

JOHANNES KATER

Grundrechtsbindung und
Grundrechtsfähigkeit
gemischtwirtschaftlicher
Aktiengesellschaften

*Schriften zum
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

34

Mohr Siebeck

Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von den Direktoren
des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
der Bucerius Law School in Hamburg

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

34



Johannes Kater

Grundrechtsbindung
und Grundrechtsfähigkeit
gemischtwirtschaftlicher
Aktiengesellschaften

Folgenanalyse unter besonderer Beachtung
der Position der Privataktionäre

Mohr Siebeck

Johannes Kater, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und am King's College London; 2009 Master of Laws (LL.M.) an der London School of Economics and Political Science; Referendariat beim Kammergericht Berlin; 2011 Zweite Juristische Staatsprüfung; seit 2013 Rechtsanwalt in Berlin; 2016 Promotion.

ISBN 978-3-16-154850-5 / eISBN 978-3-16-158834-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISSN 2193-7273 (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde zum Ende des Wintersemesters 2015/2016 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die Druckfassung ist aktualisiert und auf dem Stand von Mai 2016.

Ich bedanke mich herzlich bei Frau Professor Dr. Christine Windbichler für die Anregung zu diesem Thema, die hervorragende Betreuung der Arbeit und den dabei gewährten Freiraum sowie den fruchtbaren wissenschaftlichen Diskurs innerhalb der „Werkstatt-Runden“. Herrn Professor Dr. Christian Waldhoff danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Den Herausgebern der „Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht“ gilt mein Dank für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe.

Dank gebührt schließlich meinen lieben Eltern, ohne deren stetige Unterstützung meine juristische Ausbildung einschließlich dieser Disseration so nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

Berlin, im Mai 2016

Johannes Kater

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Teil 1 – Einleitung und Grundlagen.....	1
Kapitel 1 – Einleitung.....	1
Kapitel 2 – Grundlagen gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften.....	12
Teil 2 – Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsbindung	27
Kapitel 3 – Diskussionsstand zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen.....	27
Kapitel 4 – Diskussionsstand zur Grundrechtsbindung juristischer Personen des Privatrechts bei Beteiligung der öffentlichen Hand	44
Kapitel 5 – Bewertung des Fraport-Urteils: Entscheidung für das Beherrschungskriterium.....	54
Kapitel 6 – Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften im Lichte des Fraport-Urteils: Anwendungsfälle.....	83
Teil 3 – Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung und fehlender Grundrechtsfähigkeit.....	105

Kapitel 7 – Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung in den Außenrechtsbeziehungen: Allgemeines	106
Kapitel 8 – Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung in den Außenrechtsbeziehungen: Grundrechte im Einzelnen	119
Kapitel 9 – Die Verwirklichung der unmittelbaren Grundrechtsbindung im Gesellschaftsrecht	147
Kapitel 10 – Beeinträchtigungen durch fehlende Grundrechtsfähigkeit	161
Kapitel 11 – Beeinträchtigung des Anteilseigentums der Privataktionäre durch unmittelbare Grundrechtsbindung und Wegfall der Grundrechtsfähigkeit?	175
Kapitel 12 – Die Stellung der privaten Minderheitsaktionäre in der grundrechtsgebundenen und nicht grundrechtsfähigen Aktiengesellschaft	201
Kapitel 13 – Grundrechtsbindung und europäische Grundfreiheiten	214
Teil 4 – Schutz der privaten Minderheitsaktionäre und der Anleger durch Anwendung von Publizitätsvorschriften	241
Kapitel 14 – Grundrechtsbindung und fehlende Grundrechtsfähigkeit als Gegenstand von Publizitätsvorschriften.....	242
Kapitel 15 – Besondere Informationspflichten börsennotierter gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften	254
Teil 5 – Schlussbetrachtung	305
Literaturverzeichnis.....	309
Sachregister	337

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Teil 1 – Einleitung und Grundlagen	1
<i>Kapitel 1 – Einleitung</i>	1
A. Gegenstand der Untersuchung	1
B. Gang der Untersuchung	6
C. Begriffsbestimmungen	7
I. Öffentliche Hand	7
II. Öffentliches Unternehmen	8
III. Gemischtwirtschaftliches Unternehmen	10
<i>Kapitel 2 – Grundlagen gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften</i>	12
A. Interessenkonflikte	12
B. Zulässigkeit staatlicher Beteiligungen an Aktiengesellschaften	14
C. Umsetzung der staatlichen Ingerenzpflicht	16
I. Ablehnung der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht	16
II. Begrenzung gesellschaftsrechtlicher Einflussmöglichkeiten	18
III. Vorhandene Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand	20
Teil 2 – Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsbindung	27
<i>Kapitel 3 – Diskussionsstand zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen</i>	27
A. Juristische Personen des öffentlichen Rechts	29
B. Juristische Personen des Privatrechts ohne Staatsbeteiligung	30

C. Juristische Personen des Privatrechts ohne Privatbeteiligung (Eigengesellschaften)	30
D. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	31
I. Argumente gegen Grundrechtsfähigkeit: keine Besserstellung der öffentlichen Hand	33
II. Argumente für Grundrechtsfähigkeit: Schutz privater Anteilsinhaber	34
III. Rechtsprechung vor dem Fraport-Urteil	35
IV. Literatur zu den Zuordnungskriterien	36
1. Privatrechtsform	37
2. Beherrschung durch den öffentlichen Anteilsinhaber	38
3. Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder Funktionen	39
4. Staatliche Kompetenzzuweisung	40
5. Wirtschaftspolitische Instrumentalisierung	42
6. Vorhandensein unternehmerisch interessierter Privataktionäre	42
E. Zusammenfassung	43

*Kapitel 4 – Diskussionsstand zur Grundrechtsbindung juristischer
Personen des Privatrechts bei Beteiligung der öffentlichen Hand*..... 44

A. Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand bei privatrechtlicher Handlungsform	44
I. Unmittelbare Verwaltungstätigkeit	45
II. Privatrechtliche Hilfgeschäfte	46
III. Erwerbswirtschaftliches Handeln	47
B. Grundrechtsbindung juristischer Personen des Privatrechts bei Beteiligung der öffentlichen Hand	48
I. Grundrechtsbindung von Eigengesellschaften	48
II. Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	49
1. Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen vor dem Fraport-Urteil	49
2. Literaturmeinungen zur Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	51
a) Mittelbare Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	51
b) Unmittelbare Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	52
aa) Beherrschung durch den öffentlichen Anteilsinhaber	53
bb) Wahrnehmung öffentlicher Aufgabe oder Funktion	53
C. Zusammenfassung	54

<i>Kapitel 5 – Bewertung des Fraport-Urteils: Entscheidung für das Beherrschungskriterium</i>	54
A. Sachverhalt und Verfahrensgang.....	55
B. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	56
I. Umfassende Bindung durch Art. 1 Abs. 3 GG	56
II. Beherrschung der Gesellschaft durch die öffentliche Hand als entscheidendes Kriterium	57
III. Feststellung der Beherrschung nach zivilrechtlichen Wertungen	57
C. Abweichendes Richtervotum.....	58
D. Stellungnahme zur Entscheidung und zum abweichenden Richtervotum	59
I. Alternativitätsverhältnis von Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsbindung	59
II. Einheitliche Verwirklichung der Grundrechtsbindung	61
III. Absage an die Konstruktion der mittelbaren Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen.....	62
IV. Abkehr vom Kriterium der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge	63
1. Erfüllung öffentlicher Aufgaben als ungeeignetes Kriterium	64
2. Daseinsvorsorge als unscharfer Begriff.....	66
V. Entscheidung für das Beherrschungskriterium.....	68
1. Ungeeignete Bedeutungsinhalte des Beherrschungsbegriffs	68
a) Konkrete Einwirkungsbefugnisse der öffentlichen Hand auf die Unternehmensführung	68
b) Konzept der Gesamtverantwortung	69
c) Formaler Kontrollbegriff gem. § 29 Abs. 2 WpÜG	70
d) Das Konzept des „sicheren Einflusses“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH.....	70
2. Konzernrechtliche Beherrschung gem. §§ 16, 17 AktG	71
a) Gesellschaftsrechtliche Vermittlung des Einflusses.....	71
b) Stimmenmehrheit.....	72
c) Beherrschung bei Minderheitsbeteiligung	73
aa) Faktische Hauptversammlungsmehrheit.....	73
bb) Kombinierte Beherrschung	74
d) Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung	74
3. Eignung der §§ 16, 17 AktG zur Feststellung der Grundrechtsbindung?	76
a) Beherrschender Einfluss als schwer feststellbares Kriterium?.....	76
b) Beteiligungsverhältnisse als Anknüpfungspunkt	77
c) Faktische Hauptversammlungsmehrheit.....	79

d) Interessenkoordination bei mehreren öffentlichen Anteilsinhabern.....	80
4. Kontrolliertes Unternehmen gem. Art. 2 Abs. 1 lit. f) Transparenzrichtlinie II (2004/109/EG).....	81
E. Ergebnis.....	82

*Kapitel 6 – Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher
Aktiengesellschaften im Lichte des Fraport-Urteils: Anwendungsfälle* 83

A. Fraport AG.....	83
B. Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost	84
I. Deutsche Post AG.....	85
1. Grundrechtsbindung und Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Post AG zu Zeiten öffentlichen Mehrheitsbesitzes	85
2. Das Urteil des Bundesgerichtshofs in Sachen „Einkauf Aktuell“.....	86
3. Kritik am Urteil „Einkauf Aktuell“ im Schrifttum	87
II. Deutsche Telekom AG	89
1. Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Telekom AG zu Zeiten öffentlichen Mehrheitsbesitzes	89
2. Grundrechtsfähigkeit der Deutschen Telekom AG nach Verlust des öffentlichen Mehrheitsbesitzes.....	90
3. Neubewertung der Grundrechtsfähigkeit und Grundrechtsbindung der Deutschen Telekom AG nach dem Fraport-Urteil?	90
4. Bindung der Deutschen Telekom AG an das Gebot der Staatsferne des Rundfunks?.....	92
C. Volkswagen AG.....	94
D. Salzgitter AG	97
E. Commerzbank AG	98
F. EnBW Energie Baden-Württemberg AG.....	101
G. Mainova AG	102
H. Ergebnis.....	102

Teil 3 – Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung und
fehlender Grundrechtsfähigkeit..... 105

*Kapitel 7 – Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung in den
Außenrechtsbeziehungen: Allgemeines* 106

A. Verhältnis von unmittelbarer Grundrechtsbindung und Zivilrecht.....	106
------------------------------------------------------------------------	-----

I.	Zivilrechtsimmanente Verwirklichung unmittelbarer Grundrechtsbindung	107
II.	Stufenweise Verwirklichung unmittelbarer Grundrechtsbindung ..	108
III.	Abgrenzung zur Lehre der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht.....	110
	1. Die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht.....	110
	2. Ansicht des Bundesverfassungsgerichts im Fraport-Urteil: potentiell gleichrangige Bindungsintensität mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtsbindung	111
	3. Stellungnahme.....	111
IV.	Zivilprozessuale Geltendmachung der unmittelbaren Grundrechtsbindung	112
B.	Die These der Einschränkung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit durch unmittelbare Grundrechtsbindung	113
	I. Auswirkungen bei einseitig verbindlichen Entscheidungen und beim Vertragsschluss	115
	II. Wenige grundrechtstypische Gefährdungslagen?	115
C.	Vertragliche Weitergabe der Grundrechtsbindung?	117
D.	Ergebnis.....	118

Kapitel 8 – Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung in den Außenrechtsbeziehungen: Grundrechte im Einzelnen

A.	Wirtschaft, Beruf und Eigentum.....	120
	I. Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 GG)	120
	1. Kein genereller Kontrahierungszwang aufgrund Bindung an Art. 3 GG.....	121
	2. Differenzierungsmöglichkeiten bei Art. 3 Abs. 1 GG	121
	3. Unmittelbarer (besonderer) Kontrahierungszwang kraft Gesetzes	123
	4. Marktmissbrauchskontrolle gem. §§ 18 ff. GWB	123
	5. Allgemeiner (mittelbarer) Kontrahierungszwang: § 826 BGB ..	124
	6. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und besondere Diskriminierungsverbote	127
	7. Vergaberecht	129
	a) Anwendung des GWB-Vergaberechts?	129
	b) Anwendung des Haushaltsrechts von Bund, Ländern und Gemeinden?	130
	c) Materielle Bindungswirkungen des Art. 3 GG bei Vergabe von Aufträgen durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen.....	131
	8. Zwischenergebnis.....	133

II. Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie (Art. 12 und 14 GG)	135
III. Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	136
B. Kommunikationsgrundrechte	137
I. Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG)	137
II. Recht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 GG)	140
III. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)	141
IV. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)	142
C. Person und Persönlichkeit	143
I. Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)	143
II. Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)	143
III. Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 GG)	144
IV. Ehe, Familie, nichteheliche Kinder (Art. 6 GG)	144
V. Freizügigkeit (Art. 11 GG)	145
VI. Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)	145
D. Ergebnis	146

*Kapitel 9 – Die Verwirklichung der unmittelbaren Grundrechtsbindung
im Gesellschaftsrecht*

A. Partizipation der Privataktionäre an staatlicher Gewalt	147
B. Keine Umwandlung in "öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft"	148
C. Verhältnis unmittelbarer Grundrechtsbindung zum Gesellschaftsrecht	149
D. Folgen unmittelbarer Grundrechtsbindung für die Organe gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften	150
I. Corporate Governance Kodizes	150
II. Leitungsgrundsätze für Vorstandsmitglieder	151
1. Unternehmensinteresse	152
2. Dauerhafte Rentabilität	154
3. Shareholder Value	155
4. Gesellschaftszweck	155
5. Berücksichtigung öffentlicher Interessen und Gemeinwohlbindung	157
III. Handlungsmaßstab für Aufsichtsratsmitglieder	158
1. Bindung an das Unternehmensinteresse	158
2. Berücksichtigung öffentlicher Interessen	159
IV. Hauptversammlung	160
E. Ergebnis	160

Kapitel 10 – Beeinträchtigungen durch fehlende Grundrechtsfähigkeit

A. Das Verhältnis des hoheitlich handelnden Staates zum gemischtwirtschaftlichen Unternehmen	161
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

I.	Beeinträchtigung des grundrechtlichen Schutzes gegen Enteignungen, enteignende und enteignungsgleiche Eingriffe	162
1.	Erschwerte Abwehr von Enteignungen.....	162
2.	Keine Abwehr von enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriffen.....	163
II.	Verlust des Grundrechtsschutzes gegen verfassungswidrige gesetzgeberische Tätigkeit.....	164
1.	Gesetzliche Einflussnahme auf Organisation und Verfahren der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft	164
2.	Gesetzliche Einführung weiterer Sonderrechte zugunsten des öffentlichen Anteilsinhabers.....	165
3.	Gesetzliche Indienstnahme gemischtwirtschaftlicher Unternehmen.....	165
4.	Verlust des subsidiären Schutzes gegen Gesetze über Art. 2 Abs. 1 GG	166
III.	Wegfall der Beschwerdefähigkeit bei der Verfassungsbeschwerde.....	167
IV.	Keine Klagebefugnis aufgrund von Grundrechten im Verwaltungsverfahren	169
V.	Beeinträchtigungen im einstweiligen Rechtsschutz.....	169
VI.	Anwendungsbeispiel für inzidente Normenkontrolle: EnBW.....	170
B.	Das Verhältnis des öffentlichen Anteilsinhabers zum gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.....	171
C.	Außenrechtsverhältnis zu Dritten.....	172
I.	Wegfall der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.....	172
II.	Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG	174
D.	Ergebnis.....	174

Kapitel 11 – Beeinträchtigung des Anteilseigentums der Privataktionäre durch unmittelbare Grundrechtsbindung und Wegfall der Grundrechtsfähigkeit?

A.	Der grundrechtliche Schutz des Anteilseigentums durch Art. 14 GG ..	177
B.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vereinbarkeit gesellschaftsrechtlicher Normen und deren Anwendung mit dem Anteilseigentum	178
I.	Übertragende Umwandlung: Feldmühle	178
II.	Schutz des Anteilseigentums bei gesetzgeberischer Einflussnahme auf Organisation und Verfahren der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft: Mitbestimmungsgesetz	179
III.	Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag und Eingliederung: DAT/Altana.....	179

IV. Übertragende Auflösung: Moto Meter	180
V. Verschmelzung	181
VI. Vertragsüberdauerndes Spruchverfahren	181
VII. Squeeze Out	182
VIII. Delisting	182
C. Verletzung des Anteilseigentums der Privataktionäre bei Eintritt einer nachträglichen unmittelbaren Grundrechtsbindung?	183
I. Einfachgesetzliche Ausgestaltung des Anteilseigentums	183
II. Beeinträchtigung des Anteilseigentums der privaten Minderheitsaktionäre?	184
1. Inkaufnahme von Beschränkungen aufgrund Freiwilligkeit der Beteiligung?	185
2. Mehrheit-Minderheits-Konflikt oder gleichmäßige Belastung aller Aktionäre?	188
3. Keine Beeinträchtigung des mitgliedschaftlichen Teils des Anteilseigentums	188
4. Keine Beeinträchtigung des vermögensrechtlichen Teils des Anteilseigentums	189
5. Bloßer Vermögenswert der Aktie nicht vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst	189
6. Duldungspflicht aufgrund erhöhter Sozialbindung des Anteilseigentums	190
7. Zwischenergebnis	191
III. Eingreifen der gesellschaftsrechtlichen Lösungsmodelle für Begrenzungen des Anteilseigentums?	191
1. Hauptversammlungsbeschluss bei Eintritt der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Gesellschaft?	192
2. Verfassungsrechtliche Ausgleichspflicht bei Verbleib der privaten Minderheitsaktionäre in der Gesellschaft?	193
3. Verfassungsrechtliche Herleitung eines Pflichtangebotes bzw. Austrittsrechts der Minderheitsaktionäre?	194
4. Einfachgesetzliche Herleitung eines Pflichtangebots?	196
a) Pflichtangebot gem. § 207 UmwG analog	196
b) Pflichtangebot gem. § 243 Abs. 2 Satz 2 AktG	197
c) Pflichtangebot gem. § 29 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 UmwG analog	197
d) Pflichtangebot im Wege einer Gesamtanalogie zu den gesetzlich geregelten Ausgleichspflichten	197
D. Ergebnis	199

<i>Kapitel 12 – Die Stellung der privaten Minderheitsaktionäre in der grundrechtsgebundenen und nicht grundrechtsfähigen Aktiengesellschaft</i>	201
A. Kompensation fehlender Grundrechtsfähigkeit der Gesellschaft durch die Grundrechte der Privataktionäre?	201
I. Schutz der privaten Anteilsinhaber durch Art. 19 Abs. 3 GG.....	202
II. Verlust der „vorgezogenen Verteidigungslinie“ des Art. 19 Abs. 3 GG	203
III. Erschwerte Aktivierung der Grundrechte der privaten Anteilsinhaber gegenüber hoheitlichen Eingriffen in die Gesellschaft	203
1. Mittelbare Verletzung des Anteilseigentums der privaten Minderheitsaktionäre.....	204
2. Mittelbare Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Privataktionäre	205
3. Schutz gegen legislative Eingriffe in die Gesellschaft: abstrakte Normenkontrolle	205
B. Schutz der privaten Minderheitsaktionäre vor nachteiliger Einflussnahme durch den öffentlichen Anteilsinhaber.....	206
I. Nachteilsausgleich gem. §§ 311, 317 AktG	207
1. Nachteilsausgleich bei Einflussnahme zur Durchsetzung der Grundrechtsbindung	207
2. Nachteilsausgleich bei Eingriffen, gegen die sich die Gesellschaft mangels Grundrechtsfähigkeit nicht wehren kann.	209
II. Beschlussanfechtung gem. § 243 Abs. 1 AktG bei Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	210
III. Beschlussanfechtung gem. § 243 Abs. 2 AktG	210
C. Schutz der privaten Minderheitsaktionäre vor Maßnahmen der Gesellschaft	211
I. Gleichbehandlung.....	211
II. Holzmüller/Gelatine-Fälle	212
III. Rückzug vom organisierten Kapitalmarkt (Delisting).....	213
IV. Personenkontrollen beim Zutritt zur Hauptversammlung.....	213
D. Ergebnis.....	214
<i>Kapitel 13 – Grundrechtsbindung und europäische Grundfreiheiten</i>	214
A. Kapitalverkehrsfreiheit.....	215
I. Beschränkte Vergleichbarkeit mit der Entscheidung des EuGH im Fall <i>Idryma Typou</i>	215
II. Vergleichbarkeit unmittelbarer Grundrechtsbindung mit der Golden Shares-Rechtsprechung des EuGH	216

III. Begriff des Kapitalverkehrs	219
IV. Beschränkungstatbestand	220
V. Prüfung der Grundrechtsbindung am Maßstab der Golden Shares-Rechtsprechung des EuGH	222
1. Nationale Maßnahme	222
a) Weite Auslegung des Begriffs „nationale Maßnahme“	223
b) Art. 1 Abs. 3 GG als nationale Maßnahme?	224
c) Akte der Judikative als nationale Maßnahme	225
d) Zwischenergebnis	226
2. Abschreckungswirkung	226
3. Begrenzung des Beschränkungstatbestandes	228
a) Anwendung der Keck-Rechtsprechung auf die Kapitalverkehrsfreiheit?	228
b) Grundrechtsbindung als Rahmenmodalität oder kapitalbezogene Regelung?	230
VI. Rechtfertigung der Beschränkung des Kapitalverkehrs	231
1. Zwingend erforderliches Allgemeininteresse	232
2. Diskriminierungsfreie Anwendbarkeit der Beschränkung	233
3. Rechtssicherheit	234
4. Verhältnismäßigkeit	235
B. Niederlassungsfreiheit	237
C. Ergebnis	239

Teil 4 – Schutz der privaten Minderheitsaktionäre und der Anleger durch Anwendung von Publizitätsvorschriften

241

Kapitel 14 – Grundrechtsbindung und fehlende Grundrechtsfähigkeit als Gegenstand von Publizitätsvorschriften

242

A. Aktienrechtliche Informations- und Publizitätsvorschriften	243
I. Individuelle Informationsrechte der privaten Minderheitsaktionäre	243
II. Mitteilungspflicht (§ 20 AktG)	245
III. Abhängigkeitsbericht (§ 312 AktG)	246
B. Handelsrechtliche Regelpublizität	247
I. Anhang zum Jahresabschluss (§§ 284-288 HGB)	247
II. Lagebericht (§ 289 HGB)	247
1. Darstellung des Geschäftsverlaufs und der Lage (§ 289 Abs. 1 S. 1 HGB)	248
2. Berichterstattung über wesentliche Chancen und Risiken (§ 289 Abs. 1 S. 4 HGB)	249
III. Konzernabschluss und Konzernlagebericht (§§ 290 ff. HGB)	251

C. Public Corporate Governance Kodizes	252
D. Beteiligungsberichte	253
E. Ergebnis.....	254

*Kapitel 15 – Besondere Informationspflichten börsennotierter
gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften*..... 254

A. Staatsbeteiligungen und Börsenkurs.....	255
B. Prospektpflicht.....	258
I. Prospektpflicht gem. § 3 WpPG	258
1. Offenlegung von Risikofaktoren	259
2. Grundrechtsbindung und fehlende Grundrechtsfähigkeit als wesentliches Risiko.....	260
3. Darstellung der Risiken im Prospekt	262
II. Prospektpflicht gem. § 6 VermAnlG.....	262
C. Rechnungslegung	264
I. Übernahmerechtliche Zusatzangaben zum Lagebericht (§ 289 Abs. 4 HGB).....	264
II. Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289a HGB) inkl. Erklärung gem. § 161 AktG.....	265
III. Konzernabschluss nach IAS/IFRS	266
D. Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten gem. §§ 21, 26 WpHG ..	266
I. Adressat der Mitteilungspflicht.....	267
II. Stimmrechte als Anknüpfungspunkt	268
III. Inhalt der Mitteilung und Veröffentlichung	269
E. Ad-hoc-Meldepflicht gem. § 15 WpHG, Art. 17 MAR.....	270
I. Verhältnis zu Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten gem. §§ 21, 26 WpHG	272
II. Inlandsemittent von Finanzinstrumenten	273
III. Insiderinformation gem. § 13 WpHG.....	274
1. Konkrete Information über Umstände	274
a) Information über abgeschlossenen Mehrheitserwerb (Fall 1).....	275
b) Information über beabsichtigten Mehrheitserwerb (Fall 2)...	277
c) Mehrstufige Entscheidungsvorgänge (Fall 3)	280
d) Rechtliche Wertungen (Fall 4)	285
e) Auf Grundrechtsbindung beruhende Umstände (Fall 5)	287
f) Zwischenergebnis zum Tatbestandsmerkmal „konkrete Information über Umstände“	288
2. Nicht öffentlich bekannte Information.....	288
3. Emittenten- oder Insiderpapierbezug	289
4. Eignung zur erheblichen Kursbeeinflussung (Kursrelevanz)	291

a) Kursrelevanz des Erwerbs oder der Veräußerung einer Mehrheitsbeteiligung	292
b) Kursrelevanz von Absichten und Zwischenschritten	293
c) Kursrelevanz unmittelbarer Grundrechtsbindung	294
d) Kursrelevanz von Umständen, die gerade auf Grundrechtsbindung beruhen	297
5. Zwischenergebnis zum Tatbestandsmerkmal der „Insiderinformation“	297
IV. Unmittelbare Betroffenheit des Emittenten	297
V. Inhalt der Mitteilung.....	301
VI. Zwischenergebnis zur ad-hoc-Meldepflicht gem. § 15 WpHG.....	302
VII. Anwendung auf den Fraport-Fall	302
F. Ergebnis.....	303
Teil 5 – Schlussbetrachtung	305
Literaturverzeichnis.....	309
Sachregister	337

Abkürzungsverzeichnis

Über die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen hinaus wird Bezug genommen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013. Davon abweichend oder darüber hinausgehend finden die untenstehenden Abkürzungen Verwendung. Aufgrund des rechtsgebietsübergreifenden Charakters der Arbeit wurden zur besseren Orientierung auch Zeitschriften und nicht nach Autoren zitierte Kommentare in das Abkürzungsverzeichnis aufgenommen.

2. FMStG	Zweites Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts (Zweites Finanzmarktstabilisierungsgesetz – 2. FMStG) v. 24.2.2012 (BGBl. I S. 206)
3. FMStG	Drittes Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarkts (Drittes Finanzmarktstabilisierungsgesetz – 3. FMStG) v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2777)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Zeitschrift für Medien und Kommunikationsrecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz vom 7.8.1996 (BGBl. I S. 1246), das zuletzt durch Artikel 15 Absatz 89 des Gesetzes vom 5.2.2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist
BAA	British Airports Authority
BadWürttStGH	Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAPost	Bundesanstalt für Post und Telekommunikation
BAPostSa	Satzung der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost (Anlage des Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost) v. 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325, 2331), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes v. 7.5.2002 (BGBl. I S. 1529)
BB	Betriebs-Berater
BeckBilKomm	Beck'scher Bilanz-Kommentar
BeckOK-BGB	Beck'scher Online-Kommentar BGB
BeckOK-GG	Beck'scher Online-Kommentar GG
BeckTKGKomm	Beck'scher TKG-Kommentar
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BLJ	Bucerius Law Journal
DB	Der Betrieb

DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex, in der Fassung vom 13.5.2013
DFL	Deutsche Fußball Liga
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRS	Deutsche Rechnungslegungsstandards
DRS 15	Deutscher Rechnungslegungsstandard Nr. 15 (DRS 15) – Lageberichterstattung, Verabschiedung durch den Deutschen Standardisierungsrat (DSR) am 7.12.2004. Bekanntmachung der deutschsprachigen Fassung gem. § 342 Abs. 2 HGB durch das Bundesministerium der Justiz am 26.2.2005. Verabschiedung der Neufassung dieses Standards durch den DSR am 5.1.2010. Bekanntmachung der deutschsprachigen Fassung gem. § 342 Abs. 2 HGB durch das Bundesministerium der Justiz am 18.2.2010
DRS 5	Deutscher Rechnungslegungsstandard Nr. 5 (DRS 5) – Risikoberichterstattung, Verabschiedung durch den Deutschen Standardisierungsrat (DSR) am 3.4.2001. Bekanntmachung der deutschsprachigen Fassung gem. § 342 Abs. 2 HGB durch das Bundesministerium der Justiz am 29.5.2001, zuletzt geändert durch den DSR am 5.1.2010. Bekanntmachung der deutschsprachigen Fassung gem. § 342 Abs. 2 HGB durch das Bundesministerium der Justiz am 18.2.2010
DRSC	Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee e.V.
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ECFR	European Company and Financial Law Review
EL	Ergänzungslieferung
EnBW	EnBW Energie Baden-Württemberg AG
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ErgLfg	Ergänzungslieferung
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht – EuR
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FMSA	Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung
FMStBG	Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors durch den Fonds „Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS“ (Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz – FMStBG) v. 17.10.2008 (BGBl. I S. 1982)
FMStFG	Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarktstabilisierungsfonds (Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz – FMStFG) v. 17.10.2008 (BGBl. I S. 1982)
FMStFV	Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (Finanzmarktstabilisierungsfondsverordnung), e-Banz v. 20.10.2008, AT123 2008 V1

FSStEntwG	Gesetz zur Fortentwicklung der Finanzmarktstabilisierung v. 17.7.2009 (BGBl. I S. 1980)
GewArch	Gewerbearchiv
GroßKomm-AktG	Aktiengesetz Großkommentar
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HEW AG	Hamburgische Electricitätswerke AG
HRE	Hypo Real Estate Holding AG
HStR	Handbuch des Staatsrechts
IAS-VO	Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 243 v. 11.9.2002, S. 1
IFRS	International Financial Reporting Standards
IPTV	Internet Protocol Television
ISIN	International Securities Identification Number
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kapitalverkehrsrichtlinie (88/361/EWG)	Richtlinie 88/361/EWG des Rates v. 24.6.1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. EG Nr. L 178 v. 8.7.1988, S. 5
KölnKomm-AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KölnKomm-WpHG	Kölner Kommentar zum WpHG
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MAR	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission
ME VersG	Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, vorgelegt im Juli 2010 vom Arbeitskreis Versammlungsrecht, bestehend aus Christoph Enders, Wolfgang Hoffmann-Riem, Ralf Poscher, Michael Kniesel und Helmuth Schulze-Fielitz
MMR	MultiMedia und Recht
MünchKomm-AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MünchKomm-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVWB1	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
PCGK	Public Corporate Governance Kodex des Bundes, Stand:

	30.7.2009, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de (letzter Abruf 31.5.2016)
PostUmwG	Gesetz zur Umwandlung der Unternehmen der Deutschen Bundespost in die Rechtsform der Aktiengesellschaft (Postumwandlungsgesetz – PostUmwG) v. 14.9.1994 (BGBl. I S. 2339)
PPP-Beschleunigungsgesetz	Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1.9.2005 (BGBl. I S. 2676)
ProspektRL (2003/71/EG)	Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EU Nr. L 345 v. 31.12.2003, S. 64, zuletzt geändert durch Richtlinie 2010/73/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010, ABl. EU Nr. L 327 v. 11.12.2010, S. 1 und durch die Richtlinie 2010/78/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010, ABl. EU Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 120
ProspektVO (809/2004)	Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29.4.2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung, ABl. EU Nr. L 149 v. 30.4.2004, S. 1, zuletzt geändert durch die delegierte Verordnung (EU) Nr. 862/2012 der Kommission vom 4. Juni 2012, ABl. EU Nr. L 256 v. 22.9.2012, S. 4
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RStruktG	Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) v. 9.12.2010 (BGBl. I S. 1900)
SoFFin	Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.6.1967 (BGBl. I S. 582), das zuletzt durch Artikel 135 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407) geändert worden ist
StW	Staatswissenschaft und Staatspraxis
SZ	Süddeutsche Zeitung (Artikel beziehen sich auf die Deutschland-Ausgabe soweit nicht anders angegeben)
Transparenzrichtlinie I (88/627/EWG)	Richtlinie des Rates vom 12.12.1988 über die bei Erwerb und Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft zu veröffentlichenden Informationen (88/627/EWG), ABl. EG Nr. L 348 v. 17.12.1988, S. 62
Transparenzrichtlinie II (2004/109/EG)	Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren

	Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. EG Nr. L 390 v. 31.12.2004, S. 38, zuletzt geändert durch Richtlinie 2010/78/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010, ABl. Nr. L 331 v. 15.12.2010, S. 120
Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen I (80/723/EG)	Richtlinie der Kommission vom 25.6.1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (80/723/EG), ABl. EG Nr. L 195 v. 29.7.1980, S. 35, aufgehoben durch die Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen II (2006/111/EG)
Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen II (2006/111/EG)	Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16.11.2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. EU Nr. L 318 v. 17.11.2006, S. 17
TUG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/109/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz – TUG) v. 5.1.2007 (BGBl. I S. 10)
ÜbernRLUG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote (Übernehmerichtlinie-Umsetzungsgesetz – Übern-RLUG) v. 8.7.2006 (BGBl. I S. 1426)
VermAnlG	Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz – VermAnlG) v. 6.12.2011 (BGBl. I S. 2481), zuletzt geändert durch Gesetz v. 4.7.2013 (BGBl. I S. 1981)
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WKN	Wertpapierkennnummer
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

Teil 1

Einleitung und Grundlagen

Kapitel 1 – Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind Grundrechtsbindung und Grundrechtsfähigkeit staatlich beherrschter gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften einschließlich ihrer Folgen für die betroffene Aktiengesellschaft und ihre privaten Minderheitsaktionäre. In der Vergangenheit gehörten zu den prominentesten Beispielen gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften die Deutsche Telekom AG¹ und die Deutsche Post AG² sowie die Beteiligung Niedersachsens an der Volkswagen AG³. Staatsbeteiligungen an

¹ Zur Grundrechtsfähigkeit und damit fehlenden Grundrechtsbindung der Deutschen Telekom AG: BVerwG, Urt. v. 25.4.2001 – 6 C 6/00, BVerwGE 114, 160 (189) Rn. 65; BARDEN, Grundrechtsfähigkeit, S. 148 ff.; *Gersdorf*, in: MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG, Art. 87f Rn. 66 f.; *Herdegen*, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 51; *Jarass*, MMR 2009, 223 (227); *Lang*, NJW 2004, 3601; *Möstl*, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 87f Rn. 52; *Wieland*, in: DREIER, GG, Art. 87f Rn. 23; *Windthorst*, VerwArch 2004, 377; *Windthorst*, in: SACHS, GG, Art. 87f Rn. 28; unten Teil 2 Kapitel 6 B.II.1.

² Zur Grundrechtsfähigkeit und damit fehlenden Grundrechtsbindung der Deutschen Post AG: *Badura*, DÖV 2010, 533 (534); BARDEN, Grundrechtsfähigkeit, S. 73 ff.; *Jarass*, MMR 2009, 223 (227); *Lang*, NJW 2004, 3601; *Möstl*, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 87f Rn. 52; unten Teil 2 Kapitel 6 B.I.

³ Maßgebliche Besonderheit der Beteiligung Niedersachsens an der Volkswagen AG ist das vieldiskutierte sog. VW-Gesetz, das gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV) verstoßende staatliche Sonderrechte enthielt, EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-112/05, *Volkswagen – Golden Shares VIII*, Slg. 2007, I-9020, hierzu KÖMPF, Staatseinfluss; MOCKENHAUPT, VW-Gesetz, S. 39 ff.; *Stöber*, NZG 2010, 977; *Soltysinski*, in: FS-Hopt, Bd. 2, S. 2571 (2578 ff.); *Teichmann/Heise*, BB 2007, 2577; *Vossestein*, ECFR 2008, 115; WEISS, Goldene Aktien, S. 214 ff.; zum VW-Gesetz noch vor dem EuGH-Urteil *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317 (353); *Kilian*, NJW 2007, 1508; KLEINSCHMIT, Volkswagengesetz; LÜBKE, Erwerb von Gesellschaftsanteilen, S. 494 ff.; OPRİŞIU, Goldene Aktien, S. 60 ff., 73 f.; PIEBKALLA, Goldene Aktien; *Sander*, EuZW 2005, 106; die Kommission ging trotz Änderung des VW-Gesetzes und Aufhebung zweier der drei ehemaligen staatlichen Sonderrechte weiterhin von dessen Europarechtswidrigkeit aus; der EuGH entschied jedoch, dass die Bundesrepublik Deutschland das VW-Urteil korrekt umgesetzt habe, EuGH, Urt. v. 22.10.2013, Rs. C-95/12, *Volkswagen II – Golden Shares*

erwerbswirtschaftlich tätigen Aktiengesellschaften bei gleichzeitiger Beteiligung Privater sind aber nach wie vor aktuell⁴. In jüngerer Zeit sind vor allem die von der im Jahr 2008 ausgebrochenen Finanzkrise betroffenen Unternehmen des Finanzsektors in den Blick geraten. Zu nennen sind hier die Teilverstaatlichung der Commerzbank AG⁵ und die schrittweise vollständige Übernahme der HRE durch den SoFFin unter Zuhilfenahme der Finanzmarktstabilisierungsgesetze, die das Gesellschaftsrecht überlagernde Sonderrechte beinhalten⁶. Auch in Zukunft ist die Entstehung neuer gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften möglich, sei es durch Privatisierung⁷, etwa durch einen Börsengang der DB Mobility Logistics AG⁸, durch Verstaatlichungen, die insbesondere den Bankensektor im Falle eines erneuten Aufflammens der Finanzkrise betreffen würden⁹ oder im Wege von Neugründung als sog.

XV, ZIP 2013, 2103; zur Umsetzung des EuGH-Urteils schon *Rapp-Jung/Bartosch*, BB 2010, 2210; siehe zur Volkswagen AG unten Teil 2 Kapitel 6 C.

⁴ *Cannivé*, NZG 2009, 445.

⁵ Zur Teilverstaatlichung der Commerzbank AG siehe unten Teil 2 Kapitel 6 E.

⁶ Zum Fall der HRE, den Sonderrechten der Finanzmarktstabilisierungsgesetze sowie deren Verfassungs- und Europarechtskonformität OLG München, Urt. v. 28.9.2011 – 7 U 711/11, NZG 2011, 1227; APPEL/ROSSI, Finanzmarktcrise und Enteignung; *Böckenförde*, NJW 2009, 2484; *Brück/Schalast/Schanz*, BB 2008, 2526; *Gurlit*, NZG 2009, 601; KRÜGER, Finanzmarktstabilisierungsgesetz; *Uechritz*, NVwZ 2010, 1472; *Voland*, NZG 2012, 694; *Wolfers/Rau*, NJW 2009, 1297.

⁷ Es werden verschiedene Arten der Privatisierung unterschieden: Von *formeller* Privatisierung (auch Organisationsprivatisierung, Rechtsformprivatisierung oder Scheinprivatisierung genannt) spricht man bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in den Formen des Privatrechts, wobei der Unternehmensgegenstand aber eine öffentliche Aufgabe bleibt. Eine *materielle* Privatisierung (auch echte Privatisierung oder Aufgabenprivatisierung genannt) liegt vor, wenn die Verantwortung für eine bisher rein hoheitliche Aufgabe teilweise oder vollständig einem Privaten übertragen wird, wobei die staatliche Aufsicht i.d.R. bestehen bleibt. Von *funktionaler* Privatisierung (auch Durchführungsprivatisierung, Contracting Out oder Outsourcing genannt) spricht man hingegen, wenn Private lediglich als Erfüllungsgehilfen bzw. Verwaltungshelfer vertraglich verpflichtet werden, bestimmte öffentliche Aufgabe auszuführen. Die Aufgabenverantwortung verbleibt beim Staat. Zu diesen Privatisierungstypologien *Dreher*, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht, § 99 Rn. 150 ff.; *Ibler*, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 86 Rn. 110 ff.; *Habersack*, ZGR 1996, 544 f.; *Püttner*, LKV 1994, 193 (195); *Vollmöller*, in: SCHMIDT/VOLLMÖLLER, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 5 Rn. 8.

⁸ Die DB Mobility Logistics AG ist eine 100 % Tochtergesellschaft der Deutschen Bahn AG und betreibt die Verkehrs- und Logistiksparten. Aufgrund Beschlusses des Bundestags v. 30.5.2008 (Plenarprotokoll 16/164, S. 17362 C) können bis zu 24,9 % der DB Mobility Logistics AG teilprivatisiert werden. Der ursprünglich für den 27.10.2008 geplante Börsengang wurde aufgrund des Ausbruchs der Finanzkrise am 9.10.2008 auf unbestimmte Zeit verschoben, SZ v. 11.10.2008, S. 24 („Zwei ohne Ziel“).

⁹ Die Möglichkeit von Stabilisierungsmaßnahmen einschließlich Rekapitalisierungsmaßnahmen durch den SoFFin ist zeitlich begrenzt, wurde bisher aber stets verlängert: ursprünglich waren die Maßnahmen bis zum 31.12.2009 befristet, § 13 Abs. 1 FMStFG

Public Private Partnerships. Aus der Perspektive der privaten Aktionäre ist die Rechtsform der Aktiengesellschaft besonders wegen der weitgehenden Eigenverantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat sowie der Satzungsstrenge attraktiv, die zu einer höheren Abschirmung vor politisch motivierter Einflussnahme durch den öffentlichen Anteilsinhaber führen¹⁰. Die gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften können nach der Art ihres Entstehens (Privatisierung, Verstaatlichung, Neugründung) sowie nach ihrem Tätigkeitsbereich kategorisiert werden, der in der Daseinsvorsorge oder im erwerbswirtschaftlichen Bereich liegen kann, wobei eine genaue Abgrenzung oft nicht möglich ist. Zum erwerbswirtschaftlichen Bereich zählen Beteiligungen in der Realwirtschaft (Volkswagen) und in der Finanzwirtschaft (Banken). Die ehemaligen staatlichen Monopolbetriebe (Telekom, Post) wurden früher zur Daseinsvorsorge gezählt¹¹, fallen heute trotz der fortbestehenden Gewährleistungspflicht aber aufgrund Verfassungsrechts (Art. 87f Abs. 2 GG) in den erwerbswirtschaftlichen Bereich¹².

Während die Frage der Grundrechtsbindung von Eigengesellschaften¹³ noch relativ einfach bejaht werden kann – die öffentliche Hand darf sich durch Wahl einer privaten Organisationsform ihrer Sonderbindungen nicht entledigen¹⁴ – ist die Frage der Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen seit jeher umstritten¹⁵. Neben dem Kriterium der Beherrschung sind die Rechtsform sowie das Merkmal der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe die wichtigsten Kriterien, die für die Zuordnung insgesamt entweder zur staatlichen oder zur privaten Sphäre und damit zur Bejahung oder Verneinung der unmittelbaren Grundrechtsbindung des betroffenen Unternehmens herangezogen werden.

Zu diesem Streit hat sich das BVerfG mit Urteil vom 22. Februar 2011 zur Fraport AG geäußert¹⁶. Darin entschied das Gericht, dass

i.d.F. des Art. 1 des FMStG v. 17.10.2008, BGBl. I (Nr. 46), S. 1982; durch das Fortentwicklungsg wurde die Frist auf den 31.12.2010 verlängert; nach Ablauf der Frist sorgte das 2. FMStG im Jahr 2012 für eine Neuauflage des SoFFin (SoFFin II) und erlaubte erneut Stabilisierungsmaßnahmen, diesmal bis zum 31.12.2012. Mit dem 3. FMStG erfolgte schließlich eine Verlängerung bis zum 31.12.2014.

¹⁰ Huber/Fröhlich, in: Großkomm-AktG, Vor §§ 394, 395 Rn. 11.

¹¹ BARDEN, Grundrechtsfähigkeit, S. 4; Möstl, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 87f Rn. 13.

¹² Möstl, in: MAUNZ/DÜRIG, GG, Art. 87f Rn. 36 spricht von einer grundsätzlichen Abkehr vom Prinzip der Leistungsverwaltung hin zum Privatwirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsprinzip.

¹³ Eigengesellschaften sind juristische Personen des Privatrechts, deren Gesellschaftsanteile sich vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand befinden.

¹⁴ Zur Grundrechtsbindung von Eigengesellschaften siehe unten Teil 2 Kapitel 4 B.I.

¹⁵ Zum Streit über die Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen siehe unten Teil 2 Kapitel 4 B.II.

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, *Fraport*, BVerfGE, 128, 226 dazu Alemann/Scheffczyk, JA 2013, 407 (408 f.); Berger, Jura 2013, 279; Bews/Greve, Jura

„von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform [...] ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung [unterliegen]“¹⁷.

Das Merkmal der Beherrschung sei zudem anhand zivilrechtlicher Wertungen (§§ 16, 17 AktG sowie Art. 2 Abs. 1 lit. f) der Richtlinie 2004/109/EG) festzustellen¹⁸. Vorbehaltlich verbleibender Unsicherheiten bei der Feststellung des Beherrschungstatbestandes – auch eine Minderheitsbeteiligung kann bei Vorliegen bestimmter Umstände eine Beherrschung vermitteln und umgekehrt¹⁹ – ergibt sich im Regelfall das folgende Bild: Hält die öffentliche Hand an einer Aktiengesellschaft mindestens 50 % plus eine Aktie, so ist diese Gesellschaft von der öffentlichen Hand beherrscht und daher insgesamt der Staatsgewalt zuzuordnen, weil dann die öffentliche Hand nach Ansicht des BVerfG die Gesamtverantwortung²⁰ trägt; Folge ist die unmittelbare Grundrechtsbindung der Gesellschaft. In der Zuordnung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen zur privaten oder zur staatlichen Sphäre ist ein „Faszinosum“²¹ gesehen worden, dem auch die vorliegende Arbeit angesichts der neuen dogmatischen Leitlinien des BVerfG nachgehen will.

Es stellt sich weiterhin die Frage, welchen einzelnen Restriktionen ihres Handlungsspielraums staatlich beherrschte gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften aufgrund ihrer unmittelbaren Grundrechtsbindung im Vergleich zu Gesellschaften mit ausschließlich privaten Gesellschaftern unterliegen²². Grundlegend für die Vorfrage der „Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit“ ist die gleichnamige Arbeit *Möstls*²³. Die gesellschafts-, kapitalmarkt- und europarechtlichen Auswirkungen der unmittelbaren Grundrechtsbindung speziell staatlich beherrschter gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften sind hiervon ein Teilbereich, den es näher zu beleuchten gilt. Dass diese Auswirkungen – sofern und soweit sie tatsächlich bestehen – die verbliebenen Privataktionäre belasten, liegt nahe und wurde wiederholt

2012, 723; CHEN, Zulässigkeit, S. 132 ff.; Enders, JZ 2011, 577; Gurlit, NZG 2012, 249; Hammer, DÖV 2011, 761 (764 f.); Höfling/Krone, JA 2012, 734; Joite, BLJ 2011, 100; Kramer/Bayer/Fiebig/Freudenreich, JA 2011, 810; Krüger, DÖV 2012, 837; Muckel, JA 2011, 557; Payandeh, JR 2011, 421; Pfeiffer, LMK 2011, 322526; Sachs, JuS 2011, 665; Schaefer, Der Staat 2012, 251; Weber, VR 2011, 178; Wendt, NVwZ 2012, 606.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE, 128, 226 (244) Rn. 46.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE, 128, 226 (247) Rn. 53.

¹⁹ BGH, Urt. v. 13.10.1977 – II ZR 123/76, *VEBA/Gelsenberg*, BGHZ 69, 334 (347) juris Rn. 28.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE, 128, 226 (247) Rn. 54.

²¹ GERSDORF, Öffentliche Unternehmen, S. 136.

²² Auch SIEHR, Recht am öffentlichen Raum (im Erscheinen), S. 557 Fn. 27, § 10 C. III. 2. b) stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, wenn die Fraport AG insgesamt einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliegt.

²³ MÖSTL, Grundrechtsbindung.

als Argument gegen eine unmittelbare Grundrechtsbindung vorgebracht²⁴. Das BVerfG hingegen hält ungerechtfertigte Einbußen der Rechte der Privataktionäre wegen der Freiwilligkeit ihrer Beteiligung und des Fortbestehens ihrer eigenen Grundrechte hingegen für nicht gegeben²⁵.

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Untersuchung der Folgen der unmittelbaren Grundrechtsbindung und der damit einhergehenden fehlenden Grundrechtsfähigkeit von Aktiengesellschaften. Wegen des regelmäßig größeren Gesellschafterkreises tritt die Kollision zwischen der Gewinnerzielungsabsicht der Privataktionäre und den öffentlich-rechtlichen Zielsetzungen hier deutlicher zu Tage als bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Gerade wenn die betroffene Aktiengesellschaft wie die Fraport AG börsennotiert ist, ist sie für Investoren auch aus anderen Mitgliedstaaten besonders zugänglich. Zudem unterliegen börsennotierte Gesellschaften über die handelsrechtliche Regelpublizität²⁶ hinaus besonderen kapitalmarktrechtlichen Publizitätsvorschriften wie der Pflicht zur Veröffentlichung von Ad-hoc-Meldungen²⁷ oder der Pflicht zur Veröffentlichung von Prospekten²⁸. Die sonstigen kapitalmarktrechtlichen und europarechtlichen²⁹ Folgen der unmittelbaren Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften sind ebenfalls Gegenstand dieser Arbeit.

Je nach Umfang und Intensität der durch die unmittelbare Grundrechtsbindung zulasten der Privataktionäre verursachten Restriktionen stellt sich die Frage, wie mit diesen umzugehen ist. Träfe die Ansicht des BVerfG zu, die Privataktionäre erführen keine ungerechtfertigten Einbußen, bestünde überhaupt kein Handlungsbedarf. Gelangt man hingegen zu dem Ergebnis, die unmittelbare Grundrechtsbindung betroffener Unternehmen verletzte zugleich das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Anteilseigentum der Privataktionäre, müsste über vermögensrechtliche Ausgleichsansprüche, eine ungeschriebene

²⁴ Zum Schutz der Interessen der privaten Gesellschafter als Argument gegen unmittelbare Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen exemplarisch *Höfling*, in: SACHS, GG, Art. 1 Rn. 108 f.; *Kersten/Meinel*, JZ 2007, 1127 (1129); *Schmidt-Aßmann*, BB 1990, Beilage 34, 1 (5 ff.); STERN, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1169 ff.; gegenläufig zum Schutz der privaten Gesellschafter als Argument für die Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen siehe Nachweise in Fn. 38.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE, 128, 226 (247) Rn. 55.

²⁶ Im engeren Sinne bezeichnet der Begriff der Regelpublizität die laufende handelsrechtliche Berichterstattung von Unternehmen, *Göckeler*, in: MÜLLER/RÖDDER, BeckHdb AG, § 26 Rn. 80; börsennotierte Unternehmen unterliegen einer erweiterten Regelpublizität gem. § 37v ff. WpHG; zu den Auswirkungen der unmittelbaren Grundrechtsbindung auf die Regelpublizität nach HGB siehe unten Teil 4 Kapitel 14 B. und auf die Regelpublizität nach WpHG siehe unten Teil 4 Kapitel 15 C.II.

²⁷ Siehe unten Teil 4 Kapitel 15 E.

²⁸ Siehe unten Teil 4 Kapitel 15 B.

²⁹ Zu europarechtlichen Aspekten öffentlicher Wirtschaftstätigkeit in Privatrechtsform siehe unten Teil 3 Kapitel 13.

Hauptversammlungszuständigkeit bei Überschreiten der Beherrschungsschwelle oder besondere Austrittsrechte der Privataktionäre nachgedacht werden. Einen Mittelweg könnten zumindest gesteigerte Publizitätspflichten hinsichtlich des Aspekts der unmittelbaren Grundrechtsbindung und der korrespondierenden fehlenden Grundrechtsfähigkeit darstellen.

Die vorliegende Untersuchung spricht verschiedene Bereiche der Rechtsordnung an. Das Schrifttum zur Frage der Grundrechtsbindung und umgekehrt der Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen ist naturgemäß überwiegend öffentlich-rechtlich geprägt. Die gesellschafts-, kapitalmarkt- und europarechtliche Untersuchung der Folgen der unmittelbaren Grundrechtsbindung soll die verfassungsrechtliche Sichtweise ergänzen und zum gegenseitigen Verständnis beider Lager beitragen.

B. Gang der Untersuchung

Der *erste Teil* der Arbeit führt in das Thema ein (Kapitel 1) und zeigt die Grundlagen gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften auf (Kapitel 2).

Der *zweite Teil* der Arbeit enthält eine Darstellung des Diskussionsstandes in Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen (Kapitel 3) und der Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand bei Tätigwerden in privatrechtlicher Handlungs- oder Organisationsform (Kapitel 4). Sodann wird das Fraport-Urteil des BVerfG dargestellt und bewertet, wobei die kritische Untersuchung des Beherrschungskriteriums den Schwerpunkt bildet (Kapitel 5). Es folgt eine Darstellung derjenigen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften, die in der Vergangenheit Gegenstand der Frage nach der Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen waren und möglicherweise in Zukunft sein werden (Kapitel 6). Dabei wird die vom BVerfG im Fraport-Urteil verwendete und hier als „konzernrechtlicher Beherrschungstest“ bezeichnete Methode zur Feststellung der unmittelbaren Grundrechtsbindung auf diese Gesellschaften angewendet.

Der *dritte Teil* der Arbeit beginnt mit den Folgen der unmittelbaren Grundrechtsbindung in den Außenrechtsbeziehungen betroffener Aktiengesellschaften zu dritten Grundrechtsträgern. Dabei werden zunächst allgemeine Aspekte behandelt (Kapitel 7). Sodann wird die Bindung an einzelne Grundrechte genauer untersucht (Kapitel 8). Dabei wird auch die Frage relevant, wie die unmittelbare Grundrechtsbindung im Gesellschaftsrecht zu verwirklichen ist (Kapitel 9). Gegenläufig hat eine Untersuchung der Folgen der fehlenden Grundrechtsfähigkeit zu erfolgen (Kapitel 10). Die nächsten Kapitel widmen sich der Frage, inwieweit die Folgen der unmittelbaren Grundrechtsbindung und der fehlenden Grundrechtsfähigkeit für die Gesellschaft auf die verbliebenen privaten Minderheitsaktionäre ausstrahlen. Dabei wird zunächst der These, hierdurch seien ihre Rechte einschließlich des verfassungsrechtlich geschützten Anteilseigentums verletzt, nachgegangen (Kapitel 11). Sodann

wird die Stellung der privaten Minderheitsaktionäre in der grundrechtsgebundenen und nicht grundrechtsfähigen Aktiengesellschaft untersucht (Kapitel 12). Näher betrachtet werden ferner die Auswirkungen der unmittelbaren Grundrechtsbindung und der fehlenden Grundrechtsfähigkeit im Zusammenhang mit den europäischen Grundfreiheiten, vor allem der Kapitalverkehrsfreiheit (Kapitel 13).

Der *vierte Teil* behandelt den Schutz der privaten Minderheitsaktionäre durch die Anwendung von Publizitätsvorschriften, wobei zwischen nicht börsennotierten (Kapitel 14) und börsennotierten Aktiengesellschaften (Kapitel 15) differenziert wird.

C. Begriffsbestimmungen

I. Öffentliche Hand

Wirtschaftliche Tätigkeit wird durch unterschiedliche öffentliche Stellen ausgeübt. Wegen der vielfältigen Untergliederungen unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung kann daher genau genommen nicht von einer einheitlichen wirtschaftlichen Tätigkeit „des Staats“ gesprochen werden. Zudem können auch Sondervermögen wie der Finanzmarktstabilisierungsfonds (§ 2 Abs. 2 FMStFG) und unterstaatliche juristische Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere Gemeinden und Anstalten, wirtschaftlich tätig werden. Der neutrale Begriff der „öffentlichen Hand“ ist daher ein Sammelbegriff. Die öffentliche Hand wird im Zusammenhang mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung auch als „Träger“ des Unternehmens, „Trärgemeinwesen“, „Gewährträger“ (z. B. bei Sparkassen und bei den Berliner Wasserbetrieben) oder als „Muttergemeinwesen“ bezeichnet³⁰. Soweit auf die öffentliche Hand konkret als Gesellschafterin privatrechtlicher Rechtssubjekte Bezug genommen wird, wird in der folgenden Untersuchung auch der Begriff „öffentlicher Anteilinhaber“ verwendet. Von der „anteilsinhabenden Gebietskörperschaft“ zu sprechen, ist ebenfalls möglich³¹. Verallgemeinernd wird auch von „staatlichen Beteiligungen“ gesprochen.

Der Begriff des „Fiskus“ soll hingegen für die vorliegende Untersuchung vermieden werden. Der Begriff dient der Abgrenzung zum Staat als übergeordnetem Hoheitsträger³². Damit ist mit Fiskus die öffentliche Hand gemeint, wenn sie privatrechtlich handelt. Nach der allgemeinen Staatsrechtslehre umfasst das sog. fiskalische Verwaltungshandeln jedoch nur die privatrechtlichen Hilfsgeschäfte sowie erwerbswirtschaftliches Handeln, nicht aber das

³⁰ PÜTTNER, Die öffentlichen Unternehmen, S. 2.

³¹ Der Begriff „Gebietskörperschaft“ wird in §§ 394, 395 AktG und in § 53 HGrG zur Bezeichnung des öffentlichen Anteilinhabers verwendet.

³² Mallmann, VVDStRL 19 (1961), 165 (196 f.); PÜTTNER, Die öffentlichen Unternehmen, S. 76, 79 ff.

Verwaltungsprivatrecht, also das Handeln der Verwaltung in Privatrechtsform zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Staatliche Beteiligungen an Aktiengesellschaften kommen jedoch auch im Verwaltungsprivatrecht vor. Weiterhin bezeichnet der Fiskus jedenfalls im Sinne des § 89 BGB nur Bund und Länder³³, was für die vorliegende Untersuchung ebenfalls zu kurz greifen würde. Auch im Übrigen ist der Begriff missverständlich, da im allgemeinen Sprachgebrauch unter dem Fiskus nur die Finanzverwaltung verstanden wird.

II. Öffentliches Unternehmen

Im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ist der Begriff des öffentlichen Unternehmens von Bedeutung, vorliegend vor allem für die Abgrenzung zu den staatlich beherrschten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, die Gegenstand dieser Arbeit sind. Der Begriff des öffentlichen Unternehmens wird im geschriebenen Recht nur selten verwendet³⁴. In Abgrenzung hierzu versteht die Rechtsordnung unter dem Begriff des öffentlich-rechtlichen Unternehmens nur Unternehmen in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts³⁵. Der Umstand, dass die öffentliche Hand Beteiligungen an Unternehmen in Privatrechtsform hält, wird von der Rechtsordnung lediglich umschrieben und nicht mit einer Begriffsdefinition versehen³⁶. Es fragt sich also, ob mit dem Begriff des öffentlichen Unternehmens nur solche in öffentlich-rechtlicher Organisationsform zu bezeichnen sind oder auch solche in Privatrechtsform, wobei unterschiedliche Beteiligungsstufen denkbar sind. So könnte man jedes Unternehmen, an dem die öffentliche Hand Anteile hält, als öffentliches Unternehmen bezeichnen³⁷ oder nur aber nur Unternehmen mit mehrheitlicher oder gar ausschließlich³⁸ öffentlicher Anteilsinhaberschaft.

³³ Arnold, in: MünchKomm-BGB, § 89 Rn. 6.

³⁴ Der Begriff „öffentliches Unternehmen“ findet sich z. B. in § 2 Abs. 2 Nr. 5 EEWärmeG, § 1 Nr. 2 lit. b) IntBestG, § 5 Nr. 2 BeschäftigungsVO und § 34 S. 1 Nr. 2 AufenthaltsVO.

³⁵ Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 des Vergütungsoffenlegungsgesetzes NRW sind öffentlich-rechtliche Unternehmen solche in der Rechtsform einer landesunmittelbaren Anstalt, Körperschaft und Stiftung des öffentlichen Rechts; mit diesem Verständnis auch z. B. §§ 12 Abs. 1, 27 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, § 2 Handwerksordnung und § 1 Abs. 2 ArchivG Bbg.

³⁶ Vgl. z. B. Art. 135 Abs. 6 GG, § 130 Abs. 1 GWB sowie zahlreiche Gemeindeordnungen wie § 103 Abs. 1 GemO BaWü, Art. 92 Abs. 1 GO Bayern, § 108 Abs. 1 GO NJW; Übersicht der unterschiedlichen Bezeichnungen vergleichbarer Lebenssachverhalte bei MANN, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 5 f.

³⁷ Hiervon scheint Ehlers, JZ 1990, 1089 (1092) auszugehen, wenn er öffentliche Unternehmen als „alle Wirtschaftssubjekte (...), an denen die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist“ definiert.

³⁸ BARDEN, Grundrechtsfähigkeit, S. 33 f.; BECKER, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 22; Ehlers, in: STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES, Ver-

Der Begriff findet sich in Art. 106 AEUV (ex-Art. 86 EGV), der das öffentliche Unternehmen aber nicht definiert. Es bietet sich an, die Begriffe „Unternehmen“ und das Attribut „öffentlich“ getrennt zu betrachten³⁹. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH umfasst der Unternehmensbegriff i.S.d. Art. 101 ff. AEUV jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform⁴⁰ und der Art ihrer Finanzierung⁴¹. Wesentliches Merkmal des Unternehmens ist also seine zumindest schwerpunktmäßige wirtschaftliche Tätigkeit⁴². Für die Frage, ob ein Unternehmen wirtschaftlich tätig ist, soll es auf eine Gewinnerzielungsabsicht nicht angekommen⁴³. Notwendig ist aber eine faktische oder rechtliche und von der Verwaltung abgrenzbare organisatorische Selbständigkeit⁴⁴. Trotz Verselbständigung werden soziale und kulturelle Einrichtungen wie Bibliotheken und Schulen nicht als Unternehmen angesehen, da sie nicht dem Wirtschaftsverkehr zuzuordnen sind⁴⁵. Wann ein Unternehmen „öffentlich“ ist, kann Art. 2 lit. b) der Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen II (2006/111/EG)⁴⁶ entnommen werden. Nach dieser Vorschrift ist öffentliches Unternehmen „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“⁴⁷. Dies wird vermutet, wenn die öffentliche Hand die Mehrheit der Anteile oder der Stimmrechte hält, oder wenn sie mehr als die

handlungen 64. DJT, Gutachten E, E 32 bezeichnet diese als öffentliche Unternehmen i.e.S.; *Schmidt-Aßmann*, BB 1990, Beilage 34, I (2).

³⁹ GANSKE, *Corporate Governance*, S. 65 ff.

⁴⁰ Für Rechtsformunabhängigkeit auch *Huber/Fröhlich*, in: *Großkomm-AktG*, Vor §§ 394, 395 Rn. 4.

⁴¹ St. Rspr. Seit EuGH, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser/Macrotron*, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; siehe etwa EuGH, Urt. v. 12.9.2000, Rs. C-180/98 bis C-184/98, *Pavel Pavlov*, Slg. 2000, I-6451 Rn. 74, 108; EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-475/99, *Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz*, Slg. 2003, I-8089 Rn. 19; EuGH, Urt. v. 22.1.2002, Rs. C-218/00, *Cisal di Battistello Veneziano & C. Sas/INAIL*, Slg. 2002, I-691 Rn. 22, 23.

⁴² CHEN, *Zulässigkeit*, S. 99; *Vollmöller*, in: SCHMIDT/VOLLMÖLLER, *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, § 5 Rn. 3.

⁴³ *Jung*, in: CALLIESS/RUFFERT, *EUV/AEUV*, Art. 106 Rn. 11.

⁴⁴ *Vollmöller*, in: SCHMIDT/VOLLMÖLLER, *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, § 5 Rn. 3.

⁴⁵ *Vollmöller*, in: SCHMIDT/VOLLMÖLLER, *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, § 5 Rn. 3.

⁴⁶ Die Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen II (2006/111/EG) ersetzt die ursprüngliche Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen I (80/723/EWG). Sie ist nicht zu verwechseln mit den kapitalmarktrechtlichen Transparenzrichtlinien, d. h. der Transparenzrichtlinie I (88/627/EWG) und der Transparenzrichtlinie II (2004/109/EG).

⁴⁷ *Huber/Fröhlich*, in: *Großkomm-AktG*, Vor §§ 394, 395 Rn. 4 halten diese Definition für verallgemeinerungsfähig.

Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestellen kann. Nach Ansicht des EuGH hat diese schon in der ursprünglichen Transparenzrichtlinie Öffentliche Unternehmen I (80/723/EWG) enthaltene Definition zwar nicht den Zweck, den Begriff des öffentlichen Unternehmens, wie er in Art. 106 AEUV enthalten ist, zu definieren⁴⁸. Ausnahmsweise darf die Richtlinie aber als Anhaltspunkt zur Auslegung primären Gemeinschaftsrechts verwendet werden, da Art. 106 Abs. 3 AEUV den Erlass einer konkretisierenden Richtlinie vorsieht⁴⁹. Durch Kombination der vorgenannten Definitionen der Begriffe „Unternehmen“ und „öffentlich“ erhält man die folgende Definition der öffentlichen Unternehmen i.S.v. Art. 106 Abs. 1 AEUV:

Öffentliche Unternehmen sind wirtschaftlich handelnde Einheiten beliebiger Rechtsform, auf deren Geschäftsplanung oder Tätigkeit die öffentliche Hand über Eigentum, Beteiligungsverhältnisse, Stimmrecht oder in sonstiger Weise mittelbar oder unmittelbar beherrschenden Einfluss ausüben kann, ohne dass es dazu eines Rückgriffs auf hoheitliche Maßnahmen bedarf⁵⁰. Entscheidendes Merkmal ist der beherrschende Einfluss der öffentlichen Hand. In diesem Sinne soll der Begriff öffentliches Unternehmen für die Zwecke dieser Arbeit verstanden werden. Ein gemischt-öffentliches Unternehmen ist demgegenüber ein Unternehmen in Privatrechtsform, an dem mehrere öffentliche Anteilsinhaber zu insgesamt 100 % beteiligt sind⁵¹.

III. Gemischtwirtschaftliches Unternehmen

Soweit erkennbar verwendete *Friedrich Freund* im Jahr 1911 erstmals den Begriff der „gemischten wirtschaftlichen Unternehmung“⁵². Heute hat sich der Begriff „gemischtwirtschaftliches Unternehmen“ weitgehend durchgesetzt⁵³. Welche Definitionsmerkmale ein gemischtwirtschaftliches Unterneh-

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 6.7.1982, Rs. C-188/80 bis C-190/80, *Öffentliche Unternehmen*, Slg. 1982, 2545 Rn. 24.

⁴⁹ BARDEN, Grundrechtsfähigkeit, S. 200; *Jung*, in: CALLIESS/RUFFERT, EUV/AEUV, Art. 106 Rn. 13; ebenfalls unter Bezugnahme auf die Transparenzrichtlinie *Wernicke*, in: GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 106 Rn. 25.

⁵⁰ *Jung*, in: CALLIESS/RUFFERT, EUV/AEUV, Art. 106 Rn. 13.

⁵¹ *Rüfner*, in: ISENSEE/KIRCHOF, HStR, § 117 Rn. 47.

⁵² *Freund*, Deutsche Juristen-Zeitung 1911, Nr. 18 v. 15.9.1911, Sp. 1113; hierauf verweisen BERGER, Staatseigenschaft, S. 23 Fn. 1, MANN, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 13 Fn. 38 und NIEBUHR, Wettbewerbsteilnahme, S. 4.

⁵³ *Merten*, in: FS-Krejci, S. 2003 (2004 ff.), *Selmer*, in: MERTEN, Hdb Grundrechte, § 53 Rn. 5 f. und LIER, Grundrechtsfähigkeit, S. 2 f. bevorzugen den Begriff „Mischerunternehmen“; SCHLIESKY, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 39 und *Stober*, NJW 1984, 449 (452) verwenden den abweichenden Begriff „gemischt-private Unternehmen“; EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 248 verwendet den Begriff „gemischt publizistische Privatrechtsvereinigungen“.

Sachregister

Ad-hoc-Meldepflicht 270

Ausnahmentrias 29

Beherrschung

- bei Minderheitsbeteiligung 4, 71, 73
- bei faktischer Hauptversammlungsmehrheit 73, 79, 83, 86, 95, 98, 101, 103, 264, 287
- kombinierte 74
- konzernrechtlicher Beherrschungstest 6, 27, 83, 86, 88, 90, 102, 186, 235, 305
- Kriterium für Grundrechtsbindung 3, 6, 42, 54, 62, 71, 76, 101

Beherrschungsvertrag 24, 25, 68, 87, 172, 189, 271

Berichtspflicht 13, 17, 199, 207

- des Vorstands an den Aufsichtsrat 243, 254

business judgement rule 18

Commerzbank AG 2, 73, 99, 100, 101, 103, 256, 267, 304

covenants 23, 71

Daseinsvorsorge 3, 35, 45, 51, 63, 64, 66, 67, 82, 89, 111, 123, 146, 232

Delisting 182, 188, 189, 192, 196, 200, 213

Deutsche Post AG 1, 85, 86, 88, 141

Deutsche Telekom AG 1, 22, 35, 36, 89, 91, 92, 93, 133, 141, 142, 147, 155

dilemmatorische Grundstruktur 32, 43, 78, 236

Durchgriff 28, 34, 215

Eigengesellschaft 3, 16, 30, 31, 33, 37, 43, 48, 49, 54, 156

Entsenderecht 23, 96, 217

Faktische Hauptversammlungsmehrheit
siehe Beherrschung

Faszinosum 4

Finanzmarktstabilisierungsgesetz 2, 21, 98, 255, 307

Fiskalgeltung der Grundrechte 46, 49, 56, 113, 233, 236

Fiskus 7

Fraport AG 83

Fraport-Urteil 54

Freiwilligkeitsargument 5, 114, 116, 186, 187, 214, 306

Gemeindeordnung 23, 24

gemischt-öffentliches Unternehmen 10, 31

Gesamtverantwortung 4, 58, 64, 69, 82

Golden Shares, 18, 216, 218, 219, 222, 223, 224, 227, 229, 230, 232, 237, 239

grundrechtstypische Gefährdungslage
28, 29, 35, 76, 115, 116, 117, 119, 145, 305

HRE 2, 21, 99, 256, 257, 267, 277, 285, 293, 294, 296, 304

Ingerenzpflicht 12, 16, 17, 20, 117

Inlandsemitent 273

Insiderinformation 274

Interessenkonflikt 12, 158

Interessenkoordination 74, 80

Kapitalverkehrsfreiheit 215

Kommunalverfassungsbeschwerde 31, 167

Konfusionsthese 61, 82

Kursrelevanz 291

- Mehrstufige Entscheidungsvorgänge
280
- mittelbare Drittwirkung der Grundrechte 109, 173, 174
- öffentliche Aufgabe 36, 39, 45, 49, 50, 51, 53, 63, 64, 66, 76
- öffentlicher Zweck 13, 78, 117, 137
- öffentliches Unternehmen 10, 11
- öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft
148, 160, 196
- personales Substrat 28, 29, 32, 37
- Prospektpflicht 258
- Public Private Partnership 3, 98, 117
- Risikofaktoren 259
- Satzungsstrenge 3
- SoFFin 2, 21, 22, 98, 99, 100, 101, 103, 256, 257, 277, 284, 285, 293, 294, 295, 304
- Sonderopfer 188, 193
- Squeeze Out 22, 180, 182, 188, 189, 192, 294, 299
- staatliche Kompetenzzuweisung 41, 44
- Staatsferne des Rundfunks 85, 92, 93, 147, 155, 261, 262, 297
- Statuswandel 105, 149
- Unternehmensgegenstand 22, 74, 156
- Verlustausgleich 24
- Verschwiegenheitspflicht 13, 243
- Verwaltungsgesellschaftsrecht 16, 17, 71, 149, 150
- Volkswagen AG 1, 75, 94, 96, 103
- Vorrang des Gesellschaftsrechts 17, 106, 160, 212, 252, 265
- Weisungsunabhängigkeit
- von Aufsichtsratsmitgliedern 19
 - von Vorstandsmitgliedern 18, 24, 68