

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 65

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Allgemeine und Vergleichende Staatslehre, Universität Bayreuth, D-95440 Bayreuth

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-155255-7

ISSN 0075-2517

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch 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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Der Umgang des öffentlichen Rechts mit der juristischen Person des Privatrechts

| | |
|--|-----|
| THORSTEN KINGREEN: Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht | 1 |
| HINNERK WISSMANN: Grundrechtsbindung im Gewährleistungsstaat. Zur Verortung juristischer Personen des Privatrechts im Öffentlichen Recht . . | 41 |
| ANDREAS KULICK: Vom Kopf auf die Füße. Die juristische Person des Privatrechts und die wesensmäßige Anwendbarkeit der Grundrechte | 57 |
| THOMAS KLEINLEIN: Die juristische Person des Privatrechts in der Rechtsprechung des EGMR | 85 |
| THOMAS ACKERMANN: Unternehmen als Grundrechtssubjekte. Zur verfassungsrechtlichen Transformation privatrechtlicher Formen nicht-individueller Unternehmensträger | 113 |
| RAINER HÜTTEMANN: Juristische Personen im Steuerrecht | 147 |
| PETER RAWERT: Vom Umgang des öffentlichen Rechts mit der Stiftung des BGB | 179 |
| MARTIN HEGER: Societas delinquere non potest? Unternehmen als Adressat staatlicher Strafsanktionen in Deutschland | 213 |

Aufsätze und Abhandlungen

| | |
|---|-----|
| PETER HÄBERLE: Poesie und Verfassung – unter Einbeziehung von Drehbüchern aus Filmen | 247 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| CLAUS DIETER CLASSEN: Der Verfassungsbegriff der Demokratie in Deutschland und in Frankreich. Bemerkungen zur Konkretisierung eines offenen Verfassungsbegriffs im europäischen Rechtsraum | 263 |
| HANS-PETER SCHNEIDER: Verfassung und Verfassungsrecht im Zeichen der Globalisierung – zwischen nationaler Entgrenzung und transnationaler Entfaltung | 295 |
| ALEXANDER BLANKENAGEL: An Russland kann man nur glauben. Eine soziologische, kulturwissenschaftliche und rechtliche Analyse Russlands | 313 |
| ADALBERT PODLECH: Sprachliche Bedingungen einer Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts (1977) | 345 |
| ANSGAR HENSE: Sechzig Jahre Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Bausteine zur Rekonstruktion des Kontextes und seine Folgewirkungen | 357 |
| VALENTIN M. PFISTERER: „Finanzprivatsphäre“ in Deutschland. Der verfassungsrechtliche Schutz persönlicher Informationen wirtschaftlicher und finanzieller Natur in der Bundesrepublik | 393 |
| <i>Debatte: Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz</i> | |
| HUBERT TREIBER: Genese und ursprüngliche Intention einer steuerungs- wissenschaftlich konzipierten Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. Anmerkungen eines Nicht-Juristen | 423 |
| CLAUDIO FRANZIUS: Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft – eine vorläufige Bilanz | 441 |
| MARTIN EIFERT: Transformation der Verwaltungsrechtswissenschaft – Neue Verwaltungsrechtswissenschaft | 457 |
| JAN PHILIPP SCHAEFER: „Neue“ oder „neoklassische“ Verwaltungsrechtswissenschaft? Zu den Zukunftsaussichten der Wissenschaft vom Verwaltungsrecht | 471 |
| RALPH CHRISTENSEN und FELIX HANSCHMANN: Was bleibt von der Gesetzesbindung bei der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“? | 485 |
| SOPHIE SCHÖNBERGER: Mehr Wissenschaft wagen! Die uneingelösten Versprechen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft | 511 |
| KLAUS RENNERT: Neue Verwaltungsrechtswissenschaft und Rechtsprechung . . . | 533 |

Porträts und Erinnerungen

| | |
|--|-----|
| HANS MEYER: Von Adenauer bis Merkel: Die Rechtswelt im Spiegel meiner Erinnerung | 541 |
| MIRJAM KÜNKLER und TINE STEIN: Staat, Recht und Verfassung. Ernst-Wolfgang Böckenfördes politisches und verfassungstheoretisches Denken im Kontext | 573 |
| PETER BADURA: Öffentliches Recht in München seit 1945 | 611 |

Entwicklungen des Verfassungsrechts im europäischen Raum

| | |
|--|-----|
| GERNOT SYDOW: Auf der Suche nach dem <i>pouvoir constituant</i> . Perspektiven der britischen Verfassungsentwicklung | 617 |
| DIRK HANSCHER: Hat Schottland eine Zukunft in der Europäischen Union? Rechtliche Handlungsoptionen nach dem britischen EU-Referendum | 647 |
| JÖRG LUTHER: Erwartungen und Zumutungen des italienischen Verfassungsreferendums | 671 |
| VINCENZO BALDINI: Perspektiven eines transnationalen Verfassungsdialogs vor dem Hintergrund des italienischen Verfassungsrechts | 687 |
| DIMITRIOS PARASHU: Der jüngste legislative Vorstoß für eine institutionalisierte Schuldenbremse in der Hellenischen Republik: Adieu dem Rechtsstaat? | 701 |

*Entwicklungen des Verfassungsrechts im außereuropäischen Raum**I. Amerika*

| | |
|--|-----|
| JOHANNES REICH: „Originalismus“ als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution. Rechtsvergleichende Kritik der Auslegung der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika aufgrund ihres Wortlauts in seiner ursprünglichen Bedeutung | 713 |
| UTE SACKSOFSKY: „Große Richter“? Vergleichende Beobachtungen zum Tod von Antonin Scalia | 743 |
| MARY ANNE CASE: Scalia as Procrustes for the Majority, Scalia as Cassandra in Dissent | 765 |

| | |
|--|-----|
| PATRICK BAHNERS: “The Folly of a Judge-Run Democracy”. Ein Interview mit Antonin Scalia | 779 |
| CÉSAR LANDA: The Impact of Conventionality Control on Peruvian Law between the Period of Dictatorship and the Consolidation of Constitutional Democracy | 797 |
| RAÚL GUSTAVO FERREYRA: The Subordination Principle as Foundation of the Constitutional State. Its regulation in Argentina, Brazil, Colombia, Ecuador, and Mexico | 821 |

II. Asien

| | |
|---|-----|
| RYUJI YAMAMOTO: Die demokratische Legitimation der Verwaltung in Japan . . | 849 |
| TENG-CHIEH YANG: Rule of Law oder Rule by Law? Eine methodische Reflexion zur Rechtsstaatsfrage in China | 877 |

*Schwerpunktthema: Der Umgang des öffentlichen Rechts
mit der juristischen Person des Privatrechts*

Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht

Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit
und grundrechtsgebundener Macht

von

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg

Inhalt

| | |
|---|----|
| A. „Frei geboren, aber überall in Ketten“ | 1 |
| B. Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht: Bestandsaufnahme | 6 |
| I. Das Konfusionsargument | 6 |
| 1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 6 |
| 2. Rechtsprechung des EuGH | 9 |
| II. Die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person | 11 |
| 1. Grundrechtsverpflichtung juristischer Personen | 12 |
| 2. Wesensmäßige Anwendbarkeit I: Juristische Personen als Grundrechtsträger | 12 |
| 3. Wesensmäßige Anwendbarkeit II: Der Grundrechtsinhalt | 19 |
| a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 19 |
| b) Rechtsprechung des U.S. Supreme Court | 20 |
| C. Wechselwirkungen zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht | 24 |
| I. Die juristische Person: Eine „Person aus Recht“ | 24 |
| II. Funktionaler Vergleich statt personaler Durchgriff | 27 |
| III. Grundrechtsberechtigung | 28 |
| 1. Grundrechtstypische Gefährdungslage | 28 |
| 2. Das Referenzgebiet Sozialrecht | 31 |
| IV. Grundrechtsverpflichtung | 35 |
| 1. Grundrechtstypische Gefährderlage | 35 |
| 2. Abwendung grundrechtstypischer Gefährderlagen durch einfaches Recht | 36 |
| D. „I’ll believe corporations are people when Texas executes one“ | 38 |

A. „Frei geboren, aber überall in Ketten“

Private haben Freiheit, Staaten Macht. Diese binäre Differenzierung zwischen einer durch grundrechtliche Freiheit geprägten Gesellschaft auf der einen und einem mit hoheitlicher Macht ausgestatteten Staat auf der anderen Seite prägt das moderne Ver-

fassungsdenken, seit die Siedler in Neuengland gegen die britische Kolonialmacht rebelliert und in ihrer Verfassung Freiheitsbereiche abgesteckt haben, die sie vor staatlicher Macht schützen sollten.

Für die feudalistischen europäischen Gesellschaften war das Thema der Macht mit einer Frontstellung gegen den Staat allerdings nicht erledigt. Als *Jean-Jaques Rousseau* den Menschen als zwar „frei geboren“, aber „überall in Ketten“ liegend sah,¹ hatte der Vordenker der französischen Revolution, anders als *Thomas Jefferson* bei der Formulierung der US-amerikanischen Unabhängigkeitserklärung, weniger einen bevormundenden Staat vor Augen als vielmehr die ständische Gesellschaft des Ancien Régime, in der Klerus und Adel unter dem Schutz der Monarchie umfangreiche Privilegien genossen. Diese Feudalordnung mit ihrer ungleichen Eigentumsverteilung sollte durch einen neuen Staat beseitigt werden, durch die Nation,² die die *volonté générale*³ repräsentieren sollte. Aufgrund dieser Distanz zu intermediären Machtstrukturen und den aus diesen erwachsenden und sich verfestigenden sozialen Ungleichheiten enthielt die Französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789 keine kollektiven Grundrechte wie die Versammlungs- und die Vereinigungsfreiheit; 1791 wurden korporative Zusammenschlüsse und berufliche Vereinigungen sogar verboten.⁴ Die Verfassung von 1793 profilierte hingegen deutlicher als die amerikanische Unabhängigkeitserklärung das Ideal der Gleichheit, das nicht gegen, sondern durch Parlament und Gesetz verwirklicht werden sollte.⁵

Die verbände-feindlichen Wurzeln der Französischen Revolution sind seit langem gekappt. Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sind heute in allen europäischen Staatsverfassungen (auch in Frankreich) sowie in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 11 EMRK) und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 12 GRCh) gewährleistet. Auch schützen diese Grundrechtstexte nicht mehr nur Einzelpersonen, sondern, wenn auch überwiegend nicht explizit, auch Verbände, etwa in Art. 19 Abs. 3 GG.⁶ Die Akkumulation privater Macht und die Ausübung sozialer Macht gelten damit als Ausübung von Freiheit und deren Beschneidung als rechtfertigungsbedürftig. Das bürgerliche Recht hat diese Entwicklung vorgezeichnet, indem es etwa in Deutschland nicht nur natürlichen Personen (§ 1 BGB), sondern auch juristischen Personen (§§ 14 ff. BGB) die Rechtsfähigkeit und damit auch die Vertragsfreiheit zuerkennt. Diese Regelungen setzten den vorläufigen Schlussstrich unter die Auseinandersetzung zwischen der durch *Friedrich Carl von Savigny* geprägten romanistischen Auffassung, die nur natürliche Personen für

¹ *Jean-Jacques Rousseau*, *Du contrat social ou principes du droit publique*, 1762, hier zitiert nach der deutschsprachigen Ausgabe von *Hans Borchard* (Hrsg.), *Vom Gesellschaftsvertrag oder Prinzipien des Staatsrechtes*, 1991, 1. Buch Kap. 8.

² S. dementsprechend später Art. 3 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.

³ Vgl. Art. 6 der der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte.

⁴ Zur französischen Assoziationsfeindschaft *Jörg-Detlef Kühne*, *Die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung im Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten und Deutschland*, JöR 38 (1990), 1 (21 ff.); *Friedrich Müller*, *Korporation und Assoziation*, 1965, 82 ff.

⁵ Vgl. beispielsweise *Claus-Dieter Classen*, *Französischer Einfluss auf die Grundrechtsentwicklung in Deutschland*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts Bd. IX*, 3. Aufl. 2011, § 187 Rn. 5 ff.; *Werner Frotscher/Bodo Pieth*, *Verfassungsgeschichte*, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 61 ff.; *Hasso Hofmann*, *Die Grundrechte 1789 – 1949 – 1989*, NJW 1989, 3177 (3180).

⁶ *Horst Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz Bd. I*, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 24.

rechtsfähig hatte erklären wollen,⁷ und der maßgeblich durch *Otto von Gierke* vertretenen germanistischen Auffassung von der realen Verbandspersönlichkeit, die auch überindividuellen Einheiten Rechtsfähigkeit zuerkannte⁸ und die sich letztlich durchgesetzt hat.

Die juristische Person ist die rechtliche Organisationsform einer funktional ausdifferenzierten, sozial und ökonomisch arbeitsteiligen und politisch pluralistischen Gesellschaft.⁹ Mit ihr wird zwischen Individuum und Staat eine intermediäre Zugehörigkeitsschicht eingezogen, deren Akteure über eine vom Wechsel der Mitglieder unabhängige Identität besitzen. Juristische Personen sind sowohl aus dem Privatrecht – wo sie als Vereine und Verbände individuelle Mitgliederinteressen bündeln und zudem den institutionellen Handlungsrahmen für die Entstehung von regelmäßig international operierenden Großunternehmen bilden, die nicht mehr auf personale, insbesondere familiäre Strukturen angewiesen sind – als auch dem Öffentlichen Recht – wo sie etwa als Universitäten, Kammern und Sozialversicherungsträger eine freiheitserweiternde und politisch pluralistische Funktion haben – nicht mehr wegzudenken. Ganze Rechtsgebiete, wie das disziplinär nach wie vor eng verbundene Arbeits- und Sozialrecht, sind geprägt durch Verhandlungsregime zwischen Verbänden, die teilweise sogar die Befugnis zur Rechtsetzung haben.¹⁰ Hier erweist sich die wichtige Funktion von Verbänden, die nicht nur Interessen artikulieren, sondern auch zum Ausgleich bringen. Mit den Korporationen der vorrevolutionären ständischen Gesellschaft haben diese überwiegend auf dem Prinzip der freiwilligen Assoziation beruhenden Vereinigungen aber nur noch wenig gemein.¹¹

Dennoch sind auch im freiheitlichen Verfassungsstaat die Bedenken, mit denen die individualistische Kritik ihre ablehnende Position(ierung) gegen die Anerkennung juristischer Personen begründet hatte, nicht vom Tisch. Nach wie vor herrscht erhebliche Unsicherheit darüber, welches Recht in dieser Zwischenschicht zwischen Individuum und Staat gilt. Rechtsdogmatisch geht es um die Rechtsfähigkeit, also die Fähigkeit, Träger von Rechten und Rechtspflichten zu sein. Allerdings stellt sich nicht mehr die Frage, ob juristische Personen überhaupt rechtsfähig sein können, sondern um die Gewichtung des Verhältnisses von Rechten und Pflichten. Insofern steht die rechtliche Beziehung der natürlichen zu den durch sie konstituierten juristischen Personen im Fokus. Haben juristische Personen die gleichen Rechte und

⁷ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. II, 1840, §§ 60, 85.

⁸ *Otto von Gierke*, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902 (hier zitiert nach der Ausgabe 1965), S. 23 ff.

⁹ Klassisch: *Niklas Luhmann*, Soziologische Aufklärung Bd. III, 1981, S. 392: „Die Gesellschaft entwickelt auf ihrer Systemebene eine Innendifferenzierung in Teilsysteme, die als solche noch keine Organisationen sind, aber Organisationsbildung begünstigen, nämlich Systeme für Wissenschaft, Wirtschaft, Politik, Erziehung, Religion usw. Organisationen, die auf solche Funktionsbereiche angesetzt sind, bringen einerseits die Besonderheit des Systemtypus zum Tragen; sie selektieren Mitglieder für programmierte Aufgaben, sie bestehen aus Entscheidungen, sie setzen, oft kontrafaktisch, eine organisationsaffine Umwelt voraus, usw. Sie sind zugleich aber gesellschaftlichen Funktionsbereichen zugeordnet. Sie müssen damit den Primat einer bestimmten Funktion anerkennen und sich zugleich an einer gesellschaftlich bestimmten Umwelt ausrichten.“ Ferner: *James S. Coleman*, Foundations of social theory, 1992.

¹⁰ *Thorsten Kingreen/Stephan Rixen*, Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia?, DÖV 2008, 741 ff.

¹¹ *Friedrich Müller*, Korporation und Assoziation, 1965, S. 15 ff.

Pflichten wie die sie tragenden natürlichen Personen? Kann also, anders formuliert, von den natürlichen Personen automatisch auf die Rechte und Pflichten der juristischen Personen geschlossen werden? Bleibt damit in der juristischen Person das Verhältnis von Freiheit und durch Macht begründeter Verantwortung im Vergleich zur natürlichen Person unverändert? Als Unterfrage wird damit auch aufgeworfen, wie das Recht mit hybriden juristischen Personen umgeht, die gemeinsam durch natürliche Personen und staatliche Akteure getragen werden.

Nicht erledigt hat sich auch das in der Französischen Revolution formulierte Anliegen, die soziale Macht intermediärer Akteure rechtlich einzufangen. In Deutschland entstand schon in der Weimarer Zeit, dann aber verstärkt nach 1949 der Verbändestaat.¹² Große, teils öffentlich-rechtlich, teils privatrechtlich organisierte Verbände prägen die Politik (hier insbesondere in Gestalt der in Art. 21 GG als „Zwischenglieder zwischen dem Bürger und den Staatsorganen“¹³ anerkannten politischen Parteien), das Arbeits- und Wirtschaftsleben, das Sozial- und Gesundheitswesen sowie den Sport.¹⁴ Sie werden förmlich in politische Entscheidungsprozesse einbezogen¹⁵ oder wirken informell auf diese ein; zum Teil substituieren sie sogar staatliche Funktionen, wenn sie privates Recht setzen.¹⁶ Soziale Macht ist ein auch globales Phänomen. Bei den intermediären Akteuren des 21. Jahrhunderts handelt es sich auch um weltweit operierende, regelmäßig politisch protegierte Unternehmen und Konzerne, deren Umsatz oftmals das Bruttoinlandsprodukt auch mittelgroßer Staaten übersteigt.¹⁷ Ihre wirtschaftliche Machtstellung generiert einen politischen Einfluss, der keiner demokratischen Kontrolle unterliegt; rechtlichen Bindungen können sie sich durch „forum shopping“ entziehen. Insbesondere in den weniger entwickelten Staaten profitieren sie von Defiziten in der sozial-, wirtschafts- und umweltpolitischen Regulierung, die gesundheitsschädliche und menschenunwürdige Arbeitsbedingungen und den rücksichtslosen Umgang mit Natur und Umwelt begünstigen.¹⁸

Für den traditionellen verfassungsstaatlichen Dualismus aus privater Freiheit und staatlicher Bindung sind diese in der Zwischenschicht zwischen der natürlichen Per-

¹² Klassisch (und umstritten): *Theodor Eschenburg*, Herrschaft der Verbände?, 1955. Vgl. ferner etwa *E.-W. Böckenförde*, Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie, *Der Staat* 15 (1976), 457 ff.; *Dieter Grimm*, Verbände, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Teil 1, 2. Aufl. 1995, S. 665 ff.; *Hans-Detlef Horn*, Verbände, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 41; *Phillippe C. Schmitter/Jürgen Grote*, Der korporatistische Sisyphus. Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, *PVS* 38 (1997), 530 ff.; *Walter Schmidt*, Gesellschaftliche Machtbildung durch Verbände, *Der Staat* 17 (1978), 244 ff.

¹³ BVerfGE 44, 125 (145) – Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung [1977].

¹⁴ *Hans-Detlef Horn*, Verbände (Fn. 12), § 41 Rn. 24 ff.

¹⁵ In Bayern meinte man sie gar über den 1999 abgeschafften Senat an der Staatsleitung beteiligen zu müssen.

¹⁶ S. dazu etwa *Steffen Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, insbes. S. 124 ff. und *Gregor Bachmann*, Private Ordnung, 2006, insbes. S. 227 ff. und *Andreas Engert*, Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, *RW* 2014, 301 ff.

¹⁷ *Katarina Weilert*, Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards, *ZaöRV* 69 (2009), 883 (883).

¹⁸ Eindrucksvolle Aufstellung etwa bei *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix – Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, *Der Staat* 45 (2006), 161 (162f.).

son und dem Staat ansässigen Akteure eine erhebliche Herausforderung. Grundrechtstheorie und -dogmatik sind nach wie vor auf den Grundrechtsschutz für Individuen und gegen den Staat fokussiert und sehen in der juristischen Person nur einfach ein Zuordnungsproblem. Die Dialektik von individueller Freiheit und staatlicher Macht bedingt, dass juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich grundrechtsberechtigt sind, weil auch natürliche Personen grundrechtsberechtigt sind – auch wenn die Berufung auf Grundrechte im Einzelfall nur soziale Machtpositionen zu Lasten gegenläufiger interner wie externer Interessen absichern soll. Juristischen Personen des öffentlichen Rechts muss der Grundrechtsschutz hingegen wegen ihrer Zugehörigkeit zur Sphäre des Staates versagt werden, selbst wenn sie im Einzelfall legitime Individualinteressen vertreten, die ohne sie kein ausreichendes Gehör fänden. Entsprechendes gilt für die Grundrechtsverpflichtung, die grundsätzlich nur öffentlich-, nicht aber privatrechtlich organisierte juristische Personen treffen soll. Soziale Macht vermag diese staatszentrierte Verfassungstheorie¹⁹ nur über staatliche Schutzverpflichtungen einzufangen, die aber u.a. dort wirkungslos bleiben müssen, wo sie an nationalstaatliche Grenzen stoßen. International wird daher vermehrt diskutiert, ob die Unternehmen auch unmittelbar menschenrechtlich zur Verantwortung gezogen werden müssen.²⁰ Die Europäische Kommission drückt in Ihrem Strategiepapier „A renewed strategy 2011–2014 für Corporate Social Responsibility“²¹ immerhin die Erwartungshaltung aus, dass sich europäische Unternehmen bei allen weltweiten Aktivitäten an menschenrechtliche Mindeststandards halten und knüpf damit an den Bericht des Sonderbeauftragten der Vereinten Nationen zu Fragen von Unternehmensverantwortung, *John Ruggie*, an, der die menschenrechtlichen Pflichten zwar nicht unmittelbar aus dem geltenden Völkerrecht, aber doch aus einer universell anerkannten gesellschaftlichen Erwartung ableitet.²²

Vor dem Hintergrund, dass Impulse für Veränderungen im internationalen Menschenrechtsschutz auch aus den staatlichen Grundrechtsordnungen kommen, wird im Folgenden das Verfassungsrecht der Zwischenschicht näher entfaltet. Eine solche Untersuchung muss sich in mehrfacher Hinsicht der Realität von sich auflösenden Grenzen stellen: zwischen den vormals abgeschlossenen nationalstaatlichen Rechts-

¹⁹ Begriff: *Gunther Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *ZaöRV* 63 (2003), 1 ff.

²⁰ Vgl. zum Ganzen *Jochen v. Bernstorff*, Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility, *AVR* 49 (2011), 34; *Angelika Emmerich-Fritsche*, Zur Verbindlichkeit der Menschenrechte für transnationale Unternehmen, *AVR* 45 (2007), 541; *Anne Peters*, Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, (internationale) Menschenrechte zu respektieren und zu fördern?, in: *Kirchschläger u.a. (Hrsg.)*, Menschenrechte und Wirtschaft im Spannungsfeld zwischen State und Nonstate Actors, 2005, 127; *Birgit Spießhofer*, Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, *NJW* 2014, 2473; *Thomas Voland*, Unternehmen und Menschenrechte – vom Soft Law zur Rechtspflicht, *BB* 2015, 67, 70–72; *Marc-Philippe Weller/Luca Kaller/Alix Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *AcP* 216 (2016), 387. Monographisch *David Bunttenbroich*, Menschenrechte und Unternehmen, 2005; *Antje Hennings*, Über das Verhältnis von Multinationalen Unternehmen zu Menschenrechten, 2009; *Kristina Koeltz*, Menschenrechtsverantwortung multinationaler Unternehmen, 2009.

²¹ COM(2011), 681 final.

²² United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciples-BusinessHR_EN.pdf.

ordnungen, die privat- wie öffentlich-rechtlich mit international operierenden Akteuren konfrontiert sind, zwischen öffentlichem und privatem Recht, deren Abgrenzung untereinander durch heterogene Prozesse der Privatisierung von öffentlichen Aufgaben und Funktionen und der damit einhergehenden Entstehung von hybriden Akteuren und Netzwerken gekennzeichnet ist, und schließlich zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht, denn es ist das Wesen der juristischen Person, „aus Recht“ zu bestehen.

B. Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht: Bestandsaufnahme

Im Verfassungsrecht der Zwischenschicht geht es um die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person, die Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung gleichermaßen umfasst. Man möchte eigentlich meinen, dass es sich dabei um eine weitgehend konsolidierte Problemstellung handelt. Tatsächlich herrscht hier aber eine maßgeblich durch das sog. Konfusionsargument ausgelöste Konfusion, die zunächst aufgelöst werden muss (I.), bevor die Frage der Grundrechtsfähigkeit (II.) untersucht wird:

I. Das Konfusionsargument

Fixpunkt der Diskussion ist das sog. Konfusionsargument, das die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft grundrechtsdogmatisch reformuliert. Danach folgt aus der Grundrechtsverpflichtung die fehlende Grundrechtsberechtigung und aus der Grundrechtsberechtigung die fehlende Grundrechtsverpflichtung: Wer also grundrechtsverpflichtet ist, kann nicht grundrechtsberechtigt sein, und wer grundrechtsberechtigt ist, kann nicht grundrechtsverpflichtet sein.²³ Bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH ist diese Dichotomie allerdings zu schlicht:

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht lässt sich allenfalls für die erste Teilaussage des Konfusionsarguments in Anspruch nehmen. Danach sind staatliche Organe grundsätzlich nicht Träger von Grundrechten.²⁴ Juristische Personen des öffentlichen Rechts sollen daher, weil grundrechtsverpflichtet, nicht grundrechtsberechtigt sein.²⁵ Sie handelten „nicht in Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten, sondern aufgrund von Kompetenzen, die vom positiven Recht zugeordnet und inhaltlich bemessen und begrenzt sind. Die Regelung dieser Beziehungen und die Entscheidung

²³ Wolfgang Kahl, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 [Oktober 2014] Rn. 172f.; Gerrit Manssen, Grundrechte. Staatsrecht II, 13. Aufl. 2016, Rn. 89.

²⁴ Vgl. für die Länder BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II [1990].

²⁵ BVerfGE 21, 362 (370) – Sozialversicherungsträger [1967]; zuletzt BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11 u. a. Rn. 188, 192.

daraus resultierender Konflikte sind nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt.“²⁶ Staatliche Kompetenz und Macht sollen also kategorial inkompatibel sein mit grundrechtlicher Freiheit. Innerhalb einer als einheitlich verstandenen Staatsgewalt können sich Konflikt- und Gefährdungslagen, wie sie zwischen Privaten und dem Staat bestehen, gar nicht erst ausbilden, weil es sich nur um horizontale oder vertikale Kompetenzkonflikte handeln kann. Dieses Einheitskonstrukt lässt sich allerdings mit der Anerkennung verselbständigter öffentlich-rechtlicher juristischer Personen nur schwer vereinbaren²⁷ und kann, wie die anerkannten Durchbrechungen zeigen, auch nur durchgehalten werden, wenn man nicht kategorial auf die Person, sondern auf konkret wahrgenommene Funktionen abstellt.

Die zweite Teilaussage des Konfusionsarguments, dass grundrechtliche Freiheit auch unvereinbar sein soll mit grundrechtlicher Bindung, ist noch brüchiger. Zwar wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit der *Lüth*-Entscheidung überwiegend als Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte interpretiert.²⁸ Der stattdessen beschrittene Weg, die Grundrechte als Bestandteil einer „objektiven Wertordnung“ im Wege der sog. „mittelbaren Drittwirkung“ auf die Auslegung des einfachen Rechts „ausstrahlen“ zu lassen,²⁹ soll verdeutlichen, dass Private nicht der gleichen umfassenden Grundrechtsbindung unterliegen wie nach Art. 1 Abs. 3 GG der Staat.³⁰ Die unmittelbare Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand unterscheide sich daher „grundsätzlich von der in der Regel nur mittelbaren Grundrechtsbindung, der auch Private und Privatunternehmen – insbesondere nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung und auf der Grundlage von staatlichen Schutzpflichten – unterworfen sind.“³¹ Daran ist richtig, dass nicht alles, was der Staat aufgrund seiner grundrechtlichen Bindung unterlassen muss, auch Privaten verboten ist; zudem wird das Verhalten Privater oftmals durch einfaches Recht (etwa das Kartellrecht) passgenauer reguliert. Das folgt aber nicht aus dem Gegensatz „unmittelbar“ – „mittelbar“, sondern daraus, dass sich Private in der Abwägung auf Grundrechte berufen können, der Staat hingegen nicht.³² Wenn und soweit die Grundrechte aber in privaten Rechtsverhältnissen gelten, muss der Richter, der einen Rechts-

²⁶ BVerfGE 68, 193 (206) – Zahntechniker-Innungen [1984].

²⁷ Friedrich E. Schnapp, Zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. II, 2007, § 52 Rn. 27. Dazu noch näher unten II. 2.

²⁸ BVerfGE 7, 198 (204 ff.) – Lüth [1958]; vgl. Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 32. Aufl. 2016, Rn. 196 ff.

²⁹ Der Einfluss der Grundrechte beschränkt sich dabei nicht auf die Generalklauseln (wie es lange Zeit hieß), „sondern erstreckt sich auf alle auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften“ (BVerfG, NJW 2016, 2247 [2250]; dazu Andreas Kulick, „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung – Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2016, 2236 [2238 f.]). – Zusammenfassend zur Rechtsprechung etwa Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 96 ff.; Wolfgang Kahl, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 [Oktober 2014] Rn. 328 ff.

³⁰ Stefan Perner, Grundfreiheiten, Grundrechtecharta und Privatrecht, 2013, S. 164 ff. und Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 272 ff.

³¹ BVerfGE 128, 226 (249) – Fraport [2011].

³² Vgl. auch Wolfgang Rübner, Grundrechtsadressaten, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 88: „Verlegenheitslösung“.

streit unter Privaten zu entscheiden hat, sie bei der Auslegung des einfachen Rechts berücksichtigen.³³ Seine Entscheidung läuft dann im Ergebnis darauf hinaus, dass Private untereinander zur Rücksichtnahme auf ihre jeweiligen Grundrechte angehalten werden. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte begründet also nicht anders als die unmittelbare Drittwirkung Pflichten Privater, wenn auch mediatisiert über eine richterliche Entscheidung.³⁴ Diese Pflichten folgen aus der Notwendigkeit, im Einzelfall kollidierende Grundrechte auch im Rahmen der Auslegung des einfachen Rechts zu einem möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.³⁵ Entsprechendes gilt für die Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten für das chancenlose Grundrecht im privatrechtlichen Konflikt, die sich in Fällen einer faktischen Asymmetrie im Vertragsrecht letztlich gegen den von dieser Ungleichgewichtigkeit profitierenden Privaten richten.³⁶

„Mittelbare Drittwirkung“ und „Schutzpflicht“ sind also letztlich rhetorische Tarnungen der grundrechtlichen Inpflichtnahme Privater. Das muss nicht prinzipiell gegen sie sprechen, denn die unmittelbare Drittwirkung erzeugt allzu leicht das Missverständnis, dass private und staatliche Bindung kongruent sind. Für den hiesigen Zusammenhang, das Konfusionsargument, ist das aber wichtig, weil sich damit dessen Prämisse, dass Grundrechtsträger *per se* nicht grundrechtsgebunden sein können, als haltlos erweist. Das zeigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Bierdosen-Flashmob“ auf einem öffentlich zugänglichen, aber im Eigentum einer GmbH und Co. KG stehenden Platz in der Passauer Innenstadt.³⁷ Das Bundesverfassungsgericht stellt hier zwar fest, dass die Gesellschaft als juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG Trägerin des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) sei. Gleichwohl könnten sich die Veranstalter des Flashmobs auf Art. 8 Abs. 1 GG berufen, der zwar kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten schütze, aber die Durchführung von Versammlungen überall dort schütze, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist.³⁸ Zwar sei die GmbH & Co. KG „nicht wie die staatliche Gewalt unmittelbar an Grundrechte gebunden“, doch sei „die Versammlungsfreiheit [...] im Wege der mittelbaren Drittwirkung nach Maßgabe einer Abwägung zu beachten.“³⁹ Trotz dieses Bekenntnisses zu einer „nur“ mittelbaren Drittwirkung heißt es dann aber, dass „Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten freilich unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte auch ähnlich oder auch genauso weit wie der Staat durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden [können], insbesondere, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat.“⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht verweist insoweit auf seine FRAPORT-Entscheidung, obwohl es dort wegen der öf-

³³ Klassisch: *Karl Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts, 3. Aufl. 1984, S. 209.

³⁴ *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, 489f.; ferner etwa *Johannes Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (374, 382).

³⁵ Vgl. BVerfGE 134, 204 (223) – Werkverwertungsverträge [2013].

³⁶ BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreter [1990]; 92, 26 (46) – Zweitregister [1995]; 134, 204 (223) – Werkverwertungsverträge [2013].

³⁷ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats v. 18.7.2015, 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485.

³⁸ BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485f.).

³⁹ BVerfG, NJW 2015, 2485 (2485f.).

⁴⁰ BVerfG, NJW 2015, 2485 (2486).

fentlichen Anteilsmehrheit an einer privatrechtlichen juristischen Person nicht um eine mittelbare Drittwirkung, sondern um einen Fall unmittelbarer Grundrechtsbindung i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG ging.⁴¹ Es möchte also beide Fälle gleich behandeln, weil es für die Grundrechtsberechtigung bei Art. 8 Abs. 1 GG nicht auf die Eigentumsverhältnisse am öffentlichen Raum ankommen kann. Damit erweist sich aber das Bekenntnis zur mittelbaren Drittwirkung im Flashmob-Fall als bloße Rhetorik. Wenn nämlich auch die mittelbare Drittwirkung eine dem Staat vergleichbare grundrechtliche Inpflichtnahme deckt, verschwimmen die Grenzen zur unmittelbaren Grundrechtsbindung.⁴² Der einzige (selbstverständliche) Unterschied besteht dann noch darin, dass sich der grundrechtlich in die Pflicht genommene private Eigentümer anders als eine öffentliche oder öffentlich beherrschte juristische Person auf sein kollidierendes Grundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) berufen kann. Das ist aber keine Frage der (unmittelbaren oder mittelbaren) Grundrechtsverpflichtung, sondern der Abwägung zwischen kollidierenden Grundrechten, die diese staatlichem wie bei nicht-staatlichem Eingreifen erforderlich ist.

So beschränkt sich die materiell-rechtliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen unmittelbarer Drittwirkung und mittelbarer Drittwirkung auf die graduellen Unterschiede zwischen staatlicher und privater Bindung. Rechtserheblich ist sie vor allem im Prozessrecht, denn im Verfassungsbeschwerdeverfahren kann nur über die Konstruktion einer mittelbaren Drittwirkung die öffentliche Gewalt i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG adressiert werden. Doch ändert das nichts daran, dass die rechtsanwendende Gewalt (insbesondere also die Fachgerichte) die Grundrechte nur deshalb berücksichtigen muss, weil und soweit diese unmittelbare materielle Verpflichtungen auch gegenüber Privaten begründen.

2. Rechtsprechung des EuGH

Im Unionsrecht hat das Argument der zu vermeidenden Konfusion von privater Berechtigung und öffentlicher Bindung eine noch geringere Valenz. Es wird in vielen Teilbereichen vom Grundsatz der Rechtsformneutralität geprägt, d.h. die Anwendbarkeit von Normen hängt nicht von der Rechtsform ab, weil sich anderenfalls die Mitgliedstaaten durch die ihnen frei stehende Rechtsformwahl der Anwendung des Unionsrechts entziehen könnten („keine Flucht aus dem Unionsrecht“).⁴³ Unerheblich ist auch, ob eine freiheitsbeeinträchtigende Maßnahme auf staatlicher Rechtsetzung oder auf von Privatpersonen geschlossenen Verträgen oder sonstigen Akten beruht, weil es insoweit (etwa bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen) in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Praktiken gibt, die aber nicht dafür maßgebend sein können, ob Unionsrecht anwendbar ist oder nicht.⁴⁴

⁴¹ So ausdrücklich BVerfGE 128, 226 (248f.) – Fraport [2011]; Gleiches gilt für BGH, NJW 2015, 2892.

⁴² *Christoph Smets*, Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge? Zur Aufhebung eines Hausverbots für eine Versammlung auf privatem Grund, NVwZ 2016, 35 (37f.).

⁴³ Vgl. etwa für das Kartellrecht EuGH, Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 (Höfner und Elser).

⁴⁴ EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 84 (Bosman).

Dieser Ansatz trägt namentlich die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Bindung von Korporationen an die *Grundfreiheiten*. So sind etwa die nationalen Sportverbände im Rahmen privatautonomer Rechtsetzung⁴⁵ ebenso an die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) gebunden wie etwa Gewerkschaften im Rahmen von kollektiven Maßnahmen gegen Unternehmen.⁴⁶ Tragend ist insoweit die Begründung, dass die private der staatlichen Normsetzung funktional entspricht. Die Verwirklichung der Grundfreiheiten sei gefährdet, „wenn die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichteten.“⁴⁷ Das ist ein eher pragmatischer Zugang, der ganz im Zeichen des unionsrechtlichen *effet utile* steht. Er wird möglich, weil der EuGH die Grundfreiheiten nicht in den theoretisch-historischen Kontext der Grundrechte rückt, sondern einfach prüft, ob soziale Verbandsmacht mit staatlicher Rechtsetzungsmacht vergleichbar ist.

Die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) ist zwar weniger eindeutig. Hier hat der EuGH nach anfänglicher Ablehnung⁴⁸ einer unmittelbaren Drittwirkung Art. 34 AEUV auf die private Normsetzung durch einen gemeinnützigen Verein angewendet.⁴⁹ Es ist aber nicht ganz klar, ob die Bindung die Normsetzung selbst erfasst oder nur die staatlichen Normen, die die private Rechtsetzung inkorporieren.⁵⁰ Unabhängig davon lässt sich festhalten, dass die (im Schrifttum allerdings kritisch begleitete⁵¹) Rechtsprechung zur Bindung an die Grundfreiheiten weitaus weniger als die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Abgrenzung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sphäre abstellt, sondern darauf, ob eine Korporation im Einzelfall ein Potenzial zur Gefährdung subjektiver Rechte hat, das demjenigen staatlicher Akteure entspricht. Allerdings sind die Grenzen dieser Bindung auch noch nicht ausgelotet. Der EuGH hat nämlich die Arbeitnehmerfreizügigkeit sogar auf individualrechtliche Vereinbarungen angewendet;⁵² teilweise

⁴⁵ EuGH, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 16/19 (Walrave und Koch); Rs. 13/76, ECLI:EU:C:1976:115, Rn. 17/18 (Donà); Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 82 ff. (Bosman); Verb. Rs. C-51/96 u. C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199, Rn. 47 (Deliège); Rs. C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201, Rn. 9 f. (Lehtonen und Castors Braine).

⁴⁶ EuGH, Rs. C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 42 ff. (International Transport Workers' Association).

⁴⁷ So EuGH, Rs. 36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 16/19 (Walrave und Koch).

⁴⁸ EuGH, Rs. 311/85, ECLI:EU:C:1987:418, Rn. 30 (VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten); ECLI:EU:C:1988:448 Rn. 11 (Bayer u.a./Süllhöfer). Für eine unmittelbare Drittwirkung auch der Warenverkehrsfreiheit demgegenüber GA *Trstenjak*, Schlußantr. zu EuGH, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:176, Ziff. 43 (Fra.bo).

⁴⁹ EuGH, Rs. C-171/11, ECLI:EU:C:2012:453, Rn. 27 ff. (Fra.bo).

⁵⁰ Nachweise zum Streitstand: *Thorsten Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34–36 AEUV Rn. 112.

⁵¹ *Thorsten Kingreen*, ebd., Rn. 113.

⁵² EuGH, Rs. C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 34 (Angonese); Rs. C-94/07, ECLI:EU:C:2008:425, Rn. 45 (Raccanelli).

werden demgegenüber Private nicht unmittelbar an die Grundfreiheiten gebunden, sondern wird die mitgliedstaatliche Schutzpflicht aktiviert.⁵³

Auch bei der Grundfreiheitsberechtigung spielt die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privaten Bereich keine tragende Rolle: Träger der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit sind gemäß Art. 54 Abs. 1 (i.V.m. Art. 62) AEUV auch Gesellschaften. Das sind nach Art. 54 Abs. 2 AEUV nicht nur juristische Personen des bürgerlichen, sondern auch des öffentlichen Rechts.

Für die *Unionsgrundrechte* regelt Art. 51 GRCh die umfassende Bindung der Union und die eingeschränkte Bindung der Mitgliedstaaten. Regelungen zur Bindung Privater (und damit auch privater Korporationen) enthält die Norm, insoweit mit Art. 1 Abs. 3 GG vergleichbar, nicht. Allerdings wird man daraus kaum schließen können, dass eine Drittwirkung der Unionsgrundrechte ausscheidet, schon, weil die Charta in Art. 15 Abs. 2 und 45 GRCh auch die Personenverkehrsfreiheiten garantiert, für die der EuGH die Drittwirkung, wie vorstehend ausgeführt, bereits bejaht hat. Auch ist es bei einzelnen sozialen Grundrechten für Arbeitnehmer (Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung, gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen, Verbot der Kinderarbeit, Schutz des Familien- und Berufslebens, Art. 29–33 GRCh) jedenfalls naheliegend, dass sie auch und gerade (private) Arbeitgeber unmittelbar verpflichtet. Einschlägige Rechtsprechung des EuGH gibt es allerdings noch nicht;⁵⁴ im Schrifttum ist die Frage umstritten.⁵⁵

Für die Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes ist die Rechtsprechung des EuGH keine ferne Welt. Die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten bei privaten Verhaltensweisen löst nämlich nach überwiegender Meinung auch die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte i.S.v. Art. 51 GRCh aus,⁵⁶ die in Kollisionslagen Vorrang vor den Grundrechten des Grundgesetzes genießen.⁵⁷ Gegen die deutsche Grundrechtsinterpretation, die eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte ablehnt, werden sich daher ggfs. die subjektiv-öffentlichen Verfassungsrechte des Unionsrechts durchsetzen.

II. Die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person

Das Konfusionsargument unterstellt damit eine kategoriale Unterscheidung zwischen staatlicher Bindung und gesellschaftlicher Freiheit, die so nicht besteht und auch durch die einschlägigen Verfassungstexte nicht vorgegeben ist.⁵⁸ Zwar begrün-

⁵³ EuGH, Rs. C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595, Rn. 30 (Kommission/Frankreich); Rs. C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 57 (Schmidberger).

⁵⁴ Für Art. 31 GRCh ablehnend aber GA *Trstenjak*, Schlussantrag v. 8.9.2011, C-282/10, ECLI:EU:C:2011:559, Rn. 80 ff. (Dominguez).

⁵⁵ Vgl. *Stefan Permer*, Grundfreiheiten, Grundrechte–Charta und Privatrecht, 2013, 162 ff.

⁵⁶ Nachweise zum Streitstand: *Thorsten Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.); EUV/AEUV, 5. Auf. 2016, Art. 51 GRCh Rn. 16 ff.

⁵⁷ Dazu näher *Thorsten Kingreen*, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801 (807 f.).

⁵⁸ Berechtigte Kritik: *Michael Goldhammer*, Grundrechtsberechtigung und –verpflichtung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, JuS 2014, 891 (894 f.); *Friedrich E. Schnapp*, Grundrechtsberechtigung

det Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte, schließt damit aber weder die Grundrechtsverpflichtung nichtstaatlicher Akteure noch die Grundrechtsberechtigung von öffentlich-rechtlich organisierten Akteuren aus. Auch das europäische Recht wird nicht in dem binären Sinne gedeutet, dass Private nur Rechte, öffentliche Akteure hingegen allein Kompetenzen haben; es wird die deutsche Grundrechtsinterpretation beeinflussen. Schon aus diesem Grunde kann man die Ausgangsfrage nach dem für intermediäre Akteure maßgeblichen Verfassungsrecht nicht einfach dadurch beantworten, dass man die Zwischenschicht zwischen Individuum und Staat wiederum in jeweils einen Block privatrechtlicher Freiheit und öffentlich-rechtlicher Bindung unterteilt. Maßgebend für das deutsche Verfassungsrecht ist vielmehr Art. 19 Abs. 3 GG, dem drei wichtige Aussagen entnommen werden können: Er regelt erstens nur die Grundrechtsberechtigung (dazu 1.), berechtigt zweitens allgemein, d.h. ohne kategoriale Unterscheidung nach der Rechtsform, inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach Grundrechtsträger sein können (s. 2.), und macht drittens die Grundrechtsberechtigung davon abhängig, ob auch das konkrete Grundrecht seinem Wesen nach anwendbar ist (3.). Das sind wichtige Eingrenzungen, mit denen sich der Grundrechtsschutz und die Grundrechtsverantwortung intermediärer Akteure gut begründen und begrenzen lassen:

1. Grundrechtsverpflichtung juristischer Personen

Art. 19 Abs. 3 GG regelt die Grundrechtsberechtigung, nicht die Grundrechtsverpflichtung juristischer Personen.⁵⁹ Die Grundrechtsverpflichtung richtet sich daher nach dem allgemeinen Art. 1 Abs. 3 GG, weshalb zwar juristische Personen des öffentlichen Rechts uneingeschränkt grundrechtsverpflichtet sind, aber auch nicht ausgeschlossen ist, dass im Einzelfall auch juristische Personen des Privatrechts an die Grundrechte gebunden sein können.⁶⁰

Umgekehrt folgt aber aus Art. 1 Abs. 3 GG nichts für die Grundrechtsberechtigung; dass er – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – dennoch immer wieder argumentativ bei der Auslegung von Art. 19 Abs. 3 GG ins Feld geführt wird, zeigt, dass das untaugliche Konfusionsargument nach wie vor unterschwellig wirkt.

2. Wesensmäßige Anwendbarkeit I: Juristische Personen als Grundrechtsträger

Begrifflich weitergehend als das Zivilrecht schützt Art. 19 Abs. 3 GG nicht nur vollrechtsfähige Vereinigungen, sondern auch sonstige privatrechtliche Vereinigungen, denen das Zivilrecht lediglich Teilrechtsfähigkeit einräumt wie namentlich den Per-

(Fn. 27), § 52 Rn. 27; Friedrich K. Schoch, Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, Jura 2001, 201 (204).

⁵⁹ Weitgehend allg. Meinung, s. nur Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 28.

⁶⁰ Vgl. zu BVerfG, NJW 2015, 2485 bereits oben I. 1.

sonengesellschaften.⁶¹ Für das Verständnis der Norm entscheidend ist die einschränkende Wendung der „wesensmäßigen Anwendbarkeit“. Sie wird nicht nur auf den Grundrechtsinhalt⁶², sondern auch auf den Grundrechtsträger („Rechtsträgerseite“⁶³) bezogen.⁶⁴ Daraus wird überwiegend gefolgert, dass Art. 19 Abs. 3 GG trotz der allgemeinen Formulierung („inländische juristische Personen“) nicht rechtsformneutral ist.

Das Bundesverfassungsgericht stellt insoweit auf das personale Substrat der juristischen Person ab: „Das Wertsystem der Grundrechte“ basiere auf der „Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürlicher Person“. Es rechtfertigt „eine Einbeziehung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der ‚Durchgriff‘ auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen lässt.“⁶⁵ Aufgrund dieses individualistischen Ansatzes, der die juristische auf die natürliche Person rückbezieht, gelten daher die Grundrechte ihrem Wesen nach grundsätzlich nicht für juristische Personen des öffentlichen Rechts, „weil der unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt.“⁶⁶ Daher sind nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts etwa die Bundesländer,⁶⁷ die Gemeinden,⁶⁸ Sozialversicherungsträger,⁶⁹ Ärztekammern⁷⁰ und Sparkassen⁷¹ nicht grundrechtsberechtigt.

Den personalen Bezug sieht das Bundesverfassungsgericht hingegen bei öffentlich-rechtlichen Institutionen als gegeben an, denen die Rechtsordnung grundrechtlich geschützte Lebensbereiche zuordnet, nämlich den öffentlich-rechtlich organisierten Rundfunkanstalten und Hochschulen im Hinblick auf ihre jeweiligen Grundrechte (Art. 5 Abs. 1 S. 2 bzw. Abs. 3 S. 1 GG).⁷² Eine weitere Ausnahme soll für die Prozessgrundrechte der Art. 101 Abs. 1 S. 2 und 103 Abs. 1 GG gelten. Diese sollen auch juristische Personen des öffentlichen Rechts schützen, weil sie „keine Individualrechte wie die Art. 1 bis 17 GG“, sondern „objektive Verfahrensgrundsätze“ enthielten.⁷³ Das ist in jeder Hinsicht eine rätselhafte Begründung.⁷⁴ Man kann fra-

⁶¹ Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 44 ff.

⁶² Dazu später 3.

⁶³ Friedrich K. Schoch, Grundrechtsfähigkeit (Fn. 58), 203.

⁶⁴ Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 30; Michael Goldhammer, Grundrechtsberechtigung (Fn. 58), 892; Friedrich K. Schoch, Grundrechtsfähigkeit (Fn. 58) 203.

⁶⁵ BVerfGE 21, 362 (369) – Sozialversicherungsträger [1967]; auch in der Literatur erfährt der individualistische Ansatz verbreitete Zustimmung, s. etwa Peter M. Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr./Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Rn. 209 ff.

⁶⁶ BVerfGE 21, 362 (371) – Sozialversicherungsträger [1967]; 61, 82 (101) – Sasbach [1982].

⁶⁷ BVerfGE 81, 310 (334) – Kalkar II [1990].

⁶⁸ BVerfGE 98, 17 (47) – Sachenrechtsmoratorium [1998].

⁶⁹ BVerfGE 21, 262 (277) – Arbeitsvermittlungsmonopol [1967]; 39, 302 (314) – AOK [1975]; 77, 340 (344) – Beschlagnahme von Filmmaterial [1987].

⁷⁰ BVerfG, NJW 1997, 1634 (1634 f.).

⁷¹ BVerfGE 75, 192 (200) – Sparkassen [1987].

⁷² Vgl. BVerfGE 15, 256 (262) – Universitäre Selbstverwaltung [1967] und BVerfGE 31, 314 (322) – Rundfunkentscheidung [1971].

⁷³ BVerfGE 21, 362 (373) – Sozialversicherungsträger [1967]; 61, 82 (104) – Sasbach [1982]; 75, 192 (200) – Sparkassen [1987].

⁷⁴ Kritisch auch Josef Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 199 Rn. 56.

gen, wie denn überhaupt der für die „wesensmäßige Anwendbarkeit“ i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG vermeintlich erforderliche „Bezug zum Menschen“ begründet werden kann, wenn die besagten Normen gar keine Individualrechte enthalten.⁷⁵ Abgesehen davon ist unklar, warum sie keine Individualrechte sein sollen; zumindest prozessual – sie sind in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannt – ist diese Position kaum haltbar. Schließlich: Wäre diese Gegenüberstellung von individualrechtlicher und objektivrechtlicher Grundrechtsfunktion richtig, so müssten zumindest die objektivrechtlichen Grundrechtegehalte bei den anderen Grundrechten auch von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts gerügt werden können.⁷⁶

Hervorzuheben sind ferner mehrere Entscheidungen aus dem Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung. So hat das Bundesverfassungsgericht auf der einen Seite die Grundrechtsberechtigung einer Zahntechnikerinnung verneint, weil diese in das öffentlich-rechtliche System des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts einbezogen sei;⁷⁷ es hat diese aber auf der anderen Seite für eine Orthopädietechnikerinnung bejaht, weil diese nicht in das Krankenversicherungssystem integriert gewesen sei.⁷⁸ Diese beiden Entscheidungen werden im Schrifttum teilweise als inkongruent angesehen,⁷⁹ enthalten aber einen wichtigen Differenzierungsansatz. Die erste Entscheidung betont zwar zunächst die Notwendigkeit eines personalen Bezugs für die Grundrechtsberechtigung, argumentiert dann aber rein funktional mit der Eingliederung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung.⁸⁰ In der zweiten Entscheidung wird auf das Erfordernis eines personalen Substrats gar nicht mehr eingegangen und allein darauf abgestellt, dass „die Innungen der Orthopädietechniker von den angegriffenen Regelungen nicht in ihrer Funktion als Teil der staatlichen Verwaltung, sondern als Interessenvertretung ihrer Mitglieder betroffen“⁸¹ seien. Zur Bejahung der Grundrechtsberechtigung dürfte aber auch beigetragen haben, dass die Streitgegenständlichen Regelungen auch von privaten Verbänden angegriffen worden waren und sich allein an der Rechtsform anknüpfende Unterschiede kaum hätten rechtfertigen lassen.⁸² Der Ansatz, auf (in der Sache hier übrigens zweifelhafte⁸³) Unterschiede im einfachen Recht (= Inkorporation in das System der gesetzlichen Krankenversicherung) abzustellen, ist grundsätzlich überzeugend, wenn man die rechtliche Ausgestaltung und die konkret betroffene Aufgabe der juristischen Person im Einzelfall für maßgebend hält, und nicht den individualistischen „Durchblick“ auf die natürlichen Personen.⁸⁴ Es erschließt sich dann aber nicht, warum das Bundesverfassungsgericht später Kassenärztliche Vereinigungen pauschal

⁷⁵ Entsprechendes gilt für die neuerdings verwendete Gegenüberstellung von „individueller Autonomie“ auf der einen und (wohl objektiv und systemisch verstandener) „prozeduraler Gerechtigkeit und Waffengleichheit“ auf der anderen Seite (BVerfG, NJW 2014, 1723 [1725]).

⁷⁶ Friedrich K. Schoch (Fn. 58), 205 Fn. 94; vgl. auch Peter M. Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 65), Art. 19 Abs. 3 Rn. 325.

⁷⁷ BVerfGE 68, 193 (209f.) – Zahntechniker-Innungen [1984].

⁷⁸ BVerfGE 70, 1 (16) – Orthopädietechniker-Innungen [1985].

⁷⁹ Etwa von Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 67.

⁸⁰ BVerfGE 68, 193 (207f.) – Zahntechniker-Innungen [1984].

⁸¹ BVerfGE 70, 1 (16) – Orthopädietechniker-Innungen [1985].

⁸² Zum Argument der Waffengleichheit noch unten C. II.

⁸³ Peter Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 1997, 267.

⁸⁴ Dazu noch unten C. I.

und auch dann vom Grundrechtsschutz ausgenommen hat, soweit sie Grundrechte der in ihr zusammengeschlossenen Ärzte fördern.⁸⁵ Außerdem bleibt offen, was diese funktionale Argumentation für die Grundrechtsberechtigung privatrechtlicher Verbände bedeutet, die in das System der gesetzlichen Krankenversicherung einbezogen sind.⁸⁶

Die Dinge verkomplizieren sich weiter, weil das Bundesverfassungsgericht die „wesensmäßige Anwendbarkeit“ in einigen Entscheidungen mit der Begründung verneint, dass die betreffende juristische Person „öffentliche Aufgaben“ wahrnehme. Damit tritt die Frage der Rechtsnatur in den Hintergrund, denn auf der einen Seite sollen auch juristische Personen des öffentlichen Rechts grundrechtsberechtigt sein, wenn sie keine öffentlichen Aufgaben, sondern die Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen (wie im vorstehenden Fall der Zahntechnikerinnung). Auf der anderen Seite sollen auch juristische Personen des Privatrechts nicht grundrechtsberechtigt sein, wenn und soweit sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen, so der TÜV⁸⁷, eine gemeinnützige Baugenossenschaft⁸⁸ und eine Wohnungsbaugesellschaft⁸⁹. Auch hier bleiben Fragen offen: Aus der Diskussion über Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben war an sich die Erkenntnis übrig geblieben, dass es nicht möglich ist, feste staatliche bzw. öffentliche Aufgabenbestände zu definieren.⁹⁰ Außerdem ist es nicht einsichtig, dass das Bundesverfassungsgericht auf der einen Seite zunächst das rechtsformbezogene Konfusionsargument aufführt, um die fehlende Grundrechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu begründen,⁹¹ der Rechtsform dann auf der anderen Seite doch nur „indizielle Bedeutung“ beimessen will.⁹² Jüngst formuliert es sogar allgemein, die Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt sei „unabhängig von den gewählten Handlungsformen und den Zwecken, zu denen sie tätig wird“⁹³. Da es aus der von verfolgten Zwecken unabhängigen Grundrechtsverpflichtung mit dem Konfusionsargument zugleich die fehlende Grundrechtsberechtigung ableitet,⁹⁴ kann daher die Frage der Grundrechtsfähigkeit insgesamt nicht von dem Zweck abhängig sein, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Insgesamt bleibt damit unklar, in welchem Verhältnis Rechtsform und wahrgenommene Aufgabe zueinander stehen, wenn es um die Frage der „wesensmäßigen Anwendbarkeit“ geht.

⁸⁵ BVerfG, NJW 1996, 1588 (1588f.). Passend wäre hier die Begründung gewesen, dass es sich um eine Auseinandersetzung der Kassenärztlichen Vereinigung mit einzelnen Mitgliedern handelte. Denn bei verbandsinternen Streitigkeiten befindet sich der Verband in keiner grundrechtstypischen Gefährdungslage, vgl. auch noch unten C. III. 2.

⁸⁶ S. unten C. III. 2.

⁸⁷ BVerfG, NJW 1987, 2501 (2502).

⁸⁸ BVerfG, NJW 1996, 584 (584): „Befugnisse nur im öffentlichen Interesse“.

⁸⁹ BVerfG, NVwZ-RR 2016, 242 (243).

⁹⁰ Vgl. *Thorsten Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, 108 ff. Speziell kritisch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 3 GG etwa *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Piero, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 18; *Gerrit Manssen*, Grundrechte. Staatsrecht II, 13. Aufl. 2016, Rn. 88; *Friedrich K. Schoch*, Grundrechtsfähigkeit (Fn. 58), 206.

⁹¹ BVerfGE 21, 362 (371) – Sozialversicherungsträger [1967]; 61, 82 (101) – Sasbach [1982].

⁹² So BVerfGE 68, 193 (212) – Zahntechniker-Innungen [1984].

⁹³ BVerfG, Beschl. v. 19.7.2016, 2 BvR 470/08, Rn. 29.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.7.2016, 2 BvR 470/08, Rn. 28.