

FESTSCHRIFT FÜR  
WILHELM HERSCHEL  
ZUM 85. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

PETER HANAU

GERHARD MÜLLER

HERBERT WIEDEMANN

OTFRIED WLOTZKE

in Verbindung mit dem  
Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V.



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 1982

**Universitäts-  
Bibliothek  
München**

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

*Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. [fünfundachtzigsten] Geburtstag* / hrsg. von Peter Hanau . . . -  
München: Beck, 1982.

ISBN 3 406 08587 3

NE: Hanau, Peter [Hrsg.]; Herschel, Wilhelm:  
Festschrift

ISBN 3 406 08587 3

Satz und Druck: C. H. Beck'sche Buchdruckerei Nördlingen

x P 82/1809

## INHALTSVERZEICHNIS

<i>Klaus Adomeit, Dr. jur., Professor an der Freien Universität Berlin</i> Coriolan und die Mitbestimmung . . . . .	1
<i>Friedrich Auffarth, Dr. jur., Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Honorarprofessor, Kassel</i> Das Verfahren nach § 78a Betriebsverfassungsgesetz . . . . .	13
<i>Peter Badura, Dr. jur., o. Professor an der Universität München</i> Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	21
<i>Thomas Dieterich, Dr. jur., Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Kassel</i> Methodische Bemerkungen zu den Aussperrungsurteilen des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juni 1980. . . . .	37
<i>Wilhelm Dütz, Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg</i> Tendenzaufsicht im Vereinsrecht . . . . .	55
<i>Friedhelm Farthmann, Dr. jur., Minister für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NW, Honorarprofessor, Düsseldorf</i> Sozialpolitische Konsequenzen neuer Technologien . . . . .	77
<i>Franz Gamillscheg, Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen</i> Sozialpolitische Bedeutung und Repräsentativität der Gewerkschaft im deutschen und ausländischen Recht . . . . .	99
<i>Heinz Gester, Dr. jur., Rechtsanwalt, Justitiar des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Düsseldorf, und</i> <i>Hans Hermann Wohlgemuth, Dr. jur., Assessor, Düsseldorf</i> Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf – Ergebnisse und offene Fragen . . . . .	117
<i>Albert Gnade, Kassel</i> Zur Anfechtung der Betriebsratswahl. . . . .	137
<i>Karl Gröninger, Dr. jur., Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a. D., Kassel</i> Betriebsinhaberwechsel und Kündigungsschutzklage. . . . .	163
<i>Günter Halbach, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn</i> Aktuelle Probleme der Arbeitsrechts-Gesetzgebung. . . . .	171

<i>Peter Hanau, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln</i>	
Die umgekehrte Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben . . .	191
<i>Manfred Lieb, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln</i>	
Vermutungen, Beweislastverteilung und Klarstellungsobliegenheiten im Arbeitskampf . . . . .	223
<i>Klaus-Peter Martens, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg</i>	
Konzerndimensionaler Wettbewerbsschutz . . . . .	237
<i>Theo Mayer-Maly, Dr. jur., o. Professor an der Universität Salzburg</i>	
Die Frauengleichbehandlung als Thema der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung in Deutschland und Österreich. . . . .	257
<i>Gerhard Müller, Dr. jur., Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., Honorarprofessor, Kassel</i>	
Die betriebsverfassungsrechtliche Maxime der vertrauensvollen Zusammenarbeit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts . . . . .	269
<i>Oswald von Nell-Breuning, S.J., Dr. theol., Dr. jur. h. c., o. Professor an der Philosophisch-Theologischen Hochschule St. Georgen, Frankfurt</i>	
Über das Lohnarbeitsverhältnis hinaus? . . . . .	303
<i>Dirk Neumann, Dr. jur., Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Kassel</i>	
Haushalt und Befristung im Öffentlichen Dienst. . . . .	321
<i>Klemens Pleyer, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln</i>	
Die Staatsbank der DDR – Ihre Aufgaben, ihre Verfassung und ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen. . . . .	333
<i>Bernd Rüthers, Dr. jur., o. Professor an der Universität Konstanz</i>	
Schwerbehindertengesetz und Kirchenautonomie – Ein Beitrag zur staatskirchenrechtlichen Stellung katholischer Geistlicher im Arbeitsrecht. . . . .	351
<i>Johannes Schregle, Dr. jur. Chief of Department Industrial Relation and Labour Administration, ILO, Genf</i>	
Entwicklungslinien des Arbeitsrechts in Süd-Asien. Ein Beitrag zur Arbeitsrechtsproblematik der Dritten Welt . . . . .	373
<i>Alfred Söllner, Dr. jur., o. Professor an der Universität Gießen</i>	
„Wes Brot ich eß’, des Lied ich sing“ – Meinungsäußerungen im Arbeitsverhältnis . . . . .	389
<i>Hermann Stumpf, Dr. jur., Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln</i>	
Die Versorgungsanwartschaft in der betrieblichen Altersversorgung . . . . .	409

<i>Günther Trieschmann, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn</i>	
Ungleichbehandlung im gesetzlichen Arbeitsvertragsrecht . . . .	421
<i>Herbert Wiedemann, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln</i>	
Die Bedeutung der culpa in contrahendo im Arbeitsvertragsrecht	463
<i>Günther Wiese, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim</i>	
Probleme bei der Edition von Briefen. . . . .	483
<i>Otfried Wlotzke, Dr. jur., Ministerialdirektor im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn</i>	
Zur Aufgabe einer Neuordnung des Arbeitsschutzrechts. . . . .	503

PETER BADURA

## Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG)

I. Die Weimarer Reichsverfassung hatte die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz des Reichs gestellt, die geistige Arbeit dem Schutz und der Fürsorge des Reichs anvertraut und die Verheißung ausgesprochen, daß jedem Deutschen – nach näherer Bestimmung durch die Reichsgesetze – die Möglichkeit gegeben werden sollte, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben (Art. 157 Abs. 1, 158 Abs. 1, 163 Abs. 2). *Wilhelm Herschel*, dem Vorsitzenden der einstmaligen Arbeitsgesetzbuchkommission der Bundesregierung, wird besonders vor Augen stehen, daß die Weimarer Reichsverfassung dem Reich den Auftrag erteilt hatte, ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen (Art. 157 Abs. 2), womit in der Nationalversammlung die Vorstellung verbunden worden war, das gesamte Arbeitsrecht in einem einheitlichen großen Gesetz zusammenzufassen, zu kodifizieren.<sup>1</sup>

Nach dem Kriege sind einige Landesverfassungen den in der Weimarer Reichsverfassung vorgezeichneten Weg weitergegangen und haben Richtlinien für das Wirtschafts- und Arbeitsleben und Grundfreiheiten der Arbeit aufgestellt, nicht jedoch das Grundgesetz. Unter dem Grundgesetz haben die Notwendigkeiten und Interessen der Zeit für den Ausbau des Schutzes der Arbeit in der vieldeutigen Weite des Sozialstaatsatzes und, im Zuge der neueren Verfassungsentwicklung, in einer teilhaberechtlchen Ausdeutung der Grundrechte verfassungsrechtliche Protektion gesucht. Die dem Staat zugemessene umfassende Verantwortung für die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit hat auch im juristischen Feld weitreichende Erwartungen geweckt oder begünstigt, die Verfassung und hauptsächlich die Grundrechte als ein Programm des sozialen Fortschritts ausbilden zu können. Diese Erwartungen richteten sich zunehmend<sup>2</sup> auf die Berufsfreiheit, für deren „Verwirklichung“ Aufträge an den Gesetzgeber postuliert werden. Derartiges Interpretations- und „Verwirklichungs“-interesse, mit dem rechtlich faßbaren Inhalt des Grundrechts konfrontiert, sieht sich vor den „Grenzen der dogmatischen Tradition“ und bemerkt kritisch, daß es der Verfassungspraxis fast ausschließlich um die Tätigkeit in freien Berufen und im unternehmeri-

---

<sup>1</sup> G. *Anschiütz*, Kommentar, 14. Aufl., 1933, Art. 157, Anm. 2.

<sup>2</sup> BVerfGE 33, S. 303, 330 ff. – numerus clausus. Dazu *K.-H. Hall*, JuS 1974, S. 87.

schen Bereich gehe und daß die abhängig arbeitende Bevölkerung, „deren Erwartungen die sozialstaatliche Seite des Art. 12 GG zu erfüllen hätte“, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG kaum eine Rolle gespielt habe.<sup>3</sup>

Ohne Frage gehört es zu den sozialstaatlichen Aufgaben der Gesetzgebung, den rechtlichen Schutz der Persönlichkeit und Selbstbestimmung desjenigen, der auf eine Existenz in abhängiger Arbeit angewiesen ist, zu sichern und fortzubilden. Auch lassen sich die grundlegenden Freiheiten, auf die der in abhängiger Arbeit seine Daseinsgrundlage findende Arbeitnehmer angewiesen ist, um das mögliche Maß seiner Selbstbestimmung und seiner sozialen Sicherheit gegenüber dem Arbeitgeber, den kollektiven Mächten des Arbeitslebens und dem Staat zu behaupten, als „arbeitsrechtliche Grundrechte“ formulieren und als Grundsätze oder individuelle und kollektive Rechte der Verfassung entnehmen.<sup>4</sup> Soweit diese Grundsätze und Rechte nach Inhalt und Dichte und in dem Maß ihrer individuellen Rechtszuweisung hinter den verschiedenartigen sozialstaatlich aufgefaßten „Erwartungen“ zurückbleiben, liegt das allerdings nicht an vermeintlichen „Grenzen der dogmatischen Tradition“ oder – schärfer – der traditionellen Dogmatik. An Erfindungsreichtum und Kühnheit hat es die Dogmatik, also die systematisch angelegte und theoretisch weiterdenkende Staatsrechtslehre, gewiß nicht fehlen lassen. Daß dabei „Grenzen“ zu beachten sind, ist in der Positivität und in der möglichen normativen Kraft der Verfassung und dementsprechend in der gebotenen politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers begründet, die sich nicht einfach durch theoretische Verschiebungen beschneiden läßt. Das juristische Schlaraffenland der sozialen Grundrechte und dessen Vorgarten, die teilhaberechtliche Auslegung der Grundrechte, öffnet sich nicht schon dem sozialstaatlich aufgeklärten Bewußtsein des Dogmatikers.<sup>5</sup> Die oft leicht zu erzielende Einigkeit über allgemein gefaßte

---

<sup>3</sup> H. Hege, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, 1977, S. 12ff. – Vgl. auch U. Scheuner, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV 1971, S. 505, 512.

<sup>4</sup> P. Badura, Grundfreiheiten der Arbeit, in: Festschrift für Friedrich Berber, 1973, S. 11; W. Herschel, Grundfreiheiten der Arbeit, BABl. 1974, S. 329.

<sup>5</sup> K. H. Friauf, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, S. 674; W. Martens-P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 7, 43; E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529, 1535ff.; E. Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, 50. DJT, 1974, Sitzungsberichte G; P. Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung in der Bundesrepublik Deutschland, Staat 14 (1975), S. 17; F. Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100, 2104f.; H. H. Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), S. 161, 176ff.; R. Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Festgabe für das Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 89; K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik

Programmformeln und die häufig zu beobachtende Uneinigkeit über die daraus scheinbar deduktiv abzuleitenden Rechtsfolgen im einzelnen zeigen, daß die theoretischen Landnahmen des sozialstaatlichen Verfassungsrechts nur gesichert sind, wenn sie für einzelne Grundrechte und für konkrete Fallgruppen ihres Anwendungsbereichs durchgehalten werden können und Anerkennung finden. Dabei wird die soziale Staatsaufgabe nicht außer acht bleiben, werden aber auch die „verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen“ zu bedenken sein.<sup>6</sup>

II. Das Grundrecht der Berufsfreiheit muß durch den epochalen Vorgang der sozialstaatlichen Überlagerung und auch Verdrängung der Staatszielbestimmung, Freiheit und Eigentum zu schützen, durch die Staatsaufgabe, Arbeit und soziale Sicherheit zu garantieren, zum zentralen Freiheitsrecht der persönlichen Lebensführung werden – anders als die Gewerbefreiheit. In der entwickelten Industriegesellschaft werden Daseinssicherung und Persönlichkeitsentfaltung weniger durch die Nutzung und den Ertrag privatrechtlichen Eigentums als vielmehr durch arbeits- und sozialrechtliche Rechtstitel und verwaltungsrechtliche Zuweisungen erreicht, die an die individuelle Arbeitsleistung des Selbständigen oder des Arbeitnehmers anknüpfen. Der verfassungsrechtliche Schutz des Berufes ist ein Kernstück der materiellen Daseinsgrundlagen, soweit diese durch individuelle Leistung bestimmt werden. Das gilt auch dann, wenn die Verfassung nur die Freiheit des Berufes gewährleistet und nicht ein „Recht auf Arbeit“ gewährt. In dem Zusammenhang der Grundrechte, wie ihn der Katalog des Grundgesetzes versteht, ordnet sich die Berufsfreiheit über ihre Bedeutung für die materielle Daseinssicherung hinaus dem Schutzversprechen ein, das dem Staat für die Würde des Menschen und die freie Entfaltung der Persönlichkeit obliegt. Die Arbeit ist nicht nur Beitragen zur Erwirtschaftung des Sozialprodukts, sondern auch unentrinnbarer Schauplatz menschlicher Selbstverwirklichung. Das Grundrecht der Freiheit des Berufes behält dem einzelnen die grundsätzlich freie Selbstbestimmung darüber vor, auf welche Weise er sich den Aufwand seiner Lebensführung durch Erwerbstätigkeit beschaffen will. Der einzelne soll in den Grenzen der Gemeinverträglichkeit und ohne die Verletzung von Rechten Dritter Arbeit als Beruf frei wählen und ausüben dürfen. Um diese Freiheit auch für die abhängige Arbeit in der ganzen Vielfältigkeit ihrer Erscheinungsformen hinreichend zu gewährleisten, muß der Gesetzgeber die Rechtsordnung so gestalten, daß sie dem besonderen Schutzbedürfnis der abhängigen Ar-

---

Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427, 433 f.; D. Lorenz, Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte, JBl. 1981, S. 16; Chr. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, S. 237, 239 ff.

<sup>6</sup> W. Weber, in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 249.

beit zu Hilfe kommt, soweit dem die Protektion durch die Tarifautonomie nicht Rechnung tragen kann.

Die bisherige Praxis des Bundesverfassungsgerichts hat es in der Tat ganz überwiegend mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Beschränkungen oder sonstigen Eingriffen zu Lasten der freien Wahl oder der freien Ausübung unternehmerischer Betätigung und der sog. freien Berufe zu tun gehabt. Die so zustande kommende Stoffsammlung für die Schutzwirkung des Grundrechts spiegelt die Gestaltungen, Interventionen und Reglementierungen des Gesetzgebers im Bereich der freien Berufe und der Unternehmenstätigkeit wider. Daraus darf jedoch nicht geschlossen werden, daß die Auslegung des Grundrechts durch das Bundesverfassungsgericht einer Vereinseitigung der Berufsfreiheit und ihrer Schutzwirkung gerade zugunsten der selbständigen Berufstätigkeit Vorschub geleistet hätte. Die Grundlinie der verfassungsgerichtlichen Praxis hat vielmehr zu Auslegungsgedanken geführt, die der in der Arbeit als Beruf verkörperten persönlichen Lebensleistung einen bevorzugten Schutz verschaffen. Schon bei der Kommentierung des Apotheken-Urteils konnte die Kernfrage der dort entwickelten Grundrechtsauslegung dahin formuliert werden: „Wie ist unter Vorrang der Persönlichkeit(swerte) gegenüber der Sachgüterwelt die Entfaltungsfreiheit des Individuums gegen die Interessen der Allgemeinheit abzugrenzen?“<sup>7</sup>

Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit.<sup>8</sup> Es schützt die menschliche Persönlichkeit, die nach der Ordnung des Grundgesetzes der oberste Rechtswert ist, in einem für ihre Selbstbestimmung in der arbeitsteiligen Industriegesellschaft besonders wichtigen Bereich.<sup>9</sup> Die Berufsarbeit ist nach Art. 12 Abs. 1 GG als ein wesentliches Stück der Persönlichkeitsentfaltung zu sehen, und ihr ist deshalb im Rahmen der individuellen Lebensgestaltung des Einzelnen ein besonders hoher Rang zuzuerkennen.<sup>10</sup> Die Berufsfreiheit verwirklicht sich gegenwärtig – abgesehen von dem der Sonderregelung des Art. 33 GG unterliegenden öffentlichen Dienst – vorwiegend im Bereich der privaten Berufs- und Arbeitsordnung und ist hier vornehmlich darauf gerichtet, die eigenpersönliche, selbstbestimmte Lebensgestaltung abzuschirmen, also Freiheit von Zwängen oder Verboten im Zusammenhang mit Wahl und Ausübung des Berufes zu gewährleisten.<sup>11</sup> Vorbildung, Berufswahl und Berufsausübung sind dabei als ein einheitlicher Lebensvorgang zu beurteilen.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> W. Leisner, JuS 1962, S. 463, 464.

<sup>8</sup> BVerfGE 30, S. 292, 335.

<sup>9</sup> BVerfGE 41, S. 251, 263 f.

<sup>10</sup> BVerfGE 32, S. 54, 71.

<sup>11</sup> BVerfGE 33, S. 303, 331.

<sup>12</sup> BVerfGE 41, S. 251, 264.

Art. 12 Abs. 1 GG unterscheidet nicht zwischen dem selbständig und dem unselbständig ausgeübten Beruf; auch abhängige Arbeit kann als Beruf gewählt werden und wird es in der modernen Gesellschaft tatsächlich immer mehr. Wenn eine Tätigkeit in selbständiger und in unselbständiger Form ausgeübt werden kann und beide Formen der Ausübung eigenes soziales Gewicht haben, so ist auch die Wahl der einen oder der anderen Form der Berufstätigkeit und der Übergang von der einen zur anderen eine Berufswahl im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.<sup>13</sup> Das Grundrecht gewährleistet dem Einzelnen, jede Arbeit, für die er sich geeignet glaubt, als „Beruf“ zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.<sup>14</sup> Wohl zielt das Grundrecht auf den Schutz der – wirtschaftlich sinnvollen – Arbeit, aber es sieht sie als „Beruf“, d. h. in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten: die Arbeit als „Beruf“ hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde.<sup>15</sup> Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist also in erster Linie persönlichkeitsbezogen. Es konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzhaltung. Es ist in hohem Maße „zukunftsgerichtet“.<sup>16</sup>

III. Die Berufsfreiheit umfaßt die Gewerbefreiheit (vgl. Art. 151 Abs. 3 WeimRVerf), reicht aber weiter als diese. Außerdem unterscheidet sie sich von der Gewerbefreiheit durch ihren „personalen Grundzug“.<sup>17</sup> In einer etwas schroff gefaßten Entgegensetzung sagt das Gericht, daß die Garantie des Art. 12 Abs. 1 GG ein Grundrecht sei, was offenbar mit der Kennzeichnung des „personalen Grundzugs“ und dem darin zum Ausdruck kommenden „individualrechtlich-personalen Ansatz“ verbunden wird, daß es sich bei dieser Garantie aber nicht – wie etwa in Art. 151 Abs. 3 WeimRVerf – um die Proklamierung der „Gewerbefreiheit“ als eines objektiven Prinzips der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung handle.<sup>18</sup>

Bei widerspruchsfreier Konstruktion müßte damit gemeint sein, daß die in der Berufsfreiheit aufgegangene Gewerbefreiheit nunmehr, anders als vorher, ebenfalls durch jenen „personalen Grundzug“ geprägt wäre. Der Garantie ließe sich so zwar ein einheitlicher „Grundzug“ bewahren,

<sup>13</sup> BVerfGE 7, S. 377, 398 f.; 54, S. 301, 322.

<sup>14</sup> BVerfGE 50, S. 290, 362.

<sup>15</sup> BVerfGE 7, S. 377, 397; 50, S. 290, 362.

<sup>16</sup> BVerfGE 30, S. 292, 334.

<sup>17</sup> BVerfGE 50, S. 290, 362 unter Bezugnahme auf BVerfGE 7, S. 377, 397.

<sup>18</sup> BVerfGE 50, S. 290, 362 f.

die Gewerbefreiheit wird in dieser Deutung jedoch inhaltlich verändert. Für den bürgerlichen Verfassungsstaat und seine Grundrechte war die Gewerbefreiheit sicher ein objektives Prinzip der „Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung“, aber eben auch ein Grundrecht. Nach § 1 GewO und dann nach Art. 151 Abs. 3 WeimRVerf war die Gewerbefreiheit ein durch Reichsgesetz und dann durch die Verfassung verbürgtes wirtschaftliches Freiheitsrecht. Der „individualrechtlich-personale Ansatz“ des Bundesverfassungsgerichts verstärkt auf der einen Seite den Schutz des Grundrechts gegenüber dem Gesetzgeber, verkürzt auf der anderen Seite aber die Schutzwirkung des Grundrechts als einer Garantie der Wirtschaftsfreiheit. Die „persönlichkeitsbezogene“ Berufsfreiheit beschränkt den Anwendungsbereich des Grundrechts nicht auf die „persönliche“ Berufstätigkeit natürlicher Personen, charakterisiert aber die freien Berufe, die selbständige Berufstätigkeit der Unternehmer, sonstigen Gewerbetreibenden, Landwirte und anderen Wirtschaftsbereiche und die Berufe der abhängigen Arbeit als den eigentlichen Gewährleistungsgegenstand des Art. 12 Abs. 1 GG.

Für die verfassungsrechtlich zugelassenen, zu rechtfertigenden oder gebotenen Regelungen des Gesetzgebers ist die „personale“ Stilisierung der Berufsfreiheit von erheblicher Tragweite. Ist von einem „personalen Kern“ des Grundrechts auszugehen und macht der „personale Grundzug“ den „eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts“ aus,<sup>19</sup> sieht sich die Unternehmenstätigkeit juristischer Personen, größerer Unternehmen und größerer Unternehmer für den Schutz durch die Berufsfreiheit auf eine schwächere Position verwiesen, nicht zuletzt in dem Fall, daß das Gesetz Regelungen zum Schutz oder im Interesse der abhängigen Arbeit trifft. Gerade im Lichte dieser Konstellation hat das Mitbestimmungs-Urteil die Folgerungen aus der „personalen“ Interpretation der Berufsfreiheit nachgezeichnet.<sup>20</sup>

Es bleibt dabei, wie zunächst bestätigt wird, daß die Berufsfreiheit auch juristischen Personen zukommt und daß sie grundsätzlich auch die „Unternehmerfreiheit“ im Sinne der freien Gründung und Führung von Unternehmen schützt. Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbes. ein Gewerbe, zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann. Während sich aber bei der Gründung und Führung eines Klein- oder Mittelbetriebs der personale Grundzug des Grundrechts „auch im wirtschaftlichen Bereich voll verwirklicht“, geht dieser bei Großunternehmen „nahezu gänzlich“ verlo-

---

<sup>19</sup> BVerfGE 50, S. 290, 364 f.

<sup>20</sup> BVerfGE 50, S. 290, 363 ff.

ren; er mag sich noch bei einem maßgebenden Anteilseigner finden, vor allem wenn er – wie bei der GmbH möglich – zugleich in der Leitung des Unternehmens tätig ist. „Davon abgesehen ist indessen Unternehmerfreiheit im Fall von Großunternehmen nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern grundrechtliche Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichen . . .“ Im weiteren wird eine Parallele zur Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG – nicht also zur Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) – gezogen. „Angesichts der Größe der dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen fehlt deren Berufsfreiheit weitgehend der personale Grundzug, der den eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts ausmacht. Die Grundrechtsträger (sc. die Handelsgesellschaften/Arbeitgeber) können die verbürgte Freiheit nur mit Hilfe anderer, der Arbeitnehmer, wahrnehmen, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind. Schon insoweit steht ihre Freiheit in ‚einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion‘; davon abgesehen können die über das Unternehmen hinausreichenden Auswirkungen der Wahrnehmung dieser Freiheit nicht außer Betracht bleiben.“ Diese Lehre des Bundesverfassungsgerichts hat zur Folge, daß der spezifische Gewährleistungsgehalt der Berufsfreiheit außerhalb jenes „personalen Kerns“<sup>21</sup> sehr verblaßt und eine Gleichrichtung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe nach Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 GG, letztlich auch nach Art. 2 Abs. 1 GG als Garantie der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit, zustande kommt. Die Dialektik des personalen Bezugs und des sozialen Bezugs und der sozialen Funktion der wirtschaftlichen Freiheiten überspielt die selbständigen Schutzziele der verschiedenen Grundrechte. Dem Namen nach weist die personale Grundrechtsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts auf Freiheitsvorstellungen des deutschen Idealismus, der Sache nach gibt sie einer sozialstaatlichen Öffnung der wirtschaftlichen Grundrechte gegenüber der gesetzgeberischen Gestaltung Raum. Die persönliche Arbeit als Beruf und nicht zuletzt die abhängige Arbeit im Interessenkonflikt mit dem Unternehmen und Arbeitgeber finden damit in der Berufsfreiheit einen gut begründeten Stützpunkt.

IV. Die Grundrechtsvorschriften der Art. 12 und 12a GG vereinigen verschiedene Freiheiten, Rechte und Garantien, die unter dem Generalnenner der Freiheit des Berufes und der selbstbestimmten Verfügung über die persönliche Arbeitskraft zusammengefügt sind. Arbeit und wirtschaftliche Tätigkeit werden durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht

---

<sup>21</sup> Der von *R. Scholz*, *Entflechtung und Verfassung*, 1981, S. 182f., gebrauchte Ausdruck „personale Berufsfunktion“ gibt die schwimmende Bedeutung der Formel des BVerfG noch handgreiflicher wieder.

schlechthin mit einer Gewährleistung versehen, sondern in ihrer Verkörperung als Beruf. Durch die Verfassung wird weiter nicht schlechthin die berufliche Tätigkeit geschützt, sondern das Verbot ausgesprochen, jemanden zu einer bestimmten Arbeit oder Dienstleistung zu zwingen, und das Recht zuerkannend, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen sowie den Beruf frei auszuüben, vorbehaltlich einer zulässigen gesetzlichen Regelung.

Das Schutzziel der Berufsfreiheit wird abweichend von dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG definiert, wenn es im Hinblick auf die abhängige Arbeit als Schutz der Arbeitnehmerinteressen im Sinne der Voraussetzungen, d. h. der realen Bedingungen der Selbstverwirklichung im beruflichen oder außerberuflichen Sektor verstanden wird.<sup>22</sup> Unterstellt man, daß „Selbstverwirklichung“ ein faßbarer Gegenstand von Rechten ist, bleibt ein wesentlicher Unterschied zwischen dem als Recht ausgebildeten Verbot, die „Selbstverwirklichung“ des Arbeitnehmers ungerechtfertigt zu hindern oder zu beschneiden, etwa durch arbeitsreglementierende Normen und Verwaltungsakte,<sup>23</sup> und dem als Grundsatz oder als Recht ausgeformten Gebot, allen Deutschen die mögliche reale Voraussetzung der „Selbstverwirklichung“ als Arbeitnehmer zu verschaffen. Zu eng ist andererseits die Anschauung, Freiheit des Berufes und Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes deuteten nur auf die verschiedenen Inhalte des einheitlich zu betrachtenden Freiheitsrechts hin und die Freiheit der unselbständigen Berufe erschöpfe sich in der Freiheit vom Zwang zu einem bestimmten Arbeitsplatz.<sup>24</sup> Die Hervorhebung des Rechts, den Arbeitsplatz frei zu wählen, wendet sich gegen eine spezifische Beeinträchtigung der Arbeitnehmer<sup>25</sup> und stellt nicht die den Arbeitnehmern verfassungsrechtlich zugedachte Form der Berufsfreiheit dar. Der grundrechtliche Schutz der Arbeit als Beruf setzt die Tätigkeit, deren Freiheit zugesichert wird, in Beziehung zu der Persönlichkeit des Arbeitenden in jenem hervorgehobenen Sinn, den die Hauptfreiheitsrechte der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG meinen, und macht die Schutzwürdigkeit dieser Tätigkeit davon abhängig, daß sie zur Daseinssicherung und Lebensführung dienen soll; dies hebt den stärkeren Schutz der Freiheit des Berufes von dem allgemeinen Recht der freien wirtschaftli-

<sup>22</sup> W. Hoffmann-Riem, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 385, 398 f.

<sup>23</sup> Vgl. W. Zöllner, Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, 52. DJT, 1978, Gutachten D 99.

<sup>24</sup> So G. Uber, Freiheit des Berufs, 1952, S. 84. Dagegen O. Bachof, Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, III/1, 1958, S. 155, 183; H. Scholtissek, Die Berufsfreiheit und der Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG, in: Festgabe für Günther Küchenhoff, 1967, S. 203, 204.

<sup>25</sup> P. Badura, Grundfreiheiten der Arbeit, S. 21.

chen Betätigung nach Art. 2 Abs. 1 GG ab. Diese verfassungsrechtliche Qualität der Arbeit als Beruf wird von einer Meinung verkannt, die dem Bundesverfassungsgericht vorhält, es habe Beruf und Arbeit zu Unrecht miteinander identifiziert, die besondere Qualifizierung der Arbeitskraft durch Ausbildung negiert und auch mit der Zulassung der gesetzlichen Ausformung von „Berufsbildern“ einer „Funktionalisierung des Ausbildungssystems nach Arbeitsmarktbedürfnissen“ Vorschub geleistet; nicht „jede beliebige kurzfristige abhängige und entfremdete Arbeit“ dürfe als „Beruf“ bezeichnet werden.<sup>26</sup>

Für die Ausmessung der Freiheitsgarantie, die der Arbeitnehmer kraft der Berufsfreiheit erhält, sind die grundrechtlichen Fragestellungen von besonderem Interesse, die sich für die Rechtsbeziehungen des kollektiven Arbeitsrechts und des Individualarbeitsrechts ergeben.<sup>27</sup> Die Betrachtung kann sich nicht auf die Bindung der öffentlichen Gewalt, insbes. des Gesetzgebers, beschränken. Auch die Tarifparteien müssen das Grundrecht respektieren. Das gleiche gilt für den Arbeitgeber und den Betriebsrat bei der Wahrnehmung der Rechte und der Erfüllung der Pflichten, die aus dem Betriebsverfassungsrecht hervorgehen. Die kollektivrechtliche Regelungs- und Entscheidungsgewalt, sei sie vom Gesetz verliehen oder nur anerkannt, ist für den Arbeitnehmer kein Gegenstand rechtsgeschäftlicher Disposition. Der Gesetzgeber hat Befugnisse der Tarifparteien und der Organe der Betriebsverfassung geschaffen oder zugelassen, die für Begründung, Beendigung und Inhalt konkreter Arbeitsverhältnisse bestimmend sind und damit den einzelnen Arbeitnehmer in Wahl und Ausübung des Berufes und in der Wahl des Arbeitsplatzes einer objektivrechtlichen Gestaltungsmacht aussetzen, der er sich nicht entziehen kann.<sup>28</sup>

Ein anderer Ausgangspunkt besteht für den von der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit beherrschten Individualarbeitsvertrag. Das Gesetz hat hier – über die Einrichtungen und Gestaltungsmöglichkeiten des kollektiven Arbeitsrechts hinaus – durch verschiedenartige Bedingungen und Kautelen die Privatautonomie des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers beschränkt und dadurch dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers Rech-

---

<sup>26</sup> I. Richter, *Ausbildung und Beruf*, JZ 1981, S. 176, 182f.

<sup>27</sup> R. Scholz, *Die Berufsfreiheit als Grundlage und Grenze arbeitsrechtlicher Regelungssysteme*, Vortrag am 8. 5. 1981 auf dem Wiesbadener Arbeitsrechtsseminar, ZfA 1981, S. 265, 274, 287, entwickelt die Berufsfreiheit als verfassungsrechtliche Grundlage des arbeitsrechtlichen Kontraktsystems und auch des Wettbewerbs- und des Marktsystems in den arbeitsrechtlichen Beziehungen.

<sup>28</sup> Die Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen nach § 75 BetrVG schließen eine Schutz- und Förderungspflicht für bestimmte Grundrechtspositionen der Arbeitnehmer ein. Diese gesetzliche Regelung kann naturgemäß über die Grundrechtsbindung der betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse nicht abschließend befinden.

nung getragen. Die ungeachtet aller dieser gesetzlichen und kollektivrechtlichen Vorkehrungen fortbestehende soziale Stärke des Arbeitgebers und soziale Schwäche des Arbeitnehmers hat eine Geltung der Grundrechte des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber nahegelegt, um das soziale Ungleichgewicht des Arbeitsverhältnisses nicht auch zu einer Abhängigkeit des Arbeitnehmers bei der Ausübung von Grundrechten ausschlagen zu lassen. Die Rechtfertigung für diese privatrechtsgestaltende Wirkung der Grundrechte liegt konstruktiv in dem direktiven objektiven Gehalt der Grundrechte und substantiell in der daseinsbestimmenden Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den einzelnen Arbeitnehmer. Der notwendige Ausgleich der grundrechtlichen Berechtigungen mit der privatrechtlichen und privatautonomen Grundlage des einzelnen Arbeitsverhältnisses führt in den verschiedenen Konfliktfällen zu häufig zweifelhaften Abwägungsfragen, die hier nicht zu verfolgen sind.<sup>29</sup>

Eine im Grundsatz seit langem fest abgesteckte Schutzwirkung konnte dem Recht des Arbeitnehmers entnommen werden, den Arbeitsplatz frei zu wählen. Dieses Grundrecht umfaßt das auch gegenüber dem Arbeitgeber wirkende Recht, den gewählten Arbeitsplatz beizubehalten, aufzugeben und zu wechseln. In dieser Bedeutung begrenzt es die Möglichkeit, das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers durch vertragliche Vereinbarung von Zahlungspflichten, z. B. die Rückzahlungspflicht für Ausbildungsaufwendungen, Gratifikationen oder Prämien, in unbilliger Weise mit nachteiligen Folgen zu verbinden und damit zu erschweren.<sup>30</sup> Das Grundrecht bildet hier einen Maßstab für die Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Klauseln, die eine Beeinträchtigung der freien Wahl des Arbeitsplatzes mit sich bringen.

Die freie Wahl und Ausübung des Berufes wird durch gesetzliche Vorschriften und durch vertragliche Abreden berührt, die eine Nebentätigkeit des Arbeitnehmers verbieten oder beschränken oder die es dem Arbeitnehmer verbieten, während des Arbeitsverhältnisses oder nach dessen Beendigung eine Tätigkeit auszuüben, durch die dem Arbeitgeber ein Wettbewerb entsteht. So bedarf das allgemeine Verbot zu Lasten des Handlungsgehilfen, ein Handelsgewerbe ohne Einwilligung des Prinzipals zu betreiben (§ 60 Abs. 1 HGB), einer Einschränkung, weil

---

<sup>29</sup> Vgl. *W. Zöllner*, *Arbeitsrecht*, 2. Aufl., 1979, § 71.

<sup>30</sup> BAG AP Nrn. 25, 26 und 29 zu Art. 12 GG; BAG 25, 107, 111 f. = AP Nr. 4 zu § 44 BAT. – Auch eine Tarifbestimmung, die vorsieht, daß die aus Anlaß einer Versetzung aus dienstlichen Gründen zu erstattenden Umzugskosten vom Arbeitnehmer zurückzuzahlen sind, wenn dieser vor Ablauf einer bestimmten Frist von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht, verstößt gegen Art. 12 GG und ist daher unwirksam (BAG 25, S. 107). Zu einer Umzugskostenabrede vgl. BAG AP Nr. 50 zu Art. 12 GG.

eine so weitgehende Beschränkung des Arbeitnehmers sich mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbaren läßt. Der Betrieb eines Handelsgewerbes ohne Einwilligung des Arbeitgebers kann – so die verfassungskonforme Auslegung – dem Handlungsgehilfen nur verwehrt sein, wenn dies den Arbeitgeber schädigen kann, d. h., wenn der Angestellte ein Handelsgewerbe im Handelszweig des Arbeitgebers betreibt, so daß dieses Handelsgewerbe für den Arbeitgeber wettbewerbsmäßig eine Gefahr bedeutet.<sup>31</sup>

Die Verpflichtung des Angestellten, sich einer Konkurrenztaetigkeit zu enthalten, ist eine Folge der freiwillig übernommenen vertraglichen Bindung gegenüber dem Arbeitgeber und deshalb durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht ausgeschlossen.<sup>32</sup> Arbeitsvertragliche Wettbewerbsverbote sind auch für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen, soweit sie nicht eine unbillige Beschränkung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers bewirken.<sup>33</sup> Für die inhaltliche Überprüfung derartiger vertraglicher Wettbewerbsverbote, soweit nicht schon eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht (§§ 74 ff. HGB), hat das Bundesarbeitsgericht zunächst auf die privatrechtlichen Generalklauseln zurückgegriffen, dann aber mit Hilfe einer bemerkenswerten Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG eine analoge Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften vorgenommen. In dieser Praxis tritt ein berufsrechtliches Verständnis der Arbeit zutage, das über das Gebiet der Wettbewerbsverbote hinaus von großer Tragweite ist.

Bei der Prüfung einer Konkurrenzklausele zu Lasten eines angestellten Anwaltsassessors hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß die für Wettbewerbsverbote mit kaufmännischen Angestellten geltenden Vorschriften des § 74 Abs. 2 HGB und des § 74a Abs. 1 Satz 3 HGB auf Wettbewerbsverbote mit sonstigen Arbeitnehmern, die nicht Handlungsgehilfen sind, entsprechend anzuwenden sind.<sup>34</sup> Das Gericht unterstreicht, daß entscheidender sachlicher Anlaß für die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten seitens des Arbeitgebers immer mehr die fachliche Qualifikation des jeweiligen Arbeitnehmers ist. Dementsprechend sei das Schutzbedürfnis aller Arbeitnehmer vor untragbaren Wettbewerbsverboten gewachsen. Geändert hätten sich zugleich die Vorstellungen von dem Wert beruflichen Wissens und Könnens und der beruflichen Erfahrung. Beides werde heute von Arbeitnehmern aller Gruppen

---

<sup>31</sup> BAG 22, 344 = AP Nr. 4 zu § 60 HGB.

<sup>32</sup> BAG 22, 344, 351 = AP Nr. 4 zu § 60 HGB.

<sup>33</sup> St. Westhoff, Wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Legitimität von Wettbewerbsverboten, RdA 1976, S. 353. – BAG 18, 291, 297 = AP Nr. 21 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele.

<sup>34</sup> BAG Urt. vom 13. September 1969 AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele = EzA § 74 Nr. 10 mit Anm. von Cl.-W. Canaris, SAE 1971, S. 111 (abl.).

viel mehr als früher als besonders schutzbedürftiger ideeller Wert und als besonders schutzbedürftiger echter Vermögenswert angesehen. Daraus habe sich eine gewandelte Wertvorstellung des modernen Menschen vom Grundrecht der Berufsfreiheit entwickelt (Art. 12 Abs. 1 GG). Diese Wertvorstellung werde dadurch verstärkt, daß berufliches Wissen und Können den Menschen in den Stand versetze, sich den rasch wechselnden technischen Gegebenheiten anzupassen. Berufliches Wissen und Können seien für Arbeitnehmer aller Art mit einem beträchtlichen ideellen und finanziellen Wert als besonders schutzbedürftig anzusehen. In einer weiteren Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht die §§ 74 ff. HGB auf Mandantenschutzklauseln entsprechend angewandt, durch die dem Angestellten eines Steuerberaters untersagt wird, nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses als Angestellter in einem anderen Arbeitsverhältnis oder als Selbständiger Mandanten seines früheren Arbeitgebers zu betreuen.<sup>35</sup> Das Gericht stellt darauf ab, daß auch für Angestellte von Angehörigen der freien Berufe – vielleicht hier sogar in gesteigertem Maße – berufliche Erfahrung sowie berufliches Wissen und Können als schutzbedürftiger echter Vermögenswert zu gelten hätten, der für viele die einzige Existenzgrundlage sei. Eine entschädigungslose Beschränkung in der Verwertung dieser Fähigkeiten erscheine deshalb heute nicht mehr vertretbar. Dies entspreche der Tendenz unserer Zeit, die mehr als früher den wirtschaftlichen neben den ideellen Seiten des freien Berufes eine eigenständige Bedeutung zumesse. Der Wert der Arbeitskraft wird danach von dem Gericht als ein schutzwürdiger Vermögenswert angesehen, mit der Folge, daß eine Beschränkung in der Verwertung dieser beruflich qualifizierten Arbeitskraft einen geldwerten Ausgleich verdient. Der Grundsatz der bezahlten Karenz findet so eine verfassungsrechtliche Grundlage in der Berufsfreiheit. In einer dritten Entscheidung stellt das Bundesarbeitsgericht zur Erwägung und Überprüfung, ob § 75 Abs. 3 HGB dadurch gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt, daß nach dieser Bestimmung bei einer vom Arbeitnehmer veranlaßten Kündigung aus wichtigem Grund der Arbeitnehmer an das Wettbewerbsverbot gebunden ist, aber dennoch keine Karenzentschädigung erhalten soll.<sup>36</sup> „Wegen der in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Wertvorstellung von der ungehinderten Ausnutzung beruflichen Könnens und Wissens, die nur aus besonderen Gründen erschwert werden darf, hat die Rechtsprechung den Grundsatz herausgestellt, daß eine entschädigungslose Beschränkung in der Verwertung beruflichen Könnens und Wissens und beruflicher Erfahrung nicht mehr vertretbar ist. Für alle Arbeitneh-

---

<sup>35</sup> BAG Urt. vom 16. Juli 1971 AP Nr. 25 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel = EzA § 138 BGB Nr. 7 mit Anm. von K.-P. Martens, SAE 1972, S. 101.

<sup>36</sup> BAG Urt. vom 26. Oktober 1973 AP Nr. 5 zu § 75 HGB mit Anm. von G. Beitzke.

mer sind daher Wettbewerbsverbote (auch Mandantenschutzklauseln) nur noch dann als verbindlich angesehen worden, wenn ihnen eine Entschädigung dafür zugebilligt ist, daß sie ihre beruflichen Fähigkeiten nicht nach ihrer freien Entscheidung ausnutzen können . . .“

Das als Grundrecht verbürgte Recht, Arbeit als Beruf frei zu wählen und auszuüben, schließt somit das Recht ein, frei darüber zu entscheiden, wie berufliches Können und Wissen und berufliche Erfahrung zur Daseinssicherung und Lebensführung verwertet werden sollen. Regelungen oder Abreden, die dieses Recht berühren und beeinträchtigen, bedürfen der Rechtfertigung gegenüber dem Grundrecht. Diese Betrachtungsweise schiebt einer nur abstrakten Berücksichtigung von Beruf und Arbeit einen Riegel vor und gibt der persönlichen Berufsbiographie eine verfassungsrechtliche Gewährleistung. Sie gibt auch eine Handhabe dafür, die Vielgestaltigkeit der Berufe und die unterschiedlichen Abhängigkeiten der Berufsangehörigen differenzierend zur Geltung zu bringen, bis hin zu der Frage der Grenzziehung zwischen den Berufen der abhängigen Arbeit und den Berufen der Selbständigen.<sup>37</sup> Eine Grundlinie der Auslegung, die für die Eigentumsgarantie bereits Anerkennung gefunden hat, ist damit auch im Rahmen der Berufsfreiheit zum Durchbruch gekommen. „In der heutigen Gesellschaft erlangt die große Mehrzahl der Staatsbürger ihre wirtschaftliche Existenzsicherung weniger durch privates Sachvermögen als durch den Arbeitsertrag und die daran anknüpfende solidarisch getragene Daseinsvorsorge, die historisch von jeher eng mit dem Eigentumsgedanken verknüpft war (BVerfGE 40, S. 65, 84).“<sup>38</sup>

V. Die grundrechtliche Gewährleistung der freien Selbstbestimmung und Verfügung über den Beruf, die erworbene berufliche Qualifikation und die Berufsausübung zeigen ein klares Schutz- und Ordnungsziel des Grundrechts. Die Garantie kann sich auch für Regelungen und Abreden auswirken, die den Zugang zum Arbeitsplatz und den Bestand des Arbeitsplatzes zum Gegenstand haben oder diese Tatbestände beeinflussen. Sie stellt jedoch nicht die Grundlage für Ansprüche auf die Verschaffung von Berufsqualifikation oder eines Arbeitsplatzes dar.<sup>39</sup> Im Gegenteil ist die Berufsfreiheit ein Recht und eine Richtlinie, die Gesetz und Tarifvertrag binden, soweit Verteilung, Umverteilung oder sonstige Bewirtschaftung von Berufen, beruflicher Qualifikation und Arbeitsplätzen ge-

---

<sup>37</sup> Vgl. R. Scholz, Berufsfreiheit, ZfA 1981, S. 265, 286 ff.

<sup>38</sup> BVerfGE 53, S. 257, 290.

<sup>39</sup> M. Lepa, Der Inhalt der Grundrechte nach der Rechtsprechung, 3. Aufl., 1976, Art. 12, Rdnr. 9 (unter Bezugnahme auf BVerwGE 8, S. 170, 191 f.); J. Isensee, Der Zugang zum Öffentlichen Dienst, in: Festgabe für das Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 337, 347 ff.; B.-Schmidt-Bleibtreu-F. Klein, Grundgesetz, 5. Aufl., 1980, Art. 12, Rdnr. 9.

regelt werden sollen. Ein allgemeines „Recht auf Arbeit“, als sozialstaatlicher Grundsatz eine Direktive für Gesetzgebung und Regierung, läßt sich dem Art. 12 Abs. 1 GG nicht entnehmen,<sup>40</sup> könnte vielmehr mit diesem Grundrecht in Konflikt geraten, wenn es unter Mißachtung der beruflichen Selbstbestimmung des einzelnen verwirklicht werden sollte.

Dennoch beschränkt sich die Schutzwirkung des Grundrechts nicht auf die Abwehr unbilliger und unverhältnismäßiger Freiheitsbeschränkungen. Der anerkannte Auslegungsgedanke, daß den Grundrechten objektive Grundsatznormen innewohnen, die „Ermächtigung“, Auftrag und Grenze für den Gesetzgeber sind, trägt dem Gesetzgeber Schutz- und Ausgestaltungspflichten zur Sicherung der grundrechtlichen Schutzgüter und Freiheiten auf, die je nach Sachlage auch subjektive Rechte einzelner hervorbringen können.<sup>41</sup> Dieser Weg kann, vermittelt durch das Gesetz, zu einer „Drittwirkung“ der Berufsfreiheit und auch zu teilhaberechtlichen Folgerungen aus dem Grundrecht führen. Die Verhütung und Beseitigung rechtlicher oder sozialer Hindernisse der beruflichen Selbstbestimmung und der freien Verfügung über die erworbene berufliche Qualifikation wird kraft des Grundrechts der Verantwortung des arbeits-, wirtschafts- und sozialpolitischen Gesetzgebers aufgegeben.

Die Entwicklung derartiger grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers gehört erst der neueren Grundrechtspraxis an. Ihr bisheriges Anwendungsfeld ist das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). Das Bundesverfassungsgericht hat die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG abgeleitet, darüber hinaus aber auch aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG entnommen. Die Schutzpflicht wird umfassend verstanden. „Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“<sup>42</sup> Sie gilt für jedes menschliche Leben<sup>43</sup> und für die körperliche Unversehrtheit.<sup>44</sup>

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß Schutzpflicht und

---

<sup>40</sup> *W. Herschel*, „Recht auf Arbeit“ und Kündigungsschutz, BB 1977, S. 708; *D. Reuter*, Das Recht auf Arbeit – ein Prinzip des Arbeitsrechts? RdA 1978, S. 344; *W. Zöllner*, Gutachten, D 91 ff.; *R. Scholz*, Das Recht auf Arbeit, in: Böckenförde-Jekewitz-Ramm, Soziale Grundrechte, 1980, S. 75; *P. Badura*, Grundfreiheiten der Arbeit, S. 33 ff.

<sup>41</sup> *W. Hoffmann-Riem*, Arbeitsteilige Berufsausübung, S. 388, 394; *K. Hesse*, Grundrechte, S. 437.

<sup>42</sup> BVerfGE 39, S. 1, 41, 42.

<sup>43</sup> BVerfGE 46, S. 160, 164.

<sup>44</sup> BVerfGE 49, S. 89, 141; 53, S. 30, 57; BVerfG, Beschluß vom 14. Januar 1981 – 1 BvR 612/72 – Schutz vor Fluglärm, Ausfertigung, S. 23 f.

Schutzanspruch dieser Art nur für das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in Betracht kommen. Der hier ausgesprochene prinzipielle Gedanke ist verallgemeinerungsfähig. Der verschiedene Rang, der den Rechtsgütern nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in der Wertordnung des Grundgesetzes zukommt, und die Besonderheit der Sachlage ebenso wie die Wichtigkeit der Gefährdung, von der die Schutzpflicht nach Entstehung und Inhalt abhängt, werden dabei allerdings zu beachten sein. Wie der Staat jeweils der Schutzpflicht nachkommt, ist in erster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden, dessen politischer Gestaltungsfreiheit die Zweckdienlichkeit und die Gebotenheit der zu ergreifenden Schritte zuerst anvertraut sind.<sup>45</sup> Dennoch ist es in dem grundrechtlichen Charakter der Schutzpflicht angelegt, daß Fallgestaltungen möglich sind, in denen ein Unterlassen des Gesetzgebers oder eine unzulängliche Regelung durch das Gesetz das Grundrecht verletzen und individuelle Schutzansprüche entstehen lassen.<sup>46</sup> Dafür ist jedenfalls Voraussetzung, daß die Schutzpflicht „evident verletzt“ ist,<sup>47</sup> so daß ein erhebliches Maß an Faßbarkeit und Eindeutigkeit der Rechtsgutgefährdung oder -verletzung zu fordern ist. Ein Schutzanspruch wird aus einer derartigen Sachlage nur hervorgehen können, wenn der Gefährdungs- oder Verletzungstatbestand eine hinreichende Konkretisierung im Hinblick auf die Betroffenheit individueller Rechte aufweist. Eine bestimmte Abhilfe schließlich wird nur stipuliert werden können, wenn unter Abwägung aller Umstände nur diese Erfüllung der Schutzpflicht geeignet und ausreichend wäre. In jedem Fall, wo der Streit um ein reines Unterlassen des Gesetzgebers geführt würde, kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach allgemeinen Grundsätzen des Verfassungsprozeßrechts nur einen feststellenden Inhalt haben, sollte sich die Behauptung der Grundrechtsverletzung bestätigen.

Das Versprechen der Weimarer Reichsverfassung, daß die Arbeitskraft unter dem besonderen Schutz des Reichs steht, ist in dieser umfassenden Allgemeinheit unter dem Grundgesetz nur im Sozialstaatsatz und in den Sozialgebundenheiten der wirtschaftlichen Grundrechte wiederzufinden. Ein spezielleres Schutzversprechen für die Freiheit der Arbeit als Beruf hingegen ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit ausgesprochen, mit der Wirkkraft und damit notwendig verbundenen inhaltlichen Begrenztheit, der sich die Grundrechte des Grundgesetzes erfreuen.

---

<sup>45</sup> BVerfGE 39, S. 1, 44; 46, S. 160, 164f.; BVerfG, Beschluß vom 14. Januar 1981, a. a. O. S. 29, 32ff.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfG, Beschluß vom 14. Januar 1981, a. a. O. S. 20f.

<sup>47</sup> BVerfG, Beschluß vom 14. Januar 1981, a. a. O. S. 32.