

ROLAND BROEMEL

Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie

Jus Publicum

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 299



Roland Broemel

Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie

Mohr Siebeck

Roland Broemel, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaften in Bayreuth, Bordeaux und Hamburg; 2010 Promotion; 2017 Habilitation; seit 2018 Professor für Öffentliches Recht, Wirtschafts- und Währungsrecht, Finanzmarktregulierung und Rechtstheorie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.
orcid.org/0000-0002-5863-0203

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung.

ISBN 978-3-16-155884-9 / eISBN 978-3-16-155885-6

DOI 10.1628/978-3-16-155885-6

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2021 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 Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der Untersuchung liegt die Beobachtung zu Grunde, dass Interaktionen für die Verwirklichung von Grundrechten, insbesondere die Persönlichkeitsentfaltung, wesentlich sind, aber in der Grundrechtsdogmatik nicht systematisch, sondern nur situativ verarbeitet werden. Beides hängt, so die Annahme, mit den kognitiven Grundlagen zusammen. Die Interaktionszusammenhänge stellen den Rahmen für die Verbreitung von Informationen und ihre reflektierte individuelle Interpretation bereit. Sie strukturieren die Handlungsoptionen. Zugleich macht die Vielzahl von Modalitäten und Faktoren der Interaktionszusammenhänge die Beschreibung der Rahmenbedingungen für die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter komplex. Angesichts dieser Komplexität ist es naheliegend, eine grundrechtliche Dogmatik zunächst auf die Handlungen des Individuums zu konzentrieren, diese gegen hoheitliche Eingriffe zu schützen und das Interaktionspotential als einen praktisch bedeutsamen Reflex außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereichs anzusiedeln. Der abwehrrechtliche Schutz einer Freiheit zu einem isoliert beschriebenen Verhalten gewährleistet typischerweise das Interaktionspotential mittelbar, ohne dass nähere Beschreibungen der Interaktionszusammenhänge, ihrer Funktionsweise, ihrer Voraussetzungen und ihrer Relevanz für das grundrechtliche Schutzgut erforderlich wären. Der abwehrrechtliche Schutz kommt mit wenigen Vorannahmen aus. Er ist dadurch klarer in der Konzeption und weniger anfällig für die Gefahr, Freiheitspositionen durch die positive Beschreibung der Funktionsbedingungen von vorneherein aufzuheben. Der Zugang kann allerdings Faktoren, die sich auf den Interaktionszusammenhang beziehen, nicht produktiv einbeziehen, weil sie in dem Konzept eigentlich nicht vorgesehen sind. Dort, wo solche Faktoren wegen ihrer besonderen Relevanz für die Grundrechtsausübung aufgegriffen werden, entstehen Risse in der Dogmatik und Inkohärenzen in der gerichtlichen Entscheidungspraxis. Es fehlt an einem übergreifenden Zugang, um systematisch rationale Kriterien entwickeln zu können. Anliegen der Untersuchung ist es, einen möglichen Zugang zur Verarbeitung von Interaktionszusammenhängen auf mittlerer Abstraktionshöhe zu entfalten.

Das Manuskript ist im Wintersemester 2017/2018 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen

worden. Die Anlage der Untersuchung und meine Zugänge zur Forschung gehen maßgeblich auf das Umfeld, in dem sie entstanden sind, zurück – eine Form von Interaktionszusammenhängen. Für vieles, aber vor allem dafür bin ich Herrn Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute sehr dankbar.

Herrn Prof. Dr. Armin Hatje möchte ich für die laufende Begleitung im Entstehungsprozess der Arbeit danken. Die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung hat die Veröffentlichung mit einem Druckkostenzuschuss gefördert. Schließlich gilt mein Dank Frau Daniela Taudt, Frau Julia Caroline Scherpe-Blessing und Frau Ilse König für die Aufnahme in die Reihe und die umsichtige Unterstützung während des Veröffentlichungsprozesses.

Frankfurt, im April 2021

Roland Broemel

Inhaltsübersicht

Einführung	1
------------------	---

Erster Teil

Theoretische Grundlegung

§ 1 Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie	11
A. Interaktionen im liberalen Grundrechtsverständnis	12
B. Interaktion als Voraussetzung der Freiheitsausübung	16
C. Interaktion als Strukturmerkmal personaler Entfaltung	24
D. Interaktionszentrierter Grundrechtsschutz	36

Zweiter Teil

Nationale Grundrechte

§ 2 Informationelle Selbstbestimmung	87
A. Schutzgegenstand informationeller Selbstbestimmung	88
B. Unangemessene Reduktion der Komplexität von Interaktion	96
C. Einschüchterungseffekte	110
D. Zwischenergebnis: Dogmatische Implikationen	120
§ 3 Kommunikationsfreiheiten	122
A. Meinungsbildung durch Kommunikation	123
B. Dogmatische Verarbeitung von Interaktionen im Rundfunk	132
§ 4 Wissenschaftsfreiheit	164
A. Forschung als Interaktionszusammenhang	165
B. Interaktionen in der verfassungsgerichtlichen Konzeption	170
C. Forschung als Marktprozess?	190
§ 5 Schutz der Marktteilnahme	203
A. Marktteilnahme als Modus der Freiheitsausübung	204
B. Personale Entfaltung als Ziel marktbezogener Grundrechte	226
C. Personaler Bezug bei Ausdifferenzierung der Marktstrukturen	258

D. Interaktionszentrierter Schutz von Marktprozessen	274
E. Marktprozesse in der Rechtsprechung	355

Dritter Teil

Binnenmarkt und europäische Grundrechte

§ 6 Interaktion als Merkmal des Unionsrechts	391
A. Interaktionspotential als Ziel des Binnenmarkts	393
B. Grundrechtlicher Schutz der Interaktionszusammenhänge	485
§ 7 Interaktionszentrierter Grundrechtsschutz der EMRK	524
A. Personale Entfaltung durch Marktaktivitäten	525
B. Methodische Implikationen	540
Zusammenfassung	547
Thesen	561
Literaturverzeichnis	567
Sachverzeichnis	615

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einführung	1

Erster Teil Theoretische Grundlegung

§ 1 Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie	11
A. Interaktionen im liberalen Grundrechtsverständnis	12
I. Trennung von Staat und Gesellschaft	14
II. Dezentrale Generierung von Wissen	15
III. Interaktionsbezug der negativen Freiheit	15
B. Interaktion als Voraussetzung der Freiheitsausübung	16
I. Normative Annahme der Freiheitsverwirklichung in liberaler Theorie	16
1. Bedingung effektiven Freiheitsgebrauchs	16
2. Blockaden in Interaktionen	18
II. Nicht-intendierte Effekte hoheitlicher Gewährleistung	18
1. Ausblendung der Interaktionen	18
2. Wirklichkeitsbezug als methodische Schwäche der Grundrechtsdogmatik	21
3. Interaktionsbeziehungen als Charakteristikum des Sachbereichs	23
C. Interaktion als Strukturmerkmal personaler Entfaltung	24
I. Interaktionsabhängigkeit der Entstehung von Wissen	24
1. Interaktionsbezug konstruktivistischer Wissensverständnisse ..	24
2. Sprache und Textverständnis	26
3. Interaktion als Grundlage der Wissensentstehung	28
a) Ausdifferenzierung und Dezentralität von Wissen	28
b) Wissenserwerb durch Interaktion	29
II. Persönlichkeitsentfaltung durch Interaktion	31
1. Interaktionen als Basis der individuellen Handlungsoptionen ..	31
2. Persönlichkeitsbildung in Interaktionen	34

D. Interaktionszentrierter Grundrechtsschutz	36
I. Interaktionszusammenhang als Teil des Freiheitsrechts	37
1. Relevanz von Interaktionen für grundrechtliche Schutzgüter ...	38
a) Ambivalenz interaktionsbedingter Dynamik	39
b) Vertypete Verarbeitung außerrechtlicher Beschreibungen	43
c) Persönlichkeitsbezug als freiheitsrechtliches Charakteristikum	43
aa) Systemtheorie: Verselbstständigung der Strukturperspektive	44
bb) Binnenmarkt: Interaktionszusammenhänge als Gestaltungssubstrat	47
2. Konkretisierung des Interaktionsbegriffs	48
3. Interaktionszusammenhänge als Charakteristikum des Normbereichs	50
a) Konstruktive Zuordnung von Norm- und Schutzbereichen	50
aa) Überschneidungen zur allgemeinen Handlungsfreiheit	50
bb) Schutzgüter und Lebensbereiche besonderer Freiheitsrechte	51
cc) Flexibilität in der konstruktiven Zuordnung	52
b) „Grundrechtswandel“ durch Interaktion	53
II. Ausgestaltung	55
1. Ausgestaltung als grundrechtsübergreifende Kategorie	57
a) Relevanz der Interaktion als Hintergrund der Ausgestaltung	57
b) Theoretisches Vorverständnis der Ausgestaltung	58
c) Gegenstand der Ausgestaltung	60
2. Theoretische Prämissen des institutionellen Freiheitsverständnisses	61
3. Interaktionspotential als Maßstab der Ausgestaltung	64
a) Verhältnismäßigkeit als Maßstab der Rechtfertigung von Eingriffen	64
b) Rechtfertigung von Ausgestaltungen	65
4. Spezifizierung der objektiven Dimension der Grundrechte	66
a) Objektive Grundrechtsgehalte als Lückenfüller des Abwehrrechts ..	67
b) Interaktionsbezug als Hintergrund objektiv-rechtlicher Gehalte	68
c) Interaktionsbeziehungen als impersonaler Grundrechtsschutz?	69
5. Ausufernder Grundrechtsschutz und sinkendes Schutzniveau?	70
6. Implikationen für das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip	72
a) Schutz eines entwicklungs offenen Interaktionspotentials	73
b) Schutz individuellen Wissens	75
c) Rationalisierung von Wertungsfragen	78
III. Weitere rechtsdogmatische Konsequenzen	79
1. Mittelbare Grundrechtseingriffe	79
2. Schutz juristischer Personen	81
3. Prämissen von Bestands- und Entwicklungsgarantien	82

Zweiter Teil

Nationale Grundrechte

§ 2 Informationelle Selbstbestimmung	87
A. Schutzgegenstand informationeller Selbstbestimmung	88
I. Interaktionsbezogene Eingrenzung des Schutzgegenstands	89
II. Typisierungen im Schutz von Interaktionen	92
1. Typisierte Interaktionszusammenhänge	92
2. Sensibilität der Daten	95
III. Ansätze zur Gewährleistung der Schutzgüter	95
B. Unangemessene Reduktion der Komplexität von Interaktion	96
I. Eigentumsähnliche Konzeption und unbegrenzte Datenerhebung	96
II. Verarbeitung der Kontextrelevanz in worst case-Szenarien	99
1. Kein belangloses Datum	99
2. Gefahr der Profilbildung	99
III. Begrenzung des Interaktionspotentials: Zweckbindung	102
IV. Komplexitätssteigerung durch Algorithmen	104
1. Wissensgenerierung über Korrelationen	105
2. Folgen für grundrechtliche Gewährleistung	107
3. Entwicklung und Verbreitung der Algorithmen über Interaktion	108
C. Einschüchterungseffekte	110
I. Einschüchterung als mittelbarer Effekt der Datenerhebung	111
II. Einschüchterungseffekt als übergreifende Eingriffsmodalität	112
1. Einschüchterungseffekt nicht schutzbereichsspezifisch	114
2. Informationelle Selbstbestimmung als Auffanggrundrecht?	115
a) Umfassender Schutzbereich bei Subsidiarität	115
b) Datenerhebung durch soziale Kontakte	116
c) Automatisierte, aber folgenlose Datenerhebung	117
3. Informationsbasierte mittelbare Grundrechtseingriffe	118
a) Austauschbarkeit der Schutzbereiche	119
b) Konturlosigkeit der Eingriffskriterien	119
D. Zwischenergebnis: Dogmatische Implikationen	120
§ 3 Kommunikationsfreiheiten	122
A. Meinungsbildung durch Kommunikation	123
I. Kommunikationszusammenhang	123
II. Interaktion als Kriterium der Schutzbereichsbestimmung	124
1. Modalitäten der Kommunikation	125
2. Schutz mehrdeutiger Äußerungen	126

3. Phasen der Kommunikation	127
4. Offene oder hoheitlich definierte Grundrechtsinterpretation? ..	128
III. Absicherung durch medienrechtliche Privilegien	130
B. Dogmatische Verarbeitung von Interaktionen im Rundfunk	132
I. Rundfunkfreiheit als positiv ausgestaltete, dienende Freiheit	133
1. Besonderer Regulierungsbedarf des Rundfunks	134
a) Meinungsbildungsrelevanz des linearen Rundfunks	134
b) Tendenzen zur Verengung auf reichweitenstarke Formate	136
2. Ausgestaltende, positive Rundfunkordnung	138
3. Gegenmodell: Rundfunk als reine Marktordnung?	142
II. Konnex zwischen Sachbereichsstruktur und Dogmatik	144
1. Sachbereichsstruktur als Teil der Grundrechtsdogmatik	145
2. Rationalitätskriterien der normativen Verarbeitung von Interaktion	146
III. Ausgestaltung zwischen Rundfunk und Markt als Daueraufgabe ..	150
1. Interferenzen	150
2. Kompatibilisierung von Rundfunk- und Marktordnung	152
3. Vielfaltsfördernde Effekte markttypischer Entwicklungsoffenheit	154
a) Beitrag des Kartellrechts	154
b) News-Aggregatoren und Leistungsschutzrechte	156
c) Konvergenz der Medien	158
4. Digitalisierung und algorithmenbasierte Angebote	159
IV. Zwischenergebnis: Grundrechtsdogmatische Implikationen	162
§ 4 Wissenschaftsfreiheit	164
A. Forschung als Interaktionszusammenhang	165
I. Forschungsbeiträge	165
II. Ausdifferenzierung in Disziplinen über Interaktion	166
1. Wechselwirkung zwischen Interaktion und Zusammenhang	167
2. Mechanismen kommunikativer Selbstregulierung	168
B. Interaktionen in der verfassungsgerichtlichen Konzeption	170
I. Wissenschaftliche Eigengesetzlichkeit	170
1. Wissenschaftliche Eigengesetzlichkeit als Chiffre	171
2. Chiffre als Strategie im Umgang mit außerjuridischen Beschreibungen	172
3. Interaktionsbezogene Schutzbereichsbestimmung	175
II. Organisation	177
1. Teilnahmevoraussetzungen wissenschaftlicher Interaktion	178
2. Organisationsrechtliche Ausgestaltung	179
a) Trennung zwischen Forschung, Management und Administration ..	180

b) Partizipationsrechte und wissenschaftsadäquate Strukturen	183
c) Interaktionszusammenhang als Maßstab der Ausgestaltung	184
III. Zwischenergebnis: Rechtsdogmatische Implikationen	189
C. Forschung als Marktprozess?	190
I. Interaktionsbasierte Wissensgenerierung als marktanaloger Prozess	190
1. Wissensgenerierung in Interaktionszusammenhängen	190
2. Effekte der interaktionsbasierten Wissensgenerierung	191
a) Schutz vor Konzentration	191
b) Strukturierung	192
c) Dezentral formulierte Auswahlkriterien	192
II. Wettbewerb in der Forschung	193
1. Keine Transaktion	193
2. Reputationswettbewerb	194
3. Institutionalisierung wettbewerblicher Elemente in der Forschung	196
a) Leistungsanreize, individuelle Strategien und dezentrales Wissen	196
b) Wechselwirkungen unterschiedlicher Ebenen	197
c) Indikatoren	199
d) Verknüpfung von Auswahlentscheidungen	200
§ 5 Schutz der Marktteilnahme	203
A. Marktteilnahme als Modus der Freiheitsausübung	204
I. Wettbewerb als Interaktionszusammenhang	204
II. Marktprozesse in der Wettbewerbstheorie	207
1. Kalkulierbarkeit durch Komplexitätsreduktion	208
a) Preistheorie und Gleichgewichtsmodelle vollständiger Konkurrenz	208
b) Folgen der Komplexitätsreduktion	210
2. Marktstruktur als Faktor des Marktprozesses	211
a) Industrial Organization	212
b) Workable Competition	212
3. Moderne Industrieökonomik: situationspezifische Analyse	214
4. Effizienzorientierte Wettbewerbsverständnisse	215
a) Marktverhalten als Ausdruck von Effizienz: Chicago School	215
b) Potentieller Wettbewerb: bestreitbare Märkte (contestable markets)	216
5. Freiheit und Ordnung: Ordoliberalismus	217
6. Transaktionskosten und Institutionen	219
7. Prozessorientierte Wettbewerbsverständnisse: Analyse der Interaktion	222
B. Personale Entfaltung als Ziel marktbezogener Grundrechte	226
I. Persönlichkeitsentfaltung im Beruf	226
1. Freiheit selbstbestimmter wirtschaftlicher Lebensführung	226

2. Realisierungschance und Schutzpflichten	228
3. Schutz der Marktteilnahme als Schutz vor dem Markt	230
II. Personaler Bezug des Eigentumsrechts	233
1. Schutz der Lebensgestaltung	234
2. Personaler Bezug und Koordination über Märkte	236
3. Relativierungen des Eigentumsschutzes durch sozialen Bezug ..	238
III. Persönlichkeitsentfaltung durch Privatautonomie	241
1. Ausdruck der Selbstbestimmung	242
2. Gewährleistung tatsächlicher Freiheit	243
3. Vertrag	246
a) Interaktion als Bezugspunkt der Privatautonomie	246
b) Persönlichkeitsentfaltung und Marktteilnahme	246
c) Verfassungsdogmatische Verarbeitung der Vertragsbeziehung	247
d) Grenzen des Konzepts einer isolierten Verhaltensfreiheit	250
e) Begrenzte Reichweite des Schutzes von Verhaltensweisen	251
f) Unterschiede in der Dogmatik der allgemeinen Handlungsfreiheit ..	251
IV. Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit	252
1. Schutz der Organisation von Interaktion	252
2. Interaktionsbezogener Zweck der Koalitionsfreiheit	254
C. Personaler Bezug bei Ausdifferenzierung der Marktstrukturen	258
I. Ausdifferenzierung der Berufsfreiheit	259
1. Flexibilität, Auswahl und Anschlussmöglichkeiten	259
2. Entwicklungsoffenheit und Anreize zur Anpassung	261
3. Organisatorische Ausgestaltung und Schutz juristischer Personen	263
4. Karitative und gemeinnützige Zusammenschlüsse	266
II. Ausdifferenzierung der Eigentumsfreiheit als Teil der Institutsgarantie	267
III. Ausdifferenzierung der Privatautonomie	271
IV. Ausdifferenzierung der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit	272
1. Mittelbare Ausdifferenzierung	272
2. Zweck- und größenbedingter Verlust des personalen Elements ..	273
D. Interaktionszentrierter Schutz von Marktprozessen	274
I. Konstitution von Märkten durch Eigentum und Privatautonomie ..	275
1. Selbstbestimmung im vermögensrechtlichen Bereich als Maßstab	276
2. Insbesondere: Anteilseigentum	278
a) Sacheigentum als Leitidee?	280
b) Eigentum als Element der Strukturierung relativer Beziehungen	282
c) Eigentumsverwirklichung durch soziale Interaktion	284
d) Strukturierung von Interaktionen durch Eigentum	285
e) Gemeinwohlanforderungen von Strukturierungsmaßnahmen	287
f) Modalitäten der Ausgestaltung: Folgerichtigkeit und Äquidistanz ..	289

g) Minderheitenschutz: Konzentration auf Vermögensinteressen?	292
h) Schutz der Chance	293
i) Schutz der Handelbarkeit	296
3. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	297
a) Veräußerung des Unternehmens	298
b) Schutz des Unternehmenswertes (good will)	299
c) Kriterien für verfassungsrechtlichen Schutz	301
d) Interaktionspotential als Frage der Berufsfreiheit	302
II. Schutz der Interaktion in der Berufsfreiheit	303
1. Individuelles Interaktionspotential als Eingriffskriterium	304
a) Interaktion als Bedingung individueller Wissenserzeugung	304
b) Verkürzung des individuellen Interaktionspotentials	306
c) Unmittelbare Vorgabe transaktionsrelevanter Parameter	307
d) Vorgaben an Vorleistungen und mittelbare Einflüsse	308
e) Ersetzung der Marktdynamik	311
f) Beeinflussung des Marktpotentials	312
g) Entscheidung über das Marktpotential als Nachfrager	317
2. Ausgestaltung der Berufsfreiheit durch Marktordnung	318
a) Facetten der Ausgestaltung	318
b) Insbesondere: Interaktionsbedingte Risiken im Finanzmarktrecht	320
c) Rationalitätsgewinn der Ausgestaltungsdogmatik	327
d) Ausgestaltung statt normativ konstituiertes Grundrecht	332
3. Rechtfertigung von Eingriffen	332
a) Interaktionspotential als Kriterium der Eingriffsintensität	332
b) Die Marktteilnahme peripher betreffende Regelungen	333
c) Marktprozesse strukturierende Vorgaben	334
4. Rechtfertigung von Ausgestaltungsregelungen	339
a) Marktordnender Rahmen als Ausgestaltung	339
b) Vagheit der Belastungsintensität von Ausgestaltungen	341
c) Interaktion als Gestaltungskriterium	342
d) Wissensgrundlagen der Ausgestaltung	343
5. Vorbehalte gegenüber ausgestaltender Marktordnung	346
a) Grundsatz wirtschaftspolitischer Neutralität	346
b) Verdeckte Umverteilung	348
III. Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit: Schutz vor Marktdynamik	349
1. Abhängigkeit von gesetzlicher Ausgestaltung	350
2. Pflicht und Maßstab der Ausgestaltung	351
3. Abgrenzung zwischen Ausgestaltung und Eingriffen	353
E. Marktprozesse in der Rechtsprechung	355
I. Objektiv berufsregelnde Tendenz als Konkretisierungsversuch	355
1. Berufsregelnde Tendenz als Ausdruck des Gewährleistungsgehalts	356
2. Berufsregelnde Tendenz als Einschränkung unmittelbarer Eingriffe	359
a) Ausgestaltung des Rahmens für Berufsausübung	359
b) Zweck der Regelung als Kriterium berufsregelnder Tendenz	360

c) Erheblichkeit oder Intensität der Belastung	363
d) Beschränkung der Regelung auf bestimmten Adressatenkreis	364
3. Berufsregelnde Tendenz als Erweiterung gegen mittelbare Eingriffe	367
II. Funktionales Äquivalent für einen Grundrechtseingriff?	368
III. Funktionsbedingungen des Wettbewerbs	373
IV. Insbesondere: hoheitliche Informationstätigkeit	376
1. Relevanz der Informationsquelle	376
2. Funktionales Äquivalent für Grundrechtseingriff	377
3. Rückgriff auf informationelle Selbstbestimmung	380
V. Zivilrechtliches Unternehmenspersönlichkeitsrecht	384

Dritter Teil

Binnenmarkt und europäische Grundrechte

§ 6 Interaktion als Merkmal des Unionsrechts	391
A. Interaktionspotential als Ziel des Binnenmarkts	393
I. Binnenmarkt als Interaktionsraum	393
1. Dynamik wirtschaftlicher Integration	394
2. Interaktionsbasierte Politik: Binnenmarkt als Daueraufgabe	396
a) Wirtschafts- und Industriepolitik: Marktgestaltung	397
aa) Förderung der Infrastruktur	397
bb) Gestaltung eines digitalen Binnenmarktes	398
cc) Gestaltung der Marktstruktur: Förderung von KMU	402
dd) Wissensbedarf: Marktinformationsinstrumente	403
b) Binnenmarktimplikationen sonstiger Politiken	405
aa) Umweltschutz	405
bb) Verbraucherschutz	407
cc) Forschungsförderung	410
3. Interaktionsbedingte Krisenanfälligkeit des Binnenmarkts	411
a) Finanzkrise	412
aa) Interaktionsraum als Faktor systemischer Risiken	412
bb) Untrennbarkeit von Wirtschafts- und Währungspolitik	414
cc) Grenzen der ultra vires-Kontrolle	416
b) Flüchtlingskrise	419
II. Grundfreiheiten	424
1. Interaktionspotential als Ziel und Steuerungssubstrat	424
a) Grundfreiheiten als Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot? ..	425
b) Interaktionspotential statt Liberalisierung	426
c) Interaktionszusammenhänge als Substrat politischer Steuerung	429
d) Marginalisierung der Mitgliedstaaten?	430
aa) Faktische Anpassungsnotwendigkeiten der Mitgliedstaaten	431
bb) Querschnittartige Auswirkungen von Beschränkungsverboten ..	432
cc) Gestaltungspotential der Mitgliedstaaten	436

2. Ausrichtung der Dogmatik am Interaktionspotential	437
a) Interaktionsbezug der direkten Anwendbarkeit	437
b) Übergreifende Kriterien der Beeinträchtigung	439
aa) Dassonville: umfassender Schutz des Interaktionspotentials	439
bb) Kriterien zur Konturierung des Marktzugangs	440
c) Schutz der Verwendungsmöglichkeiten	443
d) Anforderungen an die Rechtfertigung	444
e) Drittwirkung	446
aa) Gestaltungsmacht als Grund der Drittwirkung	446
bb) Drittwirkung bestimmter Diskriminierungsverbote	448
f) Schutzpflichten aus Grundfreiheiten	449
g) Grundfreiheiten als Grundrechte? Konzeptionelle Unterschiede	450
3. Grundfreiheiten ohne Markt?	453
a) Allgemeine Freizügigkeit als marktunabhängige Grundfreiheit	453
b) Allgemeine Freizügigkeit zwischen Grundfreiheit und Grundrecht	455
III. Wettbewerbsrecht	458
1. Interaktionsorientierung des Wettbewerbsrechts	459
a) Anwendungsbereich	460
b) Kartellverbot	461
aa) Den Interaktionszusammenhang verfälschende Verhaltensweisen	461
bb) Kriterien der Wettbewerbsverfälschung	463
c) Marktabgrenzung: Nachzeichnen der Transaktionsräume	465
d) Digitale Märkte	467
aa) Eigenschaften digitaler Märkte	467
bb) Anpassungsbedarf des interaktionszentrierten Kartellrechts	468
cc) Erneut: Binnenmarkt als Steuerungssubstrat	470
e) Missbrauchsverbot	472
2. Wettbewerbspolitische Elemente der Kartellrechtsanwendung ..	474
a) Gestaltung von Marktprozessen über Ausnahmeregelungen	474
b) More economic approach als Ausdruck politischer Gestaltung	477
c) Dynamisierung der Kartellrechtsdurchsetzung	482
B. Grundrechtlicher Schutz der Interaktionszusammenhänge	485
I. Grundrechte als Widerlager der Binnenmarktgestaltung	486
1. Binnenmarktorientierung der Grundfreiheiten	486
2. Binnenmarktunabhängiger, personaler Gehalt der Grundrechte	488
II. Unionsgrundrechte in interaktionszentrierter Perspektive	491
1. Überschneidungen von Grundrechten und Grundfreiheiten	492
2. Interferenzen der Grundrechtsquellen	494
a) Quellenvielfalt und Entwicklungsoffenheit	495
b) Konzeptionelle Entwicklung des Grundrechtsschutzes	500
aa) Sichtbarkeit durch Normtexte	500
bb) Grenzen der Konservierbarkeit durch Auslegungsregeln	501
III. Grundrechtlicher Schutz von Marktaktivitäten im Unionsrecht ...	504
1. Personalere Gehalt des Schutzes von Marktaktivitäten	505
a) Konzeptionelle Entwicklung der Berufsfreiheit	505
b) Soziale Rechte als komplementäre Ergänzung	508

c) Unternehmerische Freiheit als Facette der Berufsfreiheit	512
aa) Für soziale Rechte typischer Vorbehalt?	512
bb) Unklarheit der Grundrechtskonzeption	513
2. Schutzgutbezogene, interaktionszentrierte Konkretisierung	
des Schutzes	514
a) Personaler Gehalt beim Schutz juristischer Personen	515
b) Entwicklung der sachlichen Schutzbereiche	516
aa) Extensive Auslegung marktbezogener Schutzbereiche	516
bb) Extensive Auslegung der Eingriffskriterien	519
c) Ausgestaltungen von Marktprozessen	520
aa) Allgemeine institutionelle Ausgestaltung von Märkten	520
bb) Ausgestaltungen zur Marktstabilisierung	521
cc) Ausgestaltung zur Verwirklichung des personalen Gehalts	522
d) Profilierung der Rechtfertigungsprüfung	523
§ 7 Interaktionszentrierter Grundrechtsschutz der EMRK	524
A. Personale Entfaltung durch Marktaktivitäten	525
I. Personale Entfaltung durch berufliche Interaktion	525
1. Schutz der beruflichen Privatsphäre	525
2. Abgeleiteter Schutz der beruflichen Stellung	527
a) Schutz der Privatsphäre und der Ehre	527
b) Ökonomische Implikationen der Meinungsäußerungsfreiheit	528
c) Gewissens- und Religionsfreiheit	528
3. Berufszugang als Teil des Privatlebens	529
II. Kommerzielle Elemente in Kommunikationszusammenhängen ...	532
1. Interaktionszentriertes Verständnis der Freiheit zur	
Meinungsäußerung	532
2. Auswahl der Inhalte in Kommunikationsprozessen	533
III. Interaktionsbezogener Schutz des Eigentums	534
1. Autonome Prüfung der einzelnen Elemente	534
2. Kundenstamm als eigentumsrechtlich geschützte Position	536
3. Lizenzen	537
B. Methodische Implikationen	540
I. Relevanz der Strukturen des Sachbereichs	540
1. Dynamik	540
2. Implikationen für den Grundrechtsschutz der Union	541
II. Grundrechtskonzeptionen im Mehrebenensystem	542
1. Funktionale Äquivalente freiheitsrechtlicher Gewährleistungen	542
2. Autonome und funktionale Grundrechtskonzeptionen?	544
a) Wahrheitsermittlung im freien Diskurs als Ziel	545
b) Markt als Ort effizienter Ressourcenallokation	546
c) Demokratiebezug	546

Zusammenfassung	547
Thesen	561
Literaturverzeichnis.....	567
Sachverzeichnis	615

Einführung

Grundrechtsausübung – so eine geläufige Formulierung in der Grundrechtsliteratur – spielt sich wesentlich im Sozialen ab. Einige Grundrechte wie der Schutz von Ehe und Familie oder die Kommunikationsgrundrechte einschließlich der Versammlungsfreiheit sind von vorneherein auf sozialen Kontakt angelegt.¹ Aber auch bei anderen Freiheitsrechten wie der Religionsfreiheit oder der Forschung geht die Literatur von einer zentralen Bedeutung sozialer Interaktion für die Grundrechtsausübung aus.² Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

¹ Beispielhaft zum Schutz der Familie etwa BVerfG, Beschl. v. 24.6.2014, 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382, Rn. 22: „Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Familie zunächst als tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern. Im Zusammenleben der Eltern mit ihren heranwachsenden Kindern entfaltet die familiäre Gemeinschaft besondere Bedeutung, weil die leibliche und seelische Entwicklung der prinzipiell schutzbedürftigen Kinder in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage findet (...). Der Schutz des Familiengrundrechts reicht indessen über den Zweck hinaus, einen besonderen personellen Raum kindlicher Entfaltungsmöglichkeiten zu sichern. Er zielt generell auf den Schutz spezifisch familiärer Bindungen (...), wie sie auch zwischen erwachsenen Familienmitgliedern (...) und auch – wenngleich regelmäßig weniger ausgeprägt – über mehrere Generationen hinweg zwischen den Mitgliedern einer Großfamilie bestehen können. Familiäre Bindungen sind im Selbstverständnis des Individuums regelmäßig von hoher Bedeutung und haben im Lebensalltag der Familienmitglieder häufig besondere praktische Relevanz. Sie zeichnen sich durch schicksalhafte Gegebenheit aus und können von besonderer Nähe und Zuneigung, von Verantwortungsbewusstsein und Beistandsbereitschaft geprägt sein (...). Nicht zuletzt wegen dieses eigenen Stellenwerts, der familiären Bindungen bei der Entfaltung der Persönlichkeit regelmäßig zukommt, hat das durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgte Gebot der Achtung der Entfaltungsfreiheit im privaten Lebensbereich durch die Verfassungsgarantie der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) eine besondere Verstärkung erfahren (...), die das Familienleben schützt und dem Individuum damit Chancen eröffnet, ein seinen familiären Bindungen gemäßes Leben zu führen.“; zum Schutz der Ehe BVerfG, Beschl. v. 7.5.2013, 2 BvR 909/06 u.a., BVerfGE 133, 377 – *Lebenspartnerschaft Ehegattensplitting*, Rn. 82 f.; zur Versammlungsfreiheit etwa BVerfG, Urt. v. 22.2.2011, 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 – *Fraport*, Rn. 63; Beschl. v. 24.10.2001, 1 BvR 1190/90 u.a., BVerfGE 104, 92 – *Blockadeaktion*, Rn. 40: Versammlungsfreiheit als „Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung“ mit Bedeutung für den Prozess öffentlicher Meinungsbildung in der freiheitlichen demokratischen Ordnung; zur Pressefreiheit BVerfG, Urt. v. 15.12.1999, 1 BvR 653/96, BVerfGE 101, 361 – *Caroline von Monaco II*, Rn. 95; zur Rundfunkfreiheit vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 26.10.2005, 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371 – *Kabelgroschen*, Rn. 61.

² Jeweils exemplarisch *Magen*, Körperschaftsstatus und Religionsfreiheit, S. 224: Grundrechtsausübung faktisch vielfach nur in Gemeinschaft mit anderen möglich oder sinnvoll, und *Geis*, WissR 37 (2004), 2 (13): Forschung ist kein ausschließlich individualzentrierter gedanklicher Vorgang, sondern lebt vom wissenschaftlichen Diskurs innerhalb der scientific community;

stellt in unterschiedlichen Zusammenhängen die Sozialität in einem „Menschenbild des Grundgesetzes“ heraus, das die „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“ vor allem im Kontext der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen an die Stelle eines „isolierten souveränen Individuums“ setzt.³ Sozialität ist im Grundrechtsschutz in gewisser Weise ein Allgemeinplatz.⁴

übergreifend *Vesting*, Der Sozialstaat als Subjektivierungspraxis, S. 108 (114, Fn. 29): „Es geht also darum, zu akzeptieren, dass liberale Grundrechte in ihrer strukturellen Individualbezogenheit nicht Ausdruck grenzenloser Wünsche des Einzelnen sind, sondern immer schon in eine überindividuelle institutionelle Infrastruktur eingebunden sein müssen. Auch die subjektiven Rechte des Grundgesetzes müssen als ‚soziale Rechte‘ gelesen werden: Niemand kann allein eine Meinung äußern, niemand kann allein etwas sein Eigentum nennen, niemand kann allein frei sein. Meinungen, Eigentum und Freiheit verweisen als Rechtspositionen immer schon auf einen gemeinsamen öffentlichen Raum, in dem diese Namen/Signifikationen erst einen geteilten Sinn erfahren“.

³ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 20.7.1954, 1 BvR 459/52 u.a., BVerfGE 4, 7 – *Investitionshilfe*, Rn. 29: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muss sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.“; aus jüngerer Zeit vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006, 2 BvR 578/02, 2 BvR 796/02, BVerfGE 117, 71 – *lebenslange Freiheitsstrafe*, Rn. 67: „Der Einzelne ist eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende Persönlichkeit. Der Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und sich zu entfalten (...). Die Spannung zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft hat das Grundgesetz allerdings insofern im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, als der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern hinnehmen muss (...).“; zu Grundrechtseinschränkungen ebenfalls BVerfG, Urt. v. 2.3.2010, 1 BvR 256/08 u.a., BVerfGE 125, 260 – *Vorratsdatenspeicherung*, Rn. 319; BVerfG, Beschl. v. 20.6.2012, 2 BvR 1048/11, BVerfGE 131, 268 – *vorbehaltene Sicherungsverwahrung*, Rn. 74; BVerfG, Urt. v. 27.7.2005, 1 BvR 668/04, BVerfGE 113, 348 – *Telekommunikationsüberwachung*, Rn. 138; BVerfG, Urt. v. 5.2.2004, 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 – *Sicherungsverwahrung*, Rn. 69; BVerfG, Urt. v. 14.7.1999, 1 BvR 2226/94 u.a., BVerfGE 100, 313 – *Telekommunikationsüberwachung*, Rn. 221; zudem bei Entscheidungen über den Einsatz öffentlicher Mittel BVerfG, Beschl. v. 6.10.1987, 1 BvR 1086/82 u.a., BVerfGE 77, 84 – *Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe*, Rn. 86: „Wenngleich Grundrechte nicht nur nach Maßgabe dessen bestehen, was an Verwaltungseinrichtungen vorhanden ist (...), kann der Einzelne im Blick auf seine Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit (...) doch nicht erwarten, dass zur Vermeidung grundrechtsbeschränkender Maßnahmen mit dem Ziel der Bewältigung sozialer Missstände die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel über das vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare Maß hinaus zum Ausbau der für die Bekämpfung dieser Missstände zuständigen Behörde verwendet werden“.

⁴ Ebenfalls exemplarisch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 117: „Viele Freiheitsgegenstände lassen sich anders als die ‚körperliche Unversehrtheit‘ nur in Sozialität denken, sind auf soziale Zusammenhänge angewiesen, ohne die sie nicht existieren“.

Die unspezifische Allgemeinheit der Sozialität bildet gegenüber ihrer Relevanz für die Grundrechtsausübung einen Kontrast, der auf ein grundrechtstheoretisches und -dogmatisches Problem deutet. Auf der einen Seite steht die vielschichtige Relevanz sozialer Beziehungen für die Verwirklichung unterschiedlicher grundrechtlicher Schutzgüter im Grundsatz außer Frage. Auf der anderen Seite knüpfen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik eher punktuell und unsystematisch an Interaktionsbeziehungen der Grundrechtsträger, an ihre Voraussetzungen und ihre Bedeutung für die Freiheitsrechte an.⁵ Schon die unspezifische Art der Beschreibung sozialer Interaktion erschwert die Anschlussfähigkeit für rechtswissenschaftliche Konzepte.

Obwohl mehrere Arbeiten Kommunikationsbeziehungen grundrechtstheoretisch entfalten und dogmatische Implikationen aufzeigen,⁶ berücksichtigen Rechtsprechung und Literatur in rechtsdogmatischen Konzeptionen den Interaktionsbezug selbst bei kommunikationsbezogenen Freiheitsrechten nur situativ, unterschiedlich reflektiert und als Sonderdogmatik auf einen bestimmten Lebensbereich beschränkt. Im Vordergrund steht stattdessen der abwehrrechtliche Schutz der Freiheit zu einem isoliert gedachten, beliebigen Verhalten.

Beispiele aus der Rechtsprechung veranschaulichen die Inkohärenzen einer Grundrechtsdogmatik, die auf der einen Seite Interaktionen als relevant für das jeweilige Schutzgut einordnet, zugleich aber grundrechtliche Freiheit als isolierte Verhaltensfreiheit abbildet. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung stellt im Ausgangspunkt den Sozialbezug personenbezogener Daten und die Relevanz der Kommunikation für die Persönlichkeitsentfaltung heraus,⁷ bildet diesen Interaktionszusammenhang jedoch dogmatisch nicht scharf ab, sondern bleibt zumindest semantisch einer eigentumsanalogen Konzeption des Schutzes personenbezogener Daten verhaf-

⁵ *Hoffmann-Riem*, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, S. 385 (385): „Die Grundrechtstheorie droht in ein anachronistisches Abseits zu geraten, wenn sie sich weiterhin darauf beschränkt, Grundrechtsausübung (fast) nur als das Handeln von Einzelnen zu analysieren. Die Arbeitsteiligkeit auch der Grundrechtsausübung zwingt dazu, einen Nachholbedarf in der Theorie zu erkennen und zu versuchen, ihn zu befriedigen“; zu den konzeptionellen Schwächen der Grundrechtsdogmatik aus jüngerer Zeit S. *Schönberger*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, VVDStRL 79 (2000), S. 291 (309ff.).

⁶ Mit konzeptionellen Unterschieden vgl. nur insbesondere *Subr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen; *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung; *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, S. 16ff., S. 37ff.; *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen; *Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 282ff., S. 336ff.; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtliche Freiheit und staatlicher Institutionalisierung; sowie mit unterschiedlichen Akzenten die Beiträge in Vesting/Korioth/Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, insbesondere *Ladeur*, Die transsubjektive Dimension der Grundrechte, S. 17ff., und *I. Augsberg*, Autonomie als soziale Konstruktion, S. 39ff.; *Vesting*, Der Sozialstaat als Subjektivierungspraxis, S. 107 (112ff.).

⁷ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u. a., BVerfGE 65, 1 – *Volkszählung*, Rn. 150: „eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit“; näher *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, sowie unten, § 2 A.; zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch *Hornung*, Grundrechtssinnovationen, S. 359f.

tet.⁸ Die Verarbeitung der Interaktionen, die mit der Interpretation personenbezogener Daten untrennbar verbundenen sind und sowohl den Regelungsbedarf als auch die Regelbarkeit prägen, macht eine zentrale Herausforderung einer Dogmatik des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einschließlich des einfachgesetzlichen Datenschutzrechts aus. Sie wird allerdings in Rechtsprechung und Literatur kaum systematisch reflektiert.⁹ Bei der Rundfunkfreiheit gehen die verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine ausgestaltende „positive Rundfunkordnung“ auf die Umstände der Kommunikationsbeziehungen im Rundfunk zurück,¹⁰ stehen aber als Sonderdogmatik separiert neben der dogmatischen Konzeption anderer Freiheitsrechte. Durch eine kontinuierliche Ablösung von ihren Prämissen, den Umständen der Kommunikationsbeziehungen, hat diese Sonderdogmatik eine Tendenz zur Eigendynamik gewonnen, die eine rationale Ausgestaltung der positiven Rundfunkordnung angesichts der Auswirkungen der Digitalisierung, der strukturell veränderten Geschäftsmodelle, Inhaltsangebote und Rezeptionsgewohnheiten, erschwert. Bei der Wissenschaftsfreiheit gewährt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung mit dem Topos der Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft einen Autonomiebereich, der Interaktionszusammenhänge der Forschenden faktisch umfasst, ohne näher auf ihre Funktion und Relevanz einzugehen. Die Folgen für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die institutionelle Ausgestaltung unterschiedlicher Forschungsorganisationen bleiben wenig konturiert. Forderungen nach einer „Resubjektivierung“ der Dogmatik¹¹ reagieren auf eine objektiv-rechtlich verankerte Ausgestaltung, die als Aushöhlung des Freiheitsrechts wahrgenommen wird.¹²

Schließlich werden nicht zuletzt Grundrechte mit Marktbezug wie die Berufsfreiheit, das Eigentumsrecht, die Privatautonomie und die Koalitionsfreiheit als isolierte Verhaltensfreiheit konzipiert. Weil diese isolierte Verhaltensfreiheit

⁸ Näher unten, Kapitel Informationelle Selbstbestimmung § 2 B.I.

⁹ Siehe aber eingehend *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 ff.; *dies.*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, § 22 Rn. 14 ff., Rn. 22 f.; *dies.*, Die Komplexität verfassungsrechtlicher Vorgaben für das Wissen der Verwaltung, S. 50 (56 ff.).

¹⁰ Näher unten, § 3 B.I.1.

¹¹ *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 439 ff.; *Geis*, *WissR* 37 (2004), 2 (16 f.); *ders.*, Universitäten im Wettbewerb, *VVDStRL* 69 (2010), S. 364 (394); *von Coelln*, *DVBl.* 2009, 1090 (1093); *Kempen*, *DVBl.* 2005, 1082 (1089); siehe unten, § 4 B.II.2.c).

¹² Mit konzeptionellen Unterschieden *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, S. 325: „Wird die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension daher vornehmlich als Auftrag zur staatlichen Verwirklichung einer übergreifenden Ordnungsidee verstanden, präformiert – ja deformiert – dies zwangsläufig auch die individualrechtliche Dimension. (...) Individualgrundrechtliche Freiheitsverwirklichungschancen werden dann maßgeblich davon abhängen, was sich durch die objektiv-rechtliche Schablone des zu gestaltenden Ordnungsbereichs zwingen lässt.“; *Ladewig*, *DÖV* 2007, 1 (2): Statuierung von Grundrechtsschranken wird zur Verwirklichung objektiv-rechtlicher Gewährleistungsgehalte nobilitiert; zum Verhältnis des Schutzes von Wissenschaftsorganisationen und der Forschenden *Geis*, *WissR* 37 (2004), 2 (17).

sich nicht als Bezugspunkt eignet, um die für die individuellen Schutzgüter bedeutsamen kollektiven Effekte der Interaktion auf Märkten schlüssig abzubilden, stößt die Dogmatik in Fällen mit Interaktionsbezug an Grenzen.¹³ Die Rechtsprechung zieht regelmäßig wertende Kriterien zur Korrektur heran und bildet eine in Einzelfällen kaum vorhersehbare Kasuistik heraus, etwa bei den Kriterien objektiv berufsregelnder Tendenz zur Begründung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit oder bei der Bewertung hoheitlicher Informationsdefizite über Marktaktivitäten. Ähnlich schwer fällt es, auf dem Boden einer isoliert betrachteten Verhaltensfreiheit die Aktivitäten von juristischen Personen, etwa in Konzernstrukturen, mit dem personalen Gehalt der Berufsfreiheit zu verbinden. Nicht zuletzt erfordern Märkte eine Reihe institutioneller Ausgestaltungen, die stabile Marktprozesse erst ermöglichen, aber gegen die Folie einer Freiheit zu beliebigem, isoliertem Verhalten als beschränkende, rechtfertigungsbedürftige Eingriffe wahrgenommen oder aus dem Schutzbereich von vorneherein ausgeklammert werden.

Diese Arbeit stellt ein Konzept vor, das Freiheitsrechte interaktionsbezogen entfaltet.

Ein erster Teil zur interaktionszentrierten Grundrechtstheorie geht zunächst der Bedeutung von Interaktionsbeziehungen für die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter nach. Er skizziert zunächst die Bedeutung von Interaktionsbeziehungen für den Grundrechtsschutz aus liberaler, abwehrrechtlicher Perspektive und geht auf die Entwicklung weiterer Schutzdimensionen sowie auf ihre Folgen für die Berücksichtigung von Interaktionen ein. Die Arbeit geht von der Beobachtung aus, dass ein Freiheitsverständnis, das auf die tatsächlichen Bedingungen der Freiheitsverwirklichung gerichtet ist, das zu verwirklichende Schutzgut sowie die Bedingungen, also die Zusammenhänge und Strukturen des jeweiligen Sachbereichs, beschreiben muss. Gegenüber einem abwehrrechtlichen Schutz formeller und isoliert betrachteter Freiheit sind weitergehende Schutzkonzepte in stärkerem Maß auf eine normative Verarbeitung außerrechtlicher Problembeschreibungen angewiesen. Diese normative Verarbeitung

¹³ Zur hoheitlichen Informationstätigkeit etwa *Albers*, Die Komplexität verfassungsrechtlicher Vorgaben für das Wissen der Verwaltung, S. 50 (64): „Einige der spannendsten Aspekte informations- und wissensbezogener Grundrechtsinterpretationen ergeben sich, wenn man über die zweipoligen Verhältnisse hinaus Dreiecksbeziehungen oder mehrpolige Konstellationen in den Blick nimmt. Stärker als Handeln verweisen Informationen und Wissen auf die sozialen Systeme, in denen sie sich selbst erst bilden. Markantes Beispiel sind die Fälle, in denen die Verwaltung Dritten oder der Öffentlichkeit Wissen vermittelt, das sich nachteilig auf den Ruf einer Person, eines Unternehmens oder eines Produkts auswirkt. Diese Fälle kann man nur angemessen lösen, wenn man mitbeantwortet, inwieweit die Grundrechte die Grundrechtsträger eigentlich in sozialen Beziehungen, in sozialen Institutionen oder in sozialen Systemen schützen. Beispielsweise verstehen sich grundrechtliche Schutzpositionen eines Unternehmens gegen die staatliche Vermittlung von Informationen an andere Marktteilnehmer keineswegs von selbst. Da sich die Nachteile über den Markt vermitteln, ist immer auch eine Antwort darauf erforderlich, inwieweit Art. 12 GG die Rolle des Unternehmens im sozialen System ‚Markt‘ schützt“.

außerrechtlicher Problembeschreibungen, von der im Übrigen auch der abwehrrechtliche Schutz nicht frei ist, bringt nicht unerhebliche Wertungsspielräume mit sich. Anliegen der interaktionszentrierten Perspektive ist es, zur Rationalisierung dieser Wertungen beizutragen, indem sie typische positive sowie negative Effekte von Interaktionszusammenhängen sowie deren Voraussetzungen analysiert und grundrechtsdogmatische Implikationen herausarbeitet. Eine solche Typisierung systematisiert, ohne bereichsspezifische Besonderheiten auszuschließen, und sensibilisiert für die Voraussetzungen und Effekte von Interaktionszusammenhängen. Als zentrale Wirkung von Interaktionszusammenhängen stellt der erste Teil die Generierung von Wissen heraus. Im Anschluss an ein konstruktivistisches Verständnis führt die interaktionszentrierte Perspektive die individuelle Entstehung sowie die kollektive Distribution von Wissen auf Interaktionszusammenhänge zurück. Dieser Zusammenhang zwischen Interaktionen und Wissen charakterisiert zugleich die Interaktionszusammenhänge. Nicht jede Form punktueller Interaktion weist die aus Sicht der interaktionszentrierten Grundrechtstheorie wesentlichen Eigenschaften wissensgenerierender Interaktionszusammenhänge auf. Daran anknüpfend schlüsselt der Teil den Zusammenhang zwischen Interaktionszusammenhängen und den grundrechtlichen Schutzgütern, insbesondere der selbstbestimmten Persönlichkeitsentfaltung, auf. Der Blick auf diesen Zusammenhang zwischen Interaktion und Persönlichkeitsentfaltung wird die Relevanz von Interaktionszusammenhängen für die Grundrechtsausübung in zwei Richtungen präzisieren: zum einen wird sich zeigen, dass Interaktionszusammenhänge für grundrechtliche Schutzgüter grundrechtsübergreifend relevant sind. Zum anderen legt der Teil die Ambivalenz der Interaktionen dar. Die interaktionsbedingte Dynamik der einzelnen Sachbereiche bringt – so die These – auf der einen Seite laufend neue Anschlussmöglichkeiten und Handlungsoptionen der Grundrechtsausübung hervor. Auf der anderen Seite kann diese Dynamik von Interaktionszusammenhängen die Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung Einzelner abwerten und sogar die Stabilität des Interaktionszusammenhangs gefährden. Die in Interaktionszusammenhängen dezentral getroffenen Auswahlentscheidungen stellen Voraussetzungen für die erfolgreiche Teilnahme an Interaktionszusammenhängen auf, die die Chancen der Grundrechtsausübung prägen. Aus diesen ambivalenten Wirkungen von Interaktionszusammenhängen für grundrechtliche Schutzgüter schließt die interaktionszentrierte Perspektive auf die Notwendigkeit einer Ausgestaltung der Sachbereiche aller Freiheitsrechte. Der verfassungsrechtliche Maßstab dieser Ausgestaltung orientiert sich an der Relevanz der Interaktionszusammenhänge für den Grundrechtsschutz.

Ein daran anschließender Teil lotet den Mehrwert der interaktionszentrierten Perspektive anhand der Konzeption exemplarisch ausgewählter nationaler Freiheitsrechte und ihrer Dogmatik aus. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die Rundfunkfreiheit und die Wissenschaftsfreiheit stehen beispielhaft für

Freiheitsrechte, in denen die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der Relevanz von Interaktionszusammenhängen Rechnung trägt, ohne sie übergreifend und systematisch zu entfalten. Daneben liegt ein Schwerpunkt des Teils auf dem grundrechtlichen Schutz der Teilnahme an Marktprozessen. Die Marktteilnahme bildet aus interaktionszentrierter Perspektive kein eigenständiges Grundrecht, etwa im Sinne einer Wettbewerbsfreiheit,¹⁴ oder einen Ausschnitt eines bestimmten Freiheitsrechts, etwa der Berufsfreiheit.¹⁵ Sie stellt vielmehr einen Modus der Ausübung von Freiheitsrechten dar, der prinzipiell für jedes Freiheitsrecht in Frage kommt, das sich auf Märkten ausüben lässt.¹⁶ In diesem Modus ist die Ausübung der betroffenen Freiheitsrechte gegen hoheitliche Beeinträchtigungen des Interaktionszusammenhangs wegen seiner Relevanz für die grundrechtlichen Schutzgüter geschützt.¹⁷ Die Marktteilnahme ist zudem Gegenstand der einfach-gesetzlichen Ausgestaltung, deren verfassungsrechtlicher Maßstab auf die Voraussetzungen und ihren Zusammenhang zum jeweiligen grundrechtlichen Schutzgut zurückgeht.

Ein abschließender Teil analysiert auf europäischer Ebene den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union sowie nach der Europäischen Menschenrechtskonvention interaktionsbezogen und grenzt den Grundrechtsschutz gegenüber den unionsrechtlichen Regeln zur Gewährleistung des Binnenmarkts ab. Der Teil beschreibt die Entwicklung des Binnenmarkts zu einem grenzüberschreitenden Interaktionszusammenhang, der ein Substrat politischer Gestaltung bildet und die Union durch die komplexen Interdependenzen zugleich

¹⁴ *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht.

¹⁵ *Achatz*, Grundrechtliche Freiheit im Wettbewerb, S. 208–279.

¹⁶ Insofern unterscheidet sich die Perspektive dieser Arbeit von Beschreibungen, die Wettbewerb ähnlich wie bei einer einmaligen Ausschreibung oder einem sportlichen Wettbewerb als punktuelle Konkurrenzsituation in einer einmaligen Auswahlentscheidung verstehen, etwa *Klement*, Wettbewerbsfreiheit, S. 61 ff.: Wettbewerb als Summe der Handlungen, mit denen zwei oder mehr Wettbewerbsteilnehmer einen Vorteil für sich zu erlangen suchen, den zumindest nicht alle von ihnen erlangen können; ähnlich *von Coelln*, DVBl. 2009, 1090 (1091); zu einer solchen Konkurrenzsituation aus wettbewerbstheoretischer Sicht *Hoppmann*, Konzentrierte Aktion und der Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung, S. 288: Wettlauf-Analogie irreführend, schon weil Ziel des Wettbewerbsprozesses nicht bekannt ist. Die Arbeit versteht Wettbewerb insoweit auch weiter und mit einer anderen Perspektive als die Beschreibung von Wettbewerb als Governance-Modus etwa *Benz*, Politischer Wettbewerb, S. 54, mit einem Überblick über unterschiedliche Arten von Wettbewerb (S. 55 ff.).

¹⁷ Anders die Vielzahl rechtswissenschaftlicher Arbeiten, die Marktprozesse als rein tatsächliche Phänomene begreifen, vgl. etwa *Hecker*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, S. 180 m. w. N.: „Unternehmensfreiheit, Marktfreiheit, Vertriebsfreiheit usf. stehen nicht für eigenständige grundrechtliche Gewährleistungen mit anderem oder gar weitergehendem Schutzgehalt als die oben aufgeführten Grundrechte der Berufsfreiheit, der Eigentumsgarantie oder der allgemeinen Handlungsfreiheit. Vielmehr werden mit ihnen Bestandteile der Gewährleistungen aus Art. 12, 14 oder 2 GG in rein deskriptiver Absicht herausgestrichen. Sie verdeutlichen grundrechtliche Schutzbereiche unter speziellen Aspekten, beschreiben typische Ausübungsformen grundrechtlicher Freiheiten und verharren so auf der tatsächlichen statt der normativen Ebene“.

krisenanfällig für Änderungen der Umweltbedingungen macht. Die Grundrechte der Union entziehen sich demgegenüber trotz mancher struktureller Ähnlichkeit zu den Grundfreiheiten dieser Ausrichtung auf die Binnenmarktgestaltung. Sie entwickeln sich dadurch zu einem zunehmend bedeutsamen Widerlager politischer Gestaltung. Die interaktionszentrierte Perspektive zeigt einzelne Zusammenhänge einer sich abzeichnenden, übergreifenden Dogmatik im Grundrechtsschutz der Union auf und stellt sie dem Grundrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention gegenüber, deren Interaktionsbezug in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Grundrechtsschutz marktbezogener Aktivitäten besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Der Teil stellt heraus, wie die Rechtsprechung des Gerichtshofs die personale Entfaltung durch berufliche Aktivität wegen der persönlichkeitsrelevanten Effekte der Interaktion akzentuiert und die Zuordnung einzelner Verhaltensweisen zum Schutzbereich verschiedener Freiheitsrechte flexibilisiert. Methodisch weist die interaktionszentrierte Perspektive dadurch Ansätze zur Kompatibilisierung unterschiedlicher grundrechtsdogmatischer Konzeptionen im Mehrebenensystem auf.

Erster Teil

Theoretische Grundlegung

§ 1 Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie

Personale Entfaltung setzt Interaktion voraus.¹ Während dieser Befund in seiner Allgemeinheit im Ausgangspunkt unumstritten ist, bleiben die Konsequenzen für die Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik vage. Zunächst bringen grundrechtstheoretische Verständnisse, die Voraussetzungen und Aspekte der Interaktion jenseits der Freiheit zu einem isoliert betrachteten Verhalten außerhalb des grundrechtlichen Schutzes ansiedeln, ein größeres Maß an Klarheit mit sich. Die Rahmenbedingungen und Effekte von Interaktionen werden durch diese Engführung, für die vor allem liberale Grundrechtsverständnisse stehen, zu einer impliziten Voraussetzung der Verwirklichung von Grundrechten, die außerhalb des Schutzes steht. Interaktionszusammenhänge entstehen in dieser Perspektive typischerweise automatisch durch die Grundrechtsausübung, sind aber kein Gegenstand des Grundrechtsschutzes. Liberale Grundrechtstheorien schaffen dadurch regelmäßig die Grundlage für eine effektive Grundrechtsverwirklichung, ohne nähere Annahmen über deren tatsächliche Rahmenbedingungen zu benötigen (A.).

Grundrechtstheoretische Ansätze, die über diese Abwehrdimension hinausgehend die tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung in den Blick nehmen und Leistungs- oder Schutzdimensionen der Grundrechte entwickeln, betonen demgegenüber den Beitrag hoheitlicher Maßnahmen zur Gewährleistung grundrechtlicher Schutzgüter. Diese Gegenüberstellung liberaler Ansätze eines negativen Grundrechtsschutzes auf der einen Seite und der auf die tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung gerichteten Ansätze auf der anderen Seite verdeckt den Blick auf die Relevanz der Interaktionszusammenhänge. Während die abwehrrechtliche Konzeption eine nähere Auseinandersetzung mit den Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung nicht erfordert, geraten die einen materiellen Freiheitsbegriff zu Grunde legenden Ansätze in die Rolle von Ergänzungen des klassisch abwehrrechtlichen Schutzes,² ohne dabei die dem liberalen Konzept zu Grunde liegenden interaktionsbezogenen Prämissen aufzuarbeiten (B.).

¹ *Subr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen.

² Grundlegend BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*, Rn. 25: „Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee

Die interaktionszentrierte Perspektive ordnet demgegenüber Interaktionen wegen ihrer wissensgenerierenden Wirkung als grundrechtsübergreifendes Strukturmerkmal personaler Entfaltung ein. Die interaktionszentrierte Perspektive knüpft damit an ein konstruktivistisches Wissensverständnis an und schließt von der Relevanz der Interaktion für die Wissensentstehung auf ihre Relevanz für grundrechtliche Schutzgüter, insbesondere für die Persönlichkeitsentfaltung (C.).

Diese Relevanz von Interaktionen für grundrechtliche Schutzgüter wird sich bei einem näheren Blick als ambivalent erweisen. Interaktionsbasierte Dynamik erzeugt auf der einen Seite neue Handlungsoptionen, stellt aber auch Voraussetzungen einer erfolgreichen Teilnahme an Interaktionszusammenhängen auf und kann unter Umständen die Stabilität eines Interaktionszusammenhangs insgesamt gefährden. Anliegen der interaktionszentrierten Grundrechtstheorie ist es, diese typischen Effekte von Interaktionszusammenhängen für die Grundrechtsverwirklichung grundrechtsübergreifend zu beschreiben und dadurch einen Beitrag zur Rationalität der Grundrechtsdogmatik zu leisten. Die grundrechtsdogmatischen Implikationen der interaktionszentrierten Perspektive betreffen vor allem die rechtliche Ausgestaltung der einzelnen Sachbereiche. Die Erstreckung grundrechtlicher Freiheit auf den Interaktionszusammenhang macht dessen Ausgestaltung zum Bestandteil des grundrechtsdogmatischen Konzepts. Darüber hinaus wirkt sich die interaktionszentrierte Perspektive auf andere Aspekte der Grundrechtsdogmatik mit Interaktionsbezug aus, etwa auf die Begründung der Figur mittelbarer Grundrechtseingriffe, auf die Rückbindung des grundrechtlichen Schutzes juristischer Personen auf den personalen Gehalt der Freiheitsrechte sowie auf die Prämissen grundrechtlicher Bestands- und Entwicklungsgarantien (D.).

Zusammengefasst bietet die interaktionszentrierte Perspektive einen Ansatz, um die tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung normativ begründet zu beschreiben und rechtsdogmatisch zu verarbeiten.

A. Interaktionen im liberalen Grundrechtsverständnis

Liberalen Verständnisse des Staatsrechts und der Grundrechte sind jeweils in bestimmten historischen Kontexten entstanden.³ Diese Kontexte prägen die

wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte. Dem entspricht es, dass der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt hat“.

³ Gruppierender Überblick über die inhomogenen Vertreter des Vormärz bei *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II*, S. 156 ff.; übergreifender zur gesellschaftlichen Selbstbeschreibung in liberalen Theorien *Ladeur*, *Negative Freiheitsrechte*, S. 21 ff.; zur

jeweilige Problemwahrnehmung und mit ihr die theoretische und dogmatische Konzeption, insbesondere des Grundrechtsschutzes.⁴ Schon aus diesem Grund lassen sich liberale Grundrechtskonzeptionen historisch nicht auf das abwehrrechtliche Verständnis von Grundrechten reduzieren, sondern beinhalten je nach Kontext auch die vorgelagerte Herstellung bestimmter rechtlicher und gesellschaftlicher Strukturen, auf die eine abwehrrechtliche Konzeption aufbauen kann.⁵ Dabei ist allerdings die Relevanz von Interaktionszusammenhängen für den grundrechtlichen Schutz jeweils implizit mitgedacht.⁶

Aus situationsübergreifenden Gemeinsamkeiten in den Lebensverhältnissen, in der ständischen Struktur und in der Problemwahrnehmung⁷ entsteht eine Grundperspektive liberaler Theorie mit einer Ausrichtung des Grundrechtsschutzes auf Freiheit, verstanden als die Abwesenheit von Fremdbestimmung, und Gleichheit.⁸ Diese Ausrichtung macht die Konzeption des

Kontextabhängigkeit und Entwicklung der Idee der Verfassung *Stolleis*, Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution, S. 17 (18f.).

⁴ *Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis, S. 221 (225f.); *Stolleis*, Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution, S. 17 (31): Grundrechte als Reaktion auf Unzufriedenheit; ‚Verfassungsideal der Bürgerlichen Revolution‘ teilweise als Ausdruck der ökonomischen Lage.

⁵ Zu dieser Kontextabhängigkeit der Grundrechtskonzeption, die erst mittelfristig auf eine abwehrrechtliche Grundrechtskonzeption hinausläuft, anhand eines Vergleichs der amerikanischen und der französischen Revolution *Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis, S. 221 (225f.): „Die Grundrechte fungierten unter diesen Umständen [der französischen Revolution] vielmehr als die obersten Leitprinzipien der Sozialordnung, die der langwierigen und komplizierten Rechtsreform Halt und Dauer geben sollten. Sie wiesen den Staat also zunächst nicht in Schranken, sondern richteten sich mit einem Handlungsauftrag an ihn. Ihrer Bestimmung nach waren sie Zielvorgaben für den Gesetzgeber zur grundrechtskonformen Umgestaltung des einfachen Rechts. Das ist aber nichts anderes als die objektivrechtliche Grundrechtsfunktion. Erst nachdem die Umgestaltung der Sozialordnung im Sinne von Freiheit und Gleichheit abgeschlossen war, konnten sie sich auch in Frankreich, wie in Amerika von Anfang an, auf ihre negatorische Funktion zurückziehen.“; *ders.*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, S. 67 (99); *ders.*, Ursprung und Wandel der Verfassung, S. 11 (26f.); zu den Folgen einer verkürzten Sichtweise auf die Abwehrdimension als vermeintlich klassischen Gehalt der Grundrechte auch *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 251f.

⁶ *Vesting*, Der Sozialstaat als Subjektivierungspraxis, S. 108 (114): „Die Besonderheit des bürgerlichen Individualismus, des autonomen Individuums, liegt also darin, zugleich individuell und sozial zu sein, eine Besonderheit, die insbesondere im deutschen staatszentrierten Grundrechtsmodell des Abwehrrechts leicht verloren gehen kann.“; zu eng wäre es demgegenüber, mit dem kollektiven Moment nur die Beschränkungen individueller Freiheit zu verbinden, *Kersten*, Teilverfasste Wirtschaft, S. 135: „In der liberalen Ordnung entfaltet sich das Verhältnis von individueller und kollektiver Freiheit dialektisch: Jeder Bürger kann seine Freiheitsrechte in Anspruch nehmen, solange diese nicht durch ein Gesetz als Ausdruck kollektiver Freiheit beschränkt werden, wobei sich das Gesetz als Einschränkung individueller Freiheit verfassungsrechtlich rechtfertigen muss“.

⁷ *Stolleis*, Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution, S. 17 (20ff.).

⁸ *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (150f.); *ders.*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, S. 67 (72).

Grundrechtsschutzes unabhängig von den jeweiligen Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung Einzelner und senkt die Anforderungen an die Wissensgrundlage bei der Konzeption des Grundrechtsschutzes. Die liberale Perspektive setzt wenig Wissen über die Rahmenbedingungen und Voraussetzungen der Grundrechtsausübung sowie die Zusammenhänge und Strukturen des jeweiligen Lebensbereichs voraus. Die besondere Leistungsfähigkeit der liberalen Perspektive findet ihren Grund nicht zuletzt darin, dass sie mit einem relativ geringen Informationsbedarf eine große Reichweite entwickelt. Sie bereitet die Grundlage für eine umfassende theoretische Perspektive, die gesellschaftliche Selbstkoordination übergreifend in den Mittelpunkt stellt.⁹ Mit ihr einher gehen die zentrale Rolle der Privatrechtsordnung in der bürgerlichen Gesellschaft¹⁰ sowie der Übergang von einer hoheitlichen zu einer gesellschaftlichen Bestimmung der Gemeinwohlziele.¹¹ Über die Interaktion in Freiheit und Gleichheit verbindet die liberale Perspektive Fragen der Ökonomie, der Aufgabe und Legitimation hoheitlicher Gewalt, der Gerechtigkeit und der individuellen Selbstbestimmung.¹²

I. Trennung von Staat und Gesellschaft

Die vielfach kritisierte¹³ Trennung von Staat und Gesellschaft¹⁴ lässt sich allerdings auch nach dem klassisch liberalen Verständnis nicht als umfassend verstehen. Selbst wenn die Freiheit in dieser Perspektive als natürlich oder dem Staat vorausliegend verstanden wird, zeigt schon die Relevanz der Privatrechtsordnung die Notwendigkeit staatlicher Ordnung an.¹⁵ Der Sache nach bezeichnet die Trennung vielmehr eine bestimmte Form der Aufgabenteilung. Inhaltlich gestaltende Entscheidungen bringt die Gesellschaft dezentral über Interaktionen hervor, während die öffentliche Gewalt die Bedingungen dieser gesellschaftlichen Organisation bereitstellt, indem sie eine privatrechtliche Infrastruktur vorhält und im Übrigen Freiheit und Gleichheit gewährleistet. Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, das die Ausübung gesellschaftlicher Freiheit als prinzipiell unbegrenzt und hoheitliche Gestaltung demgegenüber

⁹ Zum Zusammenhang mit einem entsprechenden Leitbild der Ökonomie *Stolleis*, Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution, S. 17 (31); *Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 27.

¹⁰ *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (161 f.); *ders.*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, S. 67 (73, 93).

¹¹ *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (159): Entmaterialisierung der Steuerungsprobleme: alle materialen Zwecksetzungen gingen in die Zuständigkeit der Gesellschaft über, die sie unbeeinflusst von staatlicher Anleitung vornehmen durfte.

¹² *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (157 f.).

¹³ Vgl. nur *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 99 f., S. 122 f.

¹⁴ Zum Funktionswandel des Staates *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, 149 (153 f.).

¹⁵ *Grimm*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, S. 67 (93); *ders.*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (164).

als prinzipiell begrenzt begreift,¹⁶ bezieht die sich daraus ergebenden Rechtfertigungslasten auf das Ziel der Gemeinwohlermittlung durch gesellschaftliche, interaktionsbasierte Selbstorganisation.¹⁷

II. Dezentrale Generierung von Wissen

Ein charakteristisches Merkmal liberaler Grundrechtsverständnisse liegt darin, dass sie eine dynamische, entwicklungsoffene, auf dezentralen, eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Entscheidungen beruhende Gesellschaft von Grundrechtsträgern beschreiben, ohne die Funktionsweise der gesellschaftlichen Interaktion, ihre Voraussetzungen und Effekte, aufschlüsseln zu müssen. Liberale Theorien lassen Wissen durch Interaktionen dezentral in der Gesellschaft entstehen und innerhalb der Gesellschaft verbreiten, setzen aber über die Umstände und etwaige innergesellschaftliche Beeinträchtigungen der wissensgenerierenden Interaktionszusammenhänge kaum Wissen voraus. Positiv ausgestaltende Vorgaben wären in dieser Perspektive, auch wenn sie die Interaktionen insgesamt fördern, eine staatliche Ingerenz, ein Eingriff in die Verhaltensfreiheit, der dem Verdacht einer Anmaßung von Wissen (*von Hayek*) ausgesetzt ist.¹⁸ Rechtliche Institutionen sollten sich demnach auf allgemeine Regeln beschränken, die Verfügungsrechte nachvollziehbar zuweisen und im Übrigen lediglich bestimmte unzulässige Verhaltensweisen, etwa die Anwendung von Gewalt und Zwang oder die Bildung von Kartellen, untersagen.¹⁹ Ein solcher rechtlicher Rahmen ist darauf angelegt, den Grundrechtsträgern einen möglichst großen Optionenraum für selbstbestimmte Entscheidungen, auch und gerade in Interaktionen mit anderen, zu belassen.

III. Interaktionsbezug der negativen Freiheit

Die abwehrrechtlich geschützte Freiheit ist in dem liberalen Verständnis von vorneherein interaktionsbezogen gedacht. Auch wenn im Rahmen der klassisch liberalen Konzeption kein Anlass besteht, bei der Formulierung des grundrechtlichen Schutzes zwischen einem isolierten Verhalten Einzelner und sozialer Interaktion zu differenzieren, entspräche es nicht dem liberalen Verständnis, den abwehrrechtlichen Schutz der Freiheit auf ein isoliertes Verhalten des Grundrechtsträgers zu beschränken und die Entstehung von Interaktionszusammenhängen als positiven, gesellschaftlich erwünschten und vielleicht sogar beabsichtigten Reflex der Grundrechtsausübung einzuordnen, der vom Schutzbereich der

¹⁶ *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 126 f., näher unten, Fn. 239.

¹⁷ Zum Ganzen *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (152 f.).

¹⁸ Zum Verständnis der Individual- und Privatautonomie im Liberalismus sowohl nach von Hayek als auch dem Ordoliberalismus *Vanberg*, Die Verfassung der Freiheit, S. 101 (107 ff.).

¹⁹ *Hoppmann*, „Neue Wettbewerbspolitik“: vom Wettbewerb zur staatlichen Mikro-Steuerung, S. 397 (412 f.).

Freiheitsrechte allerdings nicht umfasst ist.²⁰ Vielmehr bilden die Interaktionszusammenhänge den Kern der liberalen Theorie, an dem die Konzeption des grundrechtlichen Schutzes ausgerichtet ist.²¹

B. Interaktion als Voraussetzung der Freiheitsausübung

I. Normative Annahme der Freiheitsverwirklichung in liberaler Theorie

Die normative Ausrichtung der klassisch liberalen Grundrechtstheorie auf Freiheit und Gleichheit begrenzt ihre Leistungsfähigkeit. Indem das liberale Grundrechtsverständnis diese normativen Vorgaben mit der Grundrechtsverwirklichung gleichsetzt, blendet es die tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsausübung aus. Das betrifft zum einen die Möglichkeiten zum effektiven Gebrauch formeller Freiheit, also die Verwirklichung der hinter den Freiheitsrechten stehenden Schutzgüter durch die Voraussetzungen der Teilnahme an grundrechtsrelevanten Interaktionszusammenhängen. Interaktionszusammenhänge schaffen eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für personale Entfaltung. Zum anderen beziehen sich die tatsächlichen Voraussetzungen der Grundrechtsausübung auf Blockaden der Interaktionszusammenhänge, die strategisch von einzelnen Grundrechtsträgern ausgehen oder in ihren Wechselwirkungen die Stabilität des Zusammenhangs insgesamt gefährden können. Interaktionsbedingte Störungen des Interaktionszusammenhangs werden in klassisch liberaler Perspektive nicht verarbeitet.

1. Bedingung effektiven Freiheitsgebrauchs

Formelle Freiheit wird von den unterschiedlichen Grundrechtsträgern immer schon in verschiedener Weise ausgeübt.²² Neben den Unterschieden, die sich aus jeweils individuellen Entscheidungen ergeben, sind Grundrechtsträger aus

²⁰ Zur Berufsfreiheit etwa *Lepsius*, Der Eigenwert der Verfassung im Wirtschaftsrecht, S. 149 (159); näher in unterschiedlichen Kontexten unten, § 4 B.II.2.c) und § 5 A.I. und D.II.5.b).

²¹ *Ladewig*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, S. 259: „Die ausschließlich negative Fixierung auf traditionelle Normenbestände und konventionalisierte Bindungen darf nicht aus ihrem Kontext herausgelöst und zu der ahistorischen Annahme hypostasiert werden, als sei dem liberalen Recht die Vorstellung eigen, die Gesellschaft bestünde aus Monade, die kontextfrei unter einem für alle gleichen Recht punktuelle (kontraktuelle) Bindungen eingehen und wieder lösen. Dies hieße den bloß ‚mittelbaren‘ Charakter des liberalen Rechts verkennen, dessen selbstverständlicher Hintergrund die Vorstellung bildet, dass gerade die bloß normative (nicht sozial-ontologische) Unterstellung freier und gleicher Subjekte die Bildung eines Netzwerkes dauerhafter, längerfristige Erwartungsbildung ermöglichender Kooperation in Gang setzt und damit Vertrauen als Grundlage für die Erprobung neuer Möglichkeiten schafft.“; *Klement*, Wettbewerbsfreiheit, S. 103 ff., S. 302: Gebrauch der Freiheiten als Entdeckungsverfahren.

²² Zu den unterschiedlichen Auswirkungen des bürgerlichen Sozialmodells auf die privi-

vielfältigen Gründen in unterschiedlichem Umfang in der Lage, von formeller Freiheit Gebrauch zu machen.²³

Diese Divergenzen in den tatsächlichen Möglichkeiten des effektiven Gebrauchs formeller Freiheit lassen sich nicht allein auf Unterschiede in der Verteilung materieller oder sonstiger Ressourcen reduzieren. Unterschiede in der Verfügbarkeit von Ressourcen stellen oftmals einen situativen Hinderungsgrund für die Teilnahme an Interaktionszusammenhängen und zugleich deren Ergebnis dar. Hinter diesen Unterschieden liegen allerdings nicht selten strukturelle Ursachen, die sich mit Umverteilungen nicht bewältigen lassen. Vielmehr entstehen die besonderen Voraussetzungen für die Teilnahme an den grundrechtsrelevanten Interaktionszusammenhängen aus den Interaktionszusammenhängen selbst.²⁴ Die Teilnehmenden am Interaktionszusammenhang treffen Auswahlentscheidungen etwa bei der Rezeption bestimmter Inhalte, der Anknüpfung an bestimmte Forschungsergebnisse oder für bestimmte kommerziell angebotene Produkte und Dienstleistungen nach individuellen Präferenzen. Das Potential zur individuellen Teilnahme an den Interaktionszusammenhängen ergibt sich jeweils aus den Anforderungen, die die anderen Teilnehmenden in Abhängigkeit der übrigen vorhandenen Interaktionsangebote stellen. In Marktprozessen steht die sog. Wettbewerbsfähigkeit für die Fähigkeit, Produkte oder Dienstleistungen am Markt zu Konditionen, insbesondere zu einer Qualität und einem Preis, anzubieten, die aus Sicht der Nachfragenden hinreichend attraktiv sind, um von einem Teil der Nachfragenden ausgewählt zu werden und einen gewissen Marktanteil

legierten Stände, Bauern, die unterständischen Schichten und das Bürgertum *Grimm*, Bürgerlichkeit im Recht, S. 149 (154 f.).

²³ *Grimm*, Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft, S. 67 (99): „Die Grundrechte können ihre Funktion freilich nur erfüllen, wenn sie sich auch ohne ständige Textänderungen der gewandelten Staatstätigkeit und den neuartigen Freiheitsbedrohungen anpassen. Dabei kommt es allerdings gegenüber der bürgerlichen Anfangsphase zu einer Funktionsverlagerung. Damals sollten sie sich sichernd über einen bereits bestehenden Zustand von Freiheit legen, um diesen gegen staatliche Übergriffe abzusichern. Das gilt für die amerikanischen Rechteerklärungen von vorneherein und für die französischen, nachdem die Anleitungsfunktion durch die Vollendung der Rechtsreform konsumiert war. Dahinter stand freilich die Erwartung, dass der einmal erreichte Zustand der Freiheitlichkeit durch Abwehrgrundrechte endgültig zu sichern wäre. Diese Annahme hat sich als irrig erwiesen. Die freiheitliche Gesellschaft produziert vielmehr ständig Freiheitsgefahren, sei es in Gestalt der Akkumulation gesellschaftlicher Macht, sei es in Gestalt von Bedrohungen durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt. Die ursprünglich nur als vorübergehend betrachtete Anleitungsfunktion der Grundrechte wird dadurch zur Daueraufgabe.“; *ders.*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, S. 221 (227): „Die Wiederentdeckung der objektivrechtlichen Grundrechtskomponente findet ihren Grund gerade im Versagen der liberalen Prämisse, dass gleiche rechtliche Freiheit ohne Zutun des Staates automatisch zu Wohlstand und Gerechtigkeit führe. Diese Annahme hat sich vielmehr als höchst voraussetzungsvoll erwiesen. Die Folge ist, dass sich über grundrechtliche Freiheit nicht mehr unter Absehung von ihren realen Voraussetzungen sprechen lässt“.

²⁴ Näher unten, § 1 D.I.1.a).

zu erzielen.²⁵ In der Forschung hängen die Verarbeitung und Verbreitung von Forschungsergebnissen durch andere Forschende von der Attraktivität, insbesondere dem Neuigkeitswert und der Originalität der Forschungsergebnisse, ab mit der Folge, dass die jeweiligen Forschungsbedingungen die Rezeptionschancen beeinflussen.²⁶

2. Blockaden in Interaktionen

Neben den Bedingungen für die individuelle Teilnahme an Interaktionszusammenhängen blendet die Trennung von Staat und Gesellschaft die Notwendigkeit aus, Interaktionszusammenhänge durch rechtliche Rahmung vor strategischen Blockaden oder die Stabilität gefährdenden Wechselwirkungen zu schützen. Aus wettbewerbstheoretischer Sicht liegt diese Notwendigkeit rechtlicher Rahmung auf der Hand. Die verschiedenen Ansätze des Ordoliberalismus betonen mit unterschiedlichen Akzenten die Notwendigkeit einer rechtlichen Ordnung wie auch ihren Zusammenhang zur individuellen Freiheit.²⁷ In der Neuen Institutionenökonomik bildet die Relevanz des rechtlichen Rahmens für die Eigenschaften von Wettbewerbsprozessen den zentralen Ausgangspunkt der Analyse.²⁸ Auf die Analyse und Kompensation von gesellschaftsinhärenten Störungen in der gesellschaftlichen Selbstkoordination, die die wissensgenerierende, entwicklungs offene Wirkung beeinträchtigen oder die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter auf andere Weise in Frage stellen, sind klassisch liberale Konzepte des Grundrechtsschutzes nicht eingerichtet.²⁹

II. Nicht-intendierte Effekte hoheitlicher Gewährleistung

1. Ausblendung der Interaktionen

Das in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Reaktion auf diese Schwächen des formellen Freiheitsbegriffs entwickelte Verständnis der Grundrechte als Werteordnung³⁰ bereitete den Boden für eine Reihe von Grundrechts-

²⁵ Näher unten, § 5 A.II.7.

²⁶ Näher unten, § 4 C.I.1.

²⁷ Siehe unten, § 5 A.II.5.

²⁸ Etwa *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik; näher unten, § 5 A.II.6.

²⁹ Vgl. demgegenüber die Fortentwicklung zu einem reflexiven, prozeduralisierten Recht, das rechtliche Institutionen auf die Verarbeitung von Ungewissheit durch kollektive Effekte gesellschaftlicher Interaktion (relationaler Beziehungen) einstellt, *Ladewig*, Der Staat gegen die Gesellschaft, S. 58 ff.: ‚relationale Rationalität‘ der Erzeugung und Erhaltung von ‚Sozialkapital‘, zur Prozeduralisierung a. a. O., S. 304 ff.; *Ladewig*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, S. 87 ff.: Wiederanknüpfung an das institutionelle Denken des frühen Liberalismus; a. a. O., S. 203: „Diese [die Staatsfunktionen] sind primär als ‚Supervisionsaufgaben‘ auszugestalten, die in Meta-Regeln der Selbstorganisation der ‚Wissensgesellschaft‘ festzulegen wären und damit die Ethik der Regeln der liberalen Gesellschaft in einer sekundären Modellierung wieder aufnehmen.“; näher S. 260 f., S. 273 ff.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*, Rn. 26: „Ebenso richtig

wirkungen, die über den abwehrrechtlichen Schutz negativer Freiheit hinausgehen, von grundrechtlichen Schutzpflichten³¹, der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten³² über originäre und derivative Leistungs- und Teilhaberechte³³

ist aber, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (...), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt (...). Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.“; zur Verknüpfung von Werteordnung und Schutzpflicht BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, 1 BvF 1/74 u.a., BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*, Rn. 152; zuletzt BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 9.12.2015, 2 BvR 1043/15, Rn. 6; BVerfG, Beschl. v. 8.6.2010, 1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07, BVerfGE 126, 112 – *privater Rettungsdienst*, Rn. 95; zur Genese *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 133 ff., sowie eingehend *Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, S. 47 ff.

³¹ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, 1 BvF 1/74 u.a., BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*, Rn. 151 ff., 153; BVerfG, Urt. v. 16.10.1977, 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 – *Schleyer*, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 – *Kalkar I*, Rn. 117; BVerfG, Beschl. v. 20.12.1979, 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 – *Mülheim-Kärlich*, Rn. 53; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 8.6.2010, 1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07, BVerfGE 126, 112 – *privater Rettungsdienst*, Rn. 95; BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, u.a., BVerfGE 121, 317 – *Nichtraucherschutzgesetz*, Rn. 119; BVerfG, Beschl. v. 14.1.1981, 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 – *Fluglärm*, Rn. 52.

³² Grundlegend BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*, Rn. 24 ff.; BVerfG, Beschl. v. 26.2.1969, 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 – *Blinkfüer*, Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 11.5.1976, 1 BvR 671/70, BVerfGE 42, 143 – *Deutschland Magazin*, Rn. 10; aus der Folgerechtsprechung zusammenfassend BVerfG, Beschl. v. 23.4.1986, 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261 – *Barabgeltung für Hausbrandkoble*, Rn. 25: „Eine Bindung des Richters an die Grundrechte kommt bei dieser streitentscheidenden Tätigkeit auf dem Gebiet des Privatrechts nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht unmittelbar, wohl aber insoweit in Betracht, als das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht beeinflussen (...). Hier wirkt der Rechtsgehalt der Grundrechte über das Medium der das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Begriffe, die im Sinne dieses Rechtsgehalts ausgelegt werden müssen, auf dieses Rechtsgebiet ein (...); – sog. Ausstrahlungs- oder mittelbare Drittwirkung der Grundrechte.“; zuletzt BVerfG, Einst. Anord. v. 18.7.2015, 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485, Rn. 6; BVerfG, Beschl. v. 22.10.2014, 2 BvR 661/12, BVerfGE 137, 273 – *kirchliches Arbeitsverhältnis*, Rn. 180; BVerfG, Urt. v. 22.2.2011, 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 – *Fraport*, Rn. 59; BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993, 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1 – *Eigenbedarfskündigung*, Rn. 35.

³³ Zu grundrechtsunmittelbaren Leistungs- und Teilhaberechte zuletzt BVerfG, Beschl. v. 23.7.2014, 1 BvL 10/12 u.a., BVerfGE 137, 34 – *Menschenwürdiges Existenzminimum*, Rn. 74; zur Pflicht der Förderung von Privatschulen aus Art. 7 Abs. 4 S. 1 GG BVerfG, Urt. v. 8.4.1987, 1 BvL 8/84, 1 BvL 16/84, BVerfGE 75, 40 – *Privatschulfinanzierung*, Rn. 78 ff.; zur rundfunkverfassungsrechtlichen Finanzierungsgarantie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten siehe unten, Kapitel § 3 B.I.2.; zu Teilhaberechten und ihren Grenzen bei der nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Wahl der Ausbildungsstätte BVerfG, Nichtannahmebeschl.

bis hin zu absichernden Anforderungen an Organisation und Verfahren.³⁴ Diese Ergänzungen des nach wie vor primär abwehrrechtlichen Schutzes³⁵ führen zu Gegenüberstellungen von Abwehrrecht und Leistungsrecht, von negativer und positiver oder realer Freiheit, von subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichem Gehalt, in der die Relevanz wissensgenerierender Interaktionszusammenhänge in den Hintergrund tritt. Der abwehrrechtliche Schutz bezieht sich, obwohl die Relevanz von Interaktionen ursprünglich durchaus mitgedacht war, von vorneherein nur auf eine isoliert betrachtete Verhaltensfreiheit. Diese individuellen Verhaltensspielräume führen typischerweise faktisch dazu, dass Interaktionszusammenhänge entstehen. Insofern erzielt dieser abwehrrechtliche Schutz der isolierten Verhaltensfreiheit in der überwiegenden Zahl der Fälle sachgerechte Ergebnisse. Dogmatisch wird die Interaktion allerdings außerhalb des Schutzbereichs angesiedelt; sie wird als bloßer Reflex des eigentlichen grundrechtlichen Schutzes verstanden.³⁶ Dieser abwehrrechtliche Schutz deckt im Grunde nur die unproblematischen Fälle ab, in denen stabile und dem grundrechtlichen Schutzgut förderliche Interaktionszusammenhänge in einem günstigen Kontext von allein entstehen. Reicht dieser abwehrrechtliche Schutz zur Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit nicht aus, begründen die ergänzenden Grundrechtswirkungen eine hoheitliche Gewährleistungspflicht, die nur auf ein bestimmtes Ergebnis, aber nicht auf die dynamischen Effekte von Interaktionen zielt. Diese Gewährleistungsperspektive transportiert tendenziell eine Vorstellung, nach der die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter maßgeblich durch die öffentliche Hand bewirkt wird. Sie stellt bei Leistungs- und Teilhaberechten die Ressourcen³⁷ und bei Schutzpflichten die erforderlichen Vorkehrungen be-

v. 19.8.2015, 1 BvR 2388/11, NVwZ-RR 2016, 281, Rn. 19; zur organisationsrechtlichen Gewährleistung wissenschaftsadäquater Entscheidungen durch Teilhaberechte als Ausdruck der Wissenschaftsfreiheit BVerfG, Beschl. v. 24.6.2014, 1 BvR 3217/07, BVerfGE 136, 338 – *Hochschulorganisation Medizinische Hochschule Hannover*, Rn. 56: „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verpflichtet daher den Staat zu Schutz und Förderung wissenschaftlicher Betätigung und garantiert den in der Wissenschaft Tätigen zugleich eine Teilhabe am Wissenschaftsbetrieb (...); diese Mitwirkung ist kein Selbstzweck, sondern dient dem Schutz vor wissenschaftsinadäquaten Entscheidungen.“; BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004, 1 BvR 911/00 u. a., BVerfGE 111, 333 – *Brandenburgisches Hochschulgesetz*, Rn. 136; BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978, 1 BvR 333/75 u. a., BVerfGE 47, 327 – *Hessisches Universitätsgesetz*, Rn. 151; BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 22.12.2014, 1 BvR 1553/14, Rn. 13.

³⁴ Zum gerichtlichen Verfahren zuletzt BVerfG, Stattgebender Kammerbeschl. v. 19.12.2007, 1 BvR 2681/07, BVerfGK 13, 119, Rn. 21; *Kabl*, *VerwArch* 2004, 1 ff.; im Schulrecht *Barczak*, *Der Übergang von der Grundschule in die Sekundarstufe als Grundrechtsproblem*, S. 350 ff.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 – *Lüth*, Rn. 25; näher oben, Fn. 2.

³⁶ Exemplarisch zur Wettbewerbsfreiheit *Lepsius*, *Der Eigenwert der Verfassung im Wirtschaftsrecht*, S. 149 (168 f.), näher unten, Kapitel § 5 A.I. und D.II.5.b).

³⁷ Zuletzt etwa BVerfG, Beschl. v. 23.7.2014, 1 BvL 10/12 u. a., BVerfGE 137, 34 – *Menschenwürdiges Existenzminimum*, Rn. 74: „Das Grundgesetz garantiert mit Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG ein Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch; das Sozialstaatsgebot des

reit.³⁸ In Fällen der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten stellen Gerichte eine praktische Konkordanz her und beschränken die Rechtsposition Privater punktuell, um die Realisierungsbedingungen der Grundrechte Betroffener zu verbessern.³⁹

2. Wirklichkeitsbezug als methodische Schwäche der Grundrechtsdogmatik

Die Leistungsfähigkeit einer über den abwehrrechtlichen Gehalt hinausgehenden Grundrechtsdogmatik hängt von der Fähigkeit der Methodik ab, außerrechtliche Problembeschreibungen normativ zu verarbeiten. Obwohl im Ausgangspunkt auf der Hand liegt, dass der Übergang von einem formellen, negativen Freiheitsverständnis zu einem positiven, realen Freiheitskonzept Beschreibungen dessen notwendig macht, was von dem Freiheitsrecht wovor geschützt werden soll, gehen methodische Zugriffe auf außerrechtliche Problembeschreibungen mit unterschiedlichem Reflexionsgrad inhaltlich weit auseinander. Rechtstheoretische Konzepte reichen bekanntlich von der Trennung zwischen Norm und Wirklichkeit⁴⁰ über die Ausrichtung an externen Werten und Maßstäben⁴¹ bis hin zur Verarbeitung der als Normbereich bezeichneten Sachbereiche als wesentlichem Teil von Normativität⁴² oder zur Maßgeblichkeit einer sozialen Praxis für

Art. 20 Abs. 1 GG erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, ein menschenwürdiges Existenzminimum tatsächlich zu sichern. Das Grundrecht ist dem Grunde nach unverfügbar und muss durch einen Leistungsanspruch eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen im Hinblick auf die konkreten Bedarfe der Betroffenen auszurichten hat.“; zu verfassungsunmittelbaren Leistungs- und Teilhaberechten in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe oben, Fn. 33.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 25.2.1975, 1 BvF 1/74 u. a., BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*, Rn. 151 ff., 153: „Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor diese Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren. An diesem Gebot haben sich die einzelnen Bereiche der Rechtsordnung, je nach ihrer besonderen Aufgabenstellung, auszurichten. Die Schutzverpflichtung des Staates muss um so ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist.“; *Pietzcker*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, S. 345 (356 ff.); näher oben, Fn. 31.

³⁹ Die Gegenpositionen zusammenfassend *Pietzcker*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, S. 345 (347 f.); zur Rechtsprechung oben, Fn. 32.

⁴⁰ Zu den Zielen der Reinen Rechtslehre *Kelsens Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, S. 81 (83 ff.); zur Rezeption von *Merkel* und *Kelsen* in der österreichischen Staatsrechtslehre *Wiederin*, Denken vom Recht her, S. 293 (300 ff.).

⁴¹ Überblick aus neuer Zeit etwa bei *Volkman*, Der Staat 54 (2015), 35 (39–58), grundlegend *Böckenförde*, NJW 1974, 1529 (1530–1536).

⁴² *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 168 ff., S. 184 ff.; *ders.*, Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 9 ff.; *ders.*, Normstruktur und Normativität, S. 147 ff., S. 168 ff.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, S. 235 ff.

den – dann auch von Nationalstaaten abstrahierenden – Verfassungsbegriff⁴³. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung legt mit der Wertordnung⁴⁴ und der nachfolgenden Ausdifferenzierung objektiv-rechtlicher Gehalte, im Grunde aber auch im Rahmen des abwehrrechtlichen Schutzes und auch bei den Gleichheitsrechten⁴⁵ situativ bestimmte Wirklichkeitsbeschreibungen zu Grunde.⁴⁶

Diese Unterschiede in den methodischen Zugriffen wirken sich auf die Dogmatik und insbesondere auf die Übertragbarkeit dogmatischer Figuren und Konzepte aus. Eine weitgehende Trennung von Recht und Wirklichkeit ermöglicht es, wissenschaftliche Dogmatik als einen Prozess der umfassenden De- und Rekontextualisierung rechtlicher Phänomene zu verstehen.⁴⁷ Ein wirk-

⁴³ *Teubner*, Verfassungsfragmente, S. 33 ff.; *ders.*, ZaöRV 63 (2003), 1 (5 ff.); *ders.*, JZ 2015, 506 (509); *ders.*, ZfRS 32 (2011), 189 (191 ff.), sowie bereits *ders.*, RJ 15 (1996), 255 (257 f.): pluralistische konzipierte Rechtsquellenlehre zur angemessenen Interpretation globalen Rechts; auf Grundrechtswirkungen bezogen *ders.*, Der Staat 45 (2006), 161 (164 ff.); *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152 (156 ff.); zu den Verständnissen eines globalen Konstitutionalismus differenzierend *Vielleichner*, ZaöRV 75 (2015), 233 (237 ff.).

⁴⁴ Zur Entstehung dieses Verständnisses aus einer rekontextualisierten Kombination divergierender Ansätze siehe die Rekonstruktion des Beschlusses zur Haushaltsbesteuerung bei Eheleuten, BVerfG, Beschl. v. 17.1.1957, 1 BvL 4/54, BVerfGE 6, 55 – *Steuersplitting, Haushaltsbesteuerung*, bei *Wrase*, Methode der Grundrechtsinterpretation, III. 5., und *ders.*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, S. 141 ff.

⁴⁵ Zur Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach Einführung der sog. Neuen Formel (vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010, 1 BvL 14/09, BVerfGE 127, 263 – *Haftungsprivilegierung*, Rn. 45) zusammenfassend *Britz*, NJW 2014, 346 (351): „Je stärker die Ungleichbehandlung Minderheiten in die Gefahr bringt, diskriminiert zu werden, je stärker Freiheitsrechte betroffen sind und je weniger die Betroffenen die Umstände beeinflussen können, an welche die Ungleichbehandlung anknüpft, desto gewichtiger muss der die Ungleichbehandlung tragende Grund sein. In der jüngeren Rechtsprechung wird zudem vermehrt die Schrittfolge der Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Gleichheitsprüfung übernommen, mit deren Hilfe sich der je-desto-Gedanke strukturiert abarbeiten lässt.“ (Herv. im Orig.)

⁴⁶ Zur Unverletzlichkeit der Wohnung etwa nur *Gornig*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 13 Rn. 13, 22 ff.; *von Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, S. 30; zum Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.6.2014, 1 BvR 2926/13, BVerfGE 136, 382 – *Großeltern als Vormund*, Rn. 22, sowie BVerfG, Beschl. v. 7.5.2013, 2 BvR 909/06 u. a., BVerfGE 133, 377 – *Lebenspartnerschaft Ehegattensplitting*, Rn. 82 f.; zur Versammlungsfreiheit vgl. nur BVerfG, Urt. v. 22.2.2011, 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 – *Fraport*, Rn. 63: Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe; BVerfG, Beschl. v. 24.10.2001, 1 BvR 1190/90 u. a., BVerfGE 104, 92 – *Blockadeaktion*, Rn. 40: Versammlungsfreiheit als „Ausdruck gemeinschaftlicher, auf Kommunikation angelegter Entfaltung“ mit Bedeutung für den Prozess öffentlicher Meinungsbildung in der freiheitlichen demokratischen Ordnung; zum offenen Kunstbegriff BVerfG, Beschl. v. 17.7.1984, 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213 – *Anachronistischer Zug*, Rn. 29 ff.: Lebensbereich „Kunst“ ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen; daran anknüpfend BVerfG, Beschl. v. 27.11.1990, 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, 130 – *Josefine Mutzenbacher*, Rn. 30.

⁴⁷ *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, S. 117 (125): „Unter analytischen Aspekten und zu vornehmlich heuristisch-darstellerischen Zwecken lassen sich drei Operationen identifizieren und isolieren, die bei den Transmutationsprozessen von Recht zu Wissenschaft und von Wissenschaft zu Recht in einem dichten Wechselbezüglichkeitsgeflecht stehen. Schlagwortartig sind dies der Reihe nach die abstrahierende Dekontextualisierung, die systematische Konsistenzialisierung

lichkeitsorientiertes methodisches Verständnis sensibilisiert hingegen für die Voraussetzungen und Grenzen einer solchen Rekontextualisierung. Damit einher gehen Unterschiede im Verständnis der Orientierungs- und Speicherfunktion von Dogmatik.⁴⁸ Während aus der einen Perspektive das dekontextualisierte Substrat gespeichert wird,⁴⁹ entstehen dogmatische Figuren aus der anderen Perspektive anhand von Referenzgebieten durch eine Kontrastierung und induktive, vergleichende Analyse gebietsspezifischer Regelungsmuster,⁵⁰ die die Strukturmerkmale des Gebiets jeweils mitverarbeiten. Die Orientierungs- und Speicherfunktion von Dogmatik umfasst den jeweiligen Kontext und die sich daraus ergebenden Regelungsbedarfe. Die Analyse anhand von Referenzgebieten dient aus dieser Perspektive auch dazu, die Notwendigkeit bereichsspezifischer Sonderlösungen und ihre Rückführbarkeit auf Besonderheiten in den Strukturen des jeweiligen Sachbereichs zu hinterfragen.⁵¹ Ist danach ein Konzept für eine bestimmte Situation und mit Blick auf ihre Umstände entwickelt worden, setzt der Transfer auf andere Situationen eine Entsprechung der für das Konzept maßgeblichen Merkmale voraus. Eine positive Rundfunkordnung etwa, die verfassungsrechtlich im Hinblick auf vor allem ökonomisch bedingte Konzentrationstendenzen und eine Meinungsbildungsrelevanz des linearen Rundfunks begründet worden ist, ist nicht ohne weiteres auf die Produktion, Verbreitung und Rezeption von Telemedien übertragbar.⁵²

3. Interaktionsbeziehungen als Charakteristikum des Sachbereichs

Durch ihre Ausrichtung auf Interaktionszusammenhänge typisiert die interaktionszentrierte Perspektive den methodischen Zugriff auf außerrechtliche Problembeschreibungen grundrechtsübergreifend. Sie unterstellt zunächst, dass Interaktionszusammenhänge in den jeweiligen Sachbereichen durch ihre dynamischen, wissensgenerierenden Effekte und die Einbindung der Grundrechtsträger eine von dem jeweiligen Kontext abhängige Relevanz für das grundrechtliche Schutzgut zukommt. Damit sensibilisiert die interaktionszentrierte Perspektive zugleich für die Kontextabhängigkeit der dogmatischen Konzeption eines Freiheitsrechts,⁵³ sowohl im Hinblick auf die Übertragbarkeit

sowie die deduktiv-applikative Konkretisierung⁴⁸; ebenso *ders.*, JZ 2014, 1 (6 f.); *ders.*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 77 (132 f.).

⁴⁸ Zum Begriff *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 4.

⁴⁹ *Jestaedt*, Wissenschaftliches Recht, S. 117 (125): von Ort, Zeit und Raum gereinigtes, haltbar und wiederverwertbar gemachtes Recht durch Dekontextualisierung; *ders.*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 77 (132).

⁵⁰ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 12; *ders.*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, S. 8 ff.

⁵¹ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 6 Rn. 32.

⁵² Siehe dazu unten, § 3 B.II.1.

⁵³ *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, S. 159 (172): „Diese der Genese der Verfassungs-

auf andere Kontexte als auch auf die Auswirkungen von strukturellen Änderungen des Kontexts, etwa durch die marktgetriebene Verbreitung neuer Technologien.⁵⁴

C. Interaktion als Strukturmerkmal personaler Entfaltung

Die zentrale Relevanz von Interaktionen für die unterschiedlichen Facetten personaler Entfaltung gründet sich auf die wissensgenerierenden Effekte von Interaktionszusammenhängen. Interaktionszusammenhänge tragen maßgeblich zur Entstehung individuellen Wissens, aber auch zur Verbreitung kollektiver Wissensgrundlagen bei.⁵⁵ Indem sie sowohl die situativen Handlungsoptionen als auch die individuelle Konstruktion von Identität prägen, bilden sie die Grundlage für eine selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung.

I. Interaktionsabhängigkeit der Entstehung von Wissen

1. Interaktionsbezug konstruktivistischer Wissensverständnisse

Der Zusammenhang von Daten, Beobachtungen, Informationen und Wissen ist im Anschluss an konstruktivistische Perspektiven⁵⁶ für rechtswissenschaftliche Erkenntnisinteressen eingehend beschrieben.⁵⁷ Wissen ist danach als eine Struk-

auslegung zugrunde liegende Verbindung von Sachverhaltskontext und Norminterpretation wird vom Bundesverfassungsgericht dagegen bewusst gekappt. Möglicherweise hochgradig kontextbezogene Aussagen werden tendenziell von den Fakten abstrahiert, aus dem politischen Zusammenhang herausgerissen, neutralisiert und rechtlich objektiviert. Man sieht dies rein praktisch an dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht in den Maßstäbeteilen zwar zahlreiche seiner früheren Entscheidungen zitiert, die in Bezug genommenen Entscheidungspassagen in der Regel aber wiederum aus den Maßstäbeteilen stammen. Dadurch gewinnt man den Eindruck eines zeitübergreifenden und sachverhaltsunabhängigen Verfassungsverständnisses. Man könnte auch von einer unhistorischen und unpolitischen, ahistorischen wie akontextuellen Verfassungsinterpretation sprechen.“; diese Kontextabhängigkeit ist nicht auf die Konzeption von Grundrechten beschränkt, etwa zum Verfassungsgrundsatz der Bundestreue, der in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Anlehnung an divergierende, zur Weimarer Reichsverfassung entwickelten Konzeptionen formuliert und in den Folgeentscheidungen der 50er und 60er Jahre kontextabhängig mit unterschiedlichen Konsequenzen herangezogen worden ist, *Oeter*, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, S. 213 ff.

⁵⁴ Zur Entwicklung des Rundfunkverfassungsrechts siehe unten, § 3 B.I.2.

⁵⁵ Grundlegend *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit; daran anknüpfend aus der Diskurs-Perspektive (Foucault) zu einer „diskursiven Konstruktion von Wirklichkeit“ *Keller*, Kommunikative Konstruktion und diskursive Konstruktion, S. 69 (84 ff.); zur Anschlussfähigkeit des Konzepts von *Berger/Luckmann* für kommunikationstheoretische Ansätze siehe die weiteren Beiträge in *Keller/Knoblach/Reichertz* (Hrsg.), Kommunikativer Konstruktivismus.

⁵⁶ Etwa *Willke*, Systemisches Wissensmanagement, S. 11 ff.; *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 448; *ders.*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 122 ff.

⁵⁷ Im Zusammenhang mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung *Albers*, Zur

tur zu verstehen,⁵⁸ die aus individuellen Beobachtungen und Interpretationen entstanden ist und ihrerseits die laufenden Beobachtungen und Interpretationen prägt. Indem dieses Verständnis die Entstehung von Informationen und Wissen vom individuellen Bewusstsein her beschreibt, bietet es für rechtswissenschaftliche und insbesondere für grundrechtsbezogene Fragestellungen eine produktive Grundlage.⁵⁹ Informationen entstehen danach durch die individuelle, von dem jeweiligen Horizont und der Perspektive abhängige Interpretation fixierter Daten oder sonstiger Beobachtungen.⁶⁰

Diese Differenzierung zwischen Daten, interpretierten Informationen und Wissen ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur vor allem herangezogen worden, um die Kontexte der jeweiligen Interpretation von Daten angemessen beschreiben und Regelungsstrukturen mit Informationsbezug differenziert analysieren zu können.⁶¹ Die Perspektive erschließt auf diese Weise eine kognitive Dimension des Rechts,⁶² eine Schicht der Rechtswissenschaft.⁶³ Darüber hinaus ist die Entstehung von Wissen aber auch untrennbar mit sozialer Interaktion verbunden.

Wissen ist der Erwartungshorizont, der die laufenden Beobachtungen prägt und dabei in dem jeweiligen Kontext aktualisiert, also durch die Interpretation der Beobachtung zur Situation in Beziehung gesetzt wird.⁶⁴ Wissen ist, jedenfalls in der konstruktivistischen Beschreibung, gewissermaßen schon von vorneherein

Neukonzeption des grundrechtlichen „Daten“schutzes, S. 113 (121 f.); *dies.*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 ff.; *dies.*, Die Komplexität verfassungsrechtlicher Vorgaben für das Wissen der Verwaltung, S. 50 (52 ff.); *dies.*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, § 22 Rn. 8 ff.; *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Kap. 2.5, Rn. 17 ff.; allgemein *Albers*, Rechtstheorie 33 (2002), 61 (67 ff.); *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (14 ff.); *ders.*, Governance des Wissens, S. 115 (117 f.); *Vesting*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, § 20 Rn. 11 ff.; *ders.*, Die Medien des Rechts: Sprache, S. 14; *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, S. 29 f.

⁵⁸ *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (15), im Anschluss an *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 122.

⁵⁹ *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 88.

⁶⁰ *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 18: Interpretation von Daten zu Informationen durch Einbindung in einen Kontext von beobachterabhängigen Relevanzen.

⁶¹ *Vesting*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, § 20 Rn. 36 ff., Rn. 47 ff., Rn. 49: Verwaltungsentscheidungen als Resultat verwaltungsinterner Informationsverarbeitungsprozesse; *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, S. 34 ff.: Informationsverwaltungsrecht als rechtliche Anleitung einer angemessenen Informationsverarbeitung der Administrative.

⁶² Vgl. die Beiträge in Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts.

⁶³ *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (12): Schicht der Verwaltungsrechtswissenschaft, die die kognitiven Voraussetzungen für die Organisations- und Entscheidungsprobleme erfasst.

⁶⁴ *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (15): Wissen als kognitive Erwartungshaltung, die einen der möglichen Kontexte und fortlaufenden Horizont für Interpretationsleistungen abgibt.

auf die Interaktion angelegt.⁶⁵ Es ist der Hintergrund, der Sinnzusammenhang für das Verständnis der Interaktion, der seinerseits von der Interaktion nicht unbeeinflusst bleibt.

Diese Beschreibung von Wissen erhellt zugleich, warum Wissen nicht verdinglicht gedacht werden darf und insbesondere nicht transferierbar ist, sondern jeweils nur individuell erworben werden kann.⁶⁶ Als Kondensat der Interpretation von Beobachtungen⁶⁷ setzt es jeweils individuelle Beobachtungen sowie Interpretationen voraus und bleibt dadurch subjektbezogen. Besonders deutlich wird diese Subjektbezogenheit bei implizitem Wissen, also Wissen, das von dem jeweiligen Wissensträger nicht explizit formuliert werden kann.⁶⁸ Es lässt sich von anderen nur durch ein Miterleben der jeweiligen Situation und Kontexte erwerben und dieser Erwerb setzt auch dann ein bestimmtes Vorwissen sowie eine Sensibilität voraus, die die entsprechenden Beobachtungen und Interpretationen ermöglichen.

Wissensbestände, die sich auf mehrere Personen oder zusammengefasste Einheiten beziehen, wie das Wissen einer bestimmten Organisation oder allgemein verfügbares Wissen, meinen vor diesem Hintergrund, dass Personen des betreffenden Kreises Informationen ähnlich interpretiert haben oder die zu Grunde liegenden Daten zumindest beobachten können und darum ähnlich interpretieren würden. Die Organisation der Datengrundlagen und vor allem der Interpretationskontexte bietet eine Möglichkeit, bestimmtes Wissen unabhängig von einzelnen Wissensträgern im Bestand zu sichern und verfügbar zu machen.

2. Sprache und Textverständnis

Dem Interaktionsbezug des Wissens entsprechend, stellt auch Sprache eine bestimmte Form von Wissen dar. Sie wird über Beobachtung und Interaktion durch die Interpretation von Zeichenfolgen und Lauten erworben und bildet den Hintergrund für die Deutung laufender Kommunikation.⁶⁹ Als gemeinsamer Hintergrund der Kommunikationspartner bildet sie bei allem Raum für Mehrdeutigkeit die Grundlage für das gemeinsame Verständnis einer bestimmten Interaktion. Die Verschriftlichung von Informationen schützt zum einen vor

⁶⁵ Zur ordnungsbildenden Wirkung des wissenschaftlichen Wissens einer Disziplin auf die Koordination der Forschenden *Gläser*, Wissenschaftliche Produktionsgemeinschaften, S. 69f.; näher unten, Kapitel § 4 A.I. und II.

⁶⁶ *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (16); *ders.*, Governance des Wissens, S. 115 (118); *ders.*, Wissensgesellschaft – Demokratie – Legitimation, S. 43 (45); *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, S. 32.

⁶⁷ *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (15).

⁶⁸ *Polanyi*, Implizites Wissen, S. 13 ff.; disziplinübergreifend *Scherzberg*, Zum Umgang mit implizitem Wissen, S. 240 ff.; zu den Einschränkungen bei der Weitergabe *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, S. 11 (19); *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht, S. 28 f.

⁶⁹ *Trute*, Governance des Wissens, S. 115 (118); *ders.*, Wissensgesellschaft – Demokratie – Legitimation, S. 43 (45): Wissen als Hintergrundvoraussetzung und mitlaufende Struktur.

dem individuellen Vergessen, ermöglicht zum anderen aber auch eine Interpretation der Daten durch andere ohne persönlichen Kontakt. Schrift oder allgemein die Vertextung von Informationen erhöht die Reichweite der kommunikativen Interaktion. Zugleich zieht die Vertextung von Informationen und zu Daten in Textform die Notwendigkeit der Interpretation durch die Wahrnehmenden nach sich. Mit dieser Interpretation halten automatisch die individuellen Aspekte, der jeweilige Kontext, das (Vor-)Wissen, die Perspektive Einzug in die Entstehung der Information bei den Rezipientinnen und Rezipienten. Das gilt selbstverständlich auch für die Interpretation von Normtexten.⁷⁰ Abgesehen davon, dass dem Wortlaut eines Normtexts keine intrinsische, objektive oder vom Gesetzgeber fixierte Bedeutung zukommen kann, die sich bei der Rechtsanwendung ermitteln ließe,⁷¹ also eine bereits getroffene Regelungsentscheidung lediglich nachvollziehen würde, werden auch übergreifende dogmatische oder rechtstheoretische Konzepte über vielschichtige Kommunikationszusammen-

⁷⁰ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 77 ff.; Ladeur/Augsberg, Rechtstheorie 36 (2005), 143 (144 ff.); I. Augsberg, Rechtstheorie 40 (2009), 71 (75); Busse, Ist die Anwendung von Rechtstexten ein Fall von Kommunikation?, S. 23 (39 f.); Vogel, Zwischen Willkür, Konvention und Automaten, S. 3 (7): „Normtext und Normkonzept stehen zueinander im gleichen Verhältnis wie andere Ausdrücke zu Bedeutungen, nämlich in einem konventionellen. Juristen müssen sich über die Bedeutung eines Normtexts einigen.“; weitergehend zur Rechtstheorie als Medientheorie Vesting, Die Medien des Rechts. Sprache, S. 9 ff., S. 27 ff.; zu gerichtlichen Verfahren Viesmann, Medien der Rechtsprechung, S. 97 ff.

⁷¹ Eingehend zu unterschiedlichen Ansätzen auch sprachtheoretisch beeinflusster juristischer Methodik Busse, Juristische Semantik, S. 54 ff., S. 101 ff., S. 140 ff., S. 189 ff. sowie zusammenfassend S. 225 f.: „Das Erstaunliche dabei ist, dass gegenüber dem fast all diese Ansätze einigenden Gedanken, dass nach dem Fragwürdig-Werden der klassischen juristischen Auslegungs-Kanones nunmehr die Sprache (bzw. die Zeichenbedeutung) jene Instanz ist, die allein noch objektive Gesetzesauslegung verbürgen kann, die erbitterten Kontroversen um ‚subjektive‘ oder ‚objektive‘ Textauslegung reine Oberflächenphänomene (fast wäre man geneigt zu sagen: Fassaden) bleiben. Denn beide Spielarten juristischer Methodenlehren sind sich letztlich darin einig, dass es die Möglichkeit einer ‚objektiven‘ Textauslegung gibt, die so etwas wie eine ‚wirkliche‘ Bedeutung (im Sinne der einen, feststehenden, identischen, abgeschlossenen und unveränderlichen Bedeutung) erschließen helfen kann. Nicht der Bezugspunkt dieser Ansätze, entweder ‚den Text‘ bzw. ‚die Wortbedeutung‘, oder ‚die Autorintentionen‘ bzw. ‚das vom Sprecher Gemeinte‘ bzw. ‚das vom Gesetzgeber Kommunizierte‘ zum Objekt der Auslegungsbemühungen zu machen, ist – wenigstens vom sprachwissenschaftlichen Standpunkt aus gesehen – das entscheidende Moment, sondern der beide vereinigende Objektivismus; der fest verwurzelte Glaube, es gebe tatsächlich die Möglichkeit einer empirisch gesicherten, objektiven, exakten, historisch wahren, kurzum ‚richtigen‘ Feststellung von Textbedeutungen. Dieses Vertrauen in die Verlässlichkeit unserer Sprache und in die Objektivierbarkeit von Interpretationsergebnissen (bzw. ‚Bedeutungsfeststellungen‘) hat für einen Linguisten etwas Rührendes.“; daneben aus unterschiedlicher Perspektive Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, S. 39 f., und Christensen/Lerch, Performanz, S. 55 (59 ff.): Unifizierungswunsch der Juristen; anders aus jüngerer Zeit Klatt, Die Wortlautgrenze, S. 343 (349): semantische Normativität als Basis für eine analytische Rekonstruktion semantischer Grenzen; dagegen aus transkriptionstheoretischer Perspektive Jäger, Textsinn und Verfahrenssinn, S. 21 (32 ff.): Verfahren der Rechtsanwendung als Prozess der Rekonzeptualisierung des Rechts unter den jeweiligen Aktualbedingungen seiner Anwendung (S. 33).

hänge verbreitet und wirksam.⁷² Eine Vielzahl teils dezentraler, teils zentralisierter, aufeinander bezogener Entscheidungen des Gesetzgebers, der Gerichte unterschiedlicher Instanzen, der anderen Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern sowie der Forschenden entscheidet über die Anschlussfähigkeit und Reichweite bestimmter dogmatischer oder theoretischer Angebote.⁷³ Normative Regeln wie das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbindung oder die institutionelle Ausgestaltung gerichtlicher Verfahren einschließlich des Instanzenzugs strukturieren diesen Kommunikationszusammenhang und sichern seine Funktionsfähigkeit ab, geben aber die inhaltliche Entwicklung nicht vor. Solche außerrechtlichen Beobachtungen der Funktionsweise des Rechtssystems können sich auf die normativen Kriterien der Rechtsanwendung nicht unmittelbar auswirken. Sie berühren allerdings die Überzeugungskraft rechtstheoretischer Positionen, die außerrechtliche Wissensbestände ausblenden und von einer rein normativen Anleitung rechtswissenschaftlicher Methoden ausgehen.⁷⁴ Ein überhöhter Selbststand des Rechts, der rechtswissenschaftliche Konzepte unabhängig von außerrechtlichen Beschreibungen begründen will, büßt dadurch an Potential zur problemadäquaten Gestaltung ein.

3. Interaktion als Grundlage der Wissensentstehung

a) Ausdifferenzierung und Dezentralität von Wissen

Aufgrund der Subjektbezogenheit ist schon das Wissen von zwei Personen nicht identisch. Nicht nur, dass ihre jeweilige Wissensstruktur nicht identisch ist; auch die Interpretation eines bestimmten Datums zu einer Information variiert regelmäßig wegen der Unterschiede im Wissen als dem Interpretationshintergrund, in den Erwartungshorizonten und den sonstigen Elementen des Interpretationskontexts wie insbesondere dem Standpunkt und der Perspektive, die schon die Beobachtung des Datums prägen.

Interaktionen können gemeinsame Perspektiven auf bestimmte Gegenstände und insoweit einen übergreifenden, gemeinsamen Wissensbestand herstellen, sie

⁷² Zum Verfassungsrecht *Volkman*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, S. 132 ff., S. 167 ff., S. 302 ff.; zur Verfassungstheorie *ders.*, *Der Staat* 54 (2015), 35 (62): „Das heute maßgebliche Gesamtverständnis der Verfassung hingegen setzt sich zusammen aus einer unübersehbaren Vielzahl solcher Interpretationsvorgänge, die einander nun wechselseitig ergänzen und stützen, es geht zurück auf ältere, ganz grundlegende Weichenstellungen, die ihrerseits eine eigene Pfadabhängigkeit begründet haben, es ist insgesamt als eine bestimmte Form des Rechtsdenkens tief in die Rechtspraxis eingelassen und hat so bereits mehrerer Richter- und Wissenschaftlergenerationen überdauern können.“; *Wrase*, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*, S. 243.

⁷³ Entsprechend folglich zur Ausdifferenzierung verschiedener, bereichsspezifischer Ausprägungen juristischer Fachsprache *Luttermann*, *Linguistisch-pragmatische Zugänge zur Rechtssemantik: Was gesagt, was gemeint und was verstanden wird*, S. 275 (277 f.).

⁷⁴ Vgl. oben, Fn. 47, und die Analyse etwa der Entstehung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Werteordnung, Fn. 44, oder des Grundsatzes der Bundestreue, Fn. 53.

gehen aber zugleich in den zukünftigen Erwartungshorizont ein und beeinflussen dadurch den Hintergrund zukünftiger Beobachtungen und Interaktionen. Interaktionszusammenhänge differenzieren dadurch gesellschaftliche Teilbereiche mit unterschiedlichen Eigenschaften ihrer Kommunikationszusammenhänge aus.

Die Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Teilbereiche, die Spezialisierung innerhalb der Teilbereiche und der Zuwachs an insgesamt generiertem Wissen wirken sich zugleich auf die Verteilung des Wissens aus.⁷⁵ Der Anteil an allgemein geteiltem Erfahrungswissen, dessen Verfügbarkeit für jedermann unterstellt werden kann, wird kleiner.⁷⁶ Umgekehrt kann eine einzelne Person schon wegen der Standpunkt- und Horizontabhängigkeit der Interpretation und damit mittelbar des Wissens ganz abgesehen von Kapazitätsgrenzen kein umfassendes Wissen erwerben.⁷⁷ Wissen ist heterarchisch und dezentral organisiert mit der Folge, dass keine Stelle ein überlegenes oder gar ideales Wissen geltend machen könnte.⁷⁸ Diese auf Interaktion zurückgehende Dezentralität der Wissensentstehung und -verteilung bildet eine zentrale Annahme sowohl der wissenschaftstheoretischen Forderung nach Wissenschaftspluralismus⁷⁹ als auch der dynamischen Wettbewerbstheorien.⁸⁰

b) Wissenserwerb durch Interaktion

Interaktionen relativieren diese Subjektbezogenheit und die mit ihr verbundenen Grenzen des Wissenserwerbs. Das gilt zunächst für die Perspektivabhängigkeit von Beobachtungen und den daraus resultierenden blinden Flecken.⁸¹ Die Interaktion mit dem Beobachter von einem alternativen Standpunkt ermöglicht zwar nicht unmittelbar dessen Beobachtung und Interpretation, sensibilisiert aber für

⁷⁵ Weingart, Eine neue Rolle des Wissens, S. 35 (38 f.).

⁷⁶ I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, S. 8: „Die moderne Gesellschaft ist gekennzeichnet dadurch, dass ihr ein quasi-ontologischer Rahmen, ein die soziale Ordnung garantierender gemeinsamer Bezugspunkt, fehlt. Was ihr damit an vorgegebenen Strukturen abgeht, muss sich über Entscheidungsvorgänge selbst produzieren. Diese Entscheidungen sind, weil sie ihrerseits auf keinen festen Grundlagen beruhen, stets kontingent. Sie werden deshalb – zu Recht – als riskant wahrgenommen“.

⁷⁷ Zum Fehlen einer zentralen Beobachterposition als Charakteristikum der gegenwärtigen Wissens-, Informations- und Risikogesellschaft vgl. nur I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, S. 8 f., m. w. N.

⁷⁸ Ladeur, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, S. 119 ff.; ders., Der Staat gegen die Gesellschaft, S. 3 f.; I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, S. 8; von Hayek, Die Anmaßung von Wissen.

⁷⁹ Häberle, AÖR 110 (1985), 329 (356 f.); Trute, Die Forschung zwischen grundrechtliche Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 295 f., siehe unten, Kapitel § 4 A.II.

⁸⁰ Näher unten, § 5 A.II.

⁸¹ Dazu und zu den Beobachtungen zweiter Ordnung Lubmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 68 ff., S. 85 ff.; ders., Das Recht der Gesellschaft, S. 176; aus rechtstheoretischer Perspektive I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, S. 8; Vesting, Rechtstheorie, Rn. 11 f.; zu Konsequenzen für die Staatsrechtslehre zwischen Selbst- und Fremdbeschreibung Trute, Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft, S. 115 (118 ff.).

die eigenen Grenzen der Wahrnehmung und Interpretation. Externe Impulse irritieren und regen zur Erweiterung des individuellen Horizonts an. Das Potential der einzelnen Grundrechtsträger, die blinden Flecken des eigenen Standpunkts und die Schwächen in dem eigenen Verständnishorizont zu relativieren, hängt von den sozialen Kontakten zu Grundrechtsträgern mit alternativen Perspektiven und Horizonten ab. Kommunikation bildet das Angebot, sich auf der Grundlage der individuellen Wahrnehmung und Interpretation mit alternativen Zugriffen auseinanderzusetzen und dadurch die inhärenten Beschränkungen der eigenen Perspektive zu relativieren.⁸² Institutionalisierte Kommunikationszusammenhänge stellen gemeinsame (Problem-)Perspektiven und in der Folge tendenziell parallele Wahrnehmungen und Interpretationen her. Sozialisation ist eine Form einer solchen persönlichen, interaktionsbasierten Kopplung an ein bestimmtes Umfeld, dessen Wahrnehmung und Sichtweise.

Interaktionen tragen wesentlich zur Distribution von Wissen bei, indem sie Beobachtungen teilen und weitergeben. Institutionen, die wie Märkte auf laufende gegenseitigen Beobachtung und Verhandlung angelegt sind,⁸³ verbreiten auf diese Weise mit den jeweiligen Interaktionen zusammenhängendes Wissen, etwa über Nachfragepräferenzen, Produktionstechnologien, Nebenwirkungen oder sonstige Merkmale.⁸⁴

In der Forschung gewährleistet die kommunikative Interaktion neben der Wissensdistribution ein qualitatives Element. Die Kommunikation von Forschungsergebnissen versetzt Forschende nicht nur in die Lage, an den jeweiligen Stand der Wissenschaft anzuknüpfen und darüber hinausgehende Zusammenhänge herstellen zu können. Sie bietet auch einen Umgang mit unterschiedlichen Methoden und Herangehensweisen angesichts der Unmöglichkeit allgemeingültiger methodischer Kriterien. An die Stelle solcher inhaltlicher Kriterien treten

⁸² Wissenschaftliche Wissensproduktion lässt sich deshalb als Prozess der verschleiften Kommunikation individueller Perspektiven und Wissensbestände verstehen, der durch die Kommunikation die Abhängigkeit von dem jeweiligen Horizont relativiert, *Trute*, Einleitende Bemerkungen, S. 11 (31): „Allerdings darf man sich den Prozess der Generierung von Wissen nicht zu einfach und vor allem nicht zu individualistisch vorstellen. Zwar mag man den Individuen eine schon normativ ausgebaute wichtige Rolle zuweisen, indes ist der Prozess der Wissensgenerierung erheblich komplexer. Man kann dies an der Generierung von wissenschaftlichem Wissen nachvollziehen. Diese erfolgt in überlappenden Netzwerken von wissenschaftlichen Gemeinschaften, in denen bestimmte Wissensbestände, Methoden, Fragestellungen, spezifiziertes Nichtwissen, für Anschlussfragen fruchtbar gemacht werden, deren Ergebnisse wiederum in Kommunikationen zunächst mit allgemeinen Beständen verglichen, geprüft, verworfen und modifiziert werden und so an den Korpus der bisherigen Texte angepasst und in diesen eingepasst werden. So wird ein permanenter Prozess von Revision und Konformation, von Veränderung und Anpassung in Gang gehalten“, im Anschluss an *Gläser*, Wissenschaftliche Produktionsgemeinschaften, S. 67 ff.; zur Wissenschaft als Handlungs- und Kommunikationszusammenhang *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 64 ff.; siehe unten, § 4 A.

⁸³ Zu Märkten siehe unten, § 5 A.I.

⁸⁴ Zu Märkten siehe unten, § 5 A.II.7.

in einen Interaktionszusammenhang eingebundene Selektionen.⁸⁵ Ähnlich wie bei der Wissensdistribution in Märkten geht von der Summe der verbundenen Selektionsentscheidungen ein emergenter, das Wissen qualifizierender Effekt aus. Wissenschaftliche Reputation, die die Aufmerksamkeit innerhalb der Kommunikationsprozesse idealerweise nach fachlich-inhaltlichen Kriterien⁸⁶ gewichten, stützt diesen emergenten Effekt ab. Disziplinen differenzieren sich ebenfalls mit ihren spezifischen Erkenntnisinteressen, methodischen Standards und Kommunikationsformen durch Selektivität in den Kommunikationsbeziehungen aus und erhöhen gerade dadurch innerhalb der einzelnen Disziplin die Wahrscheinlichkeit der Anschlussfähigkeit und produktiven Interpretation neuer Beiträge.⁸⁷ Interaktionen sind dadurch sowohl für die Bildung von Disziplinen als auch die Wissenschaftlichkeit von Wissen konstitutiv.

II. Persönlichkeitsentfaltung durch Interaktion

Durch diese wissensgenerierende Wirkung beeinflussen Interaktionen schließlich die Ausbildung und Entfaltung individueller Persönlichkeit.

1. Interaktionen als Basis der individuellen Handlungsoptionen

Die wissensgenerierende Wirkung von Interaktionen betrifft zunächst die Effekte des individuellen, handlungsrelevanten Wissens. Indem Interaktionen zur Erweiterung individueller Horizonte beitragen, erschließen sie dem Einzelnen situativ zusätzliche Handlungsoptionen und verbessern vor allem das individuelle Verständnis für Zusammenhänge und Hintergründe einer bestimmten Situation. Beinhaltet eine bestimmte Entscheidung über eine selbstbestimmte Handlung Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung, erhöht ein differenziertes Verständnis der jeweiligen Situation bis zu einem gewissen Grad das Potential selbstbestimmter Persönlichkeitsentfaltung. Selbstbestimmtes Handeln setzt ein Mindestmaß an Wissen voraus und die Einschätzung der individuellen Informationsgrundlage wie auch Aktivitäten zu ihrer Verbreiterung sind Teil selbstbestimmten Handelns.

Über die Erweiterung des individuellen Verständnishorizonts hinaus beeinflusst die durch Interaktionen hervorgebrachte Dynamisierung, also die beständige Entstehung und Ausdifferenzierung neuen Wissens, die Rahmenbedingungen individueller Persönlichkeitsentfaltung. Die Dynamisierung des

⁸⁵ Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 115 ff.: Verweis auf institutionalisierten Kommunikationszusammenhang.

⁸⁶ Zur Funktion der Reputation und Störungen in den Reputationsbeziehungen Weingart, Reputation in der Wissenschaft, S. 151 (154 ff.).

⁸⁷ Zum kognitive und soziale Aspekte umfassenden Disziplinbegriff eingehend Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 89 f. m. w. N.

Wissens bringt auf der einen Seite laufend neue Handlungsoptionen hervor. Einzelne Grundrechtsträger können über eine Vielzahl an insbesondere digitalen Informationsangeboten an öffentlicher Kommunikation aktiv wie passiv teilnehmen, neben einem klassischen Berufsbild in der Erprobung befindliche Geschäftsmodelle zur Grundlage beruflicher Tätigkeiten machen⁸⁸ und die eigenen materiellen Ressourcen in neuartiger Weise, etwa zur Investition in innovative Finanzprodukte, einsetzen.⁸⁹ Soziale Interaktionen generieren neue Anschlussmöglichkeiten. In der Abstützung dieser neues Wissen generierenden Interaktionszusammenhänge liegt eine wesentliche Funktion rechtlicher Institutionen.⁹⁰ Neue Anschlussmöglichkeiten erhöhen das Potential für selbstbestimmte Entscheidungen und der Persönlichkeitsentfaltung.⁹¹

Die interaktionsbasierte Dynamisierung zieht allerdings als automatische Kehrseite auch Anschlusszwänge nach sich. Besonders deutlich treten diese Anschlusszwänge in Marktprozessen⁹² und in der wissenschaftlichen Forschung hervor. In beiden Bereichen beruht die subjektübergreifende Wissensdistribution auf der Vielzahl aneinander gekoppelter Entscheidungen.⁹³ Zeichnet sich auf Märkten unter den Auswahlentscheidungen ein nachhaltiger Vorzug bestimmter vorgelagerter Entscheidungen, etwa einer bestimmten Produktionstechnologie, der Unternehmensreputation, des Produktdesigns oder sonstiger Merkmale des Angebots ab, entsteht für Wettbewerber durch die absehbar folgenden Auswahlentscheidungen mittelbar ein Anpassungsdruck.⁹⁴ Das

⁸⁸ Zur Ausdifferenzierung beruflicher Tätigkeiten und den Folgen für den Schutzbereich der Berufsfreiheit siehe unten, § 5 B.I.1. und 3.

⁸⁹ Zur Ausdifferenzierung eigentumsrechtlich geschützter Positionen siehe unten, § 5 B.II. und D.I.2.

⁹⁰ *Ladewig*, Postmoderne Rechtstheorie, S. 80 ff., S. 176 ff.; *Vesting*, Der Sozialstaat als Subjektivierungspraxis, S. 108 (112 f.): „Vor diesem subjekttheoretischen Hintergrund kann Freiheit als Freiheit inmitten von Institutionen beschrieben werden. Freiheit im modernen Sinn meint also keine historisch dekontextualisierte Subjektivität, weder die rechtspositivistisch verdünnte abstrakte ‚Willensfreiheit‘ (in der der Wille tun und lassen kann, was er will, solange er nur wollen will) noch die postmoderne grenzenlose Verwirklichung privater Phantasmen. Freiheit meint vielmehr ein Abweichungs- und Überschusspotential, das nicht unabhängig von Institutionen gedacht, aber auch nie vollständig in Institutionen stillgelegt werden kann. Freiheit existiert, als eine Art ‚Unruheherd‘ [*Waldenfels*], als beständige Möglichkeit, Positionen innerhalb existierender sozialer Beziehungs- und Kommunikationsnetzwerke zu verlassen, um Spielräume auszunutzen, Risiken einzugehen und Neues auszuprobieren. (...) Verfassungsrechtlich wird dieses Freiheitsverständnis nicht zuletzt durch den Grundsatz der Trennung von Staat und Gesellschaft garantiert. Dieser Grundsatz weist darauf hin, dass die Freiheit als Abweichungs- und Überschusspotential, als produktiver Unruheherd, in den zwischen den Individuen geknüpften horizontalen Beziehungs- und Kommunikationsnetzwerken (Markt, Öffentlichkeit, Arbeitswelt etc.) erhalten und geschützt werden muss.“ (Nachweise weggelassen).

⁹¹ Zur Berufsfreiheit siehe unten, § 5 B.I.1.

⁹² *Vanberg*, Das Paradoxon der Marktwirtschaft: Die Verfassung des Marktes und das Problem der „sozialen Sicherheit“, S. 155 (157 ff.), näher unten § 5 B.I.3.

⁹³ Siehe unten, § 5 A.I. und D.II.5.b).

⁹⁴ Siehe unten, § 5 A.II.7.

Schlagwort der Wettbewerbsfähigkeit drückt die Kapazität im Umgang mit Auswahlentscheidungen aus. In ähnlicher Weise werden Forschungsbeiträge, die aus Sicht der anderen Forschenden für deren Forschung nicht anschlussfähig und attraktiv sind, nicht aufgegriffen. Geht dieser Mangel an Attraktivität auf bestimmte strukturelle Nachteile gegenüber den Forschungsaktivitäten anderer zurück, sind Forschende, die den Anschluss an die *scientific community* halten wollen, zur Anpassung oder anderweitigen Kompensation des Nachteils gezwungen.⁹⁵ Systematische Selektion in Interaktionen strukturiert Beiträge und Aktivitäten über Anschlusszwänge. Diese selektionsbedingten Anschlusszwänge beschränken sich nicht auf Marktprozesse, sondern die Merkmale eines neuen Angebots, die zu seiner Verbreitung geführt haben, erzeugen regelmäßig unter den Nutzenden eine entsprechende Erwartungshaltung. Der Vorteil etwa von E-Mails gegenüber Briefpost liegt neben den geringeren Kosten in der schnelleren Übermittlung. Mit diesem Vorteil geht mittelfristig die Erwartung einer zeitnahen Antwort, etwa innerhalb von Tagen, einher. Kurznachrichten sind durch die praktisch ständige Verfügbarkeit von Mobiltelefonen auf noch kürzere Antwortzeiten, etwa innerhalb von Stunden oder Minuten, angelegt. Wer E-Mails oder Kurznachrichtendienste nutzt, profitiert von der Geschwindigkeit, aber setzt sich auch dem Anschlusszwang kürzerer Antwortzeiten aus, wenn die durch das neue Medium typisierte Erwartungshaltung des Kommunikationspartners nicht enttäuscht und die sonst absehbaren Folgen für die anschließende Kommunikation riskiert werden sollen. Auf die neuen Angebote, etwa die Nutzung von E-Mails, zu verzichten, um diesen Anschlusszwängen zu entgehen, ist schließlich ab einem gewissen Grad gesellschaftlicher Verbreitung keine realistische Option.⁹⁶ Der Einfluss sozialer Interaktion auf die Rahmenbedingungen individueller Persönlichkeitsentfaltung geht bis zur Verbreitung sozialer Praktiken.⁹⁷

Die Dynamisierung erhöht schließlich den Bedarf an individuellem Wissen für selbstbestimmte Entscheidungen. Spezialisierung und Ausdifferenzierung erschweren es dem Einzelnen, das Potential für neue Anschlussmöglichkeiten und -anschlusszwänge in bestimmten Bereichen sowie deren Relevanz für individuelle selbstbestimmte Lebensweisen einzuschätzen. Indem die Ausdifferenzierung einzelne Entwicklungspfade durch eine Vielzahl von Interaktionen vertieft, sind der einzelne Entwicklungspfad und die daran hängenden Entwicklungen Ausdruck einer Grundperspektive, die Einzelne über Interaktionen komplexitätsreduzierend und teilweise unbemerkt aufnehmen. Ein über Interaktion

⁹⁵ Siehe unten, § 4 C.I.1.

⁹⁶ Zu den ökonomischen, kulturellen und sozialstrukturellen Ursachen sozialer Beschleunigung *Rosa*, Beschleunigung, S. 256 ff.

⁹⁷ Zur Änderung der Rezeptionsbedingungen audiovisueller Medien durch neuartige Geschäftsmodelle siehe unten, § 3 B.III.4.; zur Generierung großer Mengen digitaler, personenbezogener Daten durch marktübergreifende Geschäftsmodelle im Internet siehe unten, § 2 B.IV.

vermitteltes Orientierungswissen und ein gewisser Grad an Reflexion befähigen den Einzelnen zum selbstbestimmten Umgang mit der Komplexität von Angeboten und deren Voraussetzungen.

2. Persönlichkeitsbildung in Interaktionen

Soziale Interaktion prägt schließlich nicht nur die Umstände, unter denen der Einzelne selbstbestimmte, der eigenen Persönlichkeit entsprechende Entscheidungen trifft, sondern beeinflusst auch die Bildung der Persönlichkeit maßgeblich.⁹⁸ Diese Relevanz sozialer Interaktion für die Persönlichkeitsentfaltung ist rechtstheoretisch schon in den 70er Jahren formuliert,⁹⁹ allerdings nicht systematisch im Hinblick auf die Bedingungen der Wissensgenerierung entfaltet worden. Interaktionspartner bleiben in dieser Konzeption ein für die individuelle Persönlichkeitsentfaltung erforderliches Medium, ohne dass die wissensgenerierende Wirkung der Interaktionszusammenhänge dabei konsequent in Rechnung gestellt wird.¹⁰⁰ Die zu dem damaligen Zeitpunkt vorhandenen systemtheoretischen Beschreibungen von Interaktionszusammenhängen und ihre funktionalen Ableitungen für die Grundrechtstheorie¹⁰¹ greift die Konzeption *Subrs* zwar auf,¹⁰² schließt daraus aber nicht auf die Bedeutung

⁹⁸ *Prinz*, Selbst im Spiegel. Die soziale Konstruktion von Subjektivität, S. 113: „Wir brauchen Spiegel, um unser Handeln besser zu erkennen, zu verstehen und zu beurteilen. Das bedeutet nicht, dass wir ohne Spiegel nicht sinnvoll handeln könnten. Wir könnten als geschlossene Geister handeln, ohne durch irgendein Wissen, ein Verständnis oder eine Beurteilung darüber aufgeklärt zu werden, was unser Handeln für andere bedeutet. Spiegel – insbesondere soziale Spiegel – helfen uns dabei, unseren Geist zu öffnen. Durch die Spiegel der anderen gelangen wir dazu, uns selbst wie die anderen als Handelnde zu sehen und zu verstehen. In knappen Worten leisten Spiegel also Folgendes: dass das Selbst durch die anderen entstehen kann. Wie immer gibt es gute und schlechte Nachrichten. Die gute Nachricht ist, dass ein geistiges Selbst entsteht. Die schlechte Nachricht ist, dass es durch Interaktionen mit anderen entsteht, anstatt seinen Ursprung im jeweils einzelnen Geist zu haben“.

⁹⁹ Insbesondere *Subr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen.

¹⁰⁰ *Subr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, S. 85: „Für diesen dynamischen, expansiven Entfaltungsprozess sind die anderen Menschen jedenfalls das Mittel und die Voraussetzung. Denkt man sich die anderen Menschen weg, muss man auch gleich diese Art der Entfaltung wegdenken. Insoweit ist die Freiheit zur Entfaltung der Persönlichkeit eine Freiheit zur Entfaltung des einen durch den anderen.“; S. 113 f.: „Auch wenn ich jemanden umbringe, ist er mein ‚Medium‘, durch das ich zum Totschläger oder Mörder werde. Zum Mörder kann ich nur werden und als solcher erscheinen, wenn ein Opfer da ist, durch das es geschieht. Mit dem ‚Durch-den-anderen‘, das die Entfaltung weitgehend charakterisiert, ist also zunächst etwas ganz Unnormatives gemeint: anthropologische *Empirie* und *Faktizität*. (...) Die Menschen sind füreinander das Mittel zum Menschen: *Homo homini ad hominem medium*.“ (Herv. im Orig.); S. 131 f.: „Der Mensch ist ein Wesen mit Fenstern, das im Wesentlichen daraus besteht, dass es ‚fensterlt‘ und dass bei ihm ‚gefensterlt‘ wird. Menschsein ist im Wesentlichen diese Durchdringung des Menschen durch den Menschen“.

¹⁰¹ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, S. 23 f., S. 186 ff.

¹⁰² Etwa *Subr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, S. 86, Fn. 25, und S. 118, Fn. 23.

der strukturellen, dynamischen und wissensgenerierenden Effekte von Interaktionszusammenhängen für die Persönlichkeitsentfaltung, sondern bleibt bei der Beobachtung der Notwendigkeit des Kontakts zu anderen Menschen als „Medien“ stehen.¹⁰³

Diese Interaktionszusammenhänge stellen nicht nur die kognitive Grundlage selbstbestimmter Entscheidungen, sondern wirken unmittelbar auf die Persönlichkeitsbildung ein.¹⁰⁴ Aus kognitionswissenschaftlicher Perspektive wird die Entstehung von Subjektivität teilweise naturalistisch geschlossen oder konstruktivistisch Subjektivität offen verstanden,¹⁰⁵ geht in der konkreten Ausgestaltung des individuellen Geistes und der zu Grunde liegenden individuellen Konstruktion von Wirklichkeit aber jedenfalls auf Interaktion zurück.¹⁰⁶ Weitergehend

¹⁰³ Vgl. *Subr*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, S. 88: „So empirisch notwendig wir für einen Handwerker sein Werkzeug, so empirisch notwendig sind für den Menschen, der sich entfalten will, die anderen Menschen. Das gilt für den Beobachter, der den Befund feststellt, wie für den Menschen selbst, der sich entfalten will und sich Gedanken macht über Mittel und Wege, über Strategien und operationale Techniken. In jedem Fall taucht alsbald der andere als Durchgangs- oder Umkehrstation der eigenen Entfaltung auf“.

¹⁰⁴ Wissenstheoretisch schon formuliert bei *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, S. 32: „Es spricht sogar Einiges dafür, dass der Andere als Vis-à-vis für mich wirklicher ist, als ich es mir selbst bin. Natürlich kenne ich mich, ‚weiß‘ ich mich selbst, besser als ich ihn je kennen kann. Meine Vergangenheit steht so vollständig vor meiner Erinnerung, wie ich die seine nie rekonstruieren könnte, auch wenn er mir noch so viel erzählte. Aber mein Besserwissen von mir selbst erfordert eine Rückbeziehung. Es ist mir nicht unmittelbar präsent. Der Andere *ist* jedoch präsent als Vis-à-vis. ‚Was er ist‘, das nehme ich kontinuierlich wahr. Diese meine Wahrnehmung ist währende Gegenwart, präreflexiv. Dagegen liegt ‚was ich bin‘ *nicht* in dem Maße ‚auf der Hand‘. Will ich mich erfassen, so muss ich einhalten, der fließenden Spontaneität meiner Wahrnehmung Stillstand gebieten und mein Augenmerk absichtlich rückwärts, nämlich zu mir hin richten. Der typische Anlass für diese Kehrtwendung zu mir, die ‚Reflexion‘ auf mich selbst, ist die Stellung *des Anderen* mir gegenüber. Meine Einstellung auf mich selbst ist ein typischer ‚Spiegelreflex‘ auf Einstellungen des Anderen zu mir.“ (Herv. i. Orig.); darauf aufbauend aus Sicht des kommunikativen Konstruktivismus *Knoblauch*, Grundbegriffe und Aufgaben des kommunikativen Konstruktivismus, S. 25 (31 f.; 34 ff.); *Reichertz*, Grundzüge des kommunikativen Konstruktivismus, S. 49 (54 ff.).

¹⁰⁵ Überblick über unterschiedliche Ansätze bei *Prinz*, Selbst im Spiegel. Die soziale Konstruktion von Subjektivität, S. 65 ff.

¹⁰⁶ *Prinz*, Selbst im Spiegel – Subjektivität zwischen Natur und Kultur, S. 109 (113); zur Abhängigkeit der individuellen Wirklichkeitskonstruktion von den Kommunikationserfahrungen des Einzelnen *Roth*, Das Gehirn und seine Wirklichkeit, S. 334 ff.: „Wie ich ausführlich beschrieben habe, ist das Gehirn von seiner Außenwelt und damit von allen anderen Gehirnen und ihren Trägern isoliert; es erfährt nur das, was die Sinnesorgane ihm in der Sprache der Neuronen mitteilen. Diese Sprache enthält keine primären Bedeutungen, sondern jedes individuelle Gehirn muss sich selber Bedeutungen konstruieren. Die Konsequenzen dieses Umstandes erleben wir in jedem Augenblick, wenn wir mit anderen Menschen *kommunizieren*. Wir stellen fest, dass viele Worte und Sätze nicht selbstverständlich für jeden Menschen dieselbe Bedeutung haben. (...) Das Schwierige am Verstehen ist, dass wir das Vorhandensein und das Ausmaß konsensueller Bereiche nicht unmittelbar erkennen. Das Wissen darüber, ob und inwieweit man sich versteht, muss ebenso durch Versuch und Irrtum in *selbstreferentieller* Weise ausgelotet werden wie die Bedeutung. Ich teste mit jedem Satz und jeder Geste, ob mein Partner mich verstanden hat oder nicht, und er tut dies genauso (gleichgültig, ob dies bewusst oder – wie

wird Subjektivität teilweise als mit einer mentalen Wissensstruktur vergleichbar begriffen und damit wie andere Wissensstrukturen auch auf soziale Interaktion zurückgeführt.¹⁰⁷ Durch Evolution hervorgebracht und von sozialer Interaktion unabhängig sind in dieser Perspektive lediglich die biologischen Mechanismen der Wahrnehmung,¹⁰⁸ während die über die Wahrnehmung bewirkte Selbstkonstruktion inhaltlich von den Interaktionen abhängt und in ihren Folgen für die Persönlichkeitsbildung des Einzelnen real ist.¹⁰⁹

Unabhängig davon, wie es in die Bildung der individuellen Persönlichkeit eingeht, entsteht individuelles Wissen über sich selbst nicht anders als sonstiges individuelles Wissen auch, über die Interpretation von Beobachtungen und damit insbesondere über soziale Interaktion.

D. Interaktionszentrierter Grundrechtsschutz

Eine interaktionszentrierte Grundrechtstheorie stellt die Relevanz von Interaktionen für die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter in den Mittelpunkt der Grundrechtskonzeption. Die aus der Freiheitsausübung hervorgehenden Interaktionszusammenhänge bilden einen Mechanismus, der neues Wissen generiert und die Handlungsmöglichkeiten der Grundrechtsträger strukturiert. Interaktionszusammenhänge bringen neue Handlungsoptionen hervor, stellen durch die dezentralen Auswahlentscheidungen aber auch Anforderungen an eine effektive Teilnahme. Interaktionszusammenhänge prägen die tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung dadurch in ambivalenter Weise.

Ein grundsätzliches „Prä“ für die Freiheit gegenüber hoheitlicher Gestaltung, wie das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip aus klassisch liberaler Perspektive mit der Gegenüberstellung einer prinzipiell unbegrenzten Freiheit und einer

meist – unbewusst geschieht). Die Selbstreferentialität dieses Prozesses besteht darin, dass *ich* als Kommunikationspartner derjenige bin, der darüber entscheiden muss, ob Kommunikation gelingt oder nicht, und dabei kann ich mich irren.“ (Herv. i. Orig.).

¹⁰⁷ *Prinz*, Selbst im Spiegel – Subjektivität zwischen Natur und Kultur, S. 109 (113): „Zum konstruktivistischen Typus rechne ich dagegen solche Positionen, die die Grundlagen des mentalen Selbst in einer Wissensstruktur sehen, die in kollektiven Lernprozessen erzeugt wird. Nach dieser Lesart ist das Selbst ein mentaler Inhalt wie viele andere auch – ein Inhalt, der erfahrungsabhängig entsteht und nicht durch einen vorgegebenen Bauplan festgelegt wird. Das mentale Selbst gehört somit nicht zur primären Grundausstattung des Geistes, sondern es wird sekundär und erfahrungsabhängig erzeugt. Damit wird das mentale Selbst zum Gegenstand entwicklungspsychologischer und auch psychohistorischer Re- bzw. Dekonstruktion“.

¹⁰⁸ *Prinz*, Selbst im Spiegel – Subjektivität zwischen Natur und Kultur, S. 109 (114): naturalistischer Konstruktivismus, und *ders.*, Selbst im Spiegel. Die soziale Konstruktion von Subjektivität, S. 125 ff.: Spiegelmechanismen.

¹⁰⁹ *Prinz*, Selbst im Spiegel – Subjektivität zwischen Natur und Kultur, S. 109 (120f.).

prinzipiell begrenzten hoheitlichen Gestaltung nahelegt,¹¹⁰ blendet die Freiheitsrelevanz von Interaktionszusammenhängen sowie die Voraussetzungen ihrer Stabilität und der individuellen Teilnahme aus. Weil umgekehrt hoheitliche Gestaltungen von Interaktionszusammenhängen den Mechanismus dezentraler Wissensgenerierung beeinflussen, richtet sich der Schutz grundrechtlicher Freiheit nicht an der Abwehr hoheitlicher Gestaltung, sondern der Optimierung des Handlungs- und Entwicklungspotentials aus.

Eine interaktionszentrierte Perspektive konturiert dadurch die Ausgestaltung von Freiheitsrechten. Der Interaktionsbezug von Freiheitsrechten mit personalem Gehalt macht die Sachbereiche der Freiheitsrechte ausgestaltungsbedürftig, ohne dass diese Ausgestaltung einem institutionellen Grundrechtsverständnis¹¹¹ entsprechend zu inhärenten, theoretisch begründeten Bindungen der Freiheit führen würde. Dogmatisch bietet die interaktionszentrierte Perspektive Präzisierungen in mehrpoligen Grundrechtssituationen. Sie leitet einen verfassungsrechtlichen Maßstab für die Ausgestaltung von Grundrechten an, löst die Figur mittelbarer Grundrechtseingriffe zu Gunsten eines unmittelbaren Schutzes des jeweiligen Interaktionspotentials ab, konturiert die konzeptionellen Prämissen grundrechtlicher Bestands- und Entwicklungsgarantien und macht die Anknüpfung an außerrechtliche Beschreibungen der Interaktionszusammenhänge normativen Begründungen und damit der Rationalisierung zugänglich.

I. Interaktionszusammenhang als Teil des Freiheitsrechts

Aus interaktionszentrierter Perspektive beschränkt sich grundrechtliche Freiheit nicht auf eine isoliert betrachtete Verhaltensfreiheit, sondern umfasst je nach den Strukturen des Sachbereichs die jeweils schutzbereichsrelevanten Interaktionszusammenhänge. Grundrechtsdogmatisch folgt aus diesem Freiheitsverständnis, dass hoheitliche Maßnahmen, die diese Interaktionszusammenhänge beeinträchtigen, als Eingriffe oder Ausgestaltungen rechtfertigungsbedürftig. Vor einem näheren Blick auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen ist allerdings auf die Relevanz von Interaktionszusammenhängen für grundrechtliche Schutzgüter und auf die methodischen Implikationen der Grundrechtskonzeption einzugehen.

¹¹⁰ Mit kritischer Einordnung *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrecht, S. 123; vgl. auch zur Bedeutung „konstituierter Freiheiten“ auf der Grundlage eines abwehrrechtlichen Verständnisses *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Abwehrrechte, S. 75 ff., sowie im Anschluss *Grimm*, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, S. 221 (231 f.); zum Verteilungsprinzip siehe unten, Fn. 239.

¹¹¹ *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz; zum institutionellen Freiheitsverständnis näher unten, § 1 D.II.2.

1. Relevanz von Interaktionen für grundrechtliche Schutzgüter

Eine interaktionszentrierte Grundrechtstheorie verbindet die Ausrichtung der Freiheitsrechte auf die Verwirklichung der ihnen zu Grunde liegenden Schutzgüter mit den wissensgenerierenden, Handlungsoptionen strukturierenden Effekten von Interaktionen. Auf Dauer gestellte Interaktionszusammenhänge bringen soziale Praktiken hervor und setzen durch ihre dynamische, neue Anschlussmöglichkeiten hervorbringende Wirkung die Rahmenbedingungen für selbstbestimmte Entscheidungen in der Freiheitsausübung. Sie bilden einen Mechanismus, der aus den laufenden Verbindungen von Freiheitsausübung entsteht, strukturelle Grenzen individuellen Wissens relativiert und dadurch eine Dynamik entwickelt, die auf der einen Seite neue Anschlussmöglichkeiten schafft, auf der anderen Seite aber auch Voraussetzungen der Teilnahme aufstellt. Diese Zusammengehörigkeit neuer Anschlussmöglichkeiten und dezentral formulierter Voraussetzungen der Teilnahme drückt die Untrennbarkeit der dynamischen Folgen von Interaktionszusammenhängen aus und macht sie für die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter ambivalent. Diese Entwicklung der Handlungsoptionen trägt wesentlich zur personalen Entfaltung bei. Die einhergehenden Voraussetzungen können die Handlungsmöglichkeiten aber für Einzelne auch entwerten.

Diese Ambivalenz führt zur Notwendigkeit, bei der dogmatischen Konzeption von Freiheitsrechten an außerrechtliche Beschreibungen anzuknüpfen. Diese normative Anknüpfung stellt keine Besonderheit einer interaktionszentrierten Perspektive dar, sondern entspricht methodisch dem Zugriff einer Vielzahl unterschiedlicher, mehr oder weniger expliziter Ansätze in Literatur und Rechtsprechung.¹¹² Sie ist insbesondere theoretisch aufgearbeitet als ein Aspekt von Normativität, der in der Aufbereitung des Normbereichs und seiner Verbindung mit dem Normtext steht.¹¹³ Indem die interaktionszentrierte Perspektive jedoch die wissensgenerierende Wirkung, die Voraussetzungen und ihre potentiellen Effekte typisiert und die dogmatischen Strukturen auf die Eigenschaften typischer Elemente einstellt, bereitet sie den normativen Umgang mit außerrechtlichen Beschreibungsangeboten vor. Die interaktionszentrierte Grundrechtstheorie schlägt eine Art allgemeinen Teil für den methodischen Umgang mit bestimmten, nur interdisziplinär bearbeitbaren Regelungsproblemen vor, die bislang in Literatur und Rechtsprechung jeweils nur punktuell und isoliert adressiert worden sind.

¹¹² Aus der Literatur vgl. nur *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, S. 86 ff.; *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, S. 37 ff.; *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 ff.; *Hornung*, Grundrechtsinnovationen, S. 118 ff.; Nachweise zur Rechtsprechung bei *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, S. 58 ff.

¹¹³ *Müller*, Strukturierende Rechtslehre, S. 147 ff.

Diese Effekte und Voraussetzungen sozialer Interaktionszusammenhänge sind aus systemtheoretischer Perspektive alles andere als neu.¹¹⁴ In grundrechtstheoretischer Hinsicht neu ist allerdings der Ansatz, diese Voraussetzungen und Effekte auf die Verwirklichung der hinter den Freiheitsrechten stehenden Schutzgüter zu beziehen. Während systemtheoretisch fundierte Grundrechtsverständnisse die Freiheitsrechte auf den Schutz vor Entdifferenzierung, also die Erhaltung ausdifferenzierter Systeme und die Generierung von neuen Anschlussmöglichkeiten und Wissen beziehen,¹¹⁵ machen Interaktionszusammenhänge aus der Sicht einer interaktionszentrierten Grundrechtstheorie keinen Selbstzweck, sondern lediglich einen wesentlichen Aspekt der Rahmenbedingungen individueller Persönlichkeitsentfaltung aus. Eine interaktionszentrierte Grundrechtstheorie bezieht die Effekte der Interaktionsbeziehungen und die Voraussetzungen ihrer Teilnahme auf die personale Entfaltung, die in jeweils unterschiedlicher Facette hinter den einzelnen Freiheitsrechten steht.

Dieser Blick auf die Relevanz von Interaktionszusammenhängen für die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter trägt zur Rationalität grundrechtlicher Maßstäbe bei. Die dezentral entwickelten Kriterien der Interaktion können die Teilnahmebedingungen für einzelne Grundrechtsträger in einer Weise beeinflussen, die eine Persönlichkeitsentfaltung durch die Freiheitsausübung bis hin zum vollständigen Ausschluss erschwert. Umgekehrt kann eine hoheitliche Regulierung, indem sie ein bestimmtes Ergebnis gewährleistet, die Generierung neuen Wissens und neuer Anschlussmöglichkeiten beeinträchtigen. Mit ihrer Ausrichtung auf die Entwicklung individueller Handlungsoptionen trennt die interaktionszentrierte Grundrechtstheorie grundrechtsdogmatische Fragen von der Entscheidung zwischen einer eher liberalen oder sozialen politischen Gestaltung bestimmter Bereiche.

a) Ambivalenz interaktionsbedingter Dynamik

Interaktionszusammenhänge sind in ihren Auswirkungen auf die Verwirklichung grundrechtlicher Schutzgüter ambivalent. Auf der einen Seite bringen Interaktionen der Grundrechtsträger neues Wissen und neue Anschlussmöglichkeiten hervor, ohne die personale Entfaltung nicht möglich wäre. Die in Rechtsprechung und Literatur allgemein zu Grunde gelegte Annahme, Grundrechtsausübung und personale Entfaltung spielten sich im Sozialen ab,¹¹⁶ bringt diese Relevanz von Interaktionen – wenn auch in unspezifischer Weise – zum Ausdruck. Diese Relevanz folgt aus der wissensgenerierenden Funktion von Interaktionszusam-

¹¹⁴ Siehe nur *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 236 ff., S. 242 ff.

¹¹⁵ *Luhmann*, Grundrechte als Institution, näher unten § 1 D.I.1.c)aa); *Ladueur*, Postmoderne Rechtstheorie, S. 88 f.; zu den Konsequenzen für ein Verständnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, das auf eine vollständige Kontrolle der Kommunikationsprozesse durch den Grundrechtsträger zielt, *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 365 f.

¹¹⁶ Siehe oben, Einleitung, Fn. 1.

menhängen, die sowohl den Kontext und die Handlungsoptionen der einzelnen Grundrechtsträger als auch ihre Selbstwahrnehmung prägen.¹¹⁷

Auf der anderen Seite unterliegt die Teilnahme an solchen Interaktionszusammenhängen jedoch Voraussetzungen, die sich vor allem aus den dezentralen Auswahlentscheidungen der anderen Teilnehmenden des Interaktionszusammenhangs ergeben.

Ein besonders gut sichtbares, wenn auch auf bestimmte Aspekte zuspitzendes Beispiel¹¹⁸ für die aus Interaktionszusammenhängen entstehenden Voraussetzungen ihrer Teilnahme bilden Märkte.¹¹⁹ Eine Teilnahme an Marktprozessen hat für einzelne Anbietende nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn eine hinreichende Zahl potentieller Transaktionspartner nach jeweils individuellen Kriterien das entsprechende Angebot wählt. Wettbewerbsfähigkeit bezeichnet schlagwortartig die Fähigkeit, beim Anbieten der eigenen Leistung mit den Konditionen anderer Anbieter vergleichbarer Leistungen mithalten zu können und dadurch für die jeweilige Marktgegenseite hinreichend attraktiv zu sein. Dieser Vergleich mit den Leistungen anderer Anbieter bringt zugleich die Notwendigkeit für die Anbietenden zum Ausdruck, die Marktnebenseite zu beobachten und auf Entwicklungen der austauschbaren Angebote, etwa Produktverbesserungen, Rationalisierungen von Kosten oder sonstige, aus Sicht der Nachfragenden relevante Merkmale, zu reagieren. Marktprozesse produzieren, bewerten und verbreiten Wissen durch die Verknüpfung dezentraler Entscheidungen.

Interaktionen bilden einen Mechanismus, um Wissen und neue Handlungsoptionen aus individuellen, dezentralen Entscheidungen zu generieren, und stehen dadurch in einem engen Zusammenhang zu grundrechtlicher Freiheit; sie bringen allerdings nicht per se geeignete Bedingungen zur Ausübung individueller, grundrechtlicher Freiheit hervor. Dadurch, dass die einzelnen dezentralen Entscheidungen die individuelle Situation und Perspektive der Entscheidungsträger einbeziehen, setzt der Interaktionszusammenhang die Entscheidungen zueinander in Beziehung und versetzt Entscheidungsträger in die Lage auch mit Situationen, für die kein Erfahrungswissen verfügbar ist, produktiv und stabil umzugehen.¹²⁰ Kehrseite dieser Fähigkeit von Interaktionszusammenhängen, sich auf eine unsichere und sich dynamisch verändernde Umwelt einzustellen, sind jedoch Voraussetzungen für die Teilnahme am Interaktionszusammenhang,

¹¹⁷ Siehe oben, § 1 C.

¹¹⁸ Die Anschaulichkeit, mit der Marktprozesse die Ambivalenz von Interaktionszusammenhängen zum Ausdruck bringt, sollte allerdings nicht die Vielschichtigkeit dieser Ambivalenz, auch in anderen Freiheitsrechten, verdecken, etwa in der Forschung oder beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung, siehe jeweils unten § 2 B sowie § 4 A.II. und C.I.2.

¹¹⁹ Eingehend unten, § 5 A.I. und II.

¹²⁰ *Ladéur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, S. 202; *ders.*, Recht – Wissen – Kultur, S. 128f.: strukturbildende Dogmatik (zum Konzept impersonaler Grundrechte).

die in der Literatur auch als Anschlusszwänge beschrieben worden sind.¹²¹ Diese Voraussetzungen stellen die Teilnehmenden vor die Wahl, entweder auf die Bedingungen der Anschlussfähigkeit, also der Attraktivität aus Sicht der anderen dezentral Entscheidenden, einzugehen oder auf die Teilnahme an dem Interaktionszusammenhang zu verzichten. Diese Teilnahmebedingungen können den Optionenraum für selbstbestimmte, persönlichkeitsentfaltende Entscheidungen gravierend beschränken. Die Notwendigkeit, den laufend an das verfügbare Angebot angepassten Auswahlkriterien der Marktgegenseite zu genügen, kann einzelne Grundrechtsträger von der Marktteilnahme vollständig ausschließen oder die Bedingungen der Marktteilnahme derart verschlechtern, dass personale Entfaltung kaum möglich ist, etwa weil die Konditionen für eine individuelle Teilnahme am Arbeitsmarkt weder für eine wirtschaftlich eigenständige Lebensgrundlage genügen noch der Ablauf der beruflichen Tätigkeit für eine individuelle Entfaltung Raum belässt.¹²² Auch diese Folgen von Wettbewerb sind hinlänglich bekannt. Sie werden typischerweise mit politischen Forderungen nach einer sozialen oder „sozial gerechten“ Gestaltung der Marktbedingungen in Verbindung gebracht. Der aus grundrechtstheoretischer Sicht weiterführende Aspekt liegt in der Verbindung beider Seiten der Interaktionszusammenhänge und ihrer Relevanz für die grundrechtlichen Schutzgüter. Sowohl die Anschlussmöglichkeiten als auch die Voraussetzungen der Partizipation entstehen aus der individuellen Freiheitsausübung und sie prägen den Kontext, in dem individuelle Freiheitsausübung stattfindet.

Wer die sich aus den Interaktionszusammenhängen ergebenden Anforderungen als Folge grundrechtlich geschützten Verhaltens Dritter bei der Bewertung grundrechtlicher Schutzbedarfe unberücksichtigt lässt, blendet die Bedingungen tatsächlicher Grundrechtsverwirklichung aus. Wer umgekehrt den Schwerpunkt einseitig auf die Verbesserung der tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsverwirklichung legt, läuft Gefahr, die wissensgenerierende Funktion der Interaktionszusammenhänge wie auch ihre Fähigkeit zu beeinträchtigen, Änderungen der Umweltbedingungen zu verarbeiten.¹²³ Aus grundrechtlicher Perspektive sind hoheitliche Gestaltungen, die bestimmte Grundrechtsträger von der Notwendigkeit befreien, bestimmte Voraussetzungen der Teilnahme an Interak-

¹²¹ *Ladewig*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, S. 41; *Ladewig*, Der Staat 46 (2007), 61 (67f.).

¹²² Näher unten, § 5 B.I.3.

¹²³ *Ladewig*, Der Staat 46 (2007), 61 (67f.): „Die Expansion des Sozialstaats setzt die Wissens- und Beweisregeln außer Kraft, die in die Infrastruktur der liberalen Rechtsordnung eingeschrieben sind. In einer zukunfts-offenen Gesellschaft kann die Erhaltung oder Herbeiführung positiv bewerteter Zustände kein allgemeines Ziel sein. Der Sozialstaat tendiert immer mehr dazu, diese Grenze zu überschreiten und Sicherheit unmittelbar zu gewährleisten, ohne danach zu fragen, ob dies mit den Regeln einer liberalen Ordnung vereinbar ist, die notwendigerweise auf das Operieren mit und die paradoxe Anpassung an Ungewissheit angelegt sein muss“.

tionszusammenhängen zu erfüllen, durch eine Abwägung der individuellen Erleichterung mit der korrespondierenden Belastung nicht hinreichend abgebildet. Vielmehr sind die mittelbaren, nicht selten weitreichenden Konsequenzen für das Entwicklungspotential des Sachbereichs in Rechnung stellen.

Ein interaktionszentrierter Ansatz bietet im Umgang mit diesen potentiell nachteiligen Effekten für die Gewährleistung grundrechtlicher Schutzgüter einen differenzierteren Zugriff als die Unterscheidung einer liberalen oder sozialen Politik, die sich als politische Präferenz auf die Grundrechtsdogmatik einwirken kann.¹²⁴ Die Berücksichtigung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung meint in einem interaktionszentrierten Ansatz nicht die Umverteilung von Ressourcen oder die pauschale Verbesserung oder generelle Vereinfachung der Lebensbedingungen, sondern die laufende Überprüfung, inwieweit der dynamischen Entwicklung des jeweiligen Interaktionszusammenhangs und der Erhöhung seiner Komplexität und Leistungsfähigkeit auch unter Berücksichtigung zukünftiger Anschluss- und Entwicklungsmöglichkeiten noch eine qualitative Aufwertung des Optionenraumes gegenübersteht. Eine auf die Spitze getriebene Ausdifferenzierung der Arbeitsmärkte kann etwa Segmente entstehen lassen, in denen die berufliche Tätigkeit die wirtschaftlichen Voraussetzungen selbstbestimmter gesellschaftlicher Teilhabe kaum verschafft.¹²⁵ Ähnlich kann die Verknüpfung personenbezogener Daten mit korrelierten und in Clustern aufbereiteten Daten anderer Quellen einen hochgradig leistungsfähigen Versicherungsmarkt mit Versicherungsprodukten hervorbringen, die auf das individuelle Risikoprofil zugeschnitten sind. Diese ermöglichen dem Einzelnen zwar eine individuelle Risikoabdeckung und bei entsprechendem Risikoprofil eine kostengünstige Versicherung, beenden aber die Funktion von Versicherungen, individuell kaum tragbare Risiken zu verteilen. Je nach politischer Präferenz können die in den Beispielen angesprochenen arbeits- oder versicherungsrechtlichen Regelungen eher bestimmte Rahmenbedingungen gegen sich abzeichnende Entwicklungen absichern oder Raum für strukturelle Entwicklungen belassen. Eine interaktionszentrierte Perspektive beobachtet systematisch, wie aus der Selbstkoordination hervorgehende Entwicklung sich auf die Rahmenbedingungen individueller Grundrechtsausübung auswirkt. Indem sie die ambivalenten Effekte einer interaktionsbasierten Dynamik beschreibt, erhöht sie die Rationalität der grundrechtlichen Bewertung unterschiedlicher politischer Gestaltungsoptionen.

¹²⁴ Zu beidem *Ladewig*, Der Staat gegen die Gesellschaft, S. 139 ff., S. 170 ff., S. 213 ff., S. 256 ff.; *ders.*, Negative Freiheitsrechte, S. 282 ff.; zu sozialstaatlichen Regelungen *ders.*, Risiko Sozialstaat – Probleme der Gesetzgebung unter Komplexitätsbedingungen, S. 21 (32 ff.); *ders.*, Der Staat 46 (2007), 61 ff.

¹²⁵ Siehe unten, § 5 B.I.3.

b) Vertypete Verarbeitung außerrechtlicher Beschreibungen

Eine interaktionszentrierte Grundrechtstheorie setzt bei dem normativen Rückgriff auf außerrechtliche Beschreibungen des Normbereichs¹²⁶ einen Akzent auf Interaktionszusammenhänge. Unabhängig von dem jeweiligen Freiheitsrecht und dem korrespondierenden Normbereich sensibilisiert sie für die wissensgenerierende Funktion von Interaktionszusammenhängen, für die Voraussetzungen ihrer Stabilität und die Modalitäten der individuellen Beteiligung. Charakteristisch für diese interaktionszentrierte Perspektive ist, dass sie die Voraussetzungen und Effekte von Interaktionszusammenhängen auf einer grundrechtsübergreifenden Abstraktionshöhe beschreibt und dadurch den normativen Anknüpfungen an bereichsspezifische Beschreibungen Orientierung bietet. Mit dieser grundrechtsübergreifenden Typisierung legt die interaktionszentrierte Perspektive bei der Analyse der einzelnen Normbereiche eine entsprechende Relevanz von Interaktionsbeziehungen für die jeweiligen grundrechtlichen Schutzgüter nahe. Sie veranlasst, die jeweils verfügbaren außerrechtlichen Problembeschreibungen auf diese Relevanz zu befragen, und stellt schließlich dogmatische Bausteine bereit, die diese außerrechtlichen Problembeschreibungen angemessen aufnehmen können. Strukturell gesehen ist eine solche interaktionszentrierte Perspektive dogmatikbezogenen Konzepten wie dem Verständnis des allgemeinen Verwaltungsrechts als Ordnungsidee¹²⁷ insofern nicht unähnlich, als der grundrechtsübergreifenden Wahrnehmung der Interaktionszusammenhänge und ihrer rechtlichen Verarbeitung eine Speicherfunktion zukommt und für bereichsspezifische Abweichungen sensibilisiert und durch die Begründung der jeweiligen Relevanz von Interaktionszusammenhängen und ihrer rechtlichen Folgen die Rationalität der rechtlichen Konzeption erhöht.¹²⁸

c) Persönlichkeitsbezug als freiheitsrechtliches Charakteristikum

Interaktionszusammenhänge charakterisieren eine Vielzahl von Regelungsstrukturen. Aus Perspektive einer interaktionszentrierten Grundrechtstheorie interessieren Interaktionszusammenhänge als zentrales Merkmal der Rahmenbedingungen für die personale Entfaltung. Grundrechtsschutz lässt sich aus interaktionszentrierter Perspektive zugespitzt auf eine vereinfachende Formel bringen, nach der Interaktionszusammenhänge wegen ihrer Relevanz für die personale Entfaltung geschützt werden. Dieser Zusammenhang stellt im Gegensatz

¹²⁶ Siehe oben, Fn. 113.

¹²⁷ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee; näher auch die Beiträge in Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts.

¹²⁸ Ähnlichkeiten zur Perspektive des Systemdenkens im Verwaltungsrecht bei *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 1 Rn. 4 und 7: Speicherwirkung des allgemeinen Verwaltungsrechts und Zuweisung von Argumentationslasten durch das System, die unbedachten Separatentwicklungen entgegenwirkt.

zu anderen kommunikationsbezogenen Grundrechtstheorien die personale Entfaltung in den Mittelpunkt. Die interaktionszentrierte Perspektive unterscheidet sich dadurch von systemtheoretischen Grundrechtsverständnissen, die zwar die wissensgenerierenden, strukturellen Effekte von Interaktionen akzentuieren, aber die Rahmenbedingungen personaler Entfaltung ausblenden (aa.). Darüber hinaus grenzt der Zusammenhang zwischen Interaktion und personaler Entfaltung Freiheitsrechte von anderen subjektiven Rechten ab, die Interaktionszusammenhänge aus anderen Gründen schützen. So hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Grundfreiheiten als subjektive Rechte etabliert, hinter denen der Schutz bestimmter, grenzüberschreitender Interaktionszusammenhänge steht. Dieser subjektiv-rechtliche Schutz dezentraler Interaktionen hat vielfältige Anschlussmöglichkeiten hervorgebracht, zielt allerdings im Gegensatz zu Grundrechten auf die Etablierung des Binnenmarkts, also dem Raum grenzüberschreitender Interaktionen, aber nicht auf die personale Entfaltung (bb.).

aa) Systemtheorie: Verselbstständigung der Strukturperspektive

Systemtheoretische Konzepte haben auf der Grundlage konstruktivistischer Prämissen die wissensgenerierende Funktion von Kommunikationszusammenhängen einschließlich der daran anknüpfenden Unterscheidung zwischen System und Umwelt grundlegend entfaltet.¹²⁹ Sie ordnen Interaktionen einen so hohen Stellenwert zu, dass sie teilweise die Kommunikation zum konstitutiven und strukturprägenden Merkmal von sozialen Systemen machen.¹³⁰ Kommunikationszusammenhänge bilden aus dieser Perspektive das Produkt vorangegangener Kommunikationen wie auch den Interpretationskontext folgender Kommunikationen. Die auf unterschiedlichen Modalitäten der Kommunikation beruhende Ausdifferenzierung der einzelnen Systeme baut Komplexität auf und erlaubt dadurch die Verarbeitung einer Vielzahl von Zuständen wie auch die laufende Einstellung auf ungewisse, sich im Fluss befindliche Umweltbedingungen. Diese Verarbeitung von Impulsen aus der Umwelt nach der je eigenen Operationslogik, also den systemspezifischen Modalitäten der Kommunikation, macht die Konfiguration der Schnittstellen des jeweiligen Systems zu seiner Umwelt zu einer zentralen Frage.¹³¹ Ein systemtheoretisches Grundrechtsverständnis sieht deshalb den Schutz eines sozialen Systems vor einer Entdifferenzierung,

¹²⁹ *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 236 ff., S. 242 ff.

¹³⁰ *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 256 ff., S. 269 ff.

¹³¹ *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, S. 92 ff., mit dem Hinweis auf die damit verbundene Notwendigkeit der Selbstorganisation: eigene Strukturen können nur durch eigene Operationen aufgebaut und geändert werden; S. 100, im Anschluss an *Maturana*: „Strukturelle Kopplungen beschränken den Bereich möglicher Strukturen, mit denen ein System seine Autopoiesis durchführen kann. Sie setzen voraus, dass jedes autopoietische System als struktur-determiniertes System operiert, also die eigenen Operationen nur durch eigene Strukturen