

JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

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 / eISBN 978-3-16-159058-0
ISSN 0075-2517

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

Aufsätze und Abhandlungen

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

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

Porträts und Erinnerungen

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

Entwicklungen des Verfassungsrechts im europäischen Raum

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

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

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

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

II. Asien

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

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

Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht

Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit
und grundrechtsgebundener Macht

von

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg

Inhalt

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

A. „Frei geboren, aber überall in Ketten“

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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