

LARS C. KROEMER

Drittwirkung der Grundrechte

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

67

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 67



Lars C. Kroemer

Drittwirkung der Grundrechte

Die Unterscheidung zwischen
Staat und Gesellschaft als staatsrechtliche Bedingung
der Drittwirkungsproblematik

Mohr Siebeck

Lars C. Kroemer, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Münster mit Auslandsaufenthalt an der Temple University in Philadelphia; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität zu Köln; Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht Köln.

ISBN 978-3-16-162661-6 / eISBN 978-3-16-163505-2
DOI 10.1628/978-3-16-163505-2

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Beltz Grafische Betriebe in Bad Langensalza auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahre 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen.

Als mein Doktorvater hat Herr Professor *Burkhard Schöbener* in einer Weise zum Gelingen dieses Projekts beigetragen, für die ich ihm nicht genug danken kann. Seine Betreuung hat mir eine gedankliche Freiheit eröffnet, die für mich nicht nur im juristischen Arbeiten von unschätzbarem Wert war und ist. Herzlichen Dank!

Herrn Professor *Stefan Muckel* danke ich für die Tätigkeit als Zweitgutachter und seine klugen Gedanken zur Grundrechtstheorie, die hoffentlich einen angemessenen Niederschlag auch in dieser Arbeit gefunden haben.

Bereits im Entstehen dieser Schrift durfte ich einige Aspekte meines Forschungsthemas auf der Jungen Tagung Öffentliches Recht 2022 in Zürich mit vielen engagierten Kolleginnen und Kollegen diskutieren. Vielen Dank für dieses produktive Diskussionsforum und die Möglichkeit, meine Thesen in abgewandelter und komprimierter Form in der DÖV 22/2022 veröffentlichen zu können. Der dortige Beitrag basiert auf den Erkenntnissen dieser Arbeit.

Meiner lieben Frau, meiner Familie und meinen Freunden danke ich für ihren Zuspruch und die gutherzige Verbundenheit.

Köln, Februar 2024

Lars C. Kroemer

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>A. Untersuchungsgegenstand</i>	1
<i>B. Gang der Arbeit</i>	4
Kapitel 2: Tatsächliche und rechtliche Grundlagen der Problemstellung	7
<i>A. Bedrohungen grundrechtlicher Freiheiten durch Private am Beispiel der Digitalisierung</i>	7
<i>B. Drittwirkung der Grundrechte zwischen Dogmatik und Staatstheorie</i>	14
<i>C. Zwischenfazit</i>	33
Kapitel 3: Historie, Inhalt und Wandel des Staat-Gesellschaft- Dualismus	35
<i>A. Begriffliche Vorbemerkung (Staat, Gesellschaft, Dualismus)</i>	35
<i>B. Historische Entwicklung des Staat-Gesellschaft-Dualismus: ein Auseinandertreten von Ordnungsprinzipien</i>	36
<i>C. Voraussetzungen des Staat-Gesellschaft-Dualismus nach dem traditionellen Grundrechtsverständnis</i>	51
<i>D. Staat-Gesellschaft-Dualismus im Wandel</i>	56
<i>E. Zwischenfazit und Ausblick</i>	86
Kapitel 4: Begriffsbestimmung: Intermediäre Gewalten	89
<i>A. Telos der Begriffsverwendung: Differenzierung und Rechtssicherheit</i>	90
<i>B. Intermediäre Gewalten: Geschichte einer uneinheitlichen Semantik</i>	92

<i>C. Begriffsbestimmung: Intermediäre Gewalten</i>	104
Kapitel 5: Auslöser und Rechtsfolgen der Grundrechtsbindung Intermediärer Gewalten	119
<i>A. Status quo der traditionellen Grundrechtslehre: Defizitärer Grundrechtsschutz gegenüber Intermediären Gewalten</i>	119
<i>B. Lösungsansatz: Unmittelbare Grundrechtsbindung Intermediärer Gewalten</i>	137
<i>C. Zwischenergebnis</i>	170
Kapitel 6: Zusammenfassende Schlussbetrachtung	173
<i>A. Grundrechtliche Bedrohungsszenarien im Bürger-Bürger-Verhältnis am Beispiel der Digitalisierung</i>	173
<i>B. Staat-Gesellschaft-Dualismus als staatsrechtliche Prämisse des Drittwirkungsdiskurses</i>	173
<i>C. Staat-Gesellschaft-Dualismus im Wandel</i>	175
<i>D. Intermediäre Gewalten als typische Grundrechtsgefährder</i>	176
<i>E. Unmittelbare Grundrechtsbindung Intermediärer Gewalten</i>	177
Literaturverzeichnis	179
Register	203

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Kapitel 1: Einleitung	1
<i>A. Untersuchungsgegenstand</i>	1
<i>B. Gang der Arbeit</i>	4
Kapitel 2: Tatsächliche und rechtliche Grundlagen der Problemstellung	7
<i>A. Bedrohungen grundrechtlicher Freiheiten durch Private am Beispiel der Digitalisierung</i>	7
I. Transformation des Analogenen ins Digitale	7
1. Überblick	7
2. Private Datenverarbeitung	8
a) Konsumverhalten	9
b) Soziale Interaktion	9
c) Privates Wohnumfeld	10
3. Staatliche Datenverarbeitung	11
4. Zusammenführung der Daten in Big-Data-Analysen und Profilbildungen	11
II. Digitalunternehmen als Hauptdatenverarbeiter	13
<i>B. Drittwirkung der Grundrechte zwischen Dogmatik und Staatstheorie</i>	14
I. Begriff und Prämissen der traditionellen/klassischen/liberalen Grundrechtstheorie	15
1. Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliches Handeln	16
2. Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip	17
II. Dogmatische Struktur der mittelbaren Drittwirkung	19
1. Grundannahmen	19
2. Kritik: „Mittelbare Wirkung“ als Formelkompromiss	21
III. Staatstheoretische Prämissen der mittelbaren Drittwirkung	24
1. Staatstheoretisches Gepräge der Drittwirkungsdiskussion	24

2. Staat-Gesellschaft-Dualismus	26
a) Ordnungsidee der traditionellen Staats- und Grundrechtslehre	27
b) Referenzproblem und Wirklichkeitsbezug der Grundrechtsdogmatik	29
IV. Normativität und Faktizität, Drittwirkung und Verfassungswandel	30
C. <i>Zwischenfazit</i>	33
 Kapitel 3: Historie, Inhalt und Wandel des Staat-Gesellschaft- Dualismus	 35
A. <i>Begriffliche Vorbemerkung (Staat, Gesellschaft, Dualismus)</i>	35
B. <i>Historische Entwicklung des Staat-Gesellschaft-Dualismus: ein Auseinandertreten von Ordnungsprinzipien</i>	36
I. <i>Ideengeschichtliche Vorbemerkung</i>	36
II. <i>Entstehung und Funktion moderner Staatlichkeit</i>	38
1. <i>Vom Personenverband zur souveränen juristischen Person</i>	38
2. <i>Funktion und Ordnungsprinzipien moderner Staatlichkeit</i>	41
III. <i>Individuelle Freiheiten innerhalb der Gesellschaft</i>	43
1. <i>Von der Ständeordnung zur Bürgerlichen Gesellschaft</i>	43
2. <i>Funktion und Ordnungsprinzipien der modernen Gesellschaft</i>	45
IV. <i>Gewährleistung außerstaatlicher Freiheiten (Grundrechte)</i>	49
C. <i>Voraussetzungen des Staat-Gesellschaft-Dualismus nach dem traditionellen Grundrechtsverständnis</i>	51
I. <i>Zuhöchstsein staatlicher Gewalt</i>	51
1. <i>Potenzielles Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft (Einseitigkeit)</i>	52
2. <i>Einzigkeit staatlicher Gewalt</i>	53
3. <i>Grundrechte als Widerpart staatlicher Gewalt</i>	54
II. <i>Legitimation staatlicher Gewalt durch Wahlen und Grundrechte</i> ...	54
III. <i>Verfassungsvoraussetzung: Staat als zentrale Regulierungsinstanz zur Gewährleistung bürgerlicher Freiheit</i>	55
IV. <i>Zwischenfazit</i>	56
D. <i>Staat-Gesellschaft-Dualismus im Wandel</i>	56
I. <i>Veränderte Stellung privater Akteure</i>	57
1. <i>Begriff: Private Macht im Bürger-Bürger-Verhältnis</i>	57
2. <i>Private (einseitige) Regelsetzung</i>	58
a) <i>Eigenschaften</i>	58
b) <i>Beispiele</i>	60
aa) <i>„Code is Law“</i>	60

bb) AGB-Klauseln	62
cc) Digitale Inhalte	64
dd) Betreiber öffentlicher Räume	65
ee) Weitere Beispiele privater Regelsetzung	66
3. Wirtschaftliche Sonderstellung als Ursache privater Macht	66
a) Monopolbildungen in der Digitalwirtschaft	67
b) Digitalunternehmen in der funktionalen Differenzierung ...	68
II. Veränderte Ordnungskräfte des Staates	69
1. Globalisierung	70
2. Internet und Digitalisierung	73
3. Privatisierung	75
a) Formen der Privatisierung als Gradmesser des Staat-Gesellschaft-Dualismus	76
aa) Organisationsprivatisierung (unechte Privatisierung) ...	77
bb) Funktionale Privatisierung (Erfüllungsprivatisierung)	77
(1) Begriff	77
(2) Herausforderungen für den traditionellen Staat-Gesellschaft-Dualismus	78
cc) Materielle Aufgaben- und Vermögensprivatisierung: vollständige Rücknahme von Staatstätigkeit	81
(1) Begriff	81
(2) Herausforderungen für den traditionellen Staat-Gesellschaft-Dualismus	82
4. Überwindung von Grenzdenken im Verwaltungsrecht	83
III. Zwischenfazit	85
<i>E. Zwischenfazit und Ausblick</i>	86
Kapitel 4: Begriffsbestimmung: Intermediäre Gewalten	89
<i>A. Telos der Begriffsverwendung: Differenzierung und Rechtssicherheit</i>	90
<i>B. Intermediäre Gewalten: Geschichte einer uneinheitlichen Semantik</i>	92
I. Vorbemerkung: Staatstheoretisches Erbgut des Begriffes	92
II. <i>Politischer Kampfbegriff bei Montesquieu und Rousseau</i>	92
1. Corps intermédiaires zwischen Feudalordnung und Bürgerlicher Gesellschaft	93
2. Erkenntnis für weitere Begriffsbildung	96
III. Zeitgenössische Literatur, Rechtsprechung und positives Verfassungsrecht	96
1. Enges Begriffsverständnis: Rechtssetzung von Verbänden	97
2. Weites Begriffsverständnis: besondere Freiheitsbedrohung und/oder staatsähnliche Stellung	99
3. Intermediäre Gewalten im positiven Verfassungsrecht	101

4. Intermediäre Gewalten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	102
IV. Zwischenergebnis	104
C. <i>Begriffsbestimmung: Intermediäre Gewalten</i>	104
I. Definitionsvorschlag	104
II. Typisierende Abgrenzung zur Gesellschaft	105
1. Vorbemerkung: Methodik des Typusbegriffes in Abgrenzung zum Allgemeinbegriff	105
2. Wertungsgesichtspunkt und typische Erscheinungsformen	107
a) Ermöglichung des Freiheitsgebrauchs Dritter	108
b) Marktbeherrschung und Systemrelevanz	110
c) Ordnungsgebung durch Selbstregulierung	112
d) Juristische Personen	114
III. Nichtstaatlichkeit Intermediärer Gewalten	116
IV. Zwischenergebnis	117
 Kapitel 5: Auslöser und Rechtsfolgen der Grundrechtsbindung Intermediärer Gewalten	 119
A. <i>Status quo der traditionellen Grundrechtslehre: Defizitärer Grundrechtsschutz gegenüber Intermediären Gewalten</i>	119
I. Vorbemerkung: Kategorisierung nach der Statuslehre	119
II. Status negativus (Freiheit vom Staat)	120
1. Inhaltliche Ausprägungen	121
a) Grundsätzliches	121
b) Grundrechtseingriff als Auslöser der Rechtsfertigungsanforderungen	121
c) Rechtsfertigungsanforderungen an Grundrechtseingriffe	122
d) Verfassungsrechtlich garantierter Rechtsschutz	123
2. Defizite im Grundrechtsschutz gegenüber Intermediären Gewalten	124
III. Status positivus (Freiheit durch den Staat)	125
1. Inhaltliche Ausprägungen	125
a) Grundsätzliches	125
b) Anforderungen an staatliches Handeln	126
aa) Verfassungsgerichtliche Zurückhaltung als Ausgangspunkt	126
bb) Untermaßverbot und praktische Konkordanz als materielle Maßstäbe	128
c) Verfassungsrechtlich garantierter Rechtsschutz	130
2. Defizite im Grundrechtsschutz gegenüber Intermediären Gewalten	132
a) Unzureichender Schutz vor Subordinationen im Privatrechtsverhältnis	132

b)	Besonderer Ermessensspielraum der Zivilgerichte	134
c)	Keine Grundrechtswirkung ohne einfaches Recht	135
IV.	Zwischenergebnis	137
B.	<i>Lösungsansatz: Unmittelbare Grundrechtsbindung</i>	
	<i>Intermediärer Gewalten</i>	137
I.	Grundsätzliches	137
1.	Argumentationslast einer privaten Grundrechtsbindung	138
2.	Grundrechtsverhältnisse ohne Staat	138
3.	Rechtsquellen	140
4.	Modifizierungsbedürfnis privater Grundrechtsbindung	141
II.	Konkrete Voraussetzungen der unmittelbaren Grundrechtsbindung	
	<i>Intermediärer Gewalten</i>	142
1.	Fremdbestimmung durch rechtliche oder tatsächliche Einseitigkeit	142
2.	Typische Fallgruppen	143
a)	Marktbeherrschende Stellung des Leistungserbringers	143
aa)	Unausweichlichkeit	143
bb)	Angewiesenheit	145
b)	Konkreter Leistungsinhalt als Indiz der Einseitigkeit	146
III.	Rechtsfolgen unmittelbarer Grundrechtsbindung	
	<i>Intermediärer Gewalten</i>	148
1.	Status negativus	148
a)	Grundrechtseingriffe durch Intermediäre Gewalten	148
b)	Grundrechtsverzicht durch Einwilligung	150
aa)	Begriff und Abgrenzung	150
bb)	Abgrenzung des Grundrechtsverzichtes von der vertraglichen Bindung	151
cc)	Übertragung der Rechtsfigur auf private Rechtsverhältnisse	152
dd)	Tatbestand und Rechtsfolge eines Grundrechtsverzichtes	152
ee)	Die Einwilligung am Beispiel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und Art. 8 GRCh	153
c)	Rechtfertigungsanforderungen	156
aa)	Keine Berücksichtigung nur staatsgerichteter Anforderungen	156
bb)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentrale Rechtfertigungsanforderung	156
(1)	Modifizierte Anwendbarkeit gegenüber unmittelbar grundrechtsverpflichteten Privaten	157
(a)	Keine unbedingte Anwendung in privaten Rechtsverhältnissen	157

(b) Verhältnismäßigkeitsprüfung in Rechtsverhältnissen zwischen Intermediären Gewalten und Dritten	159
(2) (Legitimer) Zweck	161
(3) Geeignetheit	162
(4) Erforderlichkeit	163
(5) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i. e. S.)	164
d) Zwischenergebnis	167
2. Status positivus	167
a) Originäre und derivative Leistungsrechte im Staat-Bürger- Verhältnis	167
b) Derivative Leistungsrechte gegenüber Intermediären Gewalten	169
C. <i>Zwischenergebnis</i>	170
Kapitel 6: Zusammenfassende Schlussbetrachtung	173
A. <i>Grundrechtliche Bedrohungsszenarien im Bürger-Bürger-Verhältnis am Beispiel der Digitalisierung</i>	173
B. <i>Staat-Gesellschaft-Dualismus als staatsrechtliche Prämisse des Drittwirkungsdiskurses</i>	173
C. <i>Staat-Gesellschaft-Dualismus im Wandel</i>	175
D. <i>Intermediäre Gewalten als typische Grundrechtsgefährder</i>	176
E. <i>Unmittelbare Grundrechtsbindung Intermediärer Gewalten</i>	177
Literaturverzeichnis	179
Register	203

Kapitel I

Einleitung

A. Untersuchungsgegenstand

Die Normen des Grundgesetzes sind für zukünftige Veränderungsprozesse in Staat und Gesellschaft nicht „vorprogrammiert“¹. Das Verfassungsrecht sieht sich durch unzählige Entwicklungen, sei es die fortschreitende Digitalisierung oder die örtlich sowie sachlich unbegrenzte Ökonomisierung der Lebenswelt, herausgefordert. Eine neue Konjunktur erfährt speziell in diesen Themenkomplexen die Frage, inwieweit neben dem Staat auch private Rechtssubjekte Adressaten verfassungsrechtlicher Pflichten sein können oder vielmehr sein sollen.² Immer wieder wird konstatiert, dass sich bestimmte private Akteure gegenüber dem Einzelnen in ähnlichen Machtpositionen befänden wie der Staat, ohne jedoch in eine adäquate Pflichtenstellung zu rücken.³ Verfassungsrechtlich geht es dabei zuvörderst um die Problematik der Grundrechtsbindung Privater (sog. Drittwirkung der Grundrechte), die Gegenstand dieser Untersuchung ist.

Die Arbeit legt den Fokus weniger auf die normativ-dogmatischen Begründungsansätze der Drittwirkung.⁴ Im Vordergrund stehen vielmehr die staats-theoretischen Aspekte der Drittwirkungsproblematik, die im bisherigen Diskurs

¹ *Schöbener*, Menschliche Existenz als Schaden?, ZfP 1998, 326 (331) am Beispiel der Fortentwicklung medizintechnischer Versorgungsmöglichkeiten.

² Aus dem jüngeren Schrifttum: *Muckel*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, VVDStRL 2020, 245 (273 ff.); *ders.*, Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung, JA 2020, 411 (414 ff.); zuletzt spezifisch im Hinblick auf digitale Sachverhalte: *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 58 ff., 114 ff., 156 ff. und die folgenden Beiträge: *Mayen*, Über die mittelbare Grundrechtsbindung Privater in Zeiten des Einflusses sozialer Netzwerke auf die öffentliche Kommunikation, ZHR 2018, 1; *Raue*, Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209; *Augsberg/Petras*, Deplatforming als Grundrechtsproblem, JuS 2022, 97; *Krönke*, Privatverfahrensrecht in digitalen Grundrechtsnetzwerken, ZUM 2022, 13.

³ Vgl. *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht, JöR 2017, 1 (4 ff., 35 f.); *Thiele*, Allg. Staatslehre, S. 239 ff.; kritisch *Muckel*, Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung, JA 2020, 411 (415 f.).

⁴ Umfassend aus rechtstheoretischer Perspektive zuletzt *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, passim. In Rekurs auf die „klassischen“ Positionen von *H. C. Nipperdey* und *G. Dürig* vgl. den Überblick bei *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 12 ff.; s. auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 305 ff.

nur unzureichend herausgearbeitet wurden. Es mag der hohen Komplexität privater Grundrechtsbeziehungen geschuldet sein, dass sich der rechtswissenschaftliche Diskurs in dieser Frage zumeist dogmatischen Streitpunkten – etwa der Abgrenzung zwischen der mittelbaren und unmittelbaren Drittwirkung⁵ – zuwendet. Hierin erschöpft sich die Problematik jedoch nicht.

Im Folgenden wird herausgestellt, dass die klassische Grundrechtstheorie in ihrer rechtstheoretischen Begründung der grundrechtlichen Drittwirkung von spezifischen staatsrechtlichen Prämissen ausgeht, die außerhalb des Rahmens einer dogmatisch streng am Gesetzestext orientierten Exegese liegen.⁶ Insbesondere nimmt sie eine Unterscheidung der Ebenen *Staat* und *Gesellschaft* vor und schreibt ihnen jeweils verschiedene Rechts- und Ordnungsprinzipien zu. In grundrechtlicher Hinsicht verläuft parallel zu dieser Unterscheidung eine undurchlässige Trennlinie zwischen Grundrechtsbindung (*Staat*) und Grundrechtsberechtigung (*Akteure der Gesellschaft*). Der Oberbegriff *Gesellschaft* beschreibt vorliegend in Abgrenzung zum Staat die grundrechtsberechtigten Privatrechtssubjekte.⁷

Letztere werden grundsätzlich von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung ausgeschlossen. Die Ebene *Gesellschaft* wird dabei verfassungsrechtlich nicht nach verschiedenen Akteuren untergliedert, sondern a priori als Oberbegriff der ausschließlich Grundrechtsberechtigten betrachtet. Wirtschaftliche oder soziale Sonderstellungen innerhalb der Gesellschaft sollen nach der klassischen Grundrechtstheorie zunächst keine Rolle spielen; alle Privaten – vom Individuum bis zum Großkonzern – sind in erster Linie Grundrechtsberechtigte und begegnen sich untereinander als Freie und Gleiche.

Die dergestalt angenommene Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, die sich auf die Dogmatik der Grundrechtsbindung auswirkt, ist nicht ausschließlich die Folge eines verfassungsrechtlichen Rechtssatzes, sondern ebenso das Produkt außerrechtlicher, insbesondere historischer, philosophischer, soziologischer und politischer Grundannahmen, welche die klassische Grundrechtstheorie bis in ihre Grundbegriffe hinein prägen. Diese Seins- und Ideologiebezogenheit⁸ ist der Grundrechtstheorie zwar immanent, da Verfassungsinterpretation bis zu einem gewissen Grad notwendig außerrechtlicher Natur ist.⁹ Sie ist jedoch – ebenso wie die normativen Schlussfolgerungen aus ihr – kritisch zu hinterfragen.

⁵ Vgl. hierzu noch unten auf S. 19 ff.

⁶ In Anlehnung an *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, S. 176 ff. könnte man insofern von der „Tiefenstruktur der Horizontalwirkung“ sprechen. Im Überblick hierzu *Kroemer*, Die Grundrechtsbindung Privater, DÖV 2022, 932, passim.

⁷ Zur Begriffsbestimmung vgl. noch unten auf S. 35.

⁸ *K. Stern* bezeichnete Teile der Debatte um eine Grundrechtswirkung gegenüber „sozialen Gewalten“ als „ideologischen Tummelplatz“ (*Stern*, Staatsrecht Bd. III § 76 IV 8).

⁹ Vgl. *Böckenförde*, in: FS-Scupin, 317 (321), gleichwohl kritisch auf S. 331, wenn *ders.* vor einem „anarchisch anmutende[n] Methodenpluralismus“ warnt. Diese Warnung ist freilich vor dem Hintergrund zu lesen, dass *Böckenförde* selbst Anhänger einer spezifischen Lesart, nämlich der klassisch-liberalen Grundrechtstheorie war (hierzu *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft: Ambivalenzen der Verfassungstheorie Böckenfördes, KJ 1997, 45,

Die Kernthese der Arbeit ist, dass die von der klassischen Grundrechtstheorie gedachte Trennung zwischen Staat und Gesellschaft aufgrund verschiedener rechtlicher und tatsächlicher Prozesse die grundrechtlichen Gefährdungen der sozialen Wirklichkeit nicht mehr abbildet. Die Prämissen der klassischen Grundrechtslehre, insbesondere die Staatszentriertheit der Grundrechtsbindung, werden den Freiheitsgefährdungen der Jetztzeit nicht umfassend gerecht. Ein besonderes Augenmerk der Abhandlung liegt auf den Veränderungsprozessen durch die Digitalisierung. Aufgrund ihrer Ubiquität hat die Digitalisierung wesentliche Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Sie dient der Arbeit als Beispiel für ein verhältnismäßig neuartiges grundrechtliches Bedrohungsszenario, das sich auch jenseits des Staat-Bürger-Verhältnisses verwirklicht.

Bezogen auf die Verhältnisordnung im digitalen Gemeinwesen formulierte *U. Di Fabio*:

„Im Grunde ist eine asymmetrische Lage entstanden, in der die großen US-amerikanischen Internetplattformen im Wettbewerb untereinander dem Internet [...] eine ihnen nützliche Ordnung geben, die die Rolle der [...] regulierenden Staaten zunehmend definiert.“¹⁰

Diese neu gewachsene Asymmetrie und die hieraus resultierenden Freiheitsgefährdungen zulasten des Einzelnen lassen an der Annahme der klassischen Grundrechtslehre zweifeln, private Akteure pauschal als Adressaten einer unmittlerbaren Grundrechtsbindung auszuschließen. Vielmehr liegt es nahe, Großkonzerne der Digitalwirtschaft und natürliche Personen hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Pflichtenstellung unterschiedlich zu behandeln.

Dieser differenzierende Ansatz folgt der Annahme, dass sich

„Verfassungsrecht [...] gerade darin als rigide und dauerhaft zu bewähren [hat], 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.“¹¹

[54] und passim). S. auch *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, S. 48 f.: „Jede grundrechtsinterpretatorische Arbeit wird bewußt oder unbewußt vermittelt über ein grundrechtstheoretisches Vorverständnis.“

¹⁰ *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, S. 11.

¹¹ *Suhr*, Grundrechte gegen die Natur, in: Berichte der Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege, 1988, 3 (4).

B. Gang der Arbeit

Das zweite Kapitel erfasst zunächst den rechtstatsächlichen Aspekt der Digitalisierung und beschreibt ihre Auswirkungen auf verschiedene Bereiche des staatlichen und privaten Handelns (S. 7 ff.). Der Schwerpunkt liegt hierbei auf den Datenverarbeitungsprozessen im Bürger-Bürger-Verhältnis und den hieraus resultierenden Freiheitsgefährdungen. Anschließend wird die Frage behandelt, in welcher Art und Weise Grundrechte nach der klassischen Grundrechtstheorie eine Wirkung zwischen Privaten entfalten können (S. 14 ff.). Nach der Herausarbeitung der normativen und dogmatischen Grundbedingungen hierfür wird schließlich die staatsrechtliche Dimension der Drittwirkung behandelt (S. 24 ff.). Dabei geht es speziell um die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft als Prämisse der klassischen Staats- und Grundrechtstheorie. Ein Schwerpunkt liegt auf der Frage, welche verfassungsrechtliche Qualität der Staat-Gesellschaft-Dualismus überhaupt hat und welche Auswirkungen er im Rahmen der Bestimmung der Reichweite der Grundrechtsbindung hinsichtlich ihrer Verpflichtungsadressaten haben kann (S. 26 ff.).

Im dritten Kapitel werden zunächst die historischen Bedingungen des Staat-Gesellschaft-Dualismus erörtert (S. 35 ff.). Sie sind gleichzeitig die Grundlage für das heutige dualistische Verständnis der klassischen Grundrechtslehre, dessen Voraussetzungen auf S. 51 ff. behandelt werden. Im Anschluss hieran wird aufgezeigt, dass diese Voraussetzungen durch eine Reihe tatsächlicher und rechtlicher Veränderungsprozesse (insb. Digitalisierung, Privatisierung und Globalisierung) einem erheblichen Bedeutungswandel unterliegen (S. 56 ff.). Diese Veränderungen wirken sich unmittelbar auf das Verständnis der Grundrechtsbindung Privater aus.

Das vierte Kapitel greift schließlich das Bedürfnis auf, grundrechtsdogmatisch nicht nur zwischen Staat und Gesellschaft, sondern auch innerhalb der gesellschaftlichen Ebene stärker zu differenzieren (S. 89 ff.). Hierzu wird der Begriff der *Intermediären Gewalten* in einem neuen Verständnis eingeführt. Der Begriff umfasst vorliegend nicht-staatliche Akteure, die insbesondere aufgrund ihrer sozialen und wirtschaftlichen Stellung eine Sonderrolle innerhalb der Gesellschaft einnehmen. Die Leistungsfähigkeit dieses Begriffes besteht im Hinblick auf die Drittwirkung darin, den Adressatenkreis der unmittelbaren Grundrechtsbindung auf Intermediäre Gewalten zu erweitern.

Im fünften Kapitel (S. 119 ff.) erfolgen schließlich zwei Arbeitsschritte. Zum einen wird das Defizit der klassischen Grundrechtstheorie hinsichtlich des Grundrechtsschutzes vor Freiheitsbeschränkungen durch Intermediäre Gewalten aufgezeigt. Hierbei geht es konkret um die Schwächen der mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtendimension der Grundrechte. Zum anderen werden die konkreten Voraussetzungen benannt, unter denen Intermediäre Gewalten unmittelbar an Grundrechte zu binden sind (S. 142 ff.). Da es sich bei Intermediären Gewalten gerade nicht um staatliche Akteure handelt, müssen hin-

sichtlich der Rechtsfolgen der Grundrechtsbindung einige Modifikationen vorgenommen werden (S. 148 ff.).

Abschließend werden die Untersuchungsergebnisse zusammengefasst (S. 173 ff.).

Kapitel 2

Tatsächliche und rechtliche Grundlagen der Problemstellung

A. Bedrohungen grundrechtlicher Freiheiten durch Private am Beispiel der Digitalisierung

Der folgende Abschnitt nimmt exemplarische Veränderungen der Lebenswelt durch die Digitalisierung in den Blick. Das Augenmerk liegt dabei auf der Vielgestaltigkeit digitaler Datenverarbeitungen und den hiermit potenziell zusammenhängenden Gefährdungen für grundrechtliche Schutzgehalte. Dies ist nicht Ausdruck einer Digitalisierungsskepsis. Vielmehr soll die Bestandsaufnahme ein Verständnis und Bewusstsein dafür schaffen, welche Bedrohungsszenarien grundrechtlich zu bewältigen sind. Bedeutsam sind dabei vor allem, aber nicht ausschließlich die Aspekte des grundrechtlichen Datenschutzes, der seinen Niederschlag im Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) findet. Relevant werden beispielsweise auch das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) und die allgemeinen sowie speziellen Gleichbehandlungsgebote (Art. 3 GG), etwa wenn Plattformbetreiber Nutzer willkürlich von ihren Dienstleistungen ausschließen.¹

I. Transformation des Analogens ins Digitale

1. Überblick

„Daten sind die Rohstoffe des 21. Jahrhunderts.“ Dieser und vergleichbare Sätze werden seit einiger Zeit von Politikern und Ökonomen geradezu gebetsmühlenartig ausgerufen.² Dahinter verbirgt sich ein Appell: Daten haben unter wirtschaftlichen und politischen Gesichtspunkten ein unschätzbbares Potential, das es durch entsprechende Verarbeitung möglichst schnell und umfassend zu ergrün-

¹ Für weitere Beispiele grundrechtssensibler digitaler Sachverhalte vgl. *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, S. 128 ff.; *Peucker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, S. 295 ff.

² So z. B. die Bundeskanzlerin a. D. der BR Deutschland im Vorfeld der CeBIT 2016; ähnlich der Beitrag mit dem Titel „The world’s most valuable resource is no longer oil, but data“ im *Economist* vom 6.5.2017; kritisch zur Aussage *Kühling/Sackmann*, Irrweg „Dateneigentum“, *ZD* 2020, 24 (25 f.); *Steltzner*, Merkel auf digitalem Glatteis, *FAZ* v. 8.6.2018, S. 1.

den und zu nutzen gilt. Zu einem ähnlichen Resultat gelangte die Bundesregierung schon 1996 in einem Bericht zum Wege Deutschlands in die Informationsgesellschaft, in welchem dem „produktive[n] Umgang mit der Ressource ‚Information‘ und [der] wissensintensive[n] Produktion“ eine herausragende Rolle zugeschrieben wurde.³

Der Umfang dieses Potentials entsteht durch das Phänomen der Digitalisierung, genauer des „Ubiquitären Computing“. Hierunter versteht man die Allgegenwärtigkeit (Ubiquität) von Informationstechnik und Computerleistungen, die in prinzipiell sämtliche Alltagsgegenstände eindringen.⁴ Dies führt dazu, dass ursprünglich analoge Prozesse entweder durch eine digitale Komponente ergänzt oder völlig durch sie substituiert werden. Die Entfaltung dieser neuen Dimension beansprucht den staatlichen Bereich und rein private Vorgänge unterschiedslos; das Ubiquitäre Computing ist keine singuläre Erscheinung bestimmter gesellschaftlicher oder staatlicher Akteure. Dieser Umstand begründet es, die Digitalisierung als einen sog. Metaprozess zu bezeichnen.⁵ Metaprozessen ist gemein, dass sie langfristige Entwicklungen darstellen, die nicht nur das tägliche Leben, sondern auch die Gesellschaft als Gesamtheit betreffen und ihnen grundsätzlich jedermann ausgesetzt ist.⁶ Neben den positiven Effekten, wie der Rationalisierung und Effizienzsteigerung vieler Prozesse, zeichnet sich ein erhebliches Gefährdungspotential für den Schutz personenbezogener Daten ab. Jedes digitale Verhalten und insbesondere solches im Internet hinterlässt ganz spezifische Datenspuren.⁷

2. Private Datenverarbeitung

Das Ausmaß von Datenverarbeitungen im Bürger-Bürger-Verhältnis bezieht sich auf nicht weniger als die „öffentliche Meinungsbildung, die Zuteilung und Versagung von Chancen, die Teilhabe am sozialen Leben [...] [und] elementare

³ BT-Drs. 13/4000 v. 7.3.1996, S. 15; s. auch *Schoch*, in: FS-Stern, 1491 (1491).

⁴ *Boehme-Neßler*, Auswirkungen der Digitalisierung auf den Staat, ZöR 2009, 145 (148); *ders.*, Unscharfes Recht, S. 105 ff. Erstmals wurde der Begriff 1991 vom US-amerikanischen Informatiker *M. Weiser* verwendet: *ders.*, The Computer for the 21st Century, in: Scientific American 1991, 94 (94).

⁵ Vgl. auch *Muckel*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, VVDStRL 2020, 245 (246 f.); vgl. zum Begriff des Metaprozesses *Krotz*, Mediatization as a mover in modernity: social and cultural change in the context of media change, in: Lundby (Hrsg.), Mediatization of Communication, S. 136 f.

⁶ *Krotz*, Mediatization as a mover in modernity: social and cultural change in the context of media change, in: Lundby (Hrsg.), Mediatization of Communication, S. 137; vgl. auch *Muckel*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, VVDStRL 2020, 245 (246). Soziologisch gebräuchlich ist für derartige gesamtgesellschaftliche Strukturzusammenhänge auch der Begriff des sozialen Makrophänomens (*Schöbener/Knauff*, Allg. Staatslehre, § 1 Rn. 33).

⁷ *Boehme-Neßler*, Big Data und Demokratie, DVBl. 2015, 1282 (1283); *PaallHennemann*, Big Data im Recht, NJW 2017, 1697 (1697); *Grimm*, Spuren im Netz, DuD 2012, 88 (88 f.).

Verrichtungen des täglichen Lebens“⁸. Hierbei handelt es sich zugleich um Lebensbereiche, die grundsätzlich nicht von der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte erfasst werden (vgl. S. 16 ff.).

a) Konsumverhalten

Beispielhaft für die Digitalisierung und Ubiquitäres Computing im Verhältnis zwischen Privaten ist das veränderte alltägliche Konsumverhalten des Einzelnen. Der klassische Einkauf, der bis vor einiger Zeit über lokale Filialen abgewickelt wurde, verschiebt sich in den elektronischen Handel, den sog. E-Commerce. Hierunter versteht man die Anbahnung sowie den Kauf und Verkauf von Waren und Leistungen, bei dem die Beteiligten auf elektronischem Wege miteinander verkehren.⁹ Der Umsatz im Bereich des E-Commerce hat sich in der Bundesrepublik Deutschland seit 2012 verdreifacht und liegt 2022 bei 97,4 Milliarden Euro.¹⁰ Die steigende Dominanz des E-Commerce und seiner Akteure ist kein temporäres Phänomen, sondern wird sich voraussichtlich in den nächsten Jahren fortsetzen.¹¹ Diese Perspektive geht naturgemäß mit einem Anstieg der Verarbeitung personenbezogener Daten einher. Hervorzuheben ist hierbei, dass nicht nur die *essentialia negotii* der konkreten Transaktionen verarbeitet und gespeichert werden, sondern auch das gesamte Verhalten des Kunden im Umfeld der Kaufentscheidung (z. B. Browserverlauf des Betroffenen¹², Kaufgewohnheiten, Zahlungsverhalten).¹³

b) Soziale Interaktion

Weiterhin erfolgen inzwischen große Teile der sozialen Kommunikation auf digitaler Ebene im Internet, zum Beispiel in sozialen Netzwerken.¹⁴ Mehr als drei

⁸ BVerfGE 152, 152 (189).

⁹ *DeGES*, Grundlagen des E-Commerce, S. 2 m. w. N.

¹⁰ Statistik des HDE (Handelsverband Deutschland e. V.): <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3979/umfrage/e-commerce-umsatz-in-deutschland-seit-1999/> (zuletzt abgerufen: 26.10.2023).

¹¹ Statistik der eMarketer, Inc.: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/199790/umfrage/entwicklung-des-b2c-e-commerce-umsatzes-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen: 26.10.2023).

¹² *Martino*, Datenschutz im Europäischen Recht, S. 7. Vgl. auch Rl. (EU) 2019/770, Erw. gr. 25 zur Möglichkeit der Bereitstellung des Browserverlaufs als Gegenleistung für eine Dienstleistung.

¹³ Plastisch am Beispiel eines Autokaufs: *Hladjk*, Online-Profilung und Datenschutz, S. 37 f.; s. auch der Beitrag auf <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/was-weiss-am-azon-alles-ueber-uns-vortrag-auf-dem-35c3-15965386.html> (zuletzt abgerufen: 26.10.2023).

¹⁴ Hiermit sind nicht soziale Netzwerke in ihrem allgemeinen soziologischen Verständnis als alle sozialen Beziehungen gemeint, sondern virtuelle Gemeinschaften im Internet, die auch als „Beziehungs-Netzwerke“ bezeichnet werden (so z. B. *Weyer*, in: *Weyer* [Hrsg.], Soziale Netzwerke, 3 [4]).

Milliarden Menschen kommunizieren weltweit über solche Netzwerke.¹⁵ In der Altersgruppe von 14–29 Jahren nutzen derzeit 95 % der Weltbevölkerung soziale Netzwerke.¹⁶ Solche Netzwerke und Plattformen stellen inzwischen eine für die soziale Kommunikation unverzichtbare Infrastruktur dar.¹⁷ Mit der sozialen Interaktion verlagert sich eine natürliche Verhaltensweise umfassend in digitale Sphären, in denen ihrerseits die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Nutzungsvoraussetzung wird.¹⁸ Wie beim E-Commerce beschränken sich digitale Kommunikationsnetzwerke nicht auf die schlichte Datenverarbeitung zur Ermöglichung der sozialen Interaktion. So wird etwa auch das sonstige Nutzerverhalten analysiert, insbesondere um personalisierte Werbung zu schalten.¹⁹

c) Privates Wohnumfeld

Eine weitere Veränderung vollzieht sich gegenwärtig im privaten Wohnumfeld, das sich zu einem sog. Smart Home entwickelt.²⁰ Gemeint ist damit die Durchdringung der eigenen vier Wände durch intelligente Informationstechnik. Konkret äußert sich dies im Einsatz diverser personalisierter Assistenzsysteme, zum Beispiel im Bereich der Energieversorgung, des Multimediakonsums oder auch der Seniorenassistenz. Konservative Schätzungen gehen auch in diesem Bereich von einem starken Nachfrageanstieg aus.²¹ Auch diese Veränderungen basieren auf der Verarbeitung personenbezogener Daten, und zwar in einem Raum, dessen besondere private Sensibilität mannigfaltig durch die Rechtsordnung geschützt wird.²²

Ein ähnlicher Trend zeichnet sich in den letzten Jahren für das Automobil ab:

¹⁵ Statistik der eMarketer, Inc.: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/219903/umfrage/prognose-zur-anzahl-der-weltweiten-nutzer-sozialer-netzwerke/> (zuletzt abgerufen: 26.10.2023).

¹⁶ *DIVSI*, Internet-Milieus 2016, S. 18.

¹⁷ *Nocun*, in: Roßnagel/Friedewald/Hansen (Hrsg.), Die Fortentwicklung des Datenschutzes, S. 48 ff.

¹⁸ Zur Datenverarbeitung sozialer Netzwerke im Überblick: *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, S. 24 f.

¹⁹ Zu diesem sog. Targeting: *Micklitz/Namysłowska* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 6 UWG Rn. 90 ff.

²⁰ *Skistims*, Smart Homes, S. 37 ff.; *Roßnagel*, Modernisierung des Datenschutzrechts, MMR 2005, 71 (71 f.).

²¹ Statistik von Deloitte GmbH: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/466811/umfrage/prognose-zur-anzahl-der-smart-home-haushalte-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen: 26.10.2023).

²² Vgl. z. B. Art. 13 GG, §§ 123 Abs. 1, 244 Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 4 StGB sowie das in § 1004 BGB verankerte Hausrecht.

Register

- Abwehrrechte 16 f., 120–126
AGB 62 f.
Angemessenheit 158 f., 164–167
Angewiesenheit 111, 124, 145 f.
- Big-Data-Analysen 11–13, 173
Bundesverfassungsgericht 12, 16, 18, 20,
51, 65, 67, 102 f., 126 f., 134, 166 f.
- Code is law 60 f., 114
- Daseinsvorsorge 78, 108 f., 147
Digitalisierung 7–13, 61, 67, 73–75
Digitalunternehmen 13, 60, 68 f.
- Einseitigkeit 25, 42, 48, 52, 63, 66, 83,
100, 142 f., 146
Einzigkeit 53, 70, 72
- Französische Revolution 44, 92 f., 95
Fremdbestimmung 140, 142 f., 152,
164
- Gleichheitsrechte 168
Globalisierung 70–72
Grundfreiheiten 97 f., 113
Grundrechtsberechtigung 18, 25, 27, 31,
133
Grundrechtseingriff 31, 121 f., 148–150,
156
Grundrechtsfunktionen 17, 137
Grundrechtskollision 133, 139, 158
Grundrechtsverhältnis 138 f., 141, 148,
156
Grundrechtsverpflichtung 19, 25, 90,
133
Grundrechtsverzicht 150–156
- Intermediäre Gewalten 89–117, 124 f.,
132–137, 142, 148–150, 159–167,
169 f.
Iustitia commutativa 48
Iustitia distributiva 42 f.
- Juristische Person 38–41, 114–116,
166 f.
- Kontrahierungszwang 140 f., 144 f.
- Legitimer Zweck 161 f.
Leistungsinhalt 146 f.
Leistungsrechte 167–170, 177
- Marktbeherrschung 110–112, 132, 143–
146
Marktmacht 63, 103, 110
Mittelbare Drittwirkung 19–26, 125,
128, 130–137, 148 f., 165
Moderne Staatlichkeit 36–43, 54, 69
Monopol 41 f., 53, 66–68, 103, 110,
144–146
- Neue Verwaltungsrechtswissenschaft
83–85
- Objektive Wertordnung 20, 103, 131,
137
Ordnungskräfte 69–85, 124
Ordnungsprinzip 2, 26 f., 36 f., 41, 45 f.,
79 f., 84 f., 90, 104–107, 129
- Praktische Konkordanz 128–130, 134,
158
Privatautonomie 19, 25, 46–48, 62, 128,
159, 164

- Private Macht 57 f.
Private Regelsetzung 58–66
Privatisierung 75–83
- Recht auf informationelle
 Selbstbestimmung 7, 149, 153–156
Rechtfertigung 51, 53, 121–123, 156–
 167, 169
Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip 17–
 19, 26, 49, 130, 136
- Schutzbereich 101, 105, 166
Schutzpflichtendimension 14, 54, 72, 81,
 125, 139
Selbstregulierung 58 f., 112–114
Souveränität 38–42, 49, 69–72
Spontane Ordnung 46 f., 106, 111
Staat-Gesellschaft-Dualismus 26–30, 56,
 76–83, 90, 100, 129
Staatstheoretischer Überbau 24
- Status negativus 55, 120–125, 148–167
Status positivus 125–137, 167–170
Statuslehre 119 f.
Subordinationsverhältnis 52, 59, 66, 132,
 155, 160
Superrevisionsinstanz 127
Systemrelevanz 110–112
- Traditionelle/klassische/liberale
 Grundrechtstheorie 15 f.
Typusbegriff 105–107
- Über-Unterordnung 43, 52, 83
Übermaßverbot 123, 128, 133
- Verfassungsvoraussetzung 55 f., 75
Verfassungswandel 30–33
Verhältnismäßigkeit 122 f., 156–167