

GERRIT MANSSEN

## AKTUELLE FRAGEN DES SCHUTZES DER BERUFSFREIHEIT IM DEUTSCHEN VERFASSUNGSRECHT

### A. EINLEITUNG

Die Berufsfreiheit wird vom Grundgesetz Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet. Die entsprechende Bestimmung lautet:

Alle Deutschen haben das Recht, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

Die Garantie der Berufsfreiheit beschäftigt bei Inkrafttreten des Grundgesetzes in besonderem Maße Literatur und Rechtsprechung. Entstanden ist eine vor allem vom Bundesverfassungsgericht geprägte Dogmatik<sup>1</sup>, deren Grundlinien heute weitgehend akzeptiert werden<sup>2</sup>. Gleichwohl zeigen sich vor allem bei der Überprüfung wirtschaftslenkender Gesetze immer wieder Zweifelsfragen, deren erhebliche praktische Bedeutung zukommt.

Der folgende Beitrag wird zunächst einige allgemeine Informationen zum Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht geben. Danach werden einige aktuelle Probleme dargestellt und diskutiert.

### B. GRUNDINFORMATIONEN ZU ART. 12 ABS. 1 GG

#### I. Art. 12 Abs. 1 GG als „Deutschengrundrecht“

Auf die Garantie der Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG dürfen sich im Grundsatz nur Deutsche berufen. Wer Deutscher ist, bestimmt das Grundgesetz in Art. 116.

<sup>1</sup> BVerfGE 30, 292 ff., E 50, 313 ff., E 7, 377 ff., E 33, 303 ff., E 13, 97 ff., E 32, 1 ff.

<sup>2</sup> Pieroth, Schlink, *Grundrechte, Staatsrecht II*, 11. Aufl. (1995), RdNr. 875 ff.; Stein, *Staatsrecht*, 14. Aufl. (1993), S. 360; Bleckmann, *Staatsrecht II, Die Grundrechte*, 3. Aufl. (1989), S. 858 (860).

Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des deutschen Reiches nach dem Stand vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

Ausländer können sich lediglich auf die (schwächere) Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG berufen, die die allgemeine Handlungsfreiheit beinhaltet<sup>3</sup>.

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

Die Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG wird von der überwiegenden Meinung im Anschluß an das Bundesverfassungsgericht so verstanden, daß jeder „tun und lassen kann, was er will“<sup>4</sup>. Ausländern kommt die Garantie des Art. 2 Abs. 1 GG zu gute, wenn sie sich im Bereich eines speziellen Deutschengrundrechts bewegen. Der Unterschied im Grundrechtsschutz besteht darin, daß zu Lasten von Ausländern in stärkerem Maße öffentlich-rechtliche Interessen berücksichtigt werden dürfen<sup>5</sup>.

Umstritten ist wie EG Ausländer zu behandeln sind. Teilweise wird die Auffassung vertreten, auch EG Ausländer seien wegen Art. 6 EGV Träger des Rechts aus Art. 12 Abs. 1 GG<sup>6</sup>.

Art. 6 Abs. 1 EGV lautet:

Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

Wirtschaftliche Betätigung fällt in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages (siehe Art. 2 und Art. 3 EGV).

Zu einer unmittelbaren Grundrechtsträgerschaft von EG Ausländern führt Art. 6 EGV jedoch nicht. Soweit eine Regelung in der deutschen Rechtsordnung einen EG Ausländer aus Gründen der Staatsangehörigkeit gegenüber Deutschen diskriminiert, verstößt dies gegen Art. 6 EGV. Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde kann der Ausländer sich auf eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG, nicht jedoch auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Wegen Art. 6 EGV ist davon auszugehen, daß Art. 2 Abs. 1 GG ein identisches Schutzniveau wie Art. 12 Abs. 1 GG bietet<sup>7</sup>.

## II. Art. 12 Abs. 1 als Grundrecht juristischer Personen

Die Grundrechte des Grundgesetzes gelten im Grundsatz für natürliche Personen. Nach Art. 19 Abs. 3 GG kommt jedoch auch eine Anwendung auf inländische juristische Personen in Betracht. Art. 19 Abs. 3 GG lautet:

<sup>3</sup> Siehe dazu grundlegend das sog. Elfes-Urteil, BVerfGE 6, 32 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 6, 32 ff.

<sup>5</sup> Siehe Manssen, *Staatsrecht I, Grundrechtsdogmatik* (1995), RdNr. 112.

<sup>6</sup> Siehe Breuer, *Handbuch des Staatsrechts VI* (1990), § 147, RdNr. 21.

<sup>7</sup> Siehe Manssen (Fußn. 5), RdNr. 186.

Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.

Inländisch ist eine juristische Person dann, wenn sie ihren Sitz im Inland hat und mindestens zwei Mitglieder Deutsche sind. Die Grundrechtsträgerschaft inländischer juristischer Personen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG ist einhellig anerkannt.

### III. Art. 12 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht

Seinem Wortlaut nach enthält Art. 12 Abs. 1 GG verschiedene Garantien. Zunächst wird das Recht genannt, den Beruf frei zu wählen. Gleiches gilt für die Wahl des Arbeitsplatzes und für die Ausbildungsstätte. Schließlich ist bestimmt, daß auch die Berufsausübung geschützt ist.

Diese verschiedenen Gewährleistungsinhalte werden von der überwiegenden Meinung zu einer einheitlichen Garantie der Berufsfreiheit vereinigt<sup>8</sup>. Geschützt ist jedes Verhalten im beruflichen Zusammenhang.

### IV. Art. 12 Abs. 1 GG als Abwehrrecht

Die Grundrechte des Grundgesetzes sind in ihrer primären Zielrichtung Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat<sup>9</sup>. Dies gilt auch für Art. 12 Abs. 1 GG. Geschützt wird ein vom Schutzbereich des Grundrechts umfaßter Freiheitsbereich gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt. Anerkannt ist jedoch heute auch, daß die Grundrechte eine sogenannte objektive Dimension haben<sup>10</sup>. So hat das Bundesverfassungsgericht im sogenannten numerus-clausus-Urteil die Frage aufgeworfen — und nicht beantwortet —, ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten und unter Umständen sogar ein einklagbarer Individualanspruch folge<sup>11</sup>.

In Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 12 GG folgt eine objektive staatliche Verpflichtung zur Schaffung von Berufs- und Ausbildungsplätzen. Ein subjektives Recht des Grundrechtsträgers auf einen Ausbildungsplatz oder einen Arbeitsplatz besteht jedoch nicht. Es wäre nur dann denkbar, wenn der Staat über die Arbeitsplätze verfügen würde. Damit würde aber die Berufsfreiheit aufgehoben, die auch das Recht beinhaltet, darüber zu entscheiden, ob und wie viele Arbeitnehmer ein Unternehmen beschäftigen möchte.

<sup>8</sup> Manssen (Fußn. 5), RdNR. 276.

<sup>9</sup> Siehe Manssen (Fußn. 5), RdNr. 32.

<sup>10</sup> Siehe Manssen (Fußn. 5), RdNr. 45 ff.

<sup>11</sup> BVerfGE 33, 303 (333).

## V. Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist dann eröffnet, wenn es sich bei dem geschützten Verhalten um eine berufliche Tätigkeit handelt. Unter dem Begriff des Berufes wird jede Tätigkeit verstanden, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient<sup>12</sup>. Geschützt sind auch atypische Tätigkeiten oder die Entwicklung neuer Berufsbilder. Nicht erforderlich ist, daß die Tätigkeit erlaubt ist. Ansonsten würde man dem Gesetzgeber das Recht geben, den Schutzbereich des Grundrechts, an welches er gebunden sein soll, selbst zu definieren. Eindeutig sittenwidrige oder gemeinschaftsschädliche Tätigkeiten fallen hingegen nicht in den Schutzbereich (Beispiel: gewerbsmäßige Hehlerei).

## VI. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Eingriffe in die Berufsfreiheit liegen zunächst bei solchen Regelungen vor, die sich auf die berufliche Betätigung beziehen und sie unmittelbar zum Gegenstand haben<sup>13</sup>. Aber auch Vorschriften, die an eine berufliche Tätigkeit anknüpfen oder in ihrer mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkung den Schutzbereich beeinträchtigen, sind als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu betrachten. Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit sind also beispielsweise

- Regelungen hinsichtlich der Art und Weise der Berufsausbildung, z.B.: die Bestimmungen über den Ladenschluß,
- Genehmigungs- bzw. Erlaubnisvorbehalte für berufliche Tätigkeiten, beispielsweise das Erfordernis der Gaststättengenehmigung nach dem Gaststättengesetz,
- Pflichtmitgliedschaften in Berufskammern,
- Qualifikationsanforderungen für die Ausbildung zu einem Beruf.

## VII. Die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit

Eingriffe in Grundrechte sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn das Grundgesetz den entsprechenden Eingriff durch einen sogenannten Gesetzesvorbehalt erlaubt. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt, daß die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden darf. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG wird als Gesetzesvorbehalt für das gesamte Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden<sup>14</sup>. Deshalb ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich gestattet, Eingriffe in den Schutzbereich auch hinsichtlich der Berufswahl vorzunehmen.

<sup>12</sup> BVerfGE 7, 377 (397), E 54, 301 (313).

<sup>13</sup> BVerfGE 13, 181 (185).

<sup>14</sup> Pjeroth, Schlink (Fußn. 2), RdNr. 936; Katz, *Staatsrecht*, 12. Aufl. (1994), RdNr. 795.

Vor allem das Bundesverfassungsgericht hat sich jedoch von Beginn an bemüht, die Eingriffsvoraussetzungen zu strukturieren. Dazu hat es eine sogenannte Stufenlehre entwickelt, die sicherstellen soll, daß Eingriffe in die Berufsfreiheit verhältnismäßig sind <sup>15</sup>.

Die Stufenlehre unterscheidet drei Arten von möglichen Beeinträchtigungen. Auf der *ersten Stufe* geht es allein um die Regelung der Ausübung des Berufes. Hierbei handelt es sich um Bedingungen bzw. um Modalitäten, unter denen sich berufliche Tätigkeit vollzieht (Beispiel: Regelungen über den Ladenschluß). Ein mittleres Beeinträchtigungsniveau liegt auf der *zweiten Stufe* bei sogenannten subjektiven Zulassungsregelungen vor. Hierbei geht es darum, daß für die Wahl eines Berufes oder den Verbleib in einem Beruf bestimmte persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten vorliegen müssen (Beispiel: Altersgrenze für Hebammen, ausreichende Zuverlässigkeit, Vorhandensein von Finanzmitteln). Am gewichtigsten sind dann Beeinträchtigungen auf der *dritten Stufe*. Gemeint sind objektive Zulassungsregelungen, die die Wahl des Berufes bzw. den Verbleib im Beruf an bestimmte Bedingungen knüpfen, die außerhalb der Risikosphäre des Berufsbewerbers liegen (Beispiel: Bedarfsplanung etwa bei Taxikonzessionen).

Je nach dem, welcher Stufe die staatlichen Eingriffe zuzurechnen sind, gelten unterschiedliche Anforderungen für die Rechtfertigung des Eingriffs. Bei Eingriffen auf der ersten Stufe genügen vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls <sup>16</sup> (Beispiel: Die Bestimmungen über den Ladenschluß sollen deshalb zulässig sein, um die Beschäftigten vor einer übermäßigen Ausdehnung der Arbeitszeit zu schützen).

Eingriffe auf der zweiten Stufe, also subjektive Wahlregelungen, sind zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig <sup>17</sup>. Dabei kann es sich um sogenannte relative Gemeinschaftsgüter handeln, die vom Gesetzgeber nach seinen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen festgelegt werden <sup>18</sup>. So darf etwa ein Handwerk als selbständiger Betrieb nur ausgeübt werden, wenn der Inhaber über den sogenannten großen Befähigungsnachweis (Meisterprüfung) verfügt (§§ 2, 7 HandwO). Dies dient der Mittelstandsförderung als einem vom Gesetzgeber definierten wichtigen Gemeinschaftsgut. Objektive Wahlregelungen sind schließlich nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter statthaft <sup>19</sup>. Hierzu zählt etwa die Volksgesundheit, die Erhaltung einer menschenwürdigen Umwelt oder die Funktionsfähigkeit bestimmter staatlicher Organe.

<sup>15</sup> BVerfGE 7, 377 ff.

<sup>16</sup> BVerfGE 30, 292 (315); Stein (Fußn. 2), S. 363 f.

<sup>17</sup> BVerfGE 13, 97 (106 ff.), E 54, 301 (312 ff.); Katz (Fußn. 14), RdNr. 800.

<sup>18</sup> BVerfGE 13, 97 (107); Breuer (Fußn. 6), HbStR VI, RdNr. 966 f.

<sup>19</sup> BVerfGE 63, 266 (286), E 21, 245 (249 ff.); Katz (Fußn. 14), RdNr. 801; Jahn, JuS 1993, 643.

## C. AUSGEWÄHLTE PROBLEMSCHWERPUNKTE

### I. Die Zulassung als „Kassenarzt“

90% der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland sind in den gesetzlichen Krankenkassen versichert. Die gesetzlichen Krankenkassen vergüten die Kosten einer notwendig werdenden Krankenbehandlung. Sie finanzieren sich selbst über Beiträge, die je zur Hälfte von den versicherten Arbeitnehmern und den Arbeitgebern zu bezahlen sind. Seit Beginn der 70er Jahre stellt sich das Problem, daß die Kosten in der gesetzlichen Krankenversicherung und deshalb auch die Beiträge überproportional steigen<sup>20</sup>. Die wesentliche Ursache hierfür liegt jedenfalls nach Auffassung vieler Sachverständiger in den steigenden Ärztezahlen. Die niedergelassenen Ärzte tendieren dazu, mehr an Behandlungen vorzunehmen, als zur Gesundung des Patienten erforderlich und unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vertretbar ist. Der Gesetzgeber ist deshalb dazu übergegangen, die Niederlassung von Ärzten zu beschränken. Eines der aktuellen Probleme im Zusammenhang mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG besteht darin, ob die Beschränkung der Niederlassung von sogenannten Vertragsärzten mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Daß die Tätigkeit als Arzt in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 fällt, ist unstrittig. Die Nichtzulassung eines Arztes zu den gesetzlichen Krankenkassen stellt auch einen Eingriff in das Grundrecht dar. Eine reine Privatpraxis, in der lediglich Privatpatienten (vor allem Beamte) behandelt werden, ist wirtschaftlich nicht lebensfähig. Erhält ein Arzt keine Kassenzulassung, kann er sich also nicht freiberuflich betätigen. Fraglich ist nun, ob der Eingriff verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist. Wendet man hierfür die Drei-Stufen-Theorie an, stellt sich zunächst die Frage, ob es sich um einen Eingriff auf der ersten oder der dritten Stufe handelt. Dies entscheidet sich nach dem Berufsbild. Ein eigenes Berufsbild „Kassenarzt“ oder „Vertragsarzt“ gibt es nicht. Das Berufsbild ist das des „Arztes“, selbständige oder unselbständige Tätigkeit mit oder ohne Kassenzulassung ist eine Ausübungsmodalität. Es handelt sich deshalb bei der Beschränkung der Zulassung um eine Ausübungsregelung. Der Eingriff ist deshalb im Grundsatz dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen wird.

Die Drei-Stufen-Theorie ist jedoch verhältnismäßig schematisch und bedarf gegebenenfalls der Modifizierung. So gibt es Eingriffe auf der ersten Stufe, die in ihrer Intensität einem Eingriff auf der dritten Stufe gleichkommen<sup>21</sup>. Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Schwere des Eingriffes entspricht der einen Berufswahlregelung. Die Maßnahme ist deshalb nur dann zulässig, wenn sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist, um ein überragend wichtiges

<sup>20</sup> Siehe ausführlich hierzu und zum Folgenden Manssen ZfS/SGB 1994, 1 ff.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 81, 70 (85).

Gemeinschaftsgut zu schützen. Hierzu zählt allerdings die verfassungsrechtlich vorausgesetzte Existenz der Sozialsicherungssysteme (siehe Art. 87 Abs. 2 GG). Eine Krankenversicherung, die nicht mehr finanzierbar ist, ist auch nicht mehr existenzfähig. Es wäre aus sozialstaatlichen Gründen nicht hinnehmbar, die einkommensschwächeren Bevölkerungsschichten die Kosten ärztlicher Behandlung selbst tragen zu lassen. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der niederlassungswilligen Ärzte ist deshalb verfassungsrechtlich gerechtfertigt <sup>22</sup>.

## II. Die Diskussion um die Ladenschlußzeiten

Derzeit in besonderem Maße in der Diskussion ist die Frage, ob das Ladenschlußgesetz mit der Berufsfreiheit vereinbar ist. In der Bundesrepublik dürfen Geschäfte des Einzelhandels von Montag bis Freitag nur bis 18:30 Uhr geöffnet haben. Für den Samstag gelten besondere Regelungen.

Die gesetzliche Festlegung des Ladenschlusses auf 18:30 Uhr sollte ursprünglich dazu dienen, die Beschäftigten des Einzelhandels vor überlangen Arbeitszeiten zu bewahren. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb in Entscheidungen Anfang der 60er Jahre die entsprechenden Bestimmungen für verfassungsmäßig erklärt <sup>23</sup>. Es handelt sich bei den Ladenschlußzeiten um einen Eingriff auf der ersten Stufe, eine Berufsausübungsregelung. Aus heutiger Sicht ist jedoch zu bezweifeln, ob noch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls vorliegen, die den Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen können. So beträgt heute die wöchentliche Arbeitszeit der Beschäftigten im Einzelhandel 40 Stunden, die zulässige Ladenöffnungszeit 64,5 bzw. 68,5 Stunden. Die Einhaltung der Arbeitszeiten muß deshalb ohnehin anders überprüft werden, vor allem betriebsintern durch den Betriebsrat bzw. von außen durch die Gewerbeaufsicht. Zu dem dürften die Bestimmungen über den Ladenschluß auch gleichheitswidrig sein (Art. 3 Abs. 1 GG). Es ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet im Einzelhandel nach 18:30 Uhr nicht mehr gearbeitet werden darf, in allen anderen Branchen jedoch wohl. Deshalb kann davon ausgegangen werden, daß die Bestimmungen des Ladenschlußgesetzes verfassungswidrig und nichtig sind <sup>24</sup>.

## III. Die Vergabe von Taxikonzessionen

Im Hinblick auf die Garantie der Berufsfreiheit besonders problematisch sind die Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes über Taxikonzessionen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 46 PBefG). Die Erteilung einer Taxigenehmigung ist nach § 13 Abs. 4 Satz 1 PBefG zu verweigern, wenn die öffentlichen

<sup>22</sup> Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes steht zu diesem Bereich aus. Vgl. jedoch *Manssen* ZfsH/SGB 1994, 1 (18).

<sup>23</sup> BVerfGE 13, 225 ff., E 13, 230 f., E 13, 237 ff.

<sup>24</sup> Siehe vor allem *Hufen*, NJW 1986, 1291 ff.

Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, daß durch die Ausübung des beantragten Verkehrs das örtliche Taxengewerbe in seiner Funktionsfähigkeit bedroht wird. Schon der Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung ist unklar. Es ist nicht erkennbar, wieso die Zulassung zusätzlicher Taxen die Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes beeinträchtigt. Zu dem handelt es sich verfassungsrechtlich um eine objektive Berufswahlregelung, also einen Eingriff auf der dritten Stufe. Es gibt kein überragendes wichtiges Gemeinschaftsgut, welches durch die Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes geschützt wird. Die Bestimmungen sind deshalb verfassungswidrig, auch wenn das Bundesverfassungsgericht ihre Verfassungsmäßigkeit bisher nicht beanstandet hat<sup>25</sup>.

#### IV. Die öffentliche Bestellung von Sachverständigen

Aus den oben aufgeführten Beispielen darf nicht der Schluß gezogen werden, als wenn das Bundesverfassungsgericht die Einschätzungen des Gesetzgebers hinsichtlich des Ausgleichs von beruflicher Freiheit und entgegenstehenden öffentlichen Interessen einseitig zu Lasten grundrechtlich geschützter Interessen akzeptiert. Zwar erkennt das Gericht an, daß der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung einen weitgehenden Einschätzungs- und Prognosevorrang habe<sup>26</sup>. Das Gericht hat aber in seinen Entscheidungen dafür gesorgt, daß Besitzstandsinteressen die freie berufliche Betätigung von Neuanfängern nicht unverhältnismäßig erschweren. Ein gutes Beispiel hierfür ist die Entscheidung des Gerichts aus neuerer Zeit zur öffentlichen Bestellung von Sachverständigen. § 36 Gewerbeordnung (GewO) hatte damals folgenden Wortlaut:

##### Öffentliche Bestellung von Sachverständigen

1) Personen, die als Sachverständige gewerbsmäßig tätig sind oder tätig werden wollen, können durch die von den Landesregierungen bestimmten Stellen nach deren Ermessen für bestimmte Sachgebiete öffentlich bestellt werden, wenn sie besondere Sachkunde nachweisen und keine Bedenken gegen ihre Eignung bestehen; sie sind darauf zu vereidigen, daß sie ihre Aufgaben gewissenhaft erfüllen und die von ihnen angeforderten Gutachten gewissenhaft und unparteiisch erstatten werden. ...

Die Tätigkeit als Sachverständiger ist im deutschen Recht genehmigungsfrei. Soweit eine öffentliche Bestellung erfolgt, sind damit gewisse Privilegien verbunden. So sind bei Prozessen in der Regel öffentlich bestellte Sachverständige hinzuzuziehen. Auch außerhalb von Prozessen haben öffentlich bestellte Sachverständige aufgrund ihrer öffentlichen Bestellung einen Wettbewerbsvorteil.

<sup>25</sup> BVerfGE 11, 168 (187 f.); vgl. auch BVerfGE 81, 70 (86).

<sup>26</sup> BVerfGE 77, 84 (106 f.), E 87, 363 (383).

§ 36 GewO wurde nun von den für die Bestellung zuständigen Industrie- und Handelskammern so angewendet, daß eine öffentliche Bestellung nur dann erfolgte, wenn ein entsprechender „Bedarf“ bestand. Ein solcher Bedarf wurde verneint, wenn bereits genügend Sachverständige in dem entsprechenden Gebiet tätig waren. Diese Praxis hat das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt <sup>27</sup>. Es bestand nach zutreffender Auffassung des Gerichts kein öffentliches Interesse daran, den bereits öffentlich bestellten Sachverständigen auf diese Weise Konkurrenzschutz zu gewähren.

§ 36 GewO mußte deshalb verfassungskonform so interpretiert werden, daß die Bestellung als öffentlicher Sachverständiger nur dann abgelehnt werden konnte, wenn für das entsprechende Gebiet überhaupt kein Bedarf nach Sachverständigen bestand. Damit haben heute alle diejenigen, die als Sachverständige öffentlich bestellt werden wollen und die über die entsprechende Qualifikation verfügen, einen Anspruch auf Bestellung, wenn in dem Gebiet überhaupt Sachverständige bestellt werden.

---

<sup>27</sup> BVerfGE 86, 28 (36 ff.).