

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 452

Berufsfreiheit und Berufslenkung

Von

Rainer Pitschas



Duncker & Humblot · Berlin

RAINER PITSCHAS

Berufsfreiheit und Berufslenkung

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 452

Berufsfreiheit und Berufslenkung

Von

Dr. Rainer Pitschas



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Pitschas, Rainer:

Berufsfreiheit und Berufslenkung / von Rainer
Pitschas. — Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 452)

ISBN 3-428-05478-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05478 4

Vorwort

Berufsfreiheit ist in der Bundesrepublik ein seltenes Gut geworden. Zunehmende Arbeitslosigkeit, wachsende Nachfrage nach Ausbildungsplätzen bei Knappheit an Lehrstellen und erschwerem Hochschulzugang, aber auch ein stetiger Wandel der Berufsstrukturen mit steigendem Zwang zur Mobilität markieren heute die Entwicklungslinien unserer Berufsgesellschaft. In dieser Situation wird guter Rat teuer. Und wie auch sonst, trifft der laute Ruf nach staatlicher Intervention auf heftige Abwehr sowie auf die vermehrt erhobene Forderung nach Entregulierung von Arbeitsmarkt, Bildungs- und Beschäftigungssystem.

Über den Erfolgswert der jeweils dargebotenen Rezepturen läßt sich trefflich streiten. Tatsache ist gleichwohl, daß die Bewahrung *realer* Berufsfreiheit in der Gesellschaft seit jeher und angesichts der zentralen Bedeutung von Beruf und Arbeit für die Entwicklung der Person und deren soziale Integration zu den vornehmlichen, unbestrittenen Aufgaben des sozialen Rechtsstaates gehört. Unter dem Grundgesetz hat sich denn auch ein umfassendes Realsystem staatlicher Ausbildungs-, Berufs- und Arbeitsvorsorge herausgebildet. Seine rechtliche Ordnung beruht wesentlich auf dem Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip und dem allgemeinen Gleichheitssatz. Die unterverfassungsrechtliche Gesetzgebung hat mit den in zahlreichen Gesetzeswerken, Programmen und Plänen konkretisierten Maßnahmen staatlichen Eintretens für die Freiheitsverwirklichung den verfassungsrechtlichen Rahmen minutiös ausgestaltet.

Bei alledem wird das staatliche Handeln durchweg von dem berufsgrundrechtlichen Gebot geleitet, daß der Einzelne über seine Ausbildung, den gewünschten Beruf und Arbeitsplatz *frei entscheiden* kann. Demgemäß hat sich nach ganz herrschender Auffassung der Staat der allgemeinen Lenkung von Ausbildungs-, Berufs- und Arbeitsplatzwahl zu enthalten.

Die Untersuchung setzt dem die *These* von der grundsätzlichen Zulässigkeit sowie inhaltlichen Konkretisierungsfähigkeit und -bedürftigkeit der Berufslenkung entgegen. Der Einzelne vermag weder die Berufswahl noch andere Formen beruflicher Selbstverwirklichung in der gesollten Autonomie zu vollziehen. Er bedarf vielmehr intensiver staatlicher Freiheitshege. Die sozialen Problemlagen im Freiheitsfeld von Ausbildung, Beruf und Arbeit treiben deren Ausbau in der Realität voran, wodurch die individuelle

Entscheidungszuständigkeit für die berufliche Freiheitsverwirklichung aufgehoben zu werden droht. Das solchermaßen entstehende Grundrechtsdilemma spiegelt einen strukturellen Freiheitskonflikt im sozialen Interventionsstaat wider. In seinem Zentrum geht es um die Suche nach dem Mittelweg zwischen staatlich gelenktem Berufswesen einerseits und totalem Lenkungsverbot andererseits. Faktoren des Freiheitsschutzes überlagern sich mit den Fragen inhaltlicher Verortung und rechtsbegrifflicher Entfaltung der Berufslenkung.

Das Manuskript der Untersuchung hat im Sommersemester 1982 dem Juristischen Fachbereich der Freien Universität Berlin als Dissertation vorgelegen. Für die Drucklegung wurde die bis Ende Juni 1983 erschienene einschlägige Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt. Meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Rupert Scholz, danke ich sehr herzlich für seine stetige Hilfsbereitschaft und den drängenden Beistand bei der Bearbeitung des Themas. Besonders förderlich waren die fruchtbaren Auseinandersetzungen über die „Berufsfreiheit“ in seinem Seminar. Herzlichen Dank schulde ich für die Betreuung auch dem Zweitgutachter meiner Arbeit, Herrn Professor Dr. Dieter Wilke, sowie für die Aufnahme der Untersuchung in sein Verlagsprogramm Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Johannes Broermann.

München, im August 1983

Rainer Pitschas

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Das „Verbot“ der Berufslenkung als Verfassungsproblem

Erstes Kapitel

Berufslenkung als Freiheitsproblem

	1
A. Berufsverwirklichung als struktureller Freiheitskonflikt	1
I. Individuelle Freiheit in der „gelenkten“ Gesellschaft	1
II. Berufsfreiheit und staatliche Freiheitsorganisation	3
III. Zur verfassungsrechtlichen Grundlegung staatlicher Arbeits-, Berufs- und Ausbildungsvorsorge	5
IV. Das „Verbot“ der Berufslenkung	6
V. Die Berufsfreiheitsgarantie auf dem Wege von der Teilhabe- zur Lenkungsdimension	7
VI. Berufsgrundrechtliche Lenkungsdimension und soziales Grundrecht auf Arbeit	8
B. Begriff, Grundstruktur und verfassungsrechtliche Problematik der Berufslenkung: Aufriß und Eingrenzung der Untersuchung	9
I. Der Begriff der Berufslenkung	9
1. „Berufslenkung“ als Sammelbegriff	10
2. Probleme der Begriffsbildung: Berufslenkung als „offener“ Arbeitsbegriff	11
II. Grundstruktur und verfassungsrechtliche Problematik der Berufslenkung	12
1. Die Funktionalisierung der Berufsfreiheit als Ergebnis einer Real- und Wirkungsanalyse der Berufsfreiheitsgarantie	12
2. Zur Entfaltung eines „Realsystems“ der Berufslenkung	14

3. Berufsgrundrechtlicher Freiheitsvoraussetzungsschutz durch Berufslenkung	18
4. Die Berufsfreiheitsgarantie als „negative Kompetenznorm“ staatlicher Berufslenkung	19
5. Die Berufsfreiheitsgarantie als Struktur-, Organisations- und Verfahrensvorgabe staatlicher Berufslenkung	21
III. Eingrenzung der Untersuchung	22
C. Zur Methode der Untersuchung	26
D. Aufbau und der Gang der Untersuchung	29

Zweites Kapitel

<i>Das Grundrecht der Berufsfreiheit als Verfassungsgarantie privatautonomer Berufsverwirklichung</i>	32
A. Das Grundrecht der Berufsfreiheit	32
I. Berufliche Betätigung als reale Einheit von Ausbildung, Beruf und Arbeit	32
II. Die verfassungsdogmatische „Einheitlichkeit“ der Berufsfreiheitsgarantie	35
1. Der Zusammenhang der Teil-Freiheitsgarantien in Art. 12 Abs. 1 GG	36
2. Das Grundrecht der Berufsfreiheit als „gegliederte“ Einheit ..	41
a) Das Verhältnis von Berufswahl und Berufsausübung	41
b) Das Verhältnis des Grundrechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte zur Garantie freier Berufswahl und -ausübung	43
c) Die Stellung der Garantie freier Arbeitsplatzwahl im Zusammenhang der Berufsfreiheit	45
3. Der Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG als Regulatorisch gegliederter Einheitlichkeit	49
B. Der Gewährleistungsgehalt des Grundrechts der Berufsfreiheit	50
I. Die grundrechtlichen Gewährleistungsschichten	50
II. Der materielle Garantiegehalt des Grundrechts	52
III. Der partielle Gewichtsverlust des positivierten Grundrechtsinhalts	56
1. Das konkrete Verständnis der Berufsfreiheit	56

2. Berufsfreiheit als Steuerungsfeld staatlicher Grundrechtspolitik	58
3. Die Forderung nach einer „funktionalen“ Freiheitsgarantie ...	60
C. Das Grundrecht der Berufsfreiheit als funktionale Freiheitsgarantie ..	62
I. Grundrechte als Funktionsgarantien	62
1. Funktionale Grundrechtsinterpretation	62
2. „Funktionalität“ der Grundrechte und Grundrechtsverwirklichung durch Organisations- und Verfahrensgewähr	65
II. Das Grundrecht der Berufsfreiheit als verfassungsrechtliche Funktionszuweisung	66
1. Der spezifisch-funktionale Geltungsgehalt	66
2. Die funktional-individuale Freiheitsgewähr	67
3. Das grundrechtliche Steuerungsmuster	68
4. Die Zuweisung funktionspezifischer Autonomie	69
5. Die funktionale Organisations- und Verfahrensgewähr	72
6. Die Berufsfreiheitsgarantie als ein makro-politischer Funktionswert?	73
D. Das Grundrecht der Berufsfreiheit als Gewähr privatautonomer Berufsverwirklichung	75

Drittes Kapitel

<i>Das „Verbot“ der Berufslenkung</i>	76
A. Berufsgrundrechtliche Freiheitsgewähr und Lenkungsverbot	76
B. Der Umfang des Lenkungsverbots	78
I. Das Verbot der Ausbildungslenkung	78
1. Der Ausschluß vorweggenommener staatlicher Berufswahlleitung	78
2. Die Zulässigkeit privater Ausbildungslenkung	80
II. Die Freiheitsgewähr der Berufswahl und -ausübung als Lenkungs- schränke	82
1. Die Berufswahlleitung	82
2. Die Lenkung der Berufsausübung	82

- III. Das Verbot staatlicher Lenkung der Arbeitsplatzwahl 84
 - 1. Keine Geltung für selbständige Berufe 85
 - 2. Das Verbot staatlicher Arbeitskräfte- und Arbeitslenkung ... 85
- IV. Die Grundrechtsgarantie örtlich-räumlicher Freizügigkeit als „flan-
kierendes“ Lenkungsverbot 86
- C. Das Lenkungsverbot als funktionale Entstehenssicherung gesellschaft-
licher Freiheit 88
- D. Eingrenzung des Lenkungsbegriffs und verfassungsdogmatische Folge-
wirkungen des Lenkungsverbots 90
 - I. Die inhaltliche Eingrenzung des Lenkungsbegriffs 90
 - 1. Zur Reichweite des Lenkungsbegriffs 90
 - 2. Berufslenkung und berufliche Globalsteuerung 90
 - 3. Berufslenkung und Planwirtschaft 92
 - 4. Das Verbot der Berufslenkung als Verbot der Berufsplanung .. 93
 - 5. Gesellschaftliche Bedarfsorientierung als Merkmal der Berufs-
lenkung und Grenze beruflicher Globalsteuerung 94
 - II. Der Mangel an verfassungsrechtlicher Legitimation zur Bedarfs-
lenkung 94
 - III. Der Ausfall einer leistungsstaatlichen Garantiedimension 95

Viertes Kapitel

- Infragestellung des Lenkungsverbots* 97
- A. Die Fragwürdigkeit des Lenkungsverbots 97
- B. Vier Thesen zur Berufslenkung 99
 - I. Berufsverwirklichung als „sozialautonome“ Berufs- bzw. Ausbil-
dungsentscheidung 99
 - II. Soziale Lenkungsrealität als Antwort auf die Funktionsdefizite der
Berufsfreiheitsgarantie 101
 - III. Soziale Lenkungsrealität und Funktionswandel der Berufsfreiheits-
garantie 103
 - IV. Verfassungshistorische Legitimation der Berufslenkung 104
- C. Infragestellung des Lenkungsverbots und Revision der Berufsfreiheits-
dogmatik 104

Zweiter Teil

Berufslenkung als Verfassungswirklichkeit

Fünftes Kapitel

<i>Berufsfreiheit als sozialautonome Berufsverwirklichung</i>	106
A. Bestimmungsfaktoren beruflicher Selbstverwirklichung	107
I. Personale Bestimmungsfaktoren	107
II. Ökonomische Bestimmungsfaktoren	108
III. Außerökonomische Bestimmungsfaktoren	109
IV. Die Rolle der Berufswahltheorien	110
B. Berufsverwirklichung als Konflikt	111
I. Berufsverwirklichung als individueller Konflikt	112
II. Berufsverwirklichung als Entscheidungsprozeß	114
1. Berufsverwirklichung als individueller Entscheidungsprozeß ..	114
2. Berufsverwirklichung als staatliche Verantwortung	116
C. Verfassungsrechtliche Folgerungen	118
I. Strukturelle Freiheitsbindung der Berufsverwirklichung und staatliche Entscheidungsteilhabe	118
II. Die Lenkungsdimension der Berufsfreiheitsgarantie	119

Sechstes Kapitel

<i>Berufsfreiheit als sozialer Konflikt und grundrechtliches Funktionsproblem</i>	121
---	-----

A. Berufsverwirklichung als „soziales“ Problem und grundrechtliches Funktionsdefizit	121
I. Funktionsprobleme der Freiheitsverwirklichung durch Beruf und Arbeit	123
1. Freiheitsgefährdung durch Arbeitsmarktversagen, strukturelle Beschäftigungsproblematik und Berufswandel	123
2. Freiheitsgefährdung durch individuelle Defizite der Eigensteuerung	129

II. Funktionsprobleme beruflicher Freiheitsverwirklichung als faktische Funktionskrise der Berufsfreiheitsgarantie	131
B. Berufsgrundrechtliche Funktionssicherung durch verfassungsgebene Freiheitsorganisation	133
I. Faktische Freiheitsgefährdung und leistungsstaatlicher Grundrechtsschutz	133
II. Divergierende Strategien leistungsstaatlicher Grundrechtssicherung	134

Siebentes Kapitel

<i>Berufsfreiheit durch Berufslenkung</i>	136
A. Berufsfreiheit durch soziale Intervention	136
I. Berufsfreiheit als Interventionsfeld	136
II. Soziale Intervention in die Berufsfreiheit durch „aktive“ Politik ..	137
III. Die „Funktionalisierung“ der Berufsfreiheit durch Rechtsetzung ..	138
1. Die Synthese von berufsgrundrechtlicher Freiheitsgewähr und sozialer Intervention	140
2. Die Funktionskrise der Berufsfreiheitsgarantie als Steuerungsproblem des sozialen Interventionsstaates	140
IV. Die Implementation staatlicher Interventionskonzepte durch Verwaltung	142
V. Soziale Intervention durch Berufslenkung	143
1. Die Lenkungsrealität sozialer Intervention	143
2. Lenkungsrealität durch Politikformulierung	144
3. Lenkungsrealität durch Rechtsetzung und Normvollzug	146
B. Berufslenkung im Bildungswesen	147
I. Lenkungsrealität durch Bildungspolitik, Bildungsgesetzgebung und Bildungsverwaltung	148
1. Bildungspolitik im Zielkonflikt von Nachfrage, Ressourcen und Bedarf	148
2. Bildungsangebote als Gegenstand staatlicher Lenkung und Leistung	150
a) Bildungspolitik und Bildungsplanung	150
b) Ausbildungslenkung durch Normsetzung und -vollzug	152

II. Bildungslenkung durch Schulpolitik, Schulgesetzgebung und Schulorganisation	153
1. Staatliche Steuerung des allgemeinbildenden Schulwesens ...	153
2. Lenkungselemente der Schulsteuerung	154
a) Verlängerung der Pflichtschulzeit	154
b) Berufsfeldbezogenes Oberstufenzentrum	155
c) Schullaufbahnberatung	156
d) Berufswahlunterricht	156
III. Ausbildungslenkung durch berufliche Bildung	158
1. Reformpolitik und Steuerungsmuster in der Berufsbildung ...	158
a) Das Berufsbildungsgesetz	158
b) Das Ausbildungsplatzförderungsgesetz von 1976 und das Berufsbildungsförderungsgesetz von 1981	161
c) Das Steuerungsmuster	162
2. Lenkungselemente der beruflichen Bildung	166
a) Ausbildungsplatzförderung und Lenkung	167
b) Gelenkter Berufswandel und Berufsstrukturlenkung durch Berufsbildungsreform	169
IV. Ausbildungslenkung durch Hochschulpolitik und Hochschulgesetzgebung	174
1. Staatliche Steuerung im Hochschulsektor	174
2. Staatliche Steuerung im Hochschulsektor als Ausbildungslenkung	175
a) Infrastrukturlenkung durch Hochschulausbau	176
b) Hochschulzuganglenkung durch Festsetzung von Bedarfsquoten	178
c) Ausbildungslenkung durch bedarfsgeleitete „Niveaupflege“	179
d) Strukturelle Ausbildungslenkung durch Bildungs- und Studienberatung	180
e) Ausbildungslenkung durch Ressourcenentscheidung	183
aa) Der Zusammenhang von Nachfrage, Bedarf und Haushaltsmitteln	183
bb) Das Beispiel der Lehrerbedarfslenkung	183
V. Ausbildungslenkung durch Ausbildungsförderung?	185
VI. Das „Verbot“ der Ausbildungslenkung als Scheinproblem der Bildungspolitik	187
1. Der unlösbare Zielkonflikt von Nachfrage, Bedarf und Ressourcen	187

2. Ausbildungslenkung als Ausdruck der Verflechtung von individuellem Bildungsanspruch, ökonomisch-gesellschaftlichem Qualifikationsbedarf und staatlicher Steuerungsnotwendigkeit ...	188
3. Das instrumentale Muster staatlicher Ausbildungslenkung ...	188
4. Die Unvermeidbarkeit bildungspolitischer Lenkungselemente: Der Ausbau der Weiterbildung als Steuerungs- und Lenkungsproblem	190
C. Berufslenkung und Arbeitsmarkt	193
I. Der Arbeitsmarkt als Steuerungsfeld	193
1. Die Selbststeuerungsfunktion des Arbeitsmarktes	193
2. Steuerungsprobleme des Arbeitsmarktes	194
a) Das Kompetenzproblem	194
b) Allokations- und Stabilisierungsprobleme	195
c) Das Verteilungsproblem	198
d) Das Interdependenzproblem	199
3. Steuerungsbedarf des Arbeitsmarktes und plurale Marktsteuerung	200
a) Wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischer Steuerungsbedarf	200
b) Gesellschaftlich-autonome Arbeitsmarktsteuerung	201
c) Arbeitsmarktsteuerung durch staatliche Politikformulierung	201
4. Steuerung durch staatliche Arbeitsmarktpolitik und Arbeitsförderungsrecht	202
a) Steuerungsansatz	202
b) Zielsetzung der staatlichen Arbeitsmarktpolitik und Arbeitsförderungsrecht	204
aa) Hoher Beschäftigungsstand	204
bb) Verbesserung der Beschäftigungsstruktur	205
cc) Förderung des allgemeinen Wirtschaftswachstums ...	206
5. Instrumente des Arbeitsförderungsrechts	207
a) Arbeitsmarktpolitische Präventivmaßnahmen	207
b) Maßnahmen zur Erhaltung von Arbeitsplätzen	208
c) Maßnahmen bei Arbeitslosigkeit und Betriebsstillegungen	208
d) Maßnahmen zur Schaffung von Arbeitsplätzen	209
6. Staatliche Arbeitsmarktpolitik und Arbeitsrechtsgesetzgebung	209
a) Marktbezug und Steuerungsfunktion des Arbeitsrechts ...	209
b) Verteilungskorrigierende Marktsteuerung durch Arbeitsrecht	210

II. Plurale Vielfachsteuerung des Arbeitsmarktes und staatliche Marktregulierung	212
1. Plurale Vielfachsteuerung des Arbeitsmarktes	212
a) Der Arbeitsmarkt als komplexes Steuerungssystem	212
b) Arbeitsmarktsteuerung als kooperative Marktorganisation	213
c) Plurale Vielfachsteuerung und Verbot der Arbeitsmarktlenkung	214
2. Arbeitsmarktsteuerung durch staatliche Marktregulierung ...	214
a) Staatliche Arbeitsmarktsteuerung als Status- und Funktionsschutz	214
b) Formen und Ebenen staatlicher Arbeitsmarktsteuerung ...	215
c) Staatliche Arbeitsmarktsteuerung als Global- und Mikrosteuerung	216
d) Staatliche Arbeitsmarktsteuerung als Typus regulativer Politik	218
III. Arbeitsmarktregulierung durch Arbeitsmarktlenkung	219
1. Der Übergang von der Steuerung zur Lenkung	219
a) Arbeitsmarktlenkung durch ökonomische „Finalisierung“ der staatlichen Arbeitsmarktpolitik	219
b) Arbeitsmarktlenkung als Wirtschaftslenkung	220
c) Bedarfsmaßgaben der Arbeitsmarktlenkung	220
d) Verrechtlichung des Lenkungsbedarfs	221
e) Funktionsdoppelung der Arbeitsmarktregulierung	222
2. Die Implementation der staatlichen Lenkungspolitik	223
a) Makro- und mikropolitische Arbeitsmarktlenkung	223
b) Arbeitsmarktlenkung als Vollzug von Arbeitsmarktplanung	224
c) Die Arbeitsverwaltung als Lenkungsinstanz	225
d) Die historische Hypothek des Lenkungsvollzugs durch Arbeitsverwaltung	226
IV. Administrative Arbeitsmarktlenkung durch Berufsberatung und Ausbildungsvermittlung	228
1. Der gesetzliche Auftrag	228
2. Die Lenkungsfunktion	229
a) Berufsberatung als kooperative Berufswegfindung	230
b) Berufsberatung als Interaktion	232
c) Berufsberatung als funktionale Verschränkung von Entscheidungshilfe und Entscheidungslenkung	233
V. Administrative Arbeitsmarktlenkung durch Arbeitsvermittlung und Arbeitsberatung	234

1. Der gesetzliche Auftrag	235
2. Die Lenkungsfunktion	236
VI. Administrative Arbeitsmarktlenkung durch berufliche Bildungsförderung	237
VII. Administrative Arbeitsmarktlenkung durch Leistungsrecht	239
1. Mobilitätswang durch Leistungsdifferenzierung?	239
a) Einkommensminderung durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung als Mobilitätswang?	239
b) Mobilitätslenkung durch Leistungsanreize der beruflichen Bildungsförderung	241
2. Mobilitätswang durch „Leistungssperrnormen“	242
VIII. Das Lenkungsmuster staatlich-administrativer Arbeitsmarktregulierung	244
1. Arbeitsmarktlenkung und Leistungssperrnormen	244
2. Originäre und derivative Arbeitsmarktlenkung	244
3. Zweck und Formenvielfalt originärer Arbeitsmarktlenkung ..	245
4. Die Funktionsbindung originärer Arbeitsmarktlenkung	246
5. Das Lenkungsmuster derivativer Arbeitsmarktlenkung	247
6. Individualbezogene Lenkungsmittel- und Wirkungstypik der Arbeitsmarktlenkung	247

Achtes Kapitel

<i>Berufslenkung im Grundrechtsdilemma</i>	249
A. „Gelenkte“ Berufsfreiheit als Verfassungswirklichkeit	249
I. Reale Berufsfreiheit durch staatliche Freiheitsorganisation	249
II. Berufslenkung als Funktionsmodus staatlicher Freiheitsorganisation	250
1. Lenkung als Element staatlicher Steuerung von Ausbildung, Beruf und Arbeit	250
2. Die Funktionstypik staatlicher Berufslenkung	251
a) Berufslenkung als Funktionsgarantie der Berufsgesellschaft	251
b) Lenkungsarten und Lenkungszwecke	252
c) Lenkungsziele	252
d) Wirkungstypik und instrumentales Muster der Berufslenkung	254

B. Lenkungsrealität und grundrechtliches Lenkungsverbot im Widerstreit	255
I. Das Lenkungsverbot als Realitätsverweigerung	255
II. Das Dilemma staatlicher Freiheitsintervention durch Lenkung ..	256
III. Verfassungsrechtliche Ansatzpunkte einer Revision des Lenkungsverbots	257
1. Berufslenkung als Legitimations- und Schrankenproblem	258
2. Berufslenkung als Maßgabeproblem	258
3. Berufslenkung als Problem der funktionell-rechtlichen Kompetenzverteilung	259
IV. Zur Auflockerung des Lenkungsverbots durch Rechtsprechung und Literatur	259

D r i t t e r T e i l

Berufslenkung als Funktionselement der „offenen“ Berufsverfassung

Neuntes Kapitel

Die Verfassungsdogmatik auf dem Wege zum Lenkungsmandat 262

A. Das „Verbot“ der Berufslenkung in der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung	262
I. Die Rechtsprechung zum Lenkungsverbot	262
1. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	262
a) Berufslenkung und Ausbildungsfreiheit	262
aa) Berufslenkung durch Schullaufbahnbestimmung	262
bb) Berufslenkung durch Beschränkung des Hochschulzugangs	264
b) Berufslenkung und Berufswahlfreiheit	273
2. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	278
a) Berufslenkung und Ausbildungsfreiheit	278
b) Berufslenkung und Berufswahlfreiheit	283
3. Entscheidungen der instanzgerichtlichen Verwaltungsrechtsprechung	285

a) Berufslenkung und Ausbildungsfreiheit	285
b) Berufslenkung und Berufswahlfreiheit	293
4. Das Ergebnis der Rechtsprechungsanalyse	294
a) Die These vom begrenzten Lenkungsmandat	296
b) Die begriffliche und funktionale Entfaltung der Berufslenkung	302
c) Der „Vorbehalt des Tatsächlichen“	304
d) Von der Eingriffs- über die Leistungs- zur Lenkungsdogmatik	305
aa) Lenkung „durch Eingriff“	305
bb) Lenkung „durch Leistung“	311
cc) Lenkung durch Beratung?	319
II. Argumentationsdefizite der Rechtsprechung	320
1. Das Lenkungsverbot als staatliche Funktionssperre?	321
2. Der fehlende Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte der Berufslenkung	322
3. Berufslenkung als „notrechtsähnliche“ Handlungskompetenz?	323
4. Dysfunktionale Begrenzungen des Lenkungsmandats in der Tradition des Abwehr-, Eingriffs- und Schrankendenkens ...	325
5. Zur sozialstaatlichen Berufsfreiheitsgarantie als „Maßgabegrundrecht“ leistungsstaatlicher Berufslenkung	327
a) Die unbewältigte Komplexität der berufsgrundrechtlichen Lenkungskomponente	328
b) Grundrechtliche Verteilungslagen und der Kontrollmaßstab der Berufslenkung: Zur „Doppelfunktion“ des Art. 12 Abs. 1 GG	332
c) Die verfehlte Strukturrationalität des Planungs- und Lenkungsstaates	337
6. Studienberatung als verfehltes Paradigma „weicher“ Berufslenkung	344
7. Der nicht ausgeschöpfte „Vorbehalt des Tatsächlichen“	347
B. Die Entwicklung eines Lenkungsmandats in der Literatur	348
I. Zum Entwicklungsgang der Diskussion	348
1. Die Fehleinschätzung der Rechtsprechung in der Literatur ...	348
2. Entwicklungsphasen und Schwerpunkte der Literatur	349
3. Die Lenkungsdiskussion in der Tradition des Eingriffs-, Abwehr- und Schrankendenkens	352

a) Das absolute Lenkungsverbot	352
b) Auflockerungstendenzen im abwehrrechtlich begründeten Lenkungsverbot	358
c) Berufslenkung als Problem des Leistungsstaates	361
4. Planung und Lenkung als spezifische Funktionen des Leistungs- staats	363
a) Grundrechtssichernde Geltungsfortbildung durch leistungs- staatliches Handeln	363
b) Bedarfsorientierte Planung und Lenkung als Mittel leistungs- staatlicher Grundrechtsförderung	364
5. Reale Berufsfreiheit im Leistungsstaat durch Berufsplanung und -lenkung	365
II. Berufslenkung als Problem ihrer Legitimation, Reichweite und Kontrolle	367
1. Legitimationsprobleme der Berufslenkung	367
a) Der sozialstaatliche Legitimationszusammenhang	368
b) Die berufsgrundrechtliche Legitimation der Lenkung	370
c) Die unbewältigte Komplexität des Legitimationsproblems	373
2. Inhalt und Grenzen legitimer Berufslenkung	375
a) Die Absage an ein imperatives Lenkungsmandat	375
b) Das Konzept der influenzierenden Berufslenkung	377
c) Berufslenkung versus Nachfrageoptimierung und Markt- steuerung	378
d) Die inhaltlich-deskriptive Entfaltung des Lenkungsinstru- mentariums	381
e) Das Übermaßverbot als Lenkungsregulativ	382
f) Beeinträchtigungsintensität der Lenkung als Anwendungs- maßstab?	383
g) Die Beeinträchtigungsintensität der Lenkung als Maßgabe- problem des beruflichen Freiheitsstatus	386
h) Bereichsspezifische Entfaltung der Lenkungsinhalte	389
3. Berufslenkung als Kompetenz- und Kontrollproblem	389
a) Die Lenkungszuständigkeit des Gesetzgebers	390
b) Genuine Lenkungsverantwortung der Verwaltung?	391
c) Kompetenzgerechter Lenkungsrechtsschutz	392
d) Staatliche Lenkungsfunktion und grundgesetzliche Zustän- digkeitsverteilung	393
III. Die Ausbildungsfreiheit als „Lenkungsfeld“	396
1. Bildungspolitik im Zielkonflikt von Nachfrage und Bedarf ..	396
2. Das Verbot der Berufslenkung durch Ausbildungslenkung ...	398

3. Bildungsplanung, Berufsplanung und Ausbildungslenkung als leistungsstaatliche Notwendigkeit	398
a) Die Entstehung von Verteilungsproblemen im Bildungssektor	398
b) Technischer Fortschritt, Berufswandel und Bildungspolitik	400
c) Funktionswandel der Bildungspolitik	402
4. Berufslenkung und numerus clausus	404
5. Planung und Lenkung der beruflichen Ausbildung	406
6. Ausbildungsförderung und Berufslenkung	408
IV. Berufslenkung und Arbeitsmarkt	409
1. Grundformen der Berufslenkung durch Arbeitsmarktleitung .	409
2. Öffentliche Berufslenkung durch soziale Arbeitsförderung ...	413
a) Die Funktionsambivalenz der Berufsberatung	413
aa) Berufsfreiheit durch Beratung	413
bb) Die „Lenkungsfunktion“ der Berufsberatung	414
cc) Berufsberatung als Beratungs- und Datenverbund	416
b) Arbeitsvermittlung als Lenkungsinstitution	417
aa) Berufsfreiheit durch Arbeitsvermittlung	417
bb) Die „Marktfunktion“ der Arbeitsvermittlung	418
cc) Die „Lenkungsfunktion“ der Arbeitsvermittlung	419
c) Öffentliche Berufslenkung bei freiem Arbeitsmarkt	422
3. Zur Lenkungsdimension eines sozialen Grundrechts „auf Arbeit“	423
a) Die Bewirtschaftung von Arbeitsplatzangebot und -nachfrage als Bedingung des sozialen Grundrechts	423
b) Lenkung als Korrelat des Sozialgrundrechts?	424
4. Berufslenkung und arbeitsvertragliche Privatautonomie	426
a) Staatliche Arbeitsmarktleitung und -steuerung durch Individualrecht?	426
b) Zum staatlichen Lenkungsmandat im kollektiven Arbeitsrecht	430
V. Das Ergebnis der Literaturanalyse	431
1. Die „Zweiteilung“ der Literatur	431
2. Legitimation und Reichweite des Lenkungsmandats	432
3. Bereichsspezifische Konzeptualisierung des staatlichen Lenkungsmandats	435
a) Ausbildungslenkung	436
b) Berufswahl- und -zuganglenkung	437
c) Arbeitsmarktleitung	437

4. Entwicklungsansätze zu einer Lenkungsdimension der Berufsfreiheitsgarantie	439
VI. Argumentationsdefizite der Literatur	441
1. Das konzeptionelle Defizit staatlicher Steuerung und Lenkung im Freiheitsfeld von Ausbildung, Beruf und Arbeit	441
a) Globalsteuerung und Berufslenkung	441
b) Dogmatische Fragestellungen	443
2. Das Bezugsproblem des Sozialstaatsprinzips zu Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG	444
3. Das Defizit berufsgrundrechtlicher Interpretation	445
a) Ein Lenkungsmandat aus Art. 12 Abs. 1 GG?	445
b) Die Berufsfreiheitsgarantie als „Maßgabe“ der Berufslenkung	446
4. Das Lenkungsverständnis als Realitätsdifferenz	447
C. Ein limitiertes Lenkungsmandat zur Bekämpfung berufsgrundrechtlicher Funktionsdefizite?	447
I. Limitierte Berufslenkung als verfassungszulässiges Instrument beruflicher Freiheitssicherung	447
II. Differenzen zwischen Rechtsprechung und Literatur über Inhalte und Grenzen der Berufslenkung	448
III. Die Notwendigkeit vertiefender Problemanalyse	449

Zehntes Kapitel

<i>Das entstehungsgeschichtliche Lenkungsakzept</i>	450
A. Das verfassungshistorische Interpretationsdefizit in Rechtsprechung und Literatur	450
I. Die Rechtsprechung	451
II. Die Literatur	451
B. Die entstehungsgeschichtliche Aussagekraft des Art. 12 Abs. 1 GG zum Problem der Berufslenkung	453
I. Das methodische Problem	453
II. Die Interpretation des Art. 12 Abs. 1 GG aus seinem historischen Entstehungszusammenhang	454

III. Art. 12 Abs. 1 GG als Lenkungsinstrument der Berufsfreiheit? ..	455
IV. Die „relative“ Ergiebigkeit des entstehungsgeschichtlichen Rückgriffs für das Problem der Berufslenkung	457
C. Die Entfaltung der Berufslenkung als historischer Prozeß	458
I. Berufslenkung im Entwicklungszusammenhang staatlicher Wirtschaftsintervention	458
1. Berufslenkung und Arbeitslenkung	458
2. Berufslenkung als Bestandteil beruflicher Globalsteuerung vor Inkrafttreten des Grundgesetzes	459
3. Die institutionell-administrative Entfaltung der Berufslenkung	461
4. Berufslenkung durch Verfachlichung des Interventionsauftrages	462
D. Berufslenkung als immanente Vorverfassungsmäßigkeit des Art. 12 Abs. 1 GG	463
I. Art. 12 Abs. 1 GG als historisch-aktuelle Begriffs- und Funktionsidentität	463
II. Grenzen der Funktions- und Begriffsidentität	465
III. Die situative und typengeleitete Funktionsbedingtheit des Lenkungsmandats	467
1. Die situative „Eingrenzung“ des Lenkungsmandats	467
2. Das grundrechtlich begrenzte Akzept der entwicklungsgeschichtlichen Lenkungstypik	468
IV. Das Ergebnis des sozialverfassungsgeschichtlichen Interpretationsansatzes	469
1. Steuerungspolitische Konsequenzen	469
2. Verfassungsdogmatische Konsequenzen	470

Elftes Kapitel

<i>Bedeutungs- und Funktionswandel der Berufsfreiheitsgarantie</i>	471
--	-----

A. Die dogmatische Revision des Lenkungsverbots im Spannungsfeld von sozialer Wirklichkeit und berufsgrundrechtlicher Freiheitsverbürgung	471
---	-----

B. Privatautonomie als Freiheitsprinzip?	474
I. Berufsfreiheit als Abwesenheit staatlicher Beeinträchtigung und Beliebigkeitsgewähr?	474
II. „Beruf“ und „Wahlfreiheit“ als Elemente eines positiven Freiheits- begriffs	475
1. „Entscheiden“ als berufsgrundrechtliches Funktionselement ..	475
2. Berufsfreiheit als Problem der Entscheidungskompetenz	476
3. Der „Beruf“ als Gegenstand individuellen Entscheidens	476
C. Der „Beruf“ als sozialer Status	477
I. Freiheitsfeld „Berufsgesellschaft“	477
II. Der „Beruf“ als Status	478
III. Berufsfreiheit als Chance zur Statusbegründung, -sicherung und -entfaltung	479
1. Berufsfreiheitsgarantie als Statusschutz	479
2. Die Auswirkungen auf den Begriff der Berufsfreiheit	480
D. Statusbindung durch Sozialautonomie	480
I. Immanent-strukturierte Berufsfreiheit als grundrechtliche Freiheits- gewähr	481
II. Sozialbindung der Berufsfreiheit	482
1. Sozialzusammenhang von Ausbildungs-, Berufs- und Arbeits- platzwahl	482
2. Sozialbindung der Berufsfreiheit durch staatliche Struktur- gebung	483
III. Staatliches Leistungshandeln als Vorbedingung der Freiheitsent- faltung	484
E. Berufsfreiheit durch soziale Realisation	484
I. Berufsfreiheit als Wahrnehmung von Statuschancen	484
II. Berufsfreiheit als soziale Autonomie	485
1. Die Bindung der Berufsfreiheit an soziale Sicherung	485
2. Sozialstrukturelle Determination von Berufsfreiheit	486
III. Soziale Realisation als Entstehensbedingung von Berufsfreiheit ..	486

Zwölftes Kapitel

*Verfassungsrechtliche Legitimation
und Reichweite staatlicher Berufslenkung* 487

A. Berufsfreiheit und Berufslenkung durch berufsgrundrechtlichen Status- und Funktionsschutz	487
I. Positive Freiheitsverbürgung als Grundrechtsauftrag zu Status- und Funktionsschutz	487
1. Funktionsbezogener Statusschutz als objektiver Gewährleistungskern des Art. 12 Abs. 1 GG	488
2. Funktionsbezogener Statusschutz als Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG	489
II. Formen und Intensität des Status- und Funktionsschutzes	490
1. Erfüllung des grundrechtlichen Schutzauftrags durch Gefahrenabwehr	490
2. Der grundrechtliche Schutzauftrag als Element objektiver Ordnung von Ausbildung, Beruf und Arbeit	491
3. Grundrechtlicher Schutzauftrag und materielle Teilhaberechte	491
a) Das Recht auf Arbeit	492
b) Der ausbildungsfreiheitliche Teilhabeanspruch als Paradigma leistungsstaatlicher Statusentfaltung	492
4. Zur Intensität berufsgrundrechtlichen Status- und Funktionsschutzes	493
a) Funktionsbezogener Statusschutz als Intensitätsmaßstab ..	494
b) Funktionsbezogener Statusschutz als menschenwürde- und gleichheitsdirigierter Berufsschutz	494
III. Funktionsbezogener Statusschutz und staatliche Steuerungsnotwendigkeit	496
1. Konnexität von Statusschutz und Statusregulierung	497
2. Statusregulierung als Ausdruck staatlicher Verantwortung und individueller Pflichtigkeit im Rahmen der Berufsverfassung ..	499
3. Grundrechtliche Schutzintensität und reziproke Konnexität der Statusregulierung	501
IV. Die Lenkungsdimension berufsgrundrechtlichen Status- und Funktionsschutzes	502
1. Der „Bedarf“ an Grundrechtsvorsorge als inhaltliche Maßgabe der Statusregulierung	502

2. Die Maßstabsqualität des ökonomischen und „sozialen“ Bedarfs	502
3. Das berufsgrundrechtliche Lenkungsmandat	504
B. Berufsfreiheit und Berufslenkung durch soziale Intervention	504
I. Die sozialstaatlich-gleichheitsdirigierte „Überformung“ des berufsgrundrechtlichen Lenkungsmandats	505
1. Die dynamische Regulierungskompetenz des Sozialstaats	505
a) Die Ausformung der sozialstaatlichen Regulierungskompetenz	506
b) Materielles und formelles Sozialstaatsprinzip	507
c) Sozialstaatliche Garantiedimension als Grundlage eines Lenkungsmandats	507
d) Der Bezug zum berufsgrundrechtlichen Lenkungsmandat ..	509
2. Die Kompetenzmaßgabe des allgemeinen Gleichheitssatzes ...	510
a) Formal-egalisierender Berufsschutz	511
b) Der Grundsatz der Lastengleichheit	511
II. Berufslenkung durch soziale Intervention als Maßgabe des demokratisch legitimierten Steuerstaates	513
1. Steuerstaat und Verteilungsgerechtigkeit	513
2. Wachstumsförderung, Sicherung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und Gemeinschaftsaufgaben im Steuerstaat ..	514
3. Berufslenkung und grundgesetzliches Demokratiegebot	514
C. Der verfassungsrechtliche Legitimationszusammenhang der Berufslenkung	515
I. Die Legitimationsgesamtheit der Berufslenkung	515
II. Legitimationsschichten der Berufslenkung	516
1. Die legitimatorische Interdependenz von Berufsfreiheitsgrundrecht, Sozialstaatsprinzip und allgemeinem Gleichheitssatz ..	516
a) Das Verhältnis des Sozialstaatsprinzips zu Art. 12 Abs. 1 GG	516
b) Die Kompetenzdirektiven des allgemeinen Gleichheitssatzes	517
2. Lenkungscompetenz und staatliche Ressourcenverantwortung	518
D. Verfassungsgrenzen staatlicher Berufslenkung	519
I. Berufslenkung als Schranken- und Inhaltsproblem	519
1. Der Rückgriff auf die Lenkungsrealität	519

2. Die grundrechtliche Kollisionslage	520
II. Berufslenkung als kollisionsrechtliches Grundrechtsproblem	520
1. Der grundrechtliche Funktionsanspruch	520
2. Grundrechtlicher Funktionsanspruch und „offene“ Berufsverfassung	521
a) „Offene“ Berufsverfassung als Rahmenmaßgabe	521
b) Die „relative“ Offenheit der Berufsverfassung	523
c) Keine „objektive Systemwirkung“ der Berufsfreiheitsgarantie	524
3. Berufslenkung als Funktionsmodus grundrechtlicher Kollisionslösung nach Maßgabe des Übermaßverbots	525
a) Erforderlichkeit der Berufslenkung	525
b) Geeignetheit der Berufslenkung	527
aa) Geeignetheit der Ausbildungslenkung	528
bb) Geeignetheit der Arbeitsmarktlenkung	530
cc) Geeignetheit der Berufswahl-, Berufszugangs- und -ausübungslenkung sowie der Berufsstrukturlenkung	532
c) Verhältnismäßigkeit der Berufslenkung im engeren Sinne	533
aa) Limitierte Bedarfsorientierung der Berufslenkung	534
bb) Situative Bindung und instrumentale Differenzierung der Berufslenkung	534
cc) Personale Entscheidungsoptimierung, sukzessive Beeinträchtigungsintensität und Kontrollrahmen der Berufslenkung	536
dd) Individuelle Zumutbarkeit und materielle Verfahrensgerechtigkeit als Grenzen der Berufslenkung	538
III. Das limitierte Lenkungsmandat	540
1. Die Absage an das „Verbot“ der Berufslenkung	540
2. Die gebundene Reichweite des staatlichen Lenkungsmandats ..	541
3. Die Lenkungsrealität als verfassungskonforme Kollisionslösung	542

Dreizehntes Kapitel

<i>Art. 12 Abs. 1 GG als „Maßgabegrundrecht“ der Berufslenkung</i>	543
A. Die Berufsfreiheitsgarantie als Strukturprinzip der Berufslenkung ...	543
I. Grundrechtsmaßgabe und Lenkungsrealität	544

II.	Lenkungsrealität und grundrechtliches Freiheitspostulat	545
B.	Die Berufsfreiheitsgarantie als inhaltliche Maßgabe der Berufslenkung	546
I.	Programmdimension und Bedarfskonkretisierung	546
1.	Bedarfsdeckung als Präferenzmaßgabe konkurrierender Freiheitsinteressen	546
2.	Bedarfsdeckung als Gemeinschaftsgüterschutz	548
II.	Integration der Lenkungspolitik und Planbindung der Berufslenkung	549
III.	Individuelle Freiheitschance und Lenkungsflexibilität	551
1.	Flexibilität des Lenkungssystems	551
2.	Dynamisierung des Berufsbegriffs	551
3.	Der „Beruf“ als Grenze flexibler Lenkung	552
IV.	Lenkungsintensität und verfassungsverbürgte Formen- und Wirkungstypik der Berufslenkung	553
1.	Varianz der Lenkungsintensität	553
2.	Intensitätsgebundene Formen- und Wirkungstypik	554
a)	Lenkungsformen	554
b)	Lenkungsarten	555
c)	Instrumentales Muster der Lenkung	556
d)	Wirkungstypik der Lenkung	557
V.	Berufslenkung als Anwendungsmaßgabe	558
1.	Direkte individuell-negative Berufslenkung	558
2.	Mittelbar individuelle Berufslenkung	559
a)	Staatliche Ausbildungslenkung	559
b)	Staatliche Arbeitsmarktleitung	560
c)	Berufsausübungslenkung	561
3.	Lenkung der Berufsstruktur und des Berufswandels	561
C.	Die Berufsfreiheitsgarantie als Verfahrensmaßgabe der Berufslenkung	562
I.	Berufslenkung und Verfahren	562
1.	Die Verfahrensgeltung der Grundrechte	562
2.	Der Grundsatz der Verfahrensadäquanz staatlicher Berufslenkung	563
II.	Die Verfahrenssicherung originärer Berufslenkung	564

1. Das Verfahren der Bedarfsermittlung	565
2. Die Umsetzung der Bedarfsdaten in Bedarfsmaßgaben	566
3. Die Implementation der Bedarfsmaßgaben	568
III. Die Verfahrenssicherung derivativer Berufslenkung	569
1. Funktionsgerechtigkeit des Lenkungsverfahrens	569
2. Das Gebot materialer Verfahrensgerechtigkeit	570
D. Die Berufsfreiheitsgarantie als funktionell-rechtliche Lenkungsmaßgabe	571
I. Die Lenkungszuständigkeit des Gesetzgebers	571
1. Politische Gestaltungsfreiheit und Gesetzesvorbehalt	571
2. Der Gesetzesvorbehalt als umfassender Funktionsmaßstab ...	572
II. Die Lenkungsverantwortung der Verwaltung	573
1. Die exekutivische Lenkungsfunktion	574
2. Berufslenkung als kooperative Gesamtverantwortung von Gesetzgeber und Verwaltung	574
III. Kompetenzgerechter Lenkungsrechtsschutz	575

Vierzehntes Kapitel

<i>Zusammenfassung und Ergebnis der Untersuchung</i>	576
--	-----

Literaturverzeichnis	583
----------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für civilistische Praxis
AFK	= Archiv für Kommunalwissenschaften
ANBA	= Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	= Artikel
AuB	= Arbeit und Beruf
Aufl.	= Auflage
BABl.	= Bundesarbeitsblatt
BAnz.	= Bundesanzeiger
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Betriebs-Berater
Bd.	= Band
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialrecht und Arbeitsrecht
BReg.	= Bundesregierung
BT-Drucks.	= Bundestags-Drucksache
DB	= Der Betrieb
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DuR	= Demokratie und Recht
DV	= Deutsche Verwaltung
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVerw	= Die Verwaltung
ebd.	= ebenda
et al.	= und andere
FamRZ	= Zeitschrift für Familienrecht
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	= Fußnote
FS	= Festschrift
GewArch	= Gewerbearchiv
GMH	= Gewerkschaftliche Monatshefte
Halbbd.	= Halbband
HbdSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
h. M.	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber

IAB	= Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
IIM	= Internationales Institut für Management
i. V. m.	= in Verbindung mit
JA	= Juristische Arbeitsblätter
Jb.	= Jahrbuch
Jg.	= Jahrgang
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JurA	= Juristische Analysen
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
Kap.	= Kapitel
KritJ	= Kritische Justiz
KZfSS	= Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
MatAB	= Materialien aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
MittAB	= Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
m. w. Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
N. F.	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
o. J.	= ohne Jahr
o. O.	= ohne Ortsangabe
PVS	= Politische Vierteljahresschrift
Quint A/B	= Quintessenzen — Reihe A/B
RABl.	= Reichsarbeitsblatt
RdA	= Recht der Arbeit
RdJB	= Recht der Jugend und des Bildungswesens
RdNr.	= Randnummer
Rspr.	= Rechtsprechung
RuG	= Recht und Gesellschaft
SchrR	= Schriftenreihe
SGb.	= Sozialgerichtsbarkeit
StenoBer.	= Stenographischer Bericht
SZ	= Süddeutsche Zeitung
Tz.	= Teilziffer
Verhdlg.	= Verhandlungen
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
Vorbem.	= Vorbemerkung
VSSR	= Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung
WiR	= Wirtschaftsrecht
WiSU	= Wirtschafts- und Sozialwissenschaften im Unterricht
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
WZB	= Wissenschaftszentrum Berlin
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfSH	= Zeitschrift für Sozialhilfe
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZHR	= Zeitschrift für Handelsrecht
ZParl	= Zeitschrift für Parlamentsfragen

ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
Zschr.	= Zeitschrift
ZSR	= Zeitschrift für Sozialreform
z. T.	= zum Teil
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Im übrigen wird verwiesen auf *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

ERSTER TEIL

Das „Verbot“ der Berufslenkung als Verfassungsproblem

Erstes Kapitel

Berufslenkung als Freiheitsproblem

A. Berufsverwirklichung als struktureller Freiheitskonflikt

I. Individuelle Freiheit in der „gelenkten“ Gesellschaft

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist das Verhältnis der *Berufsfreiheit* zur *staatlichen Berufslenkung* unter dem Grundgesetz¹. Die hierin schon begrifflich angelegte Konfrontation von beruflicher Freiheit des Bürgers² und lenkender Einflußnahme des Staates auf private Entscheidungen im Freiheitsfeld von Ausbildung, Arbeit und Beruf³ wirft eines der

¹ Grundlagen und Ausmaß der staatlichen Berufslenkung vor Inkrafttreten des Grundgesetzes werden daher von der Untersuchung nicht umfaßt. Gleichwohl enthält das 10. Kapitel eine Rückblende auf die soziale und rechtliche Entwicklung der Berufslenkung seit Beginn dieses Jahrhunderts, um für die verfassungshistorische Interpretation des Art. 12 Abs. 1 GG die notwendigen Grundlagen zu legen. Zur geschichtlichen Entwicklung der Berufslenkung vgl. im übrigen Stets, *Berufslenkung*, S. 24 ff.; Bering, *Grundlagen*, S. 9 ff. Nur am Rande kann ferner die Lenkungsproblematik erörtert werden, die sich aus der Entfaltung der Berufsfreiheit in internationalen Kodifikationen ergibt; vgl. insoweit zur Garantie und Einschränkung der arbeitnehmerischen Freizügigkeit sowie der freien Berufe u. a. Kahlert, *Niederlassungsfreiheit, Bedürfnisprüfung und Art. 12 GG*, Diss. Münster 1970, S. 9 ff., 19 ff., 41 ff.; Stadler, *Berufsfreiheit*, insbes. S. 17 ff., 42 ff., 347 ff.; Steindorff, *NJW* 1982, S. 1902 ff.; ders., *NJW* 1983, S. 1231 ff. — Eine zusammenfassende Untersuchung der neuzeitlichen Entwicklung staatlicher Berufslenkung vor Inkrafttreten des Grundgesetzes fehlt im übrigen noch; siehe aber im Zusammenhang der Entwicklung des Rechts der Arbeitslosenversicherung W. Bogs, *Die Sozialversicherung in der Weimarer Demokratie*, in: *VSSR*, Beiheft 2, 1981, S. 79 f., 95 ff.

² Zum herkömmlichen *Begriff* der verfassungsrechtlich gewährleisteten „Berufsfreiheit“ vgl. statt aller Hege, *Berufsfreiheit im Sozialstaat*, S. 58 ff.

³ Zur *juristischen* und speziell verfassungsrechtlichen Definition des Berufsbegriffs vgl. *BVerfGE* 7, 377 (397); *BVerwGE* 2, 89 (92); 4, 250 (254 f.); Herzog, *Berufsfreiheit*, Sp. 186 f.; Geiger, *Berufsfreiheit*, Sp. 1112; Hoffmann, *Grundrecht der Arbeit*, S. 29 ff.

staatsrechtlichen Grundprobleme unserer Zeit auf, nämlich das der Beziehung von Individuum und Staat unter den Bedingungen der modernen nachindustriellen Dienstleistungsgesellschaft⁴.

Die Frage hiernach läßt sich allerdings von vornherein weder für die Berufsfreiheit⁵ noch sonst⁶ durch einen undifferenzierten Rückbezug auf die Formel der „Freiheit vom Staat“, aber auch nicht — im anderen Extrem — mit dem resignativen Einwilligen in die „totale Verplanung“ des Individuums beantworten. Denn da freiheitliche Entfaltung und staatliche Intervention in dem auf Daseinssicherung und „Wachstumsvorsorge“⁷ ausgerichteten Gemeinwesen unauflöslich miteinander verknüpft sind, erscheint es überholt, dem überkommenen Wunschbild einer schrankenlosen Freiheit des Bürgers vom Staat nachzueilen bzw. Freiheit länger noch ausschließlich als „individuelle Ausgrenzung“ zu begreifen⁸. Vielmehr wird die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch die Freiheitsrechte Dritter in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) zur „sozialen Freiheit“ ausgeformt⁹.

Nicht zu verkennen ist allerdings, daß die Tendenzen staatlich-gesellschaftlicher Entwicklung derzeit in die Richtung des Verlustes individueller Freiheit führen¹⁰. Die vielzitierte Entfremdung der Arbeit¹¹, das

⁴ Zur Theorie der „nachindustriellen Gesellschaft“ vgl. *D. Bell*, Die nach-industrielle Gesellschaft, 1975. Den Begriff der „industriellen Dienstleistungsgesellschaft“ als *verfassungsrechtlich* relevante Beschreibung des Zustandes der Gesellschaft in der Bundesrepublik verwendet BVerfGE 40, 65 (84). Diese und andere Zustandsbeschreibungen sind freilich fließend, vgl. zu ihrer Vielfalt und zugleich kritisch in dem Bezug zum Berufswandel *D. Fröhlich*, Berufswandel, S. 213.

⁵ Vgl. Hege, Berufsfreiheit im Sozialstaat, S. 59. Zu den besonderen Folgewirkungen der nachindustriellen Gesellschaft auf die individuelle Berufsfreiheit, die u. a. im Anstieg der strukturellen Arbeitslosigkeit kulminieren, siehe *M. Jänicke*, aus politik und zeitgeschichte, B 23/80, S. 7 ff.; *Binswanger/Geissberger/Ginsburg* (Hrsg.), Wege aus der Wohlstandsfalle, 1979, S. 86 ff., 127 ff.

⁶ Vgl. *Grabitz*, Freiheit, S. 15 ff., 187 ff., 208 ff., 235 ff., 243 ff.; ders., Freiheit als Verfassungsprinzip, S. 1 ff., 7, 12 ff.

⁷ Siehe hierzu *Badura*, Wachstumsvorsorge, S. 367, 376 ff.; ähnlich *Nicolaysen*, FS H. P. Ipsen, 1977, S. 485 ff., der den Begriff der „Wohlstandsvorsorge“ einführt. Der Sache nach treffender dürfte allerdings der Begriff der „Wachstumswirkung“ sein, den *K. Vogel* (VVDSrRL. 38, 1980, S. 338) verwendet.

⁸ Ebenso Hege, Berufsfreiheit im Sozialstaat, S. 55 ff.; *Grabitz*, Freiheit, S. 15 ff., 235 ff.; jeweils mit zahlreichen Nachw.

⁹ Diese meint „Freiheit“ als Gewährleistung eines bestimmten Maßes sozialer Entfaltungschancen, vgl. *Grabitz*, Freiheit, S. 206. Zum entsprechenden Verständnis der „Berufsfreiheit“ vgl. im 11. und 12. Kapitel. Kritisch gegenüber diesem Freiheitsverständnis etwa *Bleckmann*, Grundrechtslehren, S. 219 ff., 222, 226.

¹⁰ Vgl. *Herzog*, Staatslehre, S. 54 ff., 64 ff., 67 ff., 75 ff.; *Leisner*, Demokratie-Selbstzerstörung einer Staatsform?, 1979, S. 39 ff., 51 ff., 61 ff., 140 ff.; *Lehner*, Grenzen, S. 41 ff., 156 ff.; *Schober*, Der Mensch im Labyrinth des Sozialstaates, in: *Geissler* (Hrsg.), Verwaltete Bürger-Gesellschaft in Fesseln, 1978, S. 72 ff.; *Krebs*, DVBl. 1977, S. 632. Anderslautende Verheißungen einer nachindustriellen Gesellschaft (*Bell*) erweisen sich also als irreführend.

Überhandnehmen zentralistischer Verwaltungssysteme¹² und beherrschender Verbände¹³ bestimmen das Leben des Einzelnen ebenso wie seine völlige ökonomische Abhängigkeit von der Wirtschaftsorganisation sowie die Unüberschaubarkeit vieler Vorgänge im staatlichen Leben. Die Perfektionierung staatlicher Daseinsvorsorge und sozialstaatlicher Intervention, wie sie sich gegenwärtig entwickelt, bringt auf diese Weise einen starken Abbau individueller Verantwortung des Bürgers für seine Lebensgestaltung mit sich. Sie wird weitgehend ersetzt durch verbandsmäßig organisierte Daseinsicherung und Freiheitsvorsorge bei anwachsender Lähmung eigener Initiative¹⁴: Es droht m. a. W. der Verlust ökonomischer, rechtlicher und organisatorischer Selbständigkeit, die *Entindividualisierung der Freiheit* in einer „gelenkten“ Gesellschaft¹⁵.

II. Berufsfreiheit und staatliche Freiheitsorganisation

In besonderem Maße besteht diese Gefahr im Freiheitsfeld von Arbeit und Beruf. *Berufs- und Arbeitsplatzwahl* gehören nicht nur zu den folgenreichsten Entscheidungen, die der Einzelne in seinem Leben zu fällen hat. Sie sind besonders schwierig zu treffen, weil die Berufswelt ständig unüberschaubarer und komplexer wird und überdies Berufs- und Arbeitsplatzwahl Entschei-

¹¹ Marcuse, *Der eindimensionale Mensch*, 1967, S. 178 ff.; H. Freyer, *Theorie des gegenwärtigen Zeitalters*, 1955, S. 79 ff.; Popitz, *Der entfremdete Mensch*, 1967; Hereth, *Freiheit, Politik und Ökonomie*, 1974, S. 85 ff., der von einer „Ökonomisierung der Freiheit“ spricht. Allgemein über das Problem der Autonomie in der Arbeitsorganisation auch Daheim, *Beruf*, S. 176 ff. Über das Ausmaß der Entfremdung in der *öffentlichen Verwaltung* siehe den gleichnamigen Beitrag von Boseszky, *DÖV* 1973, S. 302 ff.

¹² Vgl. R. Mayntz, *Soziologie*, S. 14 ff., 86 ff.; Pankoke/Nokielski, *Verwaltungssoziologie*, 1977, S. 105 ff.; R. Steinberg, *Politik und Verwaltungsorganisation*, 1979, S. 82 ff., 89 ff., 181 ff., 274 ff.; Scharpf, *Politische Durchsetzbarkeit innerer Reformen*, 1974, S. 34.

¹³ Grundlegend Eschenburg, *Herrschaft der Verbände?*, 1955; vgl. ferner zu dem hier maßgeblichen Aspekt des Verbandshandelns H.H. v. Arnim, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977, S. 148 ff.; R.G. Heinze, *Verbandepolitik und „Neokorporatismus“*, 1981; E.-W. Böckenförde, *Politische Funktion*, S. 225 ff.; Berg, *Verbände in der parlamentarischen Demokratie*, *Die Verwaltung* 11 (1978), S. 71 ff.; insbes. zum Stichwort „Gewerkschaftsstaat“ siehe Zachert, *AuR* 1977, S. 1 ff. Der Zusammenhang von wachsender Macht der Verbände und „Unregierbarkeit“ des Staates stand auch im Mittelpunkt der Podiumsdiskussion zum 52. DJT über „Die Verbände in der Demokratie und ihre Regelungsprobleme“; vgl. *Verhdg. des 52. DJT*, Bd. II, *Sitzungsbericht P*, München 1978. Speziell zur Rolle des Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf Verbandsmacht vgl. Bachof, *Freiheit des Berufs*, S. 174; Biedenkopf, *Tarifautonomie*, S. 108.

¹⁴ Laufer, *Der sozialisierte Mensch*, 1977, S. 9 ff., 88 ff.; Sontheimer, *Der unbehagliche Bürger*, Zürich 1980; Schober (Fn. 10), S. 73, 75 f., 79. Die dabei gegebene Gefahr der Fremdbestimmung als Funktion *staatlicher Planung* betont vor allem Vitzthum, *Parlament und Planung*, S. 56 ff. Sich in Gegenwehr zu dieser Entwicklung ausformende Handlungsformen der Bürgerinitiative etc. schaffen keine Abhilfe. Sie sind eben doch wieder *kollektive Formen*.

¹⁵ Dettling, *Die gelenkte Gesellschaft*, 1976, S. 116 ff., 141 ff.; Atteslander, *Die Grenzen des Wohlstands*, 1981, S. 141 ff.