

Bayerisches Gesetz- u. Verordnungsblatt

Nr. 12

München, den 28. Mai

1951

Inhalt:

Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes über die Verfassungsmäßigkeit der §§ 1 und 8 der ortspolizeilichen Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 38 zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes gegen verunstaltende Reklame vom 13. April 1951	S. 73
Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 TO.A vom 14. April 1951	S. 79

Entscheidung

des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
über die Verfassungsmäßigkeit der §§ 1 und 8 der ortspolizeilichen
Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 38 zum Schutze des Stadt-,
Straßen- und Landschaftsbildes gegen verunstaltende Reklame

Im Namen des Freistaates Bayern!*

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erläßt in der Sache:

Antrag des Gerichtsassessors L u n g w i t z, Strafrichter beim Amtsgericht Kitzingen, auf Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit der §§ 1 und 8 der ortspolizeilichen Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 38 zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes gegen verunstaltende Reklame

ohne mündliche Verhandlung in der nichtöffentlichen Sitzung vom 13. April 1951, an der teilgenommen haben:

als Vorsitzender:

der Präsident des Verfassungsgerichtshofs, Oberlandesgerichtspräsident Dr. Welsch,
die Beisitzer:

1. Oberverwaltungsgerichtsrat Dollmann, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
2. Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Hufnagl, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
3. Oberstlandesgerichtsrat Kuchtner, Bayer. Oberstes Landesgericht,
4. Senatspräsident Braun, Oberlandesgericht München,
5. Senatspräsident Dr. Wintrich, Oberlandesgericht München,
6. Oberverwaltungsgerichtsrat Keller, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
7. Oberlandesgerichtsrat Dr. Kolb, Oberlandesgericht München,
8. Oberlandesgerichtsrat Dr. Stürmer, Oberlandesgericht München,

folgende

Entscheidung:

Die §§ 1 und 8 der ortspolizeilichen Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 38 zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes gegen verunstaltende Reklame verstoßen nicht gegen die Bayerische Verfassung.

Gründe:

I.

1) Beim Amtsgericht Kitzingen ist unter Cs 965/50 gegen den Gastwirt Konrad Reinhardt, der in

* Die Entscheidung (Vf. 167 - V - 50) wird gem. § 46 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof vom 22. 7. 47 (GVBl. S. 147) veröffentlicht.

Kitzingen die Gaststätte „Altdeutsche Weinstube“ betreibt, ein Strafverfahren anhängig. Er hat im Dezember 1949 in Kitzingen auf einem privaten Gartengrundstück in der Nähe der Bundesstraße 8 ein Schild in der Größe 60×140 cm aufgestellt, das die Aufschrift trägt „Altdeutsche Weinstube, das Haus der Qualität“ und das die auf der Bundesstraße fahrenden Verkehrsteilnehmer auf seine Gaststätte aufmerksam machen soll. Eine Erlaubnis der Ortspolizeibehörde zur Aufstellung des Schildes hat er nicht eingeholt. Auf eine Anzeige der Stadtpolizei Kitzingen erließ das Amtsgericht Kitzingen im Verfahren nach dem Gesetz Nr. 57 (GVBl. 1947

S. 16) gegen ihn einen Strafbefehl wegen Übertretung der §§ 1, 8 der ortspolizeilichen Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 1938; es wurde darin eine Geldstrafe von 25.— DM (ersatzweise 5 Tage Haft) festgesetzt und dem Stadtrat Kitzingen die Befugnis zugesprochen, das Schild auf Kosten des Beschuldigten zu entfernen.

Gegen diesen Strafbefehl legte Reinhardt Einspruch ein. In der Hauptverhandlung vom 31. August 1950 erließ der Einzelrichter des Amtsgerichts Kitzingen, Gerichtsassessor Lungwitz, folgenden Beschluß:

„1) Die Hauptverhandlung wird ausgesetzt.

2) Die Akten sollen dem Verfassungsgerichtshof zugeleitet werden zur Prüfung, ob die ortspolizeiliche Vorschrift der Stadt Kitzingen zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes vom 29. 4. 1938 wegen unzulässiger Einschränkung von Grundrechten nichtig ist.“

2) Zur Begründung führte der Richter in seinem Vorlagebericht (§ 45 Abs. 2 Ges. Nr. 72 — GVBl. 1947 S. 147 —) aus:

Die ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 38 unterwerfe die Anbringung, Aufstellung oder Änderung der von öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen oder Eisenbahnen aus sichtbaren Vorrichtungen für Ankündigungen aller Art einer vorherigen Erlaubnis der Ortspolizeibehörde. Wer also im Stadtgebiet Kitzingen irgendeine derartige Einrichtung anbringen wolle, müsse zunächst eine ortspolizeiliche (gebührenpflichtige) Erlaubnis erwirken. Bringe er eine solche Einrichtung ohne vorher erwirkte Erlaubnis an, so sei er nach der ortspolizeilichen Vorschrift strafbar, ganz gleichgültig, ob die Einrichtung das Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbild verunstalte oder nicht. Die bezeichnete Vorschrift stelle auch nicht fest, unter welchen Bedingungen die Erlaubnis erteilt werden müsse; sie bestimme lediglich, daß sie zu versagen sei, wenn das Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbild verunstaltet werde. — Diese Regelung verstoße gegen die Bayer. Verfassung (= BV), und zwar zunächst gegen Art. 101. Als Gesetz, das das Grundrecht der persönlichen Freiheit i. S. dieses Artikels in zulässiger Weise einschränken könne, sei zwar auch eine ortspolizeiliche Vorschrift zu verstehen, die sich auf eine gesetzliche Ermächtigung gründe und diese Ermächtigung in zulässiger Weise ausfülle. Die erwähnte ortspolizeiliche Vorschrift schränke jedoch die in Art. 101 BV gewährte Freiheit des einzelnen, alles zu tun, was anderen nicht schadet, in unzulässiger Weise ein. Sie überschreite den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung (Art. 22 b Abs. 2 PolStGB). Sie sei kein wirksames Gesetz i. S. des Art. 101. Sie gehe in ihrer Ausgestaltung noch weiter als die vom Bayer. Obersten Landesgericht in der Entscheidung vom 17. Oktober 1911 (ObLG 11, 327) beanstandete Vorschrift. — Verletzt sei ferner der Art. 110 BV. Das Reklameschild äußere die Meinung des Angeklagten, daß er seinen Gästen qualitativ gute Leistungen bieten könne. Ferner verstoße die ortspolizeiliche Vorschrift gegen Art. 151 BV, da zu dem Recht auf wirtschaftliche Freiheit auch das Recht auf wirtschaftliche Werbung gehöre. — Die Vorschrift werde deshalb in der jetzigen Ausgestaltung für verfassungswidrig gehalten. Es sei demnach die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs anzurufen, dessen Zuständigkeit gegeben sei, da es sich um ein Gesetz im materiellen Sinne handele (Art. 92, 65 BV).

3) Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat den Bericht des Gerichtsassessors Lungwitz und die Strafakten gemäß § 45 Abs. 3 Ges. Nr. 72 dem Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs zugeleitet. Gem. § 45 Abs. 4 a. a. O. wurde dem Landtag, dem

Senat und der Staatsregierung Gelegenheit zur Äußerung gegeben.

a) Der Bayer. Landtag vertritt die Auffassung, daß der Bayer. Verfassungsgerichtshof zur Entscheidung nicht zuständig sei. Die Rechtsordnung bestehe nicht aus lauter gleichrangigen Normen, es gebe in ihr eine Normenhierarchie. Die Verfassungsrechtssätze nähmen in ihr den höchsten Rang ein und verträgen keine nachgeordneten widersprechenden Gesetzesbefehle. Die auf Grund der Verfassung erlassenen sog. einfachen Gesetze duldeten ihrerseits keinen Widerspruch seitens Rechtsregeln niedrigeren Ranges. Die — in den verschiedenen Rechtsordnungen auch verschiedenen beantwortete — Frage, wem die Entscheidung im Fall einer Normenkollision zustehe, sei von dem bayer. Verfassungsgesetzgeber 1946 dahin gelöst worden, daß der Verfassungsgerichtshof zu entscheiden habe, ob die Gesetze mit der Verfassung im Einklang stehen. Die Gründe für diese Regelung seien aus den Stenogr. Berichten über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses (Bd. I S. 68 ff.) zu entnehmen. Aus ihnen ergebe sich auch, daß die Normenkontrolle i. S. des Art. 92 BV sich nicht auf alle Rechtsnormen, sondern nur auf solche beziehe, die formalen Gesetzesrang hätten. Die Entscheidung darüber, ob die ortspolizeiliche Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 38 angesichts späterer höherrangiger Normen noch vollziehbar sei, könne (incidenter) das Amtsgericht Kitzingen selbst treffen (Art. 15 PolStGB). Im übrigen erschließe § 25 des Ges. Nr. 39 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit die Möglichkeit, eine tenorale Entscheidung herbeizuführen über einen Antrag auf Feststellung der Gültigkeit einer im Rang unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift. Die Anrufung des Verfassungsgerichtshofs sei dagegen unzulässig. Ein Eingehen auf die aufgeworfenen materiell-rechtlichen Fragen erübrige sich demnach. Es werde beantragt, den vom Strafrichter des Amtsgerichts Kitzingen gestellten Antrag zurückzuweisen.

b) Der Bayer. Senat hat in seiner Stellungnahme die Frage, ob auch eine ortspolizeiliche Vorschrift ein Gesetz i. S. der Art. 65 und 92 BV sei, offen gelassen. Die bezeichnete Vorschrift könne jedenfalls nicht als verfassungswidrig bezeichnet werden. Wenn sie demjenigen, der in der Öffentlichkeit Reklameschilder und dergleichen aufstellen wolle, aufgabe, sich die Erlaubnis der Ortspolizeibehörde zu erholen, damit diese prüfen könne, ob durch das Vorhaben nicht das Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbild gestört oder verunstaltet werde, so sei damit die Handlungsfreiheit i. S. des Art. 101 BV nicht verletzt; denn diese gelte nur innerhalb der Schranken der Gesetze. Gesetz in diesem Sinne sei aber auch eine ortspolizeiliche Vorschrift. Es könne auch keinerlei Bedenken begegnen, wenn derjenige, der eine Vorrichtung anbringe, ohne überhaupt um die ortspolizeiliche Erlaubnis nachzusuchen, mit Strafe bedroht werde. Auch Art. 110 BV sei nicht verletzt, da es sich bei der Anbringung eines Reklameschildes nicht um die Äußerung einer „Meinung“ i. S. des Artikels 110 handele, diese Bestimmung vielmehr nur Stellungnahmen grundsätzlicher Art schützen wolle. — Die wirtschaftliche Freiheit finde nach Art. 151 BV ihre Grenze in den Forderungen des Gemeinwohls. Dieses werde aber durch die Verunstaltung des Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbildes geschädigt (z. vgl. Art. 141 Abs. 2 BV).

c) Die Bayerische Staatsregierung ist — ebenso wie der Landtag — der Ansicht, daß die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs zur Entscheidung über den Antrag nicht gegeben sei. Unter „Gesetzen“ i. S. der Art. 65 und 92 BV sowie des § 45 Ges. Nr. 72 seien nur Gesetze im formellen Sinne zu verstehen. Für diese Auslegung spreche

neben dem Wortlaut der Bestimmungen auch der Umstand, daß jede Entscheidung auf Grund des Art. 65 BV im Gesetz- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen sei; denn ein Bedürfnis, Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit ortspolizeilicher Vorschriften oder ähnlicher Rechtsvorschriften mit örtlich begrenztem Geltungsbereich im Gesetz- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen, bestehe nicht. Die Einbeziehung von Gesetzen im materiellen Sinne in die Normenkontrolle des Verfassungsgerichtshofs werde außerdem zu einer uferlosen Ausweitung der Zuständigkeit desselben und zu einer Überlastung führen. Die Gültigkeit einer im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschrift könne nach § 25 VGG der Verwaltungsgerichtshof nachprüfen, und zwar könne einen dahingehenden Antrag jede Behörde, auch ein Gericht, stellen. Es werde aber auch dem Strafrichter selbst ein Recht zur Prüfung der Gültigkeit derartiger Vorschriften einzuräumen sein. Art. 92 BV habe dem Richter dieses Recht nur hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen im formellen Sinn entziehen wollen. — Die Bedenken gegen die Gültigkeit der ortspolizeilichen Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 1938 seien aber auch sachlich nicht begründet. Das durch diese Vorschrift eingeführte Genehmigungsverfahren bedeute nicht, daß die Errichtung von Reklamevorrichtungen von dem Belieben der Verwaltungsbehörden abhängig gemacht werde. Das Verfahren bezwecke nur, daß vor der Errichtung geprüft werde, ob die geplante Vorrichtung verunstaltend wirke, ein Weg, den auch die Bayer.BauO. beschreibe. Die durch Art. 22 b erteilte Ermächtigung werde durch diese Regelung nicht überschritten. Die Freiheit des Handelns i. S. des Art. 101 BV bestehe nur innerhalb der Schranken der Gesetze. Auch Rechtsvorschriften, die keine formellen Gesetze, aber auf Grund von Gesetzen erlassen seien, müßten zu den „Schranken der Gesetze“ gerechnet werden. Die ordnungsgemäß erlassene ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 1938 stelle keine Anforderungen, die nicht erforderlich seien, um das Orts- und Landschaftsbild vor Verunstaltungen zu schützen. Denn nur durch die Einführung der Genehmigungspflicht werde gewährleistet, daß die Reklame nach einer Gesamtschau ausgerichtet werde und auch nicht vorübergehende Verunzierungen des Stadt- und Landschaftsbildes aufträten. Daß die Genehmigung nur versagt werden könne, wenn die beabsichtigte oder die bereits angebrachte Reklame das Ortsbild verunstalte, sei schon aus der Überschrift, ferner aus §§ 3, 5 Z. 1 und insbesondere § 6 ersichtlich. Unzutreffend sei auch die Auffassung des Antragstellers, daß die ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 1938 die Art. 110 und 151 BV verletze, denn sie halte sich im Rahmen des Art. 22 b PolStGB, und daß dieser gegen die Verfassung verstoße, behaupte der Antragsteller selbst nicht. Der Antrag sei daher nach Auffassung der Staatsregierung weder zulässig noch begründet.

Sämtliche Beteiligte haben auf mündliche Verhandlung verzichtet.

II.

1) Nach Art. 65 BV entscheidet der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungsmäßigkeit von „Gesetzen“. Art. 92 BV bestimmt, daß der Richter die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeizuführen hat, wenn er ein „Gesetz“ für verfassungswidrig hält (übereinstimmend § 45 Abs. 1 und § 2 Ziff. 5 des Gesetzes Nr. 72 über den Verfassungsgerichtshof). Der Richter kann also die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs nur dann herbeiführen, wenn die zu überprüfende Norm ein Gesetz i. S. der obigen Bestimmungen darstellt. Die Frage, ob diese Voraussetzung bei der ortspolizeilichen Vor-

schrift vom 29. 4. 1938 zutrifft, ist demnach vorweg zu prüfen.

Der Begriff „Gesetz“ ist bereits im deutschen konstitutionellen Staatsrecht und in der Weimarer Verfassung in verschiedenem Sinne verwendet worden, und zwar teilweise im formellen Sinne (Gesetz gleich an bestimmte Form gebundener Akt der Legislative), teilweise im materiellen Sinne (Gesetz gleich Rechtssatz) (vgl. Anschütz, Vorbemerkung vor Art. 68 RV und die dort gegebenen Beispiele, im übrigen auch für das bürgerliche Recht die Auslegungsregeln Art. 2 EGBGB, § 7 EGStPO, § 12 EGZPO). Auch in der Bayer. Verfassungsurkunde von 1919 findet sich der Doppelbegriff „Gesetz“ (z. B. im materiellen Sinne in den §§ 12, 15, 72, im formellen Sinne in den §§ 62, 75, 80). Die gleiche Feststellung ist für die Bayer. Verfassung vom 2. Dezember 1946 zu treffen; sie verwendet den Ausdruck Gesetz im materiellen Sinne beispielsweise in den Art. 85, 118, 159, im formellen Sinne in den Art. 70 ff. Aus der Tatsache, daß die Bayer. Verfassung in den hier in Frage stehenden Art. 65 und 92 nur von „Gesetzen“ spricht, kann also nicht geschlossen werden, daß nur Gesetze im formellen Sinne vom Richter der Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof zugeführt werden können. Auch der Umstand, daß in diesen Artikeln nur von „Gesetzen“, dagegen in Art. 98 Satz 4 BV (Popularklage) von „Gesetzen und Verordnungen“ gesprochen wird, läßt keinen Schluß zu, denn der Ausdruck Verordnungen kann sich sehr wohl nur auf Art. 98 Satz 3 (Suspension von Grundrechten im Fall des Art. 48 BV) beziehen (s. Nawiasky-Leußer, Verfassung des Freistaates Bayern, S. 59 und S. 131). Ebenso läßt sich § 54 Abs. 2 und 4 Ges.Nr. 72 („Gesetze und Verordnungen“) für die Auslegung der Art. 65, 92 BV nicht ohne weiteres heranziehen. Auch die Stenogr.Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung, auf die der Bayer. Landtag sich in seiner Äußerung bezieht (Bd. I S. 68 ff.), lassen nicht erkennen, daß die Normenkontrolle nach Art. 92 BV hinsichtlich solcher Rechtsvorschriften ausgeschlossen werden sollte, die nicht formalen Gesetzesrang haben. Diese Frage stand nicht zur Erörterung. Es ist deshalb Aufgabe des Verfassungsgerichtshofs, im Einzelfall festzustellen, ob die Bayer. Verfassung in ihren Bestimmungen lediglich Gesetze im formellen Sinne im Auge hat oder ob auch andere Rechtsnormen einbezogen sind.

2) Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat sich mit dieser Frage wiederholt hinsichtlich der Popularklage (Art. 98 Satz 4 BV) beschäftigt und — zuletzt in der Entscheidung vom 26. Januar 1951 — Vf. 135—VII—49 — festgestellt, daß Rechtsverordnungen unter den Begriff des Gesetzes i. S. des Art. 98 BV, § 54 Abs. 1 Satz 1 Ges.Nr. 72 fallen. An dieser Rechtsprechung wird festgehalten. Das gleiche muß auch für die Richterklage des Art. 92 BV gelten. Wenn die Bayerische Verfassung Einschränkungen von Rechten, die unmittelbar in der Verfassung begründet sind, insbesondere von Grundrechten, durch Gesetze im materiellen Sinne zuläßt (wie z. B. in den Art. 159 und 101), so müssen diese einschränkenden Bestimmungen auch der Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof zugeführt werden können, gleichgültig, ob es sich um formelle Gesetze oder lediglich um Rechtsverordnungen handelt, u. zw. sowohl im Wege der Popularklage wie im Wege der Richterklage. Maßgebend muß dabei ganz allgemein, also auch für Rechtsverordnungen, der Gedanke sein, daß nicht jeder einzelne Richter befugt sein darf, die Verfassungswidrigkeit der Norm festzustellen, diese Feststellung vielmehr einheitlich einer obersten Stelle, nämlich dem Verfassungsgerichtshof als Hüter der Verfassung vorbehalten bleiben muß.

§ 46 VfGHG ordnet die Veröffentlichung aller Entscheidungen nach Art. 92 BV im Gesetz- und Verordnungsblatt an. Daraus leitet die Staatsregierung

ab, daß Art. 92 BV sich nicht auf Rechtsvorschriften beziehen könne, die einen örtlich begrenzten Geltungsbereich haben; für solche Vorschriften bestehe kein Bedürfnis zur Veröffentlichung im Gesetz- und Verordnungsblatt. Dieser Grund kann jedoch nicht durchgreifen. Denn wenn auch — wie hier — die einzelne ortspolizeiliche Vorschrift nur einen solchen begrenzten Geltungsbereich hat, so wiederholen sich derartige Vorschriften doch regelmäßig in zahlreichen Gemeinden, und es ist von allgemeinem Interesse, zu erkennen, inwieweit bestimmte ortspolizeiliche Vorschriften mit der Verfassung im Einklang stehen. Zu bedenken ist auch, daß die Gefahr eines Verstoßes gegen die Verfassung bei Rechtsverordnungen, die von nachgeordneten Instanzen auf Grund einer weitergeltenden gesetzlichen Ermächtigung erlassen werden, immerhin größer ist als bei formellen Gesetzen. Der Gesichtspunkt, daß die Einbeziehung von Rechtsverordnungen in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs zu einer uferlosen Ausweitung seiner Zuständigkeit und zu seiner Überlastung führen werde, kann nicht entscheidend sein. Auch aus § 25 VGG und Art. 15 PolStGB können Schlüsse zugunsten der gegenteiligen, vom Landtag und der Staatsregierung vertretenen Ansicht nicht gezogen werden. Der Verwaltungsgerichtshof und der Strafrichter sind im Rahmen dieser Vorschriften befugt, über die „Gültigkeit“ von Rechtsverordnungen zu entscheiden. Bei der Auslegung dieser Vorschriften ist aber zu beachten, daß sie bereits vor der Verfassung erlassen sind. Sie müssen daher mit ihr in Einklang gebracht werden. Dies kann nur in der Weise geschehen, daß auf den Maßstab abgestellt wird, an dem die Norm zu messen ist. Ist dieser Maßstab unmittelbar die Verfassung selbst und kommt der Richter, der die Norm in einem bei ihm anhängigen Verfahren anzuwenden hat, zu der Überzeugung, daß sie verfassungswidrig ist, hat er nach Art. 92 BV zu verfahren. Ist dagegen der Maßstab, an dem die Gültigkeit der Norm zunächst zu messen ist, nicht unmittelbar die Verfassung selbst, sondern eine unter ihr stehende Norm (vgl. Art. 10 PolStGB), so hat er in eigener Zuständigkeit zu entscheiden, also z. B. über ordnungsgemäße Verkündung, Einhaltung der Grenzen einer Blankettvorschrift usw. Dabei hat außer Betracht zu bleiben, daß die Verletzung der Vorschrift, in der die anzuwendende Norm ihre unmittelbare Grundlage hat (z. B. ein Gesetz), unter Umständen zugleich eine mittelbare Verletzung eines Verfassungsgrundsatzes darstellen kann.

3) Die ortspolizeiliche Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 1938 zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes gegen verunstaltende Reklame ist eine Rechtsverordnung. Sie richtet sich an alle, die im Gemeindebereich Reklamevorrichtungen anbringen wollen, schafft bindende Rechtssätze und beruht auf dem allgemeinen Gewaltverhältnis zwischen Staat und Rechtsunterworfenen, nicht auf einem besonderen Gewaltverhältnis (Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. S. 73 ff., vgl. a. Anschütz-Thoma, Handbuch des D. Staatsrechts, 1932, Bd. 2 S. 252). Da der Strafrichter des Amtsgerichts Kitzingen diese Rechtsverordnung für verfassungswidrig hält, kann er gem. Art. 92 BV, § 45 Abs. 1 Ges.Nr. 72 die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeiführen. Der Antrag ist zulässig.

4) Die Begründung, die der Richter in seinem Vorlagebericht gegeben hat, beweist, daß er nicht alle Paragraphen der ortspolizeilichen Vorschrift vom 29. 4. 1938 in Zweifel ziehen will, sondern nur diejenigen, die im Strafverfahren Cs 965/50 zur Anwendung kommen sollen. Er ist auch nur insoweit zur Herbeiführung der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs befugt (s. § 45 Abs. 1 Ges.Nr. 72 „für die Entscheidung eines bei ihm anhängigen Verfahrens einschlägig“). Es handelt sich um die §§ 1 und 8. Dieser Teil der ortspolizeilichen Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

Bekanntmachung

Betreff: Ortspolizeiliche Vorschrift der Stadt Kitzingen zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes gegen verunstaltende Reklame.

Der Bürgermeister der Stadt Kitzingen erläßt nach Anhörung der Ratsherren auf Grund Art. 2 Ziffer 6 und Art. 22 b Polizeistrafgesetzbuches sowie § 366 Ziffer 10 des Reichsstrafgesetzbuches folgende mit Entschliefung der Regierung von Mainfranken in Würzburg vom 11. 4. 1938 Nr. 912 a 1 für vollziehbar erklärte

Ortspolizeiliche Vorschrift zum Schutze des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes:

§ 1

1. Von öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen oder Eisenbahnen aus sichtbare Vorrichtungen für Ankündigungen aller Art, wie Reklame- und Firmenschilder, Aufschriften, Bemalungen, Bilder, Tafeln, Ständer, Fahnen, Laternen, Beleuchtungen, Automaten, Schau-, Auslage- oder Aushängekästen, Plakate, Werbeaufschriften, Schriftbänder u. dgl. dürfen nur mit vorheriger Erlaubnis der Ortspolizeibehörde angebracht, aufgestellt oder geändert werden.

2. Die Erlaubnis kann an Bedingungen geknüpft, oder unter Auflagen erteilt werden; sie wird versagt, wenn durch die Art der Ankündigung das Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbild gestört oder verunstaltet wird. Als Verunstaltung des Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbildes gilt auch jede Häufung gleichartiger oder verschiedener Ankündigungen.

§ 2 (Gelegenheitsreklame)

§ 3 (Widerruf der Erlaubnis)

§ 4 (Vorlage einer zeichnerischen Darstellung)

§ 5 (Übergangsbestimmung)

§ 6 (Zuständigkeitsvorschrift)

§ 7 (Inkrafttreten)

§ 8 Zuwiderhandlungen gegen diese ortspolizeiliche Vorschrift werden an Geld bis zu 150.— Reichsmark oder mit Haft bestraft.

5) Rechtsgrundlage der ortspolizeilichen Vorschrift vom 29. 4. 1938 ist Art. 22 b Abs. 2 PolStGB. Nach dieser Bestimmung ist derjenige zu bestrafen, der den ortspolizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, die zum Schutze von Orts- und Landschaftsbildern gegen verunstaltende Reklame erlassen worden sind. Daß Art. 22 b Abs. II selbst verfassungswidrig und nichtig sei (mit der Folge einer Nichtigkeit der auf ihm beruhenden ortspolizeilichen Vorschrift), ist von keiner Seite geltend gemacht worden. Es bestehen auch insoweit keine Bedenken, zumal Art. 141 BV die Erhaltung kennzeichnender Orts- und Landschaftsbilder ausdrücklich fordert. Die in Art. 22 b vorgesehene Ermächtigung ist auch hinreichend bestimmt; ihr Inhalt, Zweck und Ausmaß (vgl. Art. 80 Abs. 1 GG) sind durch die Worte „Schutz von Orts- und Landschaftsbildern gegen verunstaltende Reklame“ genügend umrissen.

6) Die Verfassungsmäßigkeit der ortspolizeilichen Vorschrift vom 29. 4. 1938 selbst wird in erster Linie unter Hinweis auf Art. 101 BV (in Kraft geblieben gem. Art. 142 und 2 Abs. I GG) in Zweifel gezogen. Der Strafrichter macht hier geltend, daß die ortspolizeiliche Vorschrift sich nicht im Rahmen der ermächtigenden Gesetzesbestimmung halte, die erteilte Ermächtigung vielmehr überschreite. In dieser Richtung, d. h. im Verhältnis zur ermächtigenden Norm, hat jedoch der Verfassungsgerichtshof die ortspolizeiliche Vorschrift nicht zu prüfen, denn insoweit geht es um die Gesetzmäßigkeit der Vorschrift (s. oben II, 2), über die der Strafrichter (incidenter) selbst zu entscheiden hat, nicht um die dem Verfassungsgerichtshof vorbehaltene Prüfung der Ver-

fassungsmäßigkeit. Der Strafrichter macht aber weiter geltend: Die ortspolizeiliche Vorschrift verbiete dadurch, daß sie die Reklame von vorgängiger Erlaubnis abhängig mache, überhaupt jedermann die Anbringung von Reklamevorrichtungen, auch wenn diese nicht verunstaltender Art seien, sie gewähre überdies in diesem Fall nicht einmal einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Dadurch werde die dem einzelnen in Art. 101 BV gewährte Handlungsfreiheit unmittelbar verletzt. Insoweit handelt es sich also um die Frage, ob sich die ortspolizeiliche Vorschrift im Rahmen des Art. 101 BV hält, ob sie in diesem Rahmen zulässige Mittel wählt, und insoweit hat der Verfassungsgerichtshof die ortspolizeiliche Vorschrift einer Überprüfung zu unterziehen.

Das Hauptbedenken des Strafrichters richtet sich gegen die Vorschrift des § 1 Abs. I, nach der jede Reklamevorrichtung der ortspolizeilichen Genehmigung bedarf, ganz gleichgültig, ob dadurch das Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbild verunstaltet wird oder nicht. Es ist richtig, daß auch ein anderer Weg denkbar wäre, nämlich der, daß die beliebige Anbringung von Reklamevorrichtungen zunächst geduldet und von der Polizei erst eingeschritten wird, wenn sich ergibt, daß eine Verunstaltung vorliegt. Das Gesetz kann aber in solchen Fällen auch anders vorgehen und die Vornahme bestimmen; an sich freier Handlungen von einer vorherigen Prüfung und Genehmigung durch die Behörde abhängig machen (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 3. Aufl. Bd. I § 22, Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 1928, § 25, S. 405 f mit weiteren Nachweisen). Eine solche Erlaubnispflicht kann nicht nur durch formelles Gesetz, sondern auch durch Polizeiverordnung begründet werden. Die ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 1938 beschreitet diesen Weg. Es fragt sich, ob er mit dem Grundsatz der Handlungsfreiheit des Art. 101 BV vereinbar ist. Die Handlungsfreiheit, die Art. 101 BV gewährt, ist nicht unbeschränkt; der einzelne hat seine Tätigkeit dem Wohl der Gesamtheit einzuordnen (Art. 117 BV). Aus der Freiheitsverbürgung des Art. 101 BV kann deshalb für das Gebiet des Polizeiverordnungsrechts nur die Folgerung abgeleitet werden: Kann der im Ermächtigungsgesetz festgelegte polizeiliche Zweck durch mehrere, sämtliche den gesetzlichen Gültigkeitsbedingungen entsprechende Mittel in gleich wirksamer Weise erreicht werden, so ist jenes Mittel zu wählen, das den geringeren Eingriff in die Freiheitssphäre bedeutet.

Im vorliegenden Fall bietet gerade die Praeventivkontrolle einen besonders wirksamen Schutz gegen verunstaltende Reklame; sie beeinträchtigt die Handlungsfreiheit des einzelnen nicht über das vertretbare Maß hinaus. Wenn nämlich zunächst abgewartet wird, welche Reklamevorrichtungen der Werbende nach seinem Belieben anbringt, und dann erst, sofern eine Verunstaltung vorliegt, von der Polizeibehörde eingeschritten wird, so ist immerhin der verunstaltende Zustand zunächst vorhanden. Fügt sich der Betroffene einem polizeilichen Beseitigungsverlangen nicht, so wird es, wenn nicht die Voraussetzung des Art. 105 Abs. II PolStGB gegeben ist („Gefahr auf dem Verzuge“), geraume Zeit dauern, bis nach Durchführung eines strafgerichtlichen Verfahrens die Entfernung der Vorrichtung erzwungen werden kann (Art. 105 Abs. I mit 22 b Abs. III PolStGB, vgl. Wegner in Bayer. Gem. u. Verw. Ztg. 1930 Sp. 130 ff., ferner InnMBek. v. 11. 7. 11 [InnMBL. S. 463]). Es liegt deshalb durchaus im Rahmen eines rechtzeitigen und wirksamen Schutzes des Orts- und Landschaftsbildes, wenn die ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 38 für die Anbringung jeder Reklamevorrichtung die vorherige Genehmigung durch die Ortspolizeibehörde vorschreibt. Die Bayer. Staatsregierung hat mit Recht darauf hingewiesen, daß hier der gleiche Weg eingeschlagen werde wie in der Bayer. Bauordnung (vgl. a. § 367

Ziff. 15 und § 368 Ziff. 3 StGB). Nur wenn der durch § 22 b PolStGB erstrebte Zweck in gleich wirksamer Weise auch auf dem oben geschilderten ersten Weg erreichbar wäre, wäre Art. 101 BV verletzt.

Auch die Fassung des § 1 Abs. I der ortspolizeilichen Vorschrift begegnet in diesem Zusammenhang keinen Bedenken. Sie erfaßt „Vorrichtungen für Ankündigungen aller Art“, die dann erläuternd angeführt werden als „Reklame- und Firmenschilder, Aufschriften, Bemalungen, Bilder, Tafeln, Ständer, Fahnen, Laternen, Beleuchtungen, Automaten, Schau-, Auslage- oder Aushängkästen, Plakate, Werbeaufschriften, Schriftbänder und dgl.“. Daß es sich bei allen diesen Vorrichtungen um solche handeln muß, die zum Zweck der Reklame angebracht werden sollen, ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 1 Abs. I selbst, wohl aber mit genügender Deutlichkeit aus dem Betreff „Ortspolizeiliche Vorschrift ... zum Schutz ... gegen verunstaltende Reklame“, auch § 1 Abs. II und § 2, der ausspricht, daß „auch“ Gelegenheitsreklame betroffen wird, weisen darauf hin. Die Vorschrift stellt die Erteilung auch nicht etwa in das Belieben der Ortspolizeibehörde; wenn § 1 Abs. II sagt, daß die Genehmigung zu versagen sei, wenn „durch die Art der Ankündigung das Stadt-, Straßen- oder Landschaftsbild gestört oder verunstaltet werde“, so ergibt sich daraus, daß dies der einzige Versagungsgrund ist, die Genehmigung also erteilt werden muß, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist. In den Fällen, in denen die Ortspolizeibehörde befugt ist, die Genehmigung ganz zu versagen, kann sie auch eine an zweckdienliche Bedingungen oder Auflagen geknüpfte Erlaubnis erteilen (arg. a maiore ad minus). — § 8 der Vorschrift endlich wiederholt lediglich die in Art. 22 b festgelegte Strafdrohung. —

Der Strafrichter beruft sich für seine gegenteilige Ansicht noch auf die Entscheidung des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 17. Okt. 1911 (OBLG.Str. 11 S. 327). Zu Unrecht. Der damals entschiedene Fall war anders gelagert, und zwar handelte es sich um einen Verstoß gegen eine polizeiliche Einzelanordnung (auf Beseitigung eines Reklameschildes). Das Oberste Landesgericht hat mit Recht hervorgehoben, daß der die Anordnung nicht Befolgende erst dann bestraft werden könne, wenn er die Möglichkeit gehabt habe, diese Einzelanordnung im Verwaltungsweg nachprüfen zu lassen; die Gültigkeit der ortspolizeilichen Vorschrift, auf deren Grundlage die Anordnung erging, wurde nicht in Zweifel gezogen (S. 334 a. a. O.). In dem jetzt zur Entscheidung stehenden Fall handelt es sich nicht um die Nichtbefolgung einer polizeilichen Einzelanordnung, sondern um einen unmittelbaren Verstoß gegen ein Gesetz im materiellen Sinne, der Strafbarkeit auslöst, ohne daß es dabei irgendeiner behördlichen Einzelmaßnahme bedarf. Beide Fälle lassen sich nicht vergleichen. Im übrigen wird es stets Sache des Strafrichters sein, im Einzelfall zu prüfen, ob einem Angeklagten noch Gelegenheit gegeben werden mußte, eine behördliche Anordnung, deren Nichtbefolgung ihm zur Last gelegt wird, in dem dafür vorgesehenen Instanzenzug anzufechten. Der Verfassungsgerichtshof hat nur generell die polizeiliche Vorschrift auf die Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

7. Es ergibt sich demnach, daß die ortspolizeiliche Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 38 nicht gegen Art. 101 BV verstößt. Ebensovienig wird der vom Strafrichter herangezogene Art. 110 BV (in Kraft geblieben gem. Art. 142 und 5 Abs. I GG) verletzt. Diese Verfassungsbestimmung gibt jedem Bewohner Bayerns das Recht, seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. Eine „Meinung“ i. S. dieser Bestimmung enthält nicht jede beliebige Äußerung. Mitteilungen, die in keiner Weise überzeugende, belehrende oder sonst richtunggebende geistige Wir-

kungen auf die Umwelt haben sollen oder können, sind keine Meinungsäußerungen i. S. des Art. 110, denn diese Bestimmung will — ebenso wie früher Art. 118 der Weimarer Verfassung — das Geistesleben und die dazu erforderliche Verbreitung von Gedankengut schützen (so Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, S. 655, noch enger: Rothenbücher in Heft 4, S. 15 ff., 42 der Veröff. der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, der eine „grundsätzliche Stellungnahme irgendwelcher Art“ verlangt, weiter: Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten, 2. Bd., S. 15 f). Ein Schild mit der Aufschrift „Altdeutsche Weinstube, das Haus der Qualität“ kann entgegen der Ansicht des Strafrichters keinesfalls als Meinungsäußerung i. S. des Art. 110 BV gewertet werden. Der Verfassungsgerichtshof hat aber in dem hier vorliegenden Verfahren nicht den Einzelfall zu beurteilen, sondern generell darüber zu entscheiden, ob § 1 der ortspolizeilichen Vorschrift geeignet ist, das Recht der freien Meinungsäußerung zu beeinträchtigen. Es kann aber nicht allgemein gesagt werden, daß alle Reklamevorrichtungen, die unter diese Bestimmung fallen, einer geistigen Wirkung im obigen Sinne entbehren. Es lassen sich immerhin Ausnahmefälle denken, etwa im Rahmen einer zugleich belehrenden Werbung für Werke einer neuen Kunstrichtung. Die Auslegung des Begriffs „Meinung“ führt demnach noch nicht zu dem Ergebnis der allgemeinen Vereinbarkeit der ortspolizeilichen Vorschrift mit Art. 110 BV. Der Bayer. Verfassungsgerichtshof hat jedoch bereits in seiner Entscheidung vom 10. März 1951, Vf. 192, 199—VII—49, Vf. 42, 60, 122—VII—50 ausgeführt, daß — wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 110 BV ergebe — die Freiheit der Meinungsäußerung nur „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze“ gewährleistet werden sollte (Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayer. Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd. I S. 211, 212, Bd. II S. 309 bis 311). Art. 110 BV brachte in seiner ursprünglichen Fassung wörtlich das zum Ausdruck, was Art. 118 Abs. I Weimarer Verfassung bestimmt hatte, sein Sinngehalt war also der gleiche. Daran ändert auch die vom Redaktionsausschuß vorgenommene Streichung der Worte „innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze“ nichts. Sämtliche ursprünglich bei den einzelnen Grundrechten eingefügten Gesetzesvorbehalte sind von der Redaktionskommission gestrichen und durch den auf Anregung der Militärregierung neugeschaffenen Art. 98 BV ersetzt worden (Stenogr. Ber. Bd. III S. 748). Das Recht der freien Meinungsäußerung kann demnach durch all-

gemeine Gesetze, d. s. solche, die nicht Sonderrecht gegen eine bestimmte Meinung schaffen (Rothenbücher a. a. O. S. 18 ff., Anschütz Anm. 3 zu Art. 118 RV), eingeschränkt werden. Hierzu gehören auch Rechtsverordnungen, die von den Ortspolizeibehörden im Rahmen des Art. 22 b Abs. II PolStGB erlassen wurden. Strafrechtliche Schranken, soweit sie sich nicht gegen Meinungen bestimmter Art richten, sind von jeher als selbstverständlich und darum mit der Grundidee der die Meinungsfreiheit verbürgenden Verfassungsbestimmung im Einklang stehend angesehen worden (Nawiasky-Leußner, Anm. zu Art. 110 BV). Die ortspolizeiliche Vorschrift der Stadt Kitzingen vom 29. 4. 1938 verstößt deshalb nicht gegen Art. 110 BV.

8. Der Strafrichter des Amtsgerichts Kitzingen ist endlich der Auffassung, daß die ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 1938 gegen Art. 151 BV verstoße, da zu dem Recht auf wirtschaftliche Freiheit naturgemäß auch das Recht auf wirtschaftliche Werbung gehöre und insbesondere nicht einzusehen sei, wie etwa eine durch § 1 der ortspolizeilichen Vorschrift erfaßte Reklamevorrichtung, die nicht das Ortsbild verunstalte oder störe, die allein maßgebenden Schranken — Rücksicht auf den Nächsten und sittliche Forderungen des Gemeinwohls — überschreiten könne. Hierzu ist zu bemerken: Art. 151 Abs. II Satz 2 BV erkennt die Freiheit der selbständigen Betätigung des einzelnen in der Wirtschaft „grundsätzlich“ an. Die Vorschrift enthält, wie schon in der obenerwähnten Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 10. März 1951 festgestellt wurde, keinen unmittelbar verbindlichen Rechtssatz. Die wirtschaftliche Betätigung jedes Staatsbürgers hat sich im übrigen im Rahmen der Gesetze (im materiellen Sinne) zu halten. Daß alle beabsichtigten Reklamevorrichtungen, gleichgültig ob sie verunstaltend wirken oder nicht, einer vorherigen Kontrolle durch die Behörde und der Erlaubnispflicht unterworfen werden, kann, wie oben unter II, 6 ausgeführt wurde, im Interesse eines rechtzeitigen und wirksamen Schutzes des Stadt-, Straßen- und Landschaftsbildes verlangt werden. Art. 151 BV steht einer solchen Regelung nicht entgegen.

Daß die ortspolizeiliche Vorschrift vom 29. 4. 1938 aus sonstigen Gründen verfassungswidrig sei, ist nicht geltend gemacht worden und nicht ersichtlich. Sie ist deshalb in ihren hier allein zu prüfenden §§ 1 und 8 gemäß Art. 186 BV in Kraft geblieben. Es war somit zu entscheiden, wie geschehen.

Das Verfahren ist gem. § 23 Abs. I Ges. Nr. 72 kostenfrei.

gez.: Dr. Welsch

gez.: Kuchtner

gez.: Keller

gez.: Dollmann

gez.: Braun

gez.: Dr. Kolb

gez.: Dr. Hufnagl

gez.: Dr. Wintrich

gez.: Dr. Stürmer

Entscheidung

des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 TO.A

Im Namen des Freistaates Bayern!*

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erläßt in der Sache:

Antrag des Arbeitsgerichts München

auf Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 17 TO.A

ohne mündliche Verhandlung, in der nichtöffentlichen Sitzung vom 14. April 1951, an der teilgenommen haben:

als Vorsitzender:

der Präsident des Verfassungsgerichtshofs, Oberlandesgerichtspräsident Dr. Welsch,

die Beisitzer:

1. Oberverwaltungsgerichtsrat Dollmann, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
2. Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Hufnagl, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
3. Oberstlandesgerichtsrat Kuchtner, Bayer. Oberstes Landesgericht,
4. Senatspräsident Braun, Oberlandesgericht München,
5. Senatspräsident Dr. Wintrich, Oberlandesgericht München,
6. Oberverwaltungsgerichtsrat Keller, Bayer. Verwaltungsgerichtshof,
7. Oberlandesgerichtsrat Dr. Kolb, Oberlandesgericht München,
8. Oberlandesgerichtsrat Dr. Stürmer, Oberlandesgericht München,

folgende

Entscheidung:

§ 17 der „Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst“ (TO.A) vom 1. April 1938 (RArbBl. 1938 Bd. IV S. 475) wird mit Wirkung vom Inkrafttreten der Bayerischen Verfassung insoweit für nichtig erklärt, als er sich auf unkündbare weibliche Angestellte im Sinne des § 16 Abs. 4 Satz 1 TO.A bezieht. Im übrigen steht § 17 TO.A nicht in Widerspruch mit der Bayerischen Verfassung vom 2. Dezember 1946.

Gründe:

I.

a) Das Dienstverhältnis der Angestellten der Landesversicherungsanstalt Oberbayern, Ida Fleidl, wurde auf Grund einer Weisung des Staatsministeriums für Arbeit und Soziale Fürsorge gekündigt, nachdem festgestellt worden war, daß ihr Ehemann ein monatliches Brutto-Einkommen von 320 DM beziehe. Frau Fleidl erhob hierauf beim Arbeitsgericht München Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung. Das Arbeitsgericht (Arbeitsgerichtsrat Dr. Curschmann, Arbeitsrichter Dr. Traudt und Forster) setzte mit Beschluß vom 12. Juli 1950 das Verfahren aus und beantragte „gemäß Art. 92 der Bayerischen Verfassung und Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland unter Bezugnahme auf § 45 des Gesetzes Nr. 72 über den Verfassungsgerichtshof die Entscheidung des Bayer. Verfassungsgerichtshofs darüber, ob der im zur Entscheidung stehenden Fall vom Gericht als einschlägig angesehene § 17 der Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst vom 1. 4. 1938 (betr. Ausscheiden infolge Verheiratung)

als in Widerspruch zu Art. 118 der Bayerischen Verfassung und zu Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 und 12 des Bonner Grundgesetzes stehend, noch geltendes Recht ist“.

Das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Soziale Fürsorge leitete mit Schriftsatz vom 2. August 1950 die Akten und den Beschluß des Arbeitsgerichts München vom 12. Juli 1950 gemäß § 45 Abs. 3 VfGHG dem Verfassungsgerichtshof zu.

b) Zur Begründung des Antrags führte das Arbeitsgericht aus: Die TO.A sei eine aus der Zeit des nationalsozialistischen Regimes stammende Rechtsverordnung des Reichs, die für Bayern durch Art. 118 BV als hiemit unvereinbar aufgehoben sei. Darüber hinaus stehe sie in Widerspruch zu Art. 2 Abs. 1, 3 Satz 1—3 und 12 des Bonner Grundgesetzes. Art. 3 Abs. 1 GG gebe als Grundrecht die Gleichheit aller Bürger; diese werde durch eine Sonderbehandlung der Angestellten des öffentlichen Dienstes gegenüber allen sonstigen Angestellten verletzt. Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG gewährleisten die Gleichberechtigung der Frau gegenüber dem Mann und untersagten eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Eine Benachteiligung liege auch insofern vor, als durch § 17 TO.A Art. 12 GG verletzt werde, da der Frau in diesen Fällen das Recht auf Beruf und Arbeitsplatz genommen werde. Artikel 117 GG beziehe sich nur auf Art. 3 Abs. 2 GG, im übrigen sei Art. 123 GG einschlägig. Daraus ergebe sich, daß, wenn die Auffassung des Gerichts — Aufhebung des § 17 TO.A durch Art. 118 BV — rechtsirrig wäre, § 17 TO.A vom Zusammentritt des Bundestages an nicht mehr als geltendes Recht anzusehen sei.

c) Der Staatsregierung, dem Landtag und Senat wurde Gelegenheit zur Äußerung gegeben; die

* Die Entscheidung (Vf. 127 — V — 50) wird gem. § 46 des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof vom 22. 7. 47 (GVBl. S. 147) veröffentlicht.

Staatsregierung wurde gebeten, das Staatsministerium für Arbeit und Soziale Fürsorge zu hören.

Die Staatsregierung nahm mit Schriftsatz vom 17. Oktober 1950 wie folgt Stellung:

Die Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (TO.A) sei vom ehemaligen Reichstreuhänder für den öffentlichen Dienst auf Grund des § 18 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. 3. 1934 (RGBl. I 220) erlassen worden. Sie habe allgemein verbindlichen Charakter und sei als Rechtsverordnung zu betrachten. Die Frage, inwieweit § 17 TO.A mit Bestimmungen des Grundgesetzes unvereinbar sei, sei der Nachprüfung durch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof entzogen. Zur Erörterung stehe lediglich, ob und inwieweit diese Vorschrift mit Art. 118 BV in Widerspruch stehe. § 17 TO.A sei vor Inkrafttreten des Grundgesetzes Bestandteil der Bayerischen Rechtsordnung gewesen und sei deshalb zum mindesten damals dem Herrschaftsbereich der Bayerischen Verfassung unterworfen gewesen. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob § 17 TO.A inzwischen Bundesrecht geworden sei.

§ 17 TO.A verfolge keine ausgesprochen nationalsozialistischen Ziele und sei daher durch Art. III des Militärregierungsgesetzes Nr. 1 nicht außer Kraft gesetzt worden. Sein Zweck sei, die Arbeitsmarktlage zugunsten nichtbeschäftigter Arbeitnehmer zu entlasten, seine Verwirklichung widerspreche weder rechtsstaatlichen Grundsätzen noch dem demokratischen Rechtsempfinden.

Artikel 118 Abs. 1 BV verbiete, daß gleichliegende Tatbestände willkürlich, d. h. ohne zureichenden sachlichen Grund und ohne ausreichende Orientierung an der Idee der Gerechtigkeit ungleich behandelt werden. Gemessen an diesem Grundsatz sei § 17 TO.A nicht verfassungswidrig. Er mache zwar zwischen verheirateten und unverheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes einen Unterschied, indem er die verheirateten einer Sonderregelung unterwerfe. Während für die unverheirateten wie für alle Angestellten in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis das Dienstverhältnis normalerweise durch Kündigung beendet werde, schaffe § 17 TO.A für die verheirateten einen zusätzlichen Beendigungsgrund. Ihr Dienstverhältnis könne grundsätzlich auch ohne Einhaltung der tariflichen Kündigungsfrist durch einseitige Erklärung des Behördenleiters beendet werden. Diese Andersstellung sei sachlich begründet. Die Kündigung als Beendigungsmöglichkeit eines Dienstverhältnisses sei ihrem Zweck nach grundsätzlich dazu bestimmt, sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer die Möglichkeit in die Hand zu geben, sich innerhalb der Kündigungsfrist um eine neue Arbeitskraft bzw. um einen neuen Arbeitsplatz umzusehen und so nach Möglichkeit den wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die sich aus einer unbefristeten Beendigung des Dienstverhältnisses vielfach ergeben würden, zu entgehen. Bei einer Ehefrau, deren wirtschaftliche Versorgung im Hinblick auf die Höhe des Familieneinkommens dauernd gesichert erscheine, bestehe diese mit der unbefristeten Beendigung des Dienstverhältnisses drohende Gefahr nicht, ganz abgesehen davon, daß auch nach § 17 TO.A das Dienstverhältnis erst nach Ablauf einer bestimmten Frist ende.

Der Gleichheitssatz des Art. 118 werde auch insoweit nicht verletzt, als es sich um die Gleichbehandlung von Mann und Frau handle. Auch insofern sei für eine andersartige Behandlung der verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes ein sachlicher Grund gegeben. Dem § 17 TO.A liege die naturbedingte Vorstellung zugrunde, daß in erster Linie der Mann der Ernährer der Familie sei, eine Vorstellung, die trotz der Tat-

sache, daß heutzutage die Frau in weit größerem Umfang als früher neben dem Mann im Berufsleben stehe, jetzt und auch in Zukunft infolge des natürlichen Unterschieds der Geschlechter und der Verschiedenartigkeit ihrer hiedurch bedingten Aufgaben innerhalb der Familie ihre Gültigkeit bewahren werde. Der verstärkte Anteil der Frau am Berufsleben sei eine durch Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse bedingte Zeiterscheinung. Die Frau erwerbe ferner mit ihrer Verheiratung gemäß § 1360 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Unterhalt, der sich nach der Lebensstellung, dem Vermögen und der Erwerbsfähigkeit des Mannes richte. Während sonach der Lebensunterhalt der Frau in den Fällen, in welchen der Ehemann ein ausreichendes Einkommen besitze, durch die Verheiratung sichergestellt werde, sei das bei einem Mann nicht im gleichen Umfang der Fall. Dieser erwerbe einen Anspruch auf Unterhalt gegenüber seiner Ehefrau nur insoweit, als er außerstehende sei, sich selbst zu unterhalten.

Die unterschiedliche Behandlung der Frau erscheine auch nicht ungerecht. Es sei eine der vornehmsten Aufgaben des Staates, die Not, die sich aus der Arbeitslosigkeit ergebe, zu bekämpfen. Namentlich heutzutage hätten sich die Schwierigkeiten durch das Hereinströmen der ungeheuren Zahl von Ausgewiesenen und Flüchtlingen bis zu den Grenzen einer nationalen Katastrophe gesteigert. Wenn auch § 17 TO.A nur ein beschränktes Mittel darstelle, dieser Notlage zu steuern, so sei seine Existenzberechtigung durch das Vorhandensein der Not und das Gebot, sie mit allen Mitteln zu bekämpfen, dennoch erwiesen. Es sei ein Gebot der sozialen Gerechtigkeit, durch das Ausscheiden einer verheirateten Frau, deren wirtschaftliche Versorgung gesichert sei, einen Platz für einen Familienvater zu schaffen.

Auch eine Verletzung des Art. 118 Abs. 2 BV sei nicht gegeben, da sich diese Bestimmung lediglich auf die staatsbürgerliche Gleichstellung von Mann und Frau beziehe, während es sich bei § 17 TO.A um eine Bestimmung bürgerlich-rechtlichen Charakters handle.

Auch Art. 166 Abs. 2 BV sei nicht verletzt. Er werde vielmehr durch § 17 TO.A ergänzt, indem letzterer die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit für diejenigen männlichen beschäftigungslosen Arbeitnehmer schaffe, für die durch die Entlassung verheirateter weiblicher Angestellter ein Arbeitsplatz freigemacht werde. Die auskömmliche Existenz der entlassenen Ehefrau im Sinne des Art. 166 Abs. 2 BV sei durch die nach § 17 TO.A vorausgesetzte dauernde wirtschaftliche Versorgung gesichert.

Der Bayerische Landtag beschloß am 17. Oktober 1950 folgende Stellungnahme abzugeben:

I. § 17 VO.A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst vom 1. April 1938 steht nicht im Widerspruch zu Art. 118 BV.

II. Die Entscheidung darüber, ob diese Bestimmungen im Widerspruch zu Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 und 12 des Bonner Grundgesetzes stehen, kommt dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof nicht zu.

Der zum Vertreter des Landtags vor dem Verfassungsgerichtshof bestellte Abgeordnete Dr. Lacherbauer führte mit Schriftsatz vom 17. Oktober 1950 im wesentlichen aus:

Ob § 17 TO.A in Widerspruch zu den Bestimmungen des Bonner Grundgesetzes stehe, habe nicht der Bayerische Verfassungsgerichtshof, sondern ausschließlich der Bundesverfassungsgerichtshof zu prüfen: Art. 100 GG.

§ 17 TO.A — eine reichsrechtlich erlassene Rechtsnorm aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Bayerischen Verfassung — wäre gemäß Art. 186 BV außer Kraft getreten, wenn und soweit ihm die Verfassung

entgegenstände. Dies sei aber nicht der Fall. Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz stehe dem § 17 TO.A nicht entgegen. Der Gesetzgeber mache in § 17 TO.A einen Unterschied zwischen verheirateten und unverheirateten Frauen und zwischen Frauen und Männern und stelle die verheirateten Frauen gegenüber den anderen beiden Gruppen ungünstig. Diese Entscheidung sei nicht willkürlich und verletze auch nicht die Idee der Gerechtigkeit. Sie habe vielmehr wohlverwogene und im kulturellen Denken unseres Volkes sicher begründete sozialpolitische Überlegungen und Vorstellungen über soziale Gerechtigkeit zur Grundlage. Heirate eine Frau während ihrer Zugehörigkeit als Angestellte zu einer Behörde und erlange sie dadurch eine dauernde Sicherung ihres wirtschaftlichen Fortkommens, so entspreche es der Gerechtigkeit und Billigkeit, daß sie ihren Arbeitsplatz zugunsten eines Unversorgten freimache. Es entspreche ferner diesen Anforderungen, daß in einem Gesetz für diesen Fall im voraus eine Bestimmung niedergesetzt werde, welche die Auflösung des Dienstverhältnisses außerhalb der Regel über die ordentliche Kündigung zulasse. § 17 TO.A sei daher durch die Bayerische Verfassung nicht außer Kraft gesetzt worden. Im übrigen habe für das Arbeitsgericht keine Veranlassung bestanden, gemäß Art. 92 BV zu prozedieren. Die zum 30. Juni 1950 ausgesprochene Kündigung sei auf den 30. September 1950 hinausgeschoben worden. Eine solche, den Regeln des § 16 TO.A genügende Kündigung bringe das Dienstverhältnis auf alle Fälle zur Beendigung, möge auch zur Motivierung dieser ordentlichen Kündigung auf § 17 TO.A Bezug genommen worden sein. Die etwaige Entscheidung des Arbeitsgerichts würde also nicht auf der Anwendung des § 17 TO.A beruhen.

Der Senat schloß sich mit Beschluß vom 15. September 1950 der Auffassung seines Rechts- und Verfassungsausschusses an, in dem u. a. ausgeführt wird: Der Verfassungsgerichtshof könne nicht in eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 17 TO.A eintreten. Denn die TO.A stelle kein Gesetz im Sinne des Art. 92 BV dar. Nach Art. 70 BV sei für den Begriff eines Gesetzes wesentlich, daß es für alle verbindliche Gebote und Verbote enthalte. Das treffe aber für die TO.A nicht zu. Denn sie sei nichts anderes als ein Angebot zum Abschluß eines Dienstvertrages, dem sich niemand zu unterwerfen gezwungen sei. Die Bestimmungen der TO.A wirkten also nicht kraft Gesetzes, sondern kraft eines freiwillig eingegangenen Dienstvertrages. Wenn das Arbeitsgericht den § 17 auch mit dem Grundgesetz nicht für vereinbar halte, sei der Verfassungsgerichtshof zur Prüfung dieser Frage ohnedies nicht zuständig.

Mit Schreiben vom 28. November 1950 an die Bayerische Staatsregierung und den Vertreter des Bayerischen Landtags wies der Präsident des Verfassungsgerichtshofs darauf hin, daß das Arbeitsgericht die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 118 Abs. 1 BV durch § 17 TO.A darin erblicke, daß die Angestellten des öffentlichen Dienstes hinsichtlich des Doppelverdienens einer Sonderbehandlung gegenüber allen anderen Angestellten, d. h. den privaten Angestellten unterworfen seien. Er bat, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und inwiefern sich das Doppelverdienens von Ehegatten sozial und wirtschaftlich unterscheide, je nachdem es sich um Angestellte des öffentlichen oder privaten Dienstes handle und ob und inwieweit etwa aus der Natur des öffentlichen Dienstes selbst eine solche Unterscheidung hergeleitet werden könne.

Die Staatsregierung erwiderte hierauf mit Schriftsatz vom 19. Dezember 1950: Eine sozial oder wirtschaftlich begründete Unterscheidung des Doppelverdienertums, je nachdem es sich um Angestellte des öffentlichen oder privaten Dienstes handle, sei

nicht erkennbar. Dagegen lasse sich eine Unterscheidung aus der Natur des öffentlichen Dienstes herleiten. Die Forderung des Gemeinwohls, dem zu dienen der öffentliche Dienst bestimmt sei, sei oberste Richtlinie für alle Amtshandlungen der im öffentlichen Dienst tätigen Personen. Von derartigen Gesichtspunkten brauche sich der im privaten Dienst Tätige, der auch keinen Treueid zu leisten habe, nicht leiten zu lassen. Es sei nicht Aufgabe des privaten Unternehmers, sich um das Wohl der Arbeitslosen zu kümmern. Pflicht des Staates sei es dagegen, womöglich jedem Arbeitswilligen einen Arbeitsplatz zu verschaffen. Soweit daher der Staat als Arbeitgeber auftrete, befinde er sich demnach in einer wesentlich anderen Lage als ein privater Arbeitgeber, was nicht ohne alle Folgen für die im öffentlichen Dienst Beschäftigten sein könne. Die öffentliche Verwaltung müsse auch bei personenrechtlichen Entscheidungen stets das öffentliche Interesse im Auge behalten, wobei sie neben der Beachtung unmittelbar verbindlicher Rechtssätze auch auf die Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Programmsätze hinwirken müsse. Sie habe bei Entscheidungen über die Einstellung und Entlassung von Beamten und Angestellten u. a. stets auch Art. 166 Abs. 2 BV, der jedermann das Recht zuspreche, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu verschaffen, zu berücksichtigen. Diesen Grundsatz zu verwirklichen helfe § 17 TO.A, der es ermögliche, eine Frau, die infolge ihrer Verheiratung schon eine auskömmliche Existenz habe, zu entlassen, um ihren Platz für einen nichtbeschäftigten Arbeitnehmer freizumachen. Es könne dem Staat als Hüter des Gemeinwohls nicht zugemutet werden, einerseits die öffentlichen Mittel der Arbeitslosenversicherung und der Arbeitslosenfürsorge an arbeitslose Personen zu gewähren und andererseits Doppelverdienere zu beschäftigen. Durch das Ausscheiden einer Frau, die durch Verheiratung versorgt sei, könne einem Arbeitslosen eine auskömmliche Existenz geschaffen werden, ohne daß hierdurch die betreffende Frau einer Notlage ausgesetzt werde. Andererseits sei der Staat seiner allen Personen schuldigen Fürsorgepflicht nachgekommen. Im übrigen sei darauf hinzuweisen, daß niemand gezwungen sei, in den öffentlichen Dienst einzutreten und sich den Bestimmungen der Tarifordnung A zu unterwerfen. Wenn also schon in der Bestimmung des § 17 TO.A eine Einschränkung des Grundrechts des Art. 118 Abs. 1 BV zu erblicken wäre, handle es sich um eine solche, die in einem besonderen Gewaltverhältnis wurzle, in das sich der einzelne freiwillig begeben. Solche Einschränkungen würden durch Art. 98 BV nicht berührt, sondern behaupteten nach Maßgabe der einzelnen Rechtsbeziehungen ihre Rechtswirksamkeit.

Der Vertreter des Landtags, Abgeordneter Dr. Lacherbauer, führte in seinem Schriftsatz vom 7. März 1951 aus:

Genau so wie jeder private Arbeitgeber befugt sei, einer weiblichen Arbeitskraft zu kündigen, wenn ihr Ehegatte eine sog. Lebensstellung erlange, könne es auch dem Staat als Arbeitgeber nicht verwehrt sein, unter Einhaltung entsprechender Fristen solches zu tun. Es verstoße weder bei einem privaten Arbeitgeber noch bei der öffentlichen Hand gegen den Grundsatz der Gerechtigkeit, wie bei Beschäftigten der öffentlich-rechtlichen Körperschaften, in den für die Rechtsbeziehungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer geltenden objektiven Rechtsnormen für diese Fälle eine anderweitig befristete Kündigungsmöglichkeit vorzusehen. Es sei eine durch nichts erhärtete Behauptung, daß in privatrechtlichen Dienstverhältnissen solche Abmachungen nicht vorkämen oder nicht zulässig wären. Die vielleicht auch dem Arbeitsgericht bekannte Personalpraxis großer Unternehmungen, etwa großer Kreditinstitute, bewege sich durchaus auf der im Schriftsatz vom 17. Ok-

tober 1950 aufgezeigten Linie und die Forderung nach Beseitigung des Doppelverdienertums habe sich nie auf die öffentliche Hand beschränkt. Allerdings habe es nicht die Exekutiv-Gewalt in der Hand, private Arbeitgeber zu zwingen, das besonders in Zeiten der Arbeitslosigkeit als dringendes sozialpolitisches Postulat empfundene Verlangen nach Beseitigung des Doppelverdienertums durchzusetzen. Der Gesetzgeber habe die größten Schwierigkeiten, geeignete Rechtsregeln zu finden, um bei der Verfolgung seiner diesbezüglichen Ziele nicht das Kind mit dem Bade auszuschütten. Es gehe also nicht um die Frage, ob die im öffentlichen Dienst stehenden Ehefrauen im gegebenen Fall gegenüber beschäftigten Ehefrauen der Privatwirtschaft schlechter gestellt würden, sondern ob sie etwa durch Einführung eines im Gegensatz zu § 17 der TO.A stehenden Verbotes sogar besser behandelt werden sollten. Selbst beim Wegfall des § 17 TO.A könnte es der öffentlichen Hand nicht verwehrt sein, unter Einhaltung von zutreffenden ordentlichen Kündigungsfristen beim Vorliegen eines Tatbestandes, wie ihn § 17 TO.A beschreibe, zu kündigen. Im übrigen werde die in § 17 TO.A an die Dienstvorgesetzten gerichtete Anweisung in rücksichtsvoller Weise und den Zeiten und Umständen angepaßt gehandhabt.

d) Sämtliche Beteiligte haben auf mündliche Verhandlung verzichtet.

II.

a) Das Arbeitsgericht München will unter Berufung auf Art. 92 BV und § 45 VfGHG die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeiführen, weil es § 17 TO.A wegen Verstoßes gegen Art. 118 Abs. 1 BV für verfassungswidrig hält.

Die Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst (TO.A) ist vom ehemaligen Reichstreuhand für den öffentlichen Dienst — einem Organ der Reichsverwaltung — auf Grund der Ermächtigung des § 18 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. 3. 34 (RGBl. I 220) erlassen worden; ihre Bestimmungen sind für die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen rechtsverbindlich (§ 18 Abs. 2 Satz 2 a.a.O.). Die TO.A hat deshalb den Charakter einer Rechtsverordnung. Dies ist für Tarifordnungen auf der Grundlage des genannten Gesetzes (sowie des früheren „Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit“) unbestritten (vgl. Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern vom 23. 2. 50 I 451/49 — Amtsblatt des Bayer. Staatsministeriums für Arbeit und Soziale Fürsorge 1950 S. 189).

Die TO.A ist als vormaliges Reichsrecht, das zur Zeit der Besetzung in Kraft war, gemäß Art. II der Proklamation Nr. 2 der Militärregierung Deutschland — Amerikanische Zone — anwendbar geblieben und der Gesetzgebungsgewalt der durch diese Proklamation gebildeten Staaten unterworfen worden, soweit nicht von der übergeordneten Gesetzgebungsgewalt des Kontrollrats, der Militärregierung oder sonstiger Stellen Gebrauch gemacht wurde. Da dies nicht der Fall war, gehörte die von der Gesetzgebungsgewalt des Freistaates Bayern ergriffene Materie der TO.A zum Landesrecht. Gemäß Art. 186 Abs. 2 BV sind Gesetze und Verordnungen vorläufig in Kraft geblieben, soweit sie nicht durch die Verfassung aufgehoben wurden. Seit dem Zusammentritt des Bundestages ist die TO.A Landesrecht im Sinne des Grundgesetzes, da sie gemäß Art. 75 Ziff. 1 GG, der als Sondervorschrift der allgemeinen Vorschrift des Art. 74 Ziff. 12 GG vorgeht, als Gegenstand der Rahmengesetzgebung nicht zu den Gegenständen der konkurrierenden Gesetzgebung im Sinne des Art. 125 GG gehört (vgl. Entsch. des Verfassungsgerichtshofs vom 21. November 1949, Vf. 20-VII-49, GVBl. 1950 S. 16). Im übrigen handelt es sich im

vorliegenden Fall um die Frage, ob § 17 TO.A bereits durch die Bayerische Verfassung vom 2. Dezember 1946 aufgehoben wurde. Über diese Frage als Hauptfrage hat ausschließlich der Bayerische Verfassungsgerichtshof zu entscheiden (Entscheidungen vom 30. Juni 1950, Vf. 241-V-49, [GVBl. S. 119], vom 12. Juli 1950, Vf. 51-V-50 [GVBl. S. 122] und vom 10. März 1951, Vf. 192, 199-VII-49, Vf. 42, 60, 122-VII-50).

Da die TO.A selbständig Rechte und Pflichten begründet — die Ermächtigung des § 18 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. 3. 34 erstreckte sich hierauf —, hat sie wie zahlreiche vorverfassungsmäßige Verordnungen, vom Standpunkt des nunmehr geltenden Verfassungsrechts gesehen, „gesetzesvertretenden“ Charakter und ist schon aus diesem Grunde einem Gesetz im Sinne des Art. 92 BV gleichzusetzen. Die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs ist daher gemäß dieser Bestimmung gegeben.

Dagegen ist ihm die Prüfung und Entscheidung der Frage verwehrt, ob § 17 TO.A etwa gegen Vorschriften des Grundgesetzes, insbesondere gegen dessen Art. 3 Abs. 3 (Gleichberechtigung von Mann und Frau) und Art. 12, verstößt; hierfür ist ausschließlich das Bundesverfassungsgericht zuständig.

b) Prozessuale Voraussetzung dafür, eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs nach Art. 65, 92 BV herbeizuführen, ist gemäß § 45 VfGHG, daß das vom Richter für verfassungswidrig gehaltene Gesetz für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens „einschlägig“ ist. Diese Voraussetzung ist selbst dann erfüllt, wenn § 17 TO.A in dem beim Arbeitsgericht anhängigen Verfahren nicht unmittelbar Entscheidungsgrundlage wäre. Denn das Arbeitsgericht könnte im Falle der Nichtigkeit des § 17 TO.A möglicherweise — ob zu Recht oder zu Unrecht ist hier nicht zu untersuchen — die Auffassung vertreten, daß einer angestellten Frau mit der Begründung, ihre Versorgung sei durch ihre Verheiratung gesichert, auch nicht gekündigt werden dürfe (vgl. Entscheidung des Arbeitsgerichts Duisburg vom 23. März 1950 — 1 Ca 238/50 — RDA 1950 S. 197 mit zustimmender Anmerkung von Nipperdey, ferner DÖV 1950 S. 702 f).

c) Als Vorfrage ist zu untersuchen, ob § 17 TO.A schon vor Inkrafttreten der Bayerischen Verfassung ausdrücklich aufgehoben oder sonst außer Kraft gesetzt worden ist. Eine Aufhebung durch das Militärregierungsgesetz Nr. 1 Art. 1 ist nicht erfolgt; aber auch die Anwendung des Art. III Nr. 1 dieses Gesetzes kommt nicht in Betracht. Der in § 17 TO.A enthaltene Grundgedanke ist bereits in Art. 1 und 7 des bayerischen Gesetzes vom 10. 7. 1927 (GVBl. S. 227; Änderung des Art. 206 des bayerischen Beamtengesetzes vom 16. 8. 1908 in der Fassung vom 29. 3. 1924; vgl. auch die ursprüngliche Fassung des § 206 Nr. 1 des bayerischen Beamtengesetzes vom 16. 8. 1908, GVBl. S. 581, sowie Art. 151 des bayer. Volksschullehrergesetzes vom 14. 8. 1919, GVBl. S. 437) und im Reichsgesetz vom 30. 5. 1932 (RGBl. I S. 245) enthalten. Er kann deshalb nicht als typisch nationalsozialistisch angesehen werden (a. A. hinsichtlich des § 63 DBG vom 26. 1. 1937: Urteil des Württ.-Bad. Verfassungsgerichtshofs vom 4. August 1949 III 22/49, Verwaltungsrechtsprechung Bd. II S. 68).

d) § 17 TO.A behandelt unterschiedlich:

1. Die verheirateten weiblichen und die verheirateten männlichen Angestellten des öffentlichen Dienstes (soweit ihre wirtschaftliche Versorgung nach der Höhe des Familieneinkommens gesichert erscheint);
2. die weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes, je nachdem sie ledig oder verheiratet sind;
3. die verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes, je nachdem ihre wirtschaft-

liche Versorgung nach der Höhe des Familieneinkommens gesichert erscheint oder nicht.

Weiterhin führt die Regelung des § 17 TO.A zu einer unterschiedlichen Behandlung

1. der verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes und der Privatwirtschaft,
2. der verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes und der verheirateten weiblichen (bayerischen) Beamten.

e) Bei der Würdigung der unter d) aufgeführten Tatbestände auf Grund des Art. 118 BV scheidet zunächst die Verschiedenartigkeit der Behandlung unter dem Gesichtspunkt des Geschlechts aus. Denn Art. 118 Abs. 2 BV sieht nur die „grundsätzliche“ Gleichstellung von Mann und Frau hinsichtlich ihrer staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten vor. Aus diesem Grunde kann auch dahingestellt bleiben, ob Art. 118 Abs. 2 BV nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes durch Art. 3 Abs. 2 und 3 GG aufgehoben wurde oder nicht. Die schwerwiegenden Einwendungen, die gegen die sog. „Zölibatsklausel“ des § 63 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienst des Bundes stehenden Personen vom 17. Mai 1950 (BGBl. S. 207) aus dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Gleichstellung von Mann und Frau erhoben worden sind (Hildegard Krüger in DÖV 1950 S. 175 und 618, vgl. auch S. 702, Brand ebendort S. 646 f), können deshalb im Rahmen des bayerischen Verfassungsrechts nicht in Betracht gezogen werden.

Hier kommt zunächst allein Art 118 Abs. 1 BV in Frage. Darnach verletzt — nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs — ein Gesetz den in Art. 118 Abs. 1 BV mitenthaltenen Grundsatz der gesetzgeberischen Gleichbehandlung von Gleichem, wenn es gleichliegende Tatbestände, die aus der Natur der Sache heraus und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit klar eine gleichartige Behandlung erfordern, willkürlich, d. h. ohne zureichenden sachlichen Grund und ohne ausreichende Orientierung an der Idee der Gerechtigkeit, ungleich behandelt. Tatbestandlich Gleiches ist rechtlich gleich, Ungleiches je nach seiner Eigenart (seinem eigengearteten Tatbestand: siehe Maunz, Deutsches Staatsrecht S. 90) ungleich zu behandeln. Keinesfalls darf der Verfassungsgerichtshof seine eigenen politisch-sachlichen Erwägungen an die Stelle der davon abweichenden politisch-sachlichen Erwägungen des Gesetzgebers setzen. (Entscheidung vom 15. Oktober 1948, Vf. 2 und 24—VII—48, GVBl. 1949 S. 33).

Soweit die verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes, deren wirtschaftliche Versorgung durch die Höhe ihres Familieneinkommens gesichert erscheint, gegenüber der Gruppe der Verheirateten, bei denen diese Voraussetzung nicht gegeben ist, und gegenüber der Gruppe der Ledigen einer Sonderbehandlung unterworfen sind, werden als Begründung hierfür sozialpolitische Erwägungen (Unterbringung Arbeitsloser, insbes. arbeitsloser Familienväter) angegeben, die in Verbindung mit der traditionellen Auffassung von der naturgegebenen Aufgabe der Frau als Hausfrau und Mutter und des Mannes als Ernährers der Familie — ihr entsprechende auch die unterschiedliche Gestaltung der bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsansprüche von Ehemann und Ehefrau — die Regelung des § 17 TO.A als Gebot der sozialen Gerechtigkeit erscheinen lassen. Gleichviel, ob man diesen Argumenten zustimmt oder nicht, keinesfalls können sie als willkürlich, d. h. offensichtlich unsachlich und unbillig angesehen werden, auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß es sich um sachfremde Erwägungen handle, weil für die Regelung der Arbeitsverhältnisse nur Gesichtspunkte maßgebend sein dürfen, die die Eignung und die Arbeitsleistung des

Arbeitnehmers und die Gegenleistung des Arbeitgebers betreffen. Denn die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind weitgehend auch von allgemeinen sozialen Erwägungen bestimmt und von der Auffassung abhängig, die bezüglich der Stellung und Aufgabe der Frau in Staat und Gesellschaft maßgebend ist.

Was die unterschiedliche Behandlung der verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes und der Privatwirtschaft durch § 17 TO.A betrifft, in der das Arbeitsgericht in erster Linie eine Verletzung des Art. 118 Abs. 1 BV erblickt, ist ohne weiteres klar, daß sie weder aus sozialen noch aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden kann. Hier wird vielmehr der Grund für die unterschiedliche Regelung in der Besonderheit des öffentlichen Dienstes erblickt. Es kämen insbesondere Art. 166 Abs. 2 BV und die Fürsorgepflicht des Staates für Arbeitslose in Betracht. Diese Verpflichtungen könnten nicht ohne Einfluß auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes sein und rechtfertigten die Sonderregelung des § 17 TO.A. Diese von der Regierung vorgetragenen Erwägungen sind in Anbetracht der unterschiedlichen Natur und Aufgaben des privaten und öffentlichen Arbeitsverhältnisses — allerdings nur in Verbindung mit der oben erwähnten traditionellen Auffassung der Stellung der Frau in Staat und Gesellschaft — sachlich vertretbar und lassen deshalb die von der Privatwirtschaft abweichende Regelung des § 17 TO.A jedenfalls nicht als „willkürlich“ erscheinen.

Was die Sonderbehandlung der verheirateten weiblichen Angestellten des öffentlichen Dienstes (deren wirtschaftliche Versorgung durch die Höhe ihres Familieneinkommens gesichert erscheint) gegenüber der gleichen Kategorie der weiblichen Beamten anlangt, ist festzustellen, daß sie sich erst durch das bayer. Beamtengesetz 1946 ergeben hat, während ursprünglich die Regelung des § 17 TO.A sich an die für die Beamten geltende des § 63 des deutschen Beamtengesetzes von 1937 angeschlossen hatte (vgl. Dr. Zink: Die Tarifordnungen für Gefolgschaftsmglieder im öffentlichen Dienst, 1942, Anm. 1 zu § 17 TO.A). Bei der Neugestaltung des bayerischen Beamtensrechts im Jahre 1946, die unter dem unmittelbaren Einfluß der Besatzungsmacht stand, „mußte in Auswirkung des demokratischen Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter (vgl. auch Art. 118 Abs. 2 BV) der Entlassungsgrund der §§ 63—65 DBG wegfallen“ (Claus Leuffer, bayer. Beamtengesetz vom 28. Oktober 1946, Textausgabe mit kurzen Erläuterungen und Verweisungen, Vorbemerkung vor Art. 88 S. 84). Eine entsprechende Änderung des § 17 TO.A hat der bayerische Gesetzgeber jedoch unterlassen.

Die Verhältnisse hinsichtlich der gleichen Kategorie der verheirateten weiblichen Angestellten und Beamten sind im allgemeinen nicht gleichgelagert: Der objektive Unterschied besteht in dem verschiedenen Festigkeitsgrad des Dienstverhältnisses. Während das Beamtenverhältnis in der Regel auf Lebenszeit abgeschlossen ist, ist das Angestelltenverhältnis in der Regel kündbar. Eine Ausnahme muß aber für die nach § 16 Abs. 4 TO.A unkündbaren verheirateten weiblichen Angestellten gemacht werden. Denn ihr Dienstverhältnis ist durch die Unkündbarkeit dem Rechtsstand der Beamten angeglichen. Ebensowenig als nach geltendem bayerischen Beamtensrecht eine auf Lebenszeit ernannte Beamtin bei ihrer Verheiratung entlassen werden kann, weil sie dadurch anderweitig versorgt ist, ebensowenig ist es sachlich gerechtfertigt, aus diesem Grunde einer unkündbaren Angestellten die Unkündbarkeit zu entziehen.

§ 17 TO.A verstößt deshalb insoweit gegen Art. 118 Abs. 1 BV, als er sich auf unkündbare weibliche

Angestellte im Sinne des § 16 Abs. 4 Satz 1 TO.A bezieht.

Art. 166 Abs. 2 BV bringt die sozialpolitische Forderung des Rechts auf Arbeit zum Ausdruck. „Ein unmittelbarer Rechtsanspruch kann hieraus für den einzelnen nicht abgeleitet werden“ (Nawiasky-Leußer, Die Verfassung des Freistaates Bayern S 246). Auch das jedermann gewährte Recht, eine seinen Anlagen und seiner Ausbildung entsprechende Arbeit im Dienste der Allgemeinheit zu wählen

(Art. 166 Abs. 3 BV), ist nur nach näherer Maßgabe der Gesetze gewährt.

Inwieweit § 17 TO A, soweit er nach den vorstehenden Ausführungen mit dem bayerischen Verfassungsrecht nicht in Widerspruch steht, gegen die Bestimmungen des Art 3 Abs. 2 und 3 GG verstößt, kann nicht der Bayer. Verfassungsgerichtshof, sondern nur das Bundesverfassungsgericht und solange dieses nicht errichtet ist, gegebenenfalls das mit der Angelegenheit befaßte Gericht entscheiden.

gez.: Dr. Welsch

gez.: Kuchtner

gez.: Keller

gez.: Dollmann

gez.: Braun

gez.: Dr. Kolb

gez.: Dr. Hufnagl

gez.: Dr. Wintrich

gez.: Dr. Stürmer