

# § 14 Berufsfreiheit

Lern- und Verständnisziele .....	1		
I. Verfassungsrechtliche Dogmatik .....	2	a) Inwiefern ist staatliches Informationshandeln grundrechtsrelevant? .....	28
1. Die Berufsfreiheit, Art. 12		b) Welche Besonderheiten sind bei der grundrechtlichen Prüfung staatlichen Informationshandelns zu berücksichtigen? .....	31
Abs. 1 GG .....	2	c) Verfolgt das BVerfG diese Sonderdogmatik in seiner aktuellen Rechtsprechung noch? .....	35
a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit? .....	2		
b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit? .....	3	II. Vertiefung und Kontextualisierung .....	38
c) Welchen Schutz gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf den Beruf? .....	7	1. Welche Bedeutung kommt der Berufsfreiheit zu? .....	38
d) Garantiert die Berufsfreiheit ein Recht auf Arbeit? .....	12	2. Zu welchen Grundrechten steht die Berufsfreiheit in Konkurrenz? .....	41
e) Was sind Eingriffe in die Berufsfreiheit? .....	13	3. Schützt Art. 12 Abs. 1 GG auch die Wettbewerbsfreiheit? .....	44
f) Wie werden Eingriffe in die Berufsfreiheit typisiert? .....	15	4. Was gewährleisten Art. 12 Abs. 2 und 3 GG? .....	46
g) Warum greift das BVerfG bei der Anwendung der Drei-Stufen-Theorie auf Berufsbilder zurück? .....	17	5. Was gewährleistet Art. 12a GG? .....	48
h) Welche Schranken gelten für die Berufsfreiheit? .....	19	III. Europarechtliche Dogmatik .....	49
i) Wie wirkt sich die Drei-Stufen-Theorie auf die Prüfung der Schranken-Schranken aus? .....	21	1. Wie wird die Berufsfreiheit in der EMRK geschützt? .....	49
j) Ist das Zitiergebot auf die die Berufsfreiheit anwendbar? .....	26	2. Wie wird die Berufsfreiheit in der EU-GRCh geschützt? .....	51
k) Wrap-Up: Prüfungsschema .....	27	3. Wird die Freiheit von Zwangsarbeit in der EMRK und der EU-GRCh geschützt? .....	55
2. Staatliches Informationshandeln ..	28	4. Welche Rolle spielen die Grundfreiheiten? .....	56

## Lern- und Verständnisziele

### 1. Wissen

Das können Sie referieren:

- die Definition von „Beruf“ (§ 14 Rn. 3)
- die Grundrechtsberechtigten der Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 2)
- ◆ die Gewährleistungsgehalte des Art. 12 Abs. 2 und 3 GG (§ 14 Rn. 46 f.)

### 2. Verstehen

Das können Sie erklären:

- die Besonderheiten der Eingriffsvoraussetzungen im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG (§ 14 Rn. 13 f.)
- Berufsausübungsregelungen und die Berufswahlregelungen (§ 14 Rn. 16)
- ◆ die Gewährleistung der Berufsfreiheit auf europarechtlicher Ebene (§ 14 Rn. 49 ff.)

### 3. Anwenden

Das beherrschen Sie bei der Prüfung eines konkreten Falls:

- den Aufbau der Prüfung der Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 27)
- die Anwendung der Drei-Stufen-Theorie (§ 14 Rn. 21 ff.)
- die Darstellung des Konkurrenzverhältnisses der Berufsfreiheit zu anderen Grundrechten (§ 14 Rn. 41 ff.)

### 4. Analyse

Das können Sie herleiten:

- ob [Art. 12 Abs. 1 GG](#) einem geschriebenen Gesetzesvorbehalt unterliegt (§ 14 Rn. 19 f.)
- welche Grundrechtsfunktionen der Berufsfreiheit neben der klassischen Funktion als Abwehrrecht zukommen (§ 14 Rn. 10 f.)
- ◆ inwieweit staatliches Informationshandeln einen Eingriff in [Art. 12 Abs. 1 GG](#) darstellt (§ 14 Rn. 28 ff.)

### 5. Synthese

Das können Sie einordnen und begründen:

- inwiefern [Art. 12 Abs. 1 GG](#) ein einheitliches Grundrecht darstellt (§ 14 Rn. 7)
- ob die Berufsfreiheit auch ein Recht auf Arbeit gewährleistet (§ 14 Rn. 12)
- ◆ ob die Berufsfreiheit auch vor staatlicher Konkurrenz schützt (§ 14 Rn. 44 f.)

### 6. Evaluation

Dazu können Sie fundiert Stellung nehmen:

- zur Bedeutung der Drei-Stufen-Theorie in der Rechtsprechung des BVerfG (§ 14 Rn. 25)
- zur Bedeutung der Berufsfreiheit für Gesellschaft und Individuum (§ 14 Rn. 38 ff.)

## I. Verfassungsrechtliche Dogmatik

### 1. Die Berufsfreiheit, [Art. 12 Abs. 1 GG](#)

#### a) Was ist der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit?

- 2 Seinem Wortlaut nach schützt [Art. 12 Abs. 1 GG](#) nur Deutsche (Deutschengrundrecht, § 3 Rn. 12). Ferner können auch inländische juristische Personen des Privatrechts unter den Voraussetzungen des [Art. 19 Abs. 3 GG](#) (§ 3



Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Schutzbereich

Rn. 16 ff.) von der Berufsfreiheit geschützt sein.<sup>1</sup> Auch EU-Ausländer:innen (§ 3 Rn. 25 f.) können sich aufgrund des Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV auf die Berufsfreiheit berufen, ebenso wie EU-ausländische juristische Personen (§ 3 Rn. 27 f.), wenn diese ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU haben und deren Tätigkeit einen hinreichenden Inlandsbezug aufweist.<sup>2</sup> Nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG können sich dagegen Beliehene (§ 3 Rn. 9) berufen, da sie ihre berufliche Tätigkeit gerade in staatlicher Funktion, also als Verwaltungsbehörden, ausüben.<sup>3</sup>

## b) Was ist der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit?

Zentraler Begriff des Art. 12 Abs. 1 GG ist der „Beruf“. Das BVerfG versteht darunter

- jede Tätigkeit,
- die auf Dauer angelegt ist und
- der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>4</sup>

Der Begriff ist weit auszulegen:<sup>5</sup> Umfasst sind nicht nur traditionelle Berufsbilder, sondern auch untypische Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben können,<sup>6</sup> etwa der Beruf „Influencer:in“. Zudem ist es unerheblich, ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig bzw. als Erst- oder Zweitberuf ausgeübt wird. Ferner sind nicht nur Berufe in der Privatwirtschaft, sondern auch solche im öffentlichen Dienst (bspw. Beamte:innen, Richter:innen) vom Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst. Hier sind allerdings Modifikationen durch die Spezialnorm des Art. 33 GG (§ 24 Rn. 30 ff.) zu berücksichtigen.<sup>7</sup> Nicht unter den Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG fallen Hobbies bzw. bloße Freizeitbeschäftigungen; denn hier fehlt das Merkmal des Zwecks der Schaffung oder Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage. Ebenfalls nicht geschützt sind einmalige Erwerbsakte (bspw. der Lottogewinn), denn dabei fehlt es an der Dauerhaftigkeit der Erwerbstätigkeit.

Umstritten ist, ob die Berufsfreiheit nur erlaubte Tätigkeiten schützt.<sup>8</sup> Man denke etwa an die Prostitution, die erst seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes 2002 rechtlich erlaubt ist, oder an die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung, welche noch bis vor Kurzem durch § 217 StGB unter Strafe gestellt

1 St. Rsp. BVerfGE 30, 292, 312 (Erdölbevorratung [1971]); 50, 290, 363 (Mitbestimmung [1978]); 141, 121, Rn. 34 (Insolvenzverwalter [2016]).

2 Vgl. BVerfG NJW 2016, 1436.

3 Vgl. Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 26.

4 BVerfGE 97, 228, 252 (Kurzberichterstattung [1998]).

5 So Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 28 ff.; Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 37 ff.

6 BVerfGE 7, 377, 379 (Apotheken-Urteil [1958]).

7 Vgl. BVerfGE 73, 301, 315 (Zulassung öffentlich bestellter Vermessungsingenieure [1986]); 139, 19 (Einstellungshöchstaltersgrenzen [2015]); BVerwGE 160, 370 (Tätowierung [2017]); ferner Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 47 ff.; Hebel, JA 2014, 731.

8 Siehe Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 32 ff.; Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 43.

4



ZfS 2012, 508 ♦

ZfS 2012, 640 ♦

JA 2012, 765 ♦

JuS 2014, 1014 ♦

ZfS 2017, 317 ♦

5

war.<sup>9</sup> Wären nur erlaubte Tätigkeiten von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst, so würde dies dem Gesetzgeber ermöglichen, die Berufsfreiheit durch einfaches Gesetz zu begrenzen, ohne dass ein solches Gesetz sich an [Art. 12 Abs. 1 GG](#) messen lassen müsste. Eine Schutzbereichsbeschränkung auf erlaubte Tätigkeiten ist daher abzulehnen. Das BVerfG zieht stattdessen eine Begrenzung des Schutzbereichs für solche Tätigkeiten in Betracht,

- ▶ die schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können.

**BVerfGE 115, 276, 301 (Sportwetten [2006])** ◀

- 6 Zugespitzt formuliert: Der gewerbsmäßige Dieb und die Auftragsmörderin können sich nicht auf die Berufsfreiheit gem. [Art. 12 Abs. 1 GG](#) berufen. Dies ergibt sich bereits aus dem Schutzgedanken der Berufsfreiheit (§ 14 Rn. 38), der es dem einzelnen Individuum ermöglichen soll, einen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung zu erbringen.<sup>10</sup>

### c) Welchen Schutz gewährleistet [Art. 12 Abs. 1 GG](#) im Hinblick auf den Beruf?

- 7 [Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG](#) gewährleistet zunächst das Recht, frei einen Beruf zu wählen (**Berufswahl**). In Satz 2 findet sich hinsichtlich der **Berufsausübung** ein Regelungsvorbehalt (§ 14 Rn. 19). Das wirft Fragen zum Verhältnis beider Sätze zueinander auf: Ist nur die Berufswahl, nicht aber die Berufsausübung von [Art. 12 Abs. 1 GG](#) geschützt? Darf nur die Berufsausübung, nicht aber die Berufswahl „geregelt“ werden? Das BVerfG hat bereits 1958 in seiner Apotheken-Entscheidung geurteilt, dass die Berufsfreiheit ein **einheitliches Grundrecht** darstelle.<sup>11</sup> Die beiden Sätze des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) seien zusammen zu lesen, [Art. 12 Abs. 1 GG](#) schütze die Berufswahl *und* die Berufsausübung. Beide Gewährleistungen bildeten einen einheitlichen und untrennbaren Komplex beruflicher Betätigung. Relevant wird die Frage bei den Schranken (§ 14 Rn. 20).
- 8 Die **freie Berufswahl** gewährleistet die Entscheidung, überhaupt einen Beruf auszuüben (oder auf einen Beruf zu verzichten, **negative Berufsfreiheit**),<sup>12</sup> darüber hinaus den Beruf zu wechseln<sup>13</sup> oder vollständig zu beenden<sup>14</sup>. Die **freie Berufsausübung** schützt die Art und Weise der Betätigung. Exemplarisch dafür stehen etwa das Recht auf freie Verhandlungen<sup>15</sup> oder der Abschluss von Arbeitsverträgen<sup>16</sup>.

---

9 BVerfGE 153, 182 (Suizidhilfe [2020]).

10 BVerfGE 7, 377, 379 (Apotheken-Urteil [1958]).

11 Vgl. BVerfGE 7, 377, 401 f. (Apotheken-Urteil [1958]); *Gröpl*, in: *Gröpl/Windhorst/v. Coelln*, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 12, Rn. 15.

12 Vgl. BVerfGE 68, 256, 267 (Unterhaltspflicht der Eltern [1984]); *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 50.

13 Vgl. BVerfGE 103, 172, 183 (Altersgrenze für Kassenärzte [2001]).

14 Vgl. BVerfGE 85, 360, 373 (Akademie-Auflösung [1992]).

15 Vgl. BVerfGE 101, 331, 347 (Berufsbetreuer [1991]).

16 Vgl. BVerfGE 116, 202, 221 (Tarifreueerklärung [2006]).

Neben der freien Berufswahl und der freien Berufsausübung schützt **Art. 12 Abs. 1 GG** die freie Wahl des Arbeitsplatzes und die freie Wahl der Ausbildungsstätte. Die **Wahl des Arbeitsplatzes** meint die Entscheidung über den konkreten räumlichen Ort der beruflichen Tätigkeit.<sup>17</sup> Davon erfasst ist mit Blick auf Arbeitnehmer:innen auch die freie Wahl des Arbeitgebers, ebenso wie das Recht auf Zutritt zum Arbeitsmarkt.<sup>18</sup> Die **Wahl der Ausbildungsstätte** umfasst die Freiheit der gesamten *berufsbezogenen* Ausbildung in Lehrstellen, an Hochschulen, im staatlichen Vorbereitungsdienst oder an weiterführenden Schulen.

Die Gewährleistung des **Art. 12 Abs. 1 GG** erschöpft sich damit nicht in einem Abwehrrecht, sondern vermittelt auch ein Teilhaberecht (in der Form eines *derivativen* Leistungsrechts, **§ 1 Rn. 29**):<sup>19</sup> Stellt der Staat eine bestimmte Leistung zur Verfügung, haben alle Deutschen einen Anspruch auf gleichheitsgerechte Teilhabe.

Beispiel: Stellt der Staat Studienplätze an staatlichen Hochschulen bereit, so erwächst aus **Art. 12 Abs. 1 GG** i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz aus **Art. 3 Abs. 1 GG** (**§ 23 Rn. 33**) und dem Sozialstaatsprinzip ein **Recht auf gleiche Teilhabe** am staatlichen Studienangebot.<sup>20</sup> Daraus folgt, dass die vorhandenen Studienplätze vollständig vergeben werden müssen (**Kapazitätenausschöpfungsgebot**) und anhand gleichheitsgerechter Kriterien zugeteilt werden müssen.

Ein Anspruch auf Bereitstellung eines Ausbildungs- oder Studienplatzes (*originäres* Leistungsrecht) besteht hingegen nicht. Die konkrete Ausgestaltung obliegt dem Gesetzgeber.

#### d) Garantiert die Berufsfreiheit ein Recht auf Arbeit?

Ebenso wenig besteht nach **Art. 12 Abs. 1 GG** ein Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes: Es handelt sich gerade nicht um ein **Recht auf Arbeit**, wie es in der Weimarer Reichsverfassung und in der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vorgesehen war oder wie es auch heute noch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, der UN-Sozialpakt (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) und manche Landesverfassungen (Bayern, Berlin, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Bremen) vorsehen, denn ein solches Recht ist kaum zu garantieren und schwerlich einklagbar. **Art. 12 Abs. 1 GG** enthält jedoch eine Schutzpflicht des Staats, dem unter anderem durch die Schaffung von Kündigungsvorschriften hinreichend Rechnung getragen wird.<sup>21</sup>

17 Vgl. **BVerfGE 84, 133, 146** (Warteschleife [1991]).

18 Vgl. **BVerfGE 128, 157**, Rn. 51 (Arbeitgeberwechsel [2011]).

19 Vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 65 ff.**; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 15 ff.**

20 Vgl. **BVerfGE 33, 303** (Numerus Clausus I [1972]); **43, 291** (Numerus Clausus II [1977]); **147, 253** (Numerus Clausus III [2017]); *Gröpl*, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 12, Rn. 30.

21 Vgl. **BVerfGE 97, 169, 175 f.** (Kleinbetriebsklausel I [1998]); **149, 126**, Rn. 47 (Befristete Beschäftigung [2018]).

### e) Was sind Eingriffe in die Berufsfreiheit?

13



Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Eingriff

Viele staatliche Maßnahmen können „schlecht für das Geschäft“ sein – sogar allgemeine Steuer- und Abgabepflichten oder Geschwindigkeitsbegrenzungen auf Autobahnen. Daher kann nicht jede gleichsam zufällige oder mittelbare Beeinträchtigung, die sich in irgendeiner Form reflexhaft auf die Berufsausübung auswirkt, als Eingriff in die Berufsfreiheit gewertet werden. Das führt zu einer Modifikation der Eingriffsprüfung bei [Art. 12 Abs. 1 GG](#):<sup>22</sup> Es genügt nicht, dass die allgemeinen Anforderungen an Grundrechtseingriffe vorliegen, vielmehr ist insbesondere bei mittelbaren Grundrechtseingriffen – denen nach dem modernen Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 10) grundsätzlich Eingriffscharakter beigemessen wird – ein spezifischer Bezug zur Berufsfreiheit erforderlich. Demnach haben nur solche Maßnahmen der öffentlichen Gewalt Eingriffsqualität, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen (unmittelbarer Berufsbezug), oder die eine **objektiv berufsregelnde Tendenz** aufweisen:

► [Art. 12 Abs. 1 GG](#) gewährleistet die Freiheit der beruflichen Betätigung. Der Schutz dieses Grundrechts ist einerseits umfassend angelegt, wie die Erwähnung von Berufswahl, Wahl von Ausbildungsstätte und Arbeitsplatz und Berufsausübung zeigt. Andererseits schützt es aber nur vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Es genügt also nicht, daß eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen **Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit** entfaltet. Das ist bei vielen Normen der Fall. Ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit liegt vielmehr erst dann vor, wenn die Norm, auf die die Maßnahme gestützt ist, **berufsregelnde Tendenz** hat.

Das heißt allerdings nicht, daß die **Berufstätigkeit unmittelbar betroffen** sein muß. Es kann vielmehr auch vorkommen, daß eine Norm die Berufstätigkeit selbst unberührt läßt, aber im Blick auf den Beruf die Rahmenbedingungen verändert, unter denen er ausgeübt werden kann. In diesem Fall ist der Berufsbezug ebenfalls gegeben.

[BVerfGE 95, 267, 302 \(Altschulden \[1997\]\)](#) ◀

14



ZJS 2010, 231 ♦

JA 2013, 197

ZJS 2014, 294 ♦

JA 2015, 197

ZJS 2017, 64 ♦

Einer staatlichen Maßnahme wird objektiv berufsregelnde Tendenz beigemessen, wenn sie schwerpunktmäßig berufliche Tätigkeiten betrifft und die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Berufsausübung verändert (dabei aber die Berufstätigkeit selbst unberührt lässt)<sup>23</sup> – wenn also durch die staatliche Maßnahme Aspekte betroffen sind, die gerade durch die Berufsfreiheit spezifisch geschützt werden sollen.

Eine spezifische Betroffenheit liegt bspw. bei der Einführung einer Autobahnmaut für LKW oder der möglichen Strafbarkeit von Strafverteidiger:innen bei der Entgegennahme von Honoraren aufgrund des Verbots der Geldwäsche nach [§ 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB](#)<sup>24</sup> vor. Die Betroffenheit fehlt hingegen, wenn bspw. Taxifahrer:innen

22 Vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12, Rn. 89 ff.](#); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12, Rn. 74 ff.](#)

23 Vgl. [BVerfGE 97, 228, 254](#) (Kurzberichterstattung [1997]); [128, 1, 58](#) (Gentechnikgesetz [2010]).

24 [BVerfGE 110, 226, 254 f.](#) (Geldwäsche [2003]).

aufgrund steigender Kraftstoffpreise infolge der Erhöhung der Mineralölsteuer einen Eingriff in ihre Berufsfreiheit gelten machen wollten. In diesen Fällen bleibt nur der Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

## f) Wie werden Eingriffe in die Berufsfreiheit typisiert?

Die Eingriffsintensität für die Betroffenen ist umso höher, je stärker die Freiheit der Berufswahl betroffen ist. Schon sehr früh in seiner verfassungsrechtlichen Judikatur – noch bevor es das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 4 Rn. 30 ff.) vollständig entfaltet hatte – entwickelte das BVerfG im Apotheken-Urteil von 1958 die sog. **Drei-Stufen-Theorie**.<sup>25</sup> Je nach Eingriffsstufe, die sich hinsichtlich der *Intensität* des Eingriffs bestimmt, werden dabei unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung (dazu eingehend unten, § 14 Rn. 21) – insbesondere an den legitimen Zweck – gestellt. In den Worten des BVerfG:

► So ist Art. 12 Abs. 1 ein **einheitliches Grundrecht** (der „Berufsfreiheit“) jedenfalls in dem Sinn, daß der Regelungsvorbehalt des Satz 2 sich „dem Grunde nach“ sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl erstreckt. **Das heißt jedoch nicht, daß die Befugnisse des Gesetzgebers hinsichtlich jeder dieser „Phasen“ der Berufstätigkeit inhaltlich gleich weit gehen.** Denn es bleibt stets der im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 deutlich zum Ausdruck kommende Wille der Verfassung zu beachten, dass die Berufswahl „frei“ sein soll, die Berufsausübung geregelt werden darf. Dem entspricht nur eine Auslegung, die annimmt, dass die Regelungsbefugnis die beiden „Phasen“ nicht in gleicher sachlicher Intensität erfasst, dass **der Gesetzgeber vielmehr umso stärker beschränkt ist, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreift.** [...]

Der Freiheitsanspruch des Einzelnen wirkt, wie gezeigt wurde, um so stärker, je mehr sein Recht auf freie Berufswahl in Frage steht; der Gemeinschaftsschutz wird um so dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Berufsausübung der Gemeinschaft erwachsen könnten. Sucht man beiden – im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen – Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils in **sorgfältiger Abwägung** der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstreitenden Interessen gefunden werden.

**BVerfGE 7, 377, 402 ff. (Apotheken-Urteil [1958])** ◀

Wie ihr Name bereits vorwegnimmt, gliedert die Drei-Stufen-Theorie drei verschiedene Eingriffsstufen:

### 1. Stufe: Berufsausübungsregelungen

Berufsausübungsregelungen kommt die geringste Eingriffsintensität zu. Sie treffen lediglich Vorgaben für die Art und Weise (also das „Wie“) der beruflichen Tätigkeit. Der Beruf selbst kann ergriffen, allerdings nur in einer bestimmten Weise ausgeübt werden.

15



Podcast „Spruchreif“ – Apotheken-Entscheidung

16



Jurafuchs

<sup>25</sup> Dazu Gröpl, in: Gröpl/Windhorst/v. Coelln, Studienkommentar GG, 5. Aufl., Art. 12, Rn. 53 f.; Kaiser, Jura 2008, 844.

Beispiele: **Ladenschlusszeiten**<sup>26</sup>, **Werbeverbote**<sup>27</sup>, Vorgaben zur Gaststätteneinrichtung<sup>28</sup>, Exportverbot von Impfstoffen.



JuS 2012, 57 ♦

JA 2015, 42 ♦

Jura 2015, 87 ♦

JA 2016, 272 ♦

### 2. Stufe: subjektive Berufswahlregelungen

Berufswahlregelungen allgemein betreffen das „Ob“ der beruflichen Tätigkeit, also die Frage, ob der oder die Einzelne das Recht hat, einen bestimmten Beruf zu ergreifen. Man unterscheidet weiter zwischen subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen.

*Subjektive* Berufswahlregelungen beschränken den Zugang zu bzw. den Verbleib in einer bestimmten beruflichen Betätigung. Die Gründe dafür liegen dabei *in der Person*.

Beispiele: Altersgrenzen<sup>29</sup>, bestimmte Qualifikationsnachweise<sup>30</sup>, Fehlen bestimmter Vorstrafen<sup>31</sup>.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der oder die Betroffene Einfluss auf die subjektiven Kriterien (bspw. Alter, Geschlecht) hat.<sup>32</sup> Hintergrund subjektiver Berufswahlregelungen ist, dass die Ausübung des Berufes ohne die Erfüllung bestimmter subjektiver Voraussetzungen unmöglich ist oder nur unsachgemäß ausgeführt werden kann.

### 3. Stufe: objektive Berufswahlregelungen

Die Maßnahmen mit der größten Eingriffsintensität sind objektive Berufswahlregelungen: Der Zugang zu einem bestimmten Beruf wird hierbei an Voraussetzungen geknüpft, die außerhalb der Person liegen und von deren subjektiven Eigenschaften und Fähigkeiten unabhängig sind. Ein Beruf kann aus Gründen nicht ergriffen werden, die die Betroffenen nicht beeinflussen können.

Beispiele: Bedürfnisklauseln für Taxen (§ 13 Abs. 4 PBefG)<sup>33</sup>, Beschränkung von Notarstellen<sup>34</sup>, Einführung eines Spielbankmonopols<sup>35</sup>.

Im Rahmen der objektiven Berufswahlregelungen werden zudem auch **Berufstaltverbote** (z.B. generelles Verbot, als Rechtsanwalt oder Rechtsanwältin tätig zu werden) verhandelt.

## g) Warum greift das BVerfG bei der Anwendung der Drei-Stufen-Theorie auf Berufsbilder zurück?

- 17 Vielfach wird es nicht leicht zu beurteilen sein, ob es sich bei einer staatlichen Maßnahme um eine *Berufsausübungs-* oder eine *Berufswahl*regelung handelt.

26 BVerfGE 13, 237 (Ladenschlußgesetz II [1961]).

27 BVerfGE 76, 196 (anwaltliches Werbeverbot [1987]).

28 BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot in Gaststätten [2008]).

29 BVerfGE 9, 338 (Hebammenaltersgrenze [1959]).

30 BVerfGE 80, 1 (Antwort-Wahl-Verfahren [1989]).

31 BVerfGE 44, 105 (vorläufiges Berufsverbot [1977]).

32 BVerfGE 9, 338, 344 ff. (Hebammenaltersgrenze [1959]).

33 BVerfGE 11, 168 (Taxi-Beschluß [1960]).

34 BVerfGE 17, 371 (Notarstellen [1964]).

35 BVerfGE 102, 197 (Sportwetten [2006]).



Dies hängt bereits maßgeblich davon ab, ob eine bestimmte Tätigkeit als eigenständiger Beruf zu qualifizieren ist.

Beispiel: Das Verbot, Wildtiere im Zirkus vorzuführen, kann sowohl als Berufsausübungs- als auch als objektive Berufswahlregelung – bzw. gar als Berufstotalverbot – qualifiziert werden, je nachdem, ob „Dompteur:in“ als eigenständiger Beruf angesehen wird – oder als Ausprägung des Berufs „Zirkusdarsteller:in“.

Das BVerfG legt die **Fixierung von Berufsbildern** in die Hände des Gesetzgebers.<sup>36</sup> Dabei ist der Gesetzgeber allerdings an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Konkret bedeutet dies: Einzelne bereits ausgeübte Berufsbilder dürfen nicht ohne Weiteres unbeachtet bleiben; ferner dürfen aber auch nicht zu feingliedrige Berufstypisierungen vorgenommen werden. Allgemeine Maßstäbe für die Berufsbildfixierung gibt es jedoch nicht. In der Prüfung sind daher vor allem die Umstände des Einzelfalls zu würdigen: Handelt es sich bei der Tätigkeit um einen eigenen Beruf oder ist die Tätigkeit Bestandteil eines anderen umfassenderen Berufs?

Beispiele: Nicht als eigenständigen Beruf hat das BVerfG den Beruf des „Kassenarztes“ bzw. der „Kassenärztin“ qualifiziert.<sup>37</sup> Dagegen bewertete das BVerfG den Beruf der „Buchführungshilfe“ als eigenen Beruf neben „Steuerberater:in“.<sup>38</sup>

#### h) Welche Schranken gelten für die Berufsfreiheit?

Ausgangspunkt für die Ermittlung der Schranken der Berufsfreiheit ist der Wortlaut des **Art. 12 Abs. 1 GG**: die *Berufswahl* in Abs. 1 S. 1 sieht keinen Gesetzesvorbehalt vor; die *Berufsausübung* in Abs. 1 S. 2 kann dagegen durch die Legislative „geregelt“ werden. Wenn das Grundgesetz an anderer Stelle den Terminus „regeln“ gebraucht (bspw. **Art. 4 Abs. 3 S. 2 GG**, **Art. 12a Abs. 2 S. 3 GG**, **Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG**), handelt es sich um einen verfahrensrechtlichen Gestaltungsauftrag an den einfachen Gesetzgeber. Das BVerfG interpretiert den Regelungsvorbehalt in **Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG** jedoch in ständiger Rechtsprechung als einfachen Gesetzesvorbehalt (§ 4 Rn. 6).<sup>39</sup>

Da **Art. 12 Abs. 1 GG** vom BVerfG als einheitliches Grundrecht (§ 14 Rn. 7) interpretiert wird, das die Berufswahl (S. 1) und die Berufsausübung (S. 2) umfasst, ist es folgerichtig, wenn das Gericht – gegen den Wortlaut und den ausdrücklichen Willen des Verfassungsgebers<sup>40</sup> – auch von einer einheitlichen

18



JuS 2013, 704

Jura 2014, 740 ♦

ZJS 2016, 618 ♦

JA 2016, 602

19



Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG: Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

20

36 BVerfGE 54, 301, 314 (Buchführungsprivileg I [1980]); 119, 59, 79 (Hufversorgung [2007]); ferner *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 106 ff.**; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 51 ff.**

37 BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil [1960]).

38 BVerfGE 54, 301 (Buchführungsprivileg I [1980]).

39 Vgl. etwa BVerfGE 7, 377, 401 ff. (Apotheken-Urteil [1958]); 54, 224, 234 (Abrechnungsverfahren [1980]); ferner *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 78 f.**; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 103 ff.**

40 Das BVerfG schließt sich damit der Auffassung des BVerwG und des BGH an, s. BVerfGE 7, 377, 402 (Apotheken-Urteil [1958]). Der Parlamentarische Rat hatte dagegen ausdrücklich (siehe Protokollen des Parlamentarischen Rats zur Fünften Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 29.9.1948, Band 5/1, S. 88 ff. et passim) vorgesehen, dass die Berufswahlfreiheit vorbehaltlos gewährleistet wird; von

Schranke ausgeht. Gleiches gilt für die Wahl des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte.<sup>41</sup> In der Folge wendet das BVerfG den einfachen Gesetzesvorbehalt auf den gesamten [Art. 12 Abs. 1 GG](#) an, ein Eingriff in die Berufsfreiheit ist also durch oder aufgrund eines formellen Gesetzes möglich.

### i) Wie wirkt sich die Drei-Stufen-Theorie auf die Prüfung der Schranken-Schranken aus?

21



JA 2014, 40 ◆

JA 2016, 834 ◆

ZJS 2017, 448 ◆

Jura 2018, 298 ◆

Jura 2019, 1297

Die Drei-Stufen-Theorie lässt sich als spezifische Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips interpretieren; sie beschreibt die im Rahmen der Berufsfreiheit unterschiedlich hohen Anforderungen an den legitimen Zweck einer staatlichen Maßnahme in Abhängigkeit der jeweiligen Eingriffsintensität.<sup>42</sup> Das BVerfG führt deshalb die Drei-Stufen-Theorie und die Verhältnismäßigkeitsprüfung zuletzt zunehmend zusammen.

So genügen für die Annahme eines legitimen Zwecks für **Berufsausübungsregelungen (1. Stufe)** der Schutz eines Gemeinschaftsgutes oder vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls. Als Beispiele können etwa die ordnungsgemäße medizinische Versorgung der Bevölkerung<sup>43</sup>, die Erhaltung der natürlichen Artenvielfalt<sup>44</sup> oder der Verbraucherschutz<sup>45</sup> genannt werden.

**Subjektive Berufswahlregelungen (2. Stufe)** müssen dem Schutz eines *besonders wichtigen* Gemeinschaftsgutes dienen. Davon erfasst sind bspw. die Erfüllung von Staatszielbestimmungen<sup>46</sup>, die Erhaltung der geordneten Rechtspflege<sup>47</sup> oder die Qualitätssicherung des Handwerks<sup>48</sup>.

**Objektive Berufswahlregelungen (3. Stufe)** dürfen indessen nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein *überragend wichtiges* Gemeinschaftsgut getroffen werden. Als solches hat das BVerfG unter anderem die Sicherung der Volksgesundheit<sup>49</sup> sowie der Volksernährung<sup>50</sup>, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege<sup>51</sup> oder die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit<sup>52</sup> sowie der Glückspielsucht<sup>53</sup> anerkannt.

---

dieser Vorgabe wendet sich das BVerfG scheinbar ab. Mit der Drei-Stufen-Theorie folgt das BVerfG dem historischen Willen des Parlamentarischen Rates dann aber faktisch doch (§ 14 Rn. 22).

41 BVerfGE 33, 303, 329 f. (numerus clausus I [1972]).

42 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12, Rn. 116 ff.](#); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12, Rn. 139 ff.](#)

43 BVerwGE 45, 331 (Apothekenbetriebsordnung [1974]) = [NJW 1974, 2065](#).

44 BVerfGE 61, 291 (Tierpräparatoren [1982]).

45 BVerfGE 142, 268 (Bestellerprinzip [2016]).

46 BVerfGE 116, 202 (Tarifreueerklärung [2006]).

47 BVerfGE 59, 302 (Buchführungsprivileg II [1982]).

48 BVerfGE 13, 97 (Handwerksordnung [1961]).

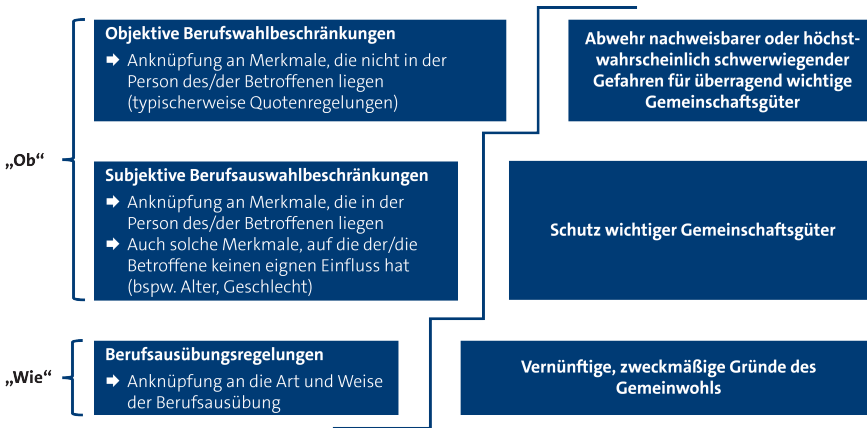
49 BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil [1958]).

50 BVerfGE 25, 1 (Mühlengesetz [1968]).

51 BVerfGE 93, 213 (DDR-Rechtsanwälte [1995]).

52 BVerfGE 21, 245 (Führungskräfte der Wirtschaft [1967]).

53 BVerfGE 145, 20 (Spielhallen [2017]).



Im Ergebnis führt die Drei-Stufen-Theorie dazu, dass die Berufswahl nur durch kollidierendes Verfassungsrecht (§ 4 Rn. 10) eingeschränkt werden kann (wie bei vorbehaltlosen Grundrechten), die Berufsausübung hingegen durch einfachen Gesetzesvorbehalt. Damit ist die Ordnung von Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 12 Abs. 2 S. 2 GG, wie sie von den Müttern und Vätern des Grundgesetzes intendiert war, faktisch wiederhergestellt.<sup>54</sup> 22

Aufgrund der Vielfalt wirtschaftspolitischer Maßnahmen verbietet sich eine schematische Anwendung der Drei-Stufen-Theorie. So können etwa Berufsausübungsregelungen in ihrer Wirkung derart schwerwiegend sein, dass sie für die Betroffenen faktisch wie eine Berufswahlregelung wirken; umgekehrt kann auch eine objektive Berufswahlregelung einen schwächeren Eingriff darstellen, so dass sie bereits mit einem „wichtigen Gemeinwohlbelang“ zu rechtfertigen ist. 23

Beispiel:<sup>55</sup> Der „Kassenarzt“ bzw. die „Kassenärztin“ ist kein eigenständiger Beruf, sondern vom Berufsbild des Arztes bzw. der Ärztin erfasst. Die Verweigerung einer kassenärztlichen Zulassung stellt daher für die Betroffenen eine Berufsausübungsregelung (§ 14 Rn. 16) dar, da sie zwar ihre Leistungen nicht bei den gesetzlichen Krankenkassen abrechnen können, aber Privatpatient:innen behandeln dürften. Das BVerfG stellt aber fest, dass ohne kassenärztliche Zulassung die wirtschaftliche Existenz gefährdet sei, und die Regelung in ihrer Wirkung daher einer „objektiven Zulassungsvoraussetzung“ nahekomme. Konsequenterweise verlangt das Gericht deshalb zur Rechtfertigung die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

Letztlich können also auch Rechtfertigungsanforderungen an eine staatliche Maßnahme gestellt werden, die in der jeweiligen Eingriffsstufe eigentlich nicht zum Tragen kommen. Dadurch wird das dogmatische System der Drei-Stufen- 24

54 Zum Hintergrund vgl. Podcast „Spruchreif“ zur Apotheken-Entscheidung (§ 14 Rn. 15).

55 Angelehnt an BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil [1960]).

Theorie durchbrochen. Umgekehrt stellt sich damit natürlich die Frage, welchen dogmatischen Mehrwert die Figur noch bietet.

- 25 In seiner jüngeren Rechtsprechung führt das BVerfG bisweilen nur noch eine herkömmliche Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 4 Rn. 30 ff.) durch, ohne die Stufentheorie auch nur zu erwähnen.<sup>56</sup> Angesichts des engen Verhältnisses zwischen der Drei-Stufen-Theorie und der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist diese Entwicklung nicht allzu überraschend, sondern ein folgerichtiger nächster Schritt.<sup>57</sup> Für die Prüfung hat dies (noch) keine Auswirkungen. Weder die rechtswissenschaftliche Literatur noch das BVerfG haben sich bisher so eindeutig von der Drei-Stufen-Theorie abgewandt, dass man darauf verzichten könnte, sie anzusprechen.

### j) Ist das Zitiergebot auf die die Berufsfreiheit anwendbar?

- 26 Das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG (§ 4 Rn. 23 f.) ist nicht auf die Berufsfreiheit anwendbar. Dies wird damit begründet, dass Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG seinem Wortlaut nach eben nur einen Regelungsvorbehalt und keinen Gesetzesvorbehalt normiere.

### k) Wrap-Up: Prüfungsschema

27



Jurafuchs

#### I. SCHUTZBEREICH

Persönlich: Deutschengrundrecht

Sachlich: Beruf

jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient

Einheitliches Grundrecht der Berufsausübung und Berufswahl

#### II. EINGRIFF

Klassischer Eingriffsbegriff: bspw. gesetzliche Erlaubnis- bzw. Genehmigungsvorbehalte

Moderner Eingriffsbegriff: bspw. staatliches Informationshandeln

besondere Voraussetzung: unmittelbarer Berufsbezug oder objektiv berufsregelnde Tendenz

Typisierung nach Eingriffsintensität (Drei-Stufen-Theorie)

56 Vgl. BVerfGE 115, 276 (Sportwetten [2006]); 135, 90 (Rechtsanwaltsgesellschaft [2014]); 142, 268 (Bestellerprinzip [2016]); 145, 20 (Spielhallen [2017]).

57 So Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 110; a.A. Mann/Worthmann, JuS 2013, 385.

### III. VERFASSUNGSRECHTLICHE RECHTFERTIGUNG

Schranken:

Regelungsvorbehalt des [Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG](#) als Gesetzesvorbehalt

Schranken-Schranken:

Verhältnismäßigkeitsprüfung

insbesondere: Drei-Stufen-Theorie (Anforderungen an legislativen Zweck je nach Eingriffsintensität)

#### Weiterführende Hinweise

*Nolte/Tams*, Grundfälle zu Art. 12 I GG, [JuS 2006, 31; 130; 218](#)

*Frenz*, Die Berufsfreiheit – Nichtraucherchutz, Sportwetten, Studiengebühren, [JA 2009, 252](#)

*Mann/Worthmann*, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, [JuS 2013, 385](#)

*Kment/Fechter*, Art. 12 I GG und die Beschränkung des beruflichen Zusammenschlusses von Freiberuflern im Lichte des deutschen Grundgesetzes, [JA 2016, 881](#)

## 2. Staatliches Informationshandeln

### a) Inwiefern ist staatliches Informationshandeln grundrechtsrelevant?

Staatliches Informationshandeln gewinnt aufgrund der wachsenden Bedeutung von Information und Kommunikation im heutigen Verhältnis von Staat und Gesellschaft an Bedeutung. Schon längst erschöpft es sich nicht mehr nur in der klassischen Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung. Staatliches Informationshandeln kann in verschiedenen Formen erscheinen: Gegenüber einer breiten Öffentlichkeit (sog. **Publikumsinformation**) oder gegenüber einem Individuum (etwa eine behördliche Auskunft). Die Fallgestaltungen sind ebenso facettenreich und können in ein grundrechtliches, staatsorganisationsrechtliches<sup>58</sup> oder verwaltungsrechtliches Gewand eingekleidet sein.<sup>59</sup>

Im Vordergrund staatlichen Informationshandelns stehen heutzutage die Warnungen der Bevölkerung (sog. **Verbraucherwarnungen**), etwa vor gefährlichem Handeln oder vor problematischen Produkten Dritter.<sup>60</sup>

Die Rechtsprechung hat sich mit einer Vielzahl von derartigen Warnungen beschäftigt: So haben staatliche Instanzen in der Vergangenheit etwa von Weinen abgeraten, die mit Frostschutzmittel versetzt waren<sup>61</sup> oder vor Lebens- und Fut-

28 



Staatliches Informationshandeln



Jurafuchs

29 



Staatliche Lebensmittelwarnungen

58 Hierzu hat sich in den letzten Jahren eine (prüfungsrelevante) Rechtsprechungspraxis gebildet (siehe nur [BVerfGE 148, 11](#) (Wanka [2018]); [154, 320](#) (Seehofer [2020])). Zur Thematik allgemein [Spitzlei, JuS 2018, 856](#).

59 Einen Überblick bieten [Vofßkuhle/Kaiser, JuS 2018, 343](#).

60 Dazu [Kramer/Monsees, Jura 2016, 985](#); [Wollenschläger, JZ 2018, 980](#).

61 [BVerfGE 105, 252](#) (Glykol [2002]).

termittel gewarnt, die gesetzliche Grenzwerte überschritten<sup>62</sup>. Ferner wurden Warnungen vor einer „Jugendsekte“<sup>63</sup> oder vor E-Zigaretten<sup>64</sup> ausgesprochen.

- ◆ 30 Die Bevölkerung schenkt staatlichen Warnungen – aufgrund vermuteter Objektivität und Richtigkeit – typischerweise großes Vertrauen: Inkrimierte Produkte oder Personen werden in der Folge gemieden. Dies kann **Prangerwirkung** haben und zu Umsatz- und Ertragseinbußen führen.

### b) Welche Besonderheiten sind bei der grundrechtlichen Prüfung staatlichen Informationshandelns zu berücksichtigen?

- ◆ 31 Zunächst stellt sich die Frage, ob (bloße) staatliche Warnung überhaupt als Grundrechtseingriff zu bewerten sind. Mangels Rechtsqualität staatlicher Warnungen scheidet ein Eingriff im klassischen Sinne (§ 8 Rn. 9) aus. Der moderne (weitere) Eingriffsbegriff (§ 8 Rn. 10) umfasst auch **mittelbar-faktische Eingriffe**: Warnt also das Gesundheitsministerium vor schädlichen Lebensmitteln und führt dies zu Umsatzeinbußen bei den Herstellern, so kann man darin einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit sehen; die Verfassungsmäßigkeit der konkreten Warnung im Einzelfall wäre dann wie üblich auf Ebene der Rechtfertigung zu erörtern. Das BVerfG hat jedoch in seiner Glykol-Entscheidung<sup>65</sup> sowie in der Osho-Entscheidung<sup>66</sup> dogmatisch einen anderen Weg eingeschlagen und eine grundrechtliche Sonderdogmatik für staatliche Informationstätigkeit entwickelt:<sup>67</sup> Danach ist bei rein mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts nicht betroffen, wenn bestimmte formelle und materielle Voraussetzungen eingehalten werden (sog. Lehre vom **funktionellen Schutzbereich**).

Der Schutzbereich ist dann nicht eröffnet bzw. betroffen, wenn die gegenständliche staatliche Maßnahmen drei Voraussetzungen erfüllt, nämlich wenn

- mit der Maßnahme eine **staatliche Aufgabe** erfüllt wird,
- dabei die **Zuständigkeitsordnung (Kompetenz)** eingehalten wird und
- die **Information richtig ist und sachlich verbreitet** wird,

so dass es nicht zu einer **Wettbewerbsverzerrung** kommen kann.<sup>68</sup>

- ◆ 32 Die Aufgabe und Kompetenz der Bundesregierung zur öffentlichen Informationsbereitstellung wird vom BVerfG dabei aus der (ungeschriebenen) „**Aufgabe zur Staatsleitung**“ entwickelt.<sup>69</sup> Allerdings finden sich mittlerweile auch einfachgesetzliche Normierungen, vgl. etwa § 40 Abs. 1 S. 1, 2 LFGB und § 6 Abs. 1 S. 3 VIG.

---

62 BVerfGE 148, 40 (Lebensmittelpranger 2018)].

63 BVerfGE 105, 279 (Osho [2002]).

64 BVerwG NVwZ-RR 2015, 425.

65 BVerfGE 105, 252 (Glykol [2002]); dazu *Hellmann*, NVwZ 2005, 163.

66 BVerfGE 105, 279 (Osho [2002]).

67 Instruktiv Martini/Kühl, *Jura* 2014, 1221.

68 BVerfGE 105, 252, 268 (Glykol [2002]).

69 Vgl. BVerfGE 105, 252, 270 (Glykol [2002]).

Darüber hinaus ist vor allem auf die Sachlichkeit und Richtigkeit (aus *ex ante*-Sicht) der Informationen einzugehen. So dürfen die Informationen nicht über das erforderliche Maß im Einzelfall hinausgehen. 33 ◆

Diese grundrechtliche Sonderdogmatik des BVerfG in Bezug auf staatliches Informationshandeln hat einige Kritik erfahren<sup>70</sup> – insbesondere im Hinblick auf den Bruch mit der traditionellen Grundrechtsdogmatik: Die vom BVerfG verfassungsrechtlich aufgestellten formellen und materiellen Anforderungen an die Informationstätigkeit begrenzen den Schutzbereich, nach herkömmlicher Dogmatik wären sie bei der Rechtfertigung zu verorten. Ist den Anforderungen Genüge getan, so ist der Schutzbereich des jeweiligen Grundrechts nicht eröffnet und kann damit auch keinen Schutz vor der hoheitlichen Maßnahme entfalten. Aus staatsorganisationsrechtlicher Sicht erscheint es zudem vor dem Hintergrund des Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes fraglich, ob eine (ungeschriebene) Staatsleitungsaufgabe allein hinreichende Rechtsgrundlage für einen Grundrechtseingriff sein kann. 34 ◆

### c) Verfolgt das BVerfG diese Sonderdogmatik in seiner aktuellen Rechtsprechung noch?

Das BVerfG hat seine Sonderdogmatik hinsichtlich staatlichen Informationshandelns hat das BVerfG bislang zumindest nicht ausdrücklich aufgegeben. Allerdings deutet eine jüngere Entscheidung des BVerfG zu § 40 Abs. 1a LFGB eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechungslinie an:<sup>71</sup> Die Norm regelt eine Veröffentlichungspflicht der zuständigen Behörde für den Fall eines begründeten Verdachts auf Überschreitung zulässiger Grenzwerte, Höchstgehalte oder Höchstmengen, der Nichteinhaltung hygienischer Anforderungen oder sonstigen Verletzungen von Vorschriften zum Verbraucherschutz. 35 ◆

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung deutlich gemacht, dass eine gezielte Informationstätigkeit auf ein Unternehmen einen Grundrechtseingriff darstellen könne – der Schutzbereich also anders als in der Glykol-Entscheidung betroffen sei: 36 ◆

▶ Staatliches Informationshandeln ist an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, wenn es in seiner Zielsetzung und seinen mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff in die Berufsfreiheit als funktionales Äquivalent gleichkommt. Amtliche Informationen kommen einem Eingriff in die Berufsfreiheit jedenfalls dann gleich, wenn sie **direkt auf die Marktbedingungen konkret individualisierter Unternehmen zielen**, indem sie die Grundlagen von Konsumententscheidungen zweckgerichtet beeinflussen und die Markt- und Wettbewerbssituation zum Nachteil der betroffenen Unternehmen verändern.

#### 1. Leitsatz zu BVerfGE 148, 40 (Lebensmittelpranger [2018]) ◀

70 Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 95 ff.; Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 86 ff.

71 BVerfGE 148, 40 (Lebensmittelpranger [2018]).

- ◆ 37 Das BVerfG gibt damit seine schutzbereichsbegrenzende Konzeption auf und orientiert sich am traditionellen dreistufigen Aufbau (Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung, § 8 Rn. 3). In der Klausur empfiehlt es sich daher, von einem mittelbar-faktischen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit (bzw. des jeweils betroffenen Freiheitsrechts) durch staatliche Informationstätigkeit auszugehen und sodann in der Rechtfertigung die vom BVerfG aufgestellten Kriterien (§ 14 Rn. 31) zu prüfen. Auch in Bezug auf die Dogmatik der Berufsfreiheit im Übrigen ist die Entscheidung interessant: Erneut wendet das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie (§ 14 Rn. 21 ff.) nicht an.

## II. Vertiefung und Kontextualisierung

### 1. Welche Bedeutung kommt der Berufsfreiheit zu?

- 38 **Art. 12 Abs. 1 GG** schützt die Freiheit, sich durch eigene Tätigkeit eine Lebensgrundlage zu schaffen und zu erhalten. Die Berufsfreiheit weist daher eine Nähe zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (**Art. 2 Abs. 1 GG** i.V.m. **Art. 1 Abs. 1 GG**, § 19 Rn. 6) auf. Anders als noch in der WRV handelt es sich bei der grundgesetzlichen Berufsfreiheit nicht um ein programmatisches Recht auf Arbeit, sondern um ein „echtes“ Grundrecht.<sup>72</sup> Das BVerfG formuliert:

► **Art. 12 Abs. 1** schützt die Freiheit des Bürgers in einem für die moderne arbeitsteilige Gesellschaft besonders wichtigen Bereich: **er gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als „Beruf“ zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.** Es handelt sich um ein Grundrecht, nicht – wie etwa in **Art. 151 Abs. 3 WV** – um die Proklamierung der „Gewerbe-freiheit“ als eines objektiven Prinzips der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung. Verbürgt ist dem Einzelnen mehr als die Freiheit selbständiger Ausübung eines Gewerbes. Wohl zielt das Grundrecht auf den Schutz der wirtschaftlich sinnvollen – Arbeit, aber es sieht sie als „Beruf“, d. h. in ihrer **Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen**, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten; die Arbeit als „Beruf“ hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde.

**BVerfGE 7, 377, 379 (Apotheken-Urteil [1958])** ◀

- 39 Neben seiner Bedeutung für das Individuum kommt **Art. 12 Abs. 1 GG** auch große gesellschaftliche Bedeutung zu: Die Berufsfreiheit bildet zusammen mit der Privatautonomie (**Art. 2 Abs. 1 GG**, § 21 Rn. 27 ff.), der Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit (**Art. 9 GG**, § 16 Rn. 30 f.) und der Eigentumsfreiheit (**Art. 14 GG**, § 15 Rn. 40) das Fundament für eine **freiheitliche Wirtschaftsordnung**.<sup>73</sup> Da das Grundgesetz agnostisch hinsichtlich der in seinem Rahmen etablierten



Die soziale Marktwirtschaft in Deutschland

<sup>72</sup> Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 1**.

<sup>73</sup> Siehe *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., **Art. 12, Rn. 32 ff.**



Wirtschaftsordnung ist, verfügt der Gesetzgeber über einen erheblichen Gestaltungsspielraum.<sup>74</sup> Rechtliche Vorgaben im Bereich der Wirtschaft stammen heute vor allem aus dem Unionsrecht.

Blickt man rechtsvergleichend auf andere Verfassungen, so wird die Berufsfreiheit dort teilweise nur implizit geschützt, etwa in der französischen und in der amerikanischen Verfassung. Auch die EMRK enthält keine ausdrückliche Regelung zur Berufsfreiheit. Die Grundrechtecharta hingegen gewährleistet die Berufsfreiheit umfassend in [Art. 15 EU-GRCh](#), [16 EU-GRCh](#) (§ 14 Rn. 51 ff.).

40 ◆

## 2. Zu welchen Grundrechten steht die Berufsfreiheit in Konkurrenz?

Die wohl wichtigste Abgrenzung der Berufsfreiheit ist zur Eigentumsfreiheit ([Art. 14 GG](#), § 15 Rn. 10 f.) vorzunehmen. Das BVerfG hat die Abgrenzung folgendermaßen auf den Punkt gebracht:

41



- ▶ [Art. 14 Abs. 1 GG](#) schützt das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, [Art. 12 Abs. 1 GG](#) dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.
- [BVerfGE 30, 292, 335 \(Erdölbevorratung \[1971\]\)](#) ◀

Jura 2010, 700 ◆  
 Jura 2012, 67 ◆  
 JuS 2017, 229  
 JuS 2018, 161 ◆

Im Einzelfall kann die Abgrenzung jedoch schwerfallen, da wirtschaftslenkende Maßnahmen oftmals beide Grundrechtsgehalte berühren. Eine trennscharfe Abgrenzung ist dann nicht mehr möglich, so dass das BVerfG beide Grundrechte nebeneinander prüft.<sup>75</sup>

Die allgemeine Handlungsfreiheit ([Art. 2 Abs. 1 GG](#), § 21 Rn. 18 ff.) ist als Auf Fanggrundrecht subsidiär gegenüber der Berufsfreiheit, erlangt aber in Bezug auf Nicht-EU-Ausländer:innen Bedeutung, die sich nicht auf den Schutz des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) (Deutschengrundrecht, § 3 Rn. 12) berufen können.<sup>76</sup>

42

Eine weitere Abgrenzungsfrage stellt sich bei **Wirtschaftswerbung**. Hier kann neben der Berufsfreiheit auch die Meinungsfreiheit ([Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG](#), § 12 Rn. 5) zu berücksichtigen sein. Dazu muss Werbung als Meinungsäußerung zu qualifizieren sein. Die wohl herrschende Meinung sieht Werbung insoweit von der Meinungsfreiheit erfasst, als diese „einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen“.<sup>77</sup>

43

Dies ist insbesondere bei sog. Emotionswerbung (bspw. Marlboro-Cowboy), die allein darauf abzielt, eine neuronale Verbindung eines bestimmten Produktes mit positiven Emotionen hervorzurufen, oder auch bei sog. Erinnerungswerbung (bspw. Coca-Cola-Schild), nicht der Fall.

<sup>74</sup> So [BVerfGE 50, 290, 336 ff.](#) (Mitbestimmung [1978]).

<sup>75</sup> Siehe [BVerfGE 143, 246](#), Rn. 390 f. (Atomgesetz [2016]); [145, 20](#), 104 (Spielhallen [2017]).

<sup>76</sup> [BVerfGE 104, 337, 346](#) (Schächten [2002]).

<sup>77</sup> Vgl. [BVerfG NJW 2015, 1438](#); *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12, Rn. 281](#) m.w.N.

### 3. Schützt Art. 12 Abs. 1 GG auch die Wettbewerbsfreiheit?

◆ 44



JA 2010, 274 ◆  
ZJS 2010, 723 ◆

Die freie Wahl und Ausübung von Berufen kreiert Wettbewerb zwischen Unternehmen, aber auch zwischen einzelnen Individuen. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Teilnahme an diesem Wettbewerb nur nach Maßgabe marktspezifischer Funktionsbedingungen. Die Berufsfreiheit vermittelt gerade „keinen Anspruch im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten.“<sup>78</sup> Daraus folgt, dass Art. 12 Abs. 1 GG auch nicht vor Zulassung von Konkurrenten schützt. Etwas anderes gilt für den Fall, dass der Staat gezielt in den Wettbewerb eingreift, etwa durch Begünstigung eines konkurrierenden Unternehmens (z.B. durch Subventionen) oder durch staatliches Informationshandeln (§ 14 Rn. 28 ff.).

◆ 45

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet also **keinen Schutz vor Konkurrenz**. Das gilt auch dann, wenn der Staat selbst wirtschaftlich tätig wird,<sup>79</sup> denn ob es sich um private oder staatliche Konkurrenz handelt, spielt rechtlich keine Rolle.<sup>80</sup> Dies gilt allerdings nur insoweit, als die staatliche Betätigung den freien Markt nicht verzerrt: Wird durch die staatliche Konkurrenz der Wettbewerb unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt (**Verdrängungswettbewerb**), ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet. Fragen der Wettbewerbsfreiheit können sowohl im Schutzbereich als auch auf der Ebene des Eingriffs erörtert werden.

### 4. Was gewährleisten Art. 12 Abs. 2 und 3 GG?

◆ 46

Art. 12 Abs. 2 und 3 GG normieren die Freiheit von Arbeitszwang und Zwangsarbeit; die Absätze werden ebenfalls als einheitliches Grundrecht interpretiert.<sup>81</sup> **Arbeitszwang** bezieht sich dabei auf eine zeitlich und gegenständlich begrenzte Zurverfügungstellung der Arbeitskraft; bei der **Zwangsarbeit** wird die gesamte Arbeitskraft über längere Zeit in Anspruch genommen. Anders als bei der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein Menschenrecht (§ 3 Rn. 11). Hintergrund der Norm sind die Erfahrungen zur Zeit der nationalsozialistischen Terrorherrschaft.

◆ 47

Eingriffe in Art. 12 Abs. 2 und 3 GG werden allerdings nur zurückhaltend angenommen: So genügt nicht jede hoheitlich geforderte Tätigkeit gegen den Willen der Person aus. Öffentlich-rechtliche Melde- oder Zeugenpflichten, die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung oder die Pflicht der Straßenanleger zur Säuberung des Gehwegs<sup>82</sup> sind keine Zwangsarbeit. Auch mittelbarer Arbeitszwang, etwa durch die Kürzung von Sozialhilfeleistungen, ist nicht erfasst, da es den Betroffenen weiterhin möglich ist, die berufliche Tätigkeit frei zu wählen.

78 Vgl. BVerfGE 105, 252, 265 f. (Glykol [2002]); *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 76.

79 Dazu *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 102 f.; *Brüning*, JZ 2009, 29; *Cremer*, DÖV 2003, 921.

80 Vgl. BVerfGE 39, 329, 336 f. (Bestattungswesen [1972]) = NJW 1972, 1100.

81 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 145 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 12, Rn. 294 ff.

82 BVerfGE 22, 26 (Gehwegreinigung [1966]) = NJW 1966, 170.

Hinsichtlich des Wehr- und Ersatzdienstes gilt die speziellere Norm des [Art. 12a GG](#).

### 5. Was gewährleistet [Art. 12a GG](#)?

[Art. 12a GG](#) hat 1968 Eingang in das Grundgesetz gefunden und bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für die **Wehrpflicht** (Absatz 1). [Art. 12a Abs. 2 GG](#) ermöglicht ferner die Einführung eines Ersatzdienstes („Zivildienst“) für diejenigen, die den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen ablehnen ([Art. 4 Abs. 3 GG](#), [§ 10 Rn. 37](#)). [Art. 12a GG](#) verbürgt aber selbst kein Grundrecht;<sup>83</sup> grundrechtliche Relevanz gewinnt die Norm vielmehr als Schranke für andere Grundrechtsgewährleistungen (bspw. die Berufsfreiheit). Seit Aussetzung der Wehrpflicht 2011 hat [Art. 12a GG](#) an Bedeutung eingebüßt, angesichts der aktuellen weltpolitischen Lage (insbesondere im Zusammenhang mit dem Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine) sind aber die Diskussionen um Wehrpflicht und Ersatzdienst wieder erstarkt bzw. neu entflammt – und weitere Veränderungen nicht auszuschließen.

48 ◆

## III. Europarechtliche Dogmatik

### 1. Wie wird die Berufsfreiheit in der EMRK geschützt?

Die Berufsfreiheit ist weder in der EMRK noch in einem ihrer Zusatzprotokolle ausdrücklich normiert. [Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1](#) verbürgt das Eigentum, [Art. 2 Zusatzprotokoll Nr. 1](#) garantiert ein **Recht auf Bildung**. Dieses gewährleistet in erster Linie ein Recht auf Zugang zu bestehenden Bildungseinrichtungen.<sup>84</sup> Damit ähnelt es dem verfassungsrechtlich verankerten Recht auf gleiche Teilhabe ([§ 23 Rn. 33](#)) am Studienangebot.

49 ◆

Allerdings bedeutet die fehlende Normierung der Berufsfreiheit keine Schutzlosstellung der Berufsausübung und -wahl innerhalb der Konvention. Vielmehr werden Schutzgehalte der grundrechtlichen Berufsfreiheit durch andere Garantien der EMRK erfasst. Berufsspezifische Bezüge sind insbesondere im Schutz des Privatlebens ([Art. 8 EMRK](#), [§ 19 Rn. 34 ff.](#)), in der Meinungs- und Medienfreiheit ([Art. 10 EMRK](#), [§ 12 Rn. 69 ff.](#)) sowie in der Vereinigungsfreiheit ([Art. 11 EMRK](#), [§ 16 Rn. 37 ff.](#)) zu finden.<sup>85</sup>

50 ◆

### 2. Wie wird die Berufsfreiheit in der EU-GRCh geschützt?

Die Europäische Grundrechtecharta enthält zwei berufsspezifische Gewährleistungen: [Art. 15 EU-GRCh](#) normiert die **Berufsfreiheit** und ein **Recht zu arbeiten**, [Art. 16 EU-GRCh](#) die **unternehmerische Freiheit**.

51 ◆

83 Siehe *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12a, Rn. 1](#).

84 Vgl. *EGMR v. 27.5.2014, 16032/07*, Rn. 31 – Velyo Velev.

85 Siehe *Grabenwarter/Pabel*, in: Grabenwarter/Pabel, EMRK Kommentar, 7. Aufl., [§ 25, Rn. 37](#).

- ◆ 52 **Art. 15 Abs. 1 EU-GRCh** verkörpert wiederum, anders als es der Wortlaut auf den ersten Blick vermuten lässt, ein einheitliches Grundrecht.<sup>86</sup> Gewährleistet wird das Recht einer jeden Person, zu arbeiten und einen frei gewählten Beruf auszuüben. Insoweit ergeben sich keine wesentlichen Abweichungen zur verfassungsrechtlichen Dogmatik des **Art. 12 Abs. 1 GG**. Gem. **Art. 15 Abs. 2 EU-GRCh** haben alle Unionsbürger:innen die Freiheit, in jedem Mitgliedsstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Die in Absatz 2 verbürgten Rechte gehen als *leges speciales* denen in Absatz 1 vor. **Art. 15 Abs. 3 EU-GRCh** normiert abschließend ein **spezielles Diskriminierungsverbot**: Danach haben die Staatsangehörigen dritter Länder, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten legal arbeiten dürfen, einen Anspruch auf Arbeitsbedingungen, die denen der Unionsbürger:innen entsprechen. Nicht erfasst sind indessen der Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates oder gleiches Arbeitsentgelt.<sup>87</sup> Eingriffe in die unionale Berufsfreiheit können unter den Voraussetzungen der allgemeinen Rechtfertigungsklausel des **Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh** (gesetzliche Grundlage – Wesensgehalt – Verhältnismäßigkeit, § 4 Rn. 18) gerechtfertigt sein.
- ◆ 53 Neben der Berufsfreiheit des **Art. 15 EU-GRCh** schützt **Art. 16 EU-GRCh** die unternehmerische Freiheit. Anders als das Grundgesetz differenziert die Grundrechtecharta zwischen unselbständiger und selbstständiger beruflicher Tätigkeit.<sup>88</sup> Die unternehmerische Freiheit umfasst die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben.<sup>89</sup> Insbesondere die Vertragsfreiheit und die Freiheit des Wettbewerbs nehmen eine herausgehobene Stellung ein.<sup>90</sup> Auch Eingriffe in die unternehmerische Freiheit unterliegen dem Rechtfertigungsvorbehalt des **Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh**.<sup>91</sup>
- ◆ 54 Schließlich normiert **Art. 14 EU-GRCh** ein Recht auf Bildung.<sup>92</sup> Die Vorschrift entspricht **Art. 2 1. Zusatzprotokoll** zur EMRK. **Art. 14 EU-GRCh** können fünf verschiedene Rechte entnommen werden: das Recht auf (allgemeine) Bildung in und der Zugang zu beruflicher Aus- und Weiterbildung in Absatz 1, die Unentgeltlichkeit des Pflichtschulunterrichts in Absatz 2, die Gründung von Lehranstalten in Absatz 3 Var. 1. und das schulbezogene Eltern- und Erziehungsrecht in Absatz 3 Var. 2.
- 3. Wird die Freiheit von Zwangsarbeit in der EMRK und der EU-GRCh geschützt?**
- ◆ 55 Die Freiheit von Zwangs- und Pflichtarbeit wird in **Art. 4 Abs. 2 und 3 EMRK** und **Art. 5 Abs. 2 EU-GRCh** verbürgt. Systematisch gehört die Freiheit damit zum Gewährleistungsgehalt der Menschenwürde (§ 7 Rn. 36 ff.). Die verbotene Zwangs- oder Pflichtarbeit umfasst jede Verpflichtung zu einer höchstpersönlich-

86 Vgl. Jarass, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., **Art. 15, Rn. 1**.

87 Vgl. Jarass, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., **Art. 15, Rn. 28**.

88 EuGH, ECLI:EU:C:2012:194, Rn. 43 – Interseroh.

89 EuGH, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 42 – Sky Österreich.

90 Vgl. Jarass, in: Jarass, Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., **Art. 16, Rn. 10**.

91 EuGH, ECLI:EU:C:2013:43, Rn. 61 – McDonagh, ECLI:EU:C:2016:498, Rn. 31 – Lidl.

92 Vgl. die Herleitung eines Rechts auf schulische Bildung durch das BVerfG (Rn. § 21 Rn. 30).

chen Dienstleistung körperlicher oder geistiger Natur, es sei denn die Verpflichtung wird freiwillig übernommen.<sup>93</sup> Da es sich bei der Freiheit von Zwangs- und Pflichtarbeit um ein auf mit der EMRK identisches Recht handelt (Art. 4 Abs. 1, 2 EMRK), ist gem. [Art. 52 Abs. 3 S. 1 EU-GRCh](#) ein Rückgriff auf die allgemeine Rechtfertigungsklausel des [Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh](#) gesperrt. Als fundamentales Recht gilt das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit also grundsätzlich schrankenlos.<sup>94</sup>

#### 4. Welche Rolle spielen die Grundfreiheiten?

Der Zusammenschluss einiger europäischer Staaten zu einer Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) durch die [Römischen Verträge](#) 1957 war die Geburtsstunde dessen, was wir heute als **Europäische Union** kennen. Der Berufsfreiheit als zentralem Wirtschaftsgrundrecht kommt eine wichtige Bedeutung zu. Über die Gewährleistungen innerhalb der Grundrechtecharta hinaus wird die Berufsfreiheit vor allem auch durch die Grundfreiheiten der AEUV (§ 2 Rn. 7 f.) geschützt. Die Grundfreiheiten kommen dabei neben der unionalen Berufsfreiheit zur Anwendung.<sup>95</sup>

Grundrechtsrelevante Konstellationen können dabei insbesondere dadurch entstehen, dass auf der Grundlage der Europäischen Verträge eine Liberalisierung der Waren-, Dienstleistungs- und Personenfreiheit erfolgt, ohne dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die mit der Ausübung dieser Freiheiten im Zusammenhang stehenden heimischen Vorschriften angleicht.<sup>96</sup> Unionsbürger:innen, die nicht Inländer:innen sind, können Waren oder Dienstleistungen in ein Land einführen, ohne dass sie notwendigerweise alle Vorschriften des Ziellandes berücksichtigen müssen; Inländer:innen haben diese allerdings zu beachten (**Inländerdiskriminierung**). Es liegt auf der Hand, dass es dabei zu Ungleichbehandlungen zwischen verschiedenstaatlichen Hersteller:innen kommen kann. Nach der Rechtsprechung des EuGH verstößt Inländerdiskriminierung aber in der Regel nicht gegen [Art. 18 AEUV](#) und ist daher unionsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>97</sup>

Als Beispiel mag das [deutsche Reinheitsgebot](#) dienen: Dieses schreibt vor, dass zur Bereitung von Bier ausschließlich Gerstenmalz, Hopfen, Hefe und Wasser verwendet werden dürfen. Bierbrauereien aus anderen europäischen Mitgliedsstaaten müssen sich dagegen nicht an das Gebot halten, um ihr Produkt als „Bier“ verkaufen zu dürfen. Neben gleichheitsrechtlichen Fragestellungen (§ 24 Rn. 48) ist aber gerade auch der Schutzbereich des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) berührt, wenn etwa Konkurrent:innen begünstigt werden oder es zu einer Wettbewerbsverzerrung kommt.

93 Vgl. [EGMR v. 7.1.2010, 25965/04](#), Rn. 276 – Rantsev.

94 Vgl. [Calliess](#), in: [Calliess/Ruffert](#), EUV/AUEV Kommentar, 6. Aufl., [Art. 5, Rn. 28](#).

95 Vgl. [Jarass](#), in: [Jarass](#), Kommentar Charta der EU-Grundrechte, 4. Aufl., [Art. 15, Rn. 5](#).

96 Vgl. [Kämmerer](#), in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 7. Aufl., [Art. 12, Rn. 14 ff.](#); ausführlich [Riese/Noll](#), [NVwZ 2007, 516](#).

97 [EuGH, ECLI:EU:C:1997:285](#), Rn. 22 f. – Uecker und Jacquet; [EuGH, ECLI:EU:C:2011:277](#), Rn. 45 – McCarthy.

56 ◆



Die Geschichte der Europäischen Union

57 ◆



JuS 2010, 811 ◆  
ZfS 2014, 171 ◆