

Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Dogmatik, Kritik und Beispielfälle*

PD Dr. Andreas Kulick LL.M. (NYU), Tübingen/Greifswald,
Wiss. Mitarbeiterin Sabine Schäufler, Tübingen**

I. Einleitung	36
II. Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Grundlagen	37
1. Verantwortung und Anwendung.....	37
2. Vorzüge der Anwendung – und ihre Grenzen	39
3. Bedeutung für die Prüfung.....	42
III. Beispielfälle und Lösungen	44
1. Vertragsrecht	44
a) Bürgschaftsvertrag	44
aa) Beispielfall 1	44
bb) Lösung Beispielfall 1.....	44
b) Verstöße gegen Verhaltensregeln von sozialen Netzwerken	47
aa) Beispielfall 2	47
bb) Lösung Beispielfall 2.....	47
2. Deliktsrecht.....	50
a) Beispielfall 3.....	50
b) Lösung Beispielfall 3	50
3. Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot in Privatrechtsverhältnissen	51
a) Sperrung des Nutzerkontos auf einem sozialen Netzwerk	51
aa) Beispielfall 4	51
bb) Lösung Beispielfall 4.....	51
b) Ausschluss aus Restaurant aufgrund 2G-Optionsmodell.....	53
aa) Beispielfall 5	53

* Der hiesige Beitrag greift auf die Veröffentlichungen *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020; *ders.*, AöR 145 (2020), 649; *ders./Vasel*, Das konservative Gericht, Ein Essay anlässlich des 70. Jubiläums des Bundesverfassungsgerichts, 2021, S. 33 zurück und übernimmt Gedanken und Passagen aus diesen.

** *Andreas Kulick* vertritt im WiSe 2022/23 den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie an der Universität Greifswald. *Sabine Schäufler* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht von Prof. Dr. *Martin Nettesheim* an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

bb) Lösung Beispielfall 5.....	54
4. Mehrpersonenverhältnisse	54
a) Auskunftsrecht des Kindes bei Samenspende	54
aa) Beispielfall 6	54
bb) Lösung Beispielfall 6.....	54
b) Vaterschaftsanfechtung und -feststellung und Auskunftsrecht des biologischen Vaters	56
aa) Beispielfall 7	56
bb) Lösung Beispielfall 7.....	56
IV. Schlussbemerkung.....	56

I. Einleitung

Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten ist eine zentrale Frage der Grundrechtsdogmatik – und damit ein Klassiker in schriftlichen und mündlichen Prüfungen in Studium und Examen.¹ Wirken die Grundrechte zwischen Privaten, wie wirken sie und welcher Ansatz ist dabei vorzugswürdig? Mit den Entscheidungen „Stadionverbot“² und „Egenberger“³ haben das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und der Europäische Gerichtshof (EuGH) die spätestens seit dem „Lüth“-Urteil⁴ schwelende und immer wieder auflodernde Debatte in Literatur und Rechtsprechung⁵ um die „Horizontalwirkung der Grundrechte“⁶ erneut angefacht.⁷ Es handelt sich also um ein Thema mit erheblicher Relevanz, ebenso für Studienanfänger wie für Examenskandidatinnen. Trotzdem – oder vielleicht gerade

¹ Siehe beispielhaft aus der Lehrbuchliteratur *Hufen*, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2021, § 7 Rn. 8 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl. 2022, Rn. 267 ff.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 8. Aufl. 2023, Rn. 478 ff.; *Papier/Krönke*, Grundkurs Öffentliches Recht 2, Grundrechte, 4. Aufl. 2020, § 6 Rn. 120 ff. Zu Beispielen aus der Prüfungsliteratur *Degenhart*, Klausurenkurs im Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, Grundrechte, Verfassungsprozessrecht, 6. Aufl. 2022, Fall 16, Rn. 654 ff.; *Mast/Grafus*, JuS 2021, 153; *Merhof/Giorgios*, JA 2015, 519; *Theß*, JuS 2021, 247.

² BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

³ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger).

⁴ BVerfGE 7, 198 [1958] – Lüth.

⁵ Für eine ausführliche Darstellung siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 43–152.

⁶ Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten wird mit vielen Begriffen belegt. Derjenige der „Drittwirkung“ ist der geläufigste. Allerdings ist er unpräzise, missverständlich und nimmt das Ergebnis bereits vorweg, eignet sich also nicht zur allgemeinen Beschreibung des Problemfeldes. Daher verwenden wir in diesem Beitrag den vorzugswürdigen Begriff der „Horizontalwirkung“. Für eine ausführliche Kritik siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 15 ff.

⁷ Auch in den Entscheidungen des BVerfG „Recht auf Vergessen I“ (BVerfGE 152, 152 [2019]) und „Recht auf Vergessen II“ (BVerfGE 152, 216 [2019]) geht es in der Sache um grundrechtliche Horizontalverhältnisse. Die Kernaussage dieser Entscheidungen betrifft jedoch das Verhältnis der Grundrechte des GG zu den Unionsgrundrechten sowie die Prüfungskompetenz des BVerfG. Das BVerfG bestätigt in den Entscheidungen zunächst, was bereits in früheren Entscheidungen festgestellt wurde: Jenseits des unionsrechtlich determinierten Bereichs, insbesondere dort, wo nationale Gestaltungsspielräume bestehen, gelten die nationalen Grundrechte. In unionsrechtlich determinierten Fällen verdrängen dagegen die Unionsgrundrechte die nationalen Grundrechte (BVerfGE 152, 152 [171 ff.]; 152, 216 [233 ff.]). Neu ist, dass sich das BVerfG auch in unionsrechtlich determinierten Fällen eine eigene Prüfungskompetenz zuspricht. Es nimmt also entgegen früheren Entscheidungen für sich in Anspruch, Unionsgrundrechte anzuwenden, dies unter Anerkennung des Auslegungsmonopols des EuGH (BVerfGE 152, 216 [236 ff.] [2019]).

deshalb – bereiten Verständnis und Prüfung der Horizontalwirkung der Grundrechte Studierenden häufig Schwierigkeiten.

Im Folgenden wollen wir zunächst die wesentlichen dogmatischen Probleme und Diskussionen vorstellen und sodann aufzeigen, dass entgegen der vorherrschenden Auffassung ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten als Ansatz grundsätzlich dogmatisch und anwendungspraktisch vorzugswürdig ist (II.). Dazu folgen auf den Grundlagenteil eine Reihe von Beispielen, welche typische dogmatische und praktische Probleme erörtern und die grundrechtliche Spannungslagen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen, und dabei die Unterschiede in der Falllösung zwischen dem vorherrschenden Ansatz in Literatur und Praxis und einer unmittelbaren Grundrechtsgeltung zwischen Privaten aufzeigen (III.). Der Beitrag soll neben Dogmatik und Falllösungstechnik auch veranschaulichen, inwieweit grundlegende Erkenntnisse aus der Rechtstheorie und praktischen Philosophie unmittelbar in die Falllösung einfließen können.

II. Die Horizontalwirkung der Grundrechte – Grundlagen

1. Verantwortung und Anwendung

Was versteht man unter Horizontalwirkung der Grundrechte und wie unterscheidet man die verschiedenen Lösungsansätze? Horizontalwirkung bedeutet zunächst nur, dass Grundrechte im Horizontalverhältnis zwischen Privaten und nicht nur im Vertikalverhältnis zum Staat *irgendwie* eine Rolle spielen. „Wirkung“ zielt auf ein Resultat. Wie sich Wirkung entfaltet, wie sie also rechtsdogmatisch begründet wird, ist damit noch nicht gesagt. Mithin ist es dogmatisch wenig aussagekräftig, beispielsweise zwischen mittelbarer und unmittelbarer *Wirkung* zu unterscheiden. Vielmehr dient eine grundlegende analytische Frage als bestes Unterscheidungskriterium diverser Ansätze der Horizontalwirkung der Grundrechte:⁸ Zwischen wem besteht ein unmittelbares grundrechtliches Rechtsverhältnis im Sinne von wechselseitigen Ansprüchen und Pflichten? In einem unmittelbaren Grundrechtsverhältnis der Privaten A-B, beispielsweise, hat A einen grundrechtlichen Anspruch auf die Handlung *h* gegenüber B.⁹ Dem korreliert die grundrechtliche Pflicht des B, die Handlung *h* zu Gunsten der A vorzunehmen: Sie ist notwendige Folge des Anspruchs der A, kann also nicht ohne ihn bestehen. Umformuliert lautet demnach die relevante Unterscheidungsfrage: Besteht ein grundrechtliches Rechtsverhältnis zwischen den Privaten A und B oder nur zwischen A und dem Staat sowie zwischen B und dem Staat?¹⁰

⁸ Vgl. grundlegend *Hohfeld*, *The Yale Law Journal* 23 (1913–1914), 16 (28–44); siehe auch *Hohfelds* Ansatz für das deutsche Recht übernehmend und übersetzend: *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 187 ff. (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Hohfeld* auf S. 187 und dort in Fn. 96).

⁹ Die Handlung kann dabei auch ein Unterlassen sein, etwa das Unterlassen einer die Grundrechte des Anderen beeinträchtigenden Handlung.

¹⁰ Häufig werden die Begriffe „mittelbar“/„unmittelbar“ stattdessen in Bezug auf das einfache Recht verwendet, nämlich dahingehend, ob die Gerichte unmittelbar auf die Grundrechte zurückgreifen oder ob sie die Grundrechte nur mittelbar im Wege der Auslegung des einfachen Rechts zur Wirkung bringen (so offenbar z.B. *Hellgardt*, *JZ* 2018, 901 f.). Diese letztere Unterscheidung erscheint weniger brauchbar als die hiesige Differenzierung, ob ein direktes grundrechtliches Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen Privaten besteht. Denn ein Gericht kann auch im Staat-Bürger-Verhältnis einen Rechtsstreit „unmittelbar“ aus den Grundrechten entscheiden. Dass ihm dies in der Regel untersagt ist, ist Folge von grundgesetzlichem Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt, hat aber zunächst nichts mit der Horizontalwirkung der Grundrechte zwischen Privaten zu tun. Bei der Horizontalwirkung geht es vielmehr um das Rechtsverhältnis Privater: Ist es ein grundrechtliches oder ist es ein einfachrechtliches, in dessen Rahmen Grundrechte erst staatlich vermittelt Wirkung entfalten?

Entsprechend lässt sich präzise zwischen den zwei wohl prominentesten Ansätzen unterscheiden, die in der Literatur zumeist als „mittelbare“ bzw. „unmittelbare (Dritt-)Wirkung“ bezeichnet werden.¹¹ Wir wollen sie hier *Verantwortungs- und Anwendungsansatz* nennen. Bei Lösungsansätzen, die unter die Kategorie der *Verantwortung* fallen, bestehen unmittelbare grundrechtliche Ansprüche und Pflichten nur zwischen dem Staat einer- und Privatpersonen andererseits. Verantwortung sieht den Staat, namentlich die staatlichen Gerichte, in der Pflicht, im Rahmen eines gerichtlichen Privatrechtsstreits den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt der privaten Streitparteien A und B nicht unverhältnismäßig einzuschränken, wenn der Staat über das einfach-rechtliche Anspruch-Pflichten-Verhältnis zwischen A und B entscheidet.¹² Das BVerfG folgt seit dem „Lüth“-Urteil¹³ einer Variante dieses *Verantwortungsansatzes*: Bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts haben die Gerichte eine grundrechtliche Verantwortung. Sie dürfen einen Privatrechtsstreit nicht so entscheiden, dass dadurch die Grundrechte einer Seite unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Dies erfordert notwendig den Ausgleich widerstreitender grundrechtlicher Interessen der an dem Rechtsstreit beteiligten Privaten.¹⁴ Dabei mag zwar der Bezug auf die „objektive Wertordnung“ und deren „Ausstrahlungswirkung“ auf das einfache Recht als Argument bekannter sein.¹⁵ Im „Lüth“-Urteil nimmt das BVerfG jedoch zunächst und vorwiegend auf Art. 1 Abs. 3 GG Bezug und betont dabei „die Bindung [...] des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG)“, wonach diesem die Verantwortung übertragen sei, das Privatrecht grundrechtskonform auszulegen.¹⁶

Ein großer Teil der Literatur stellt, *Claus-Wilhelm Canaris*¹⁷ folgend, hinsichtlich der Grundrechtsprüfung auf die Abwehr- oder Schutzpflichtendimension der Grundrechte ab, um auf die schwammige „Ausstrahlungswirkung“ verzichten zu können.¹⁸ Dies bleibt indessen innerhalb des Rahmens einer *Verantwortungslösung*: Auch hier geht es um die verfassungsrechtlich übertragene Aufgabe der Gerichte, die Grundrechte von Privaten im gerichtlichen Privatrechtsstreit auszugleichen. Auch diese Variante erfordert letztlich eine grundrechtskonforme Auslegung. Die Prüfung, ob durch die gerichtliche Entscheidung Abwehr- oder Schutzpflichten verletzt wurden, produziert ein Ergebnis, das mit den privatrechtlichen Vorschriften nur im Wege von deren Auslegung in Einklang zu bringen ist.

Dem stehen *Anwendungslösungen* gegenüber. Hiernach besteht ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten. Eine staatliche Vermittlung der Horizontalwirkung ist nicht erforderlich. Die Grundrechte gelten direkt zwischen den Privaten A und B, ohne auf den Staat als „Dritten“ zurückgreifen zu müssen.¹⁹ Damit ist Anwendung, anders als Verantwortung, nicht von staatlicher Beteiligung abhängig. Auch wenn der Staat nicht eingeschaltet ist, wenn also beispielsweise das Privatrechtsverhältnis A-B (noch) nicht vor Gericht gelangt ist, besteht ein Grundrechtsverhältnis unmittelbar zwischen A und B.

¹¹ Für eine ausführliche Übersicht über die Literatur und Rechtsprechung siehe *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 43 ff., 80 ff.

¹² Siehe zu alledem ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 20 ff.

¹³ BVerfGE 7, 198 (204 ff.) [1958] – Lüth (st. Rspr.); aus jüngerer Zeit z.B. BVerfGE 129, 78 (102) [2011] – Le Corbusier-Möbel; BVerfGE 142, 72 (101) [2016] – Sampling.

¹⁴ Vgl. wiederum BVerfGE 7, 198 (206) [1958] – Lüth.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (205 ff.) [1958] – Lüth.

¹⁶ BVerfGE 7, 198 (205 ff.) [1958] – Lüth.

¹⁷ Siehe insbesondere *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 9 ff.

¹⁸ Vgl. stellvertretend aus jüngerer Zeit nur *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 122 ff., 252 ff.; *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, 1. Teilband – Deutsches Recht, S. 79, 84 ff.; *Bumke*, AÖR 144 (2019), 1 (59).

¹⁹ Siehe dazu ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 26 ff., 46 ff.

Hierbei kann man ebenfalls zwei Varianten unterscheiden. Wir nennen sie einstufige und zweistufige Anwendung.²⁰ Bei der einstufigen Anwendung bestimmt das unmittelbare grundrechtliche Ansprüche-Pflichten-Verhältnis zwischen A und B stets und sofort deren Privatrechtsverhältnis. *Hans-Carl Nipperdey* und im Anschluss das BAG in seinen frühen Judikaten sind prominente Vertreter dieser Position.²¹ Die zweistufige Anwendung hat jüngere Wurzeln und geht insbesondere auf die Rechtsprechung des EuGH zur Wirkung der Unionsgrundrechte im Privatverhältnis zurück.²² Nach dieser besteht zwar ebenso stets ein unmittelbares grundrechtliches Ansprüche-Pflichten-Verhältnis A-B.²³ Das Ergebnis der Abwägung der Grundrechte von A und B ist aber nicht sofort – wie bei der einstufigen Anwendung –, sondern zunächst im Wege einer Auslegung des einfachen Rechts zur Geltung zu bringen. Erst wenn diese grundrechtskonforme Auslegung scheitert,²⁴ bestimmt, sozusagen als Reserve, das Abwägungsergebnis der Grundrechte von A und B ohne gesetzliche Mediatisierung das Privatrechtsverhältnis A-B.

2. Vorzüge der Anwendung – und ihre Grenzen

Die vorherrschende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung bevorzugt denjenigen Ansatz, den wir als *Verantwortungsansatz* bezeichnet haben, also einen solchen, der die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten nur staatlich vermittelt sehen will. Aus der Perspektive des BVerfG ist dieser Ansatz übrigens aus prozessualen Gründen unumgänglich: Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG sowie § 90 Abs. 1 BVerfGG fordern für die Zuständigkeit des Gerichts in Verfassungsbeschwerden, dass die Grundrechte „durch die öffentliche Gewalt“ beeinträchtigt sein müssen. Anders als durch staatliche Vermittlung ist hiernach eine Grundrechtsrüge gar nicht möglich. Allerdings ist dies eine prozessuale Besonderheit des BVerfG, die bereits für Verfassungsbeschwerden nicht logisch zwingend ist (also durch Gesetzesreform geändert werden könnte) und noch weniger für Verfahren vor den einfachen Gerichten oder auch jenseits gerichtlicher Verfahren gelten muss. Dies zeigt schon: Es geht auch anders. Im Folgenden wollen wir darlegen, dass die meisten Argumente gegen ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nicht durchschlagen und dass im Gegenteil die Anwendungsansätze grundsätzlich – aber nicht ausnahmslos – vorzugswürdig gegenüber den vorherrschenden Verantwortungskonstruktionen sind.

Die vorherrschende Auffassung lehnt *Anwendungsansätze* zunächst ab, weil diese mit Art. 1 Abs. 3 GG nicht vereinbar seien.²⁵ Dieser Vorwurf ist indessen schnell entkräftet. Gem. Art. 1 Abs. 3 GG binden „[d]ie nachfolgenden Grundrechte [...] Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ Mehr sagt dieser nicht. Ausdrücklich schließt er ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nicht aus. Und auch implizit lässt sich ein solcher Abschluss nicht zwingend begründen. Dass die drei Gewalten an die Grundrechte gebunden sind, lässt

²⁰ Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 27 ff.

²¹ Vgl. z.B. *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl. 1959, S. 95; vgl. auch *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961; BAGE 4, 274 (285) [1957].

²² Z.B. EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 70 ff.; EuGH, Urt. v. 11.9.2018 – C-68/17 (IR), Rn. 67–70; EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer und Broßonn), Rn. 91.

²³ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 76 („verleiht für sich allein dem Einzelnen ein Recht“).

²⁴ EuGH, Urt. v. 17.4.2018 – C-414/16 (Egenberger), Rn. 75 (Auslegung „nicht möglich“).

²⁵ Stellvertretend nur *Höfling*, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 116; *Kahl*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 217. Lfg., Stand: November 2022, Art. 1 Abs. 3 Rn. 311; *König*, AcP 219 (2019), 611 (642).

nicht den Schluss zu, dass Privaten nicht gebunden sein können. Dass das Grundgesetz ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten nur in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG nennt, ebenso wenig. So sind etwa auch die Schutzpflichten als allgemeine dogmatische Figur anerkannt, auch wenn das Grundgesetz sie nur selten ausdrücklich formuliert.²⁶

Doch auch die weiteren üblicherweise gegen die *Anwendungsansätze* vorgebrachten Argumente greifen nicht durch.²⁷ Der prominenteste Vorhalt ist neben der angeblichen Unvereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 3 GG, dass durch ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten die Grundrechte pervertierten. Sie würden von Rechten zu Pflichten Privater. Jedoch verschaffen Grundrechte auch gegenüber dem Staat zunächst nur so genannte *prima facie*-Positionen:²⁸ Ob ein grundrechtlicher Anspruch des Bürgers gegen den Staat besteht, lässt sich erst nach dem Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen sagen, also nach Abschluss der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts bedeutet noch nicht dessen Verletzung. Im Verhältnis Private-Privater (A-B) sind nach den *Anwendungsansätzen* private Grundrechtsträger zugleich Grundrechtsadressaten. A und B sind demnach Inhaber sich wechselseitig gegenüberstehender Grundrechtspositionen. Anders als der Staat sind sie daher nicht nur grundrechtsverpflichtet, sondern stets zugleich grundrechtsberechtigt. Ihr Grundrechtsverhältnis ist also reflexiv, d.h. wechselseitig: Eine grundrechtliche Freiheit ist jeweils durch einen konkreten Freiheitsgegenstand, einen konkreten Freiheitsträger und ein konkretes Freiheitshindernis gekennzeichnet.²⁹ Ein Beispiel ist die Freiheit des Stadionbetreibers (Freiheitsträger), sein Hausrecht auszuüben (Freiheitsgegenstand), ohne dafür Sachgründe angeben oder Verfahrensanforderungen genügen zu müssen (Freiheitshindernis).³⁰ Verschiedene Freiheiten stehen zueinander im potentiellen Kollisionsverhältnis. Denn der Freiheitsgegenstand der A kann zugleich das Freiheitshindernis des B sein: Die Freiheit, meine Meinung über jemanden zu sagen (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), kann dessen persönliche Ehre (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) beeinträchtigen. Aufgrund dieser Reflexivität des Grundrechtsverhältnisses kann weder A noch B von vornherein ein grundrechtlicher Erfüllungsanspruch zustehen, sondern nur nachdem ihre widerstreitenden Grundrechtspositionen in Ausgleich gebracht worden sind. Ein grundrechtlicher Anspruch von A gegen B oder B gegen A besteht also nur als Endergebnis dieses Ausgleichs, genauer: falls das Resultat des Ausgleichs zu einem grundrechtlichen Anspruch einer Seite führt. Das muss es nicht zwangsläufig. In jedem Fall bedeutet die Grundrechtsgeltung zwischen Privaten ebenso wenig wie Grundrechtsgeltung gegenüber dem Staat, dass der Grundrechtsadressat stets grundrechtlich verpflichtet wird. Es geht also nicht um eine generelle Umwandlung von Grundrechten in Grundpflichten. Lediglich im konkreten Einzelfall kann es – nach Prüfung der sich entgegenstehenden (Grundrechts-)Positionen der Privaten – zu einer grundrechtlichen Pflicht kommen. Das ist allerdings nicht sonderlich problematisch, da dies nicht zu einer Änderung des Charakters der Grundrechte schlechthin führt, sondern lediglich zu einem Ergebnis im Einzelfall das gleichermaßen die *Verantwortungsansätze* anerkennen: Dem Vorrang der Rechtsposition der A gegenüber B (oder umgekehrt).

Hinter dem dogmatischen Argument gegen ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten steht ein weiter reichender, außerrechtlicher, nämlich philosophischer Vorwurf. Wenn behauptet wird, Rechte würden zu Pflichten, ist damit vor allem gemeint, dass der Einzelnen ein Raum

²⁶ Namentlich in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 4 GG sowie in Art. 16a Abs. 1 GG.

²⁷ Für eine ausführliche Darstellung und Diskussion der Argumente und Gegenargumente siehe Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 229 ff., 234 ff.

²⁸ Vgl. dazu Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 87 ff.

²⁹ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 314.

³⁰ Vgl. BVerfGE 148, 267 [2018] – Stadionverbot.

verbleiben soll, innerhalb dessen sie frei, selbstbestimmt und somit autonom handeln kann. Damit wird die Autonomie zur Gretchenfrage: Welcher Ansatz fördert die Autonomie am besten? Doch was versteht man denn eigentlich unter Autonomie? Nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion weist der Autonomiebegriff zwei zentrale Elemente auf: Authentizität und Kontrolle.³¹ Diese bezeichnen „die Fähigkeit, man selbst zu sein“ (Authentizität) und „man selbst zu bleiben“ (Kontrolle).³² Authentizität erfordert Identifikation mit den eigenen Vorhaben und Überzeugungen im Sinne einer „Treue zu sich selbst“.³³ Bezieht sich danach Authentizität auf die Willensbildung, fokussiert Kontrolle als zweite Autonomiebedingung auf die Anforderungen an die Willensumsetzung. Dies bedeutet, dass A grundsätzlich selbst über ihr Handeln entscheiden können muss. Sie muss selbst ihren Willen realisieren können, kurzum: Sie muss dessen Autorin sein.³⁴ Diese Erkenntnisse helfen uns in zweierlei Hinsicht: einmal bei der Bewertung von Anwendung und Verantwortung als autonomie-hindernd oder -fördernde Ansätze, einmal bei der Abwägung verschiedener grundrechtlicher Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.

Betrachtet man zunächst *Anwendung* und *Verantwortung* vor dem Hintergrund des obigen Autonomiebegriffs, wird deutlich: *Verantwortung* behauptet Staatsfreiheit, führt aber zu Staatsnähe. Denn die Selbstbestimmung Privater gegenüber anderen Privaten kann sie nur durch staatliche Vermittlung ermöglichen. Sie erfordert für Grundrechtsschutz im Privatrechtsverhältnis immer, dass der Privatrechtsstreit vor Gericht kommt. Ohne Staat, ohne staatliches Gerichtsverfahren kein grundrechtlich garantierter Schutz gegenüber dem Verhalten anderer Privater. Jedenfalls die Kontrollbedingung der Autonomie ist damit stark eingeschränkt: Die Willensrealisierung liegt wesentlich nicht bei den Privaten selbst, sondern beim Staat als Mittler.

Anders dagegen die *Anwendungsansätze*: Sie legen die Selbstbestimmung in die Hand Privater selbst, indem sie diese direkt mit Grundrechten gegen andere Private ausstatten. Dass dies nicht unweigerlich und stets zu Pflichten Privater führt, haben wir bereits aufgezeigt. Dabei liegt die Kontrolle, die Fähigkeit zur Willensrealisierung, bei den Privaten selbst. Dies schließt auch erhebliche Schutzlücken in der Praxis, die die *Verantwortungsansätze* lassen: Insbesondere in sozialen Netzwerken gelangen viele Kollisionslagen grundrechtlicher Interessen gar nicht mehr vor Gericht, sondern werden von Privaten (Facebook, Twitter etc.) entschieden.³⁵ Nach der vorherrschenden Auffassung ist dies erst – und nur dann – eine Frage der Grundrechte, wenn staatliche Gerichte den Streit verhandeln und damit die Grundrechte vermitteln können.

Doch gilt der Vorzug der *Anwendungsansätze* nicht ausnahmslos. Insbesondere Mehrpersonenverhältnisse können eine Lösung über die staatliche Vermittlung des Grundrechtsschutzes erfordern. Dies ist der Fall, wenn der Private Zugang zu oder Einrichtung von staatlichen Verfahren verlangt, welche dazu dienen, mehrpolige Grundrechtsbeziehungen auszugleichen, vgl. z.B. §§ 1591 ff. BGB. Bestimmte familienrechtliche Konstellationen sind hierfür exemplarisch.³⁶ Verlangt der (mutmaßliche)

³¹ Vgl. z.B. *Betzler*, in: *Betzler, Autonomie der Person*, 2013, S. 7, 12 ff.

³² *Betzler*, in: *Betzler, Autonomie der Person*, 2013, S. 14; Ähnlich auch *Britz*, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung – Eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG*, 2007, S. 9 ff., wenn auch mit anderer Terminologie („Selbstreflexivität“, d.h. Authentizität und „Verhaltensfreiheit“, d.h. Kontrolle).

³³ Vgl. *Rössler, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben*, 2017, S. 265 f.; *Betzler*, in: *Betzler, Autonomie der Person*, 2013, S. 7, 13.

³⁴ Vgl. *Rössler, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben*, 2017, S. 245.

³⁵ Siehe hierzu unter III. 1 b) Fall 2, sowie III. 3. a) Fall 4.

³⁶ Siehe hierzu unter III. 4. Fall 6 und 7.

biologische Vater, die Vaterschaft des rechtlichen Vaters für das Kind anfechten zu können,³⁷ so kann kein Privater (weder der rechtliche Vater, noch die Mutter oder das Kind) diesen Anspruch erfüllen. Ein Anspruch gegen einen Privaten, auch wenn er grundrechtlich bewehrt ist, hilft hier nicht weiter. Richtet also erst der Staat ein Verfahren oder einen sonstigen Mechanismus ein, um die (Grund-)Rechtspositionen verschiedener Privater in Einklang zu bringen, kann die *Anwendungslösung* diese Horizontalwirkungskonstellation nicht abbilden. *Verantwortungsansätze* erweisen sich in diesen Fällen als vorzugswürdig.³⁸

3. Bedeutung für die Prüfung

Was bedeutet dies für die Prüfung? Hier muss man zwei Fragen abschichten: Erstens, in welcher Konstellation prüft man? Zweitens, wie sieht die Prüfung nach dem *Anwendungsansatz* konkret aus? Hinsichtlich der ersten Frage muss man beachten, dass vor dem BVerfG, wie oben beschrieben,³⁹ aufgrund des eindeutigen Wortlauts in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und § 90 Abs. 1 BVerfGG („durch die öffentliche Gewalt“) die Grundrechte zwischen Privaten nur staatlich vermittelt, also nach dem *Verantwortungsansatz*, zur Wirkung gelangen können. Jenseits von Verfassungsbeschwerden, namentlich in Verfahren vor einfachen Gerichten, einschließlich der letzten Instanz, vor dem EuGH (dann hinsichtlich der Unionsgrundrechte) oder auch in grundrechtlichen Konfliktlagen, die (noch) nicht vor Gericht gelangt sind, gilt diese durch den (grund-)gesetzlichen Text geforderte Bindung an die *Verantwortungslösung* nicht.

Die zweite Frage bezieht sich insbesondere auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Wie ist diese ausgestaltet, wenn es sich um ein unmittelbares Grundrechtsverhältnis zwischen Privaten handelt? Auf den Prüfungspunkt des „legitimen Zwecks“ kann man hier verzichten. Denn Private sind grundrechtsberechtigt. Greift ein Verhalten der A in die Grundrechte des B ein, liegt der legitime Zweck des Handelns der A bereits in diesem Handeln selbst. Denn dieses ist Grundrechtsbetätigung, mindestens der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Zunächst aber stellt sich die der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgeschaltete Frage, ob das Verhalten der Privaten wechselseitig den Gewährleistungsgehalt der Grundrechte des anderen beeinträchtigt. Ist dies auf beiden Seiten nicht der Fall, stellt sich schon gar nicht die Frage nach einem grundrechtlichen Anspruch der A oder des B. In die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss man dann nicht einsteigen. Beeinträchtigt dagegen die jeweilige Grundrechtsbetätigung die reflexive Grundrechtsbetätigung der Gegenseite, so ist der „legitime Zweck“ wie ausgeführt indiziert. Denn das Verhalten der einen Seite, das jeweils die Grundrechtsbetätigung der anderen Seite beeinträchtigt, ist ebenfalls grundrechtsbewehrt und damit „legitim“.

Daher prüft man als erstes, ob das Verhalten von A und B wechselseitig ihre jeweiligen Grundrechte berührt. Bejaht man dies, erfolgt zweitens die Prüfung der Geeignetheit. Angesichts des reflexiven Grundrechtsverhältnisses⁴⁰ ist ein Ausgleich nur notwendig, wenn die jeweilige (die Grundrechte der anderen Person beeinträchtigende) Handlung auch die Verfolgung der grundrechtlichen Interessen des jeweiligen Grundrechtsträgers fördert.

Die Erforderlichkeit, also die Wahl des relativ mildesten Mittels, ist im Weiteren als Prüfungspunkt überflüssig. Denn die Wechselbezüglichkeit der gleichzeitigen Grundrechtsberechtigung und Grund-

³⁷ Zum Abstammungsrecht aus jüngster Zeit siehe nur stellvertretend: *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts, 2018, insbesondere S. 470 ff.; *Vollersen*, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, 2012 sowie *Plettenberg*, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft, 2016.

³⁸ Siehe auch unten Beispielfall 7 unter III. 4 b).

³⁹ Siehe oben II. 2.

⁴⁰ Siehe oben II. 2.

rechtsverpflichtung von A und B bedeutet, dass man nicht einseitig prüfen kann, ob A gegenüber B das mildeste Mittel gewählt hat, weil sich die gleiche Frage auch umgekehrt im Verhältnis B-A stellt.⁴¹ Ob eine bestimmte Handlung das mildeste Mittel zur Verfolgung der grundrechtlichen Interessen der A ist, ist nicht feststellbar, ohne zugleich der Frage nachzugehen, ob umgekehrt diese Handlung auch das mildeste Mittel zur Verfolgung der grundrechtlichen Interessen des B darstellt. Dies führt aber unweigerlich in einen Ausgleich der wechselseitigen Grundrechtspositionen und somit in die Angemessenheitsprüfung.

Diese Angemessenheitsprüfung erfordert einen Ausgleich der Grundrechte von A und B. Die hierbei zu vollziehende Abwägung im Sinne einer praktischen Konkordanz⁴² muss im konkreten Einzelfall die wechselseitigen Grundrechtspositionen in Ausgleich bringen. Dieser Ausgleich erfordert, wie wir zuvor gesehen haben,⁴³ die Abgrenzung der spezifischen wechselseitigen Autonomiesphären und damit die Realisierung des höchstmöglichen Maßes an Selbstbestimmung im Verhältnis zwischen zwei oder mehreren Privaten. Auf die Selbstbestimmung stellt auch das BVerfG, dort dann im Rahmen des *Verantwortungsansatzes*, beispielsweise im Bürgerschaftsfall ab,⁴⁴ entwickelt aber außer einer Problembeschreibung („Fremd“- anstelle von „Selbstbestimmung“) keine brauchbaren Kriterien. Als solche eignen sich indessen die zuvor angesprochenen Autonomiebedingungen der Authentizität und Kontrolle.⁴⁵

Die Basis für das Handeln muss die eigene – eben authentische – sein und darf gerade nicht eine fremde⁴⁶ und damit eine solche sein, die tatsächlich ein anderer beherrscht. Nicht authentisch ist eine Handlung somit, wenn die Willensbildung, welche zu Wünschen, Vorhaben oder Überzeugungen der Person führt, erheblich gestört ist, z.B. durch Drogeneinfluss, politische Indoktrination oder starke emotionale Abhängigkeit.⁴⁷ Die Kontrollbedingung der Autonomie erfordert, dass A grundsätzlich selbst entscheiden muss, eine Handlung auszuführen, und dass sie dies auch selbst tut. Nicht nur das Resultat, dass die Handlung ausgeführt wird, sondern auch die Entscheidung und Realisierung seitens A sind grundsätzlich⁴⁸ von Bedeutung.⁴⁹ Kontrolle als Willensrealisierung ist indes auch als Kontrolle der Möglichkeiten dieser Willensrealisierung zu verstehen. Fehlt es A an hinreichenden sinnvollen Handlungsoptionen, fehlt es ihr an Kontrolle darüber, ihrem authentisch gebildeten Willen entsprechend autonom zu handeln. Kann sie beispielsweise nur dazwischen wählen, zu essen, zu schlafen oder die Wand anzustarren,⁵⁰ dann ist ihre Handlung zu essen, zu schlafen oder die Wand anzustarren nicht autonom. „Hinreichende sinnvolle“ Handlungsoptionen sind solche, die zu einer Wahl führen, die ihrerseits nicht wiederum die Autonomie der die Handlung wählenden Person sig-

⁴¹ Ähnlich auch *Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 320.

⁴² Vgl. dazu grundlegend *Bäumelin*, VVDStRL, Bd. 28, 1970, S. 3 (18 f.); *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 315 ff.

⁴³ Vgl. oben II. 2.

⁴⁴ BVerfGE 89, 214 (231 ff.)[1993] – Angehörigenbürgerschaft; siehe auch Beispielfall 1 unten III. 1. a).

⁴⁵ Vgl. oben II. 2.

⁴⁶ Im Sinne einer entfremdeten, d.h. Entfremdung ist insoweit der Gegenbegriff zu Authentizität, vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 257 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu *Christman*, in: *Betzler*, Autonomie der Person, 2013, S. 109, 124 f.

⁴⁸ Ausnahmsweise kann man aber z.B. in den Fällen der Ausführung durch Stellvertreter oder Erfüllungsgehilfen von (indirekter) Kontrolle sprechen.

⁴⁹ Vgl. *Rössler*, Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben, 2017, S. 245.

⁵⁰ Vgl. *Raz*, The Morality of Freedom, 1986, S. 371 ff.

nifikant verkürzt.⁵¹ Die zu wählende Option muss real verfügbar sein und sie muss der Person eine reale Möglichkeit geben, ihren Willen umzusetzen.⁵²

III. Beispielfälle und Lösungen

Die vorangegangenen abstrakten Überlegungen wollen wir nun anhand einer Reihe von Beispielen veranschaulichen. Diese Beispiele decken typische Konstellationen im Privatverhältnis ab: Vertrags- und Deliktsrecht, Freiheits- und Gleichheitsrechte, Zweipersonen- und Mehrpersonenverhältnisse. Überdies werden mit den sozialen Netzwerken und Fragen im Zuge der COVID-19-Pandemie aktuelle Probleme der Grundrechtswirkung zwischen Privaten betrachtet. Jeweils stellt die Lösung der Beispielfälle *Verantwortungs- und Anwendungsansätze* nebeneinander und zeigt damit konkret die Vorzüge und Nachteile des jeweiligen Ansatzes in dogmatischer wie in anwendungspraktischer Hinsicht auf.

1. Vertragsrecht

a) Bürgschaftsvertrag

aa) Beispielfall 1⁵³

Aufgrund von Beschränkungen im Zuge der COVID-19-Pandemie in den Jahren 2020 und 2021 muss die Gastronomin G Ende 2021 einen Kredit über 100.000 € aufnehmen. Die Bank B verlangt Sicherheiten. Der Sohn S der G, der über kein Vermögen verfügt und sein gerade erst begonnenes Germanistikstudium über 450 €-Jobs während der Semesterferien finanziert, unterschreibt eine Bürgschaftsurkunde „für sämtliche Forderungen im Vertragsverhältnis G-B“. Bürgschaftsrechtliche Schutzvorschriften werden ausgeschlossen. Der zuständige Bankangestellte drängt S zur Unterschrift, da G andernfalls keinen Kredit bekäme, und beruhigt S, dass er „keine großen Risiken“ eingehe. Nachdem G mehrere Kreditraten nicht bedienen kann, kündigt B den Kredit und verlangt von S Zahlung von 100.000 €. S verweigert die Zahlung. Im anschließenden gerichtlichen Verfahren beruft S sich auf die Nichtigkeit des Vertrags aufgrund „grundrechtswidriger Vertragsumstände“.

bb) Lösung Beispielfall 1

S hat den Bürgschaftsvertrag in einer Zwangssituation unterschrieben, er ist möglicherweise in seiner Vertragsfreiheit beeinträchtigt. Grundrechtlich wird diese durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Auf den Schutz der Vertragsfreiheit, ggf. i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, kann sich auch B berufen: Ihre Vertragsfreiheit ist beeinträchtigt, wenn sie Verträge nicht nach eigenem Gutdünken abschließen kann. Auch ihre Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG kann dann verletzt sein.

Damit diese Grundrechte überhaupt zur Anwendung gelangen, bedarf es nach dem *Verantwortungsansatz* eines gerichtlichen Verfahrens, das eine Vermittlung der jeweiligen Grundrechtspositio-

⁵¹ Oshana, in: Betzler, *Autonomie der Person*, 2013, S. 196, 213 f.

⁵² Vgl. Rössler, *Autonomie – Ein Versuch über das gelungene Leben*, 2017, S. 250, 336, 365 („gute[] mögliche[] Optionen“, „sinnvolle Optionen“, „auf soziale Realisierungsbedingungen angewiesen“); auch Oshana, in: Betzler, *Autonomie der Person*, 2013, S. 214 („[D]ie Optionen [müssen] ‚real‘ sein – eine Person muss tatsächlich hoffen können, sie auch verwirklichen zu können [...]“).

⁵³ Fall nach BVerfGE 89, 214 [1993] – Angehörigenbürgschaft.

nen von S und B durch einen staatlichen Akteur, nämlich das Gericht, ermöglicht. Das Gericht muss dann die streitentscheidende Norm, dies ist maßgeblich § 138 Abs. 1 BGB, grundrechtskonform, hier also im Hinblick auf die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG und die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, auslegen, so die Konstruktion der Rechtsprechung.⁵⁴ Nach der Literaturansicht unter Federführung von *Canaris*⁵⁵ wird auf die gerichtliche Entscheidung und auf die Abwehr- und Schutzpflichtendimension der Grundrechte abgestellt. Entscheidend ist, ob diese Entscheidung die Vertragsfreiheit des S – dies wäre bei einer zur Zahlung verpflichtenden Entscheidung der Fall – oder die Vertragsfreiheit bzw. Berufsfreiheit der B – bei einer die Zahlungspflicht ablehnenden Entscheidung – nicht hinreichend berücksichtigt.

Die Auflösung der grundrechtlichen Spannungslage erfolgt über den Staat und also im Dreieck: S und B haben jeweils einen Anspruch gegen den Staat auf Achtung ihrer Vertragsfreiheit bzw. ihrer Berufsfreiheit. Ein direktes Grundrechteverhältnis zwischen S und B wird nicht begründet; ohne einen angestrebten gerichtlichen Prozess gäbe es keine Grundrechtswirkung. Der Richter wägt die konfligierenden Grundrechte gegeneinander ab. Maßgeblich ist dabei, inwieweit eine vertragliche Selbstbestimmung des S überhaupt gegeben ist. Das BVerfG stellt darauf ab, ob eine Vertragsseite so starkes Übergewicht hat, dass sie die Vertragsinhalte faktisch einseitig bestimmen kann.⁵⁶ In Konstellationen „struktureller Unterlegenheit“ einer Vertragspartei kann es echte Selbstbestimmung nicht mehr geben.⁵⁷ Das Ergebnis der Abwägungsentscheidung geht dann zugunsten der schwächeren Vertragspartei aus.

Zu berücksichtigen ist hier, dass das Risiko des Vertrages kaum überschaubar ist, da für die verbürgte Hauptforderung keine Höchstgrenze vorgesehen ist und sämtliche Schutzvorschriften ausgeschlossen sind.⁵⁸ Einer zutreffenden Risikoeinschätzung steht auch entgegen, dass S sich am Anfang seiner Berufsausbildung befindet und geschäftlich unerfahren ist.⁵⁹ Vor allem aber war S aufgrund des nahen verwandtschaftlichen Verhältnisses zu G einem hohen emotionalen Druck ausgesetzt, der ihn veranlasste, die Risiken der Bürgschaftsübernahme auszublenden. B waren diese Umstände bekannt. Der Bankangestellte erhöhte den Druck auf S und spielte die Risiken für S herunter, um S als Bürgen zu den vorgegebenen Vertragsbedingungen zu gewinnen.⁶⁰ Zwischen den Vertragsparteien S und B besteht im Ergebnis ein Machtgefälle: S befindet sich aus emotionalen und intellektuellen Gründen in einer Situation „struktureller Unterlegenheit“. Der Richter wird diese Erwägungen in die Auslegung des einfachen Rechts, hier dann in § 138 Abs. 1 BGB, einfließen lassen und den Vertrag für sittenwidrig und damit für unwirksam erklären.⁶¹

Nach dem *Anwendungsansatz* kommen die Grundrechte zwischen S und B unmittelbar zum Tragen und begründen ein grundrechtliches Ansprüche-Pflichten-Verhältnis zwischen S und B. Eines

⁵⁴ Vgl. oben II. 1; siehe auch BVerfGE 89, 214 (232 ff.) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

⁵⁵ Vgl. oben II. 1.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 81, 242 (255) [1990] – Handelsvertreter.

⁵⁷ BVerfGE 89, 214 (233) [1993] – Angehörigenbürgschaft; die Figur der „strukturellen Unterlegenheit“ benennt das BVerfG auch in anderen Konstellationen, etwa in BVerfGE 103, 89 (102) [2000] – Unterhaltsverzichtsvertrag; 134, 204 (223) [2013] – Werkverwertungsverträge; siehe jüngst auch BVerfGE 148, 267 (282, 284) [2018] – Stadionverbot; zum vertraglichen Ungleichgewicht aufgrund ökonomischer Gründe siehe BVerfGE 81, 242 (256 ff.) [1990] – Handelsvertreter; siehe hierzu eingehend auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 314 ff.

⁵⁸ Zu diesem Aspekt BVerfGE 89, 214 (234 f.) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

⁵⁹ BVerfGE 89, 214 (235) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

⁶⁰ BVerfGE 89, 214 (235) [1993] – Angehörigenbürgschaft; siehe eingehend zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen aufgrund der Ausnutzung emotionaler Drucksituationen und der Unerfahrenheit des Bürgen *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.8.2022, § 138 Rn. 69.

⁶¹ Vgl. BVerfGE 89, 214 (234 ff.) [1993] – Angehörigenbürgschaft.

gerichtlichen Verfahrens bedarf es nicht, um die Grundrechte zur Wirkung zu bringen. Jenes grundrechtliche Ansprüche-Pflichten-Verhältnis ist wechselseitig: Ein Anspruch des S gegen B auf Achtung seiner Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG – und also darauf, dass B ihren Zahlungsanspruch nicht geltend macht – besteht, wenn die Abwägung der konfligierenden Grundrechtspositionen zu einem Überwiegen der Vertragsfreiheit des S führt. S kann dann unmittelbar von B die Erfüllung seines Anspruchs verlangen. Dies erfolgt nicht erst durch den richterlichen Ausspruch.

Für diese Abwägung ist eine modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung heranzuziehen.⁶² S und B üben jeweils ihre grundrechtlich zuerkannten Freiheiten aus und verfolgen somit einen legitimen Zweck. Die Ausübung dieser Freiheiten führt jeweils zur Beeinträchtigung der Freiheiten des anderen. Damit stellt sich die Frage nach einem grundrechtlichen Anspruch des S gegen B, der sich aus der Abwägung der jeweiligen Grundrechtspositionen ergibt. Hinsichtlich der Geeignetheit gilt, dass das geforderte Verhalten die grundrechtlichen Interessen des S fördern muss. Die Verpflichtung des S zur Zahlung wahrt die grundrechtlichen Interessen der B, die Verpflichtung der B zum Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung wahrt die grundrechtlichen Interessen des S. Das Prüfungsmerkmal der Erforderlichkeit geht in dem der Angemessenheit auf, da wechselseitig zu klären ist, ob das jeweils geforderte Handeln – Zahlung bzw. Verzicht auf Zahlung – das je mildeste Mittel ist.

Im Rahmen der Angemessenheit lassen sich die obigen Überlegungen hinsichtlich der „strukturellen Unterlegenheit“ des S übertragen. Die Perspektive auf den Autonomieschutz legt allerdings eine tiefere Argumentationsschicht frei, die einen präziseren Ausgleich der konfligierenden Grundrechtspositionen ermöglicht als die vom BVerfG aufgestellten Merkmale des vertraglichen Übergewichts bzw. der strukturellen Unterlegenheit. Ziel der praktischen Konkordanz ist es dann, die Autonomiesphären von S und B so auszugleichen, dass diese jeweils bestmöglich gefördert werden. Autonomie wird durch die Merkmale der Authentizität und Kontrolle definiert.⁶³ Die Bank B unterliegt keinen erkennbaren Beschränkungen hinsichtlich dieser Merkmale. Anders ist dies bei S. Er sieht sich bereits erheblicher Einwirkungen auf seine Willensbildung ausgesetzt. Er unterliegt einem hohen emotionalen Druck aufgrund seiner verwandtschaftlichen Beziehung zu G. Zudem kann er aufgrund seiner geschäftlichen Unerfahrenheit die Risiken der Bürgschaftsübernahme nicht hinreichend abschätzen. Der Bankangestellte wirkt gezielt auf die Entscheidungsfindung des S ein, indem er den emotionalen Druck erhöht und die unzutreffende Vorstellung des S hinsichtlich der Risiken verstärkt. Es mangelt daher schon am Merkmal der Authentizität.

Darüber hinaus besteht für S keine echte Handlungsalternative. Zwar könnte er die Unterzeichnung des Bürgschaftsvertrags verweigern, würde dann aber die Beziehung zu seiner Mutter riskieren. Eine andere Möglichkeit, die Mutter finanziell zu unterstützen, hat der mittellose S nicht. Die Übernahme des Bürgschaftsvertrags in der präsentierten Form ist daher für S alternativlos. Im Ergebnis ist daher auch das Merkmal der Kontrolle zu verneinen. Die Bank B hat dies bewusst ausgenutzt.

Damit überwiegt das Recht des S auf Achtung seiner Vertragsfreiheit die Rechte der B gegen S aus Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG. S hat einen unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch gegen B auf ein Unterlassen der Geltendmachung der Forderung. Nach dem einstufigen Ansatz wird dieser Anspruch unmittelbar auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt, nach dem zweistufigen Ansatz ist die Lösung zunächst in der Auslegung des einfachen Rechts, dann also in der Auslegung des § 138 BGB, zu suchen. Dies ist hier möglich, sodass der unmittelbare Grundrechtsanspruch als Reserve nicht herangezogen werden muss. Zusammenfassend kommen *Verantwortungs- und Anwendungsansatz* zum selben Ergebnis, dies aber über unterschiedliche Begründungswege.

⁶² Vgl. oben II. 3.

⁶³ Vgl. oben II. 2. und 3. Vgl. auch Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 320 ff.

b) Verstöße gegen Verhaltensregeln von sozialen Netzwerken

aa) Beispielfall 2⁶⁴

S betätigt sich rege auf dem sozialen Netzwerk T. Im Zuge einer Diskussion über die Corona-Politik postet er einen rassistischen Beitrag über chinesische Staatsangehörige. Unter Hinweis auf seine Verhaltensregeln („community standards“), die Teil der AGB sind, löscht T den Beitrag des S. S beruft sich auf seine Meinungsfreiheit und verlangt Wiederherstellung des Beitrags.

bb) Lösung Beispielfall 2

In dieser Konstellation stehen sich die Meinungs- und Informationsfreiheit des S nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG und die Unternehmensfreiheit sowie die Vertragsfreiheit des T, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, jeweils i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG, gegenüber.⁶⁵

Diese Konstellation ist typisch für private Informations- und Kommunikationsplattformen, auf denen die Regulierung der Kommunikation vielfach durch die privaten Plattformbetreiber erfolgt und der Staat gänzlich außen vor bleibt. Diese nicht-staatlichen Akteure prüfen die Zulässigkeit der Äußerungen der Nutzer und entfernen etwaige unzulässige Beiträge. Durch das NetzDG werden die Plattformbetreiber hierzu sogar verpflichtet.⁶⁶ Vielfach werden auch die Inhalte zulässiger Kommunikation von Seiten der Plattformbetreiber, so auch hier, in Verhaltensregeln, festgelegt. Die Akteure sehen ein internes Beschwerdeverfahren vor. Gerichtliche Verfahren werden nur sehr selten angestrengt.⁶⁷

⁶⁴ Fall nach BGH, Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 = NJW 2021, 3179 (3185 ff. Rn. 55 ff.). Siehe auch BVerfG, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 (III. Weg). Dort ging es allerdings um die Sperrung des Accounts eines Nutzers.

⁶⁵ Die Fallkonstellation ist tatsächlich noch komplexer. Gegenüber stehen sich drei Personen, die je grundrechtliche Ansprüche formulieren können: Der Nutzer einer Plattform, der sich auf die Meinungsfreiheit berufen kann, der Betroffene einer Äußerung, der das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gegen bestimmte Beiträge in Stellung bringen kann, sowie der Plattformbetreiber, der das Löschen oder Nichtlöschen von Beiträgen auf seine Vertrags- und Berufsfreiheit stützen kann. Da die Plattformbetreiber als Mittler für Meinungsäußerungen Dritter fungieren, können sie sich auch selbst auf die Meinungsfreiheit berufen, siehe BGH NJW 2021, 3179 (3188 Rn. 74). So entstehen am Ende drei grundrechtliche Beziehungen. Die *Verantwortungslösung* bezieht noch einen vierten Akteur ein, nämlich den Staat. Dies macht verschachtelte, mitunter nicht widerspruchsfreie Konstruktionen notwendig. Demgegenüber kann mit dem *Anwendungsansatz* unmittelbar auf die jeweiligen grundrechtlichen Beziehungen abgestellt werden. Siehe eingehend hierzu *Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, 2020, S. 347 ff. Der Beispielfall fokussiert allein auf die Grundrechtsbeziehung von S und T, d.h. von Nutzer und Plattformbetreiber.

⁶⁶ Vgl. *Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, 2020, S. 351 ff.

⁶⁷ Siehe etwa den NetzDG-Transparenzbericht (§ 2 NetzDG) von Facebook vom Juli 2022, <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/07/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-Jul-2022.pdf> (24.1.2023). Im ersten Halbjahr 2022 wurden weltweit 20.960 Inhalte wegen Verstoßes gegen die Gemeinschaftsstandards und gesetzliche Bestimmungen entfernt. Zu gerichtlichen Verfahren zum NetzDG vor den Fachgerichten fehlt eine übergreifende Statistik. Problematisch ist dabei, dass in Deutschland nicht sämtliche Entscheidungen veröffentlicht werden. Einen gewissen Eindruck vermittelt die Auswertung juristischer Datenbanken. Beck-online zeigt für § 3 NetzDG, in dem die Löschungspflichten normiert sind, für den BGH zwei, für OLGe 14 und für Landgerichte zwei Treffer an. Juris für dieselbe Norm zwei Treffer für den BGH, 15 für die OLGe und sechs für die Landgerichte (Recherche durchgeführt am 22.11.2022). Eine geringe Inanspruchnahme der Gerichte im Hinblick auf das NetzDG stellen auch *Eifert u.a., Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung – Juristische Evaluation und Optimierungspotenzial*, 2020, S. 172 ff. fest, die auch vertieft auf mögliche Ursachen eingehen.

Mit dem *Verantwortungsansatz* ist diese grundrechtliche Spannungslage jedenfalls so lange nicht fassbar, wie der Staat gänzlich außen vor bleibt. In der Konsequenz bleibt dieser Bereich danach grundrechtlich frei, solange der Rechtsstreit nicht vor Gericht gelangt.⁶⁸

Der *Anwendungsansatz* kann diese Konstellation dagegen stringenter auflösen, da er nicht auf den Staat, d.h. die Gerichte, zurückgreifen muss. Zudem erlaubt dieser Ansatz einen höheren Autonomie-schutz, denn er gibt dem Nutzer, hier also S, die Kontrolle über seine grundrechtlichen Ansprüche.⁶⁹

Die Abwägung erfolgt wiederum nach dem modifizierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sowohl S als auch T üben ihre grundrechtlichen Freiheiten aus, die miteinander in Konflikt stehen. Entscheidend für einen grundrechtlichen Anspruch des S ist die Angemessenheit, innerhalb derer die konfliktierenden Grundrechtspositionen – Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG auf Seiten des S, die Unternehmens- und Vertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG auf Seiten des T – in einen Ausgleich zu bringen sind.

In der Abwägungsentscheidung ist von Bedeutung, dass mit der zunehmenden Verlagerung von Information und Kommunikation in den digitalen Raum das soziale Netzwerk des T von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung ist. Wer in modernen Zeiten seine Meinung sagen will, muss dies auch im Internet tun können. Das soziale Netzwerk bietet hierfür den Kommunikationskanal. Dabei ist die Marktstruktur sozialer Netzwerke monopolartig ausgestaltet. Einige wenige soziale Netzwerke bestimmen den Markt, andere Kommunikationsplattformen existieren entweder gar nicht oder weisen keine vergleichbare Nutzeranzahl und damit Reichweite auf.⁷⁰ Die Kommunikationslandschaft im Internet wird daher maßgeblich von einigen wenigen sozialen Netzwerken, zu denen auch T zählt, bestimmt. Wer sich effektiv an der Kommunikation im Internet beteiligen möchte, muss dies auf einem dieser sozialen Netzwerke tun. Die sozialen Netzwerke fungieren damit als Intermediäre: Sie bestimmen, welche Informationen und Meinungen im öffentlichen Diskurs verfügbar sind. Die sozialen Netzwerke haben daher große gesellschaftliche Bedeutung und Machtstellung. Für den politischen Austausch sind daher der Zugang und das ungehinderte Posten von Beiträgen von großer Wichtigkeit. Das Löschen des Beitrags bedeutet eine erhebliche Beeinträchtigung der Beteiligung der Nutzerinnen und Nutzer am öffentlichen Meinungsaustausch.⁷¹ Damit besteht zwischen S und T ein Machtgefälle, wie es auch im *Beispielfall 1* festgestellt wurde. In der Abwägung kommt daher in der Tendenz der Meinungsfreiheit des S ein höheres Gewicht zu. Die Verhaltensregeln müssen daher so ausgestaltet und von den Plattformbetreibern angewendet werden, dass sie der Meinungsfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer hinreichend Rechnung tragen.⁷² Es muss sichergestellt sein, dass nicht

⁶⁸ Vgl. auch Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 353 f. Soweit es zu gerichtlichen Verfahren kommt, werden als Mittler für die Anwendung der Grundrechte als rechtliche Grundlage entweder die Verhaltensregeln selbst oder § 241 Abs. 2 BGB herangezogen, siehe etwa OLG München MMR 2018, 760; OLG Dresden NJW 2018, 3111. Darüber hinaus wird auch auf die AGB-Kontrolle, dann also auf § 307 Abs. 1 BGB abgestellt, so BGH NJW 2021, 3179 (3184 Rn. 54).

⁶⁹ Vgl. Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 355.

⁷⁰ OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 19). Vgl. auch BGH NJW 2021, 3179 (3184 f. Rn. 55, 66); BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 19).

⁷¹ Vgl. BGH NJW 2021, 3179 (3184 f. Rn. 55, 59, 66) sowie BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 19). Die Konstellation unterscheidet sich von der in der Stadion-Entscheidung, hierzu sogleich genauer Beispielfälle 4 und 5 unter III. 3, in der das BVerfG feststellte, dass die grundrechtliche Beschwerde nicht so sehr in der Verkürzung der Freiheitssphäre, nämlich dem Ausschluss von Fußballstadien, sondern in der Ungleichbehandlung, d.h. in der Andersbehandlung gegenüber denjenigen, die das Stadion besuchen dürfen, liegt. Siehe hierzu BVerfG NJW 2018, 1667 (1669 Rn. 38). Der BGH NJW 2021, 3179 (3185 f.) prüft dagegen sowohl die Meinungsfreiheit als auch Gleichheitsrechte.

⁷² Vgl. OLG Karlsruhe NJW 2018, 3110 (3111 Rn. 18); OLG München NJW 2018, 3115 (3116 f. Rn. 28 ff.); OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 29). Siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3185 Rn. 62).

bestimmte Meinungen ausgeschlossen sind und Löschungen nicht willkürlich erfolgen.⁷³ Dies führt aber nicht dazu, dass sich die Meinungsfreiheit der Nutzerinnen und Nutzer stets durchsetzt. Denn nicht bei jeder Äußerung überwiegt die Meinungsfreiheit. Insbesondere das Persönlichkeitsrecht Dritter zeigt Grenzen auf. Im Ergebnis muss damit T selbst die Meinungsfreiheit und die Persönlichkeitsrechte Dritter miteinander abwägen.⁷⁴ Kommt es zu einem Überwiegen der Meinungsfreiheit, ist ein Löschen des Beitrags von Verfassungs wegen unzulässig. Hierdurch wird auch ein angemessener Ausgleich zwischen den grundrechtlichen Interessen von T und S hergestellt: T darf demnach dann Beiträge löschen, wenn sie ein berechtigtes Interesse hieran hat.⁷⁵ T hat ein Interesse, die gesetzlichen Anforderungen des NetzDG einzuhalten sowie nicht für rechtswidrige Beiträge der Nutzerinnen und Nutzer haftbar gemacht zu werden.⁷⁶ Darüber hinaus hat sie ein wirtschaftliches Interesse an der Bereitstellung eines störungsfreien Kommunikationsdienstes.⁷⁷ Meinungsäußerungen, die nicht von der Meinungsfreiheit gedeckt sind, darf sie damit zulässigerweise löschen.

Im Ergebnis ist entscheidend, ob der von S veröffentlichte Beitrag tatsächlich rassistisch ist.⁷⁸ Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur der Inhalt, sondern auch der Kontext des Posts. Da dieser im Rahmen politischer Willensbildung erfolgt, zudem ein kontroverses Thema betrifft, wird man keine allzu strengen Maßstäbe ansetzen dürfen. Am Ende kommt es auf den konkreten Inhalt des Posts an. Gelangt man zu dem Ergebnis, dass der Beitrag von der Meinungsfreiheit gedeckt ist (und keine vom Schutzbereich ausgenommene „Schmähhkritik“ darstellt), hat S gegen T unmittelbar aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 Var. 2 GG einen Anspruch auf Wiederherstellung des Posts. Andernfalls hat T gegen S einen auf Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Anspruch auf Akzeptanz der Löschung des Beitrages.

Die Perspektive auf die menschliche Autonomie kann auch hier die Abwägungsentscheidung präzisieren. Die Authentizität ist weder auf Seiten des S noch der T betroffen. Allerdings ist S im Merkmal der Kontrolle beeinträchtigt: Es mangelt ihm an Handlungsalternativen, seinen selbst gebildeten Willen – das Posten des Beitrags – jenseits des Netzwerks des T zu realisieren. Denn aufgrund der Monopolstellung des T gibt es keine andere Kommunikationsplattform mit einer vergleichbaren Reichweite.

Zusammenfassend kommen *Verantwortungs- und Anwendungsansatz* zu unterschiedlichen Ergebnissen. Grundrechtsschutz nach dem Verantwortungsansatz könnte nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens erfolgen. Die *Anwendungslösung* verschafft dem S auch ohne ein gerichtliches Verfahren einen grundrechtlichen Anspruch.

⁷³ BGH NJW 2021, 3179 (3188 Rn. 81). Siehe auch OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 19).

⁷⁴ Vgl. auch Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 387 f. Siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3187 Rn. 75, 80).

⁷⁵ Siehe BGH NJW 2021, 3179 (3188 ff. Rn. 81 ff.) mit weiteren prozessualen Anforderungen. Vgl. auch BVerfGE 148, 267 (285) [2018] – Stadionverbot, wonach es für den Ausschluss vom Zugang zum Fußballstadium eines sachlichen Grundes bedarf, der dort in der Sicherung des störungsfreien Verlaufs der Fußballspiele liegt.

⁷⁶ Vgl. BGH NJW 2021, 3179 (3186 f. Rn. 76 f.); OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3113 f. Rn. 18). Haftungsfälle entstehen dadurch, dass von ehrverletzenden Äußerungen betroffene Personen vom Plattformbetreiber Löschung nach §§ 823, 1004 BGB verlangen können, siehe hierzu eingehend auch OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 20). In der Abwägung zwischen deren Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Vertrags- und Berufsfreiheit der sozialen Netzwerke gelten dann dieselben Erwägungen hinsichtlich der sozialen Macht wie in der Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Vertrags- und Berufsfreiheit.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 2021, 3179 (3187 Rn. 73); OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3114 Rn. 20). Siehe auch zu möglichen schutzwürdigen Interessen der Betreiber sozialer Netzwerke an der Löschung von Beiträgen Raue, JZ 2018, 961 (967 ff.).

⁷⁸ Vgl. zu verschiedenen Äußerungen im Hinblick auf syrische Flüchtlinge, die gerichtlich jeweils nicht als Hassrede qualifiziert wurden, OLG München MMR 2018, 760 (762 Rn. 31 ff.).

2. Deliktsrecht

a) Beispielfall 3⁷⁹

Die Politikerin P setzt sich seit Längerem für eine Liberalisierung des Asyl- und Migrationsrechts in Deutschland ein. Der Blogger Z ist mit dieser Liberalisierung nicht einverstanden. Auf seinem Blog veröffentlicht er einen Beitrag, in dem er P als „Pädophilen-Trulla“ bezeichnet. P ist sich unsicher, ob sie dagegen vor den Zivilgerichten vorgehen soll.

b) Lösung Beispielfall 3

P kann sich auf den grundrechtlichen Ehrschutz nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen. Dem steht die Meinungsfreiheit des Z nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1, Var. 2 GG entgegen.

Nach der *Verantwortungslösung* ist P zu einem gerichtlichen Vorgehen zu raten, da andernfalls im Verhältnis zu Z ihre Grundrechte nicht zur Wirkung kommen. Im gerichtlichen Verfahren würden dann im Rahmen der grundrechtskonformen Auslegung der §§ 823, 1004 BGB die Grundrechte von P und Z in Ausgleich gebracht. In dieser Fallkonstellation werden weitere Grenzen des *Verantwortungsansatzes* offenbar. Da nur der Staat der P grundrechtliche Positionen vermitteln kann, hat letztlich der Staat, nicht P die Kontrolle darüber, welche Äußerungen über sie im öffentlichen Diskurs getätigt werden können. Demgegenüber gibt der *Anwendungsansatz* der P ein Mehr an personaler Autonomie: Sie hat einen unmittelbaren grundrechtlichen Anspruch gegen Z (sofern die Abwägungsentcheidung zu ihren Gunsten ausgeht).⁸⁰ Sie kann dann selbst entscheiden, ob und inwieweit sie diesen geltend macht, sie ist nicht von einer richterlichen Entscheidung abhängig.

Die *Verantwortungslösung* vermag zudem die eigentliche Spannungslage dieser Fallkonstellation nicht zutreffend zu erfassen.⁸¹ Im Kern betrifft der Fall den Meinungskampf im öffentlichen Diskurs: Z sagt etwas gegen P, P verwehrt sich gegen diese Äußerung. Die *Verantwortungslösung* bildet die Spannungslage in einem Dreieck ab (P gegen den Staat und Z gegen den Staat), die grundrechtlichen Rechtspositionen der P und des Z treffen nicht aufeinander. Demgegenüber wird im *Anwendungsansatz* der Meinungskampf zwischen P und Z präzise grundrechtlich gespiegelt: Die Meinungsfreiheit des Z kollidiert unmittelbar mit dem Ehranspruch der P. Der *Verantwortungsansatz* führt zudem zu dem irritierenden Ergebnis, dass der Meinungskampf zwischen Z und P in seiner grundrechtlichen Dimension nur innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens stattfinden kann.⁸²

Sofern man die Äußerung des Z nicht bereits als Schmähkritik einordnet und so dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit entzieht,⁸³ geht die Abwägung der wechselseitigen Grundrechtspositionen zugunsten von P aus. Insbesondere stellt die von Z verwendete Begrifflichkeit keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Politik der P dar. Zudem ist die Bezeichnung geeignet, die Integrität der

⁷⁹ Fall nach BVerfG, Beschl. v. 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20 (Künast) = NJW 2022, 680.

⁸⁰ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 345 f.

⁸¹ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 346 f.

⁸² Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 347.

⁸³ BVerfG NJW 2022, 680 (682 Rn. 29) – Künast.

P als Politikerin insgesamt in Frage stellen.⁸⁴ Ins Gewicht fällt schließlich, dass aufgrund der Veröffentlichung der Äußerung im Internet die Reichweite des Beitrages besonders hoch ist.⁸⁵

3. Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot in Privatrechtsverhältnissen

a) Sperrung des Nutzerkontos auf einem sozialen Netzwerk

aa) Beispielfall 4⁸⁶

Sachverhalt wie *Beispielfall 2*. Allerdings wurden keine Verhaltensregeln vereinbart. T löscht zudem nicht allein den Beitrag des S, sondern sperrt seinen Zugang. S bringt vor, er fühle sich von T „diskriminiert“, da T der breiten Bevölkerung einen Zugang gewähre, ihm jedoch verweigere. S beantragt gerichtlich die Entsperrung seines Accounts.

bb) Lösung Beispielfall 4

Anders als in *Beispielfall 2* geht es hier nicht um die Verhinderung einer Einzelhandlung auf der Plattform, d.h. das Löschen eines Beitrages, sondern um einen Ausschluss vom Dienst der T insgesamt. S strebt eine Teilhabe, d.h. einen Vertragsschluss mit T an, den T ablehnt. Die grundrechtliche Beschwerde liegt dann nicht allein in der Freiheitsbelastung, d.h. der Meinungsfreiheit des S, sondern in der Ungleichbehandlung. Denn T öffnet den Dienst gegenüber jedermann, behandelt S jedoch anders, da er ihn ausschließt.⁸⁷ S kann sich daher auf Art. 3 Abs. 1 GG stützen. Auf Seiten der T ist vor allem deren Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG berührt, denn diese beinhaltet gerade das „Recht zur Willkür“: Anders als der Staat muss eine Privatperson andere nicht grundsätzlich gleichbehandeln und darf Vertragsschlüsse oder -gestaltungen ohne sachlichen Grund für verschiedene Personen unterschiedlich ausgestalten.⁸⁸ Betroffen ist überdies die Berufsfreiheit der T nach Art. 12 Abs. 1 GG, dies ggf. i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG.

Mit der *Verantwortungslösung* bedarf es für die Wirkung der Grundrechte nicht nur eines gerichtlichen Verfahrens, sondern auch der richterlichen Rechtsfortbildung. Denn das einfache Recht bietet keine Grundlage für eine grundrechtskonforme, dann also auf Gleichbehandlung abzielende Auslegung. Das AGG ist nicht anwendbar.⁸⁹ Allenfalls das Hausverbot gem. §§ 862, 1004 BGB böte eine einfach-gesetzliche Rechtsgrundlage.⁹⁰ In diesen Vorschriften finden sich aber keine, zumindest keine

⁸⁴ Vgl. BVerfG NJW 2022, 2622 (2628 Rn. 43).

⁸⁵ BVerfG NJW 2022, 680 (683 Rn. 37) – Künast.

⁸⁶ Fall nach BVerfG NJW 2019, 1935. Siehe auch BGH NJW 2021, 3179, bei dem es allerdings um eine nur zeitweise Kontosperrung ging.

⁸⁷ So auch BGH NJW 2021, 3179 (3185 f. Rn. 61 ff.), der aber auch eine Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit erkennt. Siehe überdies BVerfGE 148, 267 (282 f.) [2018] – Stadionverbot, in der ausschließlich auf Art. 3 GG abgestellt wird.

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 148, 267 (283) [2018] – Stadionverbot. Siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 64).

⁸⁹ Das AGG, in dem es vornehmlich um Konstellationen der Beschäftigung, Ausbildung, Sozialleistungen und der Daseinsvorsorge (§ 1 AGG) sowie zivilrechtliche Massengeschäfte und Versicherungen (§ 19 AGG) geht, greift vorliegend nicht.

⁹⁰ Zum „virtuellen Hausrecht“ siehe LG Bonn NJW 2000 961 (962) sowie OLG München NJW 2018, 3115 (3316 f. Rn. 28). Auch in der Stadionentscheidung las das BVerfG die Grundrechte in das Hausrecht nach §§ 862, 1004 BGB ein, siehe BVerfGE 148, 267 (282) [2018] – Stadionverbot. Sofern Gemeinschaftsstandards vereinbart wurden, wird von den Gerichten zur Herleitung einer „mittelbaren Drittwirkung“ entweder auf § 307 BGB i.R.d. AGB-Kontrolle abgestellt, so BGH NJW 2021, 3179, oder § 241 Abs. 2 BGB als Rechtsgrundlage herangezogen, so etwa OLG München MMR 2018, 760.

expliziten Anknüpfungspunkte für gleichheitsrechtliche Erwägungen. Darüber hinaus werden darin keine bestimmten materiellen oder verfahrensrechtlichen gleichheitsbezogenen Pflichten formuliert.⁹¹ Gleichheitsbezogene Ansprüche können daher nur durchschlagen, wenn die Gerichte jenseits des Textes des einfachen Rechts, d.h. rechtsfortbildend tätig werden, also *praeter legem*.⁹² Entsprechend stellt das BVerfG in der Stadionentscheidung fest, dass nicht maßgeblich ist, ob die Zivilgerichte sich unmittelbar auf die Grundrechte berufen oder auf eine grundrechtskonforme Auslegung des einfachen Rechts abstellen. Entscheidend sei allein, dass sie im Ergebnis den grundrechtlichen Wertungen hinreichend Rechnung tragen.⁹³ Im Hinblick auf den Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 2 und 3 GG ist es allerdings problematisch, wenn Gerichte eigenmächtig Ausgleich schaffen, wo der Gesetzgeber keine Regelung getroffen hat.

Um den Gleichheitssatz im Verhältnis zwischen Privaten zur Anwendung zu bringen, bedarf es darüber hinaus nach der *Verantwortungslösung*, in der es keine unmittelbare Grundrechtsgeltung zwischen Privaten geben kann, einigen Begründungsaufwands. Das BVerfG stellt, wie auch bei vertraglichen Verhältnissen, auf das Bestehen eines Machtgefälles zwischen den Parteien ab. Ob eine solche vorliegt, bestimmt sich nach einer Einzelfallabwägung. Hierfür hat das BVerfG in der Stadionentscheidung als Abwägungskriterien die Unausweichlichkeit der Situation, das Ungleichgewicht der betroffenen Parteien, die gesellschaftliche und grundrechtliche Relevanz der Leistung sowie die soziale Mächtigkeit einer Partei benannt.⁹⁴ Es stützt die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwischen dem Stadionbetreiber und den Zuschauerinnen und Zuschauern auf den Umstand, dass der Stadionbetreiber den Zugang einem großen Publikum ohne Ansehung der Person eröffnet hat und der Zugang für die betroffene Person von erheblicher Bedeutung für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ist.⁹⁵ Der Stadionbetreiber verfügt demnach über eine Entscheidungsmacht, die derjenigen im vertraglichen Verhältnis aufgrund eines Monopols oder einer strukturellen Überlegenheit vergleichbar ist.⁹⁶ Diese „spezifische Konstellation“ entspricht also den im Vertragsrecht bekannten Fällen emotionaler, sozialer oder wirtschaftlicher Unterlegenheit.⁹⁷ Dass auch sozialen Netzwerken eine derartige Machtstellung zukommen kann, hat das BVerfG in einem Eilbeschluss angedeutet, zumindest für solche mit einer großen Nutzerzahl.⁹⁸ Dies hat der BGH bekräftigt.⁹⁹ Wie bereits in *Beispielfall 2* ausgeführt, verfügen soziale Netzwerke über eine hohe gesellschaftliche Macht aufgrund ihrer Bedeutung für den öffentlichen Diskurs bei gleichzeitig monopolartiger Gestaltung des Angebots an Kommunikationsplattformen. Hinzu kommt eine besondere ökonomische Marktmacht der Plattformbetreiber. Damit besteht zwischen Betreibern sozialer Netzwerke und Nutzern ein grundrechtlich relevantes Machtgefälle, das die Selbstbestimmung der Nutzer aufhebt. Dies macht grundrechtlichen Schutz erforderlich.¹⁰⁰ Gewährt werden kann dieser grundrechtliche Schutz

⁹¹ Dies gilt dann auch für § 307 BGB bzw. für § 241 Abs. 2 BGB.

⁹² Vgl. hierzu Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 325 ff.

⁹³ BVerfGE 148, 267 (285) [2018] – Stadionverbot.

⁹⁴ BVerfGE 148, 267 (281) [2018] – Stadionverbot.

⁹⁵ BVerfGE 148, 267 (284) [2018] – Stadionverbot.

⁹⁶ BVerfGE 148, 267 (284) [2018] – Stadionverbot.

⁹⁷ BVerfGE 148, 267 (284) [2018] – Stadionverbot.

⁹⁸ BVerfG NJW 2020, 1935 (1936 Rn. 19).

⁹⁹ BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 65 ff.).

¹⁰⁰ So explizit BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 65 ff.); BVerfG NJW 2019, 1935 (1936 Rn. 15, 19). Dies wird auch in der Literatur vielfach befürwortet. Siehe nur Raue, JZ 2018, 961 (965 ff.); Weinzierl, Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWissBlog Nr. 48/2018 v. 24.5.2018, <https://www.juwiss.de/48-2018/> (22.11.2022). A.A. Friehe, NJW 2020, 1697 (1699); Lüdemann, MMR 2019, 279 (283 f.).

nach dem *Verantwortungsansatz* aber nur durch den Staat, d.h. die Gerichte. Diese müssen dann auch festlegen, welche konkreten materiellen und prozessualen Anforderungen aus Art. 3 Abs. 1 GG folgen.¹⁰¹

Nach dem *Anwendungsansatz* bedarf es weder einer grundrechtlichen Vermittlung durch den Staat noch einer Rechtsfortbildung durch die Zivilgerichte. Denn S kann gegenüber T unmittelbar Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG einfordern. Er kann diese Forderung allerdings nur durchsetzen, wenn sein grundrechtlicher Anspruch den der T überwiegt. Insoweit ist das soziale bzw. wirtschaftliche Machtgefälle relevant. Dieses Machtgefälle führt dazu, dass die grundrechtlichen Interessen des S überwiegen. Eine willkürliche Sperrung des Nutzungszugangs ist damit unzulässig. Welche konkreten materiellen und prozessualen Ansprüche hieraus folgen, bestimmt sich nach den Vorgaben der praktischen Konkordanz zwischen Gleichheitssatz und Vertrags- und Berufsfreiheit. Dies lässt sich daher nur im Einzelfall sagen.¹⁰² Dabei handelt es sich jedoch nicht um Rechtsfortbildungen *praeter* oder *gar contra legem*, da der *Anwendungsansatz* ausschließlich das konkrete grundrechtliche Verhältnis im Blick hat, die aufgestellten Anforderungen daher immer nur *inter partes* gelten.¹⁰³

Der *Anwendungsansatz* ist schließlich auch im Hinblick auf den Autonomieschutz vorzugswürdig. Denn er vermittelt S ein höheres Maß an Autonomie, da er selbst seinen grundrechtlichen Anspruch formulieren kann, ohne auf staatliche Akteure, d.h. Gerichte, angewiesen zu sein.¹⁰⁴ Mit der Perspektive auf die personale Autonomie kann zudem die grundrechtliche Abwägungsentscheidung präzisiert werden. Einwirkungen auf seine Willensentscheidung (Authentizität) sieht sich S zwar nicht ausgesetzt, wohl aber mangelt es ihm an Kontrolle: Aufgrund der Monopolstellung sozialer Netzwerke fehlt es S an Handlungsalternativen. Er kann nur diesem Netzwerk beitreten oder eben nicht am öffentlichen Diskurs im Internet teilnehmen.¹⁰⁵

Verantwortungs- und Anwendungsansatz kommen zusammenfassend zum selben Ergebnis. Der *Verantwortungsansatz* macht dabei allerdings richterliche Rechtsfortbildungen notwendig, die im Hinblick auf das Demokratieprinzip bedenklich sind.

b) Ausschluss aus Restaurant aufgrund 2G-Optionsmodell

aa) Beispielfall 5

Im Jahr 2021 sah der Gesetzgeber als Maßnahme zur Eindämmung der Corona-Pandemie ein sogenanntes „2G-Optionsmodell“ für Restaurantbetreiber vor. Dies erlaubte Restaurantbetreibern, nur im Sinne des Gesetzes geimpfte oder genesene Personen zuzulassen. Es stand ihnen nach dem Gesetz aber auch frei, sämtlichen Personen den Zugang zu gewähren. Restaurantbetreiberin R entscheidet sich für die Umsetzung des Optionsmodells für ihr Restaurant. Der Gast I erfüllt den 2G-Sta-

¹⁰¹ In der Stadion-Entscheidung verlangte das BVerfG das Vorliegen eines sachlichen Grundes sowie verfahrensrechtliche Bedingungen, insbesondere eine Anhörung, siehe BVerfGE 148, 267 (284 ff.) [2018] – Stadionverbot. In ähnlicher Weise fordert der BGH NJW 2021, 3179 (3188 ff. Rn. 81 ff.) die sachliche Rechtfertigung und prozessuale Grundgewährleistungen, darunter die Benachrichtigung, Begründung und die Anhörung des betroffenen Nutzers.

¹⁰² Vgl. etwa BGH NJW 2021, 3179 (3188 Rn. 80 ff.); BVerfGE 148, 267 (284 f.) [2018] – Stadionverbot. So auch Raue, JZ 2018, 961 (967).

¹⁰³ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 363, 383.

¹⁰⁴ Ausführlich Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 329 ff.

¹⁰⁵ Hierauf weist auch der BGH NJW 2021, 3179 (3186 Rn. 66) hin.

tus im Sinne der Regelung nicht, R verweigert ihm daraufhin den Zugang zu ihrem Restaurant. I fühlt sich in seinen Grundrechten verletzt.

bb) Lösung Beispielfall 5

Wiederum geht es hier um eine Abwägung zwischen Gleichheit und Freiheit, genauer: den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz auf Seiten des I nach Art. 3 Abs. 1 GG und die Vertrags- und Berufsfreiheit der R nach Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG.

Ein gerichtliches Verfahren wurde nicht angestrengt. Mit dem *Verantwortungsansatz* können daher die grundrechtlichen Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Sofern sich die Parteien für ein gerichtliches Verfahren entscheiden, bedürfte es, wie in *Beispielfall 4*, einer richterlichen Rechtsfortbildung. Denn auch hier mangelt es an Anknüpfungspunkten im einfachen Recht für die Anwendung des Gleichheitssatzes.

Anders aber als im oben genannten Fall lässt sich hier indessen keine „spezifische Konstellation“¹⁰⁶ erkennen, die eine Überwiegen der grundrechtlichen Position des I und damit eine Verdrängung der Vertrags- und Berufsfreiheit der R durch den Gleichheitssatz rechtfertigte. R verfügt schon in wirtschaftlicher Hinsicht über keine besondere Machtstellung. Zudem ist ein Besuch gerade dieses Restaurants nicht essentiell für die gesellschaftliche Teilhabe, sodass R auch keine soziale Macht ausübt.

Dagegen ermöglicht der *Anwendungsansatz*, unabhängig von einem gerichtlichen Verfahren unmittelbar auf das Ansprüche-Pflichten-Verhältnis abzustellen. Die wechselseitigen Ansprüche von Gleichheit und Vertrags- und Berufsfreiheit sind über eine Abwägung aufzulösen. In diese Abwägung fließt ein, dass R keine besondere soziale oder wirtschaftliche Macht ausübt, zudem I Alternativen zur Verfügung stehen, da andere Betriebe sich gegen das 2G-Modell entscheiden können. Die Abwägung führt zu einem Überwiegen der Vertrags- und Berufsfreiheit der R. R kann I ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes den Zutritt zum Restaurant verwehren. Ob die Anwendung des 2G-Modells sinnvoll und verhältnismäßig ist, kann daher dahinstehen.

4. Mehrpersonenverhältnisse

a) Auskunftsrecht des Kindes bei Samenspende

aa) Beispielfall 6¹⁰⁷

F ist Mutter der per Samenspende gezeugten K. Als K volljährig geworden ist, verlangt sie vom Reproduktionsmediziner M Auskunft über ihren biologischen Vater. M verweigert dies unter Verweis auf seine Grundrechte sowie die des Samenspenders X. Das einfache Recht sieht einen solchen Auskunftsanspruch nicht vor. Vor Gericht stützt sich K auf § 242 BGB sowie auf ihr Persönlichkeitsrecht.

bb) Lösung Beispielfall 6

In dieser Konstellation kann K sich auf ihr Recht auf Kenntnis der Abstammung als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG berufen, M auf seine Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Das Interesse des Samenspenders an der Geheimhaltung seiner Identität

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 148, 267 (282) [2018] – Stadionverbot.

¹⁰⁷ Fall nach BGHZ 204, 54.

tität ist über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Es geht hier somit um ein mehrseitiges Grundrechtsverhältnis.

Ähnlich wie in den *Beispielfällen 4* und *5* fehlt es aber an einer einfach-rechtlichen Regelung, die K einen Auskunftsanspruch verschaffen könnte. Nach dem *Verantwortungsansatz* ist dies aber notwendig als Anknüpfungspunkt für eine grundrechtskonforme Auslegung. Soll K ein Auskunftsanspruch zustehen, müssen Zivilgerichte grundrechtsgestützt rechtsfortbildend tätig werden. Der *Anwendungsansatz* kann dagegen K unmittelbar aus ihrem Persönlichkeitsrecht einen Anspruch verschaffen. Dieser setzt sich allerdings nur durch, wenn das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der K dasjenige von X bzw. die Berufsfreiheit des M überwiegt. Der *Anwendungsansatz* stößt in derartigen Mehrpersonenverhältnissen an praktische Grenzen, da dieser auf die wechselseitigen Grundrechtsverhältnisse in der Zweierbeziehung fokussiert. Bei mehr als zwei Personen, deren Rechte sich jeweils wechselseitig gegenüberstehen, wird die Prüfung äußerst komplex. Der *Verantwortungsansatz* bietet demgegenüber Vorteile: Dort richten sich die grundrechtlichen Ansprüche gegen denselben Adressaten, nämlich den Staat. Dies erzeugt Bündelungseffekte, die die Gesamtabwägung erleichtern.¹⁰⁸ Hinzu kommt, dass in familienrechtlichen Konstellationen häufig die Persönlichkeitsrechte verschiedener Akteure miteinander kollidieren. Ein Überwiegen einer Seite wird sich dabei kaum feststellen lassen. So liegt der Fall auch hier: Dem Recht der K auf Kenntnis ihrer Abstammung kommt nicht als solchem ein höheres Gewicht zu als dem Recht des biologischen Vaters auf Geheimhaltung seiner Identität. Auch mit Blick auf die Autonomie ergibt sich nichts anderes: Für die Identitätsfindung der K ist essentiell, dass sie um ihre Abstammung weiß.¹⁰⁹ Hinsichtlich X ist für seine Entscheidung zur Samenspende wie auch für seine freiheitliche Lebensführung insgesamt bedeutsam, seine Identität geheim halten zu können und also weder als Samenspender bekannt zu werden noch Kontaktgesuche von Abkömmlingen seiner Samenspende oder etwaige wirtschaftliche Konsequenzen (Unterhaltsansprüche) befürchten zu müssen.¹¹⁰ Die grundrechtliche Betrachtung ebenso wie die Abwägung der Autonomiesphären führt zu einer Pattsituation. In derartigen Konstellationen sollte aufgrund des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips nach Art. 20 Abs. 2 und 3 GG der Gesetzgeber entscheiden.¹¹¹ Der Gesetzgeber hat sich vorliegend gegen ein Auskunftsrecht des Kindes gegen den Reproduktionsmediziner ausgesprochen. K kann daher ihren Anspruch nicht durchsetzen, zumindest so lange nicht, als der Gesetzgeber ihm ein Auskunftsrecht nicht zuerkennt.

¹⁰⁸ Eingehend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 387 ff. Auch der Beispielfall 2 (unter III. 1. b)) sowie Beispielfall 4 (unter III. 3. a)) betreffen ein Mehrpersonenverhältnis. Dieses stellt sich allerdings anders dar als das in Beispielfall 6. Denn während in Beispielfall 6 die Parteien jeweils gleichgeordnet sind, kommt im Beispielfall 2 und 4 dem sozialen Netzwerk T eine privilegierte Position zu, die es ihm ermöglicht, faktisch darüber zu bestimmen, welche Beiträge veröffentlicht, welche gelöscht werden. Es kommt dann zumindest tatsächlich nicht zu einer Pattsituation, vielmehr überwiegen die Grundrechte der betroffenen Nutzerinnen und Nutzer in der Tendenz. Das soziale Netzwerk kann und muss im Rahmen seiner faktischen Regulierungsmacht die Grundrechte des veröffentlichen und des betroffenen Nutzers berücksichtigen. Hinzu kommt, dass in diesen Fällen, wie sie Beispielfall 2 und 4 beschreiben, überwiegend ein Gang zum Gericht nicht erfolgt, dieser Bereich also überwiegend staatsfrei bleibt. Eine staatlich vermittelte Grundrechtswirkung kommt daher an Grenzen. Siehe hierzu auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 387 f.

¹⁰⁹ Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 385.

¹¹⁰ Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 385, wenngleich dort nicht explizit auf die Samenspende bezogen.

¹¹¹ Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 385.

b) **Vaterschaftsanfechtung und -feststellung und Auskunftsrecht des biologischen Vaters**

aa) **Beispielfall 7¹¹²**

Vor zwei Jahren führte S eine Beziehung mit der in *Beispielfall 6* genannten F. S fragt sich, ob er möglicherweise der biologische Vater des in *Beispielfall 6* genannten Kindes K ist. Mittlerweile lebt F mit V zusammen, der die Vaterschaft des K anerkannt hat. S möchte seine biologische Vaterschaft prüfen, F verweigert sowohl die Mitwirkung an der Feststellung der Vaterschaft als auch den Umgang mit ihrem Kind. S will daher die Vaterschaft des V anfechten, zudem will er seine Vaterschaft feststellen lassen. Letzteres erfordert eine Probenentnahme beim Kind. Das (damals) geltende Recht sieht ein derartiges Anfechtungs- und Feststellungsrecht des potentiellen Vaters nicht vor. Vor Gericht beruft sich S auf seine Grundrechte.

bb) **Lösung Beispielfall 7**

Es liegt ein mehrseitiges Grundrechteverhältnis vor, das vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG des S (Anspruch auf Kenntnis seiner Vaterschaft), des Kindes K (Anspruch auf Kenntnis der Abstammung), der F (Anspruch auf Achtung ihrer Privatsphäre) sowie dem Familien- und Elternrecht aus Art. 6 GG des S, der F und des V geprägt ist.

Diese Fallkonstellation zeigt neben den in *Beispielfall 6* genannten eine weitere Grenze des *Anwendungsansatzes* auf. S verlangt hier aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG etwas von F, was diese gar nicht leisten kann, nämlich die Vaterschaftsanfechtung und -feststellung. Beides sind rechtsförmliche Verfahren, die nur der Staat bereitstellen kann. Notwendig muss der grundrechtliche Anspruch daher gegen den Staat gerichtet werden: Der Gesetzgeber muss entsprechende Verfahren oder Mechanismen vorsehen.¹¹³ In diesen Verfahren und Mechanismen bringt der Gesetzgeber zugleich, wie in *Beispielfall 6* gefordert, die grundrechtlichen Kollisionen im Mehrpersonenverhältnis zum Ausgleich.¹¹⁴ Aus den Grundrechten lässt sich dann allein der Vorwurf formulieren, der Gesetzgeber sei nicht hinreichend tätig geworden oder aber Gerichte oder Behörden hätten dieses Verfahren nicht ordnungsgemäß und grundrechtswahrend durchgeführt.¹¹⁵ Nicht aber lässt sich unmittelbar aus den Grundrechten ein derartiges rechtsförmiges Verfahren zur Vaterschaftsanfechtung und -feststellung ableiten.

IV. **Schlussbemerkung**

Die in der Rechtsprechung und der Literatur gängige Konstruktion einer so genannten „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte, hier bezeichnet als *Verantwortungslösung*, und die hier vorgeschlagene Konstruktion einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, bezeichnet als *Anwendungslösung*, verfolgen ein gemeinsames Ziel: Mehr Grundrechtsschutz und mehr personale Autonomie für den Einzelnen im Verhältnis zwischen Privaten. Die Darstellung hat aufgezeigt, dass

¹¹² Fall nach BVerfGE 117, 202 [2007] – Vaterschaftsfeststellung; sowie BVerfGE 108, 82 [2003] – biologischer Vater. Siehe auch BVerfGE 141, 186 [2016] – isolierte Vaterschaftsfeststellung, dort allerdings zum Recht des Kindes auf Mitwirkung des Putativvaters an einem Vaterschaftstest.

¹¹³ Vgl. Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 285 ff.

¹¹⁴ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 386 ff.

¹¹⁵ Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 389.

Verantwortungs- und Anwendungslösung zwar vielfach ergebnisäquivalent sind,¹¹⁶ aber eben nicht stets. Insbesondere wenn kein Gerichtsverfahren eingeleitet wurde, bestehen anwendungspraktische Unterschiede. Die *Verantwortungslösung* kann in diesen Fällen nicht für Grundrechtsschutz im Privatverhältnis sorgen. Diesen gibt es dann nur nach dem *Anwendungsansatz*.¹¹⁷ Daher erweist sich dieser zumeist als vorzugswürdig. Dies ist besonders augenfällig in Konstellationen, die privat reguliert sind und in denen auch gerichtliche Verfahren faktisch selten sind, zum Beispiel im Bereich von sozialen Netzwerken und Internetplattformen. Fehlt es an spezifischen gesetzlichen Bestimmungen zur Anknüpfung für grundrechtliche Ansprüche im Wege grundrechtskonformer Auslegung, stärkt die *Anwendungslösung* überdies das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip, da es keiner richterlichen Rechtsfortbildung *praeter* oder *gar contra legem* bedarf, sondern unmittelbar auf die Grundrechte rekuriert werden kann.¹¹⁸

Darüber hinaus bietet der *Anwendungsansatz* vielfach ein höheres Maß an Autonomieschutz. Zum einen dadurch, dass in der Grundrechteabwägung Aspekte der Autonomie berücksichtigt werden können.¹¹⁹ Damit können zugleich die vielfach unklaren Abwägungsmaßstäbe der Fremdbestimmung oder der strukturellen Unterlegenheit, wie sie vom BVerfG aufgestellt wurden, präzisiert werden. Zum anderen dadurch, dass der *Anwendungsansatz* dem Einzelnen selbst die Kontrolle über seine grundrechtlichen Positionen in die Hände gibt.¹²⁰ Die betroffene Person ist dann nicht von einer Vermittlung seiner Grundrechte durch die Gerichte abhängig.

Allerdings führt der *Anwendungsansatz* nicht immer zu mehr Grundrechts- und Autonomieschutz bzw. zu einer Stärkung des Demokratieprinzips. Insbesondere in grundrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen ist der *Verantwortungsansatz* der bessere Weg, da er eine Bündelung der grundrechtlichen Ansprüche ermöglicht und dem Gesetzgeber den Ausgleich überantwortet.¹²¹ *Verantwortungs- und Anwendungslösung* führen damit nicht als Alternativen, sondern als Komplementäre zu einem Optimum an Grundrechte- und Autonomieschutz zwischen Privaten. Es ist daher stets im Einzelfall zu prüfen, welcher Ansatz mehr Grundrechtsschutz, mehr Autonomie, mehr Demokratie verspricht.

Der hier vorgeschlagene Ansatz einer unmittelbaren Grundrechtsgeltung zwischen Privaten nach der *Anwendungslösung* hat sich bislang in der Rechtsprechung (noch) nicht durchgesetzt, auch in der Literatur ist man vielfach (noch) zurückhaltend. Allerdings deutet sich in der Rechtsprechung, vor allem auf der Ebene der Europäischen Union, ein Perspektivenwechsel an. Ziel dieses Beitrages ist es daher nicht nur, für eine unmittelbare Geltung der Grundrechte zwischen Privaten zu streiten, sondern auch aufzuzeigen, wie eine grundrechtliche Prüfung von grundrechtlichen Konfliktfällen zwischen Privaten aussehen könnte, sofern man diesen Perspektivenwechsel befürwortet oder dieser in Rechtsprechung und Literatur vollzogen wird.

¹¹⁶ Siehe etwa III. 1. a) Beispielfall 1.

¹¹⁷ Siehe hierzu III. 1. b) Beispielfall 2, sowie III. 2. Beispielfall 3.

¹¹⁸ Siehe oben III. 3. a) Beispielfall 5.

¹¹⁹ Siehe oben II. 2., III. 1. a) Beispielfall 1.

¹²⁰ Siehe oben II. 1, III. 2 Beispielfall 3 und III. 3 b) Beispielfall 5. Vgl. hierzu auch eingehend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 2020, S. 394 ff.

¹²¹ Siehe oben III. 4 Beispielfälle 6 und 7.