

I. Die Berufsfreiheit

Einstiegsfall (nachgebildet dem BVerfGE 103, 172)

K ist 64- Jähriger Allgemeinarzt als Kassenarzt der gesetzlichen Krankenversicherung tätig. Zu seinen Patienten zählen aber auch Privatpatienten. Im Jahre 2004 erließ die Bundesregierung eine Verordnung, dass Kassenärzte, die das 68. Lebensjahr vollendet haben, automatisch ihre Kassenzulassung verlieren. Da K aber auch nach einem Alter von 68 Jahren als Kassenarzt tätig sein will, fragt er sich, ob er nicht durch die Verordnung in seinem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist.

Hat K Recht?

1. Überblick

Zu der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit sind schon zahlreiche Urteile des BVerfG ergangen von denen als Grundsatzurteil, das Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377) genannt werden kann.

Art. 12 Abs. 1 GG erfasst einen einheitlichen Schutzbereich von Berufswahl und Berufsausübung.

Für den sachlichen Schutzbereich ist die Definition des Berufes von elementarer Bedeutung. Strittig ist dabei die Eingrenzung dieses weiten Schutzbereichs.

Hinsichtlich des Eingriffs entwickelte das BVerfG die Drei-Stufen-Theorie (BVerfGE 7, 377), wenn kein klassischer Eingriff vorliegt, der unmittelbar an den Beruf anknüpft. Hierbei erfolgte eine Einteilung der Eingriffe in Berufsausübungsregelungen, subjektive Berufswahlregelungen und objektive Berufswahlregelungen und dementsprechend erhöhte Rechtfertigungsanforderungen.

2.Schutzbereich

Art. 12 GG gewährleistet in Abs. 1 die Freiheit der Berufswahl („Beruf, Arbeit und Ausbildungsstätte frei zu wählen“), während Abs. 1 S. 2 festlegt, dass die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden kann. Obwohl infolgedessen angenommen werden könnte, dass es sich hierbei um zwei unabhängige Schutzbereiche handelt, stellt Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht auf Berufsfreiheit dar.

a) Persönlicher Schutzbereich

In persönlicher Hinsicht steht das Grundrecht laut Art. 12 Abs. 1 GG allen Deutschen zu. Es handelt sich also um ein sogenanntes „Deutschengrundrecht“. Wer „Deutscher“ ist regelt Art. 116 GG.

b) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich ist zunächst vom Begriff des **Berufs** geprägt. Darunter versteht man im Allgemeinen jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient (es reicht aus, wenn ein maßgeblicher Beitrag zur Erhaltung der Lebensgrundlage geschaffen wird).

Erfasst sind nicht nur traditionelle Berufsbilder, sondern auch neu entstandene und frei erfundene Berufe (BVerfGE 9, 39). Irrelevant ist ebenfalls, ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig ausgeführt wird, oder nur als Zweitberuf oder Nebenbeschäftigung ausgeübt wird (BVerfGE 97, 228).

Angesichts des sehr weiten Schutzbereichs stellt sich die Frage, ob dieser durch bestimmte Kriterien einzugrenzen ist.

Eine Ansicht befürwortet die Begrenzung des Berufsbegriffs aus Art. 12 Abs. 1 GG auf erlaubte Tätigkeiten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Definitionsmacht des Schutzbereichs dadurch in die Hände des einfachen Gesetzgebers (also des Grundrechtsverpflichteten!) gelegt würde.

Eine andere Ansicht lässt daher nur sozial- oder gemeinschaftsschädliche Berufe, wie beispielsweise den Beruf des Auftragskillers, aus dem Schutzbereich herausfallen (BVerfGE 22, 286). Diese Ansicht trägt dem Bedürfnis der Schutzbereichseinschränkung Rechnung, ohne dem Gesetzgeber die Definitionsmacht zu überlassen.

Eine für den Bürger liberalere Auffassung sieht gar keine Einschränkung des Schutzbereichs vor, da diese nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu entnehmen sei.

Des Weiteren umfasst der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG auch die freie Wahl der Ausbildungsstätte (alle Einrichtungen, die der Ausbildung für bestimmte Berufe oder Berufsgruppen dienen), beispielsweise das Recht zur Zulassung zu einem

Hochschulstudium im Rahmen der bestehenden Kapazitäten (BVerfGE 33, 303) sowie des Arbeitsplatzes (der Ort, an dem man seiner täglichen Arbeit nachgeht).

Außerdem beinhaltet der Berufsbegriff in Art. 12 Abs. 1 GG auch Berufe im öffentlichen Dienst und staatlich gebundene Berufe, beispielsweise den Notar (BVerfGE 11, 30). In dieser Hinsicht findet aber eine Modifikation des Art. 12 Abs. 1 GG durch Art. 33 Abs. 5 GG statt (BVerfGE 73, 280).

3. Eingriff

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff muss ein Grundrechtseingriff final, unmittelbar, durch Rechtsakt und imperativ, also mit Zwang vorgenommen werden. (BVerfGE 105, 279).

Nach dem modernen Eingriffsbegriff stellt dagegen jedes staatliche Handeln einen Eingriff dar, das dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht (BVerfGE 105, 279).

Da Art. 12 Abs. 1 GG alle berufs- und ausbildungsspezifische Handlungen erfasst, hat das BVerfG in seiner früheren Rechtsprechung verlangt, dass die staatliche Maßnahme nicht nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Tätigkeit besitzt, sondern vielmehr eine subjektiv oder objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen muss, beispielsweise bei der gesetzlichen Zulassung nachrichtenmäßiger Kurzberichterstattung im Fernsehen (BVerfGE 97, 228).

In der neueren Rechtsprechung prüft das BVerfG ob der Grundrechtsträger in seiner Berufsfreiheit eingeschränkt wird. Ist dies der Fall, so liegt ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG vor (BVerfG NJW 2006, 1261).

Ebenfalls zu erwähnen ist bereits hier die Drei-Stufen-Theorie des BVerfG. Danach können Eingriffe in das Recht der Berufsfreiheit in drei verschiedenen Ausprägungen vorliegen.

Die Berufsausübungsregelungen, welche die erste Stufe im Hinblick auf die Eingriffsintensität betreffen, subjektive Berufszulassungsregelungen, die invasiver im Hinblick auf die Grundrechtsverwirklichung wirken und somit die zweite Stufe der Berufsfreiheit darstellen und objektive Berufszulassungsregelungen, welche die dritte Stufe der Eingriffsintensität darstellen.

Die Eingriffsintensität steigt mit jeder Stufe und damit auch die Anforderungen, die an die Rechtfertigung des Eingriffs gestellt werden.

Von **Berufsausübungsregelungen** werden die Art und Weise, in der die berufliche Tätigkeit ausgeübt werden soll, geregelt. Hierunter fällt die Festsetzung von Ladenschlusszeiten (BVerfGE 111, 10), das Rauchverbot in Gaststätten (BVerfGE 1212, 317) sowie das Werbeverbot für Rechtsanwälte (BVerfGE 76, 196). Um einen Eingriff in die Berufsausübung zu rechtfertigen, müssen vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls vorliegen, die zweckmäßig erscheinen.

Die Berufsausübung ist von der von der Berufszulassung abzugrenzen. Denn die Berufswahl behandelt das „Ob“ der beruflichen Tätigkeit, dass ein einzelner das Recht hat einen gewissen Beruf auszuwählen. Hierbei ist zwischen den objektiven und den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zu unterscheiden.

Bei **subjektiven Zulassungsvoraussetzungen** wird der Zugang zu einer beruflichen Betätigung an bestimmte persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten des Bewerbers geknüpft. Beispiele sind etwa: das erfolgreiche Absolvieren von Prüfungen und das Vorliegen beruflich erworbener Erfahrung (BVerfGE 13, 97) und die Festlegung eines bestimmten Lebensalter für Hebammen (BVerfGE 9, 338).

Eine **Rechtfertigung** des Eingriffs in eine subjektive Zulassungsvoraussetzung erscheint nur möglich, wenn sie dem **Schutz wichtiger Güter der Allgemeinheit** dienen. Wichtige Gemeinschaftsgüter stellen die Sicherheit der Energieversorgung, der Rechtsfrieden und die geordnete Steuerrechtspflege dar (BVerfGE 30, 292; 59, 302; 73, 301).

Durch eine **objektive Zulassungsvoraussetzung** wird die Möglichkeit des Zugangs zu einem Beruf an die Erfüllung von Bedingungen gebunden, die außerhalb der Person des Betroffenen liegen und nicht von seinen persönlichen Fähigkeiten abhängig sind. Z.B. das Erheben eines absoluten numerus clausus, der einen Studiengang längere Zeit auf dem Bundesgebiet sperrt (BVerfGE 33, 303) oder die bedarfsabhängige Zulassung im Rettungsdienst (BVerfGE 126, 112).

Einen Eingriff auf der dritten Stufe muss zu seiner **Rechtfertigung** der Gewährleistung des Schutzes überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter gegen nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahren dienen. Überragend wichtige Gemeinschaftsgüter sind beispielsweise die Sicherung der Volksgesundheit, die Funktionsfähigkeit der Universitäten und die Rechtspflege (BVerfGE 7, 377 ; 33, 303).

Wirklich relevant ist die Eingriffsstufe aber erst im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Es erscheint jedoch sinnvoll, den Eingriff bereits hier einer bestimmten Stufe zuzuordnen, um die Rechtfertigungsprüfung zu entlasten.

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Schranken

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthält einen ausdrücklichen Regelungsvorbehalt für Berufsausübungsregelungen. Aufgrund des einheitlichen Schutzbereichs der Berufsfreiheit gilt dieser jedoch auch für Berufswahlregelungen. Dies ergibt sich aus der grundsätzlichen Bedeutung der Berufsfreiheit im Grundgesetz. Der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG stellt einen einfachen Gesetzesvorbehalt dar.

Daneben existieren auch verfassungsimmanente Schranken. Zum einen kollidierende Grundrechte Dritter und zum anderen der Schutz der Sonntagsruhe nach Art. 140 GG i. V. mit Art. 139 WRV.

b) Schranken-Schranken

Im Rahmen der Schranken-Schranken ist neben den allgemeinen Anforderungen, wie dem Bestimmtheitsgebot und der Wesensgehaltsgarantie vor allen Dingen die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs zu prüfen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als wichtigste Schranken-Schranke wird bei Art. 12 Abs. 1 GG durch die Drei-Stufen-Theorie konkretisiert (siehe oben).

Ein **legitimer Zweck** liegt nur dann vor, wenn der Zweck der entsprechenden Vorgabe, welche im Hinblick auf die Stufe der Eingriffsintensität gegeben wird, entspricht. Erörtern Sie die Anforderung an den legitimen Zweck an dieser Stelle, nach einem kurzen Verweis auf die Intensität des Eingriffs.

Unter dem Prüfungspunkt der **Erforderlichkeit** ist zu prüfen, ob nicht ein Eingriff auf einer niedrigeren Eingriffsstufe auch möglich erscheint. Weiterhin kann es auf der selben Stufe auch Eingriffe geben, die stärkere oder geringere Auswirkungen haben. Manchmal kann aber die Bestimmung der Stufen schwierig sein, da sie leicht ineinander übergehen können.

In der Angemessenheit muss eine Güterabwägung erfolgen, bei dem die jeweiligen Anforderungen an die Stufen miteinzubeziehen sind.

Lösung des Einstiegsfalles

Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet. Problematisch erscheint vorliegend hinsichtlich des sachlichen Schutzbereiches, die Definition des Berufsbegriffs. Die Tätigkeit als Kassenarzt kann sowohl einen eigenständigen Beruf darstellen, aber auch als allgemeine Berufsbezeichnung „Arzt“ subsumiert werden (BVerfGE 11, 30).

Somit könnte der Verlust der Kassenarztzulassung, der den Eingriff darstellt, als eine Berufsausübungsregelung klassifiziert werden, da es dem Arzt ja noch möglich ist, Privatpatienten zu behandeln.

Die Kassenpatienten sind in der Regel in der Mehrheit, betrachtet man den Kundenstamm eines Arztes. Somit handelt es sich um eine subjektive Zulassungsregel. Der Eingriff ist aber nur gerechtfertigt, wenn besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit betroffen sind. Hier könnte der Schutz der Volksgesundheit überwiegen. Der Schutz der Patienten vor einer überalternten Ärzteschaft ist von zentraler Bedeutung. Weiterhin können die Ärzte die „gewinnbringenderen“ Privatpatienten weiter behandeln (Bei diesem Prüfungspunkt wirkt sich die Möglichkeit der Behandlung von Privatpatienten günstig für die Rechtfertigung der Regelung aus.). Insofern scheinen die Argumente für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zu überwiegen.

6. Wiederholungsfragen

a) Was umfasst die Definition des Berufsbegriffes in Art. 12 Abs. 1 GG?

- Jede auf Dauer angelegte Tätigkeit
- Jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient
- **Jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dient und nicht verboten ist.**

b) Welche Voraussetzungen bestimmen den klassischen Eingriffsbegriff?

- Finalität, Unmittelbarkeit, Rechtsakt
- Finalität, Rechtsakt, Imperativität
- **Finalität, Unmittelbarkeit, Rechtsakt und Imperativität**

c) Wie lauten die Drei Stufen der gleichnamigen Theorie?

- Objektive Berufsausübungsregeln, subjektive Berufsausübungsregeln und objektive Zulassungsvoraussetzungen
- Objektive Berufsausübungsregeln, subjektive Berufsausübungsregeln und subjektive Zulassungsvoraussetzungen
- **Berufsausübungsregeln, subjektive Zulassungsvoraussetzungen und objektive Zulassungsvoraussetzungen**

Leitentscheidungen und wichtige Aufsätze

BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil)

BVerfGE 11, 30 (Kassenarzturteil)

BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot)

Voskuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina, Der Grundrechtseingriff, JuS 2009, 313

Kimms, Frank, das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Fallbearbeitung, JuS 2001, 664

Nolte, Martin/Tamms, Christian, Grundfälle zu Art. 12 Abs. 1 GG, JuS 2006, 31; 130; 218