

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 147

**Der Erlaß von Berufsordnungen
durch die Kammern der freien Berufe**

Von

Arnulf Brandstetter



Duncker & Humblot · Berlin

ARNULF BRANDSTETTER

**Der Erlaß von Berufsordnungen
durch die Kammern der freien Berufe**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 147

Der Erlaß von Berufsordnungen durch die Kammern der freien Berufe

Von

Dr. Arnulf Brandstetter



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 02397 8

Vorwort

Diese Arbeit greift aus dem breiten Spektrum von Einrichtungen, die zwischen der unmittelbaren Staatsverwaltung und den gesellschaftlichen Verbänden einzuordnen sind, die *Kammern* der freien Berufe heraus und untersucht den Erlaß von *Berufsordnungen* als eine der Haupttätigkeiten der Kammern.

Da über die *Grundlagen* der Kammerkompetenz zum Erlaß von Berufsordnungen eine große Unsicherheit besteht, liegt der Schwerpunkt der Schrift auf diesen Fragen. Ausgehend vom verfassungsrechtlichen Standort der Berufsordnungen werden Folgerungen für den *Umfang* der Kompetenz gezogen. Die damit verbundene *punktueller Analyse* von bestehenden Berufsordnungen konnte wegen der Vielzahl von Regelungen zwangsläufig nur unvollständig bleiben; hier wären eigene von einzelnen Berufen ausgehende Untersuchungen erforderlich.

Diese Schrift wurde im Sommer 1970 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Der Abschluß des Manuskripts erfolgte im März 1970. Später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur konnte nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Peter Lerche, danke ich sehr herzlich für die Anregungen und die Förderung, die ich sowohl während des Studiums in Berlin und München als auch während der Abfassung der Arbeit von ihm erhalten habe. Mein Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Otto Kimminich, Regensburg, und Herrn Privatdozent Dr. Josef Isensee, Erlangen-Nürnberg/München, für fördernde Hinweise und Gespräche sowie Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die gute verlegerische Betreuung.

München, im Dezember 1970

Arnulf Brandstetter

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
ERSTER TEIL	
Die vorhandenen Regelungen, der Meinungsstand, Abgrenzung	14
<i>Erster Abschnitt</i>	
Die vorhandenen Regelungen	14
I. Regelungen der Berufspflichten	14
1. Informelle Kontrollen der Berufspflichten	14
2. Regelungen durch den Gesetzgeber, Ordnungsgeber und kommunalen Satzungsgeber	15
3. Regelungen durch Verbände	16
4. Regelungen durch Kammern	17
II. Rechtsgrundlagen für die Berufsordnungen der Kammern	18
III. Kammerorgane, die über den Erlaß von Berufsordnungen beschließen	20
IV. Staatliche Beteiligung am Zustandekommen der Berufsordnungen ..	23
<i>Zweiter Abschnitt</i>	
Abgrenzungen und Überschneidungen	25
I. Berufsordnungen und Berufgerichtsbarkeit	25
II. Berufsordnungen und Sanktionen	28
III. Berufsordnungen und materielle Berufspflichten	29
<i>Dritter Abschnitt</i>	
Meinungsstand	30
I. Stellungnahmen zu den Berufsordnungen generell	30
II. Stellungnahmen zu einzelnen Berufsordnungen	32

ZWEITER TEIL

**Grundsätzliche verfassungsrechtliche Beurteilung
des Erlasses von Berufsordnungen** 36

Erster Abschnitt

Das Grundgesetz als Prüfungsmaßstab für Berufsordnungen	36
A. Die Rechtsverbindlichkeit von Berufsordnungen	36
I. Meinungsstand	36
II. Kriterien für die Rechtsverbindlichkeit von Regelungen	39
III. Anwendung dieser Grundsätze auf Berufsordnungen	42
1. Rechtsanwälte	42
2. Heilberufe	47
3. Andere Kammerberufe	47
B. Vorverfassungsrechtliche Regelungsbefugnis der Kammern	48
I. Fragestellung	48
II. Meinungsstand	49
III. Kritik der Auffassung einer originären Regelungsgewalt der Kam- mern	52

Zweiter Abschnitt

Parlamentarische Gesetzgebung und Berufsordnungen	54
A. Unterschiedlichkeit der Rechtsetzungstätigkeit von Parlament und Kammern	54
B. Vereinbarkeit des Erlasses von Berufsordnungen mit den Gesetzes- vorbehalten	56
I. Arten von Gesetzesvorbehalten	56
II. Der organisationsrechtliche Gesetzesvorbehalt	57
III. Der Allgemeinvorbehalt	58
IV. Der Gesetzesvorbehalt von Art. 12 Abs. 1 GG	60
1. Verhältnis des Allgemeinvorbehalts zum Vorbehalt von Art. 12 GG	60
2. Die Auslegung des Vorbehalts in Art. 12 Abs. 1 a. F. GG	61
3. Die Entstehungsgeschichte des Art. 12 Abs. 1 n. F. GG	63
4. Vergleich mit anderen Gesetzesvorbehalten im Grundrechtsteil ..	65
5. Auslegung des Vorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 n. F. GG	66
C. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als Grundlage bzw. als Ausschlußnorm für den Erlaß von Berufsordnungen	71

I. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als verfassungsrechtliche Legitimation für den Erlaß von Berufsordnungen	71
1. Art. 80 GG als Ermächtigung für den Erlaß von Rechtsverordnungen	72
2. Art. 80 GG als Ermächtigung für Berufsordnungen der Kammern	72
II. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG als abschließende Bestimmung für die Übertragung rechtsetzender Gewalt	74

Dritter Abschnitt

Grundrechtsträgerschaft der Kammern 75

A. Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 GG auf Juristische Personen des öffentlichen Rechts	75
I. Meinungsstand und Kritik	76
1. Organismustheorie	76
2. Rechtsform der Juristischen Person	76
3. Sachwaltertheorie (<i>Dürig</i>)	77
4. Aufgabentheorie	78
5. Subjektionstheorie	78
II. Eigene Lösung	79
B. Sachwalterschaft der Kammern für Mitgliedergrundrechte	81
I. Mitgliedergrundrechte	81
II. Die Kammern als Sachwalter des Grundrechts von Art. 12 GG	82

Vierter Abschnitt

Berufsordnungen und Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes 83

A. Einrichtungsgarantie „freie Berufe“	83
I. Die freien Berufe als soziologischer Begriff und als Rechtsbegriff	83
1. Soziologischer Begriff	83
2. Rechtsbegriff	85
II. Berufsbildtheorie	85
III. Einrichtungsgarantie durch die Aufgabenbestimmung für einzelne Berufe	87
IV. Art. 12 Abs. 1 GG als Einrichtungsgarantie für die freien Berufe	89
1. Der individual- und objektivrechtliche Aspekt von Art. 12 Abs. 1 GG	89
2. Inhalt der Einrichtungsgarantie von Art. 12 Abs. 1 GG	90
3. Folgerungen für die Kammern der freien Berufe und deren Kompetenzen	90

<i>B. Stand und „ständischer Gedanke“</i>	92
I. Modelle für eine organisatorische Verwirklichung des ständischen Gedankens	92
1. Korporativistisches Modell	93
2. Genossenschaftliches Modell	94
II. Grundgesetz und ständischer Gedanke	95
<i>C. Kammer und Körperschaft</i>	97
I. Kammern	97
II. Körperschaften	98
1. Anerkennung von Körperschaften durch das GG	98
2. Einrichtungsgarantie des Kompetenzbereiches von Körperschaften	99
III. Organisationsgewalt der Kammer	101
1. Meinungsstand und Abgrenzung	101
2. Kammern als Träger der Organisationsgewalt	102
3. Regelungen für Kammerangehörige als Organisationsakte	102
<i>D. Staatlich gebundener Beruf</i>	104
I. Bei Triepel und in der Rechtsprechung des BVerfG	104
II. Bedeutung der Theorie vom staatlich gebundenen Beruf für die Regelungskompetenz der Kammern	106
<i>E. Besonderes Gewaltverhältnis zwischen Kammern und Mitgliedern</i> ..	107
I. Arten von besonderen Gewaltverhältnissen	107
II. Begründung und Kritik	108
1. Parallele zu den herkömmlichen Statusverhältnissen	108
2. Das Kammerverhältnis als verfassungsrechtlicher Sonderstatus ..	109
III. Die Beziehung der Kammer zu ihren Mitgliedern als „unechtes Statusverhältnis“	110
<i>F. Selbstverwaltung und Autonomie</i>	111
I. Begriffsabgrenzung Selbstverwaltung – Autonomie	111
II. Berufsständische Autonomie im Grundgesetz	112
III. Analogie zu anderen Autonomiegewährleistungen im Grundgesetz ..	113

Fünfter Abschnitt

Folgerungen

DRITTER TEIL

**Die näheren Voraussetzungen für den
Erlaß von Berufsordnungen** 117

Erster Abschnitt

Rechtsgrundlage 117

A. Gesetzliche Grundlage	117
I. Die gesetzliche Grundlage der einzelnen Berufsordnungen	117
II. Umgehung durch die Gründung privatrechtlicher Dachverbände	119
B. Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm	121
I. Meinungsstand	121
II. Anwendbarkeit von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG auf Berufsordnungen ..	122
III. Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 2 GG auf Berufsordnungen	125
IV. Das Maß der erforderlichen Bestimmtheit des ermächtigenden Ge- setzes	126

Zweiter Abschnitt

Das Legislativorgan der Kammer 128

I. Die funktionalen Bereiche der Berufskammern	128
1. Kammern als Organe der Staatsverwaltung	128
2. Autonomer Bereich der Kammern	128
3. Verhältnis beider Bereiche	129
4. Einordnung der Berufsordnungen	130
II. Modelle für die kammerinterne Willensbildung	130
1. Modell der staatlichen Verwaltung	130
2. Modell des bürgerlichen Vereinsrechts	131
3. Demokratisches Modell („innerkorperschaftliche Demokratie“) ...	131
a) Demokratische Willensbildung bei anderen Verbänden und bei Parteien	132
b) Kriterien für die Anwendbarkeit des demokratischen Modells ..	133
c) Anwendung des demokratischen Modells auf die Beschlußfas- sung der Kammern	133
d) Die plebiszitäre und die repräsentative Komponente bei der „innerkorperschaftlichen Demokratie“	134
aa) Betonung des plebiszitären Elements	135
bb) Betonung des repräsentativen Elements	135
cc) Anwendung auf Berufsordnungen	136
III. Auswirkungen der innerkorperschaftlichen Demokratie auf den Erlaß von Berufsordnungen	137

Dritter Abschnitt

Staatliche Beteiligung am Zustandekommen der Berufsordnungen	140
I. Grundlagen einer staatlichen Beteiligung	140
1. Unbeschränkte Kompetenz des Gesetzgebers im Rahmen der Ver- fassung	140
2. Ministerverantwortlichkeit	140
3. Integrationserfordernis heutiger Staatlichkeit	141
4. Rechtspolitische Bedeutung der Staatsaufsicht	141
II. Minimalumfang der Staatsaufsicht	142
III. Maximalumfang der Staatsaufsicht	143
1. Zweckmäßigkeitprüfung	143
2. Kernbereich und „eigener Wirkungskreis“	144
3. Weisungsrecht	145
4. Genehmigung der Berufsordnung	146
5. Organe der Staatsaufsicht	148
6. Mittel der Staatsaufsicht	148

Vierter Abschnitt

Der persönliche Umfang der Regelungsgewalt	148
I. Kammermitglieder	148
II. Außenseiter-, Minderheitenschutz	150
III. Nichtmitglieder	151

Fünfter Abschnitt

Der zeitliche Umfang der Regelungsgewalt	153
I. Wirkung für die Zeit vor der Berufsaufnahme	153
II. Wirkung während der Berufstätigkeit	154
III. Wirkung für den Verlust der Berufszulassung	155
IV. Wirkung für die Zeit nach Beendigung der Berufszulassung	156

Sechster Abschnitt

Der sachliche Umfang der Regelungsgewalt	157
I. Generelle und spezifizierte Aufgabenumschreibung im ermächtigenden Gesetz	157
II. „Öffentliche“ und „staatliche“ Aufgaben	158
III. „Gemeinschaftsgut“	159

Thesen	163
---------------	-----

Verzeichnis der Gesetze und Berufsordnungen	165
----------------------------------------------------	-----

Literaturverzeichnis	170
-----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
a. F.	alte Fassung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
BayÄBl.	Bayerisches Ärzteblatt (Zeitschrift)
BayVerf, BV	Bayerische Verfassung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen Amtliche Entscheidungssammlung
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen Amtliche Entscheidungssammlung
BNotK	Bundesnotarkammer
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRat	Bundesrat
BReg.	Bundesregierung
BTag	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DJ	Deutsche Justiz (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
E, ES	Entscheidung nach der amtlichen Entscheidungssammlung
EGH	Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte
Einl.	Einleitung
EvStL	Evangelisches Staatslexikon (vgl. Literaturverzeichnis)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FN	Fußnote(n)
FR	Finanzrundschau (Zeitschrift)
GBl.	Gesetzblatt
GewArch.	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
h. M.	herrschende Meinung
i. d. F.	in der Fassung

i. S.	im Sinne
JöR	Jahrbuch für öffentliches Recht, Neue Folge (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
jur.	juristisch
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
lit.	Buchstabe
LS	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Zeitschrift)
m. w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis, Nachweise
n. F., N. F.	neue Folge, neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
o. J.	ohne Jahr
ÖZöfR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RN	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VerwG	Verwaltungsgericht
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZZP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Nachdem in der unmittelbaren Nachkriegszeit bei der Wiedererrichtung von Berufskammern eine staatsrechtliche Unsicherheit zu verzeichnen war, die ihren Grund vor allem in der Pervertierung des Kammergedankens in den nationalsozialistischen Korporationen hatte, sind die Kammern inzwischen zu einem festen Bestandteil der Rechtsordnung in der Bundesrepublik geworden¹. Mit ihrer Einrichtung sind regelmäßig gewisse Selbstverwaltungs- und Autonomierechte — so auch die Festlegung der Berufspflichten in Berufsordnungen und Richtlinien — verbunden. Diese von den Kammern aufgestellten Regelungen sollen eine ausgewogene Rechtsstellung der Berufsangehörigen ermöglichen und einen Ausgleich zwischen den für diese Berufe erforderlichen gesteigerten Pflichten und einer gewissen Unabhängigkeit schaffen.

Die Begründungen für die Kammerkompetenz zum Erlaß von Berufsregelungen beruhen weitgehend auf Rechtsinstituten, die unter der Geltung der Grundgesetzes eine nur noch bedingte Berechtigung haben. Unter dem Deckmantel juristischer Argumentation werden damit politische Tendenzen in die Beurteilung des Kammerrechts gebracht, die mit den Aussagen des Grundgesetzes nicht übereinstimmen. Eine Aufgabe dieser Arbeit ist es, solche Begründungen auf ihre verfassungsrechtliche Geltungskraft zu untersuchen.

Neben der Befreiung aus den alten Begriffsschalen soll den Berufsordnungen auch ein positiver Standort zugewiesen werden. Sie sollen dorthin gestellt werden, wo sie zur Zeit ihrer Entstehung ihren Ursprung hatten: In den politischen Bereich und in die politische Entscheidungskompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers.

Soweit jedoch aus dem Verfassungsrecht bestimmte Akzentsetzungen, die für das Recht der Berufskammern von Bedeutung sein können, zu erkennen sind und dadurch Grenzen gezogen werden, sollen diese auf den Erlaß von Berufsordnungen bezogen werden. Dadurch werden für die näheren Voraussetzungen, unter denen die Kammern Berufsregelungen festsetzen können, Richtpunkte gesetzt.

Zuerst muß jedoch eine Bestandsaufnahme der einfachgesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen erfolgen.

¹ Vgl. *Köttgen*, JöR N. F. Bd. 11 (1962), S. 173 ff. (274).

ERSTER TEIL

Die vorhandenen Regelungen der Meinungsstand, Abgrenzung

Erster Abschnitt

Die vorhandenen Regelungen

Die Verfassung ist neben ihrer Funktion als Akzentsetzung für Fragen, die der Verfassungsgeber in einer bestimmten Richtung entschieden wissen wollte, auch das Konzentrat der innerstaatlichen Rechtsordnung¹, sie ist offen zur einfachen Gesetzgebung hin. Daher ist es nicht möglich, den Aussagewert der Verfassung zu bestimmen, ohne daß der vorhandene unterverfassungsrechtliche Rechtsstoff beachtet wird. Eine Zusammenchau der Berufsordnungen und deren gesetzlichen Grundlagen ist auch deshalb erforderlich, weil diese Untersuchung im Gegensatz zur bisherigen Literatur nicht nur *einzelne* Berufe erfaßt, sondern, soweit Gemeinsamkeiten bestehen, die Kammerberufe *gemeinsam* betrachtet.

I. Regelungen der Berufspflichten

1. Informelle Kontrollen der Berufspflichten

Die Festsetzung und Kontrolle der Berufspflichten kann sowohl auf formelle als auch auf informelle Weise erfolgen².

Ein informeller Faktor, ein bestimmtes Leistungsniveau der Kammerberufe zu schaffen und aufrechtzuerhalten, ist das relativ hohe Einkommen und Prestige, das die Berufsangehörigen nicht zu ökonomisch bedingten Pflichtverletzungen zwingt und eine fachlich und ethisch hochstehende Berufsausübung gewährleistet. Daneben wird durch informelle Kollegenbeziehungen und durch den sich daraus ergebenden Vergleichs-

¹ Vgl. *Lerche*, ZZP 78 (1965), S. 12; *Lerche*, Werbung und Verfassung, S. 33.

² Dazu *Daheim*, Berufe, S. 271; *Rüschemeyer*, Berufsstruktur, S. 122 ff. (123).

maßstab eine gewisse Aufsicht ausgeübt. Eine weitere sehr effektive Kontrolle bei der täglichen Berufsausübung ist die Selbstkontrolle durch den einzelnen Berufsangehörigen.

Diese Untersuchung soll sich jedoch auf die formellen Kontrollen der Berufswahl und Berufsausübung beschränken.

2. Regelungen durch den Gesetzgeber, Verordnungsgeber und kommunalen Satzungsgeber

Die formellen Kontrollen der Berufspflichten kann man nach ihrer rechtlichen Form in die Regelungen durch Gesetz, Rechtsverordnung, kommunale Satzung und in die durch Kammern oder Verbände³ erlassenen Bestimmungen einteilen.

Eine Einschränkung der Berufsfreiheit durch Gesetz erfolgt insbesondere durch die Erlaubnisse und Untersagungen der GewO⁴, der gewerberechtlichen Nebengesetze⁵, der Gesetze für Berufe mit einer besonderen Bindung⁶, der sicherheitsrechtlichen Bestimmungen in der Gewerbeordnung⁷ und in den Polizeigesetzen der Länder, durch Steuergesetze, Monopolgesetze oder durch wettbewerbsbeschränkende oder berufslenkende Gesetze⁸. Der Terminus „Berufsordnung“ wird sowohl für solche Gesetze⁹ als auch für die schriftlichen Festsetzungen der Berufspflichten durch die Berufskammern verwendet. In dieser Untersuchung sollen für Berufsregelungen, die durch den parlamentarischen Gesetzgeber erlassen sind, der Begriff Berufsgesetz verwendet werden, während als Berufsordnungen die Regelungen der Kammern anzusehen sind¹⁰. Die Einschränkung der Berufsfreiheit durch Gesetz wirft bezüglich ihrer Rechtsform keine Fragen auf.

³ Unter *Kammer* wird im folgenden der öffentlich-rechtliche Zusammenschluß von Angehörigen eines Berufes, unter *Verbänden* eine nach dem Privatrecht gebildete Organisation verstanden; so auch *Herzog*, Gesellschaft und Politik N. F. 1965, Heft 3, S. 4 ff. (5); anders der angelsächsische Sprachgebrauch, der unter Verband den Oberbegriff von privat- und öffentlichrechtlichen Vereinigungen versteht, so *Loewenstein*, Verfassungslehre, S. 370, 375.

⁴ §§ 14 bis 80.

⁵ z. B. Einzelhandelsgesetz, Gaststättengesetz, Handwerksordnung.

⁶ z. B. Hebammengesetz, Fleischbeschaugesetz.

⁷ z. B. § 15 Abs. 2, § 35 Abs. 5.

⁸ Zu den Arten von berufsregelnden Gesetzen näher *Maunz* in *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 12 GG, RN 57 bis 103.

⁹ Vgl. „Handwerksordnung“, „Gewerbeordnung“, „Bundesärzteordnung“; vgl. dazu *Berres*, FAZ 1965, Nr. 137 (16. 6. 1965), S. 23; BGH, VerwRSpr. 10 (1958), S. 406 ff. (407) bezeichnet eine von der unmittelbaren Staatsverwaltung (Zentralamt für Wirtschaft) erlassene Rechtsverordnung für Angehörige des wirtschaftlichen Prüfungs- und Treuhandwesens als Berufsordnung.

¹⁰ Zur Terminologie *Hamann*, BB 1955, S. 293 ff.