



Wissenschaftliche Dienste

Abteilung II

Wissenschaftlicher Dienst, Parlamentsdienst und Informationsdienste

Aktenzeichen WD 2-1/52-1591

8. Januar 2010

Arkanbereich der Landesregierung und Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen des Privatrechts – Teil 1

A. Auftrag

Der Untersuchungsausschuss 15/2 „Nürburgring GmbH“ hat den Wissenschaftlichen Dienst in seiner 4. Sitzung am 17. November 2009 beauftragt, zu den im Schreiben der Beauftragten der Landesregierung vom 12. November 2009 (Vorlage UA 15/2-19) angesprochenen Rechtsfragen gutachtlich Stellung zu nehmen.

In dem besagten Schreiben geht es im Wesentlichen um zwei Themenkomplexe, nämlich zum einen um die Einstufung der Aufsichtsratsprotokolle der Nürburgring GmbH als vertraulich, zum anderen um die Einstufung von Vorbereitungsunterlagen zur Beantwortung Kleiner Anfragen als vertraulich.

Im Falle der Nürburgring GmbH begründet die Landesregierung die Einstufung damit, dass durch das Bekanntwerden der in den Akten zu den Aufsichtsratssitzungen enthaltenen Daten in das Grundrecht der GmbH „nach Artikel 14 GG (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse), Artikel 12 GG sowie Artikel 2 Abs. 1 i.V.m. Artikel 1 GG (informationelles Selbstbestimmungsrecht) eingegriffen würde sowie Rechte der Geschäftspartner der Nürburgring GmbH beeinträchtigt würden.“ Zur Begründung der Grundrechtsfähigkeit der Nürburgring GmbH stützt sich die Landesregierung auf Urteile des Bundesverfassungsgerichts, denen sie entnimmt, dass für eine juristische Person des Privatrechts die Grundrechtsfähigkeit nur dann entfalle, „wenn die Funktion der juristischen Person in der Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben“ bestehe, „sie also als Teil der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinn betroffen“ sei. Der Nürburgring GmbH obliege es nach ihrem Gesellschaftszweck, „ein umfassendes Angebot am Nürburgring in den Bereichen Motorsport, Verkehrssicherheit, Business und Freizeit in der Region Eifel bereitzustellen.“ Da es sich hierbei nicht um eine gesetzlich zugewiesene und öffentlich geregelte Aufgabe handele, könne sich die Nürburgring GmbH auf Grundrechte berufen. Folglich müsse in geeigneter Weise dafür Sorge getragen werden, dass ihre Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht öffentlich bekannt würden. Nur so könne gewährleistet werden, dass die Wettbewerbsposition der GmbH, die wie jedes

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

andere privatwirtschaftliche Unternehmen am Markt teilnehmen, sowie die ihrer Geschäftspartner nicht nachteilig beeinflusst werde.

Die Landesregierung führt weiter aus, dass ungeachtet der Frage der Grundrechtsfähigkeit der sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebenden Verpflichtung zur Verschwiegenheit Rechnung zu tragen sei. So hätten die Aufsichtsratsmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 1 Satz 3, 116 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, die ihnen durch die Tätigkeit im Aufsichtsrat bekannt geworden seien, sowie über vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen Stillschweigen zu wahren. Geheimhaltungsbedürftig seien „insbesondere Investitions-, Finanz-, Produktions- und Absatzpläne, interne Betriebsdaten, Statistiken, Personalangelegenheiten sowie die internen Vorgänge im Aufsichtsrat selbst, d.h. Diskussionsbeiträge und Abstimmungen der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder.“ Eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht löse nicht nur Schadenersatzansprüche der Gesellschaft aus, sondern sei auch gemäß § 85 GmbHG strafbar. Zwar begründe § 394 AktG eine Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt oder entsandt seien, gegenüber der Gebietskörperschaft zu berichten, jedoch unterwerfe das Gesetz auch die Empfänger der Berichte der (aktien-)rechtlichen Verschwiegenheitspflicht (§ 395 AktG). Mitglieder eines parlamentarischen Ausschusses könnten demnach nur dann Empfänger von vertraulichen Informationen sein, wenn in dem jeweiligen parlamentarischen Gremium Vertraulichkeit gewährleistet sei.

Zur Frage der Vertraulichkeit von Vorbereitungsunterlagen zur Beantwortung Kleiner Anfragen weist die Landesregierung darauf hin, dass die Kleine Anfrage als solche ebenso wie die Endfassung der Antwort nicht als vertraulich zu behandeln sei, soweit keine Persönlichkeitsrechte sowie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berührt seien. Etwas anderes gelte jedoch für den zwischen dem Eingang der Frage und der Versendung der Antwort stattfindenden vorbereitenden internen Abstimmungsprozess der Regierung. Als Schranke des parlamentarischen Untersuchungsrechts gelte nach herrschender Rechtsprechung „ein auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen nicht ausforschbarer Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich.“ Hierzu gehöre „unter anderem die Willensbildung der Regierung selbst sowohl hinsichtlich der Erörterungen im Kabinett als auch bei der Vorbereitung von Kabinett- und Ressortentscheidungen, die sich vornehmlich in ressortübergreifenden und internen Abstimmungsprozessen“ vollziehe. „Die verschiedenen Phasen bei der Erstellung des Antwortentwurfes mit den entsprechenden Anmerkungen, Kommentaren und Handlungsaufträgen“ könnten „Aufschluss über die interne Willensbildung in der Regierung geben“ und seien „demnach als unausforschbarer Kernbereich der Exekutive vertraulich zu behandeln.“

In der 6. Sitzung des Untersuchungsausschusses am 18. Dezember 2009 ist des Weiteren die Frage erörtert worden, inwieweit sich aus der Bestimmung des Kernbereichs exekutiver Eigenverantwortung Anforderungen auch an die Formulierung von Aussagegenehmigungen ergeben. Auf Nachfrage hat der Vorsitzende des Untersuchungsausschusses zugesagt, dass

diese Thematik in den ursprünglichen Gutachtensauftrag miteinbezogen werde.¹ Aufgrund der Vielzahl und der Komplexität der somit angesprochenen Rechtsfragen und in Anbetracht des Umstands, dass es sich um zwei vollständig getrennt voneinander zu behandelnde Themenkomplexe handelt, soll die angeforderte Stellungnahme im Interesse einer möglichst zeitnahen Vorlage an den Ausschuss in zwei Teilen gefertigt werden. In dem vorliegenden ersten Teil der Stellungnahme wird der Bereich der Grundrechtsfähigkeit behandelt. Alle Probleme im Zusammenhang mit dem Kernbereich der exekutiven Eigenverantwortung werden im Anschluss hieran in einem zweiten Teil behandelt.

B. Stellungnahme

Nachfolgend wird die Frage der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts erörtert (unter I). Anschließend sind die Konsequenzen für das parlamentarische Untersuchungsverfahren in den Blick zu nehmen, auch unter Einbeziehung etwaiger einfachgesetzlicher gesellschaftsrechtlicher Schranken (dazu unter II).

I. Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts

Träger von Grundrechten und damit grundrechtsfähig sind in erster Linie natürliche Personen. Auf juristische Personen und Personenvereinigungen – seien es solche des Privatrechts oder solche des öffentlichen Rechts – finden Grundrechte nur nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG Anwendung. Danach gelten Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

Während in Rechtsprechung und wissenschaftlichem Schrifttum die Begriffe der „juristischen Person“ im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG² sowie der „wesensmäßigen“ Anwendbarkeit³ für die juristischen Personen und Personenvereinigungen des Privatrechts im Grundsatz weitgehend geklärt sind, ergeben sich Besonderheiten, sobald es um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtsförmliche Rechtsträger geht, die entweder vom Staat für diesen Zweck geschaffen oder aber als originär privatrechtliche juristische Personen mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe betraut wurden. Dies gilt ebenso für die Konstellation, in der es sich – wie vorliegend bei der Nürburgring GmbH – um eine vom Staat geschaffene Privatrechts-

¹ Vgl. 6. Sitzung, Protokoll, Teil I, S. 10 f.

² Erfasst werden nicht nur Personenvereinigungen mit körperschaftlicher Struktur, wie nach deutschem Recht insbesondere der rechtsfähige Verein, die AG, die KGaA, die GmbH, die eG und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, sondern nach der Rspr. des BVerfG auch teilrechtsfähige Organisationseinheiten, wie etwa der nichtrechtsfähige Verein, die OHG, die KG und die GbR. Vgl. zum Ganzen *Remmert*, in: *Maunz/Dürig, GG*, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 37 ff. (Stand Mai 2009); *Sachs*, in: *ders.*, *GG*, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 57 ff.; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/ders./Hopfauf, GG*, 11. Aufl. 2008, Art. 19 Rn. 19 f., 27 f.; *P. M. Huber*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, GG*, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 242 ff., jeweils m.w.N.

³ Dazu *Sachs*, in: *ders.*, *GG*, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 67 ff.; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/ders./Hopfauf, GG*, 11. Aufl. 2008, Art. 19 Rn. 21 ff., jeweils m.w.N.

person handelt, die außerhalb der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Schwerpunkt erwerbswirtschaftlich tätig wird.

Für den Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform ist zwischenzeitlich geklärt, dass eine Berufung auf Grundrechte nicht in Betracht kommt; der Staat darf sich durch eine „Flucht ins Privatrecht“ nicht seiner Grundrechtsbindung entziehen (dazu unter 1). Umstritten ist dagegen der zweite vorstehend angesprochene Komplex, bei dem keine öffentlichen Aufgaben wahrgenommen werden, sondern juristische Personen des Privatrechts in partieller oder vollständiger öffentlicher Trägerschaft sich erwerbswirtschaftlich betätigen (dazu unter 2).

1. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform

Das Bundesverfassungsgericht hat sich verschiedentlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine (vom Staat geschaffene) juristische Person des Privatrechts, die Aufgaben und Funktionen der öffentlichen Verwaltung erfüllt, sich auf Grundrechte berufen kann⁴, ob also im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechte auf solche Privatpersonen „ihrem Wesen nach“ Anwendung finden können, oder ob nicht umgekehrt solche juristische Personen aufgrund der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung ihrerseits an Grundrechte gebunden sind; die Grundrechtsverpflichtung ist, wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, notwendiges Korrelat fehlender Grundrechtsfähigkeit: „Wenn die Grundrechte das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt betreffen, so ist es damit undenkbar, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen; er kann nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein.“⁵ Abgesehen von den eng umgrenzten, juristische Personen des *öffentlichen* Rechts betreffenden Ausnahmesachverhalten⁶ kann damit eine (vom Staat geschaffene oder beherrschte) juristische Person des *Privatrechts* nur entweder zum Schutz fremder Grundrechte verpflichtet sein oder selbst Grundrechtsschutz genießen.⁷

Ausgehend von diesem Grundsatz lehnt das Bundesverfassungsrecht die Grundrechtsfähigkeit für die vom Staat geschaffenen juristischen Personen des Privatrechts, die Aufgaben und Funktionen der öffentlichen Verwaltung erfüllen, ab. So setzte das Gericht mit Beschluss vom 7. Juni 1977 die mit Aufgaben der Daseinsvorsorge betraute Stadtwerke Hameln AG mit der

⁴ BVerfGE 45, 63, 78 ff.; BVerfG, NJW 1980, 1093; NJW 1987, 2501 f.; NJW 1996, 584.

⁵ BVerfGE 21, 362, 369 f.; 15, 256, 262. So auch die h.M. im Schrifttum, vgl. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 281; Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 467 f.; Storr, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 188. Von Arnauld, DÖV 1998, 437, 450 f. vertritt demgegenüber für den Bereich von Postwesen und Telekommunikation die Auffassung, dass eine Organisation sowohl grundrechtsberechtigt als auch grundrechtsverpflichtet sein kann. Kritisch hierzu Siepermann, DÖV 1975, 263, 267 f.

⁶ Diese Ausnahmen betreffen nach herrschender Meinung öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften, Universitäten und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, nach teilweise vertretener Auffassung im Schrifttum auch weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts, vgl. Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 49 ff. (Stand Mai 2009); Sachs, in: ders., GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 93 ff., jeweils m.w.N.

hinter ihr stehenden Gebietskörperschaft in der Frage der Grundrechtsfähigkeit gleich⁸; verneine man deren Grundrechtsfähigkeit, so könne sich die Aktiengesellschaft, deren alleiniger Aktionär eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sei, ebensowenig wie diese auf Individualgrundrechte berufen. Andernfalls, so das Gericht, wäre die Frage der Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand in nicht geringem Umfang abhängig von den jeweiligen Organisationsformen; es käme mithin darauf an, ob eine Aufgabe der Daseinsvorsorge von ihrem Träger selbst oder von einer diesem gegenüber rechtlich verselbständigten, privatrechtlich organisierten Verwaltungseinheit erfüllt wird. Ein Betrieb, der ganz der öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge gewidmet sei und der sich in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung befinde, stelle daher nur eine besondere Erscheinungsform dar, in der öffentliche Verwaltung ausgeübt werde.⁹ Ebenso entschied das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 20. Dezember 1979 im Fall der Technischen Werke der Stadt Stuttgart AG.¹⁰ Diese Auffassung wird von der ganz herrschenden Meinung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum - auch unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsbindung im Bereich des sogenannten Verwaltungsprivatrechts - im Ergebnis geteilt¹¹ und ist Grundlage auch der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.¹²

In seiner Entscheidung zu der Hamburger Elektrizitätswerke AG (HEW) vom 16. Mai 1989¹³ hat das Bundesverfassungsgericht die vorstehend dargestellte Argumentation auf *gemischt-wirtschaftliche Unternehmen*¹⁴, die vom Staat beherrscht werden, übertragen und damit zu einem im Schrifttum bis in die Einzelheiten höchst strittigen Themenbereich Stellung bezo-

⁷ Vgl. Kämmerer, *Privatisierung*, 2001, S. 467 f.; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 188.

⁸ BVerfGE 45, 63 ff.

⁹ BVerfGE 45, 63, 78 ff.

¹⁰ BVerfG, NJW 1980, 1093.

¹¹ Vgl. z.B. Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 57 ff. (Stand Mai 2009); Sachs, in: ders., GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 110 f.; Höfling, in: Sachs., GG, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 102; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 280 ff.; Dreier, in: ders., GG, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 3 Rn. 70; Krebs, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 48; Jarass, in: ders./Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 18; Vitzthum, in: Merten/Papier, *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 48 Rn. 54; v. Arnould, DÖV 1998, 437, 443 f.; Kersten/Meinel, JZ 2007, 1127 ff.; Fischer-Lescano/Maurer, NJW 2006, 1393 ff.; Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 134 f.; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 198 ff.; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 117 Rn. 43. Vereinzelt ist vertreten worden, dass sich der Staat, sobald er eine privatrechtliche Organisationsform wähle, der gesellschaftsrechtlichen Ordnung unterwerfe, vgl. Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, 2. Aufl. 1985, S. 119 f.

¹² Vgl. BGHZ 29, 76, 80; 36, 91, 96; 52, 325, 328, jeweils mit Blick auf die Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG. Vgl. zu dieser Rspr., auch unter Einbeziehung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen (BGHZ 91, 84, 97 f.), Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 137 f.

¹³ JZ 1990, 335 mit Anmerkung Kühne, JZ 1990, 335 f. Vgl. auch Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 138; Storr, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 238 f.; Kämmerer, *Privatisierung*, 2001, S. 466 f.; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 287 ff.

¹⁴ In der Sache geht es um Unternehmen, die in privatrechtlicher Form organisiert sind und an denen mindestens eine kompetenzausübende staatliche Organisation und ein freiheitsausübender Privater beteiligt sind, vgl. Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 65 (Stand Mai 2009).

gen.¹⁵ Die HEW, deren Aufgabe die überregionale Stromversorgung war, befand sich zu rund 72% im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg. Das Gericht lehnte die Grundrechtsfähigkeit der HEW ab und stützte sich hierbei auf drei Gründe. Zunächst betonte das Gericht in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung, dass Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte sind, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Demgemäß dienen sie vorrangig dem Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen als natürlicher Person gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt. Die Einbeziehung juristischer Personen in den Kreis der Grundrechtshaber sei demnach, so das Gericht weiter, nur dann gerechtfertigt, wenn deren

„Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der privaten natürlichen Personen ist, insbesondere wenn der ‚Durchgriff‘ auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt.“¹⁶

Auch wenn sich die HEW nicht vollständig, sondern nur zu etwa 72% in öffentlicher Hand befinde, so sei bei diesem Beteiligungsverhältnis davon auszugehen, dass „die Freie und Hansestadt Hamburg die Möglichkeit hat, auf die Geschäftsführung entscheidenden Einfluß zu nehmen.“¹⁷

Diesem „Durchgriffsargument“ stellt das Gericht sodann ein funktionales Argument zur Seite: So hänge die Grundrechtsfähigkeit einer juristischen Person des Privatrechts

„namentlich von der Funktion ab, in der sie von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen ist. Besteht diese Funktion in der Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge, so ist die juristische Person insoweit eben nicht grundrechtsfähig.“¹⁸

¹⁵ Die verschiedenen zur Frage der Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen vertretenen Auffassungen können an dieser Stelle nicht dargestellt werden. Vgl. für einen Überblick über den Stand der Diskussion *Remmert*, in: *Maunz/Dürig, GG*, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 65 ff. (Stand Mai 2009); *Dreier*, in: *ders.*, *GG*, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 3 Rn. 72 ff.; *Storr*, *Der Staat als Unternehmer*, 2001, S. 238 ff.; *Gersdorf*, *Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip*, 2000, S. 134 ff.; *Kämmerer*, *Privatisierung*, 2001, S. 464 ff.; *Huber*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, GG*, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 284 ff. Ohne dass gesagt werden könnte welches die h.M. ist, lassen sich im Wesentlichen drei Ansätze unterscheiden: So wird mit Blick auf den Schutz der privaten Anteilseigner vertreten, dass gemischt-wirtschaftliche Unternehmen prinzipiell grundrechtsfähig seien. Ein anderer Ansatz stellt auf das Kriterium der Beherrschung durch den Staat ab – liegt eine solche vor, soll das Unternehmen nicht grundrechtsfähig sein. Schließlich hält ein dritter Ansatz die Frage für entscheidend, ob das Unternehmen öffentliche oder private Aufgaben wahrnimmt; je nachdem besteht entweder eine (ggf. nur partielle) Grundrechtsberechtigung oder nicht. Zu den Besonderheiten bei Telekom, Post und Bahn vgl. auch die Ausführungen unter 2.

¹⁶ BVerfG, JZ 1990, 335. Vgl. auch BVerfGE 21, 362, 369, 61, 82, 101; 68, 193, 205 f.

¹⁷ BVerfG, JZ 1990, 335.

¹⁸ BVerfG, ebenda.

Schließlich, so das dritte Argument des Gerichts, unterliege die HEW den Bindungen des Energiewirtschaftsrechts in einer Weise, dass in dem fraglichen Zusammenhang „von einer privatrechtlichen Selbständigkeit nahezu nichts übrig bleibe.“¹⁹

In einer am 18. Mai 2009 ergangenen Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht – soweit ersichtlich – zum zweiten Mal mit der Frage der Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen befasst und an seiner Rechtsprechung aus dem Jahr 1989 festgehalten.²⁰ Es ging wie auch in dem HEW-Beschluss um ein Energieversorgungsunternehmen in Form einer Aktiengesellschaft, die im konkreten Fall zu 75,2% von der Frankfurt am Main Holding GmbH gehalten wurde, welche ihrerseits vollständig im Besitz einer Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts war.

Das Bundesverfassungsgericht verwies zur Begründung darauf, dass die Aktiengesellschaft von einer vollständig im Besitz einer Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts stehenden Gesellschaft mit qualifizierter Mehrheit von über 75% des Grundkapitals beherrscht werde und daher in noch höherem Maße als seinerzeit die HEW dem bestimmenden Einfluss eines Hoheitsträgers unterliege. Es seien auch keine besonderen Umstände vorgetragen, welche die Beherrschung der Aktiengesellschaft durch die Gebietskörperschaft trotz deren qualifizierter Mehrheit in Frage stellen könnten.

„Infolgedessen trifft auch auf sie die für Eigengesellschaften der öffentlichen Hand geltende Erwägung zu, dass ein Hoheitsträger nicht durch die Gründung einer juristischen Person des Privatrechts die eigene Grundrechtsbindung abstreifen und mittelbar eine eigene Grundrechtsfähigkeit erwerben darf.“²¹

Weiter führte das Gericht aus, es halte daran fest, dass die Energieversorgung als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren sei; dabei komme es nicht entscheidend darauf an, ob sie unter heutigen Bedingungen zugleich die Voraussetzungen der überkommenen Kategorie der Daseinsvorsorge erfülle.²²

Resümiert man die bislang dargestellte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, so lässt sich festhalten, dass eine Wahrnehmung *öffentlicher Aufgaben* im Rahmen von sogenannten Eigengesellschaften, also von Unternehmen in Privatrechtsform, die sich zu 100% in Händen des Staates befinden²³, die Grundrechtsfähigkeit ausschließt. Gleiches gilt für vom Staat beherrschte gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, die *öffentliche Aufgaben* wahrnehmen. Nicht beantwortet ist bislang die Frage, ob nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts auch Eigengesellschaften oder gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, die er-

¹⁹ BVerfG, ebenda.

²⁰ BVerfG, JZ 2009, 1069 ff. mit Anmerkung Kühne, JZ 2009, 1071 ff.

²¹ BVerfG, JZ 2009, 1069, 1070.

²² BVerfG, JZ 2009, 1069, 1070.

²³ Vgl. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 282.

werbswirtschaftlich tätig sind, die Grundrechtsfähigkeit abzusprechen ist, ob also mit anderen Worten das Durchgriffsargument aus der Sicht des Gerichts entscheidend ist, oder ob es letztlich entscheidend auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ankommt. Der HEW-Beschluss und auch der Beschluss vom Mai 2009 geben insoweit keinen Aufschluss (und können dies auch nicht, da in beiden Fällen öffentliche Aufgaben wahrgenommen wurden), wenn auch – gerade in der jüngeren der beiden Entscheidungen – die Frage des beherrschenden Einflusses eine sehr zentrale Stellung innerhalb der Argumentation einnimmt.²⁴ Es wird daher Aufgabe des nachfolgenden Abschnitts sein, eine Antwort auf die Frage zu erarbeiten, inwieweit staatlich beherrschte Unternehmen, die erwerbswirtschaftlichen Zwecken dienen, sich auf Grundrechte berufen können.

2. Erwerbswirtschaftliche Betätigung im Rahmen von staatlich beherrschten Unternehmen

Entsprechend den vom Bundesverfassungsgericht in seinem HEW-Beschluss und dem Beschluss vom 18. Mai 2009 herangezogenen beiden Kriterien, nämlich der Beherrschung durch die öffentliche Hand und der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, finden sich im wissenschaftlichen Schrifttum im Wesentlichen zwei Auffassungen zur Frage der Grundrechtsfähigkeit von *Eigengesellschaften*, die sich erwerbswirtschaftlich betätigen.

So soll nach teilweise vertretener Auffassung die Grundrechtsfähigkeit namentlich von der Art der wahrzunehmenden Aufgabe abhängen mit der Folge, dass die staatliche erwerbswirtschaftliche Betätigung im Rahmen von Eigengesellschaften grundrechtlich abgesichert wäre.²⁵ Diese Auffassung stützt sich maßgeblich auf das Argument, dass sich der Staat, wenn er sich erwerbswirtschaftlich in Privatrechtsform betätige, aus der hoheitlichen Sphäre hinausbegebe und dem Bürger „auf gleicher Augenhöhe“ und damit ohne Grundrechtsbindung gegenüber trete. Die Auferlegung gleicher wettbewerblicher Pflichten bedingt bei dieser Sicht der Dinge auch die Einräumung gleicher Wettbewerbsrechte²⁶; es würde eine durch nichts gerechtfertigte Schlechterstellung des Staates bedeuten, wenn er gegenüber privaten Wettbewerbern in der Frage der Grundrechtsfähigkeit benachteiligt würde.²⁷

Demgegenüber wählt die ganz herrschende Meinung im Schrifttum Art. 19 Abs. 3 GG als Ausgangspunkt ihrer Argumentation. In Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht, das danach fragt, ob Bildung und Betätigung eines Unternehmens „Ausdruck der freien

²⁴ Vgl. bereits zum HEW-Beschluss *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 287 ff.

²⁵ Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 464 ff., 472 f.; *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999, S. 144 ff., 211; *Enders*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 19 Rn. 48 f.; *Fehling*, AÖR 121 (1996), 29, 91; *Kriegbaum*, BayVBl 1972, S. 481, 487; *Bettermann*, NJW 1969, 1321, 1324. In diese Richtung geht auch v. *Mutius*, in: Bonner Kommentar, Bd. 4, Art. 19 Abs. 3 Rn. 145 ff. (Stand April 1975).

²⁶ Vgl. *Fehling*, AÖR 121 (1996), 59, 91; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 472.

²⁷ Vgl. *Kriegbaum*, BayVBl 1972, S. 481, 487.

Entfaltung der privaten natürlichen Personen“ sind²⁸, ist nach dieser Auffassung der „Blick hinter die Kulissen“ entscheidend; offenbart dieser „Durchgriff“ keine Grundrechtsträger – und so verhält es sich bei staatlichen Eigengesellschaften –, so ist eine Grundrechtsberechtigung abzuspochen. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts, die ihrerseits nicht grundrechtsfähig ist, kann mit anderen Worten einer von ihr gehaltenen und beherrschten juristischen Person des Privatrechts keine Grundrechtsfähigkeit vermitteln.²⁹ Dasselbe gilt nach ganz herrschender Auffassung, wenn sich mehrere staatliche Organisationen in einer privatrechtlichen Organisationsform zusammenschließen.³⁰ Eine Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf öffentliche Unternehmen stellte die Grundrechtsbindung des Staates und seiner Trabanten in Frage, da sich dann der Staat aufgrund der ihm zukommenden Formenwahlfreiheit mit der Wahl privatrechtlicher Handlungsformen seinen grundrechtlichen Bindungen entledigen könnte. Für eine grundrechtliche Absicherung des Staatshandelns in Privatrechtsform bleibt deshalb nach dieser Auffassung kein Raum.³¹

Im Einklang mit der herrschenden Meinung im Schrifttum und dem dogmatischen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 19 Abs. 3 GG hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin mit Beschluss vom 14. Februar 2005 einer städtischen Wohnbaugesellschaft, deren Anteile zum ganz überwiegenden Teil vom Land Berlin gehalten werden, die Grundrechtsfähigkeit abgesprochen.³² In der eingehenden Begründung der Entscheidung wird zunächst festgestellt, dass im geschichtlichen Verlauf der Anerkennung und Positivierung von Grundrechten seit jeher der einzelne Mensch als private, natürliche Person im Mittelpunkt gestanden habe. Die Ausformung der Grundrechte sei mit Blick auf die Erfahrung typischer Gefährdungen und Verletzungen der Würde, der Freiheit und der rechtlichen Gleichheit der einzelnen Menschen oder von Menschengruppen durch öffentliche Gewalten geschehen. Die Grundrechte seien daher in erster Linie Individualgrundrechte des einzelnen Menschen, die vorran-

²⁸ BVerfG, JZ 2009, 1069, 1070; JZ 1990, 335; BVerfGE 21, 362, 369, 45, 63, 80; 61, 82, 101; 68, 193, 205 f.

²⁹ Vgl. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 134 ff.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 237 f.; *Glauben*, in: ders./Brocke, Hdb. UA, 2005, § 5 Rn. 141; *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 281 ff.; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 57 ff. (Stand Mai 2009); *Sachs*, in: ders., GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 112a; *Dreier*, in: ders., GG, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 3 Rn. 70 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 18; *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 48; *Roellecke*, in: Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 19 Abs. 1-3 Rn. 132; *Vitzthum*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 48 Rn. 53; *Hufen*, Staatsrecht II, 2. Aufl. 2009, § 8 Rn. 13 f.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1161; v. *Arnould*, DÖV 1998, 437, 443 f.; *Poppenhäger*, ThürVBl. 2000, 152, 153; *Scholler/Broß*, DÖV 1978, 238, 240; *Schoch*, Jura 2001, 201, 206. Für private Gesellschaften, die sich mehrheitlich in öffentlicher Hand befinden vgl. auch *Brocke*, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 26.

³⁰ Vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 57 (Stand Mai 2009); *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 282; *Krebs*, in: v. Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 48; *Sachs*, in: ders., GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19 Rn. 111; *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 134 ff.

³¹ Vgl. *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 19 Abs. 3 Rn. 281.

³² VerFGH Berlin, DÖV 2005, 515 ff.

gig dem Schutz seiner Freiheitssphäre dienen und darüber hinaus eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung des Einzelnen im Gemeinwesen sichern sollten. Juristische Personen in den Schutzbereich materieller Grundrechte einzubeziehen sei danach nur dann gerechtfertigt, wenn deren Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der privaten natürlichen Personen ist, insbesondere wenn der „Durchgriff“ auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lasse.³³ In einem zweiten Schritt führt der Gerichtshof sodann aus, weshalb einer Gemeinde als juristischer Person des *öffentlichen Rechts* auch außerhalb des Bereichs der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben die Berufung auf Grundrechte nicht möglich sei. Sie befinde sich nämlich auch bei der Wahrnehmung nicht-hoheitlicher Tätigkeit in keiner grundrechtstypischen Gefährdungslage; sie werde auch in diesem Raum ihres Wirkens durch einen staatlichen Hoheitsakt nicht in gleicher Weise wie eine Privatperson „gefährdet“ und sei mithin insoweit auch nicht „grundrechtsschutzbedürftig“. Ihre Position unterscheide sich von der Stellung Privater schon durch sogenannte „Fiskusprivilegien“. Ins Gewicht fielen zudem außerrechtliche „Vorzüge“, die mit der Stellung der juristischen Person des öffentlichen Rechts verbunden seien. Auch die „mannigfachen Einflussmöglichkeiten über staatsinterne Wege“ schließe jedenfalls eine Vergleichbarkeit mit der „Abhängigkeit“ des Bürgers, welche materielle Grundrechtsverbürgungen besonders dringlich mache, aus. Im Übrigen bewegten sich Gemeinden, soweit sie nicht öffentliche Aufgaben wahrnahmen, regelmäßig außerhalb ihres eigentlichen Aufgabenbereichs; ihre öffentliche Zwecksetzung erfordere eine solche Betätigung nicht zwingend. Das müsse sich auch auf die Frage ihrer Schutzbedürftigkeit mindernd auswirken.³⁴ Nach Entwicklung dieser Maßstäbe führt der Gerichtshof sodann aus, dass juristische Personen des *Privatrechts* - wie die beschwerdeführende städtische Wohnbaugesellschaft – zwar grundsätzlich fähig seien, Trägerinnen von Grundrechten zu sein; damit werde aber im Einzelfall eine Prüfung der Anwendbarkeit des jeweiligen Grundrechts nicht entbehrlich. Auch hier sei, so der Gerichtshof, die „Art der wahrzunehmenden Funktion, welche die juristische Person jeweils“ ausübe, maßgeblich. Seien diese Funktionen solche der öffentlichen Verwaltung, so könne die Organisationsform keinen ausschlaggebenden Unterschied begründen. Dies gelte insbesondere, wenn die öffentliche Hand alleiniger Träger oder Inhaber der privatrechtlichen Organisation sei; es gelte „aber auch mindestens dann, wenn sie aufgrund des Beteiligungsverhältnisses *beherrschenden Einfluss* auf das Handeln der privatrechtlichen Organisation“ habe, da es nicht gerechtfertigt sei, diesen Fall zu privilegieren.³⁵ Im Anschluss hieran kommt das Gericht schließlich auf die Konstellation zu sprechen, dass eine juristische Person des Privatrechts, deren Anteile ganz oder jedenfalls ganz überwiegend von der öffentlichen Hand gehalten werden, *keine* Aufgaben der Verwaltung wahrnimmt:

„Im Übrigen würde nichts anderes gelten, wenn für die Beurteilung ihrer Funktion die rein erwerbswirtschaftliche Unternehmenstätigkeit bestimmend wäre. Denn dann fehlte der erforderliche Bezug zum Freiheitsraum natürlicher Personen, weil als – nach den Be-

³³ VerFGH Berlin, DÖV 2005, 515, 516.

³⁴ VerFGH Berlin, DÖV 2005, 515, 516.

teilungsverhältnissen relevanter – Träger des Unternehmens nur das Land Berlin in Betracht käme. Dieses aber ist, wie sich aus den oben dargestellten Grundsätzen ergibt, auch dann nicht Träger des Grundrechts [...], wenn es sich auf dem Gebiet des Privatrechts wirtschaftlich betätigt.“³⁶

Lehnen somit die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum und mit ihr der Verfassungsgerichtshof Berlin für erwerbswirtschaftlich tätige *Eigengesellschaften* eine Grundrechtsfähigkeit ab, so ergibt sich ein weniger eindeutiges Bild, sobald es um die erwerbswirtschaftliche Betätigung *gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen* geht.³⁷ Namentlich im Falle der Unternehmen Deutsche Telekom AG und Deutsche Post AG gehen zahlreiche Stimmen innerhalb des Schrifttums angesichts der ausdrücklichen Vorgaben des Grundgesetzes in 87 f Abs. 2 Satz 1 von einer Grundrechtsfähigkeit aus, und zwar auch für den Zeitraum, als diese nur zu einem geringen Teil privatisiert waren.³⁸ Gleiches gilt mit Blick auf Art. 87 e Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 143 a Abs. 1 Satz 1 GG für die Unternehmen der Deutschen Bahn, die allerdings im Gegensatz zu Telekom und Post nach wie vor zu 100% im Eigentum des Bundes stehen.³⁹

Einen *funktionalen* Ansatz bei der Bestimmung der Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen wählt auch das Bundesverwaltungsgericht. So stufte es mit Urteil vom 25. April 2001 die Telekom als grundrechtsfähig an und begründete dies wie folgt:

„Von der Grundrechtsfähigkeit der Klägerin kann wegen ihrer ausschließlich privatwirtschaftlichen Tätigkeit und Aufgabenstellung (Art. 87 f Abs. 2 GG) ausgegangen werden. Unerheblich ist insoweit, dass die Klägerin aus dem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen Deutsche Bundespost bzw. dem öffentlich-rechtlichen Teilsondervermögen Deutsche Bundespost TELEKOM hervorgegangen ist und bis heute trotz der Veräußerung von Aktien an private Investoren mehrheitlich im Eigentum der Beklagten steht.“⁴⁰

³⁵ VerFGH Berlin, DÖV 2005, 515, 517.

³⁶ VerFGH Berlin, DÖV 2005, 515, 517.

³⁷ Allgemein zur umstrittenen Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen vgl. bereits die Nachweise in Fn. 15.

³⁸ Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 464 ff., 470 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999, S. 144 ff., 211; *ders.*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. V, Art. 87 e Rn. 101 ff. (Stand November 2006); *Fehling*, AÖR 121 (1996), 59, 91. Dagegen *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 201 ff., der darauf abstellt, dass das öffentliche Unternehmen ein Instrument des Staates bleibe, weil es von ihm beherrscht werde. Ebenso *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 58 (Stand Mai 2009). Zwischenzeitlich ist der Prozess der Privatisierung so weit fortgeschritten, dass beide Unternehmen, unabhängig davon, welche Abgrenzungskriterien man zur Qualifikation von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen als privat oder staatlich verwendet, private Unternehmen und dementsprechend grundrechtsberechtigt sind, vgl. *Remmert*, ebenda.

³⁹ Vgl. im Falle der Bahn für eine Grundrechtsfähigkeit z.B. *Vesting*, in: Denninger u.a., AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 87 e Rn. 40 (Stand 2002); *Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2003, Art. 87 e Rn. 10; *Windthorst*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 87 e Rn. 49; *Lang*, NJW 2004, 3601, 3604; differenzierend *Möstl*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. V, Art. 87 e Rn. 100 ff. (Stand November 2006). Vgl. gegen eine Grundrechtsfähigkeit z.B. *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 59 (Stand Mai 2009); *Jochum*, NVwZ 2005, 779, 781; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87 e Rn. 52, jeweils m.w.N.

⁴⁰ BVerwGE 114, 160, 189.

Ähnlich argumentierte das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nur zu einem geringen Teil privatisierte Deutsche Post AG.⁴¹

Auch das Bundesverfassungsgericht hat zur Frage der Grundrechtsfähigkeit der Telekom Stellung genommen und diese mit Beschluss vom 14. März 2006 bejaht.⁴² Das Gericht folgte damit im Ergebnis – allerdings ohne auf dessen Rechtsprechung einzugehen – dem Bundesverwaltungsgericht. Bemerkenswert ist indessen die Begründung. Gerade mit Blick auf den HEW-Beschluss und die entsprechenden wissenschaftlichen Publikationen hätte es nahe gelegen, (zumindest auch) auf die ausschließlich *privatwirtschaftliche Aufgabenstellung* abzustellen, die Grundrechtsfähigkeit also – gegebenenfalls unter zusätzlicher Heranziehung des Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG – (auch) aus der *fehlenden Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben* abzuleiten. Diesen funktionalen Ansatz verfolgt das Gericht aber gerade nicht. Vielmehr stützt es seine Argumentation – insoweit konsequente Folge der anthropozentrischen Deutung des Art. 19 Abs. 3 GG – allein auf die Frage der hinter dem Unternehmen stehenden Personen, wobei es keine formale, an den reinen Mehrheitsverhältnissen orientierte, sondern wie bereits im HEW-Beschluss (bestätigt im Beschluss vom 18. Mai 2009) eine materielle Betrachtung vornimmt, die nach dem *beherrschenden Einfluss* fragt:

„Die Grundrechtsfähigkeit der Beschwerdeführerin entfällt nicht deswegen, weil der Bund an dieser Anteile hält. Ein beherrschender Einfluss des Bundes auf die Unternehmensführung der Beschwerdeführerin, der die Beschwerdefähigkeit [und damit die Grundrechtsfähigkeit, Anm. des Verfassers] in Zweifel ziehen könnte, war schon auf Grund der Regelungen in § 3 des Gesetzes über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost vom 14. September 1994 (BGBl I S. 2325) und in § 32 der Satzung der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost vom 14. September 1994 (BGBl I S. 2331) ausgeschlossen und ist nach der Privatisierung erst recht nicht begründet worden; er wird auch von keinem der Beteiligten geltend gemacht.“⁴³

Dieser vom Bundesverfassungsgericht gewählte Ansatz, der im Falle erwerbswirtschaftlicher Betätigung von *gemischt-wirtschaftlichen* Unternehmen das Kriterium des beherrschenden Einflusses für maßgebend erachtet, erscheint überzeugend, insbesondere dann, wenn man bei Art. 19 Abs. 3 GG mit dem Gericht darauf abstellt, ob Bildung und Betätigung der juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung privater natürlicher Personen sind, insbesondere ob der „Durchgriff“ auf die hinter ihm stehenden Personen die Zuerkennung der Grundrechtsfähigkeit als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt. Der „Blick hinter die Kulissen“ muss die internen Beteiligungs- und Herrschaftsstrukturen des Unternehmens erfassen, weil nur dieser Blick Aufschluss über die Frage gibt, ob die öffentliche Hand oder die privaten An-

⁴¹ BVerwGE 118, 352, 359.

⁴² BVerfGE 115, 205.

teilseigner ihre Interessen und Zielvorstellungen durchzusetzen vermögen und infolgedessen das Unternehmen insgesamt dem staatlichen oder dem privaten Wirkungsfeld zuzurechnen ist.⁴⁴

Diese Überlegungen haben Konsequenzen auch für die Frage, inwieweit erwerbswirtschaftlich tätige staatliche *Eigengesellschaften* sich auf Grundrechte berufen können: Wenn schon bei einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, bei dem es also auch private Anteilseigner mit entsprechend schützenswerten privaten Interessen gibt, der beherrschende Einfluss des Staates ausschlaggebend für die Ablehnung der Grundrechtsfähigkeit ist, so muss dies erst recht für staatliche Eigengesellschaften gelten. Die Gründung juristischer Personen des Privatrechts durch grundrechtsunfähige Gebietskörperschaften oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts kann also nach dem vom Bundesverfassungsgericht gewählten Ansatz keine grundrechtsfähige juristische Person hervorbringen; anders gewendet: Einem öffentlichen Unternehmen, bei dem der Staat alleiniger Eigentümer ist, kann keine Grundrechtsfähigkeit zukommen, weil dem dahinter stehenden Staat keine Grundrechtsfähigkeit zukommt. Insoweit wird Staatsgewalt ausgeübt, die dem Prinzip demokratischer Legitimation unterliegt und sich auf grundrechtlichen Schutz nicht berufen kann.⁴⁵

Letztlich gelten damit die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Sparkassen⁴⁶ entsprechend.⁴⁷ Selbst wenn für eine in Privatrechtsform organisierte staatliche Eigengesellschaft die

„privatwirtschaftliche Unternehmenstätigkeit bestimmend wäre, könnte dies nicht zu einem Grundrechtsschutz führen. Es würde auch dann der hierfür erforderliche Bezug zum Freiheitsraum natürlicher Personen fehlen, denn als Träger des Unternehmens käme nur die hinter der Sparkasse stehende Gebietskörperschaft in Betracht.“⁴⁸

Als Zwischenergebnis lässt sich damit Folgendes festhalten: Gemessen an dem vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 19 Abs. 3 GG vertretenen Ansatz kommt es bei der Frage, inwieweit sich erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen in Privatrechtsform, an denen der Staat Anteile hält, auf Grundrechte berufen können, entscheidend darauf an, ob ein beherrschender staatlicher Einfluss gegeben ist. Liegt ein solcher Einfluss vor, kann sich das Unternehmen nicht auf Grundrechte berufen, weil dem dahinter stehenden Staat keine Grundrechtsfähigkeit zu-

⁴³ BVerfGE 115, 205, 227 f.

⁴⁴ Vgl. *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 160 ff., 165 f.; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 58 (Stand Mai 2009); *Brocker*, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 26; *Glauben*, in: ders./Brocker, Hdb. UA, 2005, § 5 Rn. 141.

⁴⁵ *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 165 f.; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 237 f.

⁴⁶ BVerfGE 75, 192.

⁴⁷ So *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 58 (Stand Mai 2009).

⁴⁸ BVerfGE 75, 192, 200. Ganz ähnlich für die Tätigkeit der als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte Bayerische Landesbrandversicherungsanstalt BayVerfGHE 49, 111, 116.

kommt. Ausdrücklich entschieden ist das vom Bundesverfassungsgericht für das *gemischt-wirtschaftliche* Unternehmen Telekom AG; die Begründung beansprucht aber erst recht Geltung, soweit es um staatliche *Eigengesellschaften* geht. Diese sind daher nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur sowie dem Verfassungsgerichtshof Berlin nicht grundrechtsfähig.

Dagegen ist nach teilweise vertretener Auffassung in der Literatur die von einem Unternehmen wahrgenommene Funktion entscheidend: Handelt es sich um erwerbswirtschaftliche Betätigung, so folgt daraus die Grundrechtsfähigkeit des Unternehmens, selbst dann, wenn es sich um eine Eigengesellschaft handelt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich dieser Auffassung im Falle der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen Telekom und Post angeschlossen und sich insoweit auf den verfassungsrechtlichen Privatisierungsauftrag gestützt.

II. Konsequenzen für das parlamentarische Untersuchungsverfahren

Sprechen nach den vorstehenden Ausführungen gute Gründe dafür, der Auffassung zu folgen, wonach staatliche Eigengesellschaften keine Grundrechte geltend machen können, so schließt sich die Frage an, ob und inwieweit sie gleichwohl gegenüber dem Parlament, insbesondere im Rahmen eines parlamentarischen Untersuchungsverfahrens, schutzwürdige Interessen anführen können. In Betracht kommen insoweit die einfach-gesetzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts.

Namentlich im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum⁴⁹ und der zivilgerichtlichen Rechtsprechung⁵⁰, aber teilweise auch in der öffentlich-rechtlichen Literatur⁵¹ wird die Auffassung vertreten, das Privat- und Gesellschaftsrecht gehe den landesrechtlichen Bestimmungen einschließlich der verfassungsrechtlich verankerten Kontrollinstrumente der Volksvertretungen gegenüber den Landesregierungen vor. Dies folge aus Art. 31 GG, da die Regelungen des Aktien- und GmbH-Rechts als Bundesrecht Vorrang vor Landesrecht hätten. Wähle die öffentliche Hand eine private Organisationsform, so müsse sie in Rechnung stellen, dass sich aus diesem Schritt entsprechende Konsequenzen, etwa mit Blick auf gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflichten, im Falle einer GmbH namentlich § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 3 AktG, ergäben.⁵²

Diese Auffassung wird jedoch der verfassungsrechtlich verankerten parlamentarischen Kontrollfunktion des Parlaments nicht gerecht. Tritt man dem Argument des gesellschaftsrechtlichen Vorrangs näher, so eröffnet dies die Möglichkeit einer „Flucht“ der Exekutive in Organi-

⁴⁹ Vgl. *Lutter/Grunewald*, WM 1984, 385, 394 ff.; *Schmidt-Aßmann/Ulmer*, BB-Beilage 13/1988, 15.

⁵⁰ Vgl. BGHZ 36, 296, 305 ff.; 69, 334, 340 f.

⁵¹ Vgl. *Püttner*, DVBl. 1986, 748, 751; *Spannowsky*; DVBl. 1992, 1072, 1074.

⁵² Weitere Nachweise bei *Wahl*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, *Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource*, 1997, S. 301, 328 f.; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595, 610 f.; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 394 Rn. 2 a.

sationsformen des Privatrechts⁵³ und damit, wie es der Staatsgerichtshof Bremen ausgedrückt hat, „einer Aushöhlung verfassungsrechtlicher Verantwortungsstrukturen.“⁵⁴ Parlamentarische Kontrolle erfasst nicht nur das Tätigwerden der Staatsverwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts; wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof festgestellt hat erstreckt sie „sich vielmehr auf jegliche Staatstätigkeit, auch soweit sie sich privatrechtlicher Unternehmensformen bedient.“⁵⁵ Von daher wird namentlich im verfassungsrechtlichen Schrifttum darauf hingewiesen, dass parlamentarische Kontrolle in ihren verschiedenen Erscheinungsformen überall dort bestehen bleibt, wo die Exekutive letztlich auch für das Handeln des privaten Rechtsträgers verantwortlich zeichnet, sie also Einflussmöglichkeiten hat⁵⁶; dies ist naturgemäß gerade bei staatlichen Eigengesellschaften in besonderer Weise der Fall. Auch in diesen Konstellationen besteht mithin die Pflicht des Parlaments, „bedeutsame Entscheidungsprozesse öffentlich zu machen.“⁵⁷ Erst die parlamentarische Beratung eröffnet die Möglichkeit, dass „die öffentliche Meinung die Entwicklung kritisch begleitet.“⁵⁸ Dies ist von erhöhter Bedeutung, soweit es um die Aufklärung von Sachverhalten im Rahmen eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses geht. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem BND-Beschluss vom 17. Juni 2009 festgestellt hat, kommt dem Öffentlichkeitsprinzip im demokratischen Parlamentarismus „gerade für das parlamentarische Untersuchungsverfahren, insbesondere bei Missstandsenqueten, ein besonderer Stellenwert“ zu.⁵⁹

Im Übrigen geht bereits der Ansatz der gegenteiligen Meinung, der Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber Landesrecht folge aus Art. 31 GG, fehl. Art. 31 GG ist eine Kollisionsnorm, die bestimmt, welches Recht gilt, wenn kompetenzgemäßes und auch sonst verfassungsgemäßes Bundes- und Landesrecht je denselben Sachverhalt regeln.⁶⁰ Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Denn es geht in der Frage der parlamentarischen Kontrolle staatlicher Eigengesellschaften nicht primär um eine Kollision von Gesellschaftsrecht und Landesrecht. Vielmehr resultieren die Wertungswidersprüche aus den spezifisch verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Legitimation und Kontrolle der Ausübung von Staatsgewalt und an die rechtsstaatlichen Bindungen der Verwaltung.⁶¹ Das Gesellschaftsrecht trifft insoweit keine Aussage; mögen Gesellschaftsrecht und bürgerliches Recht auch bundesrechtlich umfassend geregelt sein, so enthalten diese Rechtsgebiete gleichwohl weder positive noch ne-

⁵³ So Brocker, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 26; *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 499 ff.

⁵⁴ StGH Bremen, NVwZ-RR 1997, 145, 147.

⁵⁵ BayVerfGH, NVwZ 2007, 204, 206.

⁵⁶ Vgl. *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 498 ff.; Brocker, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 26; Klein, ZG 1997, 209, 226; *Wahl*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource, 1997, S. 301, 333; Krebs, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource, 1997, S. 339, 351 f.; v. Danwitz, AÖR 120 (1995), 595, 616 ff.; Poppenhäger, ThürVBl. 2000, 152, 154 ff.; König, DÖV 1999, 322, 325.

⁵⁷ *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 498; Klein, ZG 1997, 209, 226.

⁵⁸ *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 498 f.

⁵⁹ BVerfG, NVwZ 2009, 1353, 1357.

⁶⁰ BVerfGE 26, 116, 135; 36, 342, 363; 96, 345, 364; 98, 145, 159.

⁶¹ Vgl. v. Danwitz, AÖR 120 (1995), 595, 616 für das Kommunalrecht.

gative Regelungen im Hinblick auf die parlamentarischen Kontrollinstrumentarien, namentlich das Recht parlamentarischer Untersuchungsausschüsse. Die Sicherstellung der parlamentarischen Kontrolle als Bestandteil des Demokratieprinzips ist für die Länder gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG zwingende verfassungsrechtliche Vorgabe.⁶² Infolgedessen muss es ihnen auch möglich sein, diese parlamentarische Kontrolle effektiv wahrzunehmen.⁶³ Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit ausgeführt:

„In dem föderativ gestalteten Bundesstaat des Grundgesetzes stehen die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder grundsätzlich selbständig nebeneinander. Im Rahmen der Bestimmungen, die das Grundgesetz den Ländern vorgibt, können die Länder ihr Verfassungs- und Staatsorganisationsrecht selbst ordnen. [...] Das gilt insbesondere für das Landeswahlrecht sowie für das Landesparlaments- und das Statusrecht der Landtagsabgeordneten.“⁶⁴

Speziell mit Blick auf staatliche Unternehmen in Privatrechtsform und die Kontrolle durch das Parlament stellt das Gericht fest:

„Die Mitglieder des Vertretungsorgans eines privatrechtlichen Unternehmens, an dem der Staat mehrheitlich beteiligt ist, unterliegen hinsichtlich ihrer Unternehmensführung besonderer Beobachtung der öffentlichen Hand, denn diese hat dem Volk gegenüber auch eine Mehrheitsbeteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen zu verantworten. Es ist Aufgabe des Parlaments, die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Regierung auch hinsichtlich der Betätigung der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Beteiligung an privatwirtschaftlichen Unternehmen zu kontrollieren [...].“⁶⁵

Diese Überlegungen beanspruchen erst recht Geltung, wenn es nicht um eine Mehrheitsbeteiligung, sondern um eine Eigengesellschaft geht. Mit dem Gedanken und den staatsrechtlichen Konsequenzen eines föderalen Systems ist es von daher nicht vereinbar, dass den Ländern Regelungen zur Sicherung ihrer demokratischen Grundlagen aufgrund einfachgesetzlicher Regelungen des Bundesrechts verwehrt sein sollen. In der Konsequenz könnte allein der Bund formell privatisieren, nicht aber die Länder, da ihnen eine von Verfassungs wegen ausreichende parlamentarische Kontrolle aus eigener Kompetenz nicht möglich wäre.⁶⁶

Erweist sich nach alledem die Kollisionsregel des Art. 31 GG für die vorliegende Konstellation als unbrauchbar und versagt aus denselben Überlegungen heraus auch die *lex specialis*-Regel, so ist ein Ausgleich zwischen den Regelungen des Gesellschaftsrechts einerseits und

⁶² *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 500. Vgl. auch *Jutzi*, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Einl. C, Rn. 13 und *Schröder*, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 74 Rn. 2, 16.

⁶³ Vgl. *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 500.

⁶⁴ BVerfGE 98, 145, 157 f.

⁶⁵ BVerfGE 98, 145, 162 f.

⁶⁶ Vgl. *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 501.

den verfassungsrechtlich verankerten Kontrollrechten des Parlaments andererseits im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der Normen des Gesellschaftsrechts zu suchen.⁶⁷ Keiner der beiden Kompetenzbereiche muss nach dieser Lösung ganz zurücktreten; vielmehr ist im Wege praktischer Konkordanz ein Ausgleich zu suchen, welcher der Bedeutung beider Bereiche Rechnung trägt.⁶⁸

Ein solcher Ausgleich kann freilich nicht generell, sondern immer nur im Einzelfall stattfinden. Mit Blick auf das parlamentarische Untersuchungsverfahren ist daher eine Abwägung durchzuführen zwischen dem Interesse der betroffenen Gesellschaft an Geheimhaltung, wie es in den gesellschaftsrechtlichen Normen seinen Ausdruck gefunden hat, einerseits und dem Interesse des Untersuchungsausschusses an einer öffentlichen Aufklärung andererseits.

Im Rahmen dieser Abwägung ist auf Seiten des Untersuchungsausschusses zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit für die politische Wirksamkeit parlamentarischer Kontrolle von entscheidender Bedeutung ist.⁶⁹ Dem Öffentlichkeitsprinzip kommt, wie bereits ausgeführt, nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts „insbesondere bei Missstandsenqueten ein besonderer Stellenwert“ zu.⁷⁰ Dem trägt auf Ebene der Landesverfassung Art. 91 Abs. 2 Rechnung, indem er festschreibt, dass die Beweisaufnahme in öffentlicher Verhandlung erfolgt. Gemäß Art. 91 Abs. 3 Satz 1 LV kann die Öffentlichkeit nur mit Zweidrittelmehrheit ausgeschlossen werden. Der Ausschluss der Öffentlichkeit darf aber mit Blick auf die besondere Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nicht willkürlich erfolgen; der Ausschuss ist insoweit in seinem Ermessen gebunden.⁷¹

Einfachgesetzlich ist dies in § 13 Abs. 4 des Untersuchungsausschussgesetzes (UAG) geregelt. Danach ist die Beweisaufnahme in nicht öffentlicher oder vertraulicher Sitzung durchzuführen, soweit öffentliche oder private Geheimhaltungsgründe dies gebieten (Satz 1). Dabei hat der Untersuchungsausschuss zwischen dem Interesse an öffentlicher Aufklärung und den Geheimhaltungsgründen abzuwägen (Satz 2). Der Untersuchungsausschuss entscheidet mit der Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder in nicht öffentlicher Sitzung (Satz 3).

Auch wenn man davon ausgeht, dass einer staatlichen Eigengesellschaft die Berufung auf Grundrechte verwehrt ist, so sind im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung gleichwohl

⁶⁷ Vgl. *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 501; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595, 617; *Poppenhäger*, ThürVBl. 2000, 152, 154 f.

⁶⁸ Vgl. v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595, 620 f.; *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 501; *Poppenhäger*, ThürVBl. 2000, 152, 154 f. *Thode*, Aktienrecht 1997, 547 551 ff.; Vgl. auch *Brocker*, in: *Grimm/Caesar*, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 26: „Insbesondere auch die Geltendmachung von Gesellschaftsgeheimnissen und die Berufung auf die Verschwiegenheitsbestimmungen der §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG bzw. der §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 2 AktG i.V.m. § 52 Abs. 1 GmbHG gegenüber dem Parlament kommen daher allenfalls eingeschränkt und nicht unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes in Betracht.“

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 77, 1, 48; *Brocker*, in: *Grimm/Caesar*, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 37.

⁷⁰ BVerfG, NVwZ 2009, 1353, 1357.

Konstellationen denkbar, in denen der Ausschluss der Öffentlichkeit – gleiches muss für die Einstufung von Akten gelten – von Verfassungs erforderlich wäre, nämlich immer dann, wenn dies der Schutz von Grundrechten Dritter oder anderer Güter von Verfassungsrang gebietet.⁷² Beispielsweise könnte der Ausschluss der Öffentlichkeit mit Blick auf grundrechtlich geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von privaten Geschäftspartnern einer staatlichen Eigengesellschaft notwendig sein. Auch wird man davon ausgehen können, dass das Parlament von Verfassungs wegen eine Mitverantwortung für landeseigene Gesellschaften des Privatrechts hat; das Parlament darf daher nicht sehenden Auges schwerwiegende Wettbewerbsnachteile für solche Unternehmen dadurch in Kauf nehmen darf, dass im Rahmen einer parlamentarischen Untersuchung exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich gemacht wird⁷³; aber auch insoweit wird es entscheidend auf die konkreten Umstände des jeweiligen Falles ankommen.

Doch selbst wenn man einer erwerbswirtschaftlich tätigen staatlichen Eigengesellschaft die Grundrechtsberechtigung zuerkennt, ergibt sich für das Verfahren im Untersuchungsausschuss letztlich kein wesentlicher Unterschied: Denn auch die über Art. 12 Abs. 1 GG (und ggf. Art. 14 GG⁷⁴) grundrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse⁷⁵ gelten nicht schrankenlos⁷⁶; vielmehr ist ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts gerechtfertigt, wenn er der Wahrung parlamentarischer Rechte dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.⁷⁷ Auch insoweit kommt es also im Ergebnis auf eine Abwägung aller Umstände des konkreten Falles an.

⁷¹ Vgl. *Brocker*, in: Grimm/Caesar, Verfassung für Rheinland-Pfalz, 2001, Art. 91 Rn. 37.

⁷² Vgl. *Brocker*, ebenda.

⁷³ Dieses Interesse des Unternehmens an der Nichtverbreitung ist auch Voraussetzung für die Annahme eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses, vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 1113, 1114.

⁷⁴ Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 1114, 1116.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 115, 205, 230 f.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 115, 205, 232 ff.

⁷⁷ Vgl. *Glauben*, ZParl 29 (1998), 496, 502.

C. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform

Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Rahmen von sogenannten *Eigengesellschaften*, also von Unternehmen in Privatrechtsform, die sich zu 100% in der Hand des Staates befinden, schließt die Grundrechtsfähigkeit aus. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für vom Staat beherrschte *gemischt-wirtschaftliche* Unternehmen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

II. Erwerbswirtschaftliche Betätigung im Rahmen von staatlich beherrschten Unternehmen

1. Gemessen an dem vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 19 Abs. 3 GG vertretenen Ansatz kommt es bei der Frage, inwieweit sich erwerbswirtschaftlich tätige Unternehmen in Privatrechtsform, an denen der Staat Anteile hält, auf Grundrechte berufen können, entscheidend darauf an, ob ein beherrschender staatlicher Einfluss gegeben ist. Liegt ein solcher Einfluss vor, kann sich das Unternehmen nicht auf Grundrechte berufen, weil dem dahinter stehenden Staat keine Grundrechtsfähigkeit zukommt. Ausdrücklich entschieden ist das vom Bundesverfassungsgericht für das *gemischt-wirtschaftliche* Unternehmen Telekom AG; die Begründung beansprucht aber erst recht Geltung, soweit es um staatliche *Eigengesellschaften* geht. Diese sind daher nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Auffassung in der Literatur sowie dem Verfassungsgerichtshof Berlin nicht grundrechtsfähig.

2. Dagegen ist nach teilweise vertretener Auffassung in der Literatur die von einem Unternehmen wahrgenommene *Funktion* entscheidend. Handelt es sich um erwerbswirtschaftliche Betätigung, so folgt daraus die Grundrechtsfähigkeit des Unternehmens, selbst dann, wenn es sich um eine Eigengesellschaft handelt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich dieser Auffassung im Falle der *gemischt-wirtschaftlichen* Unternehmen Telekom und Post angeschlossen und sich insoweit auf den verfassungsrechtlichen Privatisierungsauftrag gestützt.

III. Konsequenzen für das parlamentarische Untersuchungsverfahren

1. Nach teilweise vertretener Auffassung geht das bundesrechtlich geregelte Privat- und Gesellschaftsrecht aufgrund der Bestimmung des Art. 31 GG den landesrechtlichen Regelungen einschließlich der verfassungsrechtlich verankerten Kontrollinstrumente der Volksvertretungen gegenüber den Landesregierungen vor.

2. Diese Auffassung wird der verfassungsrechtlich verankerten parlamentarischen Kontrollfunktion des Parlaments nicht gerecht.

- a) Parlamentarische Kontrolle erfasst nicht nur das Tätigwerden der Staatsverwaltung in den Formen des öffentlichen Rechts, sondern erstreckt sich auf jegliche Staatstätigkeit, auch soweit sich diese privatrechtlicher Unternehmensformen bedient.
 - b) Die Annahme, der Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber Landesrecht folge aus Art. 31 GG, geht fehl. Art. 31 GG ist eine Kollisionsnorm, die bestimmt, welches Recht gilt, wenn Bundes- und Landesrecht je denselben Sachverhalt regeln. Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Mögen Gesellschaftsrecht und bürgerliches Recht auch bundesrechtlich umfassend geregelt sein, so enthalten diese Rechtsgebiete keine Regelungen im Hinblick auf die spezifischen parlamentarischen Kontrollinstrumentarien. Die Sicherstellung der parlamentarischen Kontrolle als Bestandteil des Demokratieprinzips ist für die Länder gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG zwingende verfassungsrechtliche Vorgabe. Mit dem Gedanken und den staatsrechtlichen Konsequenzen eines föderalen Systems ist es nicht vereinbar, dass den Ländern Regelungen zur Sicherung ihrer demokratischen Grundlagen aufgrund einfach-gesetzlicher Regelungen des Bundesrechts verwehrt sein sollen.
3. Es ist ein Ausgleich zwischen den Regelungen des Gesellschaftsrechts einerseits und den verfassungsrechtlich verankerten Kontrollrechten des Parlaments andererseits im Wege der praktischen Konkordanz herbeizuführen.
- a) Ein solcher Ausgleich kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall stattfinden. Mit Blick auf das parlamentarische Untersuchungsverfahren ist daher eine Abwägung durchzuführen zwischen dem Interesse der betroffenen Gesellschaft an Geheimhaltung einerseits und dem Interesse des Untersuchungsausschusses an einer öffentlichen Aufklärung andererseits.
 - b) Im Rahmen dieser Abwägung ist auf Seiten des Untersuchungsausschusses zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit für die politische Wirksamkeit parlamentarischer Kontrolle von entscheidender Bedeutung ist. Dem Öffentlichkeitsprinzip kommt insbesondere bei Missstandsenqueten ein besonderer Stellenwert zu. Dem trägt Art. 91 Abs. 2 LV Rechnung, wonach die Beweisaufnahme in öffentlicher Verhandlung erfolgt. Gemäß Art. 91 Abs. 3 Satz 1 LV kann die Öffentlichkeit nur mit Zweidrittelmehrheit ausgeschlossen werden. Einfachgesetzlich ist dies in § 13 Abs. 4 UAG geregelt.
 - c) Auch wenn man davon ausgeht, dass einer staatlichen Eigengesellschaft die Berufung auf Grundrechte verwehrt ist, so sind im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung gleichwohl Konstellationen denkbar, in denen der Ausschluss der Öffentlichkeit – gleiches muss für die Einstufung von Akten gelten – von Verfassungs erforderlich wäre, nämlich immer dann, wenn dies der Schutz von Grundrechten Dritter oder anderer Güter von Verfassungsrang gebietet. Insoweit ist davon auszugehen, dass das Parlament von Verfassung wegen eine Mitverantwortung für landeseigene Gesellschaften des Privatrechts hat; das

Parlament darf daher nicht sehenden Auges schwerwiegende Wettbewerbsnachteile für solche Unternehmen dadurch in Kauf nehmen darf, dass im Rahmen einer parlamentarischen Untersuchung exklusives technisches oder kaufmännisches Wissen den Marktkonkurrenten zugänglich gemacht wird; aber auch in dieser Frage wird es entscheidend auf die konkreten Umstände des jeweiligen Falles ankommen.

- d) Selbst wenn man einer erwerbswirtschaftlich tätigen staatlichen Eigengesellschaft die Grundrechtsberechtigung zuerkennt, ergibt sich für das Verfahren im Untersuchungsausschuss kein wesentlicher Unterschied. Denn auch die grundrechtlich geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gelten nicht schrankenlos; vielmehr ist ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts gerechtfertigt, wenn er der Wahrung parlamentarischer Rechte dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Auch insoweit kommt es im Ergebnis auf eine Abwägung aller Umstände des konkreten Falles an.

Wissenschaftlicher Dienst