

FLORIAN RAST

Unternehmerische
Organisationsfreiheit und
Gemeinwohlbelange

*Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht*

58

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Öffentlichen Recht

Band 58



Florian Rast

Unternehmerische Organisationsfreiheit und Gemeinwohlbelange

Phänomenologie, Typologisierung und Grenzen
des staatlichen Zugriffs auf die Organisationsstruktur
privater Unternehmen

Mohr Siebeck

Florian Rast, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften und Erste Juristische Prüfung in München; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht an der LMU München; Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk München; 2022 Promotion.
orcid.org/0000-0002-3881-956X

Zugleich Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität; Jahr 2022.

ISBN 978-3-16-161642-6 / eISBN 978-3-16-161665-5

DOI 10.1628/978-3-16-161665-5

ISSN 1867-8912 / eISSN 2568-745X (Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times Antiqua gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung befinden sich auf dem Stand von Ende September 2021. Das Gleiche gilt für den Stand der Gesetzestexte.

Mein aufrichtiger Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater Professor Dr. *Martin Burgi*, an dessen Lehrstuhl ich seit meinem dritten Studiensemester zunächst als Studentische Hilfskraft und, nach der Ersten Juristischen Prüfung, als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte. Es war eine sehr schöne und zugleich sehr lehrreiche Zeit, die mein Interesse für die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht vertiefte, neue Blickwinkel eröffnete und spannende Einblicke gewährte. Professor *Burgi* stand mir in dieser Zeit und darüber hinaus stets mit Rat und Tat zur Seite. Er hat mich und mein Dissertationsprojekt fortwährend und wohlwollend gefördert. Bedanken möchte ich mich zudem bei Professorin Dr. *Ann-Katrin Kaufhold*, die in kurzer Zeit das Zweitgutachten erstellte, welches viele hilfreiche Anregungen für die Drucklegung enthalten hat. Ich danke dem Alumni- und Förderverein der Juristischen Fakultät für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Dank gebührt an dieser Stelle auch meinen vielen lieben Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht und am Institut für Politik und Öffentliches Recht, die nicht nur stets ein offenes Ohr für den fachlichen Diskurs hatten, sondern die mir darüber hinaus auch über die Durststrecken eines Dissertationsvorhabens hinweggeholfen haben.

Bei der Beschaffung und dem Scannen der Literatur hat mich nicht nur der exzellente Campus-Lieferdienst der Universitätsbibliothek unterstützt, sondern auch *Veronika Böhm*, *Lisa Hagen*, *Patrick Kosney*, *Kim Schlemmer* und *Patrick Zimmermann*, denen ich allen dankbar bin. Für die persönliche Unterstützung und das intensive Korrekturlesen dieser Arbeit innerhalb kürzester Zeit gebührt *Michelle Fall* und *Anna Mutter* großer Dank. Bedanken möchte ich mich auch bei meinen weiteren Freunden, die stets hinter mir gestanden haben.

Der größtmögliche Dank ist schließlich an meine Eltern, *Elvira* und *Wolfgang Rast*, gerichtet, denen diese Arbeit gewidmet ist. Sie haben mich seit jeher in

allen Lagen und in jeder Hinsicht unterstützt und mir eine akademische Ausbildung überhaupt erst ermöglicht. Ich danke ihnen aus tiefstem Herzen.

München, im März 2022

Florian Rast

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
1. Teil: Einleitung	1
A. Gang der Untersuchung	5
B. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	6
C. Begriffsklärungen und Eingrenzung des Themas	18
2. Teil: Phänomenologie	55
A. Nach dem Gegenstand des Zugriffs	56
B. Nach der Regelungsebene	191
C. Nach dem Durchsetzungsinstrument	194
D. Nach den Zwecken und den Sachgründen	208
3. Teil: Typologisierung	245
A. Überblick über den steuerwissenschaftlichen Ansatz	247
B. Technik des Zugriffs auf die Organisationsstruktur privater Unternehmen	257
C. Konzept der regulierten Selbstregulierung als gleitende Skala für die Intensität staatlicher Steuerung	291
D. Einordnung einzelner Phänomene organisationsstrukturbezogener Regelungen in das Spektrum zwischen hoheitlicher Regulierung und regulierter Selbstregulierung	297

4. Teil: Die Grundrechte als Grenze organisationsstrukturbezogener Vorgaben	309
A. Notwendigkeit der grundrechtlichen Grenzziehung gegenüber organisationsstrukturbezogenen Vorgaben	310
B. Untersuchungsumfang und -ziel der grundrechtlichen Betrachtung . .	314
C. Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab unter Berücksichtigung der EU-Grundrechtecharta	315
D. Die Berufsfreiheit als Standort der unternehmerischen Organisationsfreiheit	316
E. Der sachliche Schutzbereich der unternehmerischen Organisationsfreiheit	325
F. Problemfelder des Eingriffs in die unternehmerische Organisationsfreiheit	339
G. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	343
H. Abgrenzung zu den weiteren Wirtschaftsgrundrechten im Grundgesetz	405
5. Teil: Gesamtergebnis	409
Literaturverzeichnis	411
Personen- und Sachverzeichnis	449

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
1. Teil: Einleitung	1
A. Gang der Untersuchung	5
B. Einführung in den Untersuchungsgegenstand	6
I. <i>Klassisches Modell der Wirtschaftsüberwachung als Außensteuerung</i>	6
II. <i>Perspektiverweiterung auf die Organisationsstruktur privater Unternehmen</i>	10
1. Gesellschaftsrecht als Organisationsrecht der Unternehmen	10
2. Überblick über Phänomene der Innensteuerung	12
3. Einbettung in andere Diskurse	17
4. Zwischenergebnis	17
C. Begriffsklärungen und Eingrenzung des Themas	18
I. <i>Der Begriff des Unternehmens und des Unternehmers</i>	18
II. <i>Entwicklung eines Arbeitsbegriffes der „Organisationsstruktur“</i>	20
1. Organisation	20
2. Klassische Unterscheidung zwischen Aufbau- und Ablauforganisation	22
3. Überblick Organisationsmodelle	25
4. Arbeitsbegriff Organisationsstruktur	27
a) Entwicklung	27
b) Verhältnis zum Begriff der „Unternehmensverfassung“	30
III. <i>Arbeitsbegriff des Gemeinwohlbelangs</i>	31
1. Gemeinwohl	32
2. Das Gesellschaftsrecht als Ausdruck bloß genereller Gemeinwohlbindungen	33
3. Eingrenzung auf spezifische Gemeinwohlbelange	35

<i>IV. Ausschluss von Themen und Regelungskomplexen</i>	36
1. Aus dem Untersuchungsgegenstand ausgeschlossene Themen	37
2. Themen am Rande des Untersuchungsgegenstandes	37
<i>V. Weitere Begriffsklärungen und -abgrenzungen</i>	40
1. Compliance	41
a) Begriffsklärung	41
b) Verhältnis zum Risikomanagement	43
2. (Corporate) Governance	44
a) Governance	44
b) Corporate Governance	46
c) Verhältnis von (Corporate) Governance und Compliance	48
3. Corporate Social Responsibility (CSR) und ESG-Kriterien	49
4. Nachhaltigkeit und ihr Verhältnis zum Gemeinwohl	52
2. Teil: Phänomenologie	55
A. Nach dem Gegenstand des Zugriffs	56
I. <i>Pflicht zur Einrichtung bestimmter Stellen</i>	56
1. Klassische Betriebsbeauftragte	58
a) Geschichte und Verbreitung	58
b) Rechtsgrundlagen für die Bestellpflicht	59
c) Anforderungen an die Person des Beauftragten	60
d) Typische Aufgaben der Betriebsbeauftragten	61
aa) Überwachung/Kontrolle	62
bb) Unterstützung/Beratung des Bestellpflichtigen	63
cc) Information/Aufklärung der Beschäftigten	65
dd) Hinwirken, insbesondere auf Innovationen	66
ee) Berichterstattung	67
ff) In der Praxis häufig übertragene Aufgaben	68
e) Rechte und Befugnisse der Beauftragten/Pflichten der Bestellpflichtigen	68
aa) Unterstützung	69
bb) Einholung einer Stellungnahme	70
cc) Vortragsrecht	71
f) Sicherung der Unabhängigkeit	72
aa) Benachteiligungsverbot	72
bb) Weisungsunabhängigkeit	73
cc) Kündigungsschutz	73
g) Einordnung in die Organisationsstruktur	74
h) Zusammenfassende Charakterisierung	76

i) Inkurs: Bewertung der Vorgabe aus Sicht der Fachliteratur . . .	76
aa) Insbesondere Erfolgsbilanz der Überwachungs- und Innovationsfunktion	77
bb) Reformvorschläge	79
2. Sonstige Beauftragte	81
a) Tierschutzbeauftragte	81
b) Datenschutzbeauftragte	83
c) Strahlenschutzbeauftragte	85
d) Compliance-Beauftragte im Wertpapierhandelsrecht	87
e) Compliance-Beauftragte im Bankenrecht	89
f) Geldwäschebeauftragte	90
g) Verantwortlicher Aktuar im Versicherungsaufsichtsrecht	92
h) Weitere Beauftragte	94
i) Die Hybriden, insbesondere der Stufenplanbeauftragte	95
j) Gemeinsamkeiten der sonstigen Beauftragten	96
3. Verantwortliche unterhalb der Organebene	97
II. <i>Betreffend die gesamte Organisationsstruktur des Unternehmens</i> . . .	97
1. Mitteilungs- und Offenlegungspflichten	97
a) Unmittelbare Organisationspflicht oder bloße Mitteilungspflicht?	97
b) Inhalt und Umfang der Mitteilung	98
c) Bewertung aus Sicht der Fachliteratur	99
2. Pflicht zu sachgerechter Geschäftsorganisation	99
a) Finanzmarktrecht	100
aa) Bankenrecht nach dem KWG	102
(1) Europarechtlicher Hintergrund	103
(2) Allgemeine Pflicht des § 25a Abs. 1 KWG im Überblick	104
(3) Anpassungen der bestehenden Organisationsstruktur . .	108
(a) Trennung bestimmter Bereiche	108
(b) Absicherung durch doppelte Kontrollen, insbesondere Vier-Augen-Prinzip	110
(4) Schaffung von Funktionen	110
(a) Risikomanagement i. e. S. und Risikocontrolling-Funktion	110
(aa) Risikoanalyseverfahren	111
(bb) Risikocontrolling-Funktion	112
(b) Compliance-Funktion	113
(c) Interne Revision	114
(d) Verhältnis der Funktionen zueinander	116
bb) Wertpapierdienstleistungsrecht	117
(1) Allgemeine Anforderungen	118

(2) Wertpapier-Compliance	119
(a) Anpassungen der bestehenden Organisationsstruktur	119
(b) Schaffung neuer Strukturen	121
(aa) Compliance-Funktion	121
(i) Aufgaben	121
(ii) Befugnisse und organisatorische Stellung	122
(bb) Risikomanagement	124
(cc) Interne Revision bzw. Innenrevision	125
(dd) Beschwerdemanagement	125
(ee) Verhältnis der Funktionen zueinander	125
cc) Kapitalanlagerecht	127
dd) Zahlungsdienstleistungsrecht	128
ee) Versicherungsaufsichtsrecht	128
b) Gewerberecht	130
c) Eisenbahnrecht	132
d) Datenschutzrecht	132
e) Chemikalienrecht	133
f) Immissionsschutz- und Kreislaufwirtschaftsrecht	133
g) Atomrecht	137
h) Gentechnikrecht	138
3. Trennung bestehender Organisationseinheiten unter Verbleib dieser im Unternehmen	138
a) Begriff der Entflechtung	139
b) Regelungen zur informatorischen Entflechtung	140
aa) Energierecht	141
bb) Telekommunikationsrecht	143
cc) Wertpapierdienstleistungsrecht	144
c) Regelungen zur organisatorischen Entflechtung	144
aa) Energierecht	145
bb) Telekommunikationsrecht	148
cc) Finanzmarktrecht	151
4. Bestimmte Zusammensetzung von Organisationsebenen	151
a) Auslegung des Begriffs der Führungsebene	152
b) Verfahren der Zielgrößenbestimmung	153
III. Pflichten auf der Ebene der Organe	154
1. Pflicht zur Einrichtung an sich fakultativer Organe	154
2. Pflicht zu bestimmter Organgröße	154
3. Pflichten zur Bestellung einzelner Organmitglieder für einen bestimmten Belang	155
a) Verantwortliche in der Geschäftsleitung	155

aa) Strahlenschutzverantwortlicher	156
bb) Verantwortlicher im Immissionsschutzrecht	157
cc) Weitere Verantwortliche	158
dd) Zusammenfassende Beschreibung	159
ee) Verantwortliche Personen im Bergbaurecht und Sprengstoffrecht	160
ff) Exkurs: Projektleiter im Gentechnikrecht	161
b) Finanzexperte im Aufsichtsrat	162
4. Pflicht zu bestimmter Organzusammensetzung	163
a) Mitbestimmung	163
b) Geschlechterquote für den Aufsichtsrat	163
c) Mindestbeteiligungsgebot in Vorständen	164
d) Zielgrößenfestlegung für Vorstand und Aufsichtsrat	165
5. Pflicht zu einer bestimmten organinternen Organisation	165
a) Gemeinsame Anforderungen an alle Ausschüsse	166
b) Die einzelnen Ausschüsse	167
IV. Vorgaben bezüglich der Organisationsstruktur des Unternehmens	168
1. Beschränkung von interprofessionellen Zusammenschlüssen	168
a) Alte Rechtslage bis zum 31.07.2022	170
aa) Das „Ob“ der Möglichkeit zu interprofessionellen Zusammenschlüssen	170
bb) Anforderungen an das „Wie“ von interprofessionellen Zusammenschlüssen in Kapitalgesellschaften	171
b) Neue Rechtslage ab 01.08.2022	172
2. Entflechtungspflichten	174
a) Buchhalterische Entflechtung	174
aa) Energierecht	174
bb) Telekommunikationsrecht	175
(1) Allgemeine Regelung des § 24 TKG	175
(2) § 7 TKG für den Nicht-TK-Bereich	176
cc) Postrecht	177
b) Rechtliche Entflechtung	177
aa) Energierecht	178
bb) Telekommunikationsrecht	178
cc) Postrecht	179
dd) Versicherungsaufsichtsrecht	180
ee) Bankenrecht	180
c) Eigentumsrechtliche Entflechtung und Alternativen	182
aa) Eigentumsrechtliche Entflechtung	183

bb) Besondere rechtliche und organisatorische Entflechtung als Alternative zur eigentumsrechtlichen Entflechtung . . .	184
(1) Unabhängiger Systembetreiber	184
(2) Unabhängiger Transportnetzbetreiber	185
V. <i>Beschränkung der Rechtsformwahl</i>	188
1. Rechtsformzwang	188
a) Finanzmarktrecht	188
b) Freie Berufe	189
aa) Alte Rechtslage bis zum 31.07.2022	189
bb) Neue Rechtslage ab 01.08.2022	190
2. Rechtsformverbot	191
3. Mittelbares Anknüpfen an die Rechtsform	191
B. Nach der Regelungsebene	191
I. <i>Hauptregelungen meist in Gesetzen im materiellen Sinne</i>	191
II. <i>Rechtsnatur der Rundschreiben der BaFin</i>	192
C. Nach dem Durchsetzungsinstrument	194
I. <i>Genehmigungsvoraussetzung und Aufhebung der Genehmigung</i>	195
1. Pflichten zu sachgerechter Organisation	195
2. Pflicht zu bestimmter Organgröße	197
3. Sonstige Beauftragte	197
4. Entflechtung	198
II. <i>Unmittelbare gesetzliche Pflicht mit Durchsetzungsmöglichkeit bei Nichtbefolgung</i>	198
1. Anzeigepflichten bei den (Betriebs-)Beauftragten	198
2. Mitteilungs- und Offenlegungspflichten	200
3. Sachgerechte Organisation am Beispiel des KWG	200
4. Entflechtung	204
5. Regelungen zur Geschlechtergleichstellung	205
a) Zielgrößenfestlegung	205
b) Geschlechterquote im Aufsichtsrat	205
c) Mindestbeteiligung in Vorständen	206
III. <i>(Nachträgliche) Anordnung im Einzelfall</i>	206
IV. <i>Ordnungswidrigkeiten</i>	207
D. Nach den Zwecken und den Sachgründen	208
I. <i>Ausgleich von Vollzugsdefiziten des bestehenden Rechts</i>	209
1. Gründe und Erklärungsansätze	209
2. Regelungen und Regelungskonzepte zur Verringerung der Vollzugsdefizite	210

<i>II. Ausgleich von Steuerungsdefiziten des klassischen Ordnungsrechts</i>	215
1. Gründe und Erklärungsansätze	215
2. Regelungen und Regelungskonzepte zur Verringerung der Steuerungsdefizite	218
<i>III. Anregung der Selbstreflexion zur selbstständigen Förderung der Verwirklichung des Gemeinwohlbelangs</i>	221
1. Problembeschreibung	221
2. Regelungen und Regelungskonzepte zur Anregung	221
<i>IV. Minimierung der von bestimmten Organisationsstrukturen ausgehenden Beeinträchtigungen für einen Gemeinwohlbelang</i> . . .	223
1. Durch Organisationsstrukturmängel (potentiell) beeinträchtigte Gemeinwohlbelange	224
a) Stabilität der Finanzmärkte	224
b) Verbesserung der technischen und betrieblichen Sicherheit . .	229
c) Herstellung von Wettbewerb	230
d) Bereitstellung einer unabhängigen und qualifizierten Rechtsvertretung	234
2. Zusammenfassende Betrachtung	235
a) Bestimmte Organisationsstruktur als Beeinträchtigungsquelle an sich	236
b) Beeinträchtigung durch das Zusammenspiel einer bestimmten unternehmerischen Tätigkeit und der Organisationsstruktur . .	238
<i>V. Verwirklichung gesellschaftspolitischer Ziele mittels Vorgaben für die Organisationsstruktur</i>	239
<i>VI. Nebenziele</i>	240
1. Deregulierung	241
2. Entlastung des Staates	242
 3. Teil: Typologisierung	 245
A. Überblick über den steuerungswissenschaftlichen Ansatz	247
<i>I. Begriff der Steuerung</i>	247
1. Grundbegriff	247
2. Arten von (Steuerungs-)Instrumenten	248
<i>II. Chancen, Erkenntnisziele und Grenzen eines steuerungswissenschaftlichen Ansatzes</i>	249
<i>III. Weitere Begriffsklärungen und Abgrenzungen</i>	252
1. Governance	252
2. Ausprägungen der Systemtheorie	253
3. Direkte und indirekte Steuerung als Beschreibung für die Wirkungsweise	255

B. Technik des Zugriffs auf die Organisationsstruktur privater Unternehmen	257
I. <i>Realbereichsanalyse</i>	257
1. Verwirklichung eines spezifischen Gemeinwohlbelangs innerhalb eines traditionell durch das Gesellschaftsrecht geprägten Rahmens	257
2. Besondere Merkmale von Organisationen als Chancen und Grenzen staatlicher Steuerung	257
a) Formale Organisation als Ausgangspunkt	258
b) Bedeutung kontextualer und informaler Faktoren	259
c) Stabilität und Wandelbarkeit von Organisationen	261
d) Bündelungs-, Verarbeitungs- und Entscheidungsfähigkeit	261
e) Komplexität der Steuerbarkeit von Organisationen	263
II. <i>Strukturmerkmale der Technik des Zugriffs auf die Organisationsstruktur</i>	264
1. Unterscheidung zwischen Strukturnormen und Pflichten zur jeweils angemessenen unternehmensinternen Organisation nach Schneider	265
2. Gesellschaftsrecht als Anknüpfungspunkt?	266
3. Anknüpfen an bestehende oder Schaffung neuer Organisationsstrukturen	267
4. Teils umfassende Rahmensteuerung	269
a) Rahmen für das unternehmerische Handeln	270
b) Übertragbarkeit auf die Rechtsform	273
c) Tendenz zu umfassenderen Festlegungen	274
d) Zwischenergebnis	276
5. Spielräume bei der Umsetzung	276
a) Prinzipienorientierte Regulierung	277
b) Qualitative Aufsicht	279
c) Proportionalitätsgrundsatz im Finanzmarktrecht	279
d) Faktische Bindungswirkung der Rundschreiben	280
6. Intensitätsstufen der Rahmensteuerung als Steuerung von innen	283
a) Rahmensteuerung mittels Organisationsstrukturvorgaben als Innensteuerung	284
b) Intensität	285
7. Mittelbar inhaltliche Aussagen und Vorgaben	288
8. Dauerhaftigkeit	290
9. Präventiver Charakter	291
C. Konzept der regulierten Selbstregulierung als gleitende Skala für die Intensität staatlicher Steuerung	291
I. <i>Grundtypen der Regulierung</i>	292

<i>II. Selbstregulierung</i>	294
<i>III. Bereich zwischen staatlich imperativer Regulierung und rein privater Selbstregulierung</i>	294
D. Einordnung einzelner Phänomene organisationsstrukturbezogener Regelungen in das Spektrum zwischen hoheitlicher Regulierung und regulierter Selbstregulierung	297
<i>I. Unstrittige Zuordnungen</i>	297
<i>II. Beauftragte</i>	298
<i>III. Aktuar</i>	301
<i>IV. Verantwortliche</i>	302
<i>V. Mitteilungs- und Offenlegungspflichten</i>	302
<i>VI. Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation</i>	303
<i>VII. Organisationsstrukturbezogene Regelungen als Regulierung unter Einbau selbstregulativer Elemente</i>	305
4. Teil: Die Grundrechte als Grenze organisationsstrukturbezogener Vorgaben	309
A. Notwendigkeit der grundrechtlichen Grenzziehung gegenüber organisationsstrukturbezogenen Vorgaben	310
B. Untersuchungsumfang und -ziel der grundrechtlichen Betrachtung	314
C. Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab unter Berücksichtigung der EU-Grundrechtecharta	315
D. Die Berufsfreiheit als Standort der unternehmerischen Organisationsfreiheit	316
<i>I. Persönlicher Schutzbereich</i>	316
<i>II. Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit im Allgemeinen</i>	317
1. Tradierte Vorstellungen	317
2. Neujustierung der Berufsausübungsfreiheit	319
<i>III. Abgrenzung zu den Begrifflichkeiten der Unternehmens- und Unternehmerfreiheit</i>	321
1. Unternehmens- und Unternehmerfreiheit	321
2. Verhältnis zur Organisationsfreiheit	323
E. Der sachliche Schutzbereich der unternehmerischen Organisationsfreiheit	325
<i>I. Bedeutung der unternehmerischen Organisationsfreiheit</i>	325
1. Eigenständiger Wert von Organisation(sstrukturen)	325
2. Bezug zur Dispositionsfreiheit und zum Unternehmenszweck	329

II. Teilaspekte der unternehmerischen Organisationsfreiheit	333
1. Wahl und Gestaltung der Organisationsstruktur des Unternehmens, insbesondere der Rechtsform	333
2. Ausgestaltung der Organisationsstruktur auf der Ebene der Organe	335
3. Gestaltung der Organisationsstruktur unterhalb der Ebene der Organe	338
4. Weitere Tätigkeiten	338
F. Problemfelder des Eingriffs in die unternehmerische Organisationsfreiheit	339
I. Allgemeine Überlegungen	339
II. Vorgabe zur Bestellung von Betriebsbeauftragten als Beispiel	341
G. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	343
I. Allgemeine Grundsätze (bei der Berufsfreiheit)	343
1. Einheitlicher Gesetzesvorbehalt und die Rundschreibenpraxis im Finanzmarktrecht	343
a) Vorrang des Gesetzes	344
b) Vorbehalt des Gesetzes und grundrechtliche Gesetzesvorbehalte	345
2. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	349
3. Drei-Stufen-Lehre	350
a) Wahl der Rechtsform	350
b) Organisationsstrukturbezogene Vorgaben als Genehmigungsvoraussetzungen	351
II. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenze organisationsstrukturbezogener Vorgaben	352
1. Anknüpfungsmöglichkeiten an bestehende Ansätze	353
2. Methodik des weiteren Vorgehens	355
3. Legitimer Zweck	356
4. Geeignetheit	356
a) In erster Linie Bezug zur Organisationsstruktur	356
aa) Tauglichkeit der Innensteuerung mittels Organisationsstrukturvorgaben	356
bb) Vielfalt organisatorischer Gestaltungsmöglichkeiten	358
cc) Unterlaufen der formalen Organisationsstruktur	359
dd) Verortung von (Querschnitts-)Aufgaben innerhalb der Organisationsstruktur	359
(1) Vorüberlegungen	360
(2) Konkrete Problemstellungen	361
b) Mittelbare Berührung der inhaltlichen Tätigkeit, insbesondere entgegenstehende Funktionslogik von Unternehmen	362

aa) Gegensteuerung aufgrund entgegenstehender Ziele	363
bb) Rollenkonflikte am Beispiel der Betriebsbeauftragten	363
cc) Rahmenbedingungen für die Wirksamkeit	365
5. Erforderlichkeit	366
a) In erster Linie Bezug zur Organisationsstruktur	366
aa) Ausreichen der durch das Unternehmen selbst geschaffenen Organisationsstruktur	366
bb) Ausreichen der aufgrund des Gesellschaftsrechts geschaffenen Organisationsstrukturen	368
(1) Vorüberlegungen	368
(2) Konkrete Problemstellungen	369
b) Mittelbare Berührung der inhaltlichen Tätigkeit – Organisationsstruktur als wirklicher Ausgangspunkt bestimmter Beeinträchtigungen	372
aa) Allgemeine Überlegungen	372
(1) Unmittelbar von der Organisationsstruktur ausgehende Beeinträchtigungen	372
(2) Beeinträchtigungen durch die unternehmerische Tätigkeit im Zusammenspiel mit einer bestimmten Organisationsstruktur	374
bb) Im Besonderen: Vorgaben für die Freien Berufe	375
(1) Neue Rechtslage für viele wirtschafts- und steuerberatende Berufe	375
(2) Besondere Stellung der Apotheken	377
6. Angemessenheit	378
a) In erster Linie Bezug zur Organisationsstruktur	378
aa) Berührung der Organisationsstruktur im Unternehmen oder der Organisationsstruktur des Unternehmens	378
bb) Vorgaben für das Leitungs- oder das Kontrollorgan	379
cc) Organisationsstrukturbezogene Vorgaben zur Umsetzung materiell-rechtlicher Vorgaben	380
dd) Eigenheiten des jeweiligen Unternehmens, insbesondere infolge der Größe	382
(1) Prinzipienorientierte Regulierung	382
(2) Ausnahmebestimmungen	384
ee) Offenheit und Flexibilität der Vorgaben	386
(1) Besondere Bedeutung der Aufbauorganisation	387
(2) Vorgabe bestimmter organisatorischer Gestaltungen	388
(a) Weisungsfreiheit	388
(b) Entscheidungskompetenzen und Weisungsrechte	389

(c) Weitergabe von Verstößen an die Überwachungsbehörde	390
(d) Anordnungsbefugnisse der Behörde gegenüber einzelnen Mitarbeitern	391
(e) Umfang der Pflichtaufgaben	391
(f) Fortbestand von Delegationsmöglichkeiten	391
(3) Auswirkungen auf die nicht unmittelbar betroffenen Teile der Organisationsstruktur	391
ff) Dauerhaftigkeit organisationsstrukturbezogener Vorgaben	392
gg) Unklarer Nutzeffekt vieler Organisationsstrukturvorgaben	393
hh) Exkurs: Prüfungsmaßstab behördlicher Kontrollen	393
b) Mittelbare Berührung der inhaltlichen Tätigkeit	395
aa) Auswirkungen auf die Dispositionsfreiheit und den Unternehmenszweck	395
(1) Allgemeine Überlegungen	395
(2) Betroffener Unternehmensbereich	397
(3) Punktueller oder ganzheitlicher Zugriff	399
(4) Beeinträchtigungen der unternehmensinternen Zusammenarbeit	400
(5) Äußerste Grenze: Funktionsfähigkeit des Unternehmens	401
bb) Nutzen der Vorgaben für die Unternehmen	403
cc) Kosten	404
H. Abgrenzung zu den weiteren Wirtschaftsgrundrechten im Grundgesetz	405
I. Eigentumsgarantie	405
II. Vereinigungsfreiheit	407
III. Allgemeine Handlungsfreiheit	407
IV. Schwerpunkt bei der Berufsfreiheit – Gleichlaufende Verhältnismäßigkeitsprüfung	408
5. Teil: Gesamtergebnis	409
Literaturverzeichnis	411
Personen- und Sachverzeichnis	449

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. A.	andere Ansicht/andere Auffassung
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AbfBeauftrV	Abfallbeauftragtenverordnung
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
AktuarV	Aktuarverordnung
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApoG	Apothekengesetz
Art./Artt.	Artikel
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ASiG	Arbeits-sicherheitsgesetz
AT	Allgemeiner Teil
AtG	Atomgesetz
AtSMV	Atomrechtliche Sicherheitsbeauftragten- und Meldeverordnung
AuA	Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
BauSparkG	Gesetz über Bausparkassen
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayHKaG	Bayerisches Heilberufe-Kammergesetz
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen

BayVerfGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
Beih	Beiheft
Begr.	Begründer
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
BNetzA	Bundesnetzagentur
BNotO	Bundesnotarordnung
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BReg	Bundesregierung
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BTO	Besonderer Teil, Anforderungen an die Aufbau- und Ablauforganisation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVT	Beste verfügbare Techniken
bzgl.	bezüglich
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
ChemG	Chemikaliengesetz
CRD IV	Eigenkapitalrichtlinie Richtlinie 2013/36/EU
CRD V	Eigenkapitalrichtlinie Richtlinie 2019/878/EU
CRR	Capital Requirements Regulation
CRR-VO	Kapitaladäquanzverordnung 575/2013/EU
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DelVO	Delegierte Verordnung

Der Konzern	Zeitschrift für das Konzernrecht, Konzernsteuerrecht sowie das Bilanzrecht und Bilanzierung
Der Staat	Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches Recht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DLR	EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSGVO/DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DV	Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
e. V.	eingetragener Verein
EBA	European Banking Authority
ebd.	ebenda
Edt.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EMAS	Eco Management and Audit Scheme
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union/Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgende/folgender
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin am EuGH
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenTAufzV	Gentechnik-Aufzeichnungsverordnung
GenTG	Gentechnikgesetz
GenTSV	Gentechnik-Sicherheitsverordnung
GewArch	Gewerbearchiv, Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz

GK	Gemeinschaftskommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GRC/GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GwG	Geldwäschegesetz
Gz.	Geschäftszeichen
h. M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HdbGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. S. e.	im Sinne einer/eines
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiten Sinne
InsO	Insolvenzordnung
InstitutsVergV	Institutsvergütungsverordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JfR	Jahresschrift für Rechtspolitik
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KJ	Kritische Justiz, Vierteljahresschrift für Recht und Politik
KOM	Europäische Kommission
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KWG	Kreditwesengesetz
lit.	littera
LLP	Limited Liability Partnership
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweisen

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MaComp	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten
MaGo	Mindestanforderungen an die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MBergG	Meeresbodenbergbaugesetz
MBO-Ä	(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
MüHdb	Münchener Handbuch
MüKo	Münchener Kommentar
N&R	Netzwirtschaften und Recht
n. F.	neue Fassung
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
o. Ä.	oder Ähnliches/Ähnlichem
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PAO	Patentanwaltsordnung
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGmbB	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PfandBG	Pfandbriefgesetz
PostG	Postgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RDV	Recht der Datenverarbeitung, Zeitschrift für Datenschutz-, Informations- und Kommunikationsrecht
RJ	Rechtshistorisches Journal
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/Randnummern
RöV	Röntgenverordnung
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung

RW	Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Satz/Sätze/Seite/Seiten/siehe
s. o.	siehe oben
SE	Societas Europaea, Europäische Aktiengesellschaft
SeeBewachDV	Seeschiffbewachungsdurchführungsverordnung
SeeBewachV	Seeschiffbewachungsverordnung
SGB VII	Siebttes Buch Sozialgesetzbuch, Gesetzliche Unfallversicherung
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/sogenannter
SprengG	Sprengstoffgesetz
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StPO	Strafprozessordnung
StrlSchG	Strahlenschutzgesetz
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung
st.	ständige
TierSchG	Tierschutzgesetz
TierSchVersV	Tierschutz-Versuchstierverordnung
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
u. a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UN	United Nations
usw.	und so weiter
v.	von/vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbm.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpDVerOV	Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpIG	Wertpapierinstitutsgesetz
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
z. B.	zum Beispiel
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
ZAU	Zeitschrift für angewandte Umweltforschung

ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
zfbf	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
zfo	Zeitschrift Führung + Organisation
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
zit.	zitiert als
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

1. Teil

Einleitung

„Does Organization Matter?“

Dieser aus sozialwissenschaftlicher Perspektive 1977 von *Fritz Scharpf*¹ gestellten Frage, die zumindest im Hinblick auf den Staat „uneingeschränkt und nachhaltig mit ‚Ja‘ [beantwortet]“² wird, soll sich die folgende Arbeit als Leitfrage aus rechtswissenschaftlicher Perspektive hinsichtlich der Organisationsstruktur³ privater Unternehmen widmen.

Private Unternehmen sehen sich in den letzten Jahren verstärkt rechtlichen Vorgaben ausgesetzt, die anstatt am Handeln der Unternehmen nach außen – also im Kontakt mit der Umwelt, auf dem Markt usw. – anzusetzen, sich mit der unternehmensinternen Organisation beschäftigen.⁴ Zuzugeben ist, dass solche Ansätze nicht gänzlich neu, also keine Neuentdeckung der letzten Jahre sind – vielmehr stehen sie bereits seit den 1990er Jahren in der intensiven Diskussion⁵ und manche vorzustellenden Phänomene stammen sogar aus den 1970er Jahren.⁶ Jedoch kommen immer wieder neue Regelungsbereiche hinzu: Insbesondere im Finanzmarktrecht sind infolge der Finanzmarktkrise zahlreiche Neuregelungen bzw. Verschärfungen erlassen worden⁷ und auch im klassischen⁸ Gewerberecht⁹

¹ In: Burack/Negandhi, *Organization Design*, 1977, S. 149.

² *Schmidt-Preuß*, DÖV 2001, 45.

³ Zum Arbeitsbegriff unter 1. Teil C.II.4.

⁴ Vgl. die gleiche Feststellung bei *Reimer*, *Qualitätssicherung*, 2010, S. 352. Näher dazu sogleich unter 1. Teil B.II.2.

⁵ Vgl. dazu umfassend und grundlegend die über 1000-seitige Habilitationsschrift von *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, 2001, S. VII, der sowohl öffentlich-rechtliche als auch zivilrechtliche Organisationspflichten behandelt hat.

⁶ Wie z. B. der Umweltbeauftragte, dazu 2. Teil A.I.1.a); vgl. auch *Dreher*, in: FS Claussen, 1997, S. 69. Seitdem sei ein schrittweiser Ausbau zu verzeichnen, so *Rehbinder*, ZHR 165 (2001), 1 (27).

⁷ So auch das Vorwort zur zweiten, allerdings unveränderten Auflage von *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, 2. Aufl. 2011, S. V. Vgl. an *Spindler* anknüpfend *Binder*, ZGR 2015, 667 (670–671).

⁸ Zum 150-jährigen Bestehen der GewO *Burgi*, ZHR 184 (2020), 1–9.

⁹ Vgl. *Ennuschat*, *GewArch* 2014, 329 (333).

lassen sich Regelungen finden, während im Recht der Freien Berufe hingegen zumindest in Teilen eine gegenteilige Entwicklung zu beobachten ist und dort Vorgaben hinsichtlich der Unternehmensorganisation eher zurückgenommen werden¹⁰. Folglich erscheint eine erneute (Zwischen-)Bilanz aus öffentlich-rechtlicher Perspektive¹¹ sinnvoll.¹²

Dabei soll vor allem die Perspektive des Unternehmens, auf dessen Organisationsstruktur zugegriffen wird, in den Vordergrund gerückt werden und dessen unternehmerische Freiheit „als elementares Gut unserer Wirtschaftsordnung“¹³ als etwas grundsätzlich Positives gesehen werden¹⁴. In vielen Darstellungen kommt diese Freiheit m. E. zu kurz: Für manche erscheint die Bestellung eines Betriebsbeauftragten als „selbstverständlicher Annex“¹⁵ bestehender materieller Pflichten; Organisationspflichten werden vorschnell als weniger eingriffsintensive, bloße¹⁶ regulierte Selbstregulierung eingestuft,¹⁷ bei denen der Staat nur „influenzierend“¹⁸ auf die Eigenverantwortung der Unternehmen einwirke; oder es wird bloß festgestellt, dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden¹⁹. Auch sollte es auf Bedenken stoßen, wenn Eigenüberwachung, die zum

¹⁰ Vgl. die große Reform in Teilen des Berufsrechts durch das „Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe“, BGBl. 2021 I, S. 2363.

¹¹ Gerade das Finanzmarktrecht wird häufig fast ausschließlich aus dem Blickwinkel des Zivilrechts bearbeitet, daher ebenfalls seine öffentlich-rechtliche Perspektive betonend *Sedlak*, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation, 2014, S. 24; *Augsberg*, DV 49 (2016), 369 (371) spricht zu Recht von „genuin öffentlich-rechtlicher Natur“ der Probleme. Auch *Spindler* hat trotz seines intradisziplinären Ansatzes einen zivilrechtlichen Hintergrund.

¹² Dies ebenfalls anregend von *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. V.

¹³ *Hemeling*, Referat N zum 69. DJT, 2012, N 31 (N 33, N 45). Zur Bedeutung der Berufsfreiheit auch *Hufen*, NJW 1994, 2913 (2914–2915).

¹⁴ Weitergehend *Winterhoff*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Die Unternehmerfreiheit im Würgegriff des Rechts?, 2015, S. 7, der die Unternehmerfreiheit als „im Ausgangspunkt [...] uneingeschränkt positive[n] Wert“ sieht.

¹⁵ *Laskowski*, in: Gusy, Privatisierung von Staatsaufgaben, 1998, S. 312 (322).

¹⁶ Solche Einstufungen mögen auch an der teils unklaren und unübersichtlichen Begriffsverwendung liegen, dazu *Lübbe-Wolff*, in: Kenneweg, Dokumentation zur 24. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2001, S. 29 (73–74).

¹⁷ *Lemma*, Integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht, 2014, S. 181 sieht bankenrechtliche Vorgaben zum Teil als „freiheitlichen Selbstvollzug hoheitlicher Steuerungsvorgaben“.

¹⁸ *Kloepfer*, in: Coing/Hirano/Kitagawa u. a., Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts, 1994, 329 (333) hinsichtlich neuer umweltrechtlicher Instrumente.

¹⁹ So *Kloepfer*, in: Coing/Hirano/Kitagawa u. a., Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts, 1994, 329 (335) zum Betriebsbeauftragten; vgl. auch *Lechelt*, in: Führ, GK-BImSchG, 2. Aufl. 2019, § 52b BImSchG Rn. 3, auch wenn diese Aussage der Publikationsform des Kommentars geschuldet sein mag.

Teil mit organisationsbezogenen Regeln verwirklicht wird, in „der Literatur [...] durchwegs positiv konnotiert“²⁰ wird. Dabei mag es eine Rolle spielen, dass hinter den Regelungen wichtige Gemeinwohlbelange stehen, gegen die mit rechtsstaatlichen Argumenten teilweise nur schwer anzukommen ist.²¹ Auch erweckt der Begriff „regulierte Selbstregulierung“ möglicherweise falsche Erwartungen und sollte daher präzisiert werden.²²

Manche bewerten jedoch organisationsbezogene Regeln äußerst kritisch: Sie sehen die Funktionsfähigkeit des im „Würgegriff“²³ befindlichen Unternehmens gefährdet²⁴ und befürchten eine „fremdbestimmte Unternehmensorganisation“²⁵. Wieder andere wollen Selbstregulierung wieder durch Ordnungsrecht ersetzen bzw. erwarten eine solche Entwicklung.²⁶

Die Arbeit möchte zwischen diesen Polen²⁷ einen Beitrag dazu leisten, sich ehrlich zu machen und einerseits die Intensität unternehmerischer Organisationspflichten vor dem Hintergrund der unternehmerischen Organisationsfreiheit herausarbeiten,²⁸ andererseits den Faktor „Organisation“ als eine mögliche Rege-

²⁰ Dies berichtend *P.M. Huber*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 188a.

²¹ So ähnlich für das Ziel des Umweltschutzes der Diskussionsbeitrag von *di Fabio*, VVD-StRL 56 (1997), 315 (317). Rechtsstaatliche Grenzen im Finanzmarktrecht trotz des wichtigen Zwecks anmahndend *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 279.

²² Kritisch zu dem Begriff *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 29–30; vgl. auch *Leisner*, in: Klopfer, Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, S. 149 (151, 156–158). Zum Bedürfnis einer Präzisierung *Burgi*, in: Fuchs/Merli/Pöschl u. a., Staatliche Aufgaben, private Akteure, 2017, S. 77 (87).

²³ Zu diesem Sprachbild *Winterhoff*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Die Unternehmerfreiheit im Würgegriff des Rechts?, 2015, S. 7 (8–9).

²⁴ *Mülbert*, BKR 2006, 349 (359) spricht von einem „fast schon erstickende[n] Korsett“.

²⁵ *Dreher*, AG 2006, 213 (223).

²⁶ Vgl. *Siekman*, DV 43 (2010), 95 (109); *Fehling*, JZ 2016, 540 (545, 547).

²⁷ Vgl. ebenfalls eher die Lage zwischen mehreren Polen betonend *Rehbinder*, ZHR 165 (2001), 1 (27); *Klopfer*, in: Schulte/Schröder, Hdb. Technikrecht, 2. Aufl. 2011, S. 151 (165); *Michael*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14. Beispielhaft für das Finanzmarktrecht *Wundenberg*, Compliance und prinzipiengeleitete Aufsicht, 2012, S. 1–2, wo der Gewinn von Organisationsfreiheit und gestiegene aufsichtsrechtliche Anforderungen Hand in Hand gingen; dies wiederum befürchtend *Bürkle*, VersR 2009, 866 (869).

²⁸ Zwar für die „Schärfung des Problembewußtseins für staatliche Einwirkungsgrenzen“ plädierend, jedoch hinsichtlich der Bestellspflicht für Betriebsbeauftragte kein Problem sehend *Klopfer*, in: Kitagawa/Murakami/Nörr u. a., Regulierung – Deregulierung – Liberalisierung, 2001, S. 149 (161–162).

lungsstrategie²⁹ begreifen³⁰ und ihm stärkere Konturen geben,³¹ indem zunächst bestimmte typische Organisationspflichten phänomenologisch werden, anschließend beschrieben wird, was Steuerung mittels Organisationsstrukturvorgaben ausmacht³² und schließlich (verfassungsrechtliche) Grenzen gezogen werden³³.

Im Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Grenzziehung soll insbesondere die unternehmerische Organisationsfreiheit als Teilgewährleistung der unternehmerischen Freiheit im Rahmen der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG bzw. im Rahmen von Art. 16 GRCh, gerade auch für Fragen der Unternehmensorganisation unterhalb der Leitungsorgane,³⁴ akzentuiert werden. Die Organisationsfreiheit wurde intensiver bisher nur im Rahmen der sog. Mitbestimmungsdiskussion untersucht.³⁵

Am Ende sollen somit die modifizierten Leitfragen beantwortet werden können:

Kommt es, und wenn ja, wofür und inwieweit, auf die unternehmerische Organisationsstruktur an?

²⁹ Dazu umfassend *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 19.

³⁰ Vgl. *Franzius*, Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht, 2000, S. 108 zur Selbststeuerung als Steuerungstechnik des Staates.

³¹ Ebenfalls Organisation als „eigengearteten Steuerungstyp“ begreifend *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 579; wohl auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, Kap. 3 Rn. 22. Zu den Schwierigkeiten des Zusammenbringens der unterschiedlichen Pole *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 (290).

³² Solche Untersuchungen fordernd *Wahl*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 301 (334, 337); vgl. auch *Trute*, in: Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 13 (31).

³³ Vgl. zur Notwendigkeit auch für Organisationspflichten *Reimer*, Qualitätssicherung, 2010, S. 354; allgemeiner für Instrumente der regulierten Selbstregulierung *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 60.

³⁴ Eine Forschungslücke für die „Einrichtung der Unternehmensorganisation unterhalb der höchsten Leitungsebene“ beklagend bereits *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 331; ebenfalls wohl in diese Richtung für die Theorie der juristischen Person *Böckenförde*, in: FS Wolff, 1973, S. 269 (275) und für die Theorie der Unternehmensverfassung *Rehbinder*, ZGR 1989, 305 (337).

³⁵ Hierauf weist auch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 445 hin. Ansätze finden sich jüngst bei *Burgi*, ZHR 181 (2017), 1 (5–7); *ders.*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar, Loseblatt, Art. 12 Abs. 1 GG Rn. 45–48 (Stand: 196. EL 02/19). Grundsätzlichere Untersuchungen fordernd *Richter*, ZHR 177 (2013), 577 (581 mit Fn. 21, 588) in Bezug auf Corporate Governance. Ebenfalls beklagend, dass „der Kern unternehmerischen Handelns bislang noch keine wirklich vertiefte grundrechtliche Beschreibung gefunden hat“ *Lutz/Röhl/Schneider*, ZBB 2012, 342 (348).

A. Gang der Untersuchung

Zunächst sollen im 1. Teil die Entwicklung von klassischer Außen- hin zu mehr Innensteuerung³⁶ beschrieben werden und einige Begriffsklärungen sowie Eingrenzungen des Themas vorgenommen werden. Im 2. Teil geht es darum, die Phänomene aus unterschiedlichen Blickwinkeln aufzuzeigen. Diese Darstellung erhebt aufgrund der Breite der Thematik und der Verstreutheit von organisationsbezogenen Vorgaben auf verschiedenste Sachgebiete³⁷ keinen Anspruch auf Vollständigkeit.³⁸ Ziel ist aber eine möglichst breite Darstellung, die an der einen oder anderen Stelle Schwerpunkte setzen wird, aber nicht, wie vorhergehende Darstellungen und Untersuchungen, sich auf ein Sachgebiet beschränkt.³⁹ Dabei sollen grundsätzlich keine Einzelfragen der jeweiligen Regelungen vertieft werden, sondern diese sollen in einem größeren Kontext betrachtet werden.⁴⁰ Blickwinkel sind: der Gegenstand des Zugriffs auf die Organisationsstruktur⁴¹, die Regelungsebene, die Durchsetzungsinstrumente und schließlich die Regelungszwecke, denn wenn ein Phänomen eine solch starke Verbreitung über verschiedenste Sachbereiche erreicht, spricht viel dafür, dass es gemeinsame Ursachen und Motive gibt⁴². Hierdurch könnten auch Erkenntnisse darüber gewonnen werden, ob bestimmte Ausgestaltungen gerade für bestimmte Gemeinwohlbelange eingesetzt werden oder ob die einzelnen Organisationsstrukturvorgaben vielmehr neutral sind gegenüber dem jeweiligen Sachbereich⁴³.

Auf der Phänomenologie aufbauend sollen die Ausprägungen der Kategorie der Organisationspflichten im 3. Teil typologisiert werden.⁴⁴ Dazu sollen die Wirkungsweise von Organisationspflichten aus einer steuerungswissenschaft-

³⁶ Begriffe nach *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, Ein Betriebsbeauftragter für Umweltschutz?, 1972, S. 8; *Rehbinder*, in: Marburger, Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, 1994, S. 29 (30); *ders.*, ZHR 165 (2001), 1 (2).

³⁷ Vgl. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 1.

³⁸ Vgl. ähnlich *Sedlak*, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation, 2014, S. 80.

³⁹ So noch tendenziell *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee, 2. Aufl. 2004, Kap. 3 Rn. 22, der sich auf das Umweltrecht als Referenzgebiet für Steuerung über Organisation konzentriert hatte.

⁴⁰ Vgl. zu dieser Vorgehensweise ähnlich, allerdings nur bezogen auf das Finanzmarktrecht, *Wundenberg*, Compliance und prinzipiengeleitete Aufsicht, 2012, S. 15.

⁴¹ Zum Begriff 1. Teil B.II.4.a).

⁴² Vgl. ähnlich, bezogen auf das übergeordnete Phänomen von geteilter Überwachung durch Staat und Private *Eifert*, DV 39 (2006), 309 (314).

⁴³ Eine solche Untersuchung fordernd *Wahl*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 301 (334).

⁴⁴ Zur Bedeutung der Beschreibung von Phänomenen und der anschließenden Typologisierung *Wahl*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 301 (319); daran anknüpfend *Reiling*, Der Hybride, 2016, S. 72–73.

lichen Perspektive, die bisher vor allem das Verwaltungsorganisationsrecht im Blick hatte,⁴⁵ näher beschrieben werden und trotz der Vielfalt der Regelungen gemeinsame Strukturmerkmale herausgearbeitet werden⁴⁶. Schließlich soll nach Schärfung und Typologisierung der Steuerung durch Organisation eine nähere Einordnung in der Bandbreite zwischen hoheitlicher Regulierung⁴⁷ und regulierter Selbstregulierung vorgenommen werden.

Die hieraus folgenden Erkenntnisse werden dann teilweise im 4. Teil aufgegriffen und in die grundrechtliche Bewertung einbezogen,⁴⁸ in deren Rahmen insbesondere die Organisationsfreiheit akzentuiert werden soll. Des Weiteren werden noch Fragen des Vorranges und des Vorbehaltes des Gesetzes behandelt.

B. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Im Folgenden soll das klassische Modell der Wirtschaftsüberwachung skizziert werden und neueren Entwicklungen gegenübergestellt werden. Dies geschieht unter Fokussierung auf die Organisationsstruktur von Unternehmen.

I. Klassisches Modell der Wirtschaftsüberwachung als Außensteuerung

Das klassische⁴⁹ Modell der Wirtschaftsüberwachung⁵⁰ beruht auf dem Gedanken der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft: Der Staat setzt Regelungen

⁴⁵ Dazu umfassend *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997. Die Ähnlichkeit von Verwaltungs- und Privatorganisationsrecht erwähnend *Schmidt-Aßmann*, DV Beiheft 4 (2001), 253 (269–270); Begriff des Privatorganisationsrechts von *Wahl*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 301 (325). Zur grundsätzlichen wissenschaftlichen Zulässigkeit der Übertragung von Theorien in andere Zusammenhänge vgl. *Kolter*, RW 10 (2019), 50 (59, Fn. 43).

⁴⁶ Ähnlich *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. VII. Vgl. auch *Sedlak*, Bankenaufsicht über Geschäftsorganisation, 2014, S. 79 die Parallelität der Entwicklungen betonend sowie *Binder*, ZGR 2015, 667 (671).

⁴⁷ Zum umstrittenen Begriff der Regulierung noch 3. Teil C.I.

⁴⁸ Ebenfalls wohl die Bedeutung der Wirksamkeit für die grundrechtliche Betrachtung von Organisationspflichten sehend *Reimer*, Qualitätssicherung, 2010, S. 354.

⁴⁹ Vgl. *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (162); *Rehbinder*, ZHR 165 (2001), 1 (2); *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 1433. Vgl. auch im Hinblick auf die Fremdüberwachung als Durchsetzungsmechanismus *Schuppert*, in: *Hoffmann-Riem/Schneider*, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S. 171 (185); *ders.*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 331.

⁵⁰ Es besteht Streit darüber, ob Überwachung und Aufsicht als Kategorien der Kontrolle begrifflich zu trennen sind: Dafür statt vieler *P. M. Huber*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*

mit Geboten und Verboten zur Gemeinwohlverwirklichung und die Staatsverwaltung überwacht die Einhaltung dieser – häufig als Ordnungsrecht⁵¹ bzw. auch als „regulatives Recht“⁵² bezeichneten – Regelungen durch die Bürger, mithin auch durch die Unternehmen.⁵³ Man kann daher sagen, dass die Wirtschaftsüberwachung im klassischen Sinne eine negative Zielsetzung i. S. d. Vermeidung von Rechtsverstößen verfolgt.⁵⁴ Sie wird als notwendiges Korrelat der Gewerbe- und Berufsfreiheit gesehen.⁵⁵ Es geht also primär um die Abwehr von Gefahren und Störungen für die Allgemeinheit und die Rechte Dritter durch die wirtschaftliche Bestätigung; private und unternehmerische Interessen werden grundsätzlich durch die Wirtschaftsüberwachung nicht geschützt.⁵⁶

Im Übrigen können die Unternehmen auf Grundlage der Gewerbe- und Berufsfreiheit frei und selbstverantwortlich handeln: Sie definieren ihre eigenen

Vofßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 23 m. w. N., der davon ausgeht, dass es Aufsicht nur zwischen Hoheitsträgern gibt, da sonst verkannt werde, dass der grundrechtsberechtigte Bürger dem Staat nicht mehr als Untertan, sondern gleichberechtigt gegenübertritt. Dagegen statt vieler insbesondere *Kahl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 47 Rn. 117–119 m. w. N., der stärker auf den Gegenstand von Aufsicht als Abgleich von Ist- und Soll-Zustand abstellt und Überwachung auf die Gefahrenabwehr beschränkt sieht, jedoch auch den Unterschied von Staat und Gesellschaft und damit zwischen Staats- und Wirtschaftsaufsicht betont. Im hier noch näher zu betrachtenden Finanzmarktrecht wird die staatliche Überwachung traditionell als Aufsicht bezeichnet (dazu kritisch *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2018, Rn. 885), daher bietet es sich an, für die hiesigen Zwecke die Begriffe synonym zu verwenden, so auch *Kaufhold*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 14 Rn. 1 mit Fn. 1; vgl. auch *Augsberg*, DV 49 (2016), 369 (371).

⁵¹ Als Ordnungsrecht sollen hier allgemein Regelungen verstanden werden, die durch behördliche Überwachungsmaßnahmen durchgesetzt werden sollen, vgl. *Rehbinder*, in: ders./Schink, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, Kap. 3 Rn. 257, der von „administrativen Kontrollsystemen“ spricht. Allgemein zum Begriff des Ordnungsrechtes *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. 2020, § 2 Rn. 23–32.

⁵² Vgl. statt vieler *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 10 m. w. N. in Fn. 47.

⁵³ Vgl. *P. Kirchhof*, NVwZ 1988, 97 (99); *Burgi*, in: Lange/Wall, Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 4 Rn. 9–10; vgl. auch *Habersack*, AcP 220 (2020), 594 (595–596).

⁵⁴ So *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 52 anknüpfend an *Kahl*, Staatsaufsicht, 2000, S. 378–379.

⁵⁵ So *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 52; *P. M. Huber*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, 2. Aufl. 2013, § 45 Rn. 29. *Kahl*, Staatsaufsicht, 2000, S. 378 und *Burgi*, in: Lange/Wall, Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 4 Rn. 9 sprechen von „Korrektiv“. *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2018, Rn. 877 verwenden die Begriffe hingegen parallel.

⁵⁶ Vgl. *P. Kirchhof*, NVwZ 1988, 97 (99–100); *Kahl*, Staatsaufsicht, 2000, S. 378–379.

Ziele und versuchen, diese mit (privat-)autonom gewählten Mitteln zu erreichen.⁵⁷ Ein wichtiges Mittel ist hierbei die Unternehmensorganisation,⁵⁸ welche nur in ihren Grundzügen durch die durch das Gesellschaftsrecht bereitgestellten Rechtsformen vorgeprägt ist⁵⁹, aber ansonsten klassischerweise nicht durch das Recht der Wirtschaftsüberwachung berührt worden ist.⁶⁰ Folglich wurde das Gesellschaftsrecht auch als ein „Solitär in der Rechtslandschaft“⁶¹ gesehen, welcher typischerweise nicht durch öffentlich-rechtliche Bindungen überlagert wurde. Grundsätzlich frei sind die Unternehmen zudem im „Wie“ der Befolgung rechtlicher Vorgaben,⁶² die aus Sicht des Unternehmens stets als „externer Faktor“⁶³ neben dem eigentlichen Unternehmenszweck stünden.

Inhaltlich wird das Modell durch möglichst eindeutige materielle (Verhaltens-)Vorgaben in der Form von Geboten und Verboten, insbesondere Pflichten zum Schutz oder zur Vorsorge, geprägt, die konkret einen Bereich der nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit des Unternehmens, etwa ein Produkt oder eine Anlage,⁶⁴ erfassen und etwa Grenzwerte oder bestimmte technische Lösungen vorschreiben.⁶⁵ Die materiellen Vorgaben sind also i. d. R. punktueller Natur.⁶⁶ Durchgesetzt werden die Vorgaben durch eine behördliche (Fremd-)Überwa-

⁵⁷ So *Burgi*, in: Lange/Wall, Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 4 Rn. 10; *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 52. Vgl. auch noch näher 4. Teil E.I.2.

⁵⁸ Dazu noch ausführlich 4. Teil E.I.

⁵⁹ Vgl. *Kübler*, in: ders., Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 167 (171); *Badura*, DÖV 1990, 353; *Bachmann*, in: Witt/Casper/Bednarz u. a., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002, 2003, S. 9 (20–21); *Halfmeier*, AcP 216 (2016), 717 (753); *Lütgerath*, Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation im Bankaufsichtsrecht, 2016, S. 43; *Voß*, Unternehmenswissen als Regulierungsressource, 2019, S. 50; *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 (545, 550, 568).

⁶⁰ Vgl. *Feldhaus*, in: Kormann, Umwelthaftung und Umweltmanagement, 1994, S. 9 (31); *Burgi*, in: Lange/Wall, Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 4 Rn. 10; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 9; *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 (550–551).

⁶¹ *Dreher*, ZGR 2010, 496 (497).

⁶² Dies betonend *Dreher*, in: FS Claussen, 1997, S. 69; vgl. *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 107.

⁶³ *Gusy*, in: ders., Privatisierung von Staatsaufgaben, 1998, S. 330 (336).

⁶⁴ Vgl. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 2.

⁶⁵ Vgl. allgemein *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 21; *K. Lange*, VerwArch 82 (1991), 1 (1–2); *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (165) sowie jeweils aus umweltrechtlicher Perspektive *Feldhaus*, NVwZ 1991, 927 (928); *Köck*, ZUR 1995, 1 und aus finanzmarktrechtlicher Perspektive *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, S. 107–108; *Voß*, Unternehmenswissen als Regulierungsressource, 2019, S. 45, 47.

⁶⁶ Vgl. *Burgi*, in: Lange/Wall, Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, § 4 Rn. 9; *Röhl*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 18 Rn. 32, 49; *Voß*, Unternehmenswissen als Regulierungsressource, 2019, S. 45, 47.

chung, welche notfalls imperativ mit den Mitteln des Vollstreckungsrechts den verfolgten Regelungszweck erreichen kann.⁶⁷ Die Instrumente lassen sich nach dem Zeitpunkt ihres Einsatzes, nach solchen der Aufnahme, der Ausübung oder der Beendigung charakterisieren.⁶⁸ Dem Modell liegt dabei die Vorstellung zu Grunde, dass das für die Überwachung notwendige Wissen durch Beobachtung oder im Wege von Genehmigungsverfahren generiert werden kann, es also keines anderweitigen Zugriffs auf die unternehmensinternen Informationen bedarf.⁶⁹

Man kann dieses Modell als Außensteuerung⁷⁰ charakterisieren und ihr so gleich die Innensteuerung gegenüberstellen⁷¹.⁷² Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass sie ausschließlich das nach außen gerichtete Verhalten der Unternehmen und damit ein Verhalten, welches potentiell die Rechte Dritter beeinträchtigen könnte,⁷³ als Ansatzpunkt für Vorgaben und deren Überwachung nimmt.⁷⁴

⁶⁷ Vgl. *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (162, 165); *ders.*, in: FS Kriele, 1997, S. 1157; *Lübbe-Wolff*, in: Kenneweg, Dokumentation zur 24. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, 2001, S. 29 (31) dazu, dass auch für *Kant* ein Recht, dass nicht auf Sanktionen setzt, nicht vorstellbar gewesen sei; *Kloepfer*, in: FS Henke, 2007, S. 161 (174) aus der Perspektive des Umweltrechts; *Wundenberg*, Compliance und prinzipiengeleitete Aufsicht, 2012, S. 62 aus der Perspektive des Finanzmarktrechtes.

⁶⁸ Vgl. nur *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 19. Aufl. 2018, Rn. 910.

⁶⁹ Im Einzelnen *Reiling*, Der Hybride, 2016, S. 34–36; *Voß*, Unternehmenswissen als Regulierungsressource, 2019, S. 13 m. w. N.

⁷⁰ Begriff nach *Rehbinder/Burgbacher/Knieper*, Ein Betriebsbeauftragter für Umweltschutz?, 1972, S. 8; *Rehbinder*, in: Marburger, Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen, 1994, S. 29 (30); *ders.*, ZHR 165 (2001), 1 (2) fasst unter diesen Begriff auch noch Straf- und Haftungsrecht sowie Lenkungsabgaben.

⁷¹ Vgl. zur Kontrastierung von „Außen“ und „Innen“ aus Perspektive des Zivilrechts *Halfmeier*, AcP 216 (2016), 717 (753) sowie aus Perspektive des Verwaltungsorganisationsrechts *Trute*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 249. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 83 sagt, dass die „Unterscheidung zwischen der gesellschaftsinternen Binnensphäre und den Außenbeziehungen der Gruppe [...] zu den Seinsstrukturen jedes Gemeinschafts- und deshalb auch des Gesellschaftsrechts [gehört]“. Vgl. zum grundsätzlichen Blick der Ökonomie auf Außenbeziehungen statt Binnenstrukturen *Mestmäcker*, in: Recht in der offenen Gesellschaft, 1993, S. 74 (79).

⁷² Ebenfalls Innen- und Außensteuerung unterscheidend *Kübler*, in: *ders.*, Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 167 (225); *Feldhaus*, in: Kormann, Umwelthaftung und Umweltmanagement, 1994, S. 9 (31); *Burghof/Rudolph*, Bankenaufsicht, 1996, S. 112; *J. Hoffmann*, Umweltgerechte Unternehmensführung, 2018, S. 170; *Voß*, Unternehmenswissen als Regulierungsressource, 2019, S. 45.

⁷³ Zu diesem Kennzeichen vgl. insbesondere *Kahl*, Staatsaufsicht, 2000, S. 378.

⁷⁴ Vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 21, 83; *Mestmäcker*, Recht in der offenen Gesellschaft, 1993, S. 74 (79); *Lübbe-Wolff*, in: Roßnagel/Neuser, Reformperspektiven im Umweltrecht, 1996, S. 97 (110); *dies.*, NVwZ 2001, 481 (485). Vgl. auch ähnlich *Rehbinder*, ZGR 1989, 305 (342) zur Unterscheidung Unternehmensverfassungs- und Unternehmensverhaltensrecht.

II. Perspektiverweiterung auf die Organisationsstruktur privater Unternehmen

Das klassische Modell lässt sich zwar weiterhin häufig in verwaltungsrechtlichen Regelungen finden, ist aber in den letzten Jahrzehnten immer wieder kritisiert worden⁷⁵. Hier soll nun die Perspektiverweiterung, bzw. manche mögen gar von Perspektivwechsel⁷⁶ sprechen, auf die Innensteuerung beschrieben werden, die sowohl Konsequenzen für die Ausgestaltung der inhaltlichen Vorgaben als auch für die Form der Durchsetzung der Vorgaben hat. Dabei soll aber zunächst die Entwicklungstendenz nur grob und überblicksartig beschrieben werden. Ein genauer Überblick über die Motive und die Regelungstechnik kann erst nach der Vorstellung der einzelnen Phänomene im 2. Teil erfolgen.

1. Gesellschaftsrecht als Organisationsrecht der Unternehmen

Grundsätzlich ist das Gesellschaftsrecht das Organisationsrecht der Unternehmen,⁷⁷ da diese sich, abgesehen vom Einzelunternehmer als selbstständigen Kaufmann, der durch das Gesellschaftsrecht zur Verfügung gestellten Rechtsformen als Existenzgrundlage bedienen⁷⁸ und sich dann an alle nicht dispositiven Vorgaben der jeweiligen privatrechtlichen Gesetze halten müssen.⁷⁹ Diese Gesetze kennen jedoch in der Regel kaum Vorgaben für die Unternehmensorganisation⁸⁰ unterhalb der Organe und stellen diese weitgehend in das Ermessen der

⁷⁵ Dazu noch 2. Teil D.I. und II.

⁷⁶ Dies berichtend *Kloepfer*, in: FS Henke, 2007, S. 161 (174–175).

⁷⁷ *Kübler*, in: ders., Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 167 (171); *Mestmäcker*, in: Recht in der offenen Gesellschaft, 1993, S. 74 (86). Vgl. auch *Halfmeier*, AcP 216 (2016), 717 (753).

⁷⁸ Zur Bereitstellungsfunktion und dem Angebotscharakter des (Gesellschafts-)Rechts *Kirchner*, in: P. Kirchhof, Gemeinwohl und Wettbewerb, 2005, S. 45 (60–61); *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, S. 8–9; *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 100, 148–149; *Voß*, Unternehmenswissen als Regulierungsressource, 2019, S. 48, 251. Allgemeiner zum Rahmencharakter des Privatrechts *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/ders., Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7 (16–17).

⁷⁹ Vorgaben werden i. d. R. zur Überantwortung der Planungs-, Leitungs- und Kontrollkompetenz, dem Verhältnis der Organe zueinander sowie einem gewissen Rahmen für deren Ausübung, z. B. hinsichtlich der Haftung gemacht, vgl. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 20; *Schneider*, ZGR 1996, 225; *Richter*, ZHR 177 (2013), 577 (578–579); vgl. auch *Hoffmann*, Unternehmensfreiheit, 1988, S. 241.

⁸⁰ So findet sich der Begriff „Organisation“ erst seit 1998 explizit im AktG, so *Hemeling*, ZHR 175 (2011), 368 (369); vgl. auch *Lütgerath*, Ordnungsgemäße Geschäftsorganisation im Bankaufsichtsrecht, 2016, S. 38; wohl auch *Schmidt-Aßmann*, in: ders./Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 11 (22).

Personen- und Sachverzeichnis

- Apotheker 173, 190, 377
- Arbeitsschutzrecht 58
- Ärzte 173, 191
- Atomrecht 137
- Aufsicht 6
- Aufsichtsrat 154, 163, 165, 379

- Bankenrecht 102, 165, 180
- Beauftragte *siehe* Betriebsbeauftragte
- Bergbaurecht 160
- Berufsausübungsfreiheit 319
- Berufsfreiheit 316 *siehe* auch Unternehmerische Organisationsfreiheit
- Betreiberpflichten 133
- Betriebsbeauftragte 12, 30, 56, 275, 298
 - Angemessenheit 380, 385, 388, 399
 - Anordnung im Einzelfall 206
 - Arbeitsschutzrecht 58
 - Aufgaben 61
 - Befugnisse 68
 - Betriebsarzt 58
 - Datenschutzbeauftragte 83, 390
 - Einordnung in die Organisationsstruktur 74, 362
 - Erforderlichkeit 366, 374
 - Geeignetheit 358, 359
 - Geldwäschebeauftragte 90
 - Grundrechtseingriff 341
 - Rollenkonflikte 76, 363
 - Schutz 72
 - Strahlenschutzbeauftragte 85
 - Umweltbeauftragte *siehe* dort
 - Zweck 218, 268
- Burgi, Martin 319, 329

- Chinese Walls 120, 142, 144, 359, 386
- Compliance 48
 - Begriff 41
 - Compliance-Funktion
 - Bankenrecht 113
 - Gesellschaftsrecht 41
 - Versicherungsaufsichtsrecht 129
 - Wertpapierdienstleistungsrecht 121
 - Zweck 211
 - Corporate Social Responsibility (CSR) 49

- Deregulierung 241

- Eigentumsgarantie 405
- Eisenbahnrecht 132
- Energiericht 141, 145, 174, 178
- Entflechtung
 - Begriff 139
 - buchhalterische 174
 - Durchsetzung 198, 206
 - eigentumsrechtliche 182
 - informatorische 140
 - organisatorische 144
 - rechtliche 177
 - Verhältnismäßigkeit 378, 385, 388, 400
 - Zweck 230, 237
- ESG-Kriterien 49

- Finanzmarktrecht 14, 100, 144, 151, 180, 188, 268, 275
- Frauenquote *siehe* Geschlechterquote
- Freie Berufe 16, 169, 189, 375

- Gefahr 7, 59, 223
- Gemeinwohl 32, 52
- Gemeinwohlbelang
 - genereller 33, 336
 - spezifischer 35, 100, 208, 257, 285, 340
- Genehmigungsvorbehalt 195
- Geschäftsleitervorbehalt 155
- Geschäftsorganisation 99, 303

- Geschlechterquote 16, 163, 205, 239, 336, 371, 380
 Gesellschaftsrecht 10, 28, 33, 245, 257, 266, 324, 336, 368
 – Bereitstellungsfunktion 8, 10
 Gewerberecht 1, 16, 130
 Governance 17, 44, 252
 – Corporate Governance 46, 239
 – Verhältnis zu Steuerung 253
 Grundrechtecharta 315

 Hoffmann-Riem, Wolfgang 292, 294, 295, 300
 Hybride 95, 390

 Indienstnahme 11, 353
 Innenrevision *siehe* Interne Revision
 Insolvenzverwalter 191, 376
 Interne Revision
 – Bankenrecht 106, 114
 – Gesellschaftsrecht 44
 – Versicherungsaufsichtsrecht 129
 – Weisungsfreiheit 388
 – Wertpapierdienstleistungsrecht 125
 – Zweck 220

 Kapitalanlagerecht 127
 Klimaschutz 51, 111

 Leitungsermessen 10, 266, 324, 369

 Mindestbeteiligungsgebot 164, 206, 380
 Mitbestimmung *siehe* Unternehmensmitbestimmung
 Mitbestimmungsdiskussion 4, 16, 31
 Mitbestimmungsurteil 13, 353, 401
 Mitteilungspflichten 97, 200, 212, 279, 302, 382, 400

 Nachhaltigkeit 52
 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft 17, 249

 Offenlegungspflichten. *siehe* Mitteilungspflichten
 Ordnungsrecht 7, 292
 Ordnungswidrigkeiten 207
 Organisation
 – Ablauforganisation 24
 – Aufbauorganisation 23, 27, 258, 338, 387
 – Begriff 20
 – Fähigkeiten 261
 – formale Organisation 258, 359
 – informale Organisation 259
 – Merkmale 257
 – Modelle 25
 – Organisationsstruktur 27
 Organisationsfreiheit *siehe* Unternehmerische Organisationsfreiheit
 Organisationspflichten *siehe* Organisationsstrukturvorgaben
 Organisationsrecht 10, 17
 Organisationsstrukturvorgaben
 – Phänomenologie 55
 – Typologisierung 245
 – verfassungsrechtliche Grenzen 309

 Postrecht 177, 179
 Prinzipienorientierte Regulierung 255, 277, 382
 Privatorganisationsrecht 6, 245
 Privatrecht 11
 Proportionalitätsgrundsatz 279, 283, 383
 Prozedurales Recht 254

 Qualitative Aufsicht 279

 Realbereichsanalyse 257
 Rechtsanwälte 40, 169, 170, 172, 189, 234, 375
 Rechtsform 10, 28, 188, 273, 333, 350
 Reflexives Recht 254
 Regulatorische Regulierung 278, 384
 regulierte Selbstregulierung 2, 294, 295, 311
 Regulierung 138
 Regulierungsrecht 138, 174
 Regulierung unter Einbau selbstregulativer Elemente 294, 305
 Rehbinder, Eckard 58
 Risiko 223
 Risikomanagement 397
 – Bankenrecht 105, 110
 – Gentechnikrecht 138
 – Gesellschaftsrecht 43
 – Kapitalanlagerecht 127

- Versicherungsaufsichtsrecht 129
- Wertpapierdienstleistungsrecht 124
- Zweck 238
- Rundschreiben
 - Faktische Bindungswirkung 280
 - MaComp 117
 - MaRisk 102
 - Rechtsnatur 192
 - Vorbehalt des Gesetzes 345
 - Vorrang des Gesetzes 344
- Rupp, Hans Heinrich 314

- Scharpf, Fritz 1
- Schmidt-Preuß, Matthias 294
- Schneider, Uwe H. 265, 266
- Selbstreflexion 221, 254, 286, 289
- Selbstregulierung 294
- Shared Services 142, 147, 149, 182, 186, 369, 403
- Spindler, Gerald 1, 264
- Staatsaufgabe 33, 354
- Steuerberater 169, 170, 172, 375
- Steuerung 5, 247, 264
 - Außensteuerung 5, 6, 13, 209, 217
 - Begriff 247
 - Binnensteuerung 29
 - direkte 255
 - Erkenntnisziel 250
 - Gegensteuerung 263, 264, 363
 - generelle 273
 - Grenzen des Ansatzes 251
 - indirekte 255
 - Innensteuerung 5, 10, 12, 215, 218, 283, 356
 - Kontextsteuerung 254
 - mittels Organisationsstrukturvorgaben 265, 284
 - Programmsteuerung 289
 - Rahmensteuerung 269, 283
 - Steuerungsdefizit 215
 - Steuerungsinstrumente 248
 - Steuerungsobjekt 247, 255
 - Steuerungssubjekt 247
 - und regulierte Selbstregulierung 291
 - Verfahrenssteuerung 255
- Steuerungswissenschaften 5, 245, 247, 249
- Strahlenschutzrecht 85, 156
- Systemtheorie 215, 253, 254

- Telekommunikationsrecht 143, 148, 175, 178
- Trennbankensystem 182, 212
- Treuhänder 38

- Überwachung 6, 194
- Umweltbeauftragte 14, 56
- Umweltrecht 13, 58, 97, 133, 138, 157, 161
- Unbundling *siehe* Entflechtung
- Unternehmen 18, 321
 - Funktionsfähigkeit 401
 - Gewinnstreben 34, 216, 235, 330, 332
- Unternehmensbeauftragte *siehe* Betriebsbeauftragte
- Unternehmensfreiheit 321
- Unternehmensmitbestimmung 13, 37, 163
- Unternehmensträger 19
- Unternehmensverfassung 30
- Unternehmensverhaltensrecht 30
- Unternehmer 19, 322
- Unternehmerfreiheit 322
- Unternehmerische Organisationsfreiheit
 - Abgrenzung zu anderen Grundrechten 316, 405
 - Bedeutung 325
 - Eingriff 339
 - Schutzbereich 325
 - Teilaspekte 333
 - Verhältnismäßigkeitsprüfung 352

- Verantwortliche 155, 212, 236, 267, 302, 389
- Verantwortliche Personen 160
- Verantwortlicher Aktuar 92, 301, 390
- Vereinigungsfreiheit 407
- Versicherungsaufsichtsrecht 128, 180
- Vier-Augen-Prinzip 110, 155, 191, 197, 204, 359
- Vollzugsdefizit 209, 215
- Vorstand 11, 43, 154, 164, 165, 379, 403

- Wertpapierdienstleistungsrecht 117, 144
- Wirtschaftsprüfer 169, 170, 172, 173, 190
- Wirtschaftsverfassung 313
- Wissen 9, 217, 238, 357

- Zahlungsdienstleistungsrecht 128
- Zwei-Voten-Prinzip *siehe* Vier-Augen-Prinzip