

**Schriften zum Europäischen Recht**

---

**Band 82**

**Der Schutz der Berufsfreiheit  
im deutschen Verfassungsrecht und  
im europäischen Gemeinschaftsrecht**

**Eine rechtsvergleichende Studie**

**Von**

**Alexandra Borrmann**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ALEXANDRA BORRMANN

**Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht  
und im europäischen Gemeinschaftsrecht**

**Schriften zum Europäischen Recht**

Herausgegeben von

**Siegfried Magiera und Detlef Merten**

**Band 82**

# Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht

Eine rechtsvergleichende Studie

Von

Alexandra Borrmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Borrmann, Alexandra:**

Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und  
im europäischen Gemeinschaftsrecht : eine rechtsvergleichende Studie /  
von Alexandra Borrmann. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002  
(Schriften zum europäischen Recht ; Bd. 82)  
Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2000  
ISBN 3-428-10482-X

Alle Rechte vorbehalten  
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Selnigow Verlagsservice, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0937-6305  
ISBN 3-428-10482-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Es mag zwar sein, daß, wie Noteboom sagt, Europa in gewisser Weise eine Fiktion ist, denn „im allgemeinen pflegen sich Töchter phönizischer Könige nicht auf den Rücken eines x-beliebigen Stiers zu setzen, um sich nach Kreta entführen zu lassen“<sup>1</sup>. Das Regelwerk der EU ist nun auch weniger lyrisch als die griechische Mythologie, dennoch verschafft es zumindest für den Bereich der Europäischen Union mit den Grundfreiheiten für den Einzelnen sehr real eine bislang ungeahnte Freiheit und die Möglichkeit der Mobilität.

Diese Arbeit setzt sich mit der Frage auseinander, inwieweit das Grundrecht der Berufsfreiheit im Recht der Europäischen Gemeinschaft verankert ist. Hierbei wird besonderes Augenmerk auf den Grundrechtsgehalt der Gewährleistungen aufgrund der Grundfreiheiten gelegt. Angesichts der ständig fortschreitenden Rechtsentwicklung kann die vorliegende Untersuchung in gewisser Weise nur eine Momentaufnahme darstellen. Diese Arbeit, die als Dissertation an der Universität Köln angefertigt wurde, ist auf dem Stand November 1999. Die Rechtsentwicklung sowie Literatur und Rechtsprechung konnten daher nur bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden. Keine Erwähnung finden aus diesem Grund auch die Vertragsänderungen anlässlich des Vertrags von Nizza, insbesondere die Verabschiedung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Für die Anregung zum Thema und die Betreuung der Arbeit danke ich Prof. Dr. P. J. Tettinger. Prof. Dr. S. Hobe danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Dr. S. Magiera und Prof. Dr. D. Merten danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Für ihre Unterstützung danke ich Jörg Kopitzke und Elke Karenberg. Meinen Eltern danke ich für alles.

Gewidmet ist die Arbeit meiner Großmutter, Frau Dr. Irmgard Heckmann (1913–2000).

Köln, im Februar 2001

*Alexandra Borrmann*

---

<sup>1</sup> Nooteboom, in: Wie wird man Europäer, S. 34.



## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	17
I. Ziel der Arbeit .....	17
II. Gang der Untersuchung .....	18
<b>A. Grundlagen</b> .....	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>B. Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht</b> .....	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. 121 GG als verfassungsrechtliche Wertentscheidung .....	93
V. Teilhabe- und Leistungsrechte aus Art. 121 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 Kündigungsschutzbeschuß des Bundesverfassungsgerichts .....	103
2.	Ambivalenz des Schutzgebotes bei Art. 12 I GG .....	104
<b>C.</b>	<b>Die Berufsfreiheit in den europäischen Verfassungen – ein Überblick</b> .....	<b>107</b>
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.	Einschränkbarkeit .....	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
<b>D.</b>	<b>Schutz der Berufsfreiheit im Gemeinschaftsrecht</b> .....	<b>141</b>
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
(ε) 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
<b>E. Zusammenschau des Schutzgehalts der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht .....</b>	<b>229</b>
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 Gemeinwohlsgutes .....	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
<b>F. Gibt es ein Grundrecht der Berufsfreiheit auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene? .....</b>	<b>247</b>
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 Marktes“ 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
<b>G. Ergebnis .....</b>	<b>266</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>270</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>284</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AK	Alternativkommentar
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
BayVBl	Bayrische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayrischer Verwaltungsgerichtshof
BBG	Bundesbeamtengesetz
BT-DrS	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
Diss.	Dissertation
CC	Conseil Constitutionnel
CE	Conseil d'État
C. M. L. R.	Common Market Law Review
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DtZ	Deutsch-deutsche Zeitung
DVBl	Deutsche Verwaltungsblätter
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ed.	editor
EGV	Vertrag über die europäische Gemeinschaft
E. L. Rev.	European Law Review
et al.	und andere
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
HbdStR.	Handbuch des Staatsrechts
Hrsg.	Herausgeber

JA	Juristische Ausbildung
JböR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
LAG	Landesarbeitsgericht
L. Q. Rev.	Law Quarterly Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Verwaltungsrechtszeitschrift
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OVG	Oberverwaltungsgericht
RabelsZ	Rabelszeitschrift für Rechtsvergleichung
RdA	Recht der Arbeit
RiA	Recht im Amt
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
RN	Randnummer
RS	Rechtssache
Slg.	amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SpuRt	Sport und Recht
StGG	Staatsgrundgesetz
SZ	Süddeutsche Zeitung
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
Verf.	Verfassung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVdStRL	Verband der Staatsrechtslehrer
WissR	Wissenschaftsrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfschwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik





# Einleitung

## I. Ziel der Arbeit

Art. 1 I der italienischen Verfassung besagt, daß Italien eine demokratische, auf der Arbeit gegründete Republik ist. Dies ist nicht der einzige, wenn aber vielleicht einer der prägnantesten (Verfassungs-)Hinweise dafür, daß die Arbeit für den Menschen und damit auch für das Recht ein wichtiger Bereich ist.

Es muß unterschieden werden zwischen der Arbeit, die alle Menschen täglich tun, mit der sie aus Freude oder Pflichtgefühl oder einer Mischung aus beidem anfallende Tätigkeiten erledigen, und der Arbeit, für die sie bezahlt werden oder mit denen sie sich Geld erwirtschaften. Auch diese Beschäftigungen werden sicherlich aus Freude oder Pflichtgefühl oder einer Mischung aus beidem erledigt. Das besondere an dieser Art der Arbeit ist aber, daß sie über die Verrichtung der Tätigkeit als solcher darüber hinaus noch einen Gewinn bringt. Der Mensch arbeitet in aller Regel, um sich seinen Lebensunterhalt zu verdienen, weswegen er einen Beruf ergreift. Auf diese Weise schafft Arbeit Besitz und Vermögen und eröffnet weitere Möglichkeiten. Für viele Menschen prägt der Beruf einen großen Teil ihrer Lebenszeit. Gleichzeitig bestimmt der Beruf weitgehend den sozialen Status eines Menschen. Er ist damit „nicht nur Beitragen zum Erwirtschaften des Sozialprodukts, sondern ein unentrinnbarer Schauplatz menschlicher Selbstverwirklichung“<sup>1</sup>. Diese Ansicht teilt auch das Bundesverfassungsgericht, indem es formuliert, das Recht schütze Arbeit „in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen, die sich erst dann voll ausformt und vollendet, indem der einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich einen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt“<sup>2</sup>.

Die Grundrechte sind im allgemeinen ein elementarer Bestandteil einer Verfassung. Sie erfüllen viele Funktionen, indem sie das Verhältnis der Bürgerinnen und Bürger<sup>3</sup> zum Staat ausgestalten und dem staatlichen Handeln Grenzen setzen. Grundrechte sind aber auch mehr als positives Recht, sie sind Ausdruck einer politischen Grundentscheidung über das Verhältnis des einzelnen zu der Gemeinschaft, in der er lebt. Sie sind bedeutsamer Bestandteil der Werte- und Rechtskultur einer

---

<sup>1</sup> *Badura*, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staats im Arbeitsrecht in: FS Mollitor, S. 1, 13.

<sup>2</sup> *BVerfGE* 3, 377, 397, bestätigt in E 50, 290, 362, ausführlich dazu zuletzt *BVerfGE* 97, 198.

<sup>3</sup> Im folgenden wird der Einfachheit halber lediglich die männliche Form verwendet, die dann sowohl Männer als auch Frauen bezeichnet.

Gemeinschaft<sup>4</sup>. Daß der Berufsfreiheit hierbei eine hervorgehobene Rolle zukommt, ergibt sich aus der gerade beschriebenen Bedeutung der Arbeit für den Menschen sowie dem Umstand, daß die Art, in der die Arbeit organisiert ist, zugleich Aufschluß über die Gesellschaftsordnung gibt. Auf letzteren Aspekt kann im Rahmen dieser Arbeit allerdings nur am Rande eingegangen werden.

Besonderen Einfluß hat die europäische Rechtssetzung und Rechtsprechung auf den Bereich der Berufstätigkeit. Dem Maastrichturteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>5</sup> liegt die ernstzunehmende Besorgnis zugrunde, daß die fortschreitende Übertragung von Kompetenzen an die Europäische Union zu einer Aushöhlung des Grundrechtskataloges des Grundgesetzes führt. Im Extremfall gingen die Grundrechtsgarantien ins Leere, weil die zunehmend maßgebliche Hoheitsgewalt durch sie nicht gebunden sei<sup>6</sup>. Da die Europäische Gemeinschaft, die eine Säule der Europäischen Union ist, aufgrund der ihr übertragenen Regelungskompetenz in weitreichender Weise in die Rechte des einzelnen Bürger eingreift, stellt sich somit die Frage, inwieweit das europäische Gemeinschaftsrecht grundrechtliche Verbürgungen enthält, in denen das Verhältnis der Bürger der einzelnen Mitgliedsstaaten zu den Autoritäten der EG geregelt ist.

Auch wenn das deutsche Grundgesetz nicht den Anspruch erheben kann, „Urmutter europarechtlicher Grundrechtssetzung“<sup>7</sup> zu sein, und damit verbindlicher Maßstab für das gesamte europäische Recht, besteht auch aus deutscher Sicht dennoch mit einer gewissen Berechtigung das Bedürfnis darüber zu wachen, daß sich der Rechtsschutz für seine Bürger infolge der europäischen Integration inhaltlich nicht verschlechtert.

In dieser Arbeit soll dementsprechend untersucht werden, wie der Schutz der Berufstätigkeit auf europäischer Ebene ausgestaltet ist und ob diese Ausgestaltung im Vergleich zu Art. 12 I GG aus deutscher Sicht als ausreichend angesehen werden kann.

## II. Gang der Untersuchung

Als methodischer Ansatz wurde für diese Arbeit die Rechtsvergleichung gewählt. Ziel der Rechtsvergleichung ist es, wissenschaftliche Erkenntnisse aus der Herausarbeitung von Ähnlichkeiten und Unterschieden zu gewinnen<sup>8</sup>. Vorliegend ist zu-

<sup>4</sup> *Stern*, HbdStR V § 108 RN 2.

<sup>5</sup> *BVerfGE* 89, 155.

<sup>6</sup> *Kokott*, Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *AöR* 121 (1996), 599, 600.

<sup>7</sup> *Hirsch*, Die Grundrechte in der EU, in: *RdA* 1998, 194, 200.

<sup>8</sup> Rechtsvergleichung wird zuweilen als 5. Auslegungsmethode (neben Wortlaut, Systematik, Historischer und teleologischer Auslegung) bezeichnet. Auch das *BVerfG* bedient sich der Methode zur Ermittlung nationalen Rechts: z. B. Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausl.

nächst die synchrone oder horizontale Rechtsvergleichung nach Constantinesco anzuwenden<sup>9</sup>. Darunter versteht man ein Vergleich zwischen zeitlich nahe beieinander liegenden räumlich entfernten Rechtsordnungen. Die Besonderheit liegt allerdings darin, daß der Geltungsbereich der zu vergleichenden Rechtsordnungen nicht nebeneinander liegt, sondern sich überlappt. Da insgesamt die Arbeit unter einer normativen Fragestellung steht, kann man auch von wertender Rechtsvergleichung sprechen<sup>10</sup>.

Hinsichtlich der Methode wurde der von Ebert sowie Zweigert/Kötz entwickelte Aufbau zugrundegelegt<sup>11</sup>, wenngleich die Arbeit nicht schematisch hiernach aufgebaut werden konnte. Um dem Thema gerecht zu werden, verlangte es, beizeiten vorzugreifen bzw. Exkurse zu machen.

Nach einer historischen und geistesgeschichtlichen Einleitung (Kapitel A) werden – getrennt für das deutsche Verfassungsrecht und das europäische Gemeinschaftsrecht – die Regelungsbereiche der Berufsfreiheit in den beiden Rechtsordnungen vorgestellt (Kapitel B, D). Zwischen diesen beiden großen Kapiteln wird ein Überblick über die Regelung der Berufsfreiheit in den Verfassungsordnungen der übrigen EG-Mitgliedsstaaten gegeben (Kapitel C). Neben der Beschreibung des vorgefundenen geschriebenen Rechts geht es in diesen Kapitel auch darum zu sehen, wie die Anwendung und die Effektivität der Rechtsnormen hinsichtlich ihrer Schutzgewährung ausgestattet sind. Damit geht einher, daß der Hintergrund der Norm, die „soziale Tatsächlichkeit“<sup>12</sup> untersucht wird. Das bedeutet, es muß untersucht werden, was für eine Bedeutung die jeweilige Norm in Ansehung der Wirklichkeit hat (law in action)<sup>13</sup>.

Danach werden die auf den einzelnen Ebenen gefundenen Ergebnisse nebeneinandergestellt und verglichen. Unterschiede und Ähnlichkeiten werden herausgearbeitet. Bei der Vergleichung von Grundrechten steht neben der Untersuchung des materiellen Schutzgehalts die Frage nach der Rechtsquellenqualität, d. h. nach der Art des Schutzes im Vordergrund. Es muß ermittelt werden, ob es eine Metasprache gibt, ob also der Begriff der Berufsfreiheit im deutschen und im Gemeinschaftsrecht gleichwertig gebraucht wird.

---

öff. Recht über Grundmandatsklauseln in europäischen Staaten, sowie über die Wahlkreiseinteilung in den westlichen europäischen Demokratien; abgedruckt in *ZaöRV* 1997, 57, 2–3).

<sup>9</sup> *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. 2, S. 51 f.

<sup>10</sup> „Im Vorgang des Vergleichens ist unausgesprochen das Suchen nach einer gerechten Lösung eingeschlossen“ – *Zweigert*, in: *FS Dolle* Bd. 2, S. 401.

<sup>11</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung. Einführung in die Grundlagen; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts.

<sup>12</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 155.

<sup>13</sup> *Ebert*, Rechtsvergleichung, S. 155; s. a. *Buxbaum*, Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft, in: *RabelsZ* 1996, 201, 219 f.