

Anfängerklausur: Berufsfreiheit – No milk today

Von Prof. Dr. Nils Schaks, licencié en droit (Paris X-Nanterre), Julia Wildgans, LL.B., Mannheim*

Die Klausur hat die Prüfung zweier Verfassungsbeschwerden zum Gegenstand. Im Mittelpunkt steht Art. 12 Abs. 1 GG. Zu erörtern sind etliche der klassischen Probleme der Berufsfreiheit (Berufsdefinition, Drei-Stufen-Theorie sowie Anwendung und Geltendmachung durch eine Unionsbürgerin) anhand eines ungewohnten – aber nicht ganz neuen – Falls. Deshalb eignet sich der Fall gut zur Einübung und Wiederholung der Dogmatik der Berufsfreiheit.

Sachverhalt

Gerda Arnoldsen (A) ist Niederländerin und lebt seit 20 Jahren in Deutschland. Sie betreibt auf ihrem Hof Milchwirtschaft und verkauft Milch an ihre Kundinnen und Kunden. Andere Einnahmen als den Milchverkauf hat sie nicht. Die Besonderheit ihrer Milchwirtschaft besteht darin, dass sie ausschließlich lose, nicht pasteurisierte Milch verkauft. Das bedeutet, dass die Milch nicht zuvor in Tüten abgepackt wird, sondern aus großen Behältnissen in die von den Kunden mitgebrachten Flaschen abgefüllt wird. Bei den Kunden handelt es sich ausschließlich um Endverbraucher. Das Geschäft läuft gut, insbesondere Anhänger ökologischer Produkte kaufen die lose Milch und zahlen hierfür Preise, die deutlich über denen für pasteurisierte Milch in herkömmlichen Supermärkten liegen. Ein identisches Geschäftsmodell verfolgt auch die im Sauerland ansässige Landwirtin Petra Simonis (S), die in sechster Generation auf dem Familiengut arbeitet.

Im Jahre 2017 kam es in einigen Bundesländern zu kleineren Salmonellen-Ausbrüchen, v.a. in Seniorenheimen. Die zuständigen Behörden vermuteten lose Milch als Auslöser der Erkrankungen. Daraufhin beschloss der Deutsche Bundestag am 11.8.2017 ohne Verfahrensfehler das ausnahmslose Verbot des Verkaufs loser Milch an Endverbraucher (Verkaufsverbot). Ein Verstoß gegen das Gesetz wird als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße sanktioniert. Das beschlossene Gesetz wurde ordnungsgemäß ausgefertigt und verkündet. Es trat in allen seinen Teilen am 1.1.2018 in Kraft.

A und S sind entsetzt, da sie um ihre Existenz fürchten. Sie sind der Meinung, dass es sich bei dem Gesetz im Grunde um ein Berufsverbot handele, welches die strengen Anforderungen an die Zulässigkeit solcher Maßnahmen nicht erfülle. Zumindest würden sie wie von einem Berufsverbot betroffen. Das Gesetz löse überdies das Problem der Erkrankungen nicht. Lose Milch sei nicht unhygienisch, sondern gesund und

die natürlichste Form des Milchkonsums. Es sei keine Gefahr für die Bevölkerung gegeben. Außerdem sei die regionale Vertriebsform besonders ökologisch und stehe damit im Einklang mit dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen – dies ergebe sich auch aus dem Grundgesetz. Auch wenn das Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß abgelaufen sei, so habe der Bund keine Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der angegriffenen Regelung.

S und A erheben jeweils eine ordnungsgemäß begründete Verfassungsbeschwerde gegen das Verbot des Verkaufs loser Milch im Einzelhandel. S und A legen ihre Verfassungsbeschwerden am 8.3.2018 ein, S per Telefax und A per E-Mail.

Aufgabe

Haben die Verfassungsbeschwerden von S und A Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitervermerk

Gehen Sie bei Ihren gutachterlichen Prüfungen – ggf. hilfs-gutachtlich – jeweils auf alle im Sachverhalt angelegten Fragen ein.

Gutachterliche Vorüberlegung

Es werden zwei Verfassungsbeschwerden von zwei Personen erhoben. Bereits dies deutet darauf hin, dass die Prüfungen getrennt vorzunehmen sind. Unterschiede bei der jeweiligen Lösung ergeben sich zunächst daraus, dass eine Deutsche und eine nicht-deutsche Unionsbürgerin um bundesverfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutz nachsuchen. Hier ist insbesondere die Frage zu erörtern, ob und inwieweit sich nicht-deutsche EU-Bürger auf das Deutschen-Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, mit der Prüfung der Verfassungsbeschwerde der Deutschen zu beginnen. Bei der Verfassungsbeschwerde der A kann dann ggf. nach oben verwiesen werden. Weiterhin werden die Verfassungsbeschwerden auf unterschiedliche Weise (Form) eingelegt. Auch dies spricht für eine getrennte Prüfung. In formeller Hinsicht ist auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes einzugehen, in materieller Hinsicht stellen sich Fragen des Berufsbegriffs und der Anwendung der Drei-Stufen-Theorie.¹

Lösungsvorschlag

1. Teil: Verfassungsbeschwerde der S

Die von S eingelegte Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

* Der *Verf. Schaks* ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim, die *Verf. Wildgans* war dort Stud. Mitarbeiterin und ist nunmehr Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums sowie deutsches und europäisches Verfahrensrecht. Die Klausur wurde in ähnlicher Form im Rahmen der Anfänger-Übung im Öffentlichen Recht im Herbst-Wintersemester 2016/2017 an der Universität Mannheim gestellt. Die Bestehensquote lag bei nahezu 80 %, die durchschnittliche Punktzahl betrug rund 6 Punkte.

¹ Hierzu *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 ff., insbes. 391 f. mit Klausurhinweisen.

A. Zulässigkeit**I. Zuständigkeit des BVerfG**

Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG ist das BVerfG für die Entscheidung über Individualverfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beschwerde- und Prozessfähigkeit

Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 S. 1 BVerfGG ist „jedermann“, also jeder, der Träger von Grundrechten sein kann, beteiligtenfähig. Bei natürlichen Personen wie S ist dies der Fall. Zweifel an der Prozessfähigkeit der S bestehen nicht.

III. Beschwerdegegenstand

Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist jeder „Akt öffentlicher Gewalt“, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG. Ein Legislativakt wie das vorliegende Gesetz ist ein solcher.

IV. Beschwerdebefugnis

S müsste beschwerdebefugt sein. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG ist hierfür zum einen die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung erforderlich. S muss zum anderen durch den Beschwerdegegenstand selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Es dürfte nicht von vornherein nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen sein, dass S in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt ist. Als Deutsche kann sich S auf das Deutschen-Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen und der Beschwerdegegenstand wirkt sich negativ auf ihre Erwerbstätigkeit aus, die Grundrechtsverletzung erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen.

Hinweis: Die Deutschen-Eigenschaft ist dem Sachverhalt nicht ausdrücklich zu entnehmen. Bei einer Person, die in sechster Generation auf einem bestimmten Hof im Sauerland lebt, entspricht die Annahme der Deutschen-Eigenschaft aber lebensnaher Sachverhaltsauslegung.

2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer

S muss selbst betroffen sein. Als Verkäuferin von loser Milch, deren Verkauf durch das Gesetz verboten wird, unterfällt S dem Hoheitsakt. Damit ist eine eigene Beschwer gegeben.

S muss gegenwärtig, also schon und noch betroffen sein. Das Verkaufsverbot ist bereits in Kraft getreten und entfaltet Rechtswirkung. Die gegenwärtige Beschwer liegt vor.

Die unmittelbare Betroffenheit setzt voraus, dass die Rechtsstellung des Betroffenen ohne Zwischenschaltung eines weiteren Vollzugsaktes berührt wird. Hier entfaltet bereits das Gesetz selbst die Rechtswirkung und es bedarf keiner weiteren Umsetzungsakte. Insbesondere ein etwaiges Bußgeld stellt keinen Umsetzungsakt dar, sondern sanktioniert nur den vorherigen Gesetzesverstoß.

V. Frist und Form des Antrags

Das Telefax wahrt die Schriftform im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG.² Zwar ist die Formgemäßheit eines Telefaxes nicht ausdrücklich geregelt; Erkennbarkeit und Identifizierbarkeit des Absenders sind allerdings auch beim Telefax gewährleistet und es kommt beim Empfänger zu einer Verkörperung der Erklärung, so dass dem Zweck der Schriftform Genüge getan ist.

Die Jahresfrist zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nach Inkrafttreten des Gesetzes (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) ist gewahrt.

VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität

Gem. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden. Gegen Parlamentsgesetze existiert jedoch kein Rechtsweg, so dass gegen § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG nicht verstoßen wurde.

Darüber hinaus verlangt das BVerfG aber auch, dass der Beschwerdeführer alle zumutbaren Korrekturmöglichkeiten ergriffen haben muss, um die Grundrechtsverletzung abzuwehren (Subsidiarität). Hier ließe sich erwägen, dass S gegen das Verbot verstößt und anschließend im Rahmen einer fachgerichtlichen Inzidentkontrolle die verfassungsrechtlichen Fragen im Ordnungswidrigkeitenverfahren klären lässt. Da der Ausgang dieses Verfahrens allerdings ungewiss ist und eine staatliche Sanktion droht, handelt es sich bei der bewussten Zuwiderhandlung zur Herbeiführung der fachgerichtlichen Klärung um keine zumutbare Korrekturmöglichkeit.³

Die Subsidiarität wurde somit gewahrt.

Hinweise: Vertretbar wäre es bei entsprechender Begründung auch, auf die Entstehung eines schweren und unabwendbaren Nachteils bei Verweisung auf den Rechtsweg im Sinne des § 90 Abs. 2 S. 2 BVerfGG abzustellen.

Fortgeschrittene Studierende können auch die Möglichkeit einer allgemeinen Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO erörtern.⁴

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen waren unproblematisch, weshalb eine kurze Darstellung, ggf. im Urteilsstil geboten war.

VII. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde der S ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts vorliegt.

² BVerfG-K NJW 2007, 2838 (2839); *Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 10. Aufl. 2015, Rn. 356.

³ BVerfGE 81, 70 (82 f.); 97, 157 (165); *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 53. Lfg., Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 408.

⁴ Ein Klausurbeispiel hierfür findet sich bei *Lüdemann/Hermstrüwer*, JuS 2012, 57 (59).

I. Art. 12 Abs. 1 GG

Vorliegend kommt eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.

*1. Schutzbereich**a) Personeller Schutzbereich*

Bei Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um ein sog. Deutsches-Grundrecht. S kann sich hierauf berufen (siehe oben).

b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Freiheit der Wahl des Berufes, des Arbeitsplatzes und der Ausbildungsstätte sowie die Berufsausübungsfreiheit. Nach dem BVerfG ist der Begriff des Berufs weit zu verstehen⁵ und erfasst jede erlaubte, d.h. nicht schlechthin gemeinschaftsschädliche⁶ Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist (also kein bloß einmaliger Erwerbsakt) und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁷ Auch ungewöhnliche Berufe werden geschützt. Der Berufsbegriff ist entwicklungs offen und erfasst auch bisher unbekannte Berufsbilder.⁸ S übt ihre Tätigkeit seit geraumer Zeit und wiederholt aus; sie bestreitet damit ihren Lebensunterhalt. Zwar wird die Tätigkeit durch das neue Gesetz verboten, so dass sich prima facie die Frage der Erlaubtheit der Tätigkeit stellt. Allerdings kann dies nicht ausreichen, um den Schutzbereich nicht zu eröffnen. Denn dann stünde der Schutzbereich des Grundrechts zur Disposition des Gesetzgebers, was wegen Art. 1 Abs. 3 GG nicht sein kann. Entscheidend ist, dass der Verkauf loser Milch nicht schlechthin sozialschädlich ist.

Ein „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG liegt damit vor.

Hinweis: Bereits an dieser Stelle könnte erörtert werden, ob der Verkauf loser Milch ein eigenständiger Beruf ist oder es sich lediglich um eine Modalität des allgemeinen Berufs „Milchbauer“ handelt. Vorliegend wird diese Diskussion auf Rechtfertigungsebene geführt.

2. Eingriff

Gesetzliche Regelungen, die final durch rechtliche Ver- oder Gebote die Wahl oder Ausübung eines Berufs unmittelbar beeinflussen,⁹ greifen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein.¹⁰ Hier kommt es dem Gesetzgeber gerade darauf an,

die Art und Weise des Milchvertriebs zu regeln. Ein klassischer Eingriff liegt vor.

Hinweis: An dieser Stelle könnte auch bereits entschieden werden, auf welcher der drei Stufen der Eingriff erfolgt. Zwingend ist dies jedoch nicht.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Dazu müsste das Grundrecht überhaupt beschränkbar sein.

Dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zufolge kann die Berufsausübung „durch oder aufgrund eines Gesetzes“ geregelt werden. Es handelt sich dabei um einen Regelungsvorbehalt, der nach ganz h.M. wie ein einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen ist. Über den Wortlaut hinaus gilt dieser Vorbehalt nicht nur für die Berufsausübung, sondern auch für die Berufswahl, so dass es sich um einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt handelt.¹¹

Das Verkaufsverbot ist zwar in der Rechtsform eines Gesetzes ergangen, jedoch muss dieses auch formell und materiell mit der Verfassung vereinbar sein.

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zweifelhaft ist in formeller Hinsicht allein die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

aa) Kompetenztitel für den Bund

Grundsätzlich haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung (Art. 70 GG) – der Bund nur insoweit, wie das Grundgesetz dies zulässt.

In Betracht kommt als Kompetenztitel des Bundes Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG. Unter die „landwirtschaftliche Erzeugung“ fällt zwar auch die Milchwirtschaft. Mit dem Verbot liegt aber keine „Förderung“ im Sinne der Vorschrift vor. Denn hiermit sind „positiv gestaltende Maßnahmen finanzieller, organisatorischer oder marktlenkender Art“¹² gemeint. Ein Verkaufsverbot ist aber keine positive Maßnahme, welche die Milchwirtschaft unterstützt. Die Vorschrift gewährt auch keine generelle Kompetenz zur Regelung des gesamten Rechts des Agrarwesens.¹³

Hinweis: A.A. nur mit erhöhtem Begründungsaufwand vertretbar.¹⁴

⁵ BVerfGE 7, 377 (397); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 33. Aufl. 2017, Rn. 937. Siehe kompakt zum Apotheken-Urteil *Schulte zu Sodingen*, in: Menzel/Müller-Terpitz, Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 125 ff.

⁶ BVerfGE 115, 276 (301); 117, 126 (137); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 40 Rn. 9.

⁷ BVerfGE 105, 252 (265); 110, 141 (156). Vgl. *Kingreen/Poscher* (Fn. 5), Rn. 901.

⁸ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 40 Rn. 8 f; *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (387).

⁹ Hierzu *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 20.

¹⁰ Eine Prüfung der berufsregelnden Tendenz ist bei klassischen Eingriffen, die – wie hier – unmittelbar an den Beruf

anknüpfen, laut *Epping*, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rn. 399 nicht erforderlich; a.A. *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385 (389); vgl. auch *Langenfeld/v. Bargaen/Müller*, JuS 2008, 795 (797); *Kimms*, JuS 2001, 664 (666). Sie liegt hier aber unproblematisch vor.

¹¹ BVerfGE 7, 377 (402 f.); *Sodan/Ziekow* (Fn. 6), § 40 Rn. 24.

¹² BVerfGE 88, 366 (379).

¹³ *Seiler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 37. Lfg., Stand: 15.2.2018, Art. 74 Rn. 58.

¹⁴ So im Ergebnis *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 74 Rn. 195.

Jedoch kommt Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG („Lebensmittelrecht“) in Betracht, da es sich bei Milch um ein Lebensmittel handelt. Hierfür ist ausweislich des Wortlauts – anders als bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG – nicht erforderlich, dass die Lebensmittelproduktion gefördert wird. Vielmehr wird der gesamte Bereich der Lebensmittelsicherheit erfasst.¹⁵ Hierunter fällt auch eine Vorschrift, die zum Zwecke des Gesundheitsschutzes der Verbraucher Vertriebsmodalitäten regelt.

Somit besteht ein Kompetenztitel des Bundes.¹⁶

bb) Erforderlichkeit gem. Art. 72 Abs. 2 GG

Allerdings wird Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG von Art. 72 Abs. 2 GG erwähnt, so dass die Erforderlichkeit gegeben sein muss.

Eine Bestimmung ist zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ erforderlich, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinanderentwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.¹⁷ Das Verkaufsverbot hat jedoch keinen Einfluss auf das Sozialgefüge.

„Eine bundesgesetzliche Regelung ist zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich, wenn und soweit die mit ihr erzielbare Einheitlichkeit der rechtlichen Rahmenbedingungen Voraussetzung für die Vermeidung einer Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen ist, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann [...]. Sie ist zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erforderlich, wenn und soweit sie Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik ist, wenn also unterschiedliche Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich brächten [...]“¹⁸

Da die lose Milch nur an die Endverbraucher verkauft wird, handelt es sich um ein lokales Geschäft, das keine landesgrenzüberschreitende Relevanz aufweist. Überdies handelt es sich um ein Nischenprodukt mit sehr geringer wirtschaftlicher Bedeutung. Bislang lag weder eine Rechtszersplitterung vor noch war die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums in Gefahr.

Die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG liegen nicht vor. Damit ist das Gesetz formell verfassungswidrig.

Im Folgenden wird untersucht, ob sich die Verfassungswidrigkeit auch aus materiellen Gründen ergibt.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit: Verhältnismäßigkeit

Problematisch ist allein die Verhältnismäßigkeit der Regelung. Für die Berufsfreiheit gilt seit dem Apothekenurteil des BVerfG die sog. Drei-Stufen-Theorie als besondere Ausprä-

gung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.¹⁹ Danach nehmen die Rechtfertigungsanforderungen mit der Intensität des Eingriffs zu. Die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ist also umso geringer, je mehr die Berufswahl betroffen ist.²⁰ Fraglich ist deshalb, ob das Verkaufsverbot die Berufsausübung (Modalität des allgemeinen Berufs „Milchbauer“) oder die Berufswahl (Verkauf loser Milch als eigenständiger Beruf mit eigenem Geschäftsmodell und eigenem Kundenstamm) betroffen ist.²¹

Nach der sog. Berufsbildtheorie des BVerfG²² sind für die Abgrenzung Aspekte wie der allgemeine Sprachgebrauch, das allgemeine Verständnis der Bevölkerung, Tradition etc. entscheidend. Eine Rolle spielt aber auch die Frage, inwieweit bei einer spezifischen Spezialisierung ohne Weiteres auf eine andere Modalität „umgerüstet“ werden kann. Außerdem ist ein Kriterium, inwieweit unterschiedliche rechtliche Anforderungen (aufgrund unterschiedlicher Gefahren der Tätigkeiten) gestellt werden.²³

Für die Annahme eines eigenen Berufs spricht vorliegend, dass die Tätigkeit (der Verkauf von loser Milch) sich von der eines konventionell arbeitenden Milchbauern unterscheidet. Beide Produktionsarten bedienen unterschiedliche Märkte (Großmolkereien einerseits und Endverbraucher andererseits).

Ein bloßer Unterschied allein kann jedoch nicht ausreichend sein, um einen eigenständigen Beruf anzunehmen, denn dann läge stets sehr schnell ein eigenständiger Beruf mit der Folge einer Berufswahlregelung vor. Gegen einen einheitlichen Beruf spricht zunächst, dass nicht zwei unterschiedliche Berufsbezeichnungen existieren. Weiterhin ist es so, dass trotz des Verbots die Milchproduktion selbst vollumfänglich fortgeführt werden kann, da lediglich die Vertriebsform tangiert wird. Die Kühe müssen genauso gefüttert und gemolken werden wie zuvor, lediglich die letzte Stufe, der Verkauf, ist unterschiedlich. Infolge des Verbots ist auch keine gravierende technische Umrüstung erforderlich, denn die Milchbauern müssen die Verpackung nicht selbst vornehmen, sondern lediglich ihre Milch an die Großmolkereien verkaufen, die die Milch mit ihren Tanklastern vom Hof abholen. Deshalb ist von einer Berufsausübungsregelung auszugehen.

Hinweis: A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.

Eine Berufsausübungsregelung ist grundsätzlich durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls zu rechtfertigen.²⁴ Jedoch kann ausnahmsweise auch eine bloße Ausübungsrege-

¹⁵ Seiler (Fn. 13), Art. 74 Rn. 76.

¹⁶ Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) käme auch in Betracht, aber Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG ist spezieller, Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, 82. Lfg., Stand: Januar 2018, Art. 74 Rn. 231.

¹⁷ BVerfGE 140, 65 (80 f.).

¹⁸ BVerfGE 140, 65 (87 f.).

¹⁹ Kingreen/Poscher (Fn. 5), Rn. 975; Sodan/Ziekow (Fn. 6), § 40 Rn. 28.

²⁰ Vgl. hierzu BVerfGE 7, 377 (402–404); Mann/Worthmann, JuS 2013, 385 (390).

²¹ Vgl. BVerfGE 9, 39 (48). Siehe auch Epping (Fn. 9), Rn. 415 f.

²² BVerfGE 7, 377 (397). Klausurbeispiel von Lüdemann/Hermstrüwer, JuS 2012, 57 (61): Schokoladenzigaretten-Fabrikant ist kein eigener Beruf.

²³ BVerfGE 9, 39 (48).

²⁴ BVerfGE 7, 377 (405).

lung so intensiv die Berufsfreiheit berühren, dass die Auswirkungen einer (hier: objektiven, weil nicht an persönliche Eigenschaften anknüpfenden) Berufswahlregelung nahekommen.²⁵ In diesem Fall ist das Verkaufsverbot nur zulässig zur Abwehr von nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

Auch wenn es sich nicht um einen eigenständigen Beruf handelt, so liegt doch ein eigenständiges, wirtschaftlich erfolgreiches Geschäftsmodell mit einem besonderen Gepräge vor, das nunmehr ausnahmslos und ohne Übergangsfrist verboten ist, weshalb bei S von einer hohen Eingriffsintensität auszugehen ist.

aa) Legitimer Zweck

Legitimer Zweck ist vorliegend der Gesundheitsschutz der Bevölkerung. Dieser Zweck ist zwar überragend wichtig.²⁶ Zweifelhaft ist jedoch, ob die Maßnahme zum Schutz vor nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen Gefahren erforderlich²⁷ ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben, da das Gesetz lediglich auf Spekulationen und der Vermutung beruht, dass lose Milch Auslöser der Salmonellen-Erkrankungen war. Gesichert ist diese Erkenntnis jedoch nicht. Zur Annahme „höchstwahrscheinlicher“ oder gar „nachweisbarer“ Gefahren reicht dies nicht aus.

Da die Anforderungen an den legitimen Zweck nicht erfüllt sind, ist das Gesetz auch materiell verfassungswidrig. Der Vollständigkeit halber wird untersucht, ob noch weitere Verfassungsverstöße vorliegen.

Hinweis: Bei Annahme einer bloßen Berufsausübungsregelung müssten vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls²⁸ vorliegen. Die Anforderungen sind weniger streng, weil es u.a. nicht auf die Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts ankommt. Dann dürfte hier mit der Volksgesundheit ein legitimer Zweck zur Rechtfertigung vorliegen.

bb) Geeignetheit

Geeignet ist die gesetzliche Regelung, wenn mit ihrer Hilfe das angestrebte Ziel zumindest gefördert werden kann.²⁹ Unterstellt, die Gesundheitsgefahr durch lose Milch bestünde, so wäre das gesetzliche Verkaufsverbot zur Verfolgung des angestrebten Zwecks geeignet, da eine Gefahrenquelle ausgeschaltet würde.

cc) Erforderlichkeit

Das Milchverbot ist erforderlich, wenn es keine milderen, gleich wirksamen Mittel gibt.³⁰ Sofern das legitime Ziel auf niedrigerer Stufe gleich effektiv erreicht werden kann, sollte

der Eingriff dort erfolgen. Selbst wenn ein Eingriff auf niedrigerer Stufe nicht ersichtlich ist, muss der Eingriff auf derselben Stufe bei gleicher Effektivität möglichst milde sein.³¹

Hinweis: An dieser Stelle wird in der Prüfung die Erörterung naheliegender Alternativen erwartet.

Auf Ebene der Berufsausübung sind mehrere mildere Maßnahmen vorstellbar. Anstelle eines generellen Verkaufsverbots für lose Milch könnte man die Einführung zusätzlicher Hygienevorschriften und -schulungen erwägen, die eine Krankheitsausbreitung verhindern könnten. Der gleiche Zweck könnte auch mittels verpflichtender Sachkundenachweise für Erzeuger angestrebt werden, die möglicherweise bei dieser besonderen Vertriebsform einen ausreichenden Schutz der Bevölkerung sicherstellen könnten. Auch zusätzliche Hinweispflichten, die den Verbraucher auf mögliche Risiken der unverpackten Milch aufmerksam machen, wären zur Erhöhung des Gesundheitsschutzes denkbar. Ein milderer Mittel läge auch in der Ausweitung staatlicher Kontrollen, mit denen in regelmäßigen Abständen die hygienischen Zustände der Bauernhöfe überprüft werden könnten. All diese Alternativen sind zwar für den vom Verbot betroffenen Milchbauern weniger eingreifend, aber keinesfalls ebenso effektiv wie ein generelles Verbot. Die gesetzliche Regelung war also auch erforderlich.

dd) Angemessenheit

Die beeinträchtigenden Auswirkungen des Eingriffes dürfen bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht und der Dringlichkeit des mit dem Eingriff verfolgten Gemeinwohlzwecks stehen.³² Die Grenze der Zumutbarkeit muss noch gewahrt sein.

Gegen das Verkaufsverbot spricht zunächst, dass es sich um eine sehr intensive Maßnahme handelt, die in sehr kurzer Zeit ohne Übergangsregelung zur Aufgabe eines ganzen Geschäftsmodells zwingt. Hier sollte in Erwägung gezogen werden, dass eine Hinweispflicht (oder eine der anderen o.g. milderen Maßnahmen) zwar nicht gleich effektiv wäre, aber mit ihr u.U. durchaus ein angemessenes Verhältnis zwischen Eingriffsintensität und Gemeinwohlzweck erreicht werden könnte. Denn die Gefahr einer Erkrankung erscheint vorliegend nicht so bedeutsam, dass sie ein generelles Verbot und in der Folge die vollkommene Zerstörung eines Geschäftsmodells rechtfertigen würde. Es kam schließlich nur zu vereinzelten Salmonellenerkrankungen. Außerdem schützt die Freiheitsordnung des Grundgesetzes insbesondere auch die Freiheit zur informierten Selbstgefährdung.³³

Andererseits ist nicht nur die Berufsfreiheit ein Gut von Verfassungsrang, sondern auch der mit dem Verkaufsverbot bezweckte Gesundheitsschutz der Bevölkerung, der eine staatliche Aufgabe darstellt. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stellt nicht nur ein Abwehrrecht des Bürgers dar, sondern begründet auch eine staatliche Handlungspflicht zum Schutz der Ge-

²⁵ BVerfGE 11, 30 (42–45); 30, 336 (351); 33, 125 (161); 86, 28 (38 f.). Vgl. auch *Langenfeld/v. Barga/Müller*, JuS 2008, 795 (798).

²⁶ BVerfGE 7, 377 (414).

²⁷ BVerfGE 7, 377 (408).

²⁸ BVerfGE 7, 377 (405).

²⁹ Vgl. dazu BVerfGE 81, 156 (192).

³⁰ Vgl. BVerfGE 90, 145 (172).

³¹ BVerfGE 7, 377 (405).

³² BVerfGE 68, 272 (282); 102, 197 (220).

³³ Vgl. dazu BVerfGE 59, 275 (278 f.).

sundheit. Gerade bei Milchprodukten ist es dabei erforderlich, strenge Maßnahmen zu ergreifen, da diese für mikrobiologische Verunreinigung besonders anfällig sind. Insofern ist die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, lose Milch sei gesund, zu relativieren. Lediglich nicht mit Keimen belastete Milch ist gesund. Dies will das Verkaufsverbot gerade sicherstellen. Zudem muss berücksichtigt werden, dass es sich bei einer Salmonelleninfektion um eine Krankheit handelt, die gerade bei älteren und sehr jungen Menschen durchaus lebensbedrohlich sein kann. An der Vermeidung potentiell tödlicher Krankheiten besteht ein gesteigertes Interesse.

Der von den Beschwerdeführerinnen vorgetragene Umweltschutz ist zwar ebenfalls ein Gut von Verfassungsrang (Art. 20a GG), jedoch ist er allenfalls sehr schwach betroffen. Denn auch wenn es sich bei dem Verkauf loser Milch um ein regionales Geschäft handelt, was grundsätzlich ökologisch sinnvoll ist, besteht gleichwohl ein Transportaufwand. Denn die Endverbraucher kaufen die lose Milch wegen ihrer geringen Haltbarkeitsdauer (mangels Pasteurisierung) in nur geringen Mengen, was häufige Fahrten in Kleinfahrzeugen auf die Bauernhöfe erfordert. Die positive Auswirkung auf den Umweltschutz ist deshalb allenfalls gering und überwiegt jedenfalls nicht das öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz der Bevölkerung.

Entscheidend dürfte deshalb im Ergebnis sein, wie sicher der angestrebte Gesundheitsschutz erreicht wird, also wie groß die Gefahren durch den Verkauf loser Milch sind. Unterstellt, der Gefahrenzusammenhang ließe sich nachweisen, könnte das Verbot wohl gerechtfertigt sein, anderenfalls nicht. Vorliegend ist dies nicht der Fall, da die lose Milch nicht nachweislich zu den Erkrankungen geführt hat.

c) Zwischenergebnis

Der Eingriff ist unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt.

II. Art. 2 Abs. 1 GG

Die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) tritt subsidiär hinter Art. 12 Abs. 1 GG zurück.

C. Ergebnis zur Verfassungsbeschwerde der S

Das Verkaufsverbot ist in formeller und materieller Hinsicht verfassungswidrig, so dass die zulässige Verfassungsbeschwerde der S wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG begründet ist.

2. Teil: Verfassungsbeschwerde der A

A. Zulässigkeit

Unterschiede zur Verfassungsbeschwerde der S bestehen im Rahmen der Zulässigkeit nur hinsichtlich der Beschwerdebefugnis und der Form.

I. Beschwerdebefugnis

A ist von dem Gesetz in gleicher Weise wie S selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen (siehe oben). Fraglich ist jedoch die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung. Denn A

ist eine nichtdeutsche EU-Bürgerin, die sich auf das Deutschen-Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG beruft.³⁴

Dem reinen Wortlaut nach könnte A sich nicht auf die Berufsfreiheit berufen.³⁵ In Betracht käme nur das subsidiäre Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, welches jedoch grundsätzlich ein geringeres Schutzniveau bietet.³⁶

Gegen diese Auslegung könnte sprechen, dass das Unionsrecht eine Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, vgl. Art. 18, 26 Abs. 2 AEUV. Nach einer Ansicht ist daher Art. 12 Abs. 1 GG unionsrechtskonform auszulegen, insbesondere auch im Lichte von Art. 23 Abs. 1 GG. EU-Ausländer sind demnach aufgrund der engen Verwobenheit von nationalem und europäischem Recht – abweichend von Art. 116 GG – als „Deutsche“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen.³⁷

Andererseits ist der Wortlaut des Art. 12 GG i.V.m. Art. 116 GG eindeutig; nach juristischer Methodik handelt es sich daher wohl eher um eine Analogie als noch um eine Auslegung. Dies könnte jedoch wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – auch vor der deutschen Verfassung³⁸ – methodisch zulässig sein.

Eine Analogie ist aber nicht geboten, denn es besteht keine Regelungslücke. Dem EU-Ausländer steht über Art. 2 Abs. 1 GG dasselbe Schutzniveau zu wie einem Deutschen. Methodisch überzeugender ist es, den ohnehin weiten Art. 2 Abs. 1 GG unionskonform anzuwenden, anstatt Art. 12 Abs. 1 GG contra legem auf Unionsbürger auszudehnen.³⁹ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG kann unter denselben Voraussetzungen – und insbesondere unter Anwendung der Drei-Stufen-Theorie als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – erfolgen wie bei Art. 12 Abs. 1 GG; dies folgt letztlich aus dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot.

Hinweis: Dagegen spricht allerdings, dass Art. 2 Abs. 1 GG gewissermaßen „bemakelt“ ist, da er nur als Auffanggrundrecht fungiert. Bei strikt formeller Betrachtung müsste der nicht-deutschen EU-Bürgerin dasselbe Grundrecht offenstehen. An dieser Stelle sind beide Ergebnisse gut vertretbar.

³⁴ Ausf. hierzu *Ludwigs*, JZ 2013, 434 ff.; *Ruffert*, JuS 2016, 1044 ff.

³⁵ Hierauf stellt maßgeblich ab BVerfGE 78, 179 (196 f.). In diese Richtung auch BVerfG NJW 2016, 1436.

³⁶ BVerfGE 35, 382 (399).

³⁷ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 12 Rn. 12, anders aber nunmehr die 15. Aufl. 2018. Bei Art. 19 Abs. 3 GG wird häufiger in diese Richtung argumentiert und das Merkmal „inländisch“ im Sinne von „in der EU“ verstanden, vgl. BVerfGE 129, 78 (91 ff.); hierzu *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 304–311. Siehe auch BVerfGE 143, 246 (313–321).

³⁸ Vgl. hierzu BVerfG NJW 2016, 1436 f.; *Thiemann*, Jura 2012, 902.

³⁹ So wohl BVerfG NJW 2016, 1436 f. Siehe auch *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 37), Art. 12 Rn. 266 f.

II. Form

Gem. § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG ist eine Verfassungsbeschwerde schriftlich einzureichen. Ob eine E-Mail diesem Schriftformerfordernis genügt, ist umstritten.⁴⁰ Sofern darauf hingewiesen wird, dass Erkennbarkeit und Identifizierbarkeit des Absenders einer E-Mail in gleicher Weise gewährleistet ist wie bei anderen Kommunikationsmitteln,⁴¹ so vermag dies zu überzeugen. Jedoch trifft auch zu, dass es an einer ausdrücklichen Eröffnung des Zugangs für E-Mails wie in anderen Gerichtsbarkeiten mangelt⁴² und dass es bei einer E-Mail an der Verkörperung der Erklärung fehlt.⁴³ Damit sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Verfassungsbeschwerde nicht formgerecht eingelegt wurde und daher unzulässig ist.

Hinweis: Klausurtaktisch (nicht dogmatisch) kann es sinnvoll sein, sich der Meinung anzuschließen, die zu einem anderen Ergebnis führt als bei S.

III. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde der A ist wegen Formmangels unzulässig.

Es wird hilfsgutachtlich weitergeprüft.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit ein ungerichteter Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts vorliegt.

I. Art. 12 Abs. 1 GG

A kann sich als Nicht-Deutsche nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen (a.A. vertretbar, siehe oben).

Hinweis: Soweit Sie Art. 12 Abs. 1 GG (analog) anwenden, ergeben sich keine Unterschiede zu den Ausführungen unter A. Wird die Eröffnung des personellen Schutzbereichs allerdings abgelehnt, so müssen Ausführungen zu Art. 2 Abs. 1 GG folgen. Klausurtaktisch (nicht dogmatisch) ist es deshalb sinnvoll, einen Weg zu wählen, der es erlaubt, weiteres Wissen zu präsentieren.

II. Art. 2 Abs. 1 GG

A könnte in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt sein.

1. Schutzbereich

Art. 2 Abs. 1 GG ist ein Jedermann-Grundrecht, auf das sich A berufen kann.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG erfasst alle Verhaltensweisen, die nicht einem speziellen Freiheitsrecht unterfallen.⁴⁴ Art. 2 Abs. 1 GG ist auch dann anwendbar, wenn lediglich der persönliche Schutzbereich spezieller Freiheitsrechte nicht eröffnet, der sachliche Schutzbereich aber eröffnet ist.⁴⁵ So liegt es hier. Deshalb ist auch der Verkauf von loser Milch durch eine niederländische Staatsbürgerin von der allgemeinen Handlungsfreiheit erfasst.

2. Eingriff

Das Verkaufsverbot greift so in die allgemeine Handlungsfreiheit der A ein, wie es auch in die Berufsfreiheit der S eingreift.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG müsste gerechtfertigt sein. Die allgemeine Handlungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der sog. Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG. Danach darf in die allgemeine Handlungsfreiheit nur eingegriffen werden, soweit nicht Rechte anderer verletzt werden oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird. Bedeutung hat lediglich die verfassungsmäßige Ordnung. Darunter versteht das BVerfG die Gesamtheit aller Normen, die formell und materiell mit der Verfassung im Einklang stehen,⁴⁶ d.h. insbesondere auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.

Das Gesetz ist jedoch formell verfassungswidrig, da der Bund nicht die Erforderlichkeit der Regelung gem. Art. 72 Abs. 2 GG nachweisen kann (siehe oben).

Da aus dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot folgt, dass EU-Ausländern kein geringeres Schutzniveau zuteilwerden darf (siehe oben), muss auch für A gelten, dass das Gesetz unverhältnismäßig in ihre grundrechtliche Freiheit eingreift und damit auch materiell verfassungswidrig ist.

Der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der S ist also nicht gerechtfertigt.

III. Ergebnis zur Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde wäre begründet.

C. Ergebnis zur Verfassungsbeschwerde der A

Die Verfassungsbeschwerde der A hat keine Aussicht auf Erfolg, da sie zwar begründet, aber unzulässig ist.

Gesamtergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der S hat Erfolg, denn sie ist zulässig und begründet. Die Verfassungsbeschwerde der A hingegen ist unzulässig und hat keine Aussicht auf Erfolg.

⁴⁰ Ablehnend BVerfG HFR 2010, 1235; NJW 2016, 788; bejahend *Kingreen/Poscher* (Fn. 4), Rn. 1331.

⁴¹ v. *Coelln*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fn. 3), § 23 Rn. 46–53.

⁴² *Diehl*, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 23 Rn. 16; *Puttler*, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2015, § 23 Rn. 9.

⁴³ *Diehl* (Fn. 42), § 23 Rn. 16.

⁴⁴ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 80, 137 (152 f.); *Epping* (Fn. 10), Rn. 560 f.

⁴⁵ BVerfGE 35, 382 (399); *Tonikidis*, JA 2013, 38 (41).

⁴⁶ BVerfGE 6, 32 (37 f.).