanismen von Staat und Gesellschaft mitunter wechselseitig diffundieren. Der Staat begibt sich beispielsweise in die Rolle des Wirtschaftsteilnehmers und damit auf Augenhöhe mit privaten Akteuren. Umgekehrt gerieren sich private Rechtssubjekte als ordnungsgebende Instanzen der Gesellschaft, etwa, wenn sie in marktbeherrschender Stellung unverzichtbare Dienstleistungen anbieten und bisweilen einseitig über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheiden.

Dieser Beitrag verfolgt die These, dass sich der gerade beschriebene Wandel in der Verhältnisordnung zwischen Staat und Gesellschaft auch auf die Dogmatik der grundrechtlichen Drittirkung auswirkt. Bewegen sich private Akteure außerhalb der Funktionsmechanismen innergesellschaftlicher Rechtsverhältnisse (insb. Privatautonomie) und gefährden dadurch in staatsähnlicher Weise Grundrechte Dritter, sind sie selbst an Grundrechte zu binden. Im Folgenden wird zunächst skizzenhaft auf die verschiedenen Dimensionen des Querschnittsthemas Drittirkung hingewiesen (II.). Aktuelle Fragestellungen und Impulse ergeben sich diesbezüglich u. a. aus digitalen Gefährdungslagen und neuen dogmatischen Akzenten seitens des Bundesverfassungsgerichts. Anschließend wird der Staat-Gesellschaft-Dualismus als Prämisse und Argumentationstopos im Rahmen der Drittirkungsdiskussion untersucht (III.). Schließlich wird erörtert, welche dogmatischen Konsequenzen sich für die Drittirkung im Hinblick auf ein gewandeltes Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft ergeben können (IV.).

³ Dem Oberbegriff *Gesellschaft* werden vorliegend in Abgrenzung zum *Staat* die grundrechtsberechtigten Rechtssubjekte (Private) zugeordnet, ähnlich Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 151 a. E.

II. Renaissance eines Ewigkeitsthemas

1. Incommensurables; Drittirkung als Querschnittsmaterie

Inhaltlich muss die Drittirkung Rechtsprobleme unterschiedlicher Provenienz in Einklang bringen. Die im Folgenden skizzierten nicht abschließenden Konfliktlinien verdeutlichen, dass eine widerspruchsfreie Integration aller betroffenen Problemkreise kaum möglich erscheint. Gegen jedes Argument, das im Zusammenhang mit der Drittirkung vorgebracht wird, steht ein reicher Fundus rechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Kritiken und Gegenkritiken bereit.

Eine Crux der Drittirkung besteht zunächst darin, dass sie sich an der Schnittstelle zwischen dem Zivilrecht und den Grundrechten bewegt, wodurch sich die diffizile Frage nach dem Verhältnis beider Regelungsmaterien zueinander stellt. Sie kann insbesondere nicht durch einen schlichten Verweis auf die zumeist pyramidenförmig gedachte Normenhierarchie beantwortet werden. Der Streitpunkt betrifft nämlich nicht das Ob, sondern das Wie der Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht. Die viel rezipierten metaphorischen Verweise auf die steuernde Kraft der Grundrechte („Richtlinien und Impulse“) und ihre „Ausstrahlungswirkung“ auf das Privatrecht verdeutlichen zwar, dass die Drittirkung als festen Bezugs- und Ausgangspunkt der Rechtsanwendung an das einfache Recht anknüpfen soll.⁴ Das Bild einer solchen subtilen Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht vermag jedoch dann nicht zu überzeugen, wenn in der Praxis Privatrechtsverhältnisse bisweilen ausschließlich aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen beurteilt werden. In der Soraya-Entscheidung etwa hat das Bundesverfassungsgericht entgegen der Grundaussage des § 253 Abs. 1 BGB a. F. die Ableitung eines Schadensersatzanspruches unmittelbar aus dem in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen gebilligt.⁵ Zuletzt formulierte das Gericht, es sei unerheblich, „ob die Zivilgerichte sich für ihre Wertungen unmittelbar auf die Grundrechte selbst berufen oder deren Wertungen mittels einfachrechtlicher Erwägungen und unter Rückgriff auf Auslegungsgrundsätze des Zivilrechts zur Geltung bringen [...].“⁶ Die Kritik an der Beliebigkeit der Verhältnisordnung zwischen Grundrechten und Privat-

4 Grdl. BVerfGE 7, 198 (205, 207).

5 BVerfGE 34, 269 (292).

6 BVerfGE 148, 267 (285).

recht – etwa in Bezug auf eine drohende Rechtsunsicherheit oder ungewollte Anspruchskonkurrenzen – wurde vielfach vorgetragen.⁷

Ein hiermit verwandtes Problem liegt im systemischen Spannungsverhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den Zivilgerichten.⁸ Zum einen müssen die Grenzen der Überprüfbarkeit fachgerichtlicher Entscheidungen respektiert werden; das Bundesverfassungsgericht darf sich nicht als „Superrevisionsinstanz“⁹ gerieren. Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht auch im Privatrechtsverhältnis einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten und den „Fachgerichten gegenüber seine grundrechtsspezifische Kontrollfunktion“¹⁰ wahrzunehmen.¹¹ Die abstrakte Formel, die dieses Spannungsverhältnis normieren soll – das Bundesverfassungsgericht habe nur die „Verletzung von spezifischem Verfassungsrecht“ zu überprüfen – kann die immer wieder auftretenden Konflikte nicht beseitigen.¹² Die Grenzziehung zwischen dem fachgerichtlichen und dem bundesverfassungsgerichtlichen Aufgabenbereich wird durch jede Neuinterpretation der Drittirkung verschoben. Ein weites Verständnis der Drittirkung der Grundrechte, wie es zuletzt zu beobachten ist, führt notwendig zu einem größeren Handlungsspielraum des Bundesverfassungsgerichts gegenüber den Zivilgerichten.¹³

Die Drittirkung führt weiter zu einem schwelenden staatsorganisationsrechtlichen Konflikt, konkret bezüglich der Funktions- und Gewaltenteilung zwischen der Legislative und der Judikative. Sind Gerichte aufgrund der Drittirkung dazu berufen, über zivilrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden, indem sie abstrakte grundrechtliche Wertungen in Eigenregie konkretisieren, so rücken sie damit in eine Domäne vor, die typischerweise der Gesetzgebung vorbehalten ist.¹⁴ Grundrechtsgeleitete Rechtsfortbildungen tragen notwendig die Gefahr in sich, dass die Gerichte die Rolle eines *Ersatzgesetzgebers* einnehmen.

7 Vgl. nur Heyde/Starck, 40 Jahre Grundrechte, 1990, S. 40; Meder, Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 2021, S. 477 m. w. N.

8 Vertiefend Kunig, VVDStRL 2002, 34 (passim); s. auch Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, 2021, S. 296 ff.

9 BVerfGE 7, 198 (207).

10 BVerfGE 152, 216 (241).

11 Vgl. Ruffert, JuS 2020, 1 (2); s. auch Kämmerer, JZ 1996, 1042 (1050 f.).

12 Nußberger, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Hndb. d. Verfassungsrechts, 2021, § 20 Rn. 36.

13 Zu dieser Akzessorietät BVerfGE 95, 28 (37).

14 Kulick, NJW 2016, 2236 (2236 f.).

Einer von vielen weiteren Streitpunkten der Drittirkung liegt in ihrem rechtsphilosophischen Einschlag, der im Wesentlichen auf der Wertordnungs-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts beruht. Bekanntlich stützte das Gericht die Möglichkeit der Drittirkung initial darauf, dass es die Grundrechte als „Wertordnung“ interpretierte, deren „Wertmaßstäbe“ in das Privatrecht hineinwirken.¹⁵ Hierdurch geht das Gericht – selbst wenn es gute Gründe für diese Interpretation gibt – ein Risiko im Hinblick auf juristische Rationalitätsansprüche und präzise Begriffsbildungen ein.¹⁶ Auf dem Fuße folgte insbesondere seitens der Schmitt-Schule ein Frontalangriff auf den „Wert“-Begriff. So formulierte etwa *E. Forsthoff*: „Das Wertsystem bezeichnet eine geistige Dimension, aber keine solche, die im Bereich juristischer Norminterpretation ihre Stelle haben könnte.“¹⁷ Dass auf diese Weise nicht um die dogmatischen Feinheiten der Drittirkung gerungen wird, sondern grundlegend unterschiedliche Vorstellungen vom Recht selbst zu Tage treten, liegt auf der Hand.

2. Mittelbare Drittirkung

Heute geht man nach verbreiteter, gleichwohl sehr umstrittener Ansicht allenfalls von einer sogenannten mittelbaren Drittirkung der Grundrechte aus.¹⁸ Damit ist im Ergebnis gemeint: Jede Anwendung des einfachen Rechts darf – auch in privaten Rechtsverhältnissen – grundrechtlichen Wertungen nicht widersprechen. Formell werden Private dadurch nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden, da der Verpflichtungsadressat der Staat bleibt. Es sind die Zivilgerichte, die einfaches Recht entsprechend grundrechtskonform auszulegen haben. Ein Grundrechtsverhältnis in dem Sinne, dass aus ihm subjektive Rechte und Pflichten abgeleitet werden können (unmittelbare Drittirkung), soll zwischen Privaten hingegen nicht bestehen.¹⁹ Auch eine strenge Grundrechtsprüfung nach dem klassischen Schema soll ausscheiden. An ihre Stelle tritt eine Rechtsgüterabwägung auf Augenhöhe in Form der praktischen Konkordanz.²⁰ Bei dieser Abwägung handelt es sich um einen völlig anderen grundrechtlichen Wir-

15 BVerfGE 7, 198 (205 f.).

16 Zu dieser Kritik vgl. *Schöbener*, KJ 2000, 555 (577 f.).

17 *Forsthoff*, in: FS Schmitt, 3. Aufl., 1994, S. 35 (40).

18 Vgl. nur *Muckel*, VVDStRL 2020, 245 (274).

19 *Michl*, JURA 2017, 1062 (1063 f.).

20 *Hager*, JuS 2006, 769 (771).

kungsmechanismus als in der abwehrrechtlichen Konstellation des Staat-Bürger-Verhältnisses.

3. Aktuell: Digitale Gefährdungslagen und neue Impulse aus Karlsruhe

Seit einiger Zeit dringt das Drittirkungsthema erneut an die Oberfläche des rechtswissenschaftlichen Diskurses. In rechtstatsächlicher Hinsicht wurde die Drittirkungsdiskussion unter anderem vor dem Hintergrund der Digitalisierung neu entfacht.²¹ Das Verhalten marktbeherrschender Tech-Unternehmen, wie *Google*, *Amazon* oder *Twitter*, die Möglichkeiten von Big-Data und die daraus resultierende vermeintliche Kontrolle über alltägliche Entscheidungen der Kunden sowie Prozesse der öffentlichen Meinungsbildung werden als Freiheitsbeschränkungen empfunden, die grundrechtliche Schutzgehalte auf den Plan rufen.

Entsprechend fällt die Problemanalyse des Bundesverfassungsgerichts in tatsächlicher Hinsicht aus: „In allen Lebensbereichen werden [...] Dienstleistungen auf der Grundlage umfanglicher personenbezogener Datensammlungen und Maßnahmen der Datenverarbeitung von privaten, oftmals marktmächtigen Unternehmen erbracht, die maßgeblich über die öffentliche Meinungsbildung, die Zuteilung und Versagung von Chancen, die Teilhabe am sozialen Leben oder auch elementare Verrichtungen des täglichen Lebens entscheiden. Die einzelne Person kommt kaum umhin, in großem Umfang personenbezogene Daten gegenüber Unternehmen preiszugeben, wenn sie nicht von diesen grundlegenden Dienstleistungen ausgeschlossen sein will. Angesichts der Manipulierbarkeit, Reproduzierbarkeit und zeitlich wie örtlich praktisch unbegrenzten Verbreitungsmöglichkeit der Daten sowie ihrer unvorhersehbaren Rekombinierbarkeit in intransparenten Verarbeitungsprozessen mittels nicht nachvollziehbarer Algorithmen können die Einzelnen hierdurch in weitreichende Abhängigkeiten geraten oder ausweglosen Vertragsbedingungen ausgesetzt sein.“²²

Aber auch außerhalb der Digitalwirtschaft wird die Drittirkungsfrage gestellt, zum Beispiel bezüglich privater Unternehmen, die Funktionen wahrnehmen, die ehemals dem Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge

21 Vgl. nur *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittirkung im Internet, 2014; *Mayen*, ZHR 2018, 1; *Raue*, NJW 2022, 209; *Augsberg/Petras*, JuS 2022, 79; *Krönke*, ZUM 2022, 13.

22 BVerfGE 152, 152 (189 f.).

zugeordnet waren (z. B. Post- und Telekommunikationsdienstleistungen).²³ Das Bundesverfassungsgericht verdeutlicht insoweit, dass die Grundrechtsbindung Privater potenziell genauso weit gehen kann wie die des Staates.²⁴

Einige Stimmen sehen hierin den Übergang von einer nur mittelbaren zu einer unmittelbaren Drittirkung der Grundrechte.²⁵ Das Bundesverfassungsgericht selbst hat seine Drittirkungsrechtsprechung noch nicht ausdrücklich auf ein neues dogmatisches Fundament gehoben. Es verweist weiterhin auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und ihre objektive Wertordnung.²⁶ Insoweit stellt sich die Frage, welche Erwägungen hinter etwaigen Ausweitungen der Drittirkung stehen.²⁷ Gesetzestextliche Argumente bringt das Bundesverfassungsgericht nicht vor; sie wären auch nicht ergiebig.

4. Exkurs: Normative Grundlagen und die Schwäche des Umkehrschlusses

Eine zentrale Schwierigkeit im Umgang mit der Drittirkung ergibt sich daraus, dass sie nach Art und Inhalt gesetzespositivistisch nicht determiniert ist. In unzähligen Publikationen findet sich zwar der Verweis auf einen Umkehrschluss zu Art. 1 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 3 GG.²⁸ Mit diesem schlichten *argumentum e contrario* zu argumentieren, dass eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater jedenfalls ausscheiden müsse und nur eine mittelbare Drittirkung in Betracht käme, ist unzureichend. Natürlich ist das Argumente in sich schlüssig, die Überzeugungskraft des jeweils vorgenommenen Umkehrschlusses ist jedoch äußerst begrenzt.²⁹ Weder positiv noch negativ wird die Frage nach der Drittirkung durch Art. 1 Abs. 3 GG und das sonstige Normenprogramm des Grundgesetzes beantwortet. Im Rahmen des juristisch Vertretbaren könnte man ebenso argumentieren, dass es sich bei den entsprechenden Normen nicht um abschließende Anordnungen, sondern nur um das zwingende Minimalpro-

23 BVerfGE 128, 226 (249 f.); zurückhaltend *Gurlit*, NZG 2012, 249 (250, 253 f.).

24 BVerfGE 128, 226 (249 f.).

25 Vgl. die Nachweise in *Muckel* (Fn. 18), 276 Fn. 165.

26 BVerfGE 148, 267 (280).

27 Hierzu sogleich unter Abschnitt III.

28 Statt aller *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 (1153).

29 *Kunig/Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl, 2021, Art. 1 Rn. 73; zum nicht zwingenden Charakter eines *argumentum e contrario*: *Pawlowski*, Methodenlehre, 3. Aufl., 1999, Rn. 488.

gramm der Grundrechtsbindung handelt.³⁰ Auch im Parlamentarischen Rat klang die Frage nur rudimentär an, ohne jedoch – positiv oder negativ – entschieden zu werden.³¹

III. Staat-Gesellschaft-Dualismus als Prämisse der Drittirkungsdogmatik

1. Staat-Gesellschaft-Dualismus als Einwand gegen eine Grundrechtsbindung Privater

Wie eingangs dargelegt, verfolgt der vorliegende Beitrag die These, dass die Drittirkungsdiskussion wesentlich von einem staatstheoretischen Vorverständnis geprägt ist, dem eine idealtypische Unterscheidung zwischen den Ebenen Staat und Gesellschaft zugrunde liegt. Dies kommt sinnfällig durch die klassische Interpretation der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliches Handeln und das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip zum Ausdruck. Beide Annahmen verankern eine grundrechtsdogmatisch antagonistische Gegenüberstellung. Der Staat ist ausschließlich grundrechtsgebunden, die privaten Akteure der Gesellschaft sind ausschließlich grundrechtsberechtigt. Eine Drittirkung kann, indem sie auf eine Verpflichtung Privater abzielt, als Ausnahme zu dieser Regel gelesen werden.

Ein kritischer Aspekt an dieser Gegenüberstellung ist, dass das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft von der Rechtsordnung nicht normativ determiniert wird, sondern einem steten Wandel unterliegt. Veränderungen, etwa in der Form, dass private Rechtssubjekte in der Gesellschaft staatsähnliche Stellungen einnehmen, könnten die Annahme begründen, dass die Trennlinie zwischen Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung in Richtung einer stärkeren Grundrechtsbindung etwaiger privater Akteure zu verschieben ist. Für die umgekehrte Konstellation, wenn der Staat beispielsweise als privatwirtschaftlicher Akteur auftritt, wurde hinlänglich über seine Grundrechtsbindung gestritten.³² Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klingen etwaige dicho-

30 Zum unionsrechtlichen Äquivalent zu Art. 1 Abs. 3 GG (Art. 51 Abs. 1 GRCh) vgl. EuGH, Urt. v. 6.11.2018, C-569/16, C-570/16, Rn. 87: „Hingegen trifft Art. 51 Abs. 1 der Charta keine Regelung darüber, ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und kann demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre.“

31 Vgl. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 313 f. (insb. Fn. 74a).

32 Im Überblick Höfling, in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 1, Rn. 106 – 109.

tomische Überlegungen an. Ausnahmen der Staatsgerichtetheit der Grundrechtsbindung wurden vereinzelt funktional damit begründet, dass Private Aufgaben wahrnehmen, die ehemals dem Staat als Aufgaben der Daseinsvorsorge zugeordnet wurden.³³ Häufiger werden materielle Kriterien herangezogen, um die Drittirkung zu begründen. Stellt das Gericht beispielsweise auf eine strukturelle Unterlegenheit der einen Partei oder die Einseitigkeit bestimmter privater Grundrechtsbedrohungen ab, so bedient es sich solcher Kriterien, die typischerweise für staatliche Grundrechtseingriffe zutreffen.³⁴ Insoweit adressiert das Gericht solche Rechtssubjekte, die den privatautonomen Funktionsmechanismen des gegenseitigen Nachgebens und Verhandelns entwachsen sind und über Rechtsverhältnisse faktisch oder rechtlich einseitig disponieren können.

Im Folgenden wird der Argumentationstopos des Staat-Gesellschaft-Dualismus näher erörtert. Zu diskutieren sind insbesondere sein rechtlicher Gehalt und seine Auswirkungen auf die Dogmatik der Drittirkung. Vorangestellt werden hierzu die Koordinaten des klassischen Verständnisses einer staatsgerichteten Grundrechtsbindung.

2. Koordinaten einer asymmetrischen Grundrechtsordnung

a) Grundrechte als Abwehrrechte

Zentraler Ausgangspunkt auch der Drittirkungsdiskussion ist die primäre Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Grundrechtseinengriffe. Das Bundesverfassungsgericht formuliert, dass die Grundrechte „in erster Linie“³⁵ zum Schutz vor der öffentlichen Gewalt dienen und hierin ihre „Sinnmitte“³⁶ beziehungsweise ihre „primäre Bedeutung“³⁷ liegt. Dies spiegelt einen wesentlichen Aspekt der Entstehungsgeschichte der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat wider.³⁸ Für die Grund-

33 Etwa BVerfGE 128, 226 (250).

34 Vgl. BVerfGE 148, 267 (284).

35 BVerfGE 7, 198 (204).

36 BVerfGE 61, 82 (101).

37 BVerfGE 50, 290 (337); 115, 320 (358).

38 Krit. weist Dreier, JURA 1994, 505 (605) darauf hin, dass Grundrechte zunächst nicht negatorisch gegen den Staat gerichtet, sondern antifeudal und antiständisch entstanden sind. Die neue Verfassungsordnung musste schließlich erst entstehen, sodass Grundrechte auch als Rechtssätze zur Gestaltung einer neuen Gesellschaftsordnung dienten; s. auch Suhr, Berichte der Akademie für Na-

rechtsbindung bedeutet dies, dass ihr Adressat grundsätzlich nur die staatliche Gewalt sein kann. Private sollen demnach ungeachtet der von ihnen ausgehenden umfassenden Freiheitsbedrohungen als Grundrechtsadressaten ausscheiden.

b) Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip

Das zweite Kernelement des traditionellen Grundrechtsverständnisses mit besonderer Relevanz für die Drittirkung ist das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip.³⁹ C. Schmitt – dessen begrifflicher Urheber – sprach schlicht vom Verteilungsprinzip und meinte hiermit: „[D]ie Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist.“⁴⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht legt die im Verteilungsprinzip formulierte Polarität zu Grunde, indem es in seiner ständigen Rechtsprechung feststellt, dass „der Bürger prinzipiell frei ist [...] und] der Staat prinzipiell gebunden“⁴¹ Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip bewirkt hiernach über die Grundrechte eine freiheitssichernde Asymmetrie zwischen dem Staat und dem Einzelnen.

turschutz und Landschaftspflege, 1988, 3 (5): „Uns Grundrechtswissenschaftlern geht eine Sprechweise besonders glatt und selbstverständlich über die Lippen: ‘Die Grundrechte sind klassischerweise Abwehrrechte gegenüber dem Staat.’“

- 39 Vgl. zur grundlegenden Bedeutung des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips für das traditionelle Grundrechtsverständnis: Böckenförde (Fn. 2), 1530.
- 40 Schmitt, Verfassungslehre, 11. Aufl., 2017, S. 126. Als späterem Befürworter des Nationalsozialismus blieb für C. Schmitt von dieser gedachten Trennung zwischen Staat und Gesellschaft bekanntlich nichts übrig (Schmitt, JW 1934, 713 [714 f.]: „Dieser Rechtsstaat soll ein Staat sein, in dem Staat und bürgerliche Gesellschaft organisch verbunden sind und der Dualismus beider, der fortwährende, offene oder latente Konflikt zwischen Staat und Bürger, Regierung und Parlament, Exekutive und Legislative durch ‚integrierende‘ Einrichtungen und Methoden überwunden ist“).
- 41 Vgl. BVerfGE 6, 32 (42); 38, 281 (298); 13, 97 (105); 42, 263 (295); 128, 226 (244 f.) und unter Berufung hierauf BVerfGE 148, 267 (282).

3. Inhalt und rechtlicher Gehalt des Staat-Gesellschaft-Dualismus

a) Rezeption der klassischen Grundrechtstheorie

Die insoweit vorausgesetzte idealtypische Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft wurde seitens der Grundrechtstheorie vielfach rezipiert. Die folgenden Aussagen verdeutlichen die Relevanz des Staat-Gesellschaft-Dualismus, insbesondere für die klassische Staats- und Grundrechtstheorie.

Die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft markiere ein „fundamentales Strukturelement der Staatlichkeit“⁴² eine „Grundbedingung der liberalen Freiheit“⁴³ sowie „einen grundlegenden Unterschied von System- und Rechtsstrukturen beider Bereiche [Staat und Gesellschaft]“⁴⁴. Nicht minder bedeutungsvoll wird der Staat-Gesellschaft-Dualismus als „Schicksalsfrage nach einem liberalen und freiheitlichen Gemeinwesen“⁴⁵ bezeichnet. Diese Zugrundelegung kennzeichnet nicht nur allgemeine staatstheoretische Aussagen, sondern auch explizit die Grundrechtsdogmatik im Hinblick auf die jeweilige Zuordnung von Grundrechtsverpflichtung und Grundrechtsberechtigung: „Soll nicht der freiheitliche Charakter unserer gesellschaftlich-politischen Ordnung unterlaufen, ja letztlich aus den Angeln gehoben werden, so muß [...] [die] Unterscheidung von [...] staatlichen und gesellschaftlichen Aufgaben [...] erhalten bleiben, um die notwendige Reichweite einerseits des organisierten demokratischen Prozesses, andererseits der unmittelbaren Bindung an die Grundrechte zu bestimmen.“⁴⁶

Diese Unterscheidung kommt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts exemplarisch zum Tragen, wenn das Gericht die Grundrechtsberechtigung von Religionsgemeinschaften trotz ihres unter Umständen öffentlich-rechtlichen Status (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV) damit begründet, dass sie „dem Staat als Teile der Gesellschaft ge-

42 Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 21.

43 Karpen, JA 1986, 299 (302) und zuletzt Muckel, JA 2020, 411 (416).

44 Rupp, in: Isensee/Kirchhof, Hndb. d. StR, § 31 Rn. 29.

45 Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 247; ähnlich Forsthoff, Industriegesellschaft (Fn. 42), S. 21: „Die freiheitsstiftende rechtsstaatliche Verfassung steht und fällt mit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“. Zweifel an der dichotomischen Ordnungsidee hegt Hesse, DÖV 1975, 437 (440 ff.).

46 Böckenförde, in: Posser/Wassermann (Hrsg.), Freiheit in der sozialen Demokratie, 1975, S. 77 (86).

genüber[stehen].⁴⁷ Gemein ist diesen und ähnlichen⁴⁸ Grundlegungen, dass sie nicht normtextlich-dogmatisch begründet werden, sondern einer vorausgesetzten Ordnungsvorstellung entspringen, welche Staat und Gesellschaft als voneinander zu unterscheidende Ebenen versteht.

b) Inhalt: Verschiedene Funktionsmechanismen von Staat und Gesellschaft

Inhaltlich beruht die dichotomische Lesart im Wesentlichen darauf, dass Staat und Gesellschaft jeweils unterschiedliche Rechts- und Ordnungsprinzipien zugeordnet werden. Das Staat-Bürger-Verhältnis zeichnet sich typischerweise durch Subordination aus. Der Staat ist kraft seiner Souveränität befugt, Rechtsnormen zu erlassen und ihren Inhalt einseitig und mit Zwang durchzusetzen; „seine Handlungsform ist das Gesetz und die das Gesetz anwendende hoheitliche Einzelmaßnahme“.⁴⁹ Die Staatsgewalt ist grundsätzlich nicht auf eine Mitwirkung oder Zustimmung ihrer Adressaten angewiesen.⁵⁰

Der Unterschied zu innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen liegt auf der Hand: Das Bürger-Bürger-Verhältnis wird typischerweise als Rechtsverhältnis zwischen formell gleichen Rechtssubjekten bezeichnet, in dem Mitwirkung oder Zustimmung vorausgesetzt sind.⁵¹ Die Partikularinteressen der Parteien stehen sich gleichgeordnet gegenüber und genießen im Gegensatz zur gemeinwohlverpflichteten Staatsgewalt nicht das legitimierende Privileg eines demokratischen Mehrheitswillens. Insbesondere von Vertreterinnen formaler Freiheitskonzepte wird der privatautonome Vertragsschluss und sein Gerechtigkeitsmodus (*iustitia commutativa*) ohne

47 BVerfGE 102, 370 (387); s. auch BVerwG, Beschl. v. 9.4.2019, 6 B 162/18, NVwZ 2020, 487 (388).

48 Weitere Beispiele: *Goldhammer*, JuS 2014 891 (894): „Zumindest vorderhand ist das Grundgesetz in der Grundrechtsfrage dichotomisch geprägt. Dass Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung nicht zusammenfallen dürfen, ist nichts anderes als der fundamentale Sinn der Grundrechte, wie er sich in Artikel 1 Absatz I 2 GG ausdrückt“; *Muckel* (Fn. 43), 416; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 16: „Der staatsrechtlichen Unterscheidung von (staatlicher) Kompetenz und (grundrechtlicher) Freiheit entspricht die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Gegenseitige Einflüsse und Verschränkungen [...] beseitigen nicht dieses Gegenübergestelltsein, das gerade in den Grundrechten zum Ausdruck kommt.“

49 *Kirchhof*, in: *Habersack/Hommelhoff/Hüffner*, FS Ulmer, 2003, S. 1211 (1218).

50 *Schlesky*, Souveränität und Legitimität, 2004, S. 144 f.

51 *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 121.

Ansehen der sozioökonomischen Stellung der Parteien oder des konkreten Vertragsinhaltes betrachtet.⁵² Innergesellschaftliche Rechtsbeziehungen gehen wesentlich im Prinzip der Privatautonomie auf. Grundrechte in ihrer klassischen Funktion als Regulative einseitiger (staatlicher) Machtbefugnisse sollen auf dieser Ebene grundsätzlich nicht zum Tragen kommen.

c) Rechtlicher Gehalt

Was ist aber der rechtliche Gehalt dieser dichotomischen Argumentationsstruktur? Der schlichte Verweis auf einen – wie auch immer gearteten – Staat-Gesellschaft-Dualismus ist eine Aussage ohne verfassungsrechtlich-normativen Gehalt.⁵³ Im Grundgesetz finden sich allenfalls Normen, die man als mittelbares Produkt einer etwaigen Dichotomie deuten kann.⁵⁴ Grundrechtlich beinhaltet beispielsweise der Begriff „öffentliche Gewalt“ eine Abgrenzung zu privaten Grundrechtsbeeinträchtigungen; entsprechend gewährt Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nur eine Rechtsweggarantie gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt.⁵⁵ Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG) kommt grundsätzlich nur zugunsten privater Gesellschaften und nicht solcher des öffentlichen Rechts in Betracht. Diese und weitere Beispiele vermögen selbst jedoch keine abstrakte Aussage über den Inhalt (Trennung, Wechselwirkung oder gar Identität) eines Staat-Gesellschaft-Dualismus zu treffen.⁵⁶

Als grundrechtstheoretisches Argument spiegelt der Staat-Gesellschaft-Dualismus je nach Interpretation eine vornormative Überzeugung der Grundrechtsauslegung wider.⁵⁷ Während die klassisch-liberale Lesart mit der abwehrrechtlichen Akzentuierung eine idealtypische Unterscheidbar-

52 Canaris, in: Badura/Scholz, FS Lerche, 1993, S. 873 (886): „Die Vertragsfreiheit wird um der Freiheit, nicht um der Gerechtigkeit willen gewährleistet“; s. auch Hönn, JZ 2021, 693 (696).

53 Ähnlich Burmeister, in: von Mutius, FG-Unruh, 1983, S. 649; Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1992, S. 184; Mitchell, APSR 1991, 77 (90).

54 So i. E. auch Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte (Fn. 3), S. 151 Fn. 135: „Die Unterscheidung ist keine vorrechtliche, sondern wird durch die Rechtsordnung produziert [...]“.

55 Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 19, Rn. 420: „Verletzungen, die dem Rechtsinhaber von privater Seite zugefügt werden, werden nicht erfasst, selbst wenn sie grundrechtlich geschützte Interessen betreffen.“

56 Zu den unterschiedlichen Ansichten Kahl, JURA 2002, 721 (722).

57 Kritisch im Hinblick auf Böckenförde: Köppe, KJ 1997, 45 (54).

keit von Staat und Gesellschaft zugrunde legt, betont der demokratisch-sozialstaatliche Ansatz der Grundrechtsinterpretation nicht die Abgrenzung beider Ebenen, sondern vielmehr die Teilhabemöglichkeiten und Überschneidungsbereiche.⁵⁸ Der Staat-Gesellschaft-Dualismus ist auch in dieser Hinsicht kein rechtlicher Tatbestand, aus dem man eine Rechtsfolge ableiten könnte. Entsprechend ordnet M. Grünberger den Staat-Gesellschaft-Dualismus als Problem der politischen Philosophie ein, das als „grundrechtstheoretischer Topos reformuliert“ wurde.⁵⁹

Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft eine Größe ist, die in erster Linie historisch und politisch gewachsen ist, hierdurch in die aktuelle (Grund-)Rechtsordnung hineinwirkt, ohne jedoch von ihr als etwas Feststehendes normiert worden zu sein.⁶⁰ Wird die Unterscheidung als grundrechtstheoretisches Argument aufgegriffen, etwa um einer Grundrechtsbindung Privater entgegenzutreten, muss man sich vergegenwärtigen, dass ihr zeitbezogen-politisches Moment stets berücksichtigt werden muss. Dieser Aspekt wird im folgenden Abschnitt vertieft.

4. Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft

a) Diffusionstendenzen

Bezüglich der Unterscheidbarkeit von Staat und Gesellschaft und ihrer jeweiligen Rechts- und Ordnungsprinzipien sind seit jeher Diffusionstendenzen zu verzeichnen. Beobachtbar sind aktuell nicht nur veränderte Ordnungskräfte des Staates. Auch die Rolle privater Akteure im Gemeinwesen unterliegt einem Wandel, etwa wenn private Regelsetzungen Ordnungsfunktionen übernehmen, die typischerweise dem Staat zugeordnet werden. Folgende Beispiele verdeutlichen den Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft:

58 Vgl. Dreier, in: Marko/Stoltz, Demokratie und Wirtschaft, 1987, S. 161 f.; für eine vertiefte inhaltliche Gegenüberstellung: Böckenförde (Fn. 2), 1530 ff.; insoweit wurde kritisiert, es handele sich beim Staat-Gesellschaft-Dualismus nur um ein „kommunikatives Konstrukt mit erkennbaren politischen Intentionen“ (Nellen/Stockinger, Zeitschrift für Verwaltungsgeschichte 2017, 3 [5]).

59 Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 975.

60 Zur historischen Entwicklung des Staat-Gesellschaft-Dualismus Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 186 – 191; vgl. auch die frühen Grundlegungen bei Hegel, Rechtsphilosophie, 14. Aufl., 2015, insb. §§ 182 – 208.

Exemplarisch für eine Neuordnung der Arbeitsteilung zwischen Staat und Gesellschaft stehen die seit den 1980er Jahren vorangetriebenen Privatisierungsprozesse, in denen sich der Staat nicht nur in ökonomischer Hinsicht der Erfüllung zahlreicher ehemals staatlicher Aufgaben entledigte, der Staat gab in diesem Zuge vielfach auch die Rechtsmacht an den jeweiligen Sachbereichen ab. Bestand in dem zu privatisierenden Bereich ursprünglich ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen dem staatlichen Dienstleistungserbringer und den Leistungsnehmer:innen (Bürger:innen), das freiheits- und gleichheitsrechtlich abgesichert ist, so tritt an dessen Stelle ein nicht-staatliches Privatrechtsverhältnis, das zunächst nur dem Prinzip der Privatautonomie folgt. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates beschränkt sich dann darauf, die Aufgabenerfüllung zu gewährleisten und zu regulieren und hierdurch einen gemeinwohlorientierten Interessenausgleich zu erzielen. Zwingend ergibt sich hieraus eine „Verflachung des Grundrechtsschutzes“.⁶¹ Ein gewandeltes Verständnis vom Staat zeigt sich symptomatisch auch in der sogenannten Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft. Ihre Verkünder:innen betonen als Ergänzung zur traditionellen Verwaltungsaktbezogenheit der Exekutive insbesondere die Notwendigkeit planerisch-konsensualer Handlungsformen, die nicht auf Einseitigkeit und Zwang beruhen.⁶² Dieser regulatorische Ansatz wirft nicht nur Fragen im Hinblick auf die Gesetzesbindung der Verwaltung und den Rechtsschutz auf, er definiert in Abkehr vom subordinationsrechtlichen Gepräge der Exekutive auch das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft neu.

Daneben verändern sich auf systemischer Ebene die äußeren Bedingungen, in denen Staatgewalt zu wirken versucht. Man muss nicht dem Narrativ vom Ende der modernen Staatlichkeit folgen,⁶³ um anzuerkennen, dass staatliche Ordnungskräfte durch verschiedene Metaprozesse herausfordert werden. Hand in Hand bewirken die Globalisierung und Digitalisierung eine faktische Bagatellisierung staatlicher Grenzen, die jedoch als räumliche Begrenzungen staatlicher Gewalt fortbestehen. In diesem Zusammenhang wurde vielfache eine „Aushöhlung der nationalstaatlichen Souveränität“ diagnostiziert.⁶⁴ Ein Rückgriff auf die Jellinek-

61 Kämmerer (Fn. 11), 1050.

62 Schuppert, AöR 2008, 79 (98) m. w. N.

63 Klassisch Willke, Entzauberung des Staates, 1983; kritisch Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 5 ff.; Voßkuble, JuS 2004, 2, passim.

64 So Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 129 f.; vgl. auch Anter, Die Macht der Ordnung, 2004, S. 252; Vesting, StWStP 1998, 473 (474); Galgano, ZEuP 2003, 237 (238).

sche Drei-Elemente-Lehre zeigt, dass all ihre Bestandteile einem globalisierungsbedingten Bedeutungswandel unterliegen. Das Staatsgebiet bleibt natürlich bestehen, rechtlich relevante Vorgänge gestalten sich jedoch aufgrund zunehmend international agierender Staatsbürger:innen (z. B. in Gestalt globaler Märkte⁶⁵) grenzüberschreitend.⁶⁶ Die historisch gewachsene Verräumlichung der Rechtsordnungen in den Grenzen verschiedener Staatsgebiete wird teilweise revidiert.⁶⁷ Eine Staatsgewalt, die sich uneingeschränkt lediglich auf die Grenzen des eigenen Staatsgebietes beziehen kann, vermag zahlreiche wirtschaftliche, politische und soziale Prozesse nicht erfassen.⁶⁸

Spiegelbildlich ist zu beobachten, dass private Rechtssubjekte bisweilen für sich in Anspruch nehmen, verbindliche Verhaltensnormen aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Machtstellungen zu erlassen. Dies betrifft nicht nur den klassischen Bereich der einseitigen Regelsetzung durch private Verbände.⁶⁹ Gegenwärtig wird insbesondere bezüglich der Digitalwirtschaft beklagt, dass systemimmanente Monopolisierungstendenzen,⁷⁰ die einseitige Verfügungsgewalt über digitale Inhalte sowie die Unverhandelbarkeit und Intransparenz der Codes⁷¹ einseitig freiheitsgefährdende Momente in sich tragen, die privatautonomen Rechtsverhältnissen zunächst völlig fremd sein müssen. Dort, wo das „Entmächtungsinstrument“⁷² Markt oder die einfachgesetzlichen Bedingungen nicht dazu führen, dass Verbraucher:innen einen Einfluss auf den Inhalt und die Bedingungen des Zustandekommens der jeweiligen Vertragsverhältnisse haben, werden die Rechts- und Ordnungsprinzipien innergesellschaftlicher Rechtsbeziehungen verdrängt. Vielmehr tragen sie systemwidrige Elemente der Subordination in sich, die typischerweise staatlichem Handeln vorbehalten sind.

65 Anter (Fn. 64), S. 252: „Dieser [Kapitalismus] hat sich längst von seinem alten Zwillingsbruder, dem modernen Staat, verabschiedet.“

66 Brock/Albert, ZIB 1995, 259 (267) diagnostizieren das „Aufweichen von Territorialität als Ordnungsprinzip“.

67 Vgl. Boehme-Neffler, Unscharfes Recht, 2008, S. 129 f.

68 Di Fabio, in: FS Vogel, 2000, S. 3 (17): „Die Epoche der Nationalstaaten ist zu Ende gegangen und mit ihr die Vorstellung, demokratisch gegründete Souveränität könne die Wirtschaft per Mehrheitsentscheidung beherrschen.“

69 Vgl. Schmidt, Der Staat 1978, 244 (251 ff.).

70 Schweitzer, ZEuP 2019, 1 (2 ff.).

71 „Code is Law“ (Lessig, Code and other laws of cyberspace, 1999, S. 3 ff.).

72 Böhm, Universitas 1963, 37 (46).

b) *Drittirkung im Verfassungswandel*

Aus dem oben Gesagten wird teilweise gefordert, private Rechtssubjekte, die sich als ordnungsgebende Instanzen in der Gesellschaft gerieren und in staatsähnlicher Weise Grundrechte gefährden, selbst an Grundrechte zu binden. Dies beruht auf der Überlegung, dass etwaige Akteure den privatautonomen Rechts- und Ordnungsprinzipien entwachsen sind und in rechtlichen oder tatsächlichen Subordinationsverhältnissen einseitig über die Freiheitsausübung Dritter disponieren können. Die Funktion der Grundrechte, Schutz vor einseitigen Freiheitsbeschränkungen des Staates zu erlangen, würde insoweit in ihrem materiellen Gehalt auf nicht-staatliche Freiheitsgefährdungen übertragen werden. Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten, da der Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft primär tatsächlicher Natur ist. Aus einem rechtstatsächlichen Umstand kann nicht zwingend eine rechtsnormative Schlussfolgerung gezogen werden. Nur weil private Rechtssubjekte in erheblicher Weise Grundrechte Dritter gefährden, ist es nicht zwingend, dass Grundrechte unmittelbar Anwendung finden.

Gleichzeitig ist anerkannt, dass bei der Auslegung verfassungsrechtlicher Normen auch gewandelte Bedingungen der Lebenswelt zu berücksichtigen sind. Beschrieben wird eine solche Verknüpfung von Normativität und Faktizität durch Begriffe wie „Verfassungswandel“, „dynamische Verfassungsauslegung“ oder Verfassung als „living instrument“. Sie betonen jeweils die Notwendigkeit der Offenheit bestehender Rechtssätze für gesellschaftlich-politische Wandlungsprozesse.⁷³ Diese Form der Verfassungsinterpretation, die als „Sinnänderung ohne Textänderung“ charakterisiert wurde,⁷⁴ greift gewandelte Rahmenbedingungen der Rechtswirklichkeit auf und berücksichtigt sie als immanente Bestandteil der auszulegenden Norm.⁷⁵ Hierdurch vermag die Verfassung auch dann wirksamen Grundrechtsschutz zu gewähren, wenn neuartige Bedrohungslagen entstehen, auf die bisherige Normbereiche nur unzureichende Antworten haben. Insofern hat die Interpretation der Drittirkung zu berücksichtigen, dass grundrechtliche Freiheiten vermehrt seitens privater Akteure gefährdet

73 Vgl. zuletzt Gärditz, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz, Hndb. d. Verfassungsrechts, 2021, § 4.

74 Dreier, in: Behrends/Sellert, Der Kodifikationsgedanke, 2000, S. 119 (138).

75 Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., 1994, S. 369 f.; s. auch Voßkuhle, JuS 2019, 417 (417, 419).

werden.⁷⁶ Dies gilt exemplarisch für die oben genannten Bedrohungsszenarien der Digitalisierung, insbesondere im Hinblick auf das Recht für informationelle Selbstbestimmung, das selbst Ergebnis eines Verfassungswandels ist.⁷⁷

Im Kontext des Verfassungswandels ist zur Drittirkung hinzuzufügen, dass sie in besonderem Maße entwicklungsoffen ist, da sie selbst nicht auf normtextlichen Erwägungen beruht. Legt man mit der klassischen Grundrechtslehre einen spezifischen Staat-Gesellschaft-Dualismus als Maßstab für die Abgrenzung von Grundrechtsbindung und Grundrechtsberechtigung an, so liegt es nahe, dass tatsächliche Verschiebungen im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft auch Veränderungen bezüglich der Interpretation des Umfangs der Grundrechtsbindung selbst haben.⁷⁸

IV. Drittirkungsdogmatik im Wandel: eine Perspektive

Auf dieser Überlegung aufbauend soll abschließend als mögliche Zukunftsperspektive der Drittirkungsdogmatik die eng umgrenzte Möglichkeit einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater aufgezeigt werden, die neben die bereits bestehende Rechtsfigur der nur mittelbaren Drittirkung treten könnte. Insoweit ist eine restriktive Auslegung angezeigt. Insbesondere die häufig anzutreffenden Schlagwörter „soziale Macht“ oder „gesellschaftliche Verantwortung“ sind nicht geeignet, um eine weitergehende Grundrechtsbindung Privater im Vergleich zur aktuellen Dogmatik zu begründen. Nur in bestimmten Fallgruppen sind private Rechtssubjekte in der Lage, außerhalb des privatautonomen Funktionsmechanismus zu handeln und hierdurch einseitig und fremdbestimmend gegenüber anderen Privaten aufzutreten.

76 Treffend *Suhr* (Fn. 38) 4: „Verfassungsrecht aber hat sich gerade darin als rigide und dauerhaft zu bewähren, dass es ergiebig bleibt auch noch dann, wenn die Gefahren für die verfassungsrechtlich geschützten Güter und Prinzipien ihr Gesicht wandeln und in anderer Verkleidung daherkommen als bisher.“

77 Dreier, in: ders. GG, 3. Aufl., 2015, Art. 79 Abs. 1, Rn. 38.

78 Anders im Hinblick auf die Drittirkung *Muckel* (Fn. 18), 277 – 279.

1. „Grundrechtliche Gefährderlage“

Erforderlich sind insoweit begrifflich abgrenzbare Kriterien aus denen hervorgeht, dass Private in staatsähnlicher Weise grundrechtliche Freiheiten Dritter bedrohen. Terminologisch ist ein Rückgriff auf *T. Kingreens* Wortschöpfung der „grundrechtstypischen Gefährderlage“ denkbar.⁷⁹ Unter diesen Begriff können solche privaten Grundrechtsgefährdungen gefasst werden, „die in ihrer Gefährdungsrichtung strukturanalog zu gefährdenden Tendenzen politischer Machtausdehnungen sind, gegen die die Grundrechte als Abwehrrechte ursprünglich konzipiert wurden.“⁸⁰

Als exemplarische Fallgruppe einer grundrechtstypischen Gefährderlage kommt zunächst die marktbeherrschende Stellung in Betracht. In diesem Zusammenhang greift die bisherige Rechtsprechung unter anderem auf eine situative „Unausweichlichkeit“ zurück, der sich Dritte im Verhältnis zu bestimmten Leistungserbringer:innen dann ausgesetzt sehen, wenn sie nicht auf die von ihnen angebotene Leistung verzichten möchten.⁸¹ Weiterhin könnte sich eine unmittelbare Grundrechtsbindung aus dem konkreten Inhalt der Leistungserbringung und ihrer Bedeutung ergeben. Sind Dritte im besonderen Maße auf private Leistungen angewiesen, für die es keine Alternativen am Markt gibt, kann hieraus potenziell eine erhebliche Freiheitsbeschränkung resultieren. Der Umfang grundrechtlich gesicherter Leistungspflichten kann sich an Art. 1 Abs. 1 GG orientieren, der neben dem Lebensnotwendigen („Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit“), auch ein „Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst.“⁸²

2. Verhältnismäßigkeitsprüfung und derivative Leistungspflichten

Nimmt man tatbestandlich ausnahmsweise eine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater an, so stellt sich schließlich die Frage, welche Konsequenzen aus ihr auf Rechtsfolgenseite erwachsen. Häufig wird aus der beiderseitigen Grundrechtsberechtigung gefolgert, dass nur eine reine Güterabwägung im Sinne der praktischen Konkordanz stattfinden könne.⁸³

79 *Kingreen*, JöR 2017, 1 (35).

80 *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393 (1394 f.).

81 BVerfGE 148, 267 (281) m. w. N.

82 Jeweils BVerfGE 125, 175 (223).

83 Vgl. nur *Kainer*, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 486.

Dies würde für die oben gebildeten Fallgruppen jedoch ihre Einseitigkeit unberücksichtigt lassen. Gerade wegen der Subordination kann insoweit das Erfordernis einer strengen, das heißt vollständigen Verhältnismäßigkeitsprüfung der privaten Grundrechtsbeeinträchtigung bestehen.⁸⁴ Die Prüfung reicht dabei umso weiter, je größer die Spielräume sind, die der einfache Gesetzgeber der privaten Rechtsgestaltung einräumt.⁸⁵ Daneben kommt auch die Annahme derivativer Leistungspflichten in Betracht: Eröffnen grundrechtsgebundene Privatrechtssubjekte einen allgemein zugänglichen Verkehr und entscheiden sie damit über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, so sind sie über die verfassungsrechtlichen Gleichheitssätze dazu verpflichtet, diesen diskriminierungsfrei zu betreiben. Hierüber wurde zuletzt im Stadionverbot-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts entschieden, ohne jedoch auf den Begriff der derivativen Leistungspflichten zurückzugreifen.

V. Resümee

Private Rechtssubjekte nehmen innerhalb der Gesellschaft vermehrt ordnungsgebende Funktionen wahr. Intensiv wurde zuletzt exemplarisch für den Bereich der Digitalwirtschaft die Diskussion nach einer Grundrechtsbindung ihrer Akteure geführt. Insbesondere die Vertreter der klassischen Grundrechtstheorie treten einer solchen Drittewirkung auch mit dem Argument entgegen, dass die Grundrechte von einer asymmetrischen Verhältnisordnung geprägt seien, die den Staat grundrechtlich ausschließlich verpflichtete und private Akteure ausschließlich als Grundrechtsberechtigte einzuordnen seien. Meines Erachtens wird im Rahmen dieser dualistischen Grundlegung zu wenig betont, dass das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft nicht durch einen normativ-positivistischen Rechtssatz bestimmt wird, sondern historisch-politisch gewachsen ist und einem steten Wandel unterliegt, der zuletzt insbesondere von den Prozessen der Digitalisierung, Globalisierung und Privatisierung geprägt wurde. Führt dieser Wandel dazu, dass Private dem Prinzip der Privatautonomie entwachsen, dadurch einseitig gegenüber Dritten Recht setzen können und in staatsähnlicher Weise Grundrechte bedrohen, sind sie selbst an Grundrechte zu binden.

84 Eine Übertragung der VHMK-Prüfung auf private Rechtsverhältnisse vornehmend etwa *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, 1987, S. 288 f.

85 *Tischbirek*, JZ 2018, 421 (429).

