

Anordnung

| | <u>Seite</u> |
|---|--------------|
| Einleitung | 1 |
| A. Problemstellung | 2 |
| I. Zwei verschiedene Berufsbegriffe | 2 |
| II. Kein einheitlicher Tatbestand | 3 |
| B. Wie hat sich dieser Umstand (Benutzung verschiedener Berufsbegriffe auf der Tatbestandsebene) entwickelt? | 5 |
| I. Die ursprünglichen Auffassungen | 5 |
| 1. Das überkommene Berufsbild | 5 |
| 2. Versteinerungsfunktion des Grundrechts | 6 |
| 3. Konstitutive Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers | 7 |
| II. Der "weite und offene" Berufsbegriff | 8 |
| 1. Auch untypische Tätigkeiten | 9 |
| 2. Zukunftsgerichtetetheit | 10 |
| 3. Ausschluß von verbotenen Tätigkeiten? | 11 |
| 4. Weite Auslegung der Kriterien | 11 |
| 5. Keine weiteren Einschränkungen | 12 |
| 6. Nebenberufe, Berufswechsel, öffentlicher Dienst | 12 |
| 7. Scheinbar weitgehender Schutzbereich | 13 |
| III. Anerkennung einer staatlichen Berufsordnungskompetenz | 14 |
| 1. Klarstellung zum Apotheken-Urteil | 14 |
| 2. Legitimation der Regelungskompetenz | 15 |
| 3. Weitgehender Regelungsvorbehalt | 16 |
| IV. Schöpfung der sog. Berufsbildlehre | 17 |
| 1. Geburt der Ausgangsproblematik | 17 |
| 2. Offensichtliche Ziele des Bundesverfassungsgerichts | 18 |
| a) Weite Auslegung des Berufsbegriffs | 18 |
| b) Errichtung genereller Fixierungs-voraussetzungen | 18 |

| | <u>Seite</u> |
|---|--------------|
| C. Warum besteht dieser Umstand heute? | 18 |
| I. Die sog. Berufsbildlehre im einzelnen | 18 |
| 1. Keine systematische Lehre | 18 |
| a) Begriff des Berufsbildes im Apotheken-Urteil | 19 |
| b) Handwerks-Beschluß: Gesetzgeberische Festlegungsbefugnis | 19 |
| c) Ausschluß der Möglichkeit zu untypischer Betätigung | 19 |
| d) Doppelte Wirkung der Fixierung | 20 |
| e) Inkompatibilitäten | 20 |
| 2. Vorrechtliche Berufsbilder | 20 |
| 3. "Wettlauf" zwischen Bürger und Staat | 20 |
| 4. Rechtsgrundlagen | 21 |
| 5. Umfang der Fixierungskompetenz | 21 |
| a) Inhalt der Tätigkeit | 21 |
| b) Voraussetzungen für die Ausübung | 21 |
| c) Führung der Berufsbezeichnung | 21 |
| d) Interventionistisches Tätigwerden | 21 |
| e) Verwaltungsmonopol | 22 |
| f) Schaffung von Inkompatibilitäten | 22 |
| 6. Schranken der Fixierungskompetenz | 22 |
| II. Kritik der Berufsbildlehre | 23 |
| 1. Wertungswiderspruch zur Stufentheorie | 23 |
| 2. Leerlaufen des Grundrechts | 24 |
| 3. Inhaltsarmer Berufsbegriff | 25 |
| III. Alternativlösungen der Kritik | 26 |
| 1. Rupp | 27 |
| 2. Hesse | 28 |
| 3. Leisner | 29 |
| 4. Richter | 29 |
| a) Alternative der restriktiven Interpretation | 30 |
| b) Alternative der Begrenzung staatlicher Berufsbildfixierung | 30 |
| IV. Ergebnis der Diskussion | 30 |
| 1. Analoge Anwendung der Stufentheorie | 30 |
| 2. Ungelöstes Ausgangsproblem | 32 |

| | <u>Seite</u> |
|---|--------------|
| D. Was ist das Problematische an dem Umstand? | 33 |
| I. Vorwürfe | 33 |
| 1. Fehlende dogmatische Geschlossenheit | 33 |
| 2. Ungewißheit des Tatbestandes | 33 |
| II. Enge und weite Tatbestands-Interpretation | 34 |
| 1. Methode und Maßstäbe der Grundrechtsinterpretation | 35 |
| a) Beschränkung auf die gängige Hermeneutik | 36 |
| b) Neue Auslegungskriterien | 38 |
| 2. Wer darf die Grundrechte auslegen? | 42 |
| 3. Wie groß ist der tatbestandliche Umfang der Grundrechte? | 43 |
| a) Enge Tatbestandstheorien | 44 |
| b) Weite Tatbestandstheorie | 45 |
| 4. Wortlaut des Art. 12 I GG | 46 |
| 5. Ursprüngliche Auffassung | 47 |
| 6. Kehrtwendung im Apotheken-Urteil | 47 |
| a) Ausdehnung des Tatbestandes | 47 |
| b) Stufentheorie als Indiz | 48 |
| 7. Rückkehr zur alten Linie oder Klarstellung? | 48 |
| 8. Die beiden alternativen Tatbestandstheorien des Art. 12 I GG | 50 |
| 9. Sicherung der Freiheitsverbürgung nur scheinbar | 52 |
| E. Gibt es eine praktikable Alternativlösung zu der Arbeit mit zwei Berufsbegriffen? | 55 |
| I. Zielvorgaben | 55 |
| 1. Klare Abgrenzung des Schutzbereichs | 55 |
| 2. Herstellen dogmatischer Geschlossenheit | 55 |
| 3. Sicherung der Freiheitsverbürgung | 55 |
| II. Ansatzpunkt | 56 |
| 1. Gleicher Ansatzpunkt in früheren Betrachtungen | 57 |

| | <u>Seite</u> |
|---|--------------|
| 2. Beschaffenheit des einschränkenden Topos | 58 |
| a) Untersuchung der berufsrecht- lichen Entscheidungen | 58 |
| b) Untersuchung der Betrachtungen im Schrifttum | 58 |
| III. Die berufsrechtlichen BVerfG-Ent- scheidungen | 58 |
| 1. Entscheidungen, die die überprüfte Tätigkeit als eigenständigen Beruf qualifizieren | 59 |
| a) Apotheker | 59 |
| b) Vertrieb von loser Milch | 59 |
| c) Personenbeförderung | 60 |
| d) Automatenaufsteller | 61 |
| e) Tierarzneimittelvertreter | 61 |
| f) Steuerberatung | 62 |
| g) Straßengüterfernverkehr | 63 |
| h) Vollrechtsbeistand | 64 |
| 2. Entscheidungen, die die überprüfte Tätigkeit als Ausführungsmodalität eines schon anerkannten Berufes qualifizieren | 65 |
| a) Drogist | 65 |
| b) Prozeßagent | 65 |
| c) Die arztrechtlichen Entscheidungen | 66 |
| d) Werkfernverkehr | 68 |
| e) Rechtsanwalts-Notar | 69 |
| f) Interzonenkaufmann | 69 |
| g) Versandbuchhändler | 70 |
| h) Tierversuche | 70 |
| i) Apothekerassistent | 70 |
| j) Fachanwalt | 71 |
| k) Erstellung von Bauvorlagen | 71 |
| l) Kassen-Heilpraktiker | 72 |
| IV. Zusammenfassung der BVerfG-Kriterien | 73 |
| 1. Prägende Eigenständigkeit der Tätigkeit | 73 |
| 2. Voraussetzungen für ein Vorliegen der Prägung | 74 |

| | <u>Seite</u> |
|---|--------------|
| V. Kritik der BVerfG-Kriterien | 75 |
| 1. Besondere rechtliche Ausgestaltung | 75 |
| 2. Geschichtliche Entwicklung | 75 |
| 3. Anzahl der Tätigkeitsangehörigen | 76 |
| 4. Verbleibende Kriterien | 76 |
| a) Soziales Gewicht der Tätigkeit | 76 |
| b) Allgemeine Verkehrsanschauung | 76 |
| c) Immanentes Selbstverständnis | 76 |
| VI. Von der Lehre entwickelte Kriterien | 77 |
| 1. Der Topos des "personalen Grundzugs" | 77 |
| a) Präzisierung als Voraussetzung für die Stufentheorie | 77 |
| b) Personale Interpretation | 78 |
| c) Veränderte Funktion des Topos | 78 |
| 2. Der Topos der "gesellschaftlichen Position" | 78 |
| a) Eine Alternative: Begrenzung des Schutzbereichs | 78 |
| b) Persönliche Stellung in der Gesellschaft | 79 |
| 3. Der Topos des "funktionsbezogenen Statusschutzes" | 79 |
| a) Schutzgut nur die gesellschaftliche Dimension | 79 |
| b) Funktionale Bedeutsamkeit für den sozialen Status | 80 |
| 4. Der Topos der "sozialen Anerkennung" | 80 |
| a) Tätigkeit und Fähigkeit | 80 |
| b) Gesellschaftliche Definition der Fähigkeit | 81 |
| 5. Rittstieg: Einbeziehung der Berufssoziologie | 81 |
| 6. Hesse: Einbeziehung der Berufssoziologie | 81 |
| 7. Scholz: Einbeziehung der Berufssoziologie | 82 |
| 8. Der Topos der "Berufsfeldbezogenheit" | 82 |
| a) Leitbildfunktion des Berufsfeldes | 82 |
| b) Funktion des Berufsfeldes bei restriktiver Sicht | 83 |

| | |
|--|-----------|
| VII. Zusammenfassung und Kritik der Kriterien der Lehre | 84 |
| 1. Soziologische Berufsdefinition | 84 |
| a) Persönlichkeitsbildende Komponente | 84 |
| b) Gesellschaftliche Komponente | 85 |
| 2. Soziologische Qualität auch des Berufsfeldbegriffes | 85 |
| 3. Berufsqualifizierende Faktoren | 86 |
| a) Identitätsfindung | 86 |
| b) Sozialer Status | 86 |
| VIII. Exkurs: Soziologische Definitions- und Auslegungskriterien des Berufs | 87 |
| IX. Bildung des materiellen Berufsbegriffs | 91 |
| 1. Ähnlichkeit der Kriterien | 92 |
| 2. Der materielle Begriff | 93 |
| a) Formung der einzelnen Persönlichkeit | 93 |
| b) Erreichen der Bedeutung anderer Berufe | 93 |
| c) Akzeptanz in der Öffentlichkeit | 93 |
| d) Eigenes Selbstverständnis der Ausübenden | 93 |
| 3. Kritik: Vorliegen einer Neuerung? | 94 |
| a) Allgemeine Formeln | 94 |
| b) Keine inhaltliche Änderung | 94 |
| 4. Entgegnung der Kritik | 94 |
| a) Aufdeckung der verfassungsrechtlichen Schranken | 94 |
| b) Weitestmögliche Konkretisierung | 96 |
| 5. Neue Dimension des Tatbestands | 96 |
| X. Verkürzung der Stufenlehre | 97 |
| 1. Keine Eignung bei verengtem Berufsbegriff | 97 |
| 2. Reduzierung auf die Ausführungsstufe | 98 |
| XI. Zusammenfassung | 99 |
| 1. Überblick | 99 |
| a) Verengter Begriff | 100 |
| b) BVerfG-Kriterien | 100 |

| | |
|---|-----|
| c) Bisherige Konkretisierungs- und Ausgestaltungsbefugnis | 100 |
| d) Einschränkungen schon begrifflich vorhanden | 100 |
| e) "Weiter" Berufsbegriff irreführend | 100 |
| f) Verkürzte Stufenlehre | 100 |
| g) Ausübungsmöglichkeit im Verhältnis zu verwandten Tätigkeiten | 101 |
| 2. Vorzüge | 101 |
| a) Einheitlicher Berufsbegriff | 101 |
| b) Sicherer Tatbestand | 102 |
| c) Wortlaut | 102 |
| F. Die Alternative: Weites Tatbestandsverständnis | 103 |
| I. Allgemeine Problematik | 103 |
| 1. Ausdehnung des Tatbestandes | 103 |
| 2. Apotheken-Urteil als Ausgangspunkt | 104 |
| 3. Verengter Berufsbegriff auf der Schrankenebene | 105 |
| II. Die Stufentheorie und ihre Kritik | 106 |
| 1. Skizzierung der Stufentheorie | 106 |
| a) Ausübungsregelungen | 106 |
| b) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen | 106 |
| c) Objektive Zulassungsschranken | 106 |
| 2. Ansatzpunkte und Alternativen der Kritik | 107 |
| a) Willkürlichkeit der Differenzierungen | 107 |
| b) Staatliche Eingriffe auch zwischen den Stufen | 108 |
| c) Inhaltslosigkeit der Stufentheorie | 109 |
| d) Widersprüche innerhalb der Theorie | 109 |
| e) Keine sachgerechten Abwägungen | 110 |
| f) Einteilung in Berufswahl und -ausübung nicht sinnvoll | 111 |
| 3. Modifizierungen durch das Bundesverfassungsgericht | 112 |
| a) Gemeinwohlorientierung | 113 |
| b) Geeignetheit und Erforderlichkeit | 113 |
| c) Zumutbarkeit | 113 |

| | <u>Seite</u> |
|---|--------------|
| III. Würdigung der Kritik | 114 |
| 1. Weite Tatbestandssicht vorzugs- würdig | 114 |
| 2. Ansatzpunkte der Kritik | 115 |
| 3. Alternative Schrankenlehre | 115 |
| a) Stufenaufbau nicht zu recht- fertigen | 115 |
| b) Rückbesinnung auf das Verhält- nismäßigkeitsprinzip | 116 |
| 4. Auswirkungen auf das Ausgangs- problem | 118 |
| IV. Alternativkonstruktion de lege lata? | 119 |
| 1. Bedenken gegen die Stufentheorie | 119 |
| a) Abweichung vom Wortlaut | 119 |
| b) Verfassungsrechtliche Kritik | 120 |
| 2. Bedenken gegen die Alternativ- konstruktion | 120 |
| a) Zu weitreichende Rechtsschöpfung | 120 |
| b) Änderung des Verfassungstextes | 121 |
| G. Ergebnis | 122 |
| I. Enges Tatbestandsverständnis de lege lata | 122 |
| II. Weites Tatbestandsverständnis de lege ferenda | 123 |
| Anhang | 126 |