

Grundkurs Öffentliches Recht II. Grundrechte

Freitag, den 20. Mai 2005

Ab heute stehen die Grundrechte auf dem Programm, welche das Berufsleben und die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland betreffen. In diese Gruppe fallen die Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG), die Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12 I GG) und die Eigentumsgarantie (Art. 14, 15 GG). Im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie ist schließlich die Frage zu erörtern, ob die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich vorgegeben ist.

Art. 12 I und Art. 14 I / II GG sind aus dem Restprogramm dieser Vorlesung zwei der vier wichtigsten Punkte. Die beiden anderen sind der Gleichheitssatz in den drei Absätzen des Art. 3 GG und die Verfassungsbeschwerde als Instrument zur prozessualen Durchsetzung von Grundrechten.

I. Überblick zu Art. 12 GG

Art. 12 I GG scheint vier Grundrechte zu enthalten. Das Recht, den Beruf frei zu wählen, Grundrecht Nr. 1, weiter das Recht, den Arbeitsplatz frei zu wählen, Grundrecht Nr. 2, weiter das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen, Grundrecht Nr. 3, ergeben sich aus Satz 1. Satz 2 kann man zusätzlich (Grundrecht Nr. 4) die Freiheit der Berufsausübung entnehmen. Diese Merkmale entsprechen den Abschnitten eines Berufsweges, der mit der Ausbildung beginnt, sich in der Entscheidung für den erlernten Beruf fortsetzt und in der Arbeit im gewählten Beruf erfüllt. Wegen dieses Zusammenhanges geht das BVerfG seit dem Apothekenurteil (E 7, 377) davon aus, dass Art. 12 I GG einen einheitlichen Schutzbereich habe. Insbesondere Berufswahl und Berufsausübung seien so eng verflochten, dass zwischen ihnen im sachlichen Schutzbereich nicht getrennt werden könne. Art. 12 I GG wird deshalb als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden. Ausbildung, Berufswahl und Berufsausübung sind nur Merkmale dieses einheitli-

chen und umfassenden sachlichen Schutzbereichs. Art. 12 I GG schützt die Freiheit der beruflichen Tätigkeit, einschließlich der darauf bezogenen Ausbildung, insgesamt.

Die Einheitlichkeit des Schutzbereichs hat die Folge, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG vom BVerfG über die Berufsausübung hinaus auf den gesamten Schutzbereich erstreckt wird, also auch auf die Berufswahl und die Wahl der Ausbildungsstätte. Diese Ansicht hat sich allgemein durchgesetzt. Art. 12 I GG ist heute ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, dessen gesamter Schutzbereich unter Gesetzesvorbehalt steht. Die Problematik dieses Schutzbereichs werde ich sogleich an einem größeren Fall verdeutlichen.

Vorab sei kurz auf Art. 12 II und III hingewiesen, deren Bedeutung deutlich geringer ist als die von Art. 12 I GG. Dort wird eine nur unter qualifizierten Voraussetzungen einschränkbare Freiheit von Arbeitszwang und Zwangsarbeit gewährt. Arbeitszwang ist die Pflicht zur Erbringung bestimmter einzelner Arbeitsleistungen; Zwangsarbeit ist die Pflicht zum Einsatz der gesamten Arbeitskraft. Herkömmliche allgemeine und gleiche öffentliche Dienstleistungspflichten sind z.B. die Straßenreinigungspflicht oder die Feuerwehrrpflicht.

Wehr- und Ersatzdienst sind in Art. 12a GG besonders geregelt.

Weiter sei vorab darauf hingewiesen, dass Art. 12 I ein Eingriffsabwehrrecht ist. Eine institutionelle Garantie kann die Norm nicht sein, weil in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung berufliche Strukturen sich im Markt behaupten und fortentwickeln und nicht durch die Verfassung festgeschrieben werden dürfen. Eine Schutzpflicht kann Art. 12 I in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung ebenfalls nicht sein, wo staatliche Unterstützung gegen die Konkurrenz Dritter ein Fremdkörper sein muss. Die Annahme eines Leistungsgrundrechts ist ebenfalls mit der Freiheitlichkeit der Wirtschaftsordnung unvereinbar. Allenfalls im Hinblick auf einen Anspruch auf Studienplätze ist Anderes erwogen

worden, doch der gegenwärtige Zustand der Hochschulen zeigt deutlich, welche Gefahren die staatliche Bewirtschaftung birgt.

II. Fall (nach BVerfGE 77, 84)

Auf zahlreichen Baustellen im Bundesgebiet werden illegal Arbeitnehmer ohne die erforderliche Arbeitserlaubnis beschäftigt. Behördliche Kontrollen werden dadurch erschwert, dass viele dieser Arbeitnehmer von Firmen ausgeliehen sind, die gewerbsmäßig Arbeitnehmer überlassen. Leiharbeiter haben einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmerüberlasser (dem Verleiher) und werden auch von ihm entlohnt, wofür der Arbeitnehmerüberlasser Zahlungen von den Bauunternehmern (den Entleihern) erhält, mit denen nur er, nicht aber die entliehenen Arbeitnehmer, vertragliche Beziehungen unterhält. Um dem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe einen Riegel vorzuschieben, beschließen Bundestag und Bundesrat ein Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung von Arbeitnehmern in der Bauwirtschaft. Das Gesetz enthält einen § 12a AÜG, der die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern im Baubereich verbietet (inzwischen aufgehoben). Ziel des Verbots ist die Sicherung eines geordneten Arbeitsmarktes und die Schaffung einer stabilen arbeits- und sozialrechtlichen Situation der dort Beschäftigten.

Die X-GmbH besitzt eine Konzession zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG. Diese Konzession ist, wie Konzessionen nach dem AÜG allgemein, nicht auf die Baubranche beschränkt, sondern gilt allgemein. Tatsächlich hat die X-GmbH in der Vergangenheit ausschließlich Arbeitnehmer im Baugewerbe beschäftigt und diese an verschiedene Bauunternehmen zum Einsatz an diversen Baustellen vermittelt. Die X-GmbH meint, das Gesetz verstoße gegen Art. 12 I GG, weil die Regelung des § 12a AÜG faktisch bewirke, dass sie ihr Unternehmen aufgeben müsse. Gegenstand ihres Unternehmens sei die Überlassung von Arbeitnehmern im Baubereich, was nunmehr nach § 12a AÜG verboten sei. In andere Branchen auszuweichen, sei nur eine theoretische Möglichkeit. Die Vorschrift verstoße deshalb gegen Art. 12 I GG. Trifft diese

Rechtsansicht zu?

III. Falllösung

Die Rechtsansicht der X-GmbH trifft zu, wenn das Grundrecht der X-GmbH aus Art. 12 I GG durch § 12a AÜG verletzt wird. Ein Freiheitsgrundrecht ist dann verletzt, wenn ein Eingriff in seinen Schutzbereich vorliegt, der sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen lässt.

(I) Schutzbereich

(1) Persönlicher Schutzbereich

Art. 12 I GG ist ein Deutschengrundrecht, kein Jedermanngrundrecht. Nicht alle natürlichen Personen sind durch das Grundrecht geschützt, sondern nur die Deutschen. Ausländer können sich hinsichtlich ihrer beruflichen Tätigkeit nicht auf Art. 12 I GG berufen; für sie greift subsidiär Art. 2 I GG ein, der aber leichter einzuschränken ist. Die Unterscheidung zwischen Deutschen- und Jedermanngrundrechten betrifft nur natürliche Personen. Um die X-GmbH als juristische Person in den persönlichen Schutzbereich von Art. 12 I GG einzubeziehen, muss zusätzlich Art. 19 III GG herangezogen werden. Danach gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, wenn sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Inländisch ist eine juristische Person, wenn sich ihr Sitz oder ihre Geschäftsleitung im Inland befinden. Dies kann bei der X-GmbH angenommen werden. Seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar ist Art. 12 I GG, wenn seinem Inhalte nach die Anwendung dieses Grundrechts auf juristische Personen Sinn ergibt. Art. 12 I GG schützt umfassend die berufliche Tätigkeit. Juristische Personen können aber keinen Beruf haben. Auf den ersten Blick liegt es deshalb nahe, zu sagen, dass Art. 12 I GG auf juristische Personen keine Anwendung findet. Das widerspricht aber der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur, soweit juristische Personen etwas Ähnliches wie einen Beruf haben, nämlich ein Gewerbe. Art. 12 I GG ist deshalb auf juristische Personen entsprechend anwendbar. Er schützt bei ihnen

die Freiheit gewerblicher Betätigung. Der persönliche Schutzbereich von Art. 12 I GG ist darum für die X-GmbH eröffnet.

(2) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 I 1 GG scheint bei unbefangenen Lesen dreigliedrig zu sein. Es scheint die Freiheit der Berufswahl, der Wahl des Arbeitsplatzes und der Wahl der Ausbildungsstätte zu geben. Hinzu scheint nach Art. 12 I 2 GG die Freiheit der Berufsausübung zu kommen. Die heute allgemein übliche Interpretation des Art. 12 I GG sieht hierin jedoch, wie schon ausgeführt, einen einheitlichen Schutzbereich für berufliche Tätigkeit. Grund dafür ist der enge Zusammenhang von Berufswahl und Berufsausübung. Mit der Berufswahl beginnt die Berufsausübung und mit der Berufsausübung wird die Berufswahl immer wieder neu bestätigt. Auf der Ebene des Schutzbereichs hat dies die Konsequenz, dass zwischen Berufswahl und Berufsausübung nicht unterschieden werden muss. Es genügt, dass es überhaupt um berufliche Tätigkeit geht. Bei juristischen Personen ist entsprechend nach gewerblicher Tätigkeit zu fragen.

Der Schlüssel zum sachlichen Schutzbereich des Art. 12 I GG ist eine Definition des Wortes Beruf. Beruf ist nach allgemeiner Ansicht jede nicht als sozial schädlich generell verbotene Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Es spielt keine Rolle, ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig ausgeübt wird. Bei juristischen Personen ist statt nach der Lebensgrundlage nach der wirtschaftlichen Existenzgrundlage zu fragen. Die Tätigkeit der X-GmbH als Betreiberin einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung ist auf Dauer berechnet und dient der Schaffung und Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Existenzgrundlage. Fraglich kann nur sein, was es mit dem Merkmal "als sozial schädlich verboten" auf sich hat. Damit will man Tätigkeiten wie die gewerbsmäßige Hehlerei aus dem Schutzbereich des Art. 12 I GG ausgrenzen. Gewerbsmäßige Hehlerei mag zwar auf Dauer angelegt sein und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen. Trotzdem wird sie von

Art. 12 I GG nicht geschützt, weil sie generell verboten ist. Diese Erwägungen treffen auf die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe nicht zu. Diese Tätigkeit kann trotz manchen Missbrauchs im Einzelfall nicht generell als sozialschädlich angesehen werden. Im Ergebnis ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe daher Beruf. Auch der sachliche Schutzbereich von Art. 12 I GG ist eröffnet.

Exkurs: Für bestimmte Berufe enthält das GG in Art. 33 II, IV und V eine *lex specialis*. Dies sind Berufe im öffentlichen Dienst.

(II) Eingriff

Eingriff ist jedes staatliche Verhalten, welches berufsbezogen ist und die Ausübung der Berufs- oder Gewerbefreiheit rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht oder wesentlich erschwert. Das Merkmal der Berufsbezogenheit kommt bei Art. 12 I GG zu den beim Eingriffsbegriff auch sonst üblichen Merkmalen hinzu. Dass Art. 12 I nicht von „Eingriff“, sondern von „Regelung“ spricht, hat im Hinblick auf den Eingriffsbegriff keine weitere Bedeutung. Eine Regelung im Sinne von Art. 12 I GG ist ein Eingriff. Allerdings gilt für diesen Eingriff das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG nicht.

Berufsbezogenheit liegt vor, wenn ein staatliches Verhalten sich seinem Inhalt nach auf berufliche Tätigkeit bezieht. Dies trifft insbesondere auf steuerrechtliche Regelungen nicht zu. Die Steuerbelastung mag zwar die Ausübung beruflicher Tätigkeit wesentlich erschweren, im Extremfall sogar tatsächlich unmöglich machen. Sie bezieht sich aber nicht auf die berufliche Tätigkeit, sondern auf das Vermögen des Steuerpflichtigen. Steuerrechtliche Regelungen sind deshalb, vom irrealen Lehrbuchfall der Erdrosselungsteuer abgesehen, keine Eingriffe in den Schutzbereich von Art. 12 I GG. Im vorliegenden Fall ist dies anders. § 12a AÜG bezieht sich dem Inhalt nach auf berufliche Tätigkeit. Er macht die Ausübung der Freiheit, im Baugewerbe Arbeitnehmer zu überlassen, rechtlich unmöglich. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt

mithin vor.

Damit ist die Eingriffsprüfung aber noch nicht beendet. Das BVerfG unterscheidet nämlich drei Eingriffsarten und ordnet diesen drei Eingriffsarten unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu. Es muss also bei dem Prüfungspunkt "Eingriff" festgestellt werden, welche Eingriffsart vorliegt, und dann bei dem Prüfungspunkt "verfassungsrechtliche Rechtfertigung", ob die verfassungsrechtlichen Anforderungen speziell an diese Eingriffsart erfüllt sind.

Das BVerfG differenziert bei Eingriffen in die Berufsfreiheit zwischen Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen. Eingriffe in die Berufsausübung betreffen das Wie der beruflichen Tätigkeit, Eingriffe in die Berufswahl betreffen das Ob der beruflichen Tätigkeit. Bei den Eingriffen in die Berufswahl wird weiter danach differenziert, ob sie subjektive oder objektive Berufszugangsvoraussetzungen aufstellen. Subjektive Berufszugangsregelungen sind Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf von persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, insbesondere der Qualifikation, abhängig machen. Objektive Berufszugangsregelungen sind Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf ohne Rücksicht auf die Qualifikation oder sonstige persönliche Eigenschaften entweder ganz sperren oder diesen Zugang von außerhalb der Person liegenden, deren Einfluss entzogenen und insoweit objektiven Kriterien abhängig machen. Ein Beispiel für eine subjektive Berufszugangsregelung ist, dass die Zulassung zum Beruf des Rechtsanwalts vom Bestehen der 2. Juristischen Staatsprüfung abhängt. Ein Beispiel für eine objektive Berufszugangsregelung wäre eine zahlenmäßige Begrenzung der Taxikonzessionen in Berlin, die sich dahin auswirkt, dass selbst der qualifizierteste Bewerber abgewiesen wird, wenn das Kontingent erschöpft ist (vgl. § 13 IV PBefG).

Die Dreigliederung des Eingriffskriteriums mit sich anschließender Differenzierung bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nennt man Drei-Stufen-Theorie. Sie ist vom BVerfG im Apotheken-Urteil (E 7, 377) vorgestellt worden und seitdem ständige Recht-

sprechung. Die Drei-Stufen-Theorie ist der Sache nach der Versuch einer Konkretisierung der 3. Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, bezogen auf den Schutzbereich von Art. 12 I.

Im vorliegenden Fall kann man sich streiten, ob eine Berufsausübungsregelung vorliegt oder eine objektive Berufswahlregelung. Übt die X-GmbH den Beruf "Verleih von Arbeitnehmern" aus, so liegt nur eine Berufsausübungsregelung vor, denn § 12a AÜG verbietet nicht die Arbeitnehmerüberlassung schlechthin, sondern betrifft lediglich einen Teilbereich der beruflichen Tätigkeit der X-GmbH und lässt den Verleih von Arbeitnehmern außerhalb der Bauwirtschaft unberührt. Übt die X-GmbH dagegen den Beruf "Verleih von Bauarbeitnehmern" aus, so stellt das Verbot des § 12a AÜG eine objektive Regelung der Berufswahl dar, weil sie diesen Beruf generell und ohne Rücksicht auf die Zuverlässigkeit der dort Tätigen verbietet.

Die Anwendung der Dreistufentheorie führt damit auf die Frage, ob es einen selbständigen Beruf des Bauarbeiterüberlassers gibt [dann objektive Berufswahlregelung], oder nur den allgemeinen Beruf des Arbeitnehmerüberlassers, dann Berufsausübungsregelung. Die Beantwortung dieser Frage führt weiter auf den Begriff des Berufsbildes. Berufsbilder sind Vorstellungen der sozialen Wirklichkeit und des Gesetzesrechts über Berufe. Ein eigenständiger Beruf liegt nur vor, wenn es ein entsprechendes Berufsbild gibt. Gegen einen eigenständigen Beruf des Bauarbeiterüberlassers sprechen rechtliche und soziologische Momente. Rechtlich spricht dagegen, dass die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht branchenbezogen erteilt wird und dass es keine Ausbildungsordnung gibt, die auf die Bauarbeiterüberlassung bezogen ist. Soziologisch spricht dagegen, dass Arbeitnehmerüberlasser sich selbst nicht nach Branchen gliedern und auch von Dritten so nicht eingestuft werden. Es fehlen Anhaltspunkte dafür, dass nach der allgemeinen Anschauung oder der eigenen Beurteilung des Arbeitnehmerüberlassergewerbes diejenigen, die ihre Berufsausübung aus freien Stücken im wesentlichen auf den Verleih in das Baugewerbe beschränkt haben, als besondere Berufsgruppe anzusehen sind. Im Er-

gebnis ist deshalb hier davon auszugehen, dass ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung vorliegt. Daran ändert grundsätzlich nichts, dass dieser Eingriff sich auf Grund der Besonderheiten des vorliegenden Falles faktisch wie ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl auswirkt.

(III) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung werden in Art. 12 I 2 GG zugelassen. Das Grundrecht steht insoweit unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Zu prüfen ist also, ob der Eingriff durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgt, ob das Gesetz formell verfassungsmäßig und ob das Gesetz verhältnismäßig ist. Hätte man den Eingriff als objektive Berufswahlregelung qualifiziert, so wäre die Prüfungsreihenfolge keine andere; nur würden im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung strengere Anforderungen gestellt. Weil der Schutzbereich von Art. 12 I GG einheitlich Berufsausübung und Berufswahl umfasst, gilt auch der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG entgegen seinem Wortlaut nicht nur für die Berufsausübung, sondern auch für die Berufswahl. Auch bei Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl ist zu prüfen, ob sie durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, ob das Gesetz formell verfassungsgemäß und verhältnismäßig ist. Der Unterschied zwischen Berufsausübungsregelungen und subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen zeigt sich erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

(1) Schranke

Im vorliegenden Fall erfolgt der Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung durch Gesetz, nämlich durch § 12a AÜG, der die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe verbietet, ohne dass es eines weiteren Vollzugsaktes bedürfte. Ein solches Gesetz nennt man auch Schranke des Grundrechts.

(2) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Gesichtspunkte, die gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sprechen, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Art. 74 I Nr. 12 GG.

(3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Art. 12 I 2 GG eröffnet die Möglichkeit zu Einschränkungen und Begrenzungen der Berufsfreiheit. Diese Möglichkeit muss jedoch ihrerseits beschränkt sein, weil andernfalls die Gefahr besteht, dass das Grundrecht leer läuft. Die Schranke für den grundrechtseinschränkenden Gesetzgeber ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der deshalb in schlechtem Deutsch auch als Schranken-Schranke bezeichnet wird. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass der Gesetzgeber einen Zweck verfolgt, der nicht selbst verfassungswidrig ist, dass das gesetzliche Mittel nicht per se verfassungswidrig ist (Todesstrafe, Zensur) und dass das vom Gesetzgeber gewählte Mittel zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Der Punkt „Verfassungswidrigkeit des Mittels“ ist selten und führt zur Anwendung von Prüfungsmaßstäben, die spezieller sind als der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auf diesen Punkt ist nur einzugehen, wenn der Sachverhalt dazu Anlass gibt; das ist hier nicht der Fall.

(a) Zweck des Gesetzes

Hier beabsichtigt der Gesetzgeber, die illegale Beschäftigung von Arbeitnehmern im Baugewerbe zu bekämpfen und dadurch einen geordneten Arbeitsmarkt und eine stabile arbeits- und sozialrechtliche Situation der dort abhängig Beschäftigten zu sichern. Dieser Zweck ist nicht verfassungswidrig.

(b) Geeignetheit des Mittels

Das Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe ist geeignet, den ange-

strebten Zweck zu verwirklichen, weil dieser Zweck durch das Verbot gefördert werden kann. Das ergibt sich daraus, dass durch Leiharbeit behördliche Kontrollen erschwert werden. Findet keine Leiharbeit mehr statt, so erleichtert dies behördliche Kontrollen und erschwert illegale Beschäftigung.

(c) Erforderlichkeit des Mittels

Ein Mittel ist erforderlich, wenn es kein anderes Mittel gibt, das gleich wirksam ist, aber das Grundrecht weniger stark einschränkt. In Betracht kommen hier die gesetzliche Schaffung schärferer Kontrollbefugnisse sowie eine bessere Personal- und Finanzausstattung. Diese Mittel sind aus Sicht der X-GmbH milder. Sie sind aber nicht gleich wirksam. Für die Verschärfung der Kontrollbefugnisse ergibt sich dies daraus, dass sie nichts daran ändert, dass durch Leiharbeit behördliche Kontrollen erschwert werden. Für die bessere Ausstattung der Behörden ergibt sich dies daraus, dass die Finanzmittel des Staates begrenzt sind. Der Aufwand für wirksame Kontrollen auf Baustellen ist zu hoch, wenn ständig Leiharbeitnehmer ausgetauscht werden und damit permanent kontrolliert werden muss, wer legaler und wer illegaler Leiharbeitnehmer ist. Zu einer effektiven Kontrolle kann es nur kommen, wenn Leiharbeit auf Baustellen insgesamt verboten wird. § 12a AÜG ist deshalb auch ein erforderliches Mittel.

(d) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

§ 12a AÜG ist verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn der mit ihm verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis steht zu dem damit verbundenen Eingriff in die Berufsfreiheit. Diese allgemeine, für alle Grundrechte geltende Formel soll speziell für Art. 12 I GG durch die Drei-Stufen-Theorie konkretisiert werden. Berufsausübungsregelungen sind verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn sie durch irgendeine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden. Subjektive Berufswahlregelungen sind nur zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig. Objektive Berufswahlregelungen sind nur unter strengen Voraussetzungen zum Schutz

besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter statthaft. Statt unter die Definition von Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne subsumiert man bei der Prüfung von Art. 12 I GG unter die Anforderungen an die jeweilige Eingriffsart.

Im vorliegenden Fall geht es um eine Berufsausübungsregelung. Zu ihrer Rechtfertigung reicht jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls. Dies trifft auf die Bekämpfung illegaler Beschäftigung im Baugewerbe und auf die Sicherung eines geordneten Arbeitsmarktes und einer stabilen arbeits- und sozialrechtlichen Situation der dort abhängig Beschäftigten zu. Die Anforderungen an Berufsausübungsregelungen sind mithin erfüllt.

Der vorliegende Fall weist aber eine Besonderheit auf. Was sich rechtlich als Berufsausübungsregelung erweist, wirkt für die X-GmbH faktisch wie eine objektive Berufswahlregelung. Denn es dürfte der X-GmbH kaum gelingen, in eine andere Branche zu wechseln. In solchen Fällen, in denen eine Berufsausübungsregelung faktisch wie eine objektive Berufswahlregelung wirkt, misst das BVerfG die Regelung an den Anforderungen für objektive Berufswahlregelungen. Die Regelung muss deshalb dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen. Auch das trifft aber nach Ansicht des BVerfG zu. Die Wiederherstellung der erheblich gestörten Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt Baugewerbe und die Sicherung der finanziellen Stabilität der Sozialversicherung seien besonders wichtige Gemeinschaftsgüter. Dem lässt sich im Rahmen einer Abwägung nicht entgegenhalten, es sei den rechtmäßig handelnden Verleihern unzumutbar, wegen des pflichtwidrigen Verhaltens Dritter teilweise empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit hinzunehmen. Dabei wird vernachlässigt, dass auch eine an sich legale Verleihertätigkeit objektiv die Rahmenbedingungen schaffen oder begünstigen kann, innerhalb derer sich die pflichtwidrige Betätigung Dritter ausbreiten und gegen Entdeckung abschirmen kann. § 12a AÜG ist, wenn man dem folgt, verhältnismäßig im engeren Sinne.

(IV) Ergebnis

Als Ergebnis steht damit fest, dass § 12a AÜG zwar in die Berufsfreiheit eingreift, sich aber verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

IV. Bewertung der Drei-Stufen-Theorie

Die Drei-Stufen-Theorie findet im Wortlaut von Art. 12 I GG eine Stütze. Jedenfalls die Kernbegriffe Berufswahl und Berufsausübung kommen dort vor. Das Anliegen, im Vergleich zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit klarere Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer staatlichen Maßnahme zu formulieren, wird jedoch nur teilweise erfüllt. Einmal sind die Begriffe, mit denen die Drei-Stufen-Theorie arbeitet, nicht bestimmter als die Begrifflichkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Sodann gelingt, wie der besprochene Fall beweist, die Abgrenzung zwischen den Stufen nicht immer. Nicht ohne Grund trennt das BVerfG im Rahmen des Schutzbereiches nicht zwischen Berufswahl und Berufsausübung und bezieht es den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG sowohl auf die Berufswahl als auch auf die Berufsausübung. In der Literatur gibt es deshalb Stimmen, die fordern, die Drei-Stufen-Theorie preiszugeben und nur anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen. Da das BVerfG an seiner Theorie aber festhält, empfiehlt es sich, sie in Prüfungsarbeiten zugrunde zu legen. Zum Verhältnis zwischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Drei-Stufen-Theorie und zu weiteren Aufbaufragen bei Art. 12 I GG siehe Ipsen, JuS 1990, S. 634 ff.

V. Prüfungsaufbau bei Art. 12 I GG

1. Schutzbereich
 - a) Persönlich (Deutschenvorbehalt, Art. 19 III)
 - b) Sachlich (Berufsbegriff, noch keine Differenzierung nach Berufswahl und Berufsausübung)
2. Eingriff
 - a) Allgemeine Eingriffsdefinition bei tätigkeitsbezogenen Freiheitsgrundrechten

- b) Berufsbezogene Tendenz
 - c) Unterscheidung nach den drei Stufen
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
- a) Durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes
 - b) Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes
 - c) Verhältnismäßigkeit des Gesetzes
 - aa) Legitimer Zweck?
 - bb) Geeignet?
 - cc) Erforderlich?
 - dd) Angemessen, je nach Eingriffsstufe, hier ist zentral auf die Drei-Stufen-Theorie einzugehen.

VI. Art. 12 I als Teilhaberecht und als Schutzpflicht

Die Berufsfreiheit ist ein Eingriffsabwehrrecht. Andere Grundrechtsfunktionen passen schlecht in eine freiheitliche Wirtschaftsordnung. Trotzdem hat das BVerfG Art. 12 I auch als Teilhaberecht und als Schutzpflicht angesehen. Dies sei mit je einem Beispiel aus seiner Rechtsprechung belegt.

Teilhaberecht meint ein Recht auf chancengleiche Teilhabe an staatlichen Leistungen. Ein Teilhaberecht ist ein derivatives Leistungsrecht: Wenn der Staat überhaupt Leistungen gewährt, verlangt dieses Recht chancengleiche Teilhabe daran. Es ist von einem originären Leistungsrecht zu unterscheiden, d.h. dem Recht, vom Staat eine Leistung ohne Rücksicht darauf zu verlangen, ob diese Leistung anderen gewährt wird. Die Frage, ob sich aus Art. 12 I GG ein derivatives Leistungsrecht ergibt, stellte sich für das BVerfG in Bezug auf das knappe Gut Studienplätze. Art. 12 I GG verlange, dass die Studienplatzkapazitäten in Orientierung an der Funktionsfähigkeit der Universität und unter Ausschöpfung aller sachlichen und personellen Mittel bestimmt und so verteilt werden, dass jeder Interessent, der die Zugangsvoraussetzungen erfüllt, die gleiche Chance hat zu studieren. Chancengleichheit verlange nach gleichheitgerechten Auswahlkriterien und nach einem Auswahlverfahren. Einen Anspruch auf Schaffung von Studienplätzen hat die Rechtsprechung dagegen abgelehnt.

Als Schutzpflicht hat das BVerfG Art. 12 I im Prüfungsverfahren aktiviert. Wenn der Staat den Zugang zu Berufen von einer Prüfung abhängig mache, müsste diese Prüfung grundrechtlichen Mindestanforderungen, u.a. hinsichtlich ihrer Dauer oder hinsichtlich der Benotung der Prüfungsleistungen, genügen.