

### Herausgegeben von

Prof. Dr. K. H. Friauf, Köln  
 Prof. Dr. D. Henrich, Regensburg  
 Prof. Dr. G. Kohlmann, Köln  
 Prof. Dr. H. Kollhosser, Münster  
 Prof. Dr. B. Rebe, Braunschweig  
 Prof. Dr. C. Roxin, München  
 Prof. Dr. H. H. Rupp, Mainz  
 Prof. Dr. A. Teichmann, Mainz

### Redaktion

Ass. Doris Probst, Neuwied

**Heft 10**  
**Oktober 1992**

### Geschäftsführende Herausgeber

RiVGH Dr. R. Rubel, Wiesbaden  
 Prof. Dr. E. Samson, Kiel  
 Prof. Dr. H.-P. Schwintowski, Passau

## Die Freiheit von Berufswahl und Berufsausübung

Prof. Dr. Christoph Gusy, Mainz

Art. 12 Abs. 1 GG schützt zentral die Freiheit der Berufswahl und diejenige der Berufsausübung. Sie sollen im folgenden dargestellt werden. Dagegen stehen Art. 12 Abs. 2, 3 GG im systematischen Kontext des Art. 2 Abs. 1 GG. Dieser Problemkreis bleibt hier ausgespart.<sup>1</sup>

### I. Grundrechtsschutzbereich

#### 1. Grundrechtsträger und Grundrechtsadressaten

Die Freiheiten des Art. 12 Abs. 1 GG gelten ihrem Wortlaut nach nur für Deutsche im Sinne des Art. 116 GG; aber auch für inländische juristische Personen.<sup>2</sup> Ausländer sind demnach keine Träger dieses Grundrechts; sie können sich allerdings auf den subsidiären Art. 2 Abs. 1 GG berufen.<sup>3</sup> Allerdings bedürfen sie einer Arbeitserlaubnis zur Aufnahme einer Beschäftigung in der Bundesrepublik (§ 19 AFG).<sup>4</sup> Damit umreißt Art. 12 GG aber nur den grundgesetzlich gebotenen Minimalstandard der Freiheit. Die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf Deutsche schließt nicht aus, daß der Gesetzgeber auch Ausländern die gleiche oder doch eine vergleichbare Stellung einräumt, wie dies etwa in bzw. aufgrund Art. 48ff, 52ff. EWGV für EG-

Angehörige vorgesehen und partiell verwirklicht ist.<sup>5</sup>

Über seine Staatsgerichtetheit (Art. 1 III GG) erkennt das BVerfG dem Grundrecht vereinzelt Drittwirkung zu, „namentlich wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt“.<sup>6</sup>

#### 2. „Beruf“

Die berufsbezogene Freiheit ist die mit Abstand wichtigste Teilfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Dagegen erlangen die anderen, dort genannten Teilfreiheiten nur geringe eigenständige Bedeutung. *Arbeitsplatz* ist die Stätte, an welcher die Berufstätigkeit konkret ausgeübt wird.<sup>7</sup> *Ausbildungsstätte* ist jede Einrichtung, welche über die allgemeine Schulbildung hinaus der Ausbildung für einen oder mehrere Berufe dient.<sup>8</sup> Dazu zählen auch Hoch- und Fachhochschulen; nicht hingegen die allgemeinbildenden Schulen.

##### a) Handlungsfreiheit und Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG schützt im Hinblick auf den Beruf mehrere Einzelfreiheiten. Maßgeblich für die Abgrenzung des Grundrechtsschutzbereichs ist zunächst das Merkmal des „Berufs“. „Beruf“ ist jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung einer Le-

bensgrundlage zu dienen bestimmt ist.<sup>9</sup> Der zuletzt genannte Aspekt wird vielfach auch als „Gewinnerzielungsabsicht“ bezeichnet.

Über Inhalt, Gegenstand und Art der Tätigkeit sagt der genannte Begriff nichts. Es gibt keine eigene Tätigkeit des „Berufs“. Vielmehr ist Beruf eine bestimmte Ausübungsform von Handlungen, die auch nicht-beruflich vorgenommen werden können. Fußballspielen, wissenschaftliche Forschung oder Autoreparatur können von Amateuren in durchaus perfekter Weise ebenso wahrgenommen werden wie von Berufts wegen. Aus der Art der Tätigkeit, also

<sup>1</sup> S. dazu näher BVerfGE 74, 102; 83, 119, 126ff.; Gusy, JuS 1989, 710.

<sup>2</sup> BVerfGE 21, 261, 266; 22, 380, 383; 30, 292, 312; 50, 290, 363; 65, 196, 210.

<sup>3</sup> BVerwGE 59, 284, 294; Jarass/Pieroth, GG, 1989, Art. 12 Rn. 10.

<sup>4</sup> Dazu näher die ArbeitserlaubnisVO v. 12. 9. 1980, BGBl I 1754, m. Änd.

<sup>5</sup> Nicht hingegen für Türken; s. EuGH, DVBl 1988, 35; BVerwGE 78, 192, 196ff.

<sup>6</sup> BVerfGE 81, 242, 252ff.

<sup>7</sup> Überblicke bei Breuer, in: Isensee/Kirchhof, HBDStR VI, 1989, § 147; Erichsen, Jura 1980, 551; Friauf, JA 1984, 137; Meessen, JuS 1982, 397; Papier, DVBl 1984, 801.

<sup>8</sup> BVerfGE 41, 251, 261; 58, 257, 273. Dazu Wältermann, DVBl 1989, 699.

<sup>9</sup> BVerfG, NJW 1991, 1667; s. a. BVerfGE 41, 251, 261 f.

dem, was einer tut, kann man demnach nicht notwendig erkennen, ob sein Handeln einen „Beruf“ darstellt oder nicht. Vielmehr kommt es auf weitere, außerhalb der Tätigkeit selbst liegende Umstände an, die darüber Auskunft geben, ob eine Tätigkeit als Beruf anzusehen ist oder nicht.

Das heißt aber nichts anderes, als daß der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG Handlungen erfaßt, die auch schon in anderen Grundrechten geschützt sind. Für die Freiheit der wissenschaftlichen Forschung, des Fußballspiels oder der Autoreparatur bedarf es der Berufsfreiheit nicht. Diese Handlungen sind als solche schon in anderen Freiheitsrechten geschützt; nämlich in Art. 5 Abs. 3; 2 GG. Würde Art. 12 GG sich darauf beschränken, dieses Handeln ein weiteres Mal als „frei“ zu verbürgen, so wäre die Bestimmung sinnlos. Ihr Schutzbereich ist eben nicht „jede Tätigkeit“. Sie bezieht sich nicht allein darauf, ein Handeln, das schon in anderen Grundrechten als frei garantiert ist, noch ein weiteres Mal zu sichern. Vielmehr liegt der Schwerpunkt auf den anderen genannten Begriffsmerkmalen: Nämlich den Zielen der Dauerhaftigkeit und der Gewinnerzielung. *Der so verstandene Art. 12 GG schützt demnach die Freiheit, eine (schon anderswo grundrechtlich geschützte) Tätigkeit zum Gegenstand beruflicher Tätigkeit zu machen; also zu kommerzialisieren.*

Schutzgut ist nicht die Handlung, sondern das Motiv, aus welchem die Handlung vorgenommen wird. Und dieses Motiv ist die „Schaffung einer Lebensgrundlage“, also die wirtschaftliche Verwertung der Handlung bzw. ihrer Ergebnisse. Art. 12 Abs. 1 GG schützt also nicht „das Fußballspielen“, sondern das professionelle Fußballspielen.

Diese Abgrenzung des Art. 12 GG folgt also an der Schnittlinie zwischen der vorgenommenen Handlung einerseits – sie ist nicht in Art. 12 Abs. 1 GG geschützt – und des Handlungsmotivs andererseits. Wird einem Gentechniker die Fortsetzung seiner Forschungen untersagt, weil daraus Gefahren für Leben und Gesundheit resultieren, so ist dies ein Eingriff nicht in Art. 12 GG, sondern in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Wird ihm hingegen untersagt, als Gentechniker in einem gentechnischen Unternehmen tätig zu sein, weil er dort seinen Pflichten gegenüber den Auszubildenden nicht nachgekommen ist, so ist dies ein Eingriff in Art. 12 GG. Der Unterschied liegt darin, daß er

im ersten Fall nicht mehr forschen darf; im zweiten hingegen lediglich daran gehindert ist, seine Forschungstätigkeit in Unternehmen zu kommerzialisieren.

#### b) Dauerhaftigkeit und Gewinnerzielungsabsicht

Wann aber ist eine Tätigkeit im dargestellten Sinne „kommerzialisiert“? Die Abgrenzung erfolgt anhand der beiden Begriffsmerkmale, welche denjenigen der „Tätigkeit“ im Berufsbegriff ergänzen.

*Auf Dauer angelegt* ist eine Tätigkeit, wenn sie – nach der subjektiven Ansicht des Handelnden – nicht nur einmal oder vorübergehend auf kurze Zeit, sondern über einen längeren Zeitraum hinweg ausgeübt werden soll.<sup>10</sup> Dies ist aber nicht eng auszulegen. Schon Ferienarbeit von Schülern und Studenten, Gelegenheitsarbeiten oder Aushilfsjobs sind als „Beruf“ anzusehen; ebenso die Nebentätigkeit neben einem anderen Beruf, wenn und soweit auch sie der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu dienen bestimmt ist.<sup>11</sup> Nicht hingegen kommt es darauf an, ob die Tätigkeit tatsächlich von längerer Dauer ist. Erweist sich der neue Börsenmakler als derart erfolglos, daß er schon nach seinem ersten Tag im Börsenhandel aufgibt, so war dies trotzdem ein Beruf, wenn nur die Absicht der Dauerhaftigkeit bestand. Praktisch dient das Merkmal also nur zur Abgrenzung von einmaligen oder nahezu einmaligen Tätigkeiten. Es soll die private Lebenssphäre auch dann, wenn sie einmal Geld einbringt, von berufsregelnden Normen freihalten. Eine Hausfrau, die das Testament ihrer Erbtante gegen eine Vergütung aus dem Nachlaß vollstreckt, soll auch dann nicht dem komplizierten Regelwerk des § 34c GewO unterfallen, wenn sie für die Erbengemeinschaft ein Grundstück an Dritte veräußert.

Die *Absicht der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage*, also die Gewinnerzielungsabsicht, ist gleichfalls allein subjektiv zu verstehen. Auch hier kommt es nicht auf die tatsächliche, sondern auf die angestrebte Rentabilität an. Ist die Tätigkeit objektiv unrentabel, so ist sie auch dann als Beruf anzusehen, wenn dies von vornherein offenkundig war, sofern nur der Handelnde eine andere Absicht verfolgte. Damit ist zugleich umgekehrt ausgesagt, daß ein Verhalten, welches zum Lebensunterhalt keinerlei nennenswerten Beitrag leisten kann und soll,

auch keinen Beruf darstellt.<sup>12</sup> Dabei steht praktisch der Einnahmezweck im Vordergrund. Wer gegen Entgelt Tätigkeiten vornimmt, handelt beruflich auch dann, wenn er von diesen Entgelten tatsächlich nicht lebt oder ihrer zum Lebensunterhalt nicht bedarf. Damit hängt die Beruflichkeit praktisch von der Einnahmehöhe ab: Hohe Einnahmen indizieren Professionalität; sehr niedrige hingegen das Gegenteil.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt sowohl den *selbständigen als auch den unselbständigen Beruf*.<sup>13</sup> Dadurch unterscheidet sich das Grundrecht von der älteren Gewerbefreiheit (§ 1 GewO). Sie ist der Berufsfreiheit in vielfacher Hinsicht vergleichbar, aber allein auf Selbständige begrenzt.<sup>14</sup>

#### c) Verbotene Tätigkeiten als Beruf?

*Ist eine Tätigkeit generell verboten, so kann sie auch nicht dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen.*<sup>15</sup> Der Grund hierfür liegt in dem Umstand, daß die Berufsfreiheit eben keine Freiheit von Handlungen verbürgt, sondern lediglich die Freiheit bestimmter Handlungsmotive erfaßt. Die Zahl der erlaubten Handlungen wird durch Art. 12 GG demnach nicht vergrößert.<sup>16</sup> Garantiert die Freiheit des Berufs, daß es erlaubt ist, eine Tätigkeit zur Gewinnerzielung zu nutzen, so garantiert er nicht zugleich die Freiheit jener Tätigkeit. Deren Freiheit kann nur durch andere Grundrechte garantiert sein. *Dementsprechend setzt Art. 12 GG die „Erlaubtheit“ der Tätigkeit als solche voraus.* Wird also der Boxsport wegen Gesundheitsgefahren generell verboten, so ist dies kein Eingriff in die Berufsfreiheit. Vielmehr wird auch das Amateurboxen untersagt. Dieser Eingriff betrifft lediglich Art. 2 Abs. 1 GG. Die Berufsfreiheit ist nicht betroffen: Verbotene Tätigkeiten können nicht zur Grundlage der Berufstätigkeit gemacht

10 Seit BVerfGE 7, 377, 397; Überblick bei *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 7. A., 1991, Rn. 904ff.

11 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 19; s. a. BVerfGE 32, 1, 21ff.

12 BVerfGE 21, 173, 179; 54, 237, 246; BVerwGE 84, 194, 197.

13 BVerfGE 33, 44, 51; OLG Hamm, NJW 1977, 399. Zur Nebentätigkeit BVerwGE 60, 254, 255f.; 67, 287, 294f.

14 BVerfGE 7, 377, 398f.; 54, 301, 322.

15 Zum Verhältnis zwischen Berufs- und Gewerbefreiheit BVerfGE 21, 261, 266; 22, 380, 383; 41, 205, 228; 50, 290, 363.

16 BVerfGE 7, 377, 397; näher *Berg*, GewA 1977, 249.

werden und unterfallen deshalb nicht einmal dem Schutzbereich des Art. 12 GG. Dieser wäre erst dann einschlägig, wenn allein das Profi-Boxen verboten würde.

Als Test- und Beispielfall kann die *Schwarzarbeit* herangezogen werden. Das Tapezieren ist nicht verboten, also eine erlaubte Tätigkeit. Auch das Tapezieren der Wohnungen anderer Leute mit deren Einverständnis ist nicht verboten. Es handelt sich also um eine erlaubte Tätigkeit, die ihrerseits Gegenstand der Berufsfreiheit werden kann, wenn sie mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt wird. Das Tapezieren gegen Entgelt ist demnach durch Art. 12 GG erfaßt. Allerdings ist die Berufsfreiheit insoweit eingeschränkt: Das Tapezieren gegen Entgelt bei anderen ist nur gestattet, wenn die steuer- und gewerberechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind; wenn es also nicht „schwarz“ ausgeübt wird.<sup>17</sup> Die steuer- und gewerberechtlichen Voraussetzungen sind also an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

Auf die Aspekte der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit beschränkt sich allerdings die Frage nach der Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Tätigkeit. Nicht zutreffend ist es demgegenüber, die Frage nach der Rechtmäßigkeit auszuweiten auf die „soziale Wertigkeit“<sup>18</sup> eines Handelns. Hier geht es um die alten Fragen, ob Prostitution oder Astrologie als Beruf angesehen werden könnten.<sup>19</sup> Diese allein würde eine Tätigkeit nur dann unzulässig machen und damit außerhalb des Schutzbereichs der Berufsfreiheit stellen, wenn das Sittengesetz des Art. 2 Abs. 1 GG als selbständige, gesetzlich nicht konkretisierungsbedürftige Grundrechtsschranke anzusehen und „unsittliche“ Handlungen deshalb verfassungsunmittelbar untersagt wären. Eine solche Bedeutung des „Sittengesetzes“ in Art. 2 Abs. 1 GG ist jedoch nicht erkennbar: Es mag den Gesetzgeber zu Verbotsnormen ermächtigen, verbietet aber nicht selbst.<sup>20</sup>

#### d) Zusammenfassung: Vom Sinn der Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG garantiert die Freiheit, eine erlaubte Tätigkeit zur wirtschaftlichen Lebensgrundlage zu machen; also zu kommerzialisieren. Dies legt die Frage nach dem Sinn eines eigenständigen grundrechtlichen Schutzes eines bestimmten Handlungsmotivs nahe. Hier

lassen sich ein historischer und ein rechtssystematischer Aspekt unterscheiden.

Historisch entstand die Berufsfreiheit aus der Gewerbefreiheit, die ihrerseits gegen Zunftzwang und staatliche Berufsordnungen gerichtet war. Solche Zwänge und Ordnungen hatten auf der Einsicht basiert, daß jedermann einer wirtschaftlichen Lebensgrundlage bedürfe. Ihr Ziel war es gewesen, denjenigen, welche über eine solche Grundlage verfügten, Schutz vor wirtschaftlichem Ruin zu gewährleisten; anders ausgedrückt: ihnen den Erhalt ihrer „Nahrung“ zu sichern. Der Schutz der Berufstätigen erfolgte demnach durch den Ausschluß von Neuzugängen, indem Höchstzahlen für Gewerbebetriebe festgesetzt und weitere Niederlassungen verhindert wurden. Diese alte Ordnung schränkte nicht nur die Freiheit der Nachfrager ganz erheblich ein. Sie führte letztlich zu erheblichen Ungleichheiten: Wer im Genuß einer „Nahrung“ war, war gegen Konkurrenz geschützt; wer über keine solche verfügte, war praktisch von der gewerblichen Tätigkeit ausgeschlossen. Das galt auch dann, wenn der Ausgeschlossene leistungsfähiger als der Gewerbetreibende war.<sup>21</sup> Der Übergang von der reglementierten Wirtschaft zur Gewerbe- bzw. Berufsfreiheit führte hier zur Aufhebung des Konkurrenzschutzes und zur gleichen Freiheit für alle. Dies zeigt die erste Schutzrichtung der Berufsfreiheit: *Sie ist kein wirtschaftlicher Existenz- oder Bestandschutz;*<sup>22</sup> die Konkurrenz – und damit die Möglichkeit von Konkurs und Arbeitslosigkeit – ist nicht Grenze, sondern Inhalt der Freiheit.

Rechtssystematisch steht ein anderer Aspekt im Vordergrund: Wer eine Tätigkeit zur Grundlage seiner Lebensführung macht, übt sie regelmäßig häufiger und intensiver aus als andere, die sie aus sonstigen Gründen betreiben. Dadurch wirkt die Tätigkeit des Profis in höherem Maße auf Rechtsgüter Dritter und der Allgemeinheit ein als diejenige des Amateurs. Wer beruflich Grundstücke vermittelt, gelangt in viel intensiveren Kontakt mit Vermögensinteressen Dritter als derjenige, der seinem Freund einen Tip gibt, an wen er sein Haus mit Gewinn verkaufen kann. Wer beruflich anstreicht und tapeziert, kann mit Farben und Lacken andere Umweltrisiken begründen als derjenige, der seinem Nachbarn bei der Renovierung hilft. Dies gilt erst recht, wenn man die beiden eben genannten

Vergleiche auf große Dienstleistungs- oder Industrieunternehmen überträgt. Wer also eine Tätigkeit zum Beruf macht, begründet besondere Gefahren für Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit. Daraus folgt eine *besondere rechtliche Schutzbedürftigkeit der Berufstätigkeit*, damit berufliche Tätigkeit nicht vorschnell zum Schutz konkurrierender Rechtsgüter untersagt wird. Es rechtfertigt aber auch *besondere Einschränkungsmöglichkeiten gegenüber der Berufstätigkeit*. Der schwierige Ausgleich zwischen beiden Belangen ist der rechtssystematische Zweck des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG.

### 3. Der Schutz der Berufsfreiheit im Grundgesetz

a) Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG thematisiert die Freiheit der *Wahl*, Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG die *Ausübung* des Berufs. Zwar ist von der „Freiheit“ nur im 1. Satz die Rede. Desungeachtet besteht Einigkeit darüber, daß S. 2 im Hinblick daneben die Freiheit der Berufsausübung entweder selbst schützt oder doch als in anderen Grundrechten geschützt voraussetzt.<sup>23</sup> Anders wäre es systematisch nicht zu erklären, daß S. 2 einen Gesetzesvorbehalt für Eingriffe enthält: Wäre die Berufsausübung ohne Grundrechtsschutz, bedürften Eingriffe auch keiner gesetzlichen Grundlage. Nach dieser Lehre enthält Art. 12 Abs. 1 GG demnach die Freiheit der Berufswahl und die Freiheit der Berufsausübung. Sie sind in den beiden Sätzen des Grundrechts in unterschiedlichem Maße geschützt. Während die Freiheit der Berufswahl

17 BVerfGE 61, 291, 310: „Wer einen Beruf ergreifen und ausüben will, ist gehalten, dies im Rahmen der für jedermann geltenden Vorschriften zu tun.“

18 Scholz a. a. O. (Fn. 11), Rn. 29.

19 So aber BVerwGE 22, 286, 289 ff.; Gubelt, in: v. Münch, GG 1, 3. A., 1985, Art. 12 Rn. 9; dagegen Rittstieg, in: AK-GG, 2. A., 1989, Art. 12 Rn. 68.

20 Für Prostitution verneinend BVerwG, GewA 1981, 140; für Astrologie bejahend BVerwGE 22, 286, 289.

21 Dagegen aber Erbel, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, 1971, S. 209; Gem, NJW 1983, 1585, 1586.

22 Daraus resultierte nicht der mikroökonomisch bedenkliche Aspekt der Benachteiligung leistungsfähiger gegenüber leistungsschwachen Marktteilnehmern, sondern auch der makroökonomische Nachteil einer Schwächung der Volkswirtschaft insgesamt. Wer einseitig die Schwachen stützt und die Starken ausschließt, fällt gegenüber der Konkurrenz zurück.

23 BVerfGE 7, 377, 414 ff.

ohne Gesetzesvorbehalt garantiert ist, ist die Berufsausübung gesetzlich regelbar. Diese Differenzierung entspricht dem ausdrücklichen Willen des Parlamentarischen Rates: Er wollte die Freiheit der Wahl des Berufs in möglichst weitem Umfang garantieren. Zugleich aber müsse es „die Möglichkeit geben, Gefahren zu beseitigen, die in der Ausübung eines bestimmten Berufs liegen könnten“.<sup>24</sup> Die genaue Abgrenzung der Wahl von der Ausübung eines Berufs blieb zwischen den Abgeordneten aber eher unklar als umstritten. Einig war man sich lediglich darin, daß derjenige, welcher einen bestimmten Beruf wählt, „sich aber den Bestimmungen über die Voraussetzungen zur Ergreifung dieses Berufs unterwerfen muß“.<sup>25</sup> Bis hierher läßt sich feststellen: Wenn beide Sätze des Art. 12 GG mit der Wahl und der Ausübung eines Berufs unterschiedliche Begriffe verwenden und diese Differenzierung keine zufällige war, sondern dem Willen des Parlamentarischen Rates entsprach, so spricht viel dafür, daß beide Sätze verschiedene Phänomene beschreiben wollen. Dafür spricht insbesondere auch, daß beide Freiheiten in unterschiedlichem Maße geschützt werden sollen.

b) Dem steht aber scheinbar die frühe Rechtsprechung des BVerfG aus dem vielzitierten „Apotheken-Urteil“<sup>26</sup> entgegen. In diesem Fall hatte das Gericht nachzuholen, was im Parlamentarischen Rat unterblieben war: Nämlich die genaue Abgrenzung von Berufswahl und Berufsausübung. In der Frage, ob die Niederlassung von Apotheken durch Obergrenzen kontingiert werden könne, sah sich das Gericht im Jahre 1958 vor die fatale Alternative gestellt: Wer die praktische Berufszulassung unter S. 1 subsumiert, kommt zu einem uneingeschränkten Grundrecht, was u. a. mit Art. 74 Nr. 19 GG nicht vereinbar wäre. Dort ist nämlich die „Zulassung zu ärztlichen Berufen“ ausdrücklich als regel- und damit beschränkbar angesehen. Wer die Zulassung hingegen unter S. 2 faßte, konnte sie wegen des weiten Gesetzesvorbehaltes praktisch unbegrenzt einschränken und damit die Freiheit der Berufswahl ad absurdum führen. Denn – so lautete die Argumentation –: Was nutzt die freie Berufswahl, wenn man den Beruf hernach nicht betreiben darf? Zur Vermeidung dieser Kalamitäten sah sich das Gericht genötigt, auf der Ebene des

Schutzbereichs die Trennung zwischen Wahl und Ausübung des Berufs aufzugeben und dem Art. 12 Abs. 1 GG ein „*einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit*“ zu entnehmen.<sup>27</sup> Dieses „einheitliche Grundrecht“ sollte dann limitierten und differenzierten Schranken unterliegen. Indem das Gericht hier zwischen Berufszulassungsregelungen einerseits und Berufsausübungsregelungen andererseits unterscheidet,<sup>28</sup> machte es allerdings die vorausgesetzte Zusammenfassung beider Teilfreiheiten einem „einheitlichen Grundrecht“ auf der Schrankenebene wieder rückgängig.

So wichtig diese Grundsätze für die damalige Zeit waren, so ist die Entwicklung des Verfassungsrechts doch über sie hinweggegangen. Die fatale Alternative, welche sich dem BVerfG zu eröffnen schien, besteht nach seiner eigenen Rechtsprechung gegenwärtig nicht mehr. Weder ist ein Grundrecht ohne Einschränkungsvorbehalt völlig uneinschränkbar: Vielleicht unterliegt es verfassungssystematischen oder „immanenten“ Schranken. Diese Lehre war jedoch im Jahre 1958 noch nicht bekannt; sie wurde erst in späteren Entscheidungen entwickelt.<sup>29</sup> Noch sind Grundrechte, welche einem gesetzlichen Einschränkungsvorbehalt unterliegen, beliebig einschränkbar. Dies scheidet schon an der geschriebenen Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG); aber auch an dem ungeschriebenen Übermaßverbot. Letzteres war dem BVerfG im Jahre 1958 gleichfalls nicht als Teil des Grundgesetzes bekannt. Vielmehr wurde es erst in der nächsten grundlegenden Entscheidung zu Art. 12 GG ausdrücklich als Teil des Grundgesetzes bezeichnet.<sup>30</sup> Wenn also weder Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG völlig uneinschränkbar noch S. 2 GG völlig relativierbar ist, so besteht gegenwärtig keine Veranlassung mehr, die Figur des „einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit“ beizubehalten. Mit ihrer Aufgabe läßt sich auch die logisch nur schwer nachvollziehbare Operation vermeiden, nach welcher Berufswahl und Berufsausübung auf der Ebene der Schutzbereiche faktisch ununterscheidbar,<sup>31</sup> auf der Ebene der Schranken aber rechtlich trennbar sein sollen.

c) Die Konsequenzen aus dieser Kritik stellen sich so dar: Der Umweg über das „einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit“ führt zurück zum Wortlaut des Art. 12 GG. Dieser zeigt:

- Art. 12 Abs. 1 GG unterscheidet zwei unterschiedliche Phänomene: Den Grundrechtsschutz der Berufswahl und denjenigen der Berufsausübung.<sup>32</sup>
- Beide Rechte sind in Art. 12 GG unterschiedlich intensiv geschützt.
- Die Freiheit der Berufswahl unterliegt dabei den Regeln über Grundrechte ohne Einschränkungsvorbehalt (dazu II).
- Die Freiheit der Berufsausübung unterliegt den Regeln über die Grundrechte mit Einschränkungsvorbehalt (dazu III).

Dieses Verständnis führt nicht notwendig zu Widersprüchen mit der überkommenen Rechtsprechung des BVerfG, die ja – wie dargestellt – ihrerseits nicht völlig frei von Widersprüchen ist. Das Gericht hat seine eigene Lehre aus dem Apothekenurteil auch längst modifiziert und keineswegs stets voll durchgehalten. Allerdings ist die hier vorgenommene Differenzierung sehr wohl in der Lage, Ungereimtheiten und Widersprüche in den Begründungen zu vermeiden und das Grundrecht des Art. 12 GG aus seiner Sonderstellung heraus an die allgemeine Entwicklung der Grundrechtsdogmatik heranzuführen.

## II. Freiheit der Berufswahl

### 1. Anwendungsbereich des Grundrechts

Das Grundrecht der Freiheit der Berufswahl ist anwendbar, soweit nicht speziellere Rechte vorgehen. Als solches kommt insbesondere Art. 33 GG in Betracht: *Der Zugang zum öffentlichen Dienst unterliegt nicht der freien Berufswahl, sondern dem gleichen Zugangsrecht.* Soweit Art. 33 GG reicht, tritt Art. 12 GG daher zurück.<sup>32</sup>

24 So auch BVerfGE 30, 292, 312; 50, 290, 363; Überblick bei Wieland, Die Freiheit des Rundfunks, 1984, S. 174 ff., 199 ff.

25 Abg. v. Mangoldt, zit. nach JöR 1, 134.

26 Abg. v. Mangoldt ebd., S. 135.

27 BVerfGE 7, 377, 397 ff.; daher die folgenden Zitate. Zur Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG Tettinger, AöR 1983, 92.

28 BVerfGE ebd., S. 402.

29 BVerfGE ebd., S. 405.

30 BVerfGE 28, 243, 260 f.; 30, 173, 193.

31 BVerfGE 13, 97, 104.

32 BVerfGE 7, 377, 401: „Die Begriffe Wahl und Ausübung des Berufs lassen sich nicht so trennen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichnete, die sich mit der anderen nicht überschneidet. . . . Die beiden Begriffe erfassen den einheitlichen Komplex „berufliche Betätigung“ von verschiedenen Blickpunkten her.“

Dem öffentlichen Dienst zumindest angenähert sind die „staatlich gebundenen Berufe“. Bei ihnen handelt es sich um Tätigkeiten, welche grundsätzlich als Berufe im Sinne des Art. 12 GG anzusehen sind;<sup>33</sup> die aber zugleich mit der Ausübung staatlicher Aufgaben oder Befugnisse betraut sind. Hier geht es insbesondere um *Beliehene* (Notare, Bezirks-schornsteinfeger u. ä.). Sie unterliegen rechtlichen Sonderregelungen; und zwar umso intensiver, je deutlicher die Hoheitsfunktionen die Berufstätigkeit prägen.<sup>34</sup> Dabei ist zu unterscheiden zwischen der bloßen Berufstätigkeit einerseits (Schornsteinfeger, Sachverständiger) und der staatlichen Tätigkeit (amtliche Messungen des Schornsteinfegers, gerichtliche Hilfstätigkeit des Sachverständigen) andererseits. Erstere unterliegt den Regelungen des Art. 12 GG, letztere hingegen denjenigen des Art. 33 GG. Ist demnach die gesamte Tätigkeit von staatlichen Funktionen geprägt, so ist – wie im öffentlichen Dienst – allein Art. 33 GG anwendbar. Umgekehrt tritt dieser zurück, je geringer der relative Anteil der staatlichen Aufgaben am jeweiligen Beruf ist. Die Terminologie vom „staatlich gebundenen Beruf“ ist insoweit mißverständlich, als gerade die Frage des „Berufs“ rechtlich von derjenigen nach den Bindungen gegenüber dem Staat zu trennen ist.

Die Freiheit der Berufswahl tritt nur insoweit zurück, wie Art. 33 GG reicht. Enthält dieser im Einzelfall keine Sonderregelungen, so ist Art. 12 GG anwendbar.<sup>35</sup>

## 2. Wahl des Berufs

a) Die Freiheit der Berufswahl besteht zunächst darin, jede erlaubte Tätigkeit zum Gegenstand der eigenen Berufstätigkeit zu machen. Sie umfaßt zumindest das *Berufserfindungsrecht* und das *Berufsauswahlrecht*. Dabei kann der Grundrechtsträger in einem oder in mehreren Berufen tätig sein.<sup>36</sup> Umgekehrt soll dem Grundrechtsschutz auch die negative Berufswahlfreiheit, also die Freiheit, keinen Beruf zu wählen, unterfallen.<sup>37</sup>

Die Freiheit der Berufswahl setzt den „Beruf“ voraus. Hier besteht das Berufserfindungsrecht gegenwärtig praktisch immer seltener, da der Gesetzgeber zunehmend dazu neigt, einzelne Berufe rechtlich zu fixieren. Die rechtliche Festbeschreibung solcher „*Berufsbilder*“ kombiniert 2 Regelungen: Sie beschreibt bestimmte Tätigkeiten, für deren berufli-

che Betätigung rechtliche Anforderungen aufgestellt werden. Und sie schließt Personen, welche diese Anforderungen nicht erfüllen, von der beruflichen Tätigkeit in dem umschriebenen Bereich aus. Am vollständigsten durchreglementiert ist das Handwerk, in welchem feste Berufsbilder und -ausbildungsordnungen dominieren. Das Berufserfindungsrecht tendiert hier gegen Null. Praktisch besteht hier ein zentraler Zusammenhang zwischen Berufsausbildung und Berufswahl: Je weiter Berufsbildungsregelungen um sich greifen, desto strenger werden notwendig Berufsbilder fixiert, um festzulegen, für welche Berufstätigkeit welche Ausbildung erforderlich ist. Die Fernhaltung von Nicht-Ausgebildeten setzt voraus, daß geregelt ist, wovon sie ferngehalten werden sollen. Und dies setzt praktisch die Reglementierung des Berufs voraus. Rechtlich stellt sich dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen derartige Berufsbildfestlegungen verfassungsrechtlich zulässig sind.<sup>38</sup> Dies ist aber keine Frage der Berufswahl: Sie setzt den Beruf voraus; und *wo zulässigerweise Berufsbilder normiert sind, stellt sie sich als Auswahlfreiheit zwischen den rechtlich konstituierten und abgegrenzten Berufen dar*. Diese Freiheit der Berufswahl läßt sich umschreiben als die der *Entscheidung über das „Ob“ der Ausübung eines konkreten Berufs*. Hierzu zählen insbesondere die *Entscheidungen* darüber,

- *ob überhaupt ein Beruf ausgeübt werden soll*: Niemand ist verpflichtet, Berufsarbeit zu leisten. Eine Rechtspflicht zur Arbeit gibt es im Grundgesetz – im Gegensatz zu Art. 163 WRV – nicht.
- *welcher Beruf ausgeübt werden soll*: Ein staatliches System der Berufslenkung kann und darf es demnach nicht geben. Die Entscheidung, welcher Beruf der individuellen Eignung und Neigung am besten entspricht, ist Angelegenheit des einzelnen und nicht des Staates. Sind die Berufe durch Berufsbilder rechtlich ausgestaltet, so stellt sich die Berufswahlfreiheit insoweit als Auswahlfreiheit zwischen den ausgestalteten Berufen dar.

b) Das BVerfG hat sich im Apothekenurteil mit dem so beschriebenen Schutzbereich der Berufswahlfreiheit nicht begnügt. Ein möglicher Grund dafür könnte der Umstand gewesen sein, daß die hier vorgenommene Umschreibung

den Akt der Berufswahl weitgehend im Inneren des Grundrechtsträgers ansiedelt. Dabei sah das Gericht möglicherweise die Gefahr, daß das Grundrecht aus Art. 12 I 1 GG leerlaufen könnte: Wenn nur die „innere Wahl“ des Berufs frei wäre, hingegen die Aufnahme der gewählten Berufstätigkeit eingeschränkt werden könnte, welcher Sinn bliebe dann der freien Wahl? Maßgeblicher Streitpunkt war damals die Berufszulassung;<sup>39</sup> Erst in ihr sollte sich der soziale Sinn der Berufswahl entfalten: Wer frei wählen darf, muß auch das Recht haben, das zu tun, was er gewählt hat. „Namentlich stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin sich äußernde Betätigung der Berufswahl.“<sup>40</sup> Dementsprechend prüfte es auf der Seite der Grundrechtsschranken auch eine Regelung, „die schon die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig macht und die damit die Freiheit der Berufswahl berührt.“<sup>41</sup>

Im Vergleich zu jener Rechtsprechung wirkt die hier vorgenommene Umschreibung des Grundrechtsschutzbereichs – Berufswahlfreiheit als Entscheidungsfreiheit, nicht als Betätigungsfreiheit – eher eng. Aber sie wirkt nur so, ist es aber nicht. Die weite Auslegung der Berufswahl im Apothekenurteil entstammt der Erwägung, daß zwar einerseits die Berufsaufnahme nicht schrankenlos sein könne. „Das heißt jedoch nicht, daß die Befugnisse des Gesetzgebers hinsichtlich jeder dieser Phasen der Berufstätigkeit gleich weit gehen. Denn es bleibt stets der im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 deutlich zum Ausdruck kommende Wille der Verfassung zu beachten, daß die Berufswahl frei sein soll, die Berufsausübung geregelt werden darf.“<sup>42</sup> Was das BVerfG damit auf der Ebene des Schutzbereichs anstrebte –

33 BVerfGE 7, 377, 397f.; 11, 30, 39; 16, 6, 21; 17, 371, 377; 52, 303, 345; BVerwG, NVwZ 1987, 315.

34 BVerfGE 16, 6, 21f.; 54, 237, 246; 73, 280, 292ff. Kritisch zur Figur des „staatlich gebundenen Berufs“ Scholz a. a. O. (Fn. 11), Rn. 220ff.

35 BVerfGE 17, 371, 377; 73, 301, 315.

36 BVerfGE 21, 173; 54, 237; 81, 70, 85f.; BGH, NJW 1981, 399.

37 BVerfGE 58, 358, 364; 68, 256, 267.

38 S. dazu näher III 3.

39 v. Mangoldt/Klein, GG, 2. A., 1957, S. 370ff.

40 BVerfGE 7, 377, 401.

41 BVerfGE 7, 377, 406.

42 BVerfGE 7, 377, 402.

nämlich die weite Auslegung des Art. 12 I 1 GG zur Erlangung von möglichst weitem Grundrechtsschutz –, das nahm es auf der Ebene der Schranken partiell zurück.

Eben dieses Ergebnis vermeidet die hier vorgenommene Abgrenzung. Was nicht der Berufswahlfreiheit unterfällt, ist deshalb noch lange nicht grundrechtlich ungeschützt; vielmehr kann es immer noch Art. 12 I 2 GG, also der Berufsausübungsfreiheit, unterfallen. Daneben entspricht die hier vertretene Unterscheidung aber auch dem Wortlaut des Art. 12 I 1 GG, der eben nicht von Berufsfreiheit, sondern nur von der Freiheit der Berufs„wahl“ spricht. Sie entspricht aber auch der Geschichte der Berufs- und Gewerbefreiheit, welche sich gerade gegen den Berufszwang durch Zunft- und Berufsordnung wandte.<sup>43</sup> Und schließlich kommt sie der Entstehungsgeschichte des Art. 12 I GG nahe:<sup>44</sup> Ihr ging es darum, Gefahren aus der beruflichen Tätigkeit gesetzlich regelbar zu machen. Sie müssen demnach dem Art. 12 I 2 GG unterfallen. Daneben sollten aber auch Berufszulassungsregelungen nicht von vornherein unzulässig sein.<sup>45</sup>

c) Damit bleiben für Art. 12 I 1 GG überwiegend solche Handlungen, welche keinen vergleichbar hohen Sozialbezug aufweisen; d. h. die Rechtssphäre Dritter grundsätzlich nicht zu tangieren geeignet sind. Und dies ist eben insbesondere die Berufswahl im geschilderten Sinne.

### 3. Grundrechtsschranken

Die Freiheit der Berufswahl aus Art. 12 I 1 GG ist keinem Einschränkungsvorbehalt unterworfen. Sie ist demnach zwar nicht uneinschränkbar; unterliegt allerdings lediglich *verfassungssystematischen Schranken aus dem GG selbst*. Sie ist einschränkbar, wenn ein Beruf aus verfassungsrechtlich zwingenden Gründen der Freiheit der Berufswahl entzogen wird. Dies wird aber selten praktisch: Ein System von Berufslenkung durch Eingriffe in die Berufswahlfreiheit gibt es in der Bundesrepublik nicht.<sup>46</sup> Zwar enthält Art. 12 I 1 GG keinen Gesetzesvorbehalt; doch folgt die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage möglicher Einschränkungen auf der Grundlage verfassungssystematischer Schranken aus der allgemeinen Lehre vom Eingriffsvorbehalt.<sup>47</sup>

## III. Freiheit der Berufsausübung

Die Berufsausübungsfreiheit kann gleichfalls nur anwendbar sein, sofern keine spezielleren Grundrechte einschlägig sind. Insoweit unterscheidet sich Art. 12 I 2 GG nicht von Art. 12 I 1 GG.<sup>48</sup>

### 1. Schutzbereich

Zur Berufsausübung zählen alle Handlungen im Beruf; beginnend mit der Berufszulassung und endend mit der Berufsaufgabe. Idealtypisch läßt es sich so formulieren: *Berufswahlfreiheit ist die Freiheit zum oder vom Beruf; Berufsausübungsfreiheit ist die Freiheit im Beruf.*<sup>49</sup> Das berufliche Handeln ist wegen seiner höheren Einwirkungs- und damit Gefährdungsintensität für die Rechtsgüter der Allgemeinheit und Dritter<sup>50</sup> in höherem Maße als die Berufswahl regelungsbedürftig, aber auch -fähig. Exakt dies ist die Grundlage der Abgrenzung zwischen Art. 12 I 1 GG einerseits und Art. 12 I 2 GG andererseits. Elemente der Berufsausübung sind insbesondere:

- der *Berufszugang*: Hier geht es um die Frage, ob ein Beruf aus Gründen des Schutzes Dritter oder der Allgemeinheit rechtlich gesperrt werden darf. Derartige Zulassungssperren sind insbesondere Berufsverbote.<sup>51</sup>
- die *individuelle Berufszulassung*: Hierzu zählen Bestimmungen, welche die Tätigkeit des einzelnen im Beruf regeln bzw. begrenzen. Dies sind etwa Regelungen über das Mindest- bzw. Höchstalter für die Berufstätigkeit;<sup>52</sup> die Festlegung von Ausbildungsanforderungen<sup>53</sup> und damit notwendig einhergehend von *Berufsbildern*.<sup>54</sup>
- die *Tätigkeit im Beruf*: Ist ein Beruf grundsätzlich nur bei rechtlich erlaubten Tätigkeiten möglich,<sup>55</sup> so tritt mit der Professionalisierung einer Tätigkeit nicht notwendig ein Verlust an Freiheitsraum ein. Vielmehr ist die Betätigung im Beruf rechtlich frei, soweit sie nicht gesetzlichen Beschränkungen unterworfen ist. Dies kann etwa der Fall sein bei Vorschriften zum Schutz der Sonntagsruhe,<sup>56</sup> Öffnungs- oder Schließungszeiten<sup>57</sup> oder sonstigen, berufsbezogenen Pflichten. Wird hingegen eine Tätigkeit generell untersagt (Hehlerei, Glücksspiel u.ä.), so liegt gar kein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit vor.<sup>58</sup>

## 2. Rechtsfolgen

Rechtsfolge der Berufsausübungsfreiheit ist die *prinzipielle rechtliche Freiheit des Berufs von beschränkenden Eingriffen* durch den Staat. Keinen Schutz bietet Art. 12 GG hingegen gegen Private. Im Gegenteil: Die grundrechtlich geschützte Freiheit des einen konkurriert notwendig mit derjenigen des anderen. Demnach begründet Art. 12 GG mit der Freiheit zugleich die Konkurrenz; er enthält also insbesondere keinen Schutz gegen berufliche Konkurrenz.<sup>59</sup> Das gilt umso mehr, als das Grundgesetz das Vorhandensein von *Wettbewerb* nicht nur hinnimmt, sondern in Art. 74 Nr. 16 GG geradezu voraussetzt. Das gilt prinzipiell gleichermaßen bei wirtschaftlicher Konkurrenz durch staatliche Unternehmen<sup>60</sup> jedenfalls so lange, wie die öffentliche Hand denselben Wettbewerbsbedingungen wie Private unterliegt.<sup>61</sup>

Art. 12 GG enthält keine leistungsrechtlichen Dimensionen. Ein Anspruch auf staatliche Förderung individueller Berufstätigkeit besteht jedenfalls nicht mit Verfassungsrang.<sup>62</sup> Ebenso wenig begründet das Grundrecht ein Recht auf Arbeit, einen Arbeitsplatz oder eine Berufsausbildung.<sup>63</sup> Hat der Staat allerdings Arbeits- oder Ausbildungsplätze

43 S. o. I 2 d)

44 S. o. I 3 a)

45 Abg. v. Mangoldt, JöR 1, S. 136.

46 Zu sonstigen Systemen der Berufslenkung eingehend Pitschas, Berufsfreiheit und Berufslenkung, 1983.

47 Dazu BVerfGE 73, 280; Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 3. A., 1991, Rn. 250f.

48 Dazu o. II 1.

49 Jedenfalls der Formulierung nach ganz ähnlich Jarass/Pieroth, GG, 1989, Art. 12 Rn. 8.

50 S. dazu o. I 2 d)

51 Solche Regelungen können nach BVerfGE 7, 377, 406, die Freiheit der Berufswahl jedenfalls „berühren“.

52 BVerfGE 9, 338, 345ff.; 64, 72, 82ff.

53 BVerfGE 9, 338, 345; 13, 97, 113ff.; 34, 71, 77ff.

54 Dazu schon o. II 2 und III 3.

55 S. o. I 2 c)

56 BVerwG, NJW 1982, 899.

57 BVerfGE 13, 237, 240f.; 59, 336, 349ff.; BVerwG 41, 271, 275f.

58 S. o. I 2 c)

59 BVerfGE 34, 252, 256; 55, 261, 269.

60 BVerfGE 46, 120, 137; 47, 1, 21; BVerwG 39, 329, 336; BVerwG, DöV 1978, 851; BGHZ 82, 375, 390f.

61 Dazu BVerwG, DöV a. a. O.

62 BVerfGE 82, 209, 223.

63 Scholz a. a. O. (Fn. 11), Rn. 44; Schneider/Lecheler, VVDStRL 43, 7/48; Rittstieg a. a. O. (Fn. 19), Art. 12 Rn. 111; Pietzcker, NVwZ 1984, 550; Zum Recht auf Arbeit Isensee, DSt 1980, 367, 376f.; Schwendner, ZfA 1977, 47.

zur Verfügung gestellt, so folgt aus Art. 33 GG bzw. Art. 3 GG (ggfls. in Verbindung mit Art. 12 GG) ein Recht auf gleichen Zugang.<sup>64</sup> Darin erschöpfen sich allerdings die leistungsrechtlichen Grundrechtsgehalte.

### 3. Grundrechtsschranken

Eingriffe in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit bedürfen gem. Art. 12 I 2 GG der gesetzlichen Grundlage. Die Delegation der Befugnisse des Gesetzgebers auf die Exekutive ist nur nach Maßgabe des Art. 80 I GG<sup>65</sup> bzw. im Rahmen zulässiger Aufgabenwahrnehmung von Selbstverwaltungskörperschaften zulässig.<sup>66</sup> Unzulässig sind hingegen Eingriffe aufgrund ungeschriebenen oder Gewohnheitsrechten.<sup>67</sup>

a) Gesetzliche Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung sind allerdings nicht unbegrenzt zulässig. Sie sind vielmehr nur verfassungsgemäß im Rahmen der formellen und materiellen Anforderungen des Grundgesetzes an Grundrechtseinschränkungen. Dabei kommt in der Rechtsprechung des BVerfG insbesondere dem *Übermaßverbot*<sup>68</sup> prägende Bedeutung zu. Eingriffe sind danach nur zulässig

- zugunsten eines *legitimen öffentlichen Zwecks*: Hierzu zählt nicht der Bestands- oder Konkurrenzschutz der schon vorhandenen Berufstätigen; ebensowenig der Schutz des Berufszweiges insgesamt gegen wirtschaftliche Verschlechterungen durch Newcomer. Die Verhinderung von (Ärzte-, Anwalts- u. ä.) „Schwemmen“ ist daher kein grundgesetzlich zugelassener Belang.<sup>69</sup>
- im Rahmen der *Geeignetheit*: Die Zahl der vorhandenen Apotheken ist zur Eindämmung des Medikamentenmißbrauchs ebenso unerheblich<sup>70</sup> wie die Zahl der Gaststätten für diejenige des Alkoholismus.<sup>71</sup>
- nach Maßgabe der *Erforderlichkeit*: Eine Beschränkung der Zulassung zur Berufsausbildung oder Prüfung ist unzulässig, wenn die Regelung des Berufszuganges nach der Prüfung konkurrierende Rechtsgüter in gleicher Weise sichern kann.<sup>72</sup>
- und der *Verhältnismäßigkeit* (im engeren Sinne). Sie verlangt, daß die nachteiligen Wirkungen einer Berufsausübungsregelung nicht außer Verhältnis zu den durch sie angestrebten Vorteilen stehen darf.

Zur Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit hat das BVerfG im Apothekenurteil seine vielzitierte *(Drei-Stufen-Formel)* herangezogen.

„Am freiesten ist der Gesetzgeber, wenn er eine reine Ausübungsregelung trifft, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, sondern nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben. Hier können in weitem Maße Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit zur Geltung kommen... Eine Regelung dagegen, die schon die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig macht und die damit die Freiheit der Berufswahl berührt, ist nur gerechtfertigt, sofern dadurch ein überragendes Gemeinschaftsgut, das der Freiheit des Einzelnen vorgeht, geschützt werden soll. Dabei besteht offensichtlich ein... bedeutsamer Unterschied je nachdem, ob es sich um „subjektive“ Voraussetzungen, vor allem solche der Vor- oder Ausbildung handelt oder um objektive Bedingungen der Zulassung, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufsanwärters nichts zu tun haben und auf die er keinen Einfluß nehmen kann. Die Regelung subjektiver Voraussetzungen der Berufsaufnahme ist ein Teil der rechtlichen Ordnung eines Berufsbildes; sie gibt den Zugang zum Beruf nur den in bestimmter (und zwar meist formaler) Weise qualifizierten Bewerbern frei... Hier gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.

Anders liegt es bei der Aufstellung objektiver Bedingungen für die Berufszulassung. Ihre Erfüllung ist dem Einfluß des einzelnen schlechthin entzogen. Dem Sinn des Grundrechts wirkt sie strikt entgegen, denn sogar derjenige, der durch Erfüllung aller von ihm geforderten Voraussetzungen die Wahl des Berufs bereits real vollzogen hat und hat vollziehen dürfen, kann trotzdem von der Zulassung zum Beruf ausgeschlossen bleiben... Daraus ist abzuleiten, daß an den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung besonders strenge Anforderungen zu stellen sind. Im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer und höchst wahrscheinlicher Gefahren für ein überragend wichti-

ges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren können... .

Der Gesetzgeber muß Regelungen nach Art. 12 I 2 GG jeweils auf der „Stufe“ vornehmen, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt, und darf die nächste „Stufe“ erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden können.“<sup>73</sup>

Die Drei-Stufen-Formel ist als Rationalisierung des vagen Verhältnismäßigkeitsprinzips begrüßt worden.<sup>74</sup> Ihre Schwäche besteht aber darin, daß sie trotz aller Konkretisierungsversuche letztlich in Leerformeln endet. Das gilt sowohl für die Tatbestands- wie für die Rechtsfolgenseite. Beim Tatbestand stellt sich die Frage nach der Zuordnung von Eingriffen zu einzelnen Stufen. Hier stellt sich dann die Frage, ob eine konkrete Maßnahme eine Regelung der „Berufszulassung“ oder der „Berufsausübung“ darstellt. Am Beispiel: Ist das Verbot des Arbeitnehmerverleihs im Baugewerbe eine Regelung der Berufszulassung zum Beruf des Bauarbeitnehmerverleihers? Oder eine Ausübungsregelung des Arbeitnehmerverleihs?<sup>75</sup> Dies hängt von den – letztlich inhaltsleeren – Berufsbegriffen ab: Wo kein „Berufsbild“ rechtlich fixiert ist, bleibt die Zuordnung offen. Ganz ähnliches gilt auf der Rechtsfolgenseite. Was ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ ist, läßt sich von anderen, bloß „wichtigen“ Gemeinschaftsgütern praktisch nicht abgrenzen.

64 BVerfGE 33, 303, 330ff.; 43, 291, 313; BVerfG, NJW 1987, 887; zu Einzelheiten Arnold/Wahrendorf, DVBl 1978, 258; v. Mutius, VerwA 1973, 183; Schuppert, FS Hirsch, 1981, S. 567.

65 BVerfGE 51, 166, 173; 65, 248, 258.

66 BVerfGE 33, 125, 155ff.; 38, 373, 381; 71, 162, 172f.; 76, 171, 184f.; 82, 209, 224f.

67 BVerfGE 22, 114, 122; ebenso zum Richterrecht BVerfGE 16, 214, 219. Anders für vorkonstitutionelles Wohnheitsrecht noch BVerfGE 15, 226, 233; 34, 293, 303f.; 60, 215, 229f.

68 Seit BVerfGE 13, 97, 104.

69 BVerfGE 7, 377, 413ff.; Tettinger, NJW 1987, 294; bedenklich in gegenteiliger Hinsicht aber BVerfGE 13, 97, 111f.

70 BVerfGE 7, 377, 432ff.; eingehend hierzu Starck, VerwA 1980, 1.

71 BVerfGE 1, 48; 54; 269ff.

72 BVerfGE 69, 209, 218f.

73 BVerfGE 7, 377, 405ff.

74 Wendi, AöR 1979, 414, 448ff.

75 Dazu BVerfGE 77, 84, 105f.

Ob „Bestand und Funktionsfähigkeit der Bundesbahn“ wichtig oder überragend sind,<sup>76</sup> läßt sich nur behaupten, aber nicht begründen. Besondere Schwierigkeiten bereiten zudem jene Maßnahmen, die auf einer bestimmten Stufe stattfinden, aber Rückwirkungen auf andere Stufen erlangen können und so an sie heranreichen. Dies ist etwa der Fall, wenn die Belastung eines Berufs mit Abgaben – also eigentlich eine Ausübungsregelung – dazu dienen soll, von diesem Beruf möglichst abzuschrecken – also Einwirkung auf die Berufswahl –. So soll die steuerliche Belastung des Straßengüterverkehrs auch dazu dienen, die Güter auf die Schiene zu verlagern, also vom Beruf des Transporteurs abhalten.<sup>77</sup> Nach welcher Stufe dies zu messen ist, läßt sich nach der Stufenlehre kaum sagen. Die Äußerung des BVerfG, sie seien an der niedrigsten Stufe zu messen, verkehrt den Sinn der Lehre geradezu in sein Gegenteil.

Verbal hat das BVerfG die Stufenlehre auch schon frühzeitig aufgegeben. In weiteren Entscheidungen zur Berufsfreiheit hat es ausgeführt, daß die Stufen nichts anderes seien als ein Anwendungsfall des Übermaßverbotes.<sup>78</sup> Das Übermaßverbot war zur Zeit des Apothekenurteils noch nicht als Prinzip mit Verfassungsrang anerkannt gewesen, welches auch den Gesetzgeber bände. Daher kann die Stufenlehre als einer seiner verfassungsrechtlichen Vorläufer angesehen werden.<sup>79</sup> Seit der Anerkennung des Übermaßverbots im Grundgesetz ist es nicht mehr notwendig, das seinerseits wenig konkrete Stufenkriterium noch anzuwenden.<sup>80</sup>

b) Die Anwendung des Übermaßverbotes auf das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG unterscheidet sich prinzipiell nicht von derjenigen auf sonstige Grundrechte. Maßgeblich ist eine Abwägung der Eingriffswirkung im Einzelfall mit den vom Eingriff verfolgten Zwecken. Hier brauchen die Eingriffswirkungen zu den Eingriffszwecken lediglich nicht außer Verhältnis zu stehen. Dabei kommt es nicht auf den gewollten Eingriffszweck, sondern auf den tatsächlichen Eingriffseffekt an.<sup>81</sup> Als maßgebliche Abwägungskriterien können herangezogen werden:

– die Sozialrelevanz des geregelten Berufs bzw. der geregelten Tätigkeit.<sup>82</sup> Je stärker sie auf Rechte Dritter oder der Allgemeinheit einwirken können,

um so eher ist eine gesetzliche Regelung zum Schutz dieser betroffenen Rechte zulässig.<sup>83</sup>

- die Schwere des Eingriffs: Je näher er einer Verhinderung der Kommerzialisierung einer erlaubten Tätigkeit durch jedermann oder einen größeren, abgegrenzten Kreis von Zugangswilligen kommt, desto höhere Anforderungen sind an die rechtfertigenden Belange zu stellen.
- die rechtliche und faktische Möglichkeit, die Berufstätigkeit ungeachtet des Eingriffs noch aufzunehmen bzw. fortsetzen zu können.<sup>84</sup>
- die Güterabwägung im Einzelfall: Dabei ist die Schwere des Eingriffs und nicht seine formale Zuordnung zu „Stufen“ der Berufstätigkeit maßgeblich.

Noch einmal sei betont: Die hier vertretene Abgrenzung führt in praktisch keinem Fall zu anderen Ergebnissen als diejenige des BVerfG. Sie bezieht sich nicht primär auf die Resultate, sondern auf die Begründungen. Insbesondere werden hier folgende Schwierigkeiten vermieden: Die Begründung eines „einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit“ trotz des Wortlautes des Art. 12 I GG;<sup>85</sup> daneben der Widerspruch zwischen der verfassungsgerichtlichen Behauptung der Untrennbarkeit von Berufswahl und -ausübung im Schutzbereich bei gleichzeitiger Trennung beider Dimensionen auf der Ebene der Schranken; schließlich die oft schwierige Zuordnung einzelner Phänomene zur Stufe der Berufswahl bzw. -ausübung angesichts der Offenheit des Berufsbegriffs.<sup>86</sup>

c) Auf der Grundlage der genannten Abwägungskriterien lassen sich schließlich die wichtigsten Eingriffsfälle diskutieren.

Besonders schwerwiegend sind die Fälle der Schaffung von öffentlichen oder privaten Monopolen mit Berufsverbot für alle anderen Bewerber. Solche absoluten Zulassungssperren sind allerdings nicht völlig unzulässig, sondern können im Einzelfall durch vorrangige öffentliche Belange gerechtfertigt werden.<sup>87</sup> Mit der Begründung solcher vorrangiger Belange ist die Rechtsprechung besonders dann sehr großzügig, wenn „Bestand und Funktionsfähigkeit“ staatlicher oder staatlich anerkannter Einrichtungen geschützt werden sollen.<sup>88</sup> Demgegenüber vermag die Bestands- oder Gewinnsiche-

rung privater Konkurrenten Berufsverbote nicht zu rechtfertigen.<sup>89</sup>

Die Schaffung von Ausbildungsanforderungen und damit von „Berufsbildern“ wird von der Rechtsprechung in weitem Umfang zugelassen.<sup>90</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn der Berufstätige durch seine Tätigkeit in besonderem Maße auf Rechtsgüter Dritter einwirkt oder zumindest einwirken kann, so daß diese Rechtsgüter besonderen Gefahren ausgesetzt sein könnten. Hier sind Ausbildungsanforderungen nur äußerst selten für unzulässig erklärt worden.<sup>91</sup> Nicht verlangt werden dürfen allerdings Kenntnisse, die mit der angestrebten Berufstätigkeit in keinem Zusammenhang stehen.<sup>92</sup> Bisweilen ist die Rechtsprechung über diesen Grundsatz aber auch hinausgegangen, indem sie dem Berufsbildungsrecht „überschießende Gehalte“ zugebilligt hat,<sup>93</sup> die nur ganz ausnahms-

76 Dazu BVerfGE 40, 196, 218; s. a. BVerfGE 64, 70, 72.

77 Dazu und zu den ausbleibenden Erfolgen BVerfGE 40, 196, 223f. S. ferner BVerfGE 11, 30, 42.

78 BVerfGE 13, 97, 104f.; 21, 173, 180f.; 46, 120, 138. Zur Entstehungsgeschichte der Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Übermaßverbot Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 71 ff.

79 Ein anderer war die Wechselwirkungslehre zu Art. 5 II GG; s. dazu BVerfGE 7, 197, 208 ff.

80 Es sei aber nicht verschwiegen, daß sich auch in der neueren Rechtsprechung des BVerfG noch einzelne verbale Anklänge an jene Lehre finden. Etwa in BVerfGE 40, 196, 218, 220. Kritisch zur Stufenlehre-Jepsen, JuS 1990, 634.

81 BVerfGE 13, 181, 185f.; 16, 147, 162; 31, 8, 29; 61, 291, 308.

82 Bryde, NJW 1984, 2177, 2181.

83 BVerfGE 7, 377, 404f.; 47, 109, 116 ff.

84 BVerfGE 7, 377, 402f.; 30, 292, 313f.; 61, 291, 309; 66, 337, 359 f.

85 Dazu o. I 3 b).

86 Krit. dazu schon Rupp, AöR 1967, 212, 225 ff.; Schwabe, DöV 1969, 734 ff.; A. Hesse, AöR 1970, 449, 460 ff.

87 BVerfGE 21, 261, 267; 37, 314, 322; 41, 205, 227; BVerwGE 39, 159, 168; 62, 224, 230.

88 BVerfGE 11, 168, 186 ff. Kraftdroschken-gewerbe; 17, 371, 376: Rechtspflege; 21, 173, 179; 59, 302, 317: Steuerrechtspflege; 40, 196, 218 f.: Bundesbahn.

89 BVerfGE 7, 377, 408; 11, 168, 188 f.

90 BVerfGE 13, 97, 117; 21, 173, 180 ff.; 25, 236, 247; 32, 1, 23; 34, 252, 256; 54, 301, 323; 75, 246, 266 ff.; 78, 179, 193.

91 BVerfGE 19, 330, 336 ff.; 34, 71, 77 ff.: Lebensmitteleinzelhandel; 54, 301, 330 ff.: Buchführung.

92 BVerfGE 54, 301, 330 ff.; 59, 302, 316 ff.; 73, 301, 320; BVerwGE 75, 45, 53.

93 Insbes. BVerfGE 13, 97, 117 f.; dazu Menger, VerwA 1962, 74. Zu beruflichen Prüfungen BVerfG, NJW 1991, 2005; 2008; Gusy, Jura 1991, 633.

weise berufsbezogene Bedeutung erlangen müssen. *Höchstaltersgrenzen* werden aufgrund der generalisierten Annahme altersbedingter Berufsunfähigkeit in weitem Umfang zugelassen.<sup>94</sup>

Die Beschränkung bestimmter *Modalitäten der Berufsausübung*, die also die grundsätzliche Möglichkeit einer wirtschaftlichen Betätigung auch für den jeweils Betroffenen unberührt läßt, wird in hohem Maße für zulässig gehalten. Das gilt etwa für das Verbot, eine Zweigniederlassung zu betreiben;<sup>95</sup> für die Beschränkung bei der Zulassung zur selbständigen Berufsausübung in einem auch unselbständig ausübbareren Berufszweig;<sup>96</sup> ferner bei Regelungen, welche die Zulassung Berufstätiger zu Nebentätigkeiten, also zusätzlichen Leistungen oder Einnahmequellen betreffen.<sup>97</sup>

Sonstige Regelungen der Berufstätigkeit, etwa über den Ort der Berufsausübung,<sup>98</sup> den Zeitpunkt<sup>99</sup> oder berufliche Nebenpflichten<sup>100</sup> sind je nach ihrer konkreten Wirkung zu beurteilen. Kommt ihnen „erdrosselnde Wirkung“ für einen gesamten Berufszweig zu, so sind sie eher verfassungswidrig, als wenn diese Wirkung nur bei einzelnen Berufstätigen

eintritt.<sup>101</sup> Im übrigen sind sie in weitem Umfang zugelassen.

#### IV. Zusammenfassung

Berufstätigkeit ist ein Vorgang, der regelmäßig darauf gerichtet ist, mit Rechtsgütern Dritter umzugehen oder auf sie einzuwirken. Daraus folgt ein hohes Maß an Schutzbedürfnissen für die betroffenen Rechtsgüter Privater oder der Allgemeinheit. Diese Schutzbedürfnisse stellen sich für den Gesetzgeber als politische, bisweilen auch rechtliche Regelungsaufträge dar. Daher ist gegenwärtig die Berufstätigkeit in sehr hohem Maße normiert. Das freie, rechtlich ungesteuerte Berufserfindungsrecht ist in der Wirklichkeit die seltene Ausnahme geworden: und die Betätigung ist durch Ausbildungs- und sonstige Ordnungen betroffen. Damit hat sich das durch Art. 12 Abs. 1 GG nahegelegte Verhältnis zwischen freier, unreglementierter Berufstätigkeit als rechtlichem Normalfall und gesetzlicher Schrankenbestimmung als Ausnahmefall praktisch in das Gegenteil verkehrt.

Diese Entwicklung ist vom Parlamentarischen Rat allerdings schon gesehen

worden. Er ging davon aus, daß Ausbildungsordnungen und gesetzliche Regelungen bei gefährlicher Berufstätigkeit auch angesichts des Art. 12 GG Bestand haben könnten. Offenbar sollten sie vom gesetzlichen Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG zugelassen werden. Die Berufsfreiheit stellt sich so weder rechtlich noch tatsächlich als Freiheit im unregulierten, rechtsfreien Bereich dar.<sup>102</sup> Sie ist vielmehr die Freiheit im durchreglementierten, rechtlich geprägten Wirtschaftsleben. Dem hat auch die Auslegung des Grundrechts Rechnung zu tragen.

94 Seit BVerfGE 9, 338, 345 ff.

95 BVerfGE 17, 232, 241.

96 BVerfGE 7, 377, 399.

97 BVerfGE 11, 30, 41.

98 BVerfGE 21, 150, 160.

99 BVerfGE 13, 237, 240 ff.; 23, 50, 56; 41, 360, 370; einschränkend *Hufen*, NJW 1986, 1291. Zum Ganzen *Stober*, Ladenschlußgesetz, 3. A., 1990.

100 BVerfGE 16, 147, 162 ff.; 38, 61, 85 f.: Abgabepflicht (Sonderabgaben); 22, 380, 383; 30, 292, 312 ff.: Beileihung, Inpflichtnahme; 36, 212; 71, 162, 183: Werbeverbote.

101 BVerfGE 13, 181, 186 f.; s. a. BVerfGE 83, 1, 19 ff.

102 S. a. a. BVerfGE 54, 301, 313; 81, 70, 85: „Art. 12 I GG zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab“.