

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 Frotzcher/Bodo Piero*, *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; *Phillipe 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 Augsburg*, 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 knüpft 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 Buntbroich*, 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/Pieroth, 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.

Das Problem wird virulent bei den Nachfolgeunternehmen der vormaligen Staatsunternehmen, etwa der (zu 100% vom Bund getragenen) Deutschen Bahn AG.⁹⁵ Die Situation ist hier einigermaßen unübersichtlich, weil die Diskussion vielfach von der Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) her geführt und damit kurzerhand mit dem Konfusionsargument erledigt wird. So bejaht das Bundesverfassungsgericht in der FRAPORT-Entscheidung die Grundrechtsbindung der Betreibergesellschaft, weil diese zu ca. 70% von öffentlichen Anteilseignern beherrscht werde, und schließt daraus eher „beiläufig“⁹⁶ auf die fehlende Grundrechtsberechtigung;⁹⁷ zuvor hatte es, gewissermaßen umgekehrt, die Grundrechtsberechtigung eines Energieversorgungsunternehmens verneint, weil es zu 72% in kommunaler Hand war.⁹⁸ Das Konfusionsargument hat also nach wie vor eine tragende Rolle in der Debatte. Dementsprechend verlaufen die Fronten etwa bei der Grundrechtsberechtigung der Deutschen Bahn AG, die von denjenigen bejaht wird, die ihre Grundrechtsbindung verneinen⁹⁹ und von denjenigen abgelehnt wird, die diese bejahen.¹⁰⁰ Legt man die referierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, spricht wegen der staatlichen Beherrschung der Deutschen Bahn AG¹⁰¹ und auch wegen der von ihr zu erfüllenden Aufgaben, die man mit der gebotenen Vorsicht als jedenfalls überwiegend öffentlich ansehen darf, alles für eine Grundrechtsbindung der Deutschen Bahn AG. Mit dem aufgabenbezogenen Argument müsste man dann aber an sich auch die privaten Wettbewerber der Bahn als grundrechtsverpflichtet ansehen, denn diese haben jedenfalls im Bereich des Personenverkehrs die gleiche Funktion wie die Deutsche Bahn AG.¹⁰² Umgekehrt kann man damit aber nicht ihre Grundrechtsberechtigung verneinen, die – insbesondere im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG – nicht

⁹⁵ Die Deutsche Bahn AG ist ein aus mehreren Teilunternehmen bestehender Konzern; Anteilseigner ist aber jeweils zu 100% der Bund, vgl. *Robert Uerpmann-Witzack*, Verkehr, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 89 Rn. 6, 42.

⁹⁶ *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 18.

⁹⁷ BVerfGE 128, 226 (247) – Fraport [2011]: „Mit der unmittelbaren Grundrechtsbindung und der damit fehlenden Berechtigung, sich in einem Zivilrechtsstreit gegenüber Privaten auf eigene Grundrechte zu berufen [...]“; ferner S. 248f.: „die Grundrechtsbindung und die *ihr entsprechende* fehlende Grundrechtsberechtigung“ (Hervorhebungen nur hier), ferner BVerfG, Beschl. v. 19.7.2016, 2 BvR 470/08, Rn. 27f.: Wegen Grundrechtsverpflichtung keine Grundrechtsberechtigung eines von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in Privatrechtsform betriebenen Schwimmbads.

⁹⁸ BVerfG, NJW 1990, 1783 (1783); dagegen etwa *Bodo Pieroth*, Die Grundrechtsberechtigung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, NWVBl. 1992, 85 (88).

⁹⁹ *Hubertus Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr./Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 87e Abs. 3 Rn. 53 f; *Markus Möstl*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 87e [2006] Rn. 102; *Robert Uerpmann-Witzack*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 87e Rn. 10.

¹⁰⁰ Etwa *Ulrich Battis/Jens Kersten*, Die Deutsche Bahn AG als staatliches Wirtschaftsunternehmen zwischen Grundrechtsverpflichtung, Gemeinwohlauftrag und Wettbewerb, WuW 2005, 493 (495f., 501); *Georg Jochum*, Die Grundrechtsbindung der Deutschen Bahn AG, NVwZ 2005, 779 (781); *Barbara Remmert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Art. 87e [2016] Rn. 13.

¹⁰¹ Mit dieser Begründung etwa auch *Elke Gurlit*, Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2012, 249 (253); *Thomas Hammer*, Die unternehmerische Freiheit der Eisenbahnen des Bundes, DÖV 2011, 761 (765).

¹⁰² In diesem Sinne etwa *Hubertus Gersdorf*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 99), Art. 87e Abs. 3 Rn. 53.

ernsthaft zweifelhaft ist. Die auch materiell privaten Eisenbahnunternehmen wären dann also gleichermaßen grundrechtsverpflichtet und -berechtigt. Wenn aber damit aus der Grundrechtsverpflichtung ohnehin nicht zwangsläufig auf eine fehlende Grundrechtsberechtigung geschlossen werden kann, muss auch bei der Deutschen Bahn AG die Frage der Grundrechtsberechtigung unabhängig von ihrer nach Art. 1 Abs. 3 GG bestehenden Grundrechtsbindung allein am Maßstab des Art. 19 Abs. 3 GG geprüft werden und könnte im Einzelfall durchaus bejaht werden, wenn sie funktional in der gleichen Lage ist wie ihre privaten Wettbewerber. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher, allerdings jeweils noch vor der FRAPORT-Entscheidung, die Grundrechtsberechtigung der TELEKOM unter Hinweis „auf ihre ausschließlich privatwirtschaftliche Tätigkeit und Aufgabenstellung (Art. 87f Abs. 2 GG)“ bejaht, obwohl der Bund zum maßgeblichen Zeitpunkt noch die Mehrheit der Anteile gehalten hat¹⁰³ und daher auch eine Grundrechtsbindung hätte angenommen werden müssen.

In Kombination mit dem Konfusionsargument erweist sich das Beherrschungsargument allerdings insgesamt als prekär. Wenn nämlich der öffentliche und der private Anteil konvergieren, möglicherweise sogar bei jeweils genau 50 % (wie etwa beim Flughafen Düsseldorf) liegen, kann man weder von einer staatlichen Beherrschung sprechen, die die Grundrechtsbindung auslösen würde, noch davon, dass ein „unmittelbarer Bezug zum Menschen“¹⁰⁴ besteht, der die Grundrechtsberechtigung begründen könnte. Und soll sich an der Gewichtung allen Ernstes etwas ändern, wenn eine Seite nur 50,1 % und die andere 49,9 % hält?¹⁰⁵ Soll also etwa keine Grundrechtsbindung der FRAPORT AG mehr bestehen, wenn der öffentliche Anteil unter 50 % rutscht?¹⁰⁶ Reichen umgekehrt auch weniger öffentliche Anteile zur Begründung der Grundrechtsverpflichtung, wenn die Hauptversammlungspräsenz regelmäßig nur zwischen 67 % und 74 % lag und dadurch der Staatsanteil faktisch über 50 % stieg?¹⁰⁷ In der Literatur werden diese offenen Fragen auf ein vermeintlich unlösbares Dilemma zurückgeführt: Entweder man akzeptiere, dass sich der Staat die Grundrechtsberechtigung durch marginale Hinzuziehung Privater „erschleichen“ und sich damit zugleich der Grundrechtsbindung entziehen könne oder man beeinträchtige den Grundrechtsschutz Privater, wenn allein eine geringe staatliche Beteiligung die Grundrechtsberechtigung entfallen und die Grundrechtsbindung entstehen lasse.¹⁰⁸ Was allerdings nicht gesagt wird: In diese vermeintliche „dilemmatische Grundstruktur“¹⁰⁹ gerät man nur, wenn man auf der Grundlage des Konfusionsarguments Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung in ein Verhältnis wechselseitiger Exklusivität stellt. Bei den gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen ist aber

¹⁰³ BVerwGE 114, 160 (189); 118, 352 (359); 120, 54 (79); anders aber noch BVerwGE 113, 208 (211). Das Bundesverfassungsgericht (E 115, 115 [227f.]) hat die Grundrechtsfähigkeit nach der Privatisierung dann ebenfalls bejaht.

¹⁰⁴ BVerfGE 68, 193 (206) – Zahntechniker-Innungen [1984].

¹⁰⁵ Vgl. Michael Goldhammer, Grundrechtsberechtigung (Fn. 58), 893.

¹⁰⁶ BVerfGE 128, 226 (228) – Fraport [2011]: Nachdem der Bund seine Anteile verkauft hat, liegt der öffentliche Anteil nur noch bei 52 %.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, GRUR 2012, 728 sowie Elke Gurlit, Grundrechtsbindung (Fn. 101), 253.

¹⁰⁸ So plastisch Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 73, 77.

¹⁰⁹ Horst Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 77.

gerade diese Prämisse das eigentliche Problem, ja sie sind gewissermaßen der lebende Beweis für die Brüchigkeit des Dualismus von Individuum und Staat.

Schließt zeigt auch die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des beschleunigten Ausstieges aus der Kernenergie,¹¹⁰ dass sich die personalistische Interpretation von Art. 19 Abs. 3 GG nicht durchhalten lässt. Geklagt hatte u. a. eine Aktiengesellschaft, deren Geschäftsanteile zu 100% beim schwedischen Staat lagen. An sich hätte das Bundesverfassungsgericht auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung die Grundrechtsberechtigung verneinen müssen.¹¹¹ Es möchte davon aber jetzt bei juristischen Personen des Privatrechts, die von einem fremden Staat getragen werden, eine Ausnahme machen. Hier komme nämlich das Konfusionsargument nicht zum Tragen, weil der fremde Staat von vornherein nicht verpflichtet sei, die Grundrechte der Menschen in Deutschland zu garantieren und sie entsprechend zu schützen. Weil er nicht an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden sei, spreche also nichts dagegen, ihn zum Träger derselben zu machen.¹¹² Mit der personalistischen Durchblicksthese lassen sich diese Aussagen nicht vereinbaren, denn diese argumentiert grundsätzlich damit, dass Hoheitsträger keine Freiheit ausüben, sondern Kompetenzen;¹¹³ das gilt aber für den schwedischen ebenso wie für den deutschen Staat. Das Bundesverfassungsgericht argumentiert daher auch eher funktional.¹¹⁴ Eine von einem ausländischen Staat gehaltene juristische Person des Privatrechts, die ausschließlich als Wirtschaftssubjekt agiert, verfüge wie andere, rein private Marktteilnehmer weder unmittelbar noch mittelbar über innerstaatliche Machtbefugnisse. Anders hingegen sei es bei den von deutschen Hoheitsträgern getragenen juristischen Personen des Privatrechts, die sich gegen Beschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten mittels der Kompetenzordnung zur Wehr setzen könnten. Da dieser Kompetenzschutz ausländischen Hoheitsträgern verwehrt sei, müssten diese auch wegen der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) grundrechtsberechtigt sein.¹¹⁵ Gegen diese funktionale Argumentation ist zwar im Prinzip nichts einzuwenden. Aber diese müsste dann konsequenterweise auch zur Bejahung der Grundrechtsfähigkeit der von deutschen Hoheitsträgern getragenen juristischen Personen des Privatrechts gelten. Denn diese befinden sich aus funktionaler Perspektive im Hinblick auf den Atomausstieg in der gleichen grundrechtlichen Gefährdungslage wie das vom schwedischen Staat getragene Unternehmen. Die vom Bundesverfassungsgericht angedeutete Alternative, ein Kompetenzschutz, hat eine gänzlich andere Zielrichtung als der Grundrechtsschutz und dürfte auch wesentlich weniger effektiv sein. Auch eröffnet die Lösung des Bundesverfassungsgerichts nur wieder ein neues Problemfeld bei Unternehmen, die sowohl von der Bundesrepublik Deutschland als auch von einem

¹¹⁰ BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11 u. a.

¹¹¹ Vgl. die in Rn 190 des vorstehenden Urteils zitierte Rechtsprechung.

¹¹² BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11 u. a., Rn. 192.

¹¹³ Vgl. etwa BVerfGE 68, 193 (206) – Zahntechniker-Innungen [1984].

¹¹⁴ Vgl. die Bezugnahme auf die „grundrechtstypische Gefährdungslage“ in Rn. 195 des Urteils. – Zum funktionalen Zugriff auf die Thematik noch näher unten C. II.

¹¹⁵ BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11 u. a., Rn. 194, 196 ff. Das wirft auch noch die Frage auf, ob diese Ausweitung der Grundrechtsberechtigung nur EU-Mitgliedstaaten zugutekommt oder generell allen ausländischen Staaten.

ausländischen Staat getragen sind. Das Konfusionsargument müsste hier schon bei einer deutschen Beteiligung von 1% zu einer Verneinung, das europarechtliche Argument hingegen schon bei einer ausländischen Beteiligung von 1% zu einer Bejahung der Grundrechtsberechtigung führen.

Alle diese Verwerfungen kann man vermeiden, wenn man die Verfassungsentscheidung in Art 19 Abs 3 GG für eine von beiden geschiedene dritte Zurechnungsebene von Rechten und Pflichten ernstnimmt und sie von anthropozentrischen Analogien wie dem personalen Substrat befreit. Dann nämlich fällt es nicht schwer, in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage trotz Grundrechtsverpflichtung die Grundrechtsberechtigung und in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage trotz Grundrechtsberechtigung die Grundrechtsverpflichtung zu bejahen.¹¹⁶

3. Wesensmäßige Anwendbarkeit II: Der Grundrechtsinhalt

Von der Frage der generellen Grundrechtsträgerschaft zu trennen ist die Prüfung, ob die konkrete Tätigkeit der juristischen Person grundrechtlich geschützt ist („Grundrechtsinhaltsseite“¹¹⁷). Insoweit kommt es nicht auf das „Wesen“ der juristischen Person an, sondern des Recht, das sie in Anspruch nimmt. Auch insoweit wirft die Wendung „ihrem Wesen nach anwendbar“ in Art. 19 Abs. 3 GG diverse Zweifelsfragen auf (dazu a)). Die ergänzend heranzuziehende Rechtsprechung des U.S. Supreme Court (b)) zeigt, dass hinter dieser Fragestellung grundlegende Auseinandersetzungen über die Einordnung der juristischen Person zwischen Individuum und Staat stehen.

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht bestimmt auch die Grundrechtsinhaltsseite durch eine naturalistische Analogie, die eng mit der für die Rechtsträgerseite verwendeten Formel vom personalen Substrat¹¹⁸ verwandt ist: Wenn „der Grundrechtsschutz an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen sind, kommt eine Erstreckung auf juristische Personen als bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung nicht in Betracht. Das wird umso eher der Fall sein, als der Grundrechtsschutz im Interesse der Menschenwürde gewährt wird, die nur natürliche Personen für sich in Anspruch nehmen können.“¹¹⁹ Mit dieser Begründung hat es das Bundesverfassungsgericht abgelehnt, das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, auf eine juristische Person des Privatrechts anzuwenden.¹²⁰

Ergiebige Rechtsprechung gibt es namentlich zu Art. 4 Abs. 1, 2 GG. Das Bundesverwaltungsgericht hat etwa eine Kapitalgesellschaft als „ihrem Wesen nach be-

¹¹⁶ Dazu näher unten C. III. und IV.

¹¹⁷ Friedrich K. Schoch, Grundrechtsfähigkeit (Fn. 58), 203.

¹¹⁸ Dazu oben 2.

¹¹⁹ BVerfGE 95, 220 (242) – Aufbewahrungspflicht [1997].

¹²⁰ BVerfGE 95, 220 (242) – Aufbewahrungspflicht [1997].

kenntnisfremd“ angesehen, weshalb sie sich „weder aus ihrer eigenen Rechtsstellung noch aufgrund des religiösen Bekenntnisses ihres Geschäftsführers oder ihrer Gesellschafter“ auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG berufen könne.¹²¹ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ungleich weniger eindeutig.¹²² Zwar betonen mehrere Entscheidungen, dass juristische Personen durch Art. 4 Abs. 1, 2 GG nur für den Fall einer religiösen Zielsetzung geschützt seien.¹²³ Ein Unternehmen, das sich geweigert hatte, Lohnfortzahlungen zu leisten, die durch einen zulässigen Schwangerschaftsabbruch entstanden waren, konnte sich daher nicht auf Art. 4 Abs. 1 GG berufen.¹²⁴ Weniger klar ist hingegen eine Entscheidung aus dem Jahre 2002: Es ging hier um eine ebenfalls als GmbH organisierte Metzgerei, die ausschließlich von Muslimen betrieben wurde und unter Berufung auf die Religionsfreiheit eine Ausnahmegenehmigung für das sog. Schächten beantragt hatte. Die Entscheidung formuliert zunächst scheinbar unmissverständlich: „Als juristische Person des privaten Rechts verfolgt die Beschwerdeführerin gewerbliche Ziele. Sie dient also nicht religiösen oder weltanschaulichen Zwecken und ist deshalb selbst nicht Trägerin des Grundrechts der Religionsfreiheit“. Art. 4 Abs. 1, 2 GG könne hier daher den allein anwendbaren Art. 2 Abs. 1 GG nicht wie bei natürlichen Personen verstärken. Dennoch heißt es dann unmittelbar danach: „Gleichwohl ist dieses Grundrecht auch hier im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit zu berücksichtigen“.¹²⁵ Das überrascht, denn wenn das Grundrecht die Klägerin nicht schützt, kann es auch nicht zu ihren Gunsten in der Abwägung herangezogen werden. Eine mögliche Antwort liefert aber der Bezugspunkt des „auch hier“ in dem vorstehenden Zitat. Er bezieht sich nämlich ausdrücklich auf ein nur drei Tage zuvor ergangenes Urteil des Ersten Senats, das die gleiche Fragestellung betraf, aber von einer natürlichen Person (ebenfalls ein muslimischer Metzger) erstritten worden war.¹²⁶ Hier hatte sich das Bundesverfassungsgericht maßgeblich auf Art. 4 Abs. 1, 2 GG gestützt, um die Notwendigkeit einer Ausnahmegenehmigung zu begründen. „Auch hier“ meint also: Wenn die natürliche Person in den Genuss eines Grundrechts kommt, kann für die juristische Person nichts anderes gelten, wenn auch erst im Rahmen der Abwägung.

b) Rechtsprechung des U.S. Supreme Court

Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court und überhaupt die Debatte in den USA ist wesentlich ergiebiger als in Deutschland, weil bereits innerhalb des Gerichtshofs schon seit vielen Jahren nicht nur die Chancen, sondern auch die Risiken eines

¹²¹ BVerwGE 64, 196 (199) [1981].

¹²² Die folgende Passage stammt weitgehend aus *Thorsten Kingreen/Florian Möslein*, Die Identität der juristischen Person: Die Hobby Lobby-Entscheidung des U.S. Supreme Court, JZ 2016, 57 (62).

¹²³ BVerfGE 24, 236 (246 f.) – Aktion Rumpelkammer [1968]; 30, 112 (120) – Bremische Simultanschulen [1971]; 44, 103 (104) – Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal II [1977]; 125, 39 (74) – Adventssonntage Berlin [2009]. – Die Frage der Grundrechtsträgerschaft noch offen lassend BVerfGE 19, 206 (215) – Kirchenbausteuer [1965].

¹²⁴ BVerfG NJW 1990, 241 (241).

¹²⁵ BVerfG NJW 2002, 1485 (1485).

¹²⁶ BVerfGE 104, 337 (347) – Schächten [2002].

Grundrechtsschutzes juristischer Personen kontrovers diskutiert werden. Anders als in Deutschland wird bei der Auslegung des Verfassungsrechts zudem auch das gesellschaftsrechtliche Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern deutlicher in den Blick genommen.

Die US-amerikanische Verfassung enthält keine Regelungen über die Grundrechtsberechtigung von Personenmehrheiten.¹²⁷ Bereits in einer 1888 ergangenen Entscheidung hatte der U.S. Supreme Court Kapitalgesellschaften als „persons“ bezeichnet, die sich auf das XIV. Amendment (equal protection clause) berufen können.¹²⁸ An dieser Linie hat er auch im Hinblick auf andere Grundrechte grundsätzlich festgehalten.¹²⁹ Allerdings hat er eingeräumt, dass „purely personal‘ guarantees“ wie das Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, nur für natürliche Personen gelten können.¹³⁰ Insbesondere in der Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit hat er zudem die Frage aufgeworfen, ob der Grundrechtsschutz so weit gehen kann wie bei natürlichen Personen.¹³¹ In den einschlägigen Entscheidungen, keine von ihnen einstimmig, ging es regelmäßig um gesetzliche Beschränkungen für die Ausübung von medialer Macht durch Großunternehmen in Wahlkampfzeiten. In der Entscheidung *First National Bank of Boston v. Bellotti* (1978) hat der Supreme Court mit 5:4 Stimmen die Grundrechtsträgerschaft zwar grundsätzlich anerkannt und aus ihr ein Recht auf Spenden auch in Wahlkampfzeiten, also eine Art monetaristischer Meinungsfreiheit, abgeleitet.¹³² Danach sah es aber einige Jahre lang so aus, als gelte die Meinungsfreiheit zumindest nicht in gleichem Umfang wie für natürliche Personen. In den Entscheidungen *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990) und *McConnell v. Federal Election Commission* (2003) hat der Supreme Court Beschränkungen großunternehmerischer medialer Einflussnahme auf Wahlkämpfe mit dem unverhältnismäßig starken Einfluss legitimiert, den die Unternehmen aufgrund ihrer wirtschaftlichen Machtstellung im politischen Prozess ausüben können, wenn man sie zu Trägern der Meinungsfreiheit macht (sog. *distortion argument*).¹³³ In seinem Sondervotum zur *Bellotti*-Entscheidung hatte Richter *White* bereits das zweite klassische Argument gegen oder jedenfalls gegen eine zu weitgehende Grundrechtsträgerschaft von Unternehmen vorgetragen, nämlich das Problem, dass nicht alle Anteilseigner zwingend die Meinung des Unternehmens teilen (*dissenting investor problem*).¹³⁴

¹²⁷ Die folgende Passage stammt teilweise aus *Thorsten Kingreen/Florian Möslein*, Identität (Fn. 122), 59 ff.

¹²⁸ Grundlegend *Pembina Consolidated Silver Mining Co. v. Pennsylvania*, 125 U.S. 181 (1888).

¹²⁹ Vgl. dazu die Aufstellung bei *Brandon L. Garrett*, The Constitutional Standing of Corporations, *University of Pennsylvania Law Review* 163 (2014), 95 (110 ff.).

¹³⁰ *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S., 765, 778 Fn. 14 (1978). Zu diesem Beispiel auch noch unten C. III. 2.

¹³¹ Vgl. die Aufarbeitung der Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit *Darrell H. A. Miller*, *Guns, Inc.: Citizens United, McDonald, and the Future of Corporate Constitutional Rights*, *New York University Law Review* 86 (2011), 887 (893 ff.).

¹³² *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S., 765, 766 (1978), allerdings offen lassend, ob der Grundrechtsschutz so weit geht wie bei natürlichen Personen (777).

¹³³ *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652, 658–660 (1990) und *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S., 93, 205–209 (2003).

¹³⁴ *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S., 765, 805 f. (1978), abweichende Meinung *White*.

So kam es 2010 eher überraschend, dass der Supreme Court im Urteil *Citizens United v. Federal Election Commission* mit wiederum knapper 5:4 Mehrheit Bestimmungen verwarf, die es Unternehmen untersagten, 30 bzw. 60 Tage vor Wahlen Sendungen auf kommerziellen Kanälen über zur Wahl stehende Personen zu publizieren und dabei die Meinungsfreiheit von Kapitalgesellschaften mit derjenigen natürlicher Personen gleichstellte. Im konkreten Fall handelte es sich um ein konservatives Unternehmen, das einen kritischen Beitrag über *Hillary Clinton* kurz vor den Senatswahlen 2008 über „Video-on-demand“ zugänglich machen wollte.¹³⁵ Die außerordentlich kontroverse Auseinandersetzung wurde mit den bekannten Argumenten geführt: Während die Gerichtsmehrheit die Bedeutung der Meinungsfreiheit für den politischen Prozess hervorhob und der Verfassung keinen Hinweis darauf entnehmen mochte, dass die Grundrechte nur für natürliche bzw. nur in abgeschwächter Form für juristische Personen gelten, und daher Korporationen in gleichem Umfang durch die Meinungsfreiheit geschützt seien wie natürlichen Personen,¹³⁶ betonte die Minderheit die gerade für die individuelle Meinungsfreiheit wichtige Unterscheidung zwischen Unternehmen und „human speakers“¹³⁷. In der Literatur finden sich neben grundsätzlicher Zustimmung, die auf die Notwendigkeit des Schutzes der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen verweist,¹³⁸ auch ablehnende Stellungnahmen. Kritisiert wird nicht nur die Inkompatibilität mit den gesellschaftsrechtlichen Grundstrukturen,¹³⁹ sondern auch der Bruch mit dem individualistischen Verständnis der Meinungsfreiheit, welche nunmehr Großunternehmen zur Beeinflussung des politischen Prozesses nutzen könnten:¹⁴⁰ „Money isn’t speech and corporations aren’t people“.¹⁴¹

Mit der Entscheidung *Citizens United* waren die Grundlagen für ein korporatistisches Verständnis auch der Religionsfreiheit in der Entscheidung *Hobby Lobby* gelegt. Hier ging es um eine gewinnorientierte Kapitalgesellschaft mit 21.000 Angestellten des Milliardärs David Green, eines engagierten evangelikalischen Christen, der sich unter Hinweis auf seine Religionsfreiheit dagegen wehrte, dass die von den Arbeitgebern zu finanzierende Krankenversicherung auch Verhütungsmittel umfasste. Das Gesundheitsministerium hatte sich zur Verteidigung auf die Eigenständigkeit der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern („corporate veil“¹⁴²) berufen, die kon-

¹³⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010); hier und im Folgenden zitiert nach <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/>.

¹³⁶ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), s. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/opinion.html>.

¹³⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310, Sondervotum *Stevens*, S. 2 (2010).

¹³⁸ S. etwa *Elizabeth Pollman*, *Reconceiving Corporate Personhood*, *Utah Law Review* 2011, 1629 (1663 ff.).

¹³⁹ *Leo E. Strine/Nicholas Walter*, *Conservative Collision Course? The Tension between Conservative Corporate Law Theory and Citizens United*, *Cornell Law Review* 100 (2015), 335 (369 ff.).

¹⁴⁰ *Anne M. Tucker*, *Flawed Assumptions: A Corporate Law Analysis of Free Speech and Corporate Personhood in Citizens United*, *Case Western Law Review* 61 (2011), 495 (513 ff.).

¹⁴¹ *David Kairys*, *Money isn’t speech and corporations aren’t people*, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2010/01/money_isnt_speech_and_corporations_arent_people.2.html.

¹⁴² Das entspricht dem Trennungsprinzip im Gesellschaftsrecht, vgl. *Ulrich Drobnig*, *Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften*, 1959; und *Rolf Serick*, *Rechtsform und Realität juristischer Personen* –

sequenterweise auch auf der Ebene des Grundrechtsschutzes zum Tragen kommen müsse, d.h. wenn gesellschaftsrechtlich kein Durchgriff auf die Gesellschafter folgen kann (etwa zu Haftungszwecken), so kann verfassungsrechtlich nichts anderes gelten.¹⁴³ Gegen einen verfassungsrechtlichen Durchgriff wandte sich auch Richterin *Ginsburg* in einem Minderheitsvotum mit dem Hinweis, dass Kapitalgesellschaften der Erzielung von Profit und nicht der religiösen Selbstverwirklichung ihrer Gesellschafter dienen.¹⁴⁴ *Ginsburg* wehrt sich in diesem Zusammenhang auch gegen die Gleichsetzung von Kapitalgesellschaften mit (von der Zahlungspflicht für Verhütungsmittel ausgeschlossenen) religiösen Vereinigungen, die tatsächlich die Funktion hätten, die gemeinsamen religiösen Empfindungen ihrer Mitglieder zu bündeln.¹⁴⁵ Man kann daraus ein drittes Argument¹⁴⁶ gegen die Berufung von Kapitalgesellschaften auf die Religionsfreiheit ableiten, das man als *dissenting employer argument* bezeichnen kann: Anders als bei einer religiösen Vereinigung, die sich durch eine gemeinsame religiöse Zwecksetzung definiert (die auch die Ablehnung von Verhütungsmitteln beinhalten mag), kann sich die Berufung einer Kapitalgesellschaft, die diese spezifische Zwecksetzung nicht hat, auf die Religionsfreiheit im Ergebnis zu Lasten seiner Arbeitnehmerinnen auswirken, die keine religiös motivierten Probleme damit haben, Leistungen der Empfängnisverhütung in Anspruch zu nehmen und dies auch möchten.¹⁴⁷ Die Mehrheit im Supreme Court hat das nicht überzeugt: Sie sieht Kapitalgesellschaften als positiv-rechtliche Fiktion, deren Zweck alleine darin bestehe, die gesetzlichen und verfassungsmäßigen Rechte derjenigen natürlichen Personen zu schützen, die mit dieser Gesellschaft „assoziiert“ sind (wozu er übrigens neben den Gesellschaftern ausdrücklich auch Management und Arbeitnehmer zählt): „A corporation“, so formulieren die die Entscheidung tragenden fünf Richter kurz und bündig, „is simply a form of organization used by human beings to achieve desired ends“.¹⁴⁸ Damit findet verfassungsrechtlich ein Durchgriff von der Gesellschaft auf die individuellen Gesellschafter statt, der gesellschaftsrechtlich nicht vorgesehen ist. Die Entscheidung *Hobby Lobby* steht damit deutlich in der Tradition eines individualistischen Verständnisses der juristischen Person, in der sich Individuen zur kollektiven Grundrechtsausübung zusammenschließen.

Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, 1955.

¹⁴³ *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 16 (2014).

¹⁴⁴ Sondervotum zu *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 19 (2014).

¹⁴⁵ *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S., Sondervotum *Ginsburg*, insoweit nur mit Zustimmung von Justice *Sotomayor*, S. 16 (2014).

¹⁴⁶ Vgl. zum *distortion argument* und zum *dissenting investor problem* vorstehend im Text.

¹⁴⁷ *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 8, Sondervotum (2014): „The exemption sought by Hobby Lobby and Conestoga would override significant interests of the corporations’ employees and covered dependents. It would deny legions of women who do not hold their employers’ beliefs access to contraceptive coverage that the ACA would otherwise secure.“ Vgl. zu diesem Argument bereits *Frederick Mark Gedicks/Andrew Koppelman*, *Invisible Women: Why an Exemption for Hobby Lobby Would Violate the Establishment Clause*, *Vanderbilt Law Review* 67 (2014), 51 (57 ff.).

¹⁴⁸ *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 18 (2014); ähnlich *Amy J. Sepinwall*, *Corporate Piety and Impropriety: Hobby Lobby’s Extension of RFR A Rights to the For-Profit Corporation*, *Harvard Business Law Review* 5 (2015), 173 (202): “Because corporations lack key attributes of moral or metaphysical personhood, any rights they enjoy must be grounded in the rights of their members.”

C. Wechselwirkungen zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht

Die vielfältigen offenen verfassungsrechtlichen Fragen in der Zwischenschicht lassen sich darauf zurückführen, dass die juristische Person argumentativ auf die natürliche Person bezogen wird und dabei das sie konstituierende und ihre Funktionen konturierende einfache Recht nicht hinreichend beachtet wird. Im Folgenden soll diesem personalistischen ein funktionaler Ansatz gegenübergestellt werden, der das einfache Recht, aus dem die juristische Person besteht, in den verfassungsrechtlichen Fokus rückt:

I. Die juristische Person: Eine „Person aus Recht“

Die Diskussion über die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person lässt sich auf die Kernfrage zuspitzen, ob die juristische Person eher individualistisch gedeutet wird oder ob ihre verfassungsrechtliche Stellung unabhängig von den sie tragenden natürlichen Personen bestimmt werden muss. Das nach wie vor herrschende individualistische Konzept begreift die private natürliche Person als „Sinngemittelte“¹⁴⁹ der Verfassung und bestimmt daher Grundrechtsberechtigung wie Grundrechtsverpflichtung von der natürlichen Person her. Deshalb sind juristische Personen nur grundrechtsberechtigt, wenn ihr Handeln auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen zurückgeführt werden kann, und sind sie in der Regel nicht grundrechtsverpflichtet, weil auch die hinter ihr stehenden natürlichen Personen aufgrund der traditionellen Funktion der Grundrechte als individuelle staatsgerichtete Abwehrrechte nicht grundrechtsberechtigt sind. Die juristische Person löst also den kontinentaleuropäischen Dualismus von Staat und Gesellschaft nicht auf, sondern wirft für den individualistischen Ansatz nur einfach ein Zuordnungsproblem auf. Sie ist, abhängig vor allem von ihrer Rechtsform und den ihr zugewiesenen Funktionen, eben entweder Teil der staatlichen Funktionenordnung oder Ausfluss gesellschaftlicher Freiheit. Das in der Auslegung oftmals unausgesprochen mitlaufende Konfusionsargument sichert diesen Dualismus ab.

Das ist ein in mehrfacher Hinsicht überraschender Befund: Die historische Auseinandersetzung zwischen dem individualistischen Ansatz von *Savigny* und dem korporativen Modell *Gierkes*, die mit der einfach-rechtlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person an sich zugunsten von *Gierke* entschieden zu sein schien, wirkt in der Suche nach dem personalen Substrat der juristischen Person nach. In der Tradition von *Kants* personaler Ethik und *Savignys* individualistischer Konzeption wird die juristische Person nach wie vor als Kollektiv natürlicher Personen angesehen, obwohl sie nach *Gierkes* genossenschaftlichem Ansatz allein „aus Recht“ besteht. Das an diesen personalistischen Ansatz anknüpfende bundesverfassungsgerichtliche Konstrukt eines „Durchblicks“¹⁵⁰ auf natürliche Personen ist aber

¹⁴⁹ Hans-Georg Köppensteiner, Zur Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen, NJW 1990, 3105 (3106).

¹⁵⁰ BVerfGE 61, 82 (101) – Sasbach [1982].

in Großorganisationen wie privatwirtschaftlichen Konzernen und den Kollektivvertragsparteien im Arbeits- und Sozialrecht untauglich.¹⁵¹ Das Bundesverfassungsgericht sieht zwar, dass der personale Zug hier „nahezu gänzlich verloren“ geht, möchte aber Art. 19 Abs. 3 GG dennoch anwenden, weil „Großunternehmen und auch Konzerne [...] wesentliche Elemente einer hochentwickelten und leistungsfähigen Volkswirtschaft“ seien.¹⁵² Diese Begründung legt die Grenzen des individualistischen Ansatzes offen: In Ermangelung eines personalen Substrats kommt es eben doch auf den Verband selbst an. Der individualistische Ansatz kann etwa auch nicht erklären, dass Stiftungen grundrechtsberechtigt sind,¹⁵³ obwohl sie gar nicht von natürlichen Personen getragen werden. Er passt etwa auch nicht zur Interpretation von „inländisch“ i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG, für die es nicht auf die Staatsangehörigkeit der die juristische Person tragenden natürlichen Person ankommt, sondern auf den Sitz des Verbandes;¹⁵⁴ das ist nur konsequent, denn die juristische Person kann eben keine Staatsangehörigkeit haben.

Erstaunlich ist darüber hinaus, wie dieses schlichte Sphärenmodell unter den Bedingungen einer zunehmenden Hybridität von öffentlichem Recht und Privatrecht nach wie vor so vergleichsweise unangefochten bleiben konnte. Es nötigt bei den (teil-)privatisierten früheren Staatsunternehmen sowie sonstigen Hybriden zu komplexen Analysen des teils privat- teils öffentlich-rechtlichen Innenlebens, und bereitet generell überall dort Schwierigkeiten, wo Private staatsanaloge Funktionen wahrnehmen (wie das Eigentum am „öffentlichen Raum“¹⁵⁵) oder in öffentlich-rechtliche Regelungszusammenhänge dergestalt eingebunden sind, dass sich der Staat von einer Erfüllungs- auf eine Gewährleistungsverantwortung zurückziehen kann.¹⁵⁶

Schon vor beinahe 50 Jahren ist darauf hingewiesen worden, dass die intermediären Akteure in diesem dualistischen Sphärenmodell heimatlos sind. *Ulrich K. Preuß* beobachtete bereits 1969, dass „in zunehmendem Maße von privatrechtlichen Organisationen Aufgaben wahrgenommen werden, die im Rahmen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats verfassungsrechtliche Relevanz erlangt haben“ und beklagte „eine eigenartige Inkongruenz zwischen sozialer Funktion und rechtlicher Organisation“.¹⁵⁷ *Wiltraut Rupp-von Brünneck* warnte im gleichen Jahr, die Grundrechte könnten „zur wirksamen Waffe für Interessenverbände und Großunternehmen werden, um ihre Machtpositionen gegen das öffentliche Interesse zu verteidigen

¹⁵¹ *Friedrich K. Schoch*, Grundrechtsfähigkeit (Fn. 58), 205; anderer Ansatz bei *Oliver Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 4 Rn. 70, der bei fehlendem Nachweis des personalen Substrats die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person verneint.

¹⁵² BVerfGE 50, 290 (363f.) – Mitbestimmung [1979].

¹⁵³ So BVerfGE 46, 73 (82f.) – Stiftungen [1977].

¹⁵⁴ Vgl. etwa *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 19 Rn. 22.

¹⁵⁵ Dazu *Angelika Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016.

¹⁵⁶ Vgl. dazu *Oliver Lepsius*, Öffentliches Recht, in: Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 1648 (1651 f.); *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (295 f.).

¹⁵⁷ *Ulrich K. Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, 1969, 83; ferner *Alfred Rinken*, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände, 1971, 294 f.

und den Einzelnen mehr und mehr zurückzudrängen¹⁵⁸ und nahm damit das später in der U.S.-amerikanischen Judikatur aufgegriffene *distortion argument* vorweg.¹⁵⁹ Man mag dieses Problem im Einzelfall durch Zulassung intensivierter staatlicher Eingriffsbefugnisse auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in den Griff bekommen, aber das ändert nichts daran, dass die Beschränkung sozialer Macht der rechtfertigungsbedürftige Ausnahmefall bleibt. Daher können, wie im Fall *Citizens United*, Großunternehmen unter Berufung auf ihre Meinungsfreiheit ihre ökonomische Macht zur Beeinflussung des politischen Prozesses nutzen.¹⁶⁰ Die Grundrechte, die in der Tradition der Französischen Revolution auch gegen soziale und politische Privilegien gerichtet sind,¹⁶¹ tragen so zu deren Perpetuierung bei.

Die Durchgriffsthese wird schließlich noch nicht einmal ihrem eigenen Anspruch gerecht, die „Menschen“¹⁶² hinter der juristischen Person zu würdigen, wenn deren Innenleben aus gegenläufigen Interessen, Überzeugungen oder religiöse Anschauungen besteht. Wenn dieser Pluralismus dann in der juristischen Person in einen einheitlichen, grundrechtlich geschützten Willen gepresst wird, bleiben einige dieser „Menschen“ (Anteilseigner wie Arbeitnehmer) zwangsläufig auf der Strecke.¹⁶³ Umgekehrt durchblickt die „Durchblicksthese“ auch nicht, dass öffentlich-rechtliche Organisationen nicht nur von der Gesellschaft zu separierenden Staatsfunktionen wahrnehmen, sondern im Einzelfall auch als Interessenvertretungen Privater fungieren oder gar, wie die gesetzlichen Krankenkassen,¹⁶⁴ Wettbewerber sind, die trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Verfasstheit nicht einfach der staatlichen Sphäre zugeordnet werden, sondern grundrechtlich schutzbedürftig sein können.

Die Vielfalt der Akteure und vor allem ihrer Funktionen ist also in dieser Zwischenschicht viel größer als es die herrschende Verfassungsdogmatik der juristischen Person zu erfassen vermag. Woran liegt das? Gewiss sind die „geistesgeschichtliche Entwicklung der Grundrechtsidee“ und die „geschichtlichen Vorgänge, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben“¹⁶⁵ eine Erklärung dafür, dass die Grundrechte in allererster Linie als staatsgerichtete Abwehrrechte interpretiert werden, die weder private Macht auf der einen noch öffentlich-rechtlich gerahmte Freiheit auf der anderen Seite einschließen. Diese „Erzählung“ erklärt alle Versuche, auch die juristischen Personen jeweils in eine der beiden Sphären dieses binären Modells zu pressen: Eine juristische Person ist damit entweder privat oder öffentlich, aber sie kann nicht Beides zugleich sein. Von diesem Ansatzpunkt aus konnte die rechtliche Verselbständigung, die in der Anerkennung von juristischen Personen gelegen hat, grundrechtstheoretisch letztlich nicht mitvollzogen werden. Die Grundrechtstheorie bleibt auf das Handeln des Ein-

¹⁵⁸ Wiltraud Rupp-von Brünneck, Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen, in: Festschrift für Adolf Arndt, 1969, 349 (357). Zustimmend Hans-Joachim Mertens, Die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person und das Gesellschaftsrecht, JuS 1989, 857 (858).

¹⁵⁹ Vgl. B. II. 3. b).

¹⁶⁰ Zu dieser Entscheidung des U.S. Supreme Court oben B. II. 3. b).

¹⁶¹ S. oben A.

¹⁶² BVerfGE 68, 193 (206) – Zahntechniker-Innungen [1984].

¹⁶³ Dieter Suhr, Entfaltung des Menschen durch die Menschen, 1976, 172 mit der Unterscheidung zwischen „Entfaltungsherrschaft“ und „Entfaltungsdienerschaft“.

¹⁶⁴ Dazu noch unten III. 2.

¹⁶⁵ BVerfGE 7, 198 (204f.) – Lüth [1958].

zelen fixiert,¹⁶⁶ obwohl kollektive Grundrechtsausübung natürlicher Personen auch ohne Art. 19 Abs. 3 GG geschützt wird,¹⁶⁷ insbesondere durch Art. 8 und 9 GG.

Soll aber Art. 19 Abs. 3 GG einen darüber hinausgehenden Mehrwert, eine eigenständige Bedeutung haben, kann man die juristische Person nicht als natürliches Wesen ansehen, das mit einem menschlichen Körper vergleichbar ein Bewusstsein im psychologischen Sinn hat und allein aus diesem Grunde zur rechtserheblichen Größe aufsteigt. Sie ist juristische Person nicht wegen bestimmter anthropomorphischer Eigenschaften, sondern sie ist es, weil Gesetze sie, wenn auch in Anlehnung an die soziale Realität, zu einer solchen gemacht haben.¹⁶⁸ Ihre Entstehung und ihre Handlungsformen werden damit durch rechtliche Regeln determiniert. Das führt zu einem entscheidenden Punkt: Gerade weil die juristische Person durch das einfache Recht geformt ist, weil das einfache Recht so vielfältige Ausformungen der juristischen Person geschaffen hat, ihr bisweilen auch unterschiedliche Funktionen zuordnet, müssen die für die jeweilige juristische Person maßgebenden einfach-rechtlichen Regelungsstrukturen auch bei der Prüfung der Grundrechtsfähigkeit, also der Grundrechtsberechtigung wie der Grundrechtsverpflichtung, berücksichtigt werden.

II. Funktionaler Vergleich statt personaler Durchgriff

Das „Wesen“ der juristischen Person besteht also darin, dass sie „aus Recht“ besteht. Deshalb ist auch das einfache Recht Maßstab dafür, ob und in welchem Umfang ihr Grundrechtsfähigkeit zuzuerkennen ist. Es kommt daher für die Grundrechtsberechtigung nicht auf die personale Betroffenheit der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen an (die ggfs. eigenen Grundrechtsschutz gelten machen können), und die Grundrechtsverpflichtung kann auch nicht einfach mit dem Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Rechtsform oder gar die Erfüllung öffentlicher Aufgaben abgetan werden. Vielmehr ist das „Wesen“ der juristischen Person funktional zu bestimmen:¹⁶⁹ Es kommt darauf an, ob sie sich aufgrund des einfachen Rechts im Hinblick auf ihre konkrete soziale Funktion in einer Situation befindet, die Grundrechtsschutz oder Grundrechtsverpflichtung oder ggfs. beides erforderlich macht. Der Vorrang der Verfassung wird dadurch nicht in Frage gestellt, denn das Grundgesetz nimmt auch sonst Bezug auf Tatbestände, die durch das einfache Recht konturiert werden (wie etwa das Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG). Es muss daher auch im Lichte dieser einfach-rechtlichen Vorprägungen ausgelegt werden.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Treffend bereits *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: *Festschrift für Hans-Peter Ipsen*, 1977, 285: Die Grundrechtstheorie drohe „in ein anachronistisches Abseits zu geraten, wenn sie sich weiter darauf beschränkt, Grundrechtsausübung (fast) nur als das Handeln von einzelnen zu analysieren.“

¹⁶⁷ *Albert von Mutius*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 19 Abs. 3 [April 1975] Rn. 37; *Wolfgang Rübner*, Grundrechtsträger, in: *Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX*, 3. Aufl. 2011, § 196 Rn. 58.

¹⁶⁸ In diesem Sinne auch *Friedrich E. Schnapp*, Grundrechtsberechtigung (Fn. 27), § 52 Rn. 25.

¹⁶⁹ Ebenso im Ausgangspunkt: *Ludwig Fröhler/Peter Oberndorfer*, Körperschaften des Öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, 1974, 58 ff.

¹⁷⁰ *Thorsten Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: *Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. XII*, 3. Aufl. 2014, § 263 Rn. 30 ff.

Dieser funktionale Ansatz wurzelt im allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), denn bei der Prüfung der Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung werden juristische mit natürlichen Personen sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts mit solchen des Privatrechts verglichen. Für die Grundrechtsberechtigung einer juristischen Person ist maßgebend, ob natürlichen oder anderen juristischen Personen in einer vergleichbaren Situation typischerweise Grundrechtsschutz zuteilwird. Es wäre dann gleichheitswidrig, der juristischen Person den grundrechtlichen Schutz nur deshalb zu versagen, weil sie juristische Person ist oder weil sie öffentlich- und nicht privatrechtlich strukturiert ist. Der aus dem Prozessrecht stammende Gedanke der Waffengleichheit kann damit auch für die Frage der Grundrechtsberechtigung herangezogen werden:¹⁷¹ In den grundrechtlich geschützten Lebensbereichen sollen juristische Personen im Verhältnis zu natürlichen Personen, aber auch untereinander gleiche Rahmenbedingungen vorfinden, d.h. grundsätzlich gleichermaßen Schutz vor staatlichem Zugriff genießen.

Gleichheitsrechtlich lässt sich dementsprechend auch im Hinblick auf die Grundrechtsverpflichtung argumentieren. Der grundrechtliche Schutz wäre unvollständig, wenn er sich nur gegen staatliche Eingriffe wenden würde, nicht aber gegen vergleichbare private Beeinträchtigungen. Staatliche und private Macht müssen daher in vergleichbaren Situationen auch vergleichbaren Bindungen unterliegen. Die Grundrechtsverpflichtung der juristischen Person bemisst sich daher danach, ob sie aufgrund der konkreten sozialen Funktion eine dem Staat typischerweise vergleichbare Machtstellung hat, die es rechtfertigt, sie im Hinblick auf ihre grundrechtliche Verantwortung wie den Staat zu behandeln. Einschränkend ist hier allerdings zu berücksichtigen, dass häufig schon das einfache Recht die erforderlichen und oftmals auch passgenaueren Bindungen enthält und es daher vielfach gar keiner grundrechtlichen Bindung bedarf.

Die Dichotomie von individueller Freiheit und staatlicher Bindung ist damit zwar der wesentliche Bezugspunkt für den Vergleich. Die Zuordnung zu einer der beiden Sphären hängt aber nicht von Rechtsformen und personalen Wurzeln ab, sondern davon, welche Funktion das einfache Recht der juristischen Person in der konkreten Situation zuweist. Dieser funktionale Ansatz wird in den folgenden beiden Abschnitten für die Grundrechtsberechtigung und die Grundrechtsverpflichtung näher entfaltet.

III. Grundrechtsberechtigung

1. Grundrechtstypische Gefährdungslage

Im Schrifttum (und teilweise sogar in der Rechtsprechung) wird dem personalen Ansatz das auf Funktionen und Aufgaben abstellende Postulat einer grundrechtstypischen Gefährdungslage entgegengestellt: Diese besteht, wenn sich die juristische Person hinsichtlich ihres konkreten Tätigkeitsbereichs in einem für natürliche Personen

¹⁷¹ Vgl., allerdings kritisch, *Josef Isensee*, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: *Isensee/Kirchhof (Hrsg.)*, Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 199 Rn. 52.

typischen Außenrechtsverhältnis zum Staat befindet, ihm also als ein selbständiges Rechtssubjekt gegenübertritt, das ebenso wie die natürliche Person grundrechtlichen Schutzes bedarf.¹⁷² Auch die Lehre von der grundrechtstypischen Gefährdungslage bezieht das „Wesen“ i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG sowohl auf die juristische Person als auch auf das geltend gemachte Grundrecht: Eine grundrechtstypische Gefährdungslage besteht, wenn und soweit die juristische Person verbandsrechtliche Zwecke verfolgt, die unabhängig von der Rechtsform grundrechtlich geschützt sind oder wenn das einfache Recht sie in eine mit natürlichen Personen vergleichbare Lage bringt.¹⁷³

Mit der verbandsrechtlichen Zwecksetzung lässt sich etwa begründen, dass erwerbswirtschaftliche Unternehmen durch die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 1, 3 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) geschützt sind, weil eben diese Grundrechte die erwerbswirtschaftliche Betätigung als Zweck schützen.¹⁷⁴ Da der Zweck eines Wirtschaftsunternehmens aber regelmäßig nicht in der gemeinsamen Religionsausübung und Meinungsäußerung besteht, kann es sich nicht auf Art. 4 Abs. 1, 2 und 5 Abs. 1 GG berufen. Mit entsprechender Begründung werden die Rundfunkanstalten durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG¹⁷⁵ und die Hochschulen durch Art. 5 Abs. 3 GG¹⁷⁶ geschützt. Die grundrechtstypische Gefährdungslage folgt nämlich jeweils aus der im einfachen Recht begründeten dualen Struktur: Die öffentlichen Rundfunkanstalten und Hochschulen befinden sich im Verhältnis zu staatlichen Institutionen in der gleichen Lage wie die ihnen entsprechenden privaten Einrichtungen und müssen daher auch gleichermaßen geschützt werden. Ihr Zweck bringt diese Institutionen in eine staatsgerichtete Gefährdungslage unabhängig davon, in welcher Rechtsform sie handeln. Daher ist es entgegen dem Bundesverfassungsgericht¹⁷⁷ auch nicht ausgeschlossen, dass sich etwa Rundfunkanstalten auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen können, wenn und soweit staatliche Eingriffe auf ihr diesem Zweck dienendes Eigentum zugreifen. Gerade hier trägt der Gedanke der Waffengleichheit: Warum sollten private Rundfunkveranstalter für Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG entschädigt werden, öffentlich-rechtliche Veranstalter aber nicht?¹⁷⁸

¹⁷² Grundlegend: *Albert von Mutius*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 [April 1975] Rn. 37, 113 ff.; ihm folgend etwa *Horst Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 19 III Rn. 33 f.; *Lothar Michael/Michael Morlok*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, Rn. 458; *Bodo Pieroth*, Grundrechtsberechtigung (Fn. 98), 86 ff.; *Wolfgang Riefner*, Grundrechtsträger (Fn. 167), § 196 Rn. 57 ff. – Ablehnend *Josef Isensee*, Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 199 Rn. 51. – Die Lehre von der grundrechtstypischen Gefährdungslage wird teilweise auch von Befürwortern des individualistischen Ansatzes vertreten, vgl. *Barbara Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 [2009] Rn. 27 einerseits und Rn. 113 andererseits.

¹⁷³ Vgl. zum Folgenden ausführlicher *Thorsten Kingreen/Florian Möslein*, Identität (Fn. 122), 65.

¹⁷⁴ BVerfGE 50, 290 (339 ff.) – Mitbestimmung [1979].

¹⁷⁵ BVerfGE 59, 231 (255) – Freie Mitarbeiter [1982]; zum Schutz durch Art. 10 Abs. 1 GG auch BVerfGE 107, 299 (310) [2003].

¹⁷⁶ BVerfGE 15, 256 (262) – Universitäre Selbstverwaltung [1967].

¹⁷⁷ BVerfGE 78, 101 (102) – Eigentumsrecht von Rundfunkanstalten [1988]; ebenso wohl die herrschende Meinung im Schrifttum, vgl. etwa *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 14 Rn. 24.

¹⁷⁸ Wie hier etwa *Peter Axer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar-Grundgesetz, Art. 14 Rn. 41; *Joachim Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14

Überhaupt lässt sich im Verhältnis von juristischer Personen mit unterschiedlichen Rechtsformen regelmäßig mit dem Grundsatz der Waffengleichheit argumentieren. Zwar schützt etwa das eng mit dem Persönlichkeitsrecht zusammenhängende Wohnungsgrundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG nicht den staatlichen Amtswalter in seinen Büroräumen. Wenn aber Steuerfahnder Geldhäuser ohne richterliche Durchsuchungsbeschlüsse durchsuchen, ist es nicht einsichtig, warum sich dagegen zwar die privaten Banken, nicht aber die öffentlich-rechtlichen Sparkassen verfassungsrechtlich unter Berufung auf dieses Grundrecht zur Wehr setzen können.¹⁷⁹ Entsprechendes gilt etwa im Verhältnis zwischen der Deutschen Bahn AG und den privaten Eisenbahnunternehmen, die sich im Hinblick auf die Entgeltregulierung in einer vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage befinden.¹⁸⁰ Mit diesem auf Waffengleichheit zielenden Vergleich lässt sich dann sogar die Grundrechtsberechtigung aller juristischen Personen bei den Prozessgrundrechten (Art. 101 Abs. 1 S. 2, 103 GG) erklären,¹⁸¹ denn alle juristischen Personen unterliegen unabhängig von ihrer Rechtsform der Rechtsprechungsgewalt eines Staatsorgans.¹⁸²

Grundrechtstypische Gefährdungslagen entstehen vor allem durch die einfache Rechtsetzung und -anwendung. So kann man etwa fragen, ob das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, generell für juristische Personen gilt. Insoweit geht es also nicht um das Wesen der juristischen Person, sondern des Grundrechts, auf das sie sich beruft. Dieses soll – so das Bundesverfassungsgericht unter Rückgriff auf seinen verfehlten personalistischen Ansatz – nicht anwendbar sein, weil es insoweit an Eigenschaften, Äußerungsformen oder Beziehungen anknüpft, die nur natürlichen Personen wesenseigen seien. In den Zwiespalt, sich selbst bezichtigen zu müssen, könnten nämlich nur natürliche Personen kommen, die allein strafrechtlich verantwortlich seien.¹⁸³ Ein Unternehmen ist aus diesem Grunde tatsächlich nicht in einer natürlichen Personen vergleichbaren Gefährdungslage, weil es sich nicht strafbar machen kann. Sollte aber die seit langem diskutierte strafrechtliche Unternehmenshaftung realisiert werden,¹⁸⁴ würde das Strafrecht die juristische Person in eine Situation bringen, die derjenigen natürlicher Personen vergleichbar ist und daher für einen entsprechenden Schutz spräche. Dem Bundesverfassungsgericht bleibt dieser Weg aufgrund seines personalistischen Ansatzes versperrt.

Rn. 86. Tendenziell zurückhaltender *Brun-Otto Bryde*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 9.

¹⁷⁹ Beispiel bei *Friedrich K. Schoch*, Grundrechtsfähigkeit (Fn. 58), 206 f.

¹⁸⁰ *Hubertus Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 99), Art. 87e Abs. 3 Rn. 53.

¹⁸¹ BVerfGE 21, 362 (373) – Sozialversicherungsträger [1967]; 61, 82 (104) – Sasbach [1982]; 75, 192 (200) – Sparkassen [1987]; vgl. bereits B. II. 2.

¹⁸² *Albert von Mutius*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 [April 1975] Rn. 118.

¹⁸³ BVerfGE 95, 220 (241 f.) – Aufbewahrungspflicht [1997].

¹⁸⁴ Näher *Markus Dubber*, Zur Geschichte und Theorie der Verbandsstrafbarkeit: Eine kritische Analyse aus rechtsvergleichender Sicht, KritV 2015, 377 ff.; *Klaus Günther*, Nulla poena sine culpa and corporate personhood, KritV 2015, 360 ff.

2. Das Referenzgebiet Sozialrecht

Der deutsche Sozialstaat hat sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts allmählich aus vorstaatlichen gesellschaftlichen Sicherungssystemen (Gemeinden, Kirchen, Zünfte) entwickelt, ohne diese freilich vollständig zu verdrängen. Sein zentrales Ordnungsprinzip ist daher bis heute die Selbstverwaltung, durch Sozialversicherungsträger wie durch die Gemeinden. Auch auf Seiten der Leistungserbringer beherrschen Verbände das Geschehen, teils privatrechtlich organisiert in Gestalt der großen Wohlfahrtsverbände, teilweise aber auch als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungsträger wie die Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 77 Abs. 5 SGB V). Selbstverwaltung findet genau in der Zwischenschicht zwischen Staat und Gesellschaft statt, die die klassische Grundrechtstheorie herausfordert. Indem etwa § 29 Abs. 1 SGB IV die Sozialversicherungsträger als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet, wird einerseits die staatliche Verantwortung für die soziale Sicherheit zum Ausdruck gebracht und werden daher den Sozialversicherungsträgern hoheitliche Kompetenzen zugewiesen, für deren Ausübung der Gesetzesvorbehalt gilt (§ 31 SGB I). Mit der Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts werden aber andererseits zugleich ihre bürgerlich-demokratischen und genossenschaftlichen Wurzeln betont und damit auch ihre Distanz zum bevormundenden (Wohlfahrts-) Staat absolutistischer Prägung.¹⁸⁵ Gleichwohl hat sich in der verwaltungsrechtlichen Literatur der Sammelbegriff „mittelbare Staatsverwaltung“ als Gegenbegriff zur „unmittelbaren“ staatlichen Verwaltung eingebürgert.¹⁸⁶ Er ist aber ebenso eine Verlegenheitsbezeichnung wie die Unterscheidung zwischen „mittelbarer“ und „unmittelbarer“ Drittwirkung der Grundrechte.¹⁸⁷ In der Selbstverwaltung geht es nämlich nicht nur um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern immer auch um die Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Interessen. Selbstverwaltungsträger sind daher ein besonders geeignetes Betätigungsfeld für Untersuchungen über das Recht der Zwischenschicht, denn sie bieten mit ihrer dualen, durch das einfache Recht näher ausgestalteten, Struktur aus eigenen und übertragenen Aufgaben geeignete Ansatzpunkte für eine Differenzierung danach, ob gesetzlich zugewiesene Kompetenzen in Anspruch genommen oder die Interessen von Mitgliedern vertreten werden.¹⁸⁸

Exemplarisch kann diese Differenzierung im Gesundheitsrecht ausbuchstabiert werden. Dieses ist durch eine kaum mehr überschaubare Akteursvielfalt und ein dichtes Geflecht korporativer Regelungen und Vereinbarungen geprägt, seit einiger Zeit ergänzt durch wettbewerbliche Elemente. Überall dort, wo der Staat die Leistungen nicht selbst erbringt, sondern durch externe Leistungserbringer erbringen lässt, existiert eine breite Zwischenschicht aus (korporatistischen) Arrangements zwischen öffentlichen und privaten Akteuren, die die Konkretisierung und Umsetzung

¹⁸⁵ Karl-Jürgen Bieback, Die öffentliche Körperschaft, 1976, 349f.; Reinhard Hender, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 8ff., 70ff.; Winfried Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 222f.; vgl. auch BVerfGE 33, 15 (127) – Strafgefangene [1972].

¹⁸⁶ Vgl., allerdings auch mit Vorbehalten, Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 1.

¹⁸⁷ S. bereits oben B. I. 1.

¹⁸⁸ BVerfGE 68, 193 (207f.) – Zahntechniker-Innungen [1984]; 70, 1 (16); vgl. bereits Ludwig Fröhler/Peter Oberndorfer, Körperschaften des Öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, 1974, 32ff.

des nur weitmaschigen Sozialrechts durch öffentlich-rechtliche Verträge übernehmen.¹⁸⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat in einer älteren Entscheidung die Grundrechtsberechtigung der als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten gesetzlichen Krankenkassen (§ 4 Abs. 1 SGB V) mit der Erwägung verneint, ihre Aufgabe bestehe „in dem Vollzug einer detaillierten Sozialgesetzgebung, gleichsam nach Art einer übertragenen Staatsaufgabe.“¹⁹⁰ Das ist so undifferenziert nicht mehr haltbar, seit der Gesetzgeber vor etwa 20 Jahren den Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen ausgerufen hat:¹⁹¹ Im Wettbewerb untereinander handeln diese vor allem mit den nichtärztlichen Leistungserbringern, teilweise aber auch mit ärztlichen Akteuren (insbesondere in der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V) Leistungspakete aus; der zuvor praktische einheitliche Leistungskatalog zerfällt an den Rändern durch zunehmende satzungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (§ 11 Abs. 6 SGB V). Wettbewerb herrscht aber vor allem auf der Beitragsseite. Es gibt zwar noch einen allgemeinen, d.h. für alle Krankenkassen gleichen Beitragssatz (§ 241 SGB V). Wenn die Krankenkassen mit den daraus generierten Einnahmen aber nicht auskommen, müssen sie kassenindividuelle Zusatzbeiträge (§§ 242, 242a SGB V) erheben, die Sonderkündigungsrechte ihrer Mitglieder auslösen (§ 175 Abs. 4 S. 5 SGB V); regulär können die Versicherten ihre Krankenkassen ohnehin alle 18 Monate wechseln (§ 175 Abs. 4 S. 1 SGB V). Die Krankenkassen sind sogar insolvenzfähig (§ 171b SGB V) und gelten kartellrechtlich als Unternehmen (§ 69 Abs. 2 SGB V).

Zwar ändert das alles nichts daran, dass die Krankenkassen mit der Organisation der Gesundheitsversorgung eine wichtige öffentliche Aufgabe erfüllen. Aber das gilt natürlich gleichermaßen auch für die privaten Krankenversicherungsunternehmen. Anders als bei den gesetzlichen Krankenkassen gibt es aber nun ausgerechnet unter den privaten Krankenversicherungsunternehmen keinen Wettbewerb um Bestandsversicherte, weil diese ihr Versicherungsunternehmen wegen der nach wie vor nur sehr eingeschränkten Möglichkeit der Mitnahme von Alterungsrückstellungen praktisch nicht mehr wechseln können.¹⁹² Das deutsche Krankenversicherungsrecht ist also durch ein kurioses duales System aus grundrechtsgebundenen Behörden im Wettbewerb auf der einen Seite und grundrechtsberechtigten Unternehmen ohne relevanten Wettbewerbsdruck auf der anderen Seite geprägt;¹⁹³ als Referenzgebiet, um Studierenden den Unterschied zwischen Öffentlichem und Privatrecht begreiflich zu machen, scheidet es damit aus. Die Protagonisten des dualen Systems stehen aber nicht beziehungslos nebeneinander, sondern in einem (vermeintlichen) System-

¹⁸⁹ Zu den Strukturen des sozialrechtlichen Vertragsrechts näher *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen/Stephan Rixen*, Grundlagen des Sozialrechts, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 675 Rn. 62ff.; speziell für das Gesundheitsrecht: *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen*, in: Ulrich Becker/Thorsten Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 5. Aufl. 2017, § 69 Rn. 4ff.

¹⁹⁰ BVerfGE 39, 302 (313) – AOK [1975].

¹⁹¹ Zum Folgenden *Thorsten Kingreen*, Governance im Gesundheitsrecht. Zur Bedeutung der Referenzgebiete für die verwaltungsrechtliche Methodendiskussion, Die Verwaltung 42 (2009), 337 (358f.).

¹⁹² Dazu *Thorsten Kingreen*, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung?, in: Verhandlungen des 69. DJT Bd. II/1, 2013, K19–22.

¹⁹³ Zum Reformbedarf *Thorsten Kingreen/Jürgen Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung, 2013, 15ff.

wettbewerb um solche Personen, die nicht gesetzlich versicherungspflichtig sind und sich daher entweder freiwillig gesetzlich (§ 9 SGB V) oder nach § 193 Abs. 3 VVG privat versichern können. Dieser Wettbewerb ist vor allem ein Preiswettbewerb, der auch und gerade über Wahltarife (Selbstbehalte, Beitragsrückerstattungen) geführt wird. Es wäre dann aber unter dem Aspekt der Waffengleichheit kaum nachvollziehbar, dass sich die privaten Krankenversicherungsunternehmen gegen Eingriffe der Versicherungsaufsicht in diese Preisgestaltung unter Berufung insbesondere auf Art. 12 Abs. 1 GG zur Wehr setzen können, die gesetzlichen Krankenkassen hingegen nicht. Daran lässt sich erkennen, dass man die Frage der Grundrechtsberechtigung i.S.v. Art. 19 Abs. 3 GG nicht allein aus der Flughöhe eines allein verfassungsrechtlich bestimmten „Wesens“ der juristischen Person bestimmen kann, sondern zu gewärtigen hat, dass die juristische Person „aus Recht“ besteht. Das Recht, das die gesetzlichen Krankenkassen im Wettbewerb untereinander und mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen prägt, bringt sie in eine mit juristischen Personen des Privatrechts vergleichbare Gefährdungslage, ja man könnte formulieren, dass sie erst recht grundrechtsberechtigt sind, wenn dies schon bei den wenig wettbewerbsorientierten privaten Krankenversicherungsunternehmen der Fall ist. Selbstverwaltungsrechtlich formuliert erledigen sie hier ihre eigenen Angelegenheiten und vertreten die Interessen ihrer Mitglieder an einer möglichst qualitativ hochwertigen und zugleich wirtschaftlich vernünftigen Versorgung. Gleiches gilt etwa, wenn die Krankenkassen nach § 140 SGB V zulässigerweise sog. Eigeneinrichtungen betreiben, also bei funktionaler Betrachtung mit anderen (auch privaten) Leistungserbringern konkurrieren.¹⁹⁴ Die in diesen Fällen bestehende Grundrechtsberechtigung ändert aber nichts an ihrer ohnehin uneingeschränkten Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG und bedeutet auch nicht, dass sie umfassend grundrechtsberechtigt wären. Sie sind nämlich nicht nur Wettbewerber, sondern erlassen, etwa beim Beitragseinzug oder bei Entscheidungen über die Leistungsgewährung, Verwaltungsakte und treffen damit bei funktionaler Betrachtung hoheitliche Entscheidungen, in deren Rahmen keine Grundrechtsberechtigung besteht. Keine Grundrechtsberechtigung besteht auch im Bereich der vielfältigen systembezogenen Regulierungsfunktionen, die aber ohnehin weitgehend nicht von einzelnen Krankenkassen, sondern von deren Verbänden wahrgenommen werden.¹⁹⁵

In gewisser Weise vergleichbar ist die Situation auf Seiten der Leistungserbringer. Hier muss man zwischen Verbänden, die neben den Interessen ihrer Mitglieder Allgemeininteressen wahrnehmen und solchen Organisationen, die allein der Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder dienen, unterscheiden. Diese Trennlinie verläuft im Wesentlichen zwischen ärztlicher und nichtärztlicher Leistungserbringung. Auf Verbandsebene hebt das Gesetz die öffentlich-rechtlich organisierten Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 77 Abs. 5 SGB V) und die privatrechtlichen Krankenhausgesellschaften (§ 108a SGB V) dadurch hervor, dass sie nicht nur Aufgaben in ihren jeweiligen Sektoren wahrnehmen, sondern darüber hinaus auch

¹⁹⁴ Christoph Link, Grundrechtsschutz für Sozialversicherungsträger? Aktuelle Anmerkungen zu einem alten Problem, in: Stefan Muckel (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag, 2003, 511 (518 ff.).

¹⁹⁵ Dazu näher Ulrich Becker/Thorsten Kingreen, in: SGB V (Fn. 189), § 69 Rn. 23.

allgemeine systemische Regulierungsaufgaben, insbesondere über die Mitgliedschaft im Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 91 SGB V), der über seine Richtlinien das gesamte, auch nichtärztliche Leistungsgeschehen steuert. Der nichtärztliche Bereich wird hingegen durch Verbände repräsentiert, die das Gesetz eher unspezifisch als „maßgebliche Spitzenorganisationen“ (z. B. §§ 125 Abs. 1 S. 1, 129 Abs. 2, 131 Abs. 1, 132a Abs. 1 SGB V), „Berufsverbände“ (§ 134a Abs. 1 SGB V) bzw. als für die „für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen“ (§§ 129 Abs. 2, 131 Abs. 1 SGB V) zuständige Organisationen bezeichnet.

Die grundsätzliche Differenzierung zwischen ärztlichen und nichtärztlichen Leistungserbringerverbänden war seinerzeit maßgebend für die differenzierenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Zahntechnikerinnungen einerseits¹⁹⁶ und den für den Bereich der Hilfsmittel zuständigen Orthopädietechnikerinnungen andererseits¹⁹⁷. Die (schon seinerzeit zweifelhafte) Differenzierung nach der Systemintegration lässt sich allerdings nicht mehr aufrechterhalten, nachdem auch das nichtärztliche Leistungserbringungsrecht 1989 umfassend gesetzlich geregelt wurde und nunmehr zunehmend durch Verbandsrecht geprägt ist.¹⁹⁸ Systemintegriert sind daher nunmehr alle genannten Verbände, wenn auch mit unterschiedlich dichten Vertragskompetenzen. Daraus kann man aber nicht den Schluss ziehen, dass in diesem Bereich überhaupt keine Grundrechtsberechtigung mehr besteht, zumal ja schon das einfache Recht teilweise ausdrücklich auf die Funktion der Verbände hinweist, die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen. Dagegen spricht auch, dass neben den Verbänden regelmäßig alternativ immer auch einzelne Leistungserbringer für zuständig erklärt werden, Verträge mit den Krankenkassen oder deren Verbänden abzuschließen (vgl. etwa § 125 Abs. 1 und 2, 127 Abs. 2 SGB V). Da die Grundrechtsberechtigung dieser einzelnen Leistungserbringer aber nicht zweifelhaft ist, kann für ihre Verbände nichts anderes gelten, auch wenn mit der Wahrnehmung dieser Interessen immer auch zugleich die Erfüllung gesetzlich zugewiesener Funktionen verbunden ist, die Auswirkungen auch auf die Versicherten haben.

Fraglich ist, was die weitgehende Bejahung der Grundrechtsfähigkeit der Verbände der nichtärztlichen Leistungserbringer für die Krankenhausgesellschaften und für die Kassenärztlichen Vereinigungen bedeutet. Eine naheliegende Möglichkeit besteht darin, die Krankenhausgesellschaften im Hinblick auf ihre privatrechtliche Rechtsform für grundrechtsfähig zu erklären, soweit sie die Interessen ihrer Mitglieder wahrnimmt, die Kassenärztlichen Vereinigungen wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtsform hingegen nicht. Das Bundesverfassungsgericht ist hinsichtlich der Bedeutung der Rechtsform nicht ganz klar: In der Entscheidung zur Grundrechtsfähigkeit der Zahntechnikerinnungen führt es auf der einen Seite aus, dass von der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts in der Regel auszugehen sei, während sie bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur ausnahmsweise bestehe.¹⁹⁹ Auf der anderen Seite heißt es dann aber in der gleichen Entscheidung, dass Grund für die Nicht-Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen

¹⁹⁶ BVerfGE 68, 193 – Zahntechniker-Innungen [1984].

¹⁹⁷ BVerfGE 70, 1 – Orthopädietechniker-Innungen [1985].

¹⁹⁸ Vgl. zu den Grundstrukturen *Stephan Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, 375 ff.

¹⁹⁹ BVerfGE 68, 193 (206) – Zahntechniker-Innungen [1984].

des öffentlichen Rechts „nicht die Rechtsform als solche“ sei, sondern „die Funktion [...], in der eine juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen wird.“²⁰⁰ Wenn das richtig ist, verbieten sich allerdings pauschale Ausschlüsse der Grundrechtsfähigkeit, wie sie das Bundesverfassungsgericht namentlich bei den Kassenärztlichen Vereinigungen vorgenommen hat.²⁰¹ Sie werfen die Frage auf, ob trotz anderslautender Bekenntnisse nach wie vor die im Konfusionsargument wurzelnde Vorstellung mitläuft, dass Träger hoheitlicher Kompetenz nie grundrechtsfähig sein können. Tatsächlich wäre das Abstellen allein auf die Rechtsform hier besonders sachwidrig. Weil die Krankenhausgesellschaften seit Ende der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts in eine ähnliche Rolle hineinwachsen sollten wie im Bereich der ambulanten Versorgung die Kassenärztlichen Vereinigungen, war geplant gewesen, auch die Krankenhausgesellschaften in Körperschaften des Öffentlichen Rechts zu überführen. Dass dies nicht geschehen ist, ist allein dem Widerstand der christlichen Kirchen zu verdanken, die nach wie vor Trägerinnen vieler Krankenhäuser sind.²⁰² Aus diesem Umstand kann man aber bei funktionaler Betrachtung nicht ableiten, dass die Krankenhausgesellschaften bei der Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder grundrechtsberechtigt sind, die Kassenärztlichen Vereinigungen hingegen grundsätzlich nicht. Soweit beispielweise gesetzliche Vorgaben in ihre Rechte zur Vereinbarung des Vergütungsrechts mit den gesetzlichen Krankenkassen eingreifen, sind sie beide gleichermaßen als Vertreterinnen ihrer Mitglieder grundrechtstypisch betroffen und müssen daher auch beide als grundrechtsberechtigt angesehen werden. Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind hingegen nicht grundrechtstypisch betroffen, wenn und soweit sie etwa Aufgaben der Bedarfsplanung (§§ 99 ff. SGB V) wahrnehmen, für die im Krankenhausrecht ohnehin staatliche Behörden zuständig sind (§ 6 Abs. 1 KHG).

IV. Grundrechtsverpflichtung

1. Grundrechtstypische Gefährderlage

Man kann den Gedanken der grundrechtstypischen Gefährdungslage auch auf die Grundrechtsverpflichtung anwenden und eine grundrechtstypische Gefährderlage zur Voraussetzung für eine Bindung juristischer Personen des Privatrechts an die Grundrechte machen.

Eine konkrete juristische Person befindet sich in einer grundrechtlichen Gefährderlage, wenn sie im Einzelfall bei funktionaler Betrachtung ein dem Staat vergleichbares Gefährdungspotenzial für die Grundrechte hat, das ihr eine staatsanaloge Verantwortung für den Grundrechtsschutz auferlegt. Eine grundrechtstypische Gefährderlage besteht dementsprechend auch nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts, wenn juristische Personen des Privatrechts „in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der

²⁰⁰ BVerfGE 68, 193 (207f.) – Zahntechniker-Innungen [1984].

²⁰¹ BVerfG, NJW 1996, 1588 (1588f.).

²⁰² *Bernhard Schlink*, Korporatismus im Krankenhauswesen, RsDE 11 (1990), 1 ff.

Staat.²⁰³ Es müssen m.a.W. diejenigen privaten Verhaltensformen identifiziert werden, „die in ihrer Gefährdungsrichtung strukturanalog zu gefährdenden Tendenzen politischer Machtausdehnungen sind, gegen die die Grundrechte als Abwehrrechte ursprünglich konzipiert wurden.“²⁰⁴ In einer solchen Gefährderlage können zwar im Einzelfall auch natürliche Personen sein; oftmals sind es aber juristische Personen, die kraft ihrer sozialen Macht die für die Grundrechtsverwirklichung notwendige Chancengleichheit in einem Maße gefährden, dass Selbstbestimmung zur Fremdbestimmung wird. Mit dieser Begründung hat das Bundesverfassungsgericht daher in jüngster Zeit vor allem die Privatautonomie von Privatversicherungsunternehmen beschränkt.²⁰⁵

Auch der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten klargestellt, dass sich eine private Gefährderlage aus einem Vergleich zwischen staatlicher und sozialer Macht ergibt. Würde man nämlich ein Diskriminierungsverbot nur auf behördliche Maßnahmen anwenden, könne es zu „Ungleichheiten bei seiner Anwendung“ kommen.²⁰⁶

2. Abwendung grundrechtstypischer Gefährderlagen durch einfaches Recht

Eine grundrechtstypische Gefährderlage ist allerdings ungleich schwerer zu begründen als eine grundrechtstypische Gefährdungslage, die aus der Perspektive rechtlich verfasster Grundrechte prüft, ob eine Situation gegeben ist, in der natürlichen Personen typischerweise Grundrechtsschutz zuteilwird. Soziale Macht ist hingegen zunächst ein primär faktisches Phänomen und damit diffuser als die notwendigerweise rechtlich begründete und durch Grundrechte begrenzte staatliche Macht.²⁰⁷ Private Macht kann sich, ungebunden von staatlichen Kompetenzen und Verfahren, als grundrechtlich geschützte Freiheitsausübung entfalten und ist damit auch vor staatlichen Zugriffen geschützt, die sie zum Schutze anderer begrenzen.²⁰⁸ Schon deshalb kann sie nicht in gleichem Umfang der Grundrechtsbindung unterliegen wie nach Art. 1 Abs. 3 GG die staatliche Gewalt.

Das heißt nicht, dass soziale Macht nicht rechtlich eingehegt und als rechtserheblicher Tatbestand konkretisiert werden kann. Doch geschieht dies vorwiegend durch das einfache Recht, insbesondere das Privatrecht. Dessen Metaprinzip, die Privatautonomie, beruht auf der Vorstellung von selbstbestimmten, prinzipiell gleichberechtigten Personen, „die untereinander keine politischen Befugnisse oder soziale Sonderzuständigkeiten in Anspruch nehmen.“²⁰⁹ Über- und Unterordnungsverhältnisse, die durch soziale Macht begründet werden, vertragen sich mit dieser Prämisse nicht,

²⁰³ BVerfG, NJW 2015, 2485 (2486).

²⁰⁴ *Andreas Fischer-Lescano/Andreas Maurer*, Grundrechtsbindung von Betreibern öffentlicher Räume, NJW 2006, 1393 (1394f.).

²⁰⁵ BVerfGE 114, 1 (34) – Übertragung von Lebensmittelversicherungen [2005] sowie NJW 2013, 3086 (3087).

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, R.n. 84 (Bosman).

²⁰⁷ Vgl. nur *Florian Möslin*, Private Macht als Forschungsgegenstand der Privatrechtswissenschaft, in: Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, 1 (9).

²⁰⁸ *Carsten Herresthal*, Private Macht im Vertragsrecht, in: *Private Macht* (Fn. 207), 146 (157f.).

²⁰⁹ *Franz Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75 (75f.).

weshalb das Privatrecht ein gewissermaßen intrinsisches Interesse daran hat, asymmetrischen Machtstrukturen entgegenzuwirken.

So schützt schon das allgemeine Zivilrecht, teilweise beschleunigt durch europäisches Sekundärrecht, Arbeitnehmer, Mieter, Verbraucher, Reisende und Versicherte als (vermeintlich) schwächere und/oder wirtschaftlich/sozial abhängige Parteien vor der Übermacht ihrer jeweiligen Vertragspartner.²¹⁰ Besonders weitgehend ist im Arbeitsleben der Schutz vor Diskriminierungen durch Arbeitgeber. Hier enthält die RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf²¹¹ Verbote der Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Richtlinie im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umgesetzt. Praktische Bedeutung haben Richtlinie und Umsetzungsgesetz vor allem bei Diskriminierungen wegen des Alters. So hat der EuGH beispielsweise eine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten als ungerechtfertigte Diskriminierung wegen des Alters wahrgenommen, weil die internationale Regelung ausreichend sei, wonach Piloten, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres weiterhin eingesetzt werden dürfen, wenn sie Mitglied einer Flugbesatzung sind, die aus mehreren Piloten besteht, die unter 60 sind.²¹² Er sieht etwa ferner in herablassenden Äußerungen des Geschäftsführers eines Profifußballclubs über Homosexuelle die widerlegbare Vermutung dafür, dass der Club eine Einstellungspraxis verfolgt, die mit dem Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung nicht vereinbar ist.²¹³ Unter dem Aspekt des Verbots der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung sind etwa auch Ungleichbehandlungen von Lebenspartnerschaften gegenüber der Ehe bei der Hinterbliebenenversorgung durch ein berufsständisches Versorgungssystem nicht zu rechtfertigen.²¹⁴ Die Richtlinie und die Umsetzungsgesetze begründen also auf der Ebene des einfachen Rechts ein eigenständiges Regime gegen Diskriminierungen durch private Arbeitgeber bzw. Verbände, das nicht anders wirkt als verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote. Man kann daraus unterschiedliche Schlussfolgerungen ziehen: Auf der einen Seite wird damit zwar der Nachweis geführt, dass auch das einfache Recht wirksam vor dem Missbrauch sozialer Macht schützen kann. Eine Grundrechtsbindung wird sich daneben regelmäßig erledigen; das einfache Recht beseitigt hier nämlich die grundrechtstypische Gefährderlage durch einen quasigrundrechtlichen Schutz auf der Ebene des einfachen Rechts. Auf der anderen Seite hält damit in das Privatrecht eine grundrechtsähnliche Regulierung Einzug, die über die Grundrechte sogar hinausgeht insoweit sie eine unmittelbare Drittwirkung vorsieht. Es wird Grundrechtsschutz durch einfaches Recht gewährt. Mit dem berühmten „Federstrich des Gesetzgebers“ (*Julius von Kirchmann*) werden damit die Grenzen zwischen privater Freiheit und öffentlicher Bindung, die die traditionelle Grundrechtstheorie

²¹⁰ Giesela Rühl, Private Macht im Internationalen Privatrecht, in: Private Macht (Fn. 207), 475 (480 ff.).

²¹¹ ABl. 2000 L 303/16.

²¹² EuGH, Rs. C-447/09, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 63 f. (Prigge).

²¹³ EuGH, Rs. C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275, Rn. 40 ff. (ACCEPT).

²¹⁴ EuGH, Rs. C-267/06, ECLI:EU:C:2008:179, Rn. 65 ff. (Maruko); Rs. C-147/08, ECLI:EU:C:2011:286, Rn. 42 ff. (Römer).

so sorgsam gezogen hat, obsolet. Über den Umweg des europäischen Sekundärrechts und des einfachen deutschen Rechts werden der sozialen Machtausübung Bindungen auferlegt, die nach dem herrschenden staatszentrierten Verfassungsverständnis undenkbar schienen.

Eine wichtige Rolle bei der einfach-rechtlichen Regulierung sozialer Macht spielt schließlich das Kartellrecht. Es begreift den Markt und den Wettbewerb als „Entmachtungsinstrument“ und schützt ihn daher vor Kartellen (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) und Akteuren mit einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV, § 19 GWB). Es hält, mittlerweile sektorspezifisch ausdifferenziert, spezielle Instrumente und Verfahren vor, mit und in denen es wesentlich ziel- und passgenauer vor der Konzentration und dem Missbrauch wirtschaftlicher Macht schützt als es die Grundrechte könnten.²¹⁵ Dieser Schutz beschränkt sich nicht auf den Markt wie überhaupt das Kartellrecht den Wettbewerb nicht als Selbstzweck schützt. Vielmehr geht es – ganz im Sinne der französischen Revolutionäre – in einem größeren ordnungspolitischen Zusammenhang immer auch darum, die Gesellschaft vor einer „Re-Feudalisierung“ zu schützen²¹⁶ und zu verhindern, dass soziale Macht der demokratisch legitimierten politischen Macht (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) vorgeordnet wird.²¹⁷

Sozial mächtige juristische Personen des Privatrechts sind also in einer grundrechtstypischen Gefährdungslage nur dann, wenn es gar keine einfach-rechtlichen Schutzmechanismen gibt oder, wenn bestehendes einfaches Recht unzureichend ist. Dann ist die Prämisse der Privatautonomie, die Selbstbestimmung des Einzelnen, nicht gegeben und folgt daher unmittelbar aus den Grundrechten die Notwendigkeit, die Gestaltungsfreiheit der mächtigeren Vertragspartei zugunsten der Privatautonomie des Schwächeren zu beschränken.²¹⁸

D. „I’ll believe corporations are people when Texas executes one“

Dieses Bonmot des Kaliforniers *Robert Reich* nach der Hobby Lobby-Entscheidung des U.S. Supreme Court bringt das Problem, das individualistische Interpretationen der juristischen Person mit ihrer verfassungsrechtlichen Verortung zwischen Individuum und Staat haben, treffend auf den Punkt.²¹⁹ Nach wie vor wird, nicht nur in Deutschland, die Fiktion aufrechterhalten, dass es selbst in weltweit operierenden

²¹⁵ Das zeigt sich etwa im Gesundheitsrecht, wo § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V die Krankenkassen im Leistungserbringungsrecht an das allgemeine Kartellrecht bindet, obwohl sie unbestrittenermaßen auch an die Grundrechte gebunden sind.

²¹⁶ *Gregor Bachmann*, Die Legitimation privater Macht, in: *Private Macht* (Fn. 207), 603 (605).

²¹⁷ *Franz Böhm*, Demokratie und ökonomische Macht, 1960; ferner, wenn auch zurückhaltend, *Heike Schweitzer*, Wettbewerbsrecht und das Problem privater Macht, in: *Private Macht* (Fn. 207), 447 (452f.).

²¹⁸ Vgl. BVerfGE 114, 1 (34) – Übertragung von Lebensmittelversicherungen [2005] sowie NJW 2013, 3086 (3087).

²¹⁹ Vgl. ferner das dem First Baron Thurlow (1731–1806), Lord Chancellor of England, zugeschriebene Zitat (vgl. *John C. Coffee*, No Soul To Damn – No Body To Kick – An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment, *Michigan Law Review* 79 [1981], 386 [386]): „Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?“

Großorganisationen ein personales Substrat gibt, das über das Bestehen und das Ausmaß der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person bestimmt. Die juristische Person ist aus dieser Perspektive nur ein Problem der Zuordnung, entweder zur privaten oder zur öffentlichen Sphäre. Ihre Eigenständigkeit, ihre Unterschiede sowohl zum privaten wie zum staatlichen Bereich werden durch diese Zuordnungen nivelliert, rechtsdogmatische Brüche werden als unvermeidliche Folge der Anerkennung einer transpersonalen Rechtsfähigkeit eher schulterzuckend hingenommen. Die Fixierung auf die individuelle Grundrechtsausübung auf der einen und den freiheitsgefährdenden Staat auf der anderen Seite und die Dialektik der Rechtsformen erschweren damit zugleich die Entwicklung eines Verfassungsrechts der Zwischenschicht. Dieser Dualismus konstruiert eine kategoriale Gegensätzlichkeit von Gesellschaft und Staat, die weder der Privatisierung des Öffentlichen noch der Publizierung des Privaten gerecht werden.²²⁰

Es gilt daher, die in der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person liegende rechtliche Verselbständigung ernst zu nehmen. Sie besteht „aus Recht“ und muss daher, wie das im einfachen Recht (im Gesellschaftsrecht etwa mit der haftungsrechtlichen Trennung) ganz selbstverständlich geschieht, ausgehend von der einfach-rechtlichen Zuweisung von Funktionen als verfassungsrechtlich eigenständige Trägerin von Rechten und/oder Pflichten entwickelt werden. Das größte Potenzial für diese Entwicklung weist derzeit das europäische Unionsrecht auf, das – unbelastet vom Ballast (vermeintlicher) verfassungshistorischer Pfadabhängigkeiten – die juristische Person nach ihrer Funktion beurteilt und wegen der Vielfalt von Rechtsformen und Kompetenzen im nationalen Recht im Interesse seiner einheitlichen Anwendung auch nur beurteilen kann. Für die Entwicklung eines internationalrechtlichen Menschenrechtsschutzes sind das wichtige Impulse, die auch in der verfassungsrechtlichen Diskussion in Deutschland mehr als bislang wahrgenommen werden sollten.

²²⁰ Zu beidem *Jan Philipp Schaefer*, Neues vom Strukturwandel der Öffentlichkeit. Gewährleistungsverwaltung nach dem Fraport-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 51 (2012) 251 (266 ff.).

