

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego
Sąd Apelacyjny w Szczecinie
Prokuratura Apelacyjna w Szczecinie
Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie

ACTA IURIS STETINENSIS 5



ZESZYTY NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO NR 812

Szczecin 2014

Komitet Redakcyjny

dr hab. Zbigniew Kuniewicz prof. US – Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego
Ryszard Iwankiewicz – Prezes Sądu Apelacyjnego w Szczecinie
Grzegorz Jankowski – Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie
Józef Skoczeń – Prokurator Apelacyjny
Maciej Żelazowski – Sędzia Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, Wiceprezes Sądu Apelacyjnego w Szczecinie
Arkadiusz Windak – Sędzia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie, Przewodniczący II Wydziału
Tadeusz Kulikowski – Zastępca Prokuratora Apelacyjnego
dr hab. Marek Andrzejewski prof. US – Redaktor naukowy
Szymon Slotwiński – Sekretarz redakcji

Rada Naukowa

prof. dr hab. Roman Hauser – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu | prof. dr hab. Andrzej Jakubecki – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie | prof. dr hab. Andrzej Marciniak – Uniwersytet Łódzki | prof. dr hab. Mirosław Nazar – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie | prof. dr hab. Zbigniew Ofiarski – Uniwersytet Szczeciński | dr hab. Adam Olejniczak prof. UAM – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu | dr hab. Lech Paprzycki – Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie | prof. dr hab. Władysław Rozwadowski – Uniwersytet Szczeciński | prof. dr hab. Tadeusz Smyczyński – Uniwersytet Szczeciński, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk | prof. dr hab. Roman Wieruszewski – Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk | prof. dr hab. Bronisław Ziemanin – Uniwersytet Szczeciński | Rosario Sapienza, Full Professor of International and European Law – The University of Catania School of Law | Ashok R. Patil, Prof. dr L.L.M., Ph.D. – National Law School of India University, Bangalore, Karnataka State (India) | Fursa Svetlana Yaroslavovna, prof. dr hab. honoured lawyer of Ukraine | Henry Zhuohao Wang, Assistant Professor – China University of Political Science and Law | Prof. habil. dr. Vytautas Nekrosius – Uniwersytet Wileński | Dr John Sorabji – University College, London | José García-Añón, Ph.D. in Law, Full Professor, School of Law – University of València (Spain) | Terekhova Lydia, Professor, Doctor of Law, Omsk state University, Faculty of Law | Masahiko Omura, Doctor of Law, Professor at Chuo University Law School (Tokyo, Japan) | Elena Kudryavtseva, Professor, Law Faculty of Moscow State University | Alexandre Freitas Câmara, Professor Emeritus and Head of Civil Procedure Department at Rio de Janeiro Judicial School | Jayesh Rathod, Associate Professor of Law – American University Washington College of Law | Rett R. Ludwikowski, Ph.D., Professor of Law, Columbus School of Law – The Catholic University of America | Lilia Abramchik, Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor – Yanka Kupala State University of Grodno (Belarus)

Lista recenzentów znajduje się na stronie internetowej zeszytu naukowego | <http://wpiaus.pl/actaiuris>

Redaktor naukowy | dr hab. Marek Andrzejewski prof. US

Redaktor tematyczny | Szymon Slotwiński

Redaktor językowy | Elżbieta Blicharska

Korektor | Joanna Grzybowska

Skład komputerowy | Iwona Mazurkiewicz

**Publikacja została wydana dzięki wsparciu finansowemu
Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, Prokuratury Apelacyjnej w Szczecinie,
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie**

Wersja papierowa jest wersją pierwotną

Pełna wersja publikacji <http://wpiaus.pl/actaiuris>

Streszczenia opublikowanych artykułów są dostępne online w międzynarodowej bazie danych
The Central European Journal of Social Sciences and Humanities
<http://cejsh.icm.edu.pl>

© Copyright by Uniwersytet Szczeciński, Szczecin 2014

ISSN 1640-6818 | ISSN 2083-4373

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU SZCZECIŃSKIEGO

Wydanie I. Ark. wyd. 25,0. Ark. druk 28,3. Format B5. Nakład 194 egz.

SPIS TREŚCI

Wstęp	7
-------------	---

ORZECZNICTWO SĄDÓW SZCZECIŃSKICH

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt II S 23/13	11
Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 30 listopada 2012 r., sygn. akt I ACz 813/12	15
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 lutego 2013 r., sygn. akt II AKa 12/13	29
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 maja 2012 r., sygn. akt III AUa 106/12	37
Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt III AUa 385/11	47
Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt I SA/Sz 881/11	53

KOMENTARZE

DO ORZECZEŃ SĄDÓW SZCZECIŃSKICH

Jan Andrzejewski – Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 października 2012 roku, sygn. akt I ACA 446/12	81
Joanna Szyjewska-Bagińska – Głosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 6 marca 2013 roku, sygn. akt II SA/Sz 149/13	93

PRAWO KARNE

Mariusz Nawrocki – O (nie)możności łączenia w czyn ciągły zachowań o tożsamej podstawie normatywnej	111
Michał Peno – Współczesne koncepcje uzasadnienia karania (zarys typologii)	129
Adam Wróbel – Pozorny (pomijalny) zbieg przepisów przestępstwa i wykroczenia.....	155

PRAWO CYWILNE

Anna Urbańska-Lukaszewicz – Przenoszenie nieruchomości z majątku wspólnego małżonków do majątku osobistego w świetle orzecznictwa i poglądów doktryny.....	171
Ewa Szubert – Stwierdzenie nabycia spadku – uwagi na temat możliwości wzruszenia prawomocnego postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku oraz zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia.....	193
Szymon Słotwiński – Intertemporalne aspekty kompensacji negatywnych przeżyć pośrednio pokrzywdzonych w orzecznictwie Sądu Najwyższego	213

PRAWO ADMINISTRACYJNE

Marek Górski – Nowe regulacje prawne w zakresie ochrony jakości powietrza – monitoring i przywracanie wymaganego stanu jakości powietrza	233
Kornelia Łuczejko – Dane osobowe w internecie – wybrane zagadnienia administracyjnoprawne	247
Przemysław Zdyb – Postępowanie sądowoadministracyjne w przedmiocie skargi na odmowę udzielenia informacji prasie	263
Radosław Ulanowski, Jan Uniejewski – Zasady postępowania egzekucyjnego w administracji a zasada proporcjonalności	279

Agnieszka Lasecka – Legalizacja obiektu wybudowanego w warunkach samowoli budowlanej a legalizacja obiektu wybudowanego na podstawie nieważnego pozwolenia na budowę.....	299
Jarosław Marczak – Prowincje jako forma samorządu lokalnego w Hiszpanii.....	321
Anna Barczak – Procedury ocen oddziaływania na środowisko	353
Katarzyna Święch-Kujawska – Związki rodzinne a zwolnienia w podatku od spadków i darowizn.....	377
Paweł Mańczyk – Pobór podatku od nieruchomości oraz opłaty targowej, miejscowej, uzdrowskiej i od posiadania psów w drodze inkasa na przykładzie wybranych gmin województwa zachodniopomorskiego.....	393
Ewa Kowalewska – Rola banku centralnego w utrzymaniu stabilności systemu finansowego.....	407
Wojciech Bożek – Glosa do orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 17 maja 2012 roku BDF1/4900/45/44/12/1149	423

VARIA

Małgorzata W. Greßler – Uwagi o wolności wyboru zawodu w prawie niemieckim	435
---	-----

Małgorzata W. Greßler*

Uniwersytet Szczeciński

UWAGI O WOLNOŚCI WYBORU ZAWODU W PRAWIE NIEMIECKIM

Streszczenie

Jedną z kluczowych kategorii prawa gospodarczego publicznego jest wolność wyboru zawodu. Przywołana instytucja prawna znana jest zarówno polskiemu, jak i niemieckiemu porządkowi legislacyjnemu, niemniej w każdym z nich realizowana jest w nieco inny sposób. Przedstawione sygnalizacyjnie uwagi odnoszące się do wolności wyboru zawodu w prawie niemieckim przyczynić się mają do usystematyzowania wiedzy co do kierunku wykładni tego pojęcia w doktrynie naszych zachodnich sąsiadów.

Słowa kluczowe: wolność wyboru zawodu, wolność gospodarcza

Wprowadzenie

Zagadnienie wolności wyboru zawodu (*Berufsfreiheit*) należy do kluczowych kategorii niemieckiego publicznego prawa gospodarczego. Podkreślić wypada, że oczywiście i w polskim porządku normatywnym wskazać można

* E-mail: gressler@mec.univ.szczecin.pl.

konstytucyjną zasadę wolności wyboru zawodu¹. Przywołane konstrukcje prawne nie są jednak do końca przekładalne z jednego systemu na drugi. Pojęcie wolności wyboru zawodu naszych zachodnich sąsiadów jest bowiem znaczeniowo szersze od pojęcia wolności wyboru zawodu w rodzimym prawie. Ustawodawstwu RFN znana jest również instytucja wolności działalności gospodarczej (*Gewerbefreiheit*), będąca „pochodną” konstytucyjnej zasady wolności wykonywania zawodu². Być może, na co mam nadzieję, kilka poniższych uwag o charakterze sygnalizacyjnym pomoże w usystematyzowaniu przywołanej terminologii niemieckiej. Niemożliwe jest przedstawienie wszystkich aspektów związanych z konstytucyjną zasadą niemieckiej wolności wyboru zawodu w krótkim opracowaniu, stąd też wiele interesujących problemów wymagających głębszych analiz – jak przykładowo europeizacja tej wolności – siłą rzeczy musiało zostać potraktowanych jedynie marginalnie dla głównego zadania badawczego, jakim było przedstawienie podstawowych pól (zakresów) znaczeniowych tej omawianej wolności.

Istota wolności wyboru zawodu została scharakteryzowana przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny³ jako zabezpieczenie wartości materializującej się przez „wolność obywatela do uczynienia zawodem każdej (*jede*) – wykonywanej w sposób trwały i ciągły (*auf Dauer angelegt*)⁴ – działalności, którą uważa za właściwą dla siebie, jako podstawę utrzymania (*Grundlage einer Lebensführung*)”⁵. Zespół czynności podejmowanych w ramach zawodu musi być

¹ Art. 65 Konstytucji. Patrz także: J. Ciapała, B. Górską, *Konstytucyjna wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Uwagi w kontekście niektórych regulacji wykonywania zawodu nauczyciela akademickiego*, w: *Wokół Konstytucji i zdrowego rozsądku*, red. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011, s. 105.

² Wyrok (o mocy ustawy) Bundesverfassungsgericht – Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: BVerfG) z 1.03.1979 r. (*Mitbestimmung*), 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, „Gewearchiv” (dalej: „GewArch”) 1979, s. 222 i n.

³ Liczne odwołania do judykatów niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego są konieczne, gdyż to właśnie Trybunał niejednokrotnie dokonywał wykładni pojęcia wolności wyboru zawodu w orzeczeniach, którym nadano moc **ustawy**. W związku z brakiem ustawowej definicji omawianego terminu, powoływanie się na sformułowania i wywody Trybunału pełni w moim przekonaniu wyjątkowo ważną rolę. Niemożliwością byłoby przywołanie wszystkich orzeczeń o referowanej tematyce, jednak ich dobór (selekcja) nie był przypadkowy, choć niejednokrotnie o zacytowaniu określonego orzeczenia – z całej grupy orzeczeń podejmującej dany problem częściowy – decydowało często subiektywne odczucie niekonwencjonalności sposobu argumentacji dokonywanej przez Trybunał.

⁴ Postanowienie BVerfG z 3.07.2007 r., 1 BvR 2186/06, „GewArch” 2008, s. 28.

⁵ Postanowienie BVerfG z 3.01.1967 r. (*Flächentransistor*), 1 BvR 46/66, Bundesverfassungsgerichtsentscheidungsammlung (dalej: BVerfGE) 21, s. 207 i n.

zgodny z konstytucyjną wizją człowieka (*Menschenbild des Grundgesetzes*)⁶. Przywołanemu prawu podstawowemu (*Grundrecht*) przyznaje się szczególną rolę (*besonderer Rang*)⁷ i nakazuje interpretację *in dubio pro libertate*⁸.

1. Aspekt podmiotowy wolności wyboru zawodu

Wolność wyboru zawodu w systemie prawnym Niemiec kwalifikowana jest przede wszystkim na poczet praw obywatelskich (*Bürgerrechte*), a nie podstawowych praw i wolności człowieka (*Menschenrechte*)⁹. Ustawa zasadnicza stanowi *expressis verbis*¹⁰ o Niemcach (*Deutschen*), którym przyznaje prawo do swobodnego wyboru zawodu, miejsca pracy i pobierania nauki. W doktrynie nie ma konsensusu¹¹ co do tego, czy subsumuje się tu także obywatele unijnych¹². Część doktryny optuje jednak (mimo wszystko?) za odczytywaniem art. 12 ustawy zasadniczej jako obejmującym swoją ochroną „wszystkich Niemców i wszystkich obywateli unijnych”¹³. Wykładnia taka umotywowana¹⁴ jest wywodami

⁶ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 27.10.1998 r. (*Bayerisches Schwangerenhilfegergänzungsgesetz*), 1 BvR 2306/96, 1 BvR 2314/96, 1 BvR 1108/97, 1 BvR 1109/97, 1 BvR 1110/97, BVerfGE 98, s. 265.

⁷ Postanowienie BVerfG z 8.03.1983 r. (*Zulassung zur Anwaltschaft*), 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, s. 266 i n.; z 4.04.1984 r. (*Wiederzulassung eines Rechtsanwaltes*), 1 BvR 1287/83, BVerfGE 66, s. 337 i n.

⁸ *Ibidem*; P.J. Tettinger, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, „Archiv des öffentlichen Rechts” (dalej: „AöR”) 1983, s. 92.

⁹ F. Ossenbühl, *Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, „AöR” 1990, s. 115 i n.

¹⁰ Tekst org.: „Alle **Deutschen** [wyróżnienie – M.W.G.] haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen”.

¹¹ P. Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte – Konkurrent oder Ergänzung?*, „Europäische Grundrechte” 1994, s. 16 i n.

¹² Za – optuje większość przedstawicieli doktryny np. H.D. Jarass, Art. 12, w: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, red. H.D. Jarass, B. Pieroth, 2012, s. 325, W. Kluth, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit*, „Jura” 2001, s. 371 i n.; innego zdania jest K.-E. Hain, *Zur Frage der Europäisierung des Grundgesetzes*, „Deutsches Verwaltungsblatt” (dalej: „DVBl”) 2002, s. 148.

¹³ H.-F. Müller, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 19.7.2011, Az. 1 BvR 1916/09 – Zur Grundrechtsfähigkeit von EU-Auslandsgesellschaften, „Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht” 2011, s. 809 i n.; podobnie M. Sachs, *Grundrechte: Grundrechtsberechtigung EU-ausländischer juristischer Personen*, „Juristische Schulung” (dalej: „JuS”) 2012, s. 379 i n.

¹⁴ S. Muckel, *Grundrechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen aus der EU*, „Juristische Arbeitsblätter” (dalej: „JA”) 2012, s. 156.

sędziów Trybunału Konstytucyjnego, którzy analizując termin „krajowej osoby prawnej”¹⁵ w rozumieniu art. 19 ustawy zasadniczej stwierdzili, że osoby prawne z siedzibą w krajach unijnych są zrównane w swych prawach podstawowych z krajowymi osobami prawnymi¹⁶.

Beneficjentami wolności wyboru zawodu mogą być właśnie także niemieckie osoby prawne¹⁷, w tym przykładowo spółki akcyjne¹⁸. Ochroną objęta jest wszak „działalność służąca zdobywaniu dochodu” (*Erwerbszwecken dienende Tätigkeit*)¹⁹, wykonywana zarówno przez podmioty prawne będące osobami fizycznymi, jak i podmioty kwalifikowane do grupy osób prawnych²⁰. W szczególności podkreśla się, że spółki jawne (*offene Handelsgesellschaften*) i komandytowe (*Kommanditgesellschaften*) korzystają z konstytucyjnej wolności wyboru zawodu²¹.

¹⁵ Zakres pojęciowy terminu osoby prawnej (*juristische Person*) jest przedmiotem wielu analiz. Subsumuje się tu – inaczej niż w rodzimym porządku prawnym – przykładowo spółki komandytowe, por. Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 4.12.1979 r. (*Schulbücher*), 2 BvR 64/78, 2 BvR 460/79, BVerfGE 53, s. 1 i n.; Postanowienie BVerfG z 26.05.1976 r. (*Quick-Entscheidung*), 2 BvR 294/76, BVerfGE 42, s. 212 i n.; Wyrok Bundesverwaltungsgericht – Federalnego Sądu Administracyjnego (dalej: BVerwG) z 23.08.1994 r., 1 C 19/91, Bundesverwaltungsgerichtssentscheidungssammlung (dalej: BVerwGE) 96, s. 302 i n.

¹⁶ Postanowienie BVerfG z 19.07.2011 r. (*Le Corbusier*), 1 BvR 1916/09, „Neue Juristische Wochenschrift” (dalej: „NJW”) 2011, s. 3428 i n.

¹⁷ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.02.1998 r. (*Kurzberichterstattung im Fernsehen*), 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, s. 228; Postanowienie (o mocy ustawy) z 19.07.2000 r. (*Spielbankgesetz Baden-Württemberg*), 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, s. 197 i n.; Postanowienie z 14.03.2006 r., (*Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*), 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, BVerfGE 115, s. 205 i n.; Wyrok BVerwG z 4.10.1994 r., 1 C 13/93, BVerwGE 97, s. 12 i n.

¹⁸ Postanowienie Bundesgerichtshof – Trybunału Federalnego (dalej: BGH) z 27.09.1999 r., II ZR 305/98, Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (dalej: BGHZ) 161, s. 376.

¹⁹ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 13.09.2005 r. (*Beitragsatzsicherungsgesetz*), 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, s. 196 i n.; Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.12.2002 r. (*Arzneimittelfestbetrag*), 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/85, BVerfGE 106, s. 275 i n.; Postanowienie BVerfG z 26.06.2002 r. (*Glykolwarnung*), 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, BVerfGE 105, s. 252.

²⁰ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 13.09.2005 r. (*Beitragsatzsicherungsgesetz*), 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, s. 196 i n.; Postanowienie BVerfG (K) z 4.02.2004 r. (Versicherungspflichtgrenze), „Neue Zeitschrift für Sozialrecht” dalej: „NZS” 2005, s. 479 i n.; Postanowienie BVerwG z 30.11.1994 r., 6 P 11/93, BVerwGE 97, s. 154 i n. Odmienne: Postanowienie Saarl. Oberverwaltungsgericht – Apelacyjnego Sądu Administracyjnego (dalej: OVG) z 29.06.1959 r., I M 75/56, Entscheidungssammlung des OVG 7, s. 351 i n.

²¹ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.02.1998 r. (*Kurzberichterstattung im Fernsehen*), 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, s. 228 i n.; Postanowienie BVerfG z 7.11.2001 r. (*Schächten*), 1 BvR 325/94, 1 BvR 2319/94, 1 BvR 570/95, 1 BvR 1382/95, „NJW” 2002, s. 2091.

W orzecznictwie podnosi się, że osoba prawna nie może co prawda z wykonywania zawodu uczynić swojej „działalności życiowej” (*Lebensaufgabe*), ale może za to prowadzić działalność gospodarczą (*Gewerbe*)²². Prawodawca niemiecki nie implementował do systemu prawnego jednolitej legalnej definicji działalności gospodarczej. Termin ten pozostaje więc zwrotem **niedookreślonym**, którego wykładni podejmuje się doktryna²³. W orzecznictwie, pod przywołanym pojęciem, rozumie się podejmowaną w celach zarobkowych samodzielną i wykonywaną w sposób ciągły działalność, która nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Przymiotu działalności gospodarczej nie mają czynności zwykłego zarządu i korzystanie z własnego majątku, wykonywanie wolnego zawodu oraz produkcja surowców²⁴.

Co do zasady odmawia się rozciągania gwarancji konstytucyjnych na zagraniczne osoby prawne²⁵. Wyjątek stanowią przywołane wyżej osoby prawne z siedzibą w krajach członkowskich Unii. Zasygnalizować należy, że w momencie przejścia niemieckiej osoby prawnej przez podmiot zagraniczny – inny niż „unijny” – przestaje ona być podmiotem ochrony, wynikającej z art. 12 ustawy zasadniczej²⁶. Nadmienić wypada, że oddział (*Tochtergesellschaft*) przedsiębiorcy zagranicznego (*ausländisches Unternehmen*) utworzony na terenie Niemiec zaliczany jest przez doktrynę do niemieckich podmiotów gospodarczych²⁷ nawet wtedy, gdy większość zatrudnionych w nim osób to obcokrajowcy²⁸.

²² Postanowienie (o mocy ustawy) z 19.07.2000 r. (*Spielbankgesetz Baden-Württemberg*), 1 BvR 539/96, BVerfGE 102, s. 197 i n.; Postanowienie Bayerisches Oberstes Landesgericht – Bawarskiego Najwyższego Sądu Krajowego (dalej: BayObLG) z 27.03.2000 r., 3Z BR 331/99, „NJW” 2000, s. 1647.

²³ P.J. Tettinger, *Gewerbeordnung Kommentar*, München 2004, s. 136.

²⁴ Postanowienie BVerwG z 16.02.1995 r., 1 B 205/93, „GewArch” 1995, s. 152 i n.

²⁵ Postanowienie Bundesfinanzhof – Federalnego Trybunału Finansowego (dalej: BFH) z 24.01.2001 r., I R 81/99, „NJW” 2001, s. 2199.

²⁶ Postanowienie BVerfG z 18.01.2002 r. (*Schächten*), 1 BvR 2284/95, „NJW” 2002, s. 1485.

²⁷ Postanowienie BVerfG z 3.01.1967 r. (*Flächentransistor*), 1 BvR 46/66, Bundesverfassungsgerichtsentscheidungsammlung (dalej: BVerfGE) 21, s. 207 i n.

²⁸ Postanowienie BVerfG (K) z 16.06.2000 r., 1 BvR 1539/94, 1 BvR 373/98, „NVwZ” 2000, s. 1281 i n.

Na wolność wyboru zawodu w ogólności²⁹ powoływać się nie mogą ani państwowe, ani komunalne osoby prawne³⁰. Nie dotyczy to sytuacji, kiedy więcej niż połowa udziałów w spółce przypada prywatnym podmiotom gospodarczym³¹. Z wolności wyboru zawodu korzystać mogą natomiast stowarzyszenia, jeżeli ich statut uwzględnia prowadzenie działalności gospodarczej³². Zdanie to jest prawdziwe także dla stowarzyszenia pożytku publicznego, jeżeli dochód związany z prowadzeniem działalności gospodarczej przeznaczony zostanie na cele publiczne³³, a nie na faktyczne potrzeby samego stowarzyszenia³⁴.

2. Aspekt przedmiotowy wolności wyboru zawodu

Art. 12 ustawy zasadniczej, jak to już wyżej wielokrotnie sygnalizowano, stanowi *expressis verbis* o wolności **wyboru** zawodu (*Berufswahl*), wolności wyboru **miejsca** jego **wykonywania** (*Wahl des Arbeitsplatzes, Berufsausübung*) oraz o wolności wyboru miejsca **kształcenia** (*Wahl der Ausbildungsstätte*). Rozróżnienie to bywa dość intensywnie analizowane w piśmiennictwie³⁵, niemniej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrzymuje się, że przywołane terminy stanowią elementy prawa podstawowego, jakim jest wolność wyboru zawodu³⁶

²⁹ Postanowienie BVerfG (K) z 16.05.1989 r., 1 BvR 705/88, „NJW” 1990, s. 1783; M. Schmidt-Preuß, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, Berlin 1992, s. 68 i n.

³⁰ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 15.07.1998 r. (*Versorgungsanwartschaften*), 1 BvR 1554/89, 1 BvR 963/94, 1 BvR 964/94, BVerfGE 98, s. 365 i n.; Postanowienie BVerfG (K) z 16.05.1989 r., 1 BvR 705/88, „NJW” 1990, s. 1783.

³¹ Wyrok BVerfG z 22.02.2011 r. (*Fraport-Urteil*), 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, s. 226 i n.

³² Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.02.1998 r. (*Kurzberichterstattung im Fernsehen*), 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, s. 228 i n.

³³ Postanowienie BVerfG z 7.11.2001 r., 1 BvR 325/94, 1 BvR 2319/94, 1 BvR 570/95, 1 BvR 1382/95, „NJW” 2002, s. 2091; H.D. Jarass, *Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht*, „Die Öffentliche Verwaltung” (dalej: „DÖV”) 2002, s. 489.

³⁴ Wyrok BGH z 27.09.1999 r., II ZR 305/98, BGHZ 142, s. 304.

³⁵ F. Hufen, *Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht*, „NJW” 1994, s. 2913.

³⁶ Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 11.06.1958 r. (*Apotheken-Urteil*), 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, s. 377 i n.; decyzja (o mocy ustawy) z 18.07.1972 r. (*numerus clausus*), 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71, BVerfGE 33, s. 303 i n.; Postanowienie z 21.02.1995 r., 1 BvR 1397/93 (*Sonderkündigung*), BVerfGE 92, s. 140 i n.

i trudno jest je jednoznacznie rozdzielać³⁷. Zakres pojęciowy słowa zawód uważa się za bardzo obszerny, stąd też potrzeba jak najszerszej jego interpretacji³⁸. Pojęciem znaczeniowo **węższym** jest wolność działalności gospodarczej³⁹.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą w niemieckim porządku prawnym za zawód uważa się każdą czynność, która zarówno w sposób intelektualny, jak i materialny służy stworzeniu bądź utrzymaniu podstawowych warunków życiowych⁴⁰. Zdaniem Sędziów Federalnego Trybunału Konstytucyjnego za zawód uznać należy „wybraną i podjętą czynność, nie tylko ze względu na subiektywnie odczuwane »powołanie«, ale każde zarobkowe zajęcie, które nie jest o charakterze jednokrotnym”⁴¹. Bez znaczenia jest przy tym, czy chodzi tu o zespół czynności wykonywanych samodzielnie w formule działalności gospodarczej, czy też podjętych w ramach stosunku pracy⁴². Nie ma przeszkód dla uznania za zawód nietypowych zajęć⁴³, będących podstawą utrzymania, jak na przykład uzdrawianie magnesem⁴⁴. Jednostce przyznaje się prawo do rozwoju

³⁷ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 26.02.1997 r. (*DDR-Hochschullehrer*), 1 BvR 1864/94, 1 BvR 1102/95, BVerfGE 95, s. 193 i n.; Postanowienie z 21.02.1995 r. (*Sonderkündigung*), 1 BvR 1397/93, BVerfGE 92, s. 140 i n.

³⁸ Postanowienie BVerfG, z 3.08.2004 r. (*Insolvenzverwalter*), 1 BvR 135/00, 1 BvR 1086/01, „NJW” 2004, s. 2725 i n.; Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 3.07.2007 r. (*Hufbeschlaggesetz*), 1 BvR 2186/06, „GewArch” 2008, s. 28.

³⁹ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 1.03.1979 r., 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 (*Mitbestimmung*), „GewArch” 1979, s. 222 i n.

⁴⁰ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 19.07.2000 r., 1 BvR 539/96 (*Spielbankgesetz Baden-Württemberg*), BVerfGE 102, s. 197 i n.; Postanowienie z 26.06.2002 r. (*Glykolwarnung*), 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, BVerfGE 105, s. 252 i n.; Postanowienie z 20.04.2004 r. (*Notar im Nebenamt*), 1 BvR 838/01, 1 BvR 1303/01, 1 BvR 340/92, 1 BvR 1436/01, 1 BvR 1450/01, BVerfGE 110, s. 304 i n.; Wyrok BVerfG z 9.06.2004 r. (*Ladenschluss*), BVerfGE 111, s. 10 i n.

⁴¹ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.02.1998 r. (*Kurzberichterstattung im Fernsehen*), 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, s. 228 i n.

⁴² Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 11.06.1958 r. (*Apothekenurteil*), 1 BvR 596/56, „NJW” 1958, s. 1035.

⁴³ Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 24.01.1962 r. (*Ehegatten-Arbeitsverhältnis I*), 1 BvL 32/57, NJW 1962, s. 432 i n.; Wyrok BVerwG z 12.06.1963 r., VII C 24.63, BVerwGE 16, s. 147 i n.; Wyrok BVerwG z 30.08.1963 r., VI C 178.61, BVerwGE 16, s. 286 i n.; Wyrok BVerwG z 6.12.1963 r., VII C 18.63, „GewArch” 1964, s. 83 i n.; Wyrok BVerwG z 12.06.1964 r., VII C 146.63, BVerwGE 18, s. 353 i n.

⁴⁴ P.J. Tettinger, *Aktuelle Akzente der Berufsfreiheit für Freie Berufe auf europäischer und deutscher Ebene*, „GewArch” 1999, s. 268.

osobowości i podkreślenia indywidualności także przez umożliwienie jej udziału w obrocie gospodarczym zgodnie z własnym stylem (sposobem) życia⁴⁵.

Judykatura odmówiła jednak przymiotu zawodu prywatnym docentom, ponieważ ich aktywność naukowa wykonywana jest najczęściej bezpłatnie i tym samym nie może stanowić źródła utrzymania⁴⁶. Przez dochodowość w niemieckim piśmiennictwie rozumie się bezpośrednią lub pośrednią korzyść wpływającą pozytywnie na przeważenie bilansu nakładów i dochodów w stronę tych ostatnich⁴⁷. Celem zarobkowym będzie zatem podejmowany (od momentu rozpoczęcia wykonywania działalności do jej zaprzestania⁴⁸) ogół dążeń do uzyskania przysporzeń przewyższających nakłady i inwestycje⁴⁹. Zmniejszenie lub pokrycie kosztów jako wyłączny cel gospodarczy podjętej działalności nie nosi znamienia zarobkowości⁵⁰.

Zawód wypełniać musi również przesłankę trwałości⁵¹ (*auf Dauer angelegt*). Nie oznacza to bynajmniej, że nie zostanie za niego uznany zespół czynności, zakładających okresowość powodowaną realną potrzebą uzyskiwania zezwoleń czasowych na jego wykonywanie⁵². Znamię trwałości i ciągłości będzie także – w pewnych okolicznościach – zrealizowane w wypadku aktywności, które dopiero zostaną podjęte w przyszłości⁵³. Za przykład podać można „zawodowych polityków” (*Berufspolitiker*) czy osoby podejmujące określoną pracę

⁴⁵ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 7.02.1990 r. (*Wettbewerbsverbot des Handelsvertreterers*), 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, s. 242 i n.; Postanowienie BVerfG z 8.03.1983 r. (*Zulassung zur Anwaltschaft*), 1 BvR 1078/80, BVerfGE 63, s. 266 i n.

⁴⁶ Wyrok BVerwG z 22.06.1994 r., 6 C 40/92, BVerwGE 96, s. 136 i n.

⁴⁷ P. Kirchhof, *ESStG Kompaktkommentar*, Heidelberg 2001, s. 829.

⁴⁸ M. Daumke, *Grundriß des deutsche Steuerrechts*, Bielefeld 2000, s. 72.

⁴⁹ Wyrok Verwaltungsgericht – Sądu Administracyjnego (dalej: VG) Berlin z 9.04.1986 r., 4 A 645.84, „GewArch” 1988, s. 377.

⁵⁰ A.G. Radolfzell, *Gewerblichkeit eines Gaststätten- und Beherbergungsbetriebs, der von einem gemeinnützigen Verein unterhalten wird*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport” (dalej: „NVwZ-RR”) 1998, s. 233.

⁵¹ Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 28.07.1971 r. (*Vorexaminierter*), 1 BvR 40/69, 1 BvR 47/69, 1 BvR 175/69, 1 BvR 155/69, BVerfGE 32, s. 1 i n.

⁵² Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.02.1998 r. (*Kurzberichterstattung im Fernsehen*), 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, s. 228 i n.

⁵³ Tzw. przyszłościowy charakter wolności wykonywania zawodu, „*Zukunftsgerichtetheit der Berufsfreiheit*”, BVerwGE 75, s. 109 i n.

w reżimie okresu próbnego⁵⁴. Oceny, czy przesłanka trwałości zostaje spełniona przez określony rodzaj działalności, dokonuje się za pomocą kryterium obiektywnego⁵⁵, jakim jest pozytywne stwierdzenie, że badana praca przynosi utrzymanie osobie (osobom) ją wykonywającym⁵⁶. Jednorazowa korzyść majątkowa, choćby o dużej wartości, nie uczyni zadość kryterium ciągłości⁵⁷.

Ogólnie rzecz biorąc, termin zawód, co już niejednokrotnie podkreślono, należy wyklądać szeroko⁵⁸ i przyjmuje się, że może on przybierać formy inne niż tradycyjne dla systemu szkolnictwa⁵⁹. Jeżeli dla podjęcia określonej grupy działalności niezbędne będzie uzyskanie (dodatkowego) zezwolenia, to w orzecznictwie optuje się za uznaniem, że ukonstytuował się nowy zawód⁶⁰. Brakuje konsensusu⁶¹ co do tego, czy zajęcia dodatkowe⁶² urzędników lub emerytowanych już funkcjonariuszy⁶³ subsumować można pod pojęcie zawodu⁶⁴. Nadmienić wypada, że w niemieckim systemie prawa funkcjonują konstrukcje prawne nie

⁵⁴ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.02.1998 r. (*Kurzberichterstattung im Fernsehen*), 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, s. 228 i n.

⁵⁵ A.G. Radolfzell, *Gewerblichkeit eines Gaststätten-...*, s. 233.

⁵⁶ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 14.11.1989 r. (*Mietwagenunternehmer*), 1 BvL 14/85, 1 BvL 1276/84, BVerfGE 81, s. 70 i n.; Wyrok Oberverwaltungsgericht – Apelacyjnego Sądu Administracyjnego (dalej: OVG) Koblenz z 24.10.1990 r., 2 A 10034/90, „NVwZ-RR” 1991, s. 554.

⁵⁷ Wyrok BGH z 12.03.1981 r., VII ZR 117/80, „NJW” 1981, s. 1665; Postanowienie Oberlandsgericht – Sądu Apelacyjnego (dalej: OLG) Schleswig z 7.07.1989 r., „GewArch” 1989, s. 336 i n.

⁵⁸ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 28.11.1984 r., 1 BvL 13/81, BVerfGE 68, s. 272 i n.; Wyrok BSG z 24.11.1964 r., 7 RLw 29/63, *Entscheidungen des Bundessozialgerichts* 22, s. 92.

⁵⁹ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 3.07.2007 r. (*Hufbeschlagesetz*), 1 BvR 2186/06, BVerfGE 119, s. 59 i n.; Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 10.05.1988 r. (*Heilpraktikergesetz*), 1 BvR 482/84, 1 BvR 1166/85, BVerfGE 78, s. 179 i n.; Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 17.07.1961 r. (*Befähigungsnachweis*), 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, s. 97 i n.

⁶⁰ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 3.07.2007 r. (*Hufbeschlagesetz*), 1 BvR 2186/06, BVerfGE 119, s. 59 i n.; Postanowienie BVerfG z 2.11.1960 r., 2 BvR 504/60, BVerfGE 11, s. 39 i n.; Postanowienie BVerwG z 15.12.1993 r., 6 C 20/92, BVerwGE 94, s. 352 i n.

⁶¹ Postanowienie BVerfG z 12.04.1972 r., 2 BvR 704/70, BVerfGE 33, s. 44 i n.; Wyrok BVerwG z 30.06.1983 r., 2 C 57/82, BVerwGE 67, s. 287 i n.

⁶² Zgodnie z zasadą alimentacji (*Alimentationsprinzip*) państwo wypłaca urzędnikowi uposażenie odpowiednie do jego funkcji i wystarczające na zaspokojenie potrzeb życiowych. Stąd też to właśnie ono stanowi źródło utrzymania, a nie zespół innych czynności podejmowanych w stosunku pracy czy też reżimie działalności gospodarczej, por. np. wyrok BVerfG z 6.03.2007 r., 2 BvR 556/04, „NVwZ” 2007, s. 568 i n.

⁶³ Wyrok BVerwG z 6.12.1989 r., 6 C 52/87, BVerwGE 84, s. 194 i n.

⁶⁴ Postanowienie BVerfG z 12.04.1972 r., 2 BvR 704/70, BVerfGE 33, s. 44 i n.

do końca typowe dla rodzimego porządku konstytucyjnego, jak podwójny zawód (*Doppelberuf*)⁶⁵, zawód uboczny (*Nebenberuf*)⁶⁶ czy zawód niesamodzielny (*unselbstständiger Teil eines Berufes*)⁶⁷. Jako przykład tego ostatniego podać można zawód lekarza (*Kassenarzt*) odpłatnie udzielającego pomocy medycznej wyłącznie pacjentom ubezpieczonym „państwowo”⁶⁸, w przeciwieństwie do lekarza przyjmującego nie tylko pacjentów ubezpieczonych u ubezpieczyciela państwowego, ale także i tych, których ubezpieczycielem jest przedsiębiorca prywatny⁶⁹.

W orzecznictwie podkreśla się, że do zawodów zalicza się grupy czynności dozwolone prawem (*erlaubt*)⁷⁰ i niebudzące sprzeciwu społecznego (*sozial unwertig*)⁷¹ oraz nieposiadające charakteru szkodliwości społecznej (*gemeinschaftsschädlich*⁷², *sozial schädlich*⁷³). O tym, co jest szkodliwe społecznie w danym czasie⁷⁴, decyduje doktryna⁷⁵. Uznaje się bowiem, że skoro jednostka nie jest

⁶⁵ Decyzja BVerfG z 15.02.1967 r., 1 BvR 569/62, „NJW” 1967, s. 1317.

⁶⁶ Postanowienie z 20.04.2004 r. (*Notar im Nebenamt*), 1 BvR 838/01, 1 BvR 1303/01, 1 BvR 340/92, 1 BvR 1436/01, 1 BvR 1450/01, BVerfGE 110, s. 304 i n.; Wyrok BVerfG z 1.07.1980 r. (*Sozialtätigkeitsverbot*), 1 BvR 247/75, BVerfGE 54, s. 237; Wyrok BVerwG z 28.05.1965 r., VII C 116.64, BVerwGE 21, s. 195 i n.; odmiennie: Postanowienie BVerwG z 12.07.1978 r., 1 WB 283.77, 1 WB 13/78, BVerwGE 63, s. 99.

⁶⁷ Postanowienie BVerfG z 2.11.1960 r., 2 BvR 504/60, BVerfGE 11, s. 30 i n.; Postanowienie VGH Kassel, z 7.11.1995 r., 5 N 1410/92, „NVwZ-RR 1997”, s. 116 i n.

⁶⁸ Zgodnie z cennikiem opłat za te same usługi medyczne pacjentom ubezpieczonym prywatnie wystawiać można rachunki średnio dwa razy wyższe (najczęściej faktor 1,8 lub 2,3) niż pacjentom „państwowym”.

⁶⁹ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 10.05.1988 r. (*Heilpraktikergesetz*), 1 BvR 482/84, 1 BvR 1166/85, BVerfGE 78, s. 179 i n.; Postanowienie z 13.05.1981 r., 1 BvR 610/77, 1 BvR 451/80, BVerfGE 57, s. 121 i n.

⁷⁰ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 28.03.2006 r. (*Sportwettenmonopol*), 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, s. 276 i n.; Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 11.06.1958 r. (*Apotheken-Urteil*), 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, s. 377 i n., Postanowienie BVerfG z 4.11.1992 r., (*Tätigkeit eines Rechtsanwaltes*), 1 BvR 79/85, 1 BvR 643/87, 1 BvR 442/89, 1 BvR 238/90, 1 BvR 1258/90, 1 BvR 772/91, 1 BvR 909/91, BVerfGE 87, s. 37 i n.

⁷¹ Zarządzenie BVerfG z 5.12.2006 r., 1 BvR 2186/06 (*Hufbeschlaggesetz*), BVerfGE 117, s. 126 i n.; Wyrok BVerwG z 23.08.1994 r., 1 C 18/91, BVerwGE 96, s. 293 i n.

⁷² Decyzja BVerfG z 30.04.1952 r. (*Bezirksschornsteinfeger*), 1 BvR 14/52, 1 BvR 25/52, 1 BvR 167/52, BVerfGE 1, s. 264 i n.

⁷³ Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 5.08.1966 r. (*gesetzlicher Erlaubnisvorbehalt*), 1 BvF 1/61, NJW 1966, s. 381 i n.

⁷⁴ Wyrok BVerwG z 4.11.1965 r., I C 6.63, „GewArch” 1966, s. 24.

⁷⁵ Postanowienie BVerwG z 25.02.1957 r., I B 121.56, BVerwGE 4, s. 294 i n.

wyzolowana od reszty społeczeństwa⁷⁶, to implikuje to konieczność wykładania stosunku jednostki do społeczeństwa w duchu konstytucyjnym ukierunkowanym na wspólnotę (na związek ludzi ze sobą)⁷⁷. Zawodem nie muszą być jednak czynności przemyślane gospodarczo (*wirtschaftlich sinnvoll*) czy wręcz wspierające rozwój społeczeństwa (*Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung*)⁷⁸. Na miano zawodu nie zasługuje jednak ani handel narkotykami⁷⁹, ani pomoc w popełnianiu samobójstwa⁸⁰.

Odnośnie do wolności wyboru zawodu zauważyć trzeba, że należy ją rozpatrywać w wielu aspektach: jako podjęcie decyzji, czy w ogóle podjąć się (jakakolwiek) pracę zawodową, czy też nie podjąć się jej wcale⁸¹ oraz – jeśli się zdecyduje na udział w życiu zawodowym – jaki konkretnie zawód (bądź zawody⁸²) stanie się źródłem utrzymania, na jaki zostanie ewentualnie zmieniony⁸³ oraz w jakich warunkach się z niego zrezygnuje⁸⁴.

⁷⁶ Wyrok BVerwG z 4.11.1965 r., I C 6.63, „GewArch” 1966, s. 24 i n.

⁷⁷ Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 20.12.1960 r. (*Wehrpflicht*), BVerfGE 12, s. 45 i n.; Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 11.06.1958 r. (*Apothekenurteil*), 1 BvR 596/56, „NJW” 1958, s. 1035 i n.; Wyrok BVerfG z 23.10.1952 r. (*SRP-Verbot*), 1 BvR 1/51, BVerfGE 2, s. 1 i n.; Wyrok BVerfG z 20.07.1954 r. (*Investitionshilfe*), 1 BvR 459/52, BVerfGE 4, s. 7 i n.; Wyrok BVerfG z 17.08.1956 r. (*KPD-Verbot*), 1 BvB 2/51, „NJW” 1956, s. 1393; Wyrok BVerfG z 16.01.1957 r. (*Elfem-Urteil*), 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, s. 32 i n.; Postanowienie BVerfG z 10.02.1969 r. (*Aufenthaltsbestimmungsrecht*), 1 BvR 526/53, BVerfGE 10, s. 302 i n.

⁷⁸ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 28.11.1984 r., 1 BvL 13/81, BVerfGE 68, s. 272 i n.; Wyrok BVerwG z 18.04.1985 r., 3 C 34/84, BVerwGE 71, s. 183 i n.

⁷⁹ P.J. Tettinger, *Aktuelle Akzente...*, s. 268.

⁸⁰ Postanowienie VG Hamburg z 6.02.2009 r., 8 E 3301/08, „Kriminalistik” 2009, s. 229 i n.

⁸¹ Postanowienie BVerfG z 14.11.1984 r., 1 BvR 14/82, 1 BvR 1642/82, BVerfGE 68, s. 256; z 21.10.1981 r. (*Bewährungsauflage in der Strafaussetzung*), 1 BvR 52/81, BVerfGE 58, s. 358 i n.

⁸² Postanowienie BVerfG z 4.11.1992 r., (*Tätigkeit eines Rechtsanwaltes*), 1 BvR 79/85, 1 BvR 643/87, 1 BvR 442/89, 1 BvR 238/90, 1 BvR 1258/90, 1 BvR 772/91, 1 BvR 909/91, BVerfGE 87, s. 37 i n.

⁸³ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 3.11.1982 r., 1 BvR 900/78, 1 BvR 851/80, 1 BvR 1495/80, 1 BvR 833/78, 1 BvR 1069/78, 1 BvR 343/79, 1 BvR 1039/79, 1 BvR 163/80, 1 BvR 294/80, 1 BvR 1258/80, 1 BvR 48/81, 1 BvR 1202/81, BVerfGE 62, s. 117 i n.; Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 8.02.1977 r. (*Parkstudium*), 1 BvF 1/76, 1 BvL 7/75, 1 BvL 8/75, 1 BvR 239/75, 1 BvR 92/76, 1 BvR 103–115/76, 1 BvR 140–143/76, 1 BvR 187/76, BVerfGE 43, s. 291 i n.; Postanowienie BVerfG z 20.03.2001 r. (*Altersgrenze für Kassenärzte*), 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, s. 172 i n.

⁸⁴ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 10.03.1992 r. (*Akademieauflösung*), 1 BvR 454/91, 1 BvR 470/91, 1 BvR 602/91, 1 BvR 616/91, 1 BvR 905/91, 1 BvR 939–963/91, 1 BvR 1128/91, 1 BvR 1315–1318/91, 1 BvR 1453/91, BVerfGE 85, s. 360 i n.; Postanowienie BGH z 23.07.2007 r., NotZ 42/07, BGHZ 173, s. 297 i n.

Przesłanka wykonywania (*Ausübung*) zawodu została scharakteryzowana w judykatach w sposób przykładowy i zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą chodzi o utworzenie przedsiębiorstwa i zadecydowanie o jego formie prawnej⁸⁵ (w tym także o połączeniu z innym przedsiębiorcą⁸⁶ lub usamodzielnieniu się⁸⁷) i stopniu zorganizowania⁸⁸, stosunku wysokości kosztów⁸⁹ do uzyskiwanych zysków⁹⁰, zatrudnieniu pracowników⁹¹, o sposobie jego reprezentacji (zarówno w sensie zawierania zobowiązań w imieniu przedsiębiorcy⁹², jak i sposobie przedstawiania ewentualnym odbiorcom świadczonych usług⁹³ – reklamy⁹⁴, czy nawet podtrzymywania towarzyskich kontaktów zawodowych⁹⁵). Wartością chronioną wolnością wykonywania zawodu jest również prawo do tajemnic⁹⁶

⁸⁵ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 1.03.1979 r. (*Mitbestimmung*), 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, „GewArch” 1979, s. 222 i n.

⁸⁶ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 3.07.2003 r. (*Sozietätswechsel*), 1 BvR 238/01, BVerfGE 108, s. 150 i n.; Postanowienie BGH z 14.11.2005 r., AnwZ (B) 83/04, „NJW” 2006, s. 1133 i n.

⁸⁷ Postanowienie BVerfG z 20.03.2001 r. (*Altersgrenze für Kassenärzte*), 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, s. 172 i n.

⁸⁸ Wyrok BVerwG z 26.01.1993 r., I C 25/91, „GewArch” 1993, s. 196 i n.; Wyrok Verwaltungsgerichtshof – Trybunału Administracyjnego (dalej: VGH) Baden-Württemberg z 9.05.1995 r., 14 S 2402/94, „GewArch” 1995, s. 339 i n.; Wyrok VG Braunschweig z 21.08.2000 r., 1 A 61/99, „GewArch” 2000, s. 485 i n.

⁸⁹ Wyrok BFH z 3.10.1961 r., I 200/59 S, „Bundessteuerblatt” (dalej: BStBl.) 1961, s. 567.

⁹⁰ Wyrok BFH z 13.04.1967 r., IV 194/64, BStBl. 1967, s. 398.

⁹¹ Wyrok BSG z 29.10.1963 r., 6 RKa 7/61, BSGE 20, s. 52.

⁹² Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 11.07.2006 r., 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, s. 202 i n.; Wyrok BVerwG z 24.04.2001 r., 6 C 6/00, BVerwGE 114, s. 160.

⁹³ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 8.03.2005 r. (*Anwaltsnotare*), 1 BvR 2561/03, BVerfGE 112, s. 255 i n.; Postanowienie (o mocy ustawy) z 29.10.2002 r. (*Facharztbezeichnung*), 1 BvR 525/99, BVerfGE 106, s. 181 i n.

⁹⁴ Postanowienie z 26.06.2002 r. (*Glykolwarnung*), 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91, BVerfGE 105, s. 252 i n.; Postanowienie BVerfG z 13.05.1996 r. (*Zwangsarbeiter*), 2 BvL 33/93, BVerfGE 94, s. 315 i n.; z 2.11.1960 r., 2 BvR 504/60, BVerfGE 11, s. 366 i n.; Wyrok BVerwG z 30.06.2005 r., 3 C 24/04, BVerwGE 124, s. 26 i n.

⁹⁵ Wyrok BVerwG z 13.12.1979 r., 5 C 1/79, BVerwGE 59, s. 213 i n.

⁹⁶ Termin „tajemnic przedsiębiorstwa”, podobnie jak w rodzimym porządku prawnym, nie został zdefiniowany legalnie (por. Postanowienie BGH z 19.06.2007 r., KVR 16/06, niepubl.). Jego wykładnia nabiera szczególnego znaczenia w aspekcie realizowania przez konsumentów roszczenia o dostęp do informacji o produkcie, który gwarantowany jest przez prawodawcę ustawą z 11.05.2007 r. wydanej w celu poprawienia dostępu konsumenta do informacji o produktach zdrowotnych – ustawą o poprawieniu stanu wiedzy konsumentów o artykułach zdrowotnych (*Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation – Verbraucherinformationsgesetz*), publ. BGBl, s. 2558, z późn. zm. Przywołane pojęcie interpretowane jest *casu*

zawodowych⁹⁷. Podobnie odnosi się orzecznictwo do autonomicznego określania sposobu wykonywania oferowanych świadczeń, czy też jakości produktów⁹⁸. Judykaty, jako „element składowy” referowanej wolności, wymieniają także prawo do swobodnego określania ceny, sposobu jej zapłaty oraz dopuszczenia (bądź nie) pertraktacji z interesentem⁹⁹.

Odnośnie do przesłanki wyboru miejsca pracy odnotować należy, że chodzi o możliwość wyboru konkretnego miejsca pracy (zarówno w sensie geograficznym, jak i prawnym – stosunek pracy¹⁰⁰), podjęcia jej, wykonywania i dokonania rezygnacji¹⁰¹. Nie oznacza to jednak, że państwo ma obowiązek stworzenia konkretnego miejsca pracy konkretnej osobie¹⁰². Poza brakiem takiego rozszczenia w porządku prawnym, próżno szukać także normy, która bezwzględnie zabraniałaby zwolnienia pracownika¹⁰³. Ponieważ jednak wolność wyboru zawodu materializuje się przez prawo do zachowania miejsca pracy czy utrzymania

ad causam (por. M. Böse, *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*, Tübingen 2005, s. 84), jednak w ogólności chodzi tu o pakiet danych, do których dostęp w danym przedsiębiorstwie jest ograniczony (por. H. Kube, *Die Macht der Information – Konsultation, Information, Rechte der Betroffenen*, „Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht 2007, s. 165.), a których przedsiębiorca nie chce ujawnić konkurencji (M. Rossi, *Informationsgesetz*, Baden-Baden 2006, s. 15).

⁹⁷ Postanowienie z 14.03.2006 r. (*Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*), 1 BvR 2087/03, 1 BvR 2111/03, BVerfGE 115, s. 205 i n.

⁹⁸ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 17.12.2002 r. (*Arzeimittelfestbetrag*), 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95, BVerfGE 106, s. 275 i n.; wyrok (o mocy ustawy) z 30.07.2008 r. (*Rauchverbot*), 1 BvR 3263/07, 1 BvR 402/98, 1 BvR 906/08, BVerfGE 121, s. 317 i n.

⁹⁹ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 13.09.2005 r. (*Beitragsatzsicherungsgesetz*), 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, s. 196 i n.; Postanowienie (o mocy ustawy) z 29.10.2002 r. (*Facharztbezeichnung*), 1 BvR 525/99, BVerfGE 117, s. 163 i n.

¹⁰⁰ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 24.04.1991 r. (*Abwicklung von DDR-Einrichtungen*), 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, s. 133 i n.; Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 15.07.1998 r. (*Versorgungsanwartschaften*), 1 BvR 1554/89, 1 BvR 963/94, 1 BvR 964/94, BVerfGE 98, s. 365 i n.

¹⁰¹ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 10.03.1992 r. (*Akademieauflösung*), 1 BvR 454/91, 1 BvR 470/91, 1 BvR 602/91, 1 BvR 616/91, 1 BvR 905/91, 1 BvR 939–963/91, 1 BvR 1128/91, 1 BvR 1315–1318/91, 1 BvR 1453/91, BVerfGE 85, s. 360 i n.; Postanowienie (o mocy ustawy) z 27.01.1998 r. (*Kleinbetriebsklausel I*), 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, s. 169 i n.; Wyrok BVerfG z 1.07.1980 r. (*Soziätsverbot*), 1 BvR 247/75, BVerfGE 54, s. 237.

¹⁰² Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 24.04.1991 r. (*Warteschleifenregelung*), 1 BvR 1341/90, „NJW” 1991, s. 1667 i n.; Postanowienie BVerfG z 18.01.2002 r. (*Schächten*), 1 BvR 2284/95, „NJW” 2002, s. 1485.; Postanowienie BVerfG z 30.11.1994 r., 6 P 11/93, BVerfGE 97, s. 154.; Wyrok BAG z 25.06.1964 r., 2 AZR 382/63, „NJW” 1964, s. 1921.

¹⁰³ Wyrok BVerfG (o mocy ustawy) z 24.04.1991 r. (*Abwicklung von DDR-Einrichtungen*), 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, s. 133 i n.

zajmowanego stanowiska pracy¹⁰⁴, to normodawca niemiecki nie dopuszcza możliwości zwolnienia pracownika z przyczyn niemerytorycznych¹⁰⁵. Przykładowo, do wypowiedzenia stosunku pracy nie wystarczy istnienie po stronie pracodawcy subiektywnego przekonania, jakoby utracił on zaufanie do podwładnego¹⁰⁶.

Norma zawarta w art. 12 ustawy zasadniczej nie chroni przedsiębiorcy przed konkurencją ze strony innych podmiotów wykonywających ten sam zawód¹⁰⁷. Bynajmniej, w piśmiennictwie podkreśla się, że konstytucyjna ochrona wolności wyboru zawodu jest konieczna dla wspierania konkurencyjności w systemie gospodarki rynkowej¹⁰⁸. Niemniej, w przypadku tzw. zawodów wykonywanych ubocznie¹⁰⁹, nie jest dozwolone wykonywanie ich w sposób stanowiący konkurencję dla pracodawcy¹¹⁰ lub wpływający na efektywność pracy będącej głównym („pierwszym”) źródłem dochodu¹¹¹.

W judykatach podkreśla się związek wolności wyboru zawodu z zasadą państwa socjalnego¹¹². Beneficjentom referowanej wolności przysługuje prawo do podjęcia studiów w państwowych uczelniach wyższych. Zakłada się przy tym, że kandydaci spełniają określone wymogi, a uczelnia dysponuje odpowiednimi możliwościami infrastrukturalnymi¹¹³.

¹⁰⁴ Wyrok BVerG z 8.07.1997 r. (*Stasi-Fragen*), 1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95, 1 BvR 2189/95, „NJW” 1997, s. 2307 i n.; Wyrok BVerfG z 8.07.1997 r. (*Fink*), 1 BvR 1934/93, „NJW” 1997, s. 2305 i n.; Wyrok BVerfG z 8.07.1997 r. (*Kündigung von Lehren*), 1 BvR 1234/95, 1 BvR 1247/95, 1 BvR 744/96, „NJW” 1997, s. 2312 i n.; Wyrok BVerfG z 8.07.1997 r., (*Hochschullehrer*), 1 BvR 1621/94, „NJW” 1997, s. 2310 i n.

¹⁰⁵ Postanowienie BVerG (o mocy ustawy) z 27.01.1998 r. (*Kleinbetriebsklausel*), 1 BvL 15/87, „NZA” 1998, s. 470 i n.

¹⁰⁶ Wyrok BAG z 14.09.1994 r., 2 AZR 164/94, „NZA” 1995, s. 269 i n.

¹⁰⁷ Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 11.07.2006 r. (*Berliner Vergabegesetz*), 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, s. 202 i n.

¹⁰⁸ H. Sodan, *Verfassungsrechtsprechung im Wandel – am Beispiel der Berufsfreiheit*, „NJW” 2003, s. 257; W. Kluth, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit*, „Jura” 2001, s. 371; M. Kment, *Ein Monopol gerät unter Druck*, „NJW” 2006, s. 617.

¹⁰⁹ Postanowienie VG Kassel z 4.03.2008 r., 1 G 1756/07, niepubl.

¹¹⁰ Wyrok BAG z 26.06.2001 r., 9 AZR 343/00, „NZA” 2002, s. 98.

¹¹¹ BAG z 18.01.1996 r., 6 AZR, NZA 1997, s. 41 i n.

¹¹² Postanowienie BVerfG z 31.03.2000 r., 1 BvR 608/99, „NVwZ” 2001, s. 187.

¹¹³ Postanowienie BVerfG z 8.02.1984 r., 1 BvR 580/83, 1 BvR 604/83, 1 BvR 605/83, 1 BvR 612/83, 1 BvR 616/83, 1 BvR 617/83, 1 BvR 626/83, 1 BvR 638/83, 1 BvR 642/83, 1 BvR 643/83, 1 BvR 652/83, 1 BvR 661/83, BVerfGE 66, s. 155 i n.

W niemieckim porządku prawnym nie ma definicji legalnej wolnego zawodu (*freier Beruf*)¹¹⁴, pomimo iż stanowi on przesłankę negatywną działalności gospodarczej¹¹⁵. Najczęściej wykładany jest on jako działalność – wymagająca wyższego wykształcenia – o charakterze naukowym, artystycznym, pisarskim lub usługowym¹¹⁶. Charakter artystyczny – czyli twórczy i urzeczywistniający własne pomysły¹¹⁷ – mają takie rodzaje działalności jak odpłatne wycinanki¹¹⁸, muzykowanie na deptakach¹¹⁹, restauracja mebli¹²⁰, projektowanie zdjęć¹²¹ czy wygłaszanie w określonych okolicznościach mów pogrzebowych¹²². Za wyższe wykształcenie natomiast uważać¹²³ należy ukończenie studiów wyższych lub wyższej szkoły zawodowej¹²⁴. Wolny zawód wykonuje zatem nie tylko tłumacz¹²⁵ czy grafolog¹²⁶, ale i nauczyciel przygotowujący studentów do egzaminu¹²⁷, w przeciwieństwie do korepetytora uczniów szkół podstawowych i gimnazjalnych¹²⁸, instruktorów nauki jazdy, jazdy na koniach, tańca, tenisa czy jogi¹²⁹.

Wolność wykonywania zawodu nie jest wolnością absolutną. Już w zdaniu drugim artykułu konstytuującego tę wolność ustawodawca stanowi, że może

¹¹⁴ M. Groepper, *Berufsfreiheit und freie Berufe*, „GewArch” 2000, s. 366.

¹¹⁵ A. Poll, *Der Begriff der Freien Berufe*, „Juristische Rundschau” 1996, s. 441.

¹¹⁶ Decyzja BVerfG z 25.02.1960 r. (*bayerische Ärzteversorgung*), 1 BvR 239/52, „NJW” 1960, s. 619 i n.

¹¹⁷ Postanowienie BVerfG z 17.07.1984 r. (*anachronistischer Zug*), 1 BvR 816/82, „NJW” 1985, s. 261.

¹¹⁸ Wyrok VGH BW z 17.08.1988 r., 14 S 689/87, „GewArch” 1988, s. 370 i n.

¹¹⁹ H.-C. v. Ebner, *Musikanten – Musiker: Gewerblich oder freiberuflich Tätige?*, „GewArch” 1994, s. 400.

¹²⁰ Postanowienie VGH BW z 14.09.1983 r., 6 S 801/83, „GewArch” 1984, s. 64 i n.

¹²¹ Wyrok VG Sigmaringen z 4.08.1994 r., 6 K 287/92, „GewArch” 1995, s. 485 i n.

¹²² Wyrok BFH z 29.07.1981 r., I R 183/79, „NJW” 1982, s. 672 i n.

¹²³ W. Diefenbach, *Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung*, „GewArch” 1991, s. 281.

¹²⁴ Wyrok BVerwG z 1.07.1987 r., I C 25/85, „GewArch” 1987, s. 331 i n.

¹²⁵ Wyrok VG Darmstadt z 17.07.1996 r., 3 E 293/95 (3), „GewArch” 1996, s. 476 i n.

¹²⁶ Wyrok BVerwG z 27.06.1974 r., I C 10.73, „GewArch” 1974, s. 333 i n.

¹²⁷ Decyzja OVG NW z 16.10.1986 r., II A 524/67, „DÖV” 427 i n.

¹²⁸ Postnowienie OVG Nds z 8.04.2002 r., 7 LA 39/02, „GewArch” 2002, s. 293 i n.

¹²⁹ Postanowienie OVG NW z 29.03.2001 r., 4 A 4077/00, „GewArch” 2001, s. 293.

być ona ograniczona (uregulowana) na podstawie ustawy¹³⁰. Podobnie jak w rodzimym systemie prawnym, także u naszych zachodnich sąsiadów ograniczenie poza przesłanką formalną¹³¹ (ustanowienia w drodze ustawy) spełniać musi kryterium niezbędności (konieczności)¹³² dla osiągnięcia ważnego celu społecznego¹³³. Można przywołać różne przykłady ograniczeń, np. ze względu na wiek¹³⁴, wykonywany zawód¹³⁵ czy pełnione funkcje publiczne¹³⁶.

Podsumowanie

Wolność wyboru zawodu jest jednym z kluczowych pojęć dla prawa gospodarczego publicznego. Występuje ono zarówno w polskim, jak i w niemieckim systemie prawnym, choć nie można w pełni zgodzić się z tezą, jakoby było ono w pełni przekładalne z jednego porządku legislacyjnego na inny. W systemie legislacyjnym naszych zachodnich sąsiadów wolność działalności gospodarczej ma charakter wyraźnie drugoplanowy w stosunku do wolności wyboru zawodu.

¹³⁰ Tekst org.: „*Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden*”.

¹³¹ Wyrok BGH z 3.11.1988 r. (*Nachtbackverbot*), I ZR 12/87, *GewArch* 1989, s. 125 i n.; Postanowienie BVerfG (o mocy ustawy) z 25.02.1976 r. (*Nachtbackverbot II*), 1 BvL 26/73, „*GewArch*” 1976, s. 190 i n.

¹³² Postanowienie BVerfG y 17.11.1992 r. (*Sonntagsbackverbot*), 1 BvR 168/89, „*GewArch*” 1993, s. 151 i n.

¹³³ Decyzja BVerfG (o mocy ustawy) z 24.01.1962 r. (*Ehegatten-Arbeitsverhältnis*), 1 BvL 32/57, „*NJW*” 1962, s. 437 i n.; Wyrok VG Schleswig z 29.03.1990 r., 12 A 94/89, „*GewArch*” 1990, s. 275 i n.

¹³⁴ Decyzja BVerfG z 16.06.1959 r. (*Hebammenaltersgrenze*), 1 BvR 71/57, „*NJW*” 1959, s. 1579.

¹³⁵ Wyrok BVerfG z 11.03.1975 r. (*gemeinschaftliche Verteidigung*), 2 BvR 135-139/75, „*NJW*” 1975, s. 1013 i n.; Postanowienie BVerfG z 21.06.1977 r., 2 BvR 70/75, „*NJW*” 1977, s. 1629 i n.; Postanowienie Bay VGH z 11.01.2006 r., 3 BV 02.2118, niepubl.

¹³⁶ Wyrok BVerfG z 6.03.2007 r., 2 BvR 556/04, „*NVwZ*” 2007, s. 568 i n.; Wyrok BVerwG z 21.06.2007 r., 2 C 3/06, „*NJW*” 2007, s. 3450.

**REFLECTIONS CONCERNING FREEDOM OF OCCUPATION
IN THE GERMAN LEGAL SYSTEM**

Summary

Freedom to choose an occupation is one of the main key categories of the public economic law. The mentioned legal institution is known both: to the Polish and German legal systems, however, the way it is conducted in those countries differs. The signal remarks approaching occupation freedom in German legal system are supposed to help to systematize the knowledge as refers to doctrine our western neighbors.

Translated by Małgorzata W. Greßler

Keywords: freedom of occupation, economic freedom