

Gesetz: Die Württ.-Hohenz. Rechtsanordnung zur Ordnung des Handwerks vom 5. November 1946 (Amtsblatt für Württ.-Hohenz. 1947 S 1)
Grundgesetz Art 12, 2 und 19 Abs 2.

- Rechtssatz:
1. a) Die Württ.-Hohenz. Handwerksordnung vom 5. November 1946 ist ein Gesetz im formellen Sinne.
b) §§ 1, 3 in Verbindung mit dem 2. Abschnitt des ersten Teils der Württ.-Hohenz. Handwerksordnung vom 5. November 1946 verstossen gegen Art 12 GrundG.
 2. a) Das in Art 12 GrundG verankerte Recht der Berufsfreiheit stellt ein selbständiges Grundrecht neben dem allgemeinen Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit dar. Es ist deshalb an die in Art 2 GrundG gesetzten Schranken nicht gebunden.
b) Bestimmten Berufen ist es wegen der besonderen Gefahren, die ihre Ausübung mit sich bringt, oder wegen der besonderen Kenntnisse, die ihre Ausführung verlangt, wesenseigen, dass nur der sie wählen kann, der die für ihre Ausübung nötigen Voraussetzungen erfüllt. Diese für die Berufsausübung und damit auch den Berufsbeginn notwendigen Voraussetzungen können durch Gesetz geregelt werden.
c) Das Grundrecht der freien Berufswahl kann durch Gesetz nur innerhalb der engen Grenzen des Art 19 Abs 2 GrundG eingeschränkt werden.
 3. Ein Grundrecht wird durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensgemässe Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlass und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muss zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrechte grundsätzlich und im weitestmöglichen Umfang Raum zu lassen.

4. a) Unter "verfassungsmässiger Ordnung" im Sinne des Art 2 GrundG können nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstanden werden.
- b) Als Rechte Dritter, deren Schutz nach Art 2 GrundG die Einengung des Rechtes auf Persönlichkeitsentfaltung rechtfertigt, kommen allgemeine öffentliche Interessen, die nicht als subjektive Rechte bestimmter Rechtsträger gesetzlich festgelegt sind, nicht in Betracht.

Aktenzeichen: VRG 3/52

Gutachten des BGH vom 28. April 1952

Vorlage des
Amtsgerichts
Tuttlingen gem
Art 100 GrundG

Bundesgerichtshof
Erster Zivilsenat

Karlsruhe, den 28. April 1952

VRG 3/52

An den

Herrn Vorsitzenden
des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichtshofs
K a r l s r u h e

Betr.: Vorlage des Amtsgerichts Tuttlingen
an den Bundesverfassungsgerichtshof nach Art. 100
Abs. 1 GG i. Verb. mit § 80 BVGG - IV Ds 247/51 -
Dort. Az. 1 Bv 21/51.

Der seit etwa 30 Jahren im Baugewerbe tätige Schachtmeister
Johann W. [REDACTED] aus T. [REDACTED] hat seit August
1950 wiederholt selbständig Maurerarbeiten auf eigene
Rechnung gegen Entgelt bei verschiedenen Kunden ausge-
führt, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein.
Die Staatsanwaltschaft Rottweil hat gegen W. [REDACTED] Ankla-
ge wegen Vergehens gegen § 19 Abs. 2 i. Verb. mit § 1 der
Württ.-Hohenz. Rechtsanordnung zur Ordnung des Handwerks
vom 5. November 1946 - Handwerksordnung (HO) - (Amts-
blatt für Württ.-Hohenz. 1947 S. 1) erhoben.

Nach § 1 HO ist der selbständige Betrieb eines Handwerks
als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle ein-
getragenen natürlichen und juristischen Personen erlaubt.
In die Handwerksrolle wird nach § 3 Abs. 1 HO nur eingetra-
gen, wer die Meisterprüfung oder eine Prüfung nach § 133
Abs. 10 der Gewerbeordnung für das von ihm betriebene oder
für ein diesem verwandtes Handwerk bestanden hat oder die



Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen in einem dieser Handwerke besitzt. In §§ 7 - 15 HO (1. Teil 2. Abschn.) ist das Verfahren bei Eintragung und Löschung in der Handwerksrolle geregelt. § 19 Abs 2 HO enthält eine Strafbestimmung gegen denjenigen, der entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung selbständig ein Handwerk als stehendes Gewerbe betreibt. Das in § 1 Abs 2 HO vorgesehene Verzeichnis der Gewerbe, die handwerksmässig betrieben werden können, liegt noch nicht vor. Es ist noch -- das vom früheren Reichswirtschaftsminister aufgestellte Verzeichnis vom 18. Dezember 1934 maßgebend (Reichsanzeiger Nr 287).

Die Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung ergeben sich aus § 133 Abs 3 GewO. Danach wird zur Meisterprüfung in der Regel nur zugelassen, wer eine Gesellenprüfung im gleichen Handwerk bestanden hat und mindestens 3 Jahre als Geselle tätig gewesen ist. Die allgemeinen Prüfungsvorschriften für die Meisterprüfung im Baugewerbe sehen vor, dass der Bewerber neben der Gesellenprüfung 5 Jahre praktische Tätigkeit im Baugewerbe nachweisen muss.

Das Amtsgericht Tuttlingen hat das Verfahren gegen Wilhelm gemäß Art 100 GG ausgesetzt, weil es die §§ 1, 3 und den ganzen zweiten Abschnitt des 1. Teils der Handwerksordnung wegen eines Verstosses gegen Art 12 i Verb mit Art 2 Abs 1 GG für verfassungswidrig erachtet. Es vertritt die Auffassung, dass der Nachweis fachlich-technischer Fertigkeiten für die selbständige Ausübung eines handwerklichen Berufs nur dort gefordert werden könne, wo aus der Aufnahme des Berufs nach den Erfahrungen des Lebens mit Wahr-

4,6
scheinlichkeit Gefahren für andere entstehen könnten;
einen solchen Beruf übe der Angeklagte nicht aus.

Die in der Württ.-Hohenz.Handwerksordnung vorgesehenen Zulassungsvoraussetzungen für den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe stimmen im wesentlichen mit dem in den Ländern der britischen Besatzungszone und den übrigen Ländern der französischen Zone geltenden Handwerksrecht überein (vgl. VO über den Aufbau des Handwerks in der britischen Zone vom 6. Dezember 1946 - veröff. im Gesetz- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen 1947 Nr 3 S 21 sowie im Amtsblatt von Niedersachsen 1947 Nr 1 S 7 - und das Landesgesetz über die Neufassung des Handwerksrechts in Rheinland-Pfalz - veröffentlicht im Gesetz- und Verordnungsblatt Rheinland-Pfalz vom 5. September 1949). In der amerikanischen Besatzungszone kann dieser sogenannte grosse Befähigungsnachweis infolge der von der amerikanischen Besatzungsmacht an die Landesregierungen gegebenen Direktiven, die die nahezu schrankenlose Gewerbefreiheit vorsehen, nicht mehr gefordert werden (den Wortlaut der an Bayern gerichteten Direktive vom 18. Dezember 1948 siehe Beck'sche Textausgabe der Gewerbeordnung, Einleitung S 10). Am 6. Oktober 1950 haben die CDU/CSU, die FDP und die DP beim Bundestag den Entwurf eines Gesetzes über die Handwerksordnung eingebracht, der in §§ 28 und 29 für die Eintragung in die Handwerksrolle und als Voraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerks ebenfalls den grossen Befähigungsnachweis vorsieht (siehe Bundestagsdrucksache Nr 1428); der Entwurf wird z.Zt. in einer Unterkommission des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages beraten.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist gemäß § 80 Abs 1 BVGG über den Bundesgerichtshof einzuholen. Die Württ.-Hohenzollernsche Handwerksordnung vom 5. November 1946 stellt gemäß Art 125 Ziff 2 GG Bundesrecht dar, da sie Gegenstände regelt, die gemäß Art 74 Ziff 11 in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes fallen und durch sie nach dem 8. Mai 1945 früheres Reichsrecht - und zwar die 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 (RGBl. I, 15) - abgeändert worden ist.

I. Die Voraussetzungen für eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts nach Art 100 GG sind gegeben.

a) Die Entscheidung des einholenden Gerichts hängt von der Gültigkeit der Bestimmungen ab, die es für unvereinbar mit dem Grundgesetz hält; denn verstößt § 1 HG gegen Grundrechtsnormen, so entfällt die Möglichkeit einer Bestrafung aus § 19 Abs 2 HO.

b) Die Handwerksordnung vom 5. November 1946 stellt ein Gesetz im formellen Sinne dar; denn sie ist von dem Direktorium des Gebietes Südwürttemberg und Hohenzollern als dem damaligen ordentlichen deutschen Gesetzgeber erlassen worden. Nach dem Statut über die Bildung des Staatssekretariats für das französisch besetzte Gebiet Württembergs und Hohenzollerns übte dieses Direktorium bis zum Inkrafttreten der Länderverfassungen die Staatsgewalt aus und war als einziges deutsches Organ ermächtigt, Vorschriften mit Gesetzeskraft zu erlassen (Art I, IV und V des Statuts, Amtsblatt für Württ.-Hohenz. 1945/1946 S 1 ff, vgl

auch die Erklärung von General König vom 4. Dezember 1946, Amtsblatt S 255).

c) Der Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts steht nicht entgegen, dass die Württ.-Hohenz.Handwerksordnung vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ergangen ist. Der Senat hat bereits in der Sache VRG 5/52 zum Ausdruck gebracht, dass sich nach seiner Überzeugung das negative Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts auch auf die Verfassungswidrigkeit von Recht aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erstreckt (so auch u.a. Geiger in DRiZ 1951, 174; Hufnagel DVBl 1951, 277; OVG Hamburg DVBl 1950, 614; vgl. auch Bayer. Verfassungsgerichtshof in VGHF n F Bd 3 Nr 6 S 44; Nr 11 S 99). Soweit im Schrifttum ein gegenteiliger Standpunkt vertreten wird (vgl. u.a. Bonner Kommentar Anm 2a zu Art 110, Anm 4 zu Art 125 und Anm II 1 und 3 zu Art 126 GG; Jellinek, Festschrift für Laun 1948 S 268 ff; Zinn, Verhandlungen des 37. Juristentages 1950 S 55 ff; Bachof DVBl 1951 S 13 ff und 110), fehlt eine überzeugende Begründung. Weder aus dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte des Art 100 GG kann entnommen werden, dass der Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichtshofes das vor der Verfassung gesetzte Recht nicht unterliegen soll. Aus Art 123 Abs 1 GG ergibt sich, dass vom Inkrafttreten des Grundgesetzes an die Fortgeltung der vor diesem Zeitpunkt ergangenen Rechtsnormen am Maßstab des Grundgesetzes zu prüfen ist. Hätte der Verfassungsgesetzgeber die Prüfungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für dieses weite Rechtsgebiet, das naturgemäß besonders zahlreiche Zweifelsfragen aufwirft, weil seine Normen von

einem nicht an das Grundgesetz gebundenen Gesetzgeber ausgegangen sind, verneinen wollen, so hätte eine ausdrückliche diesbezügliche Einschränkung nahegelegen, wie sie z.B. in Art 92 Abs 2 der Württ.Badischen Verfassung enthalten ist. Auch aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz "lex posterior derogat legi priori" kann nicht hergeleitet werden, dass die Prüfung, ob Recht aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes mit übergeordneten Verfassungsnormen vereinbar sei, dem allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht vorbehalten sei. Dieser Grundsatz besagt nur, dass dem Richter die Entscheidung darüber obliegt, ob eine gesetzliche Bestimmung durch einen späteren das gleiche Sach- und Rechtsgebiet betreffenden Einzelgesetzgebungsakt aufgehoben oder abgeändert worden ist. Die Prüfung dagegen, ob ein Gesetz mit den Normen des für alle Rechtsgebiete maßgebenden Grundgesetzes, das seinerseits auf einen verfassungsfreien Zeitraum folgte, übereinstimmen, vollzieht sich auf einer anderen Ebene. Sie setzt weitgehend eine Auslegung des Gehalts und der Reichweite der allgemein gehaltenen Verfassungsbestimmungen voraus, eine Aufgabe, die nach dem Grundgedanken der Normenkontrolle zur Wahrung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit ausschliesslich dem Bundesverfassungsgerichtshof anvertraut worden ist, soweit die Gerichte eine Bindung an ein formell ordnungsgemäß ergangenes und verkündetes Gesetz wegen Unvereinbarkeit mit der Verfassung verneinen wollen. Bei den Gesetzen, die nicht unter der Herrschaft des Grundgesetzes, sondern unter dem Einfluss einer autoritären Staatsführung oder unter den Folgen des Zusammenbruchs ergangen sind, be-

44

- 7 -

steht zur Vermeidung einer Rechtszersplitterung sogar ein vordringliches Bedürfnis, die Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgerichtshof zu monopolisieren. Nur wenn das negative Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts auch für diesen Gesetzesbereich bejaht wird, vermag es seiner Aufgabe, Hüter der Verfassung zu sein, wirklich gerecht zu werden. Vgl. im Einzelnen die Begründung in 1 VRG 6 und 8/52 zu dieser Frage.

II. Zur Sache äussert sich der Senat gutachtlich wie folgt: Art 12 GG gewährleistet für alle Deutsche das Recht der freien Berufswahl, wobei die Regelung der Berufsausübung unter einem Gesetzesvorbehalt steht.

Unter "Beruf" im Sinne des Art 12 GG fällt nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum auch das handwerkliche Gewerbe (Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung 10. Aufl S 22 ff; Mangoldt Anm 2 zu Art 12 GG; Bonner Kommentar Anm 3a zu Art 12). Eine gesetzliche Begriffsbestimmung für das Handwerk fehlt. Für den Handwerksbegriff ist der Sprachgebrauch und die Verkehrsauffassung maßgebend. Die Handwerkseigenschaft wird bei der Eintragung in die Handwerksrolle nur rein erfahrungsgemäß je nach der Lage des Einzelfalls festgestellt, wobei im wesentlichen auf die handwerkliche Facharbeit im Gegensatz zu der fabrikmässigen Werkstoffbe- und verarbeitung abgestellt wird (vgl Molitor, Vom Wesen des Handwerks, 1939 S 27 u S 40 ff).

Verfehlt wäre es, den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur als eine besondere Ausübungsart eines handwerklichen Berufs aufzufassen und hieraus zu folgern, dass eine Einschränkung dieses "Tätigkeitszweiges" des Handwerkerberufes sich nicht in den

Grenzen des durch Art 12 gewährleisteten Grundrechts der Berufsfreiheit zu halten brauche. Hierbei kann unerörtert bleiben, ob es überhaupt anständig ist, Berufe in Einzelberufstätigkeiten oder Ausübungsarten aufzuspalten und die besondere "Betriebsart" eines Berufes nicht als selbständigen Beruf im Sinne des Art 12 GG anzuerkennen, wenn sie nicht den Wesenskern des Berufs ausmacht (vgl hierzu das Urteil des OVG Hamburg vom 30. März 1951 DVEI 1951, 385 sowie die Kritik von Maumann in JZ 1951, 423 (425)). Denn bei dem Beruf des selbständigen, ortsgebundenen Handwerkers handelt es sich jedenfalls, und zwar nicht nur nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten, sondern auch nach der geschichtlichen Entwicklung, um ein eigenständiges Berufsbild, das keinesfalls als nur untergeordneter Ausübungsart des Handwerkerberufes gewertet werden kann. Maßgebend für die Frage, von welchen

dieser Frage abgesehen werden, weil - wie noch darzulegen sein wird - die Entscheidung von dem Verhältnis der beiden Grundrechtsbestimmungen zueinander nicht abhängt. Um eine rechtlich klare Grundlage für seine gutachtliche Äusserung zu gewinnen, hält der Senat es jedoch für geboten klarzustellen, dass nach seiner Auffassung das Grundrecht der Berufsfreiheit als selbständiges Grundrecht neben das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art 2 Abs 1 GG tritt und die sachliche Einschränkung des Gesetzesvorbehalts in Art 12 Abs 1 GG nur aus Art 19 Abs 2 GG entnommen werden kann.

Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art 2 Abs 1 GG ist eines der unbestimmtesten Freiheitsrechte des ganzen Grundrechtsteils, das kaum abgrenzbar ist, insbesondere nichts über bestimmte menschliche Tätigkeiten und ihre rechtliche Beurteilung besagt. Es betrifft nicht die aus der menschlichen Personhaftigkeit (sittlichen Autonomie) folgende unantastbare übergesetzliche Rechts- und Freiheitssphäre des Menschen, deren Schutz in Art 1 Abs 1 GG verankert ist, sondern eine unbestimmte, zeitgebundene Vorstellung von dem Recht auf Entfalten (Ausleben) der Persönlichkeit. Dieses Recht eignet sich in keiner Weise dazu, Mutter der übrigen personbezogenen Grundrechte des Grundgesetzes zu sein. Nur bei einer rein äusserlichen Betrachtungsweise kann man etwa die Grundrechte der Art 5, 8, 9, 11, 12 und 13 GG als Ausflüsse des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Art 2 Abs 1 ansehen. In Wirklichkeit sind diese Grundrechte teils Ableitungen aus der in Art 1 GG vorausgesetzten Personhaftigkeit des Menschen und insofern

übergesetzlichen Ranges, teils aber auch der blosse Niederschlag politischer Wünschbarkeiten, denen nur der Verfassungsgesetzgeber grundrechtlichen Schutz verliehen hat. Was insbesondere das Grundrecht des Art 12 selbst angeht, so hat es ersichtlich eine doppelte Wurzel. Soweit es den Arbeitszwang verbietet, hat es naturrechtlichen Rang und fließt aus der in Art 1 GG geschützten menschlichen Personhaftigkeit, nicht aber aus dem in Art 2 geschützten Recht auf Ausleben der Persönlichkeit. Soweit es die freie Berufswahl und die Gewerbefreiheit proklamiert, hat es aus sich selbst heraus keineswegs naturrechtlichen Rang, sondern stellt eine von mehreren möglichen Ordnungen der Wirtschaftsverfassung dar, die nur der Verfassungsgesetzgeber als solcher unter Verfassungsschutz gestellt hat.

Aber selbst wenn man das nicht anerkennen und annehmen wollte, die Grundrechte etwa der Art 5, 8, 9, 11, 12 und 13 seien Ausflüsse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art 2 Abs 1, so würde daraus nicht folgen, dass sich die gesetzlichen Eingriffsrechte in diese Grundrechte nur nach Art 2 Abs 1 GG bemessen. Alle diese Grundrechte weisen, was den Gesetzesvorbehalt angeht, jeweils besondere - und zwar untereinander und von dem Art 2 Abs 1 verschiedene - Regelungen auf. Sie verhalten sich also gegenüber dem Art 2 Abs 1 durchaus wie *leges speciales*. Ihre eigene Sonderregelung des Gesetzesvorbehalts geht also gerade den in Art 2 Abs 1 enthaltenen rechtlichen Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes vor. Man vermag insbesondere nicht einzusehen, wie die untereinander verschiedenen rechtlichen Schranken des Grundrechts nach

Art 2 Abs 1 und des Grundrechts nach Art 12 Abs 1 anders aufeinander abgestimmt werden sollten, als indem die Sonderregelung nach Art 12 der allgemeinen Regelung nach Art 2 vorgeht.

Würdigt man Art 12 GG nicht als Unterfall des Art 2 GG, sondern als selbständige Grundrechtsbestimmung, die das Recht der Berufsfreiheit ohne Bindung an die in Art 2 gesetzten Schranken regelt, so ergibt sich hieraus nicht etwa ein Recht auf schrankenlose Freiheit bei der Aufnahme eines Berufs.. Wie der Senat bereits in seinem Gutachten VRG 2/52 dargelegt hat, sichert das Grundrecht der freien Berufswahl nur, dass jeder Beruf von jedem unter den Voraussetzungen gewählt werden kann, wie sie die fragliche Berufsart nach dem ihr wesenseigenen Berufsbild erfordert. Der Senat hat hierzu ausgeführt:

" Bestimmten Berufen ist es wegen der besonderen Gefahren, die ihre Ausübung mit sich bringt, oder wegen der besonderen Kenntnisse, die ihre Ausführung verlangt, wesenseigen, dass nur der sie wählen kann, der die für ihre Ausübung nötigen Voraussetzungen mit sich bringt."

Diese für die Ausübung notwendigen Voraussetzungen können nach dem Gesetzesvorbehalt des Art 12 Abs 1 S 2 GG durch Gesetz geregelt werden. Die zwangsläufige Folge einer solchen Regelung ist, dass auch nur derjenige den Beruf beginnen darf, der diese Voraussetzungen erfüllt; denn es wäre widersinnig, die Berufsaufnahme zunächst jedem zu gestatten, die Berufsausübung aber dann, weil die Berufsfähigkeit nicht gegeben ist, zu untersagen.

Die gesetzliche Einschränkung des Rechtes der Berufsfreiheit findet aber in Art 19 Abs 2 GG ihre unverrückbare und enge Grenze. Der Senat hat in seinem Gutachten VRG 5/51 diese Grenze folgendermassen umrissen:

"Ein Grundrecht wird durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch den Eingriff die wesensgemässe Geltung und Entfaltung des Grundgesetzes stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlass und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Der Eingriff darf also nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden und muss zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrechte grundsätzlich und im weitestmöglichen Umfang Raum zu lassen."

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich, dass der grosse Befähigungsnachweis - also grundsätzlich Ablegung der Meisterprüfung nach einem mehrjährigen Ausbildungsgang - als Voraussetzung der handwerklichen Berufsausübung nur dort gefordert werden kann, wo es zur Abwendung sonst aus der Handwerksausübung drohender Gefahren dringend geboten erscheint. Dies trifft zwar - wie noch auszuführen sein wird - für das hier in Frage stehende Baugewerbe zu, nicht aber für das allgemeine Handwerk, wie z.B. das Schneider- oder Putzmachergewerbe, dessen unsachgemässe Ausübung nach den Erfahrungen des täglichen Lebens keine besonderen Gefahren für die Allgemeinheit mit sich bringt. Der Senat hält deshalb die Bestimmungen der Württ.-Hohenz.Handwerksordnung, die die

411

Ausübung eines jeden Handwerks an den grossen Befähigungsnachweis knüpfen, für verfassungswidrig.

Der Umstand, dass subjektive Zulassungsbestimmungen, die an fachliche Voraussetzungen anknüpfen, im Gegensatz zu objektiven Voraussetzungen, wie z.B. des Bedürfnisses der Einflussnahme des Berufsanwärters unterliegen und von allen Bewerbern in gleicher Weise zu erfüllen sind, kann zu keiner anderen Beurteilung führen. Die Ansicht, das Grundrecht der Berufsfreiheit beinhalte nur, dass jeder die gleiche Chance haben müsste, fachliche Voraussetzungen aber bei gleichen Fähigkeiten von allen Berufswilligen gleichermassen erfüllt werden könnten (vgl. Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung 10. Aufl. S. 23 ff), verkennt einmal, dass eine solche Auslegung das Grundrecht der freien Berufswahl praktisch aushöhlen und ihm fast jede Substanz nehmen würde, dann aber auch, dass selbst diese "gleiche Chance" nur theoretisch besteht, wenn ein langjähriger, fest umrissener Ausbildungsgang die Vorbedingung für die Abnahme der Eignungsprüfung bildet. Die Zulassung hängt dann nicht mehr allein von der gleichen Befähigung der Bewerber ab, sondern von ihren wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen. Zahllose Heimatvertriebene und Flüchtlinge aus den Ostgebieten Deutschlands sind noch heute gezwungen, sich in der Bundesrepublik eine neue Existenz aufzubauen. Hiervon haben sich viele jahrzehntelang als handwerkliche Facharbeiter in Handwerks- oder Fabrikbetrieben betätigt, ohne den für die Meisterprüfung vorgeschriebenen Ausbildungsgang einzuhalten. Sie sind heute zumeist wegen ihres Alters, ihrer Familienbindung und ihrer wirtschaftlichen Verhält-

nisse nicht in der Lage, einen mehrjährigen Ausbildungsgang ohne die für den Familienunterhalt erforderlichen Einkünfte durchzustehen. Es entspricht nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, daß diese Berufswilligen den Mangel des grossen Befähigungsnachweises durch eigene Tüchtigkeit zu beheben vermöchten. Wird ihnen der Zugang zum selbständigen Handwerkerberuf durch fachliche Zulassungsvoraussetzungen mehr erschwert, als dies die allgemeine Sicherheit erfordert, so wird hierdurch unter Verstoß gegen Art 19 Abs 2 GG das Grundrecht der Berufsfreiheit in seinem Wesensgehalt angetastet.

Auch aus dem historischen Leitbild des Handwerkerberufes kann nach der Entwicklung, die das Handwerksrecht in Deutschland genommen hat, nicht gefolgert werden, dass zwingende Gründe vorliegen, die Ausübung und damit den Beginn des selbständigen Betriebs eines Handwerks als stehendes Gewerbe unterschiedslos an den grossen Befähigungsnachweis zu binden. Während des Mittelalters bis in das 19. Jahrh. durften zwar in Deutschland nur diejenigen Handwerker, die als Meister einer örtlich begrenzten Fachvereinigung angehörten, in deren Herrschaftsbereich selbständig ihr Gewerbe ausüben. Auf Grund des liberalen Gedankenguts der französischen Revolution wurden jedoch in den deutschen Ländern bereits seit Anfang des 19. Jahrh. - insbesondere in Preussen im Rahmen der Stein-Hardenberg'schen Reformen - die Zunftorganisationen beseitigt und auch für das Handwerk die Gewerbefreiheit eingeführt. Zum Schutz des Handwerks wurde zwar durch die Handwerker-Novelle vom 26. Juli 1897 (RGBl. 663) die Führung des Meistertitels von der Ablegung einer Prü-

fung abhängig gemacht und die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen im Handwerk beschränkt. Durch die Novelle vom 30. Mai 1908 (RGBl 356) wurde der sog. kleine Befähigungsnachweis eingeführt. Dieser sah aber nicht etwa eine Eignungsprüfung für die selbständige Ausübung des Handwerks vor, sondern stellte nur strengere Anforderungen an die Befugnis zur Ausbildung von Lehrlingen, indem zu den bisherigen Voraussetzungen das Bestehen der Meisterprüfung trat. Der grundlegende Abbau der Gewerbefreiheit im Bereich des Handwerks erfolgte erst durch die nationalsozialistische Gesetzgebung. Die 3. Verordnung über den vorläufigen Aufbau des deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 (RGBl I, 15) sah erstmalig den sog. grossen Befähigungsnachweis vor. Da hierin nach in Deutschland unter der Herrschaft der liberalen Wirtschaftsauffassung unter bewusster Abkehr von der Zunftordnung über ein Jahrhundert der selbständige Betrieb eines Handwerks nicht an Eignungsnachweise und Ausbildungsregeln geknüpft war, kann nicht davon ausgegangen werden, dass nach der allgemeinen gesellschaftlichen Auffassung unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung dem Berufsbild des selbständigen Handwerkers die Qualifikation als Meister verbunden mit dem Zwang zu einer gesetzlich geregelten Ausbildung wesenseigen sei. Der Kampf des Handwerks um die Einführung des grossen Befähigungsnachweises wird im wesentlichen aus berufspolitischen Gründen geführt, um die Lebensfähigkeit des Handwerks trotz des scharfen Wettbewerbs des Massearbeit leistenden Grossgewerbes aufrecht zu erhalten. Selbst soweit sich diese berufspolitischen Interesse des

Handwerks mit Interessen der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung des Leistungsstandes des Handwerks treffen, berechtigt dies nicht, auch solche Handwerkszweige dem Erfordernis des grossen Befähigungsnachweises zu unterstellen, die weder wegen einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, noch nach dem historisch gewachsenen Berufsbild eine Eignungsprüfung zwingend voraussetzen.

Zu dem gleichen Ergebnis, dass der grosse Befähigungsnachweis als generelle Voraussetzung für die selbständige Ausübung eines jeden Handwerks grundgesetzwidrig ist, gelangt man, wenn man - entgegen der vom Senat vertretenen Ansicht - die verfassungsmässig zulässigen Beschränkungen der Berufsfreiheit aus Art 2 GG entnimmt. Die uneingeschränkte Forderung des grossen Befähigungsnachweises wäre im Rahmen des Art 2 GG nur zulässig, wenn andernfalls Rechte Dritter verletzt oder gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstossen würde. Ein Verstoss gegen das Sittengesetz oder die verfassungsmässige Ordnung scheidet hier aus. Wie der Senat bereits in seinem Gutachten VRG 2/52 ausgesprochen hat, können unter "verfassungsmässiger Ordnung" nicht alle positiven Gesetzesnormen, sondern nur die elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts verstanden werden. Als Rechte Dritter, deren Schutz gemäß Art 2 Abs 1 GG die Einengung des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung rechtfertigt, kommen nur geltende subjektive Rechte bestimmter Rechtsträger in Betracht, nicht dagegen allgemeine öffentliche Interessen, die nicht als subjektive Rechte bestimmter

dem Mauerhandwerk wegen der Gefahren, die seine Ausübung für die Allgemeinheit mit sich bringt, wesenseigen ist, dass diesen Beruf nur derjenige wählen kann, der über die für seine Ausübung erforderlichen Fachkenntnisse verfügt. Bei diesem Handwerkszweig verstößt es nicht gegen Grundrechtsnormen, wenn die Berufsfähigkeit durch die gesetzliche Regelung eines Ausbildungs-, Prüfungs- und Zulassungsverfahrens sichergestellt wird, wie sie die Württ.-Hohenz. Handwerksordnung vorsieht. Für das Baugewerbe ergibt sich schon aus § 35 Abs 5 Gewerbeordnung, dass hier im Interesse einer Gefahrenabwehr für die Allgemeinheit strengere Anforderungen an die persönliche und fachliche Zuverlässigkeit gestellt werden müssen, als bei einer Reihe von anderen Handwerkszweigen. Sogar die Direktive der amerikanischen Militärregierung an Bayern vom 18. Februar 1948, die von einer nahezu schrankenlosen Gewerbebefreiheit ausgeht, rechnet das Baugewerbe unter die Tätigkeiten, die

die öffentliche Sicherheit betreffen und für die deshalb ein Zulassungsverfahren gestattet worden ist. Dies kann aber im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle nach Art 100 GG nicht dazu führen, die fraglichen Bestimmungen der Württ.-Hohenz.Handwerksordnung mit der Beschränkung auf das Baugewerbe und ähnlich gefährdende Handwerke aufrecht zu erhalten; denn die Handwerksordnung knüpft den selbständigen Betrieb aller Handwerkszweige unterschiedslos an den grossen Befähigungsnachweis. Dies erweist sich nach den vorstehenden Darlegungen als verfassungswidrig. Die Beschränkung der allgemein gefassten Bestimmungen der HO auf wirklich gefährdende Handwerke bedürfte einer neuen Rechtssetzung, zu der die Gerichte nicht befugt sind. § 1, § 3 i Verb mit dem 2. Abschn. des 1. Teils der Württ.-Hohenz.Handwerksordnung verletzt hiernach in der vorliegenden Fassung Art 12 GG i Verb mit Art 19 Abs 2 GG.

Weinkauff Heidenhain Birnbach Krüger-Nieland
zugleich für den ortsabwesenden BR Dr. Benkard