

**Verfassungs- und europarechtliche Statthaftigkeit  
der Rückführung von Anlage B1 – Handwerken  
in die Anlage A zur HwO**

Gutachten im Auftrag des  
Zentralverbands des Deutschen  
Handwerks (ZDH)

erstattet durch

***Professor Dr. iur. Martin Burgi***

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht,  
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht  
an der Juristischen Fakultät der  
Ludwig-Maximilians-Universität, München

24. September 2018

## **Zusammenfassung (Management Summary)**

1. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018 findet sich die Formulierung, dass der „Meisterbrief erhalten und verteidigt“ werden soll und ein Prüfungsauftrag dahingehend, wie er „für einzelne Berufsbilder“ im Einklang mit dem höherrangigen Recht eingeführt werden könnte. Dies zielt im Kern auf die Rückführung von seit der Handwerksnovelle 2004 in der Anlage B1 zur Handwerksordnung enthaltenen Handwerke in die Anlage A zur Handwerksordnung. Die Beurteilung eines dahingehenden Vorhabens am Maßstab des Verfassungs- und Europarechts muss berücksichtigen, dass das Meisterbrieferfordernis auf der verfassungsrechtlichen Ebene bereits im Hinblick auf die bislang von ihm erfassten Handwerke immer wieder angezweifelt wird. Seine Ausweitung könnte deshalb neue und alte Legitimationsfragen sowie Abgrenzungsprobleme aufwerfen, denen nachzugehen ist. Dabei sind auch potenzielle neue Legitimationszwecke des Meisterbrieferfordernisses sowie dessen Bedeutung im Gesamtkontext des Wirtschaftsverwaltungsrechts einzubeziehen.

2. Zu berücksichtigen ist, dass diejenigen, die den Weg zum Erwerb des Meisterbriefs einschlagen, damit nicht „nur“ eine zentrale materielle Voraussetzung für die Zulassung zur selbstständigen Handwerkstätigkeit erfüllen müssen, sondern zugleich innerhalb eines sich immer weiter ausdifferenzierenden Bildungssystems einen europaweit anerkannten Bildungsabschluss erwerben, der wiederum Anknüpfungspunkt für staatliche Förder- und Unterstützungsmaßnahmen einschließlich weiterer Qualifizierungsmaßnahmen sein kann. In der Summe verbinden sich mithin eingreifende mit leistenden Elementen. Im weiteren Verlauf der Untersuchung werden auch etwaige Alternativmodelle beleuchtet.

3. Verfassungsrechtliche Beurteilung: Eine etwaige Rückführung der B1-Handwerke in die Anlage A zur Handwerksordnung könnte durch verschiedene öffentliche Zwecke gerechtfertigt werden. Neben dem im Hinblick auf einzelne Handwerke der Anlage B1 eingreifenden Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit wären die öffentlichen Zwecke des Verbraucherschutzes (teilweise auch des Umwelt- und Kulturgüterschutzes) und die Sicherung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft,

darüber hinaus aber auch die politischen Zwecke der handwerksbezogenen Mittstandsförderung und der Verbesserung der Markteffizienz tragfähig. Besonderes Gewicht besitzt ferner der neuere Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen. Sie alle wären als „besonders wichtige Gemeinschaftsgüter“ anzusehen. Auch könnte im Hinblick auf alle B1-Handwerke den Anforderungen an die Geeignetheit und Erforderlichkeit des mit der Wiedereinführung des Meisterbrieferfordernisses verbundenen Eingriffs in das Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG entsprochen werden. Eine differenzierte, handwerksspezifische Betrachtung wäre im Hinblick auf das Merkmal der Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs vonnöten.

Das Meisterbrieferfordernis für alle bisherigen Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung lässt sich unverändert vor dem Berufsfreiheitsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen. Dies ergibt die Analyse der insoweit bemerkenswert kontinuierlichen und bis in die jüngere Zeit hineinreichenden Rechtsprechung. Sowohl im Hinblick auf eine etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A als auch betreffend das Meisterbrieferfordernis für die bisherigen Handwerke der Anlage A liegen keine Verstöße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vor.

4. Europarechtliche Beurteilung: Im Hinblick auf die weit überwiegenden Inlandssachverhalte ergeben sich unverändert aus den Grundfreiheiten des AEUV, insbesondere aus der Niederlassungsfreiheit, keine Anforderungen gegenüber einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO. Im Hinblick auf die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG ist womöglich zwar von deren Anwendbarkeit auch auf Inlandssachverhalte auszugehen. Allerdings ist die Dienstleistungsrichtlinie neben der Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG im Hinblick auf das hier in Frage stehende „Ob“ einer Berufsreglementierung nicht anwendbar. Die Berufsankennungsrichtlinie wiederum erfasst Inlandssachverhalte nicht.

Für grenzüberschreitende Vorgänge statuiert die Berufsankennungsrichtlinie seit langem materielle Anforderungen an die Anerkennung von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen und Erfahrungen sowie in formeller Hinsicht eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht, denen im Falle einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO jeweils entsprochen werden könnte. Die Dienstleistungsrichtlinie ist auch im Hinblick auf die grenzüberschreitenden Vor-

gänge durch die Berufsanerkenntnisrichtlinie verdrängt, während die künftige Verhältnismäßigkeitsrichtlinie gerade auf reglementierte Berufe im Sinne der Berufsanerkenntnisrichtlinie 2018/958 abzielt. Allerdings dürfte sie nach zutreffender Einschätzung auf Reglementierungen, die im Einklang mit der Berufsanerkenntnisrichtlinie zu einem privilegierten Regime für grenzüberschreitende Sachverhalte nach dem Muster der einschlägigen HwO-Vorschriften der §§ 9, 50a und 50b i.V.m. der EU/EWR-HwV führen, nicht anwendbar sein. Denn solche Reglementierungen stellen schon gar keinen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in die primärrechtlich geschützte Niederlassungsfreiheit dar.

Gelangte man insoweit zu einem anderen Ergebnis, würde die soeben verabschiedete Verhältnismäßigkeitsrichtlinie aber die Entscheidungskompetenz der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO in materiellrechtlicher Hinsicht weder beeinträchtigen noch reduzieren oder verändern. Allerdings würde sie die Bundesrepublik (rein formell) zu einer ex-ante-Prüfung neuer Maßnahmen sowie zur Beachtung von Transparenzpflichten (jedoch nicht in Gestalt eines Notifizierungsverfahrens) verpflichten. Die damit verbundenen Anforderungen wären im Falle einer Rückführung von B1-Handwerken grundsätzlich erfüllbar. Entgegen dem ersten Eindruck enthält diese Richtlinie keine neuen oder zusätzlichen „Kriterien“ für die Verhältnismäßigkeit nationaler Berufsreglementierungen, sondern einige Konkretisierungs- und Strukturierungshilfen bei der Formulierung der künftigen Gesetzgebungsvorhaben beizufügenden „Erläuterung“. Ein etwaiger oder von der EU-Kommission behaupteter Verstoß gegen diese Erläuterungspflicht würde nicht auf das materiell-rechtliche Ergebnis der unverändert allein am Maßstab des europäischen Primärrechts zu orientierenden Verhältnismäßigkeitsprüfung durchschlagen können.

5. Die im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD ins Auge gefasste Rückführung von seit der Handwerksnovelle 2004 in der Anlage B1 zur Handwerksordnung enthaltenen Handwerke in die Anlage A, d.h. die Ausweitung des Meisterbriefanfordernisses, könnte im Hinblick auf eine Reihe von Handwerken im Einklang mit dem höherrangigen Recht erfolgen. Auch steht die Erhaltung des Meisterbriefes für die bisher diesem Erfordernis unterworfenen Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung im Einklang mit dem Verfassungs- und dem Europarecht.

## Gliederung

<b>Teil 1: Ausgangslage und Bedeutung des Meisterbrieferfordernisses .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Fragestellung und Aufbau.....</b>	<b>1</b>
I. Aktuelle politische Pläne.....	1
II. Rechtliche Herausforderungen .....	2
<b>B. Ziele und Konzept der Handwerksnovelle 2004 .....</b>	<b>3</b>
I. Entwicklung .....	3
II. Verfolgte Regelungszwecke .....	5
III. Die wichtigsten Inhalte.....	6
<b>C. Systematische Einordnung und Bedeutung der zugleich berufsqualifizierenden Eröffnungskontrolle im Handwerksrecht.....</b>	<b>7</b>
I. Eröffnungskontrollen im Recht der Wirtschaftsüberwachung .....	7
1. Spektrum.....	7
2. Befähigungsnachweise als zugleich berufsqualifizierende Instrumente .....	8
II. Gegenwärtige Rechtslage bei A-Handwerken und B1-Handwerken .....	9
1. Anlage A-Handwerke .....	9
a) Eintragungsvoraussetzung Meisterprüfung.....	9
b) Eintragungsvoraussetzung Altgesellenstatus .....	11
2. Anlage B1-Handwerke .....	11
III. Belastungs- und Nutzeneffekte des Meisterbrieferfordernisses .....	12
1. Belastende Effekte .....	12
2. Nutzeneffekte .....	14
<b>Teil 2: Verfassungsrechtlicher Rahmen des bestehenden bzw. eines künftigen Meisterbrieferfordernisses im Handwerk.....</b>	<b>15</b>
<b>A. Das Meisterbrieferfordernis zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG.....</b>	<b>15</b>
I. Struktur der Rechtfertigungsprüfung.....	15

II.	Zuordnung des Meisterbrieferfordernisses .....	16
<b>B.</b>	<b>Legitime öffentliche Zwecke in Gestalt besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter .....</b>	<b>18</b>
I.	Allgemeine Anforderungen .....	18
1.	Begriffsbestimmung .....	18
2.	Ausreichen objektiver Zwecke .....	19
3.	Verfassungsgerichtliche Kontrolldichte und etwaige Ermittlungs- und Nachweispflichten .....	22
II.	Der Kreis der (benannten oder objektiv bestehenden) rechtfertigenden Zwecke .....	24
1.	Rechtsgüterschutz .....	24
a)	Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit.....	25
b)	Abwehr von Gefahren für andere Rechtsgüter (Verbraucherschutz, teilweise Umwelt- bzw. Kulturgüterschutz).....	26
aa)	Verbraucherschutz .....	26
bb)	Umweltschutz und Energieeffizienz.....	28
cc)	Kulturgüterschutz .....	28
2.	Wirtschafts- inkl. arbeitsmarkt- sowie bildungspolitische Zwecke.....	28
a)	Sicherung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft ....	28
b)	Handwerksbezogene Mittelstandsförderung .....	30
c)	Verbesserung der Markteffizienz .....	31
d)	Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen .....	31
III.	Zwischenergebnis .....	33
<b>C.</b>	<b>Verhältnismäßigkeit.....</b>	<b>34</b>
I.	Geeignetheit .....	34
1.	Anforderungen und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte .....	34
2.	Ermittlungs- und Nachweispflichten? .....	36
3.	Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses .....	37
a)	Einschlägige Rechtsprechung .....	37
b)	Geeignetheit je verfolgtem Zweck.....	39
4.	Zwischenergebnis .....	42

II.	Erforderlichkeit.....	42
1.	Anforderungen und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte .....	42
2.	Ermittlungs- und Nachweispflichten? .....	43
3.	Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses.....	44
	a) Einschlägige Rechtsprechung .....	44
	b) Erforderlichkeit je verfolgtem Zweck .....	46
4.	Zwischenergebnis .....	48
III.	Zumutbarkeit .....	48
1.	Anforderungen und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte .....	49
2.	Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses.....	50
	a) Abschließende Charakterisierung der Eingriffswirkung .....	50
	b) Relevanz der Ausnahmeregelungen.....	50
	aa) Unzumutbarkeit da Systemwiderspruch? .....	51
	bb) Bewirkung von Zumutbarkeit .....	52
	c) Relevanz der sog. Inländerdiskriminierung? .....	53
	aa) Phänomen .....	53
	bb) Rechtliche Bedeutung .....	54
	cc) Diesbezügliche Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses .....	57
	d) Teilgruppenbildung mit Typisierungsspielraum.....	60
	e) Zwischenergebnis.....	62
IV.	Zwischenergebnis .....	63
<b>D.</b>	<b>Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG .....</b>	<b>63</b>
I.	Erörterungsbedürftige Fragen .....	63
II.	Relevante Ungleichbehandlung.....	64
1.	Gegenüber dem Reisehandwerk? .....	65
2.	Gegenüber der Industrie? .....	66
3.	Falls Rückführung nur einzelner B1-Handwerke in die Anlage A zur HwO?.....	67
III.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der relevanten Ungleichbehandlungen.....	67
1.	Inhaltliche Bestimmung des Prüfungsmaßstabs .....	67
2.	Hilfsweise: Gegenüber dem Umgang mit dem Reisehandwerk .....	68

3.	Gegenüber dem Umgang mit der industriellen Leistungserbringung.....	69
4.	Hilfsweise: Falls Rückführung nur einzelner B1-Handwerke.....	69
IV.	Zwischenergebnis.....	70
<b>E.</b>	<b>Verfassungsrechtlicher Rahmen des Übergangsregimes .....</b>	<b>70</b>
I.	Ausgangslage.....	70
II.	Mindestens Notwendigkeit einer schonenden Übergangsregelung.....	71
III.	Annahme der Erhaltung bestehender Berechtigungen.....	72
<b>F.</b>	<b>Gesamtergebnis .....</b>	<b>73</b>
<b>Teil 3:</b>	<b>Zertifizierung als etwaiges Alternativmodell einer zugleich berufsqualifizierenden Eröffnungskontrolle für B1-Handwerke? .....</b>	<b>75</b>
<b>A.</b>	<b>Ausgangsüberlegungen.....</b>	<b>75</b>
<b>B.</b>	<b>Zertifizierte Handwerkerin bzw. zertifizierter Handwerker .....</b>	<b>76</b>
I.	Umriss .....	76
II.	Nachteile .....	77
<b>Teil 4:</b>	<b>Europarechtlicher Rahmen einer Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO .....</b>	<b>79</b>
<b>A.</b>	<b>Anforderungen aus der Berufsankennungsrichtlinie? .....</b>	<b>79</b>
I.	Zielsetzung und Anwendungsbereich.....	80
II.	Materielle Anforderungen .....	80
III.	Formelle Anforderungen: Prüfungs- und Mitteilungspflicht.....	81
<b>B.</b>	<b>Eingreifen der Dienstleistungsrichtlinie? .....</b>	<b>81</b>
I.	Zielsetzung und Anwendungsbereich.....	81
II.	Verhältnis zur Berufsankennungsrichtlinie .....	83
III.	Zusammenfassung.....	84

<b>C.</b>	<b>Anforderungen aus den Grundfreiheiten? .....</b>	<b>84</b>
I.	Anwendbarkeit.....	84
II.	Fehlende Rechtfertigungspflichtigkeit.....	86
III.	Hilfsweise: Rechtfertigungsfähigkeit nach allgemeinen Grundsätzen? .....	90
1.	Kreis der anerkannten Gründe bzw. Zwecke .....	90
2.	Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	92
<b>D.</b>	<b>Anforderungen aus der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie? .....</b>	<b>95</b>
I.	Entwicklung .....	95
II.	Anwendungsbereich .....	97
III.	Hilfsweise: Keine materiellen Anforderungen .....	99
IV.	Hilfsweise: Formelle Pflicht zur Ex-ante-Prüfung neuer Maßnahmen und zur Transparenz .....	99
1.	Beifügung einer Erläuterung .....	99
2.	Gegenstand der Erläuterung.....	101
a)	Verhältnismäßigkeit .....	101
b)	Notwendigkeit primärrechtskonformer Auslegung 101 der Richtlinie.....	101
c)	Hinweise zu den Zwecken (Ziele des Allgemeininteresses) ....	102
d)	Konkretisierungs- und Strukturierungshilfen zu Geeignetheit und Erforderlichkeit.....	103
<b>E.</b>	<b>Gesamtergebnis.....</b>	<b>104</b>

## Teil 1: Ausgangslage und Bedeutung des Meisterbrieferfordernisses

### A. Fragestellung und Aufbau

#### I. Aktuelle politische Pläne

Der am 12.3.2018 zwischen CDU, CSU und SPD geschlossene Koalitionsvertrag der Legislaturperiode 2017 – 2021 mit dem Titel „Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“ erklärt zunächst das Handwerk „mit rund 1 Million Betriebe mehr als 5,3 Millionen Erwerbstätigen“ zu einer „tragenden Säule des deutschen Mittelstands“ (Zeile 2814 f.). Es sei „hoch innovativ, regional verankert und erschließt durch seine leistungsfähigen Unternehmen auch erfolgreich neue Märkte auf europäischer und internationaler Ebene.“ Die Koalitionspartner wollen sich daher „auf europäischer Ebene ... weiter für den Fortbestand bewährter Qualifikationsstandards einsetzen und lehnen die Einführung des Herkunftslandprinzips ab.“

In dem mit „Fachkräftebedarf“ überschriebenen Abschnitt (Zeile 2954 ff.) heißt es sodann, dass „berufliche und akademische Bildung ... gleichwertig“ sind und weiterhin „Selbstständigkeit, Unternehmertum und die Vermittlung von handwerklichen Berufsbildern“ gefördert werden sollen. Dann wird wörtlich wie folgt formuliert:

*„Wir werden den Meisterbrief erhalten und verteidigen. Wir werden prüfen, wie wir ihn für einzelne Berufsbilder EU-konform einführen können.“*

Bereits im Vorfeld der Bundestagswahl vom 24.9.2017 sind vergleichbare Formulierungen in das Wahlprogramm der CDU aufgenommen worden.<sup>1</sup> Im Wahlprogramm der

---

<sup>1</sup> Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne Leben. Regierungsprogramm 2017 – 2021 der CDU/CSU, S. 14. Vgl. zuvor bereits einen Parteitagsbeschluss vom Dezember 2016, der die „Prüfung einer Wiedereinführung der Meisterpflicht für neu gegründete Unternehmen für die im Zuge der Handwerksreform betroffenen 53 Berufe, in denen dies verfassungs- und europarechtskonform möglich ist“ (Beschluss C 51) ankündigt.

SPD findet sich die Formulierung, dass „das System der zulassungspflichtigen Handwerksberufe sowie der Meisterbrief“ gestärkt werden soll.<sup>2</sup> Im Wahlprogramm der FDP ist schließlich von einer Stärkung des „erfolgreichen beruflichen Bildungssystems ... , zu dem die duale Ausbildung und die Abschlüsse der höheren beruflichen Bildung (z.B.: Meister ... gehören)“ die Rede.<sup>3</sup>

## II. Rechtliche Herausforderungen

Die Beurteilung eines dahingehenden Vorhabens am Maßstab des höherrangigen Rechts muss berücksichtigen, dass das Meisterbrieferfordernis auf der verfassungsrechtlichen Ebene auch im Hinblick auf die bislang von ihm erfassten Handwerke immer wieder angezweifelt wird und seine Ausweitung daher neue und alte Legitimationsfragen sowie Abgrenzungsprobleme aufwerfen könnte. Daher empfiehlt es sich insoweit, Ausweitung *und* Erhaltung einer Untersuchung am Maßstab des höherrangigen Rechts zu unterziehen und übergreifend auch potenzielle neue Legitimationszwecke einzubeziehen. Die bisher ergangenen Gerichtsentscheidungen beziehen sich ebenso wie die Kommentar- und Aufsatzliteratur entweder auf die mit der HwO-Novelle 2004 verfolgten politischen Zwecke oder sogar noch auf die in der Zeit zwischen 1953 und 2003 maßgebliche politische Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses.

Im Mittelpunkt von Teil 1 steht daher zunächst die bisherige Entwicklung (B) und dann die systematische Einordnung der durch das Meisterbrieferfordernis bewirkten Eröffnungskontrolle im Handwerksrecht. Wichtig ist auch die konkrete Erfassung von dessen Belastungswirkung. Denn es fällt auf, dass in nahezu allen Beiträgen zur verfassungs- und europarechtlichen Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses eine nähere Beschreibung von dessen Belastungswirkung (und damit des Gewichts des sodann zu rechtfertigenden Eingriffs in die Grundrechte bzw. Grundfreiheiten) fehlt. Namentlich das Bundesverfassungsgericht begnügt sich in seinem viel zitierten Kammerbeschluss vom 5.12.2005<sup>4</sup> mit einem bloßen Verweis auf die Einschätzung von *Ehlers* in seinem

---

<sup>2</sup> Zeit für mehr Gerechtigkeit. Unser Regierungsprogramm für Deutschland., S. 18.

<sup>3</sup> Denken wir neu. Das Programm der Freien Demokraten zur Bundestagswahl 2017: „Schauen wir nicht länger zu.“, S. 33.

<sup>4</sup> 1 BvR 1730/02, DVBl. 2006, S. 244 („der große zeitliche, fachliche und finanzielle Aufwand, den die Meisterprüfung erfordert“).

Lehrbuch zum „Besonderen Verwaltungsrecht“, welcher aber seinerseits ohne jeden Beleg lediglich die gleiche Formulierung verwendet<sup>5</sup> (näher C).

Im weiteren Verlauf dieser Untersuchung geht es um den Verfassungsrahmen einer etwaigen Rückführung nebst damit verbundener Übergangsprobleme (Teil 2). Teil 3 ist einem etwaigen alternativen Modell einer Eröffnungskontrolle betreffend die bisherigen B1-Handwerke gewidmet, bevor im abschließenden Teil 4 der europarechtliche Rahmen sowohl für eine etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO als auch jenes etwaigen Alternativmodells ausgeleuchtet wird.

## **B. Ziele und Konzept der Handwerksnovelle 2004**

### **I. Entwicklung**

Ausgehend von einer Ankündigung des damaligen Bundeskanzlers *Schröder* in seiner Regierungserklärung vom 14.3.2003 sind über das Jahr 2003 Entwürfe für eine sog. kleine HwO-Novelle (betreffend die Förderung von Kleinunternehmen)<sup>6</sup> und für eine sog. große HwO-Novelle, die ursprünglich die Reduzierung der vormals meisterpflichtigen Handwerke der Anlage A um 62 (auf 29) Handwerke enthalten hatte, vorgelegt worden.<sup>7</sup> Die Bundestagsfraktionen der CDU/CSU und der FDP haben im Folgenden eigene Anträge in den Bundestag eingebracht, der Bundesrat hat in einer ersten Stellungnahme umfangreich Kritik geübt.<sup>8</sup> Am 4.7.2003 hat der Freistaat Bayern einen von den Ländern Thüringen und Hessen als Mit Antragsteller unterstützten alternativen Gesetzentwurf eingebracht,<sup>9</sup> der mit kleineren Änderungen am 17.10.2003 mit der Mehrheit der unionsgeführten Länder vom Bundesrat verabschiedet worden ist.<sup>10</sup> Der Vermittlungsausschuss hat sich mit all diesen Entwürfen befasst und am 16.12.2003 eine Beschlussempfehlung unterbreitet,<sup>11</sup> die u.a. eine Reduzierung nicht auf 29, sondern auf lediglich 41 Handwerke zum Inhalt hatte. Des Weiteren wurde in diesem Stadium

---

<sup>5</sup> In der aktuellen Auflage seiner Darstellung in: ders./Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 3. Aufl. 2012, § 19 Rn. 10.

<sup>6</sup> BT-Drs. 15/1089.

<sup>7</sup> Entwurf der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 15/1206) und inhaltlich identischer Regierungsentwurf (BT-Drs. 15/1481), nach dem im Folgenden zitiert wird.

<sup>8</sup> BR-Drs. 382/03.

<sup>9</sup> BR-Drs. 466/03.

<sup>10</sup> BT-Drs. 15/2138.

<sup>11</sup> BT-Drs. 15/2246.

der Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit um dem Zweck der Förderung der Ausbildungsleistung ergänzt (vgl. II). Die Beschlussempfehlungen des Vermittlungsausschusses hat der Bundestag in seiner 84. Sitzung am 19.12.2003 angenommen; der Bundesrat hat in seiner 795. Sitzung am gleichen Tag beiden Gesetzen zugestimmt.<sup>12</sup> Die dadurch neu gefasste Handwerksordnung ist im Bundesgesetzblatt 2003 (Bd. 1) auf S. 2933 veröffentlicht worden und im Wesentlichen zum 1.1.2004 in Kraft getreten. Daher kann nachfolgend von „HwO-Novelle 2004“ gesprochen werden.

Zwischen 1953 und Ende 2003 waren in der Anlage A zur HwO als meisterprüfungspflichtige Handwerke 94 Handwerke verzeichnet. Durch die HwO-Novelle 2004 sind 53 von ihnen aus der Anlage A herausgenommen worden. Sie bilden seither die neu gebildete Gruppe der sog. zulassungsfreien Handwerke und sind im Ersten Abschnitt der Anlage B (B1-Handwerke) zusammengefasst. Die in der vorherigen Anlage B enthaltenen 57 sog. handwerksähnlichen Gewerbe sind nunmehr im Zweiten Abschnitt der neuen Anlage B aufgeführt (B2-Gewerbe); diese Kategorie wird in der vorgelegten Untersuchung nicht näher betrachtet. Die fortbestehende Gemeinsamkeit zwischen den A- und den B1-Handwerken besteht darin, dass alle erfassten Handwerke weiterhin Vollhandwerke sind; entgegen der ursprünglichen Vorstellung im Gesetzentwurf des Bundesrats<sup>13</sup> ist keine vollständige Abwanderung der aus der Anlage A herausgenommenen Vollhandwerke in die Gruppe der handwerksähnlichen Gewerbe erfolgt.<sup>14</sup> Der Kreis der B1-Handwerke besteht aus recht unterschiedlichen Berufen. So befinden sich dort neben Bauhandwerksberufen wie Fliesen-, Platten- und Mosaikleger (Nr. 1), Betonstein- und Terrazzohersteller (Nr. 2) sowie Estrichleger (Nr. 3) die Lebensmittelhandwerke Müller, Brauer und Meltzer, Weinküfer (Nrn. 28-30), Berufe, die mit Kulturgütern umgehen wie die Instrumentenbauer (Nr. 44-51), die Vergolder (Nr. 52) oder die Buchbinder (Nr. 39), noch deutlich künstlerisch orientierte Berufe wie Gold- und

---

<sup>12</sup> BR-Drs. 946/03 und 947/03. Die gesamte Entwicklungsgeschichte ist dokumentiert bei *Korrmann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, 2004, S. 13 ff.

<sup>13</sup> BT-Drs. 15/2138, S. 1 (5, 10, 13).

<sup>14</sup> Der Bundesrat schlug vor, die Zuordnung in die Anlagen A und B zu belassen und die handwerksähnlichen Gewerbe der Anlage B in „handwerkliche Gewerbe“ umzubenennen, um sie aufzuwerten (BT-Drs. 15/2138, S. 13); vgl. *Schreiner*, in Schwannecke (Hrsg.), HwO-Kommentar, § 1 Rn. 15.

Silberschmiede (Nr. 11), die Modisten (Nr. 21), die Glas- und Porzellanmaler (Nr. 36) und die Fotografen (Nr. 38) oder auch die Textilgestalter (Nr. 20).

## II. Verfolgte Regelungszwecke

Bis zur HwO-Novelle 2004 zielte das Meisterbrieferfordernis auf den Schutz und die Erhaltung des Handwerks als „volkswirtschaftlich unentbehrlichen Zweig der gewerblichen Wirtschaft und einem besonders wichtigen Teil des Mittelstandes“.<sup>15</sup> Er bezog sich ausweislich des von den Fraktionen von CDU/CSU, FDP und DP eingebrachten Gesetzentwurfs<sup>16</sup> ausdrücklich gegen die zum Ende der Weimarer Republik in Gang gekommenen Bestrebungen, „Bestimmungen zur Vermeidung der Verdrängung und der Aufsaugung der handwerklichen Kleinbetriebe durch wirtschaftlich Stärkere“ zu erlassen. Neben dem Ziel der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks wurde als zweites Ziel das der Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft formuliert.<sup>17</sup> Die einzige Partei, die seinerzeit gegen die entsprechenden Bestimmungen der HwO gestimmt hatte, war bemerkenswerterweise die KPD.

Wie bereits angedeutet (I), setzte die Bundesregierung in ihrem Entwurf für eine große HwO-Novelle im Jahr 2003 stattdessen ausschließlich auf den Zweck der Abwehr von Gefahren des jeweiligen Handwerks, und explizit nicht mehr auf die bisherigen Zwecke der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks sowie der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft.<sup>18</sup> Hierbei ging es ausschließlich um „Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter“.

Das politische Klima jener Zeit beschreibt das Sondergutachten 2002 der Monopolkommission „Reform der Handwerksordnung“. Danach wurde als die „größte wirtschaftliche Herausforderung“ die „hohe und auf hohem Niveau verfestigte Arbeitslosigkeit“ verstanden (S. 3); insoweit sollte die Beseitigung des Meisterbrieferfordernisses einen Gründerboom mit anstoßen helfen, während das im Koalitionsvertrag 2018 verfolgte Ziel des Fachkräftemangels überhaupt keine Rolle spielte. Den durch den Bundesrat ins Spiel gebrachten weiteren Zwecken der Ausbildungsleistung und des

---

<sup>15</sup> So die Formulierung nach BVerfGE 13, 97 (108).

<sup>16</sup> BT-Drs. 1/1428, S. 17.

<sup>17</sup> Näher dokumentiert in BVerfGE 13, 97 (108 f.).

<sup>18</sup> BT-Drs. 15/1481, S. 1.

Schutzes wichtiger Gemeinschaftsgüter, namentlich des Verbraucherschutzes,<sup>19</sup> konnte die Bundesregierung zunächst nichts abgewinnen.<sup>20</sup> Der Vermittlungsausschuss und ihm folgend Bundestag und Bundesrat haben aber schlussendlich das Kriterium der Gefahrgeneigtheit um das der Ausbildungsleistung ergänzt, wie sich aus der „Erklärung der Berichterstatter des Vermittlungsausschusses an die parlamentarischen Gremien“<sup>21</sup> erschließt. Die Formulierung lautet wörtlich: „Auf Wunsch des Vermittlungsausschusses soll die Anlage A gegenüber dem Entwurf der Bundesregierung erweitert werden. Dabei werden die Gefahrgeneigtheit und die Ausbildungsleistung als entscheidende Kriterien für die Festlegung der Zugehörigkeit zur Anlage A der Handwerksordnung angesehen. Gefahrgeneigt sind solche Handwerke, deren fachgerechte Ausübung mit dem Ziel der Vermeidung von Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter in der Regel eine besonders gründliche Ausbildung erfordert. In der Anlage A verbleiben auch Gewerbe, die einem bedeutsamen Beitrag zur Sicherung des Nachwuchses nicht nur im Handwerk selber, sondern zum Teil auch darüber hinausgehend für die gesamte gewerbliche Wirtschaft leisten. Die Kriterien der Gefahrgeneigtheit und der Ausbildungsleistung treffen bei einer Anzahl von Gewerben kumulativ zu.“

Wie bereits festgestellt, wurde daher eine Reduktion auf lediglich 41 statt auf 29 Handwerke vorgenommen.

### III. Die wichtigsten Inhalte

Die HwO-Novelle 2004 hat nicht nur die beschriebene Einschränkung des Meisterbriefanfordernisses bewirkt, sondern eine ganze Reihe weiterer Änderungen. Diese betreffen das hier nicht näher beleuchtete Organisationsrecht des Handwerks<sup>22</sup>, den Anwendungsbereich der HwO (§ 1 Abs. 2), die sog. Altgesellenregelung (§ 7b HwO) und den Umgang mit handwerklichen Neben- und Hilfsbetrieben (§ 3 HwO).<sup>23</sup> Von erheblicher Bedeutung sind ferner die Aufhebung des Inhaberprinzips (§ 7 Abs. 1 HwO) und der erleichterte Zugang für Ingenieure, Techniker und Industriemeister (§ 7 Abs. 2 HwO). All diese Regelungen sind innerhalb der nachfolgend zu prüfenden Rechtfertigung

---

<sup>19</sup> BR-Drs. 382/03, 63 und BT-Drs. 15/2138.

<sup>20</sup> Dies ist näher geschildert bei *Kormann/Hüpers*, S. 21 f.

<sup>21</sup> Protokoll des Bundesrates, 795. Sitzung vom 19.12.2003, S. 517.

<sup>22</sup> Vgl. zu den insoweit bewirkten Änderungen nur *Kormann/Hüpers*, S. 66 ff., 33 f.

<sup>23</sup> Vgl. dazu *Kormann/Hüpers*, S. 52 f.; *Bulla*, *GewArch* 2012, S. 471 f.

tigung des Meisterbrieferfordernisses ebenso von Bedeutung wie die in § 7a HwO vorgesehene sog. Ausübungsberechtigung zwecks Erweiterung bestehender Handwerksbetriebe und die Möglichkeit der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO trotz fehlender Meisterprüfung, die insbesondere zur Bewältigung von Härtefällen, etwa gesundheitlicher Art, dienen. Dabei wird für die Zwecke dieser Untersuchung davon ausgegangen, dass all diese Regelungen auch im Falle einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO im Hinblick auf den sodann erweiterten Kreis der meisterpflichtigen Handwerke fortbestehen würden. Gesondert sind die für EU-Ausländer geltenden Bestimmungen der §§ 7 Abs. 2a, 9 und 50a sowie 50b HwO zu beleuchten.

## **C. Systematische Einordnung und Bedeutung der zugleich berufsqualifizierenden Eröffnungskontrolle im Handwerksrecht**

### **I. Eröffnungskontrollen im Recht der Wirtschaftsüberwachung**

#### **1. Spektrum**

Eröffnungskontrollen finden sich insbesondere im Wirtschaftsverwaltungs- und im Umweltrecht, und sie zielen auf die Aufnahme wirtschaftlicher Tätigkeiten. Die schwächste Form der Eröffnungskontrolle sind Anzeigepflichten, wie sie sich in der HwO gegenwärtig im Hinblick auf die B1-Handwerke finden (II 2). Sie bewirken eine Verfahrenserleichterung gegenüber Genehmigungsverfahren bei gleichzeitiger Befriedigung eines dennoch erkannten Bedürfnisses nach präventiver Kontrolle der betreffenden Tätigkeit. Ferner ermöglichen sie es den zuständigen Behörden, Informationen zu erlangen, um ggf. nachträglich gegenüber der betreffenden wirtschaftlichen Tätigkeit Maßnahmen verfügen zu können.<sup>24</sup> Demgegenüber wird mit einem Genehmigungs-, Erlaubnis- bzw. (wie unter der HwO) Zulassungsverfahren ein sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt errichtet: Die beabsichtigte Tätigkeit (hier: die Betätigung in einem A-Handwerk) ist von Verfassungsrechts wegen grundsätzlich erlaubt, der Gesetzgeber möchte aber bestimmte, von ihm festgelegte Vorhaben durch die zuständigen Verwaltungsbehörden im Hinblick auf den Einzelfall überprüfen lassen; ergibt die Prüfung, dass sämtliche Genehmigungs-, Erlaubnis- bzw. Zulassungsvoraussetzungen vorliegen, muss die entsprechende Genehmigung, Erlaubnis bzw. Zulassung erfolgen.

<sup>24</sup> Näher analysiert bei *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, S. 111 ff.

Während im Umweltrecht sog. Sacherlaubnisse dominieren, hat man es im Wirtschaftsverwaltungsrecht primär mit Personal- bzw. mit gemischten Personal- und Sacherlaubnissen zu tun. Das Institut der öffentlich-rechtlichen Genehmigung hat eine lange Tradition und geht in seinen Grundzügen auf *Otto Mayer* zurück.<sup>25</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Mechanismus der Eröffnungskontrolle bescheinigt, dass er im Vergleich mit der Alternative eines repressiven Vorgehens grundsätzlich effizienter ist, um jeweils infrage stehende Allgemeinwohlzwecke verwirklichen zu können.<sup>26</sup> Die Erteilung einer Genehmigung/Erlaubnis bzw. Zulassung hängt je nach betroffener Materie des Besonderen Wirtschaftsverwaltungsrechts von der Erfüllung sehr unterschiedlicher Voraussetzungen ab. Im Gewerbebereich steht regelmäßig die sog. Zuverlässigkeit im Mittelpunkt (vgl. z.B. § 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO), hinzu treten teilweise sog. Unterrichtungspflichten, bei denen die Teilnahme an einem Unterricht, jedoch ohne Abschluss mit einer Prüfung nachgewiesen werden muss (sog. Unterrichtsnachweis; vgl. z.B. § 34a Abs. 1a S. 1 Nr. 2 GewO), teilweise wird darüber hinaus auch die Ablegung einer Prüfung hinsichtlich der Sachkunde verlangt (sog. Sachkundenachweis; vgl. z.B. § 34a Abs. 1a S. 2 GewO). In jüngerer Zeit wird rechtspolitisch immer wieder eine Ausdehnung dieser Genehmigungs- bzw. Zulassungsvoraussetzung für bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten gefordert, so etwa für weitere Tätigkeiten innerhalb des Bewachungsgewerbes<sup>27</sup> oder für das Aufstellen und Betreiben von Glücksspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit.<sup>28</sup>

## 2. Befähigungsnachweise als zugleich berufsqualifizierende Instrumente

Eine weitere Steigerung gegenüber den Sachkundenachweisen, die zwar von den Betroffenen je nach Ausgestaltung erhebliche Anstrengungen verlangen, aber keinerlei berufsqualifizierenden Charakter im eigentlichen Sinne besitzen, stellt das Verlangen von sog. Befähigungsnachweisen dar. Wichtige Beispiele sind hierfür neben dem Erfordernis der Ablegung von Staatsexamina vor einer wirtschaftlichen Betätigung als Arzt oder Rechtsanwalt u.a. die Anforderungen an den selbstständigen Betrieb eines

---

<sup>25</sup> Zum ganzen *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 9 Rn. 52 ff.; ausführlicher *Burgi/Durner*, Modernisierung, S. 49 ff.; ferner *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2015, S. 201 f.

<sup>26</sup> BVerfGK 14, 328 (334).

<sup>27</sup> Vgl. *Stober*, GewArch 2002, S. 129 (133).

<sup>28</sup> Dazu jüngst ausführlich *Waldhoff*, GewArch 2018, S. 89 ff.

zulassungspflichtigen (also A-) Handwerks. Die (obgleich nicht mehr in der HwO) oftmals noch verwendete Bezeichnung des Meisterbriefs als „Großer Befähigungsnachweis“ geht auf die Gewerbeordnung von 1881 zurück, wonach ein solcher Nachweis die Voraussetzung für die Ausübung eines bestimmten Gewerbes, der sog. Kleine Befähigungsnachweis hingegen die Voraussetzung für die Ausbildung von Lehrlingen bezeichnete.<sup>29</sup>

In Fällen dieser Art belässt es der Staat nicht bei der Formulierung bestimmter Sachkundeanforderungen, die sodann in einer abschließenden Prüfung nachgewiesen werden müssen. Vielmehr normiert er einen Ausbildungsweg, der mit einem durch die staatliche Rechtsordnung anerkannten Abschluss enden soll und in seinen Einzelheiten näher normativ ausgestaltet sowie administrativ begleitet ist. Diejenigen, die den entsprechenden Ausbildungsweg eingeschlagen, erfüllen damit nicht „nur“ eine zentrale materielle Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung/Erlaubnis bzw. Zulassung, sondern sie erwerben zugleich einen innerhalb dieses Systems anerkannten Bildungsabschluss, der wiederum Anknüpfungspunkt für staatliche Förder- und Unterstützungsmaßnahmen einschließlich weiterer Qualifizierungsmaßnahmen sein kann. Hinzu kommt ein nicht zu unterschätzender Werbeeffekt. In der Summe verbinden sich hier Elemente der Eingriffsverwaltung (Eröffnungskontrolle als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) mit Elementen der Leistungsverwaltung, was bei der grundrechtlichen Beurteilung nicht ohne Einfluss bleiben kann.

## **II. Gegenwärtige Rechtslage bei A-Handwerken und B1-Handwerken**

### **1. Anlage A-Handwerke**

#### *a) Eintragungsvoraussetzung Meisterprüfung*

Die selbstständige Ausübung eines Anlage A-Handwerks bedarf nach § 1 Abs. 1 HwO einer „Zulassung“; die entsprechenden Handwerke sind mithin „zulassungspflichtige Handwerke“. Voraussetzung für die Zulassung ist gemäß § 1 Abs. 1 HwO die Eintragung der betreffenden (natürlichen oder juristischen Person oder Personengesellschaft) in die Handwerksrolle. Um in die Handwerksrolle eingetragen werden zu können, muss alternativ eine von mehreren in § 7 genannten Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sein. Neben den bereits erwähnten Fällen des Erwerbs einer Ingenieurs-

---

<sup>29</sup> Näher dokumentiert bei *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, 2009, S. 61.

oder anderer gleichwertiger Prüfung (§ 7 Abs. 2), der Inhaberschaft einer der Ausnahmegewilligungen nach §§ 8 und 9 oder des Vorhandenseins von Ausübungsberechtigungen nach § 7a und § 7b HwO besteht die nach dem Konzept des § 7 HwO als Regelfall anzusehende Eintragungsvoraussetzung im Bestehen einer Meisterprüfung nach § 7 Abs. 1a HwO.<sup>30</sup> Dieses Erfordernis muss entweder durch den Inhaber des Handwerksbetriebes selbst oder bei dem „Betriebsleiter“ (§ 7 Abs. 1 S. 1 HwO) erfüllt sein. Zweck des Meisterprüfungserfordernisses ist gemäß § 45 Abs. 2 HwO festzustellen, „ob der Prüfling befähigt ist, ein zulassungspflichtiges Handwerk meisterhaft auszuüben und selbstständig zu führen sowie Lehrlinge ordnungsgemäß auszubilden.“ Von der Meisterprüfung als Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle (und mithin für die Zulassung zum betreffenden Handwerk) zu unterscheiden sind die Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung. Gemäß § 49 Abs. 1 HwO ist im Normalfall die vorherige Ablegung der Gesellenprüfung in dem betreffenden zulassungspflichtigen Handwerk, in dem nun die Meisterprüfung abgelegt werden soll, die Voraussetzung zur Zulassung zur Meisterprüfung; § 49 sieht wiederum verschiedene Erleichterungen bzw. Ausnahmen vor. Die Voraussetzungen für die Zulassung zur Gesellenprüfung und deren Inhalte sind in den §§ 31 ff. HwO normiert. Von großer Bedeutung ist die Feststellung, dass es daneben keine weitere Zulassungsvoraussetzung für die Zulassung zur Meisterprüfung (mehr) gibt. Bis 2004 bestand eine zusätzliche Voraussetzung für die Zulassung zur Meisterprüfung darin, dass der Antragsteller eine mehrjährige praktische Tätigkeit (nach der Gesellenprüfung) im einschlägigen Handwerk absolviert hatte.<sup>31</sup> Neben der Möglichkeit, das Meisterbriefe Erfordernis nicht selbst, sondern in der Person eines Betriebsleiters erfüllen zu können (vgl. soeben) und der sogleich vorzustellenden sog. Altgesellenregelung handelt es sich hierbei um die dritte wichtige Erleichterung im Regime der Eröffnungskontrollen für Anlage A-Handwerke durch die Handwerksnovelle 2004.

---

<sup>30</sup> Nach dem normativen Konzept und auch nach der Praxis stellt die Ablegung der Meisterprüfung den Regelfall dar; nach Zahlen aus dem Jahr 2007 verfügten 65,1 % der selbstständigen Handwerksbetriebe über einen Meisterbrief (Zahlen nach Müller, Existenzgründungen mit Meisterbrief, Göttinger Handwerkswirtschaftliche Arbeitshefte 59 (2008), S. 12).

<sup>31</sup> Vgl. zur früheren Rechtslage Kormann/Hüpers, Handwerksrecht, S. 62.

b) *Eintragungsvoraussetzung Altgesellenstatus*

Gemäß § 7 Abs. 7 i.V.m. § 7b HwO ist in die Handwerksrolle schließlich derjenige einzutragen, der (wiederum im Grundfall) eine Gesellenprüfung in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk bestanden hat (§ 7b Abs. 1 Nr. 1) *und* in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk „eine Tätigkeit von insgesamt sechs Jahren ausgeübt hat, davon insgesamt vier Jahre in leitender Stellung“ (Nr. 2 S. 1). Mit dieser sog. Altgesellenregelung kann durch Zeitablauf plus nachgewiesener Erfahrung das Meisterprüfungserfordernis substituiert werden.<sup>32</sup>

Dieser alternative Weg zur Eintragung in die Handwerksrolle und damit zur Zulassung zu einem Anlage A-Handwerk ist allerdings nicht eröffnet für das Schornsteinfegerhandwerk (Anlage A Nr. 12) und die Gesundheitshandwerke der Anlage A Nr. 33 - 37; in diesen Fällen kommt allerdings bei Vorliegen der Voraussetzungen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO in Betracht.

Führt die sog. Altgesellenregelung somit zur Erfüllung der Voraussetzungen für die Zulassung zu einem Anlage A-Handwerk, so verbindet sich mit ihr (dies im Unterschied zu den Absolventen der Meisterprüfung; vgl. § 22b Abs. 2 Nr. 1 HwO) aber noch nicht die Befugnis zur Ausbildung von Lehrlingen. Hierfür bedarf es gemäß § 22b Abs. 2 Nr. 2 lit. b) zusätzlich des Bestehens von Teil IV der Meisterprüfung; im Teil IV der Meisterprüfung geht es gemäß § 45 Abs. 3 HwO um den Nachweis berufs- und arbeitspädagogischer Kenntnisse.<sup>33</sup>

## 2. **Anlage B1-Handwerke**

Die HwO fasst in der Anlage B1 sämtliche seit der Handwerksnovelle 2004 zulassungsfreien Handwerke zusammen und regelt sie zusammen mit den sog. handwerksähnlichen Gewerben in den §§ 18 – 20 HwO. Wie bereits eingangs erwähnt, findet hier keine Eröffnungskontrolle in Gestalt einer Genehmigung/Erlaubnis bzw. Zulassung statt. In Gestalt der Anzeigepflicht nach § 18 Abs. 1 HwO hat sich der Gesetzgeber

---

<sup>32</sup> *Bulla*, Berufswahl, S. 145, weist zutreffend darauf hin, dass ein bloßes „Ersitzen“ der Eintragungsvoraussetzungen bei entsprechender Handhabung des Tatbestandsmerkmals „leitende Stellung“ zu vermeiden ist (und auch vermieden werden kann). Befürchtungen, dass das dem gesetzgeberischen Konzept zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Verhältnis von Meistertitel und Ausübungsberechtigung umgekehrt wird (so u.a. *Stober*, GewArch 2003, S. 393 (395), haben sich nicht bewahrheitet.

<sup>33</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Schwannecke/Heck*, GewArch 2004, S. 129 (136).

vielmehr für die schwächste Form der Eröffnungskontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht entschieden. Dies bedeutet auch, dass für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit in einen B1-Handwerk nicht nur keine Meisterprüfung, sondern auch keine Gesellenprüfung erforderlich ist. Nicht einmal das Verstreichen eines bestimmten Zeitraums des Tätigwerdens in dem betreffenden Handwerk ist vorgesehen. Dies bedeutet, dass buchstäblich jedermann an jedem einzelnen Tag nach erfolgter Anzeige gegenüber der zuständigen Stelle mit einer Tätigkeit beispielsweise als Fliesen-, Platten- und Mosaikleger (Nr. 1), als Brauer & Mälzer (Nr. 20; mithin in einem Lebensmittelberuf) tätig werden kann.

§ 51a eröffnet diesem Personenkreis die Option der freiwilligen Meisterprüfung; Voraussetzung hierfür ist das Absolvieren der Gesellenprüfung in einem beliebigen anderen Ausbildungsberuf.<sup>34</sup> Abgesehen von der hierin zum Ausdruck kommenden Hoffnung des Gesetzgebers, dass der freiwillig erworbene Meisterbrief „als Qualitätssiegel nutzbar ... sei und damit die Wettbewerbsposition im Markt stärke“,<sup>35</sup> weist der gesetzliche Regelungsrahmen betreffend die zulassungsfreien B1-Handwerke mithin keinerlei berufsqualifizierenden Elemente auf.

Sollen in einem zulassungsfreien Handwerk Lehrlinge ausgebildet werden, so bedarf es hierfür entweder der Meisterprüfung oder der Gesellenprüfung in einer dem Ausbildungsberuf entsprechenden Fachrichtung (§ 22b Abs. 3 S. 1 Nr. 1 u. 2 HwO) sowie eine „angemessene Zeit“ der praktischen Tätigkeit in dem betreffenden Beruf (nur im Falle der Nr. 2). Gemäß § 22b Abs. 3 S. 3 HwO sind überdies berufs- und arbeitspädagogische Fertigkeiten und Kenntnisse nachzuweisen, deren Erwerb sich nach der Ausbilder-Eignungsverordnung vom 21.1.2009<sup>36</sup> richtet.

### **III. Belastungs- und Nutzeneffekte des Meisterbrieferfordernisses**

#### **1. Belastende Effekte**

Wie bereits eingangs erwähnt, wird bei der bisherigen Befassung mit den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Meisterbrieferfordernisses kurz und knapp behauptet, dass hiermit ein erheblicher Aufwand verbunden sei (A II). Ähnlich pauschal

---

<sup>34</sup> Vgl. *Thiel*, in: Honig/Knörr/Thiel (Hrsg.), HwO, 5. Aufl. 2017, § 51a Rn. 15.

<sup>35</sup> Zitiert nach *Kormann/Hüpers*, Handwerksrecht, S. 65.

<sup>36</sup> BGBl. I, S. 88.

ist auch die teilweise anzutreffende Aussage, dass die Eintragung in die Handwerksrolle aufgrund der sog. Altgesellenregelung (nach Ablauf einer immerhin sechs Jahre währenden Frist) eine „wesentlich weniger belastende Alternative“ gegenüber dem Meisterbrieferfordernis darstelle.<sup>37</sup>

In inhaltlicher Hinsicht ergibt sich der von den Meisteraspiranten zu leistende Aufwand aus den §§ 45 ff. HwO i.V.m. mit darauf gestützten Verordnungen.<sup>38</sup> Neben der Allgemeinen Meisterprüfungsverordnung v. 26.10.2011<sup>39</sup> (AMVO) gibt es auf der Ebene des Allgemeinen Teils die Meisterprüfungsverfahrensverordnung,<sup>40</sup> die bundesweit einheitlich das Prüfungsverfahren regelt. Davon zu unterscheiden sind wiederum die auf der Grundlage des § 50 Abs. 1 S. 2 HwO von der jeweils zuständigen Handwerkskammer mit Genehmigung der obersten Landesbehörde zu erlassenden sog. Meisterprüfungsordnungen, die allerdings seit dem Erlass der MeisterprüfungsverfahrensO einen deutlich geringeren Regelungsbereich haben.

Der Aufwand in finanzieller und in zeitlicher Hinsicht hängt nun von dem jeweils betroffenen Handwerk und dort von sich jeweils aufgrund des sachlichen Charakters der auszuübenden Tätigkeiten ergebenden Anforderungen ab. So kann man dem Internet entnehmen, dass die durchschnittlichen Kosten für eine Meisterprüfung im Fleischerhandwerk bei rund 4.000 € liegen, im Elektrohandwerk hingegen zwischen 9.000 und 10.000 €. Hinzu kommen jeweils Prüfungsgebühren in einer Größenordnung von 800 € und u.U. zeitlich bedingte Verdiensteinbußen. Die finanziellen Belastungen werden teilweise durch bestehende Fördermaßnahmen wie insbesondere das sog. MeisterBAföG deutlich abgemildert. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD ist als politisches Ziel formuliert, dass „in einem ersten Schritt Meisterinnen und Meistern bei bestandener Meisterprüfung die angefallenen Gebühren ganz oder teilweise“ erstattet werden sollen (sog. Meisterbonus, Zeile 2997).

In zeitlicher Hinsicht ist zunächst nochmals der Hinweis wichtig, dass mit der Vorbereitung auf die Meisterprüfung unmittelbar nach Absolvieren der Gesellenprüfung be-

---

<sup>37</sup> So aber BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 9/10, juris, Rn. 37.

<sup>38</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Dietrich*, in: Schwannecke (Hrsg.), Die Deutsche Handwerksordnung. Kommentar, Mustersatzungen und Materialien, Stand 49. Lieferung, Ziffer 400.

<sup>39</sup> BGBl. I, S. 2149.

<sup>40</sup> Vom 17.12.2001 (BGBl. I, S. 4154), zuletzt geändert durch Art. 106 des Gesetzes vom 29. März 2017 (BGBl. I S. 626).

gonnen werden kann, ohne dass also ein weiterer Zeitraum der praktischen Bewährung verstreichen müsste (vgl. bereits B III). Die Dauer der sodann erforderlichen Vorbereitung in einer sog. Meisterschule hängt davon ab, ob diese berufsbegleitend oder in Vollzeit besucht wird, hinzu kommen selbstverständlich jeweils Vorbereitungszeiten und die Dauer der eigentlichen Prüfungsphase. Die Einzelheiten hängen wiederum von dem jeweils betroffenen Handwerk ab. Im Fleischerhandwerk sind beispielsweise für die Teile I und II 320 Stunden anzusetzen, für die Teile III und IV ebenfalls 320 Stunden. In der Summe ergibt dies einen Zeitaufwand von max. einem halben Jahr (in Vollzeit). Rechnet man die Prüfungs- und Vorbereitungszeit hinzu, erscheint eine durchschnittliche Dauer bis zum erfolgreichen Ablegen der Meisterprüfung von rund einem Jahr als realistisch.

## **2. Nutzeneffekte**

Aus rechtlicher Sicht besteht der unmittelbare Nutzen der bestandenen Meisterprüfung in der damit verbundenen Gestattungswirkung: Der erfolgreiche Handwerksmeister wird in die Handwerksrolle eingetragen und darf fortan das zulassungspflichtige Handwerk ausüben. Gemäß § 51 HwO ist die Führung der Bezeichnung „Meister/Meisterin“ geschützt, d.h. nur derjenige, der in dem jeweiligen Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat, darf sich so nennen. Dieser Titelschutz ist zugleich bußgeldbewehrt<sup>41</sup> und entfaltet darüber hinaus selbstverständlich einen Werbeeffect.

Da sich mit der Eröffnungskontrolle mittels des Meisterbriefanfordernisses aufgrund der Verknüpfung mit dem Absolvieren einer Ausbildung nebst erfolgreich bestandener Prüfung zugleich aber ein berufsqualifizierender Effekt verbindet, ergibt sich ein zusätzlicher Nutzen für den betroffenen Unternehmer. Dieser besteht zunächst ganz unmittelbar darin, dass er über die in der Meisterausbildung erlangten Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt, die ihm in der späteren täglichen Ausübung des Handwerks sowohl in technischer als auch in wirtschaftlicher, pädagogischer, etc. Hinsicht wertvolle Dienste leisten können. Eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass er dadurch unternehmerisch erfolgreicher ist und sich auf den relevanten Märkten behaupten kann, ist nicht von der Hand zu weisen. Für die Jahre 2001 bis 2006 ist eine längere sog. Marktverweildauer belegt. Sie blieb in diesen Jahren in den zulassungspflichtigen Handwerken

---

<sup>41</sup> Vgl. *Schwannecke/Heck*, GewArch 2004, S. 137.

nach fünf Jahren mit ca. 70 % konstant, während sie in den zulassungsfreien Handwerken ab 2004 von vormals ebenfalls 70 % auf 45 % abgesunken ist.<sup>42</sup>

Weitere Zusatznutzen können sich daraus ergeben, dass er infolge dieser erworbenen Qualifikation leichter und mit besseren finanziellen Aussichten den Arbeitsplatz bzw. den Betrieb wechseln kann oder auch in der Industrie oder in anderen Branchen Aufstiegschancen finden mag. Auch die erleichterte Aufnahme eines Studiums kann als Zusatznutzen angesehen werden; ähnlich wie über das sog. Programm „Abi plus“ kann eine Anrechnung der Meisterprüfung auf bis zu 50 % der zu erbringenden Leistungsnachweise in Bachelorstudiengängen erfolgen. Dies ist z.B. in Art. 63 Abs. 2 BayHochschulG vorgesehen.

## **Teil 2: Verfassungsrechtlicher Rahmen des bestehenden bzw. eines künftigen Meisterbrieferfordernisses im Handwerk**

Den thematischen Schwerpunkt bildet das Berufsfreiheitsgrundrecht Art. 12 Abs. 1 GG (A bis C). Sollten sich zusätzliche Anforderungen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ergeben, so werden diese im Abschnitt D beleuchtet, bevor unter E eine Zusammenfassung mit Risikoanalyse erfolgt.

### **A. Das Meisterbrieferfordernis zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG**

#### **I. Struktur der Rechtfertigungsprüfung**

Jeder durch den Gesetzgeber bewirkte Eingriff in das Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, dessen Anforderungen bei diesem Grundrecht seit jeher durch die sog. Drei-Stufen-Lehre konkretisiert werden.<sup>43</sup> Danach hat sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung in Orientierung an der Intensität der jeweils infrage stehenden Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen auszurichten. Sowohl die Bestimmung des jeweils rechtfertigenden öffentlichen Zwecks (B) als auch die verschiedenen Unterpunkte der Verhältnismäßigkeitsprüfung, namentlich die Erforderlichkeit und die Angemessenheit (C), erfahren hierdurch eine Vorstrukturierung.

<sup>42</sup> Vgl. Müller, GewArch 2016, S. 54 (55).

<sup>43</sup> Seit BVerfGE 7, 377 (397 ff.); vgl. ferner BVerfGE 25, 1 (11 f.); Jarass, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 33.

Im Übrigen ist heute anerkannt, dass es sich bei Art. 12 Abs. 1 GG um ein Grundrecht handelt, das einheitlich, d.h. entgegen dem Wortlaut nicht nur im Hinblick auf die Berufsausübung, durch Gesetze, die jenen spezifizierten Anforderungen entsprechen, beschränkt werden darf. Zwar ist es immer wieder zu Vorstößen gekommen, die Berufswahlregelungen nur unter Berufung auf sog. kollidierendes Verfassungsrecht, d.h. auf gegenläufige öffentliche Zwecke im Range von Verfassungsgütern, für rechtfertigungsfähig zu halten, und zwar namentlich auch in kritischen Beiträgen zum Meisterbrieferfordernis,<sup>44</sup> sie konnten sich aber nicht durchsetzen. Dies hat selbstverständlich auch zur Folge, dass die von den entsprechenden Autoren für die (angebliche Nicht-)Rechtfertigungsfähigkeit des Meisterbrieferfordernisses gezogenen Schlüsse von vornherein außerhalb des bis heute vom Bundesverfassungsgericht angewandten Rechtfertigungsschemas liegen.<sup>45</sup>

Am Ende einer jahrzehntelangen Weiterentwicklung der Rechtsprechung kann heute davon ausgegangen werden, dass das Drei-Stufen-Schema eine Art Anhaltspunkt zur Strukturierung der dann jeweils auf den Einzelfall abstellenden Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt. Wie *Klaus Stern* zutreffend festgestellt hat, bedeutet die Zuordnung eines konkreten Eingriffs zu einer bestimmten Intensitätsstufe „keinesfalls eine abschließende Aussage über das verfassungsrechtliche Rechtfertigungsniveau“, da dem Drei-Stufen-Denken lediglich eine vorstrukturierende Funktion zukommt.<sup>46</sup>

## II. Zuordnung des Meisterbrieferfordernisses

Das Meisterbrieferfordernis nach der HwO wird bislang als Berufswahlregelung qualifiziert. Indem nicht an objektive, von persönlicher Qualifikation unabhängige Voraussetzungen, sondern an subjektive Zugangsvoraussetzungen (namentlich das Absolvieren der Prüfung) angeknüpft wird, handelt es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit auf der sog. Zweiten Stufe. In der ausdrücklichen Formulierung des Bundesverfassungsgerichts stellt das Erfordernis, sein fachliches Können durch eine be-

---

<sup>44</sup> So unter Berufung auf *Hufen*, NJW 1994, S. 2913 (2917), insbes. *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 186 ff.

<sup>45</sup> Bei *Bulla*, a.a.O., finden sich Schlüsse dieser Art auf S. 218 ff.

<sup>46</sup> *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, S. 1895; *Mann*, JuS 2013, S. 385 (390); *Ruffert*, in: Beck'scher Online-Kommentar, Stand 1.3.2015, Art. 12 Rn. 104, spricht von „heuristisch-strukturierender Funktion“.

stimmte Ausbildung und die Ablegung einer bestimmten Prüfung nachweisen zu müssen, „die mildeste, den Berufsanwärter am wenigsten belastende Form der Beschränkung der freien Berufswahl“ dar.<sup>47</sup> Seit der HwO-Novelle 2004 bezieht sich das Meisterbrieferfordernis überdies gar nicht auf den Betriebsinhaber selbst, sondern kann durch die Einstellung eines entsprechend qualifizierten Betriebsleiters substituiert werden (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 HwO). Jedenfalls bei größeren Handwerksbetrieben bewegt sich das Erfordernis seinen Auswirkungen nach dadurch bereits deutlich in Richtung der bloßen Berufsausübungsregelungen; d.h. in Richtung eines Erfordernisses, dem durch den bloßen Abschluss eines Anstellungsvertrags (mit einem Betriebsleiter) entsprochen werden kann.

Die einschlägige Rechtsprechung hat diese Rechtsänderung bereits wahrgenommen. Ganz im Einklang mit den einleitend referierten allgemeinen Grundsätzen über die Strukturierung der Rechtfertigungsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG hat das Bundesverwaltungsgericht erstmals mit seinem Urteil vom 31.8.2011<sup>48</sup> zutreffend konstatiert, dass es letztlich auf die „Intensität des Eingriffs“ ankäme und die endgültige Zuordnung als bereits subjektive Berufswahlbeschränkung oder bloße Berufsausübungsregelung offen bleiben könne. In den seither von der Rechtsprechung beurteilten Fällen ist, soweit ersichtlich, durchgehend in dieser Weise argumentiert worden und sind an die Eingriffsrechtfertigung im Hinblick auf die konkret zu entscheidenden Fälle letztlich immer (gleichsam sicherheitshalber) die für subjektive Berufswahlbeschränkungen (mithin auf der sog. Zweiten Stufe) anerkannten Rechtfertigungsvoraussetzungen geprüft worden.

Nichtsdestoweniger gilt, dass es sich (wie bereits in der ersten Entscheidung des BVerfG zum seinerzeit noch umfassenden und weitgehend ausnahmslosen Meisterbrieferfordernis am 17.7.1961 festgestellt)<sup>49</sup> innerhalb der Berufswahlregelungen nicht um die am intensivsten wirkende Beeinträchtigung handelt. Es ist daher nicht auszuschließen, dass bei der künftigen Befassung mit dem Meisterbrieferfordernis seitens eines Verfassungsgerichts an dieser Stelle genauer argumentiert werden wird und eine Herabsetzung des Prüfungsmaßstabs (gleichsam von der Zweiten auf die Erste Stufe) befürwortet wird, jedenfalls im Hinblick auf größere Handwerksunternehmen. Unabhängig davon ist im Hinblick auf den im Meisterbrieferfordernis liegenden Eingriff

---

<sup>47</sup> BVerfGE 13, 97 (115).

<sup>48</sup> 8 C 8/10, juris, Rn. 30.

<sup>49</sup> BVerfGE 13, 97.

in das Berufsfreiheitsgrundrecht in Erinnerung zu rufen, dass es sich zugleich um eine Maßnahme handelt, mit der sich verschiedene rechtlich begründete und sich insbesondere ökonomisch auswirkende Vorteile zugunsten der Grundrechtsträger verbinden; wie bereits in Teil 1 (C III) festgestellt, beruht dies auf dem Doppelcharakter des Meisterbrieferfordernisses als Maßnahme der Eröffnungskontrolle und als Maßnahme der Berufsqualifizierung. Innerhalb der nach alldem zwischen den beiden ersten Stufen der allgemeinen Rechtfertigungsstruktur angesiedelten Prüfung erleichtert dies zugunsten des Staates die Verfolgung öffentlicher Zwecke.

## **B. Legitime öffentliche Zwecke in Gestalt besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter**

### **I. Allgemeine Anforderungen**

#### **1. Begriffsbestimmung**

Subjektive Berufszugangsregelungen können nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter Berufung auf den Schutz „eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ gerechtfertigt werden.<sup>50</sup> Entgegen einzelner Vorstöße, dass hier nur solche Gemeinschaftsgüter gemeint sein könnten, die unmittelbar durch die Verfassung anerkannt sind oder innerhalb der deutschen Rechtsordnung absoluten Schutz genießen,<sup>51</sup> fallen hierunter auch sämtliche durch den Gesetzgeber im Rahmen seines demokratisch legitimierten politischen Gestaltungsspielraums erst konstituierte öffentliche Zwecke.<sup>52</sup> Der Unterschied gegenüber dem Rechtfertigungserfordernis betreffend bloßer Berufsausübungsregelungen liegt also nicht in der auf beiden Stufen bestehenden Zwecksetzungskompetenz des Gesetzgebers, sondern darin, dass Berufsausübungsregelungen durch jede beliebige, „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden können,<sup>53</sup> subjektive Berufszugangsvorkehrungen hingegen

---

<sup>50</sup> BVerfGE 13, 97 (107); BVerfGE 69, 209 (218); BVerfGE 119, 59 (82 f.); zuletzt BVerfG, 22.10.2017, 1 BvR 1822/16, juris, Rn. 20.

<sup>51</sup> So sub specie des Handwerksrechts *Czybulka*, NVwZ 1991, S. 145 (148).

<sup>52</sup> So bereits BVerfGE 13, 107; statt vieler aus der Literatur *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rn. 61.

<sup>53</sup> BVerfGE 85, 248 (259); BVerfGE 123, 186 (238).

nur zum Schutze von im konkreten Zusammenhang<sup>54</sup> besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern.

Ob die zugunsten des Meisterbrieferfordernisses im Handwerksrecht in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion ins Felde geführten (potenziellen) öffentlichen Zwecke in diesem Sinne hinreichend gewichtig sind, wird zu II erörtert. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls so unterschiedliche Zwecke wie das Vertrauen in die Integrität der Rechtsanwaltschaft,<sup>55</sup> die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung und auch den Verbraucherschutz<sup>56</sup> in den Rang eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts i.S.d. Rechtfertigungsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG erhoben hat.<sup>57</sup>

## 2. Ausreichen objektiver Zwecke

Wie bereits eingangs festgestellt (Teil 1 B II), hat die HwO-Novelle 2004 zugunsten des Fortbestands des Meisterbrieferfordernisses in den A-Handwerken lediglich zwei öffentliche Zwecke ins Felde geführt, während der jahrzehntelang mit der HwO verfolgte Zweck der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks nicht mehr benannt wird, obgleich er (ebenso wie einige potentielle neue Zwecke, etwa Verbraucher- und Umweltschutz; zu ihnen allen zugleich II) sachlich betrachtet durchaus ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut begründen könnte. Damit ist die materiellrechtliche Frage aufgeworfen, ob eine Rechtfertigung gesetzlicher Beschränkungen von Grundrechten ausschließlich nach Maßgabe der vom Gesetzgeber benannten subjektiven Zwecke möglich ist oder ob auch weitere, unabhängig von ihrer Benennung durch den Gesetzgeber, also objektiv bestehende Zwecke für die Rechtfertigung herangezogen werden können. Namentlich in der Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts finden sich eine ganze Reihe von Entscheidungen, in

---

<sup>54</sup> Darauf weist zutreffend *Kluckert*, JuS 2015, S. 116, hin.

<sup>55</sup> BVerfG, 22.10.2017, 1 BvR 1822/16, Rn. 21.

<sup>56</sup> Dies betrifft den Schutz der Verbraucher sowohl vor Gefahren gesundheitlicher als auch vor Gefahren einer wirtschaftlichen Schädigung (BVerfGE 19, 330 (338); BVerfGE 34, 71 (78), worauf noch zurückzukommen sein wird.

<sup>57</sup> Vgl. zu diesen und zahlreichen weiteren Beispielen statt vieler *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Fn. 455 m.z.N.

denen festgestellt wird, dass das Gericht prüft, „ob eine gesetzliche Regelung verfassungsgemäß ist, unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, auch wenn sie in der Gesetzesbegründung keinen Niederschlag gefunden haben.“<sup>58</sup> In der Rechtsprechung des Zweiten Senats und im Schrifttum ist das Meinungsbild weniger klar.<sup>59</sup>

Die hiermit aufgeworfene Frage ist eng verwandt mit der häufiger diskutierten (indes die formelle Ebene betreffende) Frage, ob der Gesetzgeber zur Begründung von Gesetzen verpflichtet sei. Hier lautet die doch klassische Auffassung dahingehend, dass der Gesetzgeber „nur das Gesetz“ und anders als die Verwaltung (vgl. dort § 39 VwVfG) eben keine Begründung schulde,<sup>60</sup> da der Gesetzgeber weder einem Transparenz- noch einem Begründungsbedürfnis unterworfen sei. Vielmehr schaffe das demokratische Verfahren der Willensbildung in Gestalt parlamentarischer Gesetzgebung in hinreichendem Maße Transparenz und Rationalität und sei Gesetzgebung im Unterschied zum Verwaltungsvollzug, gerade durch seinen politischen, voluntaristischen Charakter und der ständigen Notwendigkeit zum Schließen von Kompromissen charakterisiert.<sup>61</sup> Folgt man dieser Argumentation, so wird man einem Gesetz, das durch einen aus dem politischen bzw. tatsächlichen Kontext ableitbaren öffentlichen Zweck legitimiert werden kann, nicht die Vereinbarkeit mit dem Berufsfreiheitsgrundrecht absprechen können, obgleich der Gesetzgeber selbst nicht diesen, sondern einen anderen, u.U. nicht hinreichend gewichtigen Zweck benannt hat.

Etwas anderes kann m.E. nicht einmal dann gelten, wenn der Gesetzgeber selbst bestimmte Zwecke explizit nicht (mehr) verfolgen, diese also für die Rechtfertigung seines gesetzgeberischen Konzepts ausschließen möchte, so wie es bei der HwO-Novelle 2004 im Hinblick namentlich auf den potenziellen öffentlichen Zweck „Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks“ geschehen ist. Auch in Fällen dieser Art ist der betreffende Zweck nicht gleichsam verbraucht,<sup>62</sup> solange er

---

<sup>58</sup> Vgl. etwa BVerfG, NJW 1998, 1776 (1777).

<sup>59</sup> Vgl. den diese Frage ausführlich thematisierenden Beitrag von *Cremer*, NVwZ 2004, S. 668 f. m.w.N.

<sup>60</sup> In Anlehnung an die Formulierung von *Geiger*, in *Berberich*, u.a. (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*, 1979, S. 131 (141); BVerfGE 130, 263 (301), zuletzt etwa *Waldhoff*, in: *Deppenheuer* u.a. (Hrsg.), *FS Isensee*, 2007, S. 325 ff; *Schröder*, *Genehmigungsverwaltungsrecht*, 2016, S. 186 sowie die amtierende Verfassungsrichterin *Britz*, *Die Verwaltung* 50 (2017), S. 421 ff.

<sup>61</sup> Dahingehend zuletzt auch BVerfGE 137, 34 (73).

<sup>62</sup> So aber *Detterbeck*, *HwO*, 4. Aufl. 2008, § 1 Rn. 14; wie hier *Cremer*, NVwZ 2004, S. 672.

bei objektiver Betrachtung weiterhin als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut herangezogen werden könnte. Dies gilt jedenfalls, wenn das Gesetz erst in späteren Legislaturperioden auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand steht.

Durch die seinerzeitige Berufung des Gesetzgebers auf einzelne Zwecke wird demnach die Heranziehung weiterer, von Anfang an bestehender oder auch erst aufgrund einer Veränderung der tatsächlichen oder politischen Umstände entstehender öffentliche Zwecke nicht ausgeschlossen. Nur dies ermöglicht es dem Gesetzgeber überhaupt, seine Gesetze auch unter veränderten, sich im Ergebnis aber nicht zugunsten der Grundrechtsträger auswirkender Verhältnisse ohne permanentes Dazwischengehen der Verfassungsgerichte aufrechterhalten zu können und nur so kann der Gesetzgeber auch der ihm zu Recht auferlegten Pflicht zur Beobachtung von Gesetzen gerecht werden; ergibt sich bei einer solchen Prüfung, dass ein ursprünglich explizit ins Felde geführter Zweck nicht mehr tragfähig ist, aber zusätzlich bisher nicht benannte, also objektive Zwecke existieren, dann bedarf es selbstverständlich nicht der Aufhebung jener gesetzlichen Regelung und des sofortigen Neuerlasses einer inhaltlich unveränderten Regelung in einem neuen Gesetz. Vielmehr kann das Gesetz im wahrsten Sinn des Wortes unangefochten fortbestehen.<sup>63</sup> Daraus folgt auch, dass es keine irgendwie geartete Selbstbindung des Gesetzgebers an die seinerzeit von ihm ausdrücklich benannten öffentlichen Zwecke gibt.

Im Hinblick auf das Meisterbrieferfordernis ist mithin davon auszugehen, dass sämtliche ihrem Inhalt und ihrer konkreten Gewichtung für eine Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses nach potenziell infrage kommenden öffentlichen Zwecke zur Rechtfertigung des bestehenden Meisterbrieferfordernisses in den Anlage A-Handwerken infrage kommen. Erst recht könnte im Zuge einer das gesamte System erfassenden Novelle aus Anlass einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken der seinerzeit ausgeschiedene öffentliche Zweck der „Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks“ erneut verfolgt werden – wenn er sich (ebenso wie alle anderen potenziell in Betracht kommenden und sogleich zu diskutierenden öffentlichen Zwecke) der Sache nach als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut erweist.

Sollte die nähere Prüfung ergeben, dass womöglich die Einbeziehung einzelner bislang in der Anlage A aufgeführter Handwerke nicht mit den im Jahr 2004 durch den Gesetzgeber explizit genannten beiden öffentlichen Zwecke der Gefahrenabwehr und

---

<sup>63</sup> Auf diesen Zusammenhang weist *Schröder*, Genehmigungsverwaltungsrecht, S. 187 f., hin.

der Ausbildungsleistung gerechtfertigt werden könnte, würde daraus also erst einmal nichts folgen, weder im Hinblick auf die etwaigenfalls betroffenen einzelnen Handwerke noch und vor allem nicht für die Meisterpflicht als solche.<sup>64</sup>

### 3. Verfassungsgerichtliche Kontrollpflichten und etwaige Ermittlungs- und Nachweispflichten

Konkret mit Blick auf die HwO-Novelle 2004 wird dem Gesetzgeber vereinzelt vorgeworfen, dass er eine „ordnungsgemäße Ermittlung der zugrunde liegenden Tatsachen“ vermissen lasse; „unabdingbare Voraussetzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums“ bereits auf der Zweckebene sei „eine ordnungsgemäße Ermittlung der Tatsachengrundlage“. Dann heißt es explizit: „Der Gesetzgeber muss sein berufsbeschränkendes Gesetz auch empirisch hinreichend begründen“.<sup>65</sup> Im einschlägigen Schrifttum wird konkret im Hinblick auf die Zweckebene bei Art. 12 Abs. 1 GG eine derartige Vorstellung allerdings nicht geteilt. So billigt *Stern* dem Gesetzgeber ausdrücklich eine „Zwecksetzungskompetenz“ zu, wohingegen das Verfassungsgericht „insoweit auf die Prüfung beschränkt (sei), ob die öffentlichen Interessen, deren Schutz die gesetzliche Regelung dient, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen können, dass sie eine Einschränkung der freien Berufswahl rechtfertigen. Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber darf es die Anerkennung nur versagen, wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind.“<sup>66</sup> In der grundlegenden Darstellung des Berufsfreiheitsgrundrechts von *Breuer* im Handbuch des Staatsrechts<sup>67</sup> ist ebenfalls explizit von der „gesetzgeberischen Befugnis zur Konstituierung eingriffslegitimierender Gemeinwohlbelange“ die Rede.

Anders formuliert: Da es keine Begründungspflicht (vgl. soeben 2) gibt, kann es auch im Zeitpunkt der Verabschiedung eines Gesetzes keine Ermittlungs- und Nachweispflicht geben. Ob der Gesetzgeber gewissermaßen im Nachhinein nachweisen können

---

<sup>64</sup> Darauf weist zutreffend *Kramer*, *GewArch* 2013, S. 105 (107) und unter Zurückweisung der insoweit undifferenzierten Einschätzung von *Bulla*, *GewArch* 2012, S. 470 hin.

<sup>65</sup> So *Bulla*, *Freiheit der Berufswahl*, S. 204 f.; das letztgenannte Zitat findet sich im Aufsatz desselben Autors, *GewArch* 2012, S. 472.

<sup>66</sup> *Stern*, *Staatsrecht IV/2*, S. 1896 f.

<sup>67</sup> In: *HdbStR VIII*, § 71 Rn. 62.

muss (etwa in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren), dass er eine bestimmte Methode zur Ermittlung der das Gesetz tragenden öffentlichen Zwecke verwendet habe, ist eine andere Frage. Auch für eine dahingehende Pflicht findet sich in der Rechtsprechung des BVerfG aber kein Anhaltspunkt, soweit sich diese mit Eingriffen in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG beschäftigt.

Wie die amtierende Verfassungsrichterin *Gabriele Britz* in einem ausführlichen Beitrag zu etwaigen „Verfahrens- und Rationalitätsanforderungen an die Gesetzgebung“ nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts klar herausgearbeitet hat,<sup>68</sup> lassen sich in der Rechtsprechung beider Senate zwar einzelne prozedurale Verfassungsanforderungen an die Gesetzgebung nachweisen. Hierbei handelt es sich aber „nicht um eine allgemeine Anforderung an Gesetzgebung, sondern um einen speziellen Kontrollzugriff für Sonderfälle“,<sup>69</sup> nämlich für grundrechtliche Konstellationen im Hinblick auf bestimmte Leistungsgesetze (etwa im Zusammenhang mit Hartz IV, der Gewährleistung eines Existenzminimums und zuletzt bei der Richterbesoldung sowie der Beamtenbesoldung). Im Hinblick auf Freiheitseingriffe heißt es demgegenüber in der Entscheidung zum Atomausstieg vom 6.12.2016<sup>70</sup> unmissverständlich: „Eine selbstständige, von den Anforderungen an die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes unabhängige Sachaufklärungspflicht folgt aus dem Grundgesetz nicht.“

Auf dieser Linie hat sich namentlich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterbrieferfordernisses nach der HwO-Novelle 2004 wiederholt bewegt. So hat sich das Gericht im Urteil vom 31.8.2011<sup>71</sup> mit der Frage befasst, ob die Gefahrenabwehr der den Grundrechtseingriff tragende öffentliche Zweck zulasten von Friseurhandwerkern sein könne. Es bejaht dies, weil die „Gefahrgeneigtheit aufgrund *allgemeinkundiger Tatsachen*“ anzunehmen sei. Exakt die gleiche Formulierung verwendet das Gericht drei Jahre später (im Urteil vom 9.4.2014)<sup>72</sup> im Hinblick auf die Gefahrgeneigtheit des Maler- und Lackiererhandwerks. Dem Gesetzgeber wird mithin weder ein Verstoß gegen eine Ermittlungs- und Nachweispflicht vorgeworfen noch wird eine solche dem Grundgesetz entnommen.

---

<sup>68</sup> Die Verwaltung 50 (2017), S. 421 ff.

<sup>69</sup> A.a.O., S. 430.

<sup>70</sup> 1 BvR 2821/11, Rn. 273 ff.

<sup>71</sup> 8 C 8/10, Rn. 32.

<sup>72</sup> 8 C 50.12, Rn. 41.

## II. Der Kreis der (benannten oder objektiv bestehenden) rechtfertigenden Zwecke

### 1. Rechtsgüterschutz

Da die Eröffnungskontrolle ein klassisches Instrument der Wirtschaftsüberwachung ist (vgl. Teil 1 C I) und die Wirtschaftsüberwachung wiederum auf den Schutz von Rechtsgütern zielt, liegt in der Abwehr von Gefahren für Rechtsgüter grundsätzlich ein mit einer Eröffnungskontrolle verbundene Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG legitimierender öffentlicher Zweck. Welche Rechtsgüter jeweils geschützt werden, ergibt sich aus dem jeweils infrage stehenden gesetzlichen Regelwerk über die Wirtschaftsüberwachung. So dient beispielsweise das Gaststättengesetz neben dem Schutz gegen Gefahren für Leben und Gesundheit auch dem Schutz der im Betrieb Beschäftigten sowie dem Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen oder gegen bloße Belästigungen für die Nachbarn, und die Gewerbeordnung dient (in den vergangenen Jahren vermehrt) neben dem Schutz von Gefahren für Leben und Gesundheit auch dem Schutz der Verbraucher vor Beeinträchtigungen ihrer Vermögensverhältnisse, was etwa im Erlaubniserfordernis für die Tätigkeit als Versicherungsvermittler oder Versicherungsberater nach § 34d Gewerbeordnung zum Ausdruck gelangt.<sup>73</sup> Das BVerfG hat es bereits in seinem Urteil vom 14.12.1965 betreffend die Einführung eines Sachkundenachweises für den Einzelhandel als selbstverständlich angesehen, dass an der „Erhaltung eines gesunden und leistungsfähigen Handwerkerstandes ... ein hohes Gemeinschaftsinteresse“ besteht, ebenso wie im Schutz gegen gesundheitliche Gefahren im Handwerks- oder auch im Recht des Einzelhandels; ebenso sei aber der Schutz des Verbrauchers, „der dem Einzelhändler als Kunde gegenübersteht, vor der Gefahr ... wirtschaftlicher Schädigung“ ein „wichtiges Gemeinschaftsinteresse ..., das an sich auch subjektive Zulassungsvoraussetzungen rechtfertigen würde.“<sup>74</sup>

Würde mithin bei einer künftigen Reform der HwO der Zweck der Gefahrenabwehr vom Schutz von Leben und Gesundheit auf weitere Schutzgüter, namentlich den Schutz von Verbrauchern vor wirtschaftlichen Schädigungen, erstreckt, so würde sich

<sup>73</sup> Grundlegend zum Gesamtpanorama des Rechtsgüterschutzes durch Eröffnungskontrollen *Ehlers*, Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, S. 44 f.; *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2015, S. 200 f.

<sup>74</sup> BVerfGE 19, 330 (338). Der konkret infrage stehende Sachkundenachweis wurde dann im Zuge der weiteren Prüfung indes für ungeeignet zur Erreichung dieses legitimen Zwecks erklärt.

der Gesetzgeber hierbei ohne weiteres auf dem Boden des Allgemeinen Wirtschaftsverwaltungsrechts und in Einklang mit der Ausgestaltung zahlreicher anderer Wirtschaftsgesetze bewegen.<sup>75</sup>

a) *Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit*

Zweifelsohne betrifft die seit der HwO-Novelle 2004 explizit in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung genannte Zwecksetzung der Abwehr von „Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter“<sup>76</sup> ein grundsätzlich besonders wichtiges Gemeinschaftsgut.<sup>77</sup> Obwohl im Schrifttum teilweise das Hinzutreten dieses öffentlichen Zwecks als Rechtfertigungsgrundlage für den Meisterbrief entweder übersehen<sup>78</sup> bzw. auch insoweit wiederum einer (wie bereits festgestellt, in dieser Allgemeinheit nicht bestehenden) Ermittlungs- und Nachweispflicht das Wort geredet wird,<sup>79</sup> hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf mehrere von ihm zu beurteilende Handwerke der Anlage A ausdrücklich festgestellt, dass bei ihnen das Meisterbrieffordernis mit dem Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und

---

<sup>75</sup> Die Einschätzung von *Müller*, NVwZ 2004, S. 403 (407), wonach die HwO-Novelle mit ihrer Abkehr vom bisherigen gesetzgeberischen Ziel der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks eine „Rückbesinnung auf ordnungsrechtliche Ursprünge“ vorgenommen habe, ist daher irreführend, soweit damit zum Ausdruck gebracht werden soll, dass es klassischer ordnungsrechtlicher Sicht entsprechen würde, dass Wirtschaftsgesetze *ausschließlich* zum Schutz von Leben und Gesundheit erlassen werden könnten.

<sup>76</sup> BT-Drs. 15/1481, S. 1.

<sup>77</sup> So u.a. *Kormann/Hüpers*, S. 25; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 15; *Leisner*, in: ders. (Hrsg.), HwO, 2016, Einleitung, Rn. 14 f.

<sup>78</sup> So *Manssen*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 Rn. 249, der ohne jeden Bezug auf das Allgemeine Wirtschaftsverwaltungsrecht, die explizit gefahrenabwehrende Intention des Gesetzgebers und die gesamte Rechtsprechung zu diesem Kontext der vergangenen 20 Jahre ignoriert und die HwO ausschließlich auf den (von ihm dann für illegitim erachteten) Zweck des „Konkurrenzschatzes“ reduziert.

<sup>79</sup> *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 233 ff., der dem Zweck der Abwehr von Gefahren für Gesundheit und Leben aber grundsätzlich zuerkennt, ein legitimer Zweck für Grundrechtseingriffe zu sein.

Gesundheit gerechtfertigt werden könnte. Die entsprechenden Entscheidungen betreffen das Friseurhandwerk,<sup>80</sup> das Dachdeckerhandwerk,<sup>81</sup> und das Maler- und Lackierhandwerk,<sup>82</sup> weitere instanzgerichtliche Entscheidungen betreffen das Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk<sup>83</sup> und das Zahntechnikerhandwerk.<sup>84</sup>

Der Sache nach bezieht sich der somit grundsätzlich als „besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“ anzusehende Zweck der Gefahrenabwehr für Leben und Gesundheit Dritter auf das einzelne in das Meisterbrieferfordernis einbezogene Handwerk. Angesichts der soeben referierten Rechtsprechungslinie (aus den 2010er Jahren) dürfte die Gefahrgeneigtheit im Hinblick auf keines der gegenwärtigen Anlage A-Handwerke zu verneinen sein. Der mit ihr verbundene Zweck könnte m.E. durchaus auch mehrere der bislang in der Anlage B1 enthaltenen Handwerks erfassen, so etwa das Handwerk des Behälter- und Apparatebauers (Ziffer 4) und die Lebensmittelhandwerke nach Nrn. 28 - 30.<sup>85</sup>

*b) Abwehr von Gefahren für andere Rechtsgüter (Verbraucherschutz, teilweise Umwelt- bzw. Kulturgüterschutz)*

*aa) Verbraucherschutz*

Wie bereits festgestellt, ist die Abwehr von Schäden für Eigentum und Vermögen der Verbraucher ein im Wirtschaftsverwaltungsrecht in mehreren Teilgebieten anerkanntes Schutzgut. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits früher festgestellt, dass der Verbraucherschutz zu den besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern zählt, mit denen grundsätzlich subjektive Berufszugangsvoraussetzungen gerechtfertigt werden können.<sup>86</sup> Hierbei handelt es sich um einen öffentlichen Zweck, der sich nicht auf das je einzelne Handwerk bezieht (im Unterschied zur Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit), sondern auf das Handwerk als Ganzes. Dieses ist im Gegensatz zu den

---

<sup>80</sup> BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 8/10, Rn. 32; dies ist umso bemerkenswerter, da es sich hierbei um ein Handwerk handelt, das erst im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens der Anlage A zugeordnet worden ist, also nicht bereits im Gesetzentwurf der Bundesregierung für eine Aufnahme in die Anlage A vorgesehen war.

<sup>81</sup> BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 9/10, Rn. 34.

<sup>82</sup> BVerwG, U.v. 9.4.2014, 8 C 50.12, GewArch 2014, S. 317.

<sup>83</sup> OLG Celle, U.v. 8.9.2016, 13 U 87/16.

<sup>84</sup> OVG Münster, U.v. 20.11.2017, 4 A 1113/13, GewArch 2018, S. 72.

<sup>85</sup> Dies befürwortend *Bulla*, GewArch 2012, S. 473.

<sup>86</sup> BVerfGE 19, 330 (338); BVerfGE 34, 71 (78).

industriellen Wirtschaftszweigen unverändert dadurch gekennzeichnet, dass die Verbraucher oftmals Privatpersonen sind, die nicht in gleicher Weise über eine Kompetenz zur Beurteilung der erbrachten Qualität verfügen wie unternehmerisch tätige Kunden.<sup>87</sup> Hinzu kommt, dass die von den Handwerkern jeweils erbrachten Dienstleistungen bzw. hergestellten Produkte regelmäßig nicht ihrerseits einer Genehmigungs- oder Zertifizierungspflicht unterworfen sind (wie etwa industrielle Produkte aufgrund des dort weit verzweigten Zertifizierungsrahmens, u.a. über das CE-Zeichen); die Bewirkung des Verbraucherschutzes über die Berufszulassung der Leistungserbringer bzw. Produkthersteller erscheint daher plausibel und könnte insoweit auch vor dem noch unten (D) aufzugreifenden allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben.

Im Schrifttum wird vielfach dafür votiert, den Verbraucherschutz als einen von mehreren öffentlichen Zwecken zur Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses heranzuziehen.<sup>88</sup> Die Bundesregierung hat sich hiermit im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens des Jahres 2004 in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats<sup>89</sup> näher auseinandergesetzt. Sie teilt darin die Sichtweise, dass der Verbraucherschutz grundsätzlich ein „besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“ sei, befürwortete sodann aber nicht, ihn zur Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses heranzuziehen, weil dies „dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichheitsgrundsatz“ widerspräche; da die „Bundesregierung“ im parlamentarischen System nicht der Gesetzgeber ist, kommt dem freilich ein vergleichsweise geringeres Gewicht zu.

In Anknüpfung an die obige Schilderung der allgemein-grundrechtsdogmatischen Zusammenhänge (I 2) folgt daraus nicht, dass der öffentliche Zweck des Verbraucherschutzes bis zu einem erneuten Zugriff des Gesetzgebers auf das Meisterbrieferfordernis gleichsam verbraucht ist, d.h. nicht unmittelbar durch die Rechtsprechung zur Rechtfertigung des mit dem Meisterbrieferfordernis verbundenen Grundrechtseingriffs mobilisiert werden könnte. Erst recht könnte sich der Gesetzgeber bei einer neuerlichen Reform dazu entschließen, auch den Verbraucherschutz explizit als legitimierenden Zweck heranzuziehen.

---

<sup>87</sup> Näher hierzu *Lankau/Müller*, Vor- und Nachteile des Meisterbriefs im Vergleich zu freiwilligen Qualifikationszertifikaten, *Göttinger Beiträge zur Handwerksforschung* 15, 2015, S. 2.

<sup>88</sup> Vgl. *Stober*, *GewArch* 2003, S. 396; *Dürr*, *GewArch* 2003, S. 415 f.; *Müller*, *NVwZ* 2004, S. 408.

<sup>89</sup> BT-Drs. 15/1481, S. 15 f.

*bb) Umweltschutz und Energieeffizienz*

Ohne weiteres (da im Zuge der HwO-Novelle 2004 nicht ausgeschlossen worden) kommt im Hinblick auf einzelne Handwerke der Anlage A und auch der Anlage B1 der Umweltschutz in Betracht.<sup>90</sup> Der Umweltschutz ist allgemein als grundsätzlich legitimer öffentlicher Zweck zur Rechtfertigung von subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen anerkannt (vgl. bereits I 1) und wird auch im Zusammenhang mit dem Meisterbriefanforderung nach der HwO vielfach in entsprechender Weise für heranziehungsfähig erachtet.<sup>91</sup> Neuerdings wird er je nach Situation durch den Aspekt der Energieeffizienz spezifiziert. Mehrere Ausbildungsordnungen und Meisterprüfungsberufsbilder greifen diese Aspekte auf, auch die Berufs- und Fortbildungsregelungen einzelner zulassungsfreier Handwerke, etwa die der Galvaniseure, der Schilder- und Lichtreklamehersteller sowie der Raumausstatter.

*cc) Kulturgüterschutz*

In vergleichbarer Weise könnte im Hinblick auf einige der in der Anlage B1 erfassten Handwerke (z.B. Instrumentenbauer oder Vergolder) der Kulturgüterschutz grundsätzlich als den Eingriff rechtfertigender öffentlicher Zweck gelten. Mittlerweile ist von Verfassungsrechts wegen anerkannt, dass Kulturgüter aufgrund ihrer identitätsstiftenden Bedeutung, auch im Hinblick auf künftige Generationen, erhaltensbedürftig und -würdig sind, was teilweise sogar in einer im Grundgesetz verankerten Staatszielbestimmung verortet wird.<sup>92</sup>

## **2. Wirtschafts- inkl. arbeitsmarkt- sowie bildungspolitische Zwecke**

*a) Sicherung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft*

Die Sicherung bzw. Erweiterung der Ausbildungsleistung des Handwerks für die Gesamtwirtschaft hat eine quantitative und eine qualitative Dimension. In quantitativer Hinsicht geht es darum, möglichst viele qualifizierte Nachwuchskräfte für das betreffende Handwerk, das Handwerk insgesamt und auch für alle anderen Teile der Volkswirtschaft auszubilden, in qualitativer Hinsicht sollten die Stichworte Technologiefort-

<sup>90</sup> Dies findet sich bereits im Entwurf des Bundesrates aus dem Jahr 2003, BR-Drs. 466/03, S. 2.

<sup>91</sup> Vgl. wiederum *Stober*, GewArch 2003, S. 396; *Müller*, NVwZ 2004, S. 408. A.A. *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 291 f., allerdings weniger auf der Zweckebene als auf der Ebene der Geeignetheit argumentierend.

<sup>92</sup> Vgl. statt vieler *Lenski*, Öffentliches Kulturrecht, 2013, S. 61, m. zahlreichen Nachweisen.

schritt und Digitalisierung genügen, um die diesbezüglichen Anforderungen zu umreißen. In der Sache geht es um die Anerkennung von Ausbildungsquoten, die über der durchschnittlichen Ausbildungsquote der gewerblichen Wirtschaft unter Ausschluss des Handwerks liegen bzw. um eine besonders hohe Zahl der Ausbildungsverhältnisse.<sup>93</sup> Dieser öffentliche Zweck ist ähnlich wie der der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit nicht auf das Handwerk in Gänze, sondern auf das je einzelne Handwerk bezogen.<sup>94</sup> Als solchem wird ihm allgemein die Eigenschaft eines „besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ zuerkannt.<sup>95</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte ihn bereits in Anbetracht der Rechtslage seit 1953 bestätigt<sup>96</sup> (damals noch ohne Differenzierung je Handwerk). Für die Rechtslage seit der HwO-Novelle 2004 lassen sich mehrere obergerichtliche Entscheidungen diesen Inhalts nachweisen,<sup>97</sup> und auch der Zweifel an einzelnen Aspekten der Verhältnismäßigkeitsprüfung äußernde Beschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 5.12.2005<sup>98</sup> stellt den Zweck der Nachwuchssicherung für die gesamte gewerbliche Wirtschaft nicht als solchen infrage, sondern lediglich im Hinblick auf dessen Erforderlichkeit. In dem Maße, in dem für ein bestimmtes Handwerk der Anlage A bzw. der Anlage B mithin eine entsprechend erhöhte Ausbildungsquote besteht, kann der öffentliche Zweck der Sicherung

---

<sup>93</sup> So die Bundesregierung in ihrer Begründung zum Gesetzentwurf 2003 (zu § 20a Abs. 2), BT-Drs. 15/2138, S. 18. Allerdings hielt die Bundesregierung in ihrem ursprünglichen Gesetzentwurf das Kriterium der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft zunächst nicht für hinreichend tragfähig. Es hat aber dann im Ergebnis über die Beratungen im Vermittlungsausschuss Niederschlag gefunden und gilt heute nach allgemeiner Einschätzung als (neben dem Gefahrenabwehrzweck) zweiter vom Gesetzgeber explizit benannter öffentlicher Zweck zur Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses für die Anlage A-Handwerke (vgl. statt vieler BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 9/10, Rn. 33).

<sup>94</sup> Vgl. *Kormann/Hüpers*, S. 22 f.; *Zimmermann*, *GewArch* 2011, S. 63 (64).

<sup>95</sup> Vgl. nur *Detterbeck*, *HwO*, § 1 Rn. 15; *Leisner*, in: ders., *HwO*, § 1 Rn. 14; *Stober/Eisenmenger*, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 16. Aufl. 2016, S. 94.

<sup>96</sup> BVerfGE 13, 107 (1112); BVerfGE 19, 330 (341).

<sup>97</sup> Vgl. in zeitlicher Reihenfolge OVG NRW, *GewArch* 2010, S. 249; BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 9/10, Rn. 34. Die Einschätzung von *Kramer*, *GewArch* 2013, S. 105 (107), dass der Gesetzeszweck der Ausbildungsleistung des Handwerks für die Gesamtwirtschaft „alleine zumindest heute bei den zulassungspflichtigen Handwerken keinen tragfähigen Grund mehr für die dortige Aufrechterhaltung des Meisterzwangs“ bilde, entspricht mithin nicht der Einschätzung der älteren wie der neueren Rechtsprechung.

<sup>98</sup> 1 BvR 1730/02, DVBl. 2006, S. 244 (245).

der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft mithin das Meisterbrieferfordernis auch künftig rechtfertigen.

*b) Handwerksbezogene Mittelstandsförderung*

Das Ziel der Mittelstandsförderung ist nicht nur in mehreren Landesverfassungen (z.B. Art. 153 BayVerf; Art. 28 VerfNRW) anerkannt, auch das Bundesverfassungsgericht hat ihm früh die verfassungsrechtliche Legitimation zuerkannt.<sup>99</sup> Innerhalb des Mittelstands bildet das Handwerk einen durch die Eigenschaft der handwerksmäßigen Leistungserbringung und die seit Jahrzehnten auch institutionell eigenständige Erfassung einen unterscheidbaren Stützpfeiler, worauf in modernisierender Weiterführung des bereits seit 1953 verfolgten Zwecks der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks auch im Gesetzentwurf des Bundesrats aus dem Jahre 2003 hingewiesen worden war.<sup>100</sup>

Die Förderung des Mittelstands im Handwerk zielte auf die diesem Teil der Gesamtwirtschaft allgemein zugeschriebenen wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischen Vorzüge einer vergleichsweise verharrenderen Beschäftigtenzahl,<sup>101</sup> einer erhöhten Stabilität in Krisenzeiten und einer tendenziell größeren Standorttreue. Diese strukturpolitischen Faktoren werden dadurch, dass durch die bloße Existenz von mittelständischen Unternehmen die Zahl der Mitbewerber im jeweiligen Markt erhöht und gleichzeitig eine größere Wettbewerbs- und Innovationsbereitschaft forciert wird, verstärkt. Für den Staat verbindet sich damit die Erwartung eines signifikanten Beitrags zur Wohlstandsvorsorge.<sup>102</sup>

Das bis 2004 ausdrücklich vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der „Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit“ ist von der bis dato ergangenen Rechtsprechung durchgehend akzeptiert worden.<sup>103</sup> Auch in dem Zweifel an der Verhältnismäßigkeit

---

<sup>99</sup> BVerfGE 19, 101 (114 ff.).

<sup>100</sup> BR-Drs. 466/03, S. 22.

<sup>101</sup> Dies hat erst konkret für das Handwerk *Thomä*, Das Handwerk als Stabilisator der konjunkturellen Entwicklung?, Wirtschaftsdienst 2011, Heft 2, S. 17 ff., belegt.

<sup>102</sup> *Burgi*, AöR 2014, Beiheft, S. 30 ff.; ähnlich die Formulierung von *Huber*, in: Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2013, 3. Kapitel Rn. 317 „Gemeinschaftsnotwendiger Berufsstand“; ausführlich und grundlegend *Willems*, Die Förderung des Mittelstands, 2003, S. 5 ff.

<sup>103</sup> BVerfGE 13, 97 (108); BVerfGE 19, 330 (339); BVerfG, GewArch 1991, S. 137; BVerfG, NVwZ 2001, S. 187 f.

des Meisterbrieferfordernisses (in der bis 2003 maßgeblichen Gestalt) äußernden Beschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 5.12.2005<sup>104</sup> wird nicht die Zwecksetzung der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks als solche infrage gestellt. Dass der Gesetzgeber im Zuge der HwO-Novelle 2004 diese Zielsetzung aufgegeben hat, war mithin nicht durch verfassungsgerichtlich formulierte Vorgaben veranlasst, sondern Ausfluss autonomer politischer Gestaltung. Selbst dies hat nicht zur Konsequenz, dass bis zu einer neuen HwO-Novelle der damit verwandte öffentliche Zweck der Mittelstandsförderung als objektiver Zweck des Meisterbrieferfordernisses für die A-Handwerke ausgeschlossen wäre (vgl. I 2); erst recht könnte er künftig wieder reaktiviert werden. Der öffentliche Zweck der handwerksbezogenen Mittelstandsförderung bezöge sich der Sache nach nicht auf das je einzelne Handwerk, sondern auf sämtliche dem Handwerk insgesamt zuzurechnenden Gewerbe.

*c) Verbesserung der Markteffizienz*

In Anknüpfung an das wirtschaftswissenschaftliche Gutachten von *Prof. Dr. Justus Haucap*<sup>105</sup> kann ein weiterer, grundsätzlich besonders wichtiger Gemeinschaftszweck in der Sicherung einer qualitätvollen Leistungserbringung bei gleichzeitig verbesserter Markteffizienz liegen. Das Meisterbrieferfordernis diene hierbei zur Vermeidung einer ineffizient hohen Anzahl an Anbietern, die primär über Leistungen mit niedriger Qualität und niedrigen Preisen insgesamt vergleichsweise schlechtere Marktergebnisse, auch zulasten der Verbraucher, soweit diese die Qualität der erbrachten Dienstleistungen nicht hinreichend kompetent einschätzen können, produzieren würden. Auch dieser öffentliche Zweck bezöge sich auf das Handwerk als solches. Dabei könnte angeknüpft werden an die Überlegungen, die das Bundesverfassungsgericht zur Rechtfertigung der Regulierung von Ladenöffnungszeiten angestellt hat, durch die wettbewerbsneutrale zeitliche Rahmenbedingungen geschaffen würden.<sup>106</sup>

*d) Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen*

Auch dieses Ziel bezieht sich nicht auf einzelne Gewerbe, sondern auf das Handwerk als Ganzes, das ganz überwiegend durch kleine, teilweise sogar kleinstbetriebliche

---

<sup>104</sup> 1 BvR 1730/02.

<sup>105</sup> Das im Herbst 2018 vorgelegt werden soll.

<sup>106</sup> BVerfGE 13, 225 (227); BVerfGE 59, 336 (353); BVerfGE 104, 357 (365), und zuletzt BVerfG, NVwZ 2010, S. 570.

Strukturen geprägt ist. Der öffentliche Zweck der Sicherung der beruflichen Bildung angesichts dieser in den Handwerksberufen bestehenden Strukturen betrifft (insoweit ähnlich wie das zu a) erörterte Ziel der Sicherung der Ausbildungsleistung) auch den volkswirtschaftlichen Nutzen der Bereitstellung gut ausgebildeter Fachkräfte für die Gesamtwirtschaft, aber nur mittelbar. Unmittelbar steht gerade bei kleineren Handwerken der unwiederbringliche Verlust von Wissen und Können aus Jahrzehnten auf dem Spiel, mit gravierenden Folgen auch für Wirtschaftszweige in der Wertschöpfungskette, wie etwa bei den für die Industrie wichtigen Modellbauern.

Sodann – und vor allem – geht es, gleichsam institutionell, um den zweiten großen Pfeiler der deutschen Bildungspolitik, nämlich die berufliche Bildung, die (nach entsprechender politischer Einschätzung) bislang oftmals eine vergleichsweise geringere Aufmerksamkeit genießt als die akademische Bildung. In der gegenwärtigen Zeit, die durch einen Fachkräftemangel gekennzeichnet ist, der durch die demographische Entwicklung eher noch verschärft wird, kann dies auf Dauer zum Wegbrechen ganzer Berufsbilder führen, jedenfalls in Bereichen, in denen nicht (wie in der Industrie) mittlere und große Unternehmen mit attraktiven Qualifizierungsangeboten bereitstehen. Es ist angesichts dieser Umstände kein Zufall, dass im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 7.2.2018 das Ziel der Erhaltung und Stärkung des Meisterbriefes im Abschnitt über „Gleichwertigkeit von beruflicher und akademischer Bildung“ verortet worden ist (Zeile 2981 ff.). In wirtschaftlich schlechteren Zeiten droht das Wegbrechen des handwerklichen Pfeilers der beruflichen Bildung den bislang in Deutschland selbst in wirtschaftlichen Krisenzeiten (im Vergleich mit anderen EU-Ländern) recht unproblematischen Übergang von der Schule in die Erwerbstätigkeit zu beeinträchtigen, mit der Konsequenz einer dann möglicherweise drohenden erhöhten Jugendarbeitslosigkeit. Das Meisterbriefefordernis könnte einen Beitrag dazu leisten, dass die handwerklichen Berufe überhaupt noch vom Nachwuchs angesteuert werden, weil dort kompetente, auch pädagogisch-didaktisch versierte Ausbilder anzutreffen sind und die Gesamtperspektive durch Entwicklungsfähigkeit und gesamtgesellschaftliche Anerkennung geprägt ist. Aus der Sicht von informiert-ambitionierten jugendlichen Schulabgängern, die mit einer Vielzahl von auf den ersten Blick für sie möglicherweise attraktiveren Angeboten von Industrie- und Handelsunternehmen sowie aus dem akademischen Sektor, konfrontiert sind, erscheint eine Gesellen-/Meisterlaufbahn attraktiver als ein auf sich gestelltes Kleinunternehmertum ohne Verankerung in einem Gesamtsystem. Soweit es Auszubildende mit Migrationshintergrund betrifft, tritt als weiteres

Anliegen die Stärkung der bislang so beeindruckend ausgefüllten Integrationsfunktion der Inhaber von Handwerksbetrieben gegenüber Auszubildenden, die in eher noch höherem Maße pädagogische und menschliche Qualitäten erfordert, hinzu. Im Jahr 2016 haben 4.566 junge Menschen aus acht nichteuropäischen Asylzugangsländern eine Ausbildung im Handwerk absolviert, was einem Anteil von etwa 48,4 % an allen Ausbildungsverhältnissen der Flüchtlinge aus diesen Herkunftsländern entspricht.<sup>107</sup> Ein Jahr später waren es schon 11.080 Personen.

Bei dem öffentlichen Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung handelt es sich um einen objektiv, insbesondere auch aufgrund neuerer tatsächlich-ökonomischer Entwicklungen wichtiger gewordenen Zweck, der folglich sowohl zur Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses im Hinblick auf Anlage A-Handwerke als auch für die etwaige Rückführung von B1-Handwerken herangezogen werden könnte.

### **III. Zwischenergebnis**

Die vorwiegend an der bisherigen Rechtsprechung orientierte Analyse ergibt zunächst, dass aufgrund der vergleichsweise geringeren Eingriffsintensität und der infolge des berufsqualifizierenden Charakters des Meisterbrieferfordernisses bestehenden Leistungselemente künftig durchaus geringere Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung als bei anderen subjektiven Berufszugangsregelungen gestellt werden könnten. Bereits bislang hat die Rechtsprechung die öffentlichen Zwecke der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit bzw. der Ausbildungssicherung für die Gesamtwirtschaft als grundsätzlich anzuerkennende besonders wichtige Belange des Gemeinwohls angesehen, jedenfalls im Hinblick auf die von der jeweiligen Entscheidung betroffenen Handwerke.

Auf weitere etwaigenfalls legitimierende öffentliche Zwecke kam es bislang nicht an. Von Verfassungsrechts wegen geht es insoweit nur darum, dass öffentliche Zwecke objektiv bestehen, nicht darum, ob der Gesetzgeber sie bei der Einführung einer bestimmten Form der Eröffnungskontrolle (hier: des Meisterbrieferfordernisses) explizit benannt hat, soweit er nicht bestimmte Zwecke explizit ausgeschlossen hat. Auf der Ebene der Zwecke bestehen weder Ermittlungs- noch Nachweispflichten zulasten des Gesetzgebers.

---

<sup>107</sup> Vgl. Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH), Qualifizierung von Flüchtlingen im Handwerk (2016).

Dies bedeutet:

- Neben den Zwecken der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit bzw. der Erhaltung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft kommen als weitere öffentliche Zwecke in Betracht der Verbraucherschutz, der Umwelt- und Kulturgüterschutz (teilweise), ferner die handwerksbezogene Mittelstandsförderung, die Verbesserung der Markteffizienz sowie die Stärkung der beruflichen Bildung in kleinberuflichen Strukturen, teilweise inklusive der Stärkung der Integrationsverantwortung der Wirtschaft.
- Die Zwecke des Verbraucherschutzes sowie der Mittelstandsförderung müssten allerdings im Zuge einer künftigen HwO-Novellierung ausdrücklich aufgegriffen werden, um künftig das Meisterbrieferfordernis sowohl für A-Handwerke als auch für B1-Handwerke legitimieren zu können.
- Geschähe dies, kann vorbehaltlich einer Detailuntersuchung davon ausgegangen werden, dass sowohl die Einbeziehung jedes bisherigen A-Handwerks als auch und die Rückführung jedes bisherigen B1-Handwerks unter Berufung auf jeweils mehrere öffentliche Zwecke am Maßstab des Art. 12 abs. 1 GG gerechtfertigt werden könnten.

## **C. Verhältnismäßigkeit**

### **I. Geeignetheit**

#### **1. Anforderungen und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfordert das innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei allen Grundrechtseingriffen zu beachtende Kriterium der Geeignetheit, dass der gewünschte Erfolg (die Verfolgung des jeweils zugrunde gelegten Zwecks) durch die jeweilige Eingriffsmaßnahme (hier: das Meisterbrieferfordernis) „gefördert werden können“ muss.<sup>108</sup> Mit dem Merkmal „gefördert“ gelangt bereits zum Ausdruck, dass es nicht um das tatsächliche Eintreten eines bestimmten Erfolges geht. Ob also beispielsweise das Meisterbrieferfordernis in bestimmten umweltrelevanten Handwerken konkret Verbesserungen im Umweltschutz

---

<sup>108</sup> BVerfGE 25, 1 (17); BVerfGE 63, 88 (115); BVerfGE 115, 276 (308); zuletzt BVerfGE, U.v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., juris, Rn. 149 (Spielhallen).

zeitigt, ist nicht relevant, vielmehr genügt es, dass ein Beitrag zur Verbesserung der Umweltqualität möglich ist.

Hinsichtlich der Frage, ob der gewünschte Erfolg durch die infrage stehende Eingriffsmaßnahme gefördert wird, besteht sodann nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung ein „Einschätzungs- und Prognosevorrang“ des Gesetzgebers. Mit dieser Formel versucht das BVerfG seit Jahrzehnten zu verhindern, dass es selbst zum Akteur der Wirtschaftspolitik wird. Vielmehr sind im demokratisch gewaltenteilten System des Grundgesetzes wirtschaftspolitische Entscheidungen der gesetzgebenden Gewalt zugeordnet und nur diese besitzt auch die Möglichkeit, etwaige Prognosefehler später zu korrigieren. Hatte das BVerfG noch im sog. Apothekenurteil<sup>109</sup> auf der Grundlage eigener Erhebungen seine Entscheidung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers gesetzt, so ist es seit der Entscheidung über die Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs<sup>110</sup> auf die bis heute durchgehaltene Linie der reduzierten Kontrolldichte eingeschwenkt.<sup>111</sup> So hat es in einer Entscheidung vom 7. März 2017, in der es um die Verfassungsmäßigkeit mehrerer gesetzlicher Eingriffe in die Berufsfreiheit von Glücksspielveranstaltern ging, nicht etwa unter Auswertung empirischer Daten eine Erfolgskontrolle durchgeführt, sondern reine Plausibilitätserwägungen angestellt.<sup>112</sup>

Der damit durch das Gericht herbeigeführte Rückzug auf eine Vertretbarkeitskontrolle bedeutet, dass eine subjektive Berufszugangsregelung erst dann als ungeeignet eingestuft wird, wenn die infrage stehende Eingriffsmaßnahme „offensichtlich fehlsam oder schon als solche mit der Wertordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar“ ist.<sup>113</sup> Die betreffende Maßnahme muss mithin „objektiv untauglich oder ungeeignet“ bzw. „schlechthin ungeeignet“ sein.<sup>114</sup> Ungeachtet vereinzelt geübter Kritik<sup>115</sup> wird diese verfassungsgerichtliche Linie im Schrifttum überwiegend mitgetragen.<sup>116</sup>

<sup>109</sup> BVerfGE 7, 377 (413 ff.).

<sup>110</sup> BVerfGE 16, 147 (181 ff.).

<sup>111</sup> Vgl. nur *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1903; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 117.

<sup>112</sup> BVerfG, 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., juris, Rn. 149 - 152

<sup>113</sup> BVerfGE 81, 156 (192).

<sup>114</sup> BVerfGE 47, 109 (117); BVerfGE 81, 156 (193); aus dem Schrifttum u.a. *Manssen*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 134; *Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte V, 2013, § 113 Rn. 156.

<sup>115</sup> Vgl. v.a. *Hufen*, NJW 1994, S. 2919.

<sup>116</sup> Vgl. nur *Ruffert*, in: BeckOK, GG, Stand 1.2.2015, Art. 12 Rn. 98; *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 132 f.

Der insgesamt sehr zurückhaltende Umgang des Gerichts mit dem Kriterium der Geeignetheit wird dadurch bestätigt, dass eine Pflicht zur Revision einer per Gesetz vorgenommenen verfassungsrechtlichen Einschätzung nur im außerordentlich seltenen Fall, dass sich „die wirtschaftliche und soziale Bedeutung völlig gewandelt“ hat, angenommen wird. Der bloße Umstand, dass sich bestimmte wirtschaftliche und soziale Bedingungen trotz des vom Gesetzgeber für geeignet erachteten Eingriffs nicht in der von ihm erhofften Weise gewandelt haben, genügt mithin nicht.<sup>117</sup> So hat das Gericht etwa im Hinblick auf das Bauforderungssicherungsgesetz festgestellt, dass der Vorwurf, der Gesetzgeber habe die Prüfung der Auswirkungen von Maßnahmen zum Schutz des Bauhandwerks unterlassen, auf einer Verkennung der verfassungsrechtlichen Vorgaben beruhe; eine „Beobachtungspflicht“, die selbstständig gerügt werden könnte, bestehe nicht. Verfassungswidrig ist das Ausbleiben einer Neuregelung selbst bei geänderten tatsächlichen Gegebenheiten nur dann, wenn die Unterlassung eine Schutzpflicht verletzen würde.<sup>118</sup> Würden demnach einzelne oder alle Handwerke aus der Anlage B1 in die Anlage A zurückgeführt, so würde dies also nicht voraussetzen, dass die damals erhofften Effekte nachweislich nicht eingetreten sind. Ausreichend wäre, wenn der künftig verfolgte Zweck (beispielsweise die handwerksbezogene Förderung des Mittelstands oder die Stärkung der beruflichen Bildung) durch die Rückführung gefördert zu werden verspräche.

## 2. Ermittlungs- und Nachweispflichten?

Auf der formellen Ebene wirkt sich der zugunsten des Gesetzgebers angenommene Einschätzungs- und Prognosevorrang dahingehend aus, dass nur überprüft wird, ob er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert hat und die Prognosen insoweit sachgerecht erstellt worden sind.<sup>119</sup> Andere oder weitergehende Anforderungen hat im Kontext des Art. 12 Abs. 1 GG bislang weder das Bundesverfassungsgericht noch eines der mit der Verfassungsmäßigkeit

---

<sup>117</sup> So BVerfG 87, 363 (382); BVerfGE 110, 141 (158); BVerfG, U.v. 12.07.2017, 1 BvR 2222/12 u. 1 BvR 1106/13, Rn. 84.

<sup>118</sup> BVerfG, NZBau 2011, 282 (285 f.); ferner BVerfG, U.v. 12.07.2017, 1 BvR 2222/12 u. 1 BvR 1106/13, Rn. 85.

<sup>119</sup> BVerfGE 57, 139 (160).

des Meisterbrieferfordernisses befassten höheren Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit (soweit ersichtlich) aufgestellt.<sup>120</sup> Das OVG NRW hat erst kürzlich in seinem Urteil v. 20.11.2017 explizit festgestellt, dass die „Gefahrgeneignetheit des Zahntechnikerhandwerks auf der Hand“ liege und dass, anders als teilweise im Schrifttum behauptet, „keine“ Begründungspflichten des Gesetzgebers bestünden.<sup>121</sup>

### 3. Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses

#### a) *Einschlägige Rechtsprechung*

Der Blick in die bisher zum Meisterbrieferfordernis veröffentlichte Rechtsprechung (soweit diese sich zur Verfassungsmäßigkeit verhält) zeigt, dass diesem bislang durchgehend bescheinigt worden ist, dass die mit ihm durch den Gesetzgeber seither explizit verfolgten Zwecke (bis 2004: Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks; Ausbildungsfunktion für die Wirtschaft; ab 2004 Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit und weiterhin Ausbildungsfunktion) „gefördert“ würden.

Aus der Zeit bis 2004 sind neben dem Grundsatzbeschluss vom 17.7.1961<sup>122</sup> eine diesen bestätigende Entscheidung vom 31.3.2000<sup>123</sup> und zwei weitere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu nennen.<sup>124</sup> Sie alle lassen in Bezug auf die Geeignetheit auch keine Differenzierung nach der Art des ausgeübten Handwerks erkennen. Auch in dem die Erforderlichkeit bzw. die Zumutbarkeit bezweifelnden Kammerbeschluss vom 5.12.2005 (der sich weiterhin auf die Rechtslage bis 2004 bezieht) hat das BVerfG nicht die Geeignetheit zur Verfolgung des Zwecks „Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks“ verneint, sondern die Problematik der sog. Inländerdiskriminierung aufgeworfen, diese sodann aber dem Prüfungspunkt

---

<sup>120</sup> Ebenso *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 15. Die von *Bulla*, Die Freiheit der Berufswahl, S. 204 ff., 208 ff. aufgestellten Anforderungen an Ermittlungs- und Nachweispflichten stellen somit eine Beschreibung des von diesem Autor als verfassungsrechtspolitisch wünschenswert Erachteten dar (wie er selbst auf S. 217 andeutet). Die von ihm zitierten Entscheidungen betreffen nicht das Kriterium der Geeignetheit bei der Prüfung von Eingriffen in das Berufsfreiheitsgrundrecht.

<sup>121</sup> 4 A 1113/13; *GewArch* 2018, S. 72 (73 f.).

<sup>122</sup> BVerfGE 13, 97 (116).

<sup>123</sup> *GewArch* 2000, S. 240.

<sup>124</sup> BVerwG, 29.8.2001, 6 C 4/01, BVerwGE 115,70; BVerwG, 1.4.2004, 6 B 5/04, *GewArch* 2004, S. 488.

„Zumutbarkeit“ zugeordnet (unter dem sie auch nachfolgend erörtert werden soll; C III).<sup>125</sup>

Nach Inkrafttreten der HwO-Novelle 2004 sind zunächst mehrere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts ergangen. Sie betrafen so unterschiedliche Anlage A-Handwerke wie die Friseure,<sup>126</sup> die Dachdecker<sup>127</sup> und die Maler und Lackierer.<sup>128</sup> Dabei stellte das Gericht jeweils explizit fest, dass das Meisterbrieferfordernis (ebenso wie die Altgesellenregelung) zur Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter „geeignet“ sei, weil es genüge, dass jene Qualifikationsanforderungen „zur Verwirklichung dieses Ziels beitragen können“. Das OLG Celle hat dem Meisterbrieferfordernis im Steinmetz- und Steinbildhauerhandwerk die Geeignetheit bescheinigt<sup>129</sup> und das OVG NRW hat Entsprechendes im Hinblick auf das Zahntechnikerhandwerk getan.<sup>130</sup> Der rote Faden, der sich durch diese nicht nur gefestigte, sondern bis in die unmittelbare Gegenwart hineinreichende Rechtsprechung zieht, liegt in der Erkenntnis, dass von demjenigen, der eine (bessere) Ausbildung genossen hat und dessen dabei erworbenen Kenntnisse und Fertigkeiten überdies in einem staatlich normierten Verfahren abgeprüft und bescheinigt worden sind, mehr Kenntnisse und Fertigkeiten erwartet und daher sowohl eine „Förderung“ der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter, des Verbraucherschutzes, des Umwelt- bzw. Kulturgüterschutzes als auch eine „Förderung“ der Zwecke des Mittelstands, der Markteffizienz und der beruflichen Bildung möglich erscheint. Nüchtern betrachtet, handelt es sich hierbei um einen sehr einfachen, m.E. unabweisbaren Gedankengang, der die Geeignetheit des Meisterbrieferfordernisses nicht nur im Hinblick auf einzelne, möglicherweise besonders gefahrgeneigte Handwerke der Anlage A begründet, sondern im Hinblick auf alle Handwerke, auch die der Anlage B1, zu begründen vermag.

Auch der Umstand, dass infolge von Ausnahmeregelungen (teilweise; oftmals liegen ja auch dort vielfach geprüfte oder über einen längeren Zeiträume hinweg unter Beweis

---

<sup>125</sup> BVerfG, B.v. 5.12.2005, 1 BvR 1730/02, DVBl. 2006, S. 244.

<sup>126</sup> BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 8/10, Rn. 33.

<sup>127</sup> BVerwG, U.v. 31.8.2012, 8 C 9/10, Rn. 34.

<sup>128</sup> BVerwG, U.v. 9.4.2014, 8 C 50.12, GewArch 2015, S. 317 (319).

<sup>129</sup> Mit Urteil v. 8.9.2016, 13 U 87/16, juris, Rn. 27 (wiederum im Hinblick auf die Gefahrgeneignetheit).

<sup>130</sup> Mit Urteil v. 20.11.2017, 4 A 1113/13, GewArch 2008, S. 72, Rn. 27.

gestellte Kenntnisse und Fertigkeiten vor) eine erhebliche Zahl von Wettbewerbsteilnehmern nicht über den Meisterbrief verfügt, schließt nach der Rechtsprechung die Geeignetheit jener Anforderung nicht aus, weil ein „Verdrängungswettbewerb mit der Folge, dass diese Anforderungen mangels Anwendungsbereichs praktisch wirkungslos würden“ nicht festgestellt werden kann.<sup>131</sup> Jedenfalls werden die betreffenden Zwecke durch jeden einzelnen zusätzlichen Meister „gefördert“. Entsprechendes würde m.E. gelten, wenn nach einer etwaigenfalls erfolgten Rückführung bisheriger B1-Handwerke neue Meister und (immerhin) seit Jahren erfahrene Betriebsinhaber ohne Meisterbrief nebeneinander agierten (vgl. noch E).

*b) Geeignetheit je verfolgtem Zweck*

Für die durch den Rechtsgüterschutz geprägten Zwecke (Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit, Verbraucherschutz, (teilweise) Umwelt- bzw. Kulturgüterschutz) liegt der Zusammenhang zwischen höherer Qualifikation und Förderung jener Zwecke klar auf der Hand. Daher ist auch die zentrale Anwendungsvoraussetzung der HwO, das Merkmal der „Handwerksmäßigkeit“ so auszulegen, dass die betreffenden Tätigkeiten nicht in wenigen Tagen erlernbar sein dürfen.<sup>132</sup> Auch was die wirtschafts- und bildungspolitischen Zwecke betrifft, ist auf die schon fast banale, nichtsdestoweniger bis heute sachlich überzeugende Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts hinzuweisen, in der bekräftigt wird, dass selbstverständlich ein höherer Leistungsstand des je einzelnen fundiert ausgebildeten und geprüften Handwerkers unmittelbar einen erhöhten Leistungsstand des je betroffenen Handwerks insgesamt erwarten lässt.<sup>133</sup>

Im Hinblick auf den wirtschaftspolitischen Zweck der Mittelstandsförderung lässt sich dies durchaus auch an Zahlen festmachen. So wurde bereits mitgeteilt (B II 2 a), dass die sog. Marktverweildauer bei Anlage A-Handwerksunternehmen deutlich höher liegt als bei Anlage B1-Handwerksunternehmen. An dieser Stelle sei ergänzt, dass die von Kritikern des Meisterbrieferfordernisses geäußerte Befürchtung, der Meisterbrief stelle zulasten der Handwerke eine Marktzugangshürde dar, weil er das Gründungsgeschehen gegenüber nicht entsprechend reglementierten Tätigkeiten in der Industrie (aber

---

<sup>131</sup> Vgl. stellv. nur die Formulierung in BVerwG, Urteil v. 31.8.2011, 8 C 9/10, juris, Rn. 35.

<sup>132</sup> Darauf hat BVerwGE 25, 66 (69), aufmerksam gemacht.

<sup>133</sup> BVerfGE 13, 97 (116).

seit 2004 eben auch innerhalb der verschiedenen Teilbereiche des Handwerks) erschwere,<sup>134</sup> nun, d.h. mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten der HwO-Novelle 2004 so nicht bestätigt ist. Aus einer umfangreichen Untersuchung des Volkswirtschaftlichen Instituts für Mittelstand und Handwerk an der Universität Göttingen, die als Band 19 der „Göttinger Beiträge zur Handwerksforschung“ veröffentlicht worden ist,<sup>135</sup> ergibt sich zwar, dass die HwO-Novelle in den seinerzeit neu geschaffenen B1-Handwerken einen Gründungsboom bewirkt hatte, der aber in hohem Maße auf eine Reihe novelierungsunabhängiger Faktoren zurückzuführen ist. Bei sehr vielen der neu entstandenen Unternehmen handle es sich um sog. Solo-Selbstständige, eine Beschäftigtenexpansion in den betroffenen Handwerken ist aufs Ganze gesehen nicht erfolgt. Dies gipfelt darin, dass es zwar zu einer Verdopplung der Betriebsstätten, dabei aber zu einer Halbierung der Beschäftigtenzahl in den B1-Handwerken kam und der Zuwachs sich vor allem auf solche Gewerke beschränkt, die ohne große Investitionen durchgeführt werden können.<sup>136</sup> Die neu entstandenen Unternehmen sind fast überwiegend vergleichsweise klein und weisen meist nur eine kurze Marktverweildauer auf.<sup>137</sup>

Nachvollziehbar erscheint ferner, dass durch eine stärkere Beschränkung des Berufszugangs zugunsten von besserqualifizierten Unternehmern eine Verbesserung der Marktergebnisse i.S.v. Qualität und Innovation erzielt werden kann. Was schließlich die Geeignetheit im Hinblick auf den öffentlichen Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung betrifft, so zeigt bereits der deutlich höhere Anteil Solo-Selbstständiger in den Anlage B1-Handwerken (gegenüber den Anlage A-Handwerken), dass dort signifikant weniger Ausbildung stattfindet. Eine im Juli 2018 als englischsprachiges Arbeitspapier von *Runst/Thomä* (Volkswirtschaftliches Institut für Mittelstand und Handwerk an der Universität Göttingen) vorab veröffentlichte Studie zeigt, dass sich die Ausbildungsleistung der 2004 zulassungsfrei gestellten Handwerke seit 2009 verringert hat und

---

<sup>134</sup> So im Anschluss an *Manssen*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art.12 Rn. 249; *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 225 f.

<sup>135</sup> *Müller*, Neue Daten zu den Auswirkungen der Teilderegulierung des Handwerks 2004, 2018, S. 41 ff.

<sup>136</sup> Vgl. auch noch *Zimmermann*, GewArch 2012, 65 f., unter Berufung auf BT-Drs. 17/3373, S. 18 (Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten der SPD aus dem Jahr 2010).

<sup>137</sup> Diese Ergebnisse sind jeweils mit Zahlen und weiteren empirischen Erkenntnissen belegt; vgl. auch *Müller*, GewArch 2016, S. 54 ff.

dass folglich die Abschaffung der Meisterpflicht einen „negativen Einfluss auf die Ausbildungsleistung des Handwerks hatte.“<sup>138</sup> Durch eine Erhöhung des Meisterbriefanfordernisses, würde mithin das System der beruflichen Bildung als solches gestärkt,<sup>139</sup> weil die mit der Meisterqualifikation verbundene Berechtigung zur selbstständigen Berufsausübung den bildungspolitischen Wert und damit das Interesse an diesem beruflichen Fortbildungsabschluss erhöht<sup>140</sup>: Mehr Meister/innen bedeutet mehr volkswirtschaftliche Humankapitalbildung.

Wie sich aus der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage mehrerer Abgeordneter der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 14.10.2011 ergibt,<sup>141</sup> betrug im Jahr 2010 der Anteil der Auszubildenden auf 100 Betriebe bei Anlage B1-Handwerken 9 Personen, bei Anlage A-Handwerken hingegen 59 Personen. Diese Zahlen werden durch die bereits erwähnte aktuelle Veröffentlichung des Göttinger Volkswirtschaftlichen Instituts für Mittelstand und Handwerk bestätigt,<sup>142</sup> wonach die sog. Humankapitalbildung bei den A-Handwerken deutlich stärker ausgeprägt ist. Die letztgenannte Untersuchung hat auch gezeigt, dass der Anteil von Auszubildenden und von durchgeführten Prüfungen im Handwerk *insgesamt* deutlich höher liegt als in der Gesamtwirtschaft.<sup>143</sup>

Zweifelhaft ist nach all dem lediglich, ob das Meisterbriefanfordernis auch im Hinblick auf die Verfolgung des öffentlichen Zwecks „Sicherung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft“ *je Handwerk* angenommen werden kann.<sup>144</sup> Allerdings sind in der bisher publizierten obergerichtlichen Rechtsprechung zum Meisterbriefanfordernis

---

<sup>138</sup> Ifh Working Papers No. 14.

<sup>139</sup> Dies konzidiert auch *Bulla*, Die Freiheit der Berufswahl, S. 281.

<sup>140</sup> *Müller/Thomä*, Bedeutung der qualifikationsgebundenen Zugangsberechtigung im Handwerk für die Funktionsfähigkeit des dualen Ausbildungssystems, Göttinger Beiträge zur Handwerksforschung 4, 2015, S. 10.

<sup>141</sup> BT-Drs. 17/7313, S. 5 f.

<sup>142</sup> A.a.O., S. 43; vgl. ferner eine weitere Untersuchung des gleichen Instituts, veröffentlicht bei *Müller*, Die Stellung des Handwerks innerhalb der Gesamtwirtschaft, 2017, S. 40 f., 68 f., 99.

<sup>143</sup> Vgl. *Müller*, Die Stellung des Handwerks innerhalb der Gesamtwirtschaft, 2017, S. 100 (Tabelle 16).

<sup>144</sup> Diesbezügliche Zweifel bei *Bulla*, GewArch 2012, S. 473; auch *Kormann/Hüpers*, Handwerksrecht, S. 25 machen die Annahme der Geeignetheit von der Ermittlung der sog. Ausbildungsquote (d.h. des Vergleichs der Ausbildungsquoten des einzelnen Handwerks einerseits, der Gesamtwirtschaft andererseits) abhängig.

auch im Hinblick auf diesen öffentlichen Zweck (soweit ersichtlich) bislang noch keine Zweifel manifest geworden.<sup>145</sup>

#### **4. Zwischenergebnis**

Im Hinblick auf das Merkmal der Geeignetheit ist mit Blick auf sämtliche dem Rechtsgüterschutz dienenden öffentliche Zwecke (soweit einschlägig) davon auszugehen, dass der jeweils gewünschte Erfolg durch das Meisterbrieferfordernis gefördert wird. Im Hinblick auf den wirtschaftspolitischen Zweck der Förderung der Ausbildung in der Gesamtwirtschaft ist dies dann der Fall, wenn sich für das je einzelne dem Meisterbrieferfordernis unterworfenen Handwerk eine erhöhte Ausbildungsquote im Verhältnis zu der Ausbildungsquote in der Gesamtwirtschaft bzw. eine hohe Zahl an Ausbildungsplätzen plausibilisieren ließe. Dass die weiteren wirtschafts- bzw. bildungspolitischen Zwecke (handwerksbezogene Mittelstandsförderung, Verbesserung der Markteffizienz, Stärkung der beruflichen Bildung) durch das Meisterbrieferfordernis gefördert werden können, kann demgegenüber angenommen werden, ohne dass es zusätzlicher Ermittlungs- bzw. Nachweisanstrengungen bedürfte.

## **II. Erforderlichkeit**

### **1. Anforderungen und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte**

Im Einklang mit der allgemeinen Dogmatik zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist auch im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Eingriffen in das Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG auf dieser Prüfungsstufe danach zu fragen, ob ein milderer, die Grundrechtsträger weniger belastendes, aber dennoch gleich geeignetes (bzw. „wirksames“ bzw. „effektives“) Mittel zur Erreichung der jeweils verfolgten Zwecke zur Verfügung steht.<sup>146</sup> Dabei wird dem Gesetzgeber wiederum ein „Beurteilungs-

---

<sup>145</sup> Im Gegenteil: Das OVG NRW hält die Geeignetheit des Meisterbrieferfordernisses im Hinblick auf jenen öffentlichen Zweck für gegeben (OVG NRW, GewArch 2010, 249; ebenso *Zimmermann*, GewArch 2011, S. 65.

<sup>146</sup> So die ständige, wenn auch in der Terminologie teilweise schwankende Rechtsprechung des BVerfG; BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 69, 209 (218 f.); BVerfGE 70, 84 (109); zuletzt BVerfG, NJW 2018, S. 2109, Rn. 47. Aus dem Schrifttum vgl. statt vieler *Schneider*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte V, § 113 Rn. 157.

und Prognosespielraum“ eingeräumt, auch dies in bemerkenswert gefestigter Rechtsprechung.<sup>147</sup> Demnach fehlt es an der Erforderlichkeit nur und erst dann, wenn „feststellbar“ ist, dass eventuelle Alternativmaßnahmen gleich wirksam und weniger belastend sind. Insbesondere ist es nicht Aufgabe der verfassungsgerichtlichen Überprüfung, dem Gesetzgeber Vorschläge für Alternativmaßnahmen zu machen. Dahinter steckt das bereits auf den vorherigen Prüfungsstufen beschriebene Verständnis der unterschiedlichen Rollen von Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit in Anbetracht des demokratischen und gewaltenteiligen Systems des Grundgesetzes.

Auch dies ist in der Literatur, abgesehen von einzelnen Stimmen, die sich aber nicht durchsetzen konnten,<sup>148</sup> weitgehend unangefochten.<sup>149</sup> Das OVG NRW hat konkret im Hinblick auf das Meisterbrieferfordernis im Zahntechnikerhandwerk in seinem Urteil vom 20.11.2017<sup>150</sup> hierauf Bezug genommen und explizit festgestellt, dass keine Alternativen erkennbar seien, bei denen „die sachliche Gleichwertigkeit ... in jeder Hinsicht eindeutig“ feststehe. Jedenfalls habe der Gesetzgeber „mit der Annahme, niedrigere Qualifikationsanforderungen seien zur Gefahrenabwehr nicht sicher ebenso geeignet, seinen verfassungsrechtlichen Einschätzungsspielraum nicht überschritten.“ Das Gericht beschließt seine diesbezüglichen Ausführungen mit der seit Jahrzehnten in der Rechtsprechung verwendeten Formulierung, dass etwas anderes erst „dann der Fall (sei), wenn die gesetzgeberischen Entscheidungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben könnten.“

## 2. Ermittlungs- und Nachweispflichten?

Etwaige Ermittlungs- und Nachweispflichten werden auch im Hinblick auf die Prüfungsstufe der Erforderlichkeit auf der soeben referierten einschlägigen Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts und der Verwaltungsgerichte nicht statuiert. Namentlich lässt sich der bisherigen Rechtsprechung auch keine Pflicht dahingehend

---

<sup>147</sup> Vgl. nur BVerfGE 77, 84 (109); BVerfGE 102, 197 (218), zuletzt BVerfG, 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., juris, Rn. 153.

<sup>148</sup> Vgl. etwa *Hufen*, NJW 1994, S. 2910; passim *Stern*, Staatsrecht IV/1, S. 1902 f.

<sup>149</sup> Vgl. statt vieler *Manssen*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 137; *Schneider*, a.a.O., Rn. 157.

<sup>150</sup> GewArch 2018, S. 72, Rn. 62 – 64. Es tut dies unter ausdrücklicher Zurückweisung der von *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 248 f., 258 (ohne Rückhalt in der Rechtsprechung) vertretenen Gegenansicht.

entnehmen, dass dann, wenn über einen bestimmten Zeitraum hinweg keine Genehmigungspflicht statuiert worden war (wie im Hinblick auf die Anlage B1-Handwerke) der Gesetzgeber nachweisen müsste, dass es in jenem Zeitraum zu Problemen im Hinblick auf die nun von ihm verfolgten öffentlichen Zwecke gekommen wäre; im Hinblick auf einige der hier infrage stehenden Zwecke, namentlich der Zwecke der Stärkung des handwerksbezogenen Mittelstandes (Stichwort: Marktverweildauer) und der beruflichen Bildung (Stichwort: Geringere Ausbildungszahlen in den B1-Handwerken) würde ihm dies zudem gelingen, wie zu I 3 b festgestellt worden ist.

### 3. Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses

#### a) *Einschlägige Rechtsprechung*

Vorab: Wenn aus der in ständiger Rechtsprechung formulierten Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass „nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar (sein muss), dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten“,<sup>151</sup> im Schrifttum ein mehrstufiges Prüfungsschema entfaltet wird, anhand dessen festgestellt werden können soll, ob der Gesetzgeber jene Alternativmaßnahmen „in ihren Auswirkungen bewertet und verglichen“ hat und er die fehlende bzw. geringere Wirksamkeit für alternative Maßnahmen „gegebenenfalls empirisch belegen“ müsse,<sup>152</sup> so handelt es sich hierbei um eine Vorgehensweise, die der Rechtsprechung selbst nicht zu entnehmen ist und die m.E. auch nicht aus der durch sie immer wieder verwendeten Formulierung abgeleitet werden kann. Im Gegenteil läuft diese gerade darauf hinaus, dass die Existenz eines gleichgeeigneten anderen Mittels gleichsam greifbar und allen Beteiligten vor Augen stehen muss, während von investigativen Aktivitäten (zu denen ein Parlament nach der demokratisch-gewaltenteilenden Ordnung des Grundgesetzes gerade nicht verpflichtet werden kann) keine Rede ist.

Bei der Analyse der gerichtlichen Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses ist zunächst zu berücksichtigen, dass es in Gestalt der sog. Altgesellenregelung nach §§ 7 Abs. 7, 7b HwO bereits eine vom Gesetz selbst vorgesehene Alternative gibt, die es dem Grundrechtsträger ermöglicht, zwischen zwei Qualifizierungswegen zur Auf-

<sup>151</sup> BVerfGE 102, 197 (217).

<sup>152</sup> So *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, S. 248.

nahme einer selbstständigen Tätigkeit im Handwerk diejenige zu wählen, die ihm aufgrund seiner persönlichen Situation als die weniger belastende erscheint. Darauf hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt hingewiesen,<sup>153</sup> verbunden mit dem Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber „seinen verfassungsrechtlichen Einschätzungsspielraum nicht überschritten“ habe, indem er es hiermit hat bewenden lassen, also darauf verzichtet hat, „niedrigere Qualifikationsanforderungen wie das bloße Bestehen der Gesellenprüfung oder eine Berufserfahrung ohne Bewährung in einer Leitungsposition“ ausreichen zu lassen.

Erst recht erscheint dann die gegenwärtig bei den Anlage B1-Handwerken verwirklichte Alternative der bloßen Anzeigepflicht (als Eröffnungskontrolle) nebst nachträglicher Kontrolle in den Jahren der beruflichen Betätigung nur dann als zur Verneinung der Erforderlichkeit führende Alternative, wenn die Rückführung dort bisher zugeordneter Handwerke in das Meisterbriefersfordernis politisch realisiert würde; im Hinblick auf die gegenwärtig in der Anlage A zusammengefassten Handwerkstätigkeiten handelt es sich hierbei jedenfalls um eine in Sachen Geeignetheit/Wirksamkeit/Effektivität zu weit hinter den beiden gesetzlich vorgesehene Alternativen zurückbleibende Option. Hier spiegelt sich die allgemein im Wirtschaftsverwaltungsrecht anerkannte Einschätzung wider, dass die Instrumente der nachträglichen Kontrolle dem Instrument des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (dazu Teil 1 C I 1) grundsätzlich unterlegen sind.<sup>154</sup> Entsprechendes gilt im Hinblick auf die etwaige Alternative des freiwilligen Erwerbs des Meisterbriefs (wie bislang in § 51a HwO vorgesehen) oder anderer freiwilliger Qualifikationszertifikate. Insoweit ist erst kürzlich durch das Volkswirtschaftliche Institut für Mittelstand und Handwerk an der Universität Göttingen in einer Untersuchung mit dem Titel „Vor- und Nachteile des Meisterbriefs im Vergleich zu freiwilligen Qualifikationszertifikaten“<sup>155</sup> festgestellt worden, dass hierdurch die Wahrscheinlichkeit schlechter Dienstleistungsqualität sowie das Potenzial der Gefährdung der Verbraucher steigen würde, und zwar insbesondere auch im Niedrigpreissegment, wo die Handwerker nur geringe Anreize hätten, in ihre Qualifikation zu investieren.

Eine veritable Alternative würde die bloße Anzeigepflicht nebst nachträglicher Überwachung im Hinblick auf die B1-Handwerke bilden, wenn diese in die Anlage A zurückgeführt würden. Denn dann würde die seit 2004 bis zum Zeitpunkt der Rückführung

---

<sup>153</sup> So etwa im Urteil v. 31.8.2012, 8 C 8/10, juris, Rn. 34.

<sup>154</sup> Vgl. nur BVerfGK 14, 328 (334); *Waldhoff*, GewArch 2018, 93.

<sup>155</sup> *Lankau/Müller*, Göttinger Beiträge zur Handwerksforschung 15 (2017).

bestehende Situation als dem Gesetzgeber greifbar vor Augen stehende Alternative gelten müssen, mit der Konsequenz, dass die größere Geeignetheit (Wirksamkeit/Effektivität) des Meisterbrieferfordernisses im Hinblick auf die jeweils verfolgten Zwecke plausibel gemacht werden müsste. Diesbezüglich soll nachfolgend anhand der einzelnen Zwecke differenziert werden:

*b) Erforderlichkeit je verfolgtem Zweck*

Hinsichtlich des Zwecks der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit kann davon ausgegangen werden, dass der mit dem Meisterbrief verbundene Erwerb zusätzlicher Fertigkeiten und Kenntnisse insbesondere aufgrund der notwendigen Abschlussprüfung zu einer verbesserten Gefahrenabwehr führen wird. Dies gilt auch gegenüber zivilrechtlichen, Unfallverhütungs- und Arbeitsschutzbestimmungen oder sonstigen Haftungsregeln anderer Rechtskreise und ist wiederholt gerichtlich festgestellt worden.<sup>156</sup> Besonders ausführlich hat dies das OVG NRW in seinem Urteil v. 20.11.2017 dargelegt<sup>157</sup> und zwar im Hinblick auf das Zahntechnikerhandwerk; explizit hat es in diesem Zusammenhang „pauschale Behauptungen“ wie die, dass in anderen europäischen Ländern der Meisterzwang abgeschafft worden sei oder dass mittlerweile zahntechnische Produkte in computerbasierten Verfahren hergestellt würden, zurückgewiesen. Im Hinblick auf die bisherigen B1-Handwerke mit entsprechendem Gefahrenpotenzial würde m.E. der Umstand, dass die Meisterqualifikation jedenfalls gesteigerte Kenntnisse und Fertigkeiten erwarten lässt, ausreichen, um auch insoweit die Erforderlichkeit bescheinigen zu können.

Was den Zweck der Sicherung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft angeht, käme es auf die Erforderlichkeit nur im Hinblick auf diejenigen Handwerke an, bei denen eine höhere Ausbildungsquote besteht und mithin die Geeignetheit zu bejahen wäre (vgl. I 3 b).

Im Hinblick auf den Zweck des Verbraucherschutzes und (soweit eingreifend) die etwaigen Zwecke des Umwelt- bzw. Kulturgüterschutzes würde ebenfalls mit der Wiedereinführung des Meisterbrieferfordernisses eine verbesserte Qualität bzw. ein besserer Umwelt- bzw. Kulturgüterschutz erwartbar sein. Dies käme (im Unterschied

---

<sup>156</sup> So im Hinblick auf die Friseure: BVerwG, U.v. 31.8.2011, 8 C 8/10, juris, Rn. 34; die Dachdecker: BVerwG U.v. 31.8.2011, 8 C 9/10, juris, Rn. 36, und in Bezug auf die Maler und Lackierer durch BVerwG, U.v. 9.4.2014, GewArch 2014, Rn. 42.

<sup>157</sup> GewArch 2018, S. 72, Rn. 66 – 76.

namentlich zu den zivilrechtlichen Haftungsregelungen, die ein hohes Maß an eigener Durchsetzungsbereitschaft und finanziellem Durchhaltevermögen während der Prozessdauer erfordern) nicht zuletzt auch sozial schwächeren Verbrauchergruppen zugute.<sup>158</sup> Anders als bei dem durch das BVerfG verworfenen Sachkundenachweis für den gesamten Einzelhandel<sup>159</sup> werden durch die Meisterschule und die Meisterprüfung ja gerade konkret auf das jeweilige Handwerk bezogene Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt. Dass ein „gewisser Überschuss“ von Anforderungen in Ausbildungs- und Prüfungsordnungen nicht schon zur Verneinung der Erforderlichkeit des hiermit verbundenen Grundrechtseingriffs führt, hat das BVerfG wiederholt entschieden.<sup>160</sup>

Namentlich die Prüfung auch des betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Wissens fördert die Stabilität des jeweiligen Unternehmens und verringert die „Gefahr“, dass eigene betriebswirtschaftliche Schwächen zulasten Dritter und der Allgemeinheit gehen.<sup>161</sup> Selbstverständlich wäre aber im Zuge einer etwaigen Rückführung von B1-Handwerken auf eine möglichst milde, dem je Handwerk verfolgten Zweck hinreichend Rechnung tragende Ausgestaltung der Prüfungsanforderungen zu achten. Die etwaige weitere Alternative, Verbraucherschutz durch auf einzelne Produkte, Gegenstände oder Verhaltensweisen bezogene Anforderungen bewirken zu wollen, hat das BVerfG erst jüngst bei der Überprüfung von (von ihm akzeptierten) Anforderungen an die Betreiber von Spielhallen als weniger erfolgversprechend verworfen.<sup>162</sup>

Schließlich ist auch in Anbetracht der öffentlichen Zwecke der handwerksbezogenen Mittelstandsförderung bzw. der Verbesserung der Markteffizienz keine Gleich-Geeignetheit namentlich der Alternative, es beim bisherigen Regelungsregime für die B1-Handwerke zu belassen, erkennbar. Denn das Meisterbriefanforderung verspräche jedenfalls bessere und nachhaltigere unternehmerische Erfolge und damit eine realistischere Verwirklichung der dem Mittelstand allgemein zugeschriebenen Stärken gerade im Hinblick auf Tätigkeiten, die weniger durch institutionelle oder kapitalmäßige Umstände, sondern durch das „persönliche fachliche Können des Unternehmers“<sup>163</sup> gekennzeichnet sind.

---

<sup>158</sup> Darauf weist *Kramer*, *GewArch* 2013, S. 108, hin.

<sup>159</sup> BVerfGE 19, 330 (339).

<sup>160</sup> BVerfGE 13, 97 (117 f.); BVerfGE 25, 236 (248).

<sup>161</sup> Unverständlich daher *Bulla*, *GewArch* 2012, S. 475.

<sup>162</sup> Im U.v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., juris, Rn. 153.

<sup>163</sup> Formulierung nach BVerfGE 19, 330 (341).

Was schließlich den potenziellen künftigen Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung betrifft, so erscheint hier das Meisterbrieferfordernis (anders als dann, wenn die Ausbildungsleistung des Handwerks auf deren Leistung für die Gesamtwirtschaft bezogen wird) durchaus in hinreichendem Maße besser geeignet als die Inanspruchnahme der Altgesellenregelung plus das Absolvieren von Teil IV der Meisterprüfung, wie im Kammerbeschluss des BVerfG v. 5.12.2005 erwogen.<sup>164</sup> Denn es steht „nicht außerhalb jeden Zweifels“, dass gerade die Verknüpfung der Berechtigung zur Lehrlingsausbildung mit der Berechtigung zur selbstständigen Berufsausübung in Gestalt der Meisterqualifikation einen höheren bildungsökonomischen Wert (in Gestalt eines erhöhten Interesses an diesem beruflichen Fortbildungsabschluss und damit einer höheren Attraktivität gegenüber Jugendlichen) besitzt. Aus betrieblicher Sicht kommt das Kosten-Nutzen-Kalkül der eigenen Ausbildungsanstrengungen hinzu.<sup>165</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Das Meisterbrieferfordernis dürfte nach dem gegenwärtigen Stand der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtfertigungsmerkmal der „Erforderlichkeit“ sowohl im Hinblick auf die Anlage A-Handwerke als auch im Hinblick auf eine etwaige Rückführung der Anlage B1-Handwerke weiterhin Bestand haben bzw. durchsetzbar sein. Denn gleich geeignete Alternativen sind im Hinblick auf keinen der infrage kommenden Zwecke feststellbar, soweit es sich hierbei nach den beiden vorherigen Prüfungsstufen um tragfähige Zwecke handelt.

### III. Zumutbarkeit

Das dritte Element des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezeichnet das Bundesverfassungsgericht in schwankender Terminologie als „Zumutbarkeit“ bzw. „Angemessenheit“ oder auch als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“<sup>166</sup>. Eine auf das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG bezogene Sonderdogmatik hat sich

<sup>164</sup> DVBl. 2006, S. 245; kritisch hierzu *Zimmermann*, GewArch 2012, S. 63.

<sup>165</sup> Dies ist im Jahr 2015 fachlich näher untermauert worden durch *Müller/Thomä*, Bedeutung der qualifikationsgebundenen Zugangsberechtigung im Handwerk für die Funktionsfähigkeit des dualen Ausbildungssystems, Göttinger Beiträge zur Handwerksforschung 4, S. 9 f.

<sup>166</sup> So etwa in den aktuellen Entscheidungen zur Spielhallenregulierung v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., juris, Rn. 155, bzw. zur sog. Ekelliste, NJW 2018, S. 2109, Rn. 49. Die Rechtsprechung insoweit bilanzierend *Schneider*, in: Handbuch der Grundrechte V, § 113 Rn. 159.

insoweit nicht herausgebildet, so dass die allgemein im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entwickelten Grundsätze auch insoweit maßgeblich sind. Aufgrund des Charakters der Zumutbarkeitsprüfung als „Gesamtabwägung“<sup>167</sup>, die das Bundesverfassungsgericht als eine Art finale Option zur Realisierung seiner Kontrollbefugnis ansieht,<sup>168</sup> ist das Ergebnis der Prüfung dieses Elements der Verhältnismäßigkeitsprüfung am schwersten vorhersehbar.

## 1. Anforderungen und verfassungsgerichtliche Kontrolldichte

Das Erfordernis der Zumutbarkeit verlangt, dass „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe“ die Grenze der Zumutbarkeit (bzw. Angemessenheit) gewahrt bleibt.<sup>169</sup> Bei der (auch hier infrage stehenden) Prüfung von Gesetzen ist auf die Regelungswirkungen für den jeweils betroffenen Freiheitsbereich abzustellen, atypische Belastungen in Einzelfällen sind hinzunehmen.<sup>170</sup> Dass mithin eine generalisierende Betrachtungsweise geboten ist, entbindet den Gesetzgeber aber nicht von der Notwendigkeit, ggf. bestehende besondere Belastungen von Teilgruppen innerhalb des jeweils betroffenen Freiheitsbereichs (hier: innerhalb des Handwerks) zu berücksichtigen. Auch wenn sich eine bestimmte Regelung für einen (und sei es größeren) Teil der Betroffenen als zumutbar erweist, kann sie dennoch für eine Teilgruppe, die bei typisierender Betrachtung deutlich härter betroffen ist, als unzumutbar anzusehen sein.<sup>171</sup> Bei der Orientierung an Teilgruppen kommt dem Gesetzgeber ein sog. Typisierungsspielraum zugute.<sup>172</sup>

Um die Zumutbarkeit bestimmter gesetzlicher Eingriffsmaßnahmen verfassungsrechtlich würdigen zu können, müssen mithin die Auswirkungen des jeweiligen Eingriffs auf die Grundrechtsträger der Bedeutung der jeweils verfolgten Zwecke mit deren Rang

<sup>167</sup> Vgl. etwa BVerfGE 121, 317 (355); BVerfGE 126, 112 (152).

<sup>168</sup> So trefflich *Schneider*, in: Handbuch der Grundrechte V, § 113 Rn. 163.

<sup>169</sup> BVerfGE 113, 167 (260); BVerfGE 120, 224 (241); BVerfGE 126, 112 (152 f.); zuletzt BVerfG, B.v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12, Rn. 155. Aus dem Schrifttum u.a. *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12 Rn. 94; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 120.

<sup>170</sup> BVerfGE 77, 84 (105); BVerfGE 125, 260 (362); *Mann*, in: Sachs, GG, Art. 12 Rn. 144.

<sup>171</sup> Auch dies entspricht der ständigen Rechtsprechung; vgl. nur BVerfGE 65, 116 (126 f.); BVerfGE 68, 155 (173); BVerfGE 121, 317 (358).

<sup>172</sup> Vgl. BVerfGE 30, 292 (327); BVerfGE 68, 155 (173); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 52.

und der Intensität ihrer Gefährdung<sup>173</sup> gegenübergestellt werden. Die sodann stattfindende Abwägung fragt danach, ob ein „angemessener Ausgleich zwischen dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zwischen Individual- und Allgemeininteresse“ hergestellt werden kann.<sup>174</sup> Dies gipfelt letztlich in der Frage, wie eng der Bezug der jeweils grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahme zum jeweils verfolgten Schutzzweck ist.<sup>175</sup>

## 2. Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses

### a) Abschließende Charakterisierung der Eingriffswirkung

Bereits eingangs (Teil 1 C III 1) wurde der einen Meisteraspiranten treffende Aufwand in finanzieller und zeitlicher Hinsicht beschrieben, aber auch festgestellt, dass sich mit einer bestandenen Meisterprüfung auch verschiedene Nutzeneffekte verbinden. Vor der abschließenden Gesamtabwägung ist bei der Charakterisierung der Eingriffswirkung überdies (auf der Linie eines aktuellen Urteils des OVG NRW vom 20.11.2017)<sup>176</sup> darauf hinzuweisen, dass diese Erfordernisse nur demjenigen auferlegt werden, der sich in dem betreffenden Handwerk selbstständig machen möchte, während ohne Meisterprüfung stets eine Betätigung in der Industrie und im Handwerk als Angestellter möglich ist; des Weiteren wird die Eingriffswirkung durch die Option der Einschaltung eines Betriebsleiters (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 HwO) ebenso abgemildert wie dadurch, dass mit den Vorbereitungen auf die Meisterprüfung unmittelbar im Anschluss an das Absolvieren der Gesellenzeit begonnen werden kann.<sup>177</sup>

### b) Relevanz der Ausnahmeregelungen

Abgesehen vom Schornsteinfegerhandwerk (Anlage A Nr. 12) und den Gesundheitshandwerken der Anlage A Nr. 33 – 37 eröffnet die sog. Altgesellenregelung gemäß §§ 7 Abs. 7 i.V.m. 7b HwO einen alternativen Weg zur Eintragung in die Handwerks-

<sup>173</sup> BVerfGE 113, 63 (80); BVerfGE 120, 274 (327).

<sup>174</sup> BVerfGE 133, 277, Rn. 109.

<sup>175</sup> So explizit BVerfGE 107, 186 (197); zu dieser Strukturierung der Zumutbarkeitsprüfung aus dem Schrifttum *Michael*, JuS 2001, S. 150; *Pieroth*, in: Kment (Hrsg.), FS Jarass, 2015, S. 596 ff.

<sup>176</sup> GewArch 2018, S. 72, Rn. 85.

<sup>177</sup> Während zum Zeitpunkt des (das Meisterbrieferfordernis dennoch für zumutbar erachtenden) Beschlusses des BVerfG v. 17.7.1961 (BVerfGE 13, 97 (119) noch eine mindestens 3 – 5-jährige Gesellenzeit zu absolvieren war!

rolle, der dann, wenn überdies gemäß § 22b Abs. 2 Nr. 2 lit. b) HwO Teil IV der Meisterprüfung erfolgreich absolviert wird, auch die Befugnis zur Ausbildung von Lehrlingen vermittelt. Weitere Alternativen bilden die (in allen A-Handwerken) eröffnete Möglichkeit der Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO, der erleichterte Zugang für Ingenieure, Techniker und Industriemeister gemäß § 7 Abs. 2 HwO und die sog. Ausübungsbezeichnung zwecks Erweiterung bestehender Handwerksbetriebe nach § 7a HwO. Geht man vom Fortbestand dieser Regelungen und ferner davon aus, dass sie auch im Falle einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO angewendet würden (so bereits Teil 1 B III), dann ist darauf einzugehen, welchen Einfluss dies auf die Beurteilung der Zumutbarkeit des Meisterbriefanfordernisses haben kann. Davon zu unterscheiden ist der etwaige Einfluss, der sich aus den für die EU-Ausländer geltenden Bestimmungen (als sog. Inländerdiskriminierungen) ergeben kann; ihm ist gesondert (zu c) nachzugehen.

*aa) Unzumutbarkeit da Systemwiderspruch?*

Ganz vereinzelt wird aus der Existenz dieser Ausnahmegewilligungen sowie der Regelungen über Neben- und Hilfsbetriebe bzw. die deutlich erleichterten Bestimmungen für das Reisegewerbe nicht nur ein (angeblicher) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet (dazu D), sondern auch versucht, damit die Unzumutbarkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit zu begründen.<sup>178</sup> Diese Sichtweise hat überwiegend keine Gefolgschaft gefunden,<sup>179</sup> m.E. zu Recht, weil diese Regelungen umgekehrt einen Beitrag zur Annahme der Zumutbarkeit des Meisterbriefanfordernisses leisten (dazu sogleich bb). Hinter ihnen stehen jeweils spezifische Sachgründe und sie wirken sich aufs Ganze gesehen quantitativ kaum aus. So belief sich beispielsweise im Freistaat Bayern im Jahr 2017 die Zahl der nach absolvierter Meisterprüfung neu in die Handwerksrolle Eingetragenen auf 2092, denen lediglich 186 Eintragungen nach § 7 Abs. 2 HwO (Uniabsolventen etc.) gegenüberstehen sowie 351 Inhaber von Ausnahmegewilligungen nach § 8 HwO. Anders als im Falle des im Grundsatz strikt konzipierten vormaligen

<sup>178</sup> So *Bulla*, *GewArch* 2012, S. 473 f.; vgl. auch *Wiemers/Sonder*, *DÖV* 2011, S. 104 (108 f.).

<sup>179</sup> Vgl. aus dem Kreis der ablehnenden Stimmen etwa *Detterbeck*, *HwO* § 1 Rn. 16; *Leisner*, in: ders., *HwO*, Einleitung Rn. 15 und ausführlich *dens.*, *Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung*, 2014, S. 75 ff.; *Kramer*, *GewArch* 2013, S. 105 (108).

Rauchverbots, das das Bundesverfassungsgericht aufgrund zahlreicher Ausnahmebestimmungen als nicht „folgerichtig“ verworfen hat,<sup>180</sup> wird das Meisterbrieferfordernis durch die hier infrage stehenden Ausnahmebestimmungen mithin nicht gleichsam in sein Gegenteil verkehrt.

*bb) Bewirkung von Zumutbarkeit?*

Indem die genannten Ausnahmebestimmungen im Hinblick auf die von ihnen jeweils erfassten Teilgruppen sachlich begründete Erleichterungen vorsehen, tragen sie der zu 1 beschriebenen verfassungsrechtlichen Anforderung Rechnung, Teilgruppen, die bei typisierender Betrachtung deutlich härter betroffen sind als andere, entsprechend geringer oder gar nicht zu belasten. Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses weist insoweit über Jahrzehnte eine bemerkenswerte Übereinstimmung auf. So hatte bereits das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 17.7.1961<sup>181</sup> den Ausnahmebestimmungen eine zumutbarkeitsherstellende Wirkung zuerkannt und sogar erwogen, ob der Kreis der Ausnahmefälle (gegenüber dem damaligen Stand) „noch weiter zu ziehen“ sei; das Gericht hat dies in der Folgezeit in Ansehung einzelner Ausnahmebestimmungen bekräftigt, so im Hinblick auf die Regelungen über Hilfsbetriebe<sup>182</sup> und in seinem (in anderer Hinsicht Zweifel äußernden) Kammerbeschluss vom 5.12.2005 (im Hinblick auf die Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO).<sup>183</sup> Den mit der Anwendung befassten Behörden hat es ausdrücklich den Auftrag erteilt, jeweils den verfassungsrechtlichen Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG im Auge zu behalten. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bewegt sich auf der gleichen Linie,<sup>184</sup> ebenso das Schrifttum.<sup>185</sup> Dass im Hinblick v.a. auf die Gesundheitshandwerke die Altgesellenregelung nach § 7b HwO nicht eingreift, stelle die Zumutbarkeit aber nicht infrage, weil diese Handwerke wiederum wegen des

---

<sup>180</sup> BVerfG, GewArch 2008, S. 352.

<sup>181</sup> BVerfGE 13, 97 (120 f.).

<sup>182</sup> BVerfG, GewArch 2000, S. 240.

<sup>183</sup> DVBl. 2006, S. 244 (246).

<sup>184</sup> Vgl. BVerwG, 31.8.2011, 8 C 8/10, juris, Rn. 35 (Altgesellenregelung); BVerwG, NVwZ 2015, S. 1288, Rn. 29 (im Hinblick auf die §§ 7b und 8 HwO), sowie zuletzt OVG NRW, GewArch 2018, S. 72, Rn. 79 f.

<sup>185</sup> Vgl. nur *Leisner*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk, S. 68; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 16.

insoweit besonders intensiv berührten Zwecks der Gefahrenabwehr eine zu unterscheidende Teilgruppe bildeten.

c) *Relevanz der sog. Inländerdiskriminierung?*

aa) *Phänomen*

Um den Anforderungen des EU-Rechts zur Gewährleistung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit in Europa entsprechen zu können, wurde ein Sonderregime zugunsten der grenzüberschreitenden Handwerkstätigkeit errichtet. Die entsprechenden europarechtlichen Regelungen werden im Teil 4 dieser Untersuchung thematisiert. Das nationale Umsetzungsregime bewirkt im Ergebnis verschiedene Erleichterungen zugunsten der grenzüberschreitenden handwerklichen Betätigung, die typischerweise EU-Ausländern, unter der Voraussetzung eines längeren Aufenthalts im EU-Ausland aber auch deutschen Staatsangehörigen, die sodann wieder Tätigkeiten im Bundesgebiet ausüben wollen, zugutekommen können.<sup>186</sup> Die sich daraus ergebende sog. Inländerdiskriminierung ist kein Problem für das europäische Recht, da sie nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine Art interne Angelegenheit des jeweiligen EU-Staates darstellt.<sup>187</sup> Allerdings ergeben sich daraus Fragen an die Zumutbarkeit des Meisterbriefersfordernisses am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG sowie am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG, die nachfolgend im Zusammenhang erörtert werden sollen.

Hinsichtlich der insoweit relevanten Regelungen ist wie folgt zu differenzieren: Wird durch den betreffenden Handwerker eine Niederlassung in Deutschland angestrebt, so kann ihm bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HwO in Verbindung mit Abschnitt 1 der EU/EWR-Handwerk-Verordnung (EU/EWRHwV) vom 18.3.2016<sup>188</sup> eine Ausnahmegewilligung erteilt werden (Abschnitt 1 der VO). Gemäß § 7 Abs. 3 HwO wird er sodann als Inhaber einer Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 in die Handwerksrolle eingetragen. Alternativ hierzu (aber von deutlich geringerer praktischer Bedeutung) kommt eine Eintragung in Betracht, wenn aufgrund der §§ 50a und 50b HwO die Gleichwertigkeit eines im Ausland erworbenen Prüfungszeugnisses mit dem Bestehen der deutschen Meisterprüfung festgestellt worden ist. Davon zu unterscheiden ist die Eintragung nach § 7 Abs. 2a HwO auf der Grundlage

<sup>186</sup> Vgl. zu den Einzelheiten insoweit *Knörr*, in: Honig/Knörr/Thiel, HwO, § 9 Rn. 9.

<sup>187</sup> Vgl. nur EuGH, 27.10.1982, C-35 u. 36/82 (Morson), Rn. 11 ff.; aus dem Schrifttum *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 154.

<sup>188</sup> BGBl. I, S. 509.

einer Rechtsverordnung über die Gleichwertigkeit einer im EU-Ausland erworbenen Berechtigung; auch dies ist von geringer praktischer Bedeutung.

Geht es lediglich um die Erbringung grenzüberschreitender handwerklicher Dienstleistungen ohne Niederlassung, ist § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HwO i.V.m. dem Abschnitt 2 der EU/EWRHwV einschlägig. In diesen Fällen ist die Erbringung der Dienstleistungen in einem Handwerk der Anlage A einem Handwerker gestattet, wenn er „in einem anderen Herkunftsstaat zur Ausübung vergleichbarer Tätigkeiten rechtmäßig niedergelassen“ ist (vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 der EU/EWRHwV). Dabei genügt gemäß § 9 der VO die bloße Anzeige vor der beabsichtigten Erbringung der Dienstleistung bei der zuständigen Behörde. Wenn der Niederlassungsstaat für die Ausübung der betreffenden Tätigkeiten keine bestimmte berufliche Qualifikation voraussetzt und es dort auch keine staatlich geregelte Ausbildung gibt, dann ist die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung nur unter der Voraussetzung gestattet, dass die Tätigkeiten dort mindestens ein Jahr lang ausgeübt worden sind und nicht länger als 10 Jahre zurückliegen (vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 EU/EWR-HwV). Besondere Regeln gelten wiederum für die Handwerke der Anlage A Nr. 12 (Schornsteinfeger) und Nr. 33-37 (Gesundheitshandwerke). Insoweit muss die zuständige Behörde vor der Dienstleistungserbringung die Berufsqualifikation prüfen, wenn „bei unzureichender Qualifikation eine schwere Gefahr für die Gesundheit oder Sicherheit der Dienstleistungsempfänger oder Dienstleistungsempfängerinnen bestünde“ (vgl. § 8 Abs. 2 EU/EWRHwV).

#### *bb) Rechtliche Bedeutung*

(1) Überblickt man den verfassungsrechtlichen Diskussionsstand zur Beurteilung von sog. Inländerdiskriminierungen, dann ist zunächst festzustellen, dass sich im Hinblick auf die Freiheitsrechte keine gefestigte Beurteilung hinsichtlich der Zumutbarkeit von Berufsregelungen herausgebildet hat. Soweit ersichtlich ist der in dieser Untersuchung bereits mehrfach erwähnte Beschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5.12.2005, in dem Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs nach der HwO a.F. geäußert worden sind,<sup>189</sup> isoliert geblieben, d.h. weder die verfassungsgerichtliche noch (soweit ersichtlich) die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat seither die Unzumutbarkeit einer Berufsregelung wegen einer

---

<sup>189</sup> DVBl. 2006, S. 244 (246).

bestehenden sog. Inländerdiskriminierung angenommen.<sup>190</sup> Die teilweise geäußerte Prognose, dass das Handwerksrecht infolge dieses Kammerbeschlusses zu einem „Referenzgebiet“ für den verfassungsrechtlichen Umgang mit sog. Inländerdiskriminierungen werde,<sup>191</sup> hat sich mithin nicht bewahrheitet. Das Handwerksrecht würde sich für eine solche Rolle m.E. spätestens mit Aufnahme des § 4 in die Gewerbeordnung auch nicht eignen, weil diese Vorschrift mit einem bedeutend größeren Anwendungsbereich zahlreiche Anzeige- und Erlaubnispflichten des Gewerberechts in Fällen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung für nicht anwendbar erklärt – ohne dass dies bislang (soweit ersichtlich) zu irgendwelchen verfassungsrechtlich begründeten Schlussfolgerungen zulasten der für Inländer unverändert fortbestehenden Anzeige- und Erlaubnispflichten geführt hätte. Der in diesem Zusammenhang immer wieder anzutreffende Hinweis auf das Urteil des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 9.12.1999, in dem dieser im Hinblick auf die Verfassungsrechtslage in Österreich eine Verletzung des dort geschützten Grundrechts auf Erwerbsausübungsfreiheit und des Gleichheitsgebots erblickt hatte,<sup>192</sup> überzeugt nicht, weil sich die deutsche handwerksrechtliche Ausgestaltung von der in Österreich unterscheidet,<sup>193</sup> und weil selbstverständlich etwaige Grundsätze des österreichischen Verfassungsrechts für die Interpretation der Grundrechte nach Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG nicht rechtlich maßgeblich sein können.

(2) Während mithin eine abschließende verfassungsrechtliche Beurteilung von sog. Inländerdiskriminierungen im Hinblick auf das Freiheitsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG noch nicht abschließend getroffen werden kann und mithin nachfolgend vertieft werden muss, kann im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG immerhin festgestellt werden, dass dieser ganz überwiegend entweder bereits gar nicht für einschlägig erachtet,<sup>194</sup> oder jedenfalls die im jeweils konkreten Fall vorliegende Ungleichbehandlung als sachlich gerechtfertigt angesehen wird.<sup>195</sup>

---

<sup>190</sup> So auch die neuere ausführliche europarechtliche Untersuchung von *Croon-Gestefeld*, EuR 2016, S. 56 (66).

<sup>191</sup> So *Bulla*, GewArch 2012, S. 475.

<sup>192</sup> So mit weiteren Nachweisen wiederum *Bulla*, GewArch 2012, S. 476.

<sup>193</sup> Darauf hat das BVerwG, 31.8.2012, 8 C 8/10, Rn. 37, aufmerksam gemacht.

<sup>194</sup> Verneinend u.a. *Gundel*, DVBl. 2007, S. 269 (272); *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 56 ff.

<sup>195</sup> Vgl. etwa BVerwGE 126, 149 (165); BVerwGE 140, 276 (286 f.); BGHZ 198, 225 (236 f.). Aus dem Schrifttum statt vieler *Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002, § 17

Hinsichtlich der etwaigen freiheitsgrundrechtlichen Auswirkungen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht kann die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur in zwei Stadien eingeteilt werden. Im Vorfeld bzw. im Zusammenhang mit dem Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der seinerzeitigen Ausgestaltung des Meisterbrieferfordernisses äußernden Beschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats des BVerfG<sup>196</sup> ist von mehreren Autoren die These aufgestellt worden, dass in dem Maße, in dem aus unionsrechtlichen Gründen im Ausland erworbene Kompetenzen und Erfahrungen anerkannt werden, allein der Umstand der Inländereigenschaft das Meisterbrieferfordernis nicht mehr rechtfertigen könne.<sup>197</sup> Dem sind andere Autoren entgegengetreten.<sup>198</sup> Ein bemerkenswert eindeutiges Bild ergibt hingegen der Blick in die seit jenem Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts ergangene Rechtsprechung der höheren Verwaltungsgerichte. Diese lassen sich durchgehend auf eine Prüfung der mit dem Begriff der Inländerdiskriminierung beschriebenen Umstände entweder am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG ein,<sup>199</sup> oder sie verorten die entsprechenden Ausführungen zwar beim Grundrecht des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG, nehmen dort in der Sache dann aber eine freiheitsrechtlich orientierte Prüfung vor, indem sie die Verhältnismäßigkeit der vorliegenden Ungleichbehandlung (unter jeweils ausdrücklicher Erwähnung von Art. 12 Abs. 1 GG) prüfen.<sup>200</sup> Sachlich ausschlaggebend sei, unabhängig von der Verortung in dem einen oder dem anderen Grundrecht, ob „für die vom Gesetzgeber vorgesehenen Differenzierungen Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen

---

Rn. 77; bündig und auf aktuellem Stand *Wollenschläger*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 221.

<sup>196</sup> DVBl. 2006, S. 244.

<sup>197</sup> So *König*, AöR 118 (1993), S. 591 (607 ff.); *Früh*, GewArch 2001, S. 58 (60); *Czybulka*, NVwZ 2003, S. 164 (170 f.); *Beaucamp*, DVBl. 2004, S. 1458 (1462); *Bulla*, GewArch 2012, S. 475 f.

<sup>198</sup> Vgl. etwa *Stober*, GewArch 2003, S. 393 (399); *Rieger*, DÖV 2006, S. 685 (689 ff.); *Korrmann/Hüpers*, GewArch 2008, S. 274 ff.; *Kramer*, GewArch 2013, S. 110 f.

<sup>199</sup> So BVerwG 31.8.2011, 8 C 8/10, juris, Rn. 36.

<sup>200</sup> So das BVerwG in seinem Urteil in der Rs. 8 C 9/10 vom gleichen Tage (31.8.2011), juris, Rn. 45.

rechtfertigen können“.<sup>201</sup> Bereits der Kammerbeschluss des BVerfG vom 5.12.2005<sup>202</sup> hat die Problematik ausdrücklich nicht am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG geprüft, sondern innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG verortet. Dabei fragt die Kammer – ganz auf der Linie der allgemein praktizierten Grundsätze im Umgang mit dem Merkmal der Zumutbarkeit (vgl. a) – ob der mit dem Meisterbrieferfordernis verbundene Grundrechtseingriff noch zu dem „zunehmend verwischten Ziel der Qualitätssicherung ... in einem angemessenen Verhältnis“ steht.

Eine europarechtlich bewirkte Inländerdiskriminierung bedeutet daher keinen rechtlichen Harmonisierungszwang, sondern ist zu verstehen als der rechtliche Auslöser einer veränderten tatsächlichen Lage (vermehrtes Auftreten von Handwerkern ohne Meisterbrief), die als solche (wie auch andere Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse von erheblichem Gewicht) zu einer erneuten und ggf. veränderten Bewertung des Merkmals der Zumutbarkeit innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung führen kann.

*cc) Diesbezügliche Beurteilung des Meisterbrieferfordernisses*

Die seit 2005, d.h. mittlerweile über einen Zeitraum von 13 Jahren zu verzeichnenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gelangen eindeutig zu dem Ergebnis, dass das Regime der sog. Inländerdiskriminierung nicht zur Unzumutbarkeit des Meisterbrieferfordernisses führt. In den Worten des zweifelnden Kammerbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts bedeutet dies, dass die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung im Hinblick auf den jeweils von ihr zu beurteilenden Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit (um den es auch im Kammerbeschluss des BVerfG gegangen ist) *nicht* davon ausgeht, dass er durch das Auftreten von Handwerkern aus dem EU-Ausland „verwischt“ werde. Das Gleiche würde auch im Hinblick auf den öffentlichen Zweck des Rechtsgüterschutzes im Übrigen, d.h. insbesondere im Hinblick auf den etwaigen künftigen Zweck des Verbraucherschutzes gelten müssen. Im Hinblick auf die oben (B II 2) des Weiteren in Erwägung gezogenen wirtschafts-

---

<sup>201</sup> So OVG NRW, GewArch 2010, S. 249 (250). Die Prüfung anhand freiheitsrechtlicher Grundsätze bietet von vornherein größere Differenzierungsmöglichkeiten als die am Alles-oder-Nichts-Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG (darauf haben bereits *Kormann/Hüpers*, GewArch 2008, S. 273 bei Fn. 24 aufmerksam gemacht).

<sup>202</sup> DVBl. 2006, S. 244.

inkl. arbeitsmarkt- sowie bildungspolitischen Zwecke besteht m.E. gar kein Anlass anzunehmen, dass sie durch das erleichterte Hinzutreten von Handwerkern aus dem EU-Ausland infrage gestellt würden.

Zur Begründung berufen sich die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen im Hinblick auf die Konstellationen der Niederlassungsfreiheit (vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HwO) auf die Altgesellenregelung nach § 7b HwO, die jedenfalls den Abstand zwischen einem seit jeher im Inland ansässigen Handwerker ohne Meisterbrief gegenüber einem Handwerker aus dem EU-Ausland ohne Meisterbrief in signifikanter Weise verringert;<sup>203</sup> dieser Effekt war gerade ein Anliegen bei der Einführung der Altgesellenregelung.<sup>204</sup>

Im Hinblick auf die Situationen der Erbringung von handwerklichen Leistungen ohne Niederlassung im Inland (vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HwO) lautet die Begründung dahingehend, dass die hiermit verbundene sog. Inländerdiskriminierung wegen des „vergleichsweise geringen Marktanteils“ der betreffenden Tätigkeiten die Verwirklichung des öffentlichen Zwecks der Gefahrenabwehr insgesamt „nicht wesentlich“ beeinträchtigt.<sup>205</sup> Hier wird man hinzufügen können, dass die mit dem Fehlen einer Niederlassung verbundenen erheblichen Beschwerneisse zulasten des Handwerkers und seiner potenziellen Kunden auch nicht signifikante Steigerungen jenes Marktanteils erwarten lassen (zu den Zahlen sogleich). In der Sache erscheint es berechtigt, die von EU-Ausländern ohne Sitz im Inland erbrachten Dienstleistungen mit den reisegewerblich erbrachten Handwerksdienstleistungen von Inländern zu vergleichen, die ebenfalls dem Meisterbriefeferfordernis nicht unterworfen sind.<sup>206</sup> Hinzu kommt, dass die neuere rechtspolitische Entwicklung auf der Ebene des EU-Sekundärrechts mit einem Ausbau der Anerkennung von Berufsqualifikationen gerade darauf zielt, das Niveau auch in Ländern mit bislang vergleichsweise niedrigeren Anforderungen anzuheben, soweit Vorschriften dieser Art einschlägig sind (wie etwa im Hinblick auf das Zahntechnikergewerbe; vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a, 11 lit. c) ii; 13 Abs. 1 u. 2, 14 i.V.m. Anhang II Nr. 2. Spiegelstrich zu den Regelungen für Deutschland der Richtlinie 2005/36/EG des

---

<sup>203</sup> BVerwG, 31.8.2011, 8 C 8/10, juris, Rn. 36; BVerwG, 31.8.2011, 8 C 9/10, juris, Rn. 45; zuletzt OVG NRW, GewArch 2018, S. 72, Rn. 48 f.; vgl. ferner OLG Celle, 8.9.2016, 13 U 87/16, juris, Rn. 27.

<sup>204</sup> Vgl. *Kormann/Hüpers*, GewArch 2008, S. 273 ff. (277).

<sup>205</sup> BVerwG, 31.8.2011, 8 C 8/10, juris, Rn. 36; BVerwG, 31.8.2011, 8 C 9/10, Rn. 46.

<sup>206</sup> Dieser Gedanke klingt bereits an bei BVerwG, 31.8.2011, 8 C 8/10, Rn. 36; vgl. ferner *Leisner*, Die „Meisterqualifikation“, S. 77.

Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen).<sup>207</sup>

Eine Verwischung der verfolgten Zwecke des Rechtsgüterschutzes ist aber nicht nur aufgrund des eher geringen Gewichts der die Inländer diskriminierenden Wirkung, sondern auch wegen der geringen Zahl grenzüberschreitender Fälle nicht zu erwarten. Anders als möglicherweise Mitte der 2000er Jahre (je nach Perspektive) erwartet bzw. befürchtet oder auch erhofft, erweist der Blick in die aktuellen Statistiken über die die Niederlassung von EU-Ausländer betreffenden Ausnahmegewilligungen nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HwO bundesweit für das gesamte Jahr 2017 226 Eintragungen gegenüber 27.315 Eintragungen in die Handwerksrolle insgesamt. Der Anteil der § 9 Abs. 1-HwO-Handwerker aus dem EU-Ausland beträgt mithin gerade einmal 0,8 %. In Bayern erfolgten im Jahr 2017 58 Eintragungen auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und immerhin 308 Bescheinigungen betreffend das Tätigwerden ohne gewerbliche Niederlassung (auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HwO); dem stehen aber wiederum 5004 Eintragungen als Gesamtzahl gegenüber.

Nicht nur die Zahlenlage hat sich mithin anders entwickelt, auch im Hinblick auf den europapolitischen Gesamtkontext darf diagnostiziert werden, dass das Bewusstsein dafür, dass innerhalb des europäischen Mehrebenen-Systems unterschiedliche politische Schwerpunktsetzungen im Rahmen der jeweiligen Kompetenzen (hier: einerseits der EU, andererseits des Mitgliedstaats Deutschland) nicht nur auf der jeweiligen Kompetenzverteilung beruhen, also grundsätzlich legitim, sondern geradezu erwünscht sind; wie in einer großen Habilitationsschrift zum Genehmigungsverwaltungsrecht erst kürzlich festgestellt wurde, ist „größere Freiheit an einem Ort ... nur begrenzt ein Argument, mit dem sich geringere Freiheit an einem anderen Ort bekämpfen lässt, sondern sie ist primär ein Anreiz, von der Freizügigkeit hin zu dem Ort größerer Freiheit Gebrauch zu machen.“<sup>208</sup> Eine Art „race to the bottom“ bei den Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung in Europa dürfte jedenfalls in der gegenwärtigen europapolitischen Gesamtlage weniger denn je zur vorherrschenden Zielsetzung werden.

---

<sup>207</sup> Vgl. hierzu OVG NRW, GewArch 2018, S. 72, Rn. 48.

<sup>208</sup> Schröder, Genehmigungsverwaltungsrecht, 2016, S. 188; in diesem Sinne auch Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 157.

Nach alldem führt das Bestehen von Sonderregelungen zugunsten der grenzüberschreitenden Betätigung im Handwerk mithin nicht zur Unzumutbarkeit des für die Inländer fortbestehenden Meisterbrieferfordernis und es stünde auch nicht dessen Erstreckung auf die Anlage B1-Handwerke entgegen.

*d) Teilgruppenbildung mit Typisierungsspielraum*

Stellt man nun die Auswirkungen des Meisterbrieferfordernisses der Bedeutung der jeweils verfolgten Zwecke mit deren Rang und der Intensität ihrer Gefährdung gegenüber und fragt mithin, wie eng der Bezug des Meisterbrieferfordernisses zum jeweils verfolgten öffentlichen Zweck ist, dann wird man (anders als es noch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1961 tun konnte),<sup>209</sup> nicht mehr durchgehend, jedenfalls nicht im Hinblick auf die B1-Handwerke, auf die Rechtstradition und Homogenität des gesamten Handwerksstandes abstellen können. Wohl aber kann zugunsten der Rechtfertigung des Meisterbrieferfordernisses weiterhin ins Felde geführt werden, dass die Ausübung handwerklicher Tätigkeiten (etwa im Unterschied zu denen des Einzelhandels) durch ein hohes Maß an persönlichem fachlichen Können gekennzeichnet ist.<sup>210</sup> Bei der sonach gegebenen Ausgangslage dürfte eine Differenzierung anhand von Teilgruppen innerhalb des Handwerks naheliegen. Es kann mithin sein, dass sich das Meisterbrieferfordernis für einzelne Teilgruppen als zumutbar erweist, für andere, die bei der gebotenen typisierenden Betrachtung deutlich härter betroffen sind, aber möglicherweise als unzumutbar. Wie eingangs festgestellt (III 1), kommt dem Gesetzgeber hierbei ein Typisierungsspielraum zu, was eine sichere Vorhersage des Ergebnisses einer etwaigen verfassungsgerichtlichen Beurteilung erschwert.

Im Rahmen dieser Untersuchung kann nun keine Betrachtung anhand des je einzelnen Handwerksberufes erfolgen, wohl aber soll versucht werden, bestimmte Gruppen von Handwerken beispielhaft, also nicht abschließend den einzelnen in Betracht kommenden öffentlichen Zwecken zuzuordnen, und zwar anhand der Nähe des Bezugs, den das Meisterbrieferfordernis je Teilgruppe zum jeweils verfolgten öffentlichen Zweck hat.

---

<sup>209</sup> BVerfGE 13, 97 (118).

<sup>210</sup> Insoweit negativ abgrenzend zum Einzelhandel BVerfGE 19, 330 (341).

- Im Hinblick auf den Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit, der nach der bisherigen Rechtsprechung der Einbeziehung sämtlicher A-Handwerke in das Meisterbrieferfordernis zugrunde liegt, ist m.E. ein hinreichend enger Bezug des Meisterbrieferfordernisses zu jenem Zweck gegeben. Aus dem Bereich der Anlage B1-Handwerke gilt Entsprechendes für die Nahrungsmittelhandwerke, für die Behälter- und Apparatebauer sowie u.U. auch für die Fliesen-, Platten- und Mosaikleger, etwa im Hinblick darauf, dass oftmals auch Trinkwasserbehälter gefliest werden.
- Im Hinblick auf den Verbraucherschutz ist näher danach zu differenzieren, ob die betreffende Teilgruppe des Handwerks vorwiegend für ihrerseits gewerbliche Verbraucher tätig ist bzw. zwar auch für private Verbraucher, die aber eine etwaigenfalls defizitäre Leistungserbringung vergleichsweise rasch selbst erkennen können, oder ob beides nicht der Fall ist. Im ersten Fall ist die Rückführung eines bisherigen B1-Handwerks in die Anlage A zur HwO voraussichtlich unzumutbar, sofern nicht im Einzelfall der öffentliche Zweck des Umwelt- oder Kulturgüterschutzes dem allgemeinen Anliegen des Verbraucherschutzes verstärkend zur Seite tritt. Im zweiten Falle (primär Tätigkeit für private Verbraucher und keine leichte Erkennbarkeit einer defizitären Leistungserbringung) dürfte hingegen von der Zumutbarkeit der Rückführung der Betroffenen Anlage B1-Handwerke in die Anlage A ausgegangen werden. Dies betrifft wiederum die Fliesen-, Platten- und Mosaikleger, die Estrichleger und wohl auch die Betonstein- und Terrazzohersteller und die Rolladen- und Sonnenschutztechniker. Im Hinblick auf sie alle kommt überdies die funktionale Verbindung mit den in der Anlage A befindlichen baubezogenen Handwerksberufen hinzu.
- Im Hinblick auf die wirtschafts-, arbeitsmarkt- und bildungspolitischen Zwecke wird es darauf ankommen, ob das Meisterbrieferfordernis im Hinblick auf das jeweils betroffene Handwerk erkennbare Effekte zugunsten jener Zwecke (Mittelstandsförderung, Markteffizienz sowie Ausbildungssicherung und berufliche Bildung) zu erzeugen vermag. Insoweit könnte an die Zahlen über den Betriebsbestand im Handwerk bzw. an den Lehrlingsbestand angeknüpft werden.

So erscheint es zumutbar, diejenigen Handwerksberufe als Teilgruppen aus der Anlage B1 in die Anlage A zurückzuführen, die aufgrund der vergleichsweise großen Zahl der Betriebe<sup>211</sup> tatsächlich einen mittelstandsfördernden Effekt bzw. eine verbesserte Markteffizienz erwarten lassen. Dies dürfte etwa bei den Raumausstattern (Bestand am 1.1.2016: 28.304 Betriebe) oder bei den Fotografen (21.494 Betriebe), ferner auch bei den Gebäudereinigern der Fall sein (46.481 Betriebe). Im Hinblick auf die Zwecke der Ausbildungssicherung bzw. der Stärkung der beruflichen Bildung könnte stattdessen oder zusätzlich auf den Lehrlingsbestand abgestellt werden.<sup>212</sup> Dabei zeigt sich etwa, dass die Fliesen-, Platten- und Mosaikleger 2239 Lehrlinge und die Gebäudereiniger 2293 Lehrlinge haben. Im Hinblick auf Gruppen mit sehr niedrigem Lehrlingsbestand das Meisterbrieferfordernis unter Berufung auf den öffentlichen Zweck der Ausbildungssicherung bzw. der stärkeren beruflichen Bildung wieder einführen zu wollen, erscheint in Abwägung mit den belastenden Wirkungen einer solchen Maßnahme zulasten der Betroffenen schwierig. Daher müssten andere Zwecke tragen, bei den Goldschmieden etwa der Zweck des Kulturgüterschutzes.

Für jene Teilgruppen, die nach einer dem Gesetzgeber obliegenden, hier nur in Grundrissen vorgenommenen Gesamtabwägung demnach nicht in zumutbarer Weise in das Meisterbrieferfordernis einbezogen werden könnten, wäre über etwaige Alternativmodelle einer zugleich berufsqualifizierenden Eröffnungskontrolle (dazu noch Teil 3) nachzudenken.

e) *Zwischenergebnis*

Das Meisterbrieferfordernis erweist sich im Hinblick auf die Anlage A-Handwerke als zumutbar und auch die Rückführung bisheriger B1-Handwerke dürfte sich als zumutbar erweisen. Dazu trägt eine differenzierte Teilgruppenbildung sowie der Umstand des Bestehens verschiedener Ausnahmeregelungen bei. Für die berufsfreiheitsgrundrechtliche Beurteilung irrelevant ist hingegen der teilweise bestehende Umstand der sog. Inländerdiskriminierung.

---

<sup>211</sup> ZDH-Statistik, Betriebsbestand im Handwerk nach Berufen, Stand 2016.

<sup>212</sup> Wiederum unter Orientierung an der ZDH-Statistik, Berichtszeitraum 2016: Lehrlingsbestand (nach Berufen).

#### **IV. Zwischenergebnis**

Das Meisterbrieferfordernis erweist sich im Hinblick auf die Anlage A-Handwerke als verhältnismäßig. Auch im Hinblick auf eine etwaige Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO wäre das Erfordernis der Geeignetheit mit Blick auf sämtliche dem Rechtsgüterschutz dienenden öffentlichen Zwecke (soweit einschlägig) erfüllt, teilweise auch im Hinblick auf den wirtschaftspolitischen Zweck der Förderung der Ausbildung in der Gesamtwirtschaft, ferner durchgehend im Hinblick auf die weiteren wirtschafts- bzw. bildungspolitischen Zwecke. Gleich geeignete Alternativen sind im Hinblick auf keinen der infrage kommenden Zwecke feststellbar. Soweit es sich mithin um tragfähige Zwecke handelt, wäre im Hinblick auf eine etwaige Rückführung der Anlage B1-Handwerke mithin das Merkmal der Erforderlichkeit erfüllt. Hinsichtlich des Merkmals der Zumutbarkeit ist innerhalb der B1-Handwerke nach Teilgruppen zu differenzieren.

### **D. Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG**

#### **I. Erörterungsbedürftige Fragen**

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bildet einen Prüfungsmaßstab für die unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte, aber auch für die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Während die erstgenannte Variante ganz im Vordergrund der verfassungsgerichtlichen Praxis zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz steht, wird die zweite Ausprägung dieses Grundrechts nur selten diskutiert; zutreffend konstatiert *Jarass*,<sup>213</sup> dass die „praktische Bedeutung des Verbots der Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem sehr gering geblieben“ ist. Im vorliegenden Zusammenhang könnte allenfalls in Erwägung gezogen werden, in der Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A der HwO eine (ungerechtfertigte) Gleichbehandlung von ungleichen Handwerksberufen zu erblicken. Diese würde bedeuten, dass etwa zulasten der Raumausstatter eine Gleichheitsverletzung darin liegen würde, dass sie künftig den gleichen Anforderungen unterworfen wären wie u.a. die Maurer. M.E. überzeugte eine solche Argumentation allerdings nicht. Denn zum Ersten ließe sich gegen sie einwenden, dass sowohl die A- als auch die (bisherigen)

---

<sup>213</sup> In: ders./Piero, GG, Art. 3 Rn. 8.

B1-Handwerke dem gleichen Oberbegriff des „Handwerks“ unterfallen, weswegen schon gar keine ungleichen Tatbestände vorliegen. Zum Zweiten, und dieser Gedanke dürfte letztlich ausschlaggebend sein, wäre die Rückführung (im Beispiel) etwa des Raumausstatterhandwerks und seine damit verbundene Gleichstellung mit dem Maurerhandwerk ja durch sachliche Gründe im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt; diesem Ergebnis durch eine Berufung auf die außerordentlich unspezifische, bislang ohne praktische Bedeutung in der Verfassungsgerichtssprechung gebliebene zweite Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG dann wieder den Boden zu entziehen, erscheint nicht plausibel.

Größerer Aufmerksamkeit verdient mithin (wie stets) das dem Art. 3 Abs. 1 GG zu entnehmende Gebot, vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich zu behandeln. Vergleichbare Sachverhalte in diesem Sinne könnten vorliegen im Verhältnis zwischen den als „stehendes Gewerbe“ i.S.v. § 1 Abs. 1 HwO ausgeübten und gegenwärtig bzw. künftig meisterpflichtigen Tätigkeiten einerseits, den im sog. Reisegewerbe erbrachten Tätigkeiten andererseits, und ferner im Verhältnis zwischen der handwerksmäßigen Erbringung von Dienstleistungen i.S.v. § 1 Abs. 2 HwO einerseits, der Erbringung vergleichbarer Dienstleistungen durch ein Industrieunternehmen andererseits. Schließlich könnte dann, wenn nur einzelne der bisherigen B1-Handwerksberufe in die Anlage A zurückgeführt würden, ein Gleichheitsverstoß gegenüber den anderen bisherigen B1-Handwerken entstehen. Würden sämtliche bisherigen B1-Handwerke zurückgeführt, bedeutete dies immerhin eine signifikante Beseitigung einer durch die Handwerksnovelle 2004 geschaffenen Ungleichbehandlung. Gleichheitskonstellationen, die sich im Zusammenhang mit der sog. Inländerdiskriminierung ergeben, wurden bereits oben (Teil 2 III 2 c) abschließend erörtert. Etwaige Gleichheitsaspekte, die im Zusammenhang mit der Notwendigkeit von Übergangsregelungen aufgeworfen würden, sollen in dem dem Übergangsregime gewidmeten Abschnitt E erörtert werden.

## **II. Relevante Ungleichbehandlung**

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG betrifft in der hier allein infrage kommenden Ausgestaltung die unterschiedliche Behandlung zweier vergleichbarer

Sachverhalte. Voraussetzung hierfür ist mithin, dass es sich bei den „Vergleichsgruppen um im Wesentlichen gleiche Sachverhalte handelt“.<sup>214</sup> Daran fehlt es, wenn die betroffenen Bestimmungen „verschiedenen rechtlichen Ordnungsbereichen zugehörig sind und in anderen systematischen Zusammenhängen stehen“.<sup>215</sup> Nicht zuletzt aufgrund teilweise geäußelter Kritik<sup>216</sup> fallen die Anforderungen an die Vergleichbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insgesamt eher gering aus.

Im Hinblick auf die zu 1 skizzierten etwaigenfalls vergleichbaren Sachverhalte betreffend das Reisegewerbe bzw. die Industrie ist bereits eingangs festzuhalten, dass in der bisherigen Rechtsprechung in keiner einzigen Entscheidung hierin ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG erkannt worden ist. Vielfach wird das Grundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG in den Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterbrieferfordernisses überhaupt nicht herangezogen.<sup>217</sup> Als paradigmatisch für den Umgang der Rechtsprechung mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG im Hinblick auf Meisterbrieferfordernisse kann das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.8.2011<sup>218</sup> gelten, wo dieses Grundrecht schlicht für „nicht verletzt“ erachtet wird. Dennoch sollen ihm die nachfolgenden Überlegungen gewidmet werden.

## 1. Gegenüber dem Reisehandwerk?

Während für den Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als „stehendes Gewerbe“ (§ 1 Abs. 1 HwO) die HwO mit allen Rechtsfolgen, insbesondere mit dem Meisterbrieferfordernis, eingreift, wird die Erbringung handwerklicher Dienstleistungen im sog. Reisegewerbe gemäß § 55 ff. GewO zwar (dies im Unterschied zu HwO) dem Erfordernis der persönlichen Zuverlässigkeit unterworfen. Anstelle einer Meisterprüfung ist im Normalfall aber lediglich der Erwerb einer sog. Reisegewerbekarte gemäß § 55 Abs. 1 GewO erforderlich. Diese Unterscheidung wird teilweise als sachlich nicht

<sup>214</sup> BVerfGE 130, 151 (175).

<sup>215</sup> BVerfGE 133, 1 (21); vgl. auch schon BVerfGE 40, 121 (139 f.) m.w.N.

<sup>216</sup> Vgl. z.B. *Kischel*, in: BeckOK, GG, Stand 1.6.2017, Art. 3 Rn. 17 f.

<sup>217</sup> So etwa im Beschluss der Zweiten Kammer des Ersten Senats vom 27.9.2000 betreffend die Grenzziehung zwischen Reisegewerbe und stehendem Gewerbe im Handwerk (1 BvR 2176/98) oder in dem bereits mehrfach zitierten sog. Zweifel-Beschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats vom 5.12.2005 (DVBl. 2006, S. 244). Dort heißt es, dass es „einer zusätzlichen Prüfung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ... nicht“ bedürfe.

<sup>218</sup> 8 C 8/10, juris, Rn. 37.

gerechtfertigt angesehen<sup>219</sup> bzw. soll dies einen „Systemwiderspruch“ begründen.<sup>220</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat die unterschiedliche Behandlung des Reisegewerbes im Rahmen der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG thematisiert und m.E. zutreffend festgestellt, dass das Reisegewerbe im Wesentlichen „Reparaturen und kleinere Handreichungen an Ort und Stelle beim Kunden“ betreffe und es somit „tendenziell ... um Minderhandwerk“ gehe.<sup>221</sup> Obgleich zwar im Einzelfall auch im Reisegewerbe durchaus „einmal die volle Kunstfertigkeit eingesetzt wird“, ist dieses bei typisierender Betrachtung in einer Weise anders geprägt, dass m.E. nicht bereits vom Vorliegen einer Ungleichbehandlung ausgegangen werden kann. Ein Nur-Reisehandwerker unterscheidet sich von einem Handwerker im stehenden Gewerbe nach Art und Umfang des Tätigwerdens sowie der Strukturen seines Betriebs so deutlich, dass es sich nicht um einen „im Wesentlichen gleichen Sachverhalt“ handelt. Dass eine stärkere Regulierung des Reisehandwerks indiziert sein mag, ist mithin eine rechtspolitische Überlegung, führt aber nicht zur Annahme einer Ungleichbehandlung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG.

## 2. Gegenüber der Industrie?

Auch insoweit werden teilweise ein Systemwiderspruch bzw. eine fehlende sachliche Rechtfertigung moniert.<sup>222</sup> Anders als in der vorherigen Konstellation (betreffend das Reisegewerbe) besteht hier in der Tat ein höheres Maß an Vergleichbarkeit (betreffend die Herstellung der Produkte bzw. die Erbringung der Dienstleistungen, welche in beiden Situationen von stehenden Betriebseinrichtungen aus erfolgt und den Kunden vergleichbare Ergebnisse beschere(n) kann). Daher ist zu III nach einer etwaigen Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung, die sich aus dem Merkmal der „Handwerksmäßigkeit“ in § 1 Abs. 2 HwO ergibt, zu fragen.<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> Vgl. *Hüpers*, GewArch 2004, S. 232 f.; *Detterbeck*, in: HwO, § 1 Rn. 28.

<sup>220</sup> *Bulla*, GewArch 2012, S. 473. Bemerkenswerterweise erhebt dieser Autor *nicht* den Vorwurf, dass hierdurch Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sei.

<sup>221</sup> BVerfG, B.v. 27.9.2000, 1 BvR 2176/98, juris, Rn. 29.

<sup>222</sup> So von *Bulla*, GewArch 2012, S. 474; vgl. auch *Kramer*, GewArch 2013, S. 110.

<sup>223</sup> Zu den Anforderungen an dieses Merkmal im Einzelnen hier nur *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 52 f.

### 3. Falls Rückführung nur einzelner B1-Handwerke in die Anlage A zur HwO?

Würde der Gesetzgeber nur einzelne B1-Handwerke in die Anlage A zur HwO zurückführen, obgleich im Hinblick auf alle oder jedenfalls einige andere, aber nicht zurückgeführte Handwerke, die im Rahmen der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG hierfür ermittelten Voraussetzungen vorliegen, könnte hierin ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG liegen. Allerdings wird m.E. ein „vergleichbarer Sachverhalt“ nicht durch die im Jahre 2004 durch den Gesetzgeber gebildete gemeinsame Zuordnung zu einer Gruppe (der B1-Handwerke) gebildet, sondern wiederum nur durch sachliche Umstände. Würden beispielsweise die Fliesen-, Platten- und Mosaikleger in die Anlage A zurückgeführt, die Behälter- und Apparatebauer hingegen nicht (obgleich im Hinblick auf beide die oben bei Art. 12 Abs. 1 GG ermittelten Voraussetzungen vorliegen dürften), dann wären dennoch nicht vergleichbare Sachverhalte betroffen, weil sich beide Berufsgruppen in vollkommen anderen Märkten und Kundenstrukturen bewegen und mithin zwischen ihnen keinerlei Konkurrenzverhältnis besteht. So gesehen, ist für einen Fliesen-, Platten- und Mosaikleger der künftige Umgang des Gesetzgebers mit den Behälter- und Apparatebauern rechtlich in ähnlicher Weise irrelevant wie etwa der Umgang des Gesetzgebers mit nichthandwerklichen Berufen.

## III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der relevanten Ungleichbehandlungen

### 1. Inhaltliche Bestimmung des Prüfungsmaßstabs

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (seit 2011) ergeben sich „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkende Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können“.<sup>224</sup> Maßgeblich für die Bestimmung des anwendbaren Rechtfertigungsmaßstabs ist dabei – im Gegensatz zur älteren, mittlerweile überholten Rechtsprechung<sup>225</sup> – nicht mehr die Frage, ob es sich im Einzelfall um eine personengruppenbezogene, die strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung auslösende Diskriminierung oder

<sup>224</sup> So die Formulierung seit BVerfGE 129, 49 (68).

<sup>225</sup> Vgl. zu dieser Rechtsprechungsentwicklung gleichermaßen „aus erster Hand“ Britz, NJW 2014, S. 346 (347 f.). Demnach wurde die sog. neue Formel, mit der das Gericht im Jahre 1980 in

um eine nur sachverhalts- bzw. verhaltensbezogene, lediglich am Willkürverbot zu messende Ungleichbehandlung handelt. Für strengere verfassungsrechtliche Bindungen des Gesetzgebers streitende Gesichtspunkte bilden vielmehr das etwaige Vorliegen einer Differenzierung anhand von Merkmalen, die sich den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Aspekten annähern bzw. die Intensität der durch die Ungleichbehandlung bewirkten Beeinträchtigung von Freiheitsrechten.<sup>226</sup>

Im vorliegenden Zusammenhang liegt keine Orientierung an Merkmalen, die sich den in Art. 3 Abs. 1 GG genannten Aspekten annähern (Rasse etc.) vor, während eine Beeinträchtigung des Freiheitsgrundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG gegeben ist. Die rechtlich überhaupt relevanten Ungleichbehandlungen bedürfen mithin eines auf den betroffenen Sachbereich bezogenen rechtfertigenden Grundes. Dabei stützt das Bundesverfassungsgericht seine gleichheitsrechtliche Wertung auf eine Darlegung der realen Betroffenheit einerseits und einer Würdigung der bisherigen normativen und sozialen Strukturen andererseits.<sup>227</sup>

## **2. Hilfsweise: Gegenüber dem Umgang mit dem Reisehandwerk**

Geht man insoweit überhaupt vom Vorliegen einer relevanten Ungleichbehandlung aus, dann liegt jedenfalls ein hinreichender sachlicher Grund darin, dass zum Ersten der öffentliche Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit im Reisehandwerk aufs Ganze, d.h. bei typisierender Betrachtung gesehen, in geringerem Maße berührt ist. Denn infolge einer weniger verlässlichen Auftragsstruktur ist in aller Regel im Reisehandwerk die personelle Aufstellung begrenzt und auch die Anschaffung von Maschinen und Werkzeugtypen nur in deutlich kleinerem Umfang möglich. Daraus folgt, dass handwerklich aufwändigere und kompliziertere Arbeiten, die wiederum unter dem Aspekt der Gefahrgeneigntheit erhöhte Anforderungen stellen würden, im Reisegewerbe üblicherweise nicht oder jedenfalls seltener durchgeführt werden.<sup>228</sup> Im Hinblick auf den öffentlichen Zweck der Sicherung der Ausbildungsleistung für die

---

BVerfGE 55, 72 (88) die Verhältnismäßigkeit als Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG eingeführt hatte, in den vergangenen Jahren deutlich modifiziert und stärker konturiert, unter Veränderung der maßstabsbildenden Kriterien.

<sup>226</sup> Vgl. BVerfGE 124, 49 (68); BVerfGE 130, 131 (142); BVerfGE 138, 136 (181).

<sup>227</sup> P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, GG, Stand Sept. 2015 Lfg. 75, Art. 3 Abs. 1 Rn. 389, spricht insoweit von einer Realitäts- und Normbereichsanalyse.

<sup>228</sup> So bereits BT-Drs. 15/1481, S. 19 f.; OVG NRW, GewArch 2010, S. 249 (251).

Gesamtwirtschaft sowie sämtliche wirtschafts-, arbeitsmarkt- und bildungspolitische Zwecke wäre das Meisterbrieferfordernisse in den stehenden B1-Handwerken sachlich dadurch gerechtfertigt, dass jene Zwecke im Hinblick auf Reisehandwerke nur sehr bedingt erreichbar wären.

### **3. Gegenüber dem Umgang mit der industriellen Leistungserbringung**

Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner grundlegenden Entscheidung vom 17.7.1961<sup>229</sup> festgestellt, dass Handwerksbetriebe „im Unterschied zu Industrieunternehmen überwiegend Kleinbetriebe“ sind, für die „die persönliche handwerkliche Mitarbeit des Betriebsinhabers“ jedenfalls „typisch“ sei. Daher entscheide seine fachliche Qualifikation über den Wert der handwerklichen Leistung, nicht bzw. nicht in gleichem Maße das Vorhandensein entsprechend qualifizierter Mitarbeiter von Maschinen etc. Der Inhaber eines industriellen Unternehmens arbeite hingegen „im Allgemeinen nicht an der Herstellung unmittelbar mit“, sondern beschränke sich auf die kaufmännische oder technische Leitung. Diese strukturellen Unterschiede erscheinen m.E. bis heute in einem Maße zutreffend, dass sie es als sachlich gerechtfertigt erscheinen lassen, nur die selbstständige Ausübung eines Handwerks dem Meisterbrieferfordernis zu unterstellen.<sup>230</sup>

### **4. Hilfsweise: Falls Rückführung nur einzelner B1-Handwerke**

Würde man insoweit überhaupt eine relevante Ungleichbehandlung annehmen (entgegen der hier begründeten Auffassung), dann hinge ihre Rechtfertigung im Hinblick auf die etwaigenfalls konkret betroffenen einzelnen B1-Handwerke davon ab, in welcher Nähe die Einbeziehung bzw. Nichteinbeziehung in das Meisterbrieferfordernis zu dem jeweils verfolgten öffentlichen Zweck steht (siehe bei der Zumutbarkeitsprüfung; C III 2 d). Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Nicht-Rückführung des einen im Unterschied zur Rückführung eines anderen B1-Handwerkes in die Anlage A zur HwO im Hinblick auf den jeweils verfolgten öffentlichen Zweck nicht identisch zu beurteilen wäre, könnte insoweit ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG in Betracht kommen.

---

<sup>229</sup> BVerfGE 13, 97 (123).

<sup>230</sup> Dies ist nachfolgenden Gerichtsentscheidungen auch aus neuerer Zeit immer wieder bestätigt worden; vgl. nur OVG NRW, GewArch 2010, S. 251; BVerwG, 31.8.2011, 8 C 9/10, juris, Rn. 44.

#### **IV. Zwischenergebnis**

Die Rückführung derjenigen Anlage B1-Handwerke in die Anlage A zur HwO, bei denen dies im Einklang mit den Anforderungen des Berufsfreiheitsgrundrechts nach Art. 12 Abs. 1 GG möglich wäre, würde auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

### **E. Verfassungsrechtlicher Rahmen des Übergangsregimes**

#### **I. Ausgangslage**

Zunächst kann davon ausgegangen werden, dass die etwaige Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO für all diejenigen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes eine entsprechende Tätigkeit aufnehmen wollen, gelten wird, und zwar wiederum mit den bislang für die Anlage A-Handwerke geltenden Ausnahmeregelungen, insbesondere mit der Altgesellenregelung, ferner mit den Regelungen betreffend die EU-Ausländer.

Verfassungsrechtlich zu bedenken ist aber der Umgang mit denjenigen, die in den Jahren zwischen dem Inkrafttreten der Handwerksnovelle 2004 und dem Tag des Inkrafttretens der etwaigen künftigen Rückführungsregelung bereits in einem der betreffenden B1-Handwerke tätig gewesen sind, ohne über einen Meisterbrief aus der Zeit vor 2004 oder über einen freiwillig erworbenen Meisterbrief auf der Grundlage des § 51a HwO bzw. ohne nun mit Inkrafttreten der Neuregelung von der Altgesellenregelung nach dem Muster des § 7b HwO profitieren zu können. Der hiervon betroffene Personenkreis dürfte mehrere 10.000 Handwerker umfassen.

Aus der Sicht der zu diesem Kreis gehörenden Handwerker würde sich mit der Neuregelung eine deutlich schwerwiegendere Beeinträchtigung als das, was zumutbarerweise Neubewerbern auferlegt wird, ergeben. Während Letzteren allenfalls die künftige Berufsaufnahme verwehrt würde, drohte den Altbetroffenen der Zwang zu Aufgabe des bisherigen Berufs und damit der Verlust der beruflichen und betrieblichen Existenz. Aus Sicht des Gesetzgebers wäre zu bedenken, dass angesichts einer so großen Zahl von Betroffenen möglicherweise über einen längeren Zeitraum nur sehr wenige Handwerker in den betreffenden Berufen zur Verfügung stehen würden und mithin die von ihm verfolgten öffentlichen Zwecke erst recht nicht verwirklicht werden könnten, ganz abgesehen davon, dass dies zu erheblichen Beeinträchtigungen der Verbraucher führen würde. Andererseits wäre es legitim, wenn der Gesetzgeber

grundsätzlich nach einer möglichst zeitnahen Verwirklichung der von ihm demokratisch formulierten öffentlichen Zwecke strebt, deren Verfolgung als solche ja (wie hier) im Einklang mit den grundrechtlichen Vorgaben steht. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts bilden die beiden Extremlösungen in Situationen dieser Art die sofortige übergangslose Inkraftsetzung des neuen Rechts einerseits, der ungeschmälerte Fortbestand begründeter subjektiver Rechtspositionen andererseits.<sup>231</sup>

## II. Mindestens Notwendigkeit einer schonenden Übergangsregelung

Im Hinblick auf die bereits bislang in einem B1-Handwerk tätigen Grundrechtsträger sind gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen betroffen, auf die das Gesetz für die Zukunft einwirkt, ohne an in der Vergangenheit liegende Tatsachen anzuknüpfen. Es handelt sich mithin um eine sog. unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung, die eine Auseinandersetzung mit dem Vertrauensschutz dieser Betroffenen notwendig macht.<sup>232</sup> Allerdings hinderte dieser Gesichtspunkt den Gesetzgeber nicht dauerhaft daran, seine im Rahmen des demokratischen Verfahrens gebildete Rechtsauffassung für den künftigen Umgang mit den bereits begonnenen Sachverhalten durchzusetzen; die insoweit betroffenen Unternehmer können „keinen dauerhaften Bestandsschutz beanspruchen“.<sup>233</sup> Speziell mit Blick auf die Änderung von gesetzlichen Regelungen betreffend den Berufszugang hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung aber auch festgestellt, dass solche Neuregelungen nicht übergangslos in Kraft gesetzt werden dürfen.<sup>234</sup> Den verfassungsrechtlichen Rahmen verortet das Gericht dabei in zutreffender Weise im Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. dem rechtsstaatlichen Gebot des Vertrauensschutzes. Auch die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG, die das Gericht in diesem Zusammenhang allerdings nicht nennt, kann dadurch, dass ein be-

---

<sup>231</sup> BVerfG, NVwZ-RR 2011, S. 385 (387).

<sup>232</sup> Zu Begriff und allgemeinen Anforderungen vgl. hier nur *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 98 m.w.N.

<sup>233</sup> Ständige Rechtsprechung; zuletzt im Hinblick auf eine Neuregelung beim Zugang zum Beruf des Rettungsdienstunternehmers BVerfG, 8.6.2010, 1 BvR 2011/07 und 1 BvR 2959/07, juris, Rn. 128.

<sup>234</sup> Diese Rechtsprechung ist im Schrifttum vollständig akzeptiert; vgl. nur *Breuer*, in: *HdbStR VIII*, § 171 Rn. 69; *Manssen*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 12 Rn. 154.

reits bestehender, d.h. eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb schlimmstenfalls eingestellt werden muss, beeinträchtigt sein.<sup>235</sup> Demnach liege es „nicht im Ermessen des Gesetzgebers, ob er sich zu Übergangsregelungen entschließt“. Vielmehr sei er hierzu verpflichtet, sofern „das Gesetz nicht akute Missstände in der Berufswelt unterbinden soll“.<sup>236</sup> Eine solche Übergangsregelung müsse „angemessen“<sup>237</sup> bzw. „schonend“<sup>238</sup> sein.

Im Hinblick auf die Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur Handwerksordnung dürfte es nicht gelingen, „akute Missstände“ im Hinblick auf die konkrete einzelne, von der Rückführung erfasste Teilgruppe (d.h. nicht nur im Hinblick auf einzelne Handwerker, sondern auf das gesamte Handwerk) darzulegen. Stattdessen war für sämtliche B1-Handwerker jedenfalls bis zum Zeitpunkt des Beginns eines etwaigen parlamentarischen Verfahrens zur Rückführung der B1-Handwerke nicht vorhersehbar, dass es zu einer Rückführung kommen würde. Selbst zum gegenwärtigen Zeitpunkt (Lektüre des Kollisionsvertrages) lässt sich dies noch nicht im Hinblick auf einzelne konkret betroffene Handwerke vorhersagen. Da es sich bei der Wiedereinführung des Meisterbriefanfordernisses um eine subjektive Berufszugangsvoraussetzung handelt, würde das übergangslose Inkrafttreten das sofortige Ende einer im Einzelfall möglicherweise über viele Jahre hinweg ausgeübten wirtschaftlichen Betätigung und mithin einen Grundrechtseingriff von deutlich größerem Gewicht als gegenüber den erst in der Zukunft erfassten Aspiranten bedeuten.

### III. Annahme der Erhaltung bestehender Berechtigungen

Naheliegenderweise kann angenommen werden, dass bei einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A der durch § 119 HwO bereits vorgezeichnete Weg beschritten wird. Nach § 119 Abs. 1 HwO ist die bei dem seinerzeitigen

---

<sup>235</sup> Dies mag dogmatisch als Schutzverstärker wirken (dazu allgemein BVerfG, NJW 2002, S. 663, würde aber nichts an den vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung für Übergangsregelungen beim Berufszugang (ausschließlich) unter Nennung von Art. 12 und den im rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgrundsatz formulierten Anforderungen ändern.

<sup>236</sup> BVerfGE 68, 272 (287; Bauzeichner); BVerfGE 75, 246 (279; Rechtsbeistand); BVerfGE 98, 265 (309; Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen); BVerfG, 8.6.2002, 1 BvR 2011/0, 1 BvR 2959/07, juris, Rn. 126 (Rettungsdienst).

<sup>237</sup> BVerfGE 75, 246 (279).

<sup>238</sup> BVerfGE 98, 265 (309).

Inkrafttreten der HwO vorhandene Berechtigung, ein Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig zu betreiben, für fortbestehend erklärt worden. Abs. 2 dieser Vorschrift sieht vor, dass die betroffenen Gewerbetreibenden binnen drei Monaten in die Handwerksrolle einzutragen sind. § 119 Abs. 3 HwO erklärt diese beiden Absätze nun entsprechend anwendbar für die nachträgliche Aufnahme von Gewerben in die Anlage A zu diesem Gesetz. Dies entspricht auch dem in § 1 Abs. 2 GewO statuierten Grundsatz, dass derjenige, der „gegenwärtig zum Betrieb eines Gewerbes berechtigt ist“ von demselben „nicht deshalb ausgeschlossen (werden kann), weil er den Erfordernissen dieses Gesetzes nicht genügt“. Erforderlich ist allerdings, dass das betreffende Handwerk zum relevanten Zeitpunkt auch tatsächlich ausgeübt worden ist. Im Hinblick auf Fälle, in denen ein einzelner Unternehmer die Ausübung mehrerer, teilweise ganz unterschiedlicher Handwerke gem. § 18 HwO der zuständigen Handwerkskammer angezeigt hatte, mag man insoweit über ein Verfahren zur Prüfung der tatsächlichen Ausübung zum relevanten Zeitraum, etwa durch die Vorlage von Kundenrechnungen, Steuererklärungen etc. nachdenken.

In dieser Regelung läge kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG im Vergleich mit den Inhabern freiwillig erworbener Meisterbriefe bzw. mit Meistern aus der Zeit vor 2004, weil diese weiterhin von den gerade mit dem Meisterbrief verbundenen Vorteilen der Erlangung einer in Aufstiegs- und Wechselsituationen nutzbaren Berufsqualifikation sowie des Werbeeffekts (vgl. Teil 1 C III 2) profitieren können. Bemerkenswerterweise haben Gesetzgeber und Gerichte nicht einmal in der Reformgesetzgebung aus dem Jahre 2004, die auf einen Schlag sämtliche bis dahin erworbenen Abschlüsse in den nach B1 überführten Handwerken als Voraussetzung für das selbstständige Tätigwerden gleichsam entwertet hat, einen Gleichheitsverstoß gesehen.<sup>239</sup>

## F. Gesamtergebnis

Eine etwaige Rückführung der B1-Handwerke in die Anlage A zur Handwerksordnung könnte durch verschiedene öffentliche Zwecke gerechtfertigt werden. Neben dem im

---

<sup>239</sup> Vgl. dazu auch *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 18, der wiederum betont, dass eben „kein Grundrechtsanspruch auf Beibehaltung günstiger rechtlicher Rahmenbedingungen“ besteht, jedenfalls solange die betreffende Regelung „nicht zum wirtschaftlichen Ruin ... ganzer Wirtschaftszweige führte“.

Hinblick auf einzelne Handwerke der Anlage B1 eingreifenden Zweck der Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit wären die öffentlichen Zwecke des Verbraucherschutzes (teilweise auch des Umwelt- und Kulturgüterschutzes) und die Sicherung der Ausbildungsleistung für die Gesamtwirtschaft, darüber hinaus aber auch die politischen Zwecke der handwerksbezogenen Mittelstandsförderung und der Verbesserung der Markteffizienz tragfähig. Besonderes Gewicht besitzt ferner der neuere Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen. Sie alle wären als „besonders wichtige Gemeinschaftsgüter“ anzusehen. Auch könnte im Hinblick auf alle B1-Handwerke den Anforderungen an die Geeignetheit und Erforderlichkeit des mit der Wiedereinführung des Meisterbriefanfordernisses verbundenen Eingriffs in das Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG entsprochen werden. Eine differenzierte, handwerksspezifische Betrachtung wäre im Hinblick auf das Merkmal der Zumutbarkeit des Grundrechtseingriffs vonnöten.

Das Meisterbriefanfordernis für alle bisherigen Handwerke der Anlage A zur Handwerksordnung lässt sich unverändert vor dem Berufsfreiheitsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen. Dies ergibt die Analyse der insoweit bemerkenswert kontinuierlichen und bis in die jüngere Zeit hineinreichenden Rechtsprechung. Sowohl im Hinblick auf eine etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A als auch betreffend das Meisterbriefanfordernis für die bisherigen Handwerke der Anlage A liegen keine Verstöße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vor.

### **Teil 3: Zertifizierung als etwaiges Alternativmodell einer zugleich berufsqualifizierenden Eröffnungskontrolle für B1-Handwerke?**

#### **A. Ausgangsüberlegungen**

Wie bereits im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung bei der Rechtfertigung des im Meisterbrieferfordernis liegenden Grundrechtseingriffes festgestellt, wären in der Intensität schwächere Formen der Eröffnungskontrolle jedenfalls weniger geeignet (Teil 2 C II 1). Dies gilt insbesondere auch für das neue wirtschaftspolitische Ziel der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen. Dafür würde sich mit ihnen für die Betroffenen eine geringere Eingriffswirkung verbinden und möglicherweise wären sie politisch, jedenfalls im Hinblick auf bestimmte Berufe, eher durchsetzbar. Dort, wo das Ergebnis der Zumutbarkeitsprüfung zur Nicht-Rechtfertigungsfähigkeit des Meisterbrieferfordernisses führt (vgl. Teil 2 C III 2 d), wäre die Wahl eines Alternativmodells besonders interessant.

Bereits zu Beginn dieser Untersuchung wurde hervorgehoben, dass die gegenwärtige Zuordnung zur Anlage A oder zur Anlage B1 zu einem signifikant schroffen Gefälle auf der Rechtsfolgenseite führt: Sieht man von Ausnahmesituationen ab, muss entweder eine Lehrzeit plus Gesellenprüfung plus Meisterprüfung absolviert werden (Anlage A) oder es genügt die bloße Anzeige gemäß § 18 HwO, d.h. man kann sich in den B1-Handwerken selbstständig machen, ohne auch nur einen Tag Lehrzeit verbracht bzw. irgendeine Prüfung (Gesellen- bzw. Meisterprüfung) absolviert zu haben.

Das nachfolgend näher in den Blick genommene Alternativmodell beruht auf der Annahme, dass in jedem Fall das Absolvieren einer Ausbildung (Lehre) in dem betreffenden Handwerk obligatorisch werden soll. Anders erscheint namentlich das wirtschaftspolitische Ziel der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen nicht erreichbar zu sein. Demzufolge kommt auch die Statuierung bloßer Sachkundennachweise, wie sie vielfach in der Gewerbeordnung anzutreffen sind, nicht in Betracht. Bemerkenswertweise hat selbst die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 2002, das seinerzeit einen rechtspolitischen Schub im Vorfeld der HwO-Novelle 2004 bewirkt hatte,<sup>240</sup> dafür plädiert, als Zulassungskriterien für eine selbstständige Hand-

---

<sup>240</sup> Reform der Handwerksordnung, S. 33.

werksausübung „die erfolgreich absolvierte Gesellenprüfung und eine mehrjährige Berufserfahrung“ heranzuziehen, also nicht auch noch auf das Erfordernis einer mit Erfolg abgeschlossenen Lehrzeit zu verzichten. Nicht näher untersucht werden schließlich etwaige Modifikationen innerhalb des Meisterbrieferfordernisses, seien sie zeitlicher Art (abschnittweises Ablegen der Prüfung, erleichterte Zulassung berufsbegleitender Vorbereitung o.ä.), seien sie inhaltlicher, lehrplanbezogener Art. Auch das Thema einer Novellierung der Fort- und Weiterbildungsangebote bzw. damit zusammenhängender Pflichten, muss einer etwaigen nachfolgenden Untersuchung vorbehalten werden.

## **B. Zertifizierte Handwerkerin bzw. zertifizierter Handwerker**

### **I. Umriss**

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht kennt verschiedene Erscheinungsformen der Zertifizierung, insbesondere von Produkten, Qualitätssicherungssystemen oder Betriebsinfrastrukturen (vgl. z.B. den Entsorgungsfachbetrieb nach § 56 KrWG). Die praktisch größte Bedeutung dürfte dem Zertifizierungswesen im Produktsicherheitsrecht zukommen.<sup>241</sup> Immer wieder gibt es rechtswissenschaftliche Vorstöße dahingehend, im Interesse einer effektiveren Qualitätssicherung, teilweise aber auch im Interesse der Gefahrenabwehr, diesen Mechanismus auszubauen.<sup>242</sup> Im Handwerksrecht gibt es bereits Systeme der freiwilligen Zertifizierung, u.a. das vom Zentralverband des Deutschen Handwerks ausgegebene sog. „ZDH-ZERT“, betreffend die Einrichtung von Managementsystemen bei Betrieben des Handwerks und des Mittelstands.<sup>243</sup>

Zertifizierungen erfolgen regelmäßig durch sog. unabhängige externe Stellen, die für einen bestimmten Aufgabenbereich damit betraut worden sind, Prüfungen und sog. Konformitätsbewertungen durchzuführen und im Anschluss daran Bescheinigungen (wie z.B. das sog. GS-Zeichen) zu verleihen. Diese Stellen müssen ihrerseits typischerweise akkreditiert sein, Anknüpfungspunkt ist die Eigenverantwortung der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer für die Erfüllung der vorgegebenen Standards. Bei

---

<sup>241</sup> Vgl. dazu *Klindt*, NJW 2017, S. 1582.

<sup>242</sup> Vgl. nur *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2015, S. 206 ff.; zuletzt (im Hinblick auf das Glücksspielrecht) *Schneider*, WiVerw 2016, S. 297 (305 f.).

<sup>243</sup> Mit ihnen befasst sich näher Band 15 der Göttinger Beiträge zur Handwerksforschung (*Lankau/Müller*), Vor- und Nachteile des Meisterbriefs im Vergleich zu freiwilligen Qualifikationszertifikaten, 2017.

Verstößen kann die Akkreditierung entzogen werden, unabhängig davon entstehen regelmäßig typischerweise haftungs- bzw. versicherungsrechtliche Konsequenzen.

## II. Nachteile

Im Hinblick auf die etwaige Einführung eines Zertifizierungsmodells im Bereich der Handwerksordnung, muss von vornherein bedacht werden, dass es sich nicht etwa um eine Implementation „auf der grünen Wiese“ handeln würde. Vielmehr entstünde neben dem herkömmlichen System der verwaltungsbehördlichen Eröffnungskontrolle für die Anlage A-Handwerke und der ja fortbestehenden Verankerung auch der Anlage B-Berufe im Kammerwesen eine Art Parallelstruktur. Dies allein würde bereits zusätzliche Fragen nach dem Verhältnis der unterschiedlichen Instrumente hervorrufen und bei den Verbrauchern aller Voraussicht nach Unsicherheiten auslösen.<sup>244</sup> In Gestalt der Zertifizierungsstellen (typischerweise mehrere, die in einer Art Wettbewerb zueinander stünden) und der diese beaufsichtigenden Akkreditierungsagenturen, müssten mehrere Akteure erst zusätzlich entwickelt werden. Die bereits bisher bestehenden Systeme betreffen ganz überwiegend einzelne Produkte oder Dienstleistungen und könnten nicht ohne weiteres auf die hier infrage stehende Konformitätsprüfung und -bewertung des Verhaltens und der Eigenschaften von Personen übertragen werden. Würden private Zertifizierungsstellen geschaffen, so würde sich die Frage nach deren Verhältnis zu den voraussichtlich ebenfalls an dieser Tätigkeit Interesse äussernden Handwerkskammern stellen sowie etwaige Konkurrenzprobleme. Anders als in einzelnen der bisherigen Zertifizierungsbereiche, namentlich bei dem durch EU-Recht induzierten System des sog. Öko-Audits,<sup>245</sup> würde auch nicht der potenzielle Vorteil der Einbettung in ein europarechtlich bestehendes System generiert werden können. Vielmehr müssten infolge des Fehlens einer europarechtlichen Grundlegung des Systems auch wiederum Sonderregeln, und damit neue sog. Inländerdiskriminierungen, geschaffen werden.

Bedenkt man, dass ein Zertifizierungsmodell im Hinblick auf sämtliche gegenwärtig diskutierten öffentlichen Zwecke als von vornherein weniger „geeignet“ zur Erreichung dieser Zwecke anzusehen wäre, rechtfertigt die Summe jener Nachteile m.E. den

---

<sup>244</sup> Dies befürchten *Lankau/Müller*, a.a.O., bereits bei einer lediglich freiwilligen Einführung des Systems.

<sup>245</sup> Das auf der EMAS-Verordnung Nr. 1221/2009 vom 25. Nov. 2009 (ABl. EU L342/1) beruht.

Schluss, dass die Einführung eines solchen Systems konkret im Handwerksrecht keine Erfolg versprechende Alternative, die in der politischen Diskussion weiter zu folgen wäre, darstellte.

#### **Teil 4: Europarechtlicher Rahmen einer Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO**

Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die etwaige Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A und beziehen auch das soeben in Teil 3 zu C skizzierte Alternativmodell mit ein. Im Hinblick auf die bestehenden Anlage A-Handwerke wird, soweit ersichtlich, weder in der Rechtsprechung noch im neueren Schrifttum behauptet, dass insoweit ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben bestünde. Namentlich der nachfolgend zu diskutierende Entwurf einer sog. Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (D) betreffe lediglich die Einführung neuer Anforderungen für den Zugang zu reglementierten Berufen, nicht hingegen die bereits bestehenden Anforderungen.

Zu unterstellen ist wiederum, dass im Zuge einer Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO ein Sonderregime für die vom EU-Recht erfassten Vorgänge nach dem Muster der §§ 9, 50a und 50b HwO i.V.m. der EU/EWR-HwV geschaffen bzw. Anwendung finden würde.

Im Einklang mit der allgemeinen Vorgehensweise beim Umgang mit europarechtlichen Maßstäben werden zuerst die etwaigen sekundärrechtlichen Maßstäbe (A und B) und sodann die sich etwaigenfalls aus den Grundfreiheiten des AEUV ergebenden Anforderungen (C) beleuchtet. Im Anschluss daran geht es um die gegenwärtig noch nicht in Kraft getretene künftige Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (D).

#### **A. Anforderungen aus der Berufsanerkennungsrichtlinie?**

Hierbei handelt es sich um die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen<sup>246</sup>. Diese Richtlinie ist gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. d) vorrangig gegenüber den zu B untersuchten Bestimmungen der Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt)<sup>247</sup>.

<sup>246</sup> Abl. EU L 255/22, letzte konsolidierte Fassung online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>247</sup> Abl. EU L 376/36. Auch diese Richtlinie ist online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>.

## **I. Zielsetzung und Anwendungsbereich**

Die Richtlinie garantiert Personen, die ihre Berufsqualifikation in einem anderen Mitgliedstaat erworben haben, dass sie hinsichtlich des Zugangs zu demselben Beruf und seiner Ausübung in einem anderen Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen wie die Inländer tätig werden dürfen (Erwägungsgrund 3). Die Mitgliedstaaten behalten dabei die Möglichkeit, das Mindestniveau der notwendigen Qualifikation festzusetzen, die Leistungsqualität zu sichern und bestimmte Erfordernisse festzuschreiben. Im Mittelpunkt der Richtlinie steht die Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen. Die nationale Umsetzung dieser Richtlinie ist in Deutschland für das Handwerk durch die EU/EWR-HwV (vgl. Teil 2 C III 2 c) erfolgt.

Ihrem Inhalt nach ist diese Richtlinie ausschließlich für grenzüberschreitende Vorgänge maßgeblich, was überdies explizit in Art. 1 S. 1 sowie in den Erwägungsgründen 1 und 3 zum Ausdruck gelangt. Im Hinblick auf die etwaige Rückführung von Anlage B 1-Inlands-Handwerkern würden sich aus der Richtlinie 2005/36/EG mithin keine Anforderungen ergeben.

Im Hinblick auf die erfassten grenzüberschreitenden Anwendungsfälle wäre das Handwerk grundsätzlich erfasst, weil es sich hierbei im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a) um einen „reglementierten Beruf“ handelt, mithin um berufliche Tätigkeiten, bei denen „die Aufnahme oder Ausübung ... an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist“. Das Meisterbrieferfordernis beträfe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b) der Berufsankennungsrichtlinie „Qualifikationen, die durch einen Ausbildungsnachweis, einen Befähigungsnachweis nach Art. 11 Buchstabe a Ziffer i und/oder Berufserfahrung nachgewiesen werden“.

## **II. Materielle Anforderungen**

Da es der Berufsankennungsrichtlinie gerade um die wechselseitige Anerkennung bestehender und ggf. neu geschaffener Berufsreglementierungen geht, wird deren Aufrechterhaltung bzw. Schaffung als solche, d.h. das „Ob“ von Berufsreglementierungen, durch diese Richtlinie in materiellrechtlicher Hinsicht nicht erfasst. Die Berufsankennungsrichtlinie stellt weder Anforderungen an die Geltendmachung bestimmter öffentlicher Zwecke noch verlangt sie eine darauf bezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung. Wozu sie allerdings verpflichtet, ist die Etablierung eines Mechanismus in jedem einzelnen Mitgliedstaat, über den das erforderliche Verfahren zur Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat erfassten „Berufsqualifikationen“ durchgeführt werden

kann. In Deutschland ist dies durch die bereits mehrfach erwähnten Vorschriften der §§ 9, 50a und 50b HwO sowie der EU/EWR-HwV bewirkt worden. Im Hinblick auf eine etwaige Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO müsste es daher genügen, die sich aus Anhang IV der Berufsanerkenntnisrichtlinie ergebenden Anforderungen im Hinblick auf die Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen einerseits, die sich daraus ergebenden zeitlichen Anforderungen an die Anerkennung bestehender Berufserfahrungen andererseits, zu sichten und erforderlichenfalls anzupassen.<sup>248</sup>

### **III. Formelle Anforderungen: Prüfungs- und Mitteilungspflicht**

Gemäß Art. 59 Abs. 2 der Berufsanerkenntnisrichtlinie mussten die Mitgliedstaaten der Kommission bis zum 18.1.2016 ein Verzeichnis der Berufe, bei denen eine Nachprüfung der Qualifikationen gemäß Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie erforderlich ist, übermitteln. In diesem Zusammenhang waren sie gemäß Art. 59 Abs. 3 der Richtlinie auch zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit jener Anforderungen aufgefordert, hingegen nicht zur Einhaltung der damit verbundenen Vorgaben. Gemäß Art. 59 Abs. 5 S. 2 müssen die Mitgliedstaaten „binnen sechs Monaten nach ihrer Annahme Angaben“ dazu machen, „welche Anforderungen sie zu einem späteren Zeitpunkt eingeführt haben und aus welchen Gründen die Anforderungen ihrer Ansicht nach mit Absatz 3 konform sind“. Diese (um es nochmal zu betonen), reine Prüfungs- und Mitteilungspflicht würde auch die etwaige Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO betreffen und ebenso die etwaige Verwirklichung des in Teil 3 C skizzierten Alternativmodells.

## **B. Eingreifen der Dienstleistungsrichtlinie?**

### **I. Zielsetzung und Anwendungsbereich**

Im Unterschied zur Berufsanerkenntnisrichtlinie, die lediglich reglementierte Berufe betrifft, geht es der Dienstleistungsrichtlinie um einen allgemeinen Rechtsrahmen, mit dem Ziel, die Ausübung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit in Europa durch den Abbau von Beschränkungen zu erleichtern. Im Zusammenhang damit leitet

---

<sup>248</sup> Zu den Einzelheiten hier nur *Stork*, in: Schwannecke, Die deutsche Handwerksordnung, § 9 Rn. 67 ff., 42. Lieferung XII/08; *Ruthig*, in: Ruffert (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2013, § 3 Rn. 23.

sie auch verschiedene Prozesse der Evaluierung und der ergänzenden Harmonisierung, u.a. mit den Regeln über den sog. einheitlichen Ansprechpartner sowie über die Verwaltungszusammenarbeit, ein. Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit regelt die Dienstleistungsrichtlinie erstens die Statthaftigkeit von Anforderungen in Gestalt von Genehmigungsregelungen (Art. 9 ff.) und zweitens die Statthaftigkeit sonstiger Anforderungen an die Ausübung von Dienstleistungen (Art. 14 f.). Die zentrale Rechtsfolge besteht darin, dass Mitgliedstaaten Genehmigungsregelungen überhaupt nur noch vorsehen dürfen, wenn diese in materiell-rechtlicher Hinsicht den Anforderungen nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie entsprechen (also diskriminierungsfrei sind, durch zwingende Gründe des allgemeinen Interesses gerechtfertigt werden können und das angestrebte Ziel nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden kann). Nähere Anforderungen an die Ausgestaltung von Genehmigungsregelungen in diesem Sinne etabliert Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie.

Umstritten ist die Anwendbarkeit der Richtlinie 2016/123/EG auf Inlandssachverhalte. Nach lange vorherrschender Auffassung gilt auch sie nur für grenzüberschreitende Vorgänge und würde mithin die Überführung der bisherigen Anlage B1-Handwerke in die Anlage A bei gleichzeitiger Schaffung eines Sonderregimes nach dem Muster der §§ 9, 50a und 50b i.V.m. der EU/EWR-HwV nicht erfassen. Dies folgt zunächst aus ihrem Charakter als sekundärrechtliche Konkretisierung der sich aus den primärrechtlichen Bestimmungen über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit nach dem AEUV ergebenden Anforderungen.<sup>249</sup> Ferner spricht für dieses Ergebnis der Wortlaut der Dienstleistungsrichtlinie. Denn in Art. 16 Abs. 1 heißt es, dass die Mitgliedstaaten das Recht der Dienstleistungserbringer „achten“ würden, Dienstleistungen „in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen“. Daraus, dass im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 keine ebenso ex-

---

<sup>249</sup> Ebenso Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes (Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa) „Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Wiedereinführung der Zulassungspflicht für derzeit zulassungsfreie Handwerke“ (PE 6-3000-037/17), S. 7 (nachfolgend zitiert als WD-BT); zum bis heute unangefochtenen Erfordernis eines „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten vgl. unten C I.

plizite Formulierung enthalten ist, kann nicht auf das gegenteilige Ergebnis geschlossen werden,<sup>250</sup> weil Art. 9 Abs. 1 hinsichtlich der „Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit“ ja gerade wiederum an Art. 16 Abs. 1 anknüpft. Einen weiteren Wortlautbeleg liefert Erwägungsgrund 97 der Richtlinie, der lediglich im Hinblick auf Informations- und Transparenzerfordernisse der Richtlinie (Art. 22 ff.) davon spricht, dass diese auch für Dienstleistungen gelten sollten, die „in einem Mitgliedstaat von einem dort niedergelassenen Anbieter erbracht werden“. Der EuGH hat die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf rein innerstaatliche Sachverhalte, offenbar unter dem Eindruck der Schlussanträge des Generalanwalts *Szpunar* in der Rechtssache C-340/14 und C-341/14 (Trijber und Harmsen) lange explizit offengelassen.<sup>251</sup> Mit Urteil v. 30.1.2018 in der Rechtssache „College van Burgemeester“<sup>252</sup> hat er nun aber festgestellt, dass die Dienstleistungsrichtlinie mit ihrem Kapitel III (Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer) auch auf Inlandssachverhalte anwendbar sei<sup>253</sup>.

## II. Verhältnis zur Berufsanerkenntnisrichtlinie

Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie wäre nach dem Vorstehenden jedenfalls für grenzüberschreitende Sachverhalte grundsätzlich eröffnet, weswegen sich die Frage stellt, wie das Verhältnis des durch sie errichteten Regimes zur Berufsanerkenntnisrichtlinie ausgestaltet ist. Wie bereits festgestellt, ist gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. d) die Berufsanerkenntnisrichtlinie gegenüber der Dienstleistungsrichtlinie vorrangig. Dies betrifft jedenfalls das Verfahren der Anerkennung vom im Herkunftsland erworbenen Berufsqualifikationen, was durch Art. 9 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie nochmals ausdrücklich bekräftigt wird und auch von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH (soweit ersichtlich) zugrunde gelegt wird.<sup>254</sup> Danach ist die Dienstleistungsrichtlinie zwar nicht für sämtliche an die Ausübenden eines reglementierten Berufs ge-

<sup>250</sup> So aber m.E. wenig überzeugend *Ludwigs*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, August 2015, E. I., Rn. 255.

<sup>251</sup> EuGH, U.v.1.10.2015, Rn. 41 f.

<sup>252</sup> C-360/15, Rn. 98 ff., EnZW 2018, S. 224.

<sup>253</sup> C 360/15 u. 31/16, Rn. 98 ff., EuZW 2018, S. 244 m. Anm. *Schaumburger*.

<sup>254</sup> EuGH, 17.12.2015, C-342/14 Rn. 36 (X-Steuerberatungsgesellschaft); im Anschluss daran auch WD-BT S. 11 f., und literarisch *Mann*, GewArch 2010, S. 93 (96); *Cornils*, in: Schlachter/Ohler (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9 Rn. 52.

stellten Anforderungen suspendiert, wohl aber in dem Umfang, in dem es um das eigentliche Anerkennungsverfahren betreffend ihrer Berufsqualifikationen geht. Im Bereich der Handwerksordnung ist dies das Verfahren nach §§ 9, 50a und 50b HwO i.V.m. der EU/EWR-HwV. Folgerichtig stellt die EU-Kommission in den Erwägungsgründen ihres Vorschlags für die sog. Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (vgl. D I) explizit fest, „dass das Unionsrecht keine spezifischen Rechtsvorschriften zur Harmonisierung der Anforderungen an den Zugang zu einem reglementierten Beruf ... enthält und (daher) fällt die Entscheidung, wie ein Beruf zu reglementieren ist, in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, solange die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben“ (Erwägungsgrund 2). Eine etwaige Einschlägigkeit der Dienstleistungsrichtlinie wird somit nicht behauptet, sie liegt mithin offenbar außerhalb des Vorstellungsvermögens der EU-Kommission.

### **III. Zusammenfassung**

Das „Ob“ der Reglementierung bestimmter Berufe (hier: des Handwerks) ist somit von der Berufsanerkenntnisrichtlinie lediglich in formeller Hinsicht und von der Dienstleistungsrichtlinie überhaupt nicht erfasst. Unter dem gegenwärtig bestehenden Rechtsrahmen kommen mithin allein die europäischen Grundfreiheiten als Prüfungsmaßstab in Betracht. Hinsichtlich des „Wie“ einer Berufsreglementierung enthält die Berufsanerkenntnisrichtlinie sowohl materielle als auch formelle Anforderungen, denen aber bei der intendierten Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO Rechnung getragen werden könnte, wenn ein Sonderregime für grenzüberschreitende Sachverhalte nach dem Muster der bisherigen Reglementierung der Anlage A-Handwerke vorgesehen würde. In entsprechender Weise könnte und müsste im Hinblick auf das im Teil 3 zu C skizzierte Alternativmodell verfahren werden.

## **C. Anforderungen aus den Grundfreiheiten?**

### **I. Anwendbarkeit**

Im vorliegenden Zusammenhang könnten die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV und die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff. AEUV etwaige Prüfungsmaßstäbe für die Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO bilden. Nach bis heute gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist hierfür jeweils ein sog. grenzüber-

schreitender Bezug erforderlich, d.h. die Grundfreiheitsrechte gelten nicht für innerstaatliche Sachverhalte.<sup>255</sup> Dies bedeutet, dass die etwaige Rückführung zum ganz überwiegenden Teil von vornherein nicht an den Grundfreiheiten scheitern würde. Lediglich diejenigen Vorschriften der HwO, die (auch künftig) die grenzüberschreitenden Sachverhalte betreffen, nämlich die §§ 9, 50a und 50b HwO i.V.m. der EU/EWR-HwV, müssten im Hinblick auf den dann ja größeren Kreis der von ihnen erfassten Handwerke etwaigenfalls auf den primärrechtlichen Prüfstand.

Da diese Vorschriften, die die grenzüberschreitende Erbringung von *Dienstleistungen* ohne Begründung einer Niederlassung in Deutschland gemäß § 9 Abs.1 S. 1 Nr. 2 HwO i.V.m. der §§ 8-10 der EU/EWR-HwV lediglich einer bloßen Anzeigepflicht unterwerfen, ein entsprechendes Tätigwerden materiell-rechtlich also ohne Weiteres erlauben, wenn die betroffene Person in ihrem Herkunftsstaat „zur Ausübung vergleichbarer Tätigkeiten rechtmäßig niedergelassen ist“ (vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 der EU/EWR-HwV), ist den Vorgaben, die der EuGH in dem vielzitierten Urteil in der Rechtsache „Corsten“ im Jahre 2000 formuliert hatte, seit Langem genüge getan.<sup>256</sup> Die nachfolgenden Überlegungen können sich daher auf die *Niederlassungsfreiheit* nach Art. 49 ff. AEUV konzentrieren.

Bemerkenswerterweise gibt es hierzu, d.h. zum Meisterbrieferfordernis als Voraussetzung für die Niederlassung als Selbstständiger in den davon erfassten Handwerksberufen, keine einschlägige Rechtsprechung des EuGH. Wie bereits erwähnt, betraf die Rechtssache „Corsten“ ausschließlich die Erbringung von Dienstleistungen. Im Hinblick auf das Meisterbrieferfordernis als etwaige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH (was häufig nicht erwähnt wird) in Randnummer 45 seines Urteils ausdrücklich festgestellt, dass diese „gerechtfertigt sein könnte“. Die HwO-Novelle 2004 konnte sich mithin nicht auf durch den EuGH formulierte europarechtliche Vorgaben berufen als sie die heutige B1-Handwerke aus der Meisterpflicht herausgenommen hat. Vielmehr beruhte dies auf einer autonomen politischen Entscheidung der seinerzeitigen Bundestagsmehrheit.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> Vgl. u.a. EuGH, C-134/95, Rn. 19 (USSL); C-298/14, Rn. 26 (Brouillard).

<sup>256</sup> U.v.3.10.2000, C-58/98; insoweit gleichlautend ferner EuGH, C-215/01 (Schnitzer). Diese Einschätzung teilen *Leisner*, Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der (neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung, 2014, S. 49 f., *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 81.

<sup>257</sup> Darauf weisen auch *Leisner*, in: ders., HwO, § 9 Rn. 4 und *Detterbeck*, HwO, § 9 Rn. 2, hin.

Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV ist eröffnet, wenn die dauerhafte Eingliederung in das Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates durch die Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit in Frage steht. Mitgliedstaatliche Maßnahmen, die diese Freiheitsbetätigung beeinträchtigen, sind dann als rechtfertigungspflichtige Eingriffe zu qualifizieren, wenn sie entweder diskriminierenden oder beschränkenden Charakters sind. Im vorliegenden Zusammenhang steht keine Diskriminierung in Frage, da (im Gegenteil) die grenzüberschreitenden Sachverhalt durch das Regime der §§ 9, 50a und 50b HwO ja sogar besser behandelt werden als die Inlandssachverhalte. Allerdings könnte das Erfordernis, eine Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO einholen zu müssen, eine „Beschränkung“ darstellen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, die dieser namentlich in der Rechtsache „Gebhard“ begründet hatte, fallen hierunter alle Maßnahmen, „die die Ausübung dieser Freiheit verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen“.<sup>258</sup> Die bei Qualifizierung einer bestimmten mitgliedstaatlichen Maßnahme als Beschränkung einsetzende Rechtmäßigkeitsprüfung erinnert strukturell an die Rechtfertigungsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG. So muss entweder einer der geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV bzw. müssen „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ vorliegen, und in beiden Fällen ist schließlich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen.<sup>259</sup>

## II. Fehlende Rechtfertigungspflichtigkeit

Die für grenzüberschreitende Sachverhalte geschaffenen Privilegierungsvorschriften der HwO verlangen von EU-Ausländern im Normalfall lediglich, eine Ausnahmegewilligung nach § 9 Abs. 1 S. 1 HwO i.V.m. §§ 1 ff. der EU/EWR-HwV zu beantragen, die entsprechend den materiellen Anforderungen der Berufsanerkennungsrichtlinie (vgl. A II) erteilt wird. Die Bundesrepublik Deutschland hat damit unstreitig die Anforderungen dieser Richtlinie umgesetzt, was nun zu der Frage führt, ob ein gesetzgeberisches Handeln, das zwingendem EU-Recht entspricht, gleichzeitig ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Niederlassungsfreiheit sein kann.

<sup>258</sup> U.v.30.11.1995, C-55/94, Rn. 37; vgl. zuletzt EuGH, C-201/15, Rn. 48 (AGET Iraklis); aus der Kommentarliteratur am ausführlichsten *Ludwigs*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I, Rn. 92 ff.

<sup>259</sup> So bündig *Wollenschläger*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 40 ff; zuletzt EuGH, C-322/16, Rn. 42 ff. (Global Starnet).

Im Schrifttum finden sich (freilich durchgehend ohne vertiefte Begründung) teilweise Stellungnahmen, die in diese Richtung gedeutet werden könnten. Am konkretesten formuliert (soweit ersichtlich) *Ludwigs*<sup>260</sup>, der in der Pflicht zur Berücksichtigung von Berufszugangsvoraussetzungen aus dem jeweiligen Herkunftsstaat einen „Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Anwendung des Beschränkungsverbots“ erblickt, und dies systematisch beim „Grundsatz der Erforderlichkeit“ verorten möchte.<sup>261</sup> Das bereits erwähnte Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages<sup>262</sup> spricht insoweit von einer möglichen „Lesart der Rechtsprechung zu Berufsqualifikationen“, wonach ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vorläge, dieser aber „per se gerechtfertigt und insbesondere verhältnismäßig (sei)“, wenn nationale Vorschriften eine Berücksichtigung ausländischer Qualifikationen vorsehen. Bemerkenswerterweise führt das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes für diese „Lesart“ aber keine Belegstellen an, weswegen man sich fragt, wieso dieser Punkt überhaupt ausführlicher thematisiert wird. Denn das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes stellt sodann (im Ergebnis zutreffend) fest, dass jedenfalls in der mittlerweile „30-jährigen ständigen Rechtsprechung (des EuGH) seit dem Urteil *Heylens*<sup>263</sup> keine EuGH-Entscheidungen ergangen sind, in denen die Zulässigkeit eines Berufsqualifikationserfordernisses unabhängig von der Berücksichtigungsverpflichtung in Frage gestellt wurde“. Sodann gelangt das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes selbst zu der (entgegengesetzten) „Lesart“, dass die im vorliegenden Zusammenhang in Frage stehende Zulassungspflicht in Folge der Privilegierung durch die §§ 9 HwO und 1-7 EU/EWR-HwV schon gar nicht als Eingriff anzusehen wäre.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> In: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E.I., Rn. 113.

<sup>261</sup> Noch kürzer spricht *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 49 Rn. 77, davon, dass Doppelkontrollen nicht gerechtfertigt werden könnten, woraus der Schluss gezogen werden kann, dass dieser Autor davon ausgeht, dass ein Anerkennungsverfahren nach dem Muster des § 9 HwO aber immerhin eine (dann zwar rechtfertigungsfähige) Beschränkung darstelle.

<sup>262</sup> A.a.O., S. 15 ff.

<sup>263</sup> Rs. 222/86, Rn. 10 ff.

<sup>264</sup> Das entgegengesetzte Ergebnis, dass es sich um einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff handle, würde übrigens nicht zu der vom Wissenschaftlichen Dienst angenommenen „generellen Rechtfertigung“ führen, weil stets ja außer dem (durch die Anerkennungspflichten in der Tat abgeholten) Grundsatz der Erforderlichkeit auch noch das Vorliegen einzelner „zwingender Gründe“ sowie das Merkmal der „Geeignetheit“ näher betrachtet werden müsste.

In der Tat handelt es sich schon gar nicht um einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit, wenn das Vorhandensein von Qualifikationen und Berufserfahrungen, die im Herkunftsstaat erworben wurden, in einem der Vorgaben der Berufsankennungsrichtlinie entsprechendem Verfahren anerkannt werden. Ein Eingriff in Gestalt einer relevanten Beschränkung würde erst dann vorliegen, wenn zusätzlich zu jenen Qualifikationen bzw. Erfahrungen weitere Anforderungen an die Aufnahme der selbstständigen unternehmerischen Niederlassung gestellt würden. Dies ist im Bereich der HwO nicht der Fall. Eine ganze Reihe von Entscheidungen des EuGH betonen die Befugnis der Mitgliedstaaten, „festlegen zu dürfen, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung dieses Berufs notwendig sind“, ferner die Befugnis, „die Vorlage eines Diploms verlangen (zu) dürfen, mit dem diese Kenntnisse und Fähigkeiten bescheinigt werden“.<sup>265</sup> Wiederholt findet sich auch die Formulierung, dass „das Unionsrecht folglich dem nicht entgegen (steht), dass (Mitgliedstaaten) den Zugang zu (einer) Tätigkeit vom Besitz der für notwendig erachteten Kenntnisse und Fähigkeiten abhängig machen.“<sup>266</sup> In allen einschlägigen, im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes (auf S. 16-19) dokumentierten Entscheidungen erfolgte in Fällen dieser Art eine Rechtfertigungsprüfung nur dann, wenn es entweder an einer Berücksichtigung ausländischer Qualifikationen und Berufserfahrungen gefehlt hat bzw. zusätzliche Anforderungen gestellt worden sind. Der Schluss, den das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes hieraus zieht, dass nämlich die bloße Normierung von Berufsqualifikationen (hier: das Meisterbriefanfordernis) keinen *Eingriff* in die Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn gleichzeitig ein den Anforderungen der Berufsankennungsrichtlinie entsprechendes Verfahren zur Berücksichtigung ausländischer Qualifikationen und Berufserfahrungen vorgesehen ist, überzeugt daher. Auch im Schrifttum wird dies von mehreren Autoren ausdrücklich befürwortet.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> Rs. 222/86, Rn. 10 (Heylens); C-340/89, Rn. 9 (Vlassopoulou); C-298/14, Rn. 48 (Brouillard).

<sup>266</sup> C-342/14, Rn. 46 (X-Steuerberatungsgesellschaft); Rs. C-298/14, Rn. 50 (Brouillard).

<sup>267</sup> Neben *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 23. EL Dezember 2017, Art. 49 AEUV Rn. 109 f.; *Tietje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 49 AEUV, Rn. 92. Auch die Erwägungsgründe 3 und 11 der Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG lassen sich in diese Richtung deuten.

M. E. sind nicht nur die einschlägigen, im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes zitierten Gerichtsentscheidungen eindeutig formuliert,<sup>268</sup> es entspricht auch einer systematischen Überlegung, dass in Fällen der hier vorliegenden Art keine relevante Beschränkung, also kein rechtfertigungspflichtiger Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vorliegt. Denn das europäische Primärrecht hat in Art. 53 AEUV zur „Erleichterung der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten“ explizit den Richtliniengeber zum Erlass von Verfahrensregelungen und materiellen Regelungen über die „gegenseitige Anerkennung von Diplomen“ etc. ermächtigt. Von dieser Ermächtigung hat der Sekundärrechtsgesetzgeber mit der Berufsanerkenntnisrichtlinie Gebrauch gemacht. Geht man davon aus, dass diese mit dem Primärrecht vereinbar ist (woran bislang, soweit ersichtlich, noch von niemandem Zweifel geäußert worden sind), dann kann die richtlinienkonforme Etablierung eines solchen Anerkennungsverfahrens (wie es in den einschlägigen deutschen Vorschriften geschehen ist) nicht zugleich einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellen. Dabei wirkt sich auch aus, dass der Zweck hinter der Interpretation der Niederlassungsfreiheit als Beschränkungs- und nicht bloß Diskriminierungsverbot darin besteht, den grenzüberschreitenden Zugang zu den Märkten in den anderen Mitgliedstaaten zu eröffnen.<sup>269</sup> Wenn das Recht eines Mitgliedstaates also den Marktzugang lediglich von einem Nachweis derjenigen Berufsqualifikationen und Berufserfahrungen abhängig macht, die bereits im Herkunftsstaat gelten, errichtet er keine Marktzugangshürde. Die gegenteilige Auffassung würde darauf hinauslaufen, Anforderungen an die Berufsqualifikation und das Vorhandensein von Berufserfahrungen als solche rechtfertigungspflichtig zu machen, also unabhängig von ihrem Charakter als Marktzugangshindernisse. Damit würde der Horizont der Personenverkehrsfreiheiten des Primärrechts signifikant überschritten und die Kompetenz der Mitgliedstaaten, bestimmte Berufstätigkeiten zu reglementieren, in Frage gestellt.

Nach dem Stand der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und im Einklang mit der bisherigen Praxis der EU-Kommission, die, soweit ersichtlich, in einem bloßen Verfahren zur Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Berufsqualifikationen und Berufserfahrungen jedenfalls dann keinen Eingriff in die Niederlassungsfrei-

---

<sup>268</sup> Zweifel hat insoweit das Gutachten, S. 18.

<sup>269</sup> Eingehend hierzu *Ludwigs*, in: Dausen/Ludwigs, E. I., Rn. 85.

heit sieht bzw. gesehen hat, wenn hierbei die Vorgaben der Berufsanerkennungsrichtlinie beachtet werden, handelt es sich bei den einschlägigen Vorschriften der HwO, die auch im Falle einer Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO gelten würden, nicht um rechtfertigungspflichtige Eingriffe, d.h. nicht um Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit. Mithin besteht keine Pflicht zur Rechtfertigung dieser Vorschriften. Die nachfolgenden Überlegungen erfolgen daher rein hilfsweise für den Fall, dass sich (wider Erwarten) eine Sichtweise durchsetzen würde, wonach ein Anerkennungsverfahren nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt werden müsste.

### **III. Hilfsweise: Rechtfertigungsfähigkeit nach allgemeinen Grundsätzen?**

Vorab ist zu konstatieren, dass es bislang, soweit ersichtlich, weder Entscheidungen noch literarische Stellungnahmen gibt, die überhaupt eine Rechtfertigungspflicht von mitgliedstaatlichen Maßnahmen der hier zu beurteilenden Art verlangen würden. Selbst wenn man der hier zurückgewiesenen Auffassung folgen wollte, dass es sich bei den Privilegierungsvorschriften der §§ 9 HwO, 1 ff. EWR/EU-HwV zwar um rechtfertigungsbedürftige Eingriffe handle, sollten diese doch „generell“ durch die Anerkennung der im Herkunftsland erworbenen Berufsqualifikationen und –erfahrungen gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung nach allgemeinen Grundsätzen wird mithin auch von dieser Auffassung nicht für erforderlich gehalten. Im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes<sup>270</sup> wird sie lediglich deswegen durchgeführt, weil „nicht auszuschließen (sei), dass sich die Rechtsprechung zu Berufsreglementierungen zukünftig ändert bzw. fortentwickelt und Berufsqualifikationen dann einem primärrechtlichen Rechtfertigungsvorbehalt unterzogen“ würden (S. 20). Auf diesen – vollkommen hypothetischen Fall – beziehen sich die daher auch, die (daher aber vergleichsweise knapper gehaltenen) nachfolgenden Überlegungen.

#### **1. Kreis der anerkannten Gründe bzw. Zwecke**

In einem ersten Schritt wäre zu untersuchen, ob die in Art. 52 Abs. 1 AEUV explizit genannten Rechtfertigungsgründe bzw. die in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ zur Rechtfertigung herangezogen werden könnten. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Beurteilung der

---

<sup>270</sup> S. 20, 23 ff.

im verfassungsrechtlichen Teil ausführlich erörterten potentiellen öffentlichen Zwecke ab (oben □), die hier nun im Lichte des Primärrechts betrachtet werden müssen.

In Art. 52 Abs. 1 AEUV ist die „öffentliche Gesundheit“ explizit als potentieller Rechtfertigungsgrund normiert worden. Dies beruht auf der zutreffenden Erkenntnis, dass die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang unter den auch vom AEUV geschützten Gütern einnehmen.<sup>271</sup> Sofern einzelne B1-Handwerke in einer das Leben und die Gesundheit betreffenden Weise gefahrgeneigt sind (vgl. Teil 2 B II 1 a) würde bereits hierin ein tauglicher Rechtfertigungsgrund liegen.<sup>272</sup>

Im Hinblick auf die meisten B1-Handwerke ist zunächst danach zu fragen, ob der Verbraucher- bzw. der teilweise eingreifende Gedanke des Umwelt- sowie des Kulturgüterschutzes (jeweils in der oben, Teil 2 B II 1 b, vorgenommenen näheren Umschreibung) als „zwingende Gründe“ eingreifen könnten. So hat der EuGH sowohl das Ziel der Qualitätssicherung<sup>273</sup> als auch die „Gewähr für Integrität und Erfahrung“<sup>274</sup> als auch (ganz unspezifisch) den „Verbraucherschutz“<sup>275</sup> und auch den „Schutz der Dienstleistungsempfänger“<sup>276</sup> als grundsätzlich „zwingende Gründe“ anerkannt.<sup>277</sup> Kein Zweifel dürfte auch im Hinblick auf den Schutz der Umwelt und von Kulturgütern (soweit einschlägig) bestehen. Insofern besteht ein Gleichklang zwischen dem Verfassungsrecht und dem Europarecht.

Deutlich problematischer dürfte (sollte eine Rechtfertigungspflicht überhaupt beste-

---

<sup>271</sup> EuGH, C-171/07 u. C-172/07, Rn. 17 (Apothekerkammer des Saarlandes u.a.); Rs. C-367/12, Rn. 39 (Sokoll-Seebacher).

<sup>272</sup> Im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, S. 25 ff., wird dieser Zweck gar nicht erst geprüft, offenbar weil die Verfasser nicht wahrgenommen haben, dass selbst im kritischen Schrifttum den in der Anlage B1 versammelten Lebensmittelhandwerken sowie dem Handwerk der „Behälter- und Apparatebauer“ ein entsprechendes Maß an Gefahrgeneigtheit bescheinigt wird.

<sup>273</sup> C-298/99, Rn. 38 (Kommission/Italien).

<sup>274</sup> Im Hinblick auf juristische Dienstleistungen; C-3/95, Rn. 38 (Reisebüro Broede).

<sup>275</sup> C-442/02, Rn. 21 (Caixa-Bank France); C-575/11, Rn. 22 ff. (Nasiopoulos).

<sup>276</sup> C-327/12, Rn. 64 (Soa Nazionale Costruttori).

<sup>277</sup> Vgl. aus dem Schrifttum hierzu auch befürwortend *Leisner*, Die Meisterqualifikation, S. 48; *Ludwigs*, in: Dause/Ludwigs, E.I. Rn. 106, sowie WD-BT, S. 25 f.

hen) die Berufung auf die wirtschaftspolitischen Zwecke der Sicherung der Ausbildungsleistung<sup>278</sup> für die Gesamtwirtschaft, der Verbesserung der Markteffizienz sowie der Mittelstandsförderung sein. Diese Gründe sind bislang nicht ausdrücklich durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannt worden, und es lässt sich nicht ausschließen, dass sie im Falle einer juristischen Befassung möglicherweise als Zwecke „rein wirtschaftlicher Natur“ qualifiziert werden würden,<sup>279</sup> obgleich der Katalog der durch die seither ergangene Rechtsprechung anerkannten „zwingenden Gründe“ nicht als abschließend angesehen werden darf.<sup>280</sup>

Auch der öffentliche Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen (vgl. zu ihm Teil 2 B II 2 d) ist bislang noch nicht (soweit ersichtlich) durch eine Entscheidung des EuGH ausdrücklich als „zwingendes Erfordernis“ geadelt worden.<sup>281</sup> Angesichts der europaweiten Notwendigkeit, dem Fachkräftemangel entgegen zu wirken und der Formulierung einer „verbesserten beruflichen Erstausbildung“ und der erleichterten „Aufnahme einer beruflichen Bildung“ als Ziele (auch) der Unionspolitik in Art. 166 AEUV dürften insoweit aber m.E. durchaus berechnete Chancen bestehen. Da mithin sowohl der Zweck des Verbraucherschutzes (im oben beschriebenen Sinne der Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeit auch in Anbetracht wirtschaftlicher Schädigungen der Verbraucher) als auch der öffentliche Zweck der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen im Hinblick auf sämtliche B1-Handwerke geltend gemacht werden können, dürfte dieser erste Schritt zur Rechtfertigung eines angeblichen Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit bewältigbar sein.

## 2. Verhältnismäßigkeitsprüfung

Eine in die Niederlassungsfreiheit eingreifende Maßnahme muss zunächst *geeignet* sein, um die Verwirklichung des in Frage stehenden öffentlichen Zweckes gewährleisten zu können.<sup>282</sup> So hatte der EuGH beispielsweise das Abverlangen spezifischer beruflicher Fähigkeiten zum Zwecke des Verbraucherschutzes als ungeeignet erklärt,

<sup>278</sup> Insoweit dürften jedenfalls (allerdings wie auch schon im verfassungsrechtlichen Teil; vgl. Teil 2 C I 3 b) Zweifel an der Geeignetheit bestehen, wie sie etwa der Wissenschaftliche Dienst, S. 27, äußert.

<sup>279</sup> Und somit nicht als „zwingende Erfordernisse“; vgl. EuGH, C-120/95, Rn. 39 (Decker).

<sup>280</sup> Skeptisch insoweit auch das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, S. 26 f., 29.

<sup>281</sup> Auch WD-BT, S. 26, sieht ihn indes positiv.

<sup>282</sup> EuGH, C-55/94, Rn. 37 (Gebhard); C-79/01 Rn. 36 (Payroll Data).

wenn es um Dienste einfacher Art geht.<sup>283</sup> Die Reichweite des dem Mitgliedstaat im Hinblick auf das Kriterium der Geeignetheit zustehenden Einschätzungsspielraums (und respektive die Reichweite der gerichtlichen Kontrolldichte) ist dogmatisch in der Rechtsprechung des EuGH nicht geklärt, weshalb im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes zutreffend festgestellt wird, dass sich insoweit nur schwer Vorhersagen treffen lassen.<sup>284</sup> Im Schrifttum wird teilweise diagnostiziert, dass die „Kontrolldichte recht hoch“ sei.<sup>285</sup> Enger sind die Spielräume jedenfalls dann, wenn zusätzlich das vom EuGH in jüngerer Zeit im Rahmen seiner Glücksspielrechtsprechung entwickelte sog. Kohärenzgebot zur Anwendung gelangt. Dieses wird von ihm auf der Ebene der Geeignetheit angesiedelt und verlangt, dass die zur Verwirklichung bestimmter Zwecke unternommenen Maßnahmen „kohärent und systematisch“ ausgestaltet sein müssen.<sup>286</sup> Allerdings ist davor zu warnen, im Kohärenzgebot bereits eine allgemeine Anforderung an die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erblicken, da der EuGH damit im Wesentlichen dort arbeitet, wo er den Mitgliedstaaten einen weiteren Einschätzungsspielraum gewährt, wie namentlich bei den im Glücksspielrecht in Frage stehenden Wertungsentscheidungen im Hinblick auf die äußerst unbestimmte (im Zusammenhang des Handwerksrechts aber gar nicht in Frage stehende) Zielbestimmung der „öffentlichen Ordnung“ in Art. 52 Abs. 1 AEUV.

Bei der Prüfungsstufe der *Erforderlichkeit* geht es ebenso wie im Umgang mit Art. 12 Abs. 1 GG darum, dass zur Erreichung der in Frage stehenden öffentlichen Zwecke das jeweils mildeste Mittel gewählt werden muss.<sup>287</sup> Dabei hat der EuGH Erlaubnis- und Genehmigungserfordernisse für die Aufnahme von Tätigkeiten zwecks Überprüfung der Ausbildungsqualität durchaus für rechtfertigungsfähig erachtet.<sup>288</sup> Unklar ist auch insoweit die Reichweite des den Mitgliedstaaten im Grundsatz zuerkannten

---

<sup>283</sup> EuGH, C-76/9, Rn. 18 (Säger); C-451/03, Rn. 38 ff. (Servizi Ausiliari).

<sup>284</sup> Gutachten, S. 24.

<sup>285</sup> So unter Berufung auf mehrere weitere Autoren: Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 Rn. 69.

<sup>286</sup> EuGH, C.338/04 u.a. (Placanica); zuletzt C-464/15 (Admiral Casinos); paradigmatisch sind auch die Urteile in den Rechtsachen Carmen Media (C-46/08, Rn. 68) und Stoß (C-316/07, Rn. 106). Aus dem Schrifttum sei auf Ludwigs, in: Dausen/Ludwigs, E.I., Rn. 110 f. (mit zahlreichen weiteren Nachweisen) verwiesen.

<sup>287</sup> Vgl. nur EuGH, C-55/94, Rn. 37 (Gebhard); C-3/95, Rn. 28 (Reisebüro Broede).

<sup>288</sup> C-514/03, Rn. 75 (Kommission/Spanien).

Spielraums. So hat der EuGH im Urteil vom 11.12.2014<sup>289</sup> festgestellt, dass der Mitgliedstaat „eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen Maßnahmen vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen“ müsse.

Widmet sich der EuGH mithin den Kriterien der Geeignetheit und der Erforderlichkeit mit durchaus wachsender Intensität, so spielt das Kriterium der *Angemessenheit (Zumutbarkeit)* bislang eine geringere Rolle. Nicht selten wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofs allein auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der zu beurteilenden Maßnahme abgestellt.<sup>290</sup> Die Tendenz des EuGH scheint eher dahin zu gehen, die im nationalen Recht beim Kriterium der Zumutbarkeit geprüften Aspekte bei der Erforderlichkeit unterzubringen.<sup>291</sup>

Von den hier skizzierten näheren Anforderungen an die einzelnen Kriterien innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterscheiden ist der formelle Aspekt des etwaigen Bestehens von Ermittlungs- und Nachweispflichten. Besonders strenge Formulierungen finden sich wieder im Hinblick auf den Umgang mit den öffentlichen Zwecken nach Art. 52 Abs. 1 AEUV, im Hinblick auf die der EuGH einen vergleichsweise größeren Entscheidungsspielraum annimmt (als dessen Korrelat dann formelle Pflichten begründet werden).<sup>292</sup> Viele Entscheidungen sind aber so zu verstehen, dass sich diesbezügliche Pflichten des Gesetzgebers nicht auf das Gesetzgebungsverfahren, sondern erst auf ein etwaigenfalls nachfolgendes Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH beziehen.<sup>293</sup> In einigen Entscheidungen ist überhaupt nicht von diesbezüglichen Pflichten die Rede.<sup>294</sup>

Zieht man an dieser Stelle der hilfswisen Überlegungen eine Bilanz - ohne eine handwerksgenaue und zweckgenaue Prüfung durchführen zu können - dann erscheint die Einschätzung berechtigt, dass im Rahmen einer grundfreiheitsrechtlichen Prüfung die

---

<sup>289</sup> C-678/11, Rn. 43 (Kommission/Spanien).

<sup>290</sup> So bereits in der grundlegenden Rechtssache Gebhard (C-55-94 Rn. 37); vgl. ferner die Entscheidungen der Rechtssachen Centros (C-212/97, Rn. 34) und Kommission/Niederlande (C-299/02, Rn. 29).

<sup>291</sup> So auch *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 570; *Ludwigs*, in: Dausen/Ludwigs, E.I. Rn. 114.

<sup>292</sup> So in der Rechtsache Deutsche Parkinsonvereinigung (C-148/15, Rn. 34 ff.).

<sup>293</sup> So C-147/03, Rn. 63 (Kommission/Österreich); C-542/09, Rn. 81 (Kommission/Niederlande).

<sup>294</sup> Sie dokumentiert das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes in den Fn. 78 und 74.

Würfel weniger am Prüfungspunkt der „Zumutbarkeit“, sondern an den Prüfungspunkten der Geeignetheit und der Erforderlichkeit fallen dürften. Die dabei zu erwartenden (äußert schwer zu prognostizierenden) Ergebnisse dürften nicht stark von denen der verfassungsrechtlichen Prüfung abweichen. Dies bedeutet, dass der öffentliche Zweck der Abwehr für Leben und Gesundheit durchgehend auch eine europarechtlich geprägte Verhältnismäßigkeitsprüfung überstehen würde, während im Hinblick auf die Zwecke des Verbraucherschutzes und der Stärkung der beruflichen Bildung in kleinbetrieblichen Strukturen stärker auf die in den einzelnen Handwerken jeweils bestehenden Umstände (v.a. Schutzbedürftigkeit der Verbraucher, Größe der Betriebe, Zahl der Auszubildenden) abzustellen wäre. Vergleichsweise leichter zu rechtfertigen wäre das in Teil 3 C erörterte Alternativmodell.

## **D. Anforderungen aus der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie?**

Die EU hat am 28.06.2018 eine neue „Richtlinie über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen“ (2018/958) verabschiedet (nachfolgend: Verhältnismäßigkeitsrichtlinie). Dabei wird unterstellt, dass diese Richtlinie einer Überprüfung am auch für Richtlinien geltenden Maßstab des EU-Primärrechts Stand halten würde. Immerhin haben sowohl der Bundesrat (BR-Drs. 45/17) am 10.3.2017 als auch der Bundestag am 9.03.2017 (beruhend auf der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Energie vom 8.3.2017, BT-Drs. 18/11442) gemäß Art. 12 lit. b) EUV i.V.m. Art. 6 des Subsidiaritätsprotokolls sog. Subsidiaritätsrügen erhoben. Auch im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes werden Zweifel an der notwendigen Kompetenz der EU zum Erlass dieser Richtlinie geäußert, v.a. gestützt darauf, „dass der Richtlinienvorschlag in Bezug auf Qualifikationsanforderungen keine Stütze im primärrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten“ finde.<sup>295</sup>

## **I. Entwicklung**

Die Kommission hatte ihren Vorschlag für eine Verhältnismäßigkeitsrichtlinie vom 10.1.2017 u.a. damit begründet, dass „zur Sicherstellung eines optimalen Regulie-

---

<sup>295</sup> S. 21; vgl. ferner *Stöbener de Mora*, EuZW 2017, S. 287, die von der Etablierung einer „unverhältnismäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung spricht und ebenfalls die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip bestreitet.

rungsumfeldes ... Schritte zur Einführung einer Ex-ante-Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Regulierung von Berufen (wie bereits in der sog. Binnenmarktstrategie angekündigt) erforderlich“ seien. Zwar bleibe die Entscheidung über Inhalt und Art einer Regulierung den Mitgliedstaaten belassen, deren Entscheidung müsse „aber evidenzbasiert und auf der Grundlage einer sorgfältigen, transparenten und objektiven Prüfung getroffen“ werden.<sup>296</sup> Die durch die Vorlage des Vorschlags europaweit ausgelöste intensive Diskussion hat zu verschiedenen kommunikativen Aktivitäten auch der EU-Kommission geführt. So hat sie über ihre Vertretung in Berlin als Überschrift eines mehrseitigen Papiers formuliert: „Der Meisterbrief bleibt: Fragen und Antworten zum EU-Dienstleistungspaket.“ Der Rat für Wettbewerbsfähigkeit der EU hat am 29.5.2017 eine allgemeine Ausrichtung in Bezug auf diesen Richtlinienvorschlag beschlossen (Dok.-Nr. 9057/1/2017 zu COM (2016) 822); eine Sperrminorität ist im Rat aber nicht zustande gekommen. Immerhin hat sich der Rat u.a. dafür ausgesprochen, stärker zu betonen, dass Sache der Mitgliedstaaten sei, zu entscheiden, ob und wie Berufe reguliert werden sollen und dass insbesondere der Umstand, dass andere Mitgliedstaaten weniger strikte Vorschriften erlassen, nicht bedeute, dass die Vorschriften anderer Staaten deswegen unverhältnismäßig seien. Auch wurden verschiedene Ergänzungen an den relevanten Zielen des Gemeinwohls vorgenommen. Aus Sicht des Rats soll schließlich der Umfang der Verhältnismäßigkeitsprüfung in einem angemessenen Verhältnis zum Inhalt und zu den Auswirkungen der betroffenen Reglementierungsvorschrift stehen.<sup>297</sup> Im Anschluss an das sog. Trilog-Verfahren hat schließlich das Europäische Parlament am 14.06.2018 eine Entschließung gefasst, in der die im Laufe des Verfahrens erfolgten Veränderungen unter der Dokumentnummer P8\_TA (2018) 0263 fett markiert sind. So wird in Erwägungsgrund 7 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass weiterhin „ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet“ werden müsse und in Erwägungsgrund 17 taucht im Kreis der aufgezählten Anforderungen des Allgemeininteresses zur „Klarstellung“ im Anschluss an den bereits erwähnten „Schutz der Verbraucher“ die Formulierung „einschließlich der Gewährleistung der Qualität der handwerklichen Arbeit“ auf.<sup>298</sup>

Gemäß Art. 13 ist die Richtlinie zum 30.07.2020 umzusetzen.

---

<sup>296</sup> COM (2016) 822 final, S. 2 u. 4.

<sup>297</sup> Diese und weitere Informationen gibt *Stöbener de Mora*, EuZW 2017, S. 444.

<sup>298</sup> Diese Ergänzung kehrt allerdings nicht in der darauf bezogenen Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 wieder.

## II. Anwendungsbereich

Die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie ist ausschließlich anwendbar vor der Einführung „neuer oder der Änderung bestehender Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die den Zugang zu reglementierten Berufen oder deren Ausübung beschränken.“ Dies ist ausdrücklich in Art. 4 Abs.1 geregelt und bedeutet, dass das Meisterbrieferfordernis für die bisherigen Anlage A-Handwerke hiervon nicht berührt würde, sondern ausschließlich die etwaige Rückführung bisheriger Anlage B1-Handwerke bzw. die etwaige Realisierung eines Alternativmodells.<sup>299</sup> Reglementierte Berufe in diesem Sinne sind gemäß der ausdrücklichen Verweisung in Art. 2 Abs. 1 und 3 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie die unter die Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG fallenden Berufe (vgl. dazu A I). Tatbestandlich haben beide Richtlinien mithin den gleichen Anwendungsbereich, wobei durch die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie begründete neue Rechtsfolgen neben die durch die Berufsankennungsrichtlinie aufgestellten Anforderungen treten sollen. Wie sogleich zu zeigen sein wird (IV), sind die durch die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie formulierten Anforderungen an die ex-ante-Prüfung neuer Maßnahmen seitens des Mitgliedstaates deutlich detaillierter und formalisierter gefasst als die sich aus Art. 59 der Berufsankennungsrichtlinie (vgl. A II u. III) ergebenden Anforderungen. Nach dem Wortlaut der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie ist unklar, ob diese Richtlinie auch für reine Inlandssachverhalte Geltung beansprucht. Dagegen spricht die wiederholte Berufung auf die Grundfreiheiten des AEUV (so z.B. in den Erwägungsgründen 1 und 3), die ja nach ständiger Rechtsprechung des EuGH für Inlandssachverhalte nicht gelten. Hält man sich allerdings vor Augen, dass der EuGH erst kürzlich im Hinblick auf die Dienstleistungsrichtlinie deren Geltung auch für Inlandssachverhalte angenommen hat (vgl. B I), dürfte eine entsprechende Annahme auch im Hinblick auf die künftige Verhältnismäßigkeitsrichtlinie nicht unrealistisch sein. Allerdings bedürfte dieser Punkt vertiefterer Diskussion, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann. Daher wird für die Zwecke dieser Untersuchung unterstellt, dass die künftige Verhältnismäßigkeitsrichtlinie auch für Inlandssachverhalte Geltung beansprucht. Dies würde bedeuten, dass diese Richtlinie den qualifikationsgebundenen Berufszugang auch dann, wenn er grenzüberschreitende Vorgänge gar nicht betrifft, als Wettbewerbshindernis qualifizierte und ihn per se, d.h. ohne unmittelbar negativen Binnenmarkteffekt,

---

<sup>299</sup> So auch ausdrücklich die EU-Kommission (Vertretung in Berlin) in ihrem Text „Der Meisterbrief bleibt“, S. 4.

auf den neuen Prüfstand stellte.

Den Nachweis dafür, dass solche rein auf Inländer bezogene Maßnahmen (im Sinne der Formulierung in Erwägungsgrund 3) „die im AEUV garantierte Ausübung der Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können“, bleibt der europäische Gesetzgeber allerdings schuldig (salopp gesagt, entspricht er den von ihm selbst angestellten Anforderungen an eine ex-ante Prüfung damit jedenfalls nicht). Im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages wird insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass die europäischen Grundfreiheiten nicht nur nicht für Inlands-sachverhalte gelten, sondern auch nicht gegenüber Regelungen, die die grenzüberschreitenden Sachverhalte mit Anerkennungsvorschriften bewältigen wollen (wie die §§ 9, 50a und 50b der HwO i.V.m. der EU/EWR-HwV) und entweder schon gar nicht als Eingriffe anzusehen sind oder jedenfalls als generell gerechtfertigter Eingriff (s.o. C II); ihnen gegenüber dürfte dann (bei einer primärrechtskonformen Handhabung) eigentlich auch die künftige Verhältnismäßigkeitsrichtlinie nicht anwendbar sein.<sup>300</sup> Auch an dieser Stelle ist nochmals betont, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten festgestellt hat, dass „nationale Qualifikationsvoraussetzungen, ... sich dahin auswirken können, dass sie die Ausübung dieser Grundfreiheiten beeinträchtigen, wenn (*Hervorhebung durch den Verf.*) die fraglichen nationalen Vorschriften die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten *unberücksichtigt* (*Hervorhebung durch Verf.*) lassen“.<sup>301</sup>

Nimmt man als Ergebnis einer primärrechtskonformen Auslegung der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie mithin an, dass Inlandssachverhalte nicht erfasst und auch Reglementierungen, die im Einklang mit der Berufsanerkennungsrichtlinie zu einem privilegierten Regime für grenzüberschreitende Sachverhalte nach dem Muster der einschlägigen HwO-Vorschriften führen, vor den Grundfreiheiten nicht rechtfertigungspflichtig sind, dann läge die Rückführung von B1-Handwerke in die Anlage A zur HwO sowohl für die Inlandssachverhalte als auch im Hinblick auf das Sonderregime für EU-Ausländer bereits außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie. Die nachfolgenden

<sup>300</sup> Gutachten, S. 21. In Fußnote 67 weist das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes in diesem Zusammenhang der EU-Kommission einen durchaus laxen Umgang bei der Zitierung der insoweit einschlägigen EuGH-Urteile nach.

<sup>301</sup> EuGH, C-345/08, Rn. 36 (Pešla); C-298/14 (Brouillard), Rn. 53; C-313/01, Rn. 62 (Morgenbesser); C-422/09 u.a., Rn. 66 (Vandorou u.a.).

Überlegungen ergeben daher wiederum hilfsweise für den Fall, dass man im Hinblick auf beide Aspekte den Anwendungsbereich jeweils besonders weit interpretiert, zu verstehen.

### **III. Hilfsweise: Keine materiellen Anforderungen**

Insoweit ergibt die Lektüre der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie ein eindeutiges Bild: Durch sie werden keinerlei zusätzliche materiellrechtlichen Maßstäbe an nationale Berufsreglementierungen formuliert, die über die Maßstäbe der europäischen Grundfreiheiten nach dem AEUV und/oder der Berufsanerkennungsrichtlinie hinaus gingen. Dies betont der europäische Richtliniengeber selbst, und zwar insbesondere in Erwägungsgrund 3 der Richtlinie, wo ausdrücklich auf die „vier Bedingungen“, die sich auf der materiellrechtlichen Ebene aus der bisherigen Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten ergeben, Bezug genommen wird. Im Schreiben der Vertretung der Europäischen Kommission mit dem Titel „Der Meisterbrief bleibt“ heißt es, dass der nationale Gesetzgeber „die Grundfreiheiten des EU-Vertrages und damit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu berücksichtigen“ habe (Antwortpunkt 8).<sup>302</sup> Folgerichtig normiert die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie auch keine Rechtsfolge für den Fall, dass die Ex-ante-Prüfung gemäß Art. 4 durch einen Mitgliedstaat nicht durchgeführt wird, insbesondere wird nirgendwo festgestellt, dass eine fehlende oder fehlerhafte Ex-ante-Prüfung auf das materiell-rechtliche Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung durchschlagen würde. Es kann daher eindeutig festgestellt werden, dass die Entscheidungskompetenz der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO durch die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie in materiell-rechtlicher Hinsicht in keiner Weise beeinträchtigt, reduziert oder verändert würde.

### **IV. Hilfsweise: Formelle Pflicht zur Ex-ante-Prüfung neuer Maßnahmen und zur Transparenz**

#### **1. Beifügung einer Erläuterung**

Art. 4 Abs. 1 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einer Ex-ante-Prüfung neuer Maßnahmen sowie (neu) auch zur „Überwachung“ jener Maßnahmen nach ihrem Erlass (Abs. 6). Interessanterweise ist in Erwägungsgrund 12 der

---

<sup>302</sup> Ebenso auch im Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, S. 13.

Richtlinie lediglich davon die Rede, dass die Mitgliedstaaten die Verhältnismäßigkeit der betreffenden Vorschriften prüfen „sollten“; Art. 4 Abs. 1 ist aber eher im Sinne einer Verpflichtung formuliert. Daran anknüpfend sieht Art. 11 („Transparenz“) vor, dass das Dokument mit den entsprechenden Prüfungshinweisen in Zusammenhang mit der nach Art. 59 Abs. 1 der Berufsankennungsrichtlinie sowieso vorgegebenen Mitteilung an die Kommission zu erstellen (vgl. A III) und in die Datenbank für reglementierte Berufe einzugeben ist. Gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten und andere interessierte Kreise hierzu Stellungnahmen verfassen. Die Kommission wird durch Art. 12 Abs. 1 dazu verpflichtet, dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 18.01.2024 „und danach alle fünf Jahre“ einen Bericht über die Durchführung und Wirksamkeit dieser Richtlinie zu erstatten. Eine Art Notifizierungsverfahren (zumal mit „Vorwarnung“ und Beschlusssanktionen seitens der Kommission), vergleichbar mit dem Verfahren vor der Einführung von Beihilfen nach Art. 108 AEUV oder dem im Vorschlag für eine „Richtlinie über die Durchsetzung der Dienstleistungsrichtlinie zur Festlegung eines Notifizierungsverfahrens für dienstleistungsbezogene Genehmigungsregelungen und Anforderungen“ (KOM (2016) 821 final) vom 10.1.2017 vorgesehenen findet sich in der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie nicht.<sup>303</sup>

Gemäß Art. 4 Abs. 3 muss der Mitgliedstaat jeder neuen Vorschrift mit reglementierendem Charakter „eine Erläuterung“ beifügen, die „so ausführlich ist, dass eine Bewertung der Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ermöglicht wird“. Dabei soll er die Ausführungen „durch qualitative, und soweit möglich und relevant, quantitative Elemente substantiieren“ (Abs. 4). Gemäß Abs. 5 muss jeder Mitgliedstaat dafür sorgen, dass „die Prüfung nach Absatz 1 objektiv und unabhängig durchgeführt wird“. Erwägungsgrund 13 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie kann entnommen werden, dass der Mitgliedstaat aber „nicht unbedingt eine spezifische Studie oder Nachweise oder Materialien einer bestimmten Art vorlegen muss“ wohl aber doch „eine objektive Untersuchung durchführen (muss), in der nachgewiesen wird, dass die Erreichung von Zielen des allgemeinen Interesses wirklich gefährdet ist.“

Wie bereits festgestellt (III), sind in der Richtlinie selbst keine Rechtsfolgen für den Fall, dass keine Ex-ante-Prüfung vorgenommen wird bzw. diese nicht den Anforderungen entsprechen sollte, vorgesehen. Es ist aber durchaus damit zu rechnen, dass die

---

<sup>303</sup> Diese Richtlinie hätte den gleichen Anwendungsbereich wie die Dienstleistungsrichtlinie selbst, wäre also im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls nicht anwendbar (vgl. Art. 1 und B II).

EU-Kommission im Anschluss an eine Beschäftigung mit neuen Berufsreglementierungen gegenüber dem verantwortlichen Mitgliedstaat zum Instrument des Vertragsverletzungsverfahrens (mit dem Vorwurf, die Grundfreiheiten würden unverhältnismäßig beeinträchtigt) greifen wird. Dabei ist nochmals klar zu betonen, dass die Maßstäbe für ein solches Vertragsverletzungsverfahren aber unverändert geblieben sind, d.h. ausschließlich aus dem europäischen Primärrecht sowie aus der Berufsanerkenntnisrichtlinie folgen können, da die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie selbst ja keine neuen materiellrechtlichen Anforderungen stellt.

## 2. Gegenstand der Erläuterung

### a) *Verhältnismäßigkeit*

Gegenstand der Ex-ante-Prüfung ist neben dem Gebot der Nichtdiskriminierung (Art. 5) die Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden Maßnahme nach näherer Maßgabe der Art. 6 und 7 der geplanten Richtlinie. Während Art. 6 nähere Vorgaben hinsichtlich der „Ziele des Allgemeininteresses“ enthält, betrifft Art. 7 die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dabei fällt auf, dass das auch in der Rechtsprechung des EuGH nur vereinzelt herangezogene Kriterium der „Angemessenheit“ (Zumutbarkeit) hier wiederum nicht näher konkretisiert wird und auch im einleitenden Erwägungsgrund 3 neben der Geeignetheit und der Erforderlichkeit nicht aufgezählt wird. Insgesamt sind sowohl im Hinblick auf die öffentlichen Zwecke als auch auf die Kriterien der Geeignetheit und Erforderlichkeit die gemachten Vorgaben bzw. die gegebenen Koordinierungs- und Strukturierungshilfen (vgl. noch c und d) aber deutlich detaillierter als jemals in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs formuliert.<sup>304</sup>

### b) *Notwendigkeit primärrechtskonformer Auslegung der Richtlinie*

Die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie ist als ein Akt des Sekundärrechts so auszulegen und anzuwenden, dass der durch das Primärrecht, hier insbesondere durch die Grundfreiheiten des AEUV, gezogene Rahmen gewahrt bleibt. Dieses allgemein-europarechtsdogmatische Erfordernis wird im hier vorliegenden Zusammenhang dadurch unterstrichen, dass ja ausschließlich eine formelle, keine materiellrechtliche Pflicht auferlegt wird und ferner dadurch, dass die Richtlinie sich in erheblichen Teilen jenseits der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab der Grundfreiheitsrechte bewegt. In einem „Working Document“ der „Commission

---

<sup>304</sup> Ebenso WD-BT, S. 22 und noch sogleich im Text.

Services“, das durch den Rat an die Mitglieder der „Working Party on Competitiveness and Growth (Internal Market)“ versandt worden ist,<sup>305</sup> wird zutreffend festgestellt, dass die in vorausliegenden Arbeitspapieren der Kommission vorgenommene Inbezugnahme von Nicht-Leitentscheidungen überhaupt zweifelhaft erscheint („reference to non-core case law generally appears to be dubious“).<sup>306</sup>

Zutreffend ist in der Richtlinie wiederholt davon die Rede, dass ein „Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten“ bestehe (Art. 1 S. 2, 4 Abs. 2 und 3 sowie Erwägungsgrund 18, wonach die Mitgliedstaaten bestimmen, „welches Maß an Schutz der Ziele des Allgemeininteresses sie gewährleisten möchten und welches das angemessene Regulierungsniveau ist“).

*c) Hinweise zu den Zwecken (Ziele des Allgemeininteresses)*

Die in Betracht kommenden Zwecke werden in Art. 6 Abs. 2 näher ausgestaltet, während gemäß Art. 6 Abs. 3 Gründe „rein wirtschaftlicher Natur“ als ausgeschlossen gelten. In der Aufzählung in Art. 6 Abs. 2 finden sich zunächst die „Gründe der öffentlichen Gesundheit“ bzw. die „sonstigen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“, wie sie aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit her bekannt sind (vgl. C I). Die nachfolgende Aufzählung einzelner Gründe versteht sich als beispielhaft, d.h. nicht als abschließend.<sup>307</sup>

Im Hinblick auf die hier zu beurteilende etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO kämen aus diesem beispielhaft aufgezählten Kreis in Betracht der „Schutz der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger“ (mit näherer Konkretisierung im Hinblick auf die „Qualität der handwerklichen Arbeit“ in Erwägungsgrund 17), der „Schutz der Umwelt und der städtischen Umwelt“, der „Schutz des künstlerischen Erbes“ sowie Ziele der „Sozialpolitik“. Erwägungsgrund 20 fordert ausdrücklich zur Berücksichtigung des Umstandes auf, dass im Bereich der reglementierten Berufe „zwischen Verbraucher und Berufsangehörigen in der der Regel eine Informationsasymmetrie besteht, da Berufsangehörige ein hohes Maß an Fachkenntnissen besitzen, die Verbraucher vielleicht nicht haben“. Dies knüpft an die Überlegungen im Abschnitt

<sup>305</sup> 23. Februar 2017, WK 2073/2017 INIT.

<sup>306</sup> A.a.O., S. 10. Im Hinblick auf mehrere der zuvor im Rechtsetzungsprozess von der Kommission in Bezug genommene EuGH-Entscheidungen wird in diesem Papier zugestanden, dass sie „in no way covered ECJ decision quoted“ seien (S. 14), bzw. dass die Sicht der Kommission „strongly differs from the ECJs perspective“ (S. 18).

<sup>307</sup> Ebenso *Stöbener de Mora*, EuZW 2017, S. 288.

über die Zumutbarkeit im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG (Teil 2 C III 2 d) an.

Von den zugunsten einer etwaigen Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO geltend gemachten öffentlichen Zwecke dürften (ebenso wie bereits im Abschnitt über die Grundfreiheiten festgestellt; C III 1) die Zwecke der handwerksbezogenen Mittelstandsförderung sowie die Verbesserung der Markteffizienz eher problematisch sein. Die anderen Zwecke lassen sich problemlos den Vorgaben in Art. 6 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie zuordnen.

d) *Konkretisierungs- und Strukturierungshilfen zu Geeignetheit und Erforderlichkeit*

Bezüglich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit werden die Mitgliedstaaten durch Art. 7 in einem Umfang von knapp 1,5 Din A4-Seiten zu Berücksichtigung zahlreicher Aspekte aufgefordert. In Erwägungsgrund 22 finden sich nähere Erläuterungen betreffend die Geeignetheit, in Erwägungsgrund 24 sind Hinweise zur Erforderlichkeitsprüfung dokumentiert. All diese Aspekte und Hinweise dürfen m.E. angesichts des primärrechtlichen Hintergrundes nicht als Vorgaben verpflichtenden Charakters, sondern können nur als Konkretisierungs- und Strukturierungshilfen verstanden werden. Insbesondere handelt es sich m.E. nicht um „Kriterien“. Das wird auch am Wortlaut deutlich, wo von „berücksichtigen“ (Abs. 2), „Elementen“, „wenn relevant“ die Rede ist.

Wie sich aus Art. 13 Abs. 1 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie ergibt, ist die Bundesrepublik Deutschland nun erst einmal dazu aufgefordert, die zur Einhaltung der Richtlinie „notwendigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ zu erlassen, und zwar bis spätestens 30. Juli 2020. Bis dahin besteht keine Pflicht, neuen Berufsreglementierungen eine Erläuterung nach Art. 4 Abs. 3 beizufügen. Gegenwärtig ist noch nicht bekannt, wie das Umsetzungskonzept der Bundesrepublik Deutschland aussehen soll. Denkbar wäre etwa vorzuschreiben, in die jeweils notwendige „Erläuterung“ einen Hinweis auf die einschlägigen primärrechtlichen Maßstäbe (so wie sie durch den Europäischen Gerichtshof entfaltet worden sind) aufzunehmen und sodann anhand der in Art. 7 Abs. 2 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie enthaltenen Konkretisierungen der primärrechtlichen Kriterien zu strukturieren. Mehrere der in Abs. 2 S. 1 lit. a – f bzw. in S. 2 lit. a – f sowie in Abs. 3 der Richtlinie aufgeführten Konkretisierungshilfen sind im Hinblick auf die hier diskutierte Einführung des Meisterbriefanfordernisses sachlich gar nicht einschlägig (etwa Art. 7 Abs. 2 S. 1 lit. f) betreffend die Kombination verschiedener Berufszugangsregelungen).

Die sich sonach spätestens ab August 2020 ergebenden formellen Anforderungen wären im Falle einer Rückführung einzelner B1-Handwerke mithin grundsätzlich erfüllbar. Sollte die EU-Kommission eine dem Rückführungsgesetz beigefügte „Erläuterung“ nicht akzeptieren wollen, so könnte sie gegenüber der Bundesrepublik daraus lediglich den Vorwurf ableiten, den Anforderungen der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie nicht entsprochen zu haben. Wie bereits festgestellt (D IV 1), würde sich für die Feststellung, ob das Rückführungsgesetz mit den unverändert gebliebenen primärrechtlichen Maßstäben der Grundfreiheiten vereinbar ist, hieraus nichts ergeben.

## **E. Gesamtergebnis**

Im Hinblick auf die weit überwiegenden Inlandssachverhalte ergeben sich unverändert aus den Grundfreiheiten des AEUV, insbesondere aus der Niederlassungsfreiheit, keine Anforderungen gegenüber einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO. Im Hinblick auf die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG ist womöglich zwar von deren Anwendbarkeit auch auf Inlandssachverhalte auszugehen. Allerdings ist die Dienstleistungsrichtlinie neben der Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG im Hinblick auf das hier in Frage stehende „Ob“ einer Berufsreglementierung nicht anwendbar. Die Berufsankennungsrichtlinie wiederum erfasst Inlandssachverhalte nicht.

Für grenzüberschreitende Vorgänge statuiert die Berufsankennungsrichtlinie seit langem materielle Anforderungen an die Anerkennung von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufsqualifikationen und Erfahrungen sowie in formeller Hinsicht eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht, denen im Falle einer etwaigen Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO jeweils entsprochen werden könnte. Die Dienstleistungsrichtlinie ist auch im Hinblick auf die grenzüberschreitenden Vorgänge durch die Berufsankennungsrichtlinie verdrängt, während die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie 2018/958 gerade auf reglementierte Berufe im Sinne der Berufsankennungsrichtlinie abzielt. Allerdings dürfte sie nach zutreffender Einschätzung auf Reglementierungen, die im Einklang mit der Berufsankennungsrichtlinie zu einem privilegierten Regime für grenzüberschreitende Sachverhalte nach dem Muster der einschlägigen HwO-Vorschriften der §§ 9, 50a und 50b i.V.m. der EU/EWR-HwV führen, nicht anwendbar sein. Denn solche Reglementierungen stellen schon gar keinen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in die primärrechtlich geschützte Niederlassungsfreiheit dar.

Gelangte man insoweit zu einem anderen Ergebnis, würde die Verhältnismäßigkeitsrichtlinie aber die Entscheidungskompetenz der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die etwaige Rückführung von B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO in materiellrechtlicher Hinsicht weder beeinträchtigen noch reduzieren oder verändern. Allerdings würde sie den Mitgliedstaat (rein formell) zu einer ex-ante-Prüfung neuer Maßnahmen sowie zur Beachtung von Transparenzpflichten (jedoch nicht in Gestalt eines Notifizierungsverfahrens) verpflichten. Die damit verbundenen Anforderungen wären im Falle einer Rückführung einzelner B1-Handwerke grundsätzlich erfüllbar. Entgegen dem ersten Eindruck enthält diese Richtlinie keine neuen oder zusätzlichen „Kriterien“ für die Verhältnismäßigkeit nationaler Berufsreglementierungen, sondern einige Konkretisierungs- und Strukturierungshilfen bei der Formulierung der künftigen Gesetzgebungsvorhaben beizufügenden „Erläuterung“. Ein etwaiger oder von der EU-Kommission behaupteter Verstoß gegen diese Erläuterungspflicht würde nicht auf das materiell-rechtliche Ergebnis der unverändert allein am Maßstab des europäischen Primärrechts zu orientierenden Verhältnismäßigkeitsprüfung durchschlagen können.

München, 24. September 2018



Professor Dr. Martin Burgi