

Fall 11: Nachtbackverbot

Es gab in der Bundesrepublik Deutschland der 60er Jahre circa 190.000 in mittelständischen Handwerksbetrieben beschäftigte Bäcker. In größeren, industriellen Backbetrieben arbeiteten 30.000 weitere Bäcker. Es ist davon auszugehen, dass beide Gruppen von Bäckereibetrieben sachlich dieselben Märkte im Wettbewerb bedienen.

B war selbständiger Bäckermeister in Augsburg und betrieb eine Großbäckerei mit 35 Beschäftigten. In einer Nacht des Jahres 1965 begann B mit einem Teil seiner Arbeitnehmer bereits um 3 Uhr morgens mit der Produktion von Backwaren. Dies wurde angezeigt, und er wurde deshalb zunächst vom Amtsgericht gemäß §§ 1, 5 Abs. 1, 15 BAZG zu einer Geldstrafe verurteilt. Die Revision verwarf das Bayerische Oberste Landesgericht als offensichtlich unbegründet. Das BAZG diene in verfassungsmäßiger Weise dem hohem Gut der Gesundheit und insbesondere den kleinen Bäckern, die strukturell bedingt keine Schichtarbeit einführen können, und deshalb, um mit den Großbetrieben konkurrieren zu können, ohne das BAZG faktisch zur fortwährenden Nachtarbeit gezwungen sein würden.

B hielt die Verurteilung für unrecht. Er machte die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der dem Strafurteil zugrunde liegenden gesetzlichen Vorschriften wegen der Verletzung seiner Grundrechte geltend. Nach dem Rechtsgrundsatz *nullum crimen sine lege* verbiete sich dann eine Bestrafung. Das Gesetz sei schon deshalb nichtig, weil es sinnlos sei; es werde – was tatsächlich zutrifft – ständig missachtet und kaum durchgesetzt, so dass der beabsichtigte Schutzzweck (ob nun Gesundheitsschutz oder Mittelstandschutz) nicht erreicht werde. Ferner fehle es dem BAZG an der Tauglichkeit, den handwerklichen Bäckern wie beabsichtigt einen Vorteil zu verschaffen: Selbst wenn nämlich alle Bäcker erst um 4 Uhr mit der Produktion beginnen würden, wären die Großbetriebe wegen Rationalisierung und Automatik schneller. Man dürfe die größeren Betriebe und die kleineren auch nicht einfach auf dieselbe Weise behandeln: Die kleineren hätten ohnehin schon den Vorteil, näher am Endkunden zu sein, keine Anlieferungswege, auch keine Transportkosten; deswegen sei den größeren, soweit sie es nach autonomer Entscheidung im Wettbewerb betriebswirtschaftlich für sinnvoll erachten, der Vorteil des nächtlichen Maschinenbetriebs zu belassen. Außerdem habe B eigens in Maschinen investiert, die deutlich weniger rentabel seien, wenn sie zu bestimmten Zeiten durch staatliche Anordnung schlichtweg stillstehen müssen, was einen entscheidenden Eingriff darstelle. Anstatt eines Nachtbackverbots für Großbetriebe könne dem Gesundheitsschutz als milderes Mittel tatsächlich ebenso ein Schichtsystem dienen, das die Mitarbeiter vor ständiger Nachtarbeit bewahre und sogar, je nach Anzahl der zur Verfügung stehenden Mitarbeiter im Schichtwechsel, noch weniger gesundheitsschädlich sei als ein tagtäglicher Arbeitsbeginn zu 4 Uhr. Gälte das Verbot auch für Großbetriebe, so könnten diese auch mit der Brotindustrie in angrenzenden Ländern (wo es keine zeitlichen Einschränkungen gibt) nicht konkurrieren. Schließlich findet der B, dass es keine Berechtigung gebe, gerade die Backbranche mit dem Verbot zu belegen.

War die Verurteilung des B rechtmäßig?

Auszug aus dem Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien (BAZG) in der 1965 geltenden Fassung:

§ 1. (1) Das Gesetz gilt

- 1. für gewerbliche Bäckereien und Konditoreien,*
- 2. für Bäckereien und Konditoreien von Konsum- und anderen Vereinen,*
- 3. für gewerbliche Betriebe, die neben Bäcker- oder Konditorwaren Zwieback, Keks, Biskuit, Honigkuchen, Lebkuchen oder Waffeln herstellen,*
- 4. für andere gewerbliche Betriebe, soweit in ihnen Bäcker- oder Konditorwaren hergestellt werden, insbesondere in Gast-, Schank- und Bahnhofswirtschaften, Speiseanstalten aller Art (z.B. Pensionen, Heilanstalten, Kantinen), Warenhäusern und Mühlen. ...*

§ 5. (1) In der Nachtzeit von einundzwanzig bis vier Uhr darf an Werktagen in den zur Herstellung von Bäcker- der Konditorwaren dienenden Räumen niemand arbeiten. ...

§ 15. (1) Mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Deutsche Mark werden alle Personen bestraft, die den Vorschriften dieses Gesetzes [...] zuwider Arbeiten vornehmen oder andere Personen beschäftigen. ...

Lösungshinweise (Fall 11: „Nachtbackverbot“):

Dem Fall liegt die Originalentscheidung BVerfGE 23, 50 aus dem Jahr 1968 zugrunde. Siehe auch die erneute Bestätigung des Nachtbackverbots im Jahr 1976 durch BVerfGE 41, 360. Dieses seit 1915 in Deutschland geltende Verbot besteht seit 1996 zugunsten eines freien Wettbewerbs nicht mehr, so dass auch für das Backgewerbe nur die allgemeinen Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes gelten (grds. Zulässigkeit auch der Nachtarbeit, aber gewisse Anforderungen zum Schutz der Arbeitnehmer, vgl. § 6 ArbZG). Vgl. zur Abschaffung die BT-Drs. 13/4245 v. 28.3.1996. Auch frühere Vorschriften (ebenso wie Vorschriften, die für die Zukunft erst noch geplant sind, oder rein hypothetische) können in der Examensklausur verfassungsrechtlich zu begutachten sein!

Die Verurteilung war rechtmäßig, wenn B den Straftatbestand der zitierten, dem Urteil zugrunde liegenden Vorschriften des BAZG verwirklicht hat und diese Vorschriften auch nicht verfassungswidrig waren (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).

A. Verwirklichung des Straftatbestandes des § 15 Abs. 1 BAZG (+)

- Anwendbarkeit auf B als Bäcker (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BAZG)
- Arbeit zur legal definierten Nachtzeit (vor 4 Uhr) entgegen der Vorschrift des § 5 Abs. 1 BAZG

B. Verfassungsmäßigkeit / keine Nichtigkeit des Nachtbackverbotes

I. Art. 2 Abs. 1 GG (–) Einschränkung im Lebensbereich der beruflichen Betätigung, daher Verdrängung durch den speziellen Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.

Zum Verhältnis der Art. 2 und 12 GG, die u. U. auch nebeneinander anwendbar sein könnten, siehe aber Hoffmann, Staatliche Wirtschaftsregulierung und grundrechtlicher Schutz der Unternehmensfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, BB 2006, 53.

II. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG

1. Schutzbereich

a) Persönlich: Deutschen-GR => (+)

Für Ausländer bleibt Art. 2 Abs. 1; str. ist die Anwendbarkeit auf EG-Ausländer wegen Art. 12 EGV [Diskriminierungsverbot wegen Staatsangehörigkeit]: Dafür Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. 2006, Rn 10 Art. 12; die ablehnende Ansicht muss daher ggf. das Schutzniveau des Art. 2 Abs. 1 GG dem Art. 12 GG entsprechend heraufsetzen (so vMangoldt/Klein/Starck/Manssen, GG I, 5. Aufl. 2005, Rn. 265 zu Art. 12; Ipsen, Staatsrecht II, 9. Aufl. 2006, Rn 594).

b) Sachlich: Einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit

Für den Großteil der Dogmatik zu Art. 12 Abs. 1 GG grundlegend ist BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035 – das „Apothekenurteil“.

Berufsbegriff:

- auf eine gewisse Dauer angelegt
- der Schaffung/Erhaltung einer Lebensgrundlage dienend
- nicht schlechthin sozialwidrig
- nicht nur vorfestgelegte, tradierte Berufsbilder, weite Auslegung (BVerfG, a.a.O., 1036; s. auch vMü/Kunig/Gubelt, GGK I, Rn. 8 ff. zu Art. 12)

=> (+) Bäckermeister

2. Eingriff: Maßnahme mit objektiv oder subjektiv berufsregelnder Tendenz

→ staatliche Regelung oder Maßnahme darf nicht irgendwie geartete, entfernte Folge für die berufliche Tätigkeit haben, sondern muss vielmehr gerade auf Berufsregelung abzielen oder (bei berufsneutraler

Zielsetzung) sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirken oder in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht sein [vgl. BVerfGE 97, 228 (253) und Pieroth/Schlink, Staatsrecht II: Grundrechte, 22. Aufl. 2006, Rn. 823 f.]

=> (+) zeitliche Begrenzung der erlaubten Tätigkeit zielt auf Berufsregelung ab

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

– Einheitlicher *Regelungsvorbehalt* bzgl. Berufsausübung und Berufswahl in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, obwohl ausdrücklich nur die Ausübung erwähnt ist (während das BVerfG im Apothekenurteil noch zum allgemeinen *Gesetzesvorbehalt* differenzierte, wird heute vielfach kein Unterschied gemacht, vgl. nur Umbach/Clemens, GG I, 2002, Rn. 71 ff. zu Art. 12)

– Regelung durch förmliches Gesetz => (+) BAZG

– Verhältnismäßige Regelung

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist die im Apothekenurteil entwickelte (Drei-)Stufentheorie maßgebend.

Die Stufentheorie hat sich allgemein durchgesetzt; sie beeinflusst die Prüfung der Verhältnismäßigkeit je nach Art des Eingriffs und typisiert die Argumentation zu deren Rechtfertigung (vgl. grundlegend BVerfG, a.a.O., Ls. 6 und 1038 f.; und die Darstellung bei Pieroth/Schlink, Rn. 846 ff.). An zwei Stellen erlangt sie Bedeutung:

– Ein Eingriff muss auf der geringstmöglichen Stufe erfolgen (Konkretisierung der Erforderlichkeit).

– Für die einzelnen Stufen werden Formeln zur Rechtfertigung von Eingriffen aufgestellt.

Hier: 1. Stufe = bloße Berufsausübungsregelung, nur Art und Weise betroffen, keine Auswirkung (subj. oder obj.) schon auf die Freiheit der Berufswahl. Die Anforderungen an die verfR Rechtfertigung sind also typischerweise die geringsten.

BVerfG NJW 1958, 1035 (Ls. 6.a): „Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.“

a) Legitime Zwecke / Gemeinwohlerwägungen (Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers): Gesundheitsschutz / Mittelstandsschutz (1915 standen noch ernährungswirtschaftliche Gründe, d.h. die Streckung der Getreidevorräte, im Vordergrund, spätere Neuregelungen waren dann sozialpolitisch motiviert). Nicht industriell, sondern handwerklich arbeitende Bäcker (die überwiegende Mehrzahl im Bundesgebiet; Mittelstand) sollte nicht – was anerkanntermaßen gesundheitsschädlich und dem Familien- und gesellschaftlichen Leben abträglich ist – ständig nachts arbeiten müssen, um in der Konkurrenz zu den automatisierten Großbäckereien bestehen zu können.

=> (+)

b) Geeignetheit (+)

– Die behauptete „Sinnlosigkeit“ des Gesetzes wegen verbreiteter Nichtbefolgung schließt die Geeignetheit des Gesetzes nicht aus; ausreichend ist, dass es durchgesetzt werden *kann*. Bloße missbräuchliche Anwendung und durch nicht unmittelbar vom Gesetzgeber verursachte Auswirkungen sind nicht geeignet, dass Gesetz verfassungswidrig zu machen (s. OLG Oldenburg, WRP 1987, 198).

– Tauglichkeit des Gesetzes zum Mittelstandsschutz (+), obwohl ab 4 Uhr die Großbäckereien schneller und mehr produzieren; für die Geeignetheit genügt die Förderung des Zwecks und diese ist gegeben, da bei den Großbäckereien immerhin bis 4 Uhr die Maschinen stillstehen müssen

c) Erforderlichkeit (+)

– Eingriff auf niedrigerer Stufen nicht denkbar (Berufsausübungsregelung)

– Gleich geeignetes, aber weniger einschneidendes Mittel, indem Großbetriebe wie der des B von der Regelung ausgenommen werden? (–) Zwar wäre der Gesundheit der kleinen Bäcker gedient, jedoch wäre eine Konzentration auf dem Backwarenmarkt die Folge (Mittelstandsschutz würde verfehlt werden); denn Großbetriebe könnten mehr produzieren und weitergehend ausliefern, Kleinbäckereien hätten immensen Wettbewerbsnachteil. Das gleiche gilt, wenn ein Gebot des Schichtwechsels für Großbetriebe

eingeführt werden würde. Zudem wäre es schwierig, Abgrenzungskriterien nach Betriebsstruktur/-größe zu finden, ab der das Schichtwechselgebot statt des Nachtbackverbots gälte.

– Erforderlichkeit wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahmen zum Erreichen der von ihm erstrebten Wirtschafts- und Sozialordnung (hier Interessenausgleich von Mittelstand und Großunternehmen) im Ermessen des Gesetzgebers [vgl. BVerfGE 23, 50 (59 f.)].

d) Angemessenheit/Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit ieS) (+)

Die Belastungen für die Großbäckereien stehen nach Abwägung nicht außer Verhältnis zum zu erreichenden, legitimen Zweck; sie sind dieser Untergruppe im Allgemeinen auch zumutbar.

– Bedeutende Vorteile für den Mittelstand in sozialer und gesundheitlicher Hinsicht.

– Versorgung der Bevölkerung mit frischen Backwaren dennoch möglich.

– Großbetriebe stehen nach ihrer Anzahl und der Zahl ihrer Beschäftigten weit hinter den kleinen zurück.

– Nachtbackverbot hat seit 1915 bestanden; Betriebe wie der des B hatten genug Zeit, sich auf diese Rahmenbedingung einzustellen.

– Existenzgefährdung nicht geltend gemacht; zudem kein GR-Schutz bestimmter Unternehmensgewinnmargen, B existiert immerhin mit 35 Beschäftigten auch trotz Geltung des Verbots (insofern keine Betroffenheit des B im Kernbereich); zu überlegen ist unabhängig vom B dennoch, dass die Zumutbarkeit im Einzelfall u.U. entfallen könnte, wenn ein Betrieb an der Grenze mit einer ausländischen, grenzüberschreitend liefernden Großbäckerei auf demselben sachlich und örtlich relevanten Absatzmarkt konkurrieren muss, und ob dies nicht einen gesetzlichen Befreiungstatbestand für extreme Härtefälle erfordert, den das BAZG nicht aufweist – dazu gibt der Sachverhalt aber im Ergebnis wohl nicht ausreichend her.

4. Zwischenergebnis: Verletzung von Art. 12 GG => (-)

Andere Auffassung vertretbar, wenn die Freiheit der beruflichen Betätigung und des Wettbewerbs als höherwertig eingeschätzt wird, die Natur des Bäckerberufs betont wird, eine Befreiungsvorschrift als unerlässlich angesehen wird.

III. Art. 3 Abs. 1 GG

1. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem? (+)

a) Betriebe, bei denen Schichtarbeit nachts strukturell möglich ist, und die dafür zu kleinen, handwerklichen Betriebe werden undifferenziert behandelt.

b) Das Nachtbackverbot gilt nur für die Back- und nicht für andere Branchen.

2. Sachlicher Grund / keine Willkür: (+) Für die Gleichbehandlung innerhalb des Backgewerbes sind wie oben Gesundheits- und Mittelstandschutz hinreichende sachliche Gründe; ggü. anderen Branchen nehmen die Bäckereibetriebe eine besondere Stellung ein (Interesse der Bevölkerung an täglich frischen Produkten möglichst früh am Morgen, besondere Gefahr der Vorverlegung des Arbeitsbeginns).

=> Verletzung (-)

Die Vorschriften der §§ 1, 5, 15 BAZG waren verfassungsgemäß, die Verurteilung war daher nicht zu beanstanden.

Weiterführende Hinweise:

Zur Vereinbarkeit des Nachtbackverbots mit Europarecht EuGH NJW 1981, 1885.

Zu Art. 12 GG in der Fallbearbeitung Kimms, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Fallbearbeitung, JuS 2001, 664; Nolte/Tams, Grundfälle zu Art. 12 I GG, JuS 2006, 31, 130 und 218 (3 Teile).

Zur Stufentheorie Brandt, 40 Jahre Stufentheorie, JA 1998, 82, und kritisch Langer, Strukturfragen der Berufsfreiheit, JuS 1993, 203; Hufen, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913.

Aktuelle Entscheidungen zu Art. 12 GG:

BVerfG NJW 2006, 1261 (Ausgestaltung des staatlichen Wettmonopols in Bayern).

BVerfG NVwZ 2006, 1041 (Wahrung des Schutzes von Berufsgeheimnissen im Verwaltungsprozess).

BVerfG DVBl 2006, 244 (Meisterzwang im Handwerk und Ausnahmen).

NdsOVG v. 18.10.2006, Az.: 12 ME 326/06 (Altersgrenze für Verkehrsflugzeugführer).