

O. Berufsfreiheit – Art. 12 GG

I. Das Abwehrrecht des Art. 12 I GG

Berufsfreiheit – Art. 12 GG

I. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Art. 12 I GG gewährleistet in S. 1 das Recht, *Beruf, Arbeitsplatz* und *Ausbildungsstätte* frei zu wählen. Gemäß S. 2 kann die *Berufsausübung* durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Bei unbefangener Betrachtungsweise könnte angenommen werden, daß es sich um zwei verschiedene Schutzbereiche handelt, wobei nur der zweite Schutzbereich, die *Berufsausübung*, einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber zugänglich ist. Gleichwohl hat das BVerfG schon frühzeitig entschieden, daß es sich bei dem Grundrecht des Art. 12 I GG um ein einheitliches Grundrecht auf Berufsfreiheit handelt. Zentraler Begriff des Art. 12 I GG ist der des Berufes:

Beruf ist jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.

Des weiteren garantiert Art. 12 I GG die freie Wahl der (berufsbezogenen) **Ausbildungsstätte**. Dazu zählen alle Einrichtungen, die der Ausbildung für bestimmte Berufe oder Berufsgruppen dienen. Schließlich umfaßt der Schutzbereich des Art. 12 I GG das Recht, den **Arbeitsplatz** frei zu wählen, d.h. anzunehmen, beizubehalten und aufzugeben. Arbeitsplatz ist die Stätte, an der eine berufliche Tätigkeit ausgeübt wird. Zur Frage, ob die Wettbewerbsfreiheit von Art. 12 GG geschützt ist, vgl. S. 334.

Träger des Grundrechts auf Berufsfreiheit sind alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG. Aber auch Bürger aus anderen Mitgliedstaaten der EG können sich wegen der EG-rechtlichen Vorgaben auf Art. 12 GG berufen. Übrige Ausländer und Staatenlose genießen dagegen nur den Schutz aus Art. 2 I GG.

II. Eingriff in den Schutzbereich

Da nur berufs- und ausbildungsspezifische Handlungen geschützt sind, stellt eine staatliche Regelung oder Maßnahme auch nur dann einen Eingriff in den Schutzbereich dar, wenn sie nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit herbeiführt, sondern ihr subjektiv oder objektiv eine **berufsregelnde Tendenz** innewohnt.

Ein Eingriff in den Schutzbereich kommt in allen Bereichen des geschützten Verhaltens in Betracht. Besondere Bedeutung hat hier die Unterscheidung zwischen den Berufsausübungsregeln und der Wahl des Berufes, dort insbesondere zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsbeschränkungen, sog.

Drei-Stufen-Theorie:

- ⇒ Relativ gering ist die Beeinträchtigung des Grundrechts, wenn es lediglich um die Regelung der **Berufsausübung**, also um die Frage des „Wie“ der beruflichen Tätigkeit geht (1. Stufe).
- ⇒ Ein mittleres Beeinträchtigungsniveau liegt bei sog. **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** vor, die für die Wahl eines Berufes oder den Verbleib im Beruf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse oder erbrachte Leistungen des Berufsbewerbers vorschreiben (2. Stufe).
- ⇒ Am intensivsten sind Eingriffe, welche die **objektiven Zulassungsvoraussetzungen** zu einer beruflichen Tätigkeit regeln. Objektive Zulassungsvoraussetzungen binden die Wahl eines Berufes bzw. den Verbleib an Voraussetzungen, die mit der Person des Bewerbers nichts zu tun haben (3. Stufe).

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zunächst ist gem. Art. 12 I S. 2 GG ein Gesetz erforderlich, das sowohl hinsichtlich der Berufswahl als auch der Berufsausübung die Reichweite der Beschränkung bestimmt. Zulässig sind auch Rechtsverordnungen und Satzungen, sofern der Parlamentsvorbehalt beachtet wird. Das Gesetz muß sich aber am Maßstab des Art. 12 I GG messen lassen. Gem. der Drei-Stufen-Theorie sind Beschränkungen der Freiheit der **Berufsausübung** bereits zugunsten von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls zulässig. **Subjektive Zulassungsbeschränkungen** können zugunsten von gewichtigen Gemeinwohlbelangen vorgenommen werden. **Objektive Zulassungsbeschränkungen** sind dagegen nur zugunsten von überragend wichtigen Gemeinwohlbelangen zugelassen.

Die in Art. 12 I GG gewährleistete Berufsfreiheit gehört zu den praktisch bedeutsamsten Grundrechten. Sie garantiert die berufsbezogene Persönlichkeitsentfaltung und damit die Existenzsicherung. Es ist daher berechtigt, die Berufsfreiheit zusammen mit der in Art. 14 I GG gewährleisteten Eigentumsgarantie als verfassungsrechtlichen Grundpfeiler der Wirtschaftsordnung anzusehen.¹

1. Schutzbereich

Art. 12 I GG gewährleistet in S. 1 das Recht, *Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte* frei zu wählen (Freiheit der Berufswahl). Gemäß S. 2 kann die *Berufsausübung* durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Bei unbefangener Betrachtungsweise könnte angenommen werden, daß es sich um zwei verschiedene Schutzbereiche handelt, wobei nur der zweite Schutzbereich, die *Berufsausübung*, einer Regelung durch den einfachen Gesetzgeber zugänglich ist. Gleichwohl hat das BVerfG schon frühzeitig entschieden, daß es sich bei Art. 12 I GG um ein **einheitliches Grundrecht auf Berufsfreiheit** handelt. Berufswahl und Berufsausübung hängen miteinander zusammen: Mit der Berufswahl beginne die Berufsausübung, und in der Berufsausübung werde die Berufswahl immer wieder neu bestätigt.²

Mit der Annahme eines einheitlichen Grundrechts hat das BVerfG also den Regelungsvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG auch auf Art. 12 I S. 1 GG erstreckt. Das Recht, *Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte* frei zu wählen, unterliegt damit dem gleichen Gesetzesvorbehalt wie die *Berufsausübung*. Allerdings ist durch die Annahme eines einheitlichen Schutzbereichs und eines Gesetzesvorbehalts die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung nicht eingeebnet. Sie spielt insbesondere bei der Frage nach der Rechtfertigung von Eingriffen eine Rolle: Eingriffe in die Berufsausübung sind eher gerechtfertigt als Eingriffe in die Berufswahl. Darauf wird unter 3. zurückzukommen sein.

a. Schutz berufsbezogenen Verhaltens (sachlicher Schutzbereich)

aa. Begriff des Berufes, des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte

a.) Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 I GG ist zunächst durch den Begriff des **Berufes** geprägt. Dieser ist weit zu verstehen. Erfasst werden nicht nur die traditionell fixierten Berufsbilder, sondern auch neu entstandene und frei erfundene Berufe.³ Nach dem BVerfG ist unter dem Begriff des Berufes zunächst jede Tätigkeit zu verstehen, die in ideeller und materieller Hinsicht der **Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage** dient.⁴ Es reicht aus, daß durch die betreffende Tätigkeit ein maßgeblicher Beitrag zur Erhaltung der Lebensgrundlage geschaffen wird, so daß auch nicht ganz unbedeutende Nebentätigkeiten erfasst sind.

Ob die Tätigkeit selbständig oder abhängig ausgeübt wird, ist unerheblich. Bei juristischen Personen ist der Begriff Beruf regelmäßig zu bejahen, wenn die Tätigkeit der Gewinnerzielung dient. Daher wird eine Tätigkeit, bei der lediglich eine Kostendek-

¹ Vgl. Kluth, Jura **2001**, 371.

² St. Rspr. seit BVerfGE **7**, 377, 402 f. (Apothekenurteil) und jüngst BVerfGE **102**, 197, 212 f. (Öffentliche Spielbanken - mit Bespr. v. Muckel, JA **2001**, 460 ff.); BVerfGE **104**, 357, 364 ff. (mit Bespr. v. Terhechte, JuS **2002**, 551 ff.); BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein). Vgl. auch BVerfG NJW **2001**, 1926; BVerfG NJW **2001**, 2461; OLG Nürnberg, NJW **2001**, 2481; BGH NJW **2001**, 1138; Wernsmann, Jura **2001**, 106; Kimms, JuS **2001**, 664.

³ BVerfGE **97**, 12, 25, 33 f. (Patentgebührenüberwachung); Schmidt-Bleibtreu, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 12 Rn 6; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 810.

⁴ Grundlegend BVerfGE **7**, 377, 397 (Apothekenurteil) und jüngst BVerfGE **102**, 197, 212 (Öffentliche Spielbanken); BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein).

kung beabsichtigt ist oder die der Freizeitgestaltung (Hobby o.ä.) dient, nicht vom Begriff des Berufes erfaßt (sog. Liebhaberei). Irrelevant ist aber, ob *tatsächlich* Gewinne erzielt werden. Maßgeblich ist insoweit allein die Gewinnerzielungs*absicht*.

Des weiteren muß die Tätigkeit **auf Dauer** angelegt sein bzw. nachhaltig ausgeübt werden.⁵ Das bedeutet jedoch nicht, daß sie ständig ausgeübt werden muß. Vielmehr genügt auch eine gelegentliche, aber periodisch wiederkehrende Ausübung (etwa sporadische Vortrags- oder Gutachtertätigkeit). Eine Beschäftigung, die sich jedoch in einem *einmaligen* Erwerbsakt erschöpft, erfüllt nicht die Voraussetzungen an einen Beruf.⁶

In einigen Entscheidungen ergänzt das BVerfG die Berufsdefinition durch das einschränkende Merkmal der **erlaubten Betätigung**.⁷ Dieses Merkmal ist allerdings nicht ganz unbedenklich. Denn versteht man dieses Kriterium als „Nicht-Verbotensein“ der Tätigkeit, hätte es der einfache Gesetzgeber in der Hand, durch ein entsprechendes Verbotsgesetz den verfassungsrechtlichen Begriff des Berufes zu definieren und bestimmte Tätigkeiten einfach aus dem Schutzbereich von Art. 12 I GG auszuschließen. Somit würden sie dem Maßstab von Art. 12 I GG entzogen.⁸ Daher wird das Kriterium des „Erlaubtseins“ überwiegend so verstanden, daß die beruflichen Handlungen nach den Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft nicht offensichtlich *sozial- oder gemeinschaftsschädlich* sein dürfen.⁹ Folgt man diesem Gedanken, kommt es demnach nicht darauf an, ob der Gesetzgeber eine Tätigkeit verboten oder unter Strafe gestellt hat, sondern allein auf die offensichtliche Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit der Tätigkeit.¹⁰ Aber auch die Ersatzkriterien der Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit vermögen nicht zweifelsfrei zu überzeugen. Denn zum einen sind sie völlig vage (was ist schon sozial- oder gemeinschaftsschädlich?) und zum anderen hätte es der Rechtsanwender bei der Auslegung des nicht rechtlichen Begriffs der Sozial- oder Gemeinschaftsschädlichkeit in der Hand (ähnlich wie der Gesetzgeber bei dem Kriterium des Nicht-Verbotenseins), über die Reichweite des Schutzbereichs zu bestimmen. Daher wird zunehmend gänzlich auf das Kriterium des „Erlaubtseins“ verzichtet.¹¹ Inkonsequent ist jedenfalls das BVerfG in seinem Judikat zu den öffentlichen Spielbanken¹², indem es bei der Definition des Berufsbegriffs auf S. 212 nicht mehr auf das Erlaubtsein abstellt, später aber (auf S. 213) die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 I GG gleichwohl davon abhängig macht, ob das Betreiben einer Spielbank nicht gesetzlich verboten ist.¹³ Davon unabhängig dürfte aber gelten, daß extrem sozialschädliche Tätigkeiten wie „Killerdienste“ oder der Handel mit „kinderpornographischem Material“ auf jeden Fall aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG

⁵ BVerfGE **32**, 1, 28 (Vorexamierte); **102**, 197, 212 f. (Öffentliche Spielbanken); BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein).

⁶ BVerfGE **97**, 228, 253 (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen). Anders Kluth, Jura **2001**, 371, 372, der auch gelegentliche Vorgänge aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG herausnimmt, seien sie auch von noch so großer wirtschaftlicher Bedeutung.

⁷ Vgl. BVerfGE **7**, 377, 397 (Apothekenurteil); **81**, 70, 85 (Mietwagen) und jüngst BVerfGE **102**, 197, 213. Vgl. auch BVerwGE **96**, 302 ff.

⁸ Vgl. zur Kritik Breuer, in: HdbStR VI, S. 910 f.; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 18; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 51; Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 9.

⁹ BVerwGE **22**, 286, 289; Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 9. Offengelassen von BVerwGE **96**, 293, 297.

¹⁰ BVerwGE **22**, 286, 288; **96**, 293, 297; Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 9.

¹¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 7; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 18; Breuer, in: HdbStR VI, S. 910 f.; Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 51; Wernsmann, Jura **2001**, 106, 107; Kluth, Jura **2001**, 371, 372.

¹² BVerfGE **102**, 197 ff. Vgl. auch die Bespr. v. Muckel, JA **2001**, 460 ff.

¹³ Auf das Erlaubtsein wird auch nicht mehr in BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein) abgestellt.

herauszuhalten sind. Insgesamt ergibt sich nach der Rechtsprechung des BVerfG für den Begriff des Berufes folgende Definition:

Ein **Beruf** ist jede erlaubte Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in ideeller und materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.

Beispiele:

- (1) Zunächst stellen die **klassischen Berufe** wie Schreiner, Möbelfabrikant, Schuster, Schneider, Kaufmann, Winzer etc. Berufe i.S.d. Art. 12 I GG dar.
- (2) Da der Gesetzgeber Berufsbilder fixieren, aber auch ändern und ausrichten und verwandte Berufe vereinheitlichen, monopolisieren und typisieren kann, werden auch etwa das Betreiben einer **Spielbank**¹⁴, die gewerbliche **Personenbeförderung**, das Betreiben von **Warenautomaten** oder **Gewinnspielgeräten** und das Verkaufen von loser Milch oder die Tätigkeit des Astrologen erfaßt.
- (3) Erfaßt ist auch das Betreiben einer **Apotheke**. Hierbei ist eine deutliche Tendenz weg vom Heilberuf (i.S. der „rechten Hand des Arztes“) hin zum Gewerbe erkennbar.¹⁵
- (4) Auch **Zweitberufe** und **Nebenbeschäftigungen** sind vom Schutzbereich des Art. 12 I GG umfaßt (s.o.).¹⁶
- (5) Das gleiche gilt für die sog. **Freien Berufe**, bei denen der Berufsangehörige das volle wirtschaftliche Risiko trägt (etwa Ärzte, Tierärzte, Architekten, Rechtsanwälte, Notare, Schriftsteller)¹⁷, und Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche in erster Linie dem **Staat** vorbehalten sind (Beruf des **Richters**, des **Beamten**, des **Soldaten** etc.)¹⁸. Allerdings enthält Art. 33 GG (i.V.m. den Beamtengesetzen, dem Richtergesetz oder dem Soldatengesetz) für alle Berufe des öffentlichen Dienstes weithin Sonderregelungen, so daß sich hier insbesondere die Berufsfreiheit der Bewerber auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern reduziert.¹⁹ Art. 33 GG überlagert also in seinem Anwendungsbereich Art. 12 I GG.
- (6) Anders verhält es sich bei sog. **staatlich gebundenen Berufen**. Das sind Tätigkeiten, bei denen öffentliche Aufgaben in privater Hand liegen, wie das etwa bei dem **Notar**, dem **öffentlich bestellten Vermessungsingenieur** oder dem **Bezirksschornsteinfeger** der Fall ist. Bei ihnen rechtfertigt die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben lediglich eine stärkere Reglementierung der Berufsausübung. Art. 12 I GG bleibt aber (neben einschlägigen Spezialvorschriften) voll anwendbar.²⁰

¹⁴ BVerfGE **102**, 197, 212 ff. (Öffentliche Spielbanken).

¹⁵ Vgl. jüngst BVerfGE **104**, 357 ff. mit Bespr. v. *Terhechte*, JuS **2002**, 551 ff.

¹⁶ BVerfGE **87**, 287, 316 (Zulassung als Rechtsanwalt).

¹⁷ Vgl. BVerfGE **103**, 1, 9 ff. (Singularzulassung von Rechtsanwälten); BVerfG NJW **2000**, 2734 f. (Werbung für Zahnklinik); BVerfG NJW **2002**, 3091, 3092 (Werbung für Tierarztpraxis); BVerfG NJW **2001**, 1926; NJW **2001**, 2461; OLG Nürnberg NJW **2001**, 2481, BGH NJW **2001**, 1138 und BGH NJW **2001**, 2097 (jeweils Anwaltswerbung), BVerwG DVBl. **2001**, 1371 (Arztwerbung) und BVerfG NJW **2001**, 2788 (Arztwerbung). Vgl. auch *Zuck*, NJW **2001**, 2055 ff.; *Simon/Schmittmann*, MedR **2001**, 228 ff. und *Bardenz*, MDR **2001**, 247 ff.

¹⁸ BVerfGE **7**, 377, 397 (Apothekenurteil); **39**, 334, 369 (Radikale im öffentlichen Dienst); vgl. auch *Kluth*, Jura **2001**, 371, 372.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR, 6. Aufl. **2002**, S. 410 ff.

²⁰ BVerfGE **73**, 280, 292 (Auswahl von Notarbewerbern); BGH NJW-RR **2001**, 1068; *Kluth*, Jura **2001**, 371, 372.

Fallbeispiel²¹: N hat das Zweite Juristische Staatsexamen mit der Note „Ausreichend“ bestanden. Nun bewirbt er sich in dem Bundesland X für die Übernahme in den Notardienst. Gem. einer Verwaltungsvorschrift des Landes X dürfen lediglich solche Bewerber in die engere Auswahl zugelassen werden, die das Zweite Juristische Staatsexamen mindestens mit der Note „Vollbefriedigend“ bestanden haben. Da N diese Voraussetzung nicht erfüllt, wird sein Antrag abgelehnt. Verstößt die Ablehnung seines Antrags gegen Art. 12 I GG?

Der Beruf des Notars ist zwar staatlich gebunden, gleichwohl aber ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG. N hat daher das Recht, diesen Beruf zu wählen. Allerdings steht das einheitliche Grundrecht auf Berufswahl und Berufsausübung unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG. Die Berufswahl kann daher beschränkt werden. Eine weitere Beschränkungsmöglichkeit besteht für staatlich gebundene Berufe durch die einhergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 II GG. Danach hat N lediglich einen Anspruch auf gleichheitsgemäßen Zugang zum Notarberuf. Da Notare staatliche Funktionen ausüben, ist der Staat nicht gehindert, besondere Zulassungsvoraussetzungen zu schaffen. Gleichwohl greift er damit in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein und bedarf gem. der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG einer formell-gesetzlichen Rechtsgrundlage. Eine Verwaltungsvorschrift wird diesem Erfordernis nicht gerecht und kann als Rechtsgrundlage für den Ablehnungsbescheid nicht in Betracht kommen. Der Ablehnungsbescheid verletzt den N daher in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei staatlichen bzw. staatlich gebundenen Berufen muß in der Fallbearbeitung zunächst untersucht werden, ob Art. 12 I GG überhaupt einschlägig ist, denn Art. 12 I GG würde von Art. 33 II und V GG und anderen Spezialregelungen verdrängt bzw. überlagert, wenn die fragliche Tätigkeit überwiegend oder ausschließlich „öffentlicher Dienst“ ist. Erst wenn eine Spezialregelung den Sachverhalt nicht oder nicht abschließend regelt, ist auf Art. 12 I GG zurückzugreifen. Dies ist bei den staatlich gebundenen Berufen durchweg der Fall. Beispiel: Vertragsarzt (früher: Kassenarzt). Dieser steht weder zu den Krankenkassen noch zu seiner Kassenärztlichen Vereinigung in einem Dienstverhältnis. Vielmehr ist er ein Freiberufler, der in freiem Wettbewerb zu anderen Vertragsärzten steht. Art. 12 I GG wird damit nicht durch Spezialregelungen verdrängt bzw. überlagert.

Nicht durch Art. 12 I GG geschützt sind **extrem sozialschädliche Tätigkeiten** wie der bereits genannte Killerdienst oder der Handel mit kinderpornographischem Material. Aber auch Taschendiebstahl, Drogenhandel, Zuhälterei oder Spionage sind vom Schutzbereich der Berufsfreiheit auszunehmen. Derartige Handlungen sind schlichtweg strafbar. Etwas **anderes** gilt bezüglich der **Schwarzarbeit**, etwa das Fliesen eines Badezimmers oder das Reparieren eines Autos, ohne daß Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden. Diese Handlungen stellen an sich erlaubte Tätigkeiten dar. Lediglich die Steuer- und Sozialversicherungspflicht wird umgangen. Hier liegt ein Beruf i.S.d. Art. 12 I GG vor. Auch die **Prostitution** ist von Art. 12 I GG erfaßt. Denn durch das am 01.01.2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz (BGBl I 2001 S. 3983) hat nun auch der Gesetzgeber klargestellt, daß die Prostitution selbst nicht (mehr) sittenwidrig ist. Seitdem sind entsprechende „Dienstleistungsverträge“ voll gültig; daraus entstandene (zivilrechtliche) Forderungen sind gerichtlich durchsetzbar.²² Daraus folgt der umfassende Schutz aus Art. 12 I GG. Entsprechende Konsequenzen ergeben sich für das Durchführen von **Telefonsex**.

²¹ Nach BVerfGE 73, 280 ff. (Auswahl von Notarbewerbern).

²² Vgl. dazu im einzelnen *Rautenberg*, NJW 2002, 650 ff.

b.) Des weiteren garantiert Art. 12 I GG die freie Wahl der (berufsbezogenen) **Ausbildungsstätte**. Dazu zählen alle Einrichtungen, die der Ausbildung für bestimmte Berufe oder Berufsgruppen dienen.²³

Beispiele: Hochschulen, Fachhochschulen, staatliche Vorbereitungsdienste (Referendariate), betriebliche und überbetriebliche Ausbildungslehrgänge, Lehrstellen, Sprachschulen etc. Bildungsstätten zählen nicht dazu, da Bildung nicht gleich Ausbildung ist, sondern einen übergeordneten Begriff darstellt und alles erfaßt, was überhaupt geistig erworben werden kann. Bildungsstätten sind etwa kirchliche Akademien, private Sport- und Kultureinrichtungen und auch Grund- und Hauptschulen. Etwas anderes gilt für weiterführende Schulen wie etwa Gymnasien. Hier kann von einer Ausbildungsstätte gesprochen werden, da deren Absolvierung Voraussetzung für die Ausübung höherer Berufe ist.²⁴

Das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte gewinnt insbesondere dann an Bedeutung, wenn die **öffentlichen Ausbildungseinrichtungen** durch den Staat rechtlich oder tatsächlich **monopolisiert** sind. Das ist insbesondere bei staatlichen **Hochschulen und Universitäten**, aber auch beim **Vorbereitungsdienst (Referendariat)** der Fall. Zwar gewährt Art. 12 I GG kein subjektives öffentliches Recht auf Schaffung zusätzlicher bzw. neuer Ausbildungsstätten. Etwas anderes gilt aber für den Fall, daß die staatliche Hochschule Leistungen (in Form der Zur-Verfügung-Stellung von Ausbildungsplätzen) *bereits anderen gewährt hat*. Hier ist er nach Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip zur Gleichbehandlung verpflichtet und darf ohne sachlichen Grund Dritte nicht von der Leistungsgewährung ausschließen (**derivatives Leistungsrecht bzw. Teilhaberecht**).²⁵ Ein sachlicher Grund besteht etwa darin, daß vorhandene Ausbildungskapazitäten erschöpft sind. Zum Hochschulzulassungsrecht, insbesondere zum numerus-clausus, vgl. ausführlich unten 2 c auf S. 342 und 3 b auf S. 343.

c.) Schließlich umfaßt der Schutzbereich des Art. 12 I GG das Recht, den **Arbeitsplatz** frei zu wählen, d.h. anzunehmen, beizubehalten und aufzugeben.²⁶

Arbeitsplatz ist die Stätte, an welcher der einzelne einem gewählten Beruf im konkreten Fall nachgehen möchte.²⁷

Der Schutz kommt nach h.M. lediglich Arbeitnehmern zugute. Selbständige genießen aber auf jeden Fall den Schutz der Berufsausübungsfreiheit, weshalb eine Unterscheidung dahin gestellt bleiben kann. Art. 12 I GG schützt deshalb auch die **Niederlassungsfreiheit** (etwa die eines Arztes oder Rechtsanwaltes), also die berufliche Freizügigkeit. Art. 11 GG wird insoweit verdrängt.

²³ *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 26.

²⁴ Vgl. BVerfGE **58**, 257, 273 (Versetzung eines Schülers in die nächsthöhere Klasse).

²⁵ Ganz herrschende Auffassung, vgl. nur BVerfGE **33**, 303, 331 f. (erstes numerus-clausus-Urteil); **43**, 291, 313 f. (zweites numerus-clausus-Urteil); **85**, 36, 53 f. (Gebot der erschöpfenden Kapazitätsauslastung); BVerwGE **102**, 142, 146 f.; *Breuer*, in: HdbStR VI, S. 937 ff.; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 28; *Rittstieg*, in: Alternativkommentar, Art. 12 Rn 126; *Kimms*, JuS **2001**, 664, 666.

²⁶ BVerfGE **85**, 360, 372 f. (Akademie der Wissenschaften der DDR).

²⁷ BVerfGE **84**, 133, 146 (Wahlfreiheit des Berufes); **85**, 360, 372 f. (Akademie der Wissenschaften der DDR); BVerfG NJW **2000**, 1483; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 23.

bb. Eingriffsbezogene Schutzbereichsbestimmung

In Übereinstimmung mit der bestehenden Wirtschaftsordnung betrifft das Grundrecht des Art. 12 I GG ausschließlich das berufsbezogene Verhalten einzelner Personen oder Unternehmen. Nach jüngster Auffassung des BVerfG schützt das Grundrecht daher nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Information am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken.²⁸

Der Entscheidung des BVerfG lag der Sachverhalt zugrunde, daß in den 80er Jahren nach mehreren Presseberichten über Funde von gesundheitsschädlichem **Diethylen-glykol** (DEG) in bestimmten Weinen in der Öffentlichkeit erhebliche Besorgnis und Unsicherheit darüber herrschten, welche Weinsorten mit DEG versetzt und deshalb zu meiden waren. Die Bundesregierung veröffentlichte deshalb aus Gründen der Verbraucherinformation eine Liste DEG-haltiger Weine, die u.a. das Herkunftsland, die Lagebezeichnung, den Jahrgang und die Namen der Abfüller, der Importeure und der Händler enthielt. Dies führte zu empfindlichen Absatzeinbußen der betroffenen Kreise. Diese rügten eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 I, 14 I und 2 I GG und verlangten die Rücknahme der Liste. Das BVerfG hat die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 I GG mit der Begründung verneint, daß das Grundrecht aus Art. 12 GG eine **eingriffsbezogene Schutzbereichsbestimmung** aufweise. Erfaßt würden im Grundsatz nur Maßnahmen mit berufsregelndem Charakter; vor Handlungen des Staates, die das berufliche Umfeld betreffen (das Grundrecht also nur mittelbar betreffen), gebe es i.d.R. keinen Schutz. Insbesondere schütze Art. 12 GG nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können.

Informiert also die Bundesregierung die Bevölkerung über die gesundheitsschädliche Wirkung **glykolhaltiger Weine** (mittelbare Beeinträchtigung der Winzer und Weinhändler), ist nach Auffassung des BVerfG schon der **Schutzbereich** des Art. 12 I GG **nicht eröffnet**.²⁹ Damit folgt das Gericht der **Lehre vom funktionalen Schutzbereich**, die davon ausgeht, daß sich der Schutzbereich nur unter Berücksichtigung der Funktion eines Grundrechts ermitteln läßt. Aufgabe der Grundrechte sei es, (nur) vor bestimmten Eingriffen Schutz zu vermitteln. Sei der Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sei bereits der Schutzbereich des in Betracht kommenden Grundrechts nicht eröffnet. Folgt man dieser Lehre, kann man im Grunde die Prüfung von „Schutzbereich“ und „Eingriff“ nicht trennen.

Dieses Grundrechtsverständnis ist sicherlich nicht unvertretbar. Problematisch ist aber, daß das BVerfG nicht nur in dem Parallelverfahren „Sektenwarnung“ einhergebracht zwischen „Schutzbereich“ und „Eingriff“ unterscheidet³⁰, sondern sich mit der Glykolwein-Entscheidung auch in krassen Widerspruch zu seiner Rechtsprechung im übrigen setzt, wonach es grundsätzlich eine extensive Auslegung bevorzugt, nämlich diejenige, die „die juristische Wirkungskraft der Grundrechtsnorm am stärksten entfaltet“³¹. Die Intention des Gerichts dürfte indes klar sein: Mit der Verneinung des Schutzbereichs

²⁸ BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein).

²⁹ BVerfG NJW **2002**, 2621, 2624 f. (Glykolwein).

³⁰ BVerfG NJW **2002**, 2626, 2628 f. (Jugendsekten). Dort formuliert das Gericht ausdrücklich, daß das Grundgesetz den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben und somit auch mittelbare Beeinträchtigungen erfasse. Vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 4 GG.

³¹ BVerfGE **6**, 55, 72 (Steuersplitting); **32**, 54, 71 (Schnellreinigung); **39**, 1, 38 (Schwangerschaftsabbruch I).

reichs konnte es die Frage unbeantwortet lassen, ob (in Ermangelung einer materiell-rechtlichen Befugnisnorm³²) der **Kompetenztitel aus Art. 65 GG** (hier: Recht zur Öffentlichkeitsarbeit und Information der Bevölkerung) eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Eingriff dargestellt hätte. Darüber hinaus brauchte es keine Güterabwägung zwischen den kollidierenden Grundrechten (Art. 12 I GG auf Seiten der Winzer bzw. Weinhändler – Gesundheitsschutz auf Seiten der Verbraucher) vorzunehmen, weil es das Handeln der Bundesregierung allein deshalb für rechtmäßig erachtete, weil diese zutreffend und sachlich informiert habe.

Fazit: Mit dieser Entscheidung stellt das BVerfG klar, daß lediglich hinsichtlich klassischer imperativer Eingriffe eine formell-materielle Rechtsgrundlage bestehen müsse, welche die Voraussetzungen und Befugnisse aufführt. Bei faktisch mittelbaren Einwirkungen könnten (jedenfalls bei Grundrechten mit Regelungs- bzw. Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber) dagegen bloße Aufgabenumschreibungen (Kompetenznormen) eine ausreichende Regelungsdichte aufweisen. So beeinträchtigten marktbezogene Informationen des Staates den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber aus Art. 12 I GG nicht, sofern der Einfluß auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrungen der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln (Richtigkeit, Sachlichkeit, Unvoreingenommenheit, Verhältnismäßigkeit etc.) erfolge. Denn die Bundesregierung sei aufgrund ihrer Aufgabe der Staatsleitung überall dort zur Informationsarbeit berechtigt, wo ihr eine gesamtstaatliche Verantwortung zukommt, die mit Hilfe von Informationen wahrgenommen werden könne.³³

Zu beachten ist aber, daß der Gesetzgeber noch vor der Entscheidung reagiert und aufgrund einer Richtlinie des Rates v. 29.06.1992 über die allgemeine Produktsicherheit³⁴ mit Wirkung zum 01.08.1997 das Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung („**Produktsicherheitsgesetz**“)³⁵ erlassen hat. Regelungsinhalt des Gesetzes ist die behördliche Informationsstätigkeit zur Aufklärung der Öffentlichkeit über Gefahren, die von bestimmten Produkten ausgehen. Dieses Gesetz hat unter Aufnahme einer formell-materiellen Rechtsgrundlage (§ 8 i.V.m. 7 III ProdSG) in bezug auf Produktwarnungen zu tiefgreifenden Änderungen der bisherigen Rechtslage auf dem Gebiet der behördlichen Warnungen vor bestimmten Produkten geführt, so daß sich die oben aufgeworfene Problematik so nicht mehr stellen kann. Da das BVerfG andererseits deutliche Worte hinsichtlich der Frage findet, ob und mit welchen Anforderungen der **Gesetzesvorbehalt** bei **faktisch-mittelbaren Eingriffen** gilt, und zum ersten Mal eingestanden hat, daß die Dogmatik des Gesetzesvorbehaltes nicht Schritt gehalten hat mit der Erweiterung des Grundrechtsschutzes, dürfte die **Prüfungsrelevanz** dieser Entscheidung auf der Hand liegen.

Zum ProdSG: Gemäß § 8 S. 1 ProdSG darf die zuständige Behörde nach dem Inverkehrbringen (von nicht sicheren Produkten) anordnen, daß alle, die einer von einem

³² Insbesondere sind die landesrechtlichen Befugnisgeneralklauseln der Polizeigesetze auf Bundesebene nicht anwendbar.

³³ BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 ff. (Glykolwein).

³⁴ „Produktsicherheitsrichtlinie“, vgl. ABI. L 228 v. 11. 08. 1992, S. 24. Zur Rechtmäßigkeit dieser Richtlinie vgl. EuGH EuZW **1994**, 627. Da die Richtlinie eine Vollharmonisierung bezweckt, also nicht nur einen Mindeststandard regelt, war die Bundesregierung verpflichtet, die Richtlinie durch ein Transformationsgesetz auch im Lebensmittelrecht umzusetzen. Vgl. dazu auch *Meier*, ZLR **1996**, 623 ff. und *Kullmann*, ZRP **1996**, 436 ff.

³⁵ Schönfelder Nr. 27a.

Produkt ausgehenden Gefahr ausgesetzt sein können, rechtzeitig in geeigneter Form, insbesondere durch den Hersteller, auf diese Gefahr hingewiesen werden. S. 2 dieser Vorschrift enthält die Einschränkung, daß die Behörde selbst die Öffentlichkeit (nur dann) warnen darf, wenn bei **Gefahr im Verzug** andere ebenso wirksame Maßnahmen, insbesondere Warnungen durch den Hersteller, nicht getroffen werden können. S. 3 verweist auf die entsprechende Anwendung des § 7 III dieses Gesetzes, wonach die zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen in der einzuhaltenden Reihenfolge

1. an den Hersteller,
2. an den Händler im Rahmen seiner jeweiligen Geschäftstätigkeit, insbesondere an den Verantwortlichen der ersten Vertriebsstufe auf dem Inlandsmarkt, oder
3. an Dritte, solange die gegenwärtige erhebliche Gefahr nicht auf andere Weise abgewehrt werden kann,

richten *kann*. Aus dieser Formulierung wird zunächst deutlich, daß das ProdSG die Informationsbefugnisse der Behörden gegenüber der Öffentlichkeit wesentlich einschränkt. Die Behörden sind gegenüber der bisherigen Rechtslage nicht mehr in gleichem Umfang befugt, sich selbst mit Hinweisen oder Empfehlungen an die Öffentlichkeit zu wenden, um vor Produktgefahren zu informieren oder zu warnen. Vielmehr ist eine behördliche Warnung der Öffentlichkeit nur als *ultima ratio* - Maßnahme zulässig, wenn (1) Gefahr im Verzug ist und (2) andere ebenso wirksame Maßnahmen, insbesondere durch den Hersteller selbst, nicht getroffen werden können (Subsidiarität behördlicher Informationstätigkeit, vgl. § 8 S. 2 ProdSG). Diese Subsidiaritätsklausel stellt vor dem Hintergrund der besonderen Eingriffsqualität behördlicher Warnungen in die Wettbewerbs- und Eigentumsfreiheit der betroffenen Unternehmen die Kodifizierung der bisher allgemein entwickelten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit behördlicher Informationstätigkeit dar. Ein behördlicher Hinweis an die Öffentlichkeit kommt daher nur nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts im Wege der Ersatzvornahme in Betracht, wenn die adressierten Hersteller, Händler oder Dritte der Anordnung ihrer Verpflichtung nicht nachkommen.³⁶ Vgl. im einzelnen dazu die Ausführungen im AllgVerwR, 6. Aufl. 2002, S. 265 ff.

cc. Wettbewerbsfreiheit, insbesondere Konkurrenzschutz

Wegen der sachlichen Nähe sowohl zur Berufswahl als zur Berufsausübung ist auch die **Wettbewerbsfreiheit** von Art. 12 I GG umfaßt.³⁷ Dabei geht es um verschiedene Formen staatlicher Einflußnahme auf die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen privater Unternehmen bzw. Gewerbetreibender bspw. durch

- ⇒ Vergabe von Subventionen,
- ⇒ Zulassung von Konkurrenten,
- ⇒ öffentliche Auftragsvergabe sowie durch
- ⇒ wirtschaftliche Betätigung von Staat und Kommunen.

³⁶ Tremml/Nolte, NJW **1997**, 2265, 2268.

³⁷ Zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit durch Art. 12 GG vgl. BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 ff. (Glykolwein); BVerfGE **32**, 311, 317; **46**, 120, 137 f.; **82**, 209, 223 f.; **86**, 28, 37; BVerwGE **71**, 183, 191; OVG Bremen NVwZ **2002**, 874, 875; Kluth, Jura **2001**, 371, 373 f.; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 136 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 814 f.; Papier, ZHR 152 (**1988**), 493, 499; Breuer, HdbStR VI (**1989**), § 148 Rn 75-77. Voraussetzung ist aber, daß die Regelung zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz besitzt. Fehlt es an dieser, ist Art. 2 I GG einschlägig (Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 14). Auf Art. 2 I GG wird generell abgestellt in BVerwGE **17**, 306, 309; **30**, 191, 198; **60**, 154, 159; **65**, 167, 174.

Hinsichtlich der ersten drei Formen staatlicher Einflußnahme liegt es auf der Hand, daß die betroffenen, d.h. übergangenen Unternehmen bzw. Gewerbetreibenden ein existentielles Interesse daran haben, die Begünstigung, die dem Konkurrenten zuteil wurde, anzufechten. (Verwaltungs-)Prozessual handelt es sich um eine Drittanfechtungsklage gem. § 42 I 1. Alt. VwGO in Form einer negativen **Konkurrentenklage** (auch **Begünstigungs- oder Konkurrentenabwehrklage** genannt).

Beispiele:

- (1) Die im Gemeindegebiet X ansässigen A-Automobilwerke befinden sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um die Arbeitsplätze in der Region zu sichern, gewährt X ihnen eine öffentliche Beihilfe. Die ebenfalls in X ansässigen, wirtschaftlich aber gesunden B-Automobilwerke sind der Auffassung, daß die Begünstigung der A-Werke mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist. Es könne nicht angehen, daß eine schlechte Unternehmensführung vom Staat noch belohnt werde.
- (2) K betreibt ein Taxigeschäft in der Stadt A. Die wirtschaftliche Situation ist aufgrund reichlich vorhandener Konkurrenz angespannt. Als die zuständige Behörde weitere Erlaubnisse nach § 2 I Nr. 4, § 46 II Nr. 1, § 47 i.V.m. § 13 I, IV Pers-BefG erteilt, möchte K, der von deren Rechtswidrigkeit überzeugt ist, erreichen, daß diese Erlaubnisse aufgehoben werden.

Das Problematische an der Konkurrentenklage ist die Klage- bzw. Beschwerdebefugnis. Insbesondere im Berufszulassungsrecht besteht der Grundsatz, daß insgesamt kein Schutz vor Wettbewerb, Konkurrenz und Zulassung weiterer Konkurrenten besteht. Das hat den Grund, daß die wirtschaftlichen Grundrechte eine Wertentscheidung gerade zugunsten des Wettbewerbs enthalten und daher grundsätzlich nicht zur Abwehr mißliebiger Konkurrenz berechtigen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Verwaltung gezielt oder faktisch die wirtschaftliche Betätigung des betroffenen Unternehmens im Verhältnis zu anderen **empfindlich beeinträchtigt**.³⁸ Hier kann ein subjektives öffentliches Recht in Form eines Abwehrenspruchs angenommen werden. Eine empfindliche Beeinträchtigung des betroffenen Unternehmens liegt nach der Rechtsprechung des BVerwG im Hinblick auf Art. 14 I GG vor, wenn die Begünstigung des anderen für ihn praktisch eine Entwertung seines aufgebauten Bestandes bedeutet, im Hinblick auf Art. 12 I und Art. 2 I GG, wenn dadurch ein faktischer Ausschluß vom Wettbewerb bewirkt würde. Wo es um die Konkurrenz um ein knappes Gut geht, sind auch stets Gleichheitsaspekte (Art. 3 I GG) mitentscheidend. Zu beachten ist aber, daß wenn einfachgesetzliche Vorschriften dem Kläger einen subjektiven Abwehrenspruch einräumen, nicht auf den übergeordneten Verfassungskreis zurückgegriffen werden darf (sog. Anwendungsvorrang unterverfassungsrechtlicher Normen und Ansprüche gegenüber den Grundrechten).³⁹

Im obigen **Beispiel 1** werden die A-Werke durch die Subvention in der Lage sein, günstiger produzieren zu können als die B-Werke. Dadurch könnte das von der Wettbewerbsfreiheit umfaßte Recht auf eine von staatlicher Seite unbeeinflusste Preisgestaltung berührt sein. Allerdings greift die Subventionierung eines Konkurrenten nicht per se in die grundrechtlich geschützte Rechtssphäre des Übergangenen ein. Viel-

³⁸ *Hufen*, VerwProzR, § 14 Rn 88; *Brohm*, Menger-FS, S. 235, 244; *Schenke*, VerwProzR, Rn 274 u. 523; *Schliesky*, DVBl 1999, 78, 82; *R. Schmidt*, JuS 1999, 1107, 1111. Vgl. auch BVerwG NVwZ 2001, 322 ff.

³⁹ Auch das BVerwG bestätigt konsequent seine Abneigung, subjektiv-rechtliche Positionen unter Vernachlässigung des einfachen Rechts sogleich unmittelbar aus den Grundrechten abzuleiten (vgl. etwa BVerwG NVwZ 2001, 322). Dagegen prüft das VG Sigmaringen (NJW 2001, 628, 630) die Grundrechte vorrangig vor dem einfachen Recht.

mehr müssen dessen Interessen willkürlich vernachlässigt bzw. verletzt und von erheblichem Gewicht sein. Ein Abwehranspruch des Drittanfechtenden ist daher nur dann gegeben, wenn der Staat (durch einseitige Parteinahme) derart schwerwiegend in die bestehenden Wettbewerbsverhältnisse eingreift, daß der Dritte in seiner Wettbewerbsfähigkeit *empfindlich* beeinträchtigt (Art. 12 I, Art. 2 I GG) bzw. in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht ist (Art. 14 I GG). In bezug auf die B-Werke bedarf es dann einer genauen Sachprüfung, ob sie derart schwerwiegend betroffen sind.

Im **Beispiel 2** ist K klagebefugt, wenn er sich auf eine drittschützende Norm berufen kann und diese Norm auch gerade seinen Interessen zu dienen bestimmt ist. In Betracht kommt § 13 IV PBefG. Im Personenbeförderungsrecht besteht zwar ein subjektives öffentliches Recht des Altunternehmers im Linienverkehr, sein Unternehmen leistungsfähig zu halten, aus § 13 II PBefG.⁴⁰ Dem Altunternehmer im Taxigewerbe soll aber - in Übereinstimmung mit der grundsätzlichen Ablehnung subjektiver öffentlich-rechtlicher Positionen im Berufszulassungsrecht - § 13 IV PBefG keine Klagebefugnis vermitteln.⁴¹ Vielmehr soll diese Vorschrift einen Verdrängungswettbewerb verhindern.⁴² Zur Erreichung dieses Ziels steht der Verwaltung das Institut der Zugangsgenehmigung zur Verfügung. Damit wird die im öffentlichen Interesse liegende Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes insgesamt geschützt. § 13 IV PBefG schützt daher nicht die individuellen Wettbewerbspositionen der Altunternehmer, sondern begünstigt diese lediglich reflexartig. K ist somit aus einfachgesetzlichen Normen nicht klagebefugt. Eine mögliche Rechtsbeeinträchtigung kann sich daher nur noch aus einer Grundrechtsposition ergeben. Da aber nicht angenommen werden kann, daß die Vergabe weiterer Konzessionen für ihn praktisch eine Gefährdung der unternehmerischen Existenz (Art. 14 I GG) oder einen faktischen Ausschluß vom Wettbewerb (Art. 12 I, 2 I GG) bewirken würde, ist K auch nicht aus Grundrechten klagebefugt.

Möchte der Bewerber hingegen die Chancengleichheit im (horizontalen) Konkurrenzverhältnis dadurch wiederherstellen, daß er dieselbe Vergünstigung erhält, *ohne* daß der Konkurrent seine Begünstigung verlieren soll, so richtet sich sein Klagebegehren auf die Gewährung derselben Begünstigung, wie sie seinem Konkurrenten zuteil wurde. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer *positiven* (oder *partizipativen*) Konkurrentenklage in Form der **Konkurrentengleichstellungsklage**⁴³, die verwaltungsprozessual – soweit die Vergünstigung durch Verwaltungsakt zu gewähren ist – mit einer **Verpflichtungsklage** gemäß § 42 I 2. Alt. VwGO, anderenfalls mit der allgemeinen Leistungsklage durchgesetzt werden kann.

Beispiel: Die im Gemeindegebiet X ansässigen A-Automobilwerke befinden sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Um die Arbeitsplätze in der Region zu sichern, gewährt X ihnen eine öffentliche Beihilfe. Die ebenfalls in X ansässigen und sich in einer ähnlichen Situation befindlichen B-Automobilwerke wollen aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls subventioniert werden.

In diesem Fall liegt eine Konkurrentengleichstellungsklage vor. Wenn man unterstellt, daß die B-Werke selbst die Förderungsvoraussetzungen nicht erfüllten, wird eine auf Art. 12 I i.V.m. 3 I GG gestützte Klage mit dem Ziel, ebenfalls in den Genuß der Begünstigung zu kommen, mangels Klagebefugnis unzulässig sein. Anderenfalls wäre eine Verpflichtungsklage unter dem Aspekt der Ermessensreduzierung gegen Null (Selbstbindung der Verwaltung) zulässig und begründet, jedenfalls sofern noch Mittel zur Verfügung stehen.

⁴⁰ Vgl. dazu BVerwG NVwZ **2001**, 322.

⁴¹ Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn 146; *Kluth*, Jura **2001**, 371, 373 f.

⁴² *Wahl/Schütz*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 42 Abs. 2 Rn 305.

⁴³ BVerwGE **60**, 25, 30.

Ein besonderes Problem stellt sich, wenn die Behörde eine kontingentierte Leistung, im Extremfall eine nur einmalig zu vergebende Vergünstigung, bereits erschöpfend vergeben hat. Beispielhaft seien Numerus-clausus-Studienplätze, Subventionen im Rahmen verfügbarer Haushaltsmittel, Standplätze auf Märkten, Einstellungen oder Beförderungen nach dem Beamtenrecht und kontingentierte Konzessionen etwa nach dem Personenbeförderungsgesetz (§ 13) oder dem Güterkraftverkehrsgesetz (§ 9) sowie Spielbankerlaubnisse genannt. Begehrt nun der bei der Verteilung des knappen Gutes Übergangene nach der Erschöpfung des zu verteilenden Kontingents eine Begünstigung, so kann diese nur auf Kosten des Begünstigten erreicht werden. Man spricht daher von einer **Mitbewerberklage** bzw. einer ausschließenden Konkurrenzklage oder einer **Konkurrentenverdrängungsklage**. Hier ist äußerst problematisch, auf welche Weise der Kläger sein Begehren prozessual durchsetzen kann bzw. muß. Da hier fundierte Kenntnisse bezüglich des Verwaltungsprozeßrechts erforderlich sind, sei insoweit auf meine Ausführungen im VerwProzR, 6. Aufl. 2002, S. 56 ff. verwiesen.

Hinsichtlich Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der **wirtschaftlichen Betätigung von Staat und Kommunen** muß zunächst geklärt werden, ob diese hier überhaupt privatrechtlich tätig werden und wie jedes Wirtschaftsunternehmen Gewinne erzielen dürfen. Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren.⁴⁴ Jedenfalls verbieten die Art. 14 I, 12 I, und 2 I GG der öffentlichen Hand nicht grundsätzlich, sich wirtschaftlich zu betätigen.⁴⁵ Die Grenzen sind allerdings dort zu ziehen, wo die öffentliche Hand ihre Machtstellung dazu mißbraucht, einen Auszehrungs- oder Verdrängungswettbewerb zu betreiben. Als Bewertungsgrundlage können die §§ 138, 242, 826 BGB, § 1 UWG und § 1 GWB herangezogen werden. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht (i.V.m. Art. 12 I, 14 I GG, die über die Figur der „Drittwirkung der Grundrechte“ zur Anwendung gelangen) ein zivilrechtlicher Abwehranspruch gegen die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein entsprechender Abwehr- bzw. Unterlassungsanspruch kann aber auch vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden, soweit er auf die Verletzung von Grundrechten gestützt wird. Da diese Problematik nebst Hinweis für die Fallbearbeitung bereits erschöpfend auf S. 45 ff. behandelt ist, sei darauf verwiesen.

dd. Berufswahl und Berufsausübung

Wie bereits ausgeführt, betrachten das BVerfG und die ganz herrschende Lehre den Art. 12 I GG bezüglich der Berufswahl und der Berufsausübung als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, das umfassend die Wahl (d.h. die Frage des „Ob“) und die Ausübung des Berufes (d.h. die Frage des „Wie“) schützt, wobei die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen betrifft (dazu unten, 3.).

b. Träger des Grundrechts (personeller Schutzbereich)

a.) Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 12 I GG in der derzeitigen Fassung sind Träger des Grundrechts auf Berufsfreiheit alle Deutschen i.S.d. Art. 116 GG. Damit zählt Art. 12 I GG zu den sog. **Deutschengrundrechten**. Das wirft vor dem Hintergrund des europarechtlich verbürgten Diskriminierungsverbots (Art. 12 I EG) und des

⁴⁴ Vgl. dazu LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f. und Kluth, Jura **2001**, 371, 374 sowie weitergehend Ehlers, Jura **1999**, 212 ff.; Stober, Kommunalrecht, § 22; Henneke, VBIBW **2000**, 337 ff.

⁴⁵ LG Offenburg NVwZ **2000**, 717; David, NVwZ **2000**, 738 ff.; Gern, NJW **2002**, 2593.

Rechts auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (Art. 39 EG) die Frage auf, ob und in welcher Weise sich **Bürger aus anderen Mitgliedstaaten der EG** auf Art. 12 GG berufen können.

Beispiel⁴⁶: Der belgische Unternehmer U stellt Einbauschränke her. Als er von einem Hauseigentümer in Aachen den Auftrag erhält, in dessen Wohnzimmer eine Schrankwand aus Naturholz einzubauen, verlangt die hiesige Handwerkskammer, daß er sich dort registrieren läßt. U, der schon in Belgien registriert ist, sieht nicht ein, sich noch einmal in Deutschland registrieren zu lassen. Kann er sich unter Bezugnahme auf Art. 12 I GG gegen die nach seiner Ansicht unverhältnismäßige Inanspruchnahme seiner Person zur Wehr setzen?

- ⇒ Für die Anwendbarkeit des Art. 12 I GG auch auf Bürger anderer EG-Staaten spricht der Anwendungsvorrang des EG-Rechts.⁴⁷ Art. 12 I GG müßte demnach europarechtskonform ausgelegt werden mit der Folge, daß *alle* EG-Bürger sich auf dieses Grundrecht berufen können. Folgt man dieser Auffassung, so kann sich U zur Durchsetzung seines Abwehranspruches uneingeschränkt auf Art. 12 I GG berufen.
- ⇒ Gegen eine Anwendbarkeit des Art. 12 I GG auf Bürger anderer EG-Staaten spricht aber die ausdrückliche verfassungstextliche Begrenzung des Art. 12 I GG auf Deutsche.⁴⁸ Folgt man diesem Wortlautargument, so kann sich U jedenfalls auf den auf Ausländer unstreitig anwendbaren Art. 2 I GG berufen. Bei der Auslegung dieses Grundrechts müßten dann aber die strengen Maßstäbe des Art. 12 I GG herangezogen werden, so daß sich im Ergebnis derselbe Grundrechtsschutz wie bei Art. 12 I GG ergibt. Gegen diese Lösung wird wiederum eingewendet, der Unionsbürger werde durch den Wortlaut des Art. 12 I GG abgehalten, sich auf das Grundrecht zu berufen, so daß die Verweisung auf Art. 2 I GG trotz desselben Schutzniveaus nicht die gleiche praktische Wirksamkeit besitze. Das *effet-utile*-Prinzip fordere nicht nur eine juristische, sondern auch eine faktische Gleichstellung aller EG-Bürger.⁴⁹

Letztlich ist der deutsche Gesetzgeber berufen, im Rahmen einer Verfassungsänderung den Wortlaut des Art. 12 I GG dahingehend zu ändern, daß auch Unionsbürger explizit in den personellen Schutzbereich der Berufsfreiheit aufgenommen werden.

b.) Übrige Ausländer und auch Staatenlose können sich dagegen auf keinen Fall auf Art. 12 I GG berufen.⁵⁰ Dieser Personenkreis genießt lediglich den (unmodifizierten) Schutz aus Art. 2 I GG.⁵¹

c.) Schließlich kommt gemäß Art. 19 III GG der Schutz des Art. 12 I GG auch **inländischen juristischen Personen des Privatrechts** sowie sonstigen *inländischen* Personenvereinigungen des Privatrechts zugute, da die Ausübung der Berufsfreiheit nicht an die Eigenschaft einer natürlichen Person anknüpft.⁵² Zu beachten ist aber,

⁴⁶ Nach EuGH DVBl **2001**, 114.

⁴⁷ So *Breuer*, in: HdbStR VI, S. 895 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 10.

⁴⁸ So *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 5; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 97; *Tettinger*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn 19 f.; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn 66.

⁴⁹ Vgl. *Wernsmann*, Jura **2000**, 657, 662; *Kluth*, Jura **2001**, 371.

⁵⁰ BVerfG NVwZ **2000**, 1281 (Grundrechtsschutz für Ausländervereine).

⁵¹ BVerfGE **78**, 179, 196 f. (Heilpraktiker); *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 5; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn 10; **a.A.** *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn 96.

⁵² BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein); BVerfGE **30**, 292, 312 (Erdölbevorratung); **95**, 173, 181 (Warnungen vor Gesundheitsgefahren auf Tabakerzeugnissen); BVerfGE **102**, 197, 212 f. (Öffentliche Spielbanken); *Wernsmann*, Jura **2001**, 106, 107; *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 6; **a.A.** *Rittstieg*, in: Alternativkommentar, Art. 12 Rn 167 mit dem Argument, daß der Begriff „Beruf“ sehr wohl an die Eigenschaft einer natürlichen Person anknüpfe.

daß wenn die Vereinigung von Ausländern beherrscht wird, Art. 12 I GG wohl nicht greifen dürfte.⁵³ Hier ist ebenfalls Art. 2 I GG einschlägig. Nicht auf Art. 12 I GG berufen können sich auch *ausländische* juristische Personen des Privatrechts⁵⁴ (jedenfalls sofern sie nicht dem EU-Raum entstammen) und (inländische) juristische Personen des öffentlichen Rechts⁵⁵. Zu den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vgl. oben S. 38.

2. Eingriff in den Schutzbereich

a. Da nur berufs- und ausbildungsspezifische Handlungen geschützt sind, stellt eine staatliche Regelung oder Maßnahme auch nur dann einen Eingriff in den Schutzbereich dar, wenn sie nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit herbeiführt, sondern ihr subjektiv oder zumindest objektiv eine **berufsregelnde Tendenz** innewohnt.⁵⁶

- ⇒ Eine **subjektiv berufsregelnde Tendenz** liegt vor, wenn der Staat zielgerichtet (d.h. imperativ) die berufliche Betätigung ganz oder teilweise unterbinden oder sonst dafür sorgen will, daß sie „nicht in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann“⁵⁷. Erfaßt werden also verbindliche Vorgaben für das „Ob“ und „Wie“ einer bestimmten beruflichen Tätigkeit, insbesondere Erlaubnispflichten bzw. Genehmigungsvorbehalte (etwa gem. § 2 I Nr. 4, § 46 II Nr. 1, § 47 i.V.m. § 13 I, IV PersBefG oder gem. §§ 2 ff. GastG), Auskunftspflichten, Regelungen der Vergütung, gesetzliche Aufhebungen von Arbeitsverhältnissen oder Gewerbeuntersagungen (etwa nach § 35 GewO).
- ⇒ Aber auch staatliche Regelungen oder Maßnahmen mit berufsneutraler Zielsetzung können aufgrund ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich des Art. 12 I GG tangieren.⁵⁸ Ist dies der Fall, spricht man von einer **objektiv berufsregelnden Tendenz**.⁵⁹ Die Auswirkungen müssen jedoch von einigem Gewicht sein⁶⁰ und einen konkreten Kreis von Personen in ihrer Berufsfreiheit betreffen⁶¹. Fehlt es daran, liegt nur ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) „in ihrer Ausgestaltung als wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“ vor.⁶² So geht insbesondere die Rechtsprechung davon aus, daß Zwangsmitgliedschaften in Berufskammern (z.B. Bundesrechtsanwaltskammer, Industrie- und Handelskammer, Landesärztekammer) Eingriffe in Art. 2 I GG, nicht in Art. 12 I GG darstellen.⁶³ Jüngst hat das BVerfG auch entschieden, daß sachlich gerechtfertigte Informationstätigkeiten nicht den Schutzbereich des Art. 12 I GG eröffnen. Denn das Grundrecht schütze

⁵³ So *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19 Rn 10; **a.A.** v. *Mutius*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 19 Rn 59 und wohl auch BVerfG NVwZ **2000**, 1281, 1282 (Grundrechtsschutz für Ausländervereine).

⁵⁴ BVerfGE **21**, 207, 208 f. (Patentanmeldung einer US-amerikanischen Aktiengesellschaft).

⁵⁵ BVerfGE **21**, 362, 368 (Sozialversicherungsträger); **45**, 63, 78 f. (Stadt Hameln); *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 6; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Rn 10; **a.A.** bei privatrechtlicher Interessenwahrnehmung: *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 Rn 65.

⁵⁶ BVerfGE **97**, 228, 253 f. (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen); **95**, 267, 302 (Wiedervereinigung); BVerfG NVwZ **2001**, 1399; *Wernsmann*, Jura **2001**, 106, 107; *Kimms*, JuS **2001**, 664, 666; *Schliesky*, JA **2002**, 373, 376.

⁵⁷ BVerfGE **82**, 209, 223 (Krankenhausplan); BVerfGE **97**, 228, 253 (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen).

⁵⁸ BVerfGE **13**, 181, 185 f. (Schankerlaubnissteuer); **61**, 291, 308 (Tierpräparatoren); **81**, 108, 121 f. (Vereinbarkeit der ersatzlosen Streichung von § 34 IV EStG mit dem Grundgesetz).

⁵⁹ BVerfGE **70**, 191, 214 (Fischereirechte); *Kluth*, Jura **2001**, 371, 372; OVG Bremen NVwZ **2002**, 875, 876.

⁶⁰ BVerfGE **97**, 228, 253 f. (Nachrichtenmäßige Kurzberichterstattung im Fernsehen); BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 ff. (Warnung vor Glykolwein); OVG Bremen NVwZ **2002**, 875, 876.

⁶¹ BVerfGE **47**, 1, 21 (Steuerliche Berücksichtigung der Beschäftigung einer Haushaltshilfe).

⁶² BVerfGE **37**, 1, 18 (Stabilisierungsfonds für Wein).

⁶³ Vgl. BVerfG NVwZ **2002**, 335 (mit Bespr. v. *Jahn*, JuS **2002**, 434); BVerfGE **107**, 169 ff.

nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, auch wenn sie für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von unvorteilhafter Bedeutung sein können⁶⁴ (dazu oben S. 332).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Eine berufsregelnde Tendenz kommt einer Vorschrift regelmäßig zu, wenn sie ausschließlich oder im wesentlichen nur auf berufliche Tätigkeiten anwendbar ist. In der Fallbearbeitung sollte man sich zur Beantwortung dieser Frage auf das eigene Judiz verlassen und eine berufsregelnde Tendenz immer dann annehmen, wenn man beim Lesen des Sachverhalts ohne zu zögern an Art. 12 I GG denkt. Die Unterscheidung zwischen subjektiv und objektiv berufsregelnder Tendenz ist deshalb relevant, da Maßnahmen mit objektiv berufsregelnder Tendenz von erheblichem Gewicht sein müssen, um eine Eingriffsqualität zu erhalten.

b. Ein Eingriff in den Schutzbereich kommt in allen Bereichen des geschützten Verhaltens in Betracht. Besondere Bedeutung hat hier die Unterscheidung zwischen den Berufsausübungsregeln und der Wahl des Berufes, dort insbesondere zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsbeschränkungen (sog. **Drei-Stufen-Theorie**):

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie noch zu sehen sein wird, stellt die Drei-Stufen-Theorie letztlich nur eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Von daher spielt sie – sofern man sie überhaupt noch als maßgebend erachtet⁶⁵ – an sich nur bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs eine Rolle und kann streng genommen bei der Bestimmung des Eingriffs dahinstehen. Da aber auch das BVerfG teilweise (m.E. in überflüssiger Weise) zwischen verschiedenen Arten von Eingriffen in die Berufsfreiheit differenziert, ist es nicht verkehrt, die Drei-Stufen-Theorie bereits im Rahmen der Bestimmung des Eingriffs zu behandeln.

⇒ Relativ gering ist die Beeinträchtigung des Grundrechts, wenn es lediglich um die Regelung der **Berufsausübung**, also um die Frage des „Wie“ der beruflichen Tätigkeit geht (**erste Stufe**). Gleichwohl ist ein Eingriff in den Schutzbereich anzunehmen.

Beispiele: Regelungen der Berufsausübung sind etwa die Anzeigepflicht bestimmter Gewerbe (§ 14 GewO), die Festlegung von Ladenschlußzeiten⁶⁶, Arbeitszeiten und Polizeistunden⁶⁷, die Verpflichtung, eine Uniform oder Dienstkleidung zu tragen⁶⁸, die Werbebeschränkung für Ärzte, Apotheker, Notare und Rechtsanwälte (vgl. nur § 43b BRAO, §§ 6 I, 7 BORA und § 14 I BO Tierärzte)⁶⁹ oder das Verbot

⁶⁴ BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 (Glykolwein).

⁶⁵ Zur Frage, ob aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG überhaupt noch auf die Drei-Stufen-Theorie zurückgegriffen werden muß, vgl. unten S. 345 (Hinweis für die Fallbearbeitung).

⁶⁶ BVerfGE **13**, 237. Zu Ladenschlußzeiten für Apotheker vgl. jüngst BVerfGE **104**, 357 ff. mit Bespr. v. *Terhechte*, JuS **2002**, 551 ff.

⁶⁷ BVerwGE **20**, 321, 323.

⁶⁸ BVerfGE **28**, 21 (Robenzwang für Rechtsanwälte).

⁶⁹ BVerfGE **76**, 196; **82**, 18; BVerfG NJW **2002**, 3091, 3092 (Werbebeschränkung für Tierärzte); BVerfG NJW **2002**, 1331 (Ärzte); BVerfG NJW **2000**, 3195; BVerfG NJW **2001**, 1926; NJW **2001**, 2461; OLG Nürnberg NJW **2001**, 2481; OLG Oldenburg NJW **2001**, 2026; BGH NJW **2001**, 1138 und BGH NJW **2001**, 2087 (jeweils Rechtsanwälte); BVerfG NJW **1997**, 2510 (Notare); BVerfGE **85**, 97 (Steuerberater); BVerfGE **33**, 125; **71**, 162; **71**, 183; **85**, 248; BVerwGE **105**, 362, 366 ff. (Ärzte); BVerfGE **94**, 372 (Apotheker). Begründet wird die Werbebeschränkung mit dem nach wie vor herrschenden (m.E. antiquierten) Verständnis, die genannten Berufe stellten nach Tradition und Recht kein Gewerbe dar und der Bürger müsse vor übertriebener und marktschreierischer Werbung, die geeignet ist, die berufliche Integrität und Gemeinwohlbelange anzuzweifeln, geschützt werden. Vgl. auch BVerwG DVBl. **2001**, 1371 (Arztwerbung) und BVerfG NJW **2001**, 2788 (Arztwerbung) und *Bardenz*, MDR **2001**, 247 ff.

einer Sozietät von Anwaltsnotaren und Angehörigen anderer freier Berufe⁷⁰. Auch steuerrechtliche Vorschriften, deren berufsregelnde Tendenz nicht auf die Erdrosselung eines Berufs, aber doch auf die Lenkung seiner Ausübung hinausläuft, sind Regelungen der Berufsausübung⁷¹. Des weiteren sei das Verbot der Augeninnendruckmessung und Gesichtsfeldprüfung durch Optiker⁷² und die in § 25 BRAO angeordnete Singularzulassung von Rechtsanwälten genannt⁷³. Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Eingriffe vgl. unten S. 343 ff.

- ⇒ Ein mittleres Beeinträchtigungsniveau liegt bei sog. **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** vor, die für die Wahl eines Berufes oder den Verbleib im Beruf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten, erworbene Abschlüsse oder erbrachte Leistungen des Berufsbewerbers vorschreiben (**zweite Stufe**).

Beispiele: Zu den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zählen etwa das Abitur für die Zulassung zum gehobenen öffentlichen Dienst, die Gesellenprüfung für die Beschäftigung als Handwerksgeselle oder der große Befähigungsnachweis (sog. „Meisterprüfung“) zur Ausübung eines selbständigen Handwerks (§ 7 HandwO). Auch Höchstaltersgrenzen für die Zulassung zu einem freien Beruf⁷⁴ (Beispiel: 32 Jahre für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst (§ 14 II BLV), 55 Jahre für die Neuzulassung zum Vertragsarzt (§ 98 II Nr. 12 SGB V)⁷⁵ oder für die Zulassung zum Vergabeverfahren für numerus-clausus-Studienplätze⁷⁶), die Eignung und Zuverlässigkeit⁷⁷ (Beispiel: § 4 GastG), das Fehlen bestimmter Vorstrafen (Beispiel: keine Vorstrafe wegen Untreue bei der Bewerbung als Kassierer), der Vorbehalt, einen Schwangerschaftsabbruch ausschließlich durch einen *Facharzt* vornehmen zu lassen⁷⁸ oder das Vorhandensein von Finanzmitteln stellen subjektive Zulassungsvoraussetzungen dar. Ob der Betreffende auf die Eigenschaften Einfluß hat, ist nicht entscheidend. Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Eingriffe vgl. unten S. 343 ff.

- ⇒ Am intensivsten sind Eingriffe, welche die **objektiven Zulassungsvoraussetzungen** zu einer beruflichen Tätigkeit regeln. Objektive Zulassungsvoraussetzungen (besser gesagt: objektive Zulassungsschranken) binden die Wahl eines Berufes bzw. den Verbleib an Voraussetzungen, die mit der Person des Bewerbers nichts zu tun haben (**dritte Stufe**).

Beispiele: Als objektive Zulassungsbeschränkungen kommen insbesondere Bedürfnisklauseln in Betracht (vgl. etwa § 13 II Nr. 2 PersBefG für den Linienverkehr und § 13 IV PersBefG für den Verkehr mit Taxen)⁷⁹. Auch das Apothekenurteil des BVerfG hatte eine Bedürfnisklausel zum Gegenstand, die als Voraussetzung für die Errichtung einer Apotheke verlangte, daß die vorhandenen Apotheken zur Versor-

Zum abgeschwächten Werbeverbot bezüglich eines Sanatoriums und einer Zahnklinik-GmbH vgl. BVerfGE **71**, 183 (Sanatorium) und BVerfG NJW **2000**, 2734 (Zahnklinik-GmbH - mit Bespr. von *Laufs*, NJW **2001**, 1768 und *Schwerin*, NJW **2001**, 1770). Zur Frage, inwieweit Werbebeschränkungen in einer modernen Gesellschaft überhaupt noch zeitgemäß sein können, vgl. die Abschlußfälle auf S. 349 ff.

⁷⁰ BVerfGE **98**, 49, 59.

⁷¹ BVerfGE **99**, 202, 211 (Unvereinbarkeit des § 128a I und II AFG mit Art. 12 GG); vgl. auch *Hohmann*, DÖV **2000**, 406.

⁷² BVerfG NJW **2000**, 2736.

⁷³ BVerfGE **103**, 1 ff.

⁷⁴ BVerfGE **9**, 338, 344 (Hebammenaltersgrenze); **64**, 72, 82 (Prüfingenieur); BVerfG NJW **1998**, 1776, 1777 (Vertragsarzt).

⁷⁵ Vgl. BVerfG NJW **2001**, 1779 (mit Bespr. v. *Welti*, JA **2002**, 110 ff.).

⁷⁶ Vgl. OVG Münster NVwZ-RR **2001**, 449.

⁷⁷ BVerfGE **41**, 378, 390 (Rechtsbeistand).

⁷⁸ BVerfGE **98**, 265, 305 ff. (Facharztvorbehalt bei Schwangerschaftsabbrüchen).

⁷⁹ Zur Vereinbarkeit einer Bedarfsprüfung bezüglich der Zulassung zum qualifizierten Krankentransport vgl. BVerwG NVwZ-RR **2000**, 213.

gung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht ausreichen und durch die Errichtung wirtschaftlich nicht wesentlich beeinträchtigt würden. Auch die Vorschriften über die Bedarfszulassung von Vertragsärzten (früher: Kassenärzte) stellt eine objektive Berufszulassungsvorschrift dar. Des weiteren kommen Errichtungsverbote, Höchstzahlen oder Inkompatibilitäten in Betracht. Auch Steuerbelastungen mit erdrosselnder Wirkung greifen als objektive Zulassungsbeschränkungen in das Grundrecht des Art. 12 I GG ein. Das BVerfG hat jedoch bisher noch keiner steuerrechtlichen Vorschrift diese erdrosselnde Wirkung zuerkannt und nur gelegentlich ausgesprochen, daß eine erdrosselnde Besteuerung vor Art. 12 I GG schwerlich Bestand haben könnte.⁸⁰ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung solcher Eingriffe vgl. unten S. 343 ff.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Mitunter ist die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Berufswahlregelungen und zwischen Berufswahl- und Berufsausübungsregeln schwierig. Für die Frage des Eingriffs in den Schutzbereich kann die Unterscheidung aber dahinstehen, da in jedem Fall ein solcher anzunehmen ist. Etwas anderes gilt im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, da bei den verschiedenen Eingriffsarten unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu stellen sind. Hier ist auf jeden Fall eine Auseinandersetzung mit der Drei-Stufen-Theorie erforderlich, auch wenn man sie aufgrund ihrer Starrheit im Ergebnis ablehnt.

c. Auch bei Eingriffen in die **Ausbildungsfreiheit** ist zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen und sonstigen Regelungen des Ausbildungswesens zu unterscheiden. So sind nach den **numerus-clausus-Urteilen** des BVerfG Zugangsbeschränkungen für bestimmte Studiengänge eine *objektive Zulassungsvoraussetzung*, da nicht nur die Wahl einer bestimmten Universität reglementiert, sondern bundesweit einheitlich Bewerbern der Zugang zu dem betreffenden Studiengang versperrt wird, obwohl die allgemeine Hochschulreife vorhanden ist.⁸¹ Auch wenn längerfristig der Zugang zu einem obligatorischen Vorbereitungsdienst (z.B. Rechtsreferendariat) oder einem anderen staatlich monopolisierten Ausbildungsgang versperrt ist, ist von einer objektiven Zulassungsbeschränkung auszugehen. Demgegenüber liegt eine *subjektive Zulassungsbeschränkung* vor, wenn der Zugang zu einem Ausbildungsgang von persönlichen Faktoren, insbesondere von persönlichen Qualifikationen, abhängt. *Sonstige Regelungen* des Ausbildungswesens liegen etwa in der Festlegung von Ausbildungszeiten oder im Kündigungsschutz. Vgl. dazu ausführlich unten 3 b auf S. 343 ff.

d. Eingriffe in die **freie Wahl des Arbeitsplatzes** liegen vor, wenn der Staat den einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt oder die Aufgabe seines Arbeitsplatzes verlangt.⁸² Auch hier kann zwischen objektiven und subjektiven Voraussetzungen für den Erhalt eines Arbeitsplatzes unterschieden werden.

Beispiel: Vorschriften oder Vereinbarungen, die einen Bediensteten des öffentlichen Dienstes bei dessen vorzeitiger Aufgabe der Tätigkeit zur Erstattung (eines Teils) der

⁸⁰ Vgl. BVerfGE **8**, 222, 228 (Hamburgische Vergnügungssteuer); ferner E **13**, 181, 185 f. (Schankerlaubnissteuer).

⁸¹ Vgl. BVerfGE **33**, 303, 337 f. (erstes numerus-clausus-Urteil); **43**, 291, 313 f. (zweites numerus-clausus-Urteil).

⁸² BVerfGE **92**, 140, 151 (Kündigung eines im Polizeidienst tätigen Arbeitnehmers).

Ausbildungskosten verpflichten, greifen in das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes ein, da sie den Betroffenen u.U. daran hindern, die Tätigkeit aufzugeben.⁸³ Hier ist von einer subjektiven Voraussetzung für den Erhalt eines Arbeitsplatzes auszugehen, solange die Höhe der zu erstattenden Ausbildungskosten in einem angemessenen Verhältnis zum Ausbildungsvorteil verbleibt; anderenfalls wäre von einer objektiven Voraussetzung auszugehen.

Da die Rechtsverhältnisse rund um den Arbeitsplatz überwiegend **privatrechtlicher** Natur sind, gilt das Grundrecht des Art. 12 I GG nicht unmittelbar zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber. Da aber die arbeitsrechtlichen Vorschriften über unbestimmte Rechtsbegriffe zahlreiche Einbruchstellen für die Grundrechte enthalten, besteht Grundrechtsschutz über die Figur der **mittelbaren Drittwirkung** (S. 50).

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a. Art. 12 I S. 2 GG bestimmt, daß (lediglich) die *Berufsausübung* durch oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden darf. Die *Berufswahl* wäre demzufolge schrankenlos gewährleistet. Beide Aspekte der Berufsfreiheit lassen sich in der Praxis jedoch nicht immer trennen, so daß man von einem **einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit** ausgehen muß. Daher ist es nur konsequent, den Regelungsvorbehalt des Art. 12 I S. 2 GG auch auf Art. 12 I S. 1 GG (d.h. die Berufswahl) zu erstrecken.⁸⁴ Mit der Formulierung „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ ist gemeint, daß nicht nur formelle Gesetze, sondern auch nur-materielle Gesetze wie Rechtsverordnungen und Satzungen und Verwaltungsakte auf der Grundlage eines formellen Gesetzes als berufsregelnde Rechtsnormen in Betracht kommen. Jedenfalls muß das ermächtigende formelle Gesetz alle für die Berufsfreiheit wesentlichen Voraussetzungen selbst regeln. Dabei gilt, je schwerwiegender der Eingriff in die Berufsfreiheit ausfällt, desto detaillierter muß die formell-gesetzliche Regelung sein. Lediglich Randfragen der Berufszulassung und generell Fragen der Berufsausübung können der Exekutive überlassen werden (sog. Wesentlichkeitstheorie).⁸⁵ Für Rechtsverordnung gelten dabei zusätzlich die Anforderungen des Art. 80 I S. 2 GG bzw. die entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen.

b. Ist eine (formelle) Rechtsnorm mit berufsregelnder Tendenz vorhanden, ist sodann deren Rechtmäßigkeit zu prüfen. Die Norm muß in formeller und materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar sein.

- ⇒ Die formelle Rechtmäßigkeit eines Parlamentsgesetzes bemißt sich insbesondere nach der **Gesetzgebungskompetenz** (auf Bundesebene Art. 30, 70 ff. GG) und den **Verfahrensvorschriften** (auf Bundesebene Art. 76 ff. GG).
- ⇒ Die materielle Rechtmäßigkeit bestimmt sich neben der Beachtung der **Wesentlichkeitstheorie** und dem **Bestimmtheitsgrundsatz** insbesondere nach der **Verhältnismäßigkeit**. Speziell zu Art. 12 I GG hat das BVerfG die sog. **Drei-Stufen-Theorie** (vgl. bereits S. 340 f.) als besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entwickelt. Prüfungsmaßstab ist dabei stets Art. 12 I GG.

⁸³ Vgl. BVerfGE **39**, 128, 141 ff. (Erstattung der Ausbildungskosten); BVerwGE **30**, 65, 69; **40**, 237, 239.

⁸⁴ St. Rspr. des BVerfG seit dem Apothekenurteil (E **7**, 377, 402). Vgl. auch jüngst BVerfGE **102**, 197, 213 f. (Öffentliche Spielbank – mit Bespr. v. *Muckel*, JA **2001**, 460 ff. u. *Kluth*, Jura **2001**, 371 ff.); BVerfGE **104**, 357 ff. (Ladenschlußzeiten für Apotheken – mit Bespr. v. *Terhechte*, JuS **2002**, 551 ff.); BVerfG NJW **2002**, 2621, 2622 ff. (Glykolwein).

⁸⁵ Vgl. nur BVerfGE **33**, 125, 158 ff. (Facharzt); **86**, 28, 40 (Bedürfnisprüfung bei Sachverständigen) und **87**, 287, 316 f. (Zulassung zum Rechtsanwalt).

- ⇒ Danach bilden **Berufsausübungsregelungen**, also Regelungen, die das „Wie“, die Art und Weise der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand haben (zu den Beispielen vgl. oben S. 340), die erste Stufe. Eingriffe in die Berufsausübung sind bereits dann gerechtfertigt, wenn **vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls** diese für zweckmäßig erscheinen lassen. So soll (nach noch überwiegender, m.E. antiquierter Auffassung) etwa ein *Werbeverbot für Ärzte und Tierärzte* verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn die Werbung Verunsicherungen bei der Bevölkerung auslösen würde bzw. geeignet ist, das Vertrauen in die berufliche Integrität des Arztes/Tierarztes in Frage zu stellen⁸⁶, ein *Werbeverbot für Apotheker* dann, wenn ein übermäßiger Medikamentenkonsum der Bevölkerung verhindert werden soll, und ein *Werbeverbot für Rechtsanwälte*, wenn das Vertrauen gestärkt wird, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten (Verhinderung übermäßiger Inanspruchnahme der Justiz) oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten⁸⁷. Für die Falllösung kommt es somit entscheidend darauf an, ob die zu untersuchende Werbemaßnahme diese Voraussetzungen erfüllt. Vgl. dazu die jüngst ergangenen, als Abschlußfälle dargestellten Entscheidungen. Hinsichtlich *Ladenschlußzeiten für Apotheken* hat das BVerfG in begrüßenswerter Weise jüngst die Regelung des § 14 IV LSchIG für verfassungswidrig erklärt.⁸⁸
- ⇒ Bei den Eingriffen in die **Berufswahl**, also Regelungen, die das „Ob“ der Betätigung regeln, ist zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden. Die die zweite Stufe bildenden **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** (zu den Beispielen vgl. oben S. 341) sind in Vorschriften enthalten, welche die Aufnahme oder den Verbleib im Beruf von persönlichen Eigenschaften (etwa Höchstalter) und Fähigkeiten, erworbenen Abschlüssen oder erbrachten Leistungen der Berufsbewerber abhängig machen. Eingriffe in diese Stufe sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie dem **Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter** dienen. So ist etwa (nach fragwürdiger Auffassung des BVerfG) das Erfordernis der Meisterprüfung als Voraussetzung für die Ausübung eines selbständigen Handwerks zum Schutze der Leistungsfähigkeit des Handwerks verfassungsrechtlich gerechtfertigt.⁸⁹ Auch Altersgrenzen für die Ausübung bestimmter freier Berufe (vgl. nur § 98 II Nr. 12 SGB V: 55 Jahre für den Zugang zur vertragsärztlichen Tätigkeit⁹⁰) sind damit gerechtfertigt worden, daß ab einem bestimmten Alter die Leistungsfähigkeit herabgesetzt und so eine ordnungsgemäße Ausübung des Berufs nicht mehr gewährleistet sei. Hinsichtlich der Altergrenze für die Vertragsarztzulassung sei als überragend wichtiges Rechtsgut die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung anzusehen.⁹¹
- ⇒ **Objektive Zulassungsvoraussetzungen**, auch objektive Zulassungsschranken genannt (die dritte Stufe), knüpfen an Umstände an, die mit der persönlichen Qualifikation des Berufsbewerbers nichts zu tun haben und die dieser auch nicht

⁸⁶ BVerfG NJW **2002**, 3091, 3092 (Werbung für Tierarztpraxis); BVerfG-K NJW **2000**, 2734, 2735 (Werbung für eine Zahnarztpraxis); Kluth, Jura **2001**, 371, 375; Simon/Schmittmann, MedR **2001**, 228, 230 ff. Vgl. dazu BVerfG-K NJW **2000**, 3057 und bereits Fußn. 1322. Vgl. auch BVerfG DVBl. **2001**, 1371 (Arztwerbung).

⁸⁷ BVerfG NJW **2000**, 3195 (Anwaltswerbung durch Sponsoring) mit Bespr. von Ahrens, NJW **2000**, 3188; BVerfG NJW **2001**, 1926, 1927 (Werbung durch Fachanwälte mit Stichworten zur Tätigkeit); BGH NJW **2001**, 2087 (Infoveranstaltung mit Mittagsimbiss keine unzulässige Werbung). Vgl. auch Bardenz, MDR **2001**, 247 ff.

⁸⁸ BVerfGE **104**, 357 ff. mit Bespr. v. Terhechte, JuS **2002**, 551 ff.

⁸⁹ Vgl. BVerfGE **13**, 97, 107 (Befähigungsnachweis Handwerk); **69**, 209, 218 (Steuerberaterprüfung).

⁹⁰ Vgl. BVerfG NJW **2001**, 1779.

⁹¹ Vgl. BVerfG NJW **2001**, 1779 (mit Bespr. v. Welti, JA **2002**, 110 ff.).

beeinflussen kann. Dazu zählen insbesondere Bedürfnisklauseln (zu den Beispielen vgl. oben S. 341). Auch der *numerus clausus* bei Studienplätzen (dazu sogleich unter c.) stellt eine objektive Zulassungsbeschränkung dar. Eingriffe auf dieser Stufe sind im allgemeinen nur dann zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher **schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** zwingend geboten sind.⁹² Als überragend wichtig hat das BVerfG neben der Volksgesundheit⁹³ die Steuerrechtspflege⁹⁴, den Schutz vor ungeeigneten Rechtsberatern⁹⁵, die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Verkehrs⁹⁶ und die Notwendigkeit des schnellen Aufbaus der Verwaltung in den neuen Bundesländern⁹⁷ anerkannt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Der kritische Leser wird erkannt haben, daß es sich bei der Drei-Stufen-Theorie letztlich um nichts anderes handelt, als um eine spezielle Erscheinungsform des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach um so höhere Rechtfertigungsanforderungen an die Maßnahme zu stellen sind, desto intensiver der Eingriff in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen ausfällt. Bei Art. 12 GG hat diese „Faustformel“ durch die Rspr. des BVerfG also lediglich präzisere Konturen erlangt. Gerade der neueren Rspr. des BVerfG ist aber zu entnehmen, daß das Gericht zunehmend dazu übergeht, die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs **nicht mehr anhand der starren Drei-Stufen-Theorie vorzunehmen**, sondern den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwendet. Oft ist folgende Formulierung zu finden: „Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen die Regelung zu dienen bestimmt ist“⁹⁸. Von einer „Stufe“ ist nicht mehr die Rede.⁹⁹ Damit schafft sich das Gericht insbesondere in Fällen, in denen eine Einordnung in eine Stufe unmöglich scheint¹⁰⁰, eine begrüßenswerte Flexibilität in der Argumentation und verabschiedet sich von dem „Kategoriendenken“ der Drei-Stufen-Theorie. Sofern man sich dieser Tendenz anschließt, bietet sich für die Fallbearbeitung folgende Vorgehensweise an:

- ⇒ Zunächst ist der Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG zu bestimmen.
- ⇒ Sodann ist die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aufzuwerfen. Da es um einen Eingriff in die Berufsfreiheit geht, ist auf die

⁹² St. Rspr. seit BVerfGE **7**, 377, 408 (Apothekenurteil) und jüngst BVerfGE **102**, 197, 214 (Öffentliche Spielbanken). Vgl. auch BVerwGE **102**, 92, 95 ff. (Oddset-Wetten - mit Bespr. v. *Oberrath*, JA **2002**, 116).

⁹³ Vgl. BVerfGE **7**, 377, 414 f. (Apothekenurteil) und BVerfG NJW **2001**, 2788 (Arztwerbung).

⁹⁴ Vgl. BVerfGE **21**, 173, 179 (Beschränkung der Freiheit der Berufswahl durch Schaffung von Inkompatibilitäten); **69**, 209, 218 (Zulassung zur Steuerberatungsprüfung).

⁹⁵ Vgl. BVerfGE **75**, 246, 267 (Beseitigung des Berufs der Rechtsbeistände).

⁹⁶ Vgl. BVerfGE **11**, 168, 184 f. (Bedürfnisprüfung im Personenbeförderungsrecht).

⁹⁷ Vgl. BVerfGE **84**, 133, 151 f. (Warteschleife).

⁹⁸ Vgl. dazu BVerfG NJW **2001**, 2734 mit Bespr. v. *Laufs*, NJW **2001**, 1768 und *Schwerin*, NJW **2001**, 1770; BVerfGE **103**, 1, 9 ff. (Singularzulassung von Rechtsanwälten); BVerfGE **102**, 197, 220 (öffentliche Spielbanken); BVerfG NJW **2001**, 1926 (Werbung von Fachanwälten mit Stichworten zur Tätigkeit).

⁹⁹ Vgl. etwa BVerfG NJW **2002**, 3091, 3092 (Werbung von Tierärzten); BVerfG NJW **2002**, 1331, 1332 (Bezeichnung von Ärzten als „Spezialisten“); vgl. aber auch BVerfGE **104**, 357 ff. (Ladenschlußzeiten für Apotheken) mit Bespr. v. *Terhechte*, JuS **2002**, 551 ff.

¹⁰⁰ So ist z.B. äußerst fraglich, auf welcher Stufe das für verfassungswidrig erklärte, in § 25 BRAO statuierte Verbot, daß der bei einem OLG zugelassene Rechtsanwalt nicht zugleich bei einem anderen Gericht zugelassen sein darf, anzusiedeln ist. Nahezu unmöglich ist es auch, die Erlaubnispflicht zum Betreiben einer Spielbank einer Stufe zuzuordnen. Daher behandelt das BVerfG die gesetzlichen Vorschriften, die das Betreiben einer Spielbank durch Private nahezu unmöglich machen „wie“ objektive bzw. subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen (vgl. BVerfGE **102**, 197, 214 - öffentliche Spielbanken - mit Bespr. von *Mukkel*, JA **2001**, 460).

hierzu vom BVerfG entwickelte Drei-Stufen-Theorie einzugehen und diese (wie oben gezeigt) kurz darzulegen.

- ⇒ Nachdem die Drei-Stufen-Theorie entsprechend dargestellt wurde, ist festzustellen, daß diese letztlich nichts anderes darstellt als einen Spezialfall des allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, sich aber wesentlich starrer und unflexibler zeigt, so daß auch die aktuelle Rspr. des BVerfG dazu übergeht, Formulierungen zu verwenden, die ausschließlich dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.
- ⇒ Schließt man sich dieser aktuellen Tendenz an, ist die Drei-Stufen-Theorie schlichtweg überflüssig.
- ⇒ Sollte man gleichwohl an der Drei-Stufen-Theorie festhalten, ist zu prüfen, auf welcher Stufe die fragliche staatliche Maßnahme anzusiedeln ist, um anschließend auf die von der einschlägigen Stufe abhängigen Rechtfertigungsvoraussetzungen einzugehen.

c. Objektive Berufswahlregelungen (objektive Zulassungsvoraussetzungen bzw. -schränken) gewinnen insbesondere dann an Bedeutung, wenn **öffentliche Ausbildungseinrichtungen** durch den Staat rechtlich oder tatsächlich **monopolisiert** sind. Das ist insbesondere bei staatlichen **Hochschulen und Universitäten**, aber auch beim **Vorbereitungsdienst (Referendariat)** der Fall. Wie bereits erläutert, gewährt Art. 12 I GG zwar kein subjektives öffentliches Recht auf Schaffung zusätzlicher bzw. neuer Ausbildungsstätten. Etwas anderes gilt aber für den Fall, daß die staatliche Hochschule Leistungen (in Form der Zur-Verfügung-Stellung von Ausbildungsplätzen) *bereits anderen gewährt hat*. Hier ist er nach Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip zur Gleichbehandlung verpflichtet und darf ohne sachlichen Grund Dritte nicht von der Leistungsgewährung ausschließen (**derivatives Leistungsrecht bzw. Teilhaberecht**). Ein sachlicher Grund besteht etwa darin, daß vorhandene Ausbildungskapazitäten erschöpft sind. Denn ginge man über die vorhandene Kapazität hinaus, so würde zum einen die Ausbildung der anderen Studierenden gefährdet und zum anderen die Funktionsfähigkeit von Forschung und Lehre sowie – beim Studium der Medizin – die Patientenversorgung in Frage gestellt werden. Für die Versagung der Zulassung ist aber aufgrund der Grundrechtswesentlichkeit stets eine **formell-gesetzliche Rechtsgrundlage** erforderlich.¹⁰¹ Durch das Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage soll gewährleistet werden, daß nicht einzelne Universitäten oder Hochschulen bei Überfüllung der Studienplätze in eigener Machtvollkommenheit Bewerber ausschließen und damit die Verwirklichung des Rechts aus Art. 12 I GG vereiteln.¹⁰² Seine derzeitige formell-gesetzliche Einschränkung findet das Hochschulzulassungsrecht in den Regelungen des Hochschulrahmengesetzes (HRG)¹⁰³, den Bestimmungen des Staatsvertrages (StV) über die Vergabe von Studienplätzen (GVBl NRW 1993, 204) und in den aufgrund der Ermächtigung in den Hochschulgesetzen der Länder erlassenen Rechtsverordnungen. Materiellrechtlich ist die Zulassungsbeschränkung gerechtfertigt, wenn sie dem Schutz eines **überragend wichtigen Gemeinschaftsguts** dient und nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet wird. Darüber hinaus müssen Auswahl der Bewerber

¹⁰¹ Ganz h.M. seit BVerfGE 33, 303, 336 f. (erstes numerus-clausus-Urteil).

¹⁰² Vgl. Gubelt, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 30.

¹⁰³ Die Kompetenz des Bundes für die Rahmengesetzgebung im Bereich des Hochschulrechts ergibt sich aus Art. 75 I S. 1 Nr. 1 a GG.

und Verteilung der Studienplätze nach sachgerechten Kriterien erfolgen, damit jeder Studienbewerber die gleiche Chance für das Studium erhält.¹⁰⁴

Beispiel: Abiturient A begehrt die Zulassung zum Medizinstudium an der Universität U. Diese verweigert – obwohl noch freie Plätze vorhanden sind – die Zulassung mit der Begründung, A habe in den mathematisch-naturwissenschaftlichen Fächern lediglich ausreichende Noten erhalten.

Variante: A erhält nur deshalb keinen Studienplatz, weil die vorhandenen Studienplätze bereits vergeben sind.

Verletzen diese Entscheidungen den A in seinem Grundrecht aus Art. 12 I GG?

Zum Ausgangsbeispiel: Die Universität ist eine Ausbildungsstätte i.S.d. Art. 12 I GG. Nach ganz herrschender Ansicht folgt aus dem in Art. 12 I GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufs und der Ausbildungsstätte i.V.m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip das grundsätzliche Recht eines jeden Bewerbers mit Hochschulreife auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl unter möglicher Berücksichtigung der gewählten Ausbildungsstätte.¹⁰⁵ Vorliegend hat A die allgemeine Hochschulreife nachgewiesen. Er hat damit die Zulassungsvoraussetzung erfüllt. Da noch Studienplätze vorhanden sind, steht der Zulassung kein nachvollziehbarer Grund entgegen. A muß deshalb zugelassen werden.

Zur Variante: Das grundsätzliche Recht auf Zulassung zu einem bestimmten Studium wird allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern durch die vorhandenen Kapazitäten eingeschränkt. Daher sind Zulassungsbeschränkungen (numerus clausus) trotz des grundsätzlichen Rechtsanspruchs unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Erforderlich ist aufgrund des mit der Nichtzulassung verbundenen Eingriffs in Art. 12 I GG zunächst eine formell-gesetzliche Grundlage. Eine solche besteht in den Regelungen des HRG und der Hochschulgesetze der Länder. Materiellrechtlich ist der numerus clausus bei Studienplätzen nur dann mit Art. 12 I GG vereinbar, wenn er dem Schutz eines **überragend wichtigen Gemeinschaftsguts** dient und nur in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen, mit öffentlichen Mitteln geschaffenen Ausbildungskapazitäten angeordnet wird.

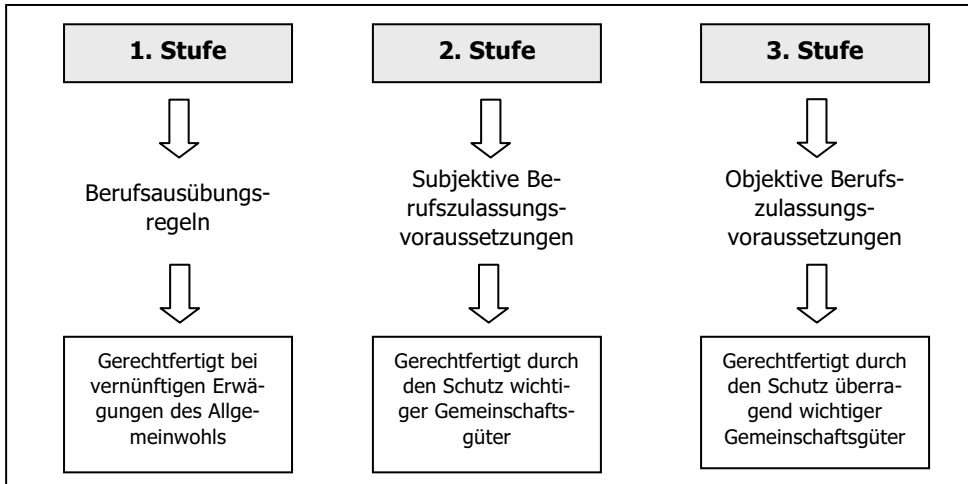
Ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut könnte die ungehinderte Ausbildung der anderen Studierenden sowie die Funktionstüchtigkeit von Forschung und Lehre sein. Denn ginge man über die vorhandene Kapazität hinaus, so würde zum einen die Ausbildung der anderen Studierenden gefährdet und zum anderen die Funktionsfähigkeit von Forschung und Lehre sowie – beim Studium der Medizin – die Patientenversorgung in Frage gestellt werden. In der Zulassung über die bereits ausgeschöpfte Kapazität hinaus läge deshalb eine Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut vor. Die Versagung der Zulassung ist deshalb verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

¹⁰⁴ BVerfGE 33, 303, 338, 345 ff.; 43, 291, 314 ff.; *Breuer*, in: HdbStR VI, S. 937 f.; *Gubelt*, in: Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn 31.

¹⁰⁵ So in den beiden Grundsatzentscheidungen BVerfGE 33, 303, 331 und 43, 291, 313.

d. Zusammenfassung:

Sofern man der Fallbearbeitung noch die Drei-Stufen-Theorie zugrunde legen möchte, ergeben sich folgende Abstufungen:



4. Abschlußfall:

Beispiel¹⁰⁶: Die Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte sind in den §§ 43 ff. der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) geregelt. § 59 b I dieses formellen Gesetzes bestimmt, daß die einzelnen beruflichen Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte durch Satzung in einer Berufsordnung bestimmt werden. Die Gegenstände, die durch Satzung näher bestimmt werden können, sind in § 59 b II BRAO enumerativ aufgelistet. Satzung i.S.d. Gesetzes ist die Berufsordnung Rechtsanwälte (BORA). § 10 BORA bestimmt, daß Name und Vorname jedes Gesellschafters sowie dessen Kanzleianschrift auf dem Briefbogen der Sozietät angegeben werden muß.

R ist Rechtsanwalt und Partner der international ausgerichteten Anwaltssozietät *Sternner & Jepsen* und hat seinen Kanzleisitz an der Alster in Hamburg. Sowohl R als auch alle anderen 35 partnerschaftlichen Anwälte der Sozietät benutzen im Schriftverkehr einen Briefbogen, der lediglich den Sozietätsnamen und den Namen des das jeweilige Mandat bearbeitenden Anwalts aufführt. Die Namen der übrigen Gesellschafter der Sozietät sind auf dem Briefbogen nicht genannt. Am Fuße des Briefbogens befindet sich aber kleingedruckt der Hinweis, daß die Liste der Partner auf Wunsch separat zugestellt werde sowie unter www.sterner-jepsen.com abrufbar sei. Die Rechtsanwaltskammer ist der Auffassung, daß diese Praxis gegen § 10 BORA verstößt und daher unzulässig sei. Sie teilte ihre Auffassung der Sozietät durch Bescheid mit und forderte sie auf, binnen eines Monats nach Zustellung des Bescheids einen mit § 10 BORA zu vereinbarenden Zustand wiederherzustellen. Nach erfolglosen Klagen vor dem Amtsgericht (vgl. § 92 BRAO) und vor dem BGH erhebt R Verfassungsbeschwerde.

Lösungsgesichtspunkte:

Die Gestaltung und Verwendung eines Briefbogens ist eine Form der Außendarstellung einer Rechtsanwaltskanzlei. Außendarstellung ist wiederum ein Teilaspekt der beruflichen Werbung und daher von Art. 12 I GG geschützt. Ein Bescheid, der die Gestaltung und

¹⁰⁶ In Anlehnung an BVerfG NJW **2002**, 2163 ff.; BGH NJW **2002**, 1419. Instrukтив auch BVerfG NJW **2002**, 3091 ff. (Verfassungswidrigkeit des § 14 I Berufsordnung Tierärzte).

Verwendung eines Briefbogens moniert, greift somit in das Grundrecht der Berufsausübung ein.

1. Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß der BORA

Wegen des mit dem Bescheid verbundenen Grundrechtseingriffs genügt die allgemeine Befugnis zum Satzungserlaß und damit die Regelung des § 10 BORA nicht. Vielmehr ist gem. Art. 12 I S. 2 GG eine formell-gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich, die hinreichend bestimmt ist, also die wesentlichen Voraussetzungen des Eingriffs regelt. Diese kann in § 59 b BRAO gesehen werden.

2. Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

§ 59 b BRAO müßte aber seinerseits verfassungsgemäß sein. Art. 80 GG gilt nicht, auch nicht analog. Gleichwohl gelten vergleichbare Voraussetzungen an Inhalt, Zweck und Ausmaß. Der Gesetzgeber muß also die maßgeblichen Voraussetzungen selbst schaffen und darf sie nicht der satzungsgebenden Körperschaft überlassen. In welchem Maße dies geschehen muß, hängt von der Intensität der Grundrechtsbeschränkung ab. Geht es um sog. statusbildende Maßnahmen, also z.B. das „Ob“ der Ausübung eines Berufs, muß die formell-gesetzliche Grundlage die Eingriffsvoraussetzungen im einzelnen selbst festlegen. Geht es hingegen lediglich um Modalitäten, also z.B. um Fragen der Art und Weise der Berufsausübung, genügt es, wenn der parlamentarische Gesetzgeber festlegt, daß einzelne Bestimmungen nach Ermessen des Satzungsgebers ergehen können.

Vorliegend geht es nicht um statusbildende Maßnahmen, sondern lediglich um Fragen der Art und Weise der Berufsausübung durch die Rechtsanwälte. Hier genügt es, daß der parlamentarische Gesetzgeber in groben Zügen festlegt, welche Rechte und Pflichten in einer Berufsordnung festgelegt werden. Diese sind dann eigenverantwortlicher Ordnung durch die Berufsverbände zugänglich.¹⁰⁷ Die Satzungsermächtigung des § 59 b BRAO ist deshalb hinreichend bestimmt.

Auch ist die Satzungsermächtigung mit sonstigem höherrangigen Recht, insbesondere mit Grundrechten vereinbar. Die in der Satzungsermächtigung genannte Festlegung von Rechten und Pflichten für Rechtsanwälte bedarf einer Konkretisierung durch den Satzungsgeber.

3. Rechtmäßigkeit des Satzungserlasses

a. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Ordnungsgemäßheit der BORA ist zu unterstellen.

b. Materielle Rechtmäßigkeit

Die BORA hält sich im Rahmen der Satzungsermächtigung. Insoweit bestehen keine Bedenken hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit. Möglicherweise besteht aber ein Verstoß gegen höherrangiges Recht. In Betracht kommt ein Verstoß gegen Art. 12 I GG. Da die berufliche Werbung nach der Drei-Stufen-Theorie des BVerfG auf der ersten Stufe steht, sind Werbebeschränkungen bereits dann zulässig, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind. Hinsichtlich Werbebeschränkungen gegenüber Rechtsanwälten sind vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls insbesondere dann anzunehmen, wenn dadurch das Vertrauen der Rechtsschutzsuchenden gestärkt wird, der Anwalt werde nicht aus Gewinnstreben zu Prozessen raten (Verhinderung übermäßiger Inanspruchnahme der Justiz) oder die Sachbehandlung an Gebühreninteressen ausrichten¹⁰⁸.

Vorliegend ist nicht ersichtlich, daß durch die konkrete Gestaltung des Briefbogens der Sozietät der Eindruck entsteht, die Rechtsanwälte der Sozietät handelten aus Gewinnstreben oder richteten die Sachbehandlung an Gebühreninteressen aus. Insoweit dient die

¹⁰⁷ BVerfGE 71, 162, 172.

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2000, 3195 (Anwaltswerbung durch Sponsoring) mit Bespr. von Ahrens, NJW 2000, 3188; BVerfG NJW 2001, 1926, 1927 (Werbung durch Fachanwälte mit Stichworten zur Tätigkeit); BGH NJW 2001, 2087 ff. (Infoveranstaltung mit Mittagsimbiss keine unzulässige Werbung). Vgl. auch Bardenz, MDR 2001, 247 ff.

vorliegende Werbebeschränkung in ihrer konkreten Form keiner vernünftigen Erwägung des Allgemeinwohls.

Als vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls ist aber auch das Informationsbedürfnis des Rechtsschutzsuchenden anerkannt. Er soll jederzeit erkennen, ob die Gefahr der Vertretung widerstreitender Interessen besteht oder ob eine anderweitige Interessenkollision zu befürchten ist. Sobald der Rechtsschutzsuchende sein Informationsbedürfnis in einer für ihn zumutbaren Weise befriedigen kann, sind Maßnahmen, die das Informationsbedürfnis des Rechtsschutzsuchenden sicherstellen, mit Art. 12 I GG vereinbar.

Vorliegend kann jeder potentielle Mandant die vollständige Liste aller Sozietätsanwälte nebst deren Kanzleisitz separat anfordern. Auch kann er die Liste über das Internet abrufen. Gerade dieses moderne Kommunikationsmittel, das sich auch sonst im allgemeinen Rechtsverkehr und im Verkehr mit den Rechtsschutzsuchenden zunehmend durchsetzt, ist bei der vorliegenden Entscheidung besonders zu berücksichtigen. Der Rechtsschutzsuchende kann daher sein Informationsbedürfnis jederzeit befriedigen. Auch von daher ist die Vorschrift des § 10 BORA nicht verhältnismäßig.¹⁰⁹

Schließlich könnte § 10 BORA mit Blick auf die Zumutbarkeit der Sozietät, stets alle Namen der angehörigen Rechtsanwälte nebst deren Kanzleisitze auf dem Briefkopf zu nennen, gegen Art. 12 I GG verstoßen.

Gerade in Großkanzleien ist es nicht unüblich, daß ständig ein Rechtsanwalt hinzukommt oder ein anderer die Sozietät verläßt. Das gilt selbst für Gesellschafter der Sozietät.¹¹⁰ Es müßten also stets Änderungen im Briefkopf vorgenommen werden. Hinzu kommt, daß bei Aufnahme aller in § 10 BORA vorgeschriebenen Informationen auf dem Briefkopf dieser so umfangreich würde, daß man nicht mehr von einem Briefkopf sprechen könnte; dieser würde dann nämlich die ganze Seite des Briefbogens ausfüllen. Zu denken wäre dann zwar an die Aufnahme aller Informationen auf der Rückseite des Briefbogens. Dem steht aber zunächst der Wortlaut des § 10 BORA entgegen, wo von Briefkopf und nicht von „Rückseite“ des Briefbogens gesprochen wird. Darüber hinaus würde auch hier der organisatorische Aufwand nicht geringer. Schließlich werden Schriftsätze nicht selten per Telefax oder email verschickt.

4. Ergebnis

Es ist festzustellen, daß § 10 BORA den neueren Erscheinungsformen *Großkanzlei* und *Multimedia* nicht mehr gerecht wird. Er ist wegen Verstoßes gegen Art. 12 I GG nichtig (a.A. vertretbar¹¹¹).

¹⁰⁹ Anders BVerfG NJW **2002**, 2163, 2164.

¹¹⁰ So ausdrücklich AnwGH Hamburg (NJW **2001**, 2553, 2554 f.). Genau das Gegenteil nimmt der AnwGH Nordrhein-Westfalen (NJW **2001**, 2555, 2556 f.) an.

¹¹¹ So haben auch das BVerfG (NJW **2002**, 2163, 2164) und der AnwGH Nordrhein-Westfalen (NJW **2001**, 2555, 2556 f.) die Verfassungsmäßigkeit des § 10 BORA angenommen mit dem Argument, daß die Vorschrift nur von der Aufnahme von Gesellschaftern, nicht von Angestellten oder freien Mitarbeitern spreche und daß der Wechsel von Gesellschaftern eher selten sein dürfte.