

Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht

Eine rechtsvergleichende Studie

Von

Alexandra Borrmann



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
I. Ziel der Arbeit	17
II. Gang der Untersuchung	18
A. Grundlagen	21
I. Erkenntnistheoretische Herleitung	21
1. Idee einer menschlichen Freiheit	21
2. Rechtliche Freiheit	23
3. Einschränkungsmöglichkeit der rechtlichen Freiheit	24
II. Historische Entwicklung der Berufsfreiheit	25
1. Entstehungszeit in Kontinentaleuropa	25
2. Ab 1918	31
3. Dreißiger Jahre	32
4. England	35
III. Berufsfreiheit als Menschen- und Bürgerrecht	37
B. Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht	40
I. Rechtsquellen	40
1. Geschriebenes Verfassungsrecht	40
2. Richterrecht	40
3. Einfluß des Europarechts auf die Auslegung der Berufsfreiheit im deutschen Recht	42
a) Offenheit des Grundgesetzes für den internationalen Einfluß	43
b) Stellung des Europarechtes im Verhältnis zum nationalen Recht	44
c) Art der Einwirkung auf das nationale Verfassungsrecht	46
II. Entstehung der Vorschrift des Art. 12 I GG	47
III. Art. 12 I GG als Abwehrrecht	47
1. Personeller Anwendungsbereich	48
a) Adressat	48
aa) Erweiterung der Schutzgewährung auf internationale Bindungen ...	48
bb) Unmittelbare Bindung Privater	49
b) Grundrechtsberechtigte	50
aa) Natürliche Personen	50
bb) Personenmehrheiten	52
2. Räumlicher Geltungsbereich	55
3. Schutzbereich	55
a) Berufsbegriff	56
aa) Offener Berufsbegriff	56
(1) Berufsbildlehre	56
(2) Europäisierung der Berufsbilder	59
bb) Negative Berufsfreiheit	60
cc) Erlaubtsein als objektive Zulassungsschranke	60

dd) Selbständige und unselbständige Arbeit	62
ee) Erwerbs- bzw. Nichterwerbsarbeit	63
ff) Staatlich vorbehaltene oder gebundene Berufe	64
(1) Staatlich vorbehaltene Berufe	64
(2) Staatlich gebundene Berufe	65
(3) Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die staatlich gebundenen und vorbehaltenen Berufe	67
(a) Öffnung des Beamtenstatus für Unionsbürger	67
(b) Das öffentliche Unternehmen im europäischen Binnenmarkt	68
b) Die Berufsfreiheit	70
aa) Berufswahl	70
bb) Berufsausübung	71
cc) Wahl der Arbeitsstätte	71
dd) Freie Wahl der Ausbildungsstätte	72
ee) Wettbewerbsfreiheit	73
4. Eingriff	74
a) Klassischer Eingriffsbegriff	74
b) Erweiterung des Eingriffsbegriffes	74
aa) Jede Einwirkung als Eingriff?	75
bb) Die Weiterentwicklung des Eingriffsbegriffs bei der Berufsfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht	76
cc) Bundesverwaltungsgericht	77
dd) Weiterentwicklung des Schwere-Kriteriums	78
ee) Theorie der Schutzgutanalyse	79
c) Kollidierendes Verfassungsrecht als Schutzbereichsbegrenzung	80
5. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	81
a) Gesetzliche Grundlage gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2	82
b) Die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichtes	83
aa) Stufendarstellung	83
bb) Grenzfälle bei der Stufentheorie	84
cc) Behandlung der „Grenzfälle“	84
c) Zweck	85
aa) Gemeinwohl	85
bb) Differenzierung der Gemeinwohlbegriffe	86
d) Verhältnismäßigkeit	87
aa) Geeignet, erforderlich	87
bb) Zumutbar (verhältnismäßig im engeren Sinne)	88
(1) Rechtfertigung von Ausübungsregeln	88
(2) Subjektive Zulassungsregeln	88
(3) Objektive Zulassungsschranken	89
(a) Insbesondere staatliche Monopole	89
(b) Einfluß der europäischen Rechtsentwicklung	90
e) Anwendung der Stufentheorie durch das Bundesverfassungsgericht heute	92
IV. Art. 12 I GG als verfassungsrechtliche Wertentscheidung	93
V. Teilhabe- und Leistungsrechte aus Art. 12 I GG	93
1. Staatsziel Berufsfreiheit?	94

a) Recht auf Arbeit	95
b) Recht auf Bildung	96
2. Europäisierung des Rechts auf Arbeit und Bildung	97
VI. Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit auf das Privatrecht	98
VII. Objektive Schutzpflicht	101
1. Neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Schutzpflichten aus der Berufsfreiheit	102
a) Der Schutz der deutschen Seeleute vor ausländischer Konkurrenz	102
b) Der Kündigungsschutzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts	103
2. Ambivalenz des Schutzgebotes bei Art. 12 I GG	104
C. Die Berufsfreiheit in den europäischen Verfassungen – ein Überblick	107
I. Der britische Sonderweg	107
II. Art und Umfang der verfassungsrechtlich gewährten Berufsfreiheit in den Ver- fassungen der Mitgliedsstaaten	108
1. Einzeldarstellung	109
a) Dänemark, Schweden, Finnland	109
b) Irland	111
c) Belgien, Niederlande	111
d) Frankreich	113
e) Italien, Griechenland, Spanien, Portugal	115
f) Österreich, Luxemburg	117
2. Geschützter Personenkreis	119
a) Natürliche Personen	119
b) Personenmehrheiten	119
c) Auswirkungen auf die Gewährung von Rechtsschutz	120
3. Inhalt der Berufsfreiheit in den Verfassungen der Mitgliedsstaaten	122
4. Umfang des Schutzes der Berufsfreiheit	123
a) Unterscheidung selbständig/unselbständig	123
b) Geschützte Tätigkeiten	124
aa) Unterscheidung zwischen Berufswahl und -ausübung	124
bb) Ausbildungsfreiheit	124
5. Einschränkung	126
a) Gesetzesvorbehalt	126
b) Eingriffsrechtfertigung	127
aa) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	128
bb) Wesensgehalt	129
6. Recht auf Arbeit	130
7. Wirkung der Grundrechte im Privatrecht	130
a) Drittwirkung der Grundrechte	130
b) Die Konstituierung von Schutzpflichten	134
8. Europäisierung der Verfassungslehren	135
D. Schutz der Berufsfreiheit im Gemeinschaftsrecht	141
I. Allgemeines	141
1. Ausgangslage	141
2. Ziel des Europarechts	142
3. Rechtsquellen	143

a) Gesetzesrecht	143
b) Richterrecht	144
II. Grundrechtliche Verbürgungen aus den Verträgen	147
1. Vertrag über die Europäische Gemeinschaft	147
2. Präambeln von EEA und EUV	148
3. Art. 6 II EUV	149
III. Europäische Menschenrechtskonvention	150
IV. Grundrechtserklärungen des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission	151
V. Entwicklung eines Grundrechtsschutzes aus allgemeinen Rechtsprinzipien	153
1. Zuständigkeit des EuGH	154
2. Methode	154
a) Ursprung der Rechtsfigur der Allgemeinen Rechtsprinzipien	154
b) Ermittlungsmethode	155
3. Verpflichtete aus den allgemeinen Grundsätzen	157
4. Rang der Rechtsquelle	158
5. Herleitung der Berufsfreiheit aus allgemeinen Rechtsprinzipien	158
a) Inhalt eines Grundrechtes der Berufsfreiheit aus allgemeinen Rechtsprinzipien – Schutzbereich	158
b) Einschränkung der Berufsfreiheit aus allgemeinen Rechtsprinzipien	160
c) Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranken-Schranken	161
6. Kritik am Grundrechtsschutz aus Allgemeinen Rechtsprinzipien	162
VI. Die Personenverkehrsfreiheiten des EGV	166
1. Methodik	167
2. Anwendungsbereich	167
a) Personal	168
aa) Status	168
(1) Arbeitnehmer (Art. 39 EGV)	168
(2) Selbständiger (Art. 43 EGV)	168
(3) Personenmehrheiten (Art. 43, 48 EGV)	169
bb) Teilnahme am Wirtschaftsleben	170
(1) Ausbildung	171
(2) Prostitution	171
(3) Kultur, Sport, insbesondere die Erstreckung auf den Profifußball	172
cc) Staatsangehörigkeitserfordernis	174
b) Räumlicher Anwendungsbereich	175
c) Sachlicher Anwendungsbereich	175
3. Inhalt der Freiheiten	176
a) Umfang der Gewährleistungen aus Art. 39 II EGV	176
aa) Bewerbung – Art. 39 Abs. 3 lit. a EGV	177
bb) Freizügigkeit während der Beschäftigung – Art. 39 Abs. 3 lit. b EGV	178
cc) Berufsausübung – Art. 39 Abs. 3 lit. c EGV	178
dd) Freizügigkeit nach Beendigung der Beschäftigung – Art. 39 Abs. 3 lit. d EGV	179
ee) Ausbildung	179
ff) Begleitrechte für Familienangehörige	182

b) Umfang der Gewährleistungen aus Art. 43 EGV	183
aa) Allgemeines	183
bb) Personenmehrheiten	184
c) Beschränkungen	185
aa) Handelnder	185
(1) Erstreckung der Anwendbarkeit auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse	186
(a) Rechtsgrundlage	187
(b) Einschränkende Auslegung	188
(aa) Die Rechtsprechung des EuGH	189
(bb) Rechtfertigungsgründe	190
(cc) Verhältnis zum Sekundärrecht	191
(dd) Mitwirkungspflicht Art. 5 II EGV	192
(ee) Verhältnis zum Wettbewerbsrecht	193
(ff) Strukturelles Ungleichgewicht	194
(gg) Ergebnis	195
(c) Niederlassungsfreiheit	196
(2) Arten des Eingriffs	197
(a) Direkte Diskriminierung	197
(b) Versteckte Diskriminierung	198
(c) Beschränkungsverbot	200
(aa) Warenverkehrsfreiheiten	200
(bb) Personenverkehrsfreiheiten	201
(α) Urteil vom 12.7.1984 – Rechtssache Klopp	202
(β) Urteil vom 30.4.1986 – Kommission/Frankreich	203
(γ) Urteil vom 12.2.1987 – Kommission/Belgien	204
(δ) Urteil vom 7.7.1988 – Rechtssache Stanton	204
(e) Urteil vom 31.3.1993 – Rechtssache Kraus	205
(ζ) Urteil vom 15.12.1995 – Rechtssache Bosman	206
(η) Konvergenz der Personenverkehrsfreiheiten	207
(θ) Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf die Personenverkehrsfreiheiten	209
(d) Umgekehrte Diskriminierung	210
(3) Keine Verdrängung durch andere Vorschriften	213
bb) Rechtfertigung	213
(1) Rechtfertigung von Diskriminierungen	213
(a) Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit	214
(aa) Insbesondere Arbeitnehmerfreizügigkeit	215
(bb) Die Rechtfertigungsaspekte im einzelnen	216
(b) Vorbehalt der öffentlichen Verwaltung bzw. Gewalt (Art. 39 IV, 45 EGV)	217
(c) Art. 86 II EGV	219
(d) Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit	220
(2) Rechtfertigung sonstiger Beschränkungen	220
(a) Vorbehalt des Allgemeininteresses	221
(b) Rechtfertigungsgrund nichtwirtschaftliche Betätigung?	222

(c) Verhältnismäßigkeit	223
(aa) Geeignet	223
(bb) Erforderlich	223
(cc) Angemessen	224
(d) Rechtfertigung durch kollidierendes Vertragsrecht bzw. den Grundrechten aus allgemeinen Rechtsprinzipien	225
(aa) Vertragsrecht	225
(bb) Kollision von Grundrechten und Grundfreiheiten	225
(3) Mißbrauchsverbot	227
E. Zusammenschau des Schutzgehalts der Berufsfreiheit im deutschen Verfas- sungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht	229
I. Darstellung hinsichtlich der Entwicklung	229
II. Vergleich hinsichtlich der Rechtsquellen	231
1. Gesetzesrecht	231
a) Rechtsquellenrang von GG und EGV	231
b) Rechtsquellenrang von ungeschriebenen Grundrechten	233
2. Richterrecht	233
3. Verknüpfung der Ebenen	235
III. Vergleich hinsichtlich des Umfangs der Gewährleistung	237
1. Träger, Rechtsweg	237
2. Adressat	238
3. Berufsfreiheit als staatsgerichtetes Abwehrrecht	238
a) Grobstruktur	238
b) Schutzbereich	239
c) Eingriffsbegriff	239
d) Rechtfertigungsebene	240
aa) Schutz eines Gemeinwohlgutes	240
bb) Verhältnismäßigkeit	241
cc) Wesensgehalt	242
4. Drittwirkung	242
5. Zwischenergebnis	243
6. Weitere Funktionen der Berufsfreiheit	243
a) Teilhabekomponente	243
b) Wertentscheidung für die Marktwirtschaft	244
F. Gibt es ein Grundrecht der Berufsfreiheit auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene?	247
I. Bedarf es eines Grundrechts der Berufsfreiheit auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene?	247
II. Grundrechtscharakter der Personenverkehrsfreiheiten	249
1. Zielrichtung der Personenverkehrsfreiheiten	250
a) Verknüpfung von Berufsfreiheit und Freizügigkeit	250
aa) Historischer Zusammenhang von Freizügigkeit und Berufsfreiheit ..	250
bb) Gegenwart	250
b) Wirtschaftliche Implikationen	251
aa) Überschneiden der Funktionen „Schaffung des gemeinsamen Mark- tes“ und „individuelle Freiheitssicherung“	251
bb) Vergleich mit dem nationalen Recht	253

cc) Kompetenzielle Betrachtung	253
2. Anwendungsbereich der Personenverkehrsfreiheiten bzw. des Art. 12 I GG ..	254
3. Gleichheits- und freiheitsrechtliche Elemente der Personenverkehrsfreiheiten	255
4. Das Verhältnis von Personenverkehrsfreiheiten zu Grundrechten	256
5. Drittwirkung der Personenverkehrsfreiheiten	257
a) Vergleich mit den Grundrechten des EGV	257
b) Drittwirkung und Gemeinwohl	258
6. Die Personenverkehrsfreiheiten als Grundrecht der Berufsfreiheit	260
a) Bewertung der EuGH-Rechtsprechung zu den Personenverkehrsfreiheiten als Grundrecht	261
b) Möglichkeit einer Änderung der Auslegungsrichtung	262
c) Personenverkehrsfreiheiten als Grundrecht der Berufsfreiheit	263
G. Ergebnis	266
Literaturverzeichnis	270
Sachwortverzeichnis	284