

Freiheitsgewinn durch Differenzierung: Zum Schutz der unternehmerischen Berufsausübung

ZHR 181 (2017) 1–8

I. Von *Walter Jellinek* und *Ulrich Scheuner* ist die Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 GG einmal als die „schlimmste crux“ des Grundrechtsteils bezeichnet worden.¹ Aus der Sicht von Unternehmen bzw. Unternehmensverantwortlichen, die bei ihrer „Berufsausübung“ tagtäglich mit zahllosen staatlichen Vorgaben konfrontiert sind und diese mal als akkumulierende Bürokratielasten, mal als verordnete „Moral im Geschäftsleben“² wahrnehmen, erscheint das Berufsgrundrecht eher als randständige Gewährleistung, insbesondere in Anbetracht der offenbar als „stärker“ eingeschätzten Eigentumsgarantie.³

1. Dazu mag beigetragen haben, dass die Analyse der Rechtsprechung des BVerfG manchmal den Eindruck vermittelt, dass die sog. politischen Rechte (Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit etc.) jedenfalls über den Hebel der Kontrollrechte intensiver geschützt werden als die wirtschaftlichen Grundrechte.⁴ Seit langem hat es im Bereich der Berufsfreiheitsgarantie keine signifikante dogmatische Weiterentwicklung oder gar Neuschöpfungen vom Schlage der sog. Drei-Stufen-Theorie gegeben. Das Fallmaterial, aus dem das BVerfG ja nur schöpfen kann, entstammt ganz überwiegend der Welt der Freiberuflichkeit.⁵ Bezeichnenderweise wurde dort erst jüngst das Bestreben, die Tätigkeit als Insolvenzverwalter (auch) zum Gegenstand einer unternehmerischen Betätigung durch juristische Personen zu machen, zurückgewiesen und deren Ausschluss für mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar erklärt.⁶

Keinen Anlass, die Berufsfreiheitsgarantie des Art. 12 GG gleichsam links liegen zu lassen, liefert jedenfalls das Europarecht. Zwar geht eine Vielzahl von Vorgaben und Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit auf

1 *Jellinek*, DÖV 1952, 383; *Scheuner*, Deutsches Handwerksblatt 1955, 339, 340.

2 *Strohn*, ZHR 180 (2016) 2.

3 So beziehen sich auf dieses Grundrecht mehrere neuere Monographien zur verfassungsrechtlichen Statthaftigkeit von Regulierungen im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (etwa *Bergbach*, Anteilseigentum, 2010; *Schoppe*, Aktiengrundrecht, 2011). Auch *Schön*, ZHR 180 (2016) 279, 288, thematisiert als einzige Hürde gegenüber hoheitlich verordneten Zwecksetzungen gegenüber Aktiengesellschaften die in Art. 14 GG verbürgten Mitwirkungs- und Vermögensrechten der Aktionäre.

4 Vgl. *Kluth*, in: Schmidt-Aßmann, Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2005, S. 11; *Wißmann*, FS R. Schmidt, 2006, S. 627; *Ruffert*, AöR 134 (2009) 197; *Lepsius*, Der Staat 52 (2013) 157, 183.

5 Darauf hat bereits *Ossenbühl*, AöR 115 (1990) 1, 7, aufmerksam gemacht.

6 BVerfG NJW 2016, 930.

Rechtsakte der EU zurück bzw. ist unmittelbar durch sie bewirkt worden. Bei der Umsetzung und Anwendung von Verordnungen und Richtlinien bestehen aber vielfach erhebliche Spielräume und weiterhin gibt es zahlreiche autonom veranlasste Eingriffe. Zudem würde ein auch dogmatisch geschärftes Bewusstsein für die Berufsfreiheitsrelevanz politischer Vorhaben auf EU-Ebene die deutschen Vertreter bei der Erarbeitung solcher Maßnahmen darauf verpflichten, ihren unverändert starken politischen Einfluss zugunsten maßvollere Ansätze zu nutzen. Umgekehrt bietet die EU-Grundrechte-Charta in Gestalt der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 (dazu sogleich) eine interessante Erkenntnisquelle für die hier formulierte Aufforderung, im dogmatischen Steinbruch der Berufsfreiheitsgarantie wieder stärker Hand anzulegen.

2. Der Gesetzgeber ist in den vergangenen Jahren alles andere als zurückhaltend gewesen. Vielmehr hat er die seit jeher bestehenden Anforderungen des Wirtschaftsverwaltungsrechts (v.a. Genehmigungs- und Nachweispflichten) weiter ausgebaut bzw. intensiviert und mit dem Umwelt- und neuerdings dem Regulierungsrecht (wenngleich bislang beschränkt auf die Netzwirtschaften) neue Steuerungsarsenale etabliert, die jeweils an bestimmte Gefährdungssituationen, die mit der infrage stehenden unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind, anknüpfen. Daneben treten verstärkt Maßnahmen, die nicht solchermaßen anlassbezogen sind und folglich auch nicht auf den Zweck und Inhalt der unternehmerischen Betätigung, sondern auf den Modus, dass bestimmte Inhalte und Zwecke vermittels eines Unternehmens verfolgt werden, abzielen. Am greifbarsten sind insoweit die auf dem 69. DJT 2012 erörterten „staatlichen Eingriffe in die Unternehmensführung“.⁷ Hier geht es jenseits der herkömmlichen Mitbestimmungsanforderungen (aber legitimatorisch teilweise durchaus mit diesen verknüpft) um Vorgaben an die Besetzung und Zusammensetzung der Leitungsorgane v.a. von Aktiengesellschaften⁸ einschließlich die Einführung von Frauenquoten, um die zahlreichen organisationsbezogenen Pflichten im Kontext der grundlegend neu orientierten Finanzdienstleistungsaufsichtsregime⁹, um Anforderungen an die Vergütung von Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitgliedern (vgl. nur §§ 87 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG, 120 Abs. 4 AktG und § 25a Abs. 5 KWG¹⁰).¹¹ Das bevorstehende „Gesetz für

7 Auf der Grundlage des von *Habersack* erstellten Gutachtens (Bd. I, 2012, E; einbezogen waren dort überdies die „halbstaatlichen Eingriffe“). Vgl. im Zusammenhang damit auch die um Systematisierung bemühte Abhandlung von *Richter*, ZHR 177 (2013) 577, mit dem Titel „Gute Policey im Aktienrecht“. Mit teilweise anderen Akzenten *Windbichler*, NJW 2012, 2625.

8 Vgl. *Oetker*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche in München, 2014, S. 35 ff.

9 Als Überblick *Binder* in: Grieser/Heemann, Europäisches Bankenaufsichtsrecht, 2016, XI, S. 423 ff.

10 Dazu *Schröder*, JZ 2016, 556.

11 Vgl. aus der politischen Diskussion *Röttgen/Kluge*, NJW 2013, 900; *Lowven/Ingwersen*, BB 2013, 1219.

mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen“¹², durch das u.a. in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten Arbeitnehmer einen Rechtsanspruch (gegenüber dem Unternehmen) auf Auskunft darüber erhalten sollen, was ihre Kollegen in gleicher Position verdienen, markiert einen weiteren Schritt in die gleiche Richtung, dem Vorgaben zur Verankerung von Maßstäben der „Corporate Social Responsibility (CSR)“ in den Vorschriften über Satzung, Leitungsaufgaben und Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft¹³ folgen könnten.

II. 1. Nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG ist (in Satz 2) allein für die „Berufsausübung“ ein Gesetzesvorbehalt vorgesehen, was nach allgemeinen Grundsätzen zur Folge hätte, dass die Wahl von „Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte“ (Satz 1) nur nach Maßgabe kollidierenden Verfassungsrechts möglich wäre.¹⁴ Das BVerfG hat bereits in seinem grundlegenden „Apotheken-Urteil“ aus dem Jahre 1958¹⁵ Art. 12 Abs. 1 GG aber als „einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit“ verstanden¹⁶ und dabei im Schrifttum ganz überwiegend Zustimmung gefunden.¹⁷ Innerhalb des einheitlichen Rahmens werden verschiedene Teilgehalte unterschieden, die die Ausbildungsstätte und den Arbeitsplatz sowie die Berufsausübung und die Berufswahl betreffen. Zur Begründung stellt das Gericht darauf ab, dass Berufswahl und Berufsausübung letztlich nur unterschiedliche zeitliche Phasen eines in soziologischer Hinsicht einheitlichen Lebenssachverhalts betreffen. Überdies prägen nicht selten Regelungen, die unmittelbar auf die Berufsausübung zielen, zugleich bereits den Inhalt des Berufes und damit auch den Gegenstand der freien Berufswahl mit. Abgrenzungsprobleme sind mithin vorprogrammiert, und sie wirken sich bei Zugrundelegung eines einheitlichen Verständnisses jedenfalls deutlich weniger stark aus.¹⁸

2. Freilich darf die Anerkennung der Einheitlichkeit der Berufsfreiheitsgarantie nicht überschätzt und v.a. nicht als Differenzierungsverbot verstanden werden. Sie erschöpft sich in der Zuschreibung einer einheitlichen Funktion der Berufsfreiheit für den Einzelnen und für das Gemeinwesen und vor allem in einem einheitlichen, d.h. für sämtliche Eingriffe gleichermaßen eingreifenden Gesetzesvorbehalt. Nach der sog. Drei-Stufen-Theorie des BVerfG unter-

12 Dem Vernehmen nach hat sich der Koalitionsausschuss am 6. 10. 2016 insoweit auf Eckpunkte geeinigt.

13 Zu entsprechenden Diskussionen vgl. *Schön*, ZHR 180 (2016) 279, 218 f.

14 So explizit jüngst wieder *Stern/Becker/Nolte*, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 12 Rdn. 37; dies ist als Konzept ausführlich entfaltet worden durch *Lücke*, Die Berufsfreiheit, 1994.

15 BVerfGE 7, 377.

16 In der Folgezeit u.a. BVerfGE 9, 338, 344; BVerfGE 92, 191.

17 Vgl. nur *Isensee/Kirchhof/Breuer*, HdbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rdn. 56 f.; *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Stand: Oktober 2014, Art. 12 Rdn. 22 f.; *Epping/Hillgruber/Ruffert*, Beck'scher Onlinekommentar, GG, Stand: 1. 2. 2015, Art. 12 Rdn. 18.

18 Vgl. *Bettermann/Nipperdey/Scheuner/Bachof*, Die Grundrechte, 1958, S. 193.

liegen Eingriffe in die Berufswahlfreiheit im Grundsatz anderen Anforderungen als Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit. Diese Konsequenz ist ebenso allgemein anerkannt wie die weitere Differenzierung danach, ob die Freiheit der Berufswahl durch subjektive (zweite Stufe) oder durch objektive Schranken (dritte Stufe) tangiert ist.¹⁹

III. Undifferenziert geblieben ist allerdings bis heute der Umgang mit der Berufsausübungsfreiheit und hierin liegt eine wesentliche Ursache darin, dass der damit verbundene Teilgehalt unterschätzt wird. Während die Berufswahl gegenüber jedem Einzelnen und auch aufs Ganze gesehen vergleichsweise selten beschränkt wird, wirken sich Berufsausübungsregelungen tagtäglich und insbesondere kumulativ als Freiheitseinschränkung aus; das Beispiel der Frauenquote, die auf bereits zuvor verankerten Anforderungen über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats quasi draufgesattelt worden ist,²⁰ illustriert dies. Insoweit mag die lapidare Feststellung in einem hierzu erstatteten Rechtsgutachten, wonach „eine derartige Regelung“ sich (lediglich) auf die Berufsausübung beziehe, „so dass an den legitimen Zweck der Rechtfertigung keine besonderen Anforderungen zu stellen sind“, die negative Wirkung der undifferenzierten Einstufung auf der von vornherein niedrigsten Bedeutungsstufe belegen.²¹ Als „Kristallisationspunkt der individuellen Freiheitsentfaltung und Selbstverwirklichung“ präsentiert sich das solchermaßen weichgekochte Berufsausübungsrecht ebenso wenig wie als „zentrale Institution des Arbeits- und Wirtschaftslebens“.²² Demgegenüber hat bereits *Lecheler*²³ darauf hingewiesen, dass die Einheitlichkeit des Grundrechts „nicht nur zur Ausdehnung der Schranke nach oben benutzt werden“ dürfte, vielmehr müsse der Schutz der Berufswahl „auch auf die Ausübung zurückstrahlen und verhindern, dass sie jedem beliebigen Eingriff offen steht“.

Eine Neubestimmung muss bereits an dieser Stelle – d.h. bei der Bestimmung des Schutzbereichs – und nicht erst auf der Stufe der Eingriffsrechtfertigung²⁴ ansetzen und versuchen, innerhalb des Teilgehalts der „Berufsausübungsfreiheit“ näher zu differenzieren. Das BVerfG hat bemerkenswerterweise zwar immer wieder verschiedene Teilgehalte der Berufsausübungsfreiheit benannt, etwa die Dispositions-, Produktions-, Vertrags- und Entgeltfreiheit,²⁵ die

19 Vgl. nur *Isensee/Kirchhof/Breuer* (Fn. 17), § 170 Rdn. 57; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Manssen*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rdn. 3.

20 Vgl. hierzu *Habersack/Kersten*, BB 2014, 2819, 2823.

21 *Papier/Heidebach*, ZGR 40 (2011) 305, 328.

22 Zu diesen *Funktionen* der Berufsfreiheitsgarantie allg. zuletzt *Badura*, AöR 140 (2015) 333, 335.

23 *Lecheler*, VVDStRL 43 (1985) 48, 59; ähnlich *Hufen*, NJW 1994, 2913, 2917 f.

24 Als diesbezügliche Versuche *Richter*, ZHR 177 (2013) 594, 604 ff.; *Kluckert*, JuS 2015, 116 ff.

25 Dazu zuletzt BVerfG NVwZ 2014, 1229, 1232.

Wettbewerbsfreiheit u.a.,²⁶ daraus dann aber keine weiteren Konsequenzen gezogen. Fast schon folgerichtig sind diese eher terminologischen Versuche teilweise auch gar nicht rezipiert worden.²⁷

IV. 1. Eine Differenzierung innerhalb der Berufsausübungsfreiheitsgarantie ist bislang nur sehr vereinzelt angedacht worden.²⁸ Dabei kann sie strukturell innerhalb des Art. 12 Abs. 1 GG daran anknüpfen, dass im Hinblick auf die Teilgehalte „Arbeitsplatz“ und „Ausbildungsstätte“ jeweils an einen bestimmten Modus der Berufsausübungsfreiheit angeknüpft wird (die jeweilige Stelle bzw. die jeweilige Einrichtung). Bedenkt man, dass „der Beruf“ das diese Modi inhaltlich prägende und zusammenhaltende Element bildet, erscheint es naheliegend, das modale Element auch dann abzuschichten, wenn es nicht um die Grundrechte der unselbständig Beschäftigten (wie beim Arbeitsplatz bzw. bei der Ausbildungsstätte) geht, sondern um die Freiheitsausübung durch selbstständig tätige Einzelpersonen oder Personenmehrheiten einschließlich aller Unternehmen.

Weitere Anhaltspunkte liefert der Blick in die EU-Grundrechte-Charta, die mit der „unternehmerischen Freiheit“ ein durch Art. 16 gewährleistetetes eigenständiges Grundrecht kennt, das gegenüber dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 15 in mehrfacher Hinsicht differenziert entfaltet wird.²⁹ Dies entspricht auch der Rechtslage in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten.³⁰ In der Sache zielt jene Gewährleistung darauf, sich als Unternehmer bzw. Unternehmen am Wirtschaftsleben zu beteiligen, also auf einen bestimmten Modus der beruflichen Betätigung.

2. Differenziert man innerhalb der Berufsausübungsfreiheit danach, ob der Modus der Berufsausübung oder deren Inhalt betroffen ist, dann kann im Hinblick auf Letztere von der „Ausübung eines Berufs“ und im Hinblick auf Erstere von der „unternehmerischen Berufsausübung“ gesprochen werden. Die Freiheit der „Ausübung eines Berufs“ kommt demnach Unselbstständigen wie Selbstständigen zugute und betrifft jeweils die Verfolgung bestimmter berufsbezogener Zwecke, d.h. den Inhalt der Tätigkeit. Sie entfaltet sich im Einzelnen als Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen, zur Herstellung

26 Vgl. nur die Auflistung bei Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rdn. 10.

27 So etwa bei Dreier/Wieland, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rdn. 19 ff.

28 So hat Ossenbühl, AöR 115 (1990) 1, (unter dem Dach der „Unternehmerfreiheit“) verschiedene Teilelemente differenziert; ähnlich zuvor Hoffmann, Der grundrechtliche Schutz der marktwirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit und der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensorganisation durch die „Unternehmensfreiheit“, 1988.

29 Vgl. zu den Einzelheiten Storr, FS Berka, 2013, S. 219, 224; Wollenschläger, EuZW 2015, 285, 287: „Spezialtatbestand für die selbstständige unternehmerische Betätigung“; Gundel, ZHR 180 (2016) 323, 334; a.A. Merten/Papier/Durner, Hdb. der Grundrechte VI/1, 2010, § 162 Rdn. 37.

30 Vgl. hierzu Heselhaus/Nowak/Heselhaus, Hdb. der Europäischen Grundrechte, 2006, § 31 Rdn. 13 ff.

von Produkten, zur Leistung bestimmter Arbeiten und (gleichsam auf der Gegenleistungsseite) zur Festsetzung von Entgelten bzw. Preisen. Dieser Teilgehalt der Berufsausübungsfreiheit ist betroffen, wenn beispielsweise die Produktion von Automobilen abgasreduzierter erfolgen soll oder wenn das Brotbacken an bestimmten Tageszeiten untersagt wird, die anwaltliche Beratung oder die Erbringung von Finanzdienstleistungen bestimmten Anforderungen unterworfen werden etc.

Um den Modus der Berufsausübung geht es bei den unselbstständig beschäftigten Personen im Hinblick auf deren „Arbeitsplatz“ bzw. um die Vorgänge im Zusammenhang mit dem Besuch von „Ausbildungsstätten“. Bei den Selbstständigen und v.a. bei den Unternehmen sind insoweit die Organisation der Berufsausübung, der Abschluss von Verträgen, das Verhalten in etwaigen Wettbewerbssituationen und die Werbung für sich selbst betroffen. Dazu gehören ferner die Entscheidungen über die Auswahl und den Einsatz des Personals einschließlich dessen Vergütung, ferner die Entscheidungen über den Einsatz bzw. Nichteinsatz von Kapital zwecks Erreichung bestimmter unternehmerischer Erfolge (dies im Gegensatz zur reinen Kapitalanlage, die ausschließlich dem Grundrecht des Art. 14 GG unterfällt). Bildet der Umgang mit Kapital oder Personal bzw. die Gestaltung von Werbung den eigentlichen Inhalt der Berufsausübung (wie etwa bei Personalagenturen, Kreditinstituten oder Werbeagenturen), dann ist nicht der Modus betroffen, sondern der andere Teilgehalt, d.h. die Ausübung eines Berufs.

Besonders deutlich ist der Teilgehalt der „unternehmerischen Berufsausübung“ in der Organisationsfreiheit ausgeprägt. Diesen Begriff hat das BVerfG selbst eingeführt,³¹ verwendet ihn aber ohne juristische Ambition, insoweit ähnlich (und teilweise überschneidend) wie den Begriff der „Unternehmerfreiheit“.³² Bei der hier vorgeschlagenen Zugrundelegung einer differenzierten Sichtweise unterfallen der Organisations- bzw. Unternehmerfreiheit gerade nicht die inhaltsbezogenen Aktivitäten wie die Produktions- oder die Entgeltfreiheit,³³ sondern die Aktivitäten bei der Gründung und Stilllegung von Unternehmen, beim Zusammenschluss mit anderen Unternehmen sowie die Entscheidung über Firma, Standort und Organisationsformen. Dazu gehören auch die Entscheidungen über die Besetzung und Zusammensetzung der Leitungsorgane. Aktivitäten dieser Art finden sich typischerweise bei privatwirtschaftlichen Unternehmen, sie können aber auch bei unternehmerischen Aktivitäten von Freiberuflern betroffen sein, so etwa wenn die Gründung einer gemeinsamen Sozietät aus Ärzten und Rechtsanwälten infrage steht.³⁴

31 BVerfGE 50, 290, 363.

32 BVerfGE 50, 290, 363; dazu auch *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, S. 1818 ff.

33 So aber *Stern* (Fn. 32), S. 1819.

34 Damit hat sich zuletzt das BVerfG, GewArch 2016, 166, befasst.

Wichtig ist bei all dem: Anerkennt man, dass die „Ausübung eines Berufs“ und die „unternehmerische Berufsausübung“ zwei verschiedene Teilgehalte der Berufsausübungsfreiheit bilden, dann wird bei der Prüfung der Rechtfertigung von Eingriffen in die dadurch geschützten Aktivitäten stärker als bislang zu differenzieren sein. Es wird dann Eingriffe geben, die ausschließlich die unternehmerische Berufsausübung betreffen (z.B. die Bestimmungen über die Frauenquote), und es wird Vorgaben geben, die ausschließlich die inhaltliche Seite, also die Ausübung des Berufs betreffen (z.B. Genehmigungspflichten bei der Errichtung von Produktionsanlagen). Schließlich kann es Eingriffe geben, die unmittelbar auf die unternehmerische Berufsausübung zielen, mittelbar aber auch die inhaltliche Seite des Berufsausübungsgrundrechts beeinträchtigen, wie beispielsweise das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse. Maßnahmen dieser Art müssen dann jeweils getrennt (d.h. nach einer durch jeweils unterschiedliche Zwecke geprägten Verhältnismäßigkeitsprüfung) gerechtfertigt werden können.

V. Die Konsequenzen der hiermit vorgeschlagenen Differenzierung auf der Ebene des Schutzbereichs können nachfolgend nur skizziert werden. Zunächst wirkt die präzisere Bestimmung der Modalitäten der unternehmerischen Berufsausübung der bereits zu beobachtenden Tendenz entgegen, das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG insoweit nur mittelbar für beeinträchtigt zu halten.³⁵ Auch die teilweise leichthin vorgenommene Zuordnung der „unternehmerischen Handlungsfreiheit“, der „Wettbewerbsfreiheit“ oder auch der „Vertragsfreiheit im wirtschaftlichen Verkehr“ lediglich zum allgemeinen Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG³⁶ würde deutlich erschwert. Zugleich würde eine schärfere Abgrenzung und damit zugleich auch eine Stärkung der benachbarten Wirtschaftsgrundrechte der Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit) und 14 GG (Eigentum) in ihrem jeweils spezifischen Gehalt bewirkt.

Vor allem aber böte die vorgeschlagene Differenzierung zwischen der Ausübung der Berufsfreiheit einerseits und der unternehmerischen Berufsausübung andererseits die 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 würde dadurch präziser, unterschiedliche Gefährdungssituationen könnten adäquater erfasst werden. Dies würde letztlich den Schutz, den das Grundrecht ja auch den Trägern der Berufsausübungsfreiheit verspricht, effektiver werden lassen. Konkret im Hinblick auf die unternehmerische Berufsausübung würde die Rechtfertigungsprüfung damit von vornherein für die Perspektive geöffnet, dass der

35 So etwa bei Merten/Papier/Schneider, Hdb. der Grundrechte V, 2013, § 113 Rdn. 60, der die Rechtsprechung des BVerfG noch für zu großzügig hält.

36 In diesem Sinne etwa BverfGE 18, 315, 327 ff.; BverfGE 31, 145, 173; explizit krit. m.w.N. Stern (Fn. 32), S. 1817.

Modus der unternehmerischen Betätigung in bestimmten Organisationsformen durch die hierfür maßgeblichen einfachgesetzlichen Strukturen (typischerweise des Gesellschaftsrechts) vorgeprägt ist,³⁷ wodurch diesen zugleich eine Art Vermutungswirkung des Inhalts, die Sicherstellung des Gemeinwohls vorrangig aus sich selbst heraus gewährleisten zu können, zugewiesen würde. Damit verwandt ist der weitere Gedanke, dass Vorgaben für das Verfahren und die Organisationsstruktur (etwa darüber, wer über die Vergütung der Vorstandsmitglieder entscheiden soll) eher gerechtfertigt sein können als explizite inhaltliche Vorgaben unmittelbar durch den Staat.

Martin Burgi

³⁷ Diesen Gedanken hat bereits *Richter*, ZHR 177 (2013) 508, aufgeworfen.