

# Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens

Burgi / Habersack

2023

ISBN 978-3-406-79097-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Dies wird seit längerem teilweise angenommen im Hinblick auf die **Rundschreiben- 36 praxis der BaFin**<sup>74</sup> (näher → § 14 Rn. 51), teilweise auch im Hinblick auf von der Bundesnetzagentur aufgestellte Vorgaben (→ § 15 Rn. 10). Positiver zu beurteilen sind die bereits vor Inkrafttreten des LkSG veröffentlichten Erklärungen bzw. „Handreichungen“<sup>75</sup> der BAFA, die die (freilich ja sehr ausführlichen) gesetzlichen Vorgaben zu den verschiedenen Sorgfaltspflichten der Unternehmen und deren administrative Pflichten gegenüber dem BAFA (dazu allg. → § 10 Rn. 32 ff.) in von dieser durchaus dankbar wahrgenommener Intensität konkretisieren.

Wenn organisationsbezogene verwaltungsrechtliche Vorgaben im **Zusammenhang mit 37 Leistungen** begründet werden (beispielsweise wenn die Vergabe einer Wirtschaftssubvention von der Beachtung bestimmter ökologischer oder governancebezogener (Vergütungshöhe) Vorgaben abhängig gemacht wird (→ § 1 Rn. 22), fehlt es in aller Regel an einer gesetzlichen Grundlage, weil im deutschen Wirtschaftsverfassungsrecht seit Jahrzehnten die Auffassung vorherrscht, dass die Subventionsgewährung nur ausnahmsweise einen Grundrechtseingriff darstellt.<sup>76</sup> Für ausreichend wird die Verankerung der benötigten Mittel im Haushaltsgesetz erachtet.

Bei näherer Betrachtung ist indes davon auszugehen, dass dann, wenn der Staat die 38 Einhaltung zusätzlicher Verhaltenspflichten explizit zur Voraussetzung für die Gewährung einer Subvention macht, er die Berufsfreiheit beeinträchtigt. In neuerer Zeit mehren sich daher die Stimmen, die in Situationen dieser Art jedenfalls eine materielle Rechtfertigung verlangen, die den an herkömmliche Grundrechtseingriffe gestellten Anforderungen entspricht.<sup>77</sup> Das BVerwG verlangt für den mit einer Subvention verbundenen Ausschluss von Angehörigen einer bestimmten religiösen Gruppierung wegen des darin liegenden Eingriffs in Art. 4 Abs. 1 GG eine gesetzliche Grundlage ohne die Linie, dass Subventionen im Allgemeinen keiner gesetzlicher Grundlage bedürften, aufzugeben.<sup>78</sup> ME führt dies zu einer übermäßig starken verfassungsrechtlichen Domestizierung des in den Subventionssachverhalten ja regelmäßig nur als Nebenzweck verwirklichten Gemeinwohlbelangs. Richtigerweise müssen bei dieser Art einer **Konditionalisierung** in materieller Hinsicht die Anforderungen für Eingriffe gelten. Im Hinblick auf das Erfordernis des Vorbehalts des Gesetzes muss aber weiterhin die parlamentsgesetzliche Grundlage für die eigentliche Subventionierungsentscheidung im Haushaltsgesetz ausreichen. Mit anderen Worten: Erst dann, wenn sich die Rechtsprechung (mE wünschenswerterweise) zur Erstreckung des Vorbehalts des Gesetzes auf Wirtschaftssubventionen als solche entschlossen hat, kann ein entsprechendes Erfordernis auch für die bloße Verfolgung (organisationsbezogener und anderer) politischer Nebenzwecke verlangt werden.

#### 4. Übergreifende Aspekte der materiellen Rechtfertigung

**a) Vorrang der (regulierten) Selbstregulierung?** Da die hier infrage stehenden organisa- 39 tionsbezogenen Pflichten nicht die Außentätigkeit, sondern den Innenbereich der Unternehmen betreffen, und der Staat somit in besonderer Weise auf deren Mitwirkungsbereitschaft und Ressourcenkompetenz angewiesen ist, liegt der Gedanke nahe, dass ein selbstregulatives Tätigwerden der Unternehmen als vorrangig anzusehen sei. Grundrechtsdogmatisch würde dies bedeuten, dass die Formulierung staatlicher Vorgaben für die Organisation privatwirtschaftlicher Unternehmen erst dann im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als „**erforderlich**“ anzusehen wäre, wenn zuvor Gelegenheit zur Selbstregulierung gegeben wor-

<sup>74</sup> Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen hierzu aktuell Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 343 ff.; deutlich großzügiger Gurlit ZHR 177 (2013), 862 (898 ff.).

<sup>75</sup> Zu den Einzelheiten Wagner/Ruttloff, ESG 2022, 193 ff.; Wagner/Ruttloff/Schuler, ESG 2022, 263 ff.

<sup>76</sup> BVerwGE 30, 191 (196 f.); BVerwGE 60, 154 (159 f.); BVerwGE 65, 167 (174); Stober/Korte ÖffWirtschaftsR AT § 7 Rn. 161 ff.

<sup>77</sup> Vgl. Isensee/Kirchhof/Breuer HdbStR VIII § 171 Rn. 96 ff., § 170 Rn. 87 u. 89; EFP BesVerwR/Knauff § 29 Rn. 14 f.; ausführlich Burgi GewArch 2015, 343 (346 f.).

<sup>78</sup> NVwZ 2022, 1644 Rn. 22 bzw. Rn. 9 f.

den ist. Denn es liegt auf der Hand, dass die autonome Veränderung der Organisation und der Führung eines Unternehmens aus dessen Sicht flexibler, näher an eigenen Präferenzen und damit letztlich schonender ist. Aus der Sicht des Staates wiederum kommt es darauf an, (beispielsweise) den Anteil von Frauen in Aufsichtsräten oder den Beitrag von Unternehmen zum Klimaschutz zu erhöhen und nicht, in deren Organisationsautonomie hineinzuschneiden.

- 40 aa) Erscheinungsformen.** Diese Ausgangsüberlegung führt zu der in der Verwaltungsrechtswissenschaft seit mehreren Jahrzehnten untersuchten Kategorie der in irgendeiner Weise „regulierten gesellschaftsrechtlichen Selbstregulierung“.<sup>79</sup> Schon die Begrifflichkeit zeigt, dass es bis heute nicht gelungen ist, eine einheitliche Kategorie zu beschreiben, an die bestimmte Rechtsfolgen (etwa die der fehlenden Erforderlichkeit stattdessen erfolgreicher ordnungsrechtlicher Eingriffe) geknüpft werden könnten. Sinnvollerweise kann als **echte gesellschaftliche Selbstregulierung** ein bestimmtes organisatorisches Verhalten von privatwirtschaftlichen Unternehmen in Reaktion auf ein durch die Öffentlichkeit bzw. politische Entscheidungsträger angemahntes Verhalten (Beispiel: der Frauenanteil in der Wirtschaft müsse erhöht werden) bezeichnet werden. Eine bereits **staatlich veranlasste gesellschaftliche Selbstregulierung** liegt dann vor, wenn der Staat das erhoffte private Verhalten mit Erklärungs- bzw. Begründungspflichten flankiert (wie etwa im Falle des § 161 AktG) bzw. wenn er deutlich macht, dass er im Falle der nicht erfolgenden Selbstregulierung das intendierte Verhalten notfalls auf hoheitlichem, typischerweise gesetzlichem Wege erzwingen würde.<sup>80</sup> Eine eigene Kategorie bildet in diesem Zusammenhang die Verknüpfung staatlicher Rechtsetzung mit privater Rechtsetzung in (insbesondere internationalen) Regelwerken, wie sie ausführlich in → § 5 Rn. 46 ff. dieses Handbuchs dokumentiert und systematisch entfaltet worden ist. Diese Handlungskategorie spielt im internationalen Zusammenhang eine zentrale Rolle, weil dort (anders als im Rechtsraum der EU bzw. der Bundesrepublik) die Alternative des hoheitlichen Zugriffs mangels entscheidungs- und durchsetzungskompetentem Hoheitsträger gar nicht zur Verfügung steht.
- 41** Bei den meisten organisationsbezogenen Regelungen (allgemeines Gesellschaftsrecht, Mitbestimmungsregeln, verwaltungsrechtliche Vorgaben des Umweltrechts sowie betreffend Soziales und Governance im in → § 9 Rn. 2f. beschriebenen Sinne) hat man es allerdings **nicht mehr mit einer Selbstregulierung** im soeben beschriebenen Sinne zu tun. Vielmehr definiert der Staat jeweils klar vorgegebene Gemeinwohlbelange und eröffnet den Unternehmen lediglich einen Rahmen, innerhalb dessen ihnen Handlungsspielräume verbleiben. Bei deren Ausnutzung dürfen sie zwar die Gemeinwohlvorgaben übertreffen, bleiben aber inhaltlich an sie zurückgebunden und müssen stets bestimmte organisatorische Grundanforderungen erfüllen, so etwa bei den Pflichten zur Schaffung von Beauftragten, den rechtsformbezogenen Vorgaben und natürlich auch bei den Entflechtungsvorgaben, aber auch bei den Vorgaben zu einer bestimmten Ausrichtung der Unternehmensorganisation.
- 42** Diese letztgenannten Regulierungen müssen aus grundrechtsdogmatischer Sicht als **herkömmliche Grundrechtseingriffe** gerechtfertigt werden, wobei das Maß des jeweils eröffneten Reaktionsspielraums für die Unternehmen – dh das Maß an Selbstregulierung – selbstverständlich innerhalb der Rechtfertigungsprüfung eine Rolle spielt. Die genannten Maßnahmen können aber nicht einer Gruppe „regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung“ zugeordnet werden. Dieser Kategorie können nur die echte gesellschaftliche Selbstregulierung und die im vorletzten Absatz beschriebenen ersten beiden Regulierungsformen zugeordnet werden.

<sup>79</sup> Ausgehend von den Referaten von Schmidt-Preuß VVDStRL 56 (1997), 160 ff., und Di Fabio VVDStRL 56 (1997), 315 ff.; zuletzt mit zahlreichen weiteren Nachweisen VEM VerwR/Eifert § 19 Rn. 52 ff., 144 ff.; Merk, FS Schmidt-Preuß, 2018, 713 (719 ff.); ferner → § 5 Rn. 84 ff.

<sup>80</sup> Vgl. insoweit Richter ZHR 177 (2013), 577 (603 f.); zuletzt und mit zahlreichen Nachweisen Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 306 f.

**bb) Beurteilung.** Eine übergreifende Aussage des Inhalts, dass die Erforderlichkeit immer schon dann fehlt, wenn nicht zuvor Gelegenheit zur selbstregulativen Änderung in der Unternehmensorganisation durch öffentlichen/politischen Druck bzw. durch Ankündigung andernfalls erfolgreicher gesetzgeberischer Maßnahmen erzeugt worden ist, kann den Wirtschaftsgrundrechten nicht entnommen werden. Ein dahingehendes **zeitliches** Moment wohnt dem Erforderlichkeitsgebot nicht inne. 43

In **sachlicher** Hinsicht hängt die Annahme eines Verstoßes gegen das Erforderlichkeitsgebot regelmäßig davon ab, dass das angeblich zu bevorzugende mildere Mittel (hier: eine Maßnahme der (regulierten) gesellschaftlichen Selbstregulierung) mit gleicher Effektivität zur Erreichung der verfolgten Gemeinwohlziele beitragen würde. Nun sind Maßnahmen der Selbstregulierung aber gerade aus staatlicher Sicht durch die fehlende Durchsetzungsfähigkeit und damit typischerweise durch ein geringeres Maß an Effektivität charakterisiert.<sup>81</sup> Ob die zu vermutenden Vorteile der größeren internen Akzeptanz, der besseren Kenntnis der betriebsinternen Abläufe etc. innerhalb der Erforderlichkeitsprüfung zu Buche schlagen können, muss der Entscheidung im Einzelfall vorbehalten bleiben. Eine generelle sachliche Vorrangregel von Maßnahmen der (regulierten) gesellschaftlichen Selbstregulierung ist nicht erkennbar. 44

Umgekehrt überzeugt es aus grundrechtsdogmatischer Sicht nicht, ein Instrument der gesellschaftlichen Selbstregulierung nach staatlicher Veranlassung (wie der *Comply or Explain*-Mechanismus des § 161 AktG) deshalb, weil den Unternehmen im Falle einer Missachtung regulatorische Konsequenzen drohen, bereits nach den gleichen Maßstäben zu messen, die an eine unmittelbar gesetzliche Anordnung anzulegen gewesen wären.<sup>82</sup> Für die Ermittlung des grundrechtlichen Prüfungsmaßstabs macht es eben einen Unterschied, ob durch eine gesetzliche Regelung ein bestimmtes organisationsbezogenes Verhalten unmittelbar angeordnet wird oder ob der Gesetzgeber (unter Inkaufnahme der dann geringeren Durchsetzungsfähigkeit und Effektivität) von den Unternehmen (zumindest zunächst) lediglich eine Erklärung verlangt; auch insoweit erweist sich § 161 AktG mithin als verfassungsgemäß (vgl. bereits → Rn. 34). 45

**b) Vorrang von auf die Außentätigkeit zielenden Gemeinwohlvorgaben?** Insbesondere im Öffentlichen **Finanzmarktrecht** wird teilweise im Schrifttum davon ausgegangen, dass die vorgefundenen Organisationsgesetzmäßigkeiten des unternehmerischen Sektors grundsätzlich respektiert werden müssten und ihnen zuzutrauen sei, dass das in sie eingebettete Unternehmen für die Sicherstellung des Gemeinwohls Sorge. Entstehen mögliche Gefährdungen des Gemeinwohls, sei diesen durch Maßnahmen gegen die nach außen gerichtete Tätigkeit des Unternehmens zu begegnen, etwa durch ein Verbot bestimmter Finanzprodukte oder durch Transparenzpflichten, anstatt durch organisationsbezogene Vorgaben.<sup>83</sup> In der Tat kann man teilweise durchaus mit Recht die Frage stellen, ob für jeden einzelnen Gemeinwohlbelang durch den Staat die Schaffung einer Stelle eines Beauftragten vorgegeben werden muss oder ob es nicht genügt darauf zu vertrauen, dass das Unternehmen durch eine von ihm als sachgerecht empfundene Organisationsstruktur den ggf. zu verschärfenden gesetzlichen Vorgaben zur Einhaltung jenes Gemeinwohlbelangs selbst Rechnung trägt. 46

Als übergreifender Aspekt innerhalb der Prüfung des Erforderlichkeitsgebots **kommt** aber auch der Verweis auf angeblich vorzuziehende staatliche Maßnahmen mit Zielrichtung auf die Außentätigkeit **nicht in Betracht**. Zum einen sind diese Maßnahmen oftmals nicht weniger belastend (jedenfalls lässt sich insoweit keine allgemeine Regel ausfindig machen). Zum andern schränken sie jedenfalls die Flexibilität der Unternehmen in typischerweise größerem Maße ein.<sup>84</sup> Im Rahmen der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG ist der Gesetz-

<sup>81</sup> Näher zu den unterschiedlichen Effektivitätsgraden VEM VerwR/Eifert § 19 Rn. 108 mit 106.

<sup>82</sup> So aber Richter ZHR 177 (2013), 577 (603 f.).

<sup>83</sup> Dahingehend Hemeling ZHR 175 (2011), 368 (385); früher bereits Westermann AcP 175 (1975), 375 (399); jüngst Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 622 f.

<sup>84</sup> Darauf macht auch Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 373 f., aufmerksam.

geber überdies ausdrücklich zu „Inhalts- und Schrankenbestimmungen“ und damit auch zu organisationbezogenen Regeln legitimiert. Im Rahmen der Berufsfreiheitsgarantie nach Art. 12 Abs. 1 GG geht allerdings eine neuere grundrechtsdogmatische Sichtweise dahin, zwischen dem Unternehmen als Organisation und der unternehmerischen Außentätigkeit bereits bei der Bestimmung des Schutzbereichs zu differenzieren, worauf sogleich (→ Rn. 49 ff.) zurückzukommen ist. Damit ist von vornherein sichergestellt, dass sämtlichen Spezifika des jeweils zu rechtfertigenden Einzelfalls und des jeweils relevanten normativen Kontexts innerhalb der gesamten Grundrechtsprüfung (dh im Anschluss an die Eröffnung des Schutzbereichs sowohl beim Erforderlichkeits- als auch beim Angemessenheitsgebot) Rechnung getragen werden kann.

### III. Schutzgegenstände und Rechtfertigungsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG

#### 1. Differenziertere Betrachtung des Schutzbereichs der Berufsausübungsfreiheit

- 48 a) Ausübung eines Berufs und unternehmerische Berufsausübung.** Schon seit einiger Zeit wird konstatiert, dass der Umgang der Rechtsprechung des BVerfG mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit insbesondere dann, wenn es sich „lediglich“ (wie im vorliegenden Zusammenhang) um sog. Berufsausübungsregelungen handelt, teilweise defizitär ist. *Hufen* hat in einem grundlegenden Aufsatz aus dem Jahre 1994 bereits von einer „Erinnerung an ein Grundrecht“<sup>85</sup> gesprochen. Die Zuordnung staatlicher Maßnahmen zur **Kategorie der Berufsausübungsfreiheit** wird auf der Ebene der Rechtfertigung relevant, weil nach der (wenngleich terminologisch, nicht aber in der Sache überwundenen) sog. Drei-Stufen-Lehre Eingriffe in diesen Teil des einheitlichen Berufsfreiheitsgrundrechts bereits dann gerechtfertigt sind, „wenn vernünftige Allgemeinwohlerwägungen“ ins Feld geführt werden können und eine (zumeist relativ oberflächlich durchgeführte) Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einem positiven Ergebnis führt.<sup>86</sup>
- 49** Wie an anderer Stelle ausführlicher entfaltet,<sup>87</sup> **ist zu differenzieren** zwischen staatlichen Zugriffen, die sich auf die nach außen gerichtete Tätigkeit des Unternehmens (namentlich seine materiellrechtlichen Handlungspflichten, etwa aus dem Umwelt- oder dem Allgemeinen Wirtschaftsverwaltungsrecht) beziehen, und staatlichen Zugriffen, die auf die Organisation und Führung des Unternehmens einschließlich der internen Betriebsabläufe gerichtet sind.
- 50** Im Hinblick auf die erstgenannte Zugriffssituation geht es in der Tat um die „Ausübung eines Berufs“, im Hinblick auf Zugriffe auf die Organisationsfreiheit liegt der Akzent stärker auf der „**unternehmerischen Berufsausübung**“. Während es bei den unselbstständig beschäftigten Personen in Gestalt des Merkmals „Arbeitsplatz“ im Text von Art. 12 Abs. 1 GG eine ausdrückliche terminologische Anknüpfung an den Modus der Berufsausübung gibt, ist der nämliche Schutzgegenstand im Hinblick auf die unternehmerische Berufsausübung bislang gleichsam verschüttet gewesen. Bei den Selbstständigen und den Unternehmen umfasst der Modus der Berufsausübung sämtliche Fragen von deren Organisation, aber auch die Entscheidungen über die Werbung für sich selbst, die Auswahl und den Einsatz des Personals einschließlich dessen Vergütung sowie die Entscheidungen über den Einsatz bzw. Nichteinsatz von Kapital zwecks Erreichung bestimmter unternehmerischer Erfolge.

<sup>85</sup> Hufen NJW 1994, 2913.

<sup>86</sup> Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen BK GG/Burgi GG Art. 12 Abs. 1 Rn. 122 ff., 184 ff.

<sup>87</sup> BK GG/Burgi GG Art. 12 Abs. 1 Rn. 45 ff., 208 ff.; ausführlich daran anknüpfend und konkret auf die Organisationsfreiheit bezogen jüngst Rast, *Unternehmerische Organisationsfreiheit*, 325 ff.; bereits früher hat Ossenbühl AöR 115 (1990), 1, unter dem terminologischen Dach der „Unternehmerfreiheit“ verschiedene Teilelemente zu differenzieren versucht; ähnlich auch Hoffmann, *Der grundrechtliche Schutz der marktwirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit und der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensorganisation durch die „Unternehmensfreiheit“*, 1988.

Das BVerfG selbst hat den organisationsbezogenen Teilgehalt dieser „unternehmerischen Berufsausübung“ mit dem Begriff der „**Organisationsfreiheit**“ umschrieben.<sup>88</sup> Es wendet ihn bislang aber ohne daraus konkrete juristische Konsequenzen (auf der Rechtfertigungsebene) zu ziehen, ebenso wie den teilweise ähnlich, teilweise überschneidend verwendeten Begriff der „Unternehmerfreiheit“.<sup>89</sup> Sachlich betrachtet, fallen in diesen Teil des Schutzbereichs sämtliche Aktivitäten bei der Gründung und Stilllegung von Unternehmen, beim Zusammenschluss mit anderen Unternehmen sowie die Entscheidungen über Firma, Standort und Organisationsformen, ebenso die Entscheidungen über die Besetzung und Zusammensetzung der Leitungsorgane, mithin sämtliche Aktivitäten, die den Inhalt dieses Handbuchs bilden. 51

**b) Konsequenzen.** Auf der Ebene der Rechtfertigung hat dies die Notwendigkeit stärkerer Differenzierung zur Folge. 52

**aa) Schärfere Profilierung innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung.** Im ersten Schritt wirkt die präzisere Bestimmung der Modalitäten der unternehmerischen Berufsausübung in der hier soeben skizzierten Weise der bereits zu beobachtenden Tendenz entgegen, das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG insoweit nur für mittelbar beeinträchtigt zu halten.<sup>90</sup> Vor allem aber eröffnet sich durch die Differenzierung zwischen der Ausübung der Berufsfreiheit einerseits, und der unternehmerischen Berufsausübung (ua in Gestalt der Organisationsfreiheit) andererseits, die verfassungsrechtsdogmatische Chance, die betroffenen freiheitlichen Belange von vornherein mit schärferem Profil in die **Abwägung** mit den oftmals sehr unspezifisch aus dem Gemeinwohl abgeleiteten Gegenbelangen stellen zu können. Die nachfolgende Verhältnismäßigkeitsprüfung (→ Rn. 60) wird dadurch präziser, unterschiedliche Gefährdungssituationen können adäquater erfasst werden. Dies würde letztlich den Schutz, den Art. 12 Abs. 1 GG ja auch den Trägern der Berufsausübungsfreiheit verspricht, effektiver lassen. 53

**bb) Vorrang insbesondere gesellschaftsrechtlicher Gemeinwohlvorgaben.** In → § 1 Rn. 19 wurde gezeigt, wie sich das Privatrecht und das Gesellschaftsrecht schon seit längerem zu einem **Reservoir auch gemeinwohlbezogener Vorgaben** entwickelt hat, besonders exponiert im Hinblick auf die Gemeinwohlziele der Nachhaltigkeit (→ § 4 Rn. 6). So sind beispielsweise die auf die Gleichbehandlung der Geschlechter zielenden Vorgaben ebenso wie Regeln über die Ermittlung einer angemessenen Vergütung sowie die Sorgfaltspflichten des LkSG allesamt privatrechtlicher Natur, was zeigt, dass privatrechtliche Vorgaben fraglos geeignete Mittel zur Verwirklichung bestimmter vom Staat verfolgter Gemeinwohlziele sein können. 54

Nun kann es für die materielle Rechtfertigung staatlicher Grundrechtseingriffe selbstverständlich nicht pauschal darauf ankommen, ob eine bestimmte staatliche Maßnahme dem Öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist. Für ihre Beurteilung aus grundrechtlicher Sicht sind allein die Intensität und die beeinträchtigenden Wirkungen zulasten der jeweils geschützten Grundrechtsträger maßgeblich. Das Grundgesetz ist rechtsregimeneutral. 55

Allerdings ist der Modus der unternehmerischen Betätigung in bestimmten Organisationsformen durch die hierfür maßgeblichen einfachgesetzlichen Strukturen des Gesellschaftsrechts intensiv vorgeprägt. Dadurch kommt diesen eine Art **Vermutungswirkung** des Inhalts zu, die Sicherstellung des Gemeinwohls vorrangig aus sich selbst heraus gewährleisten zu können. Die organisationsbezogene Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen über das Gesellschaftsrecht verspricht mehr Sach- und Einzelfallnähe bei der Nutzung der 56

<sup>88</sup> BVerfGE 50, 290 (363).

<sup>89</sup> BVerfGE 50, 290 (363).

<sup>90</sup> So etwa HGR/Schneider, 2013, § 113 Rn. 60, der die Rechtsprechung des BVerfG noch für zu großzügig hält.

Steuerungsressource „Unternehmensorganisation“, zugleich ist sie regelmäßig flexibler und damit grundrechtsschonender.

- 57 Hinzu kommt der Gedanke, dass Vorgaben für die **Zuständigkeitsverteilung** innerhalb der Organe (etwa darüber, wer über die Vergütung von Vorstandsmitgliedern entscheiden soll) eher gerechtfertigt sein können als explizite inhaltliche (zB betreffend die Vergütungshöhe) Vorgaben unmittelbar durch den Staat. Sodann können **verfahrensbezogene Pflichten** als grundsätzlich vorrangig gegenüber unmittelbar organisationsbezogenen Pflichten angesehen werden.

## 2. Kreis und notwendiges Gewicht der Gemeinwohlbelange

- 58 Zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit bedarf es des Vorliegens eines öffentlichen Zwecks, konkret müssen der staatlichen Maßnahme „vernünftige Allgemeinwohlerwägungen“ zugrunde liegen.<sup>91</sup> Den in den nachfolgenden Abschnitten dieses Buches mit verwaltungsrechtlichen Vorgaben umgesetzten Gemeinwohlbelangen des Umwelt- und Klimaschutz, der Sozial- und Wirtschaftspolitik sowie des Datenschutzes wird man dies ebenso wie den Regulierungsanliegen des Finanzmarkt- und des Energierechts (→ § 15 Rn. 79) **grundsätzlich bescheinigen** können. Dass die vermittelt des Gesellschaftsrechts bewirkte Mitbestimmung der Arbeitnehmer sowohl im sozialen Interesse der Arbeitnehmerschaft als auch im Interesse der Akzeptanz und Stabilität der marktwirtschaftlichen Ordnung insgesamt gerechtfertigt ist, hat das BVerfG im Mitbestimmungsurteil festgestellt.<sup>92</sup> Auch dem Ziel der Frauenförderung und den neuerdings vermehrt auch mit Mitteln des Gesellschaftsrechts (→ § 4 Rn. 37) verfolgten Zielen der ökologischen Nachhaltigkeit (Klimaschutz) sowie der Verantwortung für Lieferketten wird man eine hinreichende Gemeinwohlbezogenheit nicht absprechen können. Dazu gesellen sich je nach gewählter regulatorischer Maßnahme gleichsam funktionale Gemeinwohlbelange wie das Ziel, etwaige Vollzugsdefizite materiellrechtlicher Vorgaben oder Steuerungsdefizite des klassischen Ordnungsrechts kompensieren zu wollen.<sup>93</sup>
- 59 Zweifel daran, ob das auch für Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit notwendige Gewicht des ins Felde geführten Gemeinwohlbelangs jeweils gegeben ist, wären dann angebracht, wenn die bisher bestehenden Vorgaben zur Organvergütung (→ § 4 Rn. 65 ff.) über bloße Verfahrenspflichten und die Orientierung an Nachhaltigkeit und Langfristigkeit hinaus präzisiert und spezifiziert würden. Ziele wie eine allgemein verbesserte soziale Gerechtigkeit oder erhöhte Akzeptanz von **Vergütungen** bei jenen, die hierdurch gar nicht wirtschaftlich betroffen sind (im Gegenteil durch erhöhte Steuerzahlungen der Vergütungsempfänger mittelbar sogar profitieren würden), dürften kaum über ein bloß subjektives Empfinden beim Publikum hinauskommen und somit das notwendige Gewicht verfehlen.<sup>94</sup> Auch etwaige künftige Vorgaben zur Steigerung der **Diversity** in Überwachungs- oder gar Leitungsorganen müssten mehr als bloß die Hoffnung auf verbesserte Unternehmensergebnisse ins Felde führen können und insbesondere deutlich bestimmter gefasst sowie etwaigenfalls auf empirische Befunde, etwa aus anderen Jurisdiktionen, gestützt werden.<sup>95</sup>

## 3. Verhältnismäßigkeitsmaßstab und Kontrolldichte

- 60 a) **Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung.** Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit gelten im Hinblick auf alle drei allgemein anerkannten Elemente, dh die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit (Zumutbarkeit) der staatlichen Maß-

<sup>91</sup> BVerfGE 7, 377 (405 f.); BVerfGE 77, 308 (332); BVerfGE 93, 362 (369).

<sup>92</sup> BVerfGE 50, 290 (340 f.); vgl. ferner BVerfG NZG 1999, 537 (542 f.).

<sup>93</sup> Ausführlich dazu Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 209 ff., 215 ff.

<sup>94</sup> In dieser Richtung bereits Richter, ZHR 177 (2013), 577 (607).

<sup>95</sup> Erste Ansätze hierzu bei Langenbucher ZGR 2012, 314 (321); skeptisch Hirte, Der Konzern 2011, 519 (521); vertiefend Richter ZHR 177 (2013), 577 (610); Rentsch ZGR 2022, 107.



nahme, keine besonderen Grundsätze.<sup>96</sup> Konkret **im Hinblick auf organisationsbezogene Vorgaben** kann generell festgestellt werden, dass an die Rechtfertigung umso höhere Anforderungen gestellt werden müssen, je detaillierter die staatlichen Vorgaben sind und je weniger Spielräume sie den betroffenen Unternehmen lassen.<sup>97</sup>

Bei der **Geeignetheit** wird gefragt, ob der jeweils verfolgte Gemeinwohlbelang durch die jeweilige Eingriffsmaßnahme „gefördert werden kann“.<sup>98</sup> Es geht also nicht um das tatsächliche Eintreten eines bestimmten Erfolges. Bereits darin ist ein besonders weiter „Einschätzungs- und Prognosevorrang“ des Gesetzgebers angelegt. Mit dieser Formel versucht das BVerfG seit Jahrzehnten zu verhindern, selbst zum Akteur der Wirtschaftspolitik zu werden.<sup>99</sup> In der Sache handelt es sich um einen Rückzug auf eine reine Vertretbarkeitskontrolle. Maßnahmen müssten schon „objektiv untauglich“ bzw. „schlechthin ungeeignet“<sup>100</sup> sein, um durch dieses Prüfraster fallen zu können.

Bei der Prüfungsstufe der **Erforderlichkeit** ist danach zu fragen, ob der jeweilige Gemeinwohlbelang durch ein milderes, die Unternehmen weniger belastendes, aber dennoch gleich geeignetes („wirksames“ bzw. „effektives“) Mittel erreicht werden kann.<sup>101</sup> Auch hierbei wird dem Gesetzgeber ein „Beurteilungs- und Prognosespielraum“ eingeräumt, wiederum in bemerkenswert gefestigter Rechtsprechung.<sup>102</sup> Wie bereits festgestellt (→ Rn. 54), kann allerdings der Einsatz gesellschaftsrechtlicher statt verwaltungsrechtlicher Vorgaben ein gleich geeignetes, jedoch milderes Mittel sein. Entsprechendes gilt für verfahrensrechtliche statt sogleich unmittelbar organisationsbezogene Pflichten (→ Rn. 70).

Das Erfordernis der **Angemessenheit** verlangt, dass „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe“ unter Einbeziehung der Auswirkungen des jeweiligen Eingriffs auf die Grundrechtsträger einerseits, der Bedeutung der jeweils verfolgten Gemeinwohlbelange mit deren Rang und der Intensität ihrer Gefährdung andererseits noch ein angemessener Ausgleich hergestellt werden kann.<sup>103</sup> Auch hierbei besteht zumindest ein Typisierungsspielraum<sup>104</sup> im Hinblick auf uU unterschiedlich betroffene Teilgruppen (etwa im Hinblick auf KMU)<sup>105</sup> oder im Hinblick auf besonders „systemrelevante“ Unternehmen, etwa im Finanzmarktsektor (→ § 14 Rn. 59). Diese Prüfungsstufe ist auch der Ort zur Bewältigung etwaigenfalls vorliegender Belastungskumulationen (dazu → Rn. 29).

**b) Kein Fall der Indienstrahmung.** Die seit längerer Zeit in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannte Modifizierung des allgemeinen Prüfrasters im Falle des Vorliegens einer sog. **Indienstrahmung** (Berücksichtigung des Grundsatzes der Lastengleichheit, Relevanz der etwaigen Überwälzbarkeit der Lasten auf nachfolgende Wertschöpfungsstufen etc.) greift im vorliegenden Zusammenhang nicht Platz.<sup>106</sup> Denn die im Mittelpunkt dieses Handbuchs stehenden organisationsbezogenen Pflichtenbestimmungen erlegen nicht den privatwirtschaftlichen Unternehmen eigentlich dem Staat obliegende öffentliche Aufgaben auf (und stellen mithin nicht eine Art zwangsweise Privatisierung dar). Vielmehr nutzen sie gerade die Organisationsstruktur der privatwirtschaftlichen Unternehmen als alternative

<sup>96</sup> Zu den allgemeinen Anforderungen BeckOK GG/Ruffert GG Art. 12 Rn. 87 ff.; BK GG/Burgi GG Art. 12 Abs. 1 Rn. 208 ff.

<sup>97</sup> So bereits Lange/Wall/Burgi, Risikomanagement nach dem KonTraG 2001, § 4 Rn. 39; Voß, Unternehmenswissen, 264 u. 272; Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 386 f.

<sup>98</sup> BVerfGE 25, 1 (17); zuletzt BVerfG NJW 2018, 2111, Rn. 37 ff.

<sup>99</sup> Zuletzt BVerfGE 145, 20 (78 ff.).

<sup>100</sup> BVerfGE 47, 109 (117); BVerfGE 81, 156 (193).

<sup>101</sup> BVerfGE 30, 292 (316); BVerfG NJW 2018, 2111, Rn. 37 ff.

<sup>102</sup> Vgl. nur BVerfGE 77, 84 (109); BVerfGE 145, 20 (80).

<sup>103</sup> BVerfGE 113, 167 (260); BVerfGE 133, 277 (322); BVerfGE 145, 20; ausführlich BK GG/Burgi GG Art. 12 Abs. 1 Rn. 216 ff.; Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 378 ff.

<sup>104</sup> BVerfGE 30, 292 (327); BVerfGE 68, 155 (173).

<sup>105</sup> Näher Burgi WiVerwR 2021, 97 (103).

<sup>106</sup> Ausführlich hierzu BK GG/Burgi GG Art. 12 Abs. 1 Rn. 262. Diese Rechtsfigur geht zurück auf Ipsen, FS Kaufmann, 1950, 141 ff.; aus neuerer Zeit Burgi/Krönke VerwArch 109 (2018), 423.

Steuerungsressource (→ § 1 Rn. 30) im Interesse des Gemeinwohls, nicht unmittelbar in Ersetzung sonst dem Staat obliegender Gemeinwohlverpflichtungen.

- 65 c) Erfordernis eines Sachzusammenhangs in Leistungskonstellationen.** Werden organisationsbezogene verwaltungsrechtliche Vorgaben zur Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen (insbesondere dem Erhalt von Subventionen) gemacht, bedarf es zwar hierfür keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (→ Rn. 38). Die rechtliche Konsequenz des Eingreifens von Art. 12 Abs. 1 GG iVm dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als Grundlage eines sog. Teilhaberechts (gerichtet auf eine Vergabe anhand vorab bekannt gegebener, ihrerseits grundrechtskonformer Kriterien) erfordert aber einen verhältnismäßigen Sachzusammenhang zwischen der infrage stehenden Leistung (der Subvention) und der zusätzlich statuierten organisationsbezogenen Pflicht.<sup>107</sup> Dem ist im Vergaberecht durch die dort einfachgesetzlich (in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben) bestehende Beschränkung auf auftragspezifische organisationsbezogene Vorgaben bereits normativ Rechnung getragen (→ § 11 Rn. 14). In den normativ nicht in gleicher Weise verfestigten Rechtsbereichen der Subventionsvergabe oder von Vergabeentscheidungen außerhalb der öffentlichen Aufträge (→ § 11 Rn. 24), folgt dieses Erfordernis unmittelbar aus dem Grundgesetz.

#### 4. Zusätzliche Hinweise zu einzelnen Regelungsgegenständen

- 66 a) Organisationsbezogene Pflichten. aa) Pflichten zur Einrichtung bestimmter Stellen.** Bei der insbesondere im Umwelt-, aber auch im Datenschutzrecht sowie künftig möglicherweise bei der Verwirklichung sozialer Gemeinwohlziele immer weiter ausgreifenden Pflicht zur Zuordnung bestimmter Stellen (Beauftragter, Verantwortlicher etc.) in der Unternehmensorganisation zu bestimmten Gemeinwohlbelangen hängt die verfassungsrechtliche Beurteilung von der **Breite und Tiefe** der Vorgaben ab. Dies gilt sowohl für die Geeignetheit<sup>108</sup> als auch für die Angemessenheit.<sup>109</sup> Sollen diese Stellen quer zur gegebenen Organisationsstruktur eingerichtet und beispielsweise mit Weisungsfreiheit ausgestattet werden, sind selbstverständlich höhere Anforderungen an die ins Felde geführten Gemeinwohlbelange zu stellen. Weitere Differenzierungskriterien sind die Reichweite der Überformung der unternehmensinternen Zusammenarbeit. Die äußerste Grenze bildet die Funktionsfähigkeit des Unternehmens.<sup>110</sup>
- 67 bb) Pflicht zur (teilweisen) Ausrichtung auf öffentliche Interessen.** Innerhalb des Kreises der organisationsbezogenen Pflichten (→ § 1 Rn. 40) besonders problematisch sind Vorgaben, die die inhaltliche Ausrichtung der Unternehmenstätigkeit betreffen. Durch sie wird die von den Unternehmenseigentümern zum Zwecke der Verwirklichung der Privatautonomie geschaffene Organisationseinheit zumindest teilweise umgepolt und funktionalisiert. Dies wäre jedenfalls nicht mehr rechtfertigungsfähig, wenn gar die „grundsätzliche **Privatnützigkeit**“ des Unternehmens infrage gestellt wird.<sup>111</sup> Aber auch zuvor muss das Gewicht der ins Felde geführten Gemeinwohlbelange erheblich sein und muss sehr darauf geachtet werden, ob nicht mildere Mittel (organisations- bzw. verfahrensbezogenen Charakters) zur Verfügung gestanden hätten. Dabei spielt wiederum der Aspekt der Belastungskumulation (→ § 6 Rn. 54) eine wichtige Rolle.<sup>112</sup> Hierauf wird insbesondere bei der Umsetzung der über das Sorgfaltpflichtenkonzept des LkSG hinausgehenden, die gesamte Unternehmensorganisation bzw. die Geschäftsleitung auf vorab definierte Gemeinwohl-

<sup>107</sup> Vgl. dazu allgemein (dh ohne Bezug zu organisationsbezogenen Pflichten) jüngst BVerwG NVwZ 2022, 1644, Rn. 25 f.

<sup>108</sup> Ausführlich Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 359 ff.

<sup>109</sup> Wiederum ausführlich und an zahlreichen Beispielen vertiefend Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit, 388 ff.

<sup>110</sup> Vgl. wiederum Rast, Organisationsfreiheit, 401 f.

<sup>111</sup> Habersack AcP 220 (2020), 594 (619).

<sup>112</sup> Vertiefend Voß, Unternehmenswissen, 278 f.