



§ 9 Referenzgrundrecht Berufsfreiheit: Art. 12 GG mit Abwehrrechtsfunktion, Leistungs- und Teilhabefunktion

I. Überblick

- Art. 12 Abs. 1 GG enthält das wohl wichtigste Eingriffsabwehrrecht
- Gleichzeitig bildet er ein wichtiges Anwendungsbeispiel für (selten vorkommende) Leistungs- und Teilhaberechte
- Sonderfälle betreffen Art. 12 Abs. 2 und 3, 12a GG



- Art. 12 Abs. 2 GG: Nur Arbeitsleistungen, die einen gewissen Aufwand erfordern und üblicherweise erwerbsmäßig erbracht werden (Feuerwehrpflicht). Nicht erfasst: Schulpflicht, Meldepflicht, Pflicht zu ehrenamtlicher Tätigkeit, Gehwegreinigungspflicht, Mitwirkungspflicht der Arbeitgeber bei der Einziehung von Lohnsteuer. Systematisch eher als Schranken-Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG anzusehen, weil man durch den Zwang nicht nur an der Ausübung eines freien Berufs gehindert wird, sondern überhaupt an der Ausübung freier Tätigkeiten. Keine große Bedeutung im freiheitlichen Staat der Bundesrepublik.
- Diskussion: Einführung eines Freiwilligendienstes?



- Art: 12 Abs. 3 GG: Arbeitspflichten im Zusammenhang mit der Freiheitsentziehung sind vom Verbot ausdrücklich ausgenommen
- Art. 12a: Ermächtigung des Gesetzgebers mit teils grundrechtlichem, teils staatsorganisationsrechtlichen Gehalt



II. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

- In personeller Hinsicht: Sog. Deutschen-Grundrecht (näher hierzu bei der Grundrechtsträgerschaft)
- Einheitliches Schutzbereichsverständnis seit BVerfGE 7, 377 (sog. Apothekenurteil), aber über Jahrzehnte immer weiter verfeinerte, teilweise in den Auswirkungen auch wieder abgeschwächte Unterscheidung zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelungen (am Sinnvollsten auf der Prüfungsstufe „Eingriff“ einzuführen).



- Beruf:
 - Zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage (inklusive Nebentätigkeit und wenig einträgliche Tätigkeit, gleichgültig ob selbstständig oder unselbstständig, nicht aber Hobby)
 - Auf Dauer angelegt (inklusive Ferien- oder Minijobs)
 - Nicht als solche verboten (Berufskiller, Spione und Zuhälter sind damit von vornherein ausgeschlossen, nicht aber Prostituierte oder Schwarzarbeiter). Gefahr der Überantwortung der Schutzbereichsdefinition an den Gesetzgeber damit gebannt. Andere Kriterien (Sozialverträglichkeit, Sittenwidrigkeit etc.) sind abzulehnen.



- Arbeitsplatz:
Stätte der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit einschließlich Zutritt zum Arbeitsmarkt und Wahl des Vertragspartners.
Aber: Kein Anspruch auf Schaffung eines Arbeitsplatzes, da Eingriffsabwehrrecht.
- Ausbildungsstätte:
Gerichtet auf das Ziel einer berufsbezogenen Qualifikation.
Durch Rechtsprechung erweitert zum allgemeinen Abwehrrecht gegen Freiheitsbeschränkungen im Ausbildungswesen (BVerfGE 33, 303 (323: Grundständige Bildung gehört nicht dazu)).



- Sonderfall Staatsberufe:
Hier teilweise Überlagerung durch Art. 33 GG, insbes. Art. 33 Abs. 2 GG. Nicht aber hingegen bei sog. staatlich gebundenen Berufen, bei denen Art. 33 GG allenfalls auf der Rechtfertigungsebene hineinspielt (Notar, Beliehene etc.).



III. Eingriffe bei Art. 12 Abs. 1 GG

1. Einführung nach Fällen

- Sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen sehen vor, dass in München nur 200 selbstständige Apotheker niedergelassen sein dürfen
- In weiteren Bestimmungen ist vorgesehen, dass die Apotheken nicht länger als bis 20:00 Uhr geöffnet haben dürfen
- Apotheker darf nur werden, wer ein Studium der Pharmazie absolviert hat und weitere Prüfungen und Fertigkeiten nachweisen kann.



- Apotheker dürfen nur Medikamente verschreiben, die auf einer sog. Transparenzliste stehen (aus Kostengründen)
- Auch in München beklagen die privaten Apotheken die zunehmend stärker werdende Konkurrenz durch Online-Apotheken aus dem Ausland



2. Allgemein-grundrechtsdogmatische Probleme

- Eingriffe in die Berufsfreiheit sind nur staatliche Maßnahmen mit **berufsregelnder Tendenz**. Dies bedeutet, es muss sich um Maßnahmen handeln, die gerade auf die Berufsregelung zielen oder, bei berufsneutraler Zielsetzung, sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirken oder in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht sind.
 - Wichtiges Referenzgrundrecht für die Weiterentwicklung des Eingriffsrechts (vgl. § 2, Folie 14)



- Gesetzliche Zulassung nachrichtenmäßiger Kurzberichterstattung im Fernsehen obwohl nur zum Teil die berufsmäßig organisierte und verwertete Veranstaltung betreffend (ja, weil die betroffenen Ereignisse typischerweise berufsmäßig veranstaltet werden).
- Kein Schutz gegen staatliche Konkurrenz und gegen Subventionierung privater Konkurrenten, außer bei schwerer und unerträglicher Betroffenheit



3. Systematisierung der weiteren Prüfung anhand der sog. Drei-Stufen-Theorie (seit BVerfGE 7, 377)

- Erste Stufe: Berufsausübungsregelung (Modalitäten des Berufs betreffend, z.B. Ladenschlussregelungen, Werbeverbote, Arbeitszeitregelungen)
- Zweite Stufe: Berufswahlregelungen in Gestalt subjektiver Zulassungsschranken (Anknüpfung an Fähigkeiten, Eigenschaften und Erfahrungen wie Vorhandensein von Prüfungen, Alter, Zuverlässigkeit etc.)
- Dritte Stufe: Berufswahlregelungen in Gestalt objektiver Zulassungsschranken (betreffend die Erfüllung objektiver, vom Grundrechtsträger nicht beeinflussbare Kriterien wie z.B. Bedürfnisklauseln, sog. Verwaltungsmonopole, absoluter NC)



IV. Eingriffsrechtfertigung bei Art. 12 Abs. 1 GG

- Einfacher Gesetzesvorbehalt
- Gesetze im formellen wie im materiellen Sinne sind ausreichend, nicht hingegen Verwaltungsvorschriften oder bloße Richtlinien von Berufskammern. Möglich sind Satzungen berufsständischer Körperschaften (sog. funktionale Selbstverwaltung), die aber nicht regeln dürfen
 - Statusfragen (BVerfGE 33, 125 (160: Facharzt)) und vor allem nicht Fragen mit
 - Relevanz für Außenstehende (BVerfG, DVBl 2000, 353: Versäumnisurteil)



- Stufenlehre:
Strikte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, jedoch differenziert nach erfasster Stufe. Auch Differenzierung des Gewichts des jeweiligen legitimen Zwecks.
 - Berufsausübungsregelung:
Jeder vernünftige Grund des Allgemeinwohls
 - Subjektive Zulassungsschranke:
Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts
 - Objektive Zulassungsschranke:
Zur Abwehr einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schweren Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.
- In allen drei Fällen: jeweils Verhältnismäßigkeitsprüfung.



Beispiel:

Trotz nachweisbarer höchstwahrscheinlich schwerer Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut (Rettungsdienstwesen) kann es unverhältnismäßig sein, die Zulassung nichtgemeinnütziger Anbieter vollständig zu verbieten; eine verhältnismäßige Variante wäre deren Zulassung durch ein Ausschreibungsverfahren.



V. Leistungs- und Teilhaberechte

1. Allgemeines

- Leistungsrechte: Höchst ausnahmsweise anerkannt, wenn:
 - Gefährdung des Existenzminimums bzw. bei Fehlen sonstiger elementarer Voraussetzungen für die Verwirklichung jeglicher grundrechtlicher Freiheit oder
 - wenn im Falle des Unterbleibens einer Leistung die Lahmlegung eines bestimmten Freiheitsrechts drohen würde (BVerfGE 75, 40 (67: Privatschulfreiheit))
- Teilhaberechte (derivative Leistungsrechte): Grundlage bildet Art. 3 GG i.V.m. dem jeweiligen Freiheitsrecht: Leistungsanspruch im Rahmen des Vorhandenen, d.h. möglichen Bestandes (seit BVerfGE 33, 303 (333: Numerus-Clausus-Urteil); zuletzt BVerfGE 147, 253 und dazu *Wolff/Zimmermann*, WissR 2018,159).



2. Situation bei Art. 12 Abs. 1 GG

- Leistungsrecht würde bedeuten:
Anspruch auf Schaffung von Arbeitsplätzen beim Staat oder durch den Staat bei Privaten. Die Voraussetzungen hierfür liegen regelmäßig und gegenwärtig nicht vor.
- Teilhaberecht würde bedeuten:
Im Rahmen vorhandener Güter (Marktstände, Studienplätze) Anspruch auf gleichmäßigen, an gerechten Kriterien orientierten Zugang. Speziell für den öffentlichen Dienst ist dies durch Art. 33 Abs. 2 GG explizit geregelt. Ansonsten geht es um die Legitimierung von Kriterien wie Leistung, Los, Wartezeit, soziale Härte etc. Damit verbindet sich kein Verbot der Erhebung von Studienbeiträgen (BVerwGE 134, 1, 8 ff.).



Literaturhinweis:

Hufen, NJW 1994, 2913

Fallübung:

Nach den einschlägigen Gesetzen ist das Angebot und die Durchführung von berührungslosen Augeninnendruckmessungen (Tonometrie), Gesichtsfeldprüfungen mittels Computermessung (automatische Perimetrie) und die Prüfung des Dämmerungssehens den Ärzten vorbehalten. Hiergegen wehren sich Optiker, die seit Jahren ohne Beanstandungen diese Tätigkeiten ausführen und weiterhin ausführen wollen.



Falllösungen:

Brunner/Göhlich, jura 2015, 87;

Rast, JuS 2017, 229;

Sagir, Jura 2019, 1297.