

Verfassungs- und unionsrechtliche Gewährleistung der Unternehmerfreiheit und ihre Schranken

HERMANN-JOSEF BLANKE*

Die Aufnahme der unternehmerischen Freiheit in Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) sowie ihre textliche Verselbständigung gegenüber der Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh) haben die Aufmerksamkeit der Europarechtswissenschaft, aber auch der Staatsrechtslehre und der Dogmatik des Arbeitsrechts für diese Garantie eines geschützten wirtschaftlichen Handelns gesteigert.¹ Durch die explizite Nennung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta wurde die vom EuGH² über lange Zeit

* Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europäische Integration an der Universität Erfurt. Der Beitrag baut auf der Kommentierung des Verf. in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, 2015, Art. 16, auf.

¹ Vgl. *Henning Schwier*, Der Schutz der „Unternehmerischen Freiheit“ nach Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2008; *Frederik Schmidt*, Die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, 2010; *Steffen Lieske*, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit, 2011; *Christoph Grabenwarter*, in: Grabenwarter/Pöcherstörfer/Rosenmayr-Klemenz, Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon, 2012, S. 17 ff.; *Matthias Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19, der in der 4. Aufl. (2014) des Werkes die Analyse der Berufsfreiheit um die unternehmerische Freiheit ergänzt hat; Peers/Harvey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 16 (S. 437 ff.); *Thomas Müller*, Wettbewerb und Unionsverfassung. Begründung und Begrenzung des Wettbewerbsprinzips in der europäischen Verfassung, 2014; *Julia Hutter*, Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2014.

² EuGH, C-143/88, Slg. 1991, 415, 552 Rn. 72 f. – Zuckerfabrik Süderdithmarschen; hier verwendet der Gerichtshof erstmals die Bezeichnungen „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ und „Unternehmerfreiheit“; *Everson/Correia Gonçalves*, in Peers u. a. (Anm. 1), Art. 16 Rn. 41.

hinweg als Teilgewährleistung der Berufsfreiheit entnommene unternehmerische Freiheit zu einem eigenständigen Grundrecht gemacht. Sie ist also kein reiner Programmsatz oder eine bloß ermessenslenkende Auslegungsregel, wie dies noch hinsichtlich der Garantie der „wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen“ in Art. 151 Abs. 1 Satz 2 WRV festzustellen war.³ Zugleich bildet die unternehmerische Freiheit ein Element der auf den Ideen des Ordoliberalismus beruhenden Wirtschaftsverfassung der Union.⁴

Das Interesse der Rechtswissenschaft an dieser Garantie erklärt sich auch durch den Umstand, dass die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) weder eine Berufsfreiheit noch eine unternehmerische Freiheit kennt und das Recht auf Eigentum erst nachträglich in einem Zusatzprotokoll (1952) gewährleistet wurde.⁵ Sodann ist dies ohne Zweifel der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zuzuschreiben, die auch im Bereich der unternehmerischen Freiheit zunehmend an Bedeutung gewinnt, nachdem das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsanspruch gegenüber dem Gemeinschaftsrecht zurückgenommen hat.⁶ In seiner bilanzierenden Rückschau auf die „Freiheit des Unternehmers“ nach mehr als vier Jahrzehnten der Geltung des Grundgesetzes hat *F. Ossenbühl* bereits im Jahr 1990 festgestellt,

³ Art. 151 Abs. 1 WRV lautete: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.“ Vgl. hierzu *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933, Art. 151 Ziff. 1 und 2; *Everson/Correia Gonçalves*, in Peers u. a. (Anm. 1), EU Charter, Art. 16 Rn. 2, 3.

⁴ *Christian Joerges*, Das Recht im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, in: Kohler-Koch/Jachtenfuchs (Hrsg.), Verfassungspolitik in der Europäischen Union, S. 53 (62 f.); *Herm.-J. Blanke*, The Economic Constitution of the European Union, in: Blanke/Mangaimeli (Hrsg.), The European Union after Lisbon, 2012, S. 369 (370 f.); *Dean Spielmann*, in: EU Network of Independent Experts in Fundamental Rights (Hrsg.), Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2006, S. 158; *Everson/Correia Gonçalves*, in Peers u. a. (Anm. 1), Art. 16 Rn. 4, 9, 21 ff., 24, 42.

⁵ Vgl. Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK v. 20. März 1952.

⁶ Vgl. BVerfGE 73, 339 (376, 387) – Solange II; BVerfGE 102, 147 (164) – Bananenmarkt; *Frank Schorkopf*, in: Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Unternehmerische Entscheidungsfreiheit vs. Sozialpolitische Regulierung, BiM 2014, S. 19 (23 f.), unter Verweis auf *Fritz Ossenbühl*, AöR 115 (1990), S. 1 ff.

„dass für wirtschaftliche Freiheiten eine Ära der nationalen Rechtsprechung zu Ende geht“.⁷ Die Entscheidung der Luxemburger Richter in der Rechtssache *Sky/Österreichischer Rundfunk* (2013)⁸ scheint diesen Befund auch für die unternehmerische Freiheit zu bestätigen. Die Beschränkung der exklusiven Fernsehübertragungsrechte durch ein entgeltloses Kurzberichterstattungsrecht⁹ wird vom Gerichtshof in einer Abwägung innerhalb des Dreiecks der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh), des Grundrechts der Unionsbürger auf Information (Art. 11 GRCh) und der Freiheit und des Pluralismus der Medien (Art. 11 GRCh) als gerechtfertigt angesehen.¹⁰ Damit stellt er sich in einen offenen Gegensatz zu den Bewertungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofs¹¹ und des Bundesverfassungsgerichts,¹² die Kurzberichterstattung aus verfassungsrechtlichen Gründen nur gegen sachgerechte Vergütung oder angemessene Gegenleistung gestattet hatten.

Vor dem Hintergrund der nationalen Grundrechtskataloge ist die Garantie der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) kein Novum im Verfassungsverbund der Union, wenn auch die Verfassungen der mittlerweile 28 Mitgliedstaaten der Union nicht alle ein solches *eigenständiges* Recht vorsehen.¹³ Das Unionsrecht erweist sich allerdings als ein „starker Resonanzraum gerade für die unternehmerische Freiheit“.¹⁴ Dies findet seinen Grund in dem Umstand, dass die europäische Integration in ihrem Ausgangspunkt ein wirtschaftliches Pro-

⁷ Vgl. *Ossenbühl* (Anm. 6), S. 32.

⁸ EuGH, Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347 – *Sky/Österreichischer Rundfunk* – mit Anmerkung von Gero Ziegenhorn (S. 351 f.).

⁹ Vgl. Art. 15 Abs. 6 der Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste, ABIEU 2010 L 95/1, berichtigt in ABIEU 2010 L 263/15.

¹⁰ EuGH, Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347 (350), Rn. 53-57.

¹¹ Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 1. Dezember 2006, Az. B 551/06-13 und B 567/06-15; vgl. *Peter Matzner*, iris 2012-3, S. 7 ff.

¹² BVerfGE 97, 228 (263) – Kurzberichterstattungsrecht (1998). Das BVerfG stellte seinerzeit fest, dass die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes über den „Westdeutschen Rundfunk Köln“ und anderer Gesetze „mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes (insoweit) unvereinbar (sind), als sie das Kurzberichterstattungsrecht bei berufsmäßig durchgeführten Veranstaltungen unentgeltlich gewähren“.

¹³ Ein eigenständiges Grundrecht auf unternehmerische Freiheit oder Unternehmensfreiheit normieren: § 31 Verf./Estland; Art. 35 Abs. 1 Verf./Slowakei; Art. XII Verf./Ungarn; Art. 49 Verf./Kroatien; Art. 38 Verf./Spanien.

¹⁴ *Frank Schorkopf* (Anm. 6), S. 19 (23 f.).

jekt war, das den *homo oeconomicus* anspricht. Der Gemeinsame Markt, den wir jetzt Binnenmarkt nennen, samt den ihn konstituierenden Grundfreiheiten (Art. 26 Abs. 2 AEUV), bildet seit den Verträgen von 1957/58 eine Herzkammer der Wirtschaftsintegration. Die Grundfreiheiten, darunter auch die für die unternehmerische Freiheit bedeutsame Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, sind in der Rechtsprechung des EuGH von Diskriminierungsverboten zu Beschränkungsverboten weiterentwickelt worden.¹⁵ Damit stiegen die von den Grundrechten zu unterscheidenden Grundfreiheiten von bloßen objektiv-rechtlichen Verbürgungen zu subjektiven Rechten auf, die den Einzelnen dazu berechtigen, sich gegen nationale und europäische Wirtschaftsregulierungen gerichtlich zu wehren. Hoheitliche Interventionen müssen sich vor diesen Marktfreiheiten rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund hat es schon frühzeitig eine Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gegeben, die – dogmatisch freilich wenig differenziert – von einer Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung ausging.¹⁶

Doch bleibt die Verbürgung der unternehmerischen Freiheit, die als abwehrrechtliches und nicht von einem grenzüberschreitenden Sachverhalt abhängiges Grundrecht primär an die Europäische Union gerichtet ist, unverständlich, wenn sie nicht im Lichte der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ausgelegt wird. Diese Aufgabe stellt sich nicht nur im Sinne einer Textstufenanalyse (P. Häberle), sondern vor allem, um einen Grundzug der richterlichen Auslegung der nationalen und supranationalen – expliziten oder impliziten – Verbürgungen dieses wirtschaftlichen Freiheitsrechtes aufzuzeigen: In der Rechtsprechung des europäischen Mehrebenensystems wird deutlich, dass sowohl eine Reihe von nationalen Höchstgerichten als auch der EuGH dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum bei der legislativen Konkretisierung der unternehmerischen Freiheit eröffnet haben.¹⁷ Entscheidungen der politischen Unionsorgane will der *EuGH* – grundsätzlich – nicht durch seine eigene Entscheidung ersetzen. Ein von diesen Organen erlasse-

¹⁵ Vgl. statt vieler *Blanke/Böttner*, in: Niedobietek (Hrsg.), *Europarecht – Politiken der Union*, 2014, § 2 Rn. 290, 321 f. mit Nachweisen zur Rspr.

¹⁶ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold; Rs. 151/78, Slg. 1979 Rn. 19 – Sukkerfabriken Nykoebing; Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 Rn. 20, 31 – SpA Eridania u. a.; Rs. C-240/97, Slg. 1999, I-6571 Rn. 99 – Spanien/Kommission.

¹⁷ Auf diese Parallele zwischen europäischer und deutscher Rechtsprechung weist bereits *Schorkopf* (Anm. 6), S. 25, hin.

ner Rechtsakt ist hiernach nur dann rechtswidrig, wenn er zur Erreichung des vom Unionsgesetzgeber verfolgten Ziels offensichtlich ungeeignet oder missbräuchlich ist.¹⁸ Damit respektiert der Luxemburger Gerichtshof die unterschiedlichen Verfassungsrechtstraditionen der Mitgliedstaaten, von denen einige den nationalen Gesetzgebern ebenfalls einen erheblichen Handlungsspielraum zugestehen.¹⁹

Wegen der in Art. 16 GRCh verwendeten Formel, die die unternehmerische Freiheit „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ anerkennt, fällt sodann den nationalen Gerichten im Rahmen der Kontrolle der mitgliedstaatlichen Umsetzung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 GRCh) eine erhebliche Rolle bei der Auslegung dieses vom Unionsrecht eröffneten Spielraums zu. Auch deshalb kann die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht nur verstanden werden, wenn ihre Analyse von den einschlägigen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen und ihren Interpretationen durch die nationalen Höchstgerichte angeleitet ist. Die in der Rechtsprechung des EuGH zu beobachtende Tendenz, den Grundrechten der Charta rechtliche Bewertungen zu entnehmen, die von den Ergebnissen der nationalen Höchstgerichte und damit auch von der Interpretation der nationalen Verbürgungen der unternehmerischen Freiheit abweichen (Stichwort: „Kurzberichterstattungsrecht über Ereignisse von großem öffentlichen Interesse, die mit einem Eingriff in die eigentumsrechtlich geschützten exklusiven Fernsehübertragungsrechte zu Lasten eines Fernsehveranstalters verbunden sind“), stellt diese hermeneutische Erkenntnis nicht in Frage.

I. Mitgliedstaatlicher Verfassungsbefund

1. Deutschland

Mehrere Verfassungen der mittelosteuropäischen Mitgliedstaaten haben die Unternehmerfreiheit explizit kodifiziert, worin eine Reaktion auf die in der Vergangenheit planwirtschaftlich organisierte

¹⁸ *EuGH*, Rs. C-189/01, Slg. 2001, I-5689 Rn. 82 f. – Jippes; Rs. C 15/10, Slg. 2011, I-6681 Rn. 125 – Etimine SA; *EuGH*, Rs. C-150/10, Slg. 2011, I-6843 Rn 76 f. – Beneo Orafti.

¹⁹ Vgl. *Manfred Zuleeg*, in: *Magiera/Sommermann (Hrsg.)*, Verwaltung in der EU, 2001, S. 223 (224 ff.); *Schroeder/Sild*, *EuZW* 2014, 12 (13).

Ökonomie gesehen werden kann.²⁰ Deutschland steht beispielhaft für jene mitgliedstaatlichen Verfassungen, in denen die Unternehmerfreiheit als Element eines umfassenderen Freiheitsrechts anerkannt ist. Hier zentrieren die Gewährleistungen der Berufsfreiheit für Unternehmer, also die einzelnen Aspekte der wirtschaftlichen Betätigung von Unternehmern, in Art. 12 Abs. 1 GG. Bei selbständigen Berufen wie dem eines Unternehmers ist in der Regel die von Art. 12 Abs. 1 GG mitgeschützte Gewerbefreiheit angesprochen,²¹ er umfasst aber etwa auch den „freien Beruf“²² oder Mischformen zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit.²³ Auch für die unternehmerische Tätigkeit gilt, dass der verfassungsrechtliche Berufsbegriff des Grundgesetzes grundsätzlich offen ist, also funktionsabhängig und damit ebenso entwicklungsbezogen wie legislativ und administrativ konkretisierungsbedürftig.²⁴

Die Schutzwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG wird durch Elemente des Eigentumsrechts (Art. 14 Abs. 1 GG),²⁵ vor allem in Gestalt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, sowie der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) flankiert. Einschlägig sind aber auch der Schutz der Geschäftsräume (Art. 13 GG) und wie häufig der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Für besondere Unternehmenszweige gelten zudem spezielle Grundrechte, etwa für die Medienunternehmen Art. 5 Abs. 1 GG. Ungeachtet des „personalen Grundzugs“²⁶ des Grundrechts aus Art. 12 GG beschränkt sich die Unternehmerfreiheit nicht auf individuelle Unternehmerrägerschaften, sondern erstreckt sich auch auf kollektive Ausübungsformen, die hinsichtlich der Freiheit des Zusammenschlusses der

²⁰ Vgl. *Schmidt* (Anm. 1), S. 116.

²¹ Vgl. *Rupert Scholz*, in Maunz/Dürig u. a. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 12 Rn. 18.

²² Vgl. etwa BVerfGE 47, 285, 318 ff. – Notar.

²³ Zu den Mischformen vgl. BVerfGE 104, 357 (364); 110, 10 (28).

²⁴ Vgl. *Scholz* (Anm. 21), Art. 12 Rn. 19.

²⁵ Nach BVerfGE 50, 290 (341 ff.) – Monopolkommission (1979) – ist „der Gestaltungsbereich des Gesetzgebers bei sozialem Bezug und bei sozialer Funktion des Eigentums mit Blick auf dessen Sozialbindung relativ weit“; indessen sinkt die Verfügungsbefugnis des Anteilseigners einer unselbständigen Konzerntochter „bis hin zu der praktischen Bedeutungslosigkeit“ hinab.

²⁶ Vgl. *Christoph J. Müller*, Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers, 1996, S. 7 ff.

spezielleren Freiheitsgewährleistung des Art. 9 Abs. 1 GG unterfallen.²⁷

Die Verortung der unternehmerischen Freiheit in der Berufsfreiheit hat in Deutschland mehrheitlich das jüngere Schrifttum befürwortet;²⁸ inzwischen folgt ihr zunehmend auch das deutsche Bundesverfassungsgericht.²⁹ Diese Ansicht korrespondiert mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der die Berufsfreiheit und die unternehmerische Freiheit lange Zeit als zwei deckungsgleiche Grundrechte behandelt hat.³⁰ Namentlich die Handelsfreiheit³¹ und die Vertragsfreiheit³² sowie die Freiheit, Verträge zu ändern,³³ hat der EuGH in der Vergangenheit als geschütztes Teilgrundrecht der Berufsfreiheit angesehen (sub II. 2).

Noch immer geht das Karlsruher Gericht allerdings davon aus, dass die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG die wirtschaftliche Betätigung ebenso wie die Wettbewerbsfreiheit oder die Vertragsfreiheit schützt.³⁴ Doch soll dann, wenn die Handlungsfreiheit im Bereich des Berufsrechts betroffen ist, die spezielle Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG Prüfungsmaßstab sein.³⁵ Mit der Funktion des Art. 2 Abs. 1 GG als einem subsidiären Auffanggrundrecht scheint eine primäre Verortung der unternehmerischen Freiheit kaum vereinbar zu sein. Sie ist zudem systemwidrig, da die weite

²⁷ Vgl. *Johannes Dietlein*, in: K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, § 111 II 1 (S. 1818); a. A. *Volker Epping*, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 334.

²⁸ Vgl. *Dietlein* (Anm. 27) § 111 II 1 (S. 1817 f.) mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 317 und 318.

²⁹ BVerfGE 77, 84 (118); 111, 191 (213 f.); 113, 128 (145); BVerfG, Urteil v. 3.2.2009 – 2 BvL 54/06 – Rn. 105; BVerfG, Urteil v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01 – Rn. 62.

³⁰ EuGH Rs. 63 und 147/84, Slg. 1985, 2857 Rn. 23 – Finsider; Rs. C-362/89, Slg. 1991, S. I-4105 Rn. 14 – Giuseppe d’Urso; *Schmidt* (Anm. 1), S. 137 f.

³¹ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold; Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 Rn. 9 – ADBHU.

³² EuGH, C-90/90 und C-91/90, Slg. 1991, 3617, 3637 Rn. 13 – Neu u. a.

³³ EuGH, C-240-97, Slg. 1999, 6571, 6643 Rn. 99 – Spanien/ Kommission; der EuGH bezieht sich indes nicht ausdrücklich auf die Berufsfreiheit.

³⁴ BVerfGE 4, 7 (15 f.); 18, 315 (327 ff.): „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“; BVerfGE 31, 145 (173): „wirtschaftliche Handlungsfreiheit“; BVerfG, Beschluss v. 8.5.2008 – 1 BvR 645/08 – Rn. 12; zu weiteren Nachweisen zu dieser Auffassung in der Rechtsprechung von Obergerichten und in der Literatur vgl. *Dietlein* (Anm. 27), § 111 II 1 (S. 1817 mit Fn. 315).

³⁵ BVerfGE 77, 84 (118); vgl. bereits BVerfGE 50, 290 (362).

Schrankentrias der allgemeinen Handlungsfreiheit auf unternehmerische Betätigungen angewandt werden müsste. Für die Zuordnung der Teilaspekte der unternehmerischen Freiheit zum Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG dürfte damit einem Teil der Lehre zufolge kaum noch Spielraum sein.³⁶ Die Zuordnung einzelner Aspekte der unternehmerischen Freiheit zu unterschiedlichen Grundrechten ist im deutschen Verfassungsrecht für die Ausbildung eines einheitlichen Rechts der unternehmerischen Freiheit hinderlich. Ihre inzwischen im Schrifttum weitgehend anerkannte Verortung in Art. 12 Abs. 1 GG führt allerdings zu der Konsequenz, dass sich der Schutzgehalt dieses Deutschen-Grundrechts nicht auf Ausländer erstreckt. Unternehmer, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen und auch keine Unionsbürger sind, können sich daher nur auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Ausländische juristische Personen können sich nach Art. 19 Abs. 3 GG nicht auf die Grundrechte berufen, doch können die Anteilseigner, sofern sie natürliche Personen sind, eine mittelbare Verletzung ihres Anteilseigentums geltend machen (Art. 14 Abs. 1 GG).³⁷

Andere Vertreter des Schrifttums kommen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ohnehin zu dem Schluss, dass sich das unternehmerische Handeln nicht vollends in den Spezialgrundrechten – und damit auch nicht in der Berufsfreiheit – auffangen lasse. Als Beispiele hierfür werden genannt Eingriffe des Staates in das freie Unternehmertum als solches, aber auch die objektiv-rechtliche Dimension des Art. 2 Abs. 1 GG, der als „Bündelungsgrundrecht“ eine Plan- oder Kommandowirtschaft ausschließe und die allgemeine unternehmerische Dispositionsfreiheit sichere.³⁸ Auf einer ähnlichen Linie liegt das Bundesverwaltungsgericht, wenn es in ständiger Rechtsprechung die Wettbewerbsfreiheit allein dem Art. 2 Abs. 1 GG

³⁶ Vgl. *Dietlein* (Anm. 27), § 111 II 1 (S. 1817 f.).

³⁷ *Rudolf Wendt*, in: M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 16 m.w.N. in Fn. 45.

³⁸ *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, § 104 II 6 g (S. 911 f.), unter Verweis auf *Hans Peter Ipsen*, in: J. H. Kaiser (Hrsg.), *Planung II*, 1966, S. 94 f.; *Gerrit Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *GG, Kommentar*, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 69, nimmt zwar hinsichtlich des Elements der Wettbewerbsfreiheit die Spezialisierung des Art. 12 Abs. 1 GG an (Rn. 71), ordnet aber die Vertragsfreiheit und die Preisfreiheit als unbekannte Freiheitsrechte dem Art. 2 Abs. 1 GG zu (Rn. 70).

entnimmt.³⁹ Der Bundesgerichtshof leitet den Schutz der unternehmerischen Tätigkeit primär aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG her.⁴⁰ Die von Arbeitsrechtlern⁴¹ kritisierte Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts zu Warnstreiks und Sympathiestreiks sowie die Untätigkeit des deutschen Gesetzgebers, das Arbeitskampfrecht zu kodifizieren, können von den betroffenen Unternehmen im Lichte des Schutzbereichs des insoweit wiederum einschlägigen Art. 12 Abs. 1 GG als ein Eingriff in den Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit bewertet werden. Der seit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland von den Tarifparteien gepflegte soziale Friede – ein ohne Zweifel bedeutsames Element der Stabilität der staatlichen Ordnung und der wirtschaftlichen Prosperität des Gemeinwesens – stand einer verfassungsrechtlichen Überprüfung dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bisher entgegen.

2. Frankreich

Eine explizite Garantie der Unternehmerfreiheit fehlt auch in der Verfassung der Französischen Republik, obwohl die Handels- und Gewerbefreiheit bereits nach Art. 7 des Revolutionsgesetzes vom 2. und 17. März 1791 einfachgesetzlich geschützt war (*liberté du commerce et de l'industrie*)⁴² und so u. a. der Weimarer Reichsverfassung als Modell diente.⁴³ Das französische Verfassungsgericht (*Conseil Constitutionnel*) hat aus dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 4 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. Au-

³⁹ BVerwG 30, 191 (197 f.); 46, 120 (137); 50, 291 (361 f.); 60, 154 (158); 65, 167 (174).

⁴⁰ BGHZ 78, 41 (42 ff.); BGHZ 98, 341 (351 f.).

⁴¹ Vgl. *Bernd Rütters*, Flächendeckende Streiks – wem wir sie zu verdanken haben, F.A.Z. v. 13.11.2014, S. 8 (Staat und Recht).

⁴² Aus Art. 7 des Gesetzes vom 2. und 17. März 1791 leitet der *Conseil d'État*, das oberste französische Verwaltungsgericht, ein Recht des freien Zugangs der Bürger zur Ausübung jedweder Berufstätigkeit ab; vgl. Entscheidung Nr. CE 16.12.1988, Rec. Lebon, 1988, S. 447 f.; hierzu *Johannes Günter*, Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union – Eine rechtsvergleichende Studie, 1998, S. 75 ff. (76, 78); *Schmidt* (Anm. 1), S. 84.

⁴³ Art. 151 Abs. 3 WRV setzte die „Freiheit des Handels und Gewerbes“ als anerkannte Rechte voraus und unterwarf sie – in Anlehnung an die Bestimmungen der §§ 38, 39 und 64 der Frankfurter Paulskirchenverfassung – der Regelung durch den Reichsgesetzgeber. Vgl. *Anschütz* (Anm. 3), Art. 151 Ziff. 4.

gust 1789⁴⁴ die *verfassungsrechtlich* geschützte Freiheit unternehmerischer Tätigkeit (*liberté d'entreprendre*) hergeleitet.⁴⁵ Aus dieser Verbürgung von 1789 entnimmt das Gericht auch die Vertragsfreiheit.⁴⁶ Der Anwendungsbereich der unterverfassungsrechtlichen *liberté du commerce et de l'industrie* ist hier allerdings insoweit weiter, als dieses Recht auch den Schutz der Wirtschaft vor staatlicher Konkurrenz sowie vor einer Beeinflussung des Wettbewerbs durch Subventionen umfasst (*principe de la libre concurrence*).⁴⁷

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten scheint die – teilweise beklagte⁴⁸ – Auf-fächerung der Berufsfreiheit in Berufs- und Unternehmerfreiheit, wie wir sie in der Grundrechtecharta der Europäischen Union antreffen (Art. 15 und 16), sinnvoll. Die Garantie der unternehmerischen Freiheit in der Charta stellt nunmehr ein verselbständigtes Schutzgut der Berufsfreiheit dar.

⁴⁴ Art. 4 der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* lautet: „Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet. So hat die Ausübung der natürlichen Rechte eines jeden Menschen nur die Grenzen, die den anderen Gliedern der Gesellschaft den Genuß der gleichen Rechte sichern. Diese Grenzen können allein durch Gesetz festgelegt werden.“

⁴⁵ Conseil Constitutionnel, Entscheidung n° 81-132 DC, 16.1.1982, Recueil 1982, 18 ff. = JORF v. 17 Januar 1982, S. 299; Entscheidung n° 2001-455 DC, 12.1.2002, Erwägungen 44 bis 46, Recueil, S. 49 = JORF v. 18.1.2002, S. 1053 – st. Rspr.

⁴⁶ Conseil Constitutionnel, Entscheidung n° 2000-437 DC, 19.12.2000, Erwägung 37; Entscheidung 2012-660 DC, 17.1.2013, Erwägung 5; Entscheidung n° 2014-691, 20.3.2014, Erwägungen 70-72.

⁴⁷ Vgl. *Carsten Nowak*, in Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 31 Rn. 14.

⁴⁸ *Matthias Ruffert*, in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 15 GRCh, Rn. 4, 7 f., der hinsichtlich der Trennung der Charta in unselbständige (Art. 15) und selbständige Tätigkeiten (Art. 16) von einer nicht überzeugenden, aber hinzunehmenden Entscheidung der Schöpfer der Grundrechtecharta spricht. Der normative Selbststand ist dem Art. 16 GRCh in den Schlussanträgen des GA *Nils Wahl* v. 29. Mai 2013 zu EuGH, Rs. C-101/12, Rn. 27 – Schaible, sogar abgesprochen worden: „Daher erscheint eine Abgrenzung des Geltungsbe-reichs der Art. 15 und 16 der Charta im vorliegenden Fall nicht erforderlich.“

II. Einzelne Schutzgüter

1. Mitgliedstaatlicher Befund

Nach der Rechtsprechung des französischen Verfassungsgerichts umfasst die unternehmerische Freiheit sowohl das Recht, eine unternehmerische Tätigkeit aufzunehmen oder ein Unternehmen zu errichten, als auch das Recht, die unternehmerische Tätigkeit auszuüben, namentlich die relevanten unternehmerischen Entscheidungen selbst zu treffen. So steht dem Unternehmer etwa das Recht zu, seine Mitarbeiter selbst zu wählen⁴⁹ sowie das Recht auf Werbung, aber auch die Vertragsfreiheit.

In ähnlicher Weise haben die deutsche Rechtsprechung und das Schrifttum als plakative Gehalte der grundgesetzlichen Unternehmerfreiheit die „Gründung und Führung“ von Unternehmen,⁵⁰ insonderheit den Einsatz von Kapital und Arbeitskräften sowie die Disposition über Produkte und die Auswertung, Veränderung und Schließung eines Unternehmens genannt.⁵¹ Ein zentrales Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur unternehmerischen Freiheit stammt aus dem Jahr 1979. Hier bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes.⁵² Die beschwerdeführenden Arbeitgeberverbände und Aktiengesellschaften hatten eine Verletzung ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch die erweiterte Unternehmensmitbestimmung der Arbeitnehmer geltend gemacht. Im Kern geht es bei diesem Freiheitsrecht um den Schutz der selbstverantwortlichen Erwerbstätigkeit,⁵³ auch in der rechtlichen Form der inländischen juristischen Person des Privatrechts, sofern die Erwerbstätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.⁵⁴ Kleinbetriebe, Mittelbetriebe und Großunternehmen sind in gleicher Weise geschützt.⁵⁵ Zu unterscheiden ist diese „Unternehmerinitiati-

⁴⁹ Conseil Constitutionnel, 20.7.1988, *Actualité Juridique, Droit Administratif* 1988, 752, 753.

⁵⁰ BVerfGE 50, 290 (362).

⁵¹ *Udo di Fabio*, in: Maunz/Dürig u. a. (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Art. 2 Abs. 1 (2001), Rdn. 26; *Hans-Uwe Erichsen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* VI, 2. Aufl. 2001, § 152 Rn. 60 ff.; *Stern* (Anm. 38), § 104 II 6 g (S. 911).

⁵² BVerfGE 50, 290 (362).

⁵³ BVerfGE 50, 290 (363); BVerfGE 97, 228 (253) – zum Erwerbsbegriff.

⁵⁴ BVerfGE 50, 290 (362) – Mitbestimmung.

⁵⁵ BVerfGE 50, 290 (362) – Mitbestimmung.

ve“⁵⁶ von der durch Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls geschützten „Unternehmensfreiheit“,⁵⁷ mit der nicht die Tätigkeit der Gesellschafter oder Anteilseigner, sondern jene der Gesellschaft, also die korporative Verfassung des Unternehmens, selbst gemeint ist. Aus diesem korporativen und zugleich verstetigenden Element der Unternehmensfreiheit ist abzuleiten, dass der Schutzbereich des Art. 16 GRCh eine Erwerbs- oder Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt und sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft.⁵⁸

Die Unternehmerfreiheit unterfächert sich in nicht trennscharf abgrenzbare Teilfreiheiten.⁵⁹ Zu erwähnen ist zuvörderst die unternehmerische Organisationsfreiheit, also das Recht des Unternehmers, in freier Entscheidung über die rechtliche und betriebliche Organisation des Unternehmens zu entscheiden. Im Rahmen der Leitung eines Unternehmens schützt diese Garantie die Investitionsfreiheit, die Dispositionsfreiheit⁶⁰ sowie die Produktionsfreiheit.⁶¹ In ihnen spiegelt sich die Grundsatzentscheidung der grundgesetzlichen Garantie der Berufsfreiheit zugunsten des Entscheidungsprimats des Unternehmers wider, der sich sowohl auf die Unternehmensplanung⁶² (Dispositionsfreiheit) als auch auf die Fragen des Kapitaleinsatzes⁶³ (Investitionsfreiheit) sowie der Produktionspalette und der Preise⁶⁴ bezieht. Angesichts der regelmäßig autonomen Prägung des unternehmerischen

⁵⁶ BVerfGE 65, 196 (218) – Versorgungsanspruch eines Arbeitnehmers gegen eine betriebliche Unterstützungskasse; BVerfGE 29, 260 (267); BVerfGE 73, 261 (270) – Sozialplan.

⁵⁷ Vgl. *Karsten M. Hoffmann*, BB 1995, 53 ff.; *ders.*, Der grundrechtliche Schutz der marktwirtschaftlichen Unternehmensfreiheit und der gesellschaftlichen Unternehmensorganisation durch die „Unternehmensfreiheit“, 1988; *Müller* (Anm. 26), S. 22 ff., 26 ff.

⁵⁸ Vgl. aus der mitgliedstaatlichen Judikatur BVerfGE 97, 228 (253). Nach *Müller* (Anm. 1), S. 276, ist nur „Entgeltlichkeit“ der Tätigkeit zu verlangen, um so auch sozialen Zwecken dienende, wirtschaftlich tätige Einrichtungen in den Grundrechtsschutz einzubeziehen; damit vernachlässigt er aber den Zusammenhang zur Dauerhaftigkeit.

⁵⁹ Vgl. etwa *Burkhard Schöbener*, GS P. J. Tettinger, 2007, S. 159 (162, 165 ff.).

⁶⁰ BVerfGE 50, 290 (363).

⁶¹ BVerfGE 9, 83 (87 f.) – Herstellungsverbot für neue Arzneimittel; BVerfGE 41, 360 (370) – Nachtbackverbot.

⁶² BVerfGE 97, 67 (83); *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), S. 1 (18 ff.) m.w.N.

⁶³ BVerfGE 9, 83 (87 f.); 41, 360 (370); *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), S. 1 (20 f.).

⁶⁴ *Manssen* (Anm. 38), Art. 12 Rn. 69 f.

Berufs entscheiden auch bestimmte Ausübungsformen, namentlich die Festlegung der Produktpalette, maßgeblich über das unternehmerische Berufsbild. Staatliche Interventionen, die de facto auf eine „Umprägung“ des autonom entwickelten Berufsbildes hinauslaufen, können daher im Einzelfall auf die Freiheit der Berufswahl durchschlagen und betreffen mithin nicht nur die Freiheit der Berufsausübung. Damit müssen solche Eingriffe zu ihrer Rechtfertigung höhere Hürden überwinden.

Weitere Facetten der Unternehmerfreiheit, die bisweilen unter dem Begriff der marktmäßigen Betätigung zusammengefasst werden, bilden die Produktions-, Vertriebs-⁶⁵ und Absatzfreiheit, die Freiheit des Marktzutritts und der Niederlassung, die unternehmerische Vertragsfreiheit und die Kommunikationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG⁶⁶) auch in Form der Werbung. Die Vertragsfreiheit und damit auch die speziellere unternehmerische Vertragsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG stellen eine „rechtsgeprägte“ Freiheit dar.⁶⁷ Zu ihren konstituierenden, verfassungsrechtlich vorgegebenen Elementen gehört die Entscheidung für eine grundsätzlich privatautonome Regelung jedenfalls der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse des Unternehmers, was sich sowohl auf die Unternehmenskunden bezieht als auch auf Lieferanten, Geldgeber, Subunternehmer oder auch die Beschäftigten des Unternehmens. Dies erklärt, warum die *Freedom of contract* den archimedischen Punkt des Internationalen Wirtschaftsrechts und einen zentralen Baustein der privatrechtlich fixierten *lex mercatoria* sowie der autonom entwickelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen bildet.⁶⁸ Dem Gesetzgeber und im Einzelfall auch der Rechtsprechung obliegt es aber, strukturelle Unterlegenheiten bestimmter Vertragspartner durch eine entsprechende Ausgestaltung oder Auslegung des einfachen Vertragsrechts entgegenzutreten. Solche Restriktionen sind ihrerseits an den grundrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen zu messen, müssen also auf einen schonenden Interessenausgleich im Sinne „praktischer Konkordanz“ gerichtet sein. Dies gilt namentlich

⁶⁵ BVerfGE 30, 336 (350 f.) – Versandhandel; BVerfGE 34, 71 (78) – Einzelhandel; BVerfGE 36, 47 (62 f.) – Tierversand.

⁶⁶ BVerfGE 102, 347 – Benetton.

⁶⁷ Wolfram Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 21.

⁶⁸ Vgl. Rolf Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl. 2011, § 18 I 2 (S. 139).

für staatliche Preisdirigismen,⁶⁹ die die „unternehmerische Preisfreiheit“⁷⁰ einschränken.⁷¹

Von der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG mitumfasst ist nach herrschender Meinung schließlich das Recht auf aktive und freie Teilnahme am Wettbewerb (Wettbewerbsfreiheit).⁷² Damit kann auch staatliches Handeln in Form von Planungen und Subventionierungen einen Eingriff in das Grundrecht darstellen. Zudem beinhaltet die Berufsfreiheit als objektiv-rechtlichen Gehalt einen Anspruch auf Schutz vor unlauteren Wettbewerbsmethoden konkurrierender Dritter. Die staatlichen Gewalten sind daher aufgefordert, sich in aktiver Weise schützend und fördernd vor das Recht auf lauterer Wettbewerb als Element des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG zu stellen (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG). Hingegen gewährt diese Garantie keinen Schutz vor dem – ggfs. auch marktverdrängenden – Wettbewerb privater Konkurrenten. Denn die Wettbewerbspositionen unterliegen dem Wandel der jeweiligen Marktverhältnisse.⁷³ Für die Wettbewerbsteilnahme der öffentlichen Hand kann diese Pflicht zur Duldung von Konkurrenz jedoch nicht gelten. Die Rechtsprechung gesteht dem Einzelnen einen Schutz vor der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates allerdings nur dann zu, wenn dessen Konkurrenz die gleichartigen Bemühungen des privaten Unternehmers unmöglich macht oder unerträglich erschwert, eine Auszehrung der privaten Konkurrenz insgesamt stattfindet oder eine Monopolstellung ausnutzt.⁷⁴ Diese Sicht der Rechtsprechung ist zu eng. Es gibt keinen Grund, der dagegen spricht, wirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand, die außerhalb des verfassungsrechtlich limitierten Kompetenzbereichs stattfinden, als einen Eingriff anzusehen und ihn am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen, zumal

⁶⁹ Vgl. BVerfGE 92, 191 (205) – Entgelte für die Personenbeförderung.

⁷⁰ Vgl. zum Begriff *Scholz* (Anm. 21), Art. 12 Rn. 124.

⁷¹ Vgl. *Dietlein* (Anm. 27), § 111 II 1 (S. 1820 ff.).

⁷² Vgl. BVerfGE 32, 311 (317); BVerfGE 46, 120 (137); BVerfGE 105, 252 (265 f.) – Glykol; *Manssen* (Anm. 38), Art. 12 Rn. 71; *Hui-Ning Hu*, Verfassungsrechtliche Grundsätze und Garantien für die Sicherung des freien und unverfälschten Wettbewerbs, 2000.

⁷³ BVerfGE 105, 252 (265); *Manssen* (Anm. 38), Art. 12 Rn. 71.

⁷⁴ Vgl. BVerwGE 17, 306 (314); 39, 329 (336 f.); BVerwG, NJW 1995, 2938 (2939); VGH BW GewArch 40 (1994), S. 464 f.; HessVGH, DÖV 1996, S. 475 (477); vgl. auch *Manssen* (Anm. 38), Art. 12 Rn. 83 f.

auch indirekte und faktische Eingriffe unter den Schutz des Art. 12 GG fallen („Eingriff durch Konkurrenz“).⁷⁵

2. Europarechtlicher Befund

Das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit als Garantie des Primärrechts der Europäischen Union (Art. 16 GRCh) ist im Kontext des Wirtschaftsrahmens dieser supranationalen Gemeinschaft zu erschließen. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH ist es namentlich durch die Dispositionsfreiheit gekennzeichnet, also „das Recht jedes Unternehmens, in den Grenzen seiner Verantwortlichkeit für seine eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können“.⁷⁶ Es steht als Menschenrecht (argumentum ex Art. 15 Abs. 1 GRCh) „jeder Person“ – sei es eine natürliche oder eine juristische – zu; allein im Bereich der Ausübung der Grundfreiheiten ist auch im Bereich der unternehmerischen Freiheit der persönliche Schutzbereich von Personen, die nicht Unionsbürger sind, und Unternehmen, die nicht ihren Sitz in der Union haben, beschränkt (argumentum ex Art. 15 Abs. 2 GRCh). Als Wirtschaftsgrundrecht schützt die unternehmerische Freiheit der Charta mithin diejenigen Verhaltensweisen der Unternehmer, die als notwendige Kernelemente mit subjektiv-rechtlichem Charakter in einer funktionierenden, offenen und sozialen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 119 Abs. 1 und 3 AEUV sowie dem Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb) das Berufsbild eines Unternehmers prägen. Hierzu gehören die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Handels- und Gewerbefreiheit), der Erwerb und der Nutzen von Eigentum sowie die freie selbstbestimmte Disposition des Unternehmers hinsichtlich seiner Wirtschaftsgüter.⁷⁷

⁷⁵ Vgl. *Hans-Peter Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HdbGr V, 2013, § 113 Rn. 36; *Thomas Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 12 Rn. 16, 95 m.w.N. in Fn. 369; *Dietlein* (Anm. 27), § 111 II 1 (S. 1822 f.) sowie § 111 IV 5 b (S. 1859 ff.) mit Angabe weiterer ablehnender Literatur in Fn. 576.

⁷⁶ EuGH, Rs. C-314/12, EuZW 2014, 388 Rn. 49 – UPC Telekabel Wien GmbH.

⁷⁷ Vgl. *Schmidt* (Anm. 1), S. 218.

Die Handels- und Gewerbefreiheit hat der EuGH in seiner Rechtsprechung – in variabler Terminologie⁷⁸ – als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts etabliert.⁷⁹ Dabei hat er die Handelsfreiheit in einen unmittelbaren Zusammenhang mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs gestellt und zugleich die Schranken dieser Freiheit in den im Allgemeininteresse liegenden Zielen gesehen.⁸⁰ Hiervon umfasst ist wohl auch die Außenhandelsfreiheit, die die Teilnahme am Weltmarkt garantiert.⁸¹ In der Entscheidung *Di Lenardo Adriano* (2004) wies der Gerichtshof die Rüge der Kläger als unbegründet zurück, dass der vollkommene Ausschluss der Importgesellschaften vom Bananenmarkt einen Verstoß gegen „die tragenden Grundsätze der Unternehmerfreiheit und der freien Berufsausübung“ darstelle.⁸² Im Ergebnis können „Wirtschaftsteilnehmer ... kein wohlverworfenes Recht oder auch nur ein berechtigtes Vertrauen auf die Beibehaltung einer bestehenden Situation (geltend machen), die durch Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane im Rahmen ihres Ermessens verändert werden kann.“ Ein Werbeverbot, das in die Werbefreiheit als Element der Handelsfreiheit eingreift, hat der EuGH mit Blick auf eine katalanische Gesetzesvorschrift verneint. Das Verbot, für Getränke mit einem Alkoholgehalt von über 23% zu werben, sah er mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs als vereinbar und „zur Bekämpfung des Alkoholismus grundsätzlich nicht (als) offenkundig unangemessen“ an.⁸³ Daraus erhellt sich zugleich, dass im Europarecht Maßnahmen der Werbung gleichermaßen von der Handelsfreiheit (Berufsfreiheit) und

⁷⁸ Zu den Synonymen „wirtschaftliche Handlungsfreiheit“ und „grundrechtliche Handelsfreiheit“ als Gehalte des „Rechts auf freie Berufsausübung“ sowie der „freien wirtschaftlichen Betätigung“ vgl. die Schlussanträge der GA Stix-Hackl zu EuGH, Rs. C-37/02 und C-38/02, Slg. 2004, I-6911 Rn. 110 – *Di Lenardo Adriano Srl*.

⁷⁹ Zur Handelsfreiheit: EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold; Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 Rn. 9 ff. – ADBHU; eine ausführliche Aufzählung m.w.N. bei *Frenz*, HdbEuR Bd. IV, Rn. 2691 ff.; *Jürgen Schwarze*, Europarecht, 2012, 429 (435 ff.); *Schmidt* (Anm. 1), S. 127 ff.

⁸⁰ EuGH, Rs. 240/83, Slg. 1985, 531 Rn. 9-13 – ADBHU.

⁸¹ *Schwarze* (Anm. 79), S. 429 (437).

⁸² Vgl. EuGH, Rs. C-37/02 und C-38/02, Slg. 2004, S. I-6911 Rn. 73, 77, 80-85 – *Di Lenardo Adriano Srl*.

⁸³ EuGH, Rs. C-1/90 und C-176/90, Slg. 1991, S. I-4151 Rn. 17 – Argonesa.

der Meinungsäußerungsfreiheit erfasst sein können (Idealkonkurrenz).⁸⁴

Eine zentrale Teilgewährleistung der Unternehmerfreiheit des Art. 16 GRCh bildet die Vertragsfreiheit.⁸⁵ Diese Erscheinungsform der Privat- und Parteiautonomie hat der EuGH über lange Zeit – explizit oder implizit – der Berufsfreiheit entnommen.⁸⁶ Sie lässt sich zudem als Bestandteil des Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK interpretieren. Aus der hier verankerten Eigentumsgarantie lässt sich nämlich ein Recht ableiten, im Rahmen unternehmerischer Tätigkeit Verträge abzuschließen.⁸⁷ Die Vertragsfreiheit sichert das Recht, den Geschäftspartner frei zu wählen, sowie das negative Äquivalent, nämlich die Freiheit, einen Vertrag nicht zu schließen. Sie umfasst zudem die Freiheit der Vertragsgestaltung, so dass die Geschäftspartner die Verträge ändern können.⁸⁸ In der viel beachteten Entscheidung *Alemo-Herron* (2013) hat der EuGH die Vertragsfreiheit als substantiellen Kerngehalt des Art. 16 GRCh etabliert. In dieser Rechtssache, in der es um die rückwirkende Inkraftsetzung eines Kollektivvertrages zur Regelung von Arbeitsbedingungen anlässlich des Übergangs eines Unternehmens vom öffentlichen auf den privaten Sektor ging, sah der Gerichtshof das Recht des Erwerbers *Parkwood Leisure Ltd* verletzt, seine Interessen beim Kauf geltend zu machen und die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der „künftigen wirtschaftlichen Tätigkeit“ auszuhandeln. Daher sei die Vertragsfreiheit im Sinne des Art. 16 GRCh „so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt seines Rechtes auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen

⁸⁴ Vgl. *Schmidt* (Anm. 1), S. 199 f. m.w.N.; anders die Rspr. des BVerfG, die im Fall *Benetton* (BVerfGE 102, 347) allein den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG als betroffen ansah.

⁸⁵ Nach deutschem Verständnis zumeist aus dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG entnommen: vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.); 18, 315 (327 ff.); 31, 145 (173).

⁸⁶ EuGH, C-90/90 und C-91/90, Slg. 1991, 3617, 3637 Rn. 13 (Neu u. a.); vgl. *Grabenwarter* (Anm. 1), S. 22; *Schmidt* (Anm. 1), S. 131 ff.

⁸⁷ Vgl. *Christoph Grabenwarter*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl 2001, 1 (5), unter Hinweis auf EGMR, 25.3.1999, Nr. 31107/96, Ziff. 54 ff. – *Iatridis/Griechenland*; *ders.* (Anm. 1), S. 22.

⁸⁸ EuGH, C-240-97, Slg. 1999, 6571, 6643 Rn. 99 – *Spanien/Kommission*; der EuGH bezieht sich indes nicht ausdrücklich auf die Berufsfreiheit.

kann.⁸⁹ Die Entscheidung *Alemo-Herron* betrifft Fallgestaltungen nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergangsrichtlinie).⁹⁰ Im englischen Tarifvertragsrecht sind arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln erforderlich, um eine rechtsverbindliche Wirkung des Tarifvertrags im einzelnen Arbeitsverhältnis zu begründen, da keine unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifnormen existiert. Im Ergebnis stellt der Gerichtshof fest, es sei einem Mitgliedstaat verwehrt, „vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs die Klauseln, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs ausgehandelte und abgeschlossene Kollektivverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind, wenn dieser nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese nach dem Übergang geschlossenen Kollektivverträge teilzunehmen.“⁹¹ Diese Entscheidung des Gerichtshofs könnte dazu führen, dass sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Fällen einer Ausgliederung von Unternehmen aus dem öffentlichen Dienst oder bei

⁸⁹ EuGH, Rs. C-426/11, EuZW 2013, 747 Rn. 32, 35 und 37 – *Alemo-Herron* – zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG; eine gegenteilige Auffassung vertrat GA Pedro Cruz Villalón in den Schlussanträgen v. 19.2.2013 zu dieser Rs.

⁹⁰ Art. 3 der RL lautet (auszugsweise): (Abs. 1) Die Rechte und Pflichten des Veräußerers aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis gehen aufgrund des Übergangs auf den Erwerber über. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der Veräußerer und der Erwerber nach dem Zeitpunkt des Übergangs gesamtschuldnerisch für die Verpflichtungen haften, die vor dem Zeitpunkt des Übergangs durch einen Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis entstanden sind, der bzw. das zum Zeitpunkt des Übergangs bestand.

(Abs. 3) Nach dem Übergang erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren. Die Mitgliedstaaten können den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen begrenzen, allerdings darf dieser nicht weniger als ein Jahr betragen.

⁹¹ EuGH, Rs. C-426/11, EuZW 2013, 747 Rn. 37, in Auslegung von Art. 3 Abs. 3 der RL 2001/23 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen. Vgl. hierzu Hessisches LAG, Urteil v. 10.12.2013, Az. 8 Sa 537/13, openJur 2014, 9045, Rn. 118 ff.

Betriebsübergängen neu ausrichten muss, bei denen es zu einem Branchenwechsel kommt.⁹²

Die genannten Schutzgüter der Unternehmerfreiheit finden indes ihre Grenzen in dem ebenfalls primärrechtlich verankerten und sekundärrechtlich hochdifferenziert ausgestalteten Grundsatz der Redlichkeit des Wettbewerbs (Präambel des AEUV, vierter Spstr.). Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen sowie des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 101, 102 AEUV) gehört mithin zu den Pfeilern des europäischen Binnenmarktes, der so das *level playing field* für die grenzüberschreitende unternehmerische Tätigkeit schafft. Wegen der Bedeutung des Wettbewerbs für eine funktionsfähige marktwirtschaftliche Ordnung wird der Wettbewerbsfreiheit über Art. 16 GRCh bisweilen ein eigenständiger subjektiv-rechtlicher Gehalt attestiert, wie dies im deutschen (Art. 12 Abs. 1 GG) und italienischen (Art. 41 Abs. 1 ital. Verf.) Verfassungsrecht bereits anerkannt ist.⁹³ Der EuGH hat diesen Schritt zu einer grundrechtlichen Gewährleistung der Wettbewerbsfreiheit bisher nicht vollzogen,⁹⁴ wohl auch deshalb

⁹² Zu den möglichen Folgen der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Alemo-Herron* für die Rspr. des BAG vgl. Marc *Spielberg*, Arbeitsvertragsrecht: Die „alte“ Gleichstellungsabrede ist tot – es lebe die „alte“ Gleichstellungsabrede?, <http://www.hrm.de/fachartikel/arbeitsvertragsrecht:-die-%22alte%22-gleichstellungsabrede-ist-tot-%E2%80%93-es-lebe-die-%22alte%22-gleichstellungsabrede%3F-11219>.

⁹³ *Nowak* (Anm. 47) § 31 Rn. 20.

⁹⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973 Rn. 58 i.V.m. 62 – Deutschland/Rat in re Bananenmarktordnung; offen gelassen auch in EuGH, Verb. Rs. 133-136/85, Slg. 1987, 2289 Rn. 15 f. – Rau u. a./BALM; so interpretiert auch *Müller* (Anm. 1), S. 223, 341, die Rechtslage der Union und verneint zudem auch die Existenz eines objektiv-rechtlichen Wettbewerbsprinzips; *Schwieb* (Anm. 1), S. 121 ff., spricht hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsfreiheit von einer „Institutsgarantie“; vgl. ferner *Nina Wunderlich*, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit* im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 109; *Rudolf Streinz* in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 16 GRCh Rn. 5 m.w.N.; *Schmid* (Anm. 1), S. 139 ff. (144); prononciert a. A. *Nowak* (Anm. 47), § 31 Rn. 24, 27 sowie Rn. 34 mit Fn. 107, der die Entscheidung des EuGH zur Bananenmarktordnung, unter Verweis auf Rn. 62 i.V.m. Rn. 81, in der Weise auslegt, dass der EuGH die hoheitliche „Änderung der Wettbewerbsstellung eines oder mehrerer Unternehmen längst als einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die freie Berufsausübung qualifiziert (habe)“; *Grabenwarter*, (Anm. 1), S. 23; *Ruffert* (Anm. 1), § 19 Rn. 12; *Penski/Elsner*, *DÖV*, 2001, 265 (271); *Everson/Correia Gonçalves*, in *Peers u. a.*, *EU Charter*, Art. 16 Rn. 28, entnehmen der Rspr. des

nicht, weil ein solches *eigenständiges* Recht in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten überwiegend nicht bekannt ist. Die Wettbewerbsfreiheit, die bereits im Kontext des Grundgesetzes als ein schillernder Begriff gedeutet wird,⁹⁵ ist mithin auch in der Unionsverfassung als ein „Sammelbegriff für eine Vielzahl ineinandergreifender und sich teilweise überschneidender subjektiver Rechte“ aufzufassen; diese Rechte sind „in der europäischen Grundrechtsordnung, in den Grundfreiheiten und im EU-Wettbewerbsprimärrecht verankert“.⁹⁶

III. Schranken der unternehmerischen Freiheit

1. Begrenzungsvorbehalte zugunsten des nationalen Gesetzgebers

Aus dem Eingriffscharakter einer Maßnahme folgt auch hinsichtlich der unternehmerischen Freiheit die Notwendigkeit, sie vor den Grundrechten zu rechtfertigen. Angesichts des für die Verbürgung der unternehmerischen Freiheit im deutschen Verfassungsraum zentralen Grundrechts der Berufsfreiheit folgt dies aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Danach kann die Berufsausübung durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Die vom Bundesverfassungsgericht im Apotheken-Urteil zum „einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit“ entwickelte Stufenlehre (Berufsausübungsregelungen – subjektive Berufszulassungsbeschränkungen – objektive Berufszugangsbeschränkungen)⁹⁷ hat durch die verfassungsgerichtliche Anerkennung einer legislativen „Zwecksetzungskompetenz“ sowie legislativer „Prognosespielräume“ eine nicht unerhebliche Dynamisierung erfahren. Insoweit ist der Handwerksbeschluss vom 17. Juli 1961 zu nennen, in dem das Bundesverfassungsgericht es dem Gesetzgeber zugestand, die Wertigkeit bzw. Schutzwürdigkeit bestehender Gemein-

EuGH in den Rs. *Scarlet Extended*, EuGH, Rs. C-70/10, Slg. 2011, I-11959, sowie *Netlog*, EuGH, Rs. C-360/10, EuZW 2012, 261, „a subjective individual right to business equality and free competition within primary EU law“.

⁹⁵ *Manssen* (Anm. 38), Art. 12 Rn. 71.

⁹⁶ Vgl. *Müller* (Anm. 1), S. 341; auch *Norbert Bernsdorff*, in: J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 16 Rn. 14, sieht die Wettbewerbsfreiheit als eine Art Auffangtatbestand innerhalb der unternehmerischen Freiheit; ähnlich *Schöbener* (Anm. 59), S. 168 f.

⁹⁷ BVerfGE 7, 377 (407 f.) – Apothekengesetz (1958).

schaftsgüter autonom zu definieren. Schutzwürdig sind hier nicht nur „absolute“, also allgemein anerkannte und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängige Gemeinschaftswerte wie etwa die Volksgesundheit, sondern auch solche Gemeinschaftsgüter, die sich erst aus den besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen des Gesetzgebers ergeben; sie werden damit durch den einfachen Gesetzgeber zu Gemeinschaftsinteressen erhoben. In solchen Fällen beanstandet das Bundesverfassungsgericht die Berufsregelungen nicht schon deswegen, weil die ihnen zugrunde liegenden politischen Auffassungen umstritten sind. Das Gericht ist insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob die öffentlichen Interessen, deren Schutz die Regelung letztlich dient, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen, dass sie eine Einschränkung der freien Berufswahl rechtfertigen.⁹⁸ Im Ergebnis besteht die Gefahr, dass gesetzliche Berufszugangssperren „von verfassungsrechtlicher Kontrolle weitgehend freigestellt“ werden.⁹⁹

Nicht minder gravierend sind die mit der Anerkennung legislativer Prognosespielräume verbundenen Begrenzungen der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Grundrechtsbeschränkungen, wie sie gerade für Art. 12 GG bedeutsam sind. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Spielbanken-Entscheidung vom 19. Juli 2000¹⁰⁰ ausgeführt: „Dem Gesetzgeber ist (...) auch bei Grundrechtsbeschränkungen der vorliegenden Art (scil.: objektiver Berufszulassungsbeschränkungen) ein Beurteilungs- und Prognosespielraum eingeräumt. Ihm steht insbesondere in Bezug auf die Bewertung und die Auswahl der für das beabsichtigte Regelungsvorhaben in Erwägung zu ziehenden Maßnahmen ein weiter Bereich des Ermessens zu, das sich auch auf die Einschätzung der späteren Wirkungen der gesetzlichen Normierung erstreckt. Infolge dieser Einschätzungsprärogative können Maßnahme, die der Gesetzgeber für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternative in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Be-

⁹⁸ Dietlein (Anm. 27), § 111 V 4 c (S. 1896).

⁹⁹ Vgl. Friedrich Hufen, NJW 1994, 2913 (2918).

¹⁰⁰ BVerfGE 102, 197 ff. – Monopolisierung von Spielbanken bei Unternehmen der öffentlichen Hand.

troffenen indes weniger belasten...“¹⁰¹ Bei einer so weit zurückgenommenen Kontrolle des Gerichts im Rahmen der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme „bleibt der praktische Effekt der ... ‚grundsätzlichen Freiheitsvermutung‘ und des grundsätzlichen Vorrang(s) des Freiheitsrechts‘ bei Eingriffen des Gesetzgebers gering. Denn eine Vermutung zugunsten der Freiheit und eine Vermutung zugunsten des Gesetzgebers widersprechen sich ja gerade.“¹⁰² Dieser Analyse ist zumindest hinsichtlich der Freiheitsrechte im Bereich des *status negativus* zuzustimmen, wenn der Gesetzgeber Interessen des Gemeinwohls definieren kann, die nicht verfassungsrechtlich verankert sind. Die eigentliche Bedrohung der unternehmerischen Freiheit liegt mithin nicht in der Verletzung des absoluten Wesenskerns durch staatliche oder unionale Einzelakte, sondern in einer schleichenden Aushöhlung des Grundrechts durch eine bisweilen interventio-nistische Hoheitsgewalt, die neue Gemeinschaftsgüter definieren kann.

Schwierige Rechtsfragen weist schließlich seit jeher das handwerksrechtliche Erfordernis eines „Großen Befähigungsnachweises“ auf, wonach der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks grundsätzlich von einer erfolgreich abgelegten Meisterprüfung abhängt (§§ 1 Abs. 1 i.V.m. 7 Abs. 1a HandWO). Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu im Handwerksbeschluss aus dem Jahr 1961 judiziert, dass der sog. „Meisterzwang“ eine subjektive Berufszugangsbeschränkung im Sinne der im „Apothekenurteil“ entwickelten Dreistufentheorie¹⁰³ darstellt. Diese Beschränkung sei jedoch legitimiert, da sie der „Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft“ diene, was dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter gleichstehe.¹⁰⁴ Bis zu einem Kammerbeschluss im Jahre 2005 hat das Bundesverfassungsgericht an dieser Rechtsprechung festgehalten.¹⁰⁵ Der Kritik an seiner frühe-

¹⁰¹ BVerfGE 102, 197 (218), unter Bezugnahme auf BVerfGE 25, 1 (12, 19) – Mühlenstruktur-Beschluss.

¹⁰² *Juliane Kokott*, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, 1993, S. 301.

¹⁰³ BVerfGE 7, 377.

¹⁰⁴ BVerfGE 13, 97 (106 ff.) – st. Rspr.

¹⁰⁵ Vgl. die Entscheidung des BVerfG, GewArch 2006, 71 ff., in der es u. a. auch eine grundrechtsfreundliche Interpretation der Bestimmung des §§ 7 Abs. 3, 8 HwO über die Ausnahmebewilligung sowie eine gesellenfreundliche Auslegung

ren Rechtsprechung war schon deshalb zuzustimmen, weil die ursprüngliche qualitätssichernde Funktion des Großen Befähigungsnachweises nicht mehr den Veränderungen infolge der Etablierung des Europäischen Binnenmarktes und der damit verbundenen unbeschränkten Marktöffnung zugunsten nicht entsprechend geprüfter Handwerker standhielt. Das jahrelange Festhalten des Gesetzgebers an diesem Qualifikationsnachweis bei deutschen Handwerkern, die keine grenzüberschreitenden Dienstleistungen erbringen, konterkarierte mithin die europarechtlichen Vorgaben und ignorierte den Umstand, dass das Erfordernis dieses Nachweises die Geeignetheit und gleichheitsrechtliche Tragfähigkeit („umgekehrte Diskriminierung“) eingebüßt hatte.¹⁰⁶ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH darf der freie Dienstleistungsverkehr nicht dadurch verzögert oder erschwert werden, dass die Verrichtung handwerklicher Arbeiten durch Dienstleistende, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, von einem Erlaubnisverfahren und der Zahlung von Pflichtbeiträgen abhängig gemacht wird.¹⁰⁷ Erst spät zerbrach die „große Handwerkskoalition“ zwischen CDU/CSU, SPD und FDP anlässlich der Handwerksreform 2003, nachdem die Bundesregierung im Anschluss an die Empfehlungen der Monopolkommission beschlossen hatte, die Anzahl der zulassungspflichtigen Handwerksgewerbe drastisch zu reduzieren.¹⁰⁸ Seit der Rückbindung der 41 zulassungspflichtigen Handwerke an das Kriterium der Gefahrengerechtigkeit anlässlich des Liberalisierungsgesetzes vom 1.1.2004 (§ 1 Abs. 2 HwO i.V.m. Anlage A) dürfte der „Meisterzwang“ im Lichte der Problematik der „umgekehrten Diskriminierung“ als grundrechtlich (Art. 3 Abs. 1 GG) unbedenklich anzusehen sein;¹⁰⁹ denn der Gesetzgeber kann Gründe des Schutzes des Gemeinwohls, also Aspekte der Qualitätssicherung, für die Nor-

der Altgesellenregelung des § 7b HwO anmahnt; kritisch zu dieser Entscheidung Dürr, GewArch 2007, 18 ff.

¹⁰⁶ Vgl. zuletzt BVerfG, NVwZ 2001, 187 (188) = GewArch 2000, 240, mit kritischer Anmerkung von Horst Mirbach, NVwZ 2001, 161 (163).

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-58/98, Slg. 2000, I-7919 Rn. 33 f. – Corsten – mit umfassenden Angaben zur bisherigen Rspr. des EuGH.

¹⁰⁸ Vgl. Stober/Eisenmenger, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl. 2011, § 48 IV 1 (S. 119 f.).

¹⁰⁹ Vgl. Dietlein (Anm. 27), § 111 V 5 b (S. 1906 ff.); Stober/Eisenmenger (Anm. 108), § 48 VI (S. 125 ff.).

mierung der zulassungspflichtigen Handwerke und damit für eine unterschiedliche Behandlung ins Feld führen.¹¹⁰

Auch für die französische Gesetzgebung im Bereich der unternehmerischen Freiheit ist paradigmatisch festzustellen, dass Beschränkungen dieses Grundrechts unter Beachtung des in Art. 34 Abs. 1 der französischen Verfassung von 1958 formulierten allgemeinen Gesetzesvorbehalts möglich sind. Schutzbedürftig ist nach der Rechtsprechung des *Conseil Constitutionnel* stets das „allgemeine Interesse“ (*l'intérêt général*), also das Gemeinwohl; bei der Verfolgung dieses Ziels muss der der Gesetzgeber indes den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.¹¹¹ Weitere Grenzen des gesetzgeberischen Prognosespielraums liegen in missbräuchlichen und willkürlichen Beschränkungen sowie bei Eingriffen in den Wesensgehalt des Grundrechts.¹¹² Der *Conseil Constitutionnel* beschränkt sich bei Eingriffen in die unternehmerische Freiheit im Ergebnis auf eine Minimalkontrolle und überprüft lediglich, ob die absolute Grenze zulässiger Grundrechtsbeschränkungen nicht überschritten wurde.¹¹³

¹¹⁰ Vgl. BVerwG, GewArch 2000, 113 ff.; *Stober/Eisenmenger* (Anm. 108), § 48 VI 2 (S. 127) m.w.N. in Fn. 79; anders mit Blick auf „schutzpolitische Ziele“, wie sie sich in § 1 Abs. 2 HwO i.V.m. Anlage A manifestieren, *Frank Rieger*, DÖV 2006, 685 (690), der dem nationalen Gesetzgeber aber grundsätzlich die Befugnis zugesteht, „auch zukünftig ... sozial- und kulturpolitische Ziele mittels unterschiedlicher Behandlung von inländischen und ausländischen Sachverhalten (zu) verfolgen“; a. A. auch *Walter Frenz*, GewArch 2007, 10 ff. Der Österreichische Verfassungsgerichtshof hält es nicht für gerechtfertigt, österreichische Staatsbürger gegenüber Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten ohne sachliche Rechtfertigung zu benachteiligen; vgl. *Öster.VerfGH*, GewArch. 2000, 113 ff.

¹¹¹ *Conseil Constitutionnel*, Entscheidung n° 2010-55 QPC, 18.10.2010, Erwägung 4, JORF v. 19.10.2010, S. 18695, Text Nr. 82 = Rec. S. 291: „Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.“

¹¹² *Conseil Constitutionnel*, Entscheidung Nr. 90-283 DC, 8.1.1991, *Publication Journal officiel* v. 10.1.1991, S. 524; *Günter* (Anm. 42), S. 78; *Schmidt* (Anm. 1), S. 85 f.

¹¹³ *Wunderlich* (Anm. 94), S. 154.

2. Begrenzungsvorbehalte und Rechtfertigung von Eingriffen am Maßstab des Art. 16 GRCh

Der für die nationalen Grundrechtsverbürgungen erhobene Befund eines weiten legislativen Prognosespielraums bestätigt sich auch mit Blick auf das Unionsrecht, das dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen beim Erlass zweckdienlicher Maßnahmen einräumt. Dies hat der Gerichtshof bereits im Urteil Nold hervorgehoben, als er unter Verweis auf den mitgliedstaatlichen Verfassungsbefund feststellte, dass auch die Freiheit des Handels „weit davon entfernt (sei), uneingeschränkten Vorrang zu genießen“; sie müsse wie andere Grundrechte „im Hinblick auf die soziale Funktion der geschützten Rechtsgüter und Tätigkeiten gesehen werden“.¹¹⁴ In einer jüngeren Entscheidung hat er abermals unterstrichen, dass die unternehmerische Freiheit „einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden (kann), die im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken können“.¹¹⁵ Schranken-technisch behandelt der EuGH die unternehmerische Freiheit in gleicher Weise wie die Berufsfreiheit. Beide Rechte können nach dieser Rechtsprechung nicht „schrakenlos“ gelten, sondern sind „im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen“.¹¹⁶ Weiterhin hat er die Notwendigkeit betont, „ein angemessenes Gleichgewicht“ zwischen der unternehmerischen Freiheit und kollidierenden Rechten (Eigentum, Recht am geistigen Eigentum, Recht auf den Schutz personenbezogener Daten, Informationsfreiheit) zu gewährleisten.¹¹⁷ Wenn praktische Konkordanz zwischen genuin chartarechtlichen und konventionsentsprechenden (EMRK) Grundrechten herzustellen ist (etwa zwischen Art. 11 Abs. 2 GRCh und Art. 17 GRCh), kann der EuGH dabei möglicherweise zu anderen

¹¹⁴ EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-101/12, BeckRS 2013, 81980 = DÖV 2014, 41 Rn. 28 – Schaible – unter Verweis auf Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 45 und 46 – Sky/Österreichischer Rundfunk.

¹¹⁶ Diese Formel wird seit EuGH, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 Rn. 14 – Nold – regelmäßig vom EuGH verwendet; vgl. EuGH, Verb. Rs. C-37/02 und C-38/02, Slg. 2004, S. I-6911 Rn. 82 – Di Lenardo Adriano Srl; s. zuletzt EuGH, C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 45 – Sky/Österreichischer Rundfunk.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-70/10, Slg. 2011, I-11959 Rn. 53 – Scarlet Extended; Rs. C-360/10, EuZW 2012, 261 Rn. 35 – Netlog; Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347 Rn. 34 f. – Sky/Österreichischer Rundfunk.

Ergebnissen gelangen als der Straßburger Gerichtshof unter der EMRK.¹¹⁸

Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit müssen zunächst an Art. 52 Abs. 1 GRCh gemessen werden; die Erläuterungen zur GRCh sind insoweit eindeutig. Nach der Standardformel der bereits vor dem Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union begründeten Rechtsprechung des EuGH sind Gemeinschaftsgrundrechte nicht schrankenlos gewährleistet, sondern Beschränkungen unterworfen, sofern diese „tatsächlich dem Gemeinwohl dienen, den Zielen der Europäischen Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.“¹¹⁹ Dieser Rechtsprechung ist aber lange Zeit vorgeworfen worden, dass der argumentative Einsatz insbesondere des Parameters der Verhältnismäßigkeit danach variere, ob der EuGH seine Kontrollfunktion hinsichtlich mitgliedstaatlicher Maßnahmen oder eine Integrationsfunktion mit Blick auf Rechtsakte der Union ausübe.¹²⁰ Inzwischen hat indes die Rechtsprechung des

¹¹⁸ Vgl. *Ziegenhorn*, EuZW 2013, 351 (352), der mit Blick auf die Eigentumsfreiheit zu dem Fazit gelangt, dass sich in der Rspr. des EuGH in der Rs. *Sky/Österreichischer Rundfunk* „eine große inhaltliche Eigenständigkeit der Charta im Verhältnis zur EMRK“ andeute.

¹¹⁹ Vgl. statt vieler Nachweise EuGH, Verb. Rs. C-37/02 und C-38/02, Slg. 2004, S. I-6911 Rn. 82 (Di Lenardo Adriano Srl).

¹²⁰ Kritisch zu diesem unterschiedlichen Selbstverständnis des EuGH *Schöbener* (Anm. 59), S. 165; kritisch zur „Kontrolldichtekompetenz der Gemeinschaftsgerichte“ *Nowak* (Fn.), § 31 Rn. 45. Hinsichtlich der Umsetzung des Unionsrechts ergibt sich ein differenziertes Bild: Mit *Thomas von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 574, kann festgestellt werden, dass „...das Gemeinschaftsverwaltungsrecht ... für Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in einem umfassenden Sinne anerkennen, ... eine Beschränkung der Kontrolldichte im Vergleich zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im nationalen Recht (bewirkt), sofern mitgliedstaatliche Stellen Maßnahmen im indirekten Vollzug treffen“; *ders.*, a.a.O., S. 300, verweist mit Blick auf die in der Rechtsprechung des EuGH festzustellende „Anerkennung einer umfassenden Freiheit zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung“ bei einem Beurteilungs- und Ermessensspielraum auf die Verwaltungsrechtstradition des romanischen Rechtskreises. Zum Kontrollkonzept des EuGH beim Eigenverwaltungsrecht der EG vgl. Rs. C-269/90 (TU München), Slg. I-1991, 5469 Rn. 14. Hinsichtlich der Umsetzung des Beihilferechts durch die Kommission kommen *Schroeder/Sild*, EuZW 2014, S. 17, bei der Analyse der Urteile des EuG in den Rechtssachen *ING*, *Corsica Ferries* und *Buczek* indes zu einer anderen Beurtei-

EuGH zur Abwägung der unternehmerischen Freiheit mit dem Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Informationen zu einem neuen Stellenwert des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Argumentation des Gerichtshofs geführt (*Sky/Österreichischer Rundfunk*).¹²¹ Damit hat die Konzeption einer „Kontrolldichte“ in der jüngeren Rechtsprechung der Luxemburger Richter, die insoweit stets Rechtsakte der Union zu überprüfen hatten, erhebliche Fortschritte gemacht. Davon zeugt im Bereich des Art. 16 GRCh auch die Entscheidung im Fall *Schaible*. Hier hat der Gerichtshof nach einer umfassenden Kontrolle des ihm zur Prüfung vorgelegten Rechtsaktes der Union geurteilt, dass Schafe mit einem elektronischen Chip gekennzeichnet werden können und dies zur Eindämmung von Tierseuchen von den Schäfern – also den betroffenen Unternehmern – hinzunehmen sei.¹²² Außerhalb der Garantie der unternehmerischen Freiheit hat der EuGH im Fall *Schecke und Eifert/Hessen* hinsichtlich des Schutzes des Privat- und Familienlebens sowie der personenbezogenen Daten die Ungültigkeit eines Rechtsaktes der Union innerhalb einer akribischen Prüfung der Rechtfertigung der angefochtenen Maßnahme begründet.¹²³

Bereits in der Entscheidung *Alemo-Herron* war der EuGH zum anderen sichtlich bemüht, mittels des Rückgriffs auf die Schranken-Schranke des Wesensgehalts den Art. 16 GRCh, trotz aller notwendigen legislativen Konkretisierung und der Abwägung mit Grundfreiheiten Dritter, als Grenze für die legislative Tätigkeit der Union und für die Umsetzung der Mitgliedstaaten zu etablieren.¹²⁴ Inzwischen hat er mehrfach in seiner Rechtsprechung zur unternehmerischen Freiheit den Wesensgehalt dieses Freiheitsrechts zum Maßstab seiner

lung und attestieren diesen Entscheidungen „eine umfassende Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung durch ein unabhängiges Gericht“.

¹²¹ EuGH Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347 Rn. 50-67 – *Sky/Österreichischer Rundfunk*.

¹²² EuGH, Rs. C-101/12, BeckRS 2013, 81980 = DÖV 2014, 41 Rn. 29 ff. – *Schaible* – zu Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 UAbs. 1 sowie von Abschnitt B Nr. 2 des Anhangs der Verordnung Nr. 21/2004 des Rates vom 17.12.2003 zur Einführung eines Systems zur Kennzeichnung und Registrierung von Schafen und Ziegen.

¹²³ EuGH, Verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, ZUR 2011, 49 Rn. 65 ff. – *Schecke* – zu Art. 18 und 20 der RL 45/96 über die Veröffentlichung von Daten über den Erhalt europäischer Agrarbeihilfen.

¹²⁴ EuGH, Rs. C-426/11, EuZW 2013, 747 Rn. 35 f. – *Alemo-Herron*.

Kontrolle erklärt.¹²⁵ Neben der Verhältnismäßigkeit bedarf die „absolute Schranke“ des Wesensgehalts in der Grundrechtsprüfung des Gerichtshofs einer stärkeren inhaltlichen Konturierung, um so ein umfassendes, beide Schranken-Schranken umfassendes Kontrollkonzept auszubilden.¹²⁶

Dies ist als ein an die Rechtsprechung und die Verfassungslehre im europäischen Verfassungsverbund gerichteter Auftrag zu verstehen. Denn namentlich auch in der deutschsprachigen verfassungsrechtlichen Dogmatik und in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts wurde die Frage, was der Wesensgehalt eines Grundrechts ist, bis heute noch nicht überzeugend und allgemein anerkannt herausgearbeitet. Dies findet seinen Grund gewiss nicht zuletzt in der schwankenden Haltung des Bundesverfassungsgerichts bei der richterlichen Auslegung und Anwendung des Art. 19 Abs. 2 GG.¹²⁷ Seine – auch die unternehmerische Freiheit kennzeichnende¹²⁸ – Rechtsprechung ist dadurch gekennzeichnet, dass es, soweit es im Rahmen der Schranken-Schranken eine Maßnahme nicht allein am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überprüft, die Wesensgehaltsgarantie mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip argumentativ eng miteinander verknüpft und eine Prüfung sodann auf die Elemente der Verhältnismäßigkeit zentriert.¹²⁹ Auch bei einer vertikalen und horizon-

¹²⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347 Rn. 48 f. – Sky/Österreichischer Rundfunk – sowie Rs. C-314/12, EuZW 2014, 388 Rn. 51 – UPC Telekabel Wien GmbH; Rs. C-101/12, BeckRS 2013, 81980 = DÖV 2014, 41 Rn. 27 – Schaible.

¹²⁶ Vgl. zum Kontrollkonzept des EuGH Müller (Anm. 1), S. 327 f., 343 f., mit Nachw. zur jüngeren Rspr. des EuGH.

¹²⁷ Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, § 85 II 3 (S. 850 ff.) sowie § 85 III 2 c (S. 871). An diesem vor über zehn Jahren erhobenen Befund von K. Stern hat sich bis heute nichts geändert.

¹²⁸ Vgl. BVerfGE 97, 228 (263) – Kurzberichterstattungsrecht (1998). Bei seiner Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG konzentriert sich das Gericht vollständig auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rn. 119 ff.); ebenso BVerfGE 102, 197 (215, 217 ff.) – Monopolisierung von Spielbanken.

¹²⁹ Kennzeichnend ist insoweit die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum „Europäischen Haftbefehl“. Zwar heißt es im Leitsatz 3, „...der Gesetzgeber (habe insbesondere) über die Beachtung der Wesensgehaltsgarantie hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG schonend erfolgt.“ In Rn. 83 subsumiert das BVerfG dann aber wie folgt: „Der Gesetzgeber war beim Erlass des Umsetzungsgesetzes zum Rahmenbeschluss verpflichtet, das Ziel des Rahmenbeschlusses so umzusetzen, dass die

talen Annäherung der Konzepte der Kontrolldichte, wie sie dem Luxemburger Gerichtshof und den Höchstgerichten der Mitgliedstaaten zugrunde liegen, werden mitgliedstaatliche Maßnahmen in der Rechtsprechung des EuGH weiterhin tendenziell einer intensiveren Kontrolle unterliegen, weil sie zuvörderst in der Gefahr stehen, das Binnenmarktziel zu gefährden.

Die Transferklausel des Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh steht dieser an den EuGH gerichteten Forderung, sein Prüfungskonzept für die Fälle von Eingriffen in Grundrechte fortzuentwickeln, nur scheinbar entgegen. Denn sie verpflichtet zwecks Wahrung der Mindestgarantien der EMRK zwar zu einer kohärenten Auslegung der konventionsentsprechenden Rechte der Charta im Verhältnis zur Konvention („gleiche Bedeutung und Tragweite“), steht aber einer Rechtsprechung nicht entgegen, die die allgemeine Schrankenbestimmung nach Art. 52 Abs. 1 GRCh in ein Konzept zur Kontrolle von Grundrechtsverletzungen einbindet.¹³⁰ Das Schrankensystem der EMRK samt der „differenzierteren Schrankensystematik“ des Straßburger Gerichtshofs wirkt mithin auf die *Auslegung* des Art. 52 Abs. 3 GRCh ein, hindert den Luxemburger Gerichtshof aber nicht, die Systematik abgestufter Kontrolle fortzuentwickeln und auch auf diese Weise „einen weiter gehenden Schutz“ der Grundrechte in der Union zu gewähren (argumentum Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GRCh).

Der erst im Schlußstadium der Beratungen des Konvents in den Art. 16 GRCh aufgenommene Passus, wonach die unternehmerische Freiheit „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“ wird, führt zu keiner weiteren Einschränkung der Freiheit im Vergleich zu Art. 15 GRCh. Dies ergibt sich bereits aus einem Vergleich mit Art. 9, 10 Abs. 2

dabei unumgängliche Einschränkung des Grundrechts auf Auslieferungsfreiheit verhältnismäßig ist. Insbesondere hat der Gesetzgeber über die Beachtung der Wesensgehaltsgarantie hinaus dafür Sorge zu tragen, dass der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 16 Abs. 2 GG schonend erfolgt.“

¹³⁰ Im Ergebnis ebenso *Thorsten Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh, Rn. 38; enger wohl die Ansicht von *Thomas v. Danwitz*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, Kölner Gemeinschafts-Kommentar, 2006, Art. 52 Rn. 63, wonach „der Rechtsgedanke des Art. 52 Abs. 3 Satz 2“ dazu führt, „dass ausnahmsweise nicht die Kollisionsregel in Abs. 3 S. 1, sondern die in Art. 52 Abs. 2 anzuwenden ist.“ Kritisch gegenüber solchen eigenen Prüfungskonzepten des EuGH – ohne weitere Begründung – *Ziegenhorn* EuZW 2013, 351 (352).

und 14 Abs. 3 GRCh, die eine ähnliche Bezugnahme auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten enthalten, bei denen jedoch unzweifelhaft ist, dass mit dieser Bezugnahme keine im Vergleich zu Art. 52 Abs. 1 GRCh engeren Schranken normiert werden. Art. 52 Abs. 2 GRCh kann hinsichtlich der Wettbewerbsfreiheit ebenfalls nicht angewandt werden, weil aus Art. 119 Abs. 1, 3 AEUV kein subjektiver Anspruch entnommen werden kann¹³¹ und Art. 52 Abs. 2 GRCh nur auf Vorschriften verweist, die subjektive Rechte beinhalten.¹³² Nach dem Wortlaut von Art. 16 GRCh können auch Art. 52 Abs. 4 und 6 GRCh Anwendung finden. Die unternehmerische Freiheit als Teilaspekt der Berufsfreiheit führt zur Anwendbarkeit des Art. 52 Abs. 4 GRCh. Art. 52 Abs. 6 GRCh recurriert nochmals auf die „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“, wie sie in der Charta bestimmt sind. Art. 16 GRCh steht unter solch einem Vorbehalt und unterfällt damit auch dieser Bestimmung. Somit wird die unternehmerische Freiheit von gleich drei Bestimmungen des Art. 52 GRCh in Bezug genommen.¹³³ Dabei bleibt jedoch unklar, welche Bedeutung die Absätze 4 und 6 des Art. 52 GRCh neben dem allgemeinen Grundsatz aus Absatz 1 für dieses Grundrecht haben.

Die Formulierung „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ wurde zur Wahrung der Balance zwischen den Grundrechten der Mitgliedstaaten und der Union in den Art. 16 GRCh eingefügt.¹³⁴ Diese „Vertikalklausel“ stellt nochmals klar, dass die Grundrechtecharta nicht in die verfassungsmäßige Ordnung der Mitgliedstaaten eingreift, was indes bereits aus Art. 51 Abs. 2 GRCh und Art. 52 Abs. 6 GRCh folgt.¹³⁵ Eine solche Gefahr besteht allerdings vor allem bei Teilhabe- und Leistungsrechten, weniger hingegen bei Abwehrrechten wie Art. 16 GRCh. Auch werden die nationalen Rechtsordnungen von der Grundrechtecharta nur dann in Bezug genommen, wenn die Rechtsset-

¹³¹ Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, Rn. 803.

¹³² Martin Borowsky, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 52 Rn. 25 f. Rengeling/Szczekalla (Anm. 131), Rn. 462 ff.

¹³³ Borowsky (Anm. 132), Art. 52 Rn. 46 d.

¹³⁴ Stefan Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, S. 100 f.

¹³⁵ Jürgen Schwarze, EuR 2003, 535 (561 f.); Schöbener (Anm. 59), S. 170 ff. (175 f.).

zungskompetenzen der Union begrenzt sind. Der Passus kann insoweit als „systemwidrig“ qualifiziert werden,¹³⁶ ist aber als Kompromiss des Konvents bei der Auslegung und Anwendung des Art. 16 GRCh zu beachten. Damit sind freilich Auslegungsschwierigkeiten verbunden.

In der gleichartigen Auslegung der Schranken der Berufsfreiheit und der unternehmerischen Freiheit wird deutlich, dass die Rechtsprechung des EuGH dem Wortlaut der unternehmerischen Freiheit im Detail bisher keine Beachtung schenkt, ihn sogar ignoriert. Hinsichtlich des Art. 28 GRCh in Titel IV der Charta, der ebenfalls den Passus aufweist, hat der EuGH eine Rechtsprechung entwickelt, in der er explizit auf nationales Recht eingeht und es berücksichtigt.¹³⁷ Konsequenterweise müsste er daher, soweit er nicht zumindest die Bedeutungslosigkeit der Vertikalklausel für Art. 16 GRCh feststellt, auch die nationalen, mit Art. 51 Abs. 1 GRCh konformen „Rechtsnormen und Gepflogenheiten“ als legitime Schranken der unternehmerischen Freiheit anerkennen. Da Art. 16 GRCh von den Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 GRCh) anzuwenden ist, kann die Freiheitsgarantie zugunsten des Einzelnen aus ebendieser Bestimmung nicht unter zusätzliche Vorbehalte gestellt werden. Es ist daher kein Raum für einzelstaatliche Einschränkungen des Grundrechts, die nicht ihrerseits an der Schrankenbestimmung des Art. 52 Abs. 1 GRCh gemessen werden können. Es wäre allerdings ein Fehlschluss, hieraus zu entnehmen, dass den „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ im Rahmen des Art. 16 GRCh faktisch keine Bedeutung zukommt. Denn die nationalen Normen können auch im Rahmen des Art. 52 Abs. 1 GRCh wirken.¹³⁸

So kann innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgrund mitgliedstaatlicher Eigenheiten durchaus ein geringerer oder auch höherer Rechtfertigungsdruck entstehen. Mit Blick auf die Rechtfertigung von Eingriffen unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit manifestiert sich der Vorbehalt des Art. 16 GRCh im Ergebnis in einem er-

¹³⁶ *Clemens Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Europäische Grundrechtecharta, Kölner Gemeinschafts-Kommentar, 2006, Art. 52 GRCh Rn. 12.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779 Rn. 44 – International Transport Workers; Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 91 – Laval un Partneri.

¹³⁸ Nach *Schöbener* (Anm. 59), S. 176, „läuft (die) Kompetenzwahrungsklausel mit Klarstellungsfunktion“ innerhalb des Art. 16 GRCh regelmäßig „leer“; a. A. *Hans-Werner Rengeling*, DVBl. 2004, 453 (459).

weiterten Handlungsrahmen der Gesetzgeber der Mitgliedstaaten, der namentlich ihren Prognosespielraum betrifft.¹³⁹ Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, dass der EuGH, im Gegensatz zu seiner Rechtsprechung zu Art. 15 GRCh, in den Rechtssachen *Sky/Österreichischer Rundfunk*¹⁴⁰ und sodann *Schaible*¹⁴¹ eine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 16 GRCh vorgenommen hat.

IV. Resümee

Der Luxemburger Gerichtshof hatte in den vergangenen Jahren mehrfach Gelegenheit, die unternehmerische Freiheit als marktstituierendes Grundrecht der Charta der Union zu konturieren. Die Grenzen, die er hieraus für das Handeln der Union und der Mitgliedstaaten abzuleiten versucht, werden in dem Maße überzeugen, wie es dem EuGH gelingt, Eingriffe der Hoheitsgewalt am Maßstab eines ausdifferenzierten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und eines inhaltlich konkretisierten Maßstabs des Wesensgehalts zu messen. Nur so kann es gelingen, den weiten Beurteilungsspielraum, der dem Gesetzgeber eröffnet ist, bei der Regulierung grundrechtsgeschützter Lebenssachverhalte freiheitsschonend zu kontrollieren. Bei der Abwägung multipolarer Grundrechtskonstellationen ist der Gerichtshof zusätzlich gefordert, das Schutzgut der unternehmerischen Freiheit gegenüber den kollidierenden Grundrechten abwägend in Stellung zu bringen. So bleibt das alte-neue Grundrecht ein Auftrag auch an die Rechtsprechung, zunächst aber an den Gesetzgeber.

¹³⁹ *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 18 sowie Art. 52 Rn. 83; *Grabenwarter* (Anm. 1), S. 28.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-283/11, EuZW 2013, 347 Rn. 50-67 – *Sky/Österreichischer Rundfunk*; *Schorkopf* (Anm. 6), S. 32.

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-101/12, BeckRS 2013, 81980 = DÖV 2014, 41 Rn. 29 ff. – *Schaible*.