

Gewerbeordnung: GewO

Ennuschat / Wank / Winkler

9. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-66680-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

tigung der beruflichen Betätigungsfreiheit vor (ähnlich *BGH* WuM 2017, 333 338]; *BVerfG* NVwZ 2016, 529 [531]; *Jarass* in *Jarass/Pieroth GG*, Art. 12 Rn. 15; siehe ferner *Mann* in *Sachs GG*, Art. 12 Rn. 95; *Scholz* in *Maunz/Dürig*, 87. ErgLfg Stand 3/2019, Art. 12 Rn. 300; *Klammer*, Das Erfordernis der objektiv berufsregelnden Tendenz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2017, S. 47 ff.). Streitig ist, ob wirtschaftliche Aktivitäten der öffentlichen Hand die Erheblichkeitsschwelle überschreiten, also objektiv-berufsregende Tendenz aufweisen und als Eingriff in die Grundrechte der Konkurrenten zu werten sind („**Eingriff durch Konkurrenz**“ – in diese Richtung bereits *R. Schmidt*, Öff. Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 523 u. 526: „...jede staatliche Wettbewerbsteilnahme unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen“; siehe auch *Scholz* in *Maunz/Dürig*, 87. ErgLfg Stand 3/2019, Art. 12 Rn. 412 ff.; *Erbguth/Mann/Schubert*, *BesVwR* I, 13. Aufl. 2020, Rn. 323 ff.; *Tettinger NJW* 1998, 3473 f.; ausführlich *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 511 ff.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 93 ff.). Die Rechtsprechung hat sich von dieser Auffassung indes bislang nicht überzeugen lassen (→ Rn. 25) – zu Recht: Um eine Uferlosigkeit des Eingriffsbegriffs zu vermeiden, spricht vieles für eine gewisse Skepsis gegenüber dem sog. Eingriff durch Konkurrenz.

Hingegen sind **Akte** öffentlicher Gewalt mit **berufsneutraler Zwecksetzung**, wie sie etwa interessenausgleichenden Normen des Privatrechts (*BVerfGE* 31, 255 [265]; 55, 7 [27]), allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten (*BVerfGE* 54, 251 [270]), Besuchsverböten (*BVerfGE* 49, 24 [48]) oder generell an wirtschaftliche Tätigkeit anknüpfenden Pflichtmitgliedschaften (*BVerfGE* 10, 354 [363]; 32, 54 [63 f.]; 41, 231 [241]; *BVerfG/K* NVwZ-RR 2005, 297; *Mann* in *Sachs GG*, Art. 12 Rn. 96) zugrunde liegen, nicht an Art. 12 GG zu messen. Es genügt nach der Rspr. des *BVerfG* also nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet, wie dies bei vielen Vorschriften der Fall ist (siehe *BVerfGE* 95, 267 [302] unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 70, 191 [214]; vgl. *BVerfGE* 106, 275 [299]). So treten die zivilrechtlichen Folgen der Schlechterfüllung von Verträgen und die Haftung für Schäden, die aus unerlaubter Handlung entstehen, unabhängig davon ein, ob die Haftungsvoraussetzungen bei Ausübung des Berufs erfüllt werden oder nicht. Vertrags- und Deliktsrecht gehören nicht zu denjenigen Normen, die nur in Randbereichen auch nicht berufsmäßig Handelnde betreffen (*BVerfG* NJW 1998, 519 [520]).

Auch sind Maßnahmen **nicht** allein deshalb als Beeinträchtigung der Berufsfreiheit anzusehen, weil mit ihnen – ohne berufsregelnde Tendenz – **nachteilige Veränderungen** der wirtschaftlichen Verhältnisse betroffener Personen einhergehen (*BVerfGE* 55, 7 [25 f.]; 116, 135 [151 f.]; *BVenwGE* 71, 183 [193]; *BVenwG* CR 2018, 463 [465]). Hierbei handelt es sich allenfalls um Beschränkungen der von Art. 2 I GG umfassten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit (*BVerfGE* 37, 1 [17 f.]; 55, 7 [25, 27]; 87, 153 [169]; *BVerfG* NJW 1994, 1784).

Demgegenüber will eine **weiter gehende Literaturauffassung** auf die Kriterien des engen Zusammenhangs sowie der berufsregelnden Tendenz

verzichten und grundsätzlich jede spezifische, rechtlich oder faktisch wirkende Betroffenheit des Bürgers bei seiner beruflichen Betätigung als relevante Grundrechtsbeeinträchtigung ansehen (*Breuer*, HdbStR VIII, § 171 Rn. 44 f. m. w. N.; *Cremers* DÖV 2003, 921 [928]). Eine missverständliche Andeutung des BVerfG, die in diese Richtung wies (*BVerfGE* 61, 291 [308]: berufsregelnde Tendenz nicht zwingend erforderlich), hat das Gericht inzwischen zu Recht korrigiert (*BVerfGE* 70, 191 [214]; 82, 209 [224]; 111, 191 [213]; *BVerfG* NJW 2005, 1917 [1919]; vgl. aber auch *BVerwGE* 87, 37 [42 f.]: Berufsregelung zumindest gebilligte Nebenfolge; *BVerwGE* 90, 112 [120]: Zielrichtung als tragendes Kriterium).

- 62 c) Privatautonome Beeinträchtigungen.** Angesichts der den Grundrechten infolge ihres objektiv-rechtlichen Gehaltes zukommenden **Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht**, namentlich über dessen Generalklauseln (*BVerfGE* 7, 198 [205 f.]; 73, 261 [269]; 81, 242 [256]; 84, 192 [194 f.]; 89, 214 [229 f.]; 90, 27 [33]), kann ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 I GG auch dann vorliegen, wenn fachgerichtliche Entscheidungen Auslegungsfehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung des Grundrechts für die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen beruhen (*BVerfGE* 42, 143 [149]; 66, 116 [131]; 73, 261 [269]; 81, 242 [256]; 114, 339 [348]; *BVerfG* NJW 1994, 36 [38]; NJW 1994, 1784 [1785]; NJW 1996, 1203; NJW 2003, 125 [126]; NJW 2011, 1339 [1340]).
- 63** Auch wenn Art. 12 I GG keine unmittelbare **Drittwirkung** zukommt, kann diese Verfassungsnorm es nach neuerer Judikatur des BVerfG gebieten, dass der Gesetzgeber im Zivilrecht der Privatautonomie Schranken setzt und Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Beschränkungen schafft, namentlich wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt (*BVerfGE* 81, 242 [254 f.]; 134, 204 [224 f.]; *BVerfG* NJW 2011, 1339 [1340]; *BVerfG* DB 2018, 1671 [1672 f.]). Arbeitsvertragliche Regelungen dürfen vor diesem Hintergrund nicht zu einer die Bedeutung der Berufsfreiheit negierenden, rechtlich oder faktisch (vgl. *BVerfGE* 81, 242 [253]; *BAGE* 25, 330 [342 f.]; 34, 220 [224]: Wettbewerbsverbote; *BGH* DB 1984, 2456, *BAGE* 13, 168 [177]; 42, 48 [51]: Rückzahlung von Ausbildungskosten; *LAG Berlin* NJW 1979, 2582: Ablösesumme) unlösbaren und damit schlechthin unzumutbaren Bindung an einen bestimmten Arbeitgeber führen (siehe *BGHZ* 94, 248 [256]).

5. Der berufsbezogene Regelungsvorbehalt – formelle Anforderungen

- 64 a) Regelungsvorbehalt in Art. 12 I 2 GG.** Gemäß Art. 12 I 2 GG kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. Mit „**Regelung**“ meint die Verfassung nicht weitere Einschränkungen über die im Grundrecht selbst angelegten Grenzen hinaus (*BVerfGE* 7, 377 [403 f.]), sondern grundrechtsgeleitete Ausgestaltung, Konturierung und Konkretisierung, weshalb auch das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG und die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG keine Anwendung finden sollen (*BVerfGE*

13, 97 [122]. Nur auf Art. 19 I 2 rekurrieren *BVerfGE* 28, 36 [46]; 64, 72 [80 f.]; dazu krit. *Remmert* in *Maunz/Dürig*, 87. ErgLfg Stand 3/2019, GG Art. 19 I Rn. 54 ff. – Der *EuGH* hingegen sieht in der Wesensgehaltsgarantie auf EU-Ebene eine bedeutsame Sperre für Ingerenzen in die Berufsfreiheit; vgl. nur *EuGH*, Slg. 1974, 491 [508]; 1979, 3727 [3747, 3749]; 1985, 531 [549]; 1986, 2909 [2912] u. 1989, 2237 [2269]; → Rn. 120). Dem Regelungsvorbehalt liegt die verfassungspolitische Erwägung zugrunde, dass Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer parlamentarischen Entscheidung zulässig sein sollen, die sich der Gründe für und gegen eine Beeinträchtigung bewusst ist; nur unter dieser Prämisse kann ein gerechter Ausgleich zwischen der Berufsfreiheit als Ausdruck des Schutzes menschlicher Persönlichkeit (→ Rn. 25) und den Belangen der Allgemeinheit gewährleistet werden (*BVerfGE* 33, 125 [158 f.]; 41, 251 [263 f.]; 76, 171 [184 f.]; *BVerwG* GewArch 1995, 195 [196]).

Da Berufswahl und Berufsausübung lediglich als Chiffren für unterschiedliche Blickwinkel innerhalb eines einheitlichen Berufsgrundrechts anzusehen sind (→ Rn. 24), schließt laut *BVerfG* die Regelungsbefugnis des Satzes 2 über den Wortlaut hinaus auch das Thema Berufs- und Arbeitsplatzwahl ein, dies allerdings nicht in gleicher Intensität, da sie nur um der Berufsausübung willen gegeben ist (*BVerfGE* 7, 377 [402 f.]; 33, 303 [336]; 54, 237 [245 f.] – ohne explizite Einschränkung hinsichtlich der Intensität mittlerweile *BVerfGE* 102, 197 [213]; 110, 304 [321]; *BVerfGE* 115, 276 [303 f.] – Sportwetten). Ebenso einbezogen wird die der Berufswahl vorgelagerte Wahl der Ausbildungsstätte (*BVerfGE* 33, 303 [336]; 41, 251 [261 f.]).

b) Berufsregelung durch Gesetz. Die in Art. 12 I 2 GG verankerte Regelungsbefugnis setzt in ihrer ersten Variante ein Gesetz im formellen Sinn voraus, zu dessen Erlass der nach der bundesstaatlichen Kompetenzordnung jeweils zuständige Bundes- oder Landesgesetzgeber befugt ist (*BVerfGE* 7, 377 [443]; 29, 327 [333]; 40, 371 [378]; 47, 285 [313]). Ihm allein obliegt hierbei die eigenverantwortliche Prüfung und Entscheidung, wie weit und gegenüber welchen Gemeinschaftsinteressen das Freiheitsrecht des Einzelnen zurückzutreten hat (*BVerfGE* 33, 125 [159]; 47, 285 [313]; 76, 171 [184 f.]; *BVerwG* GewArch 1995, 195 [196]; *BVerwGE* 115, 189 [193 f.] – Laserdrome). Deshalb darf er auch nicht durch dynamische Verweisung auf Normen anderer Kompetenzträger Bezug nehmen (*BVerfGE* 47, 285 [313]) und diesen damit letztlich contra constitutionem Regelungsspielräume eröffnen.

Eine in Grundrechte eingreifende Rechtsnorm muss in Ansehung allgemeiner rechtsstaatlicher Anforderungen durch hinreichende Klarheit, **Bestimmtheit** und Vollständigkeit geprägt sein (*BVerfGE* 34, 293 [302]; 82, 209 [224]; 87, 287 [316 f., 325 f.]; *BVerfG/K* NVwZ-RR 1994, 153; *BVerwGE* 89, 281 [285]; NJW 1995, 3161 [3162]; *BVerwG* GewArch 1997, 287 [288]; GewArch 2019, 246 [247]), wobei an den Grad der Bestimmtheit und Erkennbarkeit gesetzlicher Beschränkungen der Berufswahl strengere Anforderungen zu stellen sind als bei bloßen Berufsausübungsregelungen (*BVerfGE* 54, 237 [247 f.]; vgl. auch *BVerfGE* 87, 287 [318]). Der Schluss von einer allgemein gehaltenen gesetzlichen Kompetenznorm auf eine Ein-

griffsbefugnis ist nicht möglich (*BVerwG* NJW 1996, 3161 [3162] – Waren-test; vgl. aber auch *BVerwG* NJW 1991, 1770 – Warnung vor Jugendsekten); dazu sodann *BVerfGE* 105, 279 ff. Ebenso ersetzt eine bloße organisationsrechtliche Regelung nicht eine spezifische materielle Inpflichtnahme; ein schlichtes gesetzliches Verbot beinhaltet nicht per se eine fachbehördliche Untersagungsbefugnis im Sinne des Art. 12 I 2 GG (vgl. zum einen *BVerwG* GewArch 1995, 195 [196] – Öffentlich bestellter Vermessungsingenieur, zum anderen *BVerwGE* 94, 269 [277] – Heilmagnetisieren: zuständig ist die allg. Ordnungsbehörde).

- 68 **c) Untergesetzliche Regelungen.** Seit dem Änderungsgesetz v. 24.6.1968 erlaubt Art. 12 I 2 GG ausdrücklich auch Ingerenzen in die Berufsfreiheit auf Grund eines Gesetzes, also durch Exekutivrecht auf der Grundlage einer einfachgesetzlichen Ermächtigung. Der nach der sog. **Wesentlichkeitstheorie** zu bemessende Parlamentsvorbehalt erfordert aber, dass alle grundrechtswesentlichen Entscheidungen, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind, vom unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber selbst zu treffen sind (*BVerfGE* 73, 280 [295]; 80, 1 [20]; 82, 209 [224]; 90, 359 [362]; *BVerwG* NVwZ 1995, 487 [488]; *BVerfG* NJW 2018, 361 [364 f.]).
- 69 Die einschlägigen Vorgaben müssen sich allerdings nicht zwingend allein aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben, sondern es reicht aus, wenn sie sich mit **Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze** erschließen lassen (*BVerfGE* 80, 269 [279]; 82, 209 [224 f.]; *BVerwG* NVwZ 1995, 487 [488]; vgl. auch *BVerfGE* 54, 237 [247 f.]). Das *BVerwG* hat es auch als hinreichende gesetzliche Grundlage angesehen, wenn das Gesetz lediglich eine die Berufsfreiheit beschränkende Alternative eröffnet, die Auswahl im Einzelfall aber der Entscheidung der Exekutive überlässt (*BVerwGE* 96, 302 [310 f.]): Möglichkeit einer vorzugsweisen Konzessionierung staatlicher Spielbanken). Insoweit bestehen etwa keine prinzipiellen Bedenken dagegen, die polizei- und ordnungsrechtlichen Generalklauseln als ausreichende gesetzliche Grundlagen iSd Art. 12 I 2 GG anzusehen (*BVerwGE* 94, 269 [278]; *BVerwG* DVBl 1970, 504 [505 f.]; *BVerwGE* 115, 189 [194]).
- 70 Nicht nur vorkonstitutionelle (*BVerfGE* 9, 63 [70]), sondern auch nachkonstitutionelle **Rechtsverordnungen** können somit zulässigerweise Berufsausübungsregelungen enthalten, soweit nur die betreffende gesetzliche Ermächtigung den in Art. 80 I 2 GG umrissenen Bestimmtheitsanforderungen entspricht und der Verordnungsinhalt durch die Ermächtigung gedeckt ist (*BVerfGE* 20, 283 [295]; 46, 120 [139]; 51, 166 [173]; 53, 1 [15 f.]; 53, 135 [143]; 58, 283 [290]; 65, 248 [258]; *BVerwG* NVwZ 1995, 487 [488]; *BayVerfGH* GewArch 2002, 327 f. [zu Art. 101 BayVerf]). Diese auf allgemeinen rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen basierenden Anforderungen sind auch für Rechtsverordnungen der Länder verbindlich (*BVerfGE* 41, 251 [266]), teilweise enthalten auch die Landesverfassungen mit Art. 80 GG inhaltsgleiche Anforderungen (zB Art. 61 BWVerf, Art. 70 NRWVerf).
- 71 Eine Berufsregelung ist so auch aufgrund kommunaler oder berufsverbandlicher **Satzung** möglich. Im ersteren Fall ist allerdings zu bedenken, dass weder die in Art. 28 II 1 GG gewährleistete kommunale Satzungsautono-

mie noch die in den jeweiligen Gemeindeordnungen eingeräumte, diese verfassungsrechtliche Gewährleistung lediglich deklaratorisch aufgreifende allgemeine Befugnis zum Erlass von Satzungen den Anforderungen des Art. 12 I 2 GG an eine spezifizierende formellgesetzliche Ermächtigungsnorm genügen (BVerwGE 90, 359 [363]; BVerwGE GewArch 2014, 355 [357]; VGH BW UPR 1993, 157; BayVGHE 45, 65 [68]; BayVGH BayVBl 1994, 272 [273]). Als insoweit ausreichend werden aber etwa die durchgehend in Gemeindeordnungen enthaltenen Satzungsermächtigungen zur Einführung eines kommunalen Anschluss- und Benutzungszwangs angesehen (BVerwGE 62, 224 [225 f.]).

d) Kollidierendes Verfassungsrecht. Außer durch auf Art. 12 I 2 GG gestützte Normen kann die Berufsfreiheit auch durch Verfassungsbestimmungen selbst, insbesondere Grundrechte, beschränkt werden (BVerwGE 87, 37 [45]; BVerwG NJW 1996, 3161 [3162]; BGHZ 151, 389 [394]; BAG NZA 2018, 656 [658]). So ist über Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV der Schutz der Sonntagsruhe zu wahren (BVerfGE 110, 10 [50]; BVerwGE 79, 236 [243]). Zur Überlagerung des Art. 12 GG durch Art. 33 GG siehe Mann in Sachs GG Art. 12 Rn. 56 ff. Aus den im GG verankerten Regierungskompetenzen hat das BVerwG zutreffend die – verfassungsunmittelbare – Befugnis der Bundesregierung zur Information und Warnung der Öffentlichkeit bei Gesundheitsgefahren abgeleitet (BVerwGE 87, 37 [46 ff.]; BVerwG NJW 1996, 3161; zur berufsrechtlichen Bedeutung der Kompetenzbestimmungen des GG ausf. Scholz in Maunz/Dürig, 87. ErgLfg Stand 3/2019, GG Art. 12 Rn. 239 ff.). Etwaigen Postulaten nach einfachgesetzlicher Bekräftigung ist entgegenzuhalten, dass damit der Normenhierarchie nicht hinreichend Rechnung getragen wird und zudem geradezu eine Ermunterung zu einer weiteren Normierungsfut erfolgt.

6. Materielle Anforderungen an zulässige Grundrechtsbeeinträchtigungen

a) Klassische Stufenlehre des BVerfG. Zur Beurteilung von Ingerenzen in die Berufsfreiheit wurde bereits 1958 im Apotheken-Urteil (BVerfGE 7, 377 [405 ff.]) eine **(Drei-) Stufentheorie** entwickelt, nach der sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen auszurichten hat. Wenngleich diese Stufentheorie seitens des BVerfG heute nicht mehr rigide gehandhabt wird (u. Rn. 82 ff.), hat sie doch die Plastizität der Judikatur erhöht und verkörpert nach wie vor einprägsame Eckpfeiler für die praktische Umsetzung der verfassungsrechtsdogmatisch durchgängig gebotenen Abstufung bei Grundrechtsingerenzen.

Ausgangspunkt der Differenzierung war die dem klassischen Gewerberecht entlehnte Unterscheidung von Regelungen, die die Berufsausübung betreffen, und solchen, die die Freiheit der Berufswahl einschränken (→ Rn. 49 ff.). Bloße Berufsausübungsregelungen wurden bereits durch **vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls** legitimiert (BVerfGE 7, 377 [405 f.]; 16, 286

[297]; 65, 116 [125]; 70, 1 [28]; 77, 308 [332]; 78, 155 [162]; 81, 70 [84]; 85, 248 [259]; 93, 362 [369]; 101, 331 [347]; 104, 357 [364]; 106, 216 [219]; 109, 64 [85]; 111, 10 [32]; *BVerfG* DVBl 2005, 1503 [1512]; *BVerfGE* 121, 317 [357]; Mann in Sachs GG, Art. 12 Rn. 126).

- 75 Da dem zuständigen Gesetzgeber insoweit ein weiter gefasster Einschätzungs- sowie **Gestaltungsspielraum** zugestanden wird (*BVerfGE* 39, 210 [225 f.]; 46, 246 [257]; 51, 193 [208]; 53, 135 [145]; 77, 84 [106]; 77, 308 [332]; 109, 64 [85]; 110, 141 [157]; 111, 10 [38]; *BVerfG/K* UPR 1996, 303; NZI 2005, 618; Mann in Sachs GG, Art. 12 Rn. 127) und auch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit ausreichen sollen (*BVerfGE* 7, 377 [406]; 23, 50 [56]; 28, 21 [31]; 77, 308 [332]), ist die Zahl der die Berufsausübungsfreiheit u.U. begrenzenden Gemeinwohlinteressen letztlich unbeschränkt.

- 76 Innerhalb der Berufswahlregelungen wird noch zwischen **subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen** (solchen, die eine Berufsaufnahme an das Vorliegen persönlicher Eigenschaften, Fähigkeiten oder Leistungsnachweise knüpfen; dazu zB *BVerfGE* 9, 338 [345]; 64, 72 [82]; *BVerfG/K* NJW 1993, 1575; NVwZ 1997, 1207 [1208]; *BVerfG/K* NJW 2008, 1212 [1213]; BGH NJW 2008, 1229; Lebensalter; *BVerfGE* 13, 97 [106]; 34, 71 [77]; 55, 185 [196]; 69, 209 [218]; 80, 1 [23 f.]; Befähigungsnachweis/bestandene Prüfung; *BVerfGE* 19, 330 [337]; 34, 71 [77]; Sachkundenachweis; *BVerfGE* 39, 344 [370]; 46, 34 [54]; Verfassungstreue bei Beamten und im Vorbereitungsdienst; *BVerfGE* 41, 378 [390]; 69, 233 [244]; Zuverlässigkeit; *BVerfGE* 44, 105 [117]; 48, 292 [296]; Vorstrafenfreiheit; *BVerfGE* 73, 301 [316 f.]; Praxiserfahrung; *BVerfGE* 117, 126 [138]; einheitliche Berufsausbildung; *BVerwGE* 21, 197 [199]; *BVerwGE* 22, 16 [17 f.]; Kreditwürdigkeit; *BVerwGE* 101, 185 [186]; [Fach-]Hochschulabschluss; *BVerwG* GewArch 1997, 63 f.; Meisterprüfung im Handwerk; OVG NRW NWVBl. 1997, 145 [146]; abgeschlossene Berufsausbildung nach Hauptschulabschluss; BayObLG NJW 1971, 1620 [1621 f.]; Fahrgastbeförderungsnachweis) **und objektiven** (nicht an persönlicher Qualifikation, sondern an allgemeinen Kriterien orientierten) **Berufszulassungsvoraussetzungen** (zB *BVerfGE* 7, 377 [415 f.]; 9, 39 [48 f.]; 11, 30 [43 f.]; 11, 168 [186, 190]; Bedürfnisprüfung; *BVerwGE* 79, 208 [210 f.]; *BVerfGE* 21, 173 [181]; 87, 287 [316, 321]; Inkompatibilität; *BVerfGE* 25, 1 [15 ff.]; Mühlenerrichtungsverbot; *BVerfGE* 40, 196 [218]; *BVerfG* NVwZ-RR 2011, 385 [386]; bevollmächtigte Bezirksschornsteinfegermeister; *BVerwGE* 51, 235 [238 f.]; Höchstzahlen für gewerblichen Güterfernverkehr – dazu auch Badura FS Friauf 1996, 529 [532 f.]; *BVerwG* NJW 1996, 1608 [1609]; OVG NRW NWVBl. 1997, 25 [26]; bedarfsgerechte Versorgung mit Leistungen des Krankentransports) differenziert. Für die Abgrenzung dieser beiden Modalitäten sollen deren tatsächliche Auswirkungen nicht entscheidend sein; so gelten zB Höchstaltersgrenzen als subjektive Voraussetzungen, auch wenn sie dem Einfluss der Betroffenen schlechthin entzogen sind (*BVerfGE* 9, 338 [345]; 64, 72 [82]; 80, 257 [264 f.]; 86, 28 [39]; *BVerfG/K* NJW 1993, 1575 f.; NVwZ 1997, 1207 [1208]; *BVerfG* NJW 2001, 1779 [1781]; aA etwa Tettinger DVBl 2005, 1397 [1402 f.]).

- 77 Die Aufstellung subjektiver Zulassungsvoraussetzungen bedarf nach der Stufentheorie der Rechtfertigung als gebotene Vorkehrung zum **Schutze**

besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter, die der Freiheit des Einzelnen vorgehen (*BVerfGE* 13, 97 [107]; 19, 330 [337]; 25, 236 [247]; 59, 302 [316]; 69, 209 [218]; 73, 301 [316 ff.]; 93, 213 [235]; *BVerfG* DVBl 1996, 1367 [1368]; *BVerfGE* 119, 59 [83 f.]; *BVerfG/K*/ NJW 2008, 1369. – Zur Kritik *Mann* in *Sachs GG*, Art. 12 Rn. 158 f.). Diese Gemeinschaftsgüter können absolute, von der Tagespolitik unabhängige Werte verkörpern (zB *BVerfGE* 25, 236 [247]; 78, 179 [192]; 106, 181 [194]; *BVerfG/K*/ NordÖR 2004, 292: Schutz der Volksgesundheit; *BVerfGE* 30, 292 [323 f.]: Sicherheit der Energieversorgung; *BVerfGE* 37, 67 [77]; 93, 213 [236]; 110, 304 [324]; *BVerfG/K*/ NJW-RR 2005, 998 [999]: geordnete Rechtspflege; *BVerfGE* 54, 301 [315]; 55, 185 [196]; 59, 302 [317]: geordnete Steuerrechtspflege; *BVerfGE* 73, 301 [316 f.]: Rechtsfrieden; *BVerfGE* 93, 213 [236]: persönliche Zuverlässigkeit und Integrität der Rechtsanwälte; *BVerfG* NVwZ 1997, 1207 [1208]: effektive Bewältigung von Amtsaufgaben [als Rechtfertigung einer Höchstaltersgrenze für Bürgermeister]; *BVerwGE* 101, 185 [188]: Gesundheit von Mensch und Tier; *OVG NRW* NWVbl. 1997, 145 [146]: Verkehrssicherheit) oder auch „relative“ Werte sein, die erst der Gesetzgeber selbst aufgrund seiner jeweiligen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele definiert hat (*BVerfGE* 13, 97 [107]; *BVerwG* GewArch 1997, 63 f.: Leistungsfähigkeit des Handwerks, Sicherung des Nachwuchses der gewerblichen Wirtschaft [= Mittelstandsförderung]; *BVerfG/K*/ NJW 1993, 1575: geordnete Altersstruktur innerhalb des Notarberufs; *BVerfG/K*/ DVBl 1996, 1367 [1368]: Hochschulreife als Nachweis der potentiellen Studierfähigkeit; *BVerwGE* 35, 146 [149]: Verteidigungsbereitschaft der Bundeswehr).

Das *BVerfG* beschränkt sich insoweit auf die **Kontrolle**, ob die Anschauungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind (*BVerfGE* 13, 97 [107]). So widersprüche es etwa der in Art. 12 GG getroffenen Grundentscheidung, wollte der Gesetzgeber den Konkurrenzschutz zu einem wichtigen Gemeinschaftsgut erheben (*Wieland* in *Dreier, GG*, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 109 m. w. N.). Sogar ein Überschuss von Ausbildungs- und Prüfungsanforderungen soll, wenn er sich „in vernünftigen Grenzen“ hält, zu tolerieren sein (*BVerfGE* 13, 97 [117 f.]; 25, 236 [248]; 54, 301 [330 f.]; 73, 301 [320]; 80, 1 [24]), ohne dass dieser Aspekt freilich in der *Numerus clausus*-Rechtsprechung durchweg hinreichende Beachtung gefunden hätte (vgl. *Stern/Tettinger*, Normative Gestaltungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Qualität der medizinischen Ausbildung, 1982, S. 66; *Tettinger WissR* 1990, 115).

Die strengsten Anforderungen bestehen nach diesem Ansatz für objektive Berufszugangsvoraussetzungen. Solche erweisen sich nur dann als zulässig, wenn sie der **Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut** dienen (*BVerfGE* 7, 377 [408]; 11, 168 [183]; 25, 1 [11]; 40, 196 [218]; 75, 284 [296]; 84, 133 [151]; 85, 360 [374]; 97, 12 [32]; 102, 197 [214 f.]; *BVerfG* NVwZ-RR 2011, 385 [386]; *BVerfG* GewArch 2017, 339 [341]). Auch auf dieser Stufe gesteht das *BVerfG* dem Gesetzgeber einen Prognosespielraum zur Einschätzung zukünftiger Tatsachenentwicklungen zu

(*BVerfGE* 25, 1 [19 f.]; vgl. auch *BVerwGE* 97, 79 [85] „Einschätzungsprärogative“; *BVerwG GewArch* 2000, 62 [63]), der jedoch nicht die Auswahl der eingriffslegitimierenden Gemeinwohlbelange betrifft (*Breuer, HdbStR VIII*, § 171 Rn. 73; **aA** *OVG NRW VBl.* 1995, 26 [27]).

- 80 Insbesondere genügen die für subjektive Berufswahlregelungen noch ausreichenden „relativen“ Gemeinschaftsgüter (→ Rn. 77) insoweit nicht mehr. In der Rspr. Anerkennung gefunden haben zB Volksgesundheit (in *BVerfGE* 7, 377 [414]; 17, 269 [276]; *BVerwGE* 65, 323 [339]) bzw. Gesundheit der Bevölkerung (*BVerfG GewArch* 2010, 350 [251]), öff. Verkehrsinteresse (*BVerfGE* 11, 168 [190 f.]), Reduzierung der Arbeitslosigkeit (*BVerfGE* 21, 245 [251]), Sicherung der Volksernährung (*BVerfGE* 25, 1 [16]), Funktionsfähigkeit der Bundesbahn (*BVerfGE* 40, 196 [218]; *BVerwGE* 64, 70 [72]), Funktionsfähigkeit der Rechtspflege (*BVerfGE* 87, 287 [321]), Funktionsfähigkeit des örtlichen Taxengewerbes (*BVerfGE* 11, 168 [186 f., 190]; *BVerwGE* 79, 208 [210]; 82, 295 [302]), Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung (*BVerfGE* 103, 172 [184 f.]; *BVerfG/K* DVBl 2002, 400 [401]; NZS 2005, 479 [480]), menschenwürdige Umwelt (*BVerwGE* 62, 224 [230]), Tierschutz (*BVerwGE* 64, 46 [51]), Schutz vor Ausnutzung der Spieleidenschaft (*BVerwGE* 96, 293 [299]; 96, 302 [311]), Schutz und Erhaltung bedrohten Lebens und bedrohter Gesundheit (*BVerwGE* 97, 79 [82]; *BVerwG NJW* 1996, 1608 [1609]) und Funktionsfähigkeit des öff. Rettungswesens (*BVerwG NJW* 1996, 1608 [1610]; *OVG NRW VBl.* 1995, 26 f.; *BayVGHE* 48, 95 [98]). Als unzulässige Belange apostrophiert wurden zB soziales Prestige eines Berufs (*BVerfGE* 7, 377 [408]; 75, 284 [296 f.]), wirtschafts- u. verkehrspolitische Planungsziele (*BVerfGE* 11, 168 [190]), bloße berufsständische Belange (*BVerfGE* 76, 171 [189]; 87, 287 [326]), Schutz vor Berufsrisiko (*BVerfGE* 59, 172 [210]), Konkurrenzschutz (*BVerfGE* 7, 377 [408]; 11, 168 [188 f.]; 19, 330 [342]; *BVerwGE* 79, 208 [211 f.]; *BayVGHE* (BayVGHE n. F. 48 I, 95 [98 f.]; anders für eine spezielle Fallkonstellation *BGH NJW* 1997, 799 [801]), Gewinnabschöpfung zugunsten der Allgemeinheit (*BVerfG NVwZ* 2001, 790 [793 f.]; *BVerwGE* 96, 302 [315]).

- 81 Kann eine Gefahr für ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut sowohl auf der subjektiven als auch auf der objektiven Stufe bekämpft werden, hat der Gesetzgeber stets die mit einem geringeren Eingriff in die Berufswahlfreiheit verbundenen Mittel der subjektiven Berufszulassungsregelung zu wählen (*BVerfGE* 7, 377 [408]).

- 82 **b) Aufweichungen der Stufenlehre.** Trotz scheinbarer Stringenz dieser ausgeklügelten Einteilung hat das BVerfG seine Stufentheorie bereits frühzeitig weiter spezifiziert, ausgebaut und sukzessiv in eine **umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung** überführt (dazu bereits *Tettinger AöR* 108 [1983], 92 [117 ff.]; s.a. *Mann/Wortmann JuS* 2013, 385 [390]), ohne explizit zwischen einzelnen Stufen zu unterscheiden (vgl. zB *BVerfGE* 115, 276 [304 ff.] – Sportwetten).

- 83 Der Grund hierfür mag darin liegen, dass die Bedeutung des Übermaßverbots als rechtsstaatlich zwingend vorgegebene Direktive vom BVerfG 1958 noch nicht realisiert worden ist. Obwohl bereits das Apotheken-Urteil durch-