

DER MEISTERZWANG VOR UND NACH DER
HANDWERKSNOVELLE 2004 UNTER BESONDERER
BERÜCKSICHTIGUNG DES BEGRIFFES DER
GEFAHRGENEIGTHEIT –
ZUGLEICH LEITLINIEN FÜR SEINE ZUKÜNFTIGE
REFORMIERUNG

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Rat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Stefanie Buchmann (geb. Schmidt)

geboren am 12. Mai 1980

in Bad Langensalza

Gutachter:

1. Prof. Dr. Michael Brenner, Jena
2. Prof. Dr. Rolf Gröschner, Jena
3. Prof. Dr. Gerhard Lingelbach, Jena

Tag der Disputation: 23.10.2007

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG	1
A. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN DER BERUFSFREIHEIT	8
I. Entstehungsgeschichte von Berufs- und Gewerbefreiheit	12
1. Das Zeitalter des Absolutismus im 16.-18. Jahrhundert	13
2. Das Zeitalter der Aufklärung im späten 18. Jahrhundert	13
3. Das Zeitalter des Frühkonstitutionalismus im 19. Jahrhundert	14
a) Rheinbundsakte (1806) und Deutsche Bundesakte (1815)	14
b) Paulskirchenverfassung (1849)	15
c) Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs	17
4. Das frühe 20. Jahrhundert	20
5. Nationalsozialismus	23
6. Die Entwicklungen in der Nachkriegszeit	24
7. Das Zeitalter des Grundgesetzes	26
II. Verfassungstheoretische Betrachtungen	27
1. Arbeit	27
2. Beruf	29
III. Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG	31
1. Personaler Schutzbereich	31
2. Sachlicher Schutzbereich	32
a) Freie Berufswahl	33
b) Freie Wahl des Arbeitsplatzes	37

c)	Freie Wahl der Ausbildungsstätte	37
d)	Freiheit von Wahl und Ausübung	38
e)	Selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit	40
f)	Schutz von Arbeitnehmer und Arbeitgeber	41
3.	Grundrechtsschranken	42
a)	Grundlegendes zu Eingriffen in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG	42
aa)	Das Spektrum möglicher Grundrechtsbeschränkungen	42
bb)	Das Spektrum relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen	42
cc)	Materielle Anforderungen an zulässige Grundrechtsbeeinträchtigungen	44
b)	Berufsausübungsregelungen im einzelnen	44
aa)	Definition	44
bb)	Rechtfertigung	46
c)	Berufswahlregelungen im einzelnen	47
aa)	Subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen	47
(1)	Definition	47
(2)	Rechtfertigung	48
bb)	Objektive Berufszulassungsvoraussetzungen	49
(1)	Definition	49
(2)	Rechtfertigung	50
d)	Neuere Entwicklungen durch das Bundesverfassungsgericht	51
4.	Zusammenfassung	53
IV.	Bedeutung der Berufsfreiheit	54
1.	Abwehrcharakter	54
2.	Objektiv-rechtliche Gewährleistungsdimension	54
3.	Teilhaberecht	56
4.	Schutzgewährrecht	57
V.	Berufsfreiheit im Kontext der Verfassung	57
1.	Art. 2 Abs. 1 GG	58
2.	Art. 14 GG	59
VI.	Zusammenfassung	60

B. DAS EINTRAGUNGSERFORDERNIS UNTER DEM BLICKWINKEL DES ART. 12 GG AUS DER SICHT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTES 61

I. Eingriffsqualität	63
II. Rechtfertigung	64
1. Besonders wichtiges Gemeinschaftsgut	64
2. Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit der Regelung	66
a) Geeignetheit der Meisterprüfung zu den gesetzgeberischen Zielen	66
b) Erforderlichkeit einer Berufszulassungsvoraussetzung	67
c) Angemessenheit der Zulassungsvoraussetzung Meisterprüfung	68
aa) Die Freiheitsbeschränkung weiter abmildernde Gesichtspunkte	70
bb) Beschränkung der Berufswahl auf die in Anlage A genannten Handwerke	70
d) Abwägungsergebnis	71

C. KRITISCHE WÜRDIGUNG DES HANDWERKSBESCHLUSSES 73

I. Vorlagebeschuß des Bundesgerichtshofes vom 28. April 1952	73
II. Vorlagebeschuß des OVG Lüneburg vom 19. Januar 1955	75
III. Weitere kritische Stimmen	76
1. Hamann: Unverhältnismäßigkeit des Befähigungsnachweises	77
2. Naumann: Zulassungsverfahren nur ausnahmsweise gerechtfertigt	78
3. Reuß: Verfassungswidrigkeit der Meisterprüfung	78
4. Uber: Generelle Verfassungswidrigkeit des Befähigungsnachweises	81
a) Befähigungsnachweis als Zulassungsvoraussetzung	81
b) Befähigungsnachweis als Ausübungsregelung	82
IV. Stellungnahme	83
1. Zur fehlenden Kompetenz des Gesetzgebers	83
2. Zum besonders schutzwürdigen Gemeinschaftsgut des § 1 Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F.	84
3. Zur Verhältnismäßigkeit des Befähigungsnachweises	89

a)	Zur Eignung	89
aa)	Fortwährender Nachweis der Befähigung	89
bb)	Liberalisierung und Wettbewerb der Qualifikationen	91
b)	Zur Erforderlichkeit	92
aa)	Vorliegen milderer Mittel	93
bb)	Schlußfolgerungen	96
cc)	Anknüpfungspunkt Ausbildungsleistung	98
c)	Zur Angemessenheit	99
aa)	Erheblichkeit des zeitlichen und finanziellen Aufwandes	99
bb)	Verminderung der Wettbewerbsfähigkeit	102
cc)	Fehlende Praktizierung der Ausnahmegewilligung	102
dd)	Keine Abmilderung des Eingriffes durch die Differenzierung in Anlage A und Anlage B	104
ee)	Schlußfolgerungen	108
4.	Zusammenfassung und Fazit	109

D. DIE REFORM DER HANDWERKSORDNUNG **112**

I. Ziele der reformierten Handwerksordnung **112**

II. Die Neuregelungen der Handwerksordnung **113**

1.	Einführung einer Gruppe zulassungsfreier Handwerke	113
2.	Neustrukturierung der Anlagen A und B	115
a)	Abgrenzungskriterien für Anlage A	115
b)	Zulassungspflichtige Handwerke der Anlage A	115
c)	Erweiterung und Teilung der Anlage B in die Anlagen B1 und B2	116
d)	Ersetzung des Inhaberprinzips durch das Betriebsleiterprinzip	116
e)	Weitere Neuregelungen	117
aa)	Anrechnungen und Ausnahmen bei der Eintragung in die Handwerksrolle	117
bb)	Obligatorische und fakultative Meisterprüfung	118
f)	Zusammenfassung	118

III. Eintragungsmodalitäten nach der reformierten Handwerksordnung	119
1. Eintragungspflicht für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks	119
2. Eintragungsfähigkeit für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks	120
a) Regelfall: Eintragungen nach § 7 Abs. 1 und Abs. 1a HandwO	120
aa) Eintragung nach § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO	120
bb) Eintragung nach § 7 Abs. 1a HandwO	120
b) Nachgeordnete Eintragungsmöglichkeiten	121
aa) Eintragung nach § 7 Abs. 2 HandwO	121
bb) Eintragung nach § 7 Abs. 2a HandwO	121
cc) Eintragung nach § 7 Abs. 3 i. V. m. § 8, § 9 Abs. 1 oder § 9 Abs. 2 HandwO	121
dd) Eintragung nach § 7 Abs. 7 i. V. m. § 7a HandwO	123
ee) Eintragung nach § 7 Abs. 7 i. V. m. § 7b HandwO – Altgesellenregelung	123
E. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG DES EINTRAGUNGSERFORDERNISSSES	125
I. Eingriffsqualität	125
II. Rechtfertigung	126
1. Besonders wichtiges Gemeinschaftsgut	126
2. Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit der Regelung	128
a) Eignung der Meisterprüfung zu den gesetzgeberischen Zielen	128
b) Erforderlichkeit der Berufszulassungsvoraussetzung	130
aa) Hinsichtlich des Schutzes vor Gefahren	130
bb) Hinsichtlich der Ausbildungsbereitschaft	132
c) Angemessenheit der Zulassungsvoraussetzung Meisterprüfung	133
aa) Die Ausbildung zum Handwerksmeister und die Meisterprüfung	134
bb) Weitere Kriterien für die Angemessenheit der Meisterprüfung	136
3. Abwägungsergebnis	138

4. Resümee	139
III. Zusammenfassung	139
F. GEFAHRGENEIGTHEIT ALS RECHTSBEGRIFF	142
I. Einleitung	142
II. Der Begriff „Gefahrgeneigtheit“ im Handwerksrecht	143
1. Einführung des Begriffes durch den Gesetzgeber	143
2. Konkrete Anwendung im Einzelfall	145
3. Problemdarstellung	147
4. Bewertung der Umsetzung durch den Gesetzgeber	147
a) Die novellierte Intention als Herzstück der Reform	148
aa) Verkürzung des ordnungsrechtlichen Ansatzes	148
bb) Vernachlässigung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 GG	149
cc) Aushöhlung der Schutzrichtung durch die Altgesellenregelung des § 7b HandwO	150
dd) Schlußfolgerungen	153
b) Die Einführung der „Gefahrgeneigtheit“ und die darauf fußende Neufassung der Anlagen A und B zur Handwerksordnung	153
aa) Fehlende Anwendung der „Gefahrgeneigtheit“ im Einzelfall	154
bb) Unstimmigkeiten bei der Auswahl des Kriteriums „Gefahrgeneigtheit“	156
cc) Gleichwertiges Kriterium der Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks	158
dd) Problem: Einfache, aber gefahrgeneigte Handwerke	162
5. Resümee	164
III. Der Rechtsbegriff „Gefahrgeneigtheit“ im Bürgerlichen Recht	164
1. Erster Ansatz des Reichsarbeitsgerichtes	165
2. Konkretisierungsversuche seitens der Literatur	166
3. Weitere Entwicklung durch die Gerichte	168
4. Zusammenfassung und Fazit	170

IV. Der Rechtsbegriff „Gefahrgeneigtheit“ im Öffentlichen Recht	172
1. Einführung	172
2. Das Recht der Gefahrenabwehr	173
a) Aufgabe	173
b) Schutzgüter Öffentliche Sicherheit und Öffentliche Ordnung	173
3. Der Rechtsbegriff „Gefahr“ im öffentlichen Recht	175
a) Definition	175
b) Differenzierende Gefahrbegriffe	176
aa) Gegenwärtige, erhebliche und dringende Gefahr	176
bb) Allgemeine Gefahr	177
cc) Abstrakte Gefahr	178
dd) Latente Gefahr	178
ee) Gefahrenverdacht	178
ff) Anscheinsgefahr	179
c) Exkurs: Das Risiko	180
V. Annäherung an den Begriff der Gefahrgeneigtheit im Handwerksrecht	181
1. Allgemein	181
2. Gefahrgeneigtheit einzelner Handwerksgewerbe	182
a) Arbeitstechniken und -methoden	183
aa) Friseurhandwerk	183
bb) Kosmetikerhandwerk	185
cc) Nahrungsmittelgewerbe	187
(1) Fleischer, Bäcker, Konditoren	187
(2) Weinküfer, Brauer und Mälzer	188
(3) Innereifleischer	189
(4) Speiseeishersteller	190
dd) Errichtung und Erhaltung baulicher Anlagen und anderer Anlagen sowie deren Installation und Wartung	191
ee) Resümee	193
b) Arbeitsgeräte und -materialien	193
aa) Bau- und Werkstoffe	194
(1) Verschiedene Gewerbe der Fußbodenleger	195

(2) Stukkateure	195
(3) Schneidwerkzeugmechaniker	196
bb) Chemische Hilfsmittel	197
cc) Resümee	198
c) Eigenschaften der Person	198
3. Zusammenfassung	199
G. LEITLINIEN FÜR EINE ZUKÜNFTIGE REFORM	201
I. Anpassung der neuen Handwerksordnung	201
II. Deregulierung als zu erwägende Alternative	203
1. Die Meisterprüfung als erhaltenswerte Institution?	204
a) Aspekt der Qualitätssicherung: Pro und contra	204
b) Wettbewerbsschranke	205
c) Fehlende Konstanz des Leistungsniveaus	207
d) Wirtschaftliche Solidarität	208
e) Geschichtliche Prägung	208
f) Vergleich zu anderen EU-Mitgliedstaaten	210
aa) Niederlande	210
bb) Frankreich	211
cc) Großbritannien und Irland	211
dd) Schweiz	211
ee) Italien	212
ff) Fazit	212
g) Bundesverfassungsgericht	215
2. Reformalternativen	216
a) Exkurs: Novellierung des Gaststättenrechts	217
b) Abschaffung der Meisterprüfung als Zulassungsvoraussetzung	219
c) Berufsausbildung	220
d) Organisation der Handwerkerschaft	222
ERGEBNIS UND AUSBLICK	223

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz/e
a. F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt
Alt.	Alternative
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
Amtsblatt EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AMVerkV	Verordnung über apothekenpflichtige und freiverkäufliche Arzneimittel
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApothekenG	Apothekengesetz
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ARS	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz (Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BB	Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band/Bände
BerlVerfGH	Berliner Verfassungsgerichtshof
bezgl.	bezüglich
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRÄK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BR-Plenarprot.	Plenarprotokoll des Bundesrats
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache

BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DHB	Deutsches Handwerksblatt
dies.	dieselbe
DIN	Deutsches Institut für Normung e. V.
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EntschKal.	Entscheidungskalender: Arbeits- und Sozialrecht, Verwaltungsrecht
Erstbearb.	Erstbearbeitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EWG/EWR-HandwerkVO	Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote/n
FS	Festschrift
GastG	Gaststättengesetz
GbV	Gefahrgutbeauftragtenverordnung (Verordnung über die Bestellung von Gefahrgutbeauftragten und die Schulung der beauftragten Personen in Unternehmen und Betrieben)
geb.	geboren
gem.	gemäß
gest.	gestorben
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HambOVG	Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

HandwO	Handwerksordnung (Gesetz zur Ordnung des Handwerks)
HessVGH	Hessischer Verfassungsgerichtshof
HICOG	Office of the High Commissioner for Germany
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts
HWG	Heilwesenwerbe-gesetz (Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens)
i. e.	im einzelnen
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. v.	im Sinne von
JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LadschlG	Ladenschlußgesetz (Gesetz über den Ladenschluß)
Lit.	Literatur
lit.	littera
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-gesetz (Gesetz über den Verkehr von Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MPG	Medizinproduktegesetz
NdsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
NW	Nordrhein-Westfalen
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
OLG	Oberlandesgericht
OMGUS	Office of Military Government of the United States for Germany

OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster und für das Land Niedersachsen in Lüneburg
RAG	Reichsarbeitsgericht
Randnr.	Randnummer
Randnrn.	Randnummern
resp.	respektive
RGBL	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite/n
SAnhOVG	Sachsen-Anhaltinisches Oberverwaltungsgericht
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte/n/r/s
SOG LSA	Sicherheits- und Ordnungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
SprengG	Sprengstoffgesetz (Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe)
StBerG	Steuerberatungsgesetz
ThürOBG	Thüringer Ordnungsbehördengesetz
u.	und
v.	vom/von
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verfassungsgerichtshof
VGH BW	Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiVerw	Wirtschaftsverwaltungsrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. T.	zum Teil
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

„Der Markt verändert sich, das Handwerk wird seinen Platz behalten.“¹

EINFÜHRUNG

EINLEITUNG

Die Position des Handwerks innerhalb der deutschen Wirtschaft war vor dem Hintergrund der unbestreitbaren, gravierenden Strukturprobleme der deutschen Volkswirtschaft, vor allem der hohen Arbeitslosigkeit², neu zu bestimmen³. In diesem Bewußtsein hat es sich die Bundesregierung zum Ziel gemacht, alten Forderungen der Monopolkommission und einzelnen Anregungen aus der Hartz-Kommission nachzugeben und das bestehende, bis auf wenige Ausnahmen auf einem überkommenen Stand befindliche Handwerksrecht⁴ im Jahr 2004 einer radikalen Veränderung zu unterziehen⁵.

Trotzdem das Handwerk nach wie vor einen der wichtigsten Pfeiler im Gerüst der deutschen Wirtschaft bildet – genannt seien nur die Ausbildungsbereitschaft von rund 10% sowie die 4,515 Millionen Beschäftigten in etwa 569.000 handwerklichen Unternehmen, die im Jahr 2002 einen Umsatz von rund 369,9 Milliarden Euro erwirtschafteten⁶ – blieb es von der katastrophalen

¹ Hanns-Eberhard *Schleyer*, Im Gespräch, Das Parlament Nr. 37 vom 6. September 2004 (54. Jahrgang), S. 8.

² Zu Beginn des Jahres 2004 waren in Deutschland 4,597 Millionen Arbeitslose verzeichnet, was einem Prozentsatz von 11,0 entspricht.

³ Zur wirtschaftlichen Lage und deren Ursachen vgl. die Ausführungen der *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, S. 49 Nr. 59.

⁴ So auch der Grundtenor bei *Czybulka*, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995-2001, NVwZ 2003, S. 164 ff.

⁵ Nach Ansicht *Traublingers* sei das Handwerk lediglich zu einer sachgerechten Reform mit Augenmaß bereit, vgl. *ders.*, Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 353 ff.

⁶ Die Angaben stammen aus dem Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 20. Davon i. e. abweichende Angaben sind etwa dem Antrag der CDU/CSU-Fraktion vom 4. Juni

Wirtschaftslage des Landes nicht verschont. Umsatzrückgänge, vermehrte Insolvenzanträge und rückläufige Beschäftigungszahlen machten auch vor den Handwerksbetrieben nicht Halt⁷. Verdeutlicht wird diese drastische Situation weiterhin durch die sinkenden Ausbildungszahlen sowie den Mangel an Nachfolgern für viele übernahmefähige Unternehmen. Kurzum: Das deutsche Handwerk befand sich in einer Strukturkrise⁸.

Die Gründe dafür sind vielseitig. Neben dem öffentlichen Sektor und hier insbesondere den Kommunen, die auf Grund ihrer eigenen finanziellen Belastungen eher zurückhaltend investierten, war auch bei den privaten Haushalten ein Nachfragerückgang auf Grund der stetig ansteigenden Steuer- und Sozialabgabenlast zu verzeichnen.

Konkreten Anlaß für die Reformüberlegungen gaben weiterhin die auch gegenwärtig noch erkennbaren Entwicklungen im Handwerkssektor, die einen Strukturwandel von der individuellen und handgefertigten Arbeit zu immer stärker computergestützter und infolgedessen zunehmend standardisierter Organisation und Arbeit erkennen lassen⁹. Damit im Zusammenhang steht die Frage der Zukunftsfähigkeit des Handwerks. Diese sicherzustellen und dabei die Dynamik der wirtschaftlich-technischen Entwicklung für das Handwerk zu erschließen, machte es erforderlich, die handwerksrechtlichen Regelungen weiterzuentwickeln, ohne dabei die unverändert gültigen Strukturprinzipien außer acht zu lassen.

Vor diesem Hintergrund hat die Bundesregierung am 28. Mai 2003 – eingebunden in ihre generellen Reformansätze des Jahres 2003 – die

2003, BT-Drs. 15/1107, S. 1 zu entnehmen. Zu aktuellen Angaben aus dem Jahr 2005 vgl. Zentralverband des deutschen Handwerks (ZDH) (Hrsg.), Datenblatt Betriebs- und Berufsbildungsstatistik, Stand April 2006. Danach stiegen die Zahl der Beschäftigten auf 4,825 Millionen, die Zahl der Unternehmen auf 923.046 und der erwirtschaftete Umsatz auf 456,0 Milliarden Euro an. Ein im Verhältnis ähnlicher Anstieg wird für das Jahr 2006 prognostiziert; hierfür sind vom ZDH jedoch bislang noch keine Daten veröffentlicht.

⁷ Vgl. dazu auch die Einführung bei Müller, Erster Beitrag zur Evaluierung der Handwerksordnung, GewArch 2007, S. 146 ff.

⁸ Einen deutlichen Hinweis darauf liefert die Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Entwicklung des Handwerks seit Mitte der neunziger Jahre, vgl. Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 20.

⁹ Vgl. dazu Leisner, Verfassungsschutz des Handwerks, GewArch 1997, S. 393 oder die Gesamtdarstellung von Wernet, Handwerks- und Industriegeschichte, Stuttgart 1963.

umfangreichste und inhaltlich am weitesten gehende Novellierung der Handwerksordnung¹⁰ und zugleich die umstrittenste Reform der laufenden Legislaturperiode¹¹ auf den Weg gebracht.

Wichtigstes Reformziel war – dem berechtigten Anliegen von Gesetzgebung und Regierung folgend – die Deregulierung der Handwerksordnung (HandwO): Um einer Vereinfachung des Handwerksrechts willen beabsichtigte der Reformgesetzgeber, handwerksrechtliche Regelungen zu verringern, rechtliche Hürden und strukturelle Hemmnisse abzubauen und marktwidrige Eingriffe in den Wettbewerb zu verhindern. Angesichts der bereits dargelegten wirtschaftlichen Situation des Handwerks erhoffte, ja beabsichtigte der Gesetzgeber als weitere Folge der Rechtsvereinfachung, die Anzahl der Existenzgründungen im Handwerk zu fördern, um so Beschäftigungschancen zu eröffnen und neue Ausbildungsplätze zu schaffen.

Weitere Ziele der Reform, die durch den erhofften Anstieg der unter erleichterten Bedingungen möglichen Neugründungen begünstigt werden sollten, waren die Sicherung von Arbeits- und Ausbildungsplätzen im Handwerk, die Steigerung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit und die Reduzierung der im Bereich des Handwerks weit verbreiteten Schwarzarbeit. Darüber hinaus sollte die Attraktivität der Ausbildung im Handwerkssektor und die Zahl der Lehrstellen erhöht und schließlich das Angebot für die Verbraucher sowie deren Versorgung verbessert werden¹².

Hauptanknüpfungspunkt für die Reform der Handwerksordnung war die Meisterprüfung, deren erfolgreiches Bestehen für die Eintragung eines handwerksmäßig betriebenen Gewerbes in die Handwerksrolle¹³ vorausgesetzt wurde. Erst nachdem sie als sogenannter Großer Befähigungsnachweis

¹⁰ Die Reform wird durch eine kleine und eine große Handwerksnovelle umgesetzt, namentlich das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2933) sowie das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2934).

¹¹ So Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (404).

¹² BT-Drs. 15/1206, S. 2; BT-Drs. 12/1481, S. 1; BT-Drs. 15/2138, S. 1, 13 f.

¹³ Die Handwerksrolle ist ein Verzeichnis aller zur selbständigen Berufsausübung befugten Handwerker, sie dokumentiert daher die Erlaubnisse zum selbständigen Betrieb eines Handwerks, vgl. Creifelds, Rechtswörterbuch, → Handwerksrolle, S. 640; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 378; zur Rechtsnatur der Handwerksrolle vgl. BVerwGE 34, 56 ff.

erbracht war, konnten Handwerksgerbe selbständig betrieben und Lehrlinge dort ordnungsgemäß ausgebildet werden. Damit stellte die Handwerksordnung eine Zugangshürde zum Beruf des selbständigen Handwerksmeisters auf, die seit dem Inkrafttreten der Handwerksordnung 1953 scharf kritisiert wurde; auch der die Verfassungsmäßigkeit der Meisterprüfung bejahende Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Jahre 1961 ließ diese Kritik nicht verstummen.

Im Zuge der Reformüberlegungen verstärkten sich die Zweifel, ob die Meisterprüfung als obligatorische Voraussetzung zur Existenzgründung noch geboten war.

Nach einem langen und von heftigen Kontroversen begleiteten Gesetzgebungsverfahren¹⁴ verabschiedete der Bundestag am 24. Dezember 2003 das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften sowie das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen.

Mit der Reform wurde der HandwO die neue gesetzgeberische Intention zugrundegelegt, Leib und Leben Dritter zu schützen und für diese Schutzgüter bestehende oder erwartete Gefahren abzuwenden. Darauf aufbauend sind zahlreiche Vorschriften der HandwO sowie deren Anlagen verändert worden.

Die wichtigste Änderung stellt die Begrenzung des Erfordernisses der Meisterprüfung dar. Wurde diese bislang generell und für alle Handwerke unterschiedslos gefordert, sind nunmehr hauptsächlich noch solche Handwerke zulassungs- und daher meisterpflichtig, die Gefahren für die genannten Schutzgüter hervorrufen können.

Obgleich der Reformgesetzgeber damit einen wesentlichen Kritikpunkt aufgegriffen und die Handwerksordnung im Sinne der bisherigen Rezensenten

¹⁴ Einen Überblick geben bereits die verschiedenen Anträge (vom 4. Juni 2003, BT-Drs. 15/1107 und 15/1108) und Gesetzesentwürfe (Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 24. Juni 2003, BT-Drs. 15/1206, Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 15. August 2003, BT-Drs. 15/1481 sowie der Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 3. Dezember 2003, BT-Drs. 15/2138) zur geplanten Handwerksnovelle. Vgl. weiterhin dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 25. November 2003, BT-Drs. 15/2083 sowie den Beschluß des Deutschen Bundestages vom 19. Dezember 2003, BT-Drs. 15/2246.

ein Stück weit liberalisiert hat, sind auch die nunmehr normierten Vorschriften bereits kritischen Betrachtungen unterzogen worden.

So gab etwa *Stober* zu bedenken, daß gegenwärtig keine allgemeine Tendenz zur Lockerung von Befähigungsnachweisen erkennbar, sondern ganz im Gegenteil ein ordnungspolitischer Trend zur Errichtung, Beibehaltung und Verschärfung neuer Zulassungsschranken zu beobachten sei. Er wies zudem darauf hin, daß hinsichtlich des Meisterbegriffs – beispielsweise durch die Einführung verschiedener Masterstudiengänge oder die Annäherung von Hochschuldiplom und Meistertitel – bildungspolitisch von einer Renaissance des Befähigungsnachweises gesprochen werden könne¹⁵, die die Reform des Handwerksrechts momentan nicht zeitgemäß erscheinen lasse.

Die vorliegende Arbeit nimmt die Handwerksreform zum Anlaß, die Meisterprüfung nochmals einer umfassenden verfassungsrechtlichen Bewertung zu unterziehen. Einen essentiellen Aspekt soll dabei das in die Handwerksordnung eingeführte Kriterium der Fahrgeneigtheit bilden, das wesentliche Voraussetzung zur Aufnahme eines Handwerksgewerbes in die Anlage A der Handwerksordnung ist und infolgedessen die Zulassungs- und Eintragungspflicht für handwerkliche Berufe und Tätigkeiten entscheidend mitbestimmt.

Auch wenn die Handwerksreform im Mittelpunkt der Ausführungen stehen wird, sollen die Vorschriften der Handwerksordnung in der bis zur Reform geltenden Fassung gleichwohl nicht unbeachtet bleiben. Als vieldiskutierte und fast schon zum Politikum avancierte Normen stellen sie einen geeigneten Ausgangspunkt dar, von dem die Reform aus verschiedenen Perspektiven bewertet werden kann und von denen die wesentlichen Leitlinien für eine zukunftsfeste Reform mitbestimmt werden können.

¹⁵ *Stober*, Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393.

GANG DER UNTERSUCHUNG

Angesichts der bereits angesprochenen Neuerungen der Handwerksordnung kann das weithin als stark freiheitsbeschränkend empfundene Erfordernis der Meisterprüfung nicht mehr auf die ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht statuierte Rechtfertigung gestützt werden. Vielmehr ist es geboten, den Befähigungsnachweis erneut verfassungsrechtlich zu bewerten. Als Prüfungsmaßstab soll dazu einzig die Berufsfreiheit des Artikels 12 GG herangezogen werden, die das größte Spektrum für Eingriffe durch die Meisterprüfung bereithält.

In einem ersten Abschnitt sollen daher zunächst die Grundlagen der Berufsfreiheit, ihre Entstehungsgeschichte sowie die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Artikels 12 GG dargestellt werden, was sich insbesondere auf den Schutzbereich der Berufsfreiheit sowie deren Schranken bezieht. Parallel dazu ist stets auch die Gewerbefreiheit zu betrachten.

Daran anschließend ist auf die bisherige Rechtslage, speziell auf das Verhältnis des Befähigungsnachweises der Handwerksordnung in ihrer alten Fassung zur Berufsfreiheit des Artikels 12 GG, einzugehen. Dreh- und Angelpunkt dieser Untersuchung wird der Handwerksbeschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 17. Juli 1961 sein, der erstmals die Parameter für die Zulässigkeit des Befähigungsnachweises aufgestellt hat.

Damit war das Bundesverfassungsgericht nicht nur der Motor weiterer kritischer Auseinandersetzungen mit dem Befähigungsnachweis; es provozierte vielmehr noch den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit der Meisterprüfung, indem es vor allem für abweichende Ansichten eine breite Argumentationsplattform bot. Auf diese aufzusteigen und die wesentlichen Meinungsverschiedenheiten aufzuzeigen, soll angesichts deren Bedeutung Aufgabe des nächsten Abschnittes sein. Die Betrachtung schließt letztendlich mit einer Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit des Befähigungsnachweises nach altem Recht.

Auf dieser Grundlage wird im folgenden Teil der Bearbeitung auf die Novellierung der Handwerksordnung eingegangen werden. Hier sollen zunächst

die Ziele und die Neuregelungen der Handwerksordnung sowie insbesondere die veränderten Eintragungsmodalitäten dargestellt werden, bevor der reformierte Befähigungsnachweis im Anschluß daran anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe einer neuen Bewertung unterzogen wird. Von außerordentlichem Interesse ist auch hier die Rechtfertigung des Eingriffes in die Berufsfreiheit des Artikels 12 GG, die angesichts der grundlegend neu bestimmten Gesetzesintention des Reformgesetzgebers losgelöst von den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes in seinem Handwerksbeschluß erfolgen wird. Nichtsdestominder wird die Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes vergleichend herangezogen und durch eigene Betrachtungen ergänzt werden.

Im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffes in die Berufsfreiheit wird der Begriff der Gefahrgeneigtheit eine zentrale Position einnehmen, obgleich er weder explizit in der Handwerksordnung selbst noch in den sie ergänzenden Anlagen genannt ist. Ausschlaggebend ist er einzig für die Bewertung der Gewerbe, die in das Verzeichnis über zulassungspflichtige Handwerke und damit in die Anlage A zur Handwerksordnung aufgenommen werden. Mangels einer Regelung über den Tatbestand der Gefahrgeneigtheit oder klar definierter Kriterien widmet sich die Arbeit in dem folgenden Abschnitt Herkunft und Verwendung des Begriffes und stellt seine Eignung für das Handwerksrecht in Frage. In einem weiteren Schritt soll das Kriterium „Gefahrgeneigtheit“ konkretisiert werden.

Auf der Basis dieser Erläuterungen schließt die Arbeit mit einem Vorschlag, welche Leitlinien eine zukünftige Reform der Handwerksordnung bestimmen könnten.

VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN DER BERUFSFREIHEIT

Ausgangspunkt und Geleitschutz jeder gewerblichen Tätigkeit ist das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Daraus folgt, daß hoheitliche Einschränkungen der freien gewerblichen Tätigkeit förmlicher gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen bedürfen, die inhaltlich an der Wertordnung des Grundgesetzes orientiert sein müssen¹⁶.

Dies gilt im Bereich des Handwerks vorzugsweise für § 1 HandwO, der mit seinen Anforderungen, wann eine gewerbliche Tätigkeit als „Handwerksbetrieb“ zu qualifizieren ist, eine Beschränkung der Gewerbefreiheit darstellt. Diese ist darin zu erblicken, daß § 1 Abs. 1 HandwO den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe eben nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet. Daran anknüpfend bestimmt § 1 Abs. 2 HandwO, daß ein Gewerbebetrieb dann ein Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks ist, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfaßt, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind.

Bereits das letztgenannte Erfordernis der sog. Handwerksfähigkeit eines Gewerbes stellt den Rechtsanwender vor die schwierige Frage, wann der Arbeitsbereich eines Handwerks vollständig oder in wesentlichen Teilen mit den Tätigkeiten einer in der Anlage A aufgeführten Gewerbeart zuzurechnen ist¹⁷. Weitere Schwierigkeiten ergeben sich sogleich im Anschluß, nämlich bei der Beantwortung der Frage, wann ein Gewerbebetrieb eine handwerksmäßige Betriebsform angenommen hat.

Die Rechtsprechung hat sich mit der Beurteilung der Handwerksfähigkeit eines Gewerbes vor allem unter dem Aspekt der Abgrenzung wesentlicher von

¹⁶ Berg, Gewerbefreiheit und Handwerksmonopol, GewArch 1982, S. 73 ff.

¹⁷ Vgl. dazu Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., § 48 VII 3b.

unwesentlichen Tätigkeiten befaßt, da der Gewerbebetrieb bereits dann den Vorschriften der HandwO unterfällt, sobald er in wesentlichen Tätigkeiten ein in der Positivliste (Anlage A) aufgeführtes Gewerbe umfaßt. Seit der Handwerksnovelle 2004 enthält § 1 Abs. 2 S. 2 HandwO zumindest eine Definition nicht wesentlicher Tätigkeiten und ermöglicht damit im Umkehrschluß eine erste Vermutung von der Handwerksfähigkeit eines Gewerbes. Gleichwohl wird man für deren weitere Bestimmung auf die dazu ergangene Rechtsprechung zurückgreifen und sich fragen müssen, ob es sich um den Kernbereich fachlich zusammengehöriger Betätigungen handelt, die zu einer in sich geschlossenen Einheit und Ganzheit eines handwerklichen Berufes verschmolzen sind¹⁸. Dies resultiert daraus, daß das „Handwerk“ im Sinne der Handwerksordnung gerade nicht auf einer bloßen Addition von Einzeltätigkeiten beruht, sondern sich als eine im sozio-ökonomischen Raum vorgegebene Berufseinheit darstellt, aus der sodann einzelne Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche als zugehörig abgeleitet werden können¹⁹. Es wird folglich aus dem einschlägigen handwerklichen Berufsbild zu deduzieren sein, ob eine bestimmte Einzeltätigkeit zu den essentiellen Tätigkeiten aus einem Handwerk der Anlage A gehört oder nicht. Um dem hier möglichen Entwicklungspotential in der Variierung des berufsbildgeprägten Tätigkeitsbereiches ausreichend Rechnung zu tragen, wurde sodann der sog. dynamische Handwerksbegriff entwickelt, der eine zeitgerechte Interpretation der Berufsbilder der Handwerksordnung und der Handwerksfähigkeit bestimmter Tätigkeiten anstrebt²⁰.

Eine ganz ähnliche Entwicklung nahm die Bestimmung des Begriffes der Handwerksmäßigkeit der Betriebsform, die die zweite Voraussetzung dafür ist, daß ein Gewerbebetrieb gemäß § 1 Abs. 2 HandwO als Handwerksbetrieb zu qualifizieren ist²¹. Auch bei der „Handwerksmäßigkeit“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der inhaltlich von der Rechtsprechung auszufüllen

¹⁸ Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, S. 14; Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., § 48 VII 3b.

¹⁹ Weitergehend Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, S. 15 ff.

²⁰ Darauf wird später noch einmal gesondert einzugehen sein, vgl. S. 224.

²¹ Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., § 48 VIII 1.

war. Die dabei entwickelten Leitgedanken lassen sich schlagwortartig dahingehend zusammenfassen, daß sich die Zuordnung eines Gewerbebetriebes zum handwerklichen oder nichthandwerklichen – und damit zum industriellen – Sektor nach der betrieblichen Gesamtstruktur richtet²².

Welchen Schluß die einzelnen Komponenten der betrieblichen Struktur letztlich auf die Betriebsform zulassen, entwickelte sich erst in jahrelanger Rechtsprechung heraus: Relativ früh erkennbar war jedoch, daß eine abschließende Beurteilung immer nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Gewerbebezweiges und auch nur nach der Gesamtstruktur des Einzelbetriebes erfolgen konnte. Nichtsdestominder bedienten sich die Gerichte verschiedener Kriterien, die herangezogen wurden, um die handwerkliche von der industriellen Betriebsweise zu unterscheiden.

Ursprünglich stellte das Bundesverwaltungsgericht für die handwerksmäßige Betriebsform eines Gewerbes darauf ab, ob in einem Betrieb überwiegend technisch voll ausgebildete Arbeitskräfte beschäftigt werden, ein Mitarbeiter grundsätzlich das gesamte Arbeitsergebnis in allen seinen Stadien herstelle oder zumindest dazu in der Lage sei, ob der Einsatz technischer und maschineller Mittel nur zum Zwecke der Hilfestellung erfolge und ob die Tätigkeit in der Regel auf individuelle Leistungen, auf qualitativ hochwertige Einzelfertigungen abstelle, die nach vorheriger Bestellung erfolgt. Von einem Industriebetrieb sei hingegen dann auszugehen, wenn innerhalb kurzer Zeit angelernte Arbeiter beschäftigt seien, die sich im Rahmen eines Fertigungsprozesses auf einzelne Arbeitsgänge spezialisiert hätten, bei denen Maschinen regelmäßig zum Einsatz kommen und die Serienfertigung und Massengüterproduktion für den sogenannten anonymen Markt betrieben²³.

Angesichts der immer weiter fortschreitenden Technisierung, auch und vor allem im Bereich des Handwerks, war es indes bald nicht mehr möglich, die genannten Kriterien als allgemeingültige Abgrenzungsmerkmale aufrecht zu

²² BVerwGE 58, 217 (223 f.); BVerwG, NJW 1964, S. 512 ff.; GewArch 1971, S. 85; GewArch 2003, S. 79.

²³ Vgl. dazu die von der Rechtsprechung entwickelten und bei *Stober* systematisch aufgeführten Abgrenzungskriterien, in: *ders.*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., § 48 VIII 2 m. w. N.

erhalten. Auch das Bundesverwaltungsgericht war zu einer Relativierung seiner vormals aufgestellten Maßstäbe gezwungen. Dabei schwächte es die von ihm benannten überkommenen Merkmale dergestalt ab, daß es sie auf bloße Erkenntnishilfen reduzierte, um den ständigen Wandel der technischen und wirtschaftlichen Situation abdecken zu können. Für die Zuordnung zum Handwerk sei es von Bedeutung, daß der Einsatz fachlich qualifizierter Arbeitskräfte in wesentlichem Umfang erforderlich sei; zudem verliere der moderne Handwerksbetrieb seine Handwerkseigenschaft auch dann nicht, wenn er zur Erhaltung seiner Wettbewerbsfähigkeit auf die Verwendung von Maschinen und industriell vorgefertigten Materialien angewiesen sei und auf diese nicht verzichten könne²⁴.

Dieser Linie war das Bundesverwaltungsgericht nicht ständig treu. In einem frühen Grundsatzurteil vom 17.04.1964 stellte es zur Beantwortung der Frage nach der handwerksmäßigen Betriebsform heraus, daß es wesentliches Kennzeichen eines Handwerksbetriebes sei, daß der Betriebsinhaber die Möglichkeit der persönlichen Einflußnahme auf das Betriebsgeschehen habe. Sollte dies nicht der Fall sein, verlöre das in der Handwerksordnung statuierte Prinzip des Inhaberbefähigungsnachweises seinen Sinn und seine sachliche Berechtigung²⁵. Das Gericht stellte in dieser Entscheidung eine Verknüpfung von Handwerksbetrieb und handwerklichem Befähigungsnachweis her und markierte damit einen Wendepunkt in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Abgrenzung von Handwerks- und Industriebetrieb. Dabei orientierte sich das Gericht an zusätzlichen, an die Grundrechtsgarantie des Art. 12 GG knüpfenden verfassungsrechtlichen Erwägungen und gewann den Begriff des handwerksmäßigen Betriebes nunmehr im Rückschluß aus den verfassungsrechtlichen Auswirkungen, die sich aus der Garantie der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und den Grenzen ihrer Beschränkbarkeit nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ergeben. Nach Auffassung des Gerichts war ein Gewerbebetrieb – sofern er einer in der

²⁴ BVerwGE 17, 230 ff.; BVerwG, GewArch 1964, S. 105 ff. (für eine ausschließlich maschinenbetriebene Wäscherei) sowie S. 108 ff. (für eine ausschließlich maschinenbetriebene chemische Reinigung).

²⁵ BVerwGE 18, 226 ff.

Positivliste aufgeführten und damit handwerksfähigen Gewerbeart zuzurechnen war – nur dann als Handwerksbetrieb anzusehen, wenn von dem Betriebsinhaber zur fachgerechten Ausführung seines Arbeitsprogramms der handwerkliche Befähigungsnachweis gefordert werden könne, ohne daß ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG gegeben sei²⁶. Ein Gewerbebetrieb sei hingegen dann kein Handwerksbetrieb, wenn sich dieses Verlangen mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbaren ließe. Damit schloß das Gericht den Begriff des Handwerks und des Handwerksbetriebes aus Art. 12 Abs. 1 GG und dessen verfassungsrechtlicher Tragweite.

Um die Handwerksordnung in ihrer Eigenschaft als speziell für das Handwerk geschaffenes Regelwerk besser in den Rahmen der Berufsfreiheit einordnen zu können, sollen die verfassungsrechtlichen Grundlagen im folgenden dargestellt werden. Dabei wird zunächst auf die entstehungsgeschichtlichen Grundlagen einzugehen sein, bevor in einem weiteren Schritt der verfassungsrechtlich verbürgte Gehalt der Berufsfreiheit dargestellt wird.

I. Entstehungsgeschichte von Berufs- und Gewerbebefreiheit

Das Grundrecht aller Deutschen, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, spiegelt in seiner ideen- und verfassungsgeschichtlichen Entwicklung den wirtschaftlichen Wandel der Bundesrepublik Deutschland wider²⁷. Als typische Ausprägung der Berufsfreiheit und zugleich als deren umfangreichstes und bedeutungsvollstes Gebiet²⁸ ist die Gewerbebefreiheit im Rahmen dieses historischen Abrisses einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen. Dabei ist neben der rechtlichen Ausgestaltung und der wirtschaftlichen Situation während der entscheidenden Zeiträume auch deren idealistische Prägung zu untersuchen.

²⁶ Vgl. die Entscheidung vom 16. September 1966, BVerwGE 25, 66 ff.

²⁷ *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 1.

²⁸ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 114.

1. Das Zeitalter des Absolutismus im 16.-18. Jahrhundert

Im Zeitalter des Absolutismus als feudal-ständische Epoche²⁹ waren Ausbildung, Arbeit und Beruf des einzelnen durch seine Zugehörigkeit zu einem (Geburts-) Stand geprägt. Dadurch war die Mehrheit der Bevölkerung in der agrarisch geprägten Wirtschaftsordnung des 18. Jahrhunderts traditionell im landwirtschaftlichen Bereich tätig.

Wer ein Handwerk ausüben konnte, unter welchen Voraussetzungen dies möglich war und welcher Art sich die handwerkliche Betätigung darstellte, wurde in allen Einzelheiten durch Zunftordnungen reglementiert³⁰. Diese enthielten regelmäßig auch Zwangs- und Bannrechte, die dem Besitzer eines Grundstückes das ausschließliche Recht gaben, ein Gewerbe zu betreiben und die Anwohner zu beliefern³¹.

Da den traditionellen, der Bevölkerung mit der Zugehörigkeit zu einem Stand auferlegten Bindungen nur schwer auszuweichen war, bestimmten hauptsächlich diese das Leben und die Entwicklung der Menschen. Hinzu kam die überragende Bedeutung der landwirtschaftlichen Produktion, die die freie Wahl von Ausbildungsstätte, Arbeitsplatz und Beruf in dieser Zeit praktisch unmöglich machten.

2. Das Zeitalter der Aufklärung im späten 18. Jahrhundert

Erst mit der Abkehr von der feudalen Gesellschaftsordnung sowie dem Wandel von einer agrarisch bestimmten Wirtschaft zu einer industrialisierten hin³² war überhaupt der Gedanke möglich, selbstbestimmt und bewußt über die Wahl der Ausbildung und des Berufes zu entscheiden. Bis dahin jedoch war die Öffnung von Arbeit, landwirtschaftlicher Betätigung und Handel revolutionär. Idealistischer Hintergrund dieser Wendung war das philosophische

²⁹ *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 2.

³⁰ *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 1. Diese regelten etwa auch die Ausübung des Gewerbes einschließlich der Arbeitsmethoden, der Zahl der Hilfskräfte, der Kundenbeziehungen und der Preise.

³¹ *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 1; *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 3.

³² *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 1.

Gedankengut der Aufklärung, das den Menschen als mit Vernunft bedachtes Wesen begriff, der fähig sei, sein Leben nach eigenen Vorstellungen und Bestrebungen zu gestalten. John Locke etwa sah in der menschlichen Arbeit die natürliche Quelle des Eigentums und den maßgeblichen Faktor aller Wertschöpfung³³, Kant erblickte in ihr den Endzweck des Menschen³⁴ und Hegel qualifizierte sie als vornehmsten Ausdruck menschlicher Selbstverwirklichung³⁵. In den Augen der Staats- und Gesellschaftstheoretiker schufen Arbeit, Beruf und Bildung also das Fundament der Freiheit und Gleichheit des Menschen³⁶.

3. Das Zeitalter des Frühkonstitutionalismus im 19. Jahrhundert³⁷

a) Rheinbundsakte (1806) und Deutsche Bundesakte (1815)

Aus verfassungsgeschichtlicher Sicht wurzelt das Recht der freien Wahl von Beruf, Arbeit und Ausbildungsplatz in Art. 17 der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen der Constitution de la République Française aus dem Jahre 1793: »Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens.«³⁸ Mit dem den Rheinbund begründenden Vertrag zwischen Napoleon und den deutschen Fürsten im Jahre 1806 waren diese direkt mit geltendem französischem Recht konfrontiert, woraufhin erstmals

³³ Locke, *Two Treatises of Government*, Book II, Chapter V, §§ 25 ff.; die Verknüpfung von Arbeit und Eigentum taucht erstmals bei Albertus Magnus auf; siehe dazu *Langholm*, *Economics in the Medieval Schools*, S. 172 f.

³⁴ Kant, *Kritik der Urteilskraft* (1790), § 83, in: Weischedel (Hrsg.), *Werke*, Bd. 8, S. 551 ff. Vgl. dazu auch *Krause*, *Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des Deutschen Idealismus und ihre Bedeutung für das Recht*, S. 37 ff. (89); ferner *Deggau*, *Die Aporien der Rechtslehre Kants*, S. 213 ff.

³⁵ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127 und §§ 196 ff.

³⁶ Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, *VVDStRL* 43 (1985), S. 10 f.

³⁷ Während dieser Zeit waren für das deutsche Volk verschiedene Rechtsakte von grundsätzlicher Bedeutung. Dies war zunächst der Vertrag zwischen Napoleon und den deutschen Fürsten vom 12. Juli 1806, die sog. Rheinbundsakte, aus der der Rheinbund hervorging, die Deutsche Bundesakte vom 8. Juni 1815, die den Deutschen Bund hervorbrachte sowie die Wiener Schlußakte vom 15. Juni 1820. Keine dieser „Verfassungen“ enthielt ein irgendwie geartetes Recht auf Berufs- oder Gewerbefreiheit.

³⁸ Zit. nach *Hartung*, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte*, S. 48. Gemäß Art. 17 durfte keine Art der Arbeit, des landwirtschaftlichen Anbaus und des Handels der Betätigung der Bürger verwehrt werden. Hinzu kam nach Art. 18 der Erklärung noch die Gewährleistung des Rechts jedes Bürgers, über seine Dienste und seine Zeit zu verfügen, vgl. *Breuer*, *Freiheit des Berufs*, in: *HStR* VI, § 147, Randnr. 1.

§ 29 der Verfassungsurkunde des Königreichs Württemberg vom 25. September 1819 eine deutsche Rechtsverbürgung dieser Art enthielt. Danach hatte „Jeder [...] das Recht, seinen Stand und sein Gewerbe nach eigener Neigung zu wählen und sich dazu im In- und Auslande auszubilden“³⁹.

Die freie Wahl des Berufes gewährleistete zum ersten Mal ausdrücklich § 36 S. 1 der Verfassungsurkunde des Großherzogtums von Hessen vom 17. Dezember 1820, wonach „Jedem [...] die freie Wahl seines Berufes und Gewerbs, nach eigener Neigung frey [steht]“⁴⁰.

b) Paulskirchenverfassung (1849)

Auf gesamtdeutscher Ebene garantierte erstmals die Paulskirchenverfassung aus dem Jahre 1849⁴¹ die Berufs- und Ausbildungsfreiheit. Nach deren § 158 „... steht [es] einem Jeden frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er will“. Der örtliche Bezug deutet darauf hin, daß Berufs- und Ausbildungsfreiheit entstehungsgeschichtlich in engem Zusammenhang⁴² mit dem Grundrecht der Freizügigkeit⁴³ stehen, sie sind inhaltlich jedoch klar voneinander zu trennen⁴⁴. Darauf deutet nicht nur die systematische Differenzierung beider Grundrechte in der Paulskirchenverfassung hin, sondern auch der umfassende Regelungsvorbehalt des § 133 Abs. 2. Danach sollte die Freizügigkeit erst dann

³⁹ Zachariä, Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, S. 300.

⁴⁰ Zachariä, Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, S. 405.

⁴¹ Verfassung des Deutschen Reiches, sog. Frankfurter Reichsverfassung bzw. Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849, RGBl. 1849, S. 101-147.

⁴² Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 36, spricht von einem ausgeprägten Zusammenhang beider Grundrechte.

⁴³ Das Grundrecht auf Freizügigkeit wurde in § 133 Abs. 1 Paulskirchenverfassung wie folgt verbürgt: „Jeder Deutsche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen, Liegenschaften jeder Art zu erwerben und darüber zu verfügen, jeden Nahrungszweig zu betreiben, das Gemeindebürgerrecht zu gewinnen.“; vgl. Art. 1 Nr. 2 Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volks vom 27. Dezember 1848, RGBl. S. 57.

Allerdings unterstand das Freizügigkeitsrecht dem umfassenden Regelungsvorbehalt des § 133 Abs. 2 Paulskirchenverfassung, vgl. dazu Fn. 45.

⁴⁴ So auch Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, S. 64 f. Eine andere Ansicht vertritt Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, S. 227 ff., der Freizügigkeit sowie Berufs- und Ausbildungsfreiheit als einheitliches Grundrecht betrachtet; ebenso Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnrn. 1 f., der § 158 als Ergänzung der wirtschaftlichen Freizügigkeit des § 133 Paulskirchenverfassung betrachtet.

gewährleistet werden, wenn das Gewerberecht harmonisiert wurde⁴⁵. Die Berufs- und Ausbildungsfreiheit hingegen wurde in § 158 unmittelbar gewährt.

Anders als für die Wahl und Ausübung von Beruf und Ausbildung existierte für das Gewerbe kein Freiheitsrecht in den Länderverfassungen⁴⁶. Das idealistische Ziel der Gewerbefreiheit, objektive Zugangshürden zu einzelnen Berufen oder Gewerben zu beseitigen, ging über das freiheitliche Verständnis der Deutschen in der Mitte des 19. Jahrhunderts hinaus. Deutlich wird dies am gescheiterten Versuch Karl August Freiherr Fürst von Hardenbergs⁴⁷, mit dem Gewerbesteueredikt vom 2. November 1810 in Preußen eine umfassende Gewerbefreiheit einzuführen. Dieses erlaubte jedermann, auf Grund bloßer Steueranmeldung ein Handwerk zu betreiben, ohne seine Eignung in einer Meisterprüfung oder einer vergleichbaren Vorbildung nachgewiesen zu haben und ohne an bestehende Berufsbilder gebunden zu sein⁴⁸. Die Folge dieser weitreichenden Freiheitsgewährung war ein solch drastischer Anstieg der Zahl

⁴⁵ § 133 Abs. 2 Paulskirchenverfassung lautete: „Die Bedingungen für den Aufenthalt und Wohnsitz werden durch ein Heimathsgesetz, jene für den Gewerbebetrieb durch eine Gewerbeordnung für ganz Deutschland von der Reichsgewalt festgesetzt.“; vgl. Art. 1 Nr. 2 Einführungsgesetz zum Gesetz betreffend die Grundrechte des deutschen Volks vom 27. Dezember 1848, RGBl. S. 57.

Diese Norm ist als Kompromiß zwischen den konservativen Kräften der Paulskirchenverfassung auf der einen und Wirtschaftsliberalen auf der anderen Seite hervorgegangen. Während erstere lediglich eine reformierte Zunftverfassung anstrebten, wollten die Liberalen die umfassende Gewerbefreiheit sofort verwirklicht sehen.

⁴⁶ Gemäß § 29 Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg hatte zwar „Jeder ... das Recht, seinen Stand und sein Gewerbe nach eigener Neigung zu wählen, und sich dazu im In- und Auslande auszubilden, mithin auch auswärtige Bildungs-Anstalten in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften zu besuchen.“, allerdings enthielt § 31 der Verfassung einen Gesetzesvorbehalt für die Erteilung ausschließlicher Handels- und Gewerbeprivilegien: „Ausschließliche Handels- und Gewerbs-Privilegien können nur zu Folge eines Gesetzes oder mit besonderer für den einzelnen Fall gültigen Bestimmung der Stände ertheilt werden.“ Ebenso wenig wurde die Gewerbefreiheit in den Verfassungen von Bayern, Baden und Hessen-Darmstadt gewährleistet, *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. I, S. 360.

⁴⁷ Karl August Freiherr Fürst *von Hardenberg*, geb. am 31. Mai 1750 in Essenrode bei Gifhorn, gest. am 26. November 1822 in Genua, war ein preußischer Staatsmann. Er setzte die von Heinrich Friedrich Karl Freiherr *von und zum Stein* begonnenen und unter *zum Altenstein* ins Stocken gekommenen Reformen in Preußen fort, konnte sich aber wie sein Vorgänger nicht gegen die restaurativen Kräfte durchsetzen. Sein Hauptziel, die Einführung einer Verfassung und die Mitbestimmung des Bürgertums, konnte er nicht erreichen. Das Finanzedikt vom 27. Oktober 1810 war der Beginn der Hardenbergschen Reformen, 1811 folgten das Regulierungsedikt, das Gewerbesteuergesetz, das die Gewerbefreiheit festschrieb, die Bauernbefreiung und die Emanzipation der Juden. Er trat für einen liberalen Verfassungsstaat ein, wie er ihn schon in seiner Rigaer Denkschrift von 1805 gefordert hatte.

⁴⁸ *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 4.

selbständiger Handwerker, daß diese verarmten und daher forderten, selbst die beschränkte Gewerbefreiheit zurückzunehmen⁴⁹.

c) Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs

Die der Paulskirchenverfassung zeitlich nachfolgende Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 1. Juli 1867⁵⁰ räumte den Staatsbürgern in Art. 3 Abs. 1 den freien Betrieb eines Gewerbes als Bürgerrecht ein⁵¹.

Dieses Recht durfte gemäß Art. 3 Abs. 2 nicht durch hoheitliches Handeln beschränkt werden.

Eine fast identische Rechtsverbürgung enthielt daraufhin auch Art. 3 der aus der Verfassung des Norddeutschen Bundes hervorgegangenen Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871⁵², der allen deutschen

⁴⁹ *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 5; vgl. dazu auch die Schilderungen bei *Hampke*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Einleitung, S. 2 f.; Kapitel IV, S. 19 f., S. 25, wo er die Gewerbefreiheit in den Augen der Handwerker als „gefräßiges Ungeheuer, das den Wohlstand und die ehrsame Zucht des alten Handwerks verschlungen habe“, als „Gewerbefrechheit“ oder „Gewerbzügellosigkeit“ beschreibt.

⁵⁰ BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867, S. 1-23.

⁵¹ Art. 3 der Verfassung des Norddeutschen Bundes lautete:

- (1) Für den ganzen Umfang des Bundesgebietes besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem andern Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechts und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist.
- (2) Diejenigen Bestimmungen, welche die Armenversorgung und die Aufnahme in den lokalen Gemeindeverband betreffen, werden durch den im ersten Absatz ausgesprochenen Grundsatz nicht berührt.
- (3) Ebenso bleiben bis auf weiteres die Verträge in Kraft, welche zwischen den einzelnen Bundesstaaten in Beziehung auf die Übernahme von Auszuweisenden, die Verpflegung erkrankter und die Beerdigung verstorbener Staatsangehöriger bestehen.
- (4) Ebenso bleiben bis auf weiteres die Verträge in Kraft, welche zwischen den einzelnen Bundesstaaten in Beziehung auf die Übernahme von Auszuweisenden, die Verpflegung erkrankter und die Beerdigung verstorbener Staatsangehöriger bestehen.
- (5) Hinsichtlich der Erfüllung der Militairpflicht im Verhältniß zu dem Heimathslande wird im Wege der Bundesgesetzgebung das Nöthige geordnet werden.
- (6) Dem Auslande gegenüber haben alle Bundesangehörigen gleichmäßig Anspruch auf den Bundesschutz.

⁵² Verfassung des Deutschen Reiches, sog. Bismarcksche Reichsverfassung vom 16. April 1871, RGBl. 1871, S. 63-85.

Staatsangehörigen gleichermaßen freien Zugang zum Gewerbebetrieb in jedem Bundesland zugestanden⁵³. Dabei durfte auch diese Befugnis weder durch die heimatbundesstaatliche Obrigkeit noch durch die eines anderen Bundesstaates beschränkt werden, Art. 3 Abs. 2.

Ausgehend vom Wortlaut der Vorschriften könnte es sich dabei tatsächlich um Grundrechtsverbürgungen handeln. Dies ist jedoch insofern abwegig, als Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliches Handeln darstellen, und dies zu einer ungewollten Zentralisierung hoheitlicher Befugnisse führte. Statt dessen enthalten die einzelnen Verfassungen der Bundesstaaten ein Grundrecht auf Gewerbefreiheit.

Auf gesamtdeutscher Ebene besteht die Gewerbefreiheit daher erst in Kombination mit der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869⁵⁴. Diese statuierte in § 1 das Prinzip allgemeiner Gewerbefreiheit⁵⁵, so daß jeder – ohne Rücksicht auf seine etwaige Vorbildung – an jedem beliebigen Orte jedes

⁵³ Art. 3 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 lautete:

- (1) Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Aemtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist.
- (2) Kein Deutscher darf in der Ausübung dieser Befugniß durch die Obrigkeit seiner Heimath, oder durch die Obrigkeit eines anderen Bundesstaates beschränkt werden.
- (3) Diejenigen Bestimmungen, welche die Armenversorgung und die Aufnahme in den lokalen Gemeindeverband betreffen, werden durch den im ersten Absatz ausgesprochenen Grundsatz nicht berührt.
- (4) Ebenso bleiben bis auf weiteres die Verträge in Kraft, welche zwischen den einzelnen Bundesstaaten in Beziehung auf die Uebernahme von Auszuweisenden, die Verpflegung erkrankter und die Beerdigungen verstorbener Staatsangehörigen bestehenden.
- (5) Hinsichtlich der Erfüllung der Militairpflicht im Verhältniß zu dem Heimathslande wird im Wege der Reichsgesetzgebung das Nöthige geordnet werden.
- (6) Dem Auslande gegenüber haben alle Deutschen gleichmäßig Anspruch auf den Schutz des Reichs.

⁵⁴ BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245; zur Gewerbefreiheit in der preußischen Reform *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. I, S. 203 ff.

⁵⁵ § 1 Abs. 1 GewO lautet seit der Fassung des Gesetzes für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, RGBl. 1869, S. 245 ff., unverändert:

„Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.“

Gewerbe anmelden und betreiben konnte⁵⁶, ließ aber gleichzeitig Ausnahmen und Beschränkungen hiervon für gesundheitsgefährdende Gewerbe zu⁵⁷. In Verbindung mit den Gewährleistungen der Art. 3 Abs. 1 der Verfassungen von 1867 und 1871 war die Gewerbefreiheit als reichsgesetzlich verankertes Grundrecht anerkannt, das jedoch der Disposition des Reichsgesetzgebers unterstand und somit nicht prinzipiell unantastbar war⁵⁸. Von dieser Dispositionsgewalt machte der Reichsgesetzgeber sowohl in § 5 der Gewerbeordnung von 1869⁵⁹ als auch in anderen Vorschriften Gebrauch, indem er zahlreiche Gewerbe von einer Erlaubnis o. ä. abhängig machte⁶⁰. Diese Vorbehalte bezogen sich nach einhelliger Ansicht nur auf die Zulassung zu einem Gewerbe⁶¹, ebenso wie die Gewerbefreiheit nur als Freiheit der Zulassung zum Gewerbebetrieb verstanden wurde⁶².

Die Ausübung des Gewerbes war von der garantierten Gewerbefreiheit nicht umfaßt, jedoch ließ § 1 Abs. 1 GewO 1869 stillschweigend solche Regelungen

⁵⁶ *Hampke*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Kapitel II, S. 8 f.

⁵⁷ So geht etwa *Landmann* in seiner Kommentierung zur Gewerbeordnung, Bd. I, S. 67, davon aus, daß die Gewerbefreiheit des § 1 Abs. 1 GewO nicht nur durch die GewO selbst, sondern auch durch andere Reichsgesetze beschränkt werden kann. Diesen Gedanken greift *Stober* in seinem Lexikon des Rechts – Gewerberecht, unter dem Stichwort „Gefahrenabwehr im Gewerberecht“, S. 189, auf, indem er das preußische Gewerbesteueredikt als gewerbepolizeiliche Einschränkung der Gewerbefreiheit klassifiziert.

⁵⁸ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 115.

⁵⁹ Auch § 5 GewO 1869 ist seit dem Erlaß der GewO unverändert geblieben:

„In den Beschränkungen des Betriebs einzelner Gewerbe, welche auf den Zoll-, Steuer- und Postgesetzen beruhen, wird durch das gegenwärtige Gesetz nichts geändert.“

⁶⁰ Zu nennen seien hier Genehmigungen gemäß §§ 16, 24, 25 GewO 1869, besondere Genehmigungen für Gifthandel und Lotsen gemäß § 34 GewO 1869, Erlaubnisse für Schauspielunternehmen, Gaststätten u. ä. sowie Schaustellungen u. ä. gemäß §§ 32, 33 und 59 GewO 1869, Konzessionen für Privatkrankenanstalten usw. sowie Marktschreier gemäß §§ 30 Abs. 1 und § 34 GewO 1869, Approbationen für Apotheker und ärztliche Berufe gemäß § 29 GewO 1869 und letztlich Zeugnisse für bestimmte Berufsgruppen gemäß § 30 Abs. 2 (Prüfungszeugnis für Hebammen) und § 31 GewO 1869 (Befähigungszeugnis für Seeschiffer).

⁶¹ *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, Bd. I, S. 100; *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 151 WRV, Anm. 4 (S. 701); *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 117.

⁶² *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 117 (Fn. 336).

Dies kann auch aus der Begründung zu § 1 des Entwurfes der Gewerbeordnung von 1869 entnommen werden, in der es hieß, die Fassung des § 1 habe den Vorzug, „daß sie den Bestimmungen des Gesetzes nicht, wie der § 1 des vorjährigen Entwurfes, an den Betrieb des Gewerbes, sondern an die Person des Gewerbetreibenden anknüpft und dadurch dem Mißverständnis vorbeugt, als seien bei der Ausübung der Gewerbe durch die nach den Bestimmungen des Gesetzes dazu verstatteten Personen die allgemeinen feuer-, sicherheits-, sitten-, press- usw. -polizeilichen Bestimmungen nur insoweit zu beachten, als dieselben in dem Gesetz ausdrücklich vorbehalten sind“, zitiert nach *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, Bd. I, S. 66.

zu, die bestimmten, wie ein Gewerbe auszuüben sei, wobei auch diese Regelungen bestimmte Grenzen beachten mußten⁶³.

Die Gewerbefreiheit der Gewerbeordnung des Jahres 1869 stellt sich somit als verfassungsmäßiges, reichsgesetzkräftiges Grundrecht dar, das auf die freie Zulassung zu einem Gewerbebetrieb gerichtet ist⁶⁴. Für den einzelnen beinhaltet sie ein subjektives öffentliches Recht auf gewerbliche Handlungsfreiheit ohne ungesetzliche Beschränkungen und folglich die zunächst uneingeschränkte Möglichkeit, einen Handwerksbetrieb selbständig zu führen⁶⁵. Wesentliche Bedeutung erlangte die Verankerung dieses Grundrechtes indes auch dadurch, daß die Gewerbefreiheit fortan nur noch durch den Reichsgesetzgeber einschränkt werden durfte, Beschränkungen für den einzelnen also vorhersehbar waren⁶⁶.

4. Das frühe 20. Jahrhundert

Der nächste Schritt in Richtung auf das heutige Grundgesetz war mit der Weimarer Reichsverfassung⁶⁷ von 1919 getan, wobei seit jeher umstritten war und weiterhin auch ist, ob die Weimarer Reichsverfassung (WRV) überhaupt ein Grundrecht der Berufsfreiheit normierte.

Anschütz wählte eine Garantie der Berufsfreiheit in Art. 111 WRV⁶⁸, der in seinem Wortlaut eng an § 133 Paulskirchenverfassung angelehnt war und allen

⁶³ Nach *Anschütz* dürfen die gewerbeausübungsbezogenen Regelungen weder der GewO noch anderen Reichsgesetzen zuwiderlaufen, vgl. *ders.*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 151 WRV, Anm. 4 (S. 701).

⁶⁴ *Über*, Freiheit des Berufs, S. 123 m. w. N.

⁶⁵ *Über*, Freiheit des Berufs, S. 123.

⁶⁶ *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 6. Allerdings durften solche Gewerbe, die von der reichsgesetzlichen Freiheit des § 1 Abs. 1 GewO nicht umfaßt waren, weiterhin durch Landesgesetze beschränkt werden.

⁶⁷ Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, RGBl. S. 1383-1418, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Dezember 1932, RGBl. I S. 547.

⁶⁸ Art. 111 WRV lautete folgendermaßen: „Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Reiche. Jeder hat das Recht, sich an beliebigem Orte des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben. Einschränkungen bedürfen eines Reichsgesetzes“. Diese Fassung ging wiederum als Kompromiß zwischen einer ersten Fassung und dem Entwurf eines stark von der Tradition der Paulskirche geprägten Unterausschusses hervor. Die erste Fassung beschränkte sich darauf, jedem Deutschen das Recht zu garantieren, „innerhalb des Deutschen Reiches sich an einem beliebigen Orte niederzulassen, Liegenschaften zu erwerben, oder ein Gewerbe zu betreiben“. Der spätere Art. 111 WRV ging dann aus den Beratungen des

Deutschen die Freizügigkeit im ganzen Reich gewährleistete⁶⁹. Gegen diese Ansicht könnte die systematische Stellung des Art. 111 WRV nach Art. 110 WRV⁷⁰ sprechen, der die Staatsangehörigkeit im Reich und in den Ländern sowie die Rechtsgleichheit aller Deutschen in jedem einzelnen Land festlegte. In diesem die Einzelperson betreffenden Ersten Abschnitt⁷¹ sind vor allem grundlegende Regelungen für alle Bürger enthalten, die ihren Status sowie ihre staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten betreffen. Andererseits kann das systematische Argument der Normierung in diesem Kontext gerade dafür herangezogen werden, daß die Berufsfreiheit in Art. 111 WRV verbürgt sei. Eine Gesamtschau aller Normen des Ersten Abschnitts ergibt nämlich, daß Art. 111 WRV in den Regelungskomplex über die grundlegenden Freiheitsrechte des Bürgers eingebettet ist. Zu nennen sind etwa die Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 115 WRV, das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis in Art. 117 WRV sowie die Meinungsfreiheit in Art. 118 Abs. 1 WRV. Verglichen mit den heutigen Grundrechten des Grundgesetzes fügte sich die Berufsfreiheit geradezu lückenlos in diese Regelungsmaterie ein. Gegen diese Interpretation spricht jedoch das Verständnis des Art. 111 WRV

Unterausschusses hervor, der im Rahmen der Freizügigkeit neben dem Niederlassungsrecht, dem Recht zum Erwerb von Liegenschaften und zum Betreiben eines Gewerbes auch das Recht, ‚jeden Nahrungszweig zu betreiben‘, ‚an beliebigen Orten des Reiches‘ gewährleistete.

⁶⁹ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 111 WRV, Anm. 1 (S. 539): „Auch, daß jetzt in und mit der Freizügigkeit das Recht, ‚jeden Nahrungszweig zu betreiben‘, also die Freiheit der Berufswahl verbürgt ist, bedeutet keine Neuerung, denn diese Freiheit war gleichfalls schon im alten Recht anerkannt.“; ebenso folgen *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 4 und *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, S. 228, dieser Ansicht.

⁷⁰ Art. 110 WRV lautete:

- (1) Die Staatsangehörigkeit im Reiche und in den Ländern wird nach den Bestimmungen eines Reichsgesetzes erworben und verloren. Jeder Angehörige eines Landes ist zugleich Reichsangehöriger.
- (2) Jeder Deutsche hat in jedem Lande des Reiches die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst.

⁷¹ Der Zweite Hauptteil der Weimarer Reichsverfassung enthält in Art. 109-165 Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen. Der mit „Die Einzelperson“ überschriebene Erste Abschnitt weist dem einzelnen Bürger bestimmte Rechte und Pflichten zu, etwa die Gleichheit vor dem Gesetz in Art. 109 Abs. 1 WRV, die Freiheit der Person in Art. 114 Abs. 1 WRV, die Unverletzlichkeit der Wohnung in Art. 115 WRV, das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis in Art. 117 WRV und die Meinungsfreiheit in Art. 118 Abs. 1 WRV.

als Diskriminierungsverbot, das den Bürger von aus seinem öffentlich-rechtlichen Status herrührenden Beschränkungen befreien sollte⁷².

Art. 111 WRV bekräftigte den bereits wegen der Regelungen des Freizügigkeitsgesetzes⁷³, speziell dessen § 1, bestehenden Rechtszustand und verlieh dem bis dato einfachgesetzlichen Freizügigkeitsrecht Verfassungsrang. Inhaltlich gestattete es jedem Deutschen den freien Zug im ganzen Reich⁷⁴, was sowohl die interterritoriale Freizügigkeit von Land zu Land wie auch die interkommunale von Gemeinde zu Gemeinde umfaßte. Damit sollte die persönliche und wirtschaftliche Freizügigkeit des Einzelnen sichergestellt werden. Sämtliche öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der individuellen Freiheit sollten aufgehoben oder unter reichsgesetzliche Kontrolle gestellt werden⁷⁵. Insofern verbietet Art. 111 WRV einzelstaatliche oder ortsrechtliche Diskriminierungen gegenüber Einheimischen, kann jedoch nicht als Grundrecht verstanden werden, das die Freiheit des Berufes garantiert.

Unabhängig und völlig losgelöst von Art. 111 WRV⁷⁶ wurde die Freiheit des Handels und des Gewerbes nach Maßgabe der Reichsgesetze in Art. 151 Abs. 3 WRV⁷⁷ gewährleistet. Allerdings standen diese Regelungen unter dem Vorbehalt reichsgesetzlicher Beschränkung⁷⁸.

⁷² Rohmer, Art. 111 WRV, Freizügigkeit und Freiheit des Erwerbs von Grundstücken, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, S. 232 (239, 248 f.).

⁷³ Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1867, S. 55, Reichsgesetz seit dem 16. April 1871.

⁷⁴ Rohmer, Art. 111 WRV, Freizügigkeit und Freiheit des Erwerbs von Grundstücken, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, S. 237.

⁷⁵ Rohmer, Art. 111 WRV, Freizügigkeit und Freiheit des Erwerbs von Grundstücken, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, S. 237, 239, 248 f.

⁷⁶ Eine andere Ansicht dazu vertritt Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 4, für den die Handels- und Gewerbefreiheit nur „scheinbar von Art. 111 WRV abgehoben“ ist. Statt dessen gewährleistete Art. 151 Abs. 3 WRV seiner Ansicht nach über Art. 111 WRV und § 1 Abs. 1 GewO hinaus nicht nur die Zulassung, sondern auch die Ausübung von Handel und Gewerbe, so daß nunmehr beide Dimensionen der Gewerbefreiheit, auch die freie Gewerbeausübung, nur noch der Einschränkung durch Reichsgesetze zugänglich waren.

⁷⁷ Art. 151 WRV war im Fünften Abschnitt „Das Wirtschaftsleben“ normiert und lautete:

- (1) Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern.
- (2) Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderungen des Gemeinwohls.

Damit waren in der Weimarer Reichsverfassung die Freizügigkeit einerseits und damit korrespondierend die Freiheit von Handel und Gewerbe normiert. Nicht enthalten war eine Regelung bezüglich der freien Wahl von Beruf und Ausbildungsstätte, wie sie heute in Art. 12 GG enthalten ist⁷⁹.

Der in der unverändert fortgeltenden Gewerbeordnung von 1869 statuierte Grundsatz der Gewerbefreiheit wurde nach dem Ersten Weltkrieg weiter eingeschränkt. Insbesondere vor dem Hintergrund, die wirtschaftliche Not zu bekämpfen, wurden kontinuierlich neue Zulassungsbeschränkungen errichtet⁸⁰ und Tatbestände aufgestellt, die die zuständigen Behörden dazu ermächtigten, einen Gewerbebetrieb zu untersagen⁸¹.

5. Nationalsozialismus

Diese – zur Zeit der Weimarer Republik erstmals einsetzende – Entwicklung, daß der Staat sich ermächtigte, lenkend und leitend in das wirtschaftliche Geschehen und damit auch in die Gewerbefreiheit einzugreifen, setzte sich unter dem nationalsozialistischen Herrschaftsregime⁸² verstärkt fort. Auf die deutlich gewordene Abkehr von der liberalen Wirtschaftsauffassung folgte Schritt für Schritt die Zwangs- bzw. Planwirtschaft. Wichtigstes Kennzeichen dafür war der neu eingeführte Begriff der „Gewerbezulassung“, der nicht etwa die bisherige Terminologie der Erlaubnis oder Konzession ersetzte, sondern neue rechtliche Vorgaben statuierte, die das bislang gültige Modell

(3) Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet.

⁷⁸ *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 7.

⁷⁹ So auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Apothekenurteil vom 11. Juni 1958, BVerfGE 7, 377 (397), in dem es das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG der in Art. 151 Abs. 3 WRV proklamierten Gewerbefreiheit als objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung gegenüberstellt.

⁸⁰ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 123 f. *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 5, nennt etwa die Beschränkungen in der Lehrlingsausbildung und im Meisterrecht von 1897, das Erfordernis des kleinen Befähigungsnachweises als Voraussetzung für die Lehrlingsausbildung aus dem Jahre 1908 sowie die Meisterprüfung als Voraussetzung für die selbständige Ausübung eines Handwerks 1935.

⁸¹ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 123.

⁸² Die Grundlage für die Möglichkeit umfassender Regelungen bildete das Reichsgesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, besser bekannt als das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, RGBl. 1933, S. 141.

grundsätzlicher Freiheit mit Ausnahmemöglichkeit ablösen⁸³. Sie beinhalteten ein grundsätzliches Verbot mit Zulassungsmöglichkeit, die im Rahmen eines speziellen Zulassungsverfahrens zu prüfen war. Prüfungsmaßstab waren gesetzliche Vorschriften, die rein wirtschaftspolitische Zwecke verfolgten und unter gewerbepolizeilichen Erwägungen standen⁸⁴. Angesichts der Fülle der neuen Zulassungsbeschränkungen waren bald kaum noch Gewerbe und Berufe zulassungsfrei, vielmehr noch bestand eine nahezu lückenlose Geschlossenheit grundsätzlicher Unfreiheit, auch für Handwerksberufe, die nur in Ausnahmefällen eine Zulassungsmöglichkeit bot⁸⁵.

Diese Vorgehensweise war mit dem geltenden Verfassungsrecht der Weimarer Reichsverfassung keinesfalls zu vereinbaren, kann jedoch darauf zurückgeführt werden, daß sich der Staat ohnehin nicht mehr an Art. 151 WRV gebunden sah. Auch § 1 GewO kam als Rechtsgrundlage für das staatliche Vorgehen nicht in Betracht, so daß die Gewerbefreiheit ihre Bedeutung verloren hatte und von ihren tatsächlichen Rechtsverbürgungen aus betrachtet nicht mehr den Gehalt eines Grundrechtes hatte⁸⁶.

6. Die Entwicklungen in der Nachkriegszeit

Auch nach Kriegsende war die Gewerbefreiheit in Deutschland weder wirtschaftlich noch rechtlich verankert. Dies resultierte zum einen aus der Knappheit aller lebenswichtigen Güter, die die wirtschaftliche Entfaltung des einzelnen im freien Wettbewerb von selbst unterband. In rechtlicher Hinsicht lag das Problem an Wirtschafts- und Länderrat sowie den Behörden der Besatzungsmächte, die keinen Konsens erzielen konnten, ein

⁸³ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 128.

⁸⁴ Hierunter fielen all diejenigen Vorschriften, die sich bereits im Titel als sog. Schutzgesetze, Schutzanordnungen oder Sperranordnungen zu Gunsten oder Ungunsten einzelner Gewerbebranchen auswiesen, vgl. *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 128, Fn. 380, 299 m. w. N. Daraus geht zugleich hervor, daß die Regelungen größtenteils außerhalb der GewO erfolgten.

⁸⁵ *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, Bd. I, S. 68, stellte 1937 fest, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit des § 1 GewO formal noch unberührt, innerlich aber ausgehöhlt sei. Noch weiter geht *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 129, der die Gewerbefreiheit als praktisch beseitigt sah.

⁸⁶ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 130.

Gewerbezulassungsgesetz zu erlassen⁸⁷. So bestand in jeder der drei westlichen Besatzungszonen ein abweichender Rechtszustand bezüglich der Handhabung im Gewerbe- und Berufsrecht⁸⁸.

Dies sollte sich erst im Jahre 1953 ändern, als der Gesetzgeber nach langwierigen Auseinandersetzungen die Handwerksordnung⁸⁹ verabschiedete, die die Zersplitterung des Handwerksrechts im Bundesgebiet aufhob und die als dringend notwendig erachteten einheitlichen Regelungen normierte. Nachdem der Entwurf am 26. März 1953 im Bundestag in zweiter und dritter Lesung von den Abgeordneten angenommen wurde und die Besatzungsmächte nach monatelangen schwierigen Verhandlungen zustimmten, trat die Handwerksordnung am 24. September 1953 in Kraft. Mit ihr wurde eine einheitliche gesetzliche Grundlage für das Handwerk geschaffen. Der große Befähigungsnachweis (die Meisterprüfung) wurde als Regelfall zur Ausübung eines Handwerks als stehendes Gewerbe in der Handwerksordnung verankert. In einem Gewerbeverzeichnis in Form der Anlage A zur Handwerksordnung wurden seinerzeit 125 Berufe (heute 41 zulassungspflichtige Handwerke in Anlage A und 53 zulassungsfreie Handwerke in Anlage B1) aufgezählt, die handwerklich betrieben werden konnten. Mit der HwO-Novelle 1965 wurden sodann die sogenannten handwerksähnlichen Gewerbe eingeführt, die sich heute in gleicher Anzahl in Anlage B2 wiederfinden. Diese können ohne das erfolgreiche Bestehen einer Meisterprüfung ausgeübt werden.

Im Gegensatz zur Gewerbefreiheit, die nach wie vor in § 1 der Gewerbeordnung statuiert ist, wurde bezüglich der Berufsfreiheit eine umfassende Grundrechtsverbürgung in Art. 12 des Grundgesetzes⁹⁰ niedergelegt.

⁸⁷ Zu den einzelnen Stationen des Versuches, bis 1948 ein Gewerbezulassungsgesetz zu erlassen, vgl. *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 131 f.

⁸⁸ Auch hier sei auf die ausführliche Darstellung bei *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 130 f. verwiesen; vgl. auch *Glöckner*, Gewerbefreiheit in Gefahr, Die Neue Zeitung, Nrn. 259, 261 und 269/1951; *Traublinger*, Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 353.

⁸⁹ Gesetz zur Ordnung des Handwerks vom 17. September 1953, BGBl. I S. 1411 ff. Diese Fassung ist abgedruckt in *Eyermann/Fröhler*, Handwerksordnung, Teil A, S. 1 ff.

⁹⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. 1949 S. 1-19, zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75,

7. Das Zeitalter des Grundgesetzes

In der ursprünglichen Fassung des Art. 12 GG beschränkten sich die Garantien beruflicher Freiheit auf drei knapp formulierte Schutzbestimmungen:

Erstens die allgemeine, zentrale Garantie, die alle Deutschen berechtigt, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, eingebettet in einen Regelungsvorbehalt, wonach die Berufsausübung „durch Gesetz“ geregelt werden konnte (Art. 12 Abs. 1 GG), zweitens das grundsätzliche, bis heute unveränderte Verbot des Arbeitszwangs, wonach außerhalb einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht niemand zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden darf (Art. 12 Abs. 2 GG) und drittens die Restriktion der Zwangsarbeit, die nur bei gerichtlich angeordneter Freiheitsentziehung zulässig ist (Art. 12 Abs. 3 GG).

Die 1956 vorgenommene Änderung des Art. 12 GG wurde 1968 wieder aufgehoben und die oben dargestellte, ursprüngliche Regelung restituiert⁹¹. Damit gibt Art. 12 GG in der nunmehr geltenden Fassung die maßgebenden Entwicklungslinien wieder und offenbart als grundgesetzliche Nachfolgebestimmung der Weimarer Reichsverfassung sowie der älteren

84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034.

⁹¹ Durch Gesetz vom 19. März 1956 erhielt Artikel 12 GG folgende Fassung:

- (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.
- (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht. Wer aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert, kann zu einem Ersatzdienst verpflichtet werden. Die Dauer des Ersatzdienstes darf die Dauer des Wehrdienstes nicht übersteigen. Das Nähere regelt ein Gesetz, das die Freiheit der Gewissensentscheidung nicht beeinträchtigen darf und auch eine Möglichkeit des Ersatzdienstes vorsehen muß, die in keinem Zusammenhang mit den Verbänden der Streitkräfte steht.
- (3) Frauen dürfen nicht zu einer Dienstleistung im Verband der Streitkräfte durch Gesetz verpflichtet werden. Zu einem Dienst mit der Waffe dürfen sie in keinem Falle verwendet werden.
- (4) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

Durch Gesetz vom 24. Juni 1968 wurde Artikel 12 GG in seiner ursprünglichen Fassung wiederhergestellt. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG stellte allerdings deklaratorisch klar, daß die Berufsausübung nunmehr „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ geregelt werden kann. Im einzelnen s. die Darstellung bei *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 12.

Garantien der Berufs- und Gewerbefreiheit die charakteristischen Merkmale dieser Schutzvorschriften⁹².

Art. 12 GG schützt die Freiheit von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte. Damit knüpft er an die verschiedenen möglichen Betätigungsfelder des Menschen an, sei es eben bei der Wahrnehmung seines Berufes, bei der Ausbildung zu diesem Beruf oder eben an seinem Arbeitsplatz. Die vorgenommene Differenzierung zwischen Arbeit und Beruf deutet hierbei keinen Standesunterschied mehr an wie noch bei *Kant*, sondern hebt lediglich die funktionell zu differenzierenden Daseinsformen ein und desselben Menschen hervor⁹³.

Um diese noch einmal genauer zu beleuchten, sollen die Termini Arbeit und Beruf unter (verfassungs-)theoretischem Blickwinkel betrachtet werden.

II. Verfassungstheoretische Betrachtungen

1. Arbeit

Die religiöse, philosophische und soziale Bewertung von Arbeit hat sich im Laufe der Geschichte fundamental gewandelt⁹⁴. In der heutigen modernen Gesellschaft wird Arbeit definiert als systematische Betätigung geistiger oder körperlicher Kräfte, die auf ein die Zeit des Arbeitens überdauerndes Ergebnis gerichtet ist⁹⁵, als das bewußte Handeln, um Bedürfnisse zu befriedigen und darüber hinaus als Teil der Daseinserfüllung des Menschen⁹⁶. Am Beispiel eines Handwerksberufes, etwa dem des Zimmerers, verdeutlicht, liegt die konkrete Betätigung des Handwerkers darin, daß er sein erworbenes Wissen in den Entwurf von Holzkonstruktionen, wie etwa eines Dachstuhles, investiert und

⁹² *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 8.

⁹³ *Schneider*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 14.

⁹⁴ Vgl. dazu *Conze*, Arbeit, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, S. 154 ff.; auch *Schneider*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 8 ff.

⁹⁵ *Rüegg*, Soziologie, S. 181.

⁹⁶ *Conze*, Arbeit, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, S. 154.

diese daran anschließend mit eigener Kraft verwirklicht, um so zunächst vorrangig die Bedürfnisse eines Dritten zu befriedigen und freilich auch seinen eigenen Lebensunterhalt zu sichern.

Der Begriffsbestimmung ist zu entnehmen, daß Arbeit hauptsächlich dazu bestimmt ist, den Lebensunterhalt des einzelnen zu sichern, weshalb ihr ein existentielles Gewicht zukommt. Gleichzeitig ist ihre Bedeutung als Ausdrucksform menschlicher Selbstentfaltung und daher eines hohen Persönlichkeitswertes nicht zu unterschätzen. Indem der einzelne Erzeugnisse anfertigt und Leistungen erbringt, gestaltet er nicht nur die Realität, sondern bildet seine Individualität im Prozeß des Schaffens stetig neu heraus. Er verleiht sämtlichen aus seiner Arbeit resultierenden Ergebnissen eine subjektive Prägung, wodurch er wiederum seine Identität und Selbstachtung neu gewinnt⁹⁷. Arbeit steht somit in wechselseitigem Zusammenhang mit dem Individuum, das einerseits selbständig und frei darüber entscheidet, eine Arbeit aufzunehmen, andererseits wegen der stetig neu gewonnenen Selbstachtung die Arbeit als notwendige Entfaltungshilfe begreift⁹⁸.

Das Gesagte trifft im besonderen Maße gerade für das Handwerk zu, das sich begrifflich-historisch durch qualifizierte Handarbeit und Handfertigkeit sowie durch individualisierende Schöpfungskraft⁹⁹ auszeichnet und bei dessen Verrichtung Maschinen lediglich im Hintergrund als technische Hilfsmittel dienen¹⁰⁰. Hier entfaltet die manuelle Arbeit folglich einen sehr starken, über die generell bestehende subjektive Prägung einer beruflichen Tätigkeit hinausgehenden Persönlichkeitsbezug. Im Vordergrund sämtlicher Handwerkstätigkeiten steht das Werk der Hände¹⁰¹, das jeder Arbeit eine höchstpersönliche Prägung verleiht diese und auch nicht dadurch verliert, daß

⁹⁷ *Schneider*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 15.

⁹⁸ So formuliert *Schneider*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 15, daß der Mensch zur Arbeit verdammt und zur Arbeit berufen sei, m. w. N. in Fn. 27.

⁹⁹ *Hampke*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Kapitel III, S. 15.

¹⁰⁰ BVerwGE 17, 230 (232 f.).

¹⁰¹ *Stober*, Die Entwicklung des Gewerberechts in den Jahren 1982/1983, NJW 1984, S. 2499 (2508) mit Verweis auf *Frotscher*, Grundfälle zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, JuS 1983, S. 525.

technische Hilfsmittel die Arbeit erleichtern und beschleunigen. Gleichwohl dieser Prozeß der zunehmenden Verwendung von Maschinen das äußere Bild der Handwerksbetriebe nicht unerheblich gewandelt hat¹⁰², bleibt das Bild der handwerklichen Tätigkeit der Handwerksordnung bestehen, nach dem es sich um einen Schaffensprozeß handelt, in dem das Wirken der Arbeitskraft höchste Bedeutung erlangt.

Aus diesem dargestellten, personalen Bezug der Arbeit ergeben sich für die Betrachtung des Art. 12 GG wesentliche Folgerungen.

Grundlegend ist, daß das dem einzelnen zustehende Recht, sich selbst zu bestimmen, stets die Möglichkeit beinhalten muß, seine Existenzgrundlage durch eine Arbeit zu schaffen, wie etwa durch den selbständigen Betrieb eines Handwerksbetriebes. Daraus resultiert für den Staat die Pflicht, dieses Recht zur Arbeit unangetastet zu lassen, denn gerade darin besteht der jedem Grundrecht immanente Menschenwürdegehalt. Darauf aufbauend muß jeder die reale Möglichkeit haben, seine Arbeit auch unter den Bedingungen industrieller Produktion und maschineller Dienstleistungen selbst zu bestimmen und individuell auszuführen.

2. Beruf

Ähnlich gilt dies auch für den Beruf, den das Bundesverfassungsgericht bereits in einem seiner ersten Urteile als jede beliebige ertragbringende und der dauerhaften Sicherung des Lebensunterhalts dienende Beschäftigung¹⁰³ definierte. Anders umschrieben versteht man unter Beruf einen Kreis von Tätigkeiten mit zugehörigen Rechten und Pflichten, den der Mensch im Rahmen der Sozialordnung als dauernde Aufgabe ausfüllt und der ihm zumeist

¹⁰² Vgl. dazu bereits die Schilderungen bei *Hampke*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Kapitel III, S. 10 ff.

¹⁰³ Seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichtes in E 7, 377 (397 ff.) ständige Rspr., vgl. BVerfGE 54, 301 (313). Vgl. auch BVerwGE 1, 54 ff.; 22, 286 (287) in ständiger Rspr. Eingehend BVerwG, NJW 1991, S. 1766 (1767); BayVerfGH, NJW 1989, S. 2939 (2940).

Von dieser Definition geht auch das Schrifttum aus: *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 18; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 28; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Randnr. 4; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 8, allerdings unter der Prämisse, daß nur eine erlaubte Tätigkeit ein Beruf sein könne.

zum Erwerb des Lebensunterhaltes dient¹⁰⁴. Damit ist der Beruf Ausdruck kulturell anerkannter und geordneter Erwerbstätigkeit, über seine Formen und Zweige wird Arbeit gesellschaftlich organisiert und verteilt¹⁰⁵.

Ausgehend von spezifischen Tätigkeiten wie etwa der Herstellung von Waren in Einzelfertigung, der Installation und Montage, der Vornahme von Reparaturen, und dem Erbringen von Dienstleistungen auf der Grundlage individueller, erlernter Handarbeit nehmen alle Handwerker einen Beruf wahr, der – obgleich handwerkliche Tätigkeit auch in der Form unselbständiger Arbeit als Beruf gewählt werden kann – gerade wenn im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortung ausgeübt, ein besonderes, und zwar gerade das den „Handwerker“ in den Augen der Öffentlichkeit eigentlich kennzeichnende soziale Gewicht erhält.

Gleichermaßen wie die Arbeit enthält auch der Beruf einen starken Persönlichkeitsbezug¹⁰⁶, der sich in der Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen realisiert¹⁰⁷. Daß der Mensch eine Persönlichkeit ausbilden kann, setzt voraus, daß er sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt¹⁰⁸. Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes entsprechend, garantiert Art. 12 Abs. 1 GG den Persönlichkeitsbezug für alle sozialen Schichten: die Arbeit als „Beruf“ hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde¹⁰⁹.

Hier wird noch einmal deutlich, daß sich die – vor allem selbständige – Ausübung eines Handwerks als Schaffensprozeß darstellt, der neben seinem

¹⁰⁴ Conze, Arbeit, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, S. 490.

¹⁰⁵ Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 16.

¹⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß es sich bei dem Grundrecht der Berufsfreiheit um ein solches handelt, das seiner Idee nach mit der Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit eng zusammenhängt und das eben deshalb auch praktisch von größter Bedeutung ist, BVerfGE 7, 377 (400).

¹⁰⁷ BVerfGE 7, 377 (397); Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 28.

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 377 (397).

¹⁰⁹ BVerfGE 7, 377 (397, auch 398); 50, 290 (362); 59, 231 (262). Rittstieg, in: Kommentar zum GG, Art. 12, Randnr. 13 ff., kritisiert diesen Ansatz des Bundesverfassungsgerichtes als zu idealistisch.

existentiellen Charakter gerade auch für die Ausprägung der Persönlichkeit höchste Bedeutung erlangt.

III. Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG

Angesichts des gerade aufgezeigten bedeutsamen Gehaltes von Arbeit und Beruf, insbesondere auch für die Identität und Persönlichkeit des Menschen, ist es angezeigt, den Umfang der grundrechtlich verbürgten Gewährleistung herauszuarbeiten und – angesichts der beabsichtigten Prüfung der grundrechtsrelevanten Vorschriften der Handwerksordnung – hier vor allem aufzuzeigen, wo dem Gesetzgeber bei der Regulierung Grenzen gesetzt sind.

1. Personaler Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, allen Deutschen und damit lediglich denjenigen natürlichen Personen, die deutsche Staatsangehörige gemäß Art. 116 Abs. 1 GG sind¹¹⁰. Inländische juristische Personen des Privatrechts sind gemäß Art. 19 Abs. 3 GG dann vom Schutzbereich erfaßt, wenn das Grundrecht seinem Wesen nach auf die juristische Person anwendbar ist. Dies erscheint wegen des personalen Gehalts des Grundrechtes fraglich, wurde jedoch in ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes¹¹¹ bejaht. Danach schützt Art. 12 Abs. 1 GG für juristische Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe, zu betreiben, soweit diese Tätigkeiten ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann¹¹².

¹¹⁰ BVerfGE 78, 179 (196); BVerwGE 1, 71; 56, 254 (261); OVG Berlin, NVwZ 1987, 720; VGH BW, NVwZ 1989, 386 (387); HessVGH, NVwZ 1989, 387; OVG NW, DVBl. 1995, S. 433; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 95*; *Wieland*, in: *Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 64*; *Tettinger*, *Das Grundrecht der Berufsfreiheit*, AöR 108 (1983), S. 92 (104).

¹¹¹ BVerfGE 30, 292 (312); 50, 290 (363); 53, 366 (386); 65, 196 (210); 74, 129 (148); 95, 173 (181).

¹¹² BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 50, 290 (363); 53, 366 (386); 65, 196 (210); 74, 129 (148); 95, 173 (181); s. a. BVerwGE 75, 109 (114); 97, 12 (22 f.); *Scholz*, in: *Maunz/Dürig, GG*,

Die Fragestellung, ob sich juristische Personen auf den Schutz des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, wird im Bereich des hier betrachteten Handwerks und seiner Angehörigen indessen lediglich von untergeordneter Bedeutung sein. Den Regelfall stellt sehr wahrscheinlich der selbständige Handwerksmeister dar, der qua seines Status als natürliche Person vom personellen Schutzbereich des Grundrechts erfaßt wird.

Angesichts des expliziten Bezugs auf die deutsche Staatsangehörigkeit scheint sich die Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG auch Bürger der Europäischen Union schützt, nicht aufzudrängen¹¹³. Dennoch ist die Antwort darauf nicht unumstritten. Eine im Vordringen befindliche Ansicht stellt EU-Bürger trotz des eindeutigen Wortlauts des Art. 12 Abs. 1 GG mit Blick auf Art. 12 EGV deutschen Staatsangehörigen gleich¹¹⁴. Letztlich sind Ausländer jedenfalls über das subsidiäre allgemeine Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, das dahin interpretiert wird, daß es Nichtdeutschen im Bereich der Berufs-, Arbeits- und Ausbildungsfreiheit einen – wenngleich weniger intensiven – Schutz gewährt¹¹⁵.

2. Sachlicher Schutzbereich

Alle Deutschen haben gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Welche Handlungen diesem Schutzbereich angehören, soll im folgenden erläutert werden.

Art. 12, Randnrn. 34, 98 f. Nach gegenteiliger Ansicht ist die juristische Person als bloßes „Organisationsmittel“ im Rahmen der beruflichen Betätigung eines Unternehmens und daher ihrem Wesen nach prinzipiell ungeeignet, Träger der Berufsfreiheit zu sein, so *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 167.

¹¹³ So etwa für *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnrn. 95 ff., der das Grundrecht der Berufsfreiheit als Staatsbürgerrecht nur auf Deutsche anwendet und es ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen versagt. Vgl. auch *Tettinger*, in: Sachs, GG, Art. 12, Randnr. 18; ebenso *Doehring*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1973), S. 7 (29 f.); *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1973), S. 49 (83 ff.); OVG Berlin, NVwZ 1987, 720. Weitere Nachweise bei *Bauer/Kahl*, Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, S. 1077, Fn. 5.

¹¹⁴ *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 21; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Randnr. 10; *Quaritsch*, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HStR V, § 120, Randnr. 99.

¹¹⁵ BVerfGE 78, 179 (196 f.); *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 66; *Schwerdtfeger*, Gutachten A zum 53. Deutschen Juristentag, S. 30. Eine andere Ansicht vertritt *Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR VI, § 152, Randnrn. 47 ff. m. w. N.

a) Freie Berufswahl

Ein Beruf ist jede beliebige ertragbringende Beschäftigung, die der dauerhaften Sicherung des Lebensunterhalts dient¹¹⁶. Damit schützt Art. 12 Abs. 1 GG alle Tätigkeiten, die für einen Menschen Lebensaufgabe und Lebensgrundlage sind und durch die er zugleich einen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt¹¹⁷. Schon im Apothekenurteil legte das Bundesverfassungsgericht den Begriff des Berufes weit aus; es erstreckte ihn über traditionell oder rechtlich fixierte Berufsbilder hinaus auf die vom einzelnen frei gewählten, untypischen, aber erlaubten Betätigungen¹¹⁸. Dem einzelnen bleibt es damit unbenommen, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten "Berufsbild" entspricht¹¹⁹. Die Parameter der höchstrichterlichen Definition zugrundelegend, geht der in einem Handwerksgewerbe Tätige in jedem Fall einem Beruf nach.

Das Recht des Bürgers, seinen Beruf frei zu wählen und auch untypischen Tätigkeiten nachzugehen, beinhaltet jedoch nicht, außergewöhnliche Betätigungen als eigenständigen Beruf zu deklarieren. Dem einzelnen steht mithin kein Berufsfindungsrecht derart zu, daß er vom Gesetzgeber fordern könnte, die Gestalt eines typischen Berufes von eigenem sozialen Gewicht und

¹¹⁶ Seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 11. Juni 1958 in BVerfGE 7, 377 (397 ff.) ständige Rspr. Ebenso BVerfGE 9, 73 (78); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 16, 147 (163); 50, 290 (362); 54, 301 (313). Vgl. auch BVerwGE 1, 54 ff.; 1, 92 (93); 2, 85 (86); 2, 295 (298); 21, 195 (196); 22, 286 (287) in ständiger Rspr. Eingehend BVerwG, NJW 1991, S. 1766 (1767); BayVerfGH, NJW 1989, S. 2939 (2940).

Von dieser Definition geht auch das Schrifttum aus: *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 18; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 28; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Randnr. 4; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 8, allerdings unter der Prämisse, daß nur eine erlaubte Tätigkeit ein Beruf sein kann.

¹¹⁷ BVerfGE 7, 377 (397).

¹¹⁸ BVerfGE 7, 377 (397), an die Grundlegungen des Bundesverwaltungsgerichtes in BVerwGE 2, 89 (92) und 4, 250 (254 f.) anknüpfend. Vgl. auch *Scholz*, in: GG, Art. 12, Randnr. 17; *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 35. Untypische Tätigkeitsformen sind etwa das Handeln mit loser Milch (BVerfGE 9, 39 [48]), das gewerbsmäßige Fremdaufstellen von Gewinnspielgeräten (BVerfGE 31, 8 [27 f.]), Heilmagnetisieren (BVerwGE 94, 269 [277]) oder der Betrieb einer Deckhengststation (BVerfG, NJW-RR 1994, S. 663 [664]; NJW 1996, S. 1203).

¹¹⁹ So der 2. Halbsatz des 1. Leitsatzes des Bundesverfassungsgerichtes in seinem Apothekenurteil, BVerfGE 7, 377 ff.

charakteristischem Gepräge aufzulösen und in eine Vielfalt allein dem Belieben des einzelnen unterworfenen Berufe umzuwandeln¹²⁰.

Vielmehr betonte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß zur Handwerksordnung¹²¹ die Befugnisse des Gesetzgebers, bestimmte Berufsbilder rechtlich festzulegen und damit die freie Berufswahl in diesem Bereich zu verengen, ja teilweise auszuschließen¹²². Eine rechtliche Fixierung von Berufsbildern¹²³ ist immer dann anzunehmen, wenn sich der Gesetzgeber nicht darauf beschränkt, die vorgefundenen tatsächlichen Charakteristika einer Tätigkeit zu nennen und zusammenzufassen, sondern er eine von den wirklichen Verhältnissen abweichende, andersartige Regelung trifft und diese den Vorgegebenheiten ohne hinreichenden Grund oktroyiert¹²⁴. Dem Gesetzgeber ist damit zwar die Befugnis eingeräumt, bestimmte Berufsbilder zu typisieren, gleichwohl kann er selbst verbreitete Spezialisierungstendenzen nur begrenzt berücksichtigen¹²⁵. Die Freiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, einen Beruf im Sinne einer untypischen Beschäftigung frei zu wählen, erschöpft sich dieser Rechtsprechung folgend in solchen Tätigkeiten, die bereits durch den Gesetzgeber fixiert sind; dem einzelnen bleibt lediglich die Wahl eines gesetzlich vorgeprägten Berufes¹²⁶. Um den Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG auf diese Weise indessen nicht völlig zu umgehen¹²⁷, behandelt das

¹²⁰ BVerfGE 17, 232 (241 f.).

¹²¹ BVerfGE 13, 97 ff.; in Ansätzen schon in BVerfGE 7, 377 (406); 9, 73 (78).

¹²² BVerfGE 13, 97 (106).

¹²³ Zur Definition des Berufsbildes vgl. *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 11, nach *Maunz*, in: Maunz/Dürig, Erstbearbeitung 1968, Art. 12, Randnr. 24. Danach ist unter „Berufsbild“ die Gesamtvorstellung über den Inhalt und die Grenzen der für den Beruf charakteristischen Tätigkeit und die fachlichen, persönlichen, ggf. auch finanziellen Gegebenheiten, die mit ihr verbunden sind, zu verstehen. Zum Berufsbild weiterhin *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnrn. 266 ff.

¹²⁴ BVerfGE 13, 97 (106); 75, 246 (265 f.).

¹²⁵ BVerfGE 13, 97 (117).

¹²⁶ BVerfGE 17, 232 (241 f.). Zum Ganzen vgl. *Wieland*, Die Freiheit des Rundfunks, S. 153 ff.

¹²⁷ Den Vorwurf, die gesetzgeberische Befugnis zur Festlegung von Berufsbildern drohe das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG leerlaufen zu lassen, erheben etwa *Rupp*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, AöR 92 (1967), S. 212 (221 f.); *ders.*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1965, S. 993 ff.; *Hesse*, Der einzelne und sein Beruf, AöR 95 (1970), S. 449 (451 ff.); *Lecheler*, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 48 (53 f.). *Papier* weist in seiner Abhandlung zur Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Göttingen 1984, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 1984, S. 801 (803) darauf hin, daß die Zuordnung gesetzlich fixierter Berufsbilder zu den Merkmalen Berufswahl oder Berufsausbildung vielfach unsicher und der Übergang fließend ist.

Bundesverfassungsgericht die gesetzliche Fixierung von Berufsbildern als Eingriff in den Schutzbereich des Rechts¹²⁸. Damit eröffnet es dem Gesetzgeber die Möglichkeit, den Eingriff zu rechtfertigen, indem es ihn an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet¹²⁹. Dieser gebietet, die Freiheit der Berufswahl nicht stärker zu beschränken, als es die jeweils zu schützenden Interessen erfordern. Entgegen den Formulierungen im Apothekenurteil gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG also die Freiheit zur Wahl eines untypischen Berufes insoweit, als der Gesetzgeber nicht in Ausübung seiner durch Herkunft, tatsächliche Übung und Sachgerechtigkeit begrenzten Befugnis unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Berufsbilder fixiert hat¹³⁰.

Entsprechend der Definition des Bundesverfassungsgerichtes gelten als Beruf allein solche Erwerbstätigkeiten, die auf Dauer angelegt sind. Es kommt nicht darauf an, daß der einzelne Grundrechtsträger seine Beschäftigung auch tatsächlich dauerhaft ausübt; vorausgesetzt ist lediglich, daß er beabsichtigt, der Erwerbstätigkeit länger nachzugehen, und daß die geplante Dauerhaftigkeit nach einer objektiven Prognose realisierbar erscheint¹³¹.

Ebenso wie das vorangehende ist auch das Begriffselement der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage nicht eng zu verstehen¹³². Bei der Bestimmung einer solchen Tätigkeit ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der gebietet, nicht darauf abzustellen, ob die betreffende Beschäftigung tatsächlich als Lebensgrundlage dient. Vielmehr genügt es, wenn die Erwerbstätigkeit ihrem Wesen nach geeignet ist, die Lebensgrundlage zu schaffen oder zu erhalten¹³³.

¹²⁸ BVerfGE 54, 301 (314); 78, 179 (193); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 273.

¹²⁹ BVerfGE 21, 173 (180 f.); ständige Rspr., vgl. BVerfGE 75, 246 (266 f.) m. w. N. So auch Tettinger, in: Sachs, GG, Art. 12, Randnr. 53.

¹³⁰ Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 39; ebenso im Ergebnis Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 47; ders., Die Freiheit des Rundfunks, S. 232.

¹³¹ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnrn. 19 f.

¹³² Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 21; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 10.

¹³³ BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (314); 31, 8 (32); 38, 61 (102).

Bezüglich der vom Bundesverfassungsgericht niedergelegten Begriffsmerkmale zur Definition des Berufes wird allein die Frage nach der Beschränkung der Berufsfreiheit auf erlaubte Beschäftigungen¹³⁴ kontrovers diskutiert. Den Grundlegungen des Gerichtes folgend, würden lediglich solche Tätigkeiten geschützt, die nicht unerlaubt oder verboten sind. Bedenken dagegen, daß allein erlaubte Tätigkeiten in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen, ergeben sich allerdings daraus, daß man den Berufsbegriff damit zur Disposition des Gesetzgebers stellte, indem dieser berechtigt würde, bestimmte Berufe durch Verbote aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG auszuschließen und dessen Rechtfertigungsmaßstab zu entziehen. Daher wird das Kriterium „erlaubt“ teilweise nicht als echtes Begriffsmerkmal des Berufes verstanden¹³⁵ und somit bei der Bewertung einer Tätigkeit ausgeblendet. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes sollen nicht verbotene, sondern ersatzweise sozial- bzw. gemeinschaftsschädliche Tätigkeiten aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschlossen werden. Geschützte Tätigkeiten seien danach nur solche, die nach den Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft und ungeachtet der sonstigen verschiedenartigen Anschauungen einer pluralistischen Gemeinschaft allgemein nicht als gemeinschaftsschädlich zu betrachten sind¹³⁶. Darauf, ob der Gesetzgeber dieses Handeln verboten oder unter Strafe gestellt hat¹³⁷ oder ob es sozial anerkannt ist¹³⁸, soll es nicht ankommen.

Trotz der formulierten Restriktionen sind sämtliche in der Handwerksordnung genannten Gewerke, unabhängig von ihrer Einteilung in zulassungspflichtige und zulassungsfreie, Berufe, da ihre Tätigkeiten zur gesellschaftlichen

¹³⁴ So BVerfGE 7, 377 (397); 14, 19 (22); 81, 70 (85). Einen knappen Überblick zur Frage, ob das Merkmal „erlaubt“ Bestandteil des Berufsbegriffes ist, gibt *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 9.

¹³⁵ Kritisch dazu *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnrn. 43 ff.

¹³⁶ So BVerwGE 22, 286 (289); *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 9. Auch *Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, § 11, S. 172, schließen solche Tätigkeiten vom Schutz der Berufsfreiheit aus, die sozialunwertig weil sittenwidrig sind.

¹³⁷ BVerwGE 22, 286 (288); zustimmend *Friauf*, Die Freiheit des Berufes, JA 1984, S. 537 (539); weitergehend OVG Münster, NJW 1986, S. 2783; VGH München, NJW 1987, S. 727.

¹³⁸ *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 9.

Gesamtleistung beitragen und darüber hinaus ertragbringend sind, mithin der Sicherung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen können.

b) Freie Wahl des Arbeitsplatzes

Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch das Recht, den Arbeitsplatz frei zu wählen. Als solcher gilt jede Stelle, an der ein Beruf ausgeübt wird, was nicht zwingend nur räumlich zu verstehen ist¹³⁹. Neben der Wahl des Arbeitsverhältnisses werden auch die Auswahl des Arbeitgebers und die konkrete Betätigungsmöglichkeit geschützt. Damit umfaßt Art. 12 Abs. 1 GG in seiner zweiten Alternative das gesamte Umfeld der beruflichen Arbeit, das regelmäßig durch einen organisatorisch bestimmten Aufgabenkreis, durch die Zusammenarbeit mit anderen Menschen und durch die Räume und Hilfsmittel der Arbeit bestimmt wird¹⁴⁰. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes bezieht sich somit darauf, diesen aufzunehmen, beizubehalten, aufzugeben oder seinen Ort innerhalb des gesamten Bundesgebietes zu wechseln¹⁴¹.

c) Freie Wahl der Ausbildungsstätte

Neben der freien Wahl des Berufes und des Arbeitsplatzes schützt Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG in seiner dritten Variante auch das Recht, die Ausbildungsstätte frei zu wählen. Als Ausbildungsstätten sind wegen des thematischen Kontexts des Art. 12 Abs. 1 GG solche Einrichtungen zu begreifen, die Kenntnisse und Fähigkeiten für einen oder mehrere Berufe vermitteln und damit über das Angebot allgemeiner Bildung hinausgehen¹⁴². Einschränkend wird darauf

¹³⁹ BVerfGE 84, 133 (146); *Bachof*, in: Die Grundrechte III/1, S. 154 (250).

¹⁴⁰ *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 113.

Trotz des *expressis verbis* zum Ausdruck kommenden räumlichen Bezugs erstreckt sich der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG neben der freien Wahl des Arbeitsplatzes in differenzierender Weise auf Arbeitskraft, Arbeitsmittel und Arbeitsertrag sowie auf die Gewährleistung freier Arbeitsformen und Arbeitsbedingungen. Damit erfährt die Arbeitsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG eine weitgehende grundrechtliche Sicherung, die als Grundsatznorm und Auslegungsregel auch in das einfache Recht hineinwirkt und insofern insbesondere die abhängige Arbeit zu schützen bestimmt ist.

¹⁴¹ So BVerfGE 84, 133 (146); BVerfG, NJW 1997, S. 2310; BerlVerfGH, JR 1996, S. 146 (147 f.); BAGE 28, 159 (163).

¹⁴² BVerfGE 33, 303 (329 f.); 41, 251 (261); 59, 172 (205 f.); *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 75; *Schneider*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 28.

abgestellt, daß die von der Ausbildungsstätte vermittelten Fertigkeiten berufsbezogen sind¹⁴³. Hierzu zählen neben Universitäten¹⁴⁴ und Fachhochschulen¹⁴⁵ auch pädagogische Akademien¹⁴⁶, der staatliche Vorbereitungsdienst¹⁴⁷, Einrichtungen betrieblicher und überbetrieblicher Lehrlingsausbildung¹⁴⁸ sowie des zweiten Bildungsweges¹⁴⁹ und nach der Rechtsprechung auch die Sekundarstufe II an Gymnasien¹⁵⁰. Speziell für den Beruf des Handwerkers kommt hauptsächlich den Einrichtungen betrieblicher und überbetrieblicher Lehrlingsausbildung eine gewichtige Position zu.

d) Freiheit von Wahl und Ausübung

Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG schützt in Satz 1 explizit die freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte, wozu neben der Wahl eines konkreten Berufes auch die Entscheidung zählt, überhaupt eine Tätigkeit als Beruf zu ergreifen oder aber darauf zu verzichten¹⁵¹. Geschützt wird ferner der Entschluß, den Beruf zu wechseln¹⁵² oder die berufliche Betätigung völlig zu beenden¹⁵³.

Als offensichtlich eigenständiges Schutzgut benennt Art. 12 Abs. 1 GG in seinem Satz 2 die Berufsausübung, ergo die gesamte berufliche Tätigkeit, die ihren Niederschlag insbesondere in Form, Mittel, Umfang und Inhalt der

¹⁴³ So das Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE 16, 241 (243); 47, 330 (332); 91, 24 (32).

¹⁴⁴ BVerfGE 33, 303 (329); 59, 172 (205); auch bei Zweit- und Parallelstudium, so BVerfGE 43, 291 (363); 45, 393 (397 f.).

¹⁴⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Randnr. 71.

¹⁴⁶ BVerwG, NJW 1960, S. 1122.

¹⁴⁷ BVerfGE 39, 334 (371); BVerwGE 47, 330 (332); 64, 153 (159); BVerwG, NJW 1978, S. 2258; BVerwG, JZ 1997, S. 463 (465); BAGE 36, 344 (349); OVG NW, NVwZ 1984, S. 126; HambOVG, NJW 1987, S. 316 (317); SAnhOVG, NJW 1996, S. 2387; HessVGH, NJW 1997, S. 959; HessVGH, DVBl. 1997, S. 1008; Thieme, Die freie Wahl der Ausbildungsstätte, ZRP 1997, S. 239 (240).

¹⁴⁸ OVG NW, OVG 16, 154 (156 f.).

¹⁴⁹ BVerfGE 41, 251 (260 f.).

¹⁵⁰ BVerfGE 58, 257 (273); OVG NW, NJW 1976, S. 725 (726).

¹⁵¹ BVerfGE 58, 358 (364); 68, 256 (267). Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 27.

¹⁵² BVerfGE 43, 291 (363); 62, 117 (146).

¹⁵³ BVerfGE 85, 360 (375).

Betätigung findet¹⁵⁴, indem er darauf bezogen einen Regelungsvorbehalt statuiert.

Dieser an den Wortlaut angelehnten differenzierten Schutzgewährung des Art. 12 Abs. 1 GG¹⁵⁵ ist das Bundesverfassungsgericht entgegengetreten, indem es zutreffend ein einheitliches Grundrecht in die Vorschrift interpretiert, das zugleich Wahl und Ausübung des Berufes umfaßt¹⁵⁶. Hinsichtlich der Begründung geht das Gericht auf die bestehende Verknüpfung von freier Wahl und Ausübung innerhalb der Berufsfreiheit ein, und führt aus, daß sich die Begriffe „Wahl“ und „Ausübung“ des Berufes nicht so trennen ließen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichne, die sich mit der anderen nicht überschneide. Vielmehr stelle die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Beginn der Berufsausübung ebenso wie die sich hierin äußernde Betätigung der Berufswahl dar. Der einen selbständigen Handwerksbetrieb gründende Handwerker beginnt damit seine (selbständige) Berufsausübung und bestätigt damit jeden Tag aufs Neue den von ihm gewählten Beruf.

Überdies gelte der sich in der laufenden Berufsausübung manifestierende Wille, den Beruf beizubehalten, und schließlich auch die freiwillige Beendigung der Berufsausübung im Grunde zugleich als Akt der Berufswahl¹⁵⁷. Damit erschlossen die beiden Begriffe einen einheitlichen Komplex „beruflicher Betätigung“ von verschiedenen Sichtweisen her¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Zur Berufsausübung gehört etwa das Führen von Berufsbezeichnungen, BVerwGE 59, 213 (219); die Beschäftigung von Personen, BSGE 20, 52 ff.; die Gründung und Führung von Unternehmen, BVerfGE 59, 290 (363) und die berufliche Werbung, BVerfGE 85, 97 (104); 94, 372 (388); BVerwGE 89, 30 (33).

¹⁵⁵ In diesem Sinne neuerdings wieder *Lücke*, Die Berufsfreiheit, S. 8 ff.; *Hufen*, Berufsfreiheit, NJW 1994, S. 2913 (2917).

¹⁵⁶ BVerfGE 7, 377 (401). Weiterhin etwa BVerfGE 9, 338 (344 f.); 17, 269 (276); 33, 303 (336).

Sehr anschaulich leitet auch *Schneider*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 18 f. ein einheitliches Grundrecht her. Die Verknüpfung von Berufswahl und -ausübung betont *Schneider*, a. a. O., nochmals auf S. 27. Zum Ganzen vgl. auch *Naumann*, Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 423 ff.

¹⁵⁷ BVerfGE 7, 377 (401).

¹⁵⁸ BVerfGE 7, 377 (401); im Anschluß an *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 104.

e) Selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit

Im Hinblick auf die Modalitäten der Berufsausübung unterscheidet Art. 12 Abs. 1 GG offenkundig nicht zwischen dem selbständig und dem unselbständig ausgeübten Beruf, so daß beide Betätigungsformen von seinem Schutzbereich umfaßt sind¹⁵⁹. Entsprechend den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes ist die Wahl der einen oder der anderen Form der Berufstätigkeit wie auch der Übergang von der einen zur anderen als Berufswahl i. S. v. Art. 12 Abs. 1 GG zu verstehen, wenn eine Tätigkeit in selbständiger und unselbständiger Form ausgeübt werden kann und beide Formen der Ausübung eigenes soziales Gewicht haben¹⁶⁰.

Über die bloße Wahlfreiheit hinaus wird der Schutzgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG ferner dahingehend interpretiert, daß er die Berufsfreiheit der Unternehmer und Selbständigen einschließt. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte, daß das Grundrecht prinzipiell auch die Unternehmerfreiheit als Freiheit, Unternehmen frei zu gründen und zu führen, erfaßt, sofern es sich um Tätigkeiten handelt, die den allgemeinen Voraussetzungen eines Berufes entsprechen¹⁶¹. Allerdings wird hier erforderlich, zwischen Gründung und Führung eines Klein- oder Mittelbetriebes und der Tätigkeit eines Großunternehmens zu unterscheiden: Während sich bei ersteren der personale Grundzug der Berufsfreiheit voll verwirklicht, ist die Unternehmerfreiheit beim Großunternehmen regelmäßig nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern viel eher ein grundrechtlich geschütztes Verhalten, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichen¹⁶². Die in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte Unternehmerfreiheit umfaßt daher verschiedene

¹⁵⁹ BVerfGE 7, 377 (398 f.). Den Streitstand zu dieser Frage umfassend erörternd *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnrn. 66 ff. Die herrschende Meinung in der Literatur geht überwiegend davon aus, daß sowohl selbständige als auch unselbständige Tätigkeiten geschützt werden, vgl. *Bachof*, in: Die Grundrechte III/1, S. 154 (250); *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 23; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Randnrn. 8 f.; *Rittstieg*, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 114; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 429; *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnrn. 48, 54 und insbes. 61; nach *Tettinger*, in: Sachs, GG, Art. 12, Randnr. 64, wirke die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes insoweit als „Freiheit der Berufsniederlassung“.

¹⁶⁰ BVerfGE 7, 377 (398 f.).

¹⁶¹ BVerfGE 50, 290 (363).

¹⁶² BVerfGE 50, 290 (363 f.).

Einzelfreiheiten wie etwa Dispositions-¹⁶³, Wettbewerbs-¹⁶⁴ und Vertragsfreiheit¹⁶⁵.

Anders als die Weimarer Reichsverfassung¹⁶⁶, die die Gewerbefreiheit in Art. 151 Abs. 3¹⁶⁷ als objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung proklamierte, erwähnt das Grundgesetz die Gewerbefreiheit nicht ausdrücklich. Indessen schließt Art. 12 Abs. 1 GG die Gewerbefreiheit als objektives Prinzip insoweit mit ein, als dieser die Freiheit zur und in der selbständigen Erwerbstätigkeit schützt¹⁶⁸. Die Betonung des Grundrechtes liegt jedoch auf der personalen Entfaltung im Beruf, so daß die Schutzintensität der Gewerbefreiheit in ihrer subjektiv-rechtlichen Gestalt, nämlich als Unternehmerfreiheit, maßgeblich durch deren personalen Gehalt bestimmt wird¹⁶⁹.

Für die Gewerbefreiheit an sich gilt nach wie vor § 1 GewO¹⁷⁰.

f) Schutz von Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Die für die geschützten Betätigungen selbständige und unselbständige Arbeit angelegte Differenzierung kann ferner dahingehend extrapoliert werden, daß Art. 12 Abs. 1 GG mit der Unternehmer- die Arbeitgeberfreiheit einerseits schützt, zugleich aber auch die in der umfassenden Protektion der unselbständigen Tätigkeit zum Ausdruck kommende Arbeitnehmerfreiheit auf der anderen Seite¹⁷¹.

¹⁶³ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 124 (Fn. 2); Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 63 (Fn. 233 m. w. N.).

¹⁶⁴ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 136 f.; Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 63 (Fn. 238 m. w. N.).

¹⁶⁵ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 131 ff.; Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 63.

¹⁶⁶ S. dazu oben, S. 20, Fn. 67.

¹⁶⁷ Vgl. den Wortlaut des Art. 151 WRV oben, S. 22, Fn. 77.

¹⁶⁸ BVerfGE 7, 377 (397, 399); 21, 261 (266); 30, 292 (312); 32, 311 (317); 38, 61 (85 f.); 46, 120 (137); 50, 290 (362 ff.).

¹⁶⁹ BVerfGE 50, 290 (363); Rittstieg, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Randnr. 65; Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 26.

¹⁷⁰ Vgl. dazu Fn. 55.

¹⁷¹ Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 25.

3. Grundrechtsschranken

a) Grundlegendes zu Eingriffen in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

Um im Falle der Kollision mehrerer Grundrechte einen effektiven Grundrechtsschutz für jeden einzelnen Grundrechtsträger verwirklichen zu können, muß es möglich sein, Grundrechte zulässig zu beschränken. So gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG auch die Berufsfreiheit nicht uneingeschränkt, sondern unterstellt sie vielmehr dem Regelungsvorbehalt des Gesetzgebers¹⁷².

aa) Das Spektrum möglicher Grundrechtsbeschränkungen

Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG können von Seiten des Staates unter verschiedenen Blickwinkeln erfolgen. Zum einen bezüglich der freien Wahl zwischen zwei Berufen, zum anderen bezüglich der Ausübung eines bestimmten Berufes. Diese Differenzierung ist bereits in dem über die beiden Sätze des Art. 12 Abs. 1 GG zu erschließenden Schutzbereich angelegt und setzt sich nun auf der Ebene der Grundrechtsbeeinträchtigung fort, indem Eingriffe als die Berufswahl oder die Berufsausübung betreffend klassifiziert werden können.

Erstere, nämlich Eingriffe in die freie Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte, lassen sich weiterhin danach unterscheiden, ob sie objektive Zulassungsschranken für den Zugang zu einem Beruf errichten oder als abgemilderter Freiheitseingriff subjektive Zulassungsvoraussetzungen statuieren¹⁷³.

bb) Das Spektrum relevanter Grundrechtsbeeinträchtigungen

¹⁷² Zu den formellen Anforderungen des Gesetzesvorbehaltes in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnrn. 286 ff. (305 ff.)*. Weiterhin dazu auch *Wieland*, in: *Dreier, GG, Art. 12, Randnrn. 91 ff.*

¹⁷³ Zu diesen Unterscheidungen vgl. *Pieroth/Schlink, Grundrechte, Randnrn. 825 ff.*

Beeinträchtigungen in die Berufsfreiheit ergeben sich vorrangig durch Regelungen, die sich final auf die berufliche Betätigung beziehen und sie unmittelbar zum Gegenstand haben¹⁷⁴. Hierzu gehören sowohl Maßnahmen zur Aufnahme bestimmter Berufe als auch zur Art und Weise der beruflichen Tätigkeit. Ebenfalls diesen gezielten Ingerenzen zuzurechnen sind Erweiterungen des mit der Berufsausübung verbundenen Pflichtenkreises¹⁷⁵.

Darüber hinaus können aber auch andere, nicht unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit abzielende Maßnahmen infolge ihrer spürbaren tatsächlichen Auswirkungen geeignet sein, den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG mittelbar erheblich zu beeinträchtigen¹⁷⁶. Voraussetzung dafür, faktische Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit als Eingriff anzuerkennen, ist, daß ein enger Zusammenhang¹⁷⁷ mit der Ausübung eines Berufes besteht und eine objektiv berufsregelnde Tendenz erkennbar ist bzw. daß die staatliche Maßnahme als nicht bezweckte, aber vorhersehbare und in Kauf genommene Nebenfolge¹⁷⁸ eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirkt¹⁷⁹.

¹⁷⁴ BVerfGE 13, 181 (185).

¹⁷⁵ Dies geschieht etwa im Wege der sog. Indienstrafe Privater (BVerfGE 22, 380 [384]; 30, 292 [310 ff.]; 57, 139 [158]; 68, 155 [170]; 95, 173 [187]) oder durch Statuierung besonderer Mitteilungspflichten (*Breuer*, Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: HStR VI, § 148, Randnrn. 26 ff.).

¹⁷⁶ BVerfGE 13, 181 (185 f.); 16, 147 (162); 41, 251 (262); 46, 120 (137); 61, 291 (308); 81, 108 (121 f.); allgemein dazu *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1971.

Hier sind namentlich Wirkungen abgabenrechtlicher Regelungen (BVerfGE 13, 181 [186]; 29, 237 [333]; 31, 8 [29]; 38, 61 [79]; 47, 1 [21 f.]; 55, 7 [25 f.]; 75, 108 [153 f.]; 81, 108 [121 f.]; BVerfG, DÖV 1997, S. 637 [639]; HessVGH, GewArch 1996, S. 104 [105]; GewArch 1996, S. 233 [237]), aber auch Wirkungen von Verwaltungsvorschriften (BVerwGE 75, 109 [114 f.]; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12, Randnr. 12), von Aktivitäten staatlicher Leistungsverwaltung (BVerfGE 46, 120 [137]; BVerwGE 89, 281 [283]; Benennung von Unternehmensberatern durch die IHK), von staatlicher Informationstätigkeit (BVerwGE 71, 183 [191 f.]; Arzneimittel-Transparenzliste; BVerwGE 87, 37 [42]; Diethylenglykol-Liste; BVerfG, NJW 1996, S. 3161; Futtermitteltest; s. aus der Lit. *Di Fabio*, Grundrechte im präzeptoralen Staat, JZ 1993, S. 689 [694 ff.]; *Schoch*, Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, S. 667 ff.) zu nennen.

¹⁷⁷ So das Bundesverfassungsgericht insbes. in BVerfGE 95, 267 (302); vgl. aber auch BayVGH, BayVGHE n. F. 42 II, 41 (45 f.). Wenig hilfreich scheint die in diesem Zusammenhang erfolgte Bezugnahme einiger Judikate des Gerichtes auf das Begriffspaar unmittelbar/mittelbar, etwa in BVerfGE 10, 354 (362 f.); 13, 181 (185 f.); 31, 255 (265); 46, 120 (145); vgl. auch *Tettinger*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, AöR 108 (1983), S. 92 (116).

¹⁷⁸ BVerfGE 13, 181 (186); 38, 61 (79); 47, 1 (21); 49, 24 (47); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 95, 267 (302); BVerwGE 71, 183 (191); 75, 109 (115); 87, 37 (42 f.); 89, 281 (283); BVerfG, NJW 1998, S. 891.

¹⁷⁹ BVerwGE 87, 37 (43 f.); BVerwG, NJW 1996, S. 3161.

Hingegen sind Akte öffentlicher Gewalt mit berufsneutraler Zwecksetzung¹⁸⁰, wie etwa die für selbständige Handwerker normierte Pflicht zur Mitgliedschaft in der zuständigen Handwerkskammer, gerade wegen ihres berufsneutralen Zweckes nicht an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.

cc) Materielle Anforderungen an zulässige Grundrechtsbeeinträchtigungen

Zur Rechtfertigung jeglicher Eingriffe in das Grundrecht der Berufsfreiheit entwickelte das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1958 in seinem Apothekenurteil¹⁸¹ eine (Drei-)Stufentheorie¹⁸², nach der sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen auszurichten hat. Grundlage dieser Differenzierung war die bereits angesprochene, dem klassischen Gewerberecht entlehnte Unterscheidung von Regelungen, die die Berufsausübung betreffen, einerseits und solchen, die die Freiheit der Berufswahl einschränken, andererseits.

b) Berufsausübungsregelungen im einzelnen

aa) Definition

Bloße Berufsausübungsregelungen sind solche, die die Art und Weise der Berufstätigkeit regeln. Der Gesetzgeber beschränkt sich darauf, das „Wie“ der Betätigung zu regulieren, indem er für auserwählte Berufe und Berufsbilder spezielle Modalitäten zu deren Ausübung normiert oder auch ganz generell Anforderungen an Form, Mittel, Inhalt und Umfang der Beschäftigung festlegt.

¹⁸⁰ Akte öffentlicher Gewalt mit berufsneutraler Zwecksetzung liegen etwa interessenausgleichenden Normen des Privatrechts (BVerfGE 31, 255 [265]: urheberrechtliche Vergütungspflicht; BVerfGE 55, 7 [27]: Beitragspflicht zu Sozialkassen), allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten (BVerfGE 54, 251 [270]: Übernahme von Vormundschaften), Besuchsverboten (BVerfGE 49, 24 [48]: Kontaktsperre für Strafgefangene) oder generell an wirtschaftliche Tätigkeiten anknüpfende Zwangsmitgliedschaften (BVerfGE 10, 354 [363]; 32, 54 [63 f.]; 41, 231 [241]) zugrunde.

¹⁸¹ Vgl. zum Apothekenurteil S. 33, insbesondere Fn. 116.

¹⁸² Vgl. BVerfGE 7, 377 (378 f.), Leitsätze 6. a)-d).

Kennzeichnend für Berufsausübungsregelungen ist, daß sie die Berufstätigkeit als solche peripher berühren, den Kern der Tätigkeit indessen unangetastet lassen.

Zu den Berufsausübungsregelungen zählen etwa berufsbildfixierende Regelungen¹⁸³, Werbeverbote und -beschränkungen¹⁸⁴, Qualitätsanforderungen für Produkte der Berufstätigkeit¹⁸⁵ und Vorgaben für das angebotene Warensortiment¹⁸⁶. Ebenso enthalten die Preisangabenverordnung¹⁸⁷ (PAngV) sowie das Ladenschlußgesetz¹⁸⁸ (LadschlG) Regelungen der Berufsausübung¹⁸⁹. Schließlich beziehen sich ferner die Sperrzeitregelung¹⁹⁰, die Arbeitszeitordnung¹⁹¹ und das Gesetz über die

¹⁸³ Vgl. hierzu BVerfGE 17, 232 für die Verpflichtung von Apothekern, lediglich eine Apotheke zu betreiben, und BVerfGE 54, 237; 80, 269 für das an Anwaltsnotare gerichtete Verbot, mit Angehörigen anderer freier Berufe eine Sozietät zu betreiben.

¹⁸⁴ BVerfGE 65, 237 (245); 71, 162 (172); 76, 196 (205 f.); 82, 18 (26 ff.); 85, 248 (256); BVerwGE 89, 30 (33 f.); einschlägige Regelungen finden sich ferner in § 14 Abs. 5 S. 1 BtMG (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln in der Fassung vom 1. März 1994 [BGBl. I S. 358], in der zur Zeit gültigen Fassung); §§ 3 ff. HWG (Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens in der Fassung vom 19. Oktober 1994 [BGBl. I S. 3068], in der zur Zeit gültigen Fassung); §§ 18, 21, 27 LMBG (Gesetz über den Verkehr von Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen in der Fassung vom 9. September 1997 [BGBl. I S. 2296], in der zur Zeit gültigen Fassung) sowie § 8 StBerG (Steuerberatungsgesetz in der Fassung vom 4. November 1975 [BGBl. I S. 2735], in der zur Zeit gültigen Fassung).

¹⁸⁵ BVerfGE 46, 246 (256 ff.); einschlägige Regelungen finden sich ferner in §§ 8, 11, 13, 20, 24 f., 30 LMBG (s. Fn. 184); §§ 5, 7 f. AMG (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln in der Fassung vom 11. Dezember 1998 [BGBl. I S. 3586], in der zur Zeit gültigen Fassung) sowie in Rechtsverordnungen wie der Butterverordnung (Verordnung über Butter und andere Milchstreichfette in der Fassung vom 3. Februar 1997 [BGBl. I S. 144], in der zur Zeit gültigen Fassung), der Hackfleischverordnung (Verordnung über Hackfleisch, Schabefleisch und anderes zerkleinertes rohes Fleisch in der Fassung vom 10. Mai 1976 [BGBl. I S. 1186], in der zur Zeit gültigen Fassung) und der Zusatzstoff-Verkehrsverordnung (Verordnung über Anforderungen an Zusatzstoffe und das Inverkehrbringen von Zusatzstoffen für technologische Zwecke in der Fassung vom 29. Januar 1998 [BGBl. I S. 230, 269], in der zur Zeit gültigen Fassung).

¹⁸⁶ BVerfGE 9, 73 (78 f.); vgl. auch § 43 AMG (s. Fn. 185); §§ 7 ff. AMVerkV (Verordnung über apothekenpflichtige und freiverkäufliche Arzneimittel in der Fassung vom 24. November 1988 [BGBl. I S. 2150, ber. 1989 I S. 254], in der zur Zeit gültigen Fassung).

¹⁸⁷ Preisangabenverordnung in der Fassung vom 18. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4197), in der zur Zeit gültigen Fassung.

¹⁸⁸ Gesetz über den Ladenschluß in der Fassung vom 2. Juni 2003 (BGBl. I S. 744), in der zur Zeit gültigen Fassung.

¹⁸⁹ BVerfGE 13, 237 (239 f.)

¹⁹⁰ Vgl. § 18 Abs. 1 GastG (Gaststättengesetz in der Fassung vom 20. November 1998 [BGBl. I S. 3418], in der zur Zeit gültigen Fassung), der die Landesregierungen dazu ermächtigt, für Schank- und Speisewirtschaften sowie für öffentliche Vergnügungsstätten durch Rechtsverordnung eine allgemeine Sperrzeit festzusetzen.

¹⁹¹ BVerfGE 22, 1 (20 f.).

Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien¹⁹² auf das „Wann“ der Berufstätigkeit und haben folglich berufsausübungsbezogenen Charakter¹⁹³.

bb) Rechtfertigung

Berufsausübungsregelungen werden bereits durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert¹⁹⁴, wobei sich der Grundrechtsschutz den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes folgend darauf beschränkt, in sich verfassungswidrige, weil etwa übermäßig belastende und nicht zumutbare Auflagen abzuwehren¹⁹⁵.

Bezüglich der Frage, wann vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheinen, wird dem zuständigen Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zugestanden¹⁹⁶. Da das Bundesverfassungsgericht zudem bereits Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit als ausreichend erachtet¹⁹⁷, ist die Zahl der akzeptierten Gemeinwohlinteressen inflationär groß¹⁹⁸; nur wenigen Erwägungen blieb die Anerkennung als sachgerecht versagt¹⁹⁹.

Als vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls ließ das Gericht etwa die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung²⁰⁰, die

¹⁹² Dazu BVerfGE 23, 50 (56); 87, 363 (382).

¹⁹³ Zahlreiche andere Beispiele für Berufsausübungsregelungen finden sich bei *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnm. 326 ff.; vgl. ebenso *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnm. 51 (als zulässig erachtete Berufsausübungsregelungen) und 52 (als unzulässig erachtete Berufsausübungsregelungen).

¹⁹⁴ BVerfGE 7, 377 (378, 405 f.); 16, 286 (297); 65, 116 (125); 70, 1 (28); 77, 308 (332); 78, 155 (162); 81, 70 (84); 85, 248 (259); 93, 362 (369).

¹⁹⁵ BVerfGE 7, 377 (378, 405 f.).

¹⁹⁶ BVerfGE 39, 210 (225 f.); 46, 246 (257); 51, 193 (208); 53, 135 (145); 77, 84 (106); 77, 308 (332).

¹⁹⁷ BVerfGE 7, 377 (406); 23, 50 (56); 28, 21 (31); 77, 308 (332).

¹⁹⁸ Erwähnenswert sind etwa BVerfGE 7, 377 (406): Förderung einer höheren sozialen Gesamtleistung eines Berufszweiges; BVerfGE 36, 212 (219 ff.): Schutz der Rechtssuchenden; BVerfGE 46, 120 (145 f.): Funktionsfähigkeit des öffentlichen Fernrufnetzes; BVerfGE 53, 135 (145): Schutz des Verbrauchers vor Täuschung; BVerfGE 61, 291 (312): Erhaltung der gefährdeten Tierwelt; BVerfGE 77, 84 (107): geordneter Arbeitsmarkt; BVerfGE 95, 173 (184): Schutz vor den Gesundheitsgefahren des Rauchens.

¹⁹⁹ Vgl. dazu die folgenden Entscheidungen: BVerfGE 41, 378 (396 f.); 65, 116 (128 f.); 86, 28 (44): leichtere staatliche Überwachung; BVerfGE 82, 12 (28); 93, 362 (370); 94, 372 (399): Konkurrentenschutz; BVerfGE 86, 28 (44): Vermeidung von Verwaltungskosten; BVerfGE 86, 28 (42): unbedeutende oder rein verwaltungstechnische Zwecke.

²⁰⁰ BVerfGE 70, 1 (29).

Funktionsfähigkeit des öffentlichen Fernrufnetzes²⁰¹, die ordnungsgemäße Arzneimittelversorgung der Bürger²⁰² sowie die Abfallvermeidung²⁰³ gelten.

Des weiteren muß der Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit entsprechend auch verhältnismäßig, d. h. um des Zieles willen geeignet, erforderlich und angemessen sein.

c) Berufswahlregelungen im einzelnen

aa) Subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen

(1) Definition

Berufswahlregelungen bezeichnen solche Normen, die nicht lediglich die Ausübung des Berufes zum Gegenstand haben, sondern die die freie Berufswahl beschränken, indem sie für einzelne Berufe spezifische Hürden für dessen Aufnahme errichten. Wie bereits dargelegt, wird innerhalb der Berufswahlregelungen zwischen subjektiven und objektiven Berufszugangsvoraussetzungen differenziert. Für die Abgrenzung dieser beiden Modalitäten sollen deren tatsächliche Auswirkungen nicht entscheidend sein; vielmehr kommt es lediglich darauf an, ob die Zugangsvoraussetzungen die Aufnahme des Berufes an persönliche Eigenschaften, Fähigkeiten oder Leistungsnachweise knüpfen²⁰⁴ oder ob sie gerade nicht auf die persönliche

²⁰¹ BVerfGE 46, 120 (145 f.).

²⁰² BVerwGE 45, 331 (335).

²⁰³ HessVGH, GewArch 1996, S. 233 (237).

²⁰⁴ Vgl. dazu die folgenden Entscheidungen: BVerfGE 9, 338 (345); 64, 72 (82); BVerfG, NJW 1993, S. 1575; NVwZ 1997, S. 1207 (1208): Lebensalter; BVerfGE 13, 97 (106); 34, 71 (77); 55, 185 (196); 69, 209 (218); 80, 1 (23 f.): Befähigungsnachweis/bestandene Prüfung; BVerfGE 19, 330 (337); 34, 71 (77): Sachkundenachweis; BVerfGE 39, 344 (370); 46, 34 (54): Verfassungstreue bei Beamten im Vorbereitungsdienst; BVerfGE 41, 378 (390); 69, 233 (244): Zuverlässigkeit; BVerfGE 44, 105 (117); 48, 292 (296): Vorstrafenfreiheit; BVerfGE 73, 301 (316 f.): Praxiserfahrung; BVerwGE 21, 197 (199); 22, 16 (17 f.): Kreditwürdigkeit; BVerwGE 101, 185 (186): (Fach-)Hochschulabschluß; BVerwGE, GewArch 1997, S. 63 f.: Meisterprüfung im Handwerk; OVG NW, NWVBl. 1997, S. 145 (146): abgeschlossene Berufsausbildung nach Hauptschulabschluß; BayObLG, NJW 1971, S. 1620 (1621 f.): Fahrgastbeförderungsnachweis.

Qualifikation abstellen, sondern an allgemeinen Kriterien orientierte Berufszulassungsvoraussetzungen²⁰⁵ statuieren.

Subjektive Zulassungsvoraussetzungen sind sämtliche Vorschriften, die die Aufnahme der Berufstätigkeit an von der Person des Berufsanwärters abhängige und für diesen generell erfüllbare Voraussetzungen binden²⁰⁶. Sie knüpfen die Wahl des Berufes an persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten²⁰⁷, Kenntnisse und Erfahrungen, erworbene Abschlüsse und erbrachte Leistungen und stellen damit vordergründig auf die Persönlichkeit des Individuums und dessen Leistungsprofil ab.

So werden etwa Befähigungsnachweise oder bestandene Prüfungen²⁰⁸, Sachkundenachweise²⁰⁹, die Verfassungstreue eines Beamten im Vorbereitungsdienst²¹⁰ oder die persönliche Zuverlässigkeit²¹¹ als subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen qualifiziert²¹².

(2) Rechtfertigung

Die Aufstellung subjektiver Berufszulassungsschranken bedarf der Rechtfertigung als gebotene Vorkehrung zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter, die der Freiheit des einzelnen vorgehen²¹³. Erforderlich ist, daß das Gemeinschaftsgut im Einklang mit der Wertordnung des Grundgesetzes im öffentlichen Interesse liegt und von so hohem Rang ist, daß es die Einschränkung der freien Berufswahl aus den besonderen wirtschafts-

²⁰⁵ Zu den objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen s. S. 49.

²⁰⁶ BVerfGE 7, 377 (406 f.).

²⁰⁷ Vgl. hierzu besonders BVerfGE 13, 97 (107 ff.); 19, 330 (337 ff.); 25, 236 (247); 34, 71 (78 ff.).

²⁰⁸ BVerfGE 13, 97 (106); 34, 71 (77); 55, 185 (196); 69, 209 (218); 80, 1 (23 f.).

²⁰⁹ BVerfGE 19, 330 (337); 34, 31 (77).

²¹⁰ BVerfGE 39, 344 (370); 46, 34 (54).

²¹¹ BVerfGE 41, 378 (390); 69, 233 (244).

²¹² Für weitere subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen vgl. Fn. 204. Das Lebensalter bzw. eine Höchstaltersgrenze gelten als subjektive Voraussetzung, auch wenn sie dem Einfluß des Betroffenen schlechthin entzogen sind, weil sie an der Person des Berufsanwärters anknüpfen, vgl. BVerfGE 9, 338 (345); 64, 72 (82); 80, 257 (264 f.); 86, 28 (39); BVerfG, NJW 1993, S. 1575 f.; NVwZ 1997, S. 1207 (1208). Eine andere Ansicht dazu vertritt *Hufen*, Berufsfreiheit, NJW 1994, S. 2913 (2921 f.).

²¹³ BVerfGE 13, 97 (107); 19, 330 (337); 25, 236 (247); 59, 302 (316); 69, 209 (218); 73, 301 (316 ff.); 93, 213 (235); BVerfG, DVBl. 1996, S. 1367 (1368).

sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen des Gesetzgebers rechtfertigt.

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich insoweit jedoch auf die Kontrolle, ob die Anschauungen des Gesetzgebers offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind²¹⁴.

Als Gemeinschaftsgüter, die subjektive Berufszulassungsschranken legitimieren können²¹⁵, hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes vor allem den Schutz der Volksgesundheit²¹⁶, die Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks²¹⁷ – auf die in den folgenden Abschnitten noch umfassend einzugehen sein wird –, die Sicherheit der Energieversorgung²¹⁸, eine geordnete Rechts-²¹⁹ und Steuerrechtspflege²²⁰, den Rechtsfrieden²²¹ sowie die Verkehrssicherheit²²² anerkannt.

bb) Objektive Berufszulassungsvoraussetzungen

(1) Definition

Den am weitesten reichenden Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit stellen die objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen dar. Diese sind dadurch gekennzeichnet, daß sie für die Berufswahl, genauer für das Ergreifen eines bestimmten Berufes, die Erfüllung objektiver, dem Einfluß des Berufswilligen entzogener und von seiner Befähigung unabhängiger Kriterien verlangen. Die

²¹⁴ BVerfGE 13, 97 (107); 69, 209 (218).

²¹⁵ Weitere Beispiele für besonders wichtige, der Freiheit des einzelnen vorgehende Gemeinschaftsgüter vgl. bei *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 336; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnrn. 56, 68.

²¹⁶ BVerfGE 7, 377 (414); 9, 39 (52); 19, 330 (388 f., 346); 20, 283 (295); 25, 236 (247); BVerwGE 4, 167 (171 ff.).

²¹⁷ BVerfGE 13, 97 (106 ff.). Dazu auch noch unten, S. 64.

²¹⁸ BVerfGE 30, 292 (323 f.).

²¹⁹ BVerfGE 37, 67 (77); 93, 213 (236).

²²⁰ BVerfGE 54, 301 (315); 55, 185 (196); 59, 302 (317).

²²¹ BVerfGE 73, 301 (316 f.).

²²² OVG NW, NWVBl. 1997, 145 (146).

Bedingungen stehen weder mit der persönlichen Qualifikation des Berufsanwärters in Verbindung noch können sie von ihm beeinflusst werden²²³.

Typische Beispiele für objektive Berufszulassungsschranken sind sogenannte Bedürfnisklauseln²²⁴ oder auch Kontingentierungen²²⁵. Am Beispiel des Apothekenurteils verdeutlicht, verlangte Art. 3 Abs. 1 ApothekenG²²⁶ als Voraussetzung für die Errichtung einer Apotheke, daß die bereits vorhandenen Apotheken zur Versorgung mit Arzneimitteln nicht ausreichen – mithin ein Bedürfnis nach einer weiteren Apotheke besteht – sowie ferner, daß die existierenden Apotheken durch die Errichtung wirtschaftlich nicht wesentlich beeinträchtigt würden²²⁷.

Objektive Berufszugangsvoraussetzungen²²⁸ sind von den subjektiven daher allein anhand der Eingriffsintensität zu unterscheiden: von ihnen geht eine absolute Sperrwirkung für alle von ihnen Betroffenen aus.

(2) Rechtfertigung

Auf Grund der soeben verdeutlichten Intensität des Grundrechtseingriffes sind objektive Berufszulassungsschranken den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes folgend lediglich dann gerechtfertigt, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher, schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erforderlich sind²²⁹.

²²³ BVerfGE 9, 338 (345); vgl. auch 7, 377 (406 f.).

²²⁴ Vgl. zu den Bedürfnisklauseln Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnm. 351 ff.

²²⁵ BVerfGE 40, 196 (218).

²²⁶ Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes in BVerfGE 7, 377 ff. lagen Bescheide der Regierung von Oberbayern zugrunde, die gestützt waren auf Art. 3 Abs. 1 des bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 (GVBl. 1952, S. 181) in der Fassung des Gesetzes vom 10. Dezember 1955 (GVBl. 1955, S. 267), im folgenden ApothekenG.

²²⁷ BVerfGE 7, 377.

²²⁸ Vgl. dazu weiterhin BVerfGE 7, 377 (415 f.); 9, 39 (48 f.); 11, 30 (43 f.); 11, 168 (186, 190); 79, 208 (210 f.); Bedürfnisprüfung; BVerfGE 21, 173 (181); 87, 287 (316, 321): Inkompatibilität; BVerfGE 25, 1 (15 ff.): Mühlenerrichtungsverbot; BVerfGE 40, 196 (218); BVerwGE 51, 235 (238 f.): Höchstzahlen für gewerblichen Güterfernverkehr – dazu auch Badura, Verteilungsordnung und Zuteilungsverfahren, in: FS Friauf, S. 529 (532 f.); BVerwG, NJW 1996, 1608 (1609); OVG NW, NWVBl. 1997, S. 25 (26): bedarfsgerechte Versorgung mit Leistungen des Krankentransportes.

²²⁹ BVerfGE 7, 377 (408); 11, 168 (183); 25, 1 (11); 40, 196 (218); 75, 284 (296); 84, 133 (151); 85, 360 (374).

Objektive Zulassungsbeschränkungen legitimierende Gemeinschaftsgüter sind die bereits zur Rechtfertigung von subjektiven Zulassungsvoraussetzungen herangezogenen²³⁰, indessen unter der Einschränkung, daß die für subjektive Berufswahlregelungen als ausreichend erachteten „relativen“ Gemeinschaftsgüter nicht mehr genügen. Anerkannte überragend wichtige Gemeinschaftsgüter sind etwa die Sicherung der Volksgesundheit²³¹, die Sicherung der Volksernährung²³², die Vermeidung von Arbeitslosigkeit und Arbeitskräftemangel²³³, der Schutz des Verbrauchers vor der Gefahr gesundheitlicher oder auch wirtschaftlicher Schädigung²³⁴, der Jugendschutz²³⁵ sowie die Erhaltung einer menschenwürdigen Umwelt²³⁶.

Auch die durch subjektive oder objektive Berufszulassungsvoraussetzungen erfolgenden Eingriffe auf der Ebene der Berufswahl müssen verhältnismäßig sein; folglich hat der Gesetzgeber im Rahmen der Berufswahlbeschränkung stets die mit einem geringeren Eingriff in die Berufswahlfreiheit verbundenen Mittel der subjektiven Berufszulassungsregelung zu wählen²³⁷, wenn und soweit er dadurch seinem gesetzgeberischen Ziel noch größtmöglich Vorschub leisten kann.

d) Neuere Entwicklungen durch das Bundesverfassungsgericht

Gerade der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist jedoch teilweise zu entnehmen, daß das Gericht dazu übergeht, die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffes nicht mehr

²³⁰ Vgl. dazu S. 49.

²³¹ BVerfGE 7, 377 (414); 9, 39 (52); 19, 330 (388 f., 346); 20, 283 (295); 25, 236 (247); BVerwGE 4, 167 (171 ff.).

²³² BVerfGE 25, 1 (16); 39, 210 (230).

²³³ BVerfGE 21, 245 (249 ff.).

²³⁴ BVerfGE 19, 330 (338); vgl. dazu auch *Püttner*, Verbraucherschutz und Rechtsstaat, NJW 1979, S. 2131 ff.

²³⁵ BVerfGE 30, 336 (350 f.); 47, 109 (116 ff.).

²³⁶ BVerwGE 62, 224 (230).

²³⁷ BVerfGE 7, 377 (408).

anhand der starren, viel kritisierten²³⁸ Drei-Stufen-Theorie zu prüfen. Statt dessen wendet es den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit der Maßgabe an, daß die Interessen des Gemeinwohls, denen eine gesetzliche Regelung dienen soll, desto stärker sein müssen, je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden²³⁹. Damit eröffnet sich das Gericht insbesondere in Fällen, in denen die Zuordnung einer Regelung zu einer der drei Stufen schwierig erscheint, die Möglichkeit flexibler Argumentation und entbindet sich zugleich von der Pflicht, die Rechtfertigung eines Eingriffes anhand der von ihm aufgestellten Voraussetzungen zu prüfen.

Obgleich das Gericht damit eine wünschenswerte Rückkehr in die Terminologie der allgemeinen Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen anzusteuern scheint, kann dies keinesfalls als schon abgeschlossene Wendung betrachtet werden. Dem steht jedenfalls entgegen, daß das Gericht von Zeit zu Zeit noch immer von besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern spricht und damit offenbar auf die Drei-Stufen-Theorie abstellt²⁴⁰. Insofern drängt sich der Eindruck auf, daß das Gericht seinen Prüfungsmaßstab beliebig wählt und sowohl die Drei-Stufen-Theorie als auch den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nebeneinander anwendet.

Letztlich hat die Bezeichnung des Prüfungsmaßstabes keine wirkliche Relevanz für das Ergebnis. Selbst wenn das Gericht seine Rechtsprechung zur Drei-Stufen-Theorie völlig aufgäbe, würde es – wie jüngst die Entscheidung zum Führen mehrerer Facharztbezeichnungen zeigt²⁴¹ – abhängig von dem beeinträchtigten Schutzgut und von der Schwere des Eingriffes verschiedene Maßstäbe zu dessen Rechtfertigung anlegen und damit unter dem terminologischen Mantel der allgemeinen Verhältnismäßigkeit doch die drei Eingriffsstufen abarbeiten. Insofern muß die Drei-Stufen-Theorie der allgemeinen Verhältnismäßigkeit vorerst nicht weichen.

²³⁸ Dazu etwa *König*, Das Problem der Inländerdiskriminierung, AöR 118 (1993), S. 591 (601) m. w. N. in Fn. 37; vgl. auch *Tettinger*, in: Sachs, GG, Art. 12, Randnrn. 123 ff.

²³⁹ Vgl. dazu BVerfGE 102, 197 (220); 103, 1 (9 ff.); BVerfG, NJW 2000, S. 2734 f.; NJW 2001, S. 1926 f.

²⁴⁰ Vgl. dazu BVerfGE 104, 357 ff.; BVerfG, NJW 2003, S. 879 ff. und GewArch 2005, S. 243 f.

²⁴¹ BVerfGE, 106, 181 ff.; BVerfG, NJW 2003, S. 879 ff. (880).

4. Zusammenfassung

Entsprechend dem vorstehend Gesagten läßt sich der Wesensgehalt der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG in zwei essentiellen Grundgedanken zusammenfassen²⁴².

Zu nennen ist zunächst der personale Kern, der vor allem die individuelle Selbstbestimmung durch Arbeit, Beruf und Ausbildung beinhaltet und damit der Menschenwürde wie der freien Entfaltung der Persönlichkeit jedes einzelnen einen unverkennbaren Ausdruck verleiht²⁴³.

Darüber hinaus enthält Art. 12 Abs. 1 GG mit seinen organisatorischen und verfahrensrechtlichen Sicherungen wie etwa der Vertragsfreiheit, der Mitbestimmung und dem Arbeitsschutz einen institutionellen Kern, der dazu beiträgt, eine freiheitliche, chancengleiche Arbeitsordnung durch Staat und Gesellschaft zu sichern und zu erhalten²⁴⁴.

Diese beiden Komponenten zusammen betrachtet und zueinander in Beziehung gesetzt, kann die Berufsfreiheit als das verstanden werden, was sie für *Scheuner* bereits 1955 gewesen ist: „eine umfassende Gesamtregelung bestimmter Fragen aus den Bereichen von Arbeit und Beruf“²⁴⁵.

²⁴² Diese Zusammenfassung ist angelehnt an die Ausführungen *Schneiders*, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 40 f.

²⁴³ *Häberle*, Arbeit als Verfassungsproblem, JZ 1984, S. 345 ff.; *ders.*, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, AöR 109 (1984), S. 36 ff. (69 f.); *Schiffauer*, Recht auf Arbeit und Eigentum, EuGRZ 1982, S. 41 ff.; *Schneider*, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 40.

²⁴⁴ *Scheuner*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, DVBl. 1958, S. 845 ff.; *ders.*, Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, S. 9 ff. (31); *Schneider*, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 40; in diese Richtung tendiert auch *Hege*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, S. 151 ff.; ebenso *Hoffmann-Riem*, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: FS Ipsen, S. 400 ff.

²⁴⁵ *Scheuner*, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, DHB 1955, S. 361 (361).

IV. Bedeutung der Berufsfreiheit

1. Abwehrcharakter

Wie durch den umfassenden Schutzbereich der Berufsfreiheit sowie die gestuften Voraussetzungen für eine wirksame Beschränkung des Grundrechtes erkennbar wird, liegt die primäre Gewährleistungsdimension des Grundrechtes aus Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Funktion als subjektives Recht zur Abwehr sämtlicher gezielt gegen die berufliche Freiheit gerichteter Ingerenzen. Darüber hinaus gewährt es auch Schutz vor sogenannten faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen²⁴⁶ als Konsequenz der Erscheinung, daß staatliche Einwirkungen auf Grundrechtspositionen im sozialen Rechtsstaat nicht mehr nur im Wege gezielter Eingriffe, sondern auch durch staatliche Planung, Subventionierung oder als Folge der Wahrnehmung von Aufgaben der Leistungsverwaltung bewirkt werden. Damit bedient es die klassische Abwehrfunktion eines Grundrechtes, die auch im Zusammenhang mit der von der Handwerksordnung geforderten Meisterprüfung von größter Relevanz ist²⁴⁷.

2. Objektiv-rechtliche Gewährleistungsdimension

Zugleich beinhaltet Art. 12 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm²⁴⁸ eine materielle verfassungsrechtliche Grund- bzw. Wertentscheidung, die in erster Linie die Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers bei der Ordnung des Wirtschaftslebens in nicht zu unterschätzender Weise dirigiert, indem sie Begrenzungen einerseits und positive Schutzpflichten andererseits impliziert²⁴⁹. Auch insoweit wird in einem nachfolgenden Teil der Arbeit zu überprüfen sein, ob sich der einfache Gesetzgeber beim Erlaß und der Novellierung der Handwerksordnung im Rahmen der grundgesetzlichen Wertentscheidung bewegt oder aber seine Gestaltungsfreiheit derart strapaziert

²⁴⁶ Vgl. dazu oben, S. 43 f.

²⁴⁷ Zu den Grundrechtsfunktionen im Verhältnis zwischen einzelnen und Staat vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Randnrn. 57 ff. (58).

²⁴⁸ BVerfGE 7, 377 (404).

²⁴⁹ *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr. 20.

hat, daß er die Wirtschaftsordnung damit bereits unzulässig zu bändigen versucht.

Obgleich Art. 12 Abs. 1 GG eine wertentscheidende Grundsatznorm darstellt, lassen sich der Norm konkrete Anforderungen an die Art oder an das Maß des Schutzes indessen nicht entnehmen. Vielmehr gewährt die Berufsfreiheit dem die Wahrung des Grundgesetzes im Ganzen anvertrauten Gesetzgeber bei der Erfüllung der Schutzpflichten einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Ein Verstoß gegen die Schutzpflichten kann nur dann festgestellt werden, wenn Schutzvorrichtungen entweder überhaupt nicht getroffen wurden oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben²⁵⁰.

Innerhalb gesetzlich eingeräumter Ermessensspielräume hat sodann auch die Verwaltung nicht nur die aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Grundrechtspositionen in angemessener Weise zu berücksichtigen²⁵¹, sondern auch unter Berücksichtigung der objektiven Wertentscheidung des Grundrechtes zu disponieren²⁵². Dies betrifft im Rahmen des hier betrachteten Handwerksrechts insbesondere die Handhabe bei der Beurteilung von (Ausnahme-) Tatbeständen oder die Ausübung des ihr eingeräumten Ermessens. Damit soll der Berufsfreiheit ein besonderer Rang²⁵³ zukommen, dem zugleich eine grundsätzliche Freiheitsvermutung²⁵⁴ zu entnehmen ist.

Als Bestandteil der objektiven Wertordnung kann die in Art. 12 Abs. 1 GG enthaltene verfassungsrechtliche Grundentscheidung schließlich auch mit deutlicher Akzentuierung bis in das Privatrecht hineinwirken²⁵⁵.

²⁵⁰ BVerfGE 92, 26 (46).

²⁵¹ Siehe BVerwGE 96, 302 (311 f.) zur Zulassung einer Spielbank. Vgl. auch *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 151.

²⁵² BVerfG, BRAK-Mitt. 1998, S. 145 (146) zur Besetzung des Fachprüfungsausschusses einer Rechtsanwaltskammer.

²⁵³ BVerfGE 63, 266 (286); 66, 337 (359 f.).

²⁵⁴ BVerfGE 63, 266 (286).

²⁵⁵ Vgl. dazu *Wieland*, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnrn. 151 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Randnrn. 27 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnrn. 69 ff.; *Tettinger*, in: Sachs, GG, Art. 12, Randnrn. 79 ff.

3. Teilhaberecht

Der Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG erschöpft sich im Rahmen der freien Wahl der Ausbildungsstätte nicht in der herkömmlichen Art, Eingriffe der öffentlichen Gewalt abzuwehren, sondern vermittelt darüber hinaus in Verbindung mit Gleichheitssatz und Sozialstaatsprinzip den berechtigten subjektiven Zulassungsanforderungen erfüllenden Bewerbern auch ein Teilhaberecht an faktisch allein in staatlicher Verantwortung betriebenen Ausbildungseinrichtungen, insbesondere im Hochschulsektor²⁵⁶ und bei der Referendarausbildung²⁵⁷. Dieser Schutzgehalt der Berufsfreiheit geht auf die grundlegende Numerus-clausus-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zurück, in der das Gericht anerkannt hat, daß das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte seiner Natur nach auf freien Zugang „zu“ Einrichtungen ziele und ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos sei²⁵⁸. Folglich hat der Staat – um den gegen ihn auf die Schaffung oder Erhaltung der realen Freiheitsvoraussetzungen gerichteten Anspruch des Bürgers zu realisieren – Ausbildungskapazitäten bereitzustellen, jedoch unter dem Vorbehalt dessen, was der einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann²⁵⁹.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes folgt jedoch weder ein individuelles Recht auf Arbeit²⁶⁰ noch ein originäres Teilhaberecht auf Schaffung zusätzlicher Ausbildungsplätze²⁶¹, was deutlich aus der Ausbildungsplatzstatistik hervorgeht. Gerade zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist

²⁵⁶ BVerfGE 33, 303 (330 f.); 39, 276 (293); 43, 291 (313 f.); 59, 1 (25); 59, 172 (199); 66, 155 (179).

²⁵⁷ BVerfGE 39, 334 (372 ff.); BAGE 53, 137 (143 f.); HessVGH, NVwZ-RR 1994, S. 92; OVG Schleswig, NVwZ-RR 1995, S. 279.

²⁵⁸ So das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Numerus-clausus-Entscheidung vom 18. Juli 1972, BVerfGE 33, 303 (331).

²⁵⁹ BVerfGE 33, 303 (333).

²⁶⁰ BVerfGE 97, 154 (158); BAG, NJW 1964, S. 1921 (1922); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 44.

²⁶¹ Wieland, in: Dreier, GG, Art. 12, Randnr. 168; Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12, Randnrn. 14 f., 16 ff.; von BVerfGE 33, 303 (333); 43, 291 (325 f.) offengelassen, da verfassungsrechtliche Konsequenzen erst bei evidenter Verletzung der gesetzgeberischen Verantwortung in Betracht kämen.

ein akuter Mangel an Ausbildungsplätzen, insbesondere auch im Handwerk, zu verzeichnen. Hier versucht der Gesetzgeber indes auf andere Art, den Anspruch auf Teilhabe zu sichern, indem er etwa die Einführung der umstrittenen Ausbildungsplatzabgabe erwägt.

4. Schutzgewährrecht

Nicht zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht Art. 12 Abs. 1 GG als Schutzgewährrecht entfaltet, was insbesondere im Rahmen von Prüfungsverfahren Bedeutung gewinnt. Das Gericht fordert, daß die Prüfung ohne unnötige Verzögerung durchgeführt wird, die Prüfung wie auch die Benotung transparent sind, daß der Prüfer dem Prüfling einen Antwortspielraum zugesteht, innerhalb dessen Vertretbares nicht als falsch gewertet wird, daß der Prüfling Einwände gegen die Benotung wirksam vorbringen kann²⁶² und schließlich, daß die Leistungsbewertung begründet wird²⁶³.

Weiterhin gebietet das Schutzgewährrecht des Art. 12 Abs. 1 GG einen gewissen Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Dispositionen, indem es – ebenso wie als verfassungsrechtliche Grundentscheidung – seine Wirkungen bis ins Privatrecht entfaltet²⁶⁴.

V. Berufsfreiheit im Kontext der Verfassung

Art. 12 GG nimmt in dem allen Regelungen des Grundgesetzes vorangestellten Grundrechtskatalog sowohl systematisch als auch materiell-rechtlich eine zentrale Position ein. Gleichwohl ist die Berufsfreiheit nicht hervorgehoben oder isoliert, sondern im Kontext der Verfassung, in der Zusammenschau mit den anderen Grundrechtsverbürgungen zu betrachten. Hierfür sind vor allem Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 GG besonders bedeutsam.

²⁶² BVerfGE 84, 34 (45 ff.); BVerfG, EuGRZ 1999, S. 359; BVerwGE 98, 324 (330 ff.).

²⁶³ BVerwGE 99, 185 (189 ff.).

²⁶⁴ Dieser ist etwa durch das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) oder durch zivilrechtliche Generalklauseln gewährleistet, vgl. BVerfGE 97, 169 (175 ff.); dazu auch Anm. zu BVerfG, JZ 1998, S. 851 von *Otto*, JZ 1998, S. 852 ff.

1. Art. 2 Abs. 1 GG

Das Verhältnis von Art. 12 GG zu Art. 2 Abs. 1 GG war vor allem in früherer Zeit umstritten, da verschiedentlich die Auffassung vertreten wurde, Art. 12 GG gelte nur im Rahmen des allgemeinen Grundrechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG), und die sogenannte Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG begrenze die Berufsfreiheit²⁶⁵.

Nunmehr hat sich die zutreffende Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes durchgesetzt, das Art. 12 Abs. 1 GG als besondere Ausprägung des umfassenderen, in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ansieht, als Spezialnorm zu Art. 2 Abs. 1 GG also²⁶⁶, die den Anwendungsbereich und somit auch die Schrankentrias der allgemeinen Handlungsfreiheit zurücktreten läßt. Dies gilt jedoch nur insofern, als Art. 12 Abs. 1 GG den streitigen Lebenssachverhalt überhaupt erfaßt: Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit als genereller Norm ist dann wieder eröffnet, sobald Art. 12 Abs. 1 GG einen Lebensbereich nicht mehr abdeckt.

Zur Konkurrenz zwischen den beiden Grundrechten kann es hingegen dann kommen, wenn die Berufsfreiheit infolge tatsächlicher Auswirkungen mittelbarer Eingriffe mit berufsregelnder Tendenz²⁶⁷ nur indirekt tangiert wird. Erfolgt in derartigen Konstellationen die Prüfung etwa auch vom Blickpunkt der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit, dürften sowohl Art. 2 Abs. 1 GG als auch Art. 12 Abs. 1 GG bezüglich der mittelbar beeinträchtigten Berufsfreiheit anwendbar sein²⁶⁸. Idealkonkurrenz zu Art. 2 Abs. 1 GG besteht freilich auch dann, wenn Einschränkungen zusätzlich Auswirkungen auf das allgemeine

²⁶⁵ Dazu BGH, DÖV 1957, S. 454; *Dürig*, Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 177 (121).

²⁶⁶ BVerfGE 6, 32 (37); 9, 63 (73); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 185 (199); 22, 114 (120); 33, 240 (247); 38, 61 (79); 45, 354 (359); 54, 237 (251); 58, 358 (363); 60, 215 (229); 68, 193 (223 f.); 70, 1 (32); 77, 84 (118); 87, 153 (169); 94, 372 (389); 95, 173 (188); BVerwGE 1, 48 (51); 1, 244 (146); 1, 269 (270); 24, 12 (14); 96, 293 (301); 96, 302 (318); BGHSt 10, 344 (347); vgl. ausführlich dazu *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12, Randnrn. 114 ff., 9, 33.

²⁶⁷ Vgl. dazu oben, S. 43.

²⁶⁸ Das Bundesverfassungsgericht zog in folgenden Entscheidungen hilfsweise auch Art. 2 GG als Prüfungsmaßstab heran: BVerfGE 41, 251 (261); 50, 290 (366); 58, 257 (273 ff.); 87, 153 (169); BVerfG, NJW 1993, S. 1969 (1971 f.). Vgl. auch *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 93.

Persönlichkeitsrecht, etwa das Recht auf menschenwürdige Arbeitsbedingungen, zeitigen²⁶⁹.

2. Art. 14 GG

Ebenso wie die Abgrenzung der Berufsfreiheit von der allgemeinen Handlungsfreiheit erweist sich auch die Abgrenzung der Berufsfreiheit vom Schutzbereich des Art. 14 GG – der Eigentumsgarantie – als problematisch. Dies kommt vor allem auch bei den Überlegungen zur Handwerksordnung zum Tragen, da es für sämtliche Handwerksgewerke kennzeichnend ist, daß die Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital in einer Hand vereint das Betreiben eines selbständigen Handwerksbetriebes erst ermöglichen. Bei der Abgrenzung wird überwiegend darauf abgestellt, daß die Eigentumsgarantie das Erworbenere als das Ergebnis der Betätigung, die Berufsfreiheit hingegen den Erwerb, mithin die Betätigung selbst schütze²⁷⁰. Zur Begründung dessen wird angeführt, daß Art. 14 GG primär objektbezogen sei und insoweit nur solche Positionen anerkenne, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, während Art. 12 GG persönlichkeitsbezogen und zukunftsgerichtet sei²⁷¹.

Dieser differenzierenden Abschichtung der Schutzbereiche von Art. 12 und Art. 14 GG muß jedoch entgegengehalten werden, daß zwischen beiden Grundrechten zahlreiche Kohärenzen auftreten²⁷², so daß die genannte Formel zwar den Prüfungsschwerpunkt zu lokalisieren hilft, dennoch auch beide Grundrechte parallel als Maßstabnorm im Sinne einer Idealkonkurrenz zur Anwendung gelangen können, soweit beide Schutzbereiche betroffen sind²⁷³.

Wird durch einen Eingriff die Berufsfreiheit und gleichzeitig die Vermögenssphäre betroffen, etwa wenn die freie Nutzung des Eigentumsrechts

²⁶⁹ Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 116.

²⁷⁰ BVerfGE 30, 292 (334 f.); 31, 8 (32); 38, 61 (102); 65, 237 (248); 77, 84 (117); 81, 70 (96); 82, 209 (234); 84, 133 (157); 85, 360 (383); 88, 366 (377); BGHZ 111, 349 (357); Wittig, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: FS Müller, S. 575 ff. (590).

²⁷¹ BVerfGE 30, 292 (334); BVerwGE 75, 109 (114); BGHZ 111, 349 (357); Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Randnr. 98.

²⁷² Vgl. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 141 f.

²⁷³ BVerfGE 33, 240 (247); 38, 61 (102); 44, 103 (104); 50, 290 (361 f., 364 f.); 77, 308 (339); Ossenbühl, Freiheiten des Unternehmers, AöR 115 (1990), S. 1 (25).

beruflichen Zwecken dient und in dieses Eigentumsrecht eingegriffen wird oder wenn in eine berufliche Tätigkeit eingegriffen wird, die funktionsnotwendig mit der Nutzung eines bestimmten Eigentumsrechts verbunden ist, hielt es das Bundesverfassungsgericht für erforderlich, beide Grundrechte nebeneinander zu prüfen²⁷⁴.

VI. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen haben die immense Bedeutung des Grundrechtes aus Art. 12 Abs. 1 GG deutlich gemacht, die neben dem Schutz vor Beschränkungen der einheitlich verbürgten Berufsfreiheit vor allem auch in der objektiven Wertentscheidung des Gesetzgebers zu sehen ist. Anhand dieser beiden Punkte werden nachfolgend auch die von der Handwerksordnung und deren Novellierung ausgehenden Wirkungen im wesentlichen beurteilt werden. Die Berufsfreiheit ist die verfassungsrechtliche Sicherung gegen Eingriffe des Staates, an deren Rechtfertigung mit wachsender Eingriffsintensität strengere Anforderungen insbesondere an die Gemeinwohlerwägungen zu stellen sind. Dabei kennzeichnet schon der Begriff „Gemeinwohl“ in seiner eindeutigen Aussage den Gegensatz zum Partikularinteresse, also zu den Individual- und Gruppeninteressen: Nicht einmal Berufsausübungsregelungen dürfen als flankierende Maßnahmen konzipiert werden, um den Besitzstand einzelner oder von Gruppen zu wahren²⁷⁵. Kurzum: Art. 12 GG ist das umfassende Freiheits- und Persönlichkeitsrecht des Erwerbstätigen im beruflichen und gewerblichen Bereich²⁷⁶, oder, mit dem OVG Lüneburg gesprochen: die Berufsfreiheit ist die wirtschaftliche Sphinx der Grundrechte²⁷⁷.

²⁷⁴ BVerfGE 8, 71 (79 ff.); 21, 150 (154 f.); 50, 290 (339 ff., 361 ff., 365); vgl. allerdings auch BVerfGE 17, 232 (248); 22, 380 (386); 34, 252 (257); Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12, Randnr. 138.

²⁷⁵ Czybulka, Berufs- und Gewerbefreiheit, NVwZ 1991, S. 145 (146).

²⁷⁶ Czybulka, Berufs- und Gewerbefreiheit, NVwZ 1991, S. 145; Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 7 (38).

²⁷⁷ OVG Lüneburg, BB 1955, S. 80.

DAS EINTRAGUNGSERFORDERNIS UNTER DEM BLICKWINKEL DES ART. 12 GG AUS DER SICHT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTES

Mit den Vorschriften der HandwO hat der Gesetzgeber von der ihm in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eingeräumten Regelungsbefugnis Gebrauch gemacht, die ihm die Möglichkeit gibt, die unbeschränkte Ausübung des Grundrechtes der Berufsfreiheit mit den Interessen der Allgemeinheit in Einklang zu bringen²⁷⁸. Der Frage, ob und in welchem Umfang das für die genannten Regelungen der HandwO tatsächlich gelungen ist²⁷⁹, soll im folgenden nachgegangen werden. Bezugspunkt dieser Darstellung ist der Handwerksbeschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 17. Juli 1961, der gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG auf Grund einer Vorlage des Landesverwaltungsgerichtes Hannover erging.

Dieses verlangte die verfassungsrechtliche Prüfung der §§ 1 und 7 Abs. 1 und 2 HandwO a. F., die für den nunmehr bei ihm anhängig gemachten Rechtsstreit entscheidungsrelevant waren. Dem Rechtsstreit lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger des Ausgangsverfahrens hatte im Jahr 1934 die Gesellenprüfung im Uhrmacherhandwerk abgelegt und war seitdem als Uhrmacher tätig. Er beantragte bei der höheren Verwaltungsbehörde eine Ausnahmegewilligung nach § 7 Abs. 2 HandwO a. F., weil er infolge einer Versteifung seines linken Ellenbogen- und Handgelenkes nicht in der Lage sei, die bei der Meisterprüfung

²⁷⁸ Dieser Aspekt steht auch bei *Schmitz*, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, S. 88 ff. sehr stark im Vordergrund. Dennoch sieht er die Tatsache, daß die im GG normierten Grundrechte nicht schrankenlos gewährleistet werden, auf Grund der fortschreitenden Individualisierung teilweise hartnäckiger Ignoranz ausgesetzt, vgl. a. a. O., S. 88.

²⁷⁹ *Mundhenke* bezeichnet die Regelungen in der Handwerksordnung (1953) als „ein Meisterwerk verfassungsrechtlicher Elastizität“, da es seiner Auffassung zufolge gelungen sei, Kollisionen zwischen den Vorschriften der Handwerksordnung über die Meisterprüfung einerseits und dem Art. 12 GG andererseits zu vermeiden, vgl. *ders.*, DÖV 1954, S. 17. Ganz anderer Ansicht dazu ist *Glöckner*, Gewerbefreiheit in Gefahr, Die Neue Zeitung, Nr. 259/1951, S. 4, der den Hauptzweck der Handwerksordnung während der Vorbereitung des Gesetzes darin sah, „die mittelalterlichen Beschränkungen, die [...] in Deutschland außerhalb der amerikanischen Zone in Kraft sind, auch auf die US-Zone auszudehnen, um die ‚geschäftstüchtigen Elemente‘, die es gewagt hatten, den eingesessenen Betrieben Konkurrenz zu machen, durch ‚nachträgliche Prüfungen‘ und ‚Streichungen‘ abzuwürgen. [...]“. Vgl. dazu auch die Fortsetzung des Beitrages, *ders.*, Gewerbefreiheit in Gefahr, Die Neue Zeitung, Nrn. 261 u. 269/1951, jeweils S. 4.

geforderten komplizierten Arbeiten durchzuführen. Jedoch sei er durchaus imstande, die im Uhrmacherhandwerk gewöhnlich vorkommenden Arbeiten zu verrichten und einen Handwerksbetrieb zu leiten, was sich nach seinem Vortrag schon daraus ergebe, daß er das Uhrmachergeschäft seines Vaters seit mehreren Jahren praktisch selbständig führe. Er erledige alle im Zusammenhang mit dem Geschäft anfallenden Tätigkeiten, womit die zur ordnungsgemäßen Berufsausübung erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten hinreichend nachgewiesen seien. Sollte die Behörde verweigern, ihm die Ausnahmegewilligung zu erteilen, würde er seinen Handwerksbetrieb aufgeben müssen und seine nach der Vertreibung mühsam aufgebaute wirtschaftliche Existenz verlieren.

Die höhere Verwaltungsbehörde hatte die Erteilung einer Ausnahmegewilligung mit der Begründung abgelehnt, es sei kein Ausnahmefall i. S. d. § 7 Abs. 2 HandwO a. F. gegeben, da der Kläger in den Jahren nach dem Krieg genügend Gelegenheit gehabt habe, die Meisterprüfung abzulegen. Zudem bezweifle die Behörde, daß der Kläger über die notwendigen kaufmännischen, betriebswirtschaftlichen und theoretischen Kenntnisse verfüge.

Das Gericht erbat daraufhin die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes über die Vereinbarkeit der §§ 1, 7 HandwO a. F. mit dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG, da es im Anschluß an den Vorlagebeschuß des Obergerichtes Lüneburg von einem Verstoß gegen das Grundgesetz ausging²⁸⁰.

Das Bundesverfassungsgericht entschied mit seinem Beschluß vom 17. Juli 1961, daß § 1 und § 7 Abs. 1 und 2 HandwO a. F. mit dem Grundgesetz vereinbar seien. Die Entscheidung des Gerichtes und die sie tragenden Gründe sollen in den nächsten Abschnitten aufgezeigt werden, wobei die Darstellung am Gerichtsbeschuß orientiert wird.

²⁸⁰ Zum Vorlagebeschuß des OVG Lüneburg vgl. S. 75.

I. Eingriffsqualität

§ 1 HandwO i. V. m. der Anlage A zur HandwO a. F. setzte für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks die Eintragung in die Handwerksrolle und folglich die für die Eintragung nach § 7 Abs. 1 HandwO a. F. erforderliche Meisterprüfung voraus²⁸¹. Der Entschluß, ein in der Anlage A zur HandwO aufgeführtes Handwerk selbständig als stehendes Gewerbe auszuüben, stellt einen Akt der Berufswahl i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG dar, so daß es sich bei den zitierten Vorschriften um Berufswahlregelungen (Berufszulassungsvoraussetzungen) handelt.

Da die Aufnahme der Berufstätigkeit als selbständiger Handwerker vom Nachweis beruflicher Fähigkeiten und Fertigkeiten abhängig gemacht wird, die sich der einzelne durch einen bestimmten Ausbildungsgang aneignen kann und die er grundsätzlich in einer besonderen Prüfung nachzuweisen hat, ist der von §§ 1, 7 HandwO a. F. geforderte Befähigungsnachweis²⁸² als subjektive Berufszulassungsvoraussetzung zu qualifizieren²⁸³.

²⁸¹ Vor der Novellierung der Handwerksordnung zum 1. Januar 2004 lauteten die beiden für die Meisterprüfung relevantesten Vorschriften wie folgt:

§ 1 Abs. 1 HandwO a. F.: „Der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften (selbständige Handwerker) gestattet. Personengesellschaften im Sinne dieses Gesetzes sind Personenhandelsgesellschaften und Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts. [...]“;

§ 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F.: „In die Handwerksrolle wird eingetragen, wer in dem von ihm zu betreibenden Handwerk oder in einem diesem verwandten Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat. [...]“.

²⁸² Die Meisterprüfung berechtigt den Handwerksmeister zur selbständigen Ausübung eines Handwerksbetriebes (§§ 1, 7 HandwO) und gleichzeitig zur Ausbildung von Lehrlingen (§§ 21 ff. HandwO). Damit existiert nur noch ein Befähigungsnachweis im handwerklichen Sinne; die frühere Unterscheidung zwischen kleinem Befähigungsnachweis (Befähigung zur Lehrlingsausbildung) und großem Befähigungsnachweis (Befähigung zum selbständigen Betrieb eines Handwerks) ist entfallen. Zu dieser Differenzierung vgl. *Über*, Freiheit des Berufs, S. 211.

²⁸³ Vgl. BVerfGE 13, 97 (106). Anderer Ansicht dazu ist *Glöckner*, der angesichts des Umstandes, daß die Meisterprüfung von Handwerksmeistern abgenommen wird, die künftig Wettbewerber sind, von einer versteckten Bedürfnisprüfung und folglich von einer objektiven Berufszulassungsvoraussetzung ausgeht, vgl. *ders.*, Gewerbefreiheit in Gefahr, Die Neue Zeitung, Nr. 269/1951, S. 4.

II. Rechtfertigung

Subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen sind wegen der empfindlichen Beschränkung des Freiheitsbereiches des einzelnen nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt²⁸⁴.

In seinem Handwerksbeschuß²⁸⁵ führte das Bundesverfassungsgericht aus, daß schutzwürdige Gemeinschaftswerte nicht nur absolute, allgemein anerkannte und von der jeweiligen Politik des Gemeinwesens unabhängige seien. Vielmehr könne der Gesetzgeber auch solche Gemeinschaftsinteressen zum Anlaß von Berufsregelungen nehmen, die ihm nicht in diesem Sinne vorgegeben sind, sondern sich erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt²⁸⁶.

Der Prüfungsumfang des Gerichtes beschränkte sich folglich auf die Fragen, ob die durch die gesetzliche Regelung zu schützenden öffentlichen Interessen überhaupt Gemeinschaftswerte übergeordneten Ranges darstellen können und ob das Ergebnis der sich anschließenden Interessenabwägung zugunsten einer Einschränkung der freien Berufswahl ausfällt, das Gemeinschaftsinteresse gegenüber dem Freiheitsrecht des einzelnen also den Vorrang beanspruchen kann. Letztlich muß das Gesetz den Grenzen der Grundrechtsbeschränkung, namentlich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, ausreichend Rechnung tragen.

1. Besonders wichtiges Gemeinschaftsgut

Ein Gemeinschaftsinteresse, das es rechtfertige, den Zugang zur selbständigen Ausübung eines handwerklichen Berufs unter bestimmte Voraussetzungen zu stellen, sah das Bundesverfassungsgericht in der Erhaltung des

²⁸⁴ Vgl. dazu oben, S. 48.

²⁸⁵ Beschluß des Ersten Senates vom 17. Juli 1961, BVerfGE 13, 97 ff.

²⁸⁶ BVerfGE 13, 97 (107). Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes nachzeichnend *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (867).

Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und in der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft²⁸⁷.

Dieser Argumentation lege das Gericht die Überlegung zugrunde, daß der Handwerkerstand eine homogene soziale Gruppe verkörpere, die sich durch geschichtliche Entwicklung, Tradition, typische Besonderheiten ihrer Tätigkeiten, Lebensstil und Standesbewußtsein der Berufsangehörigen von anderen Berufsgruppen deutlich abhebe und daher eine selbständige Position in der mittelständischen gewerblichen Wirtschaft einnehme²⁸⁸. Kennzeichnend sei weiterhin, daß die Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit ausgewogen in einer Hand vereint sind und der Inhaber seine persönlichen Fähigkeiten vollständig zur Geltung bringen kann²⁸⁹. Darauf aufbauend stelle das Handwerk einen volkswirtschaftlich unentbehrlichen Zweig der gewerblichen Wirtschaft sowie einen besonders wichtigen Teil des Mittelstandes dar, dessen Anteil an der Gesamtwirtschaft zugleich eine hochwertige industrielle Fertigungsarbeit gewährleiste²⁹⁰. Diesen Argumenten immanent seien bedeutsame Elemente sozialer Stabilität, deren Stärkung bereits ein legitimes Ziel staatlicher Gesetzgebung sei²⁹¹.

Weiterhin komme dem Handwerkstand eine besondere Bedeutung bei der Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft zu, womit er vor allem der diese Aufgabe nur unvollkommen und mit hohem Kostenaufwand übernehmenden Industrie die Möglichkeit biete, ihren Facharbeiterstamm laufend durch voll ausgebildete junge Handwerker zu ergänzen.

²⁸⁷ BVerfGE 13, 97 (107). Diese Rechtsgrundsätze wurden bereits herausgestellt im Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zum Entwurf der Handwerksordnung vom 20. März 1953 (BT-Drs. 4172, 1. Wahlperiode), BT-Drs. 1248, 1. Wahlperiode, S. 1 ff., abgedruckt in *Hartmann/Phillip*, Handwerksordnung, S. 75 ff. Ausführlich dazu auch *Schmitz*, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, *WiVerw* 1999, S. 88 (89 f.).

²⁸⁸ BVerfGE 13, 97 (110). Vgl. zum Handwerkstand und dessen Leistungsfähigkeit auch *Leisner*, Verfassungsschutz des Handwerks, *GewArch* 1997, S. 393 (395 ff.).

²⁸⁹ BVerfGE 13, 97 (112).

²⁹⁰ BVerfGE 13, 97 (107, 108, 110 f.).

²⁹¹ BVerfGE 13, 97 (112).

Mit diesen Erwägungen begründete das Bundesverfassungsgericht ein besonderes Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung, Pflege und Förderung des Handwerks²⁹², so daß es in einem nächsten Schritt noch feststellen mußte, ob das besondere Gemeinschaftsinteresse der Berufsfreiheit des einzelnen vorgeht.

2. Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit der Regelung

Im Rahmen der Interessenabwägung hatte das Gericht sodann zu prüfen, ob der Gesetzgeber überhaupt befugt war, mit den Regelungen der HandwO Berufszulassungsvoraussetzungen aufzustellen und damit, ob die eingeführten Bedingungen geeignet, erforderlich und angemessen waren.

a) Geeignetheit der Meisterprüfung zu den gesetzgeberischen Zielen

Die Bestimmungen der HandwO verlangten für den selbständigen Betrieb eines Handwerks grundsätzlich das erfolgreiche Bestehen der Meisterprüfung und sollten damit per se ausschließen, daß der Stand selbständiger Handwerker um unqualifizierte oder weniger leistungsfähige Kräfte ergänzt würde. Zwar gewährleisteten die die Meisterprüfung vorsehenden Normen nicht in jedem Fall, daß der Handwerksmeister mit der Entwicklung seines Handwerks Schritt halte und damit kontinuierlich auf dem erstrebten Leistungsniveau bleibe. Die Meisterprüfung lege jedoch den Grundstein für einen konstanten Wissensstand, indem sie absichere, daß nur solche Bewerber Zugang zum Beruf des selbständigen Handwerkers erhalten, die sich durch theoretische und praktische Schulung die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten angeeignet und gleichzeitig auch die Notwendigkeit einer ständigen Weiterbildung erkannt haben. Mit dem erfolgreichen Absolvieren der Meisterprüfung stehe die Befähigung des Inhabers des Handwerksbetriebes fest, auf die es im weiteren

²⁹² Damit wurde das Gericht der gesetzgeberischen Zielsetzung gerecht, die vorrangig am Interesse der Gesamtwirtschaft ausgerichtet war; vgl. dazu *Fröhler*, Die Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises, *GewArch* 1961, S. 49 ff. (50 f.). Entschieden dagegen wendet sich bereits vor Verabschiedung der Handwerksordnung 1953 *Glöckner*, *Gewerbefreiheit in Gefahr*, Die Neue Zeitung, Nr. 261/1951, S. 4, der die Argumentation der Befürworter der Handwerksordnung schon fast polemisch abtut.

entscheidend ankomme, da die Tätigkeit des Meisters die Qualität der Arbeit der Betriebsangehörigen in der Regel beeinflusse und auch gewährleiste.

Die Regelungen der HandwO wären nach Ansicht des Senates insoweit prinzipiell geeignet, das gesetzgeberische Ziel eines leistungsfähigen Handwerkstandes zu erreichen²⁹³.

b) Erforderlichkeit einer Berufszulassungsvoraussetzung

Weiterhin war die Frage zu beantworten, ob es zur Sicherung des besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes erforderlich war, eine subjektive Berufszulassungsvoraussetzung aufzustellen, oder ob bereits Berufsausübungsregelungen der Intention des Gesetzgebers ausreichend hätten Vorschub leisten können.

Das Bundesverfassungsgericht argumentierte ausgehend vom freien wirtschaftlichen Geschehen, das in der Lage sei, leistungsunfähige oder weniger leistungsfähige Kräfte vom Markt auszuschalten. Daher sei anzunehmen, daß die leistungsfähigsten Persönlichkeiten zur Selbständigkeit gelangten oder sich darin behaupteten. Dieser Selbstausschleuseffekt hätte durch Berufsausübungsregelungen noch verstärkt werden können; allerdings wäre er nicht geeignet, den Handwerkstand gegen das Ein- und Vordringen unqualifizierter Kräfte in den Handwerkerberuf zu sichern, was gerade Sinn und Zweck der Meisterprüfung sei: Der anderenfalls aufkommenden Gefahr für die Kundschaft einerseits, mit mangelhaften Leistungen in Berührung zu kommen, und für den Handwerkstand selbst andererseits, durch Verdrängung und Behinderung wirklich leistungsfähiger Betriebe sowie durch Minderung des Ansehens der handwerklichen Arbeit im ganzen Schäden zu erleiden²⁹⁴, könne nur durch eine Regelung begegnet werden, die die Berufsaufnahme an bestimmte Voraussetzungen knüpfe.

Darüber hinaus sei das Erfordernis der Meisterprüfung für die Zulassung zur selbständigen Berufsausübung die mildeste und den Berufsanwärter am

²⁹³ BVerfGE 13, 97 (116).

²⁹⁴ BVerfGE 13, 97 (114).

wenigsten belastende Form, die sich als aus der Natur der Sache folgende Qualifikationsvoraussetzung selbst legitimiere.

Dazu führte das Gericht aus, daß der Gesetzgeber die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie die Art und Weise, wie sie zu erwerben seien, im einzelnen festgelegt habe. Damit mute er dem Bewerber jedoch nur das zu, wozu sich dieser bei verständiger Würdigung ohnehin aus eigenem Entschluß veranlaßt sehen müßte:

Die kennzeichnende Eigentümlichkeit des Handwerksberufes liege schließlich darin, daß der Betriebsinhaber weitgehend selbstausführend mitarbeite, so daß es also gerade auf seine persönlichen Fertigkeiten und Kenntnisse entscheidend ankomme. Insofern sei eine Regelung, die von ihm den Nachweis fordere, daß er eben die verlangten Fähigkeiten und Fertigkeiten besitzt, der besonderen Situation dieser Berufe geschuldet und schränke den Freiheitsbereich des einzelnen nur marginal bemerkbar, gegenüber dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsinteressen jedenfalls vergleichsweise gering, ein²⁹⁵.

Der Gesetzgeber habe nach Ansicht des Gerichtes die Stufe der reinen Berufsausübungsregelung daher berechtigt überschritten.

Darüber hinaus mußte die Regelung auch im engeren Sinne verhältnismäßig sein.

c) Angemessenheit der Zulassungsvoraussetzung Meisterprüfung

Die Meisterprüfung als Berufszulassungsvoraussetzung mußte auch angemessen sein, wovon dann auszugehen ist, wenn die zur Zulassungsvoraussetzung erhobenen Kenntnisse und Fertigkeiten im adäquaten Verhältnis zum Ziel der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit stehen und sowohl Ausbildung als auch die anschließende Meisterprüfung die Bewerber nicht übermäßig belasten.

²⁹⁵ BVerfGE 13, 97 (116).

Das Gericht ging davon aus²⁹⁶, daß ein umfangreiches Wissen von Arbeitstechniken und technisch-konstruktiven Zusammenhängen, von zeitgemäßer Formgebung und modischer Gestaltung sowie von betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Vorgehensweisen danach verlange, in einer alle relevanten Fachgebiete umfassenden (Meister-)Prüfung nachgewiesen zu werden. Die im jeweiligen Handwerk gebräuchlichen Arbeiten meisterhaft auszuführen bedeute indessen nicht, daß das fachliche Können das allgemeine handwerkliche Niveau weit überschreiten müsse. Es solle entscheidend darauf ankommen, daß der Berufsbewerber imstande sei, die gebräuchlichen Arbeiten selbständig nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht zu erledigen²⁹⁷.

Darüber hinaus habe der Gesetzgeber den ohnehin notwendigen Ausbildungsgang lediglich in einer durchschnittlich angemessenen Weise formalisiert. Angestrebtes Ausbildungsziel sei, daß der Lehrling die in seinem Handwerk gebräuchlichen Handgriffe und Fertigkeiten mit genügender Sicherheit verrichten könne und daß er die notwendigen Fachkenntnisse über den Wert, die Beschaffenheit, die Behandlung und Verwendung der Roh- und Hilfsstoffe besitze. Um meisterhafte Leistungen vollbringen zu können, bedürfe es darüber hinaus weitaus mehr Berufserfahrung im ausgeübten Handwerk²⁹⁸.

Die mit der Meisterprüfung verlangten Kenntnisse und Fertigkeiten stehen nach Ansicht des Gerichtes mithin in angemessenem Verhältnis zur angestrebten ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit. Weder der Ausbildungsgang noch die zu erbringende Prüfungsleistung stellen eine übermäßige Belastung des Berufsanwärters dar²⁹⁹.

²⁹⁶ BVerfGE 13, 97 (118 f.).

²⁹⁷ BVerfGE 13, 97 (119).

²⁹⁸ BVerfGE 13, 97 (120).

²⁹⁹ Daran vermochte auch der Grundsatz nichts zu ändern, daß beim Handwerk Kapital und Arbeit in einer Hand vereinigt bleiben sollten und folglich ein Unternehmer, der selbst nicht Meister war, gehindert war, durch Anstellung eines Handwerksmeisters einen Handwerksbetrieb zu eröffnen. Mit der Reform der HandwO zum 01. Januar 2004 hat sich der Gesetzgeber vom Inhaberprinzip gelöst, so daß diese Frage ohnehin ihre Bedeutung verlor. *Kopp* stellte das Inhaberprinzip bereits vor der Handwerksrechtsnovelle 1998 in Frage, vgl. *ders.*, Zukunft des Handwerksrechts, WiVerw 1994, S. 1 ff. (4, 6 f.).

aa) Die Freiheitsbeschränkung weiter abmildernde Gesichtspunkte

Das Bundesverfassungsgericht führte weiter aus, daß die durch die Handwerksordnung erfolgende Freiheitsbeschränkung in ihrer Absolutheit auch aus anderen Erwägungen nicht aufrechterhalten werden könne. So bliebe es jedem Handwerker unbenommen, auch ohne Meisterprüfung in Handwerk und Industrie tätig zu sein, etwa als unselbständiger Handwerker oder aber als Industriearbeiter.

Zudem bestehe in Ausnahmefällen die Möglichkeit, die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten in anderer Weise als durch die Meisterprüfung zu erbringen. Von der Anerkennung solcher Ausnahmefälle durch die den Vollzug der Handwerksrolle übernehmenden Behörden sollte nach der Intention des Gesetzgebers nicht engherzig Gebrauch gemacht werden³⁰⁰. Somit sei gewährleistet, daß das Gesetz auf diese Weise selbst die Möglichkeit eröffne, einen Handwerksbetrieb ohne die grundsätzlich erforderliche Meisterprüfung selbständig zu führen. Im Ergebnis hielt das Gericht fest, daß das Gewicht der durch die HandwO auferlegten Freiheitsbeschränkung durch andere Aspekte weiter abgemildert werde.

bb) Beschränkung der Berufswahl auf die in Anlage A genannten Handwerke

Schlußendlich stellte sich noch die Frage, inwieweit die Beschränkung der Regelungen der HandwO auf die in Anlage A verzeichneten Zweige des Handwerks rechtmäßig sei, da sie es dem einzelnen fast unmöglich mache, sich etwa ein Teilgebiet aus den in festen Berufsbildern zusammengefaßten handwerklichen Betätigungen als Beruf zu erwählen und seine Ausbildung und die erforderlichen Prüfungsleistungen dementsprechend zu begrenzen.

³⁰⁰ Vgl. dazu die Bekanntmachung der Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, S. 2. (auch abgedr. in GewArch 2001, S. 123 ff.) Darin heißt es:

„Erreicht werden soll insbesondere, daß bei der Anerkennung von Ausnahmefällen im Rahmen des § 8 der Handwerksordnung in allen Ländern ein möglichst einheitlicher und möglichst großzügiger Vollzug der Handwerksordnung gewährleistet wird und Existenzgründungen erleichtert werden.“

In diesem Zusammenhang griff das Gericht auf seine Ausführungen im Apothekenurteil zurück, in dem es die Befugnis des Gesetzgebers anerkannt hat, Berufsbilder zu fixieren. Danach sei es der Legislative anheimgestellt, unter Beachtung der Herkunft und der tatsächlichen Übung der Berufe verwandte Tätigkeiten zu einem einzigen einheitlichen Beruf zusammenzufassen. Generell sei der Gesetzgeber zur Typisierung gezwungen, was ihn auf der Grundlage eines gewissen Spielraums dazu berechtige, durchschnittlich gerechtfertigte Qualifikationserfordernisse aufzustellen. Jedoch könne er selbst verbreitete Spezialisierungstendenzen um der Aufrechterhaltung des umfassenderen Charakters des Handwerkers gegenüber dem Facharbeiter willen nur in Grenzen berücksichtigen. Ist dann im Ergebnis nicht festzustellen, daß die überkommenen und tatsächlich bestehenden Verhältnisse im Hinblick auf die betroffenen Berufe verzerrt sind, so seien die sich in vernünftigen Grenzen haltenden Differenzen im Bereich der Ausbildungs- und Prüfungsleistungen verschiedener Handwerksberufe hinzunehmen³⁰¹.

Die in Anlage A zur Handwerksordnung aufgezählten Handwerkszweige seien zudem offensichtlich an den traditionellen Berufsbildern des Handwerks orientiert, wenngleich der Gesetzgeber auch Spezialisierungstendenzen angemessen berücksichtigt habe, so daß verfassungsrechtliche Bedenken nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes nicht durchgreifen³⁰².

d) Abwägungsergebnis

Im Ergebnis hielt das Bundesverfassungsgericht fest, daß die Abwägung des besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes leistungsfähiger Handwerkstand mit der Freiheit des einzelnen, den Beruf frei zu wählen und auszuüben, zugunsten des Handwerkstandes ausfällt.

Dem Senat folgend beanspruche das Gemeinschaftsinteresse gegenüber dem Freiheitsrecht des einzelnen den Vorrang, so daß die mit der Meisterprüfung

³⁰¹ BVerfGE 13, 97 (117).

³⁰² BVerfGE 13, 97 (118).

verbundene Einschränkung der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei³⁰³.

³⁰³ Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit der Meisterprüfung bislang nicht in Frage gestellt, s. zuletzt noch BVerfG, GewArch 2000, S. 240; GewArch 2000, S. 480; NVwZ 2001, S. 187 ff. Indes deutet *Mirbach*, Ende des Meisterzwangs, NVwZ 2001, S. 161 (163), in den letztgenannten Beschluß einen ersten vagen Hinweis darauf, daß das BVerfG bei einer erneuten Entscheidung unmittelbar über den Meisterzwang auf Grund einer wesentlich geänderten Sachlage und auf Grund neuer Erkenntnisse auch zu wesentlich anderen Ergebnissen kommen könnte. Noch weiter gehende Mutmaßungen läßt dann der Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 5. Dezember 2005 zu, vgl. GewArch 2006, S. 71 ff. S. ferner zur Verfassungsmäßigkeit der Meisterprüfung BVerfG, GewArch 1997, S. 63; GewArch 1998, S. 470; GewArch 1999, S. 108; GewArch 1999, S. 193; GewArch 2001, S. 479; VGH Mannheim, DVBl. 1998, S. 539; GewArch 2004, S. 21; *Leisner*, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, S. 445 ff. Bezgl. wichtiger Entscheidungen in den Jahren 1990-1995 vgl. *Mallmann*, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zum Handwerksrecht, GewArch 1996, S. 89 ff.

KRITISCHE WÜRDIGUNG DES HANDWERKSBECHLUSSES

In der Rechtsprechung haben sich bereits vor Erlaß des Handwerksbeschlusses verschiedene Auffassungen zur Verfassungsmäßigkeit des Befähigungsnachweises als Voraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerks herausgebildet.

Zwar ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes nachträglich auf weitgehende Zustimmung gestoßen³⁰⁴; nichtsdestominder existieren nach wie vor Gegenauffassungen in Rechtsprechung und Literatur³⁰⁵, auf die im folgenden eingegangen werden soll.

I. Vorlagebeschluß des Bundesgerichtshofes vom 28. April 1952

In einem die – in dem maßgeblichen Punkte der Meisterprüfung der Handwerksordnung von 1953 entsprechenden – Handwerksordnung des früheren Landes Württemberg-Hohenzollern³⁰⁶ betreffenden Vorlagebeschluß

³⁰⁴ Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes führte lediglich fort, was bereits von anderen höheren Gerichten wie auch von Autoren über die Vereinbarkeit der Handwerksordnung mit dem Grundgesetz vorgetragen wurde; vgl. dazu als eine Auswahl OVG Lüneburg, Urteil vom 6. Juni 1950, DVBl. 1951, S. 452; OVG Münster, Urteil vom 8. August 1951, DVBl. 1953, S. 318 sowie Urteil vom 17. September 1953, DÖV 1954, S. 287; OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 1955, S. 191; Hamburgisches OVG, DHB 1955, S. 188; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 666-672, 718 ff., 800 f. und Bd. II, S. 805; v. *Turegg*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, NJW 1954, S. 96 ff.; *Becker*, Zum Befähigungsnachweis im Handwerk, NJW 1955, S. 975 ff.; *Haußleiter*, Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1952, S. 496 ff.; *ders.*, Grundgesetz und handwerklicher Befähigungsnachweis, DHB 1953, S. 121 ff.; *ders.*, Probleme der neuen Handwerksordnung, DVBl. 1953, S. 558 ff. Erfreut über den Beschluß des Gerichtes zeigte sich *Erhard*, Das deutsche Handwerk im europäischen Markt, GewArch 1962, S. 121 f. Im Ergebnis auch zustimmend *Leisner*, Verfassungsschutz des Handwerks, GewArch 1997, S. 393 (397 f.).

³⁰⁵ Eine Zusammenfassung hierzu gibt *Becker*, Rechtsprechung, DÖV 1955, S. 208 ff.

Unabhängig von rechtlichen Erwägungen, sondern vielmehr aus ökonomischen Gründen heraus empfiehlt die *Monopolkommission* zur Reform der Handwerksordnung, den großen Befähigungsnachweis als Voraussetzung für den Marktzutritt im Handwerk abzuschaffen, vgl. *dies.*, Sondergutachten 31, Reform der Handwerksordnung, S. 37 ff.

³⁰⁶ Handwerksordnung Württemberg-Hohenzollern vom 5. November 1946, ABl. 1947, S. 1 ff.

an das Bundesverfassungsgericht sprach sich der Bundesgerichtshof (BGH) gegen die Verfassungsmäßigkeit des Befähigungsnachweises aus³⁰⁷.

Seine Einwände stützte der Gerichtshof darauf, daß Berufszulassungsvoraussetzungen grundsätzlich nur zur Abwehr von Gefahren zulässig seien und zwingende Gründe dafür, das berufliche Können in einer Prüfung wie der Meisterprüfung nachzuweisen, nicht bei allen Handwerken bestehen. Es müsse für jeden Berufszweig gesondert geprüft werden, ob bei der Ausübung eines ihm angehörenden Berufes ohne die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten Gefahren entstehen könnten.

Weiterhin könne auch aus dem historischen Leitbild des Handwerkerberufes nach der Entwicklung des Handwerksrechts in Deutschland nicht zwingend gefolgert werden, den selbständigen Betrieb eines Handwerks unterschiedslos an den Meisterbrief binden zu müssen³⁰⁸. Das von den deutschen Ländern adaptierte liberale Gedankengut der französischen Revolution führte zu einer umfangreichen Gewerbefreiheit, die erst durch die nationalsozialistische Gesetzgebung partiell wieder geschmälert worden sei³⁰⁹.

Im Ergebnis greife die aus berufspolitischen Erwägungen aufgestellte Forderung des Befähigungsnachweises für alle Handwerke ungeachtet der Besorgnis vor Gefahren nach Ansicht des Gerichtshofes ungerechtfertigt in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein³¹⁰.

³⁰⁷ Vgl. dazu BGH, WuW 2 (1953), S. 60 ff.; DVBl. 1953, S. 471 ff.

³⁰⁸ BGH, DVBl. 1953, S. 471 (473).

³⁰⁹ BGH, DVBl. 1953, S. 471 (473). Vgl. dazu bereits oben, S. 14 ff. und S. 23 f.

Anderer Ansicht dazu sind *Scheuner*, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, DHB 1955, S. 339 (341) wie auch *v. Turegg*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, NJW 1954, S. 96; beide bemängeln, daß der BGH ausschließlich auf die Argumente der dem Handwerk entgegengesetzten liberalen Auffassung und damit nur auf einen Bruchteil der geschichtlichen Grundlagen zurückgreift. Ausführlicher zur geschichtlichen Entwicklung der Handwerksordnung nach dem nationalsozialistischen Herrschaftsregime *v. Turegg*, a. a. O., S. 96 ff. sowie *Haußleiter*, Probleme der neuen Handwerksordnung, DVBl. 1953, S. 558 ff.

³¹⁰ BGH, DVBl. 1953, S. 471 (473, 474). Gestützt auf dieses Gutachten hat das VG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 16. April 1953 ausgeführt, der große Befähigungsnachweis dürfe nur gefordert werden, wo dies zur Abwendung von Gefahren, die aus der Handwerksausübung drohen, dringend geboten ist, vgl. dazu *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 805. Auch das OLG Freiburg i. Br. sieht die Vorschriften, die den selbständigen Betrieb aller Handwerkszweige unterschiedslos vom großen Befähigungsnachweis abhängig machen, vollumfänglich als verfassungswidrig an, vgl. Vorlagebeschuß des OLG Freiburg i. Br., NJW 1953, S. 800.

II. Vorlagebeschluß des OVG Lüneburg vom 19. Januar 1955

Durchgreifende Bedenken gegen die Vereinbarkeit der §§ 1 und 7 HandwO a. F. erhob ferner das OVG Lüneburg³¹¹. Seinem Vorlagebeschluß an das Bundesverfassungsgericht legte es vor allem die folgenden Erwägungen zugrunde:

Die Aufnahme des Berufes gehöre zur freien Berufswahl des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und nicht zu der der Regelungskompetenz des Gesetzgebers anheimgestellten Ausübung des Berufes. Allerdings unterliege auch der freie Zugang zum Beruf Beschränkungen, die jedoch nur erlaubt seien, sofern sie nicht in den Wesensgehalt des Art. 12 GG unzulässig antastender Weise den Zugang zum Beruf überhaupt versperrten. Daran anknüpfend läßt das OVG die Forderung nach einem Befähigungsnachweis lediglich für solche Handwerke zu, deren Ausübung mit Gefahren verbunden sei oder die besondere Kenntnisse erforderten, die also die vom Gesetz aufgestellte Voraussetzung „Befähigungsnachweis“ aus übergeordneten Erwägungen des Allgemeinwohls rechtfertigten³¹². Verlange das Gesetz die Meisterprüfung hingegen unterschiedslos für alle Handwerke, so sei dies lediglich aus berufspolitischen Erwägungen begründet und werde nicht durch ein öffentliches Interesse und den Schutz vor Gefahren gedeckt, woraus die Verfassungswidrigkeit der verlangten Meisterprüfung resultiere.

Das Gericht begründete die Verfassungswidrigkeit des Befähigungsnachweises weiterhin mit der de facto ad absurdum geführten Behauptung, die HandwO gebe jedem Bewerber die gleiche Chance, die geforderten fachlichen Voraussetzungen zu erfüllen³¹³. Bei dem Erfordernis des Befähigungsnachweises handele es sich um eine subjektive Berufszulassungsbeschränkung, deren Erfüllung grundsätzlich von den Fähigkeiten und Fertigkeiten des einzelnen abhängig sei. Damit seien jedem

³¹¹ OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 ff.; BB 1955, S. 80 f.; *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 ff., Fn. 5 und 6 m. w. N.

³¹² OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 (188).

³¹³ OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 (189).

Bewerber zwar grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten eröffnet. Diese theoretische Idealvorstellung werde jedoch dadurch entkräftet, daß die Erfüllung der Zulassungsbedingungen gerade nicht mehr ausschließlich vom Willen und den Fertigkeiten des Bewerbers abhängen, sondern vielmehr von außerhalb seiner Willenssphäre liegenden wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen bestimmt werde. Gerade in konjunkturschwachen Zeiten seien bereits die rein zeitlichen Voraussetzungen für die Zulassung zur Meisterprüfung³¹⁴ nur schwerlich zu erfüllen. Diese mögliche Auswirkung der Zulassungsvorschriften der HandwO sei mit dem Grundrecht der freien Berufswahl nicht vereinbar³¹⁵.

Schlußendlich bediente sich auch das OVG im weiteren Verlauf seiner Argumentation des historisch gegebenen Berufsbildes des Handwerkers³¹⁶ und schlußfolgerte aus der die Gewerbefreiheit schrittweise begrenzenden Entwicklung in den Jahren 1897 bis 1935, daß das Berufsbild des Handwerkers gerade keine Umformung dergestalt erfahren habe, daß mit dem Begriff des selbständigen Handwerkers die Qualifikation als Handwerksmeister zwingend und unlöslich verknüpft sei: das Berufsbild des Handwerkers erfordere die Qualifikation als Handwerksmeister nicht³¹⁷.

III. Weitere kritische Stimmen

Ebenso wie die angeführten oberen Gerichte äußerten Stimmen in der Literatur nachvollziehbare Zweifel an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Befähigungsnachweises.

³¹⁴ Das OVG Lüneburg bezog sich hier explizit auf § 30 sowie § 44 Abs. 1 HandwO in der seinerzeit gültigen Fassung, die eine Lehrzeit von drei bis vier Jahren sowie die sich anschließende drei- bis fünfjährige Gesellenzeit vorsahen.

Die HandwO in der nunmehr gültigen Fassung sieht eine Ausbildungsdauer von zwei bis drei Jahren vor, vgl. §§ 25, 26 Abs. 1 Nr. 2 HandwO. Bezüglich der für die Ablegung der Meisterprüfung erforderlichen Gesellenzeit verlangt die HandwO nur eingeschränkt eine mehrjährige Berufstätigkeit, wofür jedoch nicht mehr als drei Jahre gefordert werden dürfen, vgl. § 49 Abs. 2 S. 1 und 2 HandwO.

³¹⁵ OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 (189); vgl. hierzu auch das Urteil des BVerwG, DVBl. 1954, S. 258.

³¹⁶ OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 (189 f.).

³¹⁷ OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 (190).

1. Hamann: Unverhältnismäßigkeit des Befähigungsnachweises

So gab etwa *Hamann*³¹⁸ auf der Basis, daß es dem Gesetzgeber verwehrt sei, aus Marktordnungserwägungen heraus den Zugang zu einem Beruf durch quantitative Beschränkungen (Bedürfnisklauseln) zu versperren³¹⁹, zu bedenken, daß die Einführung des Befähigungsnachweises als Voraussetzung der Berufszulassung unzweifelhaft eine solche hemmende Wirkung besitze. Diese sei um ihrer Zulässigkeit willen zu rechtfertigen. Beim Versuch der Rechtfertigung ergaben sich seinerseits Zweifel an der Zulässigkeit des Befähigungsnachweises insbesondere aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, konkret aus der Erforderlichkeit des Befähigungsnachweises³²⁰. *Hamann* führte aus, daß das zu schützende öffentliche Interesse in den meisten Fällen ebenso gut oder gar besser auf andere Weise gewahrt werden könne als durch Zulassungsbeschränkungen, namentlich durch Beschaffenheitsvorschriften oder eine qualifizierte staatliche Aufsicht³²¹. Aus dem Vorhandensein alternativer Regelungsmöglichkeiten schloß *Hamann* auf die Unverhältnismäßigkeit und damit auf die Unzulässigkeit des Befähigungsnachweises und kam zu dem Ergebnis, daß Zulassungsbeschränkungen letztlich nur bei gefährlichen Berufen als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen seien³²².

³¹⁸ *Hamann*, Berufsordnungsgesetze und Grundgesetz, BB 1955, S. 293 (294).

³¹⁹ BGH, NJW 1953, S. 582 f.; vgl. auch *Hamann*, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 66 f., m. w. N. in Fn. 20.

³²⁰ Ein weiterer wesentlicher Aspekt für die Unzulässigkeit des Befähigungsnachweises ergab sich für *Hamann* aus dem Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, da ein Befähigungsnachweis vielfach nur für Handwerks-, nicht aber für industrielle Betriebe der gleichen Branche verlangt werden; vgl. *ders.*, Berufsordnungsgesetze und Grundgesetz, BB 1955, S. 293 (294).

³²¹ Hierbei stützte sich *Hamann* vor allem auf ein Gutachten des wissenschaftlichen Beirates des Bundeswirtschaftsministers vom 14. November 1954, das wesentliche Fragen zu Anträgen und Gesetzesentwürfen zur Beschränkung des Wettbewerbs in gewissen Gewerben und Berufen behandelt.

³²² *Hamann*, Berufsordnungsgesetze und Grundgesetz, BB 1955, S. 293 (294).

2. Naumann: Zulassungsverfahren nur ausnahmsweise gerechtfertigt

Zu diesem Ergebnis kam auch *Naumann*³²³. Ausgehend davon, daß es zulässig sei, die Aufnahme eines gewählten Berufes vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig zu machen, erachtete er die eingeführten resp. beibehaltenen Zulassungsverfahren, in denen die für die Erlaubnis vorgesehenen Kenntnisse und Fertigkeiten geprüft und nachgewiesen werden, als rechtmäßig. Einschränkend seien im Zulassungsverfahren jedoch lediglich solche Aspekte zu prüfen und solche Tatsachen zur Versagung der Zulassung zu verwenden, die erkennen ließen, daß die Aufnahme des Berufes geeignet sei, die in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schutzgüter zu verletzen³²⁴. Daraus schlußfolgerte *Naumann*, daß ein Gesetz nicht generell für alle Berufe ein Zulassungsverfahren einführen könne; letztere seien nur dort verfassungsmäßig gerechtfertigt, wo aus der Aufnahme des Berufes nach den Erfahrungen des Lebens mit Wahrscheinlichkeit Gefahren für andere entstehen können³²⁵.

3. Reuß: Verfassungswidrigkeit der Meisterprüfung

Auch *Reuß* unterzog den Handwerksbeschluß des Bundesverfassungsgerichtes einer kritischen Würdigung und stellte ausgehend von dem bis dahin zur Berufsfreiheit ergangenen Apothekenurteil fest, daß das Gericht seine Grundhaltung zu der Frage, aus welchen Gründen die Berufsfreiheit gesetzlich eingeschränkt werden darf, aufgegeben habe³²⁶. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung sei eine lediglich aus

³²³ *Naumann*, Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 423 ff.

³²⁴ Vgl. auch hierzu i. e. *Praß*, Zulassungsbeschränkungen, DStR 1951, S. 101 (176, 179).

³²⁵ *Naumann*, Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 423 (430). Insbesondere sei nach *Naumann* dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der die Berufsfreiheit beschränkenden Mittel Genüge getan, da die Abwehr von Gefahren oder Schädigungen der Allgemeinheit oder der in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Güter ausreichend dadurch gewährleistet sei, daß persönliche Zuverlässigkeit und fachliche Eignung im Hinblick auf die gefahrenbringenden Auswirkungen der Berufstätigkeit vor der Zulassung des Berufswilligen geprüft würden, vgl. *ders.*, a. a. O., S. 431.

³²⁶ *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (866).

standespolitischen Erwägungen erfolgende Beschränkung nunmehr zulässig, was *Reuß* zumindest als bedenklich wertete³²⁷.

Zunächst beklagte er einen Widerspruch methodischer Art. In seiner bisherigen Rechtsprechung, maßgeblich in seinem Apothekenurteil, sei das Bundesverfassungsgericht vom Vorrang der Freiheitsrechte und damit von der Darlegungspflicht des Gesetzgebers bei grundrechtsbeschränkenden Gesetzen ausgegangen, die einer verfassungsgerichtlichen Nachprüfung anhand des Grundgesetzes standhalten müsse; es nahm unzweifelhaft für sich in Anspruch, grundrechtsbeschränkende Bestimmungen daraufhin zu überprüfen, ob sie den gesetzgeberischen Zielen dienen und darüber hinaus auch geboten seien. In seinem Handwerksbeschuß führte das Gericht indessen aus, daß es sich nur dann über die Wertungen des Gesetzgebers hinwegsetzen dürfe, wenn diese sich als nach dem Grundgesetz unhaltbar erwiesen³²⁸, mit der Folge, daß sich das Gericht seiner umfassenden Prüfungsbefugnis begab.

Die zweite, viel gewichtigere Abweichung des Gerichtes gegenüber den von ihm im Apothekenurteil aufgestellten Grundsätzen erblickte *Reuß* indessen darin, daß nach dem Apothekenurteil der Gesetzeszweck, „den Apothekerstand gesund zu erhalten und damit zugleich der Volksgesundheit zu dienen“³²⁹, eine Grundrechtseinschränkung nicht rechtfertige, während „das Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden und leistungsfähigen Handwerkstandes als Ganzen“³³⁰ und „die Erhaltung und Förderung des Ansehens dieses Berufsstandes“³³¹ Beschränkungen von Grundrechten rechtfertigen können sollen. Erkannte das Gericht also berufspolitische Gesichtspunkte eines Standes bislang nicht als Grundrechtsbeschränkungen legitimierende Kriterien an, beinhaltet der Handwerksbeschuß im wesentlichen die dazu konträre Aussage, daß standespolitische Erwägungen – wenn auch

³²⁷ *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (868).

³²⁸ *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (866).

³²⁹ BVerfGE 7, 377 (414).

³³⁰ BVerfGE 13, 97 (110).

³³¹ BVerfGE 13, 97 (112).

unter engen Voraussetzungen – doch rechtfertigend herangezogen werden können.

Die größten Bedenken in diesem Kontext ergaben sich für *Reuß* daraus, daß der Gesetzgeber die Interessen eines Standes zu derart wichtigen Gemeinschaftsgütern erklärt hat, mit der Wirkung, daß das Grundrecht der Berufsfreiheit stellvertretend für alle anderen Grundrechte aus standespolitischen Gründen zulässig beschränkt werden könne³³². Schon begrifflich seien Standesinteressen von Allgemeininteressen zu differenzieren, da sie letzteren als Gruppeninteressen eo ipso gegenüberstünden. Zwar könnten Standes- und Allgemeininteressen auch kongruent sein; diese Kongruenz habe Art. 12 GG jedoch zugunsten des Allgemeininteresses an der Erhaltung der Freiheit der Berufswahl verschoben, so daß das Standesinteresse de lege lata zurückstehe und das Ansehen eines Berufsstandes kein wichtiges Gemeinschaftsgut darstelle. Dies müsse insbesondere dann gelten, wenn es sich um einen so voluminösen und bedeutsamen Berufsstand wie den der Handwerker handele: In einem solchen Fall seien die Allgemeininteressen zum Schutze der Außenstehenden und Verbraucher noch mehr zu berücksichtigen und noch schutzwürdiger³³³.

Vor dem Hintergrund, daß die von den Berufsanwärtern abverlangten Kenntnisse und Fertigkeiten nicht unter dem Gesichtspunkt abverlangt werden, daß Kunden durch mangelhafte Leistungen keine Einbußen erleiden, sondern daß vielmehr das Ansehen des Berufsstandes infolge minderwertiger Arbeiten nicht geschädigt werden solle, wertete *Reuß* den Befähigungsnachweis zudem als nicht zwingend geboten und damit als unverhältnismäßig³³⁴.

³³² Vgl. dazu ausführlich *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (868 f.).

³³³ So *Reuß'* Ergebnis, vgl. *ders.*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (868).

³³⁴ *Reuß*, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865 (869).

4. Uber: Generelle Verfassungswidrigkeit des Befähigungsnachweises

Zur generellen Unvereinbarkeit der Meisterprüfung als Voraussetzung zum selbständigen Betrieb eines Handwerksgebietes mit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG kam auch *Uber*³³⁵ – sowohl unter dem Aspekt des Befähigungsnachweises als Zulassungsvoraussetzung als auch unter dem einer Ausübungsregelung.

a) Befähigungsnachweis als Zulassungsvoraussetzung

Zunächst beleuchtet *Uber* den Befähigungsnachweis als Voraussetzung, überhaupt zum Beruf zugelassen zu werden und kommt zu dem Schluß, daß die Eintragungspflicht des § 1 Abs. 1 HandwO a. F., soweit sie eine Zulassungsvoraussetzung für den Beruf des selbständigen Handwerkers darstelle und ihrerseits die Meisterprüfung voraussetze, mit der Freiheit des Berufes unvereinbar sei³³⁶. Er begründet seine Ansicht damit, daß es sich beim Befähigungsnachweis nicht nur um einen Sachkundenachweis handele, der zugleich mit der Berufsaufnahme zu erbringen und damit noch zulässige Ausgestaltung des Berufsbildes sei³³⁷. Während zur Ausgestaltung des Berufsbildes gegebenenfalls der Nachweis einer bestandenen Prüfung, höchstensfalls jedoch ein Sachkundenachweis verlangt werden könne, gelte dies lediglich zusammen mit der Anzeige, den Beruf aufzunehmen, nicht für ein Zulassungsverfahren³³⁸.

³³⁵ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 211 ff.

³³⁶ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 212.

³³⁷ Diesen Ausführungen liegt *Ubers* Berufsbildlehre zugrunde, die Gegenstand seiner Ausführungen a. a. O., S. 89 ff., insbesondere S. 94 ff., ist. Kennzeichnend dafür ist das Berufsbild eines bestimmten Berufes, innerhalb dessen der Beruf zu verstehen sei; der angestrebte oder ausgeübte Beruf müsse m. a. W. dem Berufsbild entsprechen. Derjenige, der einen Beruf ergreifen will, müsse mithin die Voraussetzungen erfüllen, die das Berufsbild ausmachen. Das Berufsbild des Handwerkers stützt *Uber* auf die Lehrzeit, das Arbeitsgebiet sowie die innerhalb der Lehrzeit zu vermittelnden notwendigen und erwünschten Kenntnisse und letztlich auf die (Abschluß-)Prüfung als die das Berufsbild tragenden Eckpfeiler.

³³⁸ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 212. Dieser Grundsatz gelte wiederum mit der Einschränkung, daß eine derartige Regelung tatsächlich der Allgemeinvorstellung von dem betreffenden Berufsbild entsprechen muß. Zu den Voraussetzungen, die innerhalb eines statthaften Zulassungsverfahrens geprüft werden können, vgl. *Uber*, a. a. O., S. 214 ff.

Das von Seiten der Handwerkerinnungen wiederholt angeführte und von *Uber* aufgegriffene Argument, in Deutschland bestehe die Vorstellung vom selbständigen Handwerker als „Handwerksmeister“ und damit einhergehend, es werde grundsätzlich qualifizierte Handwerksarbeit geleistet, entkräftet *Uber*, indem er die Erwartungen der Allgemeinheit an Qualitätsarbeit generell als hoch und selbstverständlich bewertet, ohne daß gleich eine besondere Qualifikation vorausgesetzt werde. Der Meisterbrief allein gebe noch keine Gewähr für qualifizierte Arbeit³³⁹; angesichts dessen könne in der Meisterprüfung eine berufsbildende Voraussetzung nicht erblickt werden³⁴⁰.

b) Befähigungsnachweis als Ausübungsregelung

Ebensowenig gelte eine Bindung der Zulassung zum selbständigen Handwerk an den Befähigungsnachweis als zulässige Ausübungsregelung. Hierfür legt *Uber* die von ihm entwickelte Meßbarkeitsklausel³⁴¹ zugrunde, um zu prüfen, ob die Regelung des Befähigungsnachweises zur Aufrechterhaltung der allgemeinen Sicherheit und Ordnung notwendig sei. Da diese Gemeinschaftsinteressen bereits durch das Erfordernis des Berufsbildes, das eine mit der Gesellenprüfung abgeschlossene und genau geregelte Berufsausübung umfaßt, aufrechterhalten und gesichert werden, sei der Befähigungsnachweis nicht erforderlich. Daraus folge dessen Unvereinbarkeit mit Art. 12 GG³⁴².

³³⁹ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 213.

³⁴⁰ Zu den berufsbildenden Voraussetzungen vgl. *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 91 ff. Dazu zählen sämtliche Bestimmungen, die eine Tätigkeit und deren Modalitäten möglichst genau umschreiben, die mithin die Aus- und Vorbildung zu einem Beruf zum Gegenstand haben und eine Ausgestaltung des Berufsbildes (dazu vgl. Fn. 338) darstellen.

³⁴¹ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 70 ff. Die Meßbarkeitsklausel ist eine Zusammenfassung der den Grundrechten mit Gesetzesvorbehalt immanenten Einzelgrundsätze, wobei es sich um Gemeinschaftsinteressen handeln muß, die allgemeingültig sind und deren Verwirklichung ein Gesetz notwendig macht. Der Gesetzgeber könne und dürfe zum Zwecke der Ausgestaltung der Grundrechte folglich nur insoweit tätig werden, als es zur Erhaltung und Sicherung der allgemeinen (gemeinschaftlichen) Sicherheit, Ordnung, Gesundheit und Sittlichkeit notwendig sei.

³⁴² *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 213.

Dies gelte im Ergebnis auch für einzelne selbständige Handwerkerberufe, für die der Befähigungsnachweis nicht das geeignete Mittel zur unmittelbaren und notwendigen Aufrechterhaltung der allgemeinen Sicherheit und Ordnung sei³⁴³.

Schlußendlich hält *Uber* als Ergebnis fest, daß die Freiheit der selbständigen Handwerkerberufe zwar die Anzeige der Berufsaufnahme unter Nachweis einer durch die Gesellenprüfung abgeschlossenen Berufsausbildung voraussetze, dagegen weder generell noch speziell die Bindung der Berufsaufnahme an eine Zulassung gestatte³⁴⁴.

IV. Stellungnahme

Die vielseitig und umfassend geäußerte Kritik am Handwerksbeschluß des Bundesverfassungsgerichtes bietet den Anlaß, dessen Ausführungen zur Rechtfertigung des Meisterprüfungserfordernisses noch einmal abschließend zu betrachten und in einer Zusammenschau mit den angemerkten Kritikpunkten einer eigenen Bewertung zu unterziehen.

1. Zur fehlenden Kompetenz des Gesetzgebers

In seinem Vorlagebeschluß an das Bundesverfassungsgericht bezweifelte das OVG Lüneburg³⁴⁵ bereits die Kompetenz des Gesetzgebers zum Erlaß der Bestimmungen über den Befähigungsnachweis im Handwerk, da die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG lediglich die Ausübung des Berufes der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers unterstelle, der Befähigungsnachweis aber Vorschriften über den Zugang zum Beruf enthalte.

Dem kann als Ansatzpunkt für die Verfassungswidrigkeit der Meisterprüfung nicht gefolgt werden. Entgegen der Ansicht des OVG Lüneburg ist mit dem

³⁴³ Hierzu führte *Uber* an, daß die Meisterprüfung des Fleischers ebensowenig Schutz vor dem Verkauf nicht gekennzeichneten Freibankfleisches sei, wie dessen Verabreichung in Gaststätten durch eine Sachkundeprüfung nicht verhindert werden könne; daraus müsse folgen, daß eine Beschränkung des Befähigungsnachweises auf einzelne selbständige Handwerke ebenfalls unmöglich geworden sei, vgl. *ders.*, Freiheit des Berufs, S. 214.

³⁴⁴ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 214.

³⁴⁵ Vgl. dazu oben, S. 75.

Bundesverfassungsgericht zutreffend davon auszugehen, daß Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht von Berufswahl und Berufsausübung statuiert, dem ein zusammengehörender Komplex beruflicher Betätigung innewohnt. Der über die beiden Sätze des Art. 12 Abs. 1 GG zu erschließende Schutzbereich des Grundrechts gibt lediglich eine Differenzierung auf der Ebene der Grundrechtsbeschränkung vor und deutet darauf hin, daß an die Rechtfertigung des Eingriffes mit steigender Intensität höhere Anforderungen zu stellen sind. Insofern mangelte es dem Gesetzgeber jedenfalls nicht an der Kompetenz, die Zulassung zum Beruf des selbständigen Handwerkers von einem Befähigungsnachweis wie der Meisterprüfung abhängig zu machen.

Auch wenn dem Gesetzgeber folglich die Befugnis zustand, den Zugang zum Beruf des selbständigen Handwerkers zu regeln, stellt sich im Anschluß dennoch die Frage, ob er sich im Hinblick auf die Ausgestaltung der Normen, in materiellrechtlicher Hinsicht, in dem ihm eingeräumten Rahmen bewegt hat. Zweifel bestehen insbesondere daran, ob für die Umsetzung des von ihm herangezogenen legislativen Zieles berechnete Interessen formuliert und verhältnismäßig umgesetzt wurden.

2. Zum besonders schutzwürdigen Gemeinschaftsgut des § 1 Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F.

Entsprechend der vom Gericht selbst formulierten Drei-Stufen-Theorie, die bei der Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG anzuwenden ist, darf die Freiheit der Berufswahl nur eingeschränkt werden, wenn der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert und soweit dieser Schutz nicht auf andere Weise, nämlich mit Mitteln, die die Berufswahl nicht oder weniger einschränken, gesichert werden kann³⁴⁶. Anders als bislang konnte sich das Gericht im Fall des Meisterprüfungserfordernisses gemäß §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F. nicht auf einen absoluten Gemeinwohlbelang stützen; es hatte vielmehr das vom Gesetzgeber vorgegebene und aus dessen wirtschafts-, sozial- und

³⁴⁶ BVerfGE 7, 377 (405 f.).

gesellschaftspolitischen Vorstellungen destillierte Interesse an der Erhaltung und Förderung eines leistungsfähigen Handwerkstandes in den Rang eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes gehoben. Als Begründung führte der Senat an, daß der Handwerkstand eine selbständige Position in der Wirtschaft einnehme und er zugleich einen besonders wichtigen Teil des Mittelstandes darstelle. Weiterhin gewährleiste er die Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft und bilde daher schließlich einen volkswirtschaftlich unentbehrlichen Zweig³⁴⁷, bei dessen Förderung mit der Zustimmung der öffentlichen Meinung gerechnet werden könne.

Mit dieser Argumentation beförderte das Bundesverfassungsgericht das Handwerk aus berufspolitischen Erwägungen heraus in eine Position, die keiner anderen Berufsgruppe in dieser Weise zukommt. Dies gaben auch der BGH und das OVG Lüneburg in ihren Vorlagen an das Bundesverfassungsgericht zu bedenken³⁴⁸.

Zwar ist das Grundgesetz wirtschaftspolitisch in dem Sinne neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das Grundgesetz und insbesondere die Grundrechte beachtet³⁴⁹. Gerade aus dem Wesen der Berufswahl als Akt der Selbstbestimmung und des freien Willensentschlusses des einzelnen, der von Eingriffen der öffentlichen Gewalt möglichst unberührt bleiben muß, folgt jedoch eine Beschränkung der gesetzgeberischen Regelungsbefugnis, deren Grenzen um so enger zu ziehen sind, je intensiver der Gesetzgeber in die Freiheit der Berufswahl eingreift³⁵⁰. Dies gilt gleichermaßen für die Fälle, in denen die verfassungsmäßig verbürgten Grundrechte aus wirtschaftspolitischen Zielen beschränkt werden. Formuliert das Gericht also noch im Apothekenurteil, daß maßgebliche berufspolitische Erwägungen, die dem Schutz eines Standes und

³⁴⁷ Vgl. ausführlich dazu S. 64. Die überdies als Gemeinschaftsinteresse formulierte Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft ist Ausfluß der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes, so daß ihr keine eigenständige Bedeutung bei der Bestimmung und Wertung des Gemeinschaftsgutes zukommt.

³⁴⁸ Zu den Vorlagebeschlüssen vgl. oben, S. 73 und S. 75.

³⁴⁹ BVerfGE 4, 7 (17 f.).

³⁵⁰ BVerfGE 7, 377 (402).

der Erhaltung seines traditionellen Niveaus gelten, jedenfalls dann zurücktreten müssen, wenn der engste Schutzbereich des Grundrechtes aus Art. 12 Abs. 1 GG – die Berufswahlfreiheit – in Frage steht³⁵¹, ließ es diese Aussage bei der Bestimmung des besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes im zugrundeliegenden Fall völlig unbeachtet, obgleich auch im Handwerksbeschuß die empfindliche Sphäre der Berufswahlfreiheit betroffen war.

Dies gibt auch *Reuß* zu bedenken, der zugleich einen Widerspruch des Bundesverfassungsgerichtes zu dessen bisheriger Rechtsprechung erkennt. Sei das Gericht noch in seinem Apothekenurteil vom Vorrang der Freiheitsrechte und von der Darlegungspflicht des Gesetzgebers beim Erlaß grundrechtsbeschränkender Gesetze ausgegangen, die einer verfassungsgerichtlichen Nachprüfung standhalten müsse, tastet es die vom Gesetzgeber vorgenommene Einordnung der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut in seinem Handwerksbeschuß gar nicht erst an, sondern begnügt sich mit der simplen Feststellung, daß es sich nur dann über die gesetzgeberischen Wertungen hinwegsetzen dürfe, wenn sich diese als nach dem Grundgesetz unhaltbar erwiesen. Dies begründet nicht nur den verlautbarten methodischen Widerspruch, sondern birgt zugleich die Gefahr, daß sich der Gesetzgeber diese Vorgehensweise des Gerichts auf Kosten der Freiheitsrechte zunutze macht. Daraus ergibt sich die bereits von *Reuß* für die Zukunft geäußerte Befürchtung, daß die bislang nicht als Grundrechtsbeschränkungen legitimierende Kriterien nunmehr generell als ausreichend erachtet werden, und Art. 12 GG sowie stellvertretend auch alle anderen Grundrechte des Grundgesetzes aus standespolitischen Erwägungen heraus zulässig beschränkt werden können.

Konsequenterweise und in Fortsetzung seiner Rechtsprechung im Apothekenurteil hätte das Gericht die Anschauungen des Gesetzgebers darauf überprüfen müssen, ob sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des

³⁵¹ BVerfGE 7, 377 (444).

Grundgesetzes unvereinbar sind. Zwar verleiht Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG dem Gesetzgeber mit der normierten Regelungsbefugnis auch die umfassende Definitionsmacht, Berufsbilder zu fixieren, die jedoch dort auf ihre Grenzen stößt, wo der Wesensgehalt eines Grundrechtes angetastet wird. Davon ist auszugehen, wenn durch den gesetzlichen Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechtes stärker eingeschränkt würde, als es der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet. Folglich darf der Eingriff nur bei zwingender Notwendigkeit und in dem nach Lage der Sache geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden, und er muß zugleich von dem Bestreben geleitet sein, dem Grundrecht grundsätzlich und im am weitesten möglichen Umfang Raum zu lassen. Da für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgewerbes die Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich ist, die ihrerseits daran geknüpft ist, daß der Berufsanwärter die Meisterprüfung erbringt, kommt dem Grundrecht der Berufsfreiheit zunächst nur noch sehr eingeschränkt Bedeutung zu. Sein Wesensgehalt ist empfindlich angetastet – obgleich der sachliche Anlaß dazu, nämlich der Schutz des Handwerkstandes, dies nicht derart gebietet –, so daß mit dem OVG Lüneburg davon ausgegangen werden kann, daß eine unzulässige Beschränkung des Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt.

Zudem sind Einschränkungen des Grundrechtes nur dann möglich, wenn der Gesetzgeber übergeordnete Erwägungen des Gemeinwohls als schutzwürdiger erachtet als das Freiheitsinteresse eines einzelnen. Indes sind solche Gemeinwohlinteressen dann nicht gegeben, wenn es sich um Partikularinteressen, sprich um Individual- oder Gruppeninteressen handelt. Genau solche liegen im Fall des zu schützenden Handwerkstandes aber vor. Ist also wie im vorliegenden Fall der Schutz eines Standes, nämlich des Handwerkstandes, beabsichtigt, liegt bereits ein Partikularinteresse vor, das nicht als Gemeinwohlbelang klassifiziert werden kann³⁵².

³⁵² Vgl. dazu *Czybulka*, Berufs- und Gewerbebefreiheit, NVwZ 1991, S. 145 (146). Zum Verhältnis von Gemeinwohl und Partikularinteressen vgl. *Bull*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, S. 801 (805); *Schmidt*, Organisierte Einwirkung auf die Verwaltung, VVDStRL 33 (1974), S. 183 ff. (194 ff.).

Diesem Argument öffnet sich auch *Reuß*, der aus Art. 12 GG ableitet, daß der Gesetzgeber dem Allgemeininteresses an der Erhaltung der Berufsfreiheit offensichtlich den Vorrang eingeräumt habe und Standesinteressen schon de lege lata zurückstünden. Aus der Gewährung der Berufsfreiheit für den einzelnen sei herzuleiten, daß das Ansehen eines Berufsstandes ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut nicht darstellen könne, was insbesondere dann gelten muß, wenn der Allgemeinheit ein so bedeutsamer Stand wie der der Handwerkerschaft gegenüberstünde.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß sich das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der Rechtfertigungsanforderungen der Meisterprüfung schon auf ein höchst zweifelhaftes gesetzgeberisches Ziel festgelegt hat.

Der Beschluß führt in der Konsequenz weiterhin dazu, daß das Gericht ein regulierendes Eingreifen des Gesetzgebers in eine gewachsene und marktübliche Konkurrenzsituation befürwortet, ohne andererseits auch nur ansatzweise auf die viel schutzwürdigere Position der Nachfragenden abzustellen. Naheliegend wäre es gewesen, deren Schutz in den Vordergrund zu stellen und die Beschränkung zum Beruf des selbständigen Handwerkers aus den die Gesundheit oder den Verbraucherschutz betreffenden Erwägungen zu rechtfertigen³⁵³, wie dies auch vom Bundesgerichtshof oder etwa von *Naumann* befürwortet wurde. Davon hatte sich der Gesetzgeber mit dem Erlaß der Handwerksordnung im Jahre 1953 jedoch ausdrücklich distanziert³⁵⁴. Statt dessen betrachtete er die Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerkstandes als maßgeblich, die als Standesinteressen einerseits und als wirtschaftspolitische Interessen andererseits dem Individuum an der Freiheit der Berufswahl zum selbständigen Handwerker keinen Raum beließen. Im Gegensatz dazu steht jedoch Art. 12 Abs. 1 GG, der – seinem abwehrrechtlichen Charakter entsprechend – die Freiheit von Berufswahl und -ausübung als Allgemeininteresse höchsten Ranges normiert und dessen Wesensgehalt die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit durch Art. 19 Abs. 2

³⁵³ So etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß zum Sachkundenachweis nach dem Einzelhandelsgesetz vom 11. Oktober 1972, BVerfGE 34, 71 (78).

³⁵⁴ BVerfGE 13, 97 (110).

GG eng und unverrückbar begrenzt. Damit verlieh der Verfassungsgeber der Berufsfreiheit ein Gewicht, das nicht dadurch entkräftet werden kann, daß der Gesetzgeber ein lediglich wirtschaftspolitisches Interesse am Erhalt eines Standes bejaht.

Davon gehen auch der Bundesgerichtshof sowie *Hamann* und *Naumann* aus, die Zulassungsbeschränkungen einzig für solche Berufe als zulässig erachten, deren Aufnahme geeignet sei, die in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schutzgüter zu verletzen. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das Gericht unzutreffend vom Vorliegen eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes ausgegangen ist.

3. Zur Verhältnismäßigkeit des Befähigungsnachweises

Der mit dem Meisterprüfungserfordernis verbundene Eingriff hätte zudem mit dem verfassungsrechtlich verankerten Anspruch des einzelnen gegenüber dem Gesetzgeber auf den Schutz seiner Freiheit vereinbar, also verhältnismäßig sein müssen.

a) Zur Eignung

Vorausgesetzt wird zunächst, daß sich die als Eingriff in ein Freiheitsrecht darstellende Maßnahme überhaupt eignet, das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel zu erreichen, zumindest aber zu fördern. Im Fall des Befähigungsnachweises gab das Bundesverfassungsgericht an, daß dieser den Grundstein für einen konstanten Wissensstand lege und daher die Feststellung ermögliche, daß der Handwerksmeister zur Aufnahme eines selbständigen Handwerksbetriebes befähigt sei. Damit eigne sich der Befähigungsnachweis zu verhindern, daß sich unqualifizierte Kräfte in den etablierten Handwerkstand einreihen.

aa) Fortwährender Nachweis der Befähigung

Dem kann in großen Teilen nicht gefolgt werden. Es mag richtig sein, daß der in Form der Meisterprüfung zu erbringende Befähigungsnachweis die grundsätzliche Befähigung des Bewerbers zum selbständigen Betrieb eines Handwerks feststellt. Indessen darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es sich

dabei um eine einmalig zu erbringende Prüfungsleistung handelt, die gerade keine Gewähr für den kontinuierlichen Erhalt der Leistungsfähigkeit einer Person bieten kann. Dies erkannte auch das Gericht, indem es ausführte, daß die Meisterprüfung nicht garantieren könne, daß ein Handwerksmeister durch fachliche Weiterbildung dauerhaft auf dem erstrebten Leistungsniveau bleibt³⁵⁵. Damit setzt sich das Gericht jedoch in Widerspruch zu seinen vorangehenden Ausführungen im Handwerksbeschluß. Formuliert es bezüglich des zu schützenden Gemeinschaftsgutes noch, daß die Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes erhalten und darüber hinaus noch gefördert werden solle, so nahm es dann bei der Frage der Geeignetheit des Befähigungsnachweises in Kauf, daß ein Handwerker nicht auf dem erstrebten und mit der Meisterprüfung gegebenenfalls erreichten Leistungsniveau bleibt. Die zu Beginn der Berufsausübung geforderte hohe Eingangsqualifikation eignet sich jedoch dann nicht, die Leistungsfähigkeit eines Standes zu erhalten, wenn erkennbar ist, daß sie im Laufe der Berufsausübung Einbußen erleiden wird. Dies steht jedoch angesichts der ein für alle mal festgestellten Befähigung als Handwerksmeister zu befürchten, weshalb auch die Eignung des Instruments der Meisterprüfung zu dem vom Bundesverfassungsgericht angestrebten Ziel nachhaltig in Frage zu stellen ist³⁵⁶.

Dieser Gedanke wurde auch von *Uber* aufgegriffen. Dieser weist zu Recht darauf hin, daß die Erwartungen der Allgemeinheit an Qualitätsarbeit generell als hoch und selbstverständlich bewertet werden, ohne daß sie eine besondere Qualifikation voraussetzen. Insofern gebe der Meisterbrief allein noch keine Gewähr für qualifizierte Arbeit, was mit anderen Worten dafür spreche, daß er auch nicht zwingend geeignet sei, die fortwährende Leistungsfähigkeit eines Handwerkers zu garantieren.

Auch *Ziekow* führt diesen Kritikpunkt im Rahmen seiner Beurteilung von Befähigungsnachweisen im Gewerberecht auf, und weist hinsichtlich des für das Gaststättenrecht eingerichteten Unterrichtsnachweises als auch für den

³⁵⁵ BVerfGE 13, 97 (116).

³⁵⁶ *Pohl* führt dazu aus, daß der Meisterbrief nur indirekte Hinweise auf die Qualität der Handwerksleistungen liefern könne, vgl. *dies.*, Regulierung des Handwerks, S. 242.

unterbliebenen Befähigungsnachweis für Makler und Bauträger gemäß § 34 c GewO darauf hin, daß Risiken für Gäste bzw. Kunden sicherer durch laufende Kontrollen als durch einen Befähigungsnachweis ausgeräumt werden könnten und daß die möglichen Mißstände eher auf der persönlichen Unzuverlässigkeit als auf der fehlenden fachlichen Eignung beruhten³⁵⁷. Beide Autoren sprechen dem Institut des Befähigungsnachweises folglich seine Eignung zu den vorgegebenen Zielen ab.

bb) Liberalisierung und Wettbewerb der Qualifikationen

Dieses Urteil drängt sich in jüngerer Zeit auch aus einem weiteren Grunde auf. Mit der voranschreitenden Öffnung des europäischen Binnenmarktes ist die weitgehende Liberalisierung des Marktes für Handwerksleistungen verbunden, die für die deutschen Handwerker eine immer ernstere Konkurrenz durch Handwerker aus anderen EU-Staaten bedeutet³⁵⁸. Im Gegensatz zu den einheimischen Handwerkern war jenen gemäß § 9 HandwO a. F. i. V. m. § 1 Abs. 1 der EWG-/EWR-Handwerk-VO ein selbständiges Tätigwerden in Deutschland schon dann gestattet, wenn sie die betreffende Handwerkstätigkeit während einer bestimmten Zeitdauer, die – je nachdem ob zuvor eine Ausbildung absolviert worden ist – zwischen drei und sechs Jahren beträgt, als Selbständiger oder Betriebsleiter in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt haben und die ausgeübte Tätigkeit mit den wesentlichen Aspekten des Berufsbildes des entsprechenden Gewerbes übereinstimmte³⁵⁹. War dies der Fall, konnten sich die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten im Inland

³⁵⁷ Ziekow, Befähigungsnachweise im Gewerberecht, in: Peter/Rhein, Wirtschaft und Recht, S. 109 ff.

³⁵⁸ Vgl. zu diesem Problem die Einführung bei König, Das Problem der Inländerdiskriminierung, AöR 118 (1993), S. 591 ff. (609 f.).

³⁵⁹ § 9 HandwO a. F. lautete:

„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zur Durchführung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr und zur Durchführung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle außer in den Fällen des § 8 Abs. 1 zu erteilen ist. § 8 Abs. 2 bis 4 findet Anwendung.“

Zu § 9 HandwO in der derzeit gültigen Fassung vgl. S. 121 ff.; zur EWG/EWR-Handwerk-VO vgl. Fn. 431.

als selbständige Handwerker niederlassen und mußten sich keiner (weiteren) Qualifikationskontrolle unterziehen: Eine dem Meistertitel entsprechende Qualifikation war nicht erforderlich.

Auch diese im Vergleich zum Erwerb des Meistertitels einfach zu erfüllenden Voraussetzungen verursachen weitere erhebliche Zweifel daran, ob Struktur und Qualität der in Deutschland angebotenen Handwerksdienstleistungen noch durch einen Befähigungsnachweis wie den Meistertitel abgesichert werden können. Hält man sich vor Augen, daß die zunehmende Tätigkeit von Handwerkern aus anderen EG-Mitgliedstaaten auf dem deutschen Markt zur Folge hat, daß dem Gesetzgeber und den Handwerkskammern die Kontrolle über den Leistungsstand immer mehr entgleitet, verstärken sich die Zweifel daran, daß die Meisterprüfung zu den formulierten Zielen geeignet ist.

Im Ergebnis ist daher bereits die Eignung des Befähigungsnachweises zu dem vom Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Ziel höchst fraglich³⁶⁰. Diesen Gedanken griff jüngst auch das Bundesverfassungsgericht selbst in einer Entscheidung aus dem Jahre 2005 auf, auf die später noch gesondert einzugehen sein wird.

b) Zur Erforderlichkeit

Die freiheitsbeschränkende Maßnahme müßte zudem erforderlich sein, das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel zu erreichen. Dies setzt voraus, daß keine milderen Mittel vorliegen, die das Grundrecht weniger beschränken und hinsichtlich des zu verfolgenden Zieles gleich wirksam sind³⁶¹. Das Gericht ging davon aus, daß der vom Gesetzgeber gemäß §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 HandwO a. F. unterschiedslos für alle Handwerke vorgesehene Befähigungsnachweis erforderlich sei, um die Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes zu erhalten und zu fördern. Nur mit Hilfe der Meisterprüfung könne verhindert werden, daß

³⁶⁰ So im Ergebnis auch die Bundesregierung in ihrem Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 15. August 2003, BT-Drs. 15/1481, S. 15.

³⁶¹ BVerfGE 53, 135 (146 f.); 68, 193 (218 f.).

sich unqualifizierte Handwerker am Markt ansiedeln und nicht nur dem Ansehen des Standes, sondern auch den Kunden schaden.

Der unter diesen Bedingungen statuierten Erforderlichkeit der Meisterprüfung tritt *Reuß* entschieden entgegen. Vor dem Hintergrund, daß die von den Berufsanwärtern abverlangten Kenntnisse und Fertigkeiten nicht vordergründig unter dem Gesichtspunkt gefordert würden, daß Kunden durch mangelhafte Leistungen keine Einbußen erleiden, sondern daß vorrangig das Ansehen des Berufsstandes infolge minderwertiger Arbeiten nicht geschädigt werden solle, verneint er die Erforderlichkeit des Befähigungsnachweises und kommt bereits so zu dem Ergebnis, daß die Meisterprüfung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit des einzelnen darstelle.

aa) Vorliegen milderer Mittel

Zwar beruft sich das Gericht im Gegensatz zu dem zuvor Ausgeführten hier zunächst auch auf die den Handwerkern gegenübergestellten und ihre Leistungen in Anspruch nehmenden Verbraucher, deren Schutz vor Gefahren und Schäden einen richtigen Ansatz für die Erforderlichkeit des Befähigungsnachweises geboten hätte. Seine weiteren Ausführungen sind indessen wieder auf den – vom Ansatz als Schutzgut abzulehnenden – Handwerkstand und dessen Ansehen gerichtet. Entgegen der Auffassung des Gerichtes stellt die als Berufszulassungsbeschränkung einzustufende Meisterprüfung nicht das mildeste Mittel dar, um das gerichtlich fixierte Gemeinschaftsgut zu erreichen.

Grundsätzlich behauptet sich die Qualität einer Dienstleistung über die Prinzipien und die Funktionsweise des Marktes, so daß qualitativ minderwertige oder gar mit einem Schaden einhergehende Handwerksdienstleistungen durch eine geringe Nachfrage nicht mehr wettbewerbsfähig sind und eo ipso vom Markt verdrängt werden³⁶². Die dahingehende Befürchtung, auch solche

³⁶² Vgl. *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 6. Aufl. 2004. Dieses Ergebnis findet sich neuerdings auch im Deutschen Bundestag, genauer im Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 24. Juni 2003, BT-Drs. 15/1206, S. 23, 42, wonach „[...] ein funktionierender Wettbewerb [gewährleiste], daß nur die Handwerksbetriebe am Markt überleben können, die ... [den Kunden] in qualitativer Hinsicht ... überzeugen können“.

Unternehmen könnten über einen längeren Zeitraum am Markt angesiedelt bleiben und so neben Verbrauchern auch das Ansehen des Handwerkstandes schädigen, sind theoretischer Natur und erweisen sich als unbegründet. Auch die von Seiten des Gerichtes geäußerte Befürchtung, unqualifizierte Kräfte könnten auf den Markt vorstoßen, ist unbegründet und läßt sich mit weniger in das Grundrecht des Art. 12 GG eingreifenden Berufsausübungsregelungen ebenso wirksam ausräumen. Naheliegend wäre etwa – wie auch von *Hamann* favorisiert – die Einführung von Beschaffenheitsvorschriften, die für in bestimmten Handwerken gefertigte Produkte Vorgaben über deren Qualität und sonstige Eigenschaften enthalten und die, ergänzt durch strengere Produkthaftungsvorschriften, einen optimalen Schutz von Verbraucher und Kunde gewährleisten könnten. Auch eine organisierte staatliche Aufsicht könnte dazu beitragen, die Einhaltung bestimmter Qualitätsanforderungen zu überwachen, so daß es auf diese Weise schlußendlich möglich wäre, das vom Bundesverfassungsgericht favorisierte Gemeinschaftsgut zu verwirklichen.

Geht es um die dienstleistende Person selbst, ist etwa daran zu denken, von den bereits im deutschen Recht verankerten Möglichkeiten einer bedingten oder befristeten Erlaubnis bzw. Genehmigung Gebrauch zu machen und die Zuverlässigkeit eines Berufsanwärters für einen festgelegten Zeitraum zu prüfen. Ergeben sich Zweifel an der Zuverlässigkeit oder ist diese erneut für eine zukünftige Zeitspanne zu prüfen, könnten dem Berufsanwärter fort- und weiterbildende Maßnahmen, Lehrgänge oder Schulungen offeriert werden, um auf diese Weise zur Weiterbildung zu motivieren und eine erfolgreiche Teilnahme als erstes Indiz für die (fortbestehende) Zuverlässigkeit zu werten.

Einen Spezialfall dazu bildet etwa § 4 Abs. 1, 4 AtG³⁶³, der bestimmt, daß die Genehmigung für die Beförderung von Kernbrennstoffen i. S. d. § 2 AtG außerhalb eines geschlossenen Geländes für jeden einzelnen Beförderungsvorgang zu erteilen ist. Stehen die in § 1 Nrn. 2 bis 4 AtG bezeichneten Zwecke nicht entgegen, kann die Genehmigung auch darüber hinaus, längstens jedoch für die Dauer von drei Jahren erteilt werden. Ob die

³⁶³ Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23. Dezember 1959 (BGBl. I S. 814) in der zur Zeit gültigen Fassung.

zuständige Behörde die Beförderung von Kernbrennstoffen genehmigt, bestimmt sich gemäß § 4 Abs. 2 AtG im wesentlichen nach der Zuverlässigkeit des Antragstellers, des Beförderers und der den Transport ausführenden Personen, wobei letztere zusätzlich die notwendigen Kenntnisse über die mögliche Strahlengefährdung und die anzuwendenden Schutzmaßnahmen besitzen müssen (§ 4 Abs. 2 Nr. 2 AtG).

Im Gegensatz zur Beförderung von Kernbrennstoffen ist der gewerbsmäßige, selbständige Umgang oder Verkehr mit explosionsgefährlichen Stoffen i. S. d. § 1 Abs. 1 SprengG³⁶⁴ im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung oder eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes gemäß § 7 Abs. 1 SprengG erlaubnisbedürftig. Die Erlaubnis ist gemäß § 8 Abs. 1 SprengG zu versagen, wenn der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit oder persönliche Eignung nicht besitzt, vgl. §§ 8a, 8b SprengG. Ist der Antragsteller hingegen sowohl zuverlässig als auch persönlich geeignet, so wird ihm die Erlaubnis erteilt. Dennoch hat die zuständige Behörde den Erlaubnisinhaber in regelmäßigen Abständen, mindestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren, erneut auf seine Zuverlässigkeit und persönliche Eignung zu überprüfen, § 8 Abs. 4 SprengG.

Einen ähnlichen Fall regeln §§ 1 ff. GbV³⁶⁵ für Gefahrgutbeauftragte, die bei an der Beförderung gefährlicher Güter mit Eisenbahn-, Straßen-, Wasser- oder Luftfahrzeugen beteiligten Betrieben zu bestellen sind. Ihre Aufgabe ist es, im Rahmen der betroffenen Tätigkeit des Betriebes geeignete Möglichkeiten zu ergründen und Maßnahmen zu veranlassen, die die Einhaltung der Vorschriften zur Beförderung gefährlicher Güter für den jeweiligen Verkehrsträger erleichtern, § 1c GbV. Gemäß § 2 GbV darf als Gefahrgutbeauftragter nur tätig werden, wer Inhaber eines für den oder die betreffenden Verkehrsträger gültigen Schulungsnachweises nach Anlage 3 zur GbV ist. Sind die Anforderungen der Schulungen gemäß §§ 3 ff. GbV erfüllt, wird dem

³⁶⁴ Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz) vom 13. September 1976 (BGBl. I S. 2737) in der zur Zeit gültigen Fassung.

³⁶⁵ Verordnung über die Bestellung von Gefahrgutbeauftragten und die Schulung der beauftragten Personen in Unternehmen und Betrieben (Gefahrgutbeauftragtenverordnung) vom 12. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2185) in der zur Zeit gültigen Fassung.

Teilnehmer ein Schulungsnachweis mit einer Geltungsdauer von fünf Jahren ausgestellt, § 2 Abs. 4 GbV. Dieser wird nur dann um weitere fünf Jahre verlängert, wenn der Inhaber des Nachweises innerhalb von zwölf Monaten vor Ablauf der Geltungsdauer eine weitere Prüfung besteht. Deren Anforderungen richten sich dann nach § 5 Abs. 6 GbV.

bb) Schlußfolgerungen

Auch wenn die gerade genannten Konstellationen nicht einheitlich gelesen und auf das Handwerksrecht übertragen werden können, lassen sie doch den generellen Schluß zu, daß für eine bestimmte Art beruflicher Tätigkeiten eine behördliche Erlaubnis erforderlich ist, deren Erteilung sich ähnlich wie bei der gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsprüfung nach Eignung und Zuverlässigkeit der Personen richtet, die mit der Ausführung damit in Zusammenhang stehender Aufgaben betraut sind. Wie weiterhin aus den aufgeführten Vorschriften hervorgeht, ist dies auch und gerade für solche Tätigkeiten vorgesehen, mit deren Ausübung eine Gefährdung anderer Personen oder fremder Vermögensgüter verbunden sein kann, denen also ein gewisses Gefahrenpotential immanent ist.

Damit ist auf anderen Gebieten möglich, was kritische Stimmen – unter ihnen der BGH und das OVG Lüneburg – bereits früh für die Handwerksordnung forderten: eine Art Befähigungsnachweis, der auf die mit der Ausübung des Handwerks verbundenen Gefahren abstellt und daran anknüpfend nur selektiv für ausgewählte Handwerksberufe verlangt wird³⁶⁶. Denn anders als vom Bundesverfassungsgericht artikuliert, erfordert das historische Berufsbild des Handwerkers gerade nicht den Meistertitel als Zeichen für die Qualitätsarbeit eines Betriebes. Dem treten auch der BGH und das OVG Lüneburg entgegen, die zu Recht darauf hinweisen, daß die Übernahme des liberalen Gedankengutes der französischen Revolution eine umfangreiche Gewerbefreiheit in Deutschland mit sich brachte. Diese wurde erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts neuerlichen Restriktionen unterworfen, ohne dabei das

³⁶⁶ Vgl. dazu S. 73 ff.

ursprüngliche, von der Qualifikation als Handwerksmeister losgelöste Berufsbild des Handwerkers grundlegend umzugestalten³⁶⁷. Denn der große Befähigungsnachweis habe – den Ausführungen des OLG Lüneburg folgend – erstmalig während des nationalsozialistischen Regimes im Jahre 1935 Eingang in die handwerkliche Begriffswelt gefunden und widersprach damit der in der Gewerbeordnung ausgesprochenen Gewerbefreiheit grundlegend³⁶⁸.

Darüber hinaus hängt der Leistungsstand eines handwerklichen Betriebes gerade nicht entscheidend von der fachlichen Befähigung seines Inhabers ab. Wenngleich die Qualifikation des Betriebsleiters für den Leistungsstand eines Betriebes nicht unbeachtlich ist und deren Erfordernis nicht in Frage gestellt wird, gewährleistet seine Tätigkeit allein nicht die Qualität der Arbeit der Betriebsangehörigen. Vielmehr kann die qualitativ hochwertige Verrichtung handwerklicher Arbeiten eines Betriebes immer nur dann sichergestellt werden, wenn sämtliche Betriebsangehörigen ihr übriges dafür tun. Deren Kenntnisse und Fähigkeiten sind indessen von denen des Handwerksmeisters grundsätzlich unabhängig, so daß es weder für den Betrieb noch für den Stand – dessen Erhalt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes zu sichern ist – erforderlich ist, einzig auf die Befähigung des Inhabers des Handwerksbetriebes abzustellen. Darüber hinaus darf nicht vernachlässigt werden, daß der mitarbeitende Handwerksmeister keineswegs bei jeder zu verrichtenden Tätigkeit anwesend ist und nicht ständig und permanent am Arbeitsvorgang teilnimmt. Auch dies legt den Schluß nahe, daß es gerade auch auf die Fähigkeiten der einzelnen Beschäftigten ankommt.

Letztlich läßt bereits das Vorhandensein der Ausnahmeregelungen der §§ 8, 9 HandwO a. F. erkennen, daß der Gesetzgeber selbst das Erfordernis der Meisterprüfung nicht in jedem Fall als zwingend ansah, sondern unter bestimmten Voraussetzungen einen Bewerber zum Beruf zuließ, der diese Bestimmungen gerade nicht erfüllte³⁶⁹.

³⁶⁷ So auch der BGH, DVBl. 1953, S. 471 ff. und das OVG Lüneburg, DVBl. 1955, S. 187 ff., vgl. S. 73 ff.

³⁶⁸ Vgl. dazu Informationen zum Wirtschaftsrecht, BB 1955, S. 81.

³⁶⁹ *Jeder*, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, S. 106 ff.

cc) Anknüpfungspunkt Ausbildungsleistung

Geht man mit dem Bundesverfassungsgericht davon aus, daß die Sicherung der Ausbildung durch das Handwerk ein selbständiges Gemeinschaftsgut von besonderer Bedeutung ist, so steht die Erforderlichkeit des Befähigungsnachweises auch deshalb nicht außerhalb jeden Zweifels, weil unter bestimmten Voraussetzungen schon berufserfahrene Gesellen zur Ausbildung geeignet sein können.

Ziel der Ausbildung von Handwerksgesellen ist es, diese mit sämtlichen in dem von ihnen zu erlernenden Handwerksberuf anfallenden Tätigkeiten vertraut zu machen und ihnen die dazu nötigen Kenntnisse zu vermitteln. Sie sollen gerade auch durch den praktischen Ausbildungsgang im Betrieb an Aufgaben herangeführt werden, die im Zusammenhang mit dem selbständigen Führen eines Handwerksbetriebes zu erfüllen sind. Diese liegen jedoch nicht ausschließlich im Pflichtenkreis des Handwerksmeisters. Vielmehr erfordert eine effektive Aufgabenverteilung innerhalb eines Betriebes, daß spezielle Aufgaben von anderen Beschäftigten als dem Betriebsinhaber selbst wahrgenommen werden. Auch wenn dies nicht für sämtliche anfallenden Tätigkeiten gelten kann, zeigt die Verlagerung von Pflichten jedenfalls dort positive Wirkungen, wo etwa ein in der Verrichtung ganz bestimmter Tätigkeiten versierter Betriebsangehöriger einem Auszubildenden gegenübersteht, um diesem gerade für sein Tätigkeitsfeld vertiefende Kenntnisse und wertvolles Zusatzwissen zu vermitteln. Die darüber hinaus geforderte Berufserfahrung der Gesellen könnte schließlich dazu beitragen, daß diese ebenso wie ein Handwerksmeister in der Lage sind, die Betreuung von Auszubildenden in einem Handwerksgewerbe zu übernehmen.

Dies stellt auch keineswegs ein gesetzliches Novum dar: Die Handwerksberufe würden hinsichtlich der Lehrlingsausbildung lediglich den Ausbildungsberufen des Berufsbildungsgesetzes gleichgestellt. Dieses normiert, daß Auszubildende nur ausbilden darf, wer persönlich und fachlich dazu geeignet ist, §§ 28 ff. BBiG³⁷⁰. Fachlich geeignet ist wiederum, wer gemäß § 30 Abs. 1 BBiG die

³⁷⁰ Berufsbildungsgesetz vom 23. März 2005, BGBl. I S. 931.

beruflichen sowie berufs- und arbeitspädagogischen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, die für die Vermittlung der Ausbildungsinhalte erforderlich sind, und diese in einer erfolgreichen Abschlußprüfung oder sonstigen anerkannten Prüfung gemäß § 30 Abs. 2 BBiG nachgewiesen hat. Eine gesonderte Befähigung sieht das BBiG für die Ausbildung von Lehrlingen nicht vor.

Das vom Bundesverfassungsgericht statuierte und als zwingend eingestufte Erfordernis des Meistertitels für die Aufrechterhaltung der Ausbildungsleistung des Handwerks ist daher im Ergebnis abzulehnen. In Anlehnung an andere Berufe kann die Ausbildungsleistung gleichwohl von berufserfahrenen Gesellen erbracht werden, die bereits in der Gesellenprüfung ihre beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten und damit ihre fachliche Eignung nachgewiesen haben.

c) Zur Angemessenheit

Schließlich müßte bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffes und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein³⁷¹. Das Bundesverfassungsgericht bejahte die Angemessenheit der Meisterprüfung mit dem Argument, daß weder die Ausbildung selbst noch die zu erbringenden Prüfungsleistungen eine übermäßige Belastung des Meisterprüflings darstellten. Zudem verlange das umfangreich erworbene Wissen von Arbeitstechniken und technisch-konstruktiven Zusammenhängen, von zeitgemäßer Formgebung und modischer Gestaltung sowie von betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Vorgehensweisen danach, in einer alle relevanten Fachgebiete umfassenden (Meister-) Prüfung nachgewiesen zu werden³⁷².

aa) Erheblichkeit des zeitlichen und finanziellen Aufwandes

³⁷¹ BVerfGE 83, 1 (19); 102, 197 (220).

³⁷² Vgl. dazu umfassend S. 68 ff.

Diese Argumentation ist bereits hinsichtlich des erheblichen zeitlichen, fachlichen und finanziellen Aufwandes für die Meisterschule sehr bedenklich³⁷³.

Erklärtes Ziel der Meisterprüfung ist es, daß der Berufsanwärter sein fachliches Können in dem betreffenden Gewerbe nachweisen und alle mit dem Handwerk anfallenden Tätigkeiten meisterhaft ausüben kann. Dies zu erlernen und die Meisterschule erfolgreich zu absolvieren, ist auf verschiedenen Wegen möglich. Es steht dem Meisterschüler frei, entweder einen Vollzeitmeisterlehrgang oder einen berufsbegleitenden Meisterlehrgang zu belegen. Während der Vollzeitlehrgang die Möglichkeit bietet, die Meisterschüler auf alle vier Hauptteile der Meisterprüfung³⁷⁴ vorzubereiten, ist das letztgenannte Lehrgangskonzept für berufstätige Gesellen entwickelt worden, die sonst keine Möglichkeit haben, zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung an einem Vorbereitungslehrgang teilzunehmen.

Dessen ungeachtet, welches der beiden Konzepte der Geselle auserwählt, setzt das erfolgreiche Absolvieren der Meisterschule stets ein intensives Selbststudium und die konsequente eigenständige Nachbereitung des umfangreichen Lehrgangsstoffes voraus. Der dafür erforderliche zeitliche Aufwand ist angesichts der Fülle des anzuhäufenden Wissens enorm: Allein für die fachspezifische theoretische Ausbildung³⁷⁵ und deren Lehrgänge in den Meisterschulen sind unabhängig vom Vollzeit- oder berufsbegleitenden Konzept handwerksspezifisch zwischen 850 und 1300 Unterrichtsstunden vorgesehen³⁷⁶.

Zusätzlich dazu sind für die Vermittlung der von § 46 Abs. 2 HandwO a. F. (nunmehr § 45 HandwO) geforderten betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse sowie der berufs- und arbeitspädagogischen

³⁷³ Vgl. zu dieser Einschätzung auch die *Deregulierungskommission*, Marktöffnung und Wettbewerb, S. 126 Nrn. 511 ff.; *Ehlers*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 146, Randnr. 92; BVerfG, GewArch 2006, S. 71 (73). *Hampke* spricht in diesem Zusammenhang von den „Chikanen bei der Meisterprüfung“, vgl. *ders.*, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Anhang, S. 181.

³⁷⁴ Dazu ausführlich S. 134 ff.

³⁷⁵ Diese bezieht sich auf die Teile I und II i. S. v. § 46 Abs. 2 HandwO a. F.

³⁷⁶ Umfangreiche Informationen dazu finden sich etwa bei der Handwerkskammer für Schwaben in den von dieser herausgegebenen Broschüren zu den einzelnen Handwerken sowie unter www.hwk-schwaben.de.

Kenntnisse weitere 300 Unterrichtsstunden vorgesehen, so daß abhängig von dem zu erstrebenden Handwerksmeistertitel mit einer Lehrgangsdauer von etwa 1500 Unterrichtsstunden zu rechnen ist. Hinzu kommt weiterhin eine angemessene Zeit zur Prüfungsvorbereitung sowie letztlich zur Anfertigung des Meisterstückes. Im Ergebnis zeichnet sich die Meisterschule damit durch einen extrem hohen Zeitaufwand aus.

Ein weiteres Abwägungskriterium, das die Angemessenheitsprüfung des Befähigungsnachweises entscheidend beeinflußt, sind die für die Meisterschule und die Meisterprüfung anfallenden finanziellen Aufwendungen. Abhängig von dem zu erwerbenden Meistertitel bewegen sich bereits die Lehrgangs- und Prüfungsgebühren zwischen 6.000 und 10.000 Euro; zusätzlich fallen Kosten für Unterbringung und Verpflegung im Rahmen von Vollzeitlehrgängen, für Arbeitsmaterialien, für das Meisterstück und letztlich gegebenenfalls auch Reisekosten an. Diese stellen insgesamt nicht nur eine außerordentliche finanzielle Belastung dar, sondern rufen zugleich eine Wettbewerbssituation zu anderen Gesellen an der Schwelle zum Handwerksmeister hervor. Obgleich nach der früher bestehenden Gesetzeslage zur Meisterprüfung jeder zuzulassen war, der eine Gesellenprüfung bestanden und in dem Handwerk, in dem er die Meisterprüfung ablegen will, eine mehrjährige Tätigkeit ausgeübt hat (§ 49 Abs. 1 HandwO a. F.), wirkte diese Gleichheit nur auf dem Papier. Schon das OVG Lüneburg hat in seinem Vorlagebeschluß aus dem Jahre 1955 bemängelt, daß es keineswegs so sei, daß diesbezüglich allen Bewerbern gleiche Chancen eingeräumt sind: Durch verschieden geartete soziale Ausgangspositionen oder andere außerhalb der Willenssphäre liegende faktische Zwänge ist eine Vielzahl von Konstellationen denkbar, die den Handwerksgesellen davon abhalten können, die Meisterschule zu absolvieren und die damit verbundenen zeitlichen und finanziellen Aufwendungen in Kauf zu nehmen. Zu denken ist hier hauptsächlich an die Angst vor Ver- bzw. Überschuldung vor dem eigentlichen Berufsstart, an die gegebenenfalls bestehende Pflicht, als Alleinverdiener den Unterhalt der Familie zu bestreiten, der mit derart hohen Kosten für die Ausbildung zum Handwerksmeister nicht zusätzlich belastet werden kann, oder an solche Berufsanwärter, die angesichts ihres vorgerückten Alters von einer derart umfangreichen Prüfung absehen.

Diesem Zustand kann auch das in Einzelfällen zu gewährende Meister-BaföG oder der Verweis auf die Möglichkeit einer Darlehensnahme für die Meisterausbildung nicht abhelfen, da sich im Erfolgsfalle nach der Prüfung die Belastungen summieren, wenn neben den Ausbildungskosten auch Kapital für die Unternehmensgründung und – nach erfolgreichem Start – für eine eventuell alsbald geplante Expansion benötigt wird. Dies wird auch zum Hindernis für talentierte oder qualifizierte Erwerbslose, die in der beruflichen Selbständigkeit einen Weg für bessere Erwerbschancen sehen³⁷⁷.

bb) Verminderung der Wettbewerbsfähigkeit

Begünstigt wurde die beschriebene Situation gerade in jüngerer Zeit ferner dadurch, daß deutschen Gesellen damit deutlich mehr abverlangt wurde als ihren ausländischen Wettbewerbern auf dem deutschen Markt. Diesen war gemäß § 9 HandwO a. F. i. V. m. § 1 der EWG-/EWR-Handwerk-VO ein selbständiges Tätigwerden in Deutschland schon dann gestattet, wenn sie mehrjährige Berufserfahrung mit herausgehobener beruflicher Verantwortung vorweisen konnten³⁷⁸, so daß eine dem Meistertitel entsprechende Qualifikation für sie nicht mehr erforderlich war. So zeichnete sich ab, daß die Handwerksgesellen und Meisteranwärter gleich doppelt konkurrierten: innerhalb des Bundesgebietes mit den einheimischen Handwerkern, innerhalb der EU mit den europäischen Handwerkern, die für sie eine spürbar wachsende Konkurrenz darstellen.

cc) Fehlende Praktizierung der Ausnahmegewilligung

Die dieser Feststellung üblicherweise folgende Argumentation, daß das zwingende Erfordernis der Meisterprüfung deshalb keine unangemessene Freiheitsbeschränkung darstelle, weil diese gemäß § 7 Abs. 2 i. V. m. § 8 HandwO a. F. durch eine Ausnahmegewilligung ersetzt werden konnte, ist im Ergebnis nicht zutreffend. Eine Ausnahmegewilligung war gemäß § 8 Abs. 1

³⁷⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 31, Reform der Handwerksordnung, S. 28.

³⁷⁸ Zum Wortlaut des § 9 HandwO a. F. siehe Fn. 359. Zu § 9 HandwO in der derzeit gültigen Fassung vgl. S. 121 ff.; zur EWG/EWR-Handwerk-VO vgl. Fn. 431.

HandwO a. F. zu erteilen, wenn die zur selbständigen Ausübung des vom Antragsteller zu betreibenden Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachgewiesen waren und es für den Antragsteller eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstellte, ihn auf den Nachweis seiner fachlichen Befähigung gerade in Form der Ablegung der Meisterprüfung zu verweisen. Zur Beurteilung der zweiten Voraussetzung, wann ein Ausnahmefall zu bejahen sei, orientierte sich die Rechtsprechung stets an der persönlichen Lage des einzelnen Bewerbers und seinem gesamten bisherigen beruflichen Werdegang, insbesondere auch daran, ob der Bewerber die Gründe, aus denen heraus er die Ausnahmegewilligung begehrt, selbst verschuldet hat³⁷⁹. Diesbezüglich ermutigte das Bundesverfassungsgericht die zuständigen Stellen aufrichtig, nicht engherzig von der Möglichkeit, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, Gebrauch zu machen³⁸⁰, sondern diese großzügig zu handhaben³⁸¹. Da dies bundeseinheitlich nicht konsequent verwirklicht wurde³⁸², griff der Bund-Länder-Ausschuß Handwerksrecht diese Motivation in seinen „Leipziger Beschlüssen“ im Jahre 2000 noch einmal auf³⁸³ und legte um einer vereinheitlichen Praxis beim Vollzug der Handwerksordnung willen Auslegungsvorgaben fest, wann ein Ausnahmefall im Rahmen des § 8 HandwO a. F. gegeben sei³⁸⁴. Daß die Behörden selbst dem nicht in dem gewünschten

³⁷⁹ Zur dazu entwickelten Kasuistik der Rechtsprechung, wann ein Ausnahmefall i. S. d. § 8 HandwO vorliegt, vgl. den Überblick bei *Fröhler*, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, S. 45 ff.

³⁸⁰ BVerfGE 13, 97 (120 ff.).

³⁸¹ BVerfG, GewArch 2000, S. 240 ff.; GewArch 2000, S. 480 ff.

³⁸² Zur Praxis der Ausnahmegewilligung vgl. die Auswertung von *Sydow*, Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“, GewArch 2002, S. 458 f. Deren Angaben zufolge hat sich die Erfolgsquote der Ausnahmegewilligungsanträge 2001 im Vergleich zum Jahr 2000 in 6 von 14 Bundesländern verschlechtert. Sie lag im Durchschnitt der 14 Länder bei ca. 53 %.

³⁸³ Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 („Leipziger Beschlüsse“), veröffentlicht im Bundesanzeiger, Jg. 52, S. 23193 vom 13. Dezember 2000; abgedr. auch in GewArch 2001, S. 123 ff., vgl. Fn. 300.

³⁸⁴ Nach ständiger Rechtsprechung sei ein Ausnahmefall anzunehmen, wenn es eine übermäßige, nicht zumutbare Belastung darstellen würde, einen Berufsbewerber auf den Nachweis seiner fachlichen Befähigung durch Ablegen der Meisterprüfung zu verweisen. Die Frage der Unzumutbarkeit müsse sodann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden, wobei insbesondere die vom Ausschuß in den Nrn. 2.5 bis 2.12 aufgeführten Umstände einen Ausnahmefall begründen. Einen Ausnahmefall können danach etwa das Vorliegen vergleichbarer anderer Abschlüsse, (drohende) Arbeitslosigkeit infolge von Ausgliederung, gesundheitliche Gründe oder körperliche Behinderungen, die Gelegenheit zur Betriebsübernahme oder aber das mit 47 Jahren angenommene fortgeschrittene Alter darstellen. Neben dieser Regelliste enthalten die Beschlüsse darüber hinaus eine Generalklausel für sonstige Fälle, wobei auch hier die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeit in dem zu betreibenden Handwerk bereits nachgewiesen sein müssen. Zu den

Maße gefolgt sind und sogar eher zögerlich bei der Beurteilung von übermäßigen Belastungssituationen vorgegangen sind³⁸⁵, wird nicht zuletzt durch die zahlreich eingelegten Verfassungsbeschwerden³⁸⁶ verdeutlicht. Da die geforderte Meisterprüfung demnach höchst bürokratisch nur restriktiv durch eine Ausnahmegewilligung ersetzt wurde, liegt noch immer ein empfindlicher Eingriff in die Freiheit selbständiger Berufsausübung vor, der nur formell durch die Existenz einer Ausnahmebestimmung abgemildert scheint³⁸⁷.

dd) Keine Abmilderung des Eingriffes durch die Differenzierung in Anlage A und Anlage B

Letztlich kann auch die Beschränkung des Meisterprüfungserfordernisses auf die in Anlage A genannten Handwerke nicht dazu beitragen, den schwerwiegenden Eingriff in die Berufsfreiheit abzuschwächen. Dies wird dann besonders deutlich, wenn man die in Anlage A verzeichneten Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden konnten, den handwerksähnlichen Gewerben der Anlage B gegenüberstellt. Die Anlage A zur Handwerksordnung a. F. listete in sieben Gruppen 94 verschiedene Handwerksgewerbe auf, die gemäß § 1 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F. nur der selbständig ausüben durfte, wer in dem zu betreibenden Handwerk die Meisterprüfung bestanden hatte³⁸⁸. Demgegenüber enthielt Anlage B zur Handwerksordnung a. F. in

Auswirkungen in der Praxis vgl. Sydow, Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“, GewArch 2002, S. 458 ff.

³⁸⁵ Dies mutmaßte Hampke bereits 1892 vor Einführung eines Befähigungsnachweises, ders., Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Kapitel VI, S. 178, indem er beschreibt, daß man „In Deutschland [...] die Gesetze sehr streng nach dem Buchstaben durchzuführen [pflegt]“, so daß der Gesetzgeber „auch nicht die Neigung empfinden [würde], so schnell mit der Durchbrechung der im Gesetz festgesetzten Normen bei der Hand zu sein, [...]“.

³⁸⁶ Zur Erfolgsquote nach den Beschlüssen des Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht vgl. Sydow, Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“, GewArch 2002, S. 459; zur Verfassungsbeschwerde vgl. zuletzt das BVerfG in seinem Beschluß vom 5. Dezember 2005, GewArch 2006, S. 71 ff.

³⁸⁷ So letztlich auch das BVerfG, GewArch 2006, S. 71 (73).

³⁸⁸ § 1 Abs. 1 und 2 HandwO a. F. lauteten:

(1) Der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften (selbständige Handwerker) gestattet. Personengesellschaften im Sinne dieses Gesetzes sind Personenhandelsgesellschaften und Gesellschaften des Bürgerlichen Rechts.

sieben, denen der Anlage A annähernd gleichen Gruppen lediglich 57 Gewerbe, die handwerksähnlich betrieben werden konnten und deren selbständiger Betrieb als stehendes Gewerbe gemäß § 18 Abs. 1 und 2 HandwO a. F. bei der örtlich zuständigen Handwerkskammer anzuzeigen war³⁸⁹.

Die damit vorgenommene Differenzierung zwischen Handwerksbetrieben und handwerksähnlichen Betrieben ist offensichtlich willkürlich und ohne irgendeine Anknüpfung an Zuordnungs- bzw. Abgrenzungskriterien vorgenommen worden. So ist nicht zu verleugnen, daß bei einer Zusammenschau der Anlagen A und B a. F. Tätigkeiten in der Anlage A verblieben, die durchaus den Gruppen der Anlage B hätten zugeordnet werden können bzw. umgekehrt. Recht anschaulich ist diesbezüglich etwa das Beispiel des Böttchers (Anlage A a. F. Nr. 45) und des Korbmachers (Anlage A a. F. Nr. 46) einerseits sowie des Bürsten- und Pinselmachers (Anlage B a. F. Nr. 25) andererseits. Das Spektrum der von diesen Berufen geforderten Tätigkeiten ist überschaubar, die Anforderungen an die üblichen Aufgaben und Dienste sind als durchschnittlich einzustufen, so daß die vorgenommene Differenzierung in der Art der Betreibung der Gewerbe – Böttcher und Korbmacher als Handwerke, Bürsten- und Pinselmacher als handwerksähnliche Gewerbe – lebensfremd und eher abwegig wirkt. Diese Aussage kann auch für andere Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe aufrechterhalten werden, so daß insofern bereits die Verteilung der verschiedenen Tätigkeiten auf die Anlagen A und B in ihrer ursprünglichen Fassung unsystematisch und wenig nachvollziehbar war.

-
- (2) Ein Gewerbebetrieb ist ein Handwerksbetrieb im Sinne dieses Gesetzes, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfaßt, das in der Anlage A aufgeführt ist, oder Tätigkeiten ausgeübt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind (wesentliche Tätigkeiten).

Zum Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F. vgl. Fn. 281.

³⁸⁹ § 18 Abs. 1 und 2 HandwO a. F. lautete:

- (1) Wer den selbständigen Betrieb eines handwerksähnlichen Gewerbes als stehendes Gewerbe beginnt oder beendet, hat dies unverzüglich der Handwerkskammer, in deren Bezirk die gewerbliche Niederlassung liegt, anzuzeigen. Bei juristischen Personen sind auch die Namen der gesetzlichen Vertreter, bei Personengesellschaften die Namen der vertretungsberechtigten Gesellschafter anzuzeigen.
- (2) Ein Gewerbe ist handwerksähnlich im Sinne dieses Gesetzes, wenn es in einer handwerksähnlichen Betriebsform betrieben wird und in der Anlage B zu diesem Gesetz aufgeführt ist.

Nicht überzeugend ist weiterhin die dadurch zustande kommende Differenzierung, daß der zu betreibende Handwerksbetrieb ein Gewerbe der Anlage A vollständig umfassen muß oder zumindest die für dieses Gewerbe wesentlichen Tätigkeiten ausgeübt werden, § 1 Abs. 2 HandwO a. F.³⁹⁰, mit der Folge, daß nicht wesentliche Tätigkeiten eines Handwerksgebietes nicht dem Meisterzwang unterlagen. Als wesentliche Tätigkeiten sind nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes solche anerkannt, die nicht nur fachlich zu dem betreffenden Handwerk gehören, sondern gerade den Kernbereich dieses Handwerks ausmachen und ihm sein essentielles Gepräge verleihen. Arbeitsvorgänge, die aus der Sicht des vollhandwerklich arbeitenden Betriebes als untergeordnet erscheinen, also lediglich einen Randbereich des betreffenden Handwerks erfassen, können demnach die Annahme eines handwerklichen Betriebes nicht rechtfertigen. Dies trifft namentlich auf Arbeitsvorgänge zu, die – ihre einwandfreie Ausführung vorausgesetzt – wegen ihres geringen Schwierigkeitsgrades keine qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern³⁹¹. Daraus resultierte zwangsläufig, daß einige in Anlage B a. F. als handwerksähnliche Gewerbe aufgeführte Tätigkeiten, die prinzipiell in solchen der Anlage A a. F. mitenthalten sein können, als nicht wesentliche Tätigkeiten mit der Abspaltung den Status als handwerksähnlich zu betreibendes Gewerbe erhielten und damit nicht der Meisterprüfungspflicht unterlagen. Zu nennen sind etwa die Tätigkeiten des Metallschleifers und Metallpolierers (Anlage B a. F. Nr. 11), die ohne weiteres dem Metallbauergewerbe (Anlage A a. F. Nr. 16) zugeordnet werden können, oder das Ausführen einfacher Schuhreparaturen, (Anlage B a. F. Nr. 39), das einen Ausschnitt aus dem Aufgabenfeld des Schuhmachers (Anlage A a. F. Nr. 54) darstellt. Die damit verdeutlichten Unzulänglichkeiten bei der Zuordnung der Gewerbe belasten trotz gefestigter Rechtsprechung zum Minderhandwerk die Rechtssicherheit erheblich. Denn das Resultat dieser eher unkoordinierten Zuordnung der Gewerbe zu den Anlagen A und B a. F. ist das Dilemma, daß

³⁹⁰ Zum Wortlaut des § 1 Abs. 2 HandwO a. F. vgl. Fn. 388.

³⁹¹ BVerwGE 67, 273; BVerwG, GewArch 1984, S. 96 ff.; 1992, 386 ff.; 1993, S. 329 ff.; 1998, S. 125 f. Das Bundesverfassungsgericht hat durch Bezugnahme auf diese Entscheidungen die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichtes als Kriterium für die Abgrenzung minderhandwerklicher zu Kernbereichstätigkeiten bestätigt, vgl. etwa BVerfG, GewArch 2000, S. 240 ff.

die Grenzen zwischen einem Handwerksgewerbe der Anlage A und einem Gewerbe der Anlage B fließend sind. Jede Verrichtung im Rahmen eines handwerksähnlichen Gewerbes, die gleichzeitig Teil eines Vollhandwerks der Anlage A sein könnte, jedoch ohne den erforderlichen Meisterbrief betrieben wird, birgt für den Betriebsinhaber stets die Gefahr, mit dem Vorwurf der Schwarzarbeit konfrontiert zu werden³⁹². Auch auf diese Weise könnte der mit der Meisterprüfung verfolgte Grundsatz, Kapital und Arbeit zwingend in einer Hand zu vereinigen, ins Gegenteil umschlagen und einen Unternehmer, der nicht zugleich Handwerksmeister ist, daran hindern, seinen eigenen Handwerksbetrieb zu eröffnen. Damit stellt sich die Meisterprüfung als abschreckende und konkurrenzschützende Berufszugangshürde dar, von der in Zusammenschau mit der starren Positivliste der Anlage A letztlich eine hemmende Wirkung auf die Konjunktur ausgeht³⁹³.

Anstelle der an den tradierten und damit teilweise überkommenen Berufsbildern orientierten Zuordnung zu Vollhandwerken einerseits und handwerksähnlichen Handwerksgewerben andererseits wäre es sinnvoll gewesen, die Meisterprüfung – wenn überhaupt – lediglich für auserwählte Gewerbe obligatorisch auszugestalten, denn wie bereits *Uber* zutreffend formulierte, handelt es sich bei dem Befähigungsnachweis nicht in jedem Fall um die zulässige Ausgestaltung eines Berufsbildes³⁹⁴.

Als Anknüpfungspunkt für ein solches Kriterium, nach dem die Zuordnung erfolgen könnte, schlägt etwa *Naumann* die Wahrscheinlichkeit vor, mit der aus der Aufnahme des Berufes nach den Erfahrungen des Lebens Gefahren für

³⁹² Gemäß § 117 Abs. 1 Nr. 1 HandwO a. F. handelte ordnungswidrig, wer entgegen § 1 HandwO a. F. ein stehendes Gewerbe selbständig betreibt, was gemäß § 117 Abs. 2 HS 1 HandwO a. F. mit einer Geldbuße bis zu 10.000 Euro geahndet werden konnte. Darüber hinaus war selbst die Verhängung einer Geldbuße bis zu 100.000 Euro gemäß § 1 Abs. 2 HS 2 SchwArbG a. F. möglich, soweit ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwArbG a. F. festgestellt wurde und mit der Buße der wirtschaftliche Gewinn aus der Schwarzarbeit abgeschöpft werden sollte.

Im Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG) vom 23. Juli 2004 (BGBl. I S. 1842) in der derzeit gültigen Fassung ist der Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 1 Abs. 2 Nr. 5, die Geldbuße in § 8 Abs. 1 Nr. 1e i. V. m. Abs. 3 normiert. Danach ist die Verhängung einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro möglich.

³⁹³ Zumindest ähnlich bei *Honig*, Die gegenwärtige Lage des Handwerks in den USA, GewArch 1964, S. 99 (100).

³⁹⁴ Vgl. dazu bereits oben S. 81 und Fn. 337 m. w. N.

andere, insbesondere die in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schutzgüter entstehen können³⁹⁵. Einem solchen Anknüpfungspunkt für den Befähigungsnachweis stehen – wie bereits dargelegt – etwa auch der BGH und *Reuß* offen gegenüber.

ee) Schlußfolgerungen

Nachdem die für die Angemessenheitsprüfung des Befähigungsnachweises relevanten Fakten aufgezeigt und eingehend erörtert wurden, stellen sich die mit dem Erwerb des Meistertitels verbundenen Aktivitäten bei eingehender Betrachtung als übermäßige Belastung des Meisterschülers dar. Selbst wenn dieser die geschilderten zeitlichen und finanziellen Hürden hinter sich gebracht und den Meistertitel erworben hat, ist nicht gewiß, daß er sich mit seinem Handwerksbetrieb gegenüber anderen, gegebenenfalls auch ausländischen Handwerkern wirtschaftlich durchsetzen kann. Auch für den Fall, daß er qualitativ bessere Produkte und Dienstleistungen anbietet, hat der deutsche Handwerksmeister angesichts des langwierigen und kostenintensiven Ausbildungsganges nur einen engen Spielraum bei der Gestaltung der Preise und kann weniger flexibel auf Angebot und Nachfrage eingehen. Gerade das Instrument der Preisgestaltung ermöglichte ihm jedoch, auch in nachfrageschwachen Zeiten ein attraktives Angebot für den Kunden bereitzuhalten und seine wirtschaftliche Position zu stärken.

Hinzu kommt, daß das Ansehen des Handwerkstandes dem einzelnen Handwerksmeister selbst keinen Vorteil gewährt. Ob sich der Unternehmer eines selbständigen Handwerksbetriebes mit seiner Qualifikation von anderen selbständigen Handwerkern abhebt, ist letztlich eine Frage, die von der Qualität der verrichteten Dienstleistungen dominiert wird und somit unabhängig vom Meistertitel zu beantworten ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Schwere des Eingriffes, die die Verpflichtung des großen Befähigungsnachweises für den beruflichen Werdegang der Handwerksgesellen bedeutet, zu dem vom

³⁹⁵ Naumann, Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 423 (430). Zusammenfassend vgl. o., S. 78.

Bundesverfassungsgericht vorgegebenen Ziel der Qualitätssicherung nicht in einem angemessenen Verhältnis steht³⁹⁶.

4. Zusammenfassung und Fazit

Der vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluß vom 17. Juli 1961 aufgestellten Rechtfertigung des Befähigungsnachweises der §§ 1, 7 HandwO a. F. kann im Ergebnis nicht gefolgt werden.

Schon die Nominierung der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut ist angesichts der herausragenden Bedeutung des Grundrechtes auf Berufsfreiheit nur mit großen Bedenken anzuerkennen; jedenfalls aber ist die Verhältnismäßigkeit der Meisterprüfung in allen Punkten zu verneinen: Der Befähigungsnachweis ist weder hinreichend geeignet noch erforderlich und angemessen, das vorgegebene Ziel der Erhaltung und Förderung eines besonders leistungsfähigen Handwerkstandes oder an der Sicherung der Ausbildungsleistung des Handwerks zu erreichen. Er verstößt damit gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Freiheit der Berufswahl und ist damit verfassungswidrig.

Bei all seinen Ausführungen zur Meisterprüfung der Handwerksordnung erweckt das Bundesverfassungsgericht den Eindruck, es habe seine grundsätzlichen Anmerkungen zur beruflichen Freiheit als besonderes Grundrecht³⁹⁷, dem eine grundsätzliche Freiheitsvermutung³⁹⁸ zu entnehmen ist, in den Hintergrund verlagert. Auch der besondere Rang des Art. 12 GG, der in engem Zusammenhang mit der freien Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit im ganzen begründet sei und der als nach der Ordnung des Grundgesetzes oberster Rechtswert erhalten bleiben müsse³⁹⁹, findet sich bei der Interessenabwägung zugunsten des freiheitsbeschränkenden

³⁹⁶ Das Bundesverfassungsgericht äußert sich nicht derart direkt, läßt jedoch bereits Zweifel an seinem damaligen Beschluß erkennen, vgl. BVerfG, GewArch 2006, S. 71 ff.

Zu diesem Ergebnis vgl. auch *Jeder*, Die Meisterprüfung auf dem Prüfungsstand, S. 108 ff.

³⁹⁷ BVerfGE 63, 266 (282).

³⁹⁸ BVerfGE 63, 266 (286).

³⁹⁹ BVerfGE 19, 330 (336 f.); 63, 266 (286).

Meisterprüfungserfordernisses nur unzulänglich beachtet. Selbst wenn man dem Gesetzgeber ohne weiteres einen umfangreichen Gestaltungsspielraum bei der Einschränkung des Grundrechtes auf freie Berufswahl zugesteht, ist er angesichts der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 12 GG bei der Ordnung des Wirtschaftslebens in seiner Gestaltungsfreiheit beschränkt. Diese Beschränkung vernachlässigte das Gericht, indem es mit der Rechtfertigung des Befähigungsnachweises in Form der Meisterprüfung dazu beitragen wollte, daß sich die Qualität handwerklicher Arbeiten schon vom Handwerkstand selbst herleiten lasse.

Letztlich hat es neben dem Rang der Berufsfreiheit auch die generell bestehende Forderung nach qualitativ hochwertigen Leistungen unabhängig von einem Berufsstand fehlgedeutet. Dies wird deutlich in der Äußerung des Gerichtes, daß die meisterhafte Ausübung der in einem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten nicht bedeute, daß das fachliche Können das allgemeine handwerkliche Niveau weit überschreiten müsse. Vielmehr würde lediglich gefordert, daß sich der Berufsbewerber imstande sehe, die gebräuchlichen Arbeiten selbständig nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht auszuführen⁴⁰⁰. Sollte das Gericht tatsächlich davon ausgegangen sein, daß die Meisterprüfung lediglich ein allgemeines handwerkliches Niveau des Absolventen sicherstelle, so resultiert letztlich auch daher die ausnahmslose Unangemessenheit dieses Befähigungsnachweises.

Es ist keinem Berufsanwärter zuzumuten, über die die wesentlichen Tätigkeiten des Handwerksgewerbes vermittelnde Gesellenausbildung hinaus die kosten- und zeitintensive Meisterschule zu durchlaufen, um letztlich Tätigkeiten zu verrichten, die qualitativ gleichwertig mit denen eines Gesellen sind. Um des Ansehens des Handwerkstandes willen müßte sich jeder Handwerksmeister durch besonders sorgfältige und handwerklich sprichwörtlich meisterhafte Leistungen und Produkte ausweisen können. Solange dies nicht gewährleistet werden kann, ist die Meisterprüfung als Instrumentarium zur Sicherung der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes abzulehnen.

⁴⁰⁰ BVerfGE 13, 97 (119).

Schlußendlich muß der Gesetzgeber erkennen, daß sich die tatsächlichen Gegebenheiten seit dem Erlaß der Handwerksordnung 1953 bzw. seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes im Jahre 1961 maßgeblich verändert haben. Durch die verstärkte Inanspruchnahme der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch Handwerker aus anderen EU-Mitgliedstaaten haben sich sowohl das Erscheinungsbild als auch die Struktur des Handwerks kontinuierlich gewandelt. Im Zuge des fortschreitenden Binnenmarktes müssen die deutschen Handwerksbetriebe daher auf die zunehmende Konkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten reagieren und sich den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen anpassen. Angesichts der durch die fortschreitende europäische Integration veränderten Umstände kann der Gesetzgeber sein am traditionellen Erscheinungsbild des Handwerkes orientiertes Ziel nicht mehr erreichen. Damit verliert jedoch auch das von ihm statuierte Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung und Sicherung der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes derart an Bedeutung, daß es den mit dem Meisterprüfungserfordernis verbundenen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl nicht länger zu rechtfertigen vermag⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Diese Prognose wagte *Hampke* bereits im Jahre 1892, als er formulierte, daß sich der deutsche Befähigungsnachweis als „unwirksam und unzulänglich erweisen müssen wird, weil er den wesentlichen Grund der schwierigen Lage des Handwerkerstandes nicht zu beseitigen vermag, da auch er die allein entscheidende gewerbliche Tüchtigkeit und Rührigkeit nicht verleihen, [...] kann“.

DIE REFORM DER HANDWERKSORDNUNG

Mit Blick auf die zum 1. Januar 2004 wirksam gewordene Handwerksnovelle⁴⁰² stellt sich nunmehr erneut die Frage nach dem Verhältnis der Meisterprüfung als Zulassungsvoraussetzung für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks zum Grundrecht aus Art. 12 GG. Um diesbezüglich eine Aussage treffen zu können, sollen zunächst die in bezug auf die Meisterprüfung modifizierten resp. integrierten Vorschriften der Handwerksordnung näher beleuchtet werden, um in einem nächsten Schritt deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, insbesondere dessen Art. 12 Abs. 1, zu prüfen.

I. Ziele der reformierten Handwerksordnung

Vor dem Hintergrund der zahlreichen Neuerungen erscheint es angebracht, zunächst auf die Ziele der reformierten Handwerksordnung einzugehen. So nimmt die Reform neben konzeptionellen, strukturellen und inhaltlichen Änderungen eine ausdrückliche Neubestimmung der gesetzgeberischen Motivation der Handwerksordnung – insbesondere des Erfordernisses der Meisterprüfung⁴⁰³ – vor, und verändert damit das Fundament der Handwerksordnung grundlegend.

Wurde die Meisterprüfung als subjektive Zulassungsvoraussetzung gegenüber Art. 12 GG bislang mit der Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks sowie der Sicherung des Nachwuchses für

⁴⁰² Diese umfaßt sowohl die sog. kleine als auch die sog. große Handwerksnovelle, namentlich das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2933) sowie das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2934); zur Bezeichnung s. *Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., § 48 V 3a; *Traublinger*, Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 353 (354 ff.).

⁴⁰³ BT-Drs. 15/1206, S. 41 ff. Einen Überblick dazu geben *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 ff., *Schwannecke/Heck*, Die Handwerksnovelle 2004, GewArch 2004, S. 129 ff. sowie eine erste vorläufige Äußerung *Stober*, Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393 ff.

die gesamte gewerbliche Wirtschaft gerechtfertigt⁴⁰⁴, stellt der Gesetzgeber nunmehr unter Aufgabe der bisherigen Zielsetzung vorrangig auf den Schutz von Gesundheit und Leben Dritter ab und erklärt die Abwehr von Gefahren für Gesundheit und Leben Dritter zum ausdrücklichen Grundsatz der reformierten Handwerksordnung⁴⁰⁵.

Daneben bleibt ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien als weiteres Ziel die Sicherstellung der hohen Ausbildungsbereitschaft im Handwerk bestehen⁴⁰⁶.

II. Die Neuregelungen der Handwerksordnung

Um eine umfassende Neugestaltung der Handwerksordnung vornehmen zu können, wurden die handwerksrechtlichen Vorschriften durch eine kleine und eine große Novelle⁴⁰⁷ neu geregelt. Die Modalitäten des Befähigungsnachweises der HandwO sind dabei lediglich von der großen Novelle umfaßt, so daß sich die Darstellung der Novellierungen auch auf die relevanten und damit in Zusammenhang stehenden Vorschriften beschränkt⁴⁰⁸.

1. Einführung einer Gruppe zulassungsfreier Handwerke

Den Schwerpunkt der materiellen Neuregelung bildet die eingeführte Dreiteilung in zulassungspflichtige und zulassungsfreie Handwerke sowie handwerksähnliche Gewerbe, die nach folgenden Kriterien zu beurteilen sind.

Nach der Neufassung des § 1 Abs. 2 HandwO liegt ein zulassungspflichtiges Handwerk vor, wenn ein von der Anlage A genanntes Gewerbe

⁴⁰⁴ BVerfGE 13, 97 ff., s. Fn. 285. Zur Rechtfertigung durch das Bundesverfassungsgericht vgl. die Ausführungen oben, S. 64 ff.

⁴⁰⁵ BT-Drs. 15/1206, S. 2, 23, 41 ff.

⁴⁰⁶ Diese Formulierung aus dem Protokoll der Bundesratssitzung vom 19. Dezember 2003 steht im Gegensatz zum letzten Gesetzentwurf des Bundesrates vom 3. Dezember 2003, der noch ausdrücklich die hohe Ausbildungsleistung, den Verbraucherschutz sowie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Handwerks benannte, BR-Plenarprot. 795/2003, S. 503. Vgl. auch Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (404).

⁴⁰⁷ Vgl. dazu oben, Fn. 402.

⁴⁰⁸ Bezüglich der Änderungen, die mit dem Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen (BGBl. I S. 2933) vorgenommen wurden, vgl. Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403.

handwerksmäßig betrieben wird oder es sich um einen Gewerbebetrieb handelt, in dem die im Rahmen eines Gewerbes der Anlage A wesentlichen Tätigkeiten ausgeübt werden. Ist ein handwerksmäßig betriebenes Gewerbe in der Anlage B Abschnitt 1 (im folgenden: Anlage B1) aufgeführt, handelt es sich gemäß § 18 Abs. 2 S. 1 HandwO um ein zulassungsfreies Gewerbe⁴⁰⁹. Ein handwerksähnliches Gewerbe ist schlußendlich ein in der Anlage B Abschnitt 2 (im folgenden: Anlage B2) enthaltenes Gewerbe, das lediglich handwerksähnlich betrieben wird. Zulassungsfreie Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe werden gemäß §§ 18 ff. HandwO gleich behandelt⁴¹⁰.

Die Novellierung unterscheidet sich damit insofern von der alten Fassung der HandwO, als sie die klassische Unterteilung des Handwerksrechts – zulassungspflichtige Handwerke und handwerksähnliche Gewerbe – um die Kategorie zulassungsfreier Handwerke erweitert und damit zugleich eine einheitliche Terminologie in der HandwO etabliert⁴¹¹. Die Aufnahme der zulassungsfreien Handwerke und ihre Gleichstellung mit den handwerksähnlichen Gewerben verändern weiterhin die Systematik der HandwO, die sich eo ipso in den neu strukturierten Anlagen A und B fortsetzt.

⁴⁰⁹ Vgl. dazu *Dürr*, Die Eigenständigkeit zulassungsfreier Handwerksberufe, *GewArch* 2005, S. 364 ff.

⁴¹⁰ Gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 HandwO muß gegenüber der für die gewerbliche Niederlassung zuständigen Handwerkskammer angezeigt werden, wer den selbständigen Betrieb eines zulassungsfreien Handwerks bzw. handwerksähnlichen Gewerbes als stehendes Gewerbe beginnt oder beendet.

⁴¹¹ Die bislang im Gesetz verankerten Begriffe vom selbständigen Betrieb eines Handwerks (etwa §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 S. 2, 16 Abs. 1 HandwO a. F.), vom Handwerksbetrieb im Sinne dieses Gesetzes (§ 1 Abs. 2 HandwO a. F.), vom Handwerker (§ 48 Abs. 2 HandwO a. F.) bzw. selbständigen Handwerker (§ 10 Abs. 2 HandwO a. F.) und vom Unternehmen des Handwerks (§ 2 Abs. 1 HandwO a. F.), von Handwerksbetrieben (etwa §§ 3 Abs. 3, 14 S. 2 HandwO a. F.) sowie von Handwerken (etwa §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 1 HandwO a. F.) werden ersetzt durch den Begriff des (selbständigen) Betriebs bzw. Unternehmens eines zulassungspflichtigen Handwerks und des Inhabers eines Betriebes eines zulassungspflichtigen Handwerks, z. T. auch allgemein durch den Begriff des Gewerbetreibenden.

2. Neustrukturierung der Anlagen A und B⁴¹²

Eng mit der Etablierung einer Gruppe zulassungsfreier Handwerke in der Handwerksordnung verknüpft sind die die Anlagen A und B betreffenden Änderungen. Um die legislativ angestrebte Einteilung in zulassungspflichtige, zulassungsfreie und handwerksähnliche Handwerke konsequent weiterzuverfolgen, wurden die Anlagen neu strukturiert und Abgrenzungsmerkmale aufgestellt, die es ermöglichen sollen, einzelne Handwerke der jeweiligen Anlage zur HandwO zuzuordnen.

a) Abgrenzungskriterien für Anlage A

Die Anlage A zählt die traditionell als zulassungspflichtig erachteten Handwerksgewerbe auf, mithin diejenigen Handwerke, für die eine Meisterprüfung erforderlich ist, vgl. § 1 Abs. 1, 2 HandwO a. F.⁴¹³ Konnte die Zuordnung eines Handwerks zur Anlage A in der Vergangenheit mangels gesetzgeberisch klar vorgegebener Zweckbestimmung nicht eindeutig vorgenommen werden, mit der Folge, daß sie nicht immer nachvollziehbar war, hat der Reformgesetzgeber nun ausdrücklich das Kriterium der Gefahrgeneigntheit⁴¹⁴ sowie letztlich auch die hohe Ausbildungsbereitschaft und die weit überdurchschnittliche Ausbildungsleistung des Handwerks⁴¹⁵ als zukünftig prägende Abgrenzungsmerkmale benannt.

b) Zulassungspflichtige Handwerke der Anlage A

Unter Anwendung dieser Kriterien wurde die Zahl der zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A von vormals 94 Handwerken auf nunmehr 41

⁴¹² Sowohl die Anlage A zur HandwO, die solche Gewerbe verzeichnet, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können, als auch die Anlage B zur HandwO als Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungsfreie Handwerke oder handwerksähnliche Handwerke betrieben werden können, wurden neugefaßt, vgl. Art. 1 Drittes Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2934), Änderungsnnr. 71 und 72.

⁴¹³ Zum Wortlaut des § 1 Abs. 1 und 2 HandwO a. F. vgl. Fn. 388.

⁴¹⁴ BT-Drs. 15/1206, S. 41 f. Dazu im folgenden unten, S. 142 ff.

⁴¹⁵ BT-Drs. 15/1206, S. 2, 23, 41; s. a. BR-Plenarprot. 795/2003, S. 503, 517 (Anlage 19).

Handwerke reduziert⁴¹⁶. Am meisten betroffen sind Glas-, Papier-, keramische und sonstige Gewerbe sowie Bekleidungs-, Textil- und Ledergewerbe, wohingegen die Zulassungspflicht in den Ressorts Bau- und Ausbaugewerbe sowie Elektro- und Metallgewerbe weitgehend unverändert bestehen blieb⁴¹⁷.

c) Erweiterung und Teilung der Anlage B in die Anlagen B1 und B2

Sämtliche aus der Anlage A gestrichenen Gewerbe sind im Zuge der Novellierung neu bewertet und in die sogenannte Anlage B1 überführt worden. Diese bezeichnet zukünftig die zulassungsfreien Handwerke gemäß § 18 Abs. 2 S. 1 HandwO, für die das bislang zwingende Erfordernis der Meisterprüfung entfallen und zur Disposition des Berufsanwärters gestellt ist.

Die ebenfalls neu geschaffene Anlage B2 übernimmt als Äquivalent für die bisherige Anlage B deren Inhalt vollständig und enthält mithin zahlenmäßig und inhaltlich unverändert 57 handwerksähnliche Gewerbe. Lediglich die bisher vorgenommene Einteilung in sieben Gruppen ist entfallen⁴¹⁸.

d) Ersetzung des Inhaberprinzips durch das Betriebsleiterprinzip

Einen weiteren Systemwechsel im Handwerksrecht implementierte die Neuregelung des § 7 HandwO. Mußte bislang der Inhaber eines Handwerksbetriebes in seiner Person die Meisterprüfung abgelegt und bestanden haben⁴¹⁹, kann nunmehr jedermann Betriebsinhaber eines zulassungspflichtigen Handwerks werden, wenn zumindest der Betriebsleiter die Meisterprüfung in dem zu betreibenden oder einem mit diesem verwandten

⁴¹⁶ Dabei ist die mit der Handwerksnovelle 1998 (Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. März 1998, BGBl. I S. 596) eingeführte Einteilung in Gruppen wieder entfallen.

⁴¹⁷ Genaue Nachweise über die bisherige und die neue Zulassungspflicht in den einzelnen Bereichen nennt etwa *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 404 f. Rein tatsächlich ist die Verschiebung nicht derart gravierend, wie sie auf den ersten Blick erscheinen mag: Rund 600.000 Betriebe, über 4,15 Millionen Beschäftigte und gut 474.000 Lehrlinge verbleiben im Rahmen der Anlage A. Damit arbeiten rund 90 % aller Betriebe, etwa 83 % aller Beschäftigten und nahezu 90 % aller Auszubildenden weiterhin im zulassungspflichtigen Handwerk, vgl. *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S. 353.

⁴¹⁸ Eine Übersicht über die neuen Anlagen A und B zur HandwO geben *Schwannecke/Heck*, Die Handwerksordnungsnovelle 2004, GewArch 2004, S. 129 (141 f.).

⁴¹⁹ Zum Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO a. F. vgl. Fn. 281.

Handwerk besitzt, § 7 Abs. 1 S. 1, § 7 Abs. 1a HandwO. Damit sind die bereits in der Vergangenheit existierenden Ausnahmen vom Inhaberprinzip, etwa bei juristischen Personen gemäß § 7 Abs. 4 HandwO a. F., bei bestimmten handwerklichen Neben- und Zweitbetrieben gemäß § 7 Abs. 5 und 6 HandwO a. F. sowie bei der Betriebsfortführung nach dem Tode des Inhabers gemäß § 4 HandwO a. F., gegenstandslos geworden; vielmehr noch hat der Gesetzgeber im Zuge der Novellierung die Ausnahme zur Regel erhoben⁴²⁰.

Wie die Überführung des bisherigen § 7 Abs. 1 HandwO a. F. in den neu geschaffenen § 7 Abs. 1a HandwO klarstellt, bleibt die Meisterprüfung an sich trotz des eingeführten Betriebsleiterprinzips weiterhin grundsätzliche Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle⁴²¹.

e) Weitere Neuregelungen

aa) Anrechnungen und Ausnahmen bei der Eintragung in die Handwerksrolle

Um den starren Grundsatz des erfolgreichen Bestehens der Meisterprüfung als Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle flexibler zu gestalten, hat der Gesetzgeber zahlreiche Möglichkeiten geschaffen, auf anderem Wege in die Handwerksrolle eingetragen zu werden⁴²².

So stellt etwa § 7 Abs. 2 HandwO die Gleichwertigkeit der aufgezählten Abschlüsse mit der Meisterprüfung *expressis verbis* klar, mit der Folge, daß das bis dahin bestehende zusätzliche Erfordernis einer Gesellenprüfung oder einer mindestens dreijährigen praktischen Tätigkeit entfällt.

Der neue § 7b HandwO statuiert für Gesellen ferner dann einen Anspruch auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung für 35 von 41 zulassungspflichtigen, in der Anlage A genannten Handwerke, sofern sie eine äquivalente Tätigkeit über die Dauer von mindestens vier Jahren in leitender Stellung ausgeübt haben.

⁴²⁰ Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (405).

⁴²¹ BT-Drs. 15/1206, S. 26.

⁴²² Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle auf S. 119.

Letztlich sehen §§ 8 und 9 HandwO vor, Handwerkern eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, wenn sie im Besitz der notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse sind und die Meisterprüfung eine unzumutbare Belastung bedeutete oder wenn sie Angehörige der EU und des EWR sind.

bb) Obligatorische und fakultative Meisterprüfung

Im Zusammenspiel mit den aufgezeigten Veränderungen ist auch der die Meisterprüfung und den Meistertitel betreffende Dritte Teil der HandwO novelliert und der neuen Systematik angepaßt worden. Dies betrifft den Ersten und den Zweiten Abschnitt, die die Meisterprüfung abhängig von der Einordnung des Handwerks regeln. Neu sind insbesondere § 45 Abs. 2 bis 4 HandwO, die das Ziel der Meisterprüfung und den vorgegebenen Prüfungsrahmen normieren, sowie die Vorschriften über den freiwilligen Meisterbrief in §§ 51a f. HandwO. Letztere sind wiederum auf die Neustrukturierung der Anlagen A und B zurückzuführen und sollen eine fakultative Meisterprüfung auch in den zulassungsfreien Handwerken und handwerksähnlichen Gewerben der Anlage B ermöglichen.

f) Zusammenfassung

Resümierend kann festgehalten werden, daß der Gesetzgeber seinen Reformvorstellungen entsprechend vorrangig die in engem Zusammenhang mit dem Erfordernis der Meisterprüfung stehenden Vorschriften wie etwa §§ 1 und 7 HandwO sowie die Anlagen A und B zur HandwO novellierte. Auf Grund deren Veränderung und der neu formulierten Gesetzesintention gilt die bislang durch das Bundesverfassungsgericht statuierte Rechtfertigung des Eingriffes in Art. 12 Abs. 1 GG nur noch eingeschränkt.

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, die die Meisterprüfung normierenden Regelungen unter Berücksichtigung der vorgenommenen Änderungen sowie des neu manifestierten Gesetzeszweckes erneut einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

III. Eintragungsmodalitäten nach der reformierten Handwerksordnung

1. Eintragungspflicht für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks

§ 1 Abs. 1 S. 1 HandwO normiert, daß der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet ist und statuiert damit eine Eintragungspflicht. Ein Gewerbebetrieb ist gemäß § 1 Abs. 2 HandwO der Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und ein Gewerbe vollständig umfaßt, das in der Anlage A zu dem Gesetz zur Ordnung des Handwerks aufgeführt ist oder Tätigkeiten ausgeführt werden, die für dieses Gewerbe wesentlich sind.

Seit der Änderung der HandwO, die am 01.01.2004 in Kraft getreten ist, unterliegen lediglich noch 41 von vormals 94 Handwerksberufen der Eintragungspflicht des § 1 Abs. 1 S. 1 HandwO⁴²³. Dies ist auf die Modifikation des gesetzgeberischen Zwecks der HandwO zurückzuführen, vorrangig Gefahren für Leib und Leben der Allgemeinheit oder einzelner Bürger sowie gegebenenfalls für Güter sehr großen oder besonderen Wertes abzuwenden. Infolgedessen ist das Kriterium der Gefahrgeneignetheit⁴²⁴ – neben dem der Ausbildungsleistung – das Auswahlkriterium dafür, ob ein Handwerk zulassungspflichtig im Sinne der Anlage A ist und damit auch, welche Voraussetzungen erforderlich sind, um in die Handwerksrolle eingetragen zu werden.

⁴²³ Detaillierte Ausführungen zu den Änderungen der Handwerksordnung zum 1. Januar 2004 s. S. 112 ff.

⁴²⁴ Dazu im folgenden unten, S. 142.

2. Eintragungsfähigkeit für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks

a) Regelfall: Eintragungen nach § 7 Abs. 1 und Abs. 1a HandwO

aa) Eintragung nach § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO

Natürliche oder juristische Personen oder eine Personengesellschaft werden gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 HandwO als Inhaber eines Betriebs in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die für das zu betreibende Handwerk oder ein mit diesem verwandtes Handwerk erforderlichen Voraussetzungen (§ 7 Abs. 1a HandwO) erfüllt. Damit hat sich der Gesetzgeber von dem 1953 mit Erlaß der HandwO eingeführten Inhaberprinzip⁴²⁵ abgewendet, nach dem einen Handwerksbetrieb nur derjenige betreiben konnte, der auch die fachliche Qualifikation des Handwerksmeisters in seiner Person erfüllte. Nach der jetzigen Fassung ist allein entscheidend, ob der Betriebsleiter fachlich geeignet ist, den Handwerksbetrieb zu führen⁴²⁶.

bb) Eintragung nach § 7 Abs. 1a HandwO

In die Handwerksrolle wird gemäß § 7 Abs. 1a HandwO eingetragen, wer in dem von ihm zu betreibenden oder in einem mit diesem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat. Es werden lediglich solche Handwerker eingetragen, deren fachliche Befähigung durch ein anerkanntes Zertifikat nachgewiesen ist. Mit der Neufassung des § 7 Abs. 1 und Abs. 1a HandwO hat der Gesetzgeber das vormals bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt, so daß die ursprünglich als Regelfall gedachte Eintragung des Betriebsinhabers nach Abschluß der Meisterprüfung mit § 7 Abs. 1a HandwO zurückgestellt wurde⁴²⁷.

⁴²⁵ Die Bedeutung des Inhaberprinzips für das Handwerk hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Handwerksbeschuß vom 11. Juli 1961 umfassend dargestellt, vgl. BVerfGE 13, 97 (120). Ausführlich dazu auch *Musielak/Detterbeck*, Handwerksordnung, § 7, Randnr. 8.

⁴²⁶ Dazu s. S. 116.

⁴²⁷ Ausführlicher dazu s. S. 117; vgl. auch *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (405).

b) Nachgeordnete Eintragungsmöglichkeiten

aa) Eintragung nach § 7 Abs. 2 HandwO

Zudem werden Ingenieure, Absolventen von technischen Hochschulen und von staatlichen oder staatlich anerkannten Fachschulen für Technik mit dem zulassungspflichtigen Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen, das dem Studien- oder Schulschwerpunkt ihrer Prüfung entspricht. Gleichmaßen werden Personen eingetragen, die ein anderes, der Meisterprüfung äquivalentes Examen abgelegt haben. Dazu zählen auch Diplomprüfungen anderer europäischer Vertragsstaaten⁴²⁸. Die abschließende Entscheidung, ob die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind, trifft die Handwerkskammer, § 7 Abs. 2 S. 5 HandwO.

bb) Eintragung nach § 7 Abs. 2a HandwO

Durch zustimmungspflichtige Rechtsverordnung kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie bestimmen, daß auch solche Personen in die Handwerksrolle einzutragen sind, die für die Ausübung des zu betreibenden Gewerbes eine der Meisterprüfung gleichwertige Berechtigung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft (EG) oder in einem anderen Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) erworben haben.

cc) Eintragung nach § 7 Abs. 3 i. V. m. § 8, § 9 Abs. 1 oder § 9 Abs. 2 HandwO

Ferner werden diejenigen Personen in die Handwerksrolle eingetragen, die eine Ausnahmegewilligung nach § 8 HandwO vorweisen können.

Gemäß § 8 Abs. 1 HandwO ist die Eintragung in die Handwerksrolle in Ausnahmefällen zu bewilligen, wenn der Antragsteller nachweisen kann, über

⁴²⁸ Die Anerkennung dieser Prüfungsleistungen erfolgt in Umsetzung der Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, Amtsblatt EG 1989 Nr. L 019 vom 24. Januar 1989, S. 16-23.

die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten für die selbständige Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks zu verfügen. Ausreichend ist, wenn der Antragsteller angesichts seiner beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten fundierte handwerkliche Qualifikationen erworben hat. Die zweite, gleichrangig neben den notwendigen Kenntnissen erforderliche Voraussetzung, daß ein Ausnahmefall vorliegt⁴²⁹, ist regelmäßig dann zu bejahen, wenn es den Bewerber im gegenwärtigen Zeitpunkt oder schlechthin unzumutbar belasten würde, die Meisterprüfung zu absolvieren. Auch nach der Gesetzesänderung durch die Handwerksnovelle dürfte die Beurteilung der Frage des Ausnahmefalles unter dem Leitgedanken stehen, daß die Ausnahmebewilligung niemals zur Umgehung der Meisterprüfung führen darf. Insofern bestimmt § 8 Abs. 2 HandwO, daß die Ausnahmebewilligung als Verwaltungsakt i. S. v. § 36 Abs. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) auch mit Nebenbestimmungen versehen werden kann, etwa mit der Auflage, die Meisterprüfung binnen einer bestimmten Frist nachzuholen. Dies ändert indessen nichts daran, daß dem Antragsteller die Ausnahmebewilligung (zunächst) erteilt und er mit dem zulassungspflichtigen Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen wird⁴³⁰.

Um als EU-Staatsangehöriger außer in den Fällen des § 8 Abs. 1 HandwO in die Handwerksrolle eingetragen werden zu können, ermächtigt § 9 Abs. 1 HandwO das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, eine Verordnung⁴³¹ zu erlassen, die regelt, unter welchen Voraussetzungen Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EG eine Ausnahmebewilligung erhalten. Gemäß § 1 Abs. 1 EWG/EWR-Handwerk-VO muß der Antragsteller generell in seinem Mitgliedstaat über einen festgelegten Zeitraum die Tätigkeit ausgeübt haben, die mit den wesentlichen Punkten des Berufsbildes des Gewerbes übereinstimmt, für das die Ausnahmebewilligung beantragt wird.

⁴²⁹ Zum Verhältnis der beiden materiellen Voraussetzungen der Ausnahmebewilligung vgl. schon *Fröhler*, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, S. 49 f.

⁴³⁰ Da § 8 Abs. 2 HandwO auch auf § 7a HandwO anzuwenden ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen § 8 Abs. 2 und § 7b HandwO. Vgl. dazu *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, *GewArch* 2004, S. 353 (361), die de lege ferenda eine entsprechende Geltung für § 7b HandwO fordern.

⁴³¹ Siehe dazu die Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle (EWG/EWR-Handwerk-VO) vom 4. August 1966 (BGBl. I S. 469), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 596).

Für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates EU oder eines anderen Vertragsstaates des EWR, die im Inland keine gewerbliche Niederlassung unterhalten, gestattet § 9 Abs. 2 HandwO den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe dann, wenn die zuständige Behörde durch eine Bescheinigung anerkannt hat, daß die Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 HandwO und damit der EWG/EWR-Handwerk-VO erfüllt sind.

dd) Eintragung nach § 7 Abs. 7 i. V. m. § 7a HandwO

Gemäß § 7 Abs. 7 HandwO wird ebenso in die Handwerksordnung eingetragen, wer für das zu betreibende Gewerbe oder für ein mit diesem verwandtes Gewerbe eine Ausübungsberechtigung nach § 7a HandwO besitzt. Diese erhält, wer nachweisen kann, daß er die für ein anderes zulassungspflichtiges Gewerbe oder für wesentliche Tätigkeiten dieses Gewerbes erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten hat, wobei auch die bisherigen beruflichen Erfahrungen und Tätigkeiten zu berücksichtigen sind.

*ee) Eintragung nach § 7 Abs. 7 i. V. m. § 7b HandwO –
Altgesellenregelung*

Unabhängig davon, ob die Meisterprüfung erfolgreich abgelegt wurde, können sich qualifizierte Gesellen über § 7b HandwO im Handwerk selbständig machen. Sie erhalten eine Ausübungsberechtigung, wenn sie nach bestandener Gesellenprüfung insgesamt sechs Jahre in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk tätig waren, wovon sie insgesamt vier Jahre eine leitende Stellung ausgeübt haben müssen, § 7b Abs. 1 Nrn. 1 und 2 HandwO. Gesellen haben gemäß § 7b Abs. 1 Nr. 2 HandwO eine leitende Stellung inne, wenn ihnen eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in einem Betrieb oder einem wesentlichen Betriebsteil übertragen sind. Dabei muß die ausgeübte Tätigkeit zumindest essentielle Aufgaben des

zulassungspflichtigen Handwerks umfaßt haben, damit der Geselle berechtigt ist, das beantragte Metier auszuüben⁴³².

Die für die selbständige Handwerksausübung erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse gelten in der Regel durch die sechsjährige Berufserfahrung nach § 7b Abs. 1 Nr. 2 HandwO als nachgewiesen.

⁴³² Zu den Voraussetzungen zwecks Anerkennung einer leitenden Stellung i. S. d. § 7b Abs. 1 Nr. 2 HandwO, insbesondere zu der Frage, ob für eine leitende Funktion ein durch Organisationseinteilung abgegrenzter Betriebsteil gegeben sein müsse, vgl. VG Köln, Urteil vom 15. Dezember 2005, GewArch 2006, S. 168 ff.

VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG DES EINTRAGUNGSERFORDERNISSES

Mit der Reform der handwerksrechtlichen Regelungen zur Meisterprüfung ist dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes von 1961 zu deren Verfassungsmäßigkeit die Grundlage genommen worden. Um eine an den novellierten Vorschriften orientierte Aussage über die Verfassungsmäßigkeit des Meisterprüfungserfordernisses zu erhalten, ist es erforderlich, die §§ 1 ff. HandwO erneut an dem formalen Maßstab des Grundgesetzes zu bewerten. Auch wenn die frühere bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung dabei nicht gänzlich unbeachtet bleiben kann, sollen die höchstrichterlichen Ausführungen lediglich vereinzelt in die Prüfung integriert werden.

I. Eingriffsqualität

§ 1 Abs. 1 HandwO setzt für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks die Eintragung in die Handwerksrolle voraus. Eingetragen wird, wer die von § 7 Abs. 1 und Abs. 1a HandwO geforderten Voraussetzungen erfüllt, mithin einen eigenen Meistertitel oder den eines Betriebsleiters nachweisen kann. Dies gilt gemäß § 1 Abs. 1, 2 HandwO jedoch lediglich für zulassungspflichtige Handwerke, also für sämtliche in der Anlage A zur HandwO genannten Handwerke, die wegen ihrer Gefahrgeneigtheit Schäden für Leib und Leben Dritter hervorrufen können.

Damit beschränken die zitierten Vorschriften für die 41 in Anlage A zur HandwO genannten Handwerke die Zulassung zum Beruf des selbständigen Handwerkers. Da die Meisterprüfung als Befähigungsnachweis dem Nachweis beruflicher Fähigkeiten und Fertigkeiten bezüglich eines zulassungspflichtigen Handwerks dient, ist er als subjektive Berufszulassungsvoraussetzung zu qualifizieren.

II. Rechtfertigung

Als subjektive Berufszulassungsvoraussetzung steht die Meisterprüfung nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Drei-Stufen-Theorie dann mit dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG in Einklang, wenn sie zum Schutze eines besonders wichtigen, d. h. allgemein anerkannten Gemeinschaftsgutes aufgestellt ist und gemessen an den Wertvorstellungen des Gesetzgebers der Berufsfreiheit des einzelnen vorgeht⁴³³.

1. Besonders wichtiges Gemeinschaftsgut

Mit der neu formulierten Intention der Handwerksordnung besinnt sich der Gesetzgeber auf ordnungsrechtliche Ursprünge des Gewerberechts und setzt den Schutz von Gesundheit und Leben Dritter⁴³⁴ an die Stelle der bisher zur Rechtfertigung der Meisterprüfung herangezogenen besonders wichtigen Gemeinschaftsgüter der Erhaltung und Förderung der Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes sowie der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft.

Die Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit und Leben sichern die physische Existenz des Menschen und sind unabdingbare Voraussetzungen für die Selbstbestimmung und Eigenverantwortung der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Entfaltung; sie schützen „die vitale Basis der Menschenwürde“⁴³⁵. Das Bundesverfassungsgericht sieht in dem eng mit dem Grundrecht auf körperliche Integrität verbundenen Grundrecht auf Leben einen Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung⁴³⁶, so daß der Schutz von Gesundheit und Leben Dritter entsprechend der differenzierenden Bewertung des Gerichtes ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt. Als solches kann es – der Drei-Stufen-Theorie folgend – selbst zur Rechtfertigung von

⁴³³ Zu den Anforderungen an die Rechtfertigung allgemein und vor der Handwerksnovelle vgl. S. 42 ff. sowie S. 64 ff.

⁴³⁴ BT-Drs. 15/1206, S. 22.

⁴³⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

⁴³⁶ BVerfGE 39, 1 (36, 42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); zustimmend etwa das BAG, NJW 1989, S. 2347 (2349).

objektiven Berufszulassungsschranken herangezogen werden, weshalb es erst recht die weniger intensiv in die Berufsfreiheit eingreifenden subjektiven Berufszulassungsschranken zu rechtfertigen vermag.

Zudem soll die Meisterprüfung der Handwerksnovelle die hohe Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks sicherstellen⁴³⁷. Dieses Ziel ist ein Äquivalent zu einem der vom Bundesverfassungsgericht definierten Gemeinschaftsgüter⁴³⁸, das angesichts der zeitlichen Verschiebung von Handwerksbeschluß und -reform noch einmal näher betrachtet werden soll. Die Ausbildung von Heranwachsenden zu einem bestimmten Beruf nimmt in der leistungsorientierten Gesellschaft des Grundgesetzes und insbesondere vor dem Hintergrund der neu entbrannten Debatte über die Entstehung eines Prekariats⁴³⁹ einen hohen Stellenwert ein. Neben dem vorrangigen Ziel, Auszubildenden die allgemeinen Grundlagen, aber auch die spezifischen Tätigkeitsfelder eines Berufes zu vermitteln, sollen diese durch den Ausbildungsgang zu leistungsfähigen und verantwortungsbewußten Bürgern geformt werden. Damit einher geht zugleich die Sensibilisierung für wirtschaftliche, politische und schließlich auch für gesellschaftliche Fragestellungen, die für ein erfolgreiches Vorankommen im beruflichen Betätigungsfeld unerlässlich sind. Mit dem Ziel, die hohe Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks sicherzustellen, reagiert die Handwerksreform auf die trotz der verheerenden wirtschaftlichen Situation nach wie vor sehr hohe Ausbildungsmotivation im Handwerk⁴⁴⁰, die angesichts der aufgezeigten Bedeutung als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut zu bewerten ist.

⁴³⁷ Zwar war dieses Ziel in den Protokollen nur als zusätzliches Kriterium für den Verbleib von Handwerken in der Anlage A genannt, im Ergebnis handelt es sich jedoch um ein gesetzgeberisches Ziel, das das Handwerksrecht seit jeher mitbestimmte und letztlich beibehalten wurde, vgl. BT-Drs. 15/1107, S. 2; BT-Drs. 15/2138, S. 1, 13.

⁴³⁸ Zu dem vom Bundesverfassungsgericht ausgeführten besonders wichtigen Gemeinschaftsgut vgl. S. 64 ff.

⁴³⁹ Vgl. dazu die Artikel zum Thema des Tages „Arm und Reich in Deutschland“, Süddeutsche Zeitung Nr. 239 vom 17. Oktober 2006, S. 2 sowie den Artikel „Abhanden gekommen“, ebd., S. 13.

⁴⁴⁰ Die Ausbildungsquote lag 2005 bei 9,9 % und war damit nahezu drei Mal so hoch wie in den anderen Bereichen der Wirtschaft, vgl. Zentralverband des deutschen Handwerks (ZDH) (Hrsg.), Datenblatt Betriebs- und Berufsbildungsstatistik, Stand April 2006. Zudem stellt das Handwerk etwa 31 % aller neu abgeschlossenen Auszubildenden zur Verfügung.

In einem nächsten Schritt müssen die die Meisterprüfung begründenden und ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut konstituierenden Interessen stärker zu gewichten sein als das Interesse des einzelnen, seinen Beruf frei zu wählen und dazu ungehinderten Zugang zu haben.

2. Interessenabwägung – Verhältnismäßigkeit der Regelung

Bei der sich anschließenden Interessenabwägung ist daher zu examinieren, ob die aufrechterhaltenen, im Rahmen der Novellierung jedoch grundlegend modifizierten Berufszulassungsregelungen sowie die darin aufgestellten Bedingungen geeignet, erforderlich und zumutbar sind, die genannten besonders wichtigen Gemeinschaftsgüter zu schützen.

a) Eignung der Meisterprüfung zu den gesetzgeberischen Zielen

Indem die Vorschriften der HandwO für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks die Meisterprüfung fordern, verlangen sie für alle 41 als gefahrgeneigt befundenen Handwerke einen Befähigungsnachweis. Damit soll der Berufsanwärter belegen können, daß er Kenntnisse über die mit der Ausübung des Handwerks verbundenen Tätigkeiten und die richtige Herangehensweise zur Vornahme aller anfallenden Verrichtungen erworben hat. Ferner kann ihm das speziell erworbene Wissen von Arbeitstechniken, von technisch-konstruktiven Zusammenhängen, von Formgebung und Gestaltung und nicht zuletzt von betriebswirtschaftlichen Fragestellungen bescheinigt werden, was ihn letztlich zu der Erklärung berechtigt, seine Beschäftigung meisterhaft ausüben zu können (§ 45 HandwO).

Der Rahmen der meisterhaften Ausübung des Handwerks umschließt mit der Fähigkeit, die gebräuchlichen Arbeiten selbständig und nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht zu erledigen, auch die Kenntnis, welche Gefahren die zu bewerkstellenden Tätigkeiten für Dritte bürden und wie diesen präventiv zu begegnen ist. Insofern eignet sich die Meisterprüfung, den Berufsanwärter für sämtliche mit der Ausübung des Handwerks verbundenen Gefahren zu sensibilisieren und Kenntnisse abzuverlangen, die die sichere Erledigung von Tätigkeiten im Umgang mit dem Kunden

ermöglichen. Folglich können damit Leib und Leben Dritter vor Gefahren geschützt werden.

Darüber hinaus soll der angehende Handwerksmeister neben den Tätigkeiten, die mit der Wahrnehmung seines Handwerksberufes verbunden sind, dazu befähigt werden, die Ausbildung von Lehrlingen in eigener Verantwortung durchzuführen. Daß diese Aufgabe für die Ausbildung in einem zulassungspflichtigen Handwerk von persönlich und fachlich geeigneten Handwerksmeistern wahrgenommen wird (§§ 21 ff. HandwO), soll den Auszubildenden ermöglichen, von dessen Wissen, Erkenntnis und Erfahrung zu profitieren und während der Ausbildungszeit selbst ein umfangreiches Wissen über alle mit dem selbständigen Betrieb eines Handwerks verknüpften Tätigkeiten anzuhäufen. Demgegenüber wird auch der Handwerksmeister infolge der kontinuierlichen Konfrontation mit seinem Lehrling in einen steten Fortbildungsprozeß involviert: Über die Zusammenarbeit mit dem Lehrling kann er sich über Veränderungen und aktuelle Entwicklungen in seinem Beruf, über neue Arbeitstechniken und Fortschritte bei der Erforschung technisch-konstruktiver Zusammenhänge sowie über die Anpassung an zeitgemäße Formgebung und Gestaltung informieren. Das auf diese Weise dazu gewonnene Wissen kann er dann seinen Vorstellungen entsprechend in die betriebswirtschaftlichen und kaufmännischen Abläufe einbringen und seinen Handwerksbetrieb jenen Maßgaben folgend noch effektiver leiten. Dieses Gegenseitigkeitsverhältnis, das durch einen regen Wissenstransfer zwischen den Beteiligten gekennzeichnet ist, trägt nicht unerheblich dazu bei, die Ausbildungsbereitschaft des Handwerks aufrechtzuerhalten.

In diesem Zusammenhang erscheint es zudem sehr sinnvoll, speziell über die Gefahren unterrichtet zu sein, die im Zusammenhang mit der Ausübung des jeweiligen Handwerks bestehen oder eintreten können. So kann der ausbildende Handwerksmeister seinem Auszubildenden hinreichende Kenntnisse vermitteln und auf diese Weise dazu beitragen, Leib und Leben Dritter von Gefahren zu schützen.

§§ 1, 7 HandwO i. V. m. der Anlage A zur HandwO sind daher jedenfalls geeignet, Leib und Leben Dritter zu schützen sowie die Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks sicherzustellen.

b) Erforderlichkeit der Berufszulassungsvoraussetzung

Die Berufszulassungsvoraussetzung müßte auch erforderlich sein. Hier stellt sich erneut die Frage, ob es dem Gesetzgeber nur mittels einer Berufszulassungsvoraussetzung gelingen konnte, Leib und Leben Dritter vor Gefahren zu schützen und die Ausbildungsleistung des Handwerks sicherzustellen, oder ob dieser Schutz nicht ebenso wirksam mit einer weniger stark freiheitsbeschränkenden Berufsausübungsregelung hätte erreicht werden können.

aa) Hinsichtlich des Schutzes vor Gefahren

Als Anknüpfungspunkt dafür kann erneut das freie wirtschaftliche Geschehen herangezogen werden, das nach dem Prinzip von Angebot und Nachfrage den Zu- und Abgang von leistungsfähigen und weniger leistungsfähigen Betrieben im Sinne einer Selbstauslese steuert: Denn grundsätzlich besteht nach qualitativ minderwertigen oder gar mit einem Schaden einhergehenden Handwerksdienstleistungen keine bzw. nur eine geringe Nachfrage, so daß diese mit fachgerecht erbrachten Handwerksdienstleistungen nicht mehr konkurrieren können und vom Markt verdrängt werden. An dieser Stelle argumentierte das Bundesverfassungsgericht, daß das Marktgeschehen jedoch nur auf bereits am Markt ansässige Betriebe wirke, es also keine Gewähr dafür bieten könne, das Ein- und Vordringen unqualifizierter Kräfte gänzlich zu verhindern. Dadurch könnte indessen das Risiko erhöht werden, daß Kunden mit mangelhaften Leistungen in Berührung kommen und so Gefahren für Gesundheit und Leben ausgesetzt sind, denen durch eine Regelung der Berufszulassung gerade begegnet werden sollte. Dem kann indessen entgegengehalten werden, daß der Effekt ebenso mittels einer weniger in das Grundrecht des Art. 12 GG eingreifenden Berufsausübungsregelung unterstützt und ihm so zu höherer Wirksamkeit verholfen werden könnte. Naheliegend ist

auch hier – wie etwa von *Hamann* favorisiert – die Einführung von Beschaffenheitsvorschriften, die für in bestimmten Handwerken gefertigte Produkte Vorgaben über deren Qualität und sonstige Eigenschaften enthalten und die, ergänzt durch strengere Produkthaftungsvorschriften, einen optimalen Schutz von Verbraucher und Kunde gewährleisten könnten. Ferner könnte eine – ebenfalls schon von *Hamann*⁴⁴¹ angedachte – organisierte staatliche Aufsicht dazu beitragen, die Einhaltung bestimmter Sicherheits- und Qualitätsanforderungen zu überwachen.

Dem steht jedoch die Bedeutung der vom Gesetzgeber als schutzwürdig erachteten Rechtsgüter Gesundheit und Leben Dritter zwingend entgegen. Als elementare existentielle Rechte sind Gesundheit und Leben von derart hohem Rang, daß effektive Schutzmaßnahmen ihre Beeinträchtigung von vornherein ausschließen müssen. Dies hingegen ist mit der Einführung von Beschaffenheitsvorschriften und einer staatlichen Aufsicht als dem Produktions- und Tätigkeitsvorgang nachgelagerte Kontrollmechanismen nicht möglich. Auch wenn diese dazu beitragen könnten, nicht dem vorgesehenen Qualitätsstandard entsprechende Erzeugnisse nachträglich aus dem Repertoire angebotener Handwerkswaren und -dienstleistungen zu entfernen, können sie nicht die Gewähr für eine einwandfreie Produktion und für per se qualitativ hochwertige Werkstücke bieten. Dies zu erreichen macht zuvörderst eine umfangreiche Ausbildung erforderlich, die sowohl auf die wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerksbetriebes als auch auf die damit in Zusammenhang stehenden untergeordneten Arbeitsvorgänge bezogen ist und den Handwerker über das Gefahrenpotential seiner Tätigkeit unterrichtet. In diesem Rahmen ist es gleichzeitig angezeigt, Vorgehensweisen aufzuzeigen, die verhindern, daß sich die bestehenden Gefahren tatsächlich realisieren.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Meisterprüfung für gefahrgeneigte Handwerke das mildeste Mittel ist, die den Kunden gegebenenfalls drohenden Gefahren für Leib und Leben wirksam zu verhindern.

⁴⁴¹ Vgl. zu beiden Punkten bereits oben, S. 77.

bb) Hinsichtlich der Ausbildungsbereitschaft

Die Meisterprüfung müßte zudem erforderlich sein, die Ausbildungsleistung und -bereitschaft aufrechtzuerhalten und sicherzustellen.

Hier drängt sich demnach die Frage auf, ob ein Verzicht auf die Meisterprüfung das Risiko erhöht, daß Lehrlinge nur unzureichend ausgebildet werden, mit der Folge, daß die Ausbildungsleistung im Handwerkssektor an sich nicht mehr gesichert ist.

Dazu sind zunächst Sinn und Zweck der Meisterprüfung und der Ausbildung von Handwerksgesellen zu hinterfragen. Erklärtes Ziel der Meisterprüfung ist es sicherzustellen, daß der Handwerker in seinem Handwerk sehr gut qualifiziert ist und alle mit der selbständigen Ausübung seines Handwerksgebietes einhergehenden Tätigkeiten fachgerecht erledigen kann. Ziel der Ausbildung von Handwerksgesellen ist indessen, diese mit allen anfallenden Tätigkeiten ihres zu erlernenden Handwerksberufes vertraut zu machen und ihnen die dazu erforderlichen Kenntnisse zu vermitteln. Auch und gerade durch den praktischen Ausbildungsgang im Betrieb sollen sie an Aufgaben herangeführt werden, die im Zusammenhang mit dem eigenständigen Führen eines Handwerksbetriebes zu erfüllen sind.

Diese Aufgaben liegen jedoch nicht ausschließlich im Pflichtenkreis des Handwerksmeisters und werden darüber hinaus auch nicht ausschließlich von diesem wahrgenommen. Vielmehr erfordert eine effektive Aufgabenverteilung innerhalb eines Betriebes, daß spezielle Aufgaben von anderen Beschäftigten als dem Betriebsinhaber selbst erfüllt werden. Obgleich dies nicht für sämtliche anfallenden Tätigkeiten gelten kann, kann die Verlagerung von Pflichten jedenfalls dort sehr sinnvoll sein, wo etwa ein in der Verrichtung ganz bestimmter Tätigkeiten versierter Betriebsangehöriger einem Auszubildenden gegenübersteht, um diesem gerade für sein Tätigkeitsfeld vertiefende Kenntnisse und wertvolles Zusatzwissen zu vermitteln. Schließlich kann ein Handwerksgeselle durch mehrjährige Berufserfahrung ebenso wie ein Handwerksmeister in der Lage sein, die Betreuung von Auszubildenden in einem Handwerksgebiet zu übernehmen.

Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, daß nunmehr überwiegend solche Gewerbe zulassungspflichtig sind und eine Meisterprüfung verlangen, denen eine Gefahrenneigung zugeschrieben wird. Für derartige gefahrgeneigte Tätigkeiten muß sichergestellt werden, daß sie nur von Personen mit entsprechender Qualifikation ausgeübt werden, die dann auch die Ausbildung der Handwerksgesellen übernehmen. Ein selbst nur unzureichend qualifizierter Ausbilder kann im Zweifel nicht die Gewähr dafür bieten, seine Lehrlinge in der für das spezifische Handwerk üblichen und adäquaten Art und Weise auszubilden. Daher ist vorrangig den Handwerksmeistern die Aufgabe übertragen worden, Lehrlinge in eigener Verantwortung auszubilden, was sowohl den Lehrling selbst als auch den Handwerksmeister an einem komplexen Fortbildungsprozeß partizipieren läßt. Dieses durch den Austausch von Wissen zwischen den Beteiligten gekennzeichnete Gegenseitigkeitsverhältnis trägt wesentlich dazu bei, Ausbildungsbereitschaft und Ausbildungsleistung des Handwerks aufrechtzuerhalten.

Letztlich ist auch nur das Erfordernis der Meisterprüfung mit der staatlichen Fürsorgepflicht und den daraus erwachsenden Anforderungen an den Schutz der Rechtsgüter Leib und Leben vereinbar, denen ein bloßer Verweis auf bestehende Schadensersatz- und Mängelbeseitigungsansprüche im Falle der Beeinträchtigung von Gesundheit oder Leben nicht genügen würde. Daher stellt die Meisterprüfung zur Zulassung für die Ausbildung von Handwerksgesellen im Ergebnis das mildeste Mittel dar, weshalb sie folglich als erforderlich zu bewerten ist.

c) Angemessenheit der Zulassungsvoraussetzung Meisterprüfung

Die Meisterprüfung als Berufswahlregelung müßte auch angemessen sein. Davon ist dann auszugehen, wenn die zur Zulassungsvoraussetzung erhobenen Kenntnisse und Fertigkeiten in adäquatem Verhältnis zu dem Ziel stehen, Gefahren für Leib und Leben Dritter abzuwehren sowie die Ausbildungsleistung des Handwerks sicherzustellen, und sowohl Ausbildung als auch die sich daran anschließende Meisterprüfung keine übermäßige Belastung für die Bewerber darstellen.

Dazu wird es zunächst erforderlich, den Ausbildungsgang zum Handwerksmeister in einem zulassungspflichtigen Handwerk und speziell die diesen abschließende Meisterprüfung näher zu betrachten.

aa) Die Ausbildung zum Handwerksmeister und die Meisterprüfung

Zum Handwerksmeister in einem zulassungspflichtigen Handwerk kann sich qualifizieren, wer die zwei- bis dreijährige Ausbildung⁴⁴² in diesem Handwerk mit der Gesellenprüfung (§§ 31 ff. HandwO) abgeschlossen hat und die Meisterprüfung erfolgreich besteht, § 49 Abs. 1 HandwO. Anders als vor der Handwerksrechtsreform ist nicht mehr erforderlich, daß der Geselle nach dem Abschluß der Gesellenprüfung eine mehrjährige Tätigkeit in diesem zulassungspflichtigen Handwerk ausgeübt hat⁴⁴³. Vielmehr ist es ihm freigestellt, nach der Gesellenzeit zunächst zu arbeiten, um weitere Erfahrungen in dem zulassungspflichtigen Handwerk zu sammeln, oder aber gleich mit der Meisterschule zu beginnen⁴⁴⁴. Diese endet schließlich mit der Meisterprüfung.

Erklärtes Ziel der Meisterprüfung ist es festzustellen, ob der Prüfling befähigt ist, ein zulassungspflichtiges Handwerk meisterhaft auszuüben und selbständig zu führen sowie Lehrlinge ordnungsgemäß auszubilden, § 45 Abs. 2 HandwO. Diese Feststellung wird gemäß § 45 Abs. 3 HandwO dann getroffen, wenn der

⁴⁴² Die Berufsausbildung zu einem Handwerksberuf wird grundsätzlich in §§ 21 ff. HandwO geregelt. Gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 HandwO beträgt die Ausbildungsdauer nicht mehr als drei und nicht weniger als zwei Jahre. Inhaltlich bestimmen die auf der Grundlage von § 25 HandwO erlassenen Ausbildungsordnungen den Ausbildungsrahmen, die Anforderungen für die Zwischenprüfung sowie die Gesellenprüfung. Beispielhaft sei etwa auf die Verordnung über die Berufsausbildung zum Glaser/zur Glaserin vom 5. Juli 2001 (BGBl. I S. 1551) verwiesen.

⁴⁴³ Vgl. dazu § 49 Abs. 1 HandwO a. F.:

Zur Meisterprüfung ist zuzulassen, wer eine Gesellenprüfung oder eine entsprechende Abschlußprüfung in einem anerkannten Ausbildungsberuf bestanden hat und in dem Handwerk, in dem er die Meisterprüfung ablegen will, [...] eine mehrjährige Tätigkeit ausgeübt hat [...]. Für die Zeit der Berufstätigkeit dürfen nicht mehr als drei Jahre gefordert werden. [...].

⁴⁴⁴ Meisterschule meint in diesem Zusammenhang sowohl den Vollzeitmeisterlehrgang als auch das Modell des berufsbegleitenden Meisterlehrganges. Während der Vollzeitlehrgang die Möglichkeit bietet, die Meisterschüler auf alle vier Hauptteile der Meisterprüfung vorzubereiten, ist das erstgenannte Lehrgangskonzept für berufstätige Gesellen entwickelt worden, die sonst keine Möglichkeit haben, zur Vorbereitung auf die Meisterprüfung an einem Vorbereitungslehrgang teilzunehmen. Das erfolgreiche Absolvieren der Meisterschule setzt nach diesem Konzept ein intensives Selbststudium und die eigenständige Nachbereitung des umfangreichen Lehrgangsstoffes voraus. Vgl. dazu schon die Ausführungen auf S. 99 ff.

Prüfling in vier selbständigen Prüfungsteilen nachweist, daß er wesentliche Tätigkeiten seines Handwerks meisterhaft verrichten kann (Teil I) und daß er die erforderlichen fachtheoretischen Kenntnisse (Teil II), die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse (Teil III) sowie die erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse (Teil IV) besitzt⁴⁴⁵.

Da die Prüfungsanforderungen für die Teile I und II ausschließlich fachspezifisch bestimmt werden können, wurden für die einzelnen Gewerbe der Anlage A der HandwO eigene Rechtsverordnungen erlassen⁴⁴⁶. Jede dieser Verordnungen normiert auf der Grundlage des § 45 Abs. 1 HandwO ein auf den jeweiligen Handwerksberuf zugeschnittenes Meisterprüfungsberufsbild, das die von dem Meisterprüfling zu erbringenden Tätigkeiten, Kenntnisse und Fertigkeiten als ganzheitliche Qualifikationen für das zulassungspflichtige Handwerk im Detail beschreibt. Daneben werden die Prüfungsgliederung, die Prüfungsdauer und das Meisterprüfungsprojekt geregelt. Bezüglich der Prüfungsanforderungen für die Teile III und IV verweisen die oben genannten Rechtsverordnungen auf §§ 4 und 5 der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk⁴⁴⁷. Diese verlangen einheitlich für alle zulassungspflichtigen Handwerke, daß der Prüfling die Grundlagen des Rechnungswesens und Controllings, des wirtschaftlichen Handelns im Betrieb sowie rechtliche und steuerliche Grundlagen für das erfolgreiche Bestehen der Prüfungsaufgaben des Teils III beherrscht. Gegenstand des die berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse behandelnden vierten Teiles sind schließlich die Grundlagen zur Ausbildung,

⁴⁴⁵ Vgl. dazu § 1 Abs. 1 der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk vom 18. Juli 2000 (BGBl. I S. 1078) in der Fassung der Ersten Verordnung zur Änderung der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk vom 16. August 2004 (BGBl. I S. 2191).

⁴⁴⁶ Zu den auf der Grundlage des § 45 HandwO erlassenen Verordnungen über das Berufsbild und über die Anforderungen in der Meisterprüfung vgl. Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik, Stand Oktober 2005, Fn. 2 zu § 45 HandwO; beispielhaft seien nur die Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Gerüstbauer-Handwerk vom 12. Dezember 2000 (Gerüstbauermeisterverordnung, BGBl. I S. 1694) oder die Verordnung über das Meisterprüfungsberufsbild und über die Prüfungsanforderungen in den Teilen I und II der Meisterprüfung im Friseur-Handwerk vom 19. April 2001 (Friseurmeisterverordnung, BGBl. I S. 638) genannt.

⁴⁴⁷ Vgl. Fn. 445.

zur Planung der Ausbildung und zum Einstellen des Lehrlings, seiner Ausbildung am Arbeitsplatz sowie des Abschlusses der Ausbildung⁴⁴⁸.

Mit der Meisterprüfung soll ausdrücklich gewährleistet werden, daß der Berufsanwärter sein fachliches Können in dem betreffenden Gewerbe nachweisen und alle mit dem Handwerk anfallenden Tätigkeiten meisterhaft ausüben kann. Dabei umschließt der Rahmen der meisterhaften Ausübung des Handwerks schon mit der Fähigkeit, die gebräuchlichen Arbeiten selbständig und nach den allgemeinen handwerklichen Grundsätzen werkgerecht zu erledigen, die Kenntnis, welche Gefahren die zu bewerkstellenden Tätigkeiten bürden und wie diesen präventiv begegnet werden kann. Das Ziel, Leib und Leben Dritter vor Gefahren zu schützen, steht mit den vom Meisterschüler verlangten Aufwendungen für Ausbildung und Abschluß in einem adäquaten Verhältnis.

Dies trifft auch für die Sicherstellung der Ausbildungsbereitschaft und der Ausbildungsleistung des Handwerks zu. Wie die Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk⁴⁴⁹ normiert, hat sich der angehende Handwerksmeister hinsichtlich der Ausbildung von Handwerksgesellen einer umfangreichen Schulung zu unterziehen. Diese dient dazu, ihm die berufs- und arbeitspädagogischen Grundlagen sowie die Rahmenbedingungen für die Ausbildung eines Lehrlings am Arbeitsplatz und in der Gruppe zu vermitteln, um so letztlich für eine in allen Handwerksbranchen gleiche und qualitativ hochwertige Ausbildung zu sorgen. Die dafür geforderten Kenntnisse stehen in einem adäquaten Verhältnis zu dem angestrebten Ziel, die Ausbildungsbereitschaft und -leistung sicherzustellen.

bb) Weitere Kriterien für die Angemessenheit der Meisterprüfung

Ebenfalls im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist zu berücksichtigen, daß die Handwerksordnung neben Anrechnungsmöglichkeiten auch zahlreiche Ausnahmetatbestände zur Meisterpflicht für den selbständigen Betrieb eines

⁴⁴⁸ Zu den genauen Prüfungsanforderungen für die Teile III und IV vgl. §§ 4 und 5 der VO über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk, s. Fn. 445.

⁴⁴⁹ Vgl. dazu Fn. 445.

zulassungspflichtigen Handwerks normiert hat und so die Beschränkung des Freiheitsrechtes weiter abmildern kann⁴⁵⁰.

Zu nennen ist etwa § 7 Abs. 2 HandwO, der die Gleichwertigkeit der aufgezählten Abschlüsse mit der Meisterprüfung klarstellt und das bis dahin bestehende zusätzliche Erfordernis einer Gesellenprüfung oder einer mindestens dreijährigen praktischen Tätigkeit für die Eintragung in die Handwerksrolle und damit für den selbständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerksgewerbes entfallen läßt.

Auch der neu geschaffene § 7b HandwO stellt eine Erleichterung für die Eintragung in die Handwerksrolle dar. Er gewährt Gesellen eines zulassungspflichtigen Handwerks – ausgenommen sind die Handwerke mit den Nummern 12 und 33-37 der Anlage A zur HandwO⁴⁵¹ – einen Anspruch auf Erteilung einer Ausübungsberechtigung für dieses Handwerk, sofern sie über die Dauer von insgesamt sechs Jahren mit der Ausübung des spezifischen Handwerks vergleichbare und äquivalente Tätigkeiten ausgeübt haben und mindestens vier Jahre lang eine leitende Position innehatten. Eine leitende Stellung ist gemäß § 7b Abs. 1 Nr. 2 HandwO dann anzunehmen, wenn dem Gesellen eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse in einem Betrieb oder in einem wesentlichen Betriebsteil übertragen worden sind. Damit soll berufserfahrenen Gesellen, die angesichts ihres fortgeschrittenen Alters die Hürden der Meisterprüfung nicht mehr auf sich nehmen würden, dennoch die Möglichkeit eröffnet werden, einen eigenen Handwerksbetrieb selbständig zu führen.

Neben §§ 7 ff. HandwO, die für die Berufsanwärter, auch aus anderen EG-Mitgliedstaaten, verschiedene Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten von der Meisterprüfung vorsehen, normiert auch § 46 HandwO erleichterte Bedingungen für die Meisterprüfung, indem er den Prüfling davon befreit,

⁴⁵⁰ Ausführlich zu den Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle s. S. 119.

⁴⁵¹ Dazu gehören das Gewerbe des Schornsteinfegers (Nr. 12) sowie die Gesundheitshandwerke, namentlich die Gewerbe des Augenoptikers (Nr. 33), des Hörgeräteakustikers (Nr. 34), des Orthopädietechnikers (Nr. 35), des Orthopädienschuhmachers (Nr. 36) und des Zahntechnikers (Nr. 37).

einzelner Teile der Meisterprüfung abzulegen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn er eine vergleichbare Prüfung erfolgreich abgelegt hat⁴⁵².

Schlußendlich mildert die reformierte Handwerksordnung die mit dem Befähigungsnachweis einhergehende Freiheitsbeschränkung durch einen gravierenden Strukturwechsel weiter ab. Im Zuge der Novellierung der Handwerksordnung wurde das bislang geltende Inhaberprinzip aufgegeben, das bestimmte, daß die Eintragung eines selbständigen Handwerksbetriebes in die Handwerksrolle nur für den vorgenommen wurde, der die Meisterprüfung als Betriebsinhaber in seiner Person abgelegt und bestanden hat. Statt dessen gilt das sog. Betriebsleiterprinzip, das erlaubt, als Inhaber eines Handwerksbetriebes in die Handwerksrolle eingetragen zu werden und so einen selbständigen Gewerbebetrieb zu führen, solange zumindest der Betriebsleiter die Meisterprüfung abgelegt hat. Die höchstpersönliche Qualifikation des Inhabers des Handwerksbetriebes ist damit nicht mehr erforderlich.

Im Ergebnis stellt weder der Ausbildungsgang noch die Prüfungsleistung in Form der Meisterprüfung eine übermäßige Belastung des Berufsanwärters dar.

3. Abwägungsergebnis

Die Hinwendung zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern Leib und Leben zeigt, daß der Reformgesetzgeber den genannten Rechtsgütern besonders ausgeprägten Schutz durch einfachgesetzliche Regelungen nunmehr auch mit der Handwerksordnung gewähren will. Die Schutzgüter Leib und Leben Dritter rekurrieren auf die körperliche Integrität und das Leben des einzelnen, die einen existentiellen personalen Bezug aufweisen und daher eo ipso den Freiheitsinteressen des einzelnen vorgehen.

Aber auch das Ziel, die Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerkssektors sicherzustellen, ist in den Rang eines besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes zu heben, das den Interessen des einzelnen gegenüber stärker zu gewichten ist. Es trägt dazu bei, den heranwachsenden Generationen die Grundlagen handwerklicher Berufe zu vermitteln, um so

⁴⁵² Zu den einzelnen Voraussetzungen der Befreiung von der Meisterprüfung vgl. § 46 HandwO.

gewährleisten zu können, daß alle in einem speziellen zulassungspflichtigen Handwerksberuf anfallenden Aufgaben werkgerecht erledigt werden können. Dies auch für die Zukunft zu gewährleisten und so einen kontinuierlichen Wissenstransfer zu ermöglichen, genießt Priorität gegenüber der Freiheit des einzelnen, einen solchen Beruf frei von Zulassungsbeschränkungen zu wählen.

Im Ergebnis kann folglich festgehalten werden, daß die Abwägung der überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter Leib und Leben Dritter mit der Freiheit des einzelnen, den Beruf frei zu wählen und auszuüben, zugunsten einer Einschränkung des letzteren Rechts ausfällt. Dies hat zur Folge, daß die von § 1 i. V. m. § 7 HandwO verlangte Meisterprüfung Art. 12 Abs. 1 GG nicht unzulässig beschränkt, mithin in ihrem neuen Erscheinungsbild als verfassungsmäßig zu bewerten ist⁴⁵³.

4. Resümee

Die Prüfung der novellierten Vorschriften der HandwO an der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Drei-Stufen-Theorie hat ergeben, daß §§ 1 und 7 HandwO i. V. m. Anlage A zur HandwO den Vorgaben des Grundgesetzes, insbesondere der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, entsprechen.

III. Zusammenfassung

Der Handwerksbeschluß des Bundesverfassungsgerichtes wurde und wird in der Geschichte dieser Institution stets als herausragend und das Grundrecht des Art. 12 GG in besonderem Maße prägend behandelt, was ihn zu einer der Leitentscheidungen des Gerichtes machte. Die damit einhergehende Popularität des Beschlusses schützte diesen indessen nicht davor, daß er sich beharrlich kritischen Gegenstimmen sowohl in der Rechtsprechung als auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur auszusetzen hatte. Dennoch blieb das

⁴⁵³ So im Ergebnis auch *Beaucamp*, Meister Ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, S. 1458 (1460); anders allerdings *Stober*, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393 ff.

Gericht seiner Rechtsprechung treu und bestätigte diese auch in jüngerer Zeit beständig⁴⁵⁴.

Anlässlich der immer lauter gewordenen Kritik am geltenden Handwerksrecht, die sich nicht mehr nur auf das nationale Verfassungsrecht, sondern darüber hinaus kontinuierlich auch auf den europäischen Rechtsrahmen⁴⁵⁵ bezog, sah sich der Gesetzgeber zu einer Reform veranlaßt, die die vorgebrachten Kritikpunkte im wesentlichen aufgreift und eine zeitgemäße verfassungs- und europarechtskonforme Lösung zur Verfügung stellt.

Nach einem langen und von heftigen Kontroversen begleiteten Gesetzgebungsverfahren⁴⁵⁶ verabschiedete der Bundestag am 24. Dezember 2003 das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen sowie das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, die zum 30. Dezember 2003 und zum 1. Januar 2004 in Kraft getreten sind.

Mit der Reform wurde der HandwO die neue gesetzgeberische Intention zugrundegelegt, Leib und Leben Dritter zu schützen sowie die Ausbildungsbereitschaft und die überdurchschnittliche Ausbildungsleistung des Handwerks sicherzustellen. Darauf aufbauend sind zahlreiche Vorschriften der HandwO und ihrer Anlagen verändert worden. So wurde etwa der bislang für alle Handwerke unterschiedslos geforderte Befähigungsnachweis abgeschafft, so daß nur noch solche Handwerke zulassungs- und daher meisterpflichtig sind, die Gefahren für die genannten Schutzgüter hervorrufen können oder die eine überdurchschnittliche Ausbildungsleistung vorweisen. Daraus resultiert,

⁴⁵⁴ Vgl. dazu zuletzt BVerfG, GewArch 2000, S. 240; S. 480. In diesen Kammerbeschlüssen vom 31. März 2000 (m. Bespr. von *Jahn*, GewArch 2000, S. 278 und *Mirbach*, Ende des Meisterzwangs, NVwZ 2001, S. 161 ff.) und vom 27. September 2000 hat das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf seinen Beschluß vom 17. Juli 1961 ausgeführt, es habe die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen zum Befähigungsnachweis für das Handwerk bereits entschieden und damit seine Rechtsprechung bestätigt. Das BVerwG ist dieser Rechtsprechung gefolgt, vgl. BVerwGE 13, 317; BVerwG, GewArch 1997, S. 63.

⁴⁵⁵ Das Verhältnis Befähigungsnachweis und Europarecht stellen ausführlich etwa *Czybulka*, Das deutsche Handwerksrecht, GewArch 1994, S. 89 ff.; *Früh*, Eintragung in die Handwerksrolle, GewArch 1998, S. 402 ff., und *Leisner*, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, S. 445 ff., dar.

⁴⁵⁶ Vgl. dazu o. Fn. 14.

daß die Anzahl der zulassungspflichtigen Handwerke von vormals 94 auf nunmehr 41 Handwerke reduziert wurde.

Angesichts dieser Neuerungen konnte das freiheitsbeschränkende Erfordernis der Meisterprüfung nicht mehr auf die ursprünglich vom Bundesverfassungsgericht statuierte Rechtfertigung gestützt werden. Es war vielmehr geboten, den Befähigungsnachweis unter Berücksichtigung der novellierten Intention neu zu bewerten und einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu unterziehen.

Diese Bewertung hat ergeben, daß die novellierten Vorschriften angesichts ihrer neuen Schutzrichtung mit den von der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG aufgestellten Anforderungen an einfachgesetzliche Regelungen vereinbar sind und das Recht, seinen Beruf frei zu wählen, verfassungskonform beschränken. Ein wesentlicher Aspekt, der letztlich zur Verfassungsmäßigkeit der HandwO führte, war, daß der Befähigungsnachweis nunmehr lediglich für solche Handwerksbetriebe gefordert wird, die ein zulassungspflichtiges Handwerk betreffen, § 1 Abs. 1 und 2 HandwO. Zulassungspflichtig ist jedes Handwerk, das in Anlage A zur HandwO aufgenommen ist, was nach der Reform vorrangig solche Handwerksberufe betrifft, deren Ausübung mit Gefahren für Gesundheit und Leben Dritter verbunden ist.

Mangels einer Regelung über den Tatbestand der „Gefahrgeneignheit“ oder klar definierter Kriterien, die die eindeutige Zuordnung eines Handwerksgebietes als gefahrgeneigt und damit zur Anlage A der Handwerksordnung ermöglichen, widmet sich die Arbeit im folgenden dem Begriff der Gefahrgeneignheit.

GEFAHRGENEIGTHEIT ALS RECHTSBEGRIFF

I. Einleitung

Im vorangehenden Abschnitt ist deutlich geworden, daß der Begriff der Gefahrgeneigtheit im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung des Eintragungserfordernisses eine zentrale Position bei der Eingriffsrechtfertigung einnimmt. Dies vermag insofern zu verwundern, als der Begriff weder explizit in der Handwerksordnung selbst noch in den sie ergänzenden Anlagen genannt ist. Ausschlaggebend war und ist er einzig für die Bewertung der Gewerbe, die in das Verzeichnis über zulassungspflichtige Handwerke und damit in die Anlage A zur Handwerksordnung aufgenommen werden⁴⁵⁷.

Der folgende Teil der Arbeit soll mangels einer Regelung über den Tatbestand der Gefahrgeneigtheit oder anderer ihn bestimmender Kriterien Aufschluß über die Verwendung des Begriffes im Handwerksrecht geben und sodann seiner Eignung für die Handwerksordnung nachgehen, auch vor dem Hintergrund der novellierten Gesetzesintention. Um den bislang nur grob umrissenen Begriff zu konkretisieren, sollen anschließend die Wurzeln des Begriffes aus dem Arbeitsrecht herangezogen werden, das sich zwischen 1940 und den frühen 90er Jahren explizit des Terminus bedient hat, um in bestimmten Fallkonstellationen eine annähernd gerechte Risiko- und Haftungsverteilung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern festzulegen. In die Betrachtung ist weiterhin auch das typischerweise mit den verschiedenen Arten von Gefahren befaßte Recht der Gefahrenabwehr einzustellen, das mit seinen Schutzgütern und den begrifflichen Ausprägungen von Gefahren Aufschluß über eventuell bestehende Verbindungen und Gemeinsamkeiten, aber auch über die Differenzen von Gefahr und Gefahrgeneigtheit geben kann. Schließlich soll anhand der vorgegebenen Definitionen und Abgrenzungsmerkmale versucht werden, eine Nische für die Gefahrgeneigtheit mit ihrer eigenen Bedeutung im Handwerksrecht herauszuarbeiten.

⁴⁵⁷ Zu dieser Auswahlentscheidung vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 42.

II. Der Begriff „Gefahrgeneigtheit“ im Handwerksrecht

1. Einführung des Begriffes durch den Gesetzgeber

Mit dem im Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften⁴⁵⁸ verwendeten Begriff der gefahrgeneigten Tätigkeit etablierte der Gesetzgeber ein Auswahlkriterium für solche Handwerke, bei deren unsachgemäßer Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter drohen und die daher eine gründliche handwerkliche Ausbildung sowie die Meisterprüfung erfordern. Ob ein Handwerksgewerbe eine Gefahrenneigung besitze, sei nach der Häufigkeit und Wahrscheinlichkeit eines Gefahren Eintrittes zu beurteilen, wobei die Gefahrgeneigtheit für das betreffende Gewerbe prägend sein müsse. Dies zu beurteilen seien weiterhin auch die Meisterprüfungsverordnungen heranzuziehen⁴⁵⁹.

Nach dem Ansinnen des Gesetzgebers, das Meisterprüfungserfordernis auf den unbedingt erforderlichen Bereich zu beschränken, sollte es wohl darauf ankommen, ob einem Handwerk immanent sei, daß bei seiner Ausübung Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter entstehen können. Die aus der Anlage A hervorgehende, vom Gesetzgeber getroffene Auswahl, legt dabei den Schluß nahe, daß bei der Beurteilung der Gefährlichkeit eines Handwerkes beispielsweise eine Rolle spielte, ob es dem Kunden zuzumuten ist, im Falle einer Schlechtleistung oder gar einer eingetretenen Schädigung auf Mittel wie Mängelbeseitigung oder Schadensersatz verwiesen zu werden oder ob es angesichts des Wahrscheinlichkeitsgrades, daß Leib oder Leben verletzt werden können, der besonderen staatlichen Fürsorge in Form des Befähigungsnachweises bedürfte.

⁴⁵⁸ Hier wird auf den Entwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 24. Juni 2003, BT-Drs. 15/1206, bzw. den wortgleichen Entwurf der Bundesregierung vom 15. August 2003, BT-Drs. 15/1481 Bezug genommen, die nach der Erörterung durch den Ausschuß für Wirtschaft und Arbeit angenommen und durch die Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses nur noch geringfügig modifiziert wurden, vgl. BT-Drs. 15/2083 und 15/2246.

⁴⁵⁹ BT-Drs. 15/1206, S. 22 f., 41; BT-Drs. 15/1481, S. 7.

Es stellte sich zudem die Frage danach, ob zur Beurteilung der Gefährlichkeit eines Handwerkes auch Aspekte der allgemeinen, auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzielenden Gefahrenabwehr, herangezogen werden können. Dies muß bei Betrachtung der Gewerke, die Eingang in die Anlage A gefunden haben, wohl bejaht werden, es erschließt sich aber auch deshalb, weil es das offenkundige und vielfach ausgesprochene Reformziel des Gesetzgebers war, der Handwerksordnung – erstmals – einen ordnungsrechtlichen Ansatz zugrunde zu legen. Ihr umfassender Schutz sollte sich sämtlichen Dritten erschließen und jedem zu Gute kommen, der mit Leistungen eines gefahrgeneigten Handwerks in Berührung kommen und auf diese Weise geschädigt werden könnte. Deutlich wird dies etwa am Beispiel des Gerüstbauerhandwerks, das von der Anlage A umfaßt ist und bei dem der vorgesehene Befähigungsnachweis den Schutz von Leib und Leben Dritter sowohl in bezug auf die dort Beschäftigten als auch in bezug auf die anzutreffende Öffentlichkeit bezwecken soll. Es liefe der neuen Gesetzesintention grundlegend zuwider, wenn „Dritte“ im Sinne des Gesetzes und dessen amtlicher Begründung nur die unmittelbar mit der Handwerksleistung in Berührung kommenden meinte, nicht aber den viel weiteren, letztlich nicht eingrenzbaaren Kreis der Öffentlichkeit, der im Hinblick auf die Rechtsgüter Leib und Leben ein ebenso großes Schutzbedürfnis vorweisen kann.

Letztlich scheint der Gesetzgeber seine Entscheidung, für welche Handwerksgewerke er den Befähigungsnachweis für erforderlich erachtet und folglich der Anlage A zuordnet, auch von der Frage der Akzeptanz durch die Bürger abhängig gemacht zu haben. Ausweislich der Gesetzesbegründung beabsichtigte er, ein Kriterium einzuführen, das sowohl bei Existenzgründern als auch bei Verbrauchern respektiert wird und dazu beitragen kann, die aus der Entwicklung des Handwerks erkennbar werdenden verfassungsrechtlichen Risiken – namentlich die 1961 durch das Bundesverfassungsgericht anerkannten Gründe für den Befähigungsnachweis, die auf den wirtschaftlichen Daten des Handwerks in den 50er Jahren beruhten und durch die Entwicklung

des Handwerks nicht mehr abgedeckt werden – zu reduzieren⁴⁶⁰. Damit beabsichtigte er zugleich, die Reihe von Handwerken der Anlage A, bei denen nur noch historische oder kulturelle Gründe erklären könnten, warum sie in der Anlage A aufgeführt sind, in die Anlage B1 zu überführen.

Sämtliche Tätigkeiten, denen von Seiten des Gesetzgebers nach diesen Kriterien also eine Gefahrgeneigtheit zugeschrieben wurde, sind in der Anlage A zur HandwO verortet worden. Die restlichen, vormals der Anlage A zugeordneten Handwerke sind nun in Anlage B1 wiederzufinden⁴⁶¹. Damit ging zwingend eine Abgrenzung von gefahrgeneigten und damit die Meisterprüfung erfordernden von weniger gefahrgeneigten Handwerken einher, die der Gesetzgeber im Wege einer Abwägung vornahm: Er orientierte sich bei der Bestimmung gefahrgeneigter Handwerke daran, ob eine Einschränkung der Berufszulassung im Vergleich zu den möglichen Gefahren für Gesundheit oder Leben noch verhältnismäßig war. Im Gegensatz zu den gefahrgeneigten Handwerken der Anlage A habe eine Tätigkeit der in die Anlage B1 überführten Gewerbe nicht das Potential erheblicher Gefahren für die Gesundheit und das Leben Dritter, etwa weil die Tätigkeit oder Leistung insgesamt nicht von der Gefährlichkeit für die genannten Rechtsgüter geprägt sei oder weil bestehende Gefahren nicht über Häufigkeit und Grad des allgemeinen Lebensrisikos hinausgingen. Eine Berufszulassungsvoraussetzung wie die Meisterprüfung wäre infolgedessen unangemessen⁴⁶².

2. Konkrete Anwendung im Einzelfall

Bei der Beurteilung der Gewerbe nach ihrer Gefahrgeneigtheit führte die vom Gesetzgeber vorgenommene Abwägung dazu, daß in der Anlage A vorrangig Handwerke aus den Bereichen des Bau- und Ausbaugewerbes sowie des Elektro- und Metallgewerbes verblieben⁴⁶³. Deren Zulassungspflicht ergebe sich

⁴⁶⁰ BT-Drs. 15/1206, S. 21 ff.

⁴⁶¹ Vgl. zu dieser Abgrenzung schon S. 115 ff.

⁴⁶² BT-Drs. 15/1206, S. 41.

⁴⁶³ Auf dem Sektor der Bau- und Ausbaugewerbe blieben zwölf statt bislang 15, im Bereich der Elektro- und Metallgewerbe 15 statt bislang 22 Handwerke zulassungspflichtig, vgl. Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (405).

zwingend aus den drohenden Gesundheitsschäden durch fehlerhafte Arbeiten bei der Montage und Instandsetzung von Bauwerken und Bauteilen aus Beton und Stahlbeton, wie etwa durch herabstürzende Bauteile. Auch im Metallgewerbe können unsachgemäß konstruierte Aufbauten zum Einsturz von Bauteilen und Unfällen bei Fahrzeugen führen. Ebenso bestehe ein erhöhtes Gefährdungspotential für Gesundheit oder Leben Dritter im Bereich der Anlagen-, Sicherheits- und Instandsetzungstechnik durch die Gefahr von Stromschlägen und Explosionen sowie für die Tätigkeiten der Elektrohandwerke. Auch auf dem Sektor der Gesundheitshandwerke bestehe eine erhöhte Gefahr von Gesundheitsschäden. Diese könne der Kunde etwa durch eine fehlerhafte Behandlung, durch falsche Messungen oder durch Fehlanpassungen erleiden, so daß eine Zuordnung in die Anlage A erforderlich und für den selbständigen Betrieb eines solchen Handwerksgewerbes die Meisterprüfung zwingend sei⁴⁶⁴.

Stellte sich die Zuordnung in die Anlage A als nicht notwendig heraus, wurde das betreffende Handwerksgewerbe in die Anlage B1 überführt und kann als zulassungsfreies Handwerksgewerbe betrieben werden. Dazu zählen nach der Reform etwa Handwerke aus den Bereichen Bekleidung, Textil und Leder sowie Tätigkeiten des Glas-, Papier- und keramischen Handwerks.

Trotz des zunächst eindeutig erscheinenden Begriffes der Gefahrgeneigtheit, mit dessen Hilfe die verschiedenen Handwerksgewerbe einer der Anlagen zugeordnet werden sollen, behielt sich der Gesetzgeber die flexible Anpassung der Anlagen A und B1 vor und schloß nicht aus, daß die Anlage A zur HandwO zur gegebenen Zeit auch erweitert werden könne⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ BT-Drs. 15/1206, S. 42. Die weiteren Gefahrenhandwerke sind in Nrn. 1-41 der Anlage A zur HandwO genannt, etwa Nr. 15 Karosserie- und Fahrzeugbauer, Nr. 21 Landmaschinenmechaniker, Nr. 28 Boots- und Schiffbauer, Nr. 29 Seiler, Nr. 30 Bäcker, Nr. 31 Konditoren, Nr. 32 Fleischer sowie Nr. 39 Glaser, Nr. 40 Glasbläser und Glasapparatebauer und Nr. 41 Vulkaniseure und Reifenmechaniker.

⁴⁶⁵ BT-Drs. 15/1206, S. 42.

3. Problemdarstellung

Aus dem soeben dargelegten Vorbehalt des Gesetzgebers, die Anlagen A und B1 jederzeit flexibel anpassen zu können, scheint sich geradezu zwangsläufig anzudeuten, daß der Begriff der Gefahrgeneigtheit als Abgrenzungsmerkmal für eine Entweder-Oder-Entscheidung über die Zuordnung zu den zulassungspflichtigen Handwerken der Anlage A oder den zulassungsfreien Handwerken der Anlage B1 nicht geeignet ist.

Dieser Verdacht erhärtet sich insofern, als bereits die Bestimmung eines Handwerkes als gefahrgeneigtes Handwerk anhand der Prüfung, ob dessen unsachgemäße Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter hervorrufen kann, nicht immer eindeutig ausfallen dürfte. Daß die Gefahrgeneigtheit eines Handwerkes auch nach Häufigkeit und Wahrscheinlichkeit eines Gefahren Eintrittes zu beurteilen sei, wobei dies für das betreffende Gewerbe auch noch prägend sein müsse, läßt das Kriterium selbst keinesfalls bestimmter werden. Damit einher geht die – zunächst als abschließend gedachte – Auflistung aller gefahrgeneigten Handwerke in der Anlage A zur Handwerksordnung, die in ihrem gegenwärtigen Bestand ebenfalls nur vage ist und damit keine verlässliche Aussage über die Meisterprüfungspflicht eines Handwerkes treffen kann.

Es schleicht sich daher die Befürchtung ein, daß der Gesetzgeber mit der Einführung der Gefahrgeneigtheit in das Handwerksrecht zwar ein wünschenswertes gesetzgeberisches Ziel vor Augen hatte, die legislative Umsetzung dieses Vorhabens indes wenn nicht als verfehlt, so zumindest als stark verbesserungswürdig angesehen werden muß.

4. Bewertung der Umsetzung durch den Gesetzgeber

Der folgende Abschnitt widmet sich daher der Beurteilung des Kriteriums der Gefahrgeneigtheit und damit zugleich der Qualität der gesetzgeberischen Tätigkeit bei der Realisierung des Reformprojektes Handwerksordnung.

a) Die novellierte Intention als Herzstück der Reform

Das Hauptanliegen der Handwerksrechtsreform war das Bestreben des Gesetzgebers, den ordnungsrechtlichen Ursprung des Gewerberechts als dessen tragendes Prinzip auch in der Handwerksordnung wieder in den Vordergrund zu stellen. Die Meisterprüfung sollte fortan nicht mehr aus vorrangig wirtschaftlichen Gründen wie der Erhaltung und Förderung der Leistungsfähigkeit des Handwerks sowie der Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft gerechtfertigt sein. Vielmehr wurden Gesundheit und Leben Dritter als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter herangezogen, um den mit der Meisterprüfung verbundenen Eingriff in die Berufsfreiheit zu legitimieren. Die genannten Schutzgüter sichern die physische Existenz des Menschen und sind unabdingbare Voraussetzungen für die Selbstbestimmung und Eigenverantwortung der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Entfaltung. Damit sind sie als ein Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung⁴⁶⁶ anerkannt und genießen umfassenden Schutz, der jedenfalls ein legitimes Ziel darstellt. Daneben tritt die Sicherstellung einer hohen Ausbildungsbereitschaft des Handwerks, die als zusätzliches Kriterium heranzuziehen ist, wenn ein Handwerk der Anlage A zugeordnet werden soll.

Dies scheint in mehrfacher Hinsicht problematisch.

aa) Verkürzung des ordnungsrechtlichen Ansatzes

Zunächst ist festzustellen, daß der Gesetzgeber mit der Beschränkung des Meisterprüfungserfordernisses auf solche Handwerke, die mit Gefahren für Leib oder Leben verbunden sind, den dem Gewerbe zugrundeliegenden ordnungsrechtlichen Ansatz ausdrücklich verkürzt. Dieser ist nicht auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter gerichtet oder gar beschränkt; vielmehr sollen die Gewerbeordnung als besonderes Ordnungsrecht und auch die Handwerksordnung als Spezialgesetz die öffentliche Sicherheit und Ordnung wahren. Sie sollen die Allgemeinheit und den einzelnen gegen Gefahren, erhebliche Nachteile und außergewöhnliche Belästigungen schützen, die

⁴⁶⁶ BVerfGE 39, 1 (36, 42); 46, 160 (164); 49, 24 (53).

erfahrungsgemäß durch bestimmte wirtschaftliche Betätigungen herbeigeführt werden können⁴⁶⁷. Daraus ist eine Beschränkung auf die vom Gesetzgeber selektierten Schutzgüter nicht zu entnehmen, so daß auch die in der Gesetzesbegründung explizit ausgenommenen Rechtsgüter Verbraucher- und Umweltschutz⁴⁶⁸ hätten herangezogen werden können, um zu einer bestmöglichen Gefahrenabwehr im Sinne der veränderten Gesetzesintention beizutragen. Dem steht nicht etwa entgegen, daß die bislang vom Schutzzumfang umfaßten Rechtsgüter Leben und körperliche Integrität als Höchstwerte innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung ausreichen, um bereits einen allumfassenden Schutz zu vermitteln. Vielmehr wäre es Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, den Schutz zusätzlich auf solche Rechtsgüter auszudehnen, die lediglich indirekt und mittelbar dazu beitragen, Leib und Leben zu schützen. Dazu zählt beispielsweise die Umwelt, die mit idealen Rahmenbedingungen zugleich der Gesundheit und körperlichen Integrität der Menschen zuträglich ist und ihr Wohlbefinden außerordentlich steigern kann. Dazu zählt weiterhin auch eine Rechtsordnung, die die Rechtsbeziehungen grundlegend mitbestimmt und deren Ansinnen dem Ziel gewidmet ist, Verbrauchern und Konsumenten einen ausgeprägten Schutz zukommen zu lassen.

bb) Vernachlässigung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 GG

Dafür spricht weiterhin die aus Art. 2 Abs. 2 GG, dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, abzuleitende staatliche Schutzpflicht⁴⁶⁹. Auch wenn die Grundrechte primär als Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliches Handeln fungieren, enthalten sie zugleich einen objektiv rechtlichen Kern, eine Wertentscheidung⁴⁷⁰, die bei der Normauslegung und -anwendung zu berücksichtigen ist und dem Grundrecht zu größtmöglicher Geltung verhelfen soll. Um diese Wertentscheidung durchzusetzen, tritt daneben eine

⁴⁶⁷ BVerwG, NJW 1977, S. 772 (773).

⁴⁶⁸ Vgl. dazu BT-Drs. 15/1206, S. 21.

⁴⁶⁹ So auch hergeleitet in der Fluglärmentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, E 56, 54 (73, 78).

⁴⁷⁰ Seit BVerfGE 7, 198 (204 f.) ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Vgl. auch BVerfGE 56, 54 (73).

Schutzpflicht des Staates, die ein rechtlich gebotenes Verhalten fordert, um Verletzungen und Gefährdungen grundrechtlich geschützter Güter präventiv abzuwehren⁴⁷¹. Obgleich das Bundesverfassungsgericht die Existenz staatlicher Schutzpflichten bislang aus unterschiedlichen Motiven heraus bejaht hatte, kann aus seiner Rechtsprechung im Ergebnis jedenfalls abgeleitet werden, daß staatliche Schutzpflichten um so eher bestehen, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung anzusetzen ist⁴⁷². Gleichzeitig überträgt es die Entscheidung darüber, wie eine positive staatliche Schutz- und Handlungspflicht durch aktive Maßnahmen zu verwirklichen sei, in den Verantwortungsbereich des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers⁴⁷³.

Wollte der Gesetzgeber mit der Handwerksreform also den Schutz von Leib und Leben Dritter als höchstes Schutzgut etablieren, so wird angesichts des expliziten Ausschlusses von Verbraucher- und Umweltschutz deutlich, daß er dies nur halbherzig verfolgte: Gerade der Verbraucherschutz gestattet und verlangt ein hohes Schutzniveau zugunsten eben der Verbraucher⁴⁷⁴, die als Dritte eigentlich von der veränderten Schutzrichtung profitieren sollten. Gleiches gilt im Ergebnis für den Umweltschutz: Auch hier hat der Gesetzgeber von einem Ziel Abstand genommen, das einen über den direkten Bezug zum Menschen hinausgehenden Ansatz geboten hätte, Gesundheit und Leben umfassend und nachhaltig zu schützen.

cc) Aushöhlung der Schutzrichtung durch die Altgesellenregelung des § 7b HandwO

In diesen Zusammenhang ist weiterhin die sogenannte Altgesellenregelung⁴⁷⁵ einzuordnen, die qualifizierten Gesellen gemäß § 7b HandwO ermöglicht, unabhängig vom erfolgreichen Bestehen der Meisterprüfung ein

⁴⁷¹ Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633.

⁴⁷² BVerfGE 39, 1 (42).

⁴⁷³ BVerfGE 56, 54 (81).

⁴⁷⁴ Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (408).

⁴⁷⁵ Vgl. dazu schon oben, S. 123.

zulassungspflichtiges Handwerk selbständig zu betreiben⁴⁷⁶. Entsprechend der jetzigen Rechtslage erhalten sie eine Ausübungsberechtigung, wenn sie nachweisen können, daß sie nach bestandener Gesellenprüfung insgesamt sechs Jahre in dem zu betreibenden zulassungspflichtigen Handwerk tätig waren und davon insgesamt vier Jahre eine leitende Stellung ausgeübt haben. Die Beurteilung dieser Frage hängt im wesentlichen davon ab, ob den Gesellen eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnisse im Kernbereich eines Betriebes übertragen wurden und die ausgeübte Tätigkeit zumindest essentielle Aufgaben des zulassungspflichtigen Handwerks umfaßte⁴⁷⁷. Ist dies der Fall, wird der Nachweis der erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse fingiert⁴⁷⁸. Damit durchbricht der Gesetzgeber das Prinzip geprüfter Qualifikation für sämtliche Handwerke der Anlage A⁴⁷⁹, die nach seinem grundsätzlichen Willen nur nach Bestehen der Meisterprüfung selbständig ausgeübt werden sollten. Vom ordnungsrechtlichen Ansatz betrachtet kann allein die Meisterprüfung ausreichende Kenntnisse in den von § 45 Abs. 3 HandwO vorgesehenen Wissensgebieten verbürgen, nicht jedoch eine zwar hinsichtlich des zeitlichen Moments bestimmte, allerdings keineswegs objektivierbare Berufserfahrung⁴⁸⁰. Daß die theoretischen Kenntnisse eines Altgesellen i. S. v. § 7b HandwO per se nicht gleichwertig mit denen eines Handwerksmeisters sind, macht auch die als widerlegliche Vermutung ausgestaltete Fiktion des § 7b Abs. 1a S. 1 HandwO deutlich⁴⁸¹. Dabei ist es gerade für die Ausbildungseignung gemäß § 22 ff. HandwO unentbehrlich, daß

⁴⁷⁶ Mit der Altgesellenregelung wollte die Bundesregierung primär das (Schein-) Problem der Inländerdiskriminierung beseitigen; vgl. kritisch dazu *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S. 353 (357), Fn. 27 m. w. N.

⁴⁷⁷ Zu den einzelnen Voraussetzungen vgl. *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S. 353 (358 ff.).

⁴⁷⁸ Im Vermittlungsverfahren ist aus dieser gesetzlichen Fiktion teilweise eine widerlegbare Vermutung geworden, da der Antragsteller in Ausnahmefällen die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen oder rechtlichen Kenntnisse durch die Teilnahme an Lehrgängen oder auf sonstige Weise nachweisen muß, § 7b Abs. 1a HandwO.

⁴⁷⁹ Ausgenommen sind Nrn. 12 und 33-37 der Anlage A, vgl. § 7b HandwO und Fn. 451.

⁴⁸⁰ Vgl. dazu auch *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (410).

⁴⁸¹ § 7b Abs. 1a S. 1 HandwO lautet:

„Die für die selbständige Handwerksausübung erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und rechtlichen Kenntnisse gelten in der Regel durch die Berufserfahrung nach Abs. 1 Nr. 2 als nachgewiesen.“

der Ausbilder die erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, die für die Vermittlung der Ausbildungsinhalte erforderlich sind. Diese sind ein selbständiger Teil der Meisterprüfung und können auch durch – sich im Einzelfall zudem stark unterscheidende – Erfahrungen in einer leitenden Position nicht äquivalent erlangt werden. Die mittelfristigen Folgen für die Ausbildungsleistung im Handwerk liegen auf der Hand: Da die Ausübungsberechtigung im Gegensatz zur Meisterprüfung die fachliche Ausbildereignung nicht vermittelt, könnte sich die Ausbildungsleistung des Handwerks merklich verschlechtern⁴⁸².

Letztlich hat der Gesetzgeber mit der vom Meisterprüfungserfordernis abweichenden Altgesellenregelung nicht konsequent fortgeführt, was er zu Beginn der Reform als deren Herzstück versprach, nämlich den umfassenden Schutz von Leib und Leben Dritter sowie die Sicherung einer soliden Berufsausbildung im Handwerk.

Anlaß zur weiteren Verwunderung bietet sodann die mit der Einführung der Altgesellenregelung eröffnete Möglichkeit, die normierte Ausnahme zur Regel werden zu lassen, mit der Folge, daß die bislang für 41 Handwerke zum Schutz von Leib und Leben Dritter als verfassungsrechtlich geboten und erforderlich erachtete Berufszulassungsvoraussetzung Meisterprüfung allmählich obsolet würde. Angesichts der bereits dargelegten, mit der Meisterprüfung verbundenen finanziellen und zeitlichen Aufwendungen⁴⁸³ würde es verwundern, wenn Handwerksgesellen mit Abschluß der Gesellenprüfung sogleich den Meistertitel anvisierten. Denn gerade nach der Handwerksnovelle 2004 läßt sich der Weg in die Selbständigkeit mit der neu eröffneten Möglichkeit des § 7b HandwO ohne die Beschwerlichkeiten von Meisterlehrgang und -schule viel bequemer zurücklegen⁴⁸⁴. Dies wiederum führte nach *Stober* zu dem absurden Ergebnis, daß man einem Gesellen dringend davon abraten müßte, die Meisterprüfung abzulegen, weil er diese Hürde nach mehrjähriger Tätigkeit in einem

⁴⁸² *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen zur HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S. 353 (357).

⁴⁸³ Vgl. oben, S. 99 ff.

⁴⁸⁴ So auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 15. August 2003, S. 9.

Handwerksbetrieb nicht mehr zu überwinden hätte: Damit allerdings würde die Novelle zur Farce und ihr eigentliches Anliegen in das Gegenteil verkehrt⁴⁸⁵.

dd) Schlußfolgerungen

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß von der vormals laut befürworteten, von vielen Seiten sogar beharrlich geforderten Gesetzesintension des Schutzes Dritter vor Gefahren für Leib und Leben nicht mehr allzuviel bleibt.

Der in der Begründung zur Handwerksnovelle anzutreffende Gedanke einer effektiven Gefahrenabwehr zum Schutz von Leib und Leben Dritter beschränkt sich nicht nur auf die genannten – zwar existentiellen – Rechtsgüter, sondern eröffnet selbst dort noch Möglichkeiten, die geforderten Kenntnisse und den Nachweis der Ausbildungseignung zu umgehen. Gleichzeitig ermöglicht die derzeitige Gesetzeslage, die Meisterprüfung als Befähigungsnachweis gänzlich zu vermeiden, so daß diese letztlich nur für sechs Handwerksgewerbe, die nicht von der Altgesellenregelung umfaßt sind, obligatorisch bleibt. Damit drängt sich zwangsläufig der Eindruck auf, daß der Gesetzgeber weder für einen umfassenden Schutz von Leib und Leben auf der einen noch für die Berufsfreiheit auf der anderen Seite Partei ergreifen wollte, was der radikale Paradigmenwechsel zunächst jedoch anzudeuten schien.

b) Die Einführung der „Gefahrgeneigtheit“ und die darauf fußende Neufassung der Anlagen A und B zur Handwerksordnung

Ähnlich starke Bedenken ergeben sich aus der Neuordnung der Anlagen A und B zur HandwO⁴⁸⁶, insbesondere aus dem mit der Reform eingeführten Kriterium der Gefahrgeneigtheit, das ausschlaggebend dafür ist, ob ein Handwerksgewerbe der Anlage A zuzuordnen ist oder ob ein zulassungsfreies Handwerk der neu geschaffenen Anlage B1 vorliegt. Schon die Bestimmung eines Handwerkes als gefahrgeneigtes Handwerk anhand der Prüfung, ob dessen unsachgemäße Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter

⁴⁸⁵ Stober, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393 (395).

⁴⁸⁶ Dazu ausführlich S. 115.

hervorrufen kann, fällt nicht immer eindeutig aus⁴⁸⁷ und verursacht daher erhebliche Unsicherheit. Dies vermag allerdings nicht zu verwundern, da der Gesetzgeber die Handwerksgewerbe der Anlage A im Wege der Abwägung, ob die Einschränkung der Berufszulassung im Vergleich zu den möglichen Gefahren für Gesundheit oder Leben noch verhältnismäßig sei⁴⁸⁸, bestimmt hat und diese weitgehend einem Ermessen unterworfen ist⁴⁸⁹. Gerade bei der wie hier gegebenen Kollision von Rechtsgütern oder Interessen hat der Abwägende eine Gewichtung der widerstreitenden Gesichtspunkte vorzunehmen, die nicht selten durch seine Grundhaltung vorbestimmt ist. Diese ist bei der Handwerksordnung ganz offensichtlich der Wunsch des Gesetzgebers gewesen, sowohl den Verfechtern der obligatorischen Meisterprüfung als auch den dieser ablehnend Gegenüberstehenden gerecht zu werden. Er war damit gezwungen, den „goldenen Mittelweg“ zwischen Berufsfreiheit und Schutz von Leib und Leben Dritter vor Gefahren zu finden, was zwangsläufig dazu führte, daß die als abschließend gedachte Auflistung aller gefahrgeneigten Handwerke in der Anlage A zur Handwerksordnung in ihrem gegenwärtigen Bestand nur eine vage, richtungsweisende und keineswegs zuverlässige Aussage über die Meisterprüfungspflicht eines Handwerkes treffen kann. Insgesamt scheint die Einführung der „Gefahrgeneigtheit“ in die Handwerksrolle wenig geglückt. Dafür sind verschiedene Ursachen auszumachen.

aa) Fehlende Anwendung der „Gefahrgeneigtheit“ im Einzelfall

Schon die zur Aufnahme eines Handwerksgewerbes in die Anlage A führende Abwägung muß als Fehlleistung des Gesetzgebers eingestuft werden. Anstelle sich klar definierter Merkmale zu bedienen, um die Gefahrgeneigtheit eines Gewerbes und damit die Meisterpflicht klar und eindeutig zu bejahen, sah der Gesetzgeber den Verbleib eines Gewerbes in der Anlage A nur dann als gerechtfertigt an, wenn eine Abwägung ergab, daß durch oder bei Ausübung der Tätigkeit oder der Erbringung der Leistung Gefährdungen für Leib und/oder

⁴⁸⁷ Vgl. dazu schon die Unstimmigkeiten in den verschiedenen Gesetzentwürfen, Fn. 14.

⁴⁸⁸ BT-Drs. 15/1206, S. 41; vgl. auch S. 143 f.

⁴⁸⁹ Creifelds, Rechtswörterbuch, → Abwägungsgebot, S. 22 f.

Gesundheit Dritter entstehen, gegenüber denen das Grundrecht der Berufsfreiheit zurückstehen muß, weil einfachere Möglichkeiten zur Sicherung dieses überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes nicht bestehen, nicht geschaffen werden können oder zu seiner Sicherung nicht ausreichen⁴⁹⁰.

Von der vorgenommenen Abwägung für die einzelnen, in der Anlage A verbleibenden Handwerksgewerbe fehlt jedoch jede Spur. Es existiert weder eine für die Neubestimmung der Anlage A erforderliche Prüfung noch eine für jedes einzelne Handwerksgewerbe vorgenommene Zuordnung⁴⁹¹. Einzig eine pauschale Aussage über den Verbleib verschiedener Handwerke des Bau- und Ausbaugewerbes, des Elektro- und Metallgewerbes sowie der Gesundheits- und Körperpflege in der Anlage A⁴⁹² läßt erahnen, wie die gesetzgeberische Abwägung ausgefallen sein könnte. Darüber gibt letztlich auch die Aufstellung der Anlage A selbst wenig Aufschluß, die das Gefahrenpotential der enthaltenen Handwerksgewerbe für Dritte nicht in jedem Fall erkennen läßt⁴⁹³ und so keinerlei Klarheit, Bestimmtheit oder gar Berechenbarkeit schafft.

Dieser Mangel macht die nunmehr gültige Einteilung der Handwerke in die Anlagen A und B1 kaum nachvollziehbar, im Gegenteil erscheint sie im Hinblick auf die für die einzelnen Handwerke wesentlichen Tätigkeiten kaum sachgerecht. Präzentes Beispiel hierfür ist das Aufstellen von Arbeits- und Schutzgerüsten, das als wesentliche Tätigkeit des Gerüstbauerhandwerkes gilt⁴⁹⁴. Dieses verblieb neben 16 anderen, tätigkeitsverwandten Handwerken in der Anlage A, wohingegen fünf weitere tätigkeitsverwandte Handwerke ohne sachlichen Grund zu einer Differenzierung in die Anlage B1 überführt wurden⁴⁹⁵. Damit sind wesentliche Tätigkeiten des Gefahrenhandwerks

⁴⁹⁰ BT-Drs. 15/1206, S. 41; s. a. BR-Plenarprot. 795/2003, S. 517 (Anlage 19).

⁴⁹¹ Diese Feststellung trifft auch *Stober*, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393 (395).

⁴⁹² BT-Drs. 15/1206, S. 42.

⁴⁹³ Vgl. etwa für *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (408) das gemäß Anlage A Nr. 8 weiterhin zulassungspflichtige Handwerk der Steinmetze und Steinbildhauer.

⁴⁹⁴ Vgl. dazu Art. 2 § 1 Abs. 4 des Übergangsgesetzes aus Anlaß des zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. März 1998, BGBl. I S. 596 ff. (604).

⁴⁹⁵ In der Anlage A verblieben die Handwerksgewerbe der Maurer und Betonbauer (Nr. 1), der Zimmerer (Nr. 3), der Dachdecker (Nr. 4), der Straßenbauer (Nr. 5), der Wärme-, Kälte- und

Gerüstbauer gleichzeitig solche zulassungsfreier Berufe der Anlage B1, die ohne zuvor abgelegte Meisterprüfung durchgeführt werden können. Jedenfalls in solchen Fällen kann das Kriterium der Gefahrgeneigtheit von Tätigkeiten der Anlage A nicht mehr zu einer Differenzierung herangezogen werden, wenn nämlich der Gesetzgeber diese selbst als wesentliche Tätigkeiten von Handwerken sowohl der Anlage A als auch der Anlage B1 bewertet: Das von den betroffenen Handwerken ausgehende Gefahrenpotential ist in diesen Fällen identisch und kann somit keiner anderen Bewertung zugeführt werden.

bb) Unstimmigkeiten bei der Auswahl des Kriteriums „Gefahrgeneigtheit“

Des weiteren sind bei einer Betrachtung der neuen Regelungen der Handwerksordnung gesetzgeberische Unstimmigkeiten auszumachen, die den Eindruck nahelegen, der Gesetzgeber habe die Handwerksordnung nicht in das Gefüge der übrigen Rechtsvorschriften einzuordnen vermocht. Problematisch ist vor allem auch die zur Einführung des Kriteriums der Gefahrgeneigtheit herangezogene Begründung, auf die im Verlauf näher einzugehen ist.

Zunächst ist festzuhalten, daß die Neuordnung der Anlagen A und B zur Handwerksordnung dazu beiträgt, innerhalb der geltenden Handwerksordnung verschiedene Schutzstandards zu etablieren. Während nämlich der Verbleib eines Handwerksgewerbes in der Anlage A dazu führt, daß der Berufsanwärter zum präventiven Schutz der mit seinen Tätigkeiten in Verbindung kommenden Dritten die Meisterprüfung abzulegen hat, gilt für die zulassungsfreien Handwerke der Anlage B1 nur noch ein repressiver, auf das Gewährleistungs- und Deliktsrecht beschränkter Schutz, obgleich sämtliche Handwerksgewerbe gesundheitsrelevant sind und ein- und dieselben Rechtsgüter, nämlich

Schallschutzisolierer (Nr. 6), der Brunnenbauer (Nr. 7), der Steinmetze und Steinbildhauer (Nr. 8), der Stukkateure (Nr. 9), der Maler und Lackierer (Nr. 10), der Schornsteinfeger (Nr. 12), der Metallbauer (Nr. 13), der Kälteanlagenbauer (Nr. 18), der Klempner (Nr. 23), der Elektrotechniker (Nr. 25), der Tischler (Nr. 27) sowie letztlich der Glaser (Nr. 39); ungeachtet des Art. 2 § 1 Abs. 4 des Übergangsgesetzes aus Anlaß des zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. März 1998 (BGBl. I S. 596 ff.) wurden die Gewerbe des Fliesen-, Platten- und Mosaiklegers (Nr. 1), des Betonstein- und Terrazzoherstellers (Nr. 2), des Estrichlegers (Nr. 3), des Gebäudereinigers (Nr. 33) und schließlich des Schilder- und Lichtreklameherstellers (Nr. 53) in die Anlage B1 überführt.

vorrangig das Leben und die körperliche Unversehrtheit, betreffen. Hier drängt sich die Frage auf, ob nicht die ohnehin bestehenden Ausbildungs-, Gewährleistungs- und Haftungsvorschriften hätten ergänzt und aufeinander abgestimmt werden können, um den Verbrauchern ein einheitliches, effektives und nachhaltiges Schutzniveau vorhalten zu können. Dafür spricht auch, daß sämtliche bisher geltenden Schutzvorschriften – von der Handwerksreform unangetastet – fortbestehen und auf den Umfang des Schutzes keinen weiteren Einfluß haben. Insofern ist die vom Gesetzgeber angeführte Begründung, daß das bisher bestehende Schutzniveau für den Verbraucher nicht verändert wird, ebenso zutreffend wie im Zusammenhang mit der Neuordnung der Anlagen zur Handwerksordnung irrelevant⁴⁹⁶.

Unstimmigkeiten ergeben sich auch aus einem weiteren Grund. So hat der Gesetzgeber bei der Bestimmung der in Anlage B1 überführten Gewerbe die Gefahrgeneigntheit einer Tätigkeit auch danach bemessen, ob die bestehenden Schutzstandards wie Ausbildungsvorschriften, Arbeitsschutzbestimmungen, DIN-Normen, Zertifizierungsmöglichkeiten sowie Produkt- und Gerätesicherheitsvorschriften bereits dazu beitragen, das Gefährdungspotential einer Tätigkeit zu minimieren⁴⁹⁷. Exemplarisch hat der Gesetzgeber das Medizinproduktegesetz⁴⁹⁸ herangezogen, wonach die Hersteller medizinischer Geräte verpflichtet sind, die Sicherheit des Produktes nachzuweisen. Auf Grund dieser Vorschriften sei eine Gesundheitsgefährdung der Verbraucher nach Ansicht des Gesetzgebers ausgeschlossen, so daß etwa die Tätigkeit des Chirurgiemechanikers als nicht gefahrgeneigtes Handwerk bewertet und im ersten Entwurf folglich in die Anlage B1 überführt wurde. Während also für die Handwerke der Anlage A eine Prognose zur Gefahrgeneigntheit abgegeben wurde, die sich am Gefahrenpotential der auszuübenden Tätigkeiten orientiert, zog der Gesetzgeber bei den in die Anlage B1 überführten Handwerken offensichtlich bereits bestehende Schutzvorschriften ein, mit dem Ergebnis, daß

⁴⁹⁶ BT-Drs. 15/1206, S. 41; vgl. auch *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, S. 403 (409).

⁴⁹⁷ BT-Drs. 15/1206, S. 41.

⁴⁹⁸ MPG (Medizinproduktegesetz) vom 7. August 2002 (BGBl. I S. 3146), in der zur Zeit gültigen Fassung.

er deren Gefahrgeneigtheit schlußendlich zu verneinen hatte. Was bleibt, ist eine Differenzierung im Schutz von Gesundheit und Leben Dritter bei den Handwerken der Anlage A, die eine Berufszulassungsvoraussetzung wie die Meisterprüfung rechtfertigen können, und denselben Dritten mit identischen Schutzgütern bei den Handwerken der Anlage B1, die auf das allgemeine Gewährleistungs- und Deliktsrecht verwiesen werden. Auch an dieser Stelle wird nochmals deutlich, wie vage die Abgrenzung von gefahrgeneigten und nicht gefahrgeneigten Tätigkeiten, insbesondere die mit ihr verbundenen Rechtsfolgen ist.

cc) Gleichwertiges Kriterium der Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks

Wenig geglückt scheint im Ergebnis auch die erst durch den Vermittlungsausschuß bewirkte Einführung des zweiten Kriteriums der Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks⁴⁹⁹. Dieses soll gleichwertig neben die Gefahrgeneigtheit treten und ordnet der Anlage A zusätzlich solche Handwerke zu, die – auch ohne gefahrgeneigt zu sein – einen bedeutsamen Beitrag zur Sicherung des Nachwuchses im Handwerk, aber auch darüber hinaus für die gewerbliche Wirtschaft leisten. Nach der Erklärung der Berichterstatter des Vermittlungsausschusses an die parlamentarischen Gremien soll damit die weit überdurchschnittliche Ausbildungsleistung in einigen Handwerken gewürdigt werden, die letztlich auch der gesamten gewerblichen Wirtschaft zugute komme⁵⁰⁰.

Dies ist aus mehreren Gründen unbefriedigend⁵⁰¹.

Zum einen ist bereits fraglich, welcher Maßstab der Einschätzung zugrunde liegt, daß einige Handwerke einen bedeutsamen Beitrag zur Sicherung des Nachwuchses nicht nur im Handwerk selbst, sondern darüber hinausgehend für

⁴⁹⁹ Die Einführung des Korrektivs der Ausbildungsbereitschaft und -leistung erfolgte auf Wunsch und Anregung des Vermittlungsausschusses, BR-Plenarprot. 795/2003, S. 503, 517 (Anlage 19).

⁵⁰⁰ BR-Plenarprot. 795/2003, S. 503, 517 (Anlage 19).

⁵⁰¹ Zweifel deutet bereits die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates an, vgl. BT-Drs. 15/1481, S. 14 f.

die gesamte gewerbliche Wirtschaft leisten. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob es auf das Handwerk als Ganzes, die einzelnen Gewerke oder den jeweiligen Betrieb ankommt.

In seinem alternativen Gesetzentwurf hat der Bundesrat einen bedeutsamen Beitrag zur Sicherung des Nachwuchses der gesamten gewerblichen Wirtschaft dann angenommen, wenn das in Rede stehende Gewerbe eine überdurchschnittliche Ausbildungsquote aufweise. Davon könne gesprochen werden, wenn die Ausbildungsquote in dem betreffenden Handwerk nicht unbedeutend über der durchschnittlichen Ausbildungsquote der gewerblichen Wirtschaft unter Ausschluß des Handwerks liege oder eine für sich selbst sprechende absolut hohe Ausbildungszahl erreicht werde. Letzteres dürfte bei mehreren Tausend Arbeitsverhältnissen der Fall sein⁵⁰².

Schon diese vage gehaltenen Formulierungen machen deutlich, daß die Frage nach der überdurchschnittlichen Ausbildungsleistung eines Handwerkes weder eindeutig noch abschließend beantwortet werden kann. Selbst wenn der Terminus „mehrere Tausend Arbeitsverhältnisse“ konkretisiert würde und eine meßbare Anzahl formuliert, fehlte eine gültige amtliche Statistik über die Ausbildungsquote in den Einzelhandwerken.

So trägt auch die Bundesregierung vor, daß es derzeit mit den zur Verfügung stehenden amtlichen Daten der Handwerksstatistik nicht möglich sei, eine amtliche Ausbildungsquote für die einzelnen Handwerke der Anlage A zu berechnen: Zum einen seien nicht alle Auszubildenden im Handwerk nach der amtlichen Statistik den Einzelhandwerken zuordenbar⁵⁰³, zum anderen lägen nicht für alle Handwerke der Anlage A amtliche Zahlen zur Zuordnung der Beschäftigten zu den jeweiligen Gewerben vor⁵⁰⁴.

Um die Ausbildungsquote im Handwerk auf der Basis amtlicher Zahlen ermitteln zu können, komme einzig eine Vollerhebung der Einzelhandwerke – wie die

⁵⁰² Gesetzentwurf des Bundesrates vom 3. Dezember 2003, BT-Drs. 15/2138.

⁵⁰³ So sei etwa die Zuordnung der kaufmännischen Ausbildungsberufe zu den einzelnen Gewerben problematisch; von etwa 528.000 Auszubildenden des Handwerks könnten schon 30.000 bis 40.000 Auszubildende nicht korrekt zugeordnet werden.

⁵⁰⁴ Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 15/2138, S. 26.

Handwerkszählung 1995 – in Betracht, was indes mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden wäre⁵⁰⁵.

So ist schließlich festzuhalten, daß ein anderer Maßstab als die vom Bundesrat in die Diskussion gebrachte Ausbildungsquote nicht ersichtlich ist. Das Kriterium der Ausbildungsleistung kann demnach nur noch dann gerechtfertigt werden, wenn eine amtliche Ausbildungsquote für die einzelnen Handwerksgewerbe berechnet wird; anderenfalls ist nicht einzusehen, wie ein derart unbestimmtes Auswahlkriterium den Maßstab für die Zulassungspflicht eines Handwerkes und für die damit verbundene Einschränkung der Berufsfreiheit bilden kann⁵⁰⁶.

Indessen drängt sich ein zusätzliches Problem auf, wenn tatsächlich eine amtliche Ausbildungsquote für die einzelnen Handwerksgewerbe berechnet würde. Dies dürfte sich dann nämlich nicht auf die derzeit zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A beschränken, sondern müßte darüber hinaus auch die zulassungsfreien Handwerke der Anlage B1 erfassen. Denn sollte sich erweisen, daß ein jetzt zulassungsfreies Handwerk auf Grund seiner Ausbildungsquote an sich der Anlage A zuzuordnen wäre, müßten die Anlagen durch den Gesetzgeber – um eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu vermeiden – umgruppiert werden.

Überhaupt wäre eine in festgelegten Intervallen durchgeführte Revision der Anlagen A und B zwingend, da die Ausbildungsintensität in den verschiedenen Gewerben bereits jetzt unterschiedlich ist und sich zudem stetig verändern kann.

Damit ermöglicht auch das Kriterium der Ausbildungsleistung nicht die gewünschte eindeutige Zuordnung von Handwerksgewerben zur Anlage A. Vielmehr führt es zu einer weiteren Differenzierung zwischen lediglich gefahrgeneigten, gefahrgeneigten und gleichzeitig für die Sicherung des Nachwuchses bedeutsamen sowie lediglich für die Sicherung des Nachwuchses bedeutsamen Handwerken, da die Einordnung eines

⁵⁰⁵ Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 15/2138, S. 26.

⁵⁰⁶ So auch *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen an der HwO-Novelle 2004, S. 353 (354).

Handwerkes in die Anlage A alternativ auf ein Kriterium oder kumulativ auf beide Kriterien gestützt werden kann. Es können daher auch nicht gefahrgeneigte Tätigkeiten, die einen Beitrag zur kontinuierlichen Ausbildung in einem Handwerk bilden, in die Anlage A aufgenommen werden, wobei hier regelmäßig zu prüfen wäre, ob die Ausbildungsleistung die Zuordnung zur Anlage A rechtfertigt.

Aus der Kumulierung der genannten Auswahlkriterien resultiert weiterhin eine Entwertung des im Zuge der Neubestimmung des Gesetzeszwecks der Handwerksordnung eingeführten Kriteriums der Gefahrgeneigtheit. Nicht nur, daß dies nicht allein ausschlaggebend für die Zuordnung in die Anlage A und damit die Meisterprüfungspflicht ist; darüber hinaus macht es die eindeutige Bestimmung der Gefahrgeneigtheit eines Handwerkes entbehrlich. Dies ist gerade in solchen Fällen zu befürchten, in denen schon die Einordnung eines Handwerksgewerbes als gefahrgeneigt Schwierigkeiten bereitet und nicht ohne weiteres vorgenommen werden kann. Dort ermöglichte die Qualifizierung als ausbildungsstarkes Handwerk dem Gesetzgeber, die obligatorische Meisterprüfung ohne weitergehenden Begründungsaufwand aufrechtzuerhalten bzw. weiter auszudehnen.

Zum anderen steht das Kriterium der Ausbildungsbereitschaft und -leistung im Handwerk einer Wiedereinführung der eigentlich mit der Handwerksnovelle zu reformierenden gesetzgeberischen Ziele gleich⁵⁰⁷. Auch wenn als explizites Ziel der Handwerksordnung der Schutz Dritter vor Gefahren für Leib und Leben benannt ist, kann dies seine Geltung nur für gefahrgeneigte Handwerksgewerbe rechtfertigen. Wie schon dargelegt, finden sich in der Anlage A aber auch solche Handwerke, die ausdrücklich wegen der Ausbildungsbereitschaft und -leistung dort belassen wurden und die nicht dem Schutz der Verbraucher vor Schäden an Leib und Leben dienen. Insofern liegt die Vermutung nahe, daß diese Handwerke zugleich auch aus politischen Erwägungen heraus Eingang in die Anlage A gefunden haben, die unter dem Mantel, die Ausbildungsleistung zu würdigen, vereinigt werden konnten. Diese Vermutung wird dadurch genährt,

⁵⁰⁷ Vgl. dazu schon oben, S. 126.

daß der ursprüngliche Gesetzentwurf die Beschränkung des Meisterbriefs in seiner Funktion als Berufszulassungsschranke auf den unbedingt erforderlichen Bereich vorsah, nämlich die Abwehr von Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter, so daß nur noch 29 zulassungspflichtige Gewerbe in der Anlage A verblieben⁵⁰⁸. Demgegenüber enthielt der vom Vermittlungsausschuß ausgearbeitete Vorschlag jedoch die auch jetzt noch in der Anlage A vorzufindenden 41 zulassungspflichtigen Handwerksgewerbe⁵⁰⁹. Dies ist das Resultat der schon während des Gesetzgebungsverfahrens offenkundig gewordenen Kontroversen um die weiterhin meisterprüfungspflichtigen Handwerke. Folglich muß die mit den nunmehr 41 Handwerken ausgestattete Anlage A als Kompromiß betrachtet werden, dem die Befürworter einer umfassenden Meisterpflicht noch zustimmen konnten.

Wenngleich auch das Ziel, die Ausbildungsbereitschaft und -leistung des Handwerks zu würdigen, für sich genommen ein legitimes gesetzgeberisches Interesse darstellt⁵¹⁰, das zudem den formalen Anforderungen an ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut im Sinne der Drei-Stufen-Theorie genügt, stellt sich doch die Frage, warum es gerade im Kontext der wiederbemühten ordnungsrechtlichen Ausrichtung des Handwerksrechts seine Renaissance erlebt. Dies ist offenkundig darauf zurückzuführen, daß eine Einigung über die starke Einschränkung des Meisterprüfungserfordernisses nur schwer erzielt werden konnte und auf diese Weise mehr Handwerke der Anlage A zugeordnet werden konnten, als dies ohne das weit gefaßte Kriterium der besonderen Ausbildungsleistung möglich gewesen wäre. Auch daraus ergibt sich letztlich, daß der neue ordnungsrechtliche Ansatz der Handwerksordnung von Seiten des Gesetzgebers nur eingeschränkt verfolgt wurde.

dd) Problem: Einfache, aber gefahrgeneigte Handwerke

⁵⁰⁸ Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, vgl. BT-Drs. 15/1206, S. 22, 42.

⁵⁰⁹ Hinzu kamen die Gewerbe Wärme-, Kälte- und Schallschutzisolierer (Nr. 6), Brunnenbauer (Nr. 7), Steinmetz und Steinbildhauer (Nr. 8), Stukkateur (Nr. 9), Maler und Lackierer (Nr. 10), Chirurgiemechaniker (Nr. 14), Informationstechniker (Nr. 19), Büchsenmacher (Nr. 20), Bäcker (Nr. 30), Konditoren (Nr. 31), Fleischer (Nr. 32) und Friseur (Nr. 38).

⁵¹⁰ Vgl. dazu schon oben, S. 126.

Dies zeigt sich auch bei der Betrachtung der weiteren Änderungen der Handwerksordnung. War es nach dem Willen der Regierungsfractionen wesentliches gesetzgeberisches Anliegen, die Meisterprüfungspflicht auf gefahrgeneigte Tätigkeiten zu beschränken, kommt dies in der Legaldefinition der „nicht wesentlichen“ Tätigkeiten des § 1 Abs. 2 S. 2 HandwO n. F. nicht zum Ausdruck.

Daß die Minderhandwerke aus der Zulassungspflicht des § 1 i. V. m. § 7 HandwO herausgelöst sind, stellt eine Ausnahme zur Meisterprüfungspflicht dar, die dann gerechtfertigt ist, wenn sie die Intention des Gesetzgebers wahrt und dieser nicht entgegenläuft. Wie bereits dargelegt, bezweckte der Gesetzgeber mit der Novellierung der Handwerksordnung einen umfassenden Schutz von Leib und Leben Dritter, weshalb gefahrgeneigte Handwerke zulassungspflichtig sein sollten. Kommt es indes bei der Beurteilung der Frage, ob eine handwerkliche Tätigkeit wesentlich oder nicht wesentlich ist, auf die Gefahrgeneigtheit eines Handwerkes gar nicht mehr an, ist davon auszugehen, daß das Ziel bei seiner gesetzgeberischen Verwirklichung nicht mehr ausreichend gewürdigt und daher nur lückenhaft umgesetzt wurde. In der Konsequenz bedeutete dies, daß zwar die Zulassungspflicht grundsätzlich von der Unterscheidung abhängig gemacht würde, ob Tätigkeiten gefahrgeneigt sind oder nicht, diese Unterscheidung sodann bei der Beurteilung der Wesentlichkeit nicht mehr einflösse. *Kormann/Hüpers* nennen dies zu Recht ein Paradoxon⁵¹¹: Es lassen sich nämlich durchaus einfache Tätigkeiten nennen, denen eine Gefahrenneigung innewohnt, ebenso wie komplexe Tätigkeiten, bei denen dies nicht der Fall ist.

Insofern ist um einer schlüssigen Gesetzesauslegung willen das Kriterium der Gefahrgeneigtheit bei der Abgrenzung wohl zu berücksichtigen, so daß Tätigkeiten – auch wenn sie innerhalb kürzester Zeit erlernbar sind – bei erwiesener Gefahrgeneigtheit nicht als Fall des § 1 Abs. 2 S. 2 HandwO

⁵¹¹ *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S. 353 (355 f.).

behandelt werden, sondern als wesentlich zu qualifizieren und daher mit einer Zulassungspflicht belegt sind⁵¹².

5. Resümee

Insgesamt ist festzustellen, daß sich die neue Handwerksordnung eher darum bemüht, die widerstreitenden Standpunkte von Befürwortern und Gegnern der Meisterprüfung zu vereinen, als den angekündigten Paradigmenwechsel klar zu vollziehen. Dies zeigen die bis zuletzt anhaltenden Kontroversen um den Bestand der Anlage A und damit verbunden um die Kriterien, über die sie sich definieren läßt. An dieser Stelle tritt auch das Problem offen zutage, daß klar bestimmte und abschließend anwendbare Kriterien nicht vorhanden sind, wiewohl sie für Klarheit, Berechenbarkeit und damit Rechtssicherheit unentbehrlich sind und die neue Handwerksordnung gerade die individuelle Prüfung der einzelnen Handwerke im Hinblick auf ihre Gefahrgeneigtheit gebietet⁵¹³.

Im folgenden sollen daher die von der Rechtswissenschaft bereitgehaltenen Möglichkeiten aufgezeigt werden, die eine Annäherung an den Begriff der Gefahrgeneigtheit erlauben und darüber hinaus Merkmale vorgeben, die bei der Bestimmung der Gefahrgeneigtheit eine entscheidende Rolle einnehmen können.

III. Der Rechtsbegriff „Gefahrgeneigtheit“ im Bürgerlichen Recht

Eine erste, klassische Bedeutung in der Rechtswissenschaft erhielt die Gefahrgeneigtheit im Bürgerlichen Recht, genauer im Arbeitsrecht. Im

⁵¹² So auch *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, *GewArch* 2004, S. 353 (355 f.).

⁵¹³ Vgl. auch die Bewertung von *Kormann/Hüpers*, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, *GewArch* 2004, S. 353 (354).

folgenden sollen die Entwicklung des Begriffes und seine wesentlichen Grundlagen dargestellt werden⁵¹⁴.

1. Erster Ansatz des Reichsarbeitsgerichtes

Mit seiner Entscheidung vom 18. Dezember 1940 hat das Reichsarbeitsgericht (RAG) den Begriff der Gefahrgeneigtheit im Rahmen der Begrenzung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber erstmals verwendet und die Gefahrgeneigtheit einer Tätigkeit bejaht, wenn „[es] die Eigenart gewisser Dienste [...] mit sich bringt, daß auch einem gewissenhaften Dienstverpflichteten Fehlgriffe unterlaufen, die zwar für sich allein betrachtet jedesmal vermeidbar sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeiten als mit einem typischen, mehr oder minder genau voraussehbaren Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß gerechnet wird“⁵¹⁵.

Diese Definition ist vom Bundesarbeitsgericht zunächst gebilligt und übernommen worden⁵¹⁶ und wurde etwa ein Jahr später vom Arbeitsgericht Berlin dahingehend vereinfacht, daß solche Tätigkeiten gefahrgeneigt seien, bei denen infolge ihrer Eigenart erfahrungsgemäß menschliches Versagen unvermeidlich sei, woraus ein unverhältnismäßig hoher Schaden entstehen könne⁵¹⁷.

Das Bemühen des Arbeitsgerichts Berlin, die Formel des RAG zu vereinfachen, mag auf den ersten Blick lohnenswert gewesen sein, auf einen zweiten Blick deuten sich jedoch ähnliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung gefahrgeneigter Tätigkeiten an, wie dies bei der Beurteilung nach der vom RAG aufgestellten Formel der Fall war.

⁵¹⁴ Vgl. zur Problematik *Brandt*, Geschichtliche Entwicklung und heutige Bedeutung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit, Aachen 1998; *Diem*, Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, Tübingen 1969; *Ehrenberg*, Die rechtshistorischen Wurzeln des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit und die Weiterentwicklung der Grundsätze durch Rechtsprechung und Rechtslehre, Frankfurt a. M. 1997.

⁵¹⁵ ARS 41, 55 (58).

⁵¹⁶ Grundlegend der Große Senat des BAG mit Beschluß vom 25. September 1957, AP Nr. 4 zu §§ 989, 899 RVO.

⁵¹⁷ Arbeitsgericht Berlin, Entscheidung vom 13. Oktober 1958, Berliner EntschKal. Nr. 6/59, 3 S. 93.

Mit den Fragmenten „Eigenart gewisser Dienste“, „gewissenhafter Dienstverpflichteter“, „menschliche Unzulänglichkeiten“, „typischen, mehr oder minder genau voraussehbaren Abirren der Dienstleistung“ bediente sich das RAG zwar noch weit mehr unbestimmter und daher ausfüllungsbedürftiger (Rechts-) Begriffe als das Arbeitsgericht Berlin, das sich auf eine vergleichsweise prägnante Definition festlegte. Indes vermag auch dessen Aussage, daß solchen Tätigkeiten eine Gefahrenneigung innewohne, „bei denen infolge ihrer Eigenart erfahrungsgemäß menschliches Versagen unvermeidlich sei, woraus ein unverhältnismäßig hoher Schaden entstehen könne“, die gewünschte Eindeutigkeit nicht ohne weitere Auslegung herbeizuführen. Denn auch mit der handlicheren Definition des Arbeitsgerichts Berlin blieb es dem Rechtsanwender nicht erspart, zunächst danach zu fragen, wann infolge der Eigenart einer gewissen Tätigkeit menschliches Versagen erfahrungsgemäß unvermeidlich sei, um anschließend zu beurteilen, ob daraus ein unverhältnismäßig hoher Schaden entstehen könne. Die Antworten auf beide Fragen verlangten nicht nur einen weiten Erfahrungshorizont („erfahrungsgemäß unvermeidlich“), sondern zugleich umfangreiches Wissen über Inhalt und Umfang von Tätigkeiten, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses typischerweise anfallen. Dies zu bestimmen dürfte, gerade auch vor dem Hintergrund der fortschreitenden Technisierung aller Fertigungsmethoden, immer schwieriger werden.

Es vermag daher kaum zu verwundern, daß beide Definitionen in der rechtswissenschaftlichen Literatur angesichts ihrer Unbestimmtheit vielfältige Kritik auslösten. Die Mehrzahl der Kritiker begnügte sich jedoch nicht mit der Kritik allein; vielmehr wurde in ihnen zugleich auch das Bestreben erweckt, die Wesensmerkmale der gefahrgeneigten Tätigkeit systematisch zu erfassen⁵¹⁸.

2. Konkretisierungsversuche seitens der Literatur

In der arbeitsrechtlichen Literatur sind daher zur Konkretisierung des Begriffes der Gefahrgeneigtheit im Arbeitsrecht verschiedene Ansätze auszumachen.

⁵¹⁸ Einen guten Überblick dazu gibt *Brandt*, Geschichtliche Entwicklung und heutige Bedeutung des Begriffes der gefahrgeneigten Arbeit, S. 2 f.

So sieht etwa *Gumpert* das Eigentümliche der gefahrgeneigten Arbeit in der starken körperlichen oder nervlichen Beanspruchung des Arbeitnehmers und der damit einhergehenden Monotonie der Arbeit begründet. Nach seiner Definition soll es folglich darauf ankommen, ob wegen der starken körperlichen oder nervlichen Beanspruchung des Arbeitnehmers oder wegen der ständigen Gleichförmigkeit der Arbeit ein gelegentlicher Fehler des Arbeitnehmers wahrscheinlich und der daraus folgende Schaden erfahrungsgemäß hoch ist⁵¹⁹. Als gedankliches Vorbild für diese Definition dienten *Gumpert* etwa die Tätigkeiten des Berufskraftfahrers und des Fließbandarbeiters, denen er die Tätigkeit des Umgrabens eines Gartens exemplarisch als nicht gefahrgeneigte Arbeit gegenüberstellt. Angesichts der zwischen diesen Extremen liegenden unzähligen Fälle, in denen sich die Abgrenzung weitaus schwieriger gestaltet, richtet *Gumpert* einen Appell an die Rechtsprechung, der betrieblichen Praxis weitere Abgrenzungsmaßstäbe an die Hand zu geben.

Anders als *Gumpert*, der nach den Vorgaben der Arbeitsgerichte seine eigene Definition zur gefahrgeneigten Arbeit aufstellte, legte *Frey* bei dem Versuch, die Bestandteile des Begriffes der gefahrgeneigten Arbeit herauszuarbeiten, den generalklauselartigen Ansatz des Arbeitsgerichtes Berlin zugrunde und faßte neben schwer beherrschbaren Naturkräften, technischen Vorgängen und schwierigen Arbeitsmethoden auch empfindliches Material, Eintönigkeit, Ablenkung und Übermüdung als typische Bestandteile der gefahrgeneigten Arbeit zusammen. Gleichzeitig schlägt er vor, an Stelle des seiner Ansicht zufolge zu unbestimmten Begriffes der gefahrbelasteten Arbeit allmählich die Haftung für leichte Fahrlässigkeit abzubauen, was die Ersetzung eines Tatbestandsmerkmals durch einen Schuldfaktor bedeuten würde⁵²⁰.

Einen anderen Ausgangspunkt wählte *Galperin*, der die gefahrgeneigte Arbeit schematisch in vier Fallgruppen unterteilte: die im Stoff bedingte Gefahrgeneigtheit, die in der Arbeitstechnik begründete Gefahrgeneigtheit, die in der körperlichen Leistungsfähigkeit begründete Gefahrgeneigtheit und

⁵¹⁹ *Gumpert*, Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung, BB 1958, S. 740 (741).

⁵²⁰ *Frey*, Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers, BB 1960, S. 411 (412).

schließlich einen Auffangtatbestand, mit dem etwa eine überraschende Situation erfaßt werden soll⁵²¹.

Letztlich unternahm auch *Gamillscheg* den Versuch, das Kriterium der Gefahrgeneigtheit zu konkretisieren und so dessen Anwendungsbereich einzuschränken. *Gamillscheg* ortete den eigentlichen Ansatzpunkt für gefahrgeneigte Tätigkeiten in der psychischen Drucksituation, in der sich der Arbeitnehmer befinde, der er sich nicht entziehen könne und die aus der Monotonie der Arbeit, der Gewöhnung an die Gefahr und der psychischen Reaktion der Entspannung resultiere, weshalb er den Begriff auch als psychisch bedingte Gefahrneigung der Arbeit verwendet⁵²². Die typische Gefährlichkeit der Arbeit stünde genau hinter diesem menschlichen Faktor; sie werde nicht nur durch ihn begründet, sondern zudem auch verstärkt. Insofern sieht sich *Gamillscheg* dazu veranlaßt, die von *Galperin* vorgenommene Einteilung dergestalt zu korrigieren, daß die stoffbedingte und die technisch bedingte Gefahrneigung nicht neben, sondern nach der psychisch bedingten Gefahrgeneigtheit stünden. Als weitere Faktoren, die bei der Bewertung einer Tätigkeit heranzuziehen seien, benennt *Gamillscheg* das zur Übermüdung des Arbeitnehmers führende Tempo der Arbeit, ein gegebenenfalls bei der Arbeit bestehendes Gedränge, ein schlechtes Betriebsklima, die Überlastung des Arbeitnehmers und schließlich der von außen kommende soziale Druck, die in ihrer Eigenschaft als unausweichliche Gegebenheiten den Ansatzpunkt für die Haftungserleichterung darstellten⁵²³.

3. Weitere Entwicklung durch die Gerichte

Trotz – oder gerade wegen – der allseitigen Bemühungen, das Kriterium der Gefahrgeneigtheit zu konkretisieren, übte das Schrifttum weiterhin vielseitige Kritik, die hauptsächlich aus der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen dem speziellen arbeitsrechtlichen und dem schärferen allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregime resultierte. Hinzu kam, daß die Rechtsprechung das Merkmal

⁵²¹ *Galperin*, AR-Blattei, Haftung des Arbeitnehmers III C I 4.

⁵²² *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 54.

⁵²³ So zusammenfassend *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 57.

der Gefahrgeneigtheit sehr bald allein anhand der konkreten Gefährdungslage bestimmte⁵²⁴, so daß auch grundsätzlich nicht gefahrgeneigte Tätigkeiten in den Bereich der beschränkten Arbeitnehmerhaftung fallen konnten. Die Folge war, daß sich die Gerichte immer seltener gehalten sahen, eine klare Linie beizubehalten; Gefahrgeneigtheit und Verschulden wurden nicht mehr auseinandergehalten. Dies führte zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit⁵²⁵.

Es war insofern vorprogrammiert, daß sich der Große Senat des Bundesarbeitsgerichtes in seinen Beschlüssen vom 12. Juni 1992 und vom 27. September 1994⁵²⁶ der Kritik des Schrifttums annahm und sich unter Zustimmung der dies schon lange fordernden Literatur von dem Merkmal der Gefahrgeneigtheit als tatbestandliche Voraussetzung der Haftungserleichterung für Arbeitnehmer verabschiedete⁵²⁷. Zwar habe dieses Kriterium insofern einen richtigen Kern, als das konkrete Gefahrenpotential einer Tätigkeit bei der Bestimmung der Haftungsmaßstäbe berücksichtigt werden müsse, allerdings sei es als Abgrenzungsmerkmal einer Entweder-Oder-Entscheidung zwischen verschiedenen Haftungsregimen ungeeignet⁵²⁸. Bedeutung solle dem Merkmal der Gefahrgeneigtheit nur noch bei der Abwägung analog § 254 BGB zwischen dem Verschulden des Arbeitnehmers auf der einen und dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers auf der anderen Seite zukommen.

Nach der aktuellen Rechtsprechung der Gerichte und nach nunmehr ganz herrschender Meinung erstreckt sich die Haftungsprivilegierung in sachlicher Hinsicht auf alle Tätigkeiten, die dem Arbeitnehmer „für den Betrieb übertragen worden sind oder die er im Interesse des Betriebs ausführt, die im nahen Zusammenhang mit dem Betrieb und seinem betrieblichen Wirkungskreis

⁵²⁴ BAG AP Nr. 22 vom 3. März 1960, Nr. 26 vom 18. Dezember 1962, Nr. 42 vom 13. März 1968, Nr. 47 vom 24. Juli 1969, Nr. 53 vom 3. Februar 1970, Nr. 78 vom 11. September 1975 und Nr. 80 vom 11. November 1976, zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

⁵²⁵ Genannt sei etwa BAG AP Nr. 98 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (= NZA 1995, S. 95).

⁵²⁶ BAG GS AP Nrn. 101 und 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

⁵²⁷ Zur Entwicklung der Rechtsprechung bis dahin vgl. ausführlich *Brandt*, Geschichtliche Entwicklung und heutige Bedeutung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit, S. 43 ff.; *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, S. 5 ff.

⁵²⁸ BAG GS AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (= NZA 1994, S. 1083).

stehen und in diesem Zusammenhang betrieblich veranlaßt sind“⁵²⁹. Auf eine kürzere Formel gebracht, werden die nach dem Verschuldensgrad abgestuften, privilegierenden Haftungsgrundsätze „auf alle betrieblich veranlaßten Tätigkeiten“ angewendet, sofern sie „dem Arbeitnehmer vertraglich übertragen wurden oder die er im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt“⁵³⁰. Die Reichweite der Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung entspricht damit dem Begriff der „betrieblichen Tätigkeiten“ im Sinne von § 637 Abs. 1 RVO bzw. § 105 Abs. 1 S. 1 SGB VII.

4. Zusammenfassung und Fazit

Trotz der Verschiedenheit der oben dargestellten Ansätze und der daraus resultierenden Schwierigkeit, das Kriterium der Gefahrgeneigtheit einheitlich zu bestimmen, ist jedenfalls erkennbar, daß alle Autoren im wesentlichen auf vier Faktoren rekurrieren, die die Gefahrgeneigtheit einer Tätigkeit begründen und herangezogen werden können, um die vormals für die Haftungserleichterung des Arbeitnehmers herangezogene, ausufernde Formel des Bundesarbeitsgerichtes zur Gefahrgeneigtheit einer Tätigkeit zu konkretisieren.

Zu nennen ist zum ersten die Arbeitstechnik, die sämtliche mit einer Tätigkeit verbundenen technischen Vorgänge, Arbeitsmethoden und Vorgehensweisen umfaßt und damit auch die nach einiger Zeit eintretende Gleichförmigkeit der Arbeit als Gefahrenquelle beinhaltet. In deren Rahmen ist stets zu erfragen, welche Arbeitsschritte auf dem Weg zur erfüllungstauglichen Leistung oder zum herzustellenden Produkt erbracht werden müssen und ob es diesen immanent ist, daß dabei Fehler unterlaufen, die Schäden größeren Ausmaßes hervorrufen können.

Ein zweiter Faktor ist die Beschaffenheit der zur Ausführung einer Tätigkeit erforderlichen Hilfsmittel und Materialien. So ist neben dem Zustand der regelmäßig zum Einsatz kommenden Maschinen und Geräte auch die Qualität der üblicherweise verwendeten Bau- und Werkstoffe und der sonstigen

⁵²⁹ Definition nach BAG GS AP Nr. 101 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers mit Verweis auf BAG AP Nr. 1 vom 9. August 1966, Nr. 6 vom 2. März 1971 und Nr. 8 vom 14. März 1974 zu § 637 RVO.

⁵³⁰ Definition nach BAG GS AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

Materialien von elementarer Bedeutung, um eine Dienstleistung gefahrlos und damit sicher zu verrichten. Daher können im Ergebnis bereits solche Tätigkeiten eine Gefahrenneigung aufweisen, die – ohne daß komplexe Arbeitstechniken anzuwenden sind oder eine unüberschaubare Anzahl von Arbeitsschritten zu verrichten ist – allein auf Grund der eingesetzten Werkzeuge und Materialien eine Tendenz dazu haben, Schäden im Umfeld der Verrichtung zu verursachen.

Ausschlaggebend für eine fehlerfreie und sichere Verrichtung der Dienstleistung sind weiterhin die Eigenschaften der dienstleistenden Person selbst. Hier kommt insbesondere deren Konzentrations- und Leistungsfähigkeit ein enormes Gewicht zu, wenngleich auch ihr allgemeiner physischer und psychischer Zustand nicht vernachlässigt werden dürfen. Zudem unterfallen auch Ablenkung oder Übermüdung einer Person als besondere Ausprägungsformen eines Konzentrationsdefizits diesem die Eigenschaften der Person betreffenden Faktor. Bei der Frage der Gefahrgeneigtheit einer Tätigkeit kommt es in diesem Zusammenhang also darauf an, ob es sich um gleichförmige und wenig abwechslungsreiche Tätigkeiten handelt, die schnell zu Ermüdung führen können; ob an die Konzentration des Tätigen besonders strenge Anforderungen gestellt werden, etwa weil das Aufgabenspektrum sehr umfassend oder der Arbeitsvorgang vielschichtig beschaffen ist.

Die letzte Gruppe von Faktoren, die auf eine Gefahrenneigung schließen lassen, knüpft an von außen kommende Ereignisse an, die weder im Zusammenhang mit der Tätigkeit selbst noch mit der sie verrichtenden Person stehen. Hierzu zählen etwa zufällige (Unglücks-) Ereignisse oder schwer beherrschbare Naturkräfte wie extreme klimatische Bedingungen und Witterungsverhältnisse.

Die damit vorerst als prägend herausgearbeiteten Bestandteile des Begriffes der Gefahrgeneigtheit mögen zwar im Arbeitsrecht nur noch von untergeordneter Bedeutung sein; sie erscheinen indessen jedenfalls geeignet, eine erste Annäherung an die Definition des im Handwerksrecht verwendeten Begriffes der Gefahrgeneigtheit zu ermöglichen, worauf in einem besonderen Abschnitt noch näher einzugehen sein wird.

IV. Der Rechtsbegriff „Gefahrgeneigtheit“ im Öffentlichen Recht

1. Einführung

Seinen Einzug in das Öffentliche Recht hielt das Kriterium der Gefahrgeneigtheit in dieser Ausprägung erst mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen sowie des Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003, die am 30. Dezember 2003 bzw. am 1. Januar 2004 in Kraft getreten sind⁵³¹. Gleichwohl ist dem Handwerksrecht der Begriff der Gefahr oder des Gefahrenhandwerks keineswegs fremd. Bereits 1948 wurde der Begriff des Gefahrenhandwerks mit den OMGUS-Direktiven der amerikanischen Militärregierung über die Einführung der Gewerbefreiheit vom 29. November 1948 und vom 28. März 1949 etabliert⁵³². Hintergrund dieser Direktiven war, daß die Lizenzierung bestimmter Tätigkeiten nur im Interesse der öffentlichen Sicherheit, Wohlfahrt und Gesundheit zugelassen wurde⁵³³. Die daraufhin angestellten Überlegungen, welche Tätigkeiten in den unterschiedlichen Handwerksberufen eine potentielle Gefährdung der öffentlichen Sicherheit darstellen könnten – sofern diese ohne Fachkenntnisse ausgeübt würden –, führten zur Einführung der sogenannten Gefahrenhandwerke⁵³⁴.

Nichts anderes beabsichtigte der Reformgesetzgeber, der sich der ordnungsrechtlichen Ursprünge des Gewerberechts entsann und das gesetzgeberische Ziel der Handwerksordnung zugunsten des Schutzes Dritter

⁵³¹ Sog. kleine und große Handwerksnovelle, namentlich das Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2933) sowie das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2934).

⁵³² OMGUS bezeichnet das am 1. Oktober 1945 von General Eisenhower errichtete "Office of Military Government of the United States for Germany". Es bestand fast vier Jahre lang und wurde am 21. September 1949 nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland durch das Amt des Hohen Kommissars für Deutschland, „Office of the High Commissioner for Germany (HICOG)“ abgelöst. Ausführlich zu Organisation und Funktion vgl. *Weisz*, OMGUS-Handbuch, S. XI-142.

⁵³³ Vgl. dazu *Musielak/Detterbeck*, Handwerksordnung, § 4, Randnr. 29 ff.

⁵³⁴ Vgl. dazu auch *Schmitz*, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, S. 88 (91).

vor Gefahren⁵³⁵ verschob. Wenngleich der Begriff der Gefahr sowie seine verschiedenen Ausprägungen bereits im öffentlichen Recht etabliert waren, führte der Gesetzgeber mit den Begriffen Gefahrenneigung bzw. Gefahrgeneigtheit eine zusätzliche Variante zu den bereits vorhandenen juristischen Termini ein. Diese typischerweise im Recht der Gefahrenabwehr verankerten Begrifflichkeiten sollen im folgenden herangezogen werden und Auskunft über Ausprägungen der Gefahr und ihre Abgrenzungsmerkmale geben. Im Anschluß daran soll eine weitere Annäherung an den Begriff der Gefahrgeneigtheit erfolgen.

2. Das Recht der Gefahrenabwehr

a) Aufgabe

Von fundamentaler Bedeutung ist die Gefahr im Rahmen des Polizei und Ordnungsverwaltung obliegenden Gefahrenabwehrrechts. Dessen Aufgabe ist es, Gefahren von der Allgemeinheit oder dem einzelnen abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht werden. Damit bezweckt es den Schutz des vorhandenen Bestandes an Rechten, Rechtsgütern und Rechtsnormen, aus deren Existenz es zugleich seine Legitimation erfährt.

Diese allgemeine Aufgabe und Befugnis von Polizei und Ordnungsverwaltung zur Gefahrenabwehr ist abzugrenzen von darüber hinausgehenden administrativen Maßnahmen, die im Rahmen von Gefahrenvorsorge, Planung und Lenkung erfolgen. Die Abgrenzung erfolgt durch die Bestimmung der Schutzgüter der Gefahrenabwehr, namentlich der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung, sowie anschließend durch den Begriff der Gefahr selbst.

b) Schutzgüter Öffentliche Sicherheit und Öffentliche Ordnung

Öffentliche Sicherheit im Sinne der Gefahrenabwehraufgabe ist die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und

⁵³⁵ BT-Drs. 15/1206, S. 22.

Rechtsgüter des einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger der Hoheitsgewalt⁵³⁶. Damit bündelt das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sämtliche normativ ausgestalteten Privatrechte – insbesondere das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, aber auch Eigentum und Besitz –, um diese vor Verletzungen zu bewahren, und erstreckt den Individualschutz auf die Grundrechte, die ihrer Art nach Beeinträchtigungen durch Dritte abwehren. Neben Individualrechtsgütern umfaßt das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit auch sog. kollektive Rechtsgüter, deren Schutz mit Rücksicht auf die Allgemeinheit und hier vornehmlich auf das Leben in der staatlich organisierten Gemeinschaft geboten ist⁵³⁷. Die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, bedeutet hiernach einen umfassenden Auftrag an Polizei und Ordnungsverwaltung, die genannten Rechtsgüter zu schützen.

Als selbständiges Schutzgut neben der öffentlichen Sicherheit genießt auch die öffentliche Ordnung den Schutz der Gefahrenabwehr. Sie umfaßt die Summe ungeschriebener Normen, deren Befolgung als unentbehrliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens angesehen wird⁵³⁸ und stellt damit auf solche Schutzgüter ab, die durch andere als Rechtsnormen begründet werden. Die bei der Definition des Schutzgutes offensichtliche Unbestimmtheit setzt sich auch auf der Rechtsfolgenseite fort. Ungeklärt ist insbesondere, welcher Maßstab an die zum Schutz der öffentlichen Ordnung ergehenden Maßnahmen anzulegen und wann eine Grundrechtsbeschränkung durch Ordnungsbehörden oder die Polizei zulässig ist. Diesbezüglich äußerte sich das Bundesverfassungsgericht dahingehend, daß sich Maßnahmen, die die öffentliche Ordnung beeinträchtigende Handlungen abwenden sollen, im Rahmen der grundrechtlichen Vorgaben halten und nicht gegen erkennbare Wertungen von Verfassung und Gesetz verstoßen sollen⁵³⁹. Auch diese

⁵³⁶ So oder ähnlich § 2 Nr. 2 BremPolG, § 3 Nr. 1 SOG LSA und § 54 Nr. 1 ThürOBG.

⁵³⁷ BVerwG, DVBl. 1974, S. 297 (300).

⁵³⁸ Vgl. die Legaldefinitionen des § 3 Nr. 2 SOG LSA und § 54 Nr. 2 ThürOBG; s. a. BVerfGE 69, 315 (352); BVerfG, NJW 2004, S. 2814 (2815); NVwZ 2004, S. 90 (91); BVerwG, NJW 1980, S. 1640 (1641).

⁵³⁹ Zusammenfassend dazu BVerfG, NJW 2001, S. 2069 (2071). Zum Problem insgesamt vgl. *Beljin*, Neonazistische Demonstrationen in der aktuellen Rechtsprechung, DVBl. 2002, S. 15 (19 ff.);

Formulierung kann die zur Abwendung des Eingriffes ergehende Maßnahme nicht konkretisieren, weshalb das Schutzgut der öffentlichen Ordnung auch weiterhin Gegenstand verbreiteter Kontroversen sein wird. Festzuhalten ist jedoch, daß das genannte Schutzgut als Summe ungeschriebener Normen gegenüber dem die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung beinhaltenden Schutzgut öffentliche Sicherheit subsidiär ist.

3. Der Rechtsbegriff „Gefahr“ im öffentlichen Recht

Tragender Bestandteil des zusammengesetzten Begriffes Gefahrgeneigtheit und weiterer Anknüpfungspunkt für dessen Konkretisierung ist die Gefahr, deren Vorliegen für die Eröffnung des polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Aufgabenbereiches vorausgesetzt wird. Sie stellt einen elementaren Grundbegriff speziell im Rahmen des Polizei- und Ordnungsrechts dar, deren Voraussetzungen von der Rechtswissenschaft klar definiert wurden. Gleichermäßen sind auch die verschiedenen Arten von Gefahren etabliert und anhand bestimmter Kriterien voneinander abgegrenzt worden.

Um den Terminus „Gefahrgeneigtheit“ konkretisieren zu können, soll im folgenden zunächst der Begriff der Gefahr definiert werden. Daran anschließend sollen die differenzierenden Gefahrbegriffe aufgezeigt und untersucht werden, ob auch damit eine weitere Annäherung an den Begriff der Gefahrgeneigtheit erfolgen kann.

a) Definition

Die „Gefahr“ im juristischen Sinne ist gemeinhin als konkrete Gefahr zu verstehen. Sie beschreibt einen Zustand, bei dem nach verständiger, auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhender Würdigung in naher Zukunft, nämlich bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens, der Eintritt

eines Schadens für ein polizeiliches Schutzgut, namentlich die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, hinreichend wahrscheinlich⁵⁴⁰ ist⁵⁴¹.

Ein Schaden ist wiederum dann zu bejahen, wenn ein vorhandener Bestand an geschützten Rechtsgütern durch von außen kommende Einflüsse objektiv gemindert wird oder die ungeschriebenen sozialen Normen, die vom Begriff der öffentlichen Ordnung umfaßt sind, verletzt werden. Von einem Schaden streng zu unterscheiden sind bloße Belästigungen, Nachteile oder Unannehmlichkeiten, die die Intensität einer Rechtsgutsverletzung nicht erreichen und daher eine (polizeirechtlich) relevante Gefahr nicht begründen.

b) Differenzierende Gefahrbegriffe

Wie bereits angedeutet, charakterisiert der eben definierte Gefahrbegriff im Einzelfall konkret drohende Rechtsgutsverletzungen. Er ist hingegen ungeeignet, solche Sachlagen einzubeziehen, bei denen ein Schadenseintritt entweder noch nicht unmittelbar bevorsteht oder dieser nicht hinreichend konkret, sondern lediglich allgemein zu erwarten ist. Auch für die Beschreibung solcher Sachlagen, in denen eine intensivierete konkrete Gefahr vorliegt, erscheint der o. g. Gefahrbegriff allein nicht ausreichend. Für sämtliche der beschriebenen Sachlagen sind von der Rechtswissenschaft verschiedene Gefahrbegriffe entwickelt worden⁵⁴².

aa) Gegenwärtige, erhebliche und dringende Gefahr

⁵⁴⁰ Für *Schneider* ist eine Gefahr eine Sachlage, bei der ein verständiger Amtswalter mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Schadenseintritt prognostizieren mußte, weshalb er einen sog. subjektiven Gefahrenbegriff vertritt, vgl. *ders.*, Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr, DVBl. 1980, S. 406 ff.

⁵⁴¹ BVerwGE 45, 51 (57); *Götz*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 7, Randnr. 140; *Gusy*, Polizeirecht, § 3, Randnr. 107; *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 10, Randnr. 87; *Denninger*, in: Litsken/Denninger, Polizeirecht, Kap. E, Randnr. 29; *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 2. Kap., Randnr. 84; *Schenke*, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, II. Kap., Randnr. 46; vgl. auch die Legaldefinitionen in § 2 Nr. 3a BremPolG, § 2 Nr. 1a NdsSOG, § 3 Nr. 3a SOG LSA und § 54 Nr. 3a ThürOBG.

Steigerungsformen der konkreten Gefahr sind die gegenwärtige Gefahr, die eine erhöhte Schadenswahrscheinlichkeit anzeigt, und die erhebliche Gefahr, die eine Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut darstellt. Vgl. dazu *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 10, Randnr. 94, sowie die Übersicht auf S. 68.

⁵⁴² Zu den Abgrenzungsfragen zwischen Gefahr und Risiko vgl. *Brenner/Nehrig*, Risiko im öffentlichen Recht, DÖV 2004, S. 1024 ff.; *Di Fabio*, Gefahrenabwehr, Jura 1996, S. 566 ff.

Ausgehend von dem Begriff der konkreten Gefahr ist es einerseits möglich, eine Staffelung anhand der steigenden Intensität der Gefährdung vorzunehmen. So beschreibt etwa die gegenwärtige Gefahr einen Zustand, bei dem die Einwirkung des schädigenden Ereignisses begonnen hat oder unmittelbar bevorsteht⁵⁴³, während unter einer erheblichen Gefahr eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut gefaßt wird⁵⁴⁴. Diese Steigerungsform der konkreten Gefahr knüpft an die Bewertung des zu schützenden Rechtsgutes durch die Rechtsordnung an. Die aufgezählten Legaldefinitionen nennen als besonders wichtige Rechtsgüter insbesondere den Bestand des Staates, Leben, Gesundheit und Freiheit sowie wesentliche Vermögenswerte. Im Gegensatz dazu stellt eine dringende Gefahr eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut dar, die aber nicht unbedingt unmittelbar bevorsteht. Im Vordergrund dieses letztgenannten Gefahrenbegriffes steht die Bedeutung des Rechtsgutes für die Allgemeinheit, nicht allein die zeitliche Nähe⁵⁴⁵.

Eine Differenzierung des Begriffes der konkreten Gefahr ist aber auch dann möglich, wenn die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes noch nicht hinreichend belegt ist, die Intensität der Gefahr also geringer ist.

bb) Allgemeine Gefahr

So werden etwa Gefahrensituationen, die nicht in unmittelbarer Zukunft eine Rechtsgutsverletzung herbeiführen, sondern aus denen sich eine konkrete Gefährdung entwickeln kann, allgemeine Gefahr genannt. Die allgemeine Gefahr liegt damit zeitlich im Vorfeld der konkreten Gefahr. Da nahezu jeder Lebensbereich „allgemein gefährlich“ und kaum einer denkbar ist, der unter diesem Gesichtspunkt nicht Gegenstand polizeilichen Interesses ist, können lediglich vorbeugende Maßnahmen ergriffen werden, um das Eintreten einer

⁵⁴³ Vgl. die Legaldefinitionen in § 3 Nr. 2b BremPolG, § 2 Nr. 1b NdsSOG, § 3 Nr. 3b SOG LSA und § 54 Nr. 3b ThürOBG.

⁵⁴⁴ Vgl. die Legaldefinitionen in § 3 Nr. 2c BremPolG, § 2 Nr. 1c NdsSOG, § 3 Nr. 3c SOG LSA und § 54 Nr. 3c ThürOBG.

⁵⁴⁵ BVerwGE 47, 31 (40).

konkreten Gefahr zu verhindern. Man spricht in diesem Zusammenhang von Gefahrenvorbeugung, Gefahrenverhütung oder Gefahrenwehr⁵⁴⁶.

cc) Abstrakte Gefahr

Liegt eine Sachlage vor, bei der ein Schadenseintritt konkret nicht zu erwarten ist, spricht man von einer abstrakten Gefahr. Diese ist gekennzeichnet durch einen hypothetischen, abstrakten Sachverhalt, bei dem für bestimmte Verhaltensweisen oder Zustände generell mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit einem Schaden gerechnet werden muß. Entbehrlich ist, daß im Einzelfall tatsächlich ein Schaden eintritt⁵⁴⁷. Im Unterschied zur konkreten Gefahr bezieht sich die abstrakte Gefahr also nicht auf einen spezifischen Lebenssachverhalt, sondern auf generalisierte typische Gegebenheiten, die in der Regel einen Schadenseintritt erwarten lassen. Sie betrifft daher nicht die Verletzung eines Rechtsgutes im Einzelfall, sondern zielt darauf, wahrscheinliche Störungen in einer Vielzahl von Fällen zu verhindern.

dd) Latente Gefahr

Entsteht in einer Sachlage eine konkrete Gefahr erst auf Grund des Hinzutretens weiterer Umstände, ohne daß sich die Sachlage als solche ändert, liegt eine latente Gefahr vor: Erst auf Grund einer in der Umwelt stattfindenden Veränderung kann eine latente Gefahr zur konkreten Gefahr mutieren. Obwohl hier also die entfernte Möglichkeit eines Schadenseintrittes bereits von Anfang an besteht, fehlt es bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Gefahr manifest wird, an der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes⁵⁴⁸.

ee) Gefahrenverdacht

Von den bereits dargestellten Gefahrenbegriffen zu unterscheiden ist der sogenannte Gefahrenverdacht. Dieser ist durch das Bestehen bestimmter

⁵⁴⁶ S. dazu *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 10, Randnr. 89; *Denninger*, in: Lisken/Denninger, Polizeirecht, Kap. E, Randnr. 35.

⁵⁴⁷ *Schenke*, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, II. Kap., Randnr. 47.

⁵⁴⁸ *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 10, Randnr. 99.

Unsicherheiten bei der Einschätzung eines Sachverhaltes oder bei der Prognose des Kausalverlaufes gekennzeichnet, so daß die Entscheidung über die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes folglich noch erschwert wird⁵⁴⁹. Es liegt eine Situation vor, die den Verdacht der Gefährlichkeit nahelegt, ohne daß Tatsachen existieren oder ergründet werden können, die diesen entfernten Verdacht erhärten⁵⁵⁰. Die Tatsachen begründen also noch keine eigentliche Gefahr, der Gefahrenverdacht stellt daher die Vorstufe einer Gefahr dar. Nach verbreiteter Ansicht erlaubt der Gefahrenverdacht daher grundsätzlich nur vorläufige Maßnahmen, um die Gefahrenlage weiter zu erforschen, obgleich die Literatur im Interesse eines effektiven Schutzes des Menschen bei hinreichend begründetem Gefahrenverdacht die Annahme einer Gefahr oder aber die Gleichstellung des Gefahrenverdachts mit der Gefahr befürwortet⁵⁵¹.

ff) Anscheinsgefahr

Von den eben genannten Gefahrenbegriffen und dem Gefahrenverdacht ist weiterhin die Anscheinsgefahr zu differenzieren, die einen objektiv ungefährlichen Zustand als Gefahrensituation beschreibt⁵⁵². Eine Anscheinsgefahr liegt demnach vor, wenn neben dem zum Einschreiten Verpflichteten auch jeder andere fähige, besonnene und sachkundige Amtswalter eine Sachlage aus der ex-ante-Perspektive als gefährlich einschätzt, obwohl im relevanten Entscheidungszeitpunkt objektiv keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gefahr gegeben sind. Da erst im Nachhinein festgestellt werden kann, daß eine Gefahr in Wirklichkeit nicht vorlag, wird jede unverschuldete Fehleinschätzung eines Sachverhaltes als Anscheinsgefahr bezeichnet⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, S. 96; Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 484 (495).

⁵⁵⁰ Zum Gefahrenverdacht vgl. *Di Fabio*, Gefahrenabwehr, Jura 1996, S. 566 (568 f.).

⁵⁵¹ Vgl. dazu *Scherzberg*, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 484 (495 ff.).

⁵⁵² Der Anscheinsgefahr eher ablehnend gegenüberstehend *Di Fabio*, Gefahrenabwehr, Jura 1996, S. 566 (S. 569).

⁵⁵³ VG Münster, NVwZ 1983, S. 238; vgl. im übrigen zur Anscheinsgefahr *Kokott*, Die dogmatische Einordnung der Begriffe „Störer“ und „Anscheinsstörer“, DVBl. 1992, S. 749 ff.; kritisch zur Rechtsfigur der Anscheinsgefahr *Schwabe*, Gefahrenabwehr und zeitliche Nähe des Schadens, DVBl. 2001, S. 968.

c) Exkurs: Das Risiko

Im Unterschied zum klassischen juristischen Gefahrenbegriff ist das Risiko kein traditioneller Rechtsbegriff, sondern hat erst in jüngerer Zeit mit den fortschreitenden wissenschaftlichen Erkenntnissen und der wachsenden Technisierung Einzug in die rechtswissenschaftliche Terminologie gehalten⁵⁵⁴. Die Risikoformel ist dem Begriff der Gefahr entlehnt, denn sie errechnet sich ebenfalls aus dem Produkt der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintrittes und dem Umfang des möglichen Schadens⁵⁵⁵. Trotz dieses gemeinsamen Ausgangspunktes ist der Unterschied zwischen Gefahr und Risiko enorm. Bezeichnet die Gefahr grundsätzlich eine Sachlage, die mehr oder weniger wahrscheinlich in eine Rechtsgutsverletzung mündet, läßt das Risiko an einen fernliegenden, nur möglichen Schadenseintritt denken⁵⁵⁶ und ist daher unterhalb der Gefahrenschwelle anzusiedeln⁵⁵⁷. Beim Risiko ist der Eintritt eines Schadens also möglich, obgleich weder Schadensverlauf noch Eintrittswahrscheinlichkeit hinreichend sicher beurteilt werden können. Damit betrifft das Risiko gerade Fälle der Ungewißheit und der subjektiven Unkenntnis einzelner Faktoren oder Wirkungszusammenhänge, die bewußt aus dem Anwendungsbereich des Begriffes der Gefahr ausgeklammert werden⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Dazu einleitend *Di Fabio*, Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, NuR 1991, S. 353 ff.

⁵⁵⁵ *Appel*, Stufen der Risikoabwehr, NuR 1996, S. 227 (228); *Schmieder*, Risikoentscheidungen, S. 77.

⁵⁵⁶ *Di Fabio*, Risikovorsorge, ZLR 2003, S. 163 (164).

⁵⁵⁷ *Breuer*, Gefahrenabwehr, DVBl. 1978, S. 829 (836 f.); *ders.*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 5. Kap., Randnr. 184; *Scherzberg*, Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 484 (491).

⁵⁵⁸ *Appel*, Stufen der Risikoabwehr, NuR 1996, S. 227 (228). *Scherzberg* definiert das Risiko als „Gefahr einer Fehleinschätzung der Gefahr“, vgl. Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), S. 484 (498).

V. Annäherung an den Begriff der Fahrgeneigtheit im Handwerksrecht

1. Allgemein

Die vorstehend aufgeführten Fahrbegriffe sind Folge differenzierender Betrachtung eines Sachverhaltes und der in dieser Situation bestehenden Wahrscheinlichkeit, daß ein Schaden für ein geschütztes Rechtsgut eintritt. Ausgehend von einer konkreten Sachlage, in der der Eintritt eines Schadens für ein Rechtsgut hinreichend wahrscheinlich ist, fächert sich der Fahrbegriff bis zum bloßen Gefahrenverdacht auf und bietet damit wiederum eine Grundlage dafür, daß auch der Begriff der Fahrgeneigtheit vom Ansatz her einer Schnittmenge aus den genannten Begriffen zugeordnet werden kann.

Mit der Umschreibung als Neigung zur Gefahr ist unter „Fahrgeneigtheit“ der Einschlag, die Entwicklung, der Hang, die Tendenz oder die Veranlagung zu einer Gefahr zu verstehen. Dabei verdeutlichen die angeführten Synonyme, daß eine Situation vorliegt, in der eine manifestierte Gefahr im Sinne einer konkreten Gefahr gerade noch nicht bejaht werden kann, sondern die unter bestimmten Voraussetzungen gegebenenfalls in eine Gefahr für Dritte mündet. Kennzeichnend ist also, daß in einer hypothetischen Situation für bestimmte Verhaltensweisen oder Zustände mit einem Schaden gerechnet werden kann oder sogar muß. Damit nähert sich der Begriff der Fahrgeneigtheit stark der abstrakten Gefahr an, wobei die Voraussetzungen, die zu einer konkreten Gefahr führen können, je nach Lebensbereich variieren. Im Rahmen des im vorliegenden Fall betrachteten Handwerks ergeben sich diese Voraussetzungen aus der Eigenart eines jeden Handwerksgebietes selbst.

An dieser Stelle kommen sodann die im Rahmen des Bürgerlichen Rechts entwickelten Fallgruppen, wann eine Tätigkeit gefahrgeneigt ist, zum Tragen. Bei der Bestimmung, ob ein Handwerk für Dritte gefahrgeneigt ist, spielen Arbeitsmethoden und technische Vorgänge, die Beschaffenheit der einzusetzenden Materialien und Maschinen sowie nicht zuletzt die Eigenschaften der handwerklich tätigen Person selbst eine Rolle, um im Einzelfall eine Gefahr zu begründen.

Um die zulassungspflichtigen Handwerksgewerbe der Anlage A zu bestimmen, hätte sich der Gesetzgeber um einer klaren und so letztlich eindeutigen Zuordnung wegen bemühen sollen, die verschiedenen Handwerke auf ihre spezifischen Gefahren hin zu untersuchen. Dieses Versäumnis nachzuholen ist der folgende Abschnitt gewidmet, in dem zu analysieren ist, ob und welche Handwerke für die damit in Berührung kommenden Dritten eine spezifische Gefahrenneigung besitzen und damit nach der neuen Fassung der Handwerksordnung zulassungspflichtig wären.

2. Gefahrgeneigtheit einzelner Handwerksgewerbe

Die Einordnung eines Handwerkes als gefahrgeneigtes Handwerk ist auf Grund verschiedener Indikatoren möglich.

Musielak und *Detterbeck* führen als Handwerke, deren Ausübung im Einzelfall die öffentliche Sicherheit gefährden kann, beispielhaft Maurer, Beton- und Stahlbetonbauer, Feuerungs- und Schornsteinbauer, Backofenbauer, Zimmerer, Dachdecker, Brunnenbauer, Elektromechaniker, Elektromaschinenbauer, Bootsbauer, Schiffsbauer, Orthopädienschuhmacher, Schornsteinfeger, Kraftfahrzeugmechaniker, Kraftfahrzeugelektriker, Gas- und Wasserinstallateur, Büchsenmacher, Zentralheizungs- und Lüftungsbauer, Elektroinstallateur, Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Bandagisten und Orthopädiemechaniker an⁵⁵⁹ und greifen dabei eher wahllos und unstrukturiert auf solche Gewerbe zurück, die per se eine gewisse Gefährlichkeit nahelegen. Diese resultiert etwa aus dem in dem Handwerk erforderlichen Umgang mit gefährlichen Materialien und Hilfsmitteln oder aber aus dem Einsatz des gefertigten Produktes in der empfindlichen Sphäre menschlicher Gesundheit. Um indes überhaupt eine Auflistung gefahrgeneigter Handwerke erreichen zu können, ist erforderlich, die einzelnen Handwerke anhand der schon herausgearbeiteten Fallgruppen zu bewerten. Dabei ist entscheidend, ob in einem hypothetischen Sachverhalt für bestimmte, im Zusammenhang mit der Ausübung des Handwerks stehende Verhaltensweisen oder Zustände mit der

⁵⁵⁹ *Musielak/Detterbeck*, Handwerksordnung, § 4, Randnr. 31; ebenso auch *Pohl*, Regulierung des Handwerks, S. 345.

Schädigung Rechtsgüter Dritter gerechnet werden kann oder sogar muß und daher eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit droht⁵⁶⁰.

a) Arbeitstechniken und -methoden

Einen ersten, wesentlichen Anknüpfungspunkt für die Beurteilung, ob ein Handwerksgewerbe gefahrgeneigt ist, bieten die typischerweise mit dem betreffenden Handwerk verbundenen Tätigkeiten. Diese umfassen nicht nur technische Vorgänge, sondern sämtliche Arbeitsschritte, -methoden und Vorgehensweisen, die als handwerkliche Leistungen auf dem Weg zum Endprodukt erbracht werden müssen. Im Vordergrund stehen hierbei solche Handwerksleistungen, die ausschließlich als Dienstleistungen erbracht werden. Durch den unmittelbaren, direkten Kontakt zwischen Handwerker und Kunde geprägt, können sie unter Umständen Gefahren für Leib oder Leben letzterer begründen. Beachtung finden aber auch die Handwerke, die sich nicht in einer Dienstleistung allein erschöpfen, bei denen nichtsdestotrotz die Verrichtung der Handwerksleistung auf dem Weg zum Endprodukt dominiert. Dies können die sogenannten Gesundheitshandwerke recht anschaulich belegen. Dort steht im Regelfall die Anfertigung eines medizinischen Hilfsmittels im Vordergrund, das beim Kunden angewendet bzw. eingesetzt werden soll und das deshalb eine Gefahrenquelle für dessen körperliche Integrität oder Gesundheit bedeuten kann. Man denke etwa an die Anfertigung von Kontaktlinsen, einer Brille oder eines Hörgerätes sowie an die Anpassung von Einlegesohlen oder medizinischem Schuhwerk.

Im folgenden soll untersucht werden, welche anderen Tätigkeiten gefahrgeneigt sind und Gefahren für Leib oder Leben Dritter hervorrufen können.

aa) Friseurhandwerk

Zu den Handwerksgewerben, deren Leistungen regelmäßig in Form von Dienstleistungen erbracht werden, zählt etwa das Friseurgewerbe. Auch wenn für den Kunden hier freilich das Resultat von größter Bedeutung ist, sind für die

⁵⁶⁰ So auch *Musielak/Deckerbeck*, Handwerksordnung, § 4, Randnr. 30.

Bewertung des Gewerbes als gefahrgeneigtes Handwerk einzig die zu verrichtenden Tätigkeiten ausschlaggebend, die der Dienstleistende bis zur Fertigstellung seiner Dienstleistung erbringt. Hierbei sind Waschen, Schneiden und Föhnen der Haare lediglich ganz grundlegende, neben den übrigen von Friseuren angebotenen Leistungen fast profan wirkende Tätigkeiten. Denn die gesamte Angebotspalette der Friseurdienstleistungen reicht mittlerweile vom Färben der Augenbrauen und des Haares über verschiedene Dauerwellen bis hin zur künstlichen Haarverlängerung und ist damit fast unüberschaubar üppig. Eine solche im Grundsatz zwar wünschenswerte Angebotsvielfalt darf auf der anderen Seite nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Kunde dadurch gegebenenfalls einem erhöhten Gefahrenpotential ausgesetzt wird.

Schon das bloße Haarschneiden und -entfernen stellt angesichts der dazu verwendeten speziellen Friseurwerkzeuge – zu nennen sind etwa Pinzetten, Rasierer, Scheren, Skalpelle, Lanzetten und Laser – ersichtlich eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des Kunden dar. Darüber hinaus eröffnen sich mindestens gleichwertige Gefahrenquellen aus solchen Tätigkeiten, die sich nicht in einem Haarschnitt erschöpfen und das Haar des Kunden durch chemische Einflüsse künstlich verändern sollen. Hierzu gehören beispielsweise das vorbereitende Bleichen und das vollständige bzw. partielle Ent-/Färben des Deckhaares mit wasserstoff- und ammoniakhaltigen Lösungen oder aber dessen Behandlung mit Substanzen, die eine Änderung der Haarbeschaffenheit oder dessen Struktur ermöglichen. Diese Leistungen können lediglich unter Zuhilfenahme chemisch wirkender Essenzen erbracht werden. Obgleich dadurch lebensbedrohende Schädigungen nicht zu erwarten sind, wohnt indes jeder chemischen Anwendung beim Friseur ein Gefährdungspotential inne, das abhängig von deren Wirkung bei jedem einzelnen Kunden stark variieren und insofern im Einzelfall eine konkrete Gefahr begründen kann⁵⁶¹. Diese ist um so

⁵⁶¹ Vgl. dazu den Artikel von Farmbauer über den 100. Geburtstag der Dauerwelle „Deutsche Welle“, Süddeutsche Zeitung Nr. 230 vom 6. Oktober 2006, S. 11, in dem es wie folgt heißt: „[...] Am 8. Oktober 1906 stellte Karl Ludwig Nestler sie in London vor. `Dauerondulierung` hieß das Gebilde damals noch und war keineswegs schmerzfrei. Denn der Friseur aus dem Schwarzwaldstädtchen Todtnau band dabei Strähnen ab, feuchtete sie mit verschiedenen Flüssigkeiten an („Es braucht Soda und Borax zum Erweichen der Haare“) und wickelte sie auf Metallstäbchen, die er mit einer glühenden Zange erhitzte. So hatte er es an seiner Freundin erprobt, bei der sich – so besagt es der Gründungsmythos – im ersten Versuch unter anderem Haarsträhnen vom Kopf lösten und im zweiten eine dicke Brandblase bildete. [...]“.

ernster einzuschätzen, als daß sämtliche Leistungen des Friseurs am hochsensiblen menschlichen Kopf erfolgen, der per se empfindlich ist und wegen der angelegten Sinnesorgane besonderen Schutz genießt.

Die dargelegten, mit der Ausübung des Friseurhandwerkes möglicherweise verbundenen Gefahren für Leib oder Leben der Kunden lassen keinen anderen Schluß zu, als das Friseurgewerbe als gefahrgeneigtes Handwerk zu bewerten und es nach der Konzeption der novellierten Handwerksordnung als zustimmungspflichtiges Handwerk in die Anlage A aufzunehmen. Obgleich diese Einschätzung auch von *Dürr, Müller* und *Stober* geteilt wird⁵⁶², mußte sie sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erst durchsetzen. So geht aus dem ersten Entwurf der Regierungsfractionen vom 24. Juni 2003 hervor, daß das Friseurhandwerk nicht mehr in der Anlage A verbleiben, sondern in das Verzeichnis zulassungsfreier Handwerksgewerbe überführt werden sollte⁵⁶³. Erst im Laufe des Vermittlungsverfahrens konnten die Zweifel am Entwurf Vortragenden von der Gefahrgeneigtheit des Friseurhandwerks überzeugen und der Gesetzentwurf ihrem Ansinnen entsprechend angepaßt werden⁵⁶⁴. Dies verdeutlicht bereits an dieser Stelle einmal mehr, daß das Kriterium der Gefahrgeneigtheit in Kombination mit der Bezeichnung der Handwerksberufe zu pauschal und damit letztlich nicht geeignet ist, die verschiedenen Handwerksgewerbe abzugrenzen. Dies wird auch bei den folgenden Handwerksgewerben noch einmal deutlich.

bb) Kosmetikerhandwerk

Ähnlich dem Friseur leistet auch der Kosmetiker die meisten seiner Dienste im hochsensiblen Bereich des menschlichen Kopfes. Neben den behandlungsvorbereitenden Beratungs- und Betreuungstätigkeiten ist er dazu berufen, die Haut des Kunden unter besonderer Berücksichtigung aller

⁵⁶² Vgl. dazu *Dürr*, Meisterprüfung, GewArch 2003, S. 415 (416); *Müller*, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403 (408); *Stober*, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393 (395).

⁵⁶³ BT-Drs. 15/1206, S. 14 f.

⁵⁶⁴ Vgl. den Beschluß des Deutschen Bundestages vom 19. Dezember 2003 (BR-Drs. 946/03) über die Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 16. Dezember 2003, BT-Drs. 15/2246, S. 9 f.

hygienischen Vorgaben und des Gesundheitsschutzes zu beurteilen, zu reinigen, zu pflegen und zu schützen. Darüber hinaus führen Kosmetiker auch spezielle ergänzende kosmetische Anwendungen durch. Dazu zählen etwa permanente kosmetische Maßnahmen – insbesondere die permanente Haarentfernung sowie die Applikation eines permanenten Make-up –, unterstützende hydrotherapeutische Anwendungen, kosmetische Massagen einschließlich manueller Lymphdrainage im kosmetischen Bereich und nicht zuletzt spezielle Fußpflege sowie die Maniküre und Pediküre.

Sämtliche dieser Vorgänge können nur unter Zuhilfenahme speziell dafür vorhandener Werkzeuge und Hilfsmittel durchgeführt werden, für die reinigende und pflegende Behandlung des Kunden sind zusätzlich bestimmte Tinkturen und Emulsionen erforderlich. Schon deren Anwendung beinhaltet die Gefahr krankhafter Hautabweichungen oder bisher nicht erkannter Unverträglichkeiten, die gerade im Bereich der sensiblen Gesichtshaut mit erheblichen Beeinträchtigungen verbunden sein können. Hinzu kommt, daß auch der Kosmetiker zur Erfüllung eventuell geäußerter Farbwünsche des Kunden mit chemischen, meist ammoniakhaltigen Essenzen arbeitet, die er an den zu färbenden Partien wie Augenbrauen oder Wimpern anwendet. Daß die mit einem Eintreten der Flüssigkeit in die Augen drohenden Gefahren für die körperliche Unversehrtheit des Kunden einschließlich seiner Sinnesorgane enorm sind, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß das Gefahrenpotential des Kosmetikerhandwerkes dem des Friseurhandwerkes sehr ähnlich ist. Auch wenn die Tätigkeiten im einzelnen variieren, beinhalten sie durch die gemeinsame Verwendung gefährlicher Werkzeuge und Chemikalien eine ähnlich große Gefahrgeneigtheit, deren Abwägung mit der Berufsfreiheit es für beide Handwerke gleichermaßen rechtfertigte, die Zulassungspflicht zu bejahen.

Demgegenüber hat der Gesetzgeber die Tätigkeit des Kosmetikers sogar lediglich als handwerksähnliches Gewerbe eingeordnet⁵⁶⁵. Ob er dabei die

⁵⁶⁵ Anlage B2 Nr. 48.

Gefahren, die vom Kosmetikerberuf für die körperliche Unversehrtheit des einzelnen ausgehen können, nicht erkannt, unterschätzt oder gar als unbeachtlich eingestuft und damit anders gewichtet hat, bleibt mangels ausführlicher Gesetzesbegründung zu den neugefaßten Anlagen A und B offen. Fest steht jedenfalls, daß die Frage, ob eine Tätigkeit gefahrgeneigt ist, und die sich anschließende Abwägung mit der Berufsfreiheit aus verschiedenen Sichtweisen nicht eindeutig beantwortet werden kann.

Diesen Schluß legt weiterhin auch der folgende Abschnitt nahe.

cc) Nahrungsmittelgewerbe

(1) Fleischer, Bäcker, Konditoren

Ebenso wie die bereits dargelegten Gewerbe sind auch die Nahrungsmittelgewerbe vorrangig dienstleistungsdominierte Handwerke. Im Mittelpunkt der Tätigkeiten steht der zur Fertigung von zum Verzehr geeigneten Produkten erforderliche Herstellungsvorgang, an den sich lediglich noch der Verkauf der Nahrungsmittel anschließt. Zu den Nahrungsmittelgewerben zählen insbesondere das Fleischer-, das Bäcker- und das Konditorenhandwerk, die allesamt zutreffend als gefahrgeneigte Tätigkeiten bewertet wurden und damit als zulassungspflichtige Handwerke Eingang in die Anlage A gefunden haben. Ähnlich dem Friseurhandwerk wurden auch diese Gewerbe erst nachträglich mit der Zulassungspflicht belegt, wiewohl das Gefahrenpotential der einzelnen Tätigkeiten auf der Hand liegt.

Auf dem Weg zum Konsumgut ist es in jedem der genannten Gewerbe unentbehrlich, daß frische und qualitativ hochwertige Rohstoffe und Zutaten sorgfältig ausgewählt und bei der Zusammenstellung wohlüberlegt aufeinander abgestimmt werden. Nur auf diese Weise ist es möglich, Gefahren abzuwehren, die durch Waren minderer Qualität oder durch die unzweckmäßige Auswahl entstehen. Dies gilt – insbesondere im Fleischerberuf – auch für die Konservierung, Haltbarmachung und Lagerung von Dauerwaren. Bei sämtlichen dieser Tätigkeiten ist es angezeigt, sich zu vergegenwärtigen, daß handwerkliche Produkte gerade nicht standardisierte Industrieware sind, und

daß die gesundheitlichen Anforderungen wegen der permanenten Individualfertigung und der unterschiedlichen Grundstoffe besonders hoch sein müssen⁵⁶⁶.

Um so mehr verwundert die Tatsache, daß die ebenfalls im Bereich der Nahrungsmittelgewerbe anzusiedelnden Tätigkeiten des Müllers, Brauers und Mälzers, des Weinküfers, Innereifleischers und Speiseeisherstellers nicht als zulassungspflichtige Handwerke eingestuft wurden, obgleich sie sich alle auf dem Gebiet der Herstellung zum Verzehr geeigneter Produkte betätigen und damit der direkte Kontakt zwischen Produzenten und Kunden hergestellt ist. Zudem verlangen auch diese Gewerbe, daß sämtliche typischerweise anfallenden Tätigkeiten mit großer Verantwortung wahrgenommen werden, da anderenfalls Gefahren für die Gesundheit des einzelnen nicht auszuschließen sind.

Dies kann etwa das Beispiel des Weinküfers belegen.

(2) Weinküfer, Brauer und Mälzer

Die Aufgaben des Weinküfers bestehen zunächst darin, die Trauben entgegenzunehmen, deren Beschaffenheit zu überprüfen und daraufhin die Qualität festzustellen. Anschließend mahlt er die Trauben, keltert die Maische und überwacht den Gärprozeß. Er ist weiterhin dafür zuständig, die Weine zu filtern, abzufüllen und sachgerecht zu lagern. Sämtliche dieser Tätigkeiten setzen – neben dem technischen Fachwissen – ein sehr feines Gespür für den Geschmack und letztlich die Qualität von Weinen voraus, die wesentlich auf der vorbildlichen Ausführung aller Tätigkeiten basieren. Dabei sind freilich auch hier Gefahren für Leib oder Leben des mit dem Wein als Endprodukt in Verbindung kommenden Kunden denkbar. Mögliche Gefahrenquellen tun sich bereits bei der Auswahl der Trauben auf, sie können aber auch bei der für die Weinherstellung essentiellen Gärung lauern: Zu stark vergorener Wein etwa kann das Wohlergehen der Kunden erheblich beeinträchtigen.

⁵⁶⁶ *Stober*, Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, *GewArch* 2003, S. 393 (395).

Dennoch hat der Gesetzgeber die Tätigkeit des Weinküfers als nicht gefahrgeneigtes und daher zulassungsfreies Handwerk der Anlage B1 bewertet⁵⁶⁷, was ebenso für die Müller sowie die Brauer und Mälzer zutrifft⁵⁶⁸. Auch letztere, die dem Weinküfer gleich mit der Herstellung alkoholischer Getränke befaßt sind, verrichten ihre Tätigkeiten im gesundheitsrelevanten Bereich und haben so Einfluß auf das Wohlergehen Dritter. Wenngleich die drohenden Gefahren, etwa die Übergärung, nicht derart gravierend erscheinen mögen, sind sie jedenfalls vorhanden und können im Einzelfall zu einer konkreten Gefahr werden. Dies ist indes für die Bewertung einer Tätigkeit als gefahrgeneigt ausreichend, so daß das Weinküfergewerbe ebenfalls als zulassungspflichtiges Handwerk hätte ausgestaltet werden müssen.

Noch weniger Beachtung als den Gefahren, die durch die Ausübung der vorgenannten Gewerbe entstehen können, schenkte der Gesetzgeber jenen, die bei der Verrichtung der Tätigkeiten des Innereifleischers oder des Speiseeisherstellers drohen. Diese beiden Gewerbe werden als handwerksähnliche Gewerbe in der Anlage B2 geführt, für die gemäß § 18 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 19 HandwO lediglich eine Anzeigepflicht besteht. Auch hier hätte die Bewertung der Gefahrgeneigtheit der Tätigkeiten, zumindest aber der zur Aufnahme des Gewerbes in die Anlage A stattfindende Abwägungsvorgang anders ausfallen müssen.

(3) Innereifleischer

So ergibt sie sich für die Tätigkeit des Innereifleischers (Kuttlers) geradezu zwingend allein schon aus dessen permanenten Umgang mit tierischen Eingeweiden. Diese werden von ihm nach dem Schlachten eines Tieres entnommen und aufbereitet, wozu im speziellen die Vorbereitung der Dünndärme für die spätere Verwendung bei der Herstellung von Wurst gehört. Da der Innereifleischer ausschließlich Naturdärme bearbeitet, ist er zwangsläufig mit deren im Gegensatz zu Kunstdärmen nachteiliger hygienischer Beschaffenheit konfrontiert. Deshalb hat er den Darm möglichst

⁵⁶⁷ Anlage B1 Nr. 30.

⁵⁶⁸ Anlage B1 Nrn. 28 und 29.

vollständig zu entleeren, zu säubern und mehrmals mit Wasser durchzuspülen, bevor er ihn schließlich entschleimt⁵⁶⁹. Diese Vorgänge sind für die Verwendung des Darmes, der als Naturdarm vorrangig für Brüh- und Rohwurst vorgesehen ist, unerlässlich und mit größtmöglicher Sorgfalt durchzuführen. Unterbleibt dies oder werden die Tätigkeiten nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit verrichtet, besteht die Gefahr bakteriell nicht einwandfreier Erzeugnisse. Werden diese vom Kunden verzehrt, sind durch spezifische Darmbakterien hervorgerufene, folgenschwere Beeinträchtigungen der Gesundheit zu befürchten, die sich schlimmstenfalls in einer Lebensmittelvergiftung niederschlagen⁵⁷⁰. Dies trifft insbesondere für Rohwurst zu, bei der im Gegensatz zur Brühwurst nicht die Möglichkeit besteht, daß eventuell vorhandene Bakterien durch den mehrstündigen Kochvorgang abgetötet werden.

(4) Speiseeishersteller

Ähnliche Gesundheitsschäden, wenn auch nicht derart alarmierend, drohen dem Kunden, der nicht sorgfältig hergestelltes Speiseeis verzehrt. Denn auch hier kommt es bei der Zubereitung des Eises vorrangig darauf an, stets frische und qualitativ hochwertige Zutaten zu verwenden. Dies trifft insbesondere für die erforderlichen Milchprodukte, Eier, Schokolade, aber auch für die zur Herstellung von Fruchteis benötigten Früchte zu. Wird die Auswahl nicht sorgfältig und die Zubereitung nicht unter den zwingend vorgesehenen Bedingungen vorgenommen, drohen den Kunden auch hier bakterielle Infektionen, etwa mit Salmonellen, und damit erhebliche Beeinträchtigungen ihres Wohlbefindens. Zusätzlich bringt die Herstellung von Speiseeis immer die Frage nach der korrekten Aufbewahrung mit sich, die – sollte sie nicht vorschriftsmäßig bei entsprechend niedrigen Temperaturen erfolgt sein – ebenso eine Gefahrenquelle bedeutet.

⁵⁶⁹ Vgl. *Schiffner/Oppell/Lörtzing*, Fleisch- und Wurstwaren – hausgemacht, S. 68 ff.

⁵⁷⁰ Vgl. zu den drohenden Gesundheitsschäden *Schiffner/Oppell/Lörtzing*, Fleisch- und Wurstwaren – hausgemacht, S. 214 ff.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß der Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung der sogenannten Nahrungsmittelgewerbe keinen einheitlichen Maßstab bei der Bewertung der einzelnen Gewerbe angelegt hat. Während Fleischer, Bäcker und Konditoren – nicht zuletzt wegen deren hohen Ausbildungsleistung – gemäß § 1 Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1a HandwO zulassungspflichtige Handwerke ausüben, trifft dies für die übrigen Gewerbe nicht zu. Somit kann auch aus diesem Beispiel gefolgert werden, daß der Begriff der Gefahrgeneigtheit nicht geeignet ist, als Auswahlkriterium zu dienen, nach dem ein Handwerk eindeutig und abschließend der Anlage A zuzuordnen ist.

dd) Errichtung und Erhaltung baulicher Anlagen und anderer Anlagen sowie deren Installation und Wartung

Letztlich sind auch die Errichtung und Erhaltung baulicher Anlagen und elektrischer, Sanitär-, Heizungs- und Klimaanlage sowie deren Installation und Wartung dienstleistungsdominierte Tätigkeiten. In deren Mittelpunkt steht die Herstellung einer Anlage, die in regelmäßigen zeitlichen Intervallen zu warten ist. Handelt es sich um die Errichtung elektrischer Anlagen, bedingt bereits der zwangsläufig damit in Verbindung stehende Umgang mit elektrischem Strom deren Gefahrgeneigtheit für den Kunden. So ist es bereits beim Verlegen von Schwachstromkabeln unentbehrlich, Störfaktoren wie andere elektronische Einrichtungen oder Wärmequellen zu erkennen und darauf aufbauend zu wissen, wann und in welchem Abstand von Decken und anderen Leitungen eventuell eine gesonderte Stromleitung gelegt werden muß⁵⁷¹.

Auch die Wartung und Instandhaltung der installierten elektrischen Anlagen setzen vertiefte Kenntnisse bei der Verwendung technischer Meßgeräte voraus, um die Funktionsfähigkeit der Anlage überprüfen und Fehler feststellen zu können. Damit soll letztlich jeglicher Kontakt mit defekten elektrischen Geräten vermieden und die körperliche Unversehrtheit aufrechterhalten werden.

⁵⁷¹ Vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschluß vom 27. April 2006, GewArch 2006, S. 339.

Ähnliches gilt für Sanitär- und Heizungsanlagen, für deren sorgfältige Installation und Wartung tiefgreifende Kenntnisse der Wasser-, Luft- und Wärmetechnik unentbehrlich sind.

Zum Erhalt baulicher Anlagen tragen indes auch die Tätigkeiten des Holz- und Bautenschützers bei, der sich damit befaßt, Schäden an hölzernen oder sonstigen Bauteilen zu erkennen und zu beurteilen. Zu den wesentlichen von ihm zu verrichtenden Tätigkeiten gehören neben dem vorbeugenden Holzschutz von Bauholz, Holzbauteilen sowie Holzkonstruktionen (Dach- und Unterkonstruktionen) gegen Pilze und Insekten vor allem auch das Abdichten von Wänden und Böden gegen Feuchtigkeit jeder Art, das Trockenlegen von durchfeuchteten Bauwerken, die Beseitigung bauwerksschädlicher Salze sowie Imprägnierungen und Abdichtungen. Um diese Tätigkeiten kunstgerecht ausführen und Schädigungen an Holz und anderen Bauteilen zukünftig vermeiden zu können, bedient sich der Holz- und Bautenschützer vor allem chemischer Holz- und Bautenschutzmittel, aber auch zementgebundener Dichtungsmittel oder Kunstharze. Diese werden eingesetzt, um das Ansammeln von Pilzen oder Insekten zu unterbinden und zu verhindern, daß sich sonstige mechanische oder witterungsbedingte Einwirkungen nachteilig auf die Bauteile auswirken. Um zu vermeiden, daß später ein gesundheitsschädlicher Kontakt mit diesen fast immer chemisch wirkenden Substanzen hergestellt wird, ist bei der Bearbeitung der Bauteile stets höchste Präzision nötig. Dazu gehört insbesondere auch die korrekte Dosierung der zu verwendenden Mittel. Dies trifft um so mehr zu, wenn Holzbauteile oder -konstruktionen bereits von Pilzen oder Insekten befallen oder Mauerwerke feucht sind, und der Bautenschützer die Aufgabe hat, diese Abweichungen zu beseitigen. Gerade in solchen Fällen ist ein zeitiger Kontakt Dritter mit den wiederhergestellten Bauteilen möglich, hält man sich vor Augen, daß es sich um Konstruktionen oder Bauteile bewohnter Häuser oder Geschäftshäuser handelt, die einen regen Verkehr von Firmenpersonal, Geschäftspartnern, Kunden und sonstigen Personen verzeichnen können. Gerade hier kann ein gesundheitsschädlicher Kontakt der Menschen mit den Tätigkeiten des Bautenschützers nicht ausgeschlossen werden, so daß auch diese im Einzelfall als gefahrgeneigt zu bewerten ist und

die Abwägung mit der Berufsfreiheit zugunsten der schützwürdigeren Gesundheit hätte ausfallen müssen.

ee) Resümee

Die Beispiele konnten eindrucksvoll belegen, daß durch bestimmte Tätigkeiten im Handwerkssektor Gefahren für Leib und Leben hervorgerufen werden, die die körperliche Integrität und das menschliche Wohlbefinden des einzelnen erheblich beeinträchtigen können. Wollte man diese Gefahren derart unterbinden, daß die Gesundheit und Leben bedrohenden Schäden gar nicht erst entstehen, müßten sämtliche gefahrgeneigten Tätigkeiten untersagt bzw. sichergestellt werden, daß sie äußerst sorgfältig verrichtet werden und die Schadenswahrscheinlichkeit damit auf ein Minimum reduziert wird. Doch auch dann lauern bei den Handwerken noch immer dort Gefahren, wo verschiedene Bau- und Werkstoffe eingesetzt sowie Hilfsmittel verwendet werden, die sich nachteilig auf die körperliche Integrität auswirken können. Da diese Gefahren für die Gefahrgeneigtheit eines Gewerbes ebenso entscheidend sind, werden sie Gegenstand des folgenden Abschnittes sein.

b) Arbeitsgeräte und -materialien

Aufschluß über die Gefahrgeneigtheit von Handwerksgewerben können neben den das Handwerk prägenden Tätigkeiten auch die erforderlichen Hilfsmittel und Materialien geben. Hierzu sind nicht nur Maschinen und Geräte, sondern auch die üblicherweise verwendeten Bau- und Werkstoffe näher zu bedenken, mit denen Dritte in Berührung kommen und die deshalb eine Gefahr für deren Leib oder Leben begründen können. An dieser Stelle sei angemerkt, daß ein Kontakt Dritter mit den zur Erbringung der Handwerksleistungen erforderlichen Maschinen und Geräten wie etwa Sägen, Fräsen oder Hobeln wegen deren Eigenheiten bei der Bedienung erfahrungsgemäß gefahrgeneigt wäre, so daß dieser von Handwerkern von vornherein vermieden und auch bei der hiesigen Bewertung der Gefahrgeneigtheit verschiedener Tätigkeiten nur nachrangig behandelt wird. Anderenfalls könnte für keines der Handwerke, das sich spezieller und zumeist auch gefährlicher Werkzeuge bedient, eine gewisse

Gefahrenneigung verneint werden, was letztlich dazu führen müßte, den Befähigungsnachweis unterschiedslos für alle Handwerke zu verlangen. Daher ist das Augenmerk im folgenden maßgeblich auf die verwendeten Bau- und Werkstoffe sowie auf die unentbehrlichen Hilfsmittel zu richten.

Zunächst soll jedoch kurz auf die Bewertung des Gesetzgebers eingegangen werden, der die Gefahrgeneigtheit einzelner Gewerbe völlig pauschal und ohne diese argumentativ zu belegen oder nachzuweisen bestimmte⁵⁷². Seines Erachtens könnten insbesondere fehlerhafte Arbeiten bei der Montage und der Instandsetzung von Bauwerken und Bauteilen aus Beton und Stahlbeton durch herabstürzende Bauteile zu schweren Gesundheitsschäden führen, Gefahren indes auch bei mangelnder Standfestigkeit von Treppen bei der Tätigkeit des Tischlers, bei unsachgemäßer Überprüfung von Feuerungs- und Lüftungsanlagen und bei Fehlern bei Dachabdeckungen sowie anspruchsvollen Gerüstbauten drohen. Als gleichwertig seien auch die Gefahren bei der Ausübung der Metallgewerbe, der Anlagen-, Sicherheits- und Instandsetzungstechnik, der Elektrohandwerke wie der Gesundheitshandwerke zu beurteilen. Damit bezieht sich der Gesetzgeber augenscheinlich auf solche Handwerke, denen eine gewisse Gefährlichkeit für den Endverbraucher innewohnt und deren Gefahrgeneigtheit wenig Begründungsaufwand erfordert.

Viel wichtiger ist es jedoch, gerade die verbleibenden, nicht derart eindeutigen Gewerbe darauf zu prüfen, ob die mit ihnen in Verbindung stehenden Bau- und Werkstoffe sowie Hilfsmittel eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter begründen und so gegebenenfalls die Meisterprüfungspflicht statuieren könnten.

aa) Bau- und Werkstoffe

Der Bereich der Bau- und Werkstoffe beinhaltet eine Vielzahl der in einem Gewerbe erforderlich werdenden Bauteile, Materialien, Stoffe und Substanzen, von denen im Einzelfall Gefahren für Leib oder Leben Dritter ausgehen können.

⁵⁷² Vgl. dazu BT-Drs. 15/1206, S. 42.

(1) Verschiedene Gewerbe der Fußbodenleger

Während sich der Gesetzgeber bei der Bestimmung zulassungspflichtiger Handwerke auf solche Gefahren zurückzog, die dadurch entstehen, daß Bauteile möglicherweise von oben herabstürzen, sind Gefahren für Leib und Leben Dritter indes auch dann wahrscheinlich, wenn andere tragende Bauteile nicht sicher angebracht bzw. eingebaut sind. Dies trifft vor allem für Tätigkeiten zu, die mit der Herstellung und Wieder-/Aufbereitung von Fußböden befaßt sind, was etwa für den Fliesen-, Platten- und Mosaikleger, den Betonstein- und Terrazzohersteller, den Estrichleger sowie für den Parkettleger gilt⁵⁷³. Diese Gewerbe haben das Ziel gemeinsam, eine begehbare Fläche zu schaffen, auf der man sich – abhängig von der Bodenbeschaffenheit – ohne weiteres fortbewegen kann. Dies setzt zunächst voraus, daß der Unterboden ordnungsgemäß befestigt ist und Einbrüche oder Schwachstellen durch Risse nicht zu befürchten sind. Ist dies nicht der Fall, erhöhen defekte Platten oder Fliesen die Gefahr von Gesundheitsschäden. Des weiteren muß die Fläche eben ausgestaltet sein, da anderenfalls wiederum erhebliche Gefahren für Leib oder Leben drohen. So stellen beim Fliesen- und Plattenlegen etwa hochstehende Ecken unauffällige Stolperfallen dar, die unter Umständen zu schweren Stürzen führen können, und auch ein geneigter Fußboden kann Rutsch- und Stolpergefahren bergen.

(2) Stukkateure

Den eben genannten Gewerben ähnlich ist das Stukkateurhandwerk⁵⁷⁴. Dieses widmet sich vorrangig der Herstellung und Restauration aufwendiger Stuckprofile in historischen Bauwerken und bei der Denkmalpflege, ist aber zugleich auch mit der Fassadengestaltung und dem Innenausbau beschäftigt. Dort bedient es sich der Vorzüge der Trockenbauweise, weshalb hauptsächlich Fertigbauteile für Trennwände, abgehängte Decken oder eben

⁵⁷³ Anlage B1 Nrn. 1, 2, 3 und 12.

⁵⁷⁴ Anlage A Nr. 9.

Fußbodenkonstruktionen verwendet werden⁵⁷⁵. Damit bergen jedoch auch die Tätigkeiten des Stukkateurs Gefahren für Leib oder Leben des einzelnen, die sowohl von herabstürzenden als auch von einbrechenden, nicht standfest errichteten Bauteilen ausgehen können. Diese Gefahren vor Augen, konnte sich im Vermittlungsausschuß die Auffassung durchsetzen, daß das Stukkateurhandwerk Gefahren für Leib und Leben beinhalten kann und daher zulassungspflichtig sein sollte.

(3) Schneidwerkzeugmechaniker

Weiterhin beinhalten auch die Tätigkeiten des Schneidwerkzeugmechanikers⁵⁷⁶ ein erhebliches Gefahrenpotential für Leib oder Leben Dritter. Dieses wird bereits dann deutlich, wenn man sich vor Augen hält, daß Schneidwerkzeuge jeglicher Art in jedem Haushalt vorhanden sind und Dritte fast zwangsläufig damit in Berührung kommen. Zu den vom Schneidwerkzeugmechaniker hergestellten Werkzeugen zählen – neben den für Haushalte eher untypischen Langscheren- und Kreisscherenmessern zur Bearbeitung von Papier und Metall – vor allem Schneidmaschinen sowie Werkzeuge für Gartenbaugeräte, für die Fleischverarbeitung, für Sport und andere Einsatzgebiete. Darüber hinaus können die Schneidwerkzeuge auch in Maschinen eingesetzt werden. Diese weitläufige Verbreitung der Produkte des Schneidwerkzeugmechanikers bringt es mit sich, daß verschiedene Personengruppen verschiedenen Gefahren ausgesetzt sein können. Dem Schneidmaschinen bedienenden Arbeitnehmer etwa drohen andere Gefahren für Leib und Leben als dem in Haushalt und Garten Tätigen, wiewohl beiden grundsätzlich gemeinsam ist, daß sie sich durch unsorgfältig produzierte Schneidwerkzeuge beträchtliche Verletzungen zuziehen können. Diese können insbesondere daraus resultieren, daß bei der Bearbeitung und Formung des Stahls die eingesetzten Schleif-, Fräs- und Bohrmaschinen, Gewindeschneider sowie eine Reihe anderer

⁵⁷⁵ Zum Berufsbild des Stukkateurs vgl. die Sparte „Berufe von A bis Z“, → Stukkateur/in, bei der Handwerkskammer Hamburg unter www.hwk-hamburg.de/ausbildung.

⁵⁷⁶ Anlage B1 Nr. 10.

Spezialmaschinen nicht so eingesetzt wurden, daß scharfe Krater oder zu scharf geschliffene Kanten vermieden werden konnten⁵⁷⁷.

bb) Chemische Hilfsmittel

Wie bereits beim Friseur- und Kosmetikergewerbe sowie beim Holz- und Bautenschützer dargelegt, beinhalten vor allem auch solche Handwerksleistungen eine Gefahrenneigung für Dritte, die sich chemischer Hilfsmittel bedienen, mit denen der Kunde direkt in Berührung kommen kann.

Neben den schon genannten trifft dies ferner für den Getränkeleitungsreiniger zu⁵⁷⁸, dessen Aufgabe es ist, Getränkeleitungen in Gaststätten hygienisch zu betreuen. Im Vordergrund seiner Tätigkeit steht die Reinigung und anschließend die Desinfektion der Leitungen für verschiedenste Getränke von den Fässern bis zum Zapfhahn. Auf diese Weise soll ausgeschlossen werden, daß sich Keime in den Schläuchen bilden und Gäste mit bakteriell verunreinigten Getränken in Berührung kommen. Wie die aus England kommenden Nachrichten von mit Desinfektionsmitteln erheblich verunreinigtem Frischkäse belegen⁵⁷⁹, können sich die durch nicht ordnungsgemäß gereinigte Leitungen drohenden Gefahren tatsächlich in den Endprodukten niederschlagen und für den Verbraucher gesundheitsschädliche Wirkungen hervorrufen. Ursache für die in den Frischkäsen gefundenen Rückstände von Desinfektionsmitteln war die zuvor durchgeführte Desinfektion der Milchleitungen. Diese soll eigentlich verhindern, daß sich Mikroorganismen in den Leitungen ansammeln und die Milcherzeugnisse ungenießbar machen. Wird die Säuberung indessen nicht vollständig abgeschlossen oder werden die dazu verwendeten Hilfsmittel nicht vollständig aus den Leitungen gespült, können die Lebensmittel durch diese Stoffe verunreinigt und für den Menschen möglicherweise ungenießbar sein. Der in England an die Öffentlichkeit geratene

⁵⁷⁷ Zum Berufsbild des Schneidwerkzeugmechanikers vgl. die Sparte „Berufe von A bis Z“, → Schneidwerkzeugmechaniker/in, bei der Handwerkskammer Hamburg unter www.hwk-hamburg.de/ausbildung.

⁵⁷⁸ Anlage B2 Nr. 47.

⁵⁷⁹ Vgl. dazu das Gespräch mit Udo Pollmer in der Sendung „Mahlzeit“ bei DeutschlandRadio Kultur vom 14. Oktober 2006, 11.05 Uhr, der – in Anlehnung an den Fleisch- oder Gammelfleischskandal in Deutschland – von einem Käseskandal in England spricht.

Fall legt den Schluß nahe, daß die wesentlichen Tätigkeiten des Getränkeleitungsreinigers Gefahren für die körperliche Unversehrtheit und das menschliche Wohlbefinden bergen, die aus dem Einsatz chemischer Hilfsmittel im Bereich der Nahrungsmittel resultieren. Insofern sollte die Abwägung der möglichen Beeinträchtigungen von Leib und Leben mit der Berufsfreiheit noch einmal neu vorgenommen und das Gewerbe des Getränkeleitungsreinigers nicht mehr in der Anlage B2 zur Handwerksordnung verortet werden.

cc) Resümee

Auch die für den Sektor der Bau- und Werkstoffe verwendeten Beispiele können verdeutlichen, wie bestimmte Stoffe und Hilfsmittel wirken und welche Gefahren für Leib und Leben sie dadurch hervorrufen können. Dennoch können auch die eben beschriebenen Gefahren nicht gänzlich unterdrückt und die Beeinträchtigungen von Leib und Leben Dritter unterbunden werden, ohne die verschiedenen Handwerksgewerbe zulassungspflichtig auszugestalten. Dies zeigt einmal mehr, daß es dem Gesetzgeber nicht gelungen ist, sämtliche gefahrgeneigte Tätigkeiten zu erfassen. Andererseits ist eine abschließende Bestimmung aller Handwerke, deren Ausübung mit Gefahren für Leib oder Leben verbunden ist, in dem Sinne nicht möglich, da jede ausgeführte Tätigkeit persönlichkeitsbezogene Elemente enthält, die es unmöglich machen, Gefahren bei der Verrichtung einzelner Tätigkeiten von vornherein auszuschließen.

c) Eigenschaften der Person

Deshalb soll bei der Bewertung der Gefahrgeneigtheit verschiedener Gewerbe letztlich auch noch einmal auf die Eigenschaften der dienstleistenden Person eingegangen werden. Hierbei steht außer Frage, daß deren hohe Konzentrations- und Leistungsfähigkeit erheblich dazu beitragen kann, die mit der Ausübung der Tätigkeiten verbundenen Gefahren für Dritte zu minimieren oder gar auszuschließen. Auf der anderen Seite ist damit gleichzeitig verbunden, daß jede unsorgfältig verrichtete Tätigkeit die Gefahr erhöht, daß schützenswerte Rechtsgüter des einzelnen verletzt werden können. Da dies unzweifelhaft für jede Art von Tätigkeit gilt und auf alle zulassungspflichtigen,

zulassungsfreien und handwerksähnlichen Gewerbe angewendet werden kann, können die Eigenschaften einer Person prinzipiell nicht dazu herangezogen werden, die Gefahrgeneigtheit eines Gewerbes zu konkretisieren.

3. Zusammenfassung

Wie die beispielhaften Ausführungen des vorangehenden Abschnittes verdeutlichen, kann ein Handwerk aus verschiedenen Aspekten heraus eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter begründen. Gleichwohl hat sich gezeigt, daß es dennoch schwerfällt, den letztlich unbestimmten Begriff „Gefahrgeneigtheit“ derart zu konkretisieren, daß Handwerke eindeutig und abschließend als solche charakterisiert werden können.

Ganz unabhängig von den verschiedenen Rechtsfolgen, die an das Vorliegen einer gefahrgeneigten Tätigkeit im Bürgerlichen Recht und im Handwerksrecht geknüpft sind, bezieht sich die „Gefahrgeneigtheit“ stets auf Tätigkeiten, weshalb die im Arbeitsrecht entwickelten Fallgruppen herangezogen werden konnten, um eine erste Aussage über gefahrgeneigte Tätigkeiten im Handwerksrecht zu erhalten.

Dabei hat sich indes herausgestellt, daß im Handwerksrecht – anders als im Arbeitsrecht – die einzelnen Arbeitsschritte oder die erforderlichen Arbeitsmaterialien eine der abstrakten Gefahr ähnliche Gefährdungssituation für Dritte begründen können. Da sich Tätigkeiten und Arbeitsmaterialien einander bedingen, sich die Gefahrgeneigtheit also erst im Zusammenspiel beider Faktoren ergibt, fällt es schwer, weitere (Unter-) Kategorien zu bilden, die auf die Gefahrgeneigtheit eines Handwerkes schließen lassen. Darüber hinaus können auch die Eigenschaften der Person bei der Bestimmung gefahrgeneigter Handwerke nicht weiter berücksichtigt werden, da auch jede noch so einfache Tätigkeit mit Gefahren für Leib oder Leben verbunden sein kann, sofern sie nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeübt wird. Daß persönliche Eigenschaften bei der Definition des Begriffes Gefahrgeneigtheit zu vernachlässigen sind, ergibt sich zwingend auch daraus, daß die gefahrgeneigten Handwerke erst bestimmt werden sollen mit dem Zweck, daß

sich ein in einem zulassungspflichtigen Handwerk tätiger Gewerbetreibender zuvor die erforderliche tätigkeitsbezogene fachliche Qualifikation⁵⁸⁰ aneignet.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß sich die Wesensmerkmale eines gefahrgeneigten Handwerks nicht weiter auffächern und damit derart konkret formulieren lassen, daß eine abschließende Ordnung der Anlagen A und B möglich wäre.

⁵⁸⁰ Ziekow, Befähigungsnachweise im Gewerbebereich, in: Peter/Rhein, Wirtschaft und Recht, S. 102.

„Die Regulierungsdichte unseres öffentlichen, wirtschaftlichen und privaten Lebens ... ist nur einer der Gründe für unsere hohe Arbeitslosigkeit, aber sie ist ein wichtiger Grund.“⁵⁸¹

LEITLINIEN FÜR EINE ZUKÜNFTIGE REFORM

Nachdem die Schwierigkeiten bei der Bestimmung gefahrgeneigter Handwerke deutlich geworden sind und dies den Schluß nahelegt, daß die reformierte Handwerksordnung in Anlage A keine verlässliche Auskunft über die zulassungspflichtigen Handwerke geben kann, sind eher geeignete Lösungen oder gar ein gänzlich neuer Ansatz für die Regelungen des Handwerksrechts aufzuzeigen.

I. Anpassung der neuen Handwerksordnung

In Betracht kommt freilich, die neue und von der Zielsetzung durchaus optimierte Handwerksordnung anzupassen, indem das Kriterium der Gefahrgeneigtheit weiter aufgefächert wird und sämtliche Aspekte des Verbraucher-, Eigentums- oder Umweltschutzes bei seiner Beurteilung heranzuziehen sind.

Dies hätte zum einen sehr wahrscheinlich eine Ausdehnung der zulassungspflichtigen Handwerke in frühere Dimensionen zur Folge.

Zum anderen gestaltet sich dies höchstwahrscheinlich schwieriger als erwartet, da jede Tätigkeit eines Handwerksberufes gefahrgeneigte Elemente für

⁵⁸¹ Helmut *Schmidt*, „Der Paragraphenwust – Tötet den Unternehmergeist“, Die Zeit Nr. 15 vom 4. April 1997, S. 3.

schützenswerte Rechtsgüter enthalten kann. Zusätzlich ist problematisch, daß auch solche Tätigkeiten eine Gefahrenneigung besitzen können, die gerade nicht als Vollhandwerk ausgeübt und damit handwerksmäßig betrieben werden können. Handwerksfähig ist ein Betrieb nämlich nur dann, wenn er vollständig oder in wesentlichen Tätigkeiten ein Gewerbe umfaßt, das in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführt ist⁵⁸². Werden demgegenüber nur teilweise Tätigkeiten der Anlage A ausgeübt, kommt es für deren Handwerksfähigkeit darauf an, ob es sich um wesentliche Tätigkeiten des Berufs handelt, wofür das vom Ordnungsgeber gemäß § 45 Abs. 1 HandwO festgelegte Berufsbild Anhaltspunkte geben kann. Dabei ist jedoch nicht darauf abzustellen, ob die Arbeitsvorgänge mit den vom Berufsbild umfaßten Tätigkeiten quantitativ übereinstimmen; vielmehr kommt es darauf an, ob es sich bei den Tätigkeiten, Verpflichtungen und Arbeitsweisen um solche handelt, die den Kernbereich gerade dieses Handwerks ausmachen und ihm sein essentielles Gepräge geben⁵⁸³. Demgegenüber vermögen solche Arbeitsvorgänge, die aus der Sicht des vollhandwerklich arbeitenden Betriebes dieser Sparte als untergeordnet und damit vom Typ her betrachtet als unbedeutend erscheinen, die Annahme eines handwerksfähigen Betriebes nicht zu begründen⁵⁸⁴. Zu den untergeordneten Tätigkeiten gehören insbesondere Tätigkeiten, die ohne Beherrschung in handwerklicher Schulung erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten einwandfrei und gefahrlos ausgeführt werden können, so daß es an der Spitze des Betriebes keines für die selbständige Ausübung des betreffenden Handwerks qualifizierten Leiters bedarf⁵⁸⁵.

Dies ist indes – wie oben bereits aufgezeigt wurde – in Einzelfällen gerade nicht zu bejahen, wenn nämlich recht einfach gelagerte handwerkliche Tätigkeiten dennoch mit Gefahren für Leib und Leben verbunden sein können. Im Ergebnis

⁵⁸² Zur Abgrenzung von Vollhandwerk und Minderhandwerk einerseits und von Minderhandwerk, handwerklichem Nebenbetrieb, Hilfsbetrieb und handwerksähnlichem Gewerbe andererseits vgl. *Ziekow*, Zur Einführung: Handwerksrecht, JuS 1992, S. 728 (729).

⁵⁸³ Dazu kann eine einzige wesentliche Tätigkeit bereits ausreichen, vgl. *Ehlers*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger*, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 152, Randnr. 104 f.

⁵⁸⁴ Vgl. etwa BVerwGE 58, 217 (221 f.); 67, 273 (277); 87, 191 ff. Dazu auch *Musielak/Detterbeck*, Handwerksordnung, § 1, Randnrn. 53 ff.; *Ziekow*, Zur Einführung: Handwerksrecht, JuS 1992, S. 728 (729).

⁵⁸⁵ BVerwGE 67, 273 (277).

kann daher festgehalten werden, daß das Kriterium der Gefahrgeneigtheit nicht geeignet ist, die Zulassungspflicht eines Handwerksgebietes abschließend zu bestimmen. Dazu verhilft auch die Verbindung mit dem Merkmal der hohen Ausbildungsleistung nicht, da schon die Ausbildungsintensität in den verschiedenen Handwerksgebieten sehr unterschiedlich ist und darüber hinaus auch keine aktuelle Statistik existiert, anhand derer eine Quote für eine hohe Ausbildungsleistung statuiert werden könnte.

II. Deregulierung als zu erwägende Alternative

Als Alternative kommt daher die Abkehr vom Begriff der Gefahrgeneigtheit und mit ihr die weitere Deregulierung der Handwerksordnung in Betracht⁵⁸⁶.

Dies trifft um so mehr zu, wenn – im Vergleich zu anderen Teilen des dritten Sektors der Volkswirtschaft⁵⁸⁷ – für das Handwerk eine Ausnahmesituation nicht (mehr) festgestellt werden kann und die besondere, über die allgemein geltenden Vorschriften des Gewerberechts hinausgehende Regulierung durch die Handwerksordnung damit ihre Berechtigung verliert. Davon kann wiederum ausgegangen werden, wenn der Hauptbestandteil der Regelungen, der den Erwerb eines durch die Meisterprüfung erworbenen Befähigungsnachweises normiert, einen unverhältnismäßigen Eingriff in individuelle Freiheitsrechte darstellt und zugleich massive wirtschaftliche Fehlentwicklungen erzeugt. Dann nämlich könnte nur der Abbau der Regulierungen dazu verhelfen, kreatives unternehmerisches Potential freizusetzen, gewerbliche Investitionen zu begünstigen und letztlich wirtschaftliches Wachstum zu fördern⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Die Deregulierung der Handwerksordnung ist mit den Jahren zum „alten Zopf“ geworden, beherrscht sie doch seit geraumer Zeit die rechtswissenschaftliche Literatur. Vgl. zu den früheren Deregulierungsbemühungen etwa *Geisendörfer*, Deregulierung und Reform des Handwerksrechts, *GewArch* 1992, S. 361 ff.

⁵⁸⁷ Vgl. dazu *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, S. 50 Nrn. 60 ff., die das Handwerk zugleich dem sekundären Sektor „Produzierendes Gewerbe“ zuordnet.

⁵⁸⁸ Zu diesem Schluß vgl. auch *Schmidt*, „Der Paragraphenwust – Tötet den Unternehmergeist“, *Die Zeit* Nr. 15 vom 4. April 1997, S. 3.

Genau diese Ziele strebte die Bundesregierung bei der Reform der Handwerksordnung an, die sich nach ersten Einschätzungen auch teilweise realisiert haben⁵⁸⁹. So konnte bereits ein Jahr nach dem Inkrafttreten der Handwerksnovelle ein Zuwachs der in die Rollen und Verzeichnisse der Handwerkskammern eingetragenen Betriebe um 4,8 % verzeichnet werden. Noch deutlicher stieg die Anzahl der Betriebe zulassungsfreier Tätigkeiten, die mit rund 100.000 vor allem auf die Zunahme der Bau- und baunahen Handwerksberufe zurückgeht⁵⁹⁰.

Im folgenden ist also der Frage nachzugehen, ob die Meisterprüfung nach dem Gesagten noch als erhaltenswerte Institution gilt, deren Fortbestand sowohl in rechtlicher Hinsicht als auch unter nachrangiger Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte für die Leistungen des Handwerks geboten ist.

1. Die Meisterprüfung als erhaltenswerte Institution?

Die Abschaffung der Meisterprüfungspflicht wäre jedenfalls nur dann sinnvoll, wenn die zu ihrer Begründung herangezogenen Argumente an Bedeutung verloren oder sich im Laufe der Zeit derart gewandelt haben, daß sie nicht mehr einschlägig erscheinen⁵⁹¹. An dieser Stelle soll noch einmal zusammenfassend auf das Für und Wider der Meisterprüfung als Befähigungsnachweis des Handwerks eingegangen werden.

a) Aspekt der Qualitätssicherung: Pro und contra

Ein Hauptargument, mit dem die Einführung und vor allem die Beibehaltung der Meisterprüfung begründet wird, ist die Sicherung und Steigerung der Qualität handwerklicher Dienstleistungen sowie die Aufrechterhaltung und Pflege eines hohen Leistungsstandes⁵⁹².

⁵⁸⁹ Zu den Auswirkungen auf den Betriebsstand vgl. *Müller*, Erster Beitrag zur Evaluierung der Handwerksordnung, *GewArch* 2007, S. 146.

⁵⁹⁰ Vgl. den Artikel „Gründerfieber nach Abschaffung des Meisterzwanges“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 59 vom 11. März 2005, *Wirtschaft*, S. 13.

⁵⁹¹ Vgl. dazu schon die Ausführungen auf S. 83.

⁵⁹² *BVerfGE* 13, 97 (107 ff.); vgl. bereits oben, S. 64 und auch *Leisner*, *Der Meistertitel im Handwerk*, *GewArch* 2006, S. 393 (394).

Dem Argument, die Meisterqualifikation sei erforderlich, um die Qualität der handwerklichen Dienstleistungen zu sichern, kann entgegen gehalten werden, daß ein sehr großer Anteil der handwerklichen Dienstleistungen gar nicht von Handwerksmeistern selbst, sondern von Handwerksgesellen erbracht wird. Diese sind schon mit ihrer Ausbildung und der damit verbundenen Berufserfahrung in der Lage, die vom Kunden nachgefragten Leistungen zu erbringen, so daß sich lediglich die Frage danach aufdrängt, ob Qualitätsunterschiede zwischen deren Arbeiten erkennbar sind, genauer also: Ob ein in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis für einen Handwerksmeister arbeitender Geselle seine Dienstleistungen besser erbringt, als derselbe Geselle, der als selbständiger Handwerker auf seine Rechnung arbeitete.

Folgte man der Darstellung, daß der Geselle zur Erfüllung seiner Aufgaben stets von einem Meister beaufsichtigt sein müsse, ist die Frage nach den besser erbrachten Leistungen sicher zu verneinen.

Allerdings sollte man die Augen nicht vor der Tatsache verschließen, daß der Ansporn eines Gesellen zur gewissenhaften Arbeit freilich um so größer ist, je eher sich eine Konkurrenzsituation mit einem Handwerksmeister in seinem Handwerk auftut und er sich diesem gegenüber zu behaupten hat. Ein Geselle mit mehrjähriger Berufserfahrung ist in diesem Stadium jedenfalls in der Lage, dem etablierten Qualitätsstandard gerecht zu werden, und die Übernahme eigener unternehmerischer Verantwortung sowie der Gewinnanreiz aus der selbständigen Gewerbeausübung sind geeignet, sein Qualitätsbewußtsein durchaus noch zu verstärken. Dies gilt insbesondere dann, wenn – einen intensiven Wettbewerb vorausgesetzt – der wirtschaftliche Erfolg von der Qualität der Leistung und der auf Qualität gegründeten Reputation abhängt⁵⁹³.

b) Wettbewerbsschranke

Diese Schlußfolgerungen verdeutlichen einmal mehr, daß es sich bei der Meisterprüfung als Voraussetzung zum Marktzutritt eher um ein Mittel des

⁵⁹³ Monopolkommission, Sondergutachten 31, Reform der Handwerksordnung, S. 31.

Konkurrenz- als des Verbraucherschutzes handelt, das nur ausgewählten Bewerbern den Kreis der selbständigen Handwerkerschaft eröffnet und dazu beiträgt, den Wettbewerb derart zu verzerren, daß die Qualität handwerklicher Tätigkeiten auf Grund fehlender Anreizsituationen im schlimmsten Fall absinkt. Weitere Folge dieses Eingriffes in den Wettbewerb ist – da nur wenige Bewerber zugelassen werden – ein lediglich knappes Angebot, das Preissteigerungen zur Folge haben und damit die Nachfrager zu verbotener Schwarzarbeit, Eigenarbeit und Selbstversorgung verleiten kann. Die daraus folgende Expansion der Schattenwirtschaft wird die dargestellten Mißstände noch vertiefen⁵⁹⁴.

Die wettbewerbsdämpfenden oder gar -verhindernden Wirkungen⁵⁹⁵ der Meisterprüfung werden weiterhin erkennbar, wenn man sich verdeutlicht, daß über den Erwerb der Meisterqualifikation oder auch über das Vorliegen etwaiger Ausnahmetatbestände in der Regel berufsständisch organisierte Handwerksmeister entscheiden. Diese sind in beiden Verfahren als die zuständigen Mitglieder der Handwerkskammern und der ggf. ergänzend hinzugezogenen Innungen oder Berufsvereinigungen eingebunden. Da sie meist selbst noch aktiv als Handwerker tätig sind und es daher um die Zulassung ihrer potentiellen Konkurrenten geht, ist es nur verständlich, daß sie bei der Beurteilung der Prüfungsleistungen eher zurückhaltend sind und – sofern ein Prüfling eine Meisterprüfung gerade nicht abgelegt hat – die Frage nach dem Vorliegen einer Ausnahmesituation eher restriktiv bejahen werden. Letztlich hat dies zur Folge, daß die Interessen der etablierten Handwerker auf Kosten der Berufsfreiheit der Neulinge durchgesetzt werden. Bleibt es also weiterhin bei der Voraussetzung Meisterprüfung, die von Handwerksmeistern abgenommen wird, werden sich auch die in der Handwerksordnung angelegten Fehlentwicklungen konstant behaupten.

⁵⁹⁴ Das Institut der deutschen Wirtschaft schätzt das Ausmaß der Schwarzarbeit auf ca. 15 % des Bruttoinlandsproduktes, vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, S. 56 Fn. 35.

⁵⁹⁵ Von solchen ging bereits *Etzold* aus, vgl. *Handwerk und Industrie*, *GewArch* 1983, S. 181 (185).

c) Fehlende Konstanz des Leistungsniveaus

Ein weiteres Manko der Meisterprüfung, gerade in der sich technisch immer schneller fortentwickelnden Welt, ist schließlich, daß diese nicht geeignet ist, das angestrebte Leistungsniveau der Meister im Verlauf der Zeit zu erhalten. Im gleichen Maße, in dem fachbezogenes und technisches Wissen veraltet, müßten andere Zusatzqualifikationen im Rahmen beruflicher Fort- und Weiterbildung anstelle der einmalig abgelegten Meisterprüfung erbracht werden, die zur Qualitätssicherung und ergo zum Verbraucherschutz beitragen. Die Einzelheiten solcher Zusatzqualifikationen hängen darüber hinaus häufig von Faktoren ab, die gerade vom Meisterbrief gar nicht berührt werden: Service, Kulanz und Kundenfreundlichkeit sind weniger von fachlichen Kenntnissen als vielmehr von persönlichen Eigenschaften, vom Verhalten des Leistungserbringers, abhängig und können mit der Meisterprüfung i. S. d. geltenden Handwerksordnung schlicht nicht nachgewiesen werden.

Insofern ist schließlich auch die angedachte Beibehaltung der Meisterprüfung für Gefahrenhandwerke nicht geeignet, besonderen Verbraucherschutz zu begründen. Die auftretenden Schäden sind im allgemeinen weniger auf mangelnde Fachkenntnis, als vielmehr auf eine fehlerhafte Ausführung zurückzuführen, also stärker durch persönliche Charaktereigenschaften des Handwerkers bedingt. Dem kann auch eine Zusatzqualifikation nicht abhelfen. Im Sinne eines vorbeugenden Schutzes der Konsumenten könnte einschränkend daran gedacht werden, die in Gefahrenhandwerken tätigen Dienstleistungserbringer zu verpflichten, regelmäßig gefahrenspezifische Aus- und Fortbildungen wahrzunehmen. Auf diese Weise wäre eine Steuerung möglich, die dem einzelnen den Zutritt zum Markt ermöglicht und für Gefahrenhandwerke nicht erst eine marktgesteuerte Auslese nach etwaigen Schadensfällen abwartet. Ein solcher zusätzlicher Sachkundenachweis ist unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr zielführender als eine einmalig zu erbringende Meisterprüfung.

d) Wirtschaftliche Solidarität

Selbst die vielzitierte wirtschaftliche Solidarität und die geringe Insolvenzrate des Handwerkssektors – die gern zur Begründung der besonderen wirtschaftlichen Stellung des Handwerks herangezogen werden – lassen letztlich keine andere Folge als die Deregulierung des Handwerksrechts zu. Denn sie folgen gerade nicht aus den geforderten zusätzlichen fachlichen und betriebswirtschaftlichen Qualifikationen, sondern sind die Kehrseite der mit dem Großen Befähigungsnachweis verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen. Zum freien Wettbewerb, der als Selektions- und Anreizmechanismus zu verstehen ist, gehört es zwingend, daß die Besseren sich am Markt durchsetzen und die weniger Leistungsfähigen oder Leistungswilligen Einbußen hinnehmen oder sogar aus dem Markt ausscheiden müssen. Das Insolvenzrisiko ist ein konstitutives Element dieses Mechanismus und sollte im Handwerk wie in allen anderen Wirtschaftsbereichen auch die Anbieter von minderwertigen Leistungen abschrecken. Wenn auf Grund der geringen Wettbewerbsintensität das Insolvenzrisiko im Handwerk praktisch ausgeschaltet ist, so fehlen wichtige Anreize zur Sicherung der Qualität handwerklicher Leistungen⁵⁹⁶.

e) Geschichtliche Prägung⁵⁹⁷

Letztlich läßt auch die Geschichte des Handwerks nicht erkennen, daß Berufszulassungsvoraussetzungen historisch gewachsen und von je her im Handwerk verankert sind. Ganz im Gegenteil blickt das Handwerk mit seinen Regelungen zur Berufszulassung und Berufsausübung in Deutschland auf eine lange und wechselvolle Geschichte zurück. Ihren Ursprung hat die Handwerksregulierung im Zunftwesen des Mittelalters, als die Zünfte eher öffentlich-rechtlichen Charakter mit hoheitlichen Aufgaben hatten, vor allem in der Gewerbepolitik, der Gewerbeaufsicht und der Gewerbekontrolle. In deren Spätphase wurde der bis dahin freie Zugang zum Handwerk weitgehend

⁵⁹⁶ *Monopolkommission*, Sondergutachten 31, Reform der Handwerksordnung, S. 33.

⁵⁹⁷ Vgl. dazu den geschichtlichen Abriss über die Berufs- und Gewerbebefreiheit auf S. 12 ff.

aufgehoben, was vor allem auch dem Konkurrenzdruck der aufkommenden Manufakturen geschuldet war. Höhepunkt dieser Entwicklung war die Schließung der Zünfte, mit der die Anzahl der Meister in einer Stadt genau festgelegt wurde, und die Erbllichkeit des Meisteramtes.

Die mit den Stein-Hardenbergschen-Reformen im frühen 19. Jahrhundert eingeführte allgemeine Gewerbefreiheit ließ die Zulassungsbeschränkungen zum Handwerk wieder fallen, so daß weder die Berufszulassung noch die Berufsausübung im Handwerk an Bedingungen geknüpft waren. Dieses Recht wurde in der Folgezeit allerdings wieder eingeschränkt, bis 1869 die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes in Kraft trat. Diese garantierte die Gewerbefreiheit wieder umfassend – zwar zunächst nur für den Norddeutschen Bund, ab 1871 dann aber für das gesamte Deutsche Reich. Aber auch diese währte nur für kurze Zeit, denn nachdem 1897 das Handwerkerschutzgesetz in Kraft trat, mit dem Handwerkskammern als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaften ihre rechtliche Legitimation erhielten, wurden 1908 der sogenannte Kleine Befähigungsnachweis und 1935 der Große Befähigungsnachweis eingeführt, mit dem das erfolgreiche Ablegen der Meisterprüfung als Zulassungsvoraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgebietes vorgeschrieben wurde.

Nach dem Zweiten Weltkrieg entstanden durch die verschiedenen Regelungen der Besatzungsmächte im Handwerksrecht zum Teil erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Besatzungszonen. Am weitesten wichen die Amerikaner in ihrer Besatzungszone von der Vorkriegsregelung ab, indem sie 1949 praktisch uneingeschränkte Gewerbefreiheit verordneten⁵⁹⁸. Erst mit der heute noch gültigen Handwerksordnung aus dem Jahre 1953 wurde der Große Befähigungsnachweis in der Bundesrepublik wieder zentraler Bestandteil des deutschen Handwerksrechts⁵⁹⁹. Damit gewann die Handwerksordnung jedoch

⁵⁹⁸ Damit übernahmen die amerikanischen Besatzungsmächte das in den USA geltende System, vgl. *Honig*, Die gegenwärtige Lage des Handwerks in den USA, *GewArch* 1964, S. 99 ff.; *ders.*, Gedanken über die Zukunft unseres Handwerks, *GewArch* 1999, S. 188 ff.

⁵⁹⁹ Einen Überblick über die Entstehungsgeschichte der Handwerksordnung gibt *Traublinger*, Handwerksordnung, *GewArch* 2003, S. 353.

einen Zwangscharakter, der letztlich zu einer heftig umstrittenen und immer wieder angeprangerten Umkehrung der Berufs- und Gewerbefreiheit führte.

f) Vergleich zu anderen EU-Mitgliedstaaten

Letztlich läßt auch der Blick über die Landesgrenzen hinaus darauf schließen, daß es an der Zeit ist, die Anforderungen an den Nachweis beruflicher Fähigkeiten zu liberalisieren⁶⁰⁰. Denn der Vergleich der Zugangsregelungen in den übrigen EU-Mitgliedstaaten ergibt, daß in fast keinem anderen Staat ähnlich hohe Zugangshürden zur Ausübung handwerklicher Gewerbe wie in Deutschland bestehen. Einzig in Luxemburg – und bis 1999 auch in Österreich – gibt es einen vergleichsweise umfassenden Handwerksbegriff mit ähnlich strikten Zulassungsvoraussetzungen zur gewerblichen Selbständigkeit, so daß sich keineswegs der Eindruck aufdrängt, daß die deutsche Handwerksordnung Leitbildcharakter entwickelt habe.

Im Allgemeinen ist in den EU-Mitgliedstaaten der Marktzugang allenfalls bei wenigen Handwerksberufen an Bedingungen geknüpft. Dies gilt etwa für einige wenige Gefahrenhandwerke, die nach speziellen Zugangsvoraussetzungen verlangen; gleichwohl sind diese nicht annähernd so umfassend wie nach deutschem Recht, nach dem unternehmerische, pädagogische, theoretische und praktische Fachkenntnisse nachzuweisen sind.

aa) Niederlande

In den Niederlanden hat bereits das am 1. Januar 1996 in Kraft getretene Niederlassungsgesetz wesentliche Erleichterungen gegenüber den bis dato geltenden Regelungen für Betriebe gebracht. Danach ist in den meisten Handwerksberufen kein Nachweis fachspezifischen Wissens erforderlich, um ein Unternehmen zu gründen. Zwar können die Handwerksorganisationen Qualitätszertifikate entwickeln und ausstellen, die an bestimmte Standards

⁶⁰⁰ Gut dazu der Überblick über die Regulierungsintensität in den Mitgliedstaaten bei der *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, S. 54 f.

geknüpft sind; deren Einhaltung stellt indes keineswegs eine Verpflichtung für die selbständige Handwerksausübung dar.

bb) Frankreich

Auch das französische Gewerberecht verlangt grundsätzlich keinen Nachweis einer beruflichen Qualifikation für die selbständige Ausübung eines Handwerks. Lediglich für Kraftfahrzeugmechaniker gilt, daß sie ihre fachlichen Kenntnisse vor Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit durch eine Sonderprüfung oder durch Praxiserfahrung nachweisen müssen. Besondere Bestimmungen gelten daneben für Augenoptiker und Friseure.

cc) Großbritannien und Irland

In Großbritannien und in Irland besteht völlige Gewerbefreiheit, d. h. für den selbständigen Betrieb von Handwerksunternehmen einschließlich der Gefahrenhandwerke ist eine gewerberechtliche Genehmigung nicht erforderlich. Eine Ausnahme davon bilden lediglich Optiker, die in der für sie zuständigen Kammer registriert sein müssen, was wiederum den Nachweis bestimmter Qualifikationen erfordert.

Die umfassende Gewerbefreiheit gilt ebenso für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgewerbes in Portugal.

dd) Schweiz

Auch das schweizerische Gewerberecht verlangt grundsätzlich weder den Nachweis einer beruflichen Qualifikation noch einen sonstigen Befähigungsnachweis für die selbständige Handwerksausübung. Allerdings ist in einigen Handwerken, darunter in den Elektro- und Installationsberufen, vorgeschrieben, einen Befähigungsnachweis zu erbringen. Ähnlich wie in Deutschland werden dabei fachtheoretische, praktische betriebswirtschaftliche und berufspädagogische Kenntnisse geprüft. Für andere Handwerksgewerbe genügt es, die sog. Berufsprüfung abzulegen, die geringere Anforderungen an den Prüfling stellt.

ee) *Italien*

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit genießt auch im italienischen Gewerberecht oberste Priorität, denn auch dort ist der Marktzutritt für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgewerbes nicht reglementiert. In einigen Handwerksberufen wie etwa dem des Friseurs oder des Installateurs ist ausnahmsweise ein Befähigungsnachweis zu erbringen, der jedoch dem Standard der deutschen Gesellenprüfung entspricht.

ff) *Fazit*

Der Vergleich der mitgliedstaatlichen Zulassungsvoraussetzungen für eine selbständige Gewerbetätigkeit zeigt, daß die Regelungssystematiken erheblich voneinander abweichen. Unabhängig von den Ursachen für diese Differenz macht der Ländervergleich deutlich, daß die mit der deutschen Handwerksordnung einhergehende Überregulierung im europäischen Umfeld eher die Ausnahme darstellt. Während die Wettbewerber in den übrigen EU-Mitgliedstaaten weitgehend freie berufliche Entfaltungsmöglichkeiten haben, ist der Marktzugang für deutsche Handwerker in stark beeinträchtigender Weise beschränkt. Nicht nur unter beschäftigungs- und wirtschaftspolitischen Erwägungen wäre es angezeigt, die Gewerbefreiheit im Handwerk herzustellen.

Dies gilt schließlich auch vor dem Hintergrund der im Rahmen des Europarechts fortschreitend erkennbaren Tendenz, Zulassungsbeschränkungen zu lockern und den europäischen Grundfreiheiten zu größerer Wirksamkeit zu verhelfen. Bereits im Jahre 2000 entschied der Europäische Gerichtshof auf die Vorlage des Amtsgerichts Heinsberg gemäß Art. 234 EGV in der Rechtssache *Corsten*⁶⁰¹, daß Art. 49 EGV und die Richtlinie 1999/42/EG⁶⁰² einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegenstehen, die die Verrichtung handwerklicher Tätigkeiten in dessen Hoheitsgebiet durch in anderen Mitgliedstaaten ansässige

⁶⁰¹ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rs. C-58/98, Josef Corsten, Slg. 2000, I-7919; vgl. auch GewArch 2000, S. 476 ff.

⁶⁰² Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juni 1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. L 201 vom 31. Juli 1999, S. 77 ff.

Dienstleistende von einem Verfahren zur Erteilung der Erlaubnis abhängig macht, das geeignet ist, die Ausübung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr zu verzögern oder zu erschweren und gab dem deutschen Gesetzgeber damit zu bedenken, daß die seinerzeit bestehenden Regelungen der Handwerksordnung mit ihren Anforderungen deutlich über das hinausgingen, was erforderlich sei, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen⁶⁰³. Dies hat der EuGH in der Entscheidung *Schnitzer* noch einmal explizit auch für solche Leistende bestätigt, die wiederholt oder gar mehr oder weniger regelmäßig Dienstleistungen in Deutschland erbringen oder erbringen wollen⁶⁰⁴.

Mit der Richtlinie 2005/36/EG⁶⁰⁵ – der Berufsanerkenntnisrichtlinie, die durch die Mitgliedstaaten bis zum 20. Oktober 2007 in nationales Recht umzusetzen ist⁶⁰⁶ – hat der europäische Gesetzgeber die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen auf der Basis des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung umfassend neu geordnet und der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH weiter den Weg geebnet⁶⁰⁷. Ziel der Richtlinie ist gemäß Art. 4 Abs. 1 RL, Personen im Wege der Anerkennung von Berufsqualifikationen durch den Aufnahmemitgliedstaat zu ermöglichen, in diesem Mitgliedstaat denselben Beruf aufzunehmen und ihn unter denselben Voraussetzungen wie Inländer auszuüben, sofern sie sich in ihrem Herkunftsmitgliedstaat entsprechend qualifiziert haben⁶⁰⁸.

⁶⁰³ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rs. C-58/98, Josef Corsten, Slg. 2000, I-7919 Nrn. 40 ff.; vgl. auch GewArch 2000, S. 476 (478).

⁶⁰⁴ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 in der Rs. C-215/01, Bruno Schnitzer, Slg. 2003, I-14847; vgl. auch GewArch 2004, S. 62 f.

⁶⁰⁵ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 vom 30. September 2005, S. 22 ff. Sie ersetzt die Richtlinie 1999/42/EG mit Wirkung zum 20. Oktober 2007.

⁶⁰⁶ Für die erforderliche Anpassung der HandwO sowie der EWG-/EWR-Handwerk-VO vgl. den Vorschlag von *Stork*, Die neue Rahmenrichtlinie, WiVerw 2006, S. 152 (170).

⁶⁰⁷ Die Richtlinie faßt die zahlreichen Einzelrichtlinien für einzelne Berufe und Tätigkeiten zusammen und entwickelt die bisherigen drei allgemeinen Anerkennungsrichtlinien 1989/48/EWG, 1992/51/EWG und 1999/42/EG weiter, indem sie ausweislich ihres Erwägungsgrundes 9 die geltenden Grundsätze vereinheitlichen sowie die geltenden Bestimmungen neu ordnen und straffen will. Mit Geltung zum 20.10.2007 werden gemäß Art. 62 RL die bisherigen Anerkennungsrichtlinien aufgehoben.

⁶⁰⁸ Die Berufsanerkenntnisrichtlinie ist wegen ihres spezifischen Bezuges auf die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen und Befähigungen *lex specialis* zur Dienstleistungsrichtlinie.

Zur Umsetzung dieses Zieles bestimmt 13 Abs. 1 RL, daß in anderen Mitgliedstaaten erworbene Qualifikationen dann anzuerkennen sind, wenn ein Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis in einem Mitgliedstaat von einer entsprechend dessen Rechtsvorschriften benannten zuständigen Behörde ausgestellt worden ist und bescheinigt, daß das Berufsqualifikationsniveau des Inhabers zumindest unmittelbar unter dem Niveau nach Art. 11 RL liegt, das der Aufnahmemitgliedstaat fordert. Für die Anwendung des Art. 13 Abs. 1 RL ordnet Art. 11 RL die möglichen Berufsqualifikationen fünf verschiedenen Niveaus zu, wobei das fünfte, vierte und dritte Niveau nur dann erreicht werden können, wenn der Bewerber eine mindestens vierjährige bzw. für die beiden nachfolgenden Niveaus eine zeitlich nach unten gestaffelte postsekundäre Ausbildung auf der Basis einer Hochschulzugangsberechtigung absolviert hat. Kann der Bewerber ein Zeugnis nachweisen, das nach Abschluß einer Ausbildung auf Sekundärniveau erteilt wird, dann erfüllt er das zweite Niveau, unabhängig davon, ob er eine allgemeinbildende Sekundärausbildung oder eine technische bzw. berufsbildende Sekundärausbildung abgeschlossen hat. Das erste Niveau erfüllt ein Bewerber, dem ein Befähigungsnachweis von einer entsprechend den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates zuständigen Behörde ausgestellt worden ist, gleich ob er diesen auf Grund einer Ausbildung, einer spezifischen Prüfung ohne vorhergehende Ausbildung, auf Grund einer Vollzeitbeschäftigung von drei aufeinanderfolgenden Jahren oder auf Grund einer allgemeinen Schulbildung von Primär- und Sekundärniveau mit bescheinigten Allgemeinkenntnissen erlangt hat.

Auf der Grundlage dieser Einteilung sind von den insgesamt 41 reglementierten Handwerksberufen der Anlage A zur HandwO die Gesundheitshandwerke dem dritten Niveau, die übrigen Meisterabschlüsse dem zweitniedrigsten Niveau zuzuordnen⁶⁰⁹. Da es nach den in Art. 11 RL niedergelegten Anerkennungsgrundsätzen ausreicht, daß das Berufsqualifikationsniveau des Antragstellers zumindest unmittelbar unter dem im Inland geforderten Niveau liegt, hat die Bundesrepublik jedem europäischen Bewerber die Aufnahme bzw. die Ausübung eines reglementierten Berufes und damit auch eine selbständige

⁶⁰⁹ Stork, Die neue Rahmenrichtlinie, WiVerw 2006, S. 152 (165).

Handwerkstätigkeit nach Anlage A der HandwO zwingend zu gestatten, sofern dieser einen Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis des ersten Niveaus vorlegen kann. Bewerber aus europäischen Mitgliedstaaten sind damit in die Lage versetzt, etwa auf Grund einer spezifischen Prüfung ohne vorhergehende Ausbildung oder auf Grund ihres in ihrem Mitgliedstaat mindestens drei Jahre als Vollzeitbeschäftigung ausgeübten Berufes eine selbständige Handwerkerstätigkeit in Deutschland aufzunehmen, ohne die Meisterprüfung zu absolvieren⁶¹⁰.

Auch diese Richtlinie, die bis Oktober 2007 in deutsches Recht zu transformieren ist, bescheinigt, daß die deutsche Handwerksordnung bezüglich der Anerkennung ausländischer Befähigungsnachweise noch zu restriktiv ausgestaltet ist und mit den europäischen Vorgaben keineswegs in Einklang gebracht werden kann. Vielmehr wird auf der Basis der Berufsanerkennungsrichtlinie eine weitere Anpassung erfolgen müssen, für die ein Abrücken von den bislang strengen Anforderungen unausweichlich ist.

g) Bundesverfassungsgericht

Einen deutlichen und zugleich erfreulichen Hinweis auf die veränderten wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände und damit auf eine im Ergebnis anzustrebende Deregulierung des Handwerksrechts hat schließlich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 5. Dezember 2005 gegeben⁶¹¹. Seine berechtigten Zweifel berührten zum einen die Eignung der Meisterprüfung auf Grund der wachsenden Konkurrenz aus dem europäischen Ausland, zum anderen deren Erforderlichkeit für das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Ausbildungssicherung. Obzwar das Gericht in der Folge nicht abschließend über die Verfassungsmäßigkeit und insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Regelungen der Handwerksordnung in ihrer bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung befand⁶¹², kann seinem Beschluß

⁶¹⁰ Frenz, Die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen nach der Berufsanerkennungsrichtlinie, GewArch 2007, S. 27 ff.; Stork, Die neue Rahmenrichtlinie, WiVerw 2006, S. 152 (165).

⁶¹¹ Vgl. dazu GewArch 2006, S. 71 ff.

⁶¹² Was etwa von Dürr stark kritisiert wird und weshalb er die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts daher mehr als „rechtspolitischen Versuchsballon denn als Beitrag zur

gleichwohl der Grundtenor eines generellen „in dubio pro libertate“ entnommen werden.

Das Gericht stellt zum einen deutlich in Frage, ob deutschen Gesellen noch zuzumuten war, eine gesetzliche Regelung aufrechtzuerhalten, die ihnen für den Marktzugang in zeitlicher, fachlicher und finanzieller Hinsicht deutlich mehr abverlangte, als ihren ausländischen Wettbewerbern auf dem deutschen Markt, und kommt zu der Schlußfolgerung, daß die Schwere des Eingriffs, den der große Befähigungsnachweis für ihren beruflichen Werdegang bedeutete, zu dem zunehmend verwischten Ziel der Qualitätssicherung nicht länger in einem angemessenen Verhältnis gestanden haben könnte.

Zum anderen äußert es massive Zweifel daran, daß die Meisterprüfung für das Ziel der Ausbildungssicherung erforderlich sei. Mit Verweis auf die ab 1. Januar 2004 geltenden Vorschriften macht es sich die Vorstellung des Gesetzgebers zu eigen, daß auch berufserfahrene Gesellen zur Ausbildung fachlich geeignet sein können, falls sie die erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Erkenntnisse besitzen.

Die geäußerten Bedenken des Gerichts bekräftigten die von ihm formulierte Notwendigkeit, daß dem Grundrecht der Berufsfreiheit wieder eine seiner Tragweite entsprechende Bedeutung zugemessen werden müsse. Dies sei vor allem auch im Hinblick auf die Handhabung der Ausnahmeregelungen essentiell.

Mit der Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts soll daher im folgenden versucht werden, eine Alternative zu der jetzt geltenden Handwerksordnung herauszuarbeiten.

2. Reformalternativen

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, kann sich eine zukünftige Handwerksrechtsreform vor fortschreitender Deregulierung kaum verschließen.

Rechtsklarheit“ aufgefaßt sehen will, vgl. *ders.*, Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, GewArch 2007, S. 18 (19).

Gerade für die Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Marktes ist es unabdingbar, die den deutschen Handwerkssektor prägenden Vorschriften zu liberalisieren und an die Voraussetzungen für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgewerbes der übrigen Mitgliedstaaten der EU anzugleichen.

Aber auch für das deutsche Gewerberecht könnte mit einer Abkehr von der obligatorischen Meisterprüfung ein starker Impuls gesetzt werden. Dieser ist nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht zu erwarten, sondern vor allem auch für die Tätigkeit des Gesetzgebers. Denn gemeinsam etwa mit dem reformierten Gaststättenrecht könnte eine zukünftige Reform der Handwerksordnung dazu beitragen, daß die wesentlichen Regelungen des Gewerberechts eines Tages wieder der Gewerbeordnung vorbehalten sind und spezialgesetzliches Sonderordnungsrecht eher eine Ausnahme darstellt.

Neben der erstrebenswerten Verwirklichung einer umfassenden Berufs- und Gewerbefreiheit hätte die Deregulierung letztlich auch zur Folge, daß unternehmerisch interessierte, leistungsfähige Gesellen nicht mehr in die Randbereiche der nicht meistergebundenen handwerksähnlichen Gewerbe abdrängen und so einen wertvollen Beitrag zur Binnenwirtschaft leisten können⁶¹³.

a) Exkurs: Novellierung des Gaststättenrechts

Wie wenig ängstlich auch der deutsche Gesetzgeber Reformvorhaben umsetzen kann, verdeutlicht die Novellierung des Gaststättenrechts. Einmal mit der Forderung nach Deregulierung konfrontiert, scheint es ihm ein Leichtes, sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens umfassend darauf einzulassen.

Das deutsche Gaststättenrecht hat bereits zum 01. Juli 2005 eine grundlegende Neuordnung erfahren und ist auch danach Gegenstand vielfältiger Bemühungen und Vorschläge zu seiner Neuordnung gewesen. Seit dem kann

⁶¹³ Zur Entwicklung der Anzahl der Unternehmen im Handwerk und im handwerksähnlichen Gewerbe vgl. Tabelle 5 der *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, S. 57.

es sich kaum davor retten, zum Anlaß unterschiedlichster Parodien genommen zu werden: „Frikadellen-Abitur entfällt“, „Das Ende des Buletten-Scheins“ oder „Wenn der Wirt nichts wird“ stellen nur eine Auswahl der in der Folgezeit erschienenen Leitartikel dar⁶¹⁴. Auch wenn die betroffenen Zeitungen und Zeitschriften einen eher negativen Schein auf die Reform und die weiterhin beabsichtigte Novellierung werfen, ist diesen hingegen nicht abzusprechen, daß sie einen wichtigen Schritt auf dem Weg zum Bürokratieabbau und damit zu der Entlastung des Mittelstandes sowie der Förderung von Existenzgründungen darstellen.

Gegenstand des im Februar 2006 vorgelegten Gesetzentwurfes war die Aufhebung des Gaststättengesetzes und die Rückführung der Regelungen in einen einzigen Paragraphen der Gewerbeordnung. Die Verquickung von personen- und raumbezogenen Kriterien der Gaststättenerlaubnis sollte aufgelöst werden, so daß die räumlichen Anforderungen an Gaststätten ausschließlich im Rahmen des baurechtlichen Genehmigungsverfahrens von den Baubehörden geprüft würden. Damit wären die bisher durchgeführten aufwendigen Doppelprüfungen durch die Bau- und Gewerbebehörden entfallen.

Nach dem Entwurf wäre die Gaststättenerlaubnis durch Umgestaltung zum überwachungsbedürftigen Gewerbe im Sinne von § 38 GewO durch eine bloße Anzeigepflicht mit automatisch angeschlossener Zuverlässigkeitsprüfung und deren Weiterleitung an die Fachbehörden ersetzt worden, ohne die Hygiene-, Immissions- und baulichen Standards durch das Vorhaben zu tangieren.

Um einen noch größeren Deregulierungseffekt zu erreichen, gestaltete der Entwurf das Gaststättengewerbe bezüglich Alkoholausschank zum erlaubnisfreien Gewerbe um, das einer besonderen Überwachung bedarf (§ 38 GewO).

Obschon die geplanten Neuregelungen für den mit dem Gaststättenrecht vertrauten Juristen eher befremdlich anmuten können, liegen die Vorteile der beabsichtigten Reformierung auf der Hand: Das gewerberechtliche Verfahren für den Zugang zum Gaststättengewerbe wäre durch die Aufhebung der

⁶¹⁴ Vgl. dazu die Darstellung von *Böhme*, Ein neues Gaststättenrecht?, GewArch 2006, S. 185.

Gaststättenerlaubnis und die Abkopplung von raumbezogenen Anforderungen erheblich vereinfacht und kostenreduziert worden. Allein für Gastwirte wären damit jährlich an die 70.000 Erlaubnisverfahren und Gestattungen in sechsstelliger Anzahl entfallen. Zudem hätten bereits tätige Gastwirte von der Deregulierung profitiert, indem etwa für die Erweiterung einer bestehenden Gaststätte das kosten- und zeitaufwendige Gaststättenerlaubnisverfahren entfallen wäre.

b) Abschaffung der Meisterprüfung als Zulassungsvoraussetzung

Äquivalent zu der im Zuge der Gaststättenreform angestrebten Abschaffung der Gaststättenerlaubnis wäre das Kernstück einer zukünftigen Reform der Handwerksordnung, die Meisterprüfung als generell notwendige Voraussetzung für die selbständige Gewerbeausübung im Handwerk abzuschaffen.

Indes sollte es statt einer Zulassungsbeschränkung als ausreichend erachtet werden, wenn ein Geselle die fachliche Qualifikation i. S. d. § 45 Abs. 1 HandwO sichernde Gesellenausbildung abgeschlossen und mehrjährige Berufserfahrung in seinem Handwerk erlangt hat. Daß diese Komponenten auch vom deutschen Gesetzgeber schon als ausreichend erachtet wurden, um in Deutschland ein Handwerksgewerbe selbständig zu führen, zeigen die Regelungen der §§ 8, 9 HandwO, die die geltenden Zulassungskriterien für ausländische Anbieter von Handwerksleistungen in Deutschland normieren und dort keineswegs das Ablegen der Meisterprüfung vorsehen.

Dafür spricht zudem, daß schon jetzt einige geltende Vorschriften der Handwerksordnung den Schluß nahelegen, daß die Meisterprüfung nicht in jedem Fall erforderlich ist, sondern unter bestimmten Gegebenheiten durch eine gleichartige Prüfung ersetzt werden kann.

Die Abkehr vom zwingenden Erfordernis der Meisterprüfung läßt die Ausbildung zum Handwerksgesellen sowie die Gesellenprüfung als deren Abschluß völlig unberührt. Auch die Meisterprüfung selbst, die doch vielerorts noch als Qualitätssiegel für die zu erbringenden Handwerksleistungen gilt, ist nicht zwingend und ausnahmslos abzuschaffen. Vielmehr sollte es in das Ermessen des einzelnen gestellt werden, ob dieser seine Handwerksausbildung zunächst

nach dem Gesellenabschluß beenden möchte oder ob ihm nicht die Meisterprüfung weitere Fortbildungsanreize bieten kann.

Für Tätigkeiten, deren Ausübung mit Gefahren für Leib oder Leben verbunden sein können, ist daran zu denken, einen zusätzlichen Sachkundenachweis einzurichten oder aber diese durch die Gewerbeaufsicht stärker kontrollieren zu lassen. Eine bereits in einigen Gesetzen verankerte Möglichkeit besteht darin, zeitlich befristete Genehmigungen für bestimmte Tätigkeiten eines Handwerks zu erteilen, die durch regelmäßig wiederkehrende Fortbildungslehrgänge erneuert werden können. Ergänzt mit der allgemeinen Gewerbeaufsicht, dem gegenwärtigen Haftungsrecht sowie den bereits bestehenden präventiven Schutzvorschriften wie Beschaffenheits- oder DIN-Normen könnte von Seiten des Gesetzgebers ein optimaler Schutz der Verbraucher erzielt werden.

c) Berufsausbildung

Auch wenn es nach dem oben genannten als sinnvoll erachtet wird, die Meisterprüfung als Zulassungsvoraussetzung für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgewerbes abzuschaffen, soll dies gleichwohl nicht ihr generelles Aus bedeuten. Neben der Möglichkeit, sie als fakultatives Element in Form eines Qualitätsausweises beizubehalten, spricht vieles auch dafür, an einer ähnlichen, in ihren Voraussetzungen jedoch abgemilderten Qualifikation als fachliche Voraussetzung für die handwerkliche Ausbildung im Sinne eines kleinen Befähigungsnachweises festzuhalten. Dafür ist es nicht erforderlich, diesen mit der Gewerbezulassung – als besonderen Ausbildungsanreiz – zu verknüpfen, denn das Ausbildungsinteresse besteht bei jedem Handwerker ohnehin bereits auf Grund des Eigenbedarfs an handwerklichem Nachwuchs. Zudem wird es gerade im Handwerkssektor der Fall sein, daß die Kosten der Lehrlingsausbildung in etwa denen des Nutzens für den Handwerksbetrieb entsprechen, so daß ein weiterer Anreiz zur Ausbildung gegeben ist. Nicht zuletzt hat der ausbildende Handwerker die Möglichkeit, den oder die Ausbildungsbesten in seinem Betrieb einzustellen, um so die Kontinuität der qualitativ hochwertigen Arbeit fortzusetzen, ohne zusätzliche Kosten für Suche und Einarbeitung aufwenden zu müssen.

Für die Ausbildung der Gesellen bei einem qualifizierten Handwerker spricht die von den Handwerksbetrieben übernommene qualitativ hochwertige Ausbildung von Fachkräften für die gewerbliche Wirtschaft. Da auch quantitativ weit mehr als der vom Handwerk selbst angemeldete Bedarf an Lehrlingen ausgebildet wird, ist das Handwerk neben der Gruppe „Industrie und Handel“ der wichtigste Träger der beruflichen Ausbildung. Sollte die Meisterprüfungspflicht tatsächlich nicht mehr aufrecht erhalten werden, könnte also fortan jeder Geselle mit ausgeprägter Berufserfahrung einen Handwerksbetrieb selbständig führen, könnte es im Interesse hochwertiger Ausbildung angezeigt sein, die Befugnis der Lehrlingsausbildung an das Erfordernis einer Art Befähigungsnachweis zu binden, so daß die Ausbildung zum Gesellen ähnlich wie bisher von einer ausgewiesenen qualifizierten Person übernommen wird. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Qualifikationsnachweis an der Meisterprüfung der derzeitigen Handwerksordnung orientiert ist oder ob andere akademische oder berufliche Abschlüsse mit praktischer Ausbildung favorisiert werden. Entscheidend muß sein, daß der zukünftige Ausbilder die fachtheoretischen Kenntnisse beherrscht und darüber hinaus die erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse nachweisen kann; gemäß § 45 Abs. 1 HandwO i. V. m. § 5 der Verordnung über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk sind dies die Grundlagen zur Ausbildung, zur Planung der Ausbildung und zum Einstellen des Lehrlings, seiner Ausbildung am Arbeitsplatz sowie des Abschlusses der Ausbildung⁶¹⁵.

Auch hier ist indes zu beachten, daß ein solcher Befähigungsnachweis anders als bislang nicht nur einmal erbracht wird und dann unverändert bestehen bleibt. Im Interesse einer qualitativ hochwertigen Berufsausbildung ist es nicht nur sinnvoll, sondern geradezu unerlässlich, daß sich der ausbildende Handwerker ständig an die fortlaufende Entwicklung anpaßt⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Zu § 5 der VO über gemeinsame Anforderungen in der Meisterprüfung im Handwerk vgl. Fn. 445.

⁶¹⁶ Musielak/Detterbeck, Handwerksordnung, § 21, Randnr. 21.

d) Organisation der Handwerkerschaft

Die §§ 52 ff. HandwO enthalten in ihrer jetzigen Fassung Vorschriften über die Organisation des Handwerks, namentlich beziehen sie sich auf Handwerksinnungen, Innungsverbände, Kreishandwerkerschaften und Handwerkskammern, wobei die letztere die wichtigste Organisation für den einzelnen Handwerker darstellt. Gemäß § 90 Abs. 2 HandwO gehören ihr kraft Gesetzes die selbständigen Handwerker und die Inhaber handwerksähnlicher Betriebe des Handwerkskammerbezirkes sowie die Gesellen, andere Arbeitnehmer mit einer abgeschlossenen Berufsausbildung und die Lehrlinge dieser Gewerbetreibenden an. Ihre Aufgaben bestehen im wesentlichen darin, die Handwerksrolle zu führen, die Berufsausbildung zu regeln, das Prüfungswesen für Gesellen und Meister vorzuhalten sowie Sachverständige zur Erstattung von Gutachten zu bestellen, § 91 Abs. 1 HandwO.

Sollte die Meisterprüfung abgeschafft werden, mithin jeder Geselle einen selbständigen Handwerksbetrieb eröffnen können, könnte der Abschluß der Meisterprüfung nicht mehr herangezogen werden, um alle selbständig tätigen Handwerker zu erfassen. Statt dessen müßte ein anderes Anknüpfungskriterium für die Pflichtmitgliedschaft gewählt werden. In Betracht kommt, die Mitgliedschaft danach zu bestimmen, wer eine Gesellenausbildung in einem Handwerk abgeschlossen hat und sich mit diesem selbständig macht.

ERGEBNIS UND AUSBLICK

Als Beschränkung der Gewerbefreiheit war das Kernstück der Handwerksordnung, das Erfordernis des großen Befähigungsnachweises, von Anfang an umstritten. Trotz lautstarkem Drängen anderer Berufsgruppen hat der Gesetzgeber im gewerblichen Bereich keine andere Einschränkung von derartiger Tragweite verfügt. Er forderte allenfalls Sachkundenachweise, die durch einschlägige Berufstätigkeit von bestimmter Dauer oder kurze Sachkundeprüfungen erbracht werden können⁶¹⁷. Begründet wurde dies immer wieder mit der herausgehobenen Stellung des Handwerks innerhalb der deutschen Wirtschaft, die es rechtfertige, dem Handwerkstand auch eine gesonderte Stellung innerhalb der Rechtsordnung einzuräumen.

Nachdem indes auch das Handwerk vor einer Weiterentwicklung nicht stoppte, ist von den einst von der deutschen Rechtspraxis formulierten Merkmalen für den typischen Handwerksbetrieb⁶¹⁸ kaum etwas übrig: Eine überwiegend manuelle Arbeitsweise, bei der Maschinen nur ergänzend zur Erleichterung herangezogen werden, die geringe Tendenz zur Spezialisierung des betrieblichen Arbeitsprogramms, die überwiegende Einzelfertigung auf vorherige Bestellung sowie eine relativ geringere Betriebsgröße nach Umsatz, Kapitalbedarf und Beschäftigtenzahl sind nur noch sehr selten vorzufinden⁶¹⁹. Statt dessen bedienen sich die Handwerksbetriebe, vor allem im produzierenden Gewerbe, schon frühzeitig und immer häufiger industrieller Produktionsmethoden, so daß sie die oben genannten Kriterien bereits in dieser Hinsicht nicht mehr erfüllten. Sie arbeiteten schlimmstenfalls nicht mehr handwerksmäßig und hätten folglich aus der Handwerksrolle gelöscht werden müssen.

⁶¹⁷ *Etzold*, Handwerk und Industrie, GewArch 1983, S. 181.

⁶¹⁸ *Fröhler*, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewArch 1964, S. 145 (146).

⁶¹⁹ Dazu bereits oben, S. 8 ff.

Dem vorzubeugen, wurde der sog. dynamische Handwerksbegriff eingeführt⁶²⁰, dem der Gedanke zugrunde liegt, daß auch dem Handwerk Entwicklungsmöglichkeiten zugestanden werden müssen. Auf seiner Grundlage gilt keines der oben angeführten Merkmale des typischen Handwerksbetriebes uneingeschränkt. Vielmehr sollen sich die Handwerksbetriebe fast jeder produktionstechnischen, betriebswirtschaftlichen und unternehmensorganisatorischen Methode bedienen können, ohne ihre Eigenschaft als Handwerksbetrieb zu verlieren⁶²¹. Diese Flexibilität auf der Handwerksseite führt jedoch dazu, daß die Abgrenzungsmöglichkeiten von Handwerk und Industrie verschwinden und mit ihnen die einst darauf fußende Sonderstellung des Handwerks.

Damit verbunden stellt sich immer wieder neu die Frage, welche Berufsbilder dem Handwerksbegriff der Handwerksordnung entsprechen und wann bestimmte Gewerbe nur noch handwerksähnlich oder aber schon industriell geführt werden.

Die Beantwortung dieser Fragen ist auch nach der im Jahre 2004 zum dritten Mal neu gefaßten Handwerksordnung nicht erleichtert worden. Dies ist wohl dem Ansinnen der Reform geschuldet, das in der Abkehr von dem bisher permanent vertretenen Schutz des Handwerkstandes hin zu einer ordnungsrechtlich orientierten Ausrichtung des Gesetzeszwecks zu sehen ist. Mit der Reform war nicht nur ein entscheidender Wandel der Voraussetzungen für den selbständigen Betrieb eines Handwerksgewerbes verbunden, sondern zugleich ein erster Schritt auf dem Weg zu einer wieder erstarkenden Gewerbefreiheit gemacht.

Gleichwohl die Reform mit der neu ausgerichteten Zielsetzung der Handwerksordnung – dem Schutz Dritter vor Gefahren für Leib und Leben – vielen Kritikern der Handwerksordnung in ihrer bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung aus dem Herzen spricht, hat sie doch mehr versprochen, als letztlich umgesetzt wurde. Dies betrifft vor allem die zur Konkretisierung von

⁶²⁰ Vgl. *Fröhler*, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *GewArch* 1964, S. 145 ff.; *ders.*, Handwerk und Industrie, *GewArch* 1983, S. 186.

⁶²¹ Vgl. dazu umfassend *Etzold*, Handwerk und Industrie, *GewArch* 1983, S. 181 (183).

Gefahrenhandwerken herangezogenen Abgrenzungskriterien. Mit der Gefahrgeneigtheit und der Ausbildungsleistung des Handwerks hat sich der Gesetzgeber Begriffe bedient, die an Unbestimmtheit kaum zu überbieten sind und daher nicht dazu beitragen können, sämtliche als zulassungspflichtig auszugestaltenden Handwerke übersichtlich strukturiert und abschließend aufzuzählen.

Dem konnte auch nicht dadurch abgeholfen werden, daß in Anlehnung an den gleichlautenden, bereits im Bürgerlichen Recht verankerten Begriff eine Konkretisierung der neu in die Handwerksordnung eingeführten „Gefahrgeneigtheit“ versucht wurde. Obwohl die bestimmenden Merkmale für die „Gefahrgeneigtheit“ nur in der Tätigkeit selbst oder in den dabei zum Einsatz kommenden Materialien und Hilfsmitteln gesehen werden können, sind die verschiedenen handwerklichen Tätigkeiten gleichwohl nicht so zu definieren, daß sie die genannten Merkmale zweifelsfrei erfüllen oder nicht. Eine Konkretisierung der „Gefahrgeneigtheit“ stellt sich daher schwieriger dar als erwartet. Zudem wäre sie wahrscheinlich mit einer Ausdehnung der Anlage A verbunden, der durch die Einführung des Kriteriums der Gefahrgeneigtheit gerade entgegengetreten werden sollte.

Angesichts des dem Grunde nach durchweg positiv zu beurteilenden Schrittes des Gesetzgebers sollte auch der Blick in die Zukunft des deutschen Handwerksrechts im wesentlichen positiv stimmen. Denn der Gesetzgeber hat mit der Reform der Handwerksordnung 2004 den ersten und zugleich wichtigsten Schritt in Richtung Deregulierung unternommen. Nunmehr müssen weitere Taten folgen, die sich entweder der als schwierig beurteilten Konkretisierung der eingeführten Abgrenzungskriterien oder aber der Abschaffung der Meisterprüfung widmen. Beide Aufgaben werden den Gesetzgeber nicht vor unlösbare Probleme, wohl aber vor neue Herausforderungen stellen.

THESEN

1. Das Handwerk nimmt als ein Segment des tertiären Sektors der Volkswirtschaft eine herausragende Position ein, die es auch nach der Reformierung der Handwerksordnung im Jahr 2004 nicht eingebüßt hat. Darauf deuten vor allem die vom Deutschen Handwerkskammertag veröffentlichten Statistiken hin, wonach die Zahl der am 31.12.2006 in die Handwerksrollen eingetragenen Betriebe gegenüber dem Vorjahr um 24.335 auf insgesamt 947.381 eingetragene Betriebe angewachsen ist.

2. Mit 63,7 % (603.443 Betrieben) entfällt der größte Anteil davon auf solche Handwerksbetriebe, die ein zulassungspflichtiges Gewerk der Anlage A umfassen. Im Vergleich zu der am 31.12.2004 festgestellten Verteilung der Betriebsbestände für die Anlage A stellt dies einen Rückgang um 3,4 % dar. Damit korrespondiert jedoch ein 4,2 %iger Zuwachs bei der Anzahl eingetragener Betriebe eines zulassungsfreien Handwerks der Anlage B1, so daß keine negativen Auswirkungen auf den mengenmäßigen Bestand der Handwerksbetriebe zu besorgen sind. Vielmehr wird man lediglich von einer Verschiebung der selbständigen Betriebe hin zu den Handwerken der Anlage B1 reden können, deren Ursache die zum 1. Januar 2004 in Kraft getretene Novelle der Handwerksordnung ist.

3. In deren Rahmen lockerte der Gesetzgeber die einst für 125 und zuletzt für 94 Handwerksberufe normierte Pflicht, die Meisterprüfung zum Zwecke des selbständigen Betriebes eines Handwerksgewerbes abzulegen, und sieht die Meisterprüfung zwingend noch für 41 Handwerke vor. Hand in Hand mit der gleichzeitig eingeführten Regelung zum Betriebsleiterprinzip ermöglicht die Novelle einen grundlegend erleichterten Zugang zum Beruf des selbständigen Handwerkers und

stellt daher die eindrucksvollste Veränderung der Handwerksordnung seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1953 dar.

4. Im Ergebnis schloß sich der Gesetzgeber damit der zutreffenden Auffassung einiger Gerichte und Autoren an und verwarf die seit Erlaß der Handwerksordnung fast unverändert gebliebenen Grundsätze des Inhaberprinzips und der unterschiedslos geforderten Meisterprüfung. Diese waren in §§ 1 und 7 Abs. 1 HandwO a. F. normiert, die entgegen der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Handwerksbeschluß geäußerten Rechtsauffassung gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Freiheit der Berufswahl verstießen und damit grundgesetzwidrig waren.
5. Anders als das Bundesverfassungsgericht dies beurteilte, stellte die Leistungsfähigkeit des Handwerkstandes vor dem Hintergrund der herausragenden Bedeutung des Grundrechts der Berufsfreiheit für den einzelnen gerade kein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut dar. Zudem war auch die Verhältnismäßigkeit der Regelungen zur Meisterprüfung zu verneinen: Der Befähigungsnachweis ist weder hinreichend geeignet noch erforderlich und angemessen, das vorgegebene Ziel der Erhaltung und Förderung eines besonders leistungsfähigen Handwerkstandes oder an der Sicherung der Ausbildungsleistung des Handwerks zu erreichen.
6. Die mit der Handwerksnovelle 2004 normierte Schmälerung des zwingenden Erfordernisses der Meisterprüfung geht auf die der Handwerksordnung erstmals zugrunde gelegte gesetzgeberische Intention zurück, Leib und Leben Dritter zu schützen. Sie findet ihre Entsprechung in den neustrukturierten Anlagen A und B zur HandwO. Während die Anlage A als Verzeichnis zulassungspflichtiger Handwerksgewerke nunmehr vorrangig gefahrgeneigte Handwerke führt, sollen die Handwerksberufe der Anlage B nach Einschätzung des

Gesetzgebers ausgeübt werden können, ohne daß Dritte eine Gefährdung ihrer Gesundheit oder ihres Lebens zu besorgen haben.

7. Unter Zugrundelegung dieser veränderten gesetzgeberischen Intention der Handwerksordnung und der Restriktion der Meisterprüfung für die 41 auserwählten Handwerksberufe ist das Erfordernis der Meisterprüfung nunmehr grundsätzlich als verfassungsmäßig einzuordnen. Insbesondere der Schutz vor Beschädigungen des Lebens oder der Gesundheit Dritter läßt die Meisterprüfungspflicht für die selektierten Handwerksberufe geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen.
8. Die Meisterpflicht eines Handwerkes bestimmt sich nunmehr gemäß § 7 Abs. 1 HandwO i. V. m. der Anlage A danach, ob es sich bei dem Gewerk um ein gefahrgeneigtes Handwerk handelt. Entsprechend der von Seiten des Gesetzgebers vorgelegten Definition sind solche Handwerke gefahrgeneigt, bei deren unsachgemäßer Ausübung Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter drohen und die daher eine gründliche handwerkliche Ausbildung sowie die Meisterprüfung erfordern. Dabei seien insbesondere Häufigkeit und Wahrscheinlichkeit eines Gefahren Eintrittes zu berücksichtigen, die für das betreffende Gewerbe prägend sind.
9. Die vorstehende, vom Gesetzgeber formulierte Definition ist nicht geeignet, die Zulassungspflicht eines Handwerksgewerbes abschließend zu bestimmen. Mangels konkret benannter Merkmale gefahrgeneigter Tätigkeiten oder einer weitergehenden begrifflichen Konkretisierung der Definition kann sie lediglich als erster Anhaltspunkt verstanden werden.
10. Zur konkreten Bestimmung, ob ein Handwerk gefahrgeneigte Elemente enthält und dementsprechend zur Anlage A der Handwerksordnung zuzuordnen ist, kann auf die im Arbeitsrecht entwickelte Definition zur

Gefahrgeneigtheit und auf den im öffentlichen Recht verankerten Begriff der abstrakten Gefahr zurückgegriffen werden. Dabei hat sich herausgestellt, daß im Handwerksrecht – anders als im Arbeitsrecht – sowohl die einzelnen Arbeitsschritte als auch die erforderlichen Arbeitsmaterialien für sich betrachtet eine der abstrakten Gefahr ähnliche Gefährdungssituation für Dritte begründen können.

11. Da im Rahmen der Ausübung eines Handwerks Tätigkeiten und Arbeitsmaterialien einander bedingen, kann sich die Gefahrgeneigtheit eines Handwerksberufes auch erst im Zusammenspiel beider Faktoren ergeben. Es ist daher bereits von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgeschlossen, weitere (Unter-) Kategorien zu bilden, die auf die Gefahrgeneigtheit eines Handwerkes schließen lassen.
12. Darüber hinaus können bei der Bestimmung gefahrgeneigter Handwerke auch die Eigenschaften der dienstleistenden Person selbst nicht weiter berücksichtigt werden, da auch jede noch so einfache Tätigkeit mit Gefahren für Leib oder Leben Dritter verbunden sein kann, sofern sie nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeübt wird. Daß persönliche Eigenschaften bei der Definition des Begriffes Gefahrgeneigtheit zu vernachlässigen sind, ergibt sich zwingend auch daraus, daß die gefahrgeneigten Handwerke gerade erst bestimmt werden sollen, mit dem Zweck, daß sich ein in einem zulassungspflichtigen Handwerk tätiger Gewerbetreibender zuvor die erforderliche Qualifikation aneignet.
13. Als Alternative zur Handwerksordnung in ihrer jetzigen Fassung kommt die Abkehr vom Begriff der Gefahrgeneigtheit und mit ihr die weitere Deregulierung in Betracht. Dabei könnte sich der deutsche Gesetzgeber an den Regelungen der Mitgliedstaaten der EU orientieren, die ihre

Vorschriften hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis beruflicher Fähigkeiten bereits weitgehend liberalisiert haben.

14. Die Idee freier beruflicher Entfaltungsmöglichkeiten innerhalb des Gebietes der EU sucht auch die Berufsankennungsrichtlinie weiter zu verwirklichen. Ihr bis Oktober 2007 in deutsches Recht zu transformierender Regelungsinhalt sieht eine umfassende Anerkennung von Berufsqualifikationen durch Aufnahmemitgliedstaaten vor. Gleichzeitig bescheinigt sie dem deutschen Gesetzgeber, daß seine Regelungen zum Befähigungsnachweis im Handwerk hinsichtlich der Anerkennung ausländischer Qualifikationen mit den europäischen Vorgaben keineswegs in Einklang gebracht werden können. Vielmehr wird auf der Basis der Berufsankennungsrichtlinie eine weitere Anpassung erfolgen müssen, für die ein Abrücken von den bislang strengen Anforderungen unausweichlich ist.

BIBLIOGRAPHIE

ACHTERBERG, NORBERT/PÜTTNER, GÜNTER/WÜRTEMBERGER, THOMAS (HRSG.):

Besonderes Verwaltungsrecht: Ein Lehr- und Handbuch, Bände I und II, 2. Auflage, Heidelberg 2000

(zit.: Bearbeiter, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Band, S., Randnr.)

ANSCHÜTZ, GERHARD:

Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Auflage, Darmstadt 1933

(zit.: Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. Anm.)

APPEL, IVO :

Stufen der Risikoabwehr, Zur Neuorientierung der umweltrechtlichen Sicherheitsdogmatik im Gentechnikrecht, NuR 1996, S. 227-235

(zit.: Appel, Stufen der Risikoabwehr, NuR 1996, S.)

BACHOF, OTTO:

Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, in: Betterman, Karl August (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 3, Halbband 1, 2. Auflage, Berlin 1972

(zit.: Bachof, in: Die Grundrechte III/1, S.)

BADURA, PETER:

Das handwerksrechtliche Gebot der Meisterpräsenz in den Gesundheitsberufen, dargestellt am Beispiel des Augenoptikerhandwerks, GewArch 1992, S. 201-208

(zit.: Badura, Das handwerksrechtliche Gebot der Meisterpräsenz in den Gesundheitsberufen, GewArch 1992, S.)

BADURA, PETER:

Verteilungsordnung und Zuteilungsverfahren bei der Bewirtschaftung knapper Güter durch die öffentliche Verwaltung, in: Wendt, Rudolf/Höfling, Wolfram/Karpen, Ulrich/Oldiges, Martin (Hrsg.): Staat, Wirtschaft, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1996

(zit.: Badura, Verteilungsordnung und Zuteilungsverfahren, in: FS Friauf, S.)

BAUER, HARTMUT/KAHL, WOLFGANG:

Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, S. 1077-1085

(zit.: Bauer/Kahl, Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, S.)

BEAUCAMP, GUY:

Meister Ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, S. 1458-1463

(zit.: Beaucamp, Meister Ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, S.)

BECKER, HANS-JOACHIM:

Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Eintragung in die Handwerksrolle, DÖV 1955, S. 208-212

(zit.: Becker, Rechtsprechung, DÖV 1955, S.)

BECKER, HANS-JOACHIM:

Zum Befähigungsnachweis im Handwerk, NJW 1955, S. 975-977

(zit.: Becker, Zum Befähigungsnachweis im Handwerk, NJW 1955, S.)

BECKER, HANS-JOACHIM:

Zum Grundrecht der freien Berufswahl, Eine Zwischenbilanz zu Art. 12 Abs. 1, NJW 1955, S. 1737-1740

(zit.: Becker, Berufswahl, NJW 1955, S.)

BELJIN, SASA:

Neonazistische Demonstrationen in der aktuellen Rechtsprechung, DVBl. 2002, S. 15-22

(zit.: Beljin, Neonazistische Demonstrationen in der aktuellen Rechtsprechung, DVBl. 2002, S.)

BERG, WILFRIED:

Gewerbefreiheit und Handwerksmonopol – Am Beispiel der Abgrenzung zwischen Straßenbauerhandwerk und dem Gewerbe des Garten- und Landschaftsbaus –, GewArch 1982, S. 73-77

(zit.: Berg, Gewerbefreiheit und Handwerksmonopol, GewArch 1982, S.)

BÖHME, RALPH H.:

Ein neues Gaststättenrecht?, GewArch 2006, S. 185-188

(zit.: Böhme, Ein neues Gaststättenrecht, GewArch 2006, S.)

BRANDT, PETER:

Geschichtliche Entwicklung und heutige Bedeutung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit, Aachen 1998

(zit.: Brandt, Geschichtliche Entwicklung und heutige Bedeutung des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit, S.)

BRENNER, MICHAEL/NEHRIG, ANJA:

Das Risiko im öffentlichen Recht, DÖV 2004, S. 1024-1030

(zit.: Brenner/Nehrig, Risiko im öffentlichen Recht, DÖV 2004, S.)

BREUER, RÜDIGER:

Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI. Freiheitsrechte, § 148, Heidelberg 1989

(zit.: Breuer, Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: HStR VI, § 148, Randnr.)

BREUER, RÜDIGER:

Freiheit des Berufs, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI. Freiheitsrechte, § 147, Heidelberg 1989

(zit.: Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, § 147, Randnr.)

BREUER, RÜDIGER:

Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, DVBl. 1978, S. 829-839

(zit.: Breuer, Gefahrenabwehr, DVBl. 1978, S.)

BULL, HANS PETER:

Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, S. 801-806

(zit.: Bull, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, S.)

CONZE, WERNER:

Arbeit, in: Brunner, Otto/Conze, Werner/Koselleck, Reinhart (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band I, A-D, 5. Auflage, Stuttgart 1997

(zit.: Conze, Arbeit, in: Brunner/Conze/Koselleck [Hrsg.], Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, S.)

CREIFELDS, CARL (BEGR.)/WEBER, KLAUS (HRSG.):

Rechtswörterbuch, 18. Auflage, München 2004

(zit.: Creifelds, Rechtswörterbuch, → Stichwort, S.)

CZYBULKA, DETLEF:

Berufs- und Gewerbefreiheit: Ende oder Fortbildung der Stufentheorie?, NVwZ 1991, S. 145-148

(zit.: Czybulka, Berufs- und Gewerbefreiheit, NVwZ 1991, S.)

CZYBULKA, DETLEF:

Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts, GewArch 1994, S. 89-95

(zit.: Czybulka, Das deutsche Handwerksrecht, GewArch 1994, S.)

CZYBULKA, DETLEF:

Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995-2001, NVwZ 2003, S. 164-172

(zit.: Czybulka, Die Entwicklung des Handwerksrechts 1995-2001, NVwZ 2003, S.)

DARNSTÄDT, THOMAS:

Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge: Eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognosestatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Frankfurt a. M. 1983

(zit.: Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, S.)

DEGGAU, HANS-GEORG:

Die Aporien der Rechtslehre Kants, Stuttgart 1983
(zit.: Deggau, Die Aporien der Rechtslehre Kants, S.)

DEREGULIERUNGSKOMMISSION (HRSG.):

Marktöffnung und Wettbewerb, Berichte 1990 und 1991, Stuttgart 1991
(zit.: Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, S.)

DI FABIO, UDO:

Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, Ist der Umgang mit Risiken rechtlich operationalisierbar?, NuR 1991, S. 353-359
(zit.: Di Fabio, Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung, NuR 1991, S.)

DI FABIO, UDO:

Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, Jura 1996, S. 566-574
(zit.: Di Fabio, Gefahrenabwehr, Jura 1996, S.)

DI FABIO, UDO:

Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, S. 689-697
(zit.: Di Fabio, Grundrechte im präzeptoralen Staat, JZ 1993, S.)

DI FABIO, UDO:

Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994
(zit.: Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S.)

DI FABIO, UDO:

Risikovorsorge – uferlos?, ZLR 2003, S. 163-173
(zit.: Di Fabio, Risikovorsorge, ZLR 2003, S.)

DIEM, MARTIN:

Die theoretischen Grundlagen der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei schadensgeneigter Arbeit, Tübingen 1969
(zit.: Diem, Theoretische Grundlagen, S.)

DOEHRING, KARL:

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1973), S. 7-48 (1. Mitbericht)
(zit.: Doehring, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 [1973], S.)

DOLZER, RUDOLF/VOGEL, KLAUS (HRSG.):

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, Stand 127. Lieferung Februar 2007
(zit.: Bearbeiter, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art., Anm.)

DREIER, HORST (HRSG.):

Grundgesetz, Kommentar, Band I. Art. 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004
(zit.: Bearbeiter, in: Dreier, GG, Art., Randnr.)

DÜRIG, GÜNTER:

Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 2 GG, AöR 81 (1956), S. 117-157
(zit.: Dürig, Menschenwürde, AöR 81 [1956], S.)

DÜRR, WOLFRAM:

Die Eigenständigkeit zulassungsfreier Handwerksberufe, GewArch 2005, S. 364-366
(zit.: Dürr, Die Eigenständigkeit zulassungsfreier Handwerksberufe, GewArch 2005, S.)

DÜRR, WOLFRAM:

Meisterprüfung als präventives Sicherheitselement?, GewArch 2003, S. 415-416
(zit.: Dürr, Meisterprüfung, GewArch 2003, S.)

DÜRR, WOLFRAM:

Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, - Beschluß des BVerfG vom 05.12.2005 -, GewArch 2007, S. 18-24
(zit.: Dürr, Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, GewArch 2007, S.)

EHRENBERG, STEFAN:

Die rechtshistorischen Wurzeln des Begriffs der gefahrgeneigten Arbeit und die Weiterentwicklung der Grundsätze durch Rechtsprechung und Rechtslehre, Frankfurt a. M. 1997
(zit.: Ehrenberg, Gefahrgeneigte Arbeit, S.)

ERHARD, LUDWIG:

Das deutsche Handwerk im europäischen Markt, GewArch 1962, S. 121-122
(zit.: Erhard, Das deutsche Handwerk im europäischen Markt, GewArch 1962, S.)

ERICHSEN, HANS-UWE:

Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI. Freiheitsrechte, § 152, Heidelberg 1989
(zit.: Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR VI, § 152, Randnr.)

ETZOLD, HANS-JOACHIM:

Handwerk und Industrie – Das Abgrenzungsproblem gewinnt gewerbepolitische Aktualität, GewArch 1983, S. 181-185

(zit.: Etzold, Handwerk und Industrie, GewArch 1983, S.)

EYERMANN, ERICH/FRÖHLER, LUDWIG:

Handwerksordnung, Kommentar, München und Berlin 1953

(zit.: Eyermann/Fröhler, Handwerksordnung, Teil, S.)

FRENZ, WALTER:

Die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen nach der Berufsanerkennungsrichtlinie, GewArch 2007, S. 27-27

(zit.: Frenz, Die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen nach der Berufsanerkennungsrichtlinie, GewArch 2007, S.)

FREY, ERICH:

Gutachten: Die unzureichende Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) als Gegenstand der Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers, BB 1960, S. 411-415

(zit.: Frey, Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers, BB 1960, S.)

FRIAUF, KARL-HEINRICH:

Die Freiheit des Berufes nach Art. 12 Abs. 1 GG, JA 1984, S. 537-544

(zit.: Friauf, Die Freiheit des Berufes, JA 1984, S.)

FRÖHLER, LUDWIG:

Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, dargestellt anhand der Rechtsprechung, München 1971

(zit.: Fröhler, Das Berufszulassungsrecht der Handwerksordnung, S.)

FRÖHLER, LUDWIG:

Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewArch 1964, S. 145-148

(zit.: Fröhler, Der Handwerksbegriff in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GewArch 1964, S.)

FRÖHLER, LUDWIG:

Die Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises beurteilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG, GewArch 1961, S. 49-51

(zit.: Fröhler, Die Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises, GewArch 1961, S.)

FRÖHLER, LUDWIG:

Handwerk und Industrie – Eine Anmerkung zu den Ausführungen von Dr. Hans-Joachim Etzold, GewArch 1983, S. 186-188

(zit.: Fröhler, Handwerk und Industrie, GewArch 1983, S.)

FRÖHLER, LUDWIG:

Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, Der dynamische Handwerksbegriff in der deutschen Rechtsprechung, München 1965

(zit.: Fröhler, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, S.)

FRÖHLER, LUDWIG/MÖRTEL, GEORG:

Probleme der Verordnungsermächtigung nach Art. 80 GG, dargestellt am Problem des § 1 Abs. 3 der Handwerksordnung, Bad Wörishofen 1976

(zit.: Fröhler/Mörtel, Probleme der Verordnungsermächtigung nach Art. 80 GG, S.)

FROTSCHER, WERNER:

Grundfälle zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, JuS 1983, S. 114-119, S. 521-526, S. 775-781, S. 934-939

(zit.: Frotscher, Grundfälle zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, JuS 1983, S.)

FRÜH, GUDRUN:

Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?, GewArch 1998, S. 402-406

(zit.: Früh, Eintragung in die Handwerksrolle, GewArch 1998, S.)

GALLWAS, HANS-ULLRICH:

Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte: ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen, Berlin 1970

(zit.: Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, S.)

GAMILLSCHEG, FRANZ/HANAU, PETER:

Die Haftung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, Heidelberg 1974

(zit.: Gamillscheg/Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, S.)

GEISENDÖRFER, ULRICH:

Deregulierung und Reform des Handwerksrechts, GewArch 1992, S. 361-364

(zit.: Geisendörfer, Deregulierung und Reform des Handwerksrechts, GewArch 1992, S.)

GLÖCKNER, WILLY:

Gewerbefreiheit in Gefahr – Die Absichten der Befürworter des großen Befähigungsnachweises, Die Neue Zeitung: die amerikanische Zeitung in Deutschland, Nr. 259 vom 6. November 1951, Berlin-Dahlem 1951

(zit.: Glöckner, Gewerbefreiheit in Gefahr, Die Neue Zeitung, Nr. 259/1951, S.)

GLÖCKNER, WILLY:

Die Gewerbefreiheit ist in Gefahr (II) – Freiherr vom Stein führte bereits 1810 die Gewerbefreiheit ein, Die Neue Zeitung: die amerikanische Zeitung in Deutschland, Nr. 261 vom 8. November 1951, Berlin-Dahlem 1951

(zit.: Glöckner, Gewerbefreiheit in Gefahr, Die Neue Zeitung, Nr. 261/1951, S.)

GLÖCKNER, WILLY:

Der große Befähigungsnachweis ist verfassungswidrig – Die Gewerbefreiheit ist in Gefahr (III), *Die Neue Zeitung: die amerikanische Zeitung in Deutschland*, Nr. 269 vom 17. November 1951, Berlin-Dahlem 1951

(zit.: Glöckner, Gewerbefreiheit in Gefahr, *Die Neue Zeitung*, Nr. 269/1951, S.)

GÖTZ, VOLKMAR:

Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auflage, Göttingen 1995

(zit.: Götz, Polizei- und Ordnungsrecht, §, Randnr.)

GRABITZ, EBERHARD/HILF, MEINHARD:

Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Bd. I und II. 30. Ergänzungslieferung, München, Stand 2006

(zit.: Bearbeiter, in: Grabitz/Hilf, Recht der Europäischen Union, Art., Randnr.)

GROEBEN, HANS VON DER/THIESING, JOCHEN/EHLERMANN, CLAUS-DIETER (HRSG.):

Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Auflage, Baden-Baden 2003

(zit.: Bearbeiter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EU-/EG-Vertrag, Art., Randnr.)

GUMPERT, JOBST:

Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung, BB 1958, S. 740-743

(zit.: Gumpert, Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung, BB 1958, S.)

GUSY, CHRISTOPH:

Polizeirecht, 5. Auflage, Tübingen 2003

(zit.: Gusy, Polizeirecht, §, Randnr.)

GUSY, CHRISTOPH:

Rechtsextreme Versammlungen als Herausforderungen an die Rechtspolitik, JZ 2002, S. 105-114

(Gusy, Versammlungen als Herausforderungen, JZ 2002, S.)

HÄBERLE, PETER:

Arbeit als Verfassungsproblem, JZ 1984, S. 345-355

(zit.: Häberle, Arbeit als Verfassungsproblem, JZ 1984, S.)

HÄBERLE, PETER:

Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, AöR 109 (1984), S. 36-76

(zit.: Häberle, Vielfalt der property rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, AöR 109 [1984], S.)

HAMANN, ANDREAS:

Berufsordnungsgesetze und Grundgesetz, BB 1955, S. 293-295

(zit.: Hamann, Berufsordnungsgesetze und Grundgesetz, BB 1955, S.)

HAMANN, ANDREAS:

Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, Heidelberg 1953

(zit.: Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S.)

HAMPKE, THILO:

Der Befähigungsnachweis im Handwerk, Jena 1892

(zit.: Hampke, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, S.)

HANSEN-DIX, FRAUKE:

Die Gefahr im Polizeirecht, im Ordnungsrecht und im Technischen Sicherheitsrecht, Köln 1982

(zit.: Hansen-Dix, Die Gefahr, S.)

HARTMANN, KARL/PHILLIP, FRANZ:

Handwerksrecht, Handwerksordnung: Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17. September 1953, Kommentar, Darmstadt/Berlin 1954

(zit.: Hartmann/Phillip, Handwerksordnung, S.)

HARTUNG, FRITZ:

Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart, 3. Auflage, Göttingen 1964

(zit.: Hartung, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte, S.)

HAUSSLEITER, OTTO:

Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1952, S. 496-499

(zit.: Haußleiter, Beruf und Gewerbe, DÖV 1952, S.)

HAUSSLEITER, OTTO:

Grundgesetz und handwerklicher Befähigungsnachweis, Deutsches Handwerksblatt (DHB) 1953, S. 121-123

(zit.: Haußleiter, Handwerklicher Befähigungsnachweis, DHB 1953, S.)

HAUSSLEITER, OTTO:

Probleme der neuen Handwerksordnung, DVBl. 1953, S. 588-562

(zit.: Haußleiter, Probleme der neuen Handwerksordnung, DVBl. 1953, S.)

HEDEMANN, JUSTUS WILHELM:

Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933

(zit.: Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S.)

HEGE, HANS:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, Berlin 1977
(zit.: Hege, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, S.)

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH:

Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821
(zit.: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §)

HELD, HERMANN:

Die Unzulässigkeit von Hand- und Spanndiensten nach geltendem Verfassungs-, Verwaltungs- und Völkerrecht, DVBl. 1954, S. 345-349
(zit.: Held, Die Unzulässigkeit von Hand- und Spanndiensten, DVBl. 1954, S.)

HESSE, HANS ALBRECHT:

Der Einzelne und sein Beruf: Die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus soziologischer Sicht, AöR 95 (1970), S. 449-474
(zit.: Hesse, Der Einzelne und sein Beruf, AöR 95 [1970], S.)

HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG:

Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Stödter, Rolf (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977
(zit.: Hoffmann-Riem, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: FS Ipsen, S.)

HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG:

Neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, S. 257-265
(zit.: Hoffmann-Riem, Neuere Rechtsprechung zur Versammlungsfreiheit, NVwZ 2002, S.)

HONIG, GERHARD:

Die gegenwärtige Lage des Handwerks in den USA. Ist in Deutschland eine ähnliche Entwicklung zu erwarten?, GewArch 1964, S. 99-101
(zit.: Honig, Die gegenwärtige Lage des Handwerks in den USA, GewArch 1964, S.)

HONIG, GERHARD:

Gedanken über die Zukunft unseres Handwerks, Ein Vergleich mit den Verhältnissen in den USA, GewArch 1999, S. 188-192
(zit.: Honig, Gedanken über die Zukunft unseres Handwerks, GewArch 1999, S.)

HUBER, ERNST RUDOLF:

Deutsche Verfassungsgeschichte: seit 1789, Bd. I. Reform und Restauration: 1789 bis 1830, 2. Auflage, Stuttgart 1995
(zit.: Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. I, S.)

HUBER, ERNST RUDOLF (HRSG.):

Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. I. 1803-1805, 3. Auflage, Stuttgart 1978

(zit.: Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. I, S.)

HUBER, ERNST RUDOLF:

Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Auflage, Tübingen 1953

(zit.: Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S.)

HUBER, ERNST RUDOLF:

Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Auflage, Tübingen 1954

(zit.: Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S.)

HUFEN, FRIEDHELM:

Berufsfreiheit - Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, S. 2913-2922

(zit.: Hufen, Berufsfreiheit, NJW 1994, S.)

ISENSEE, JOSEF:

Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 (1973), S. 49-106 (2. Mitbericht)

(zit.: Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 [1973], S.)

JARASS, HANS D./PIEROOTH, BODO:

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 8. Auflage, München 2006

(zit.: Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth, GG, Art., Randnr.)

JEDER, PETRA:

Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand: Zur Vereinbarkeit der Berufszulassungsvorschriften des deutschen Handwerksrechts mit dem Niederlassungsrecht des EWGV und den Grundrechten des GG, Pfaffenweiler 1992

(zit.: Jeder, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, S.)

KANT, IMMANUEL:

Kritik der Urteilskraft (1790), § 83, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Werke, Bd. 8, Die Metaphysik der Sitten, 9. Auflage, Frankfurt am Main 1991

(zit.: Kant, Kritik der Urteilskraft [1790], § 83, in: Weischedel [Hrsg.], Werke, Band 8, S.)

KLEIN, ECKART:

Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633-1640

(zit.: Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S.)

KNEMEYER, FRANZ-LUDWIG:

Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Auflage, München 2004
(zit.: Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, §, Randnr.)

KOKOTT, JULIANE:

Die dogmatische Einordnung der Begriffe "Störer" und "Anscheinsstörer" in einer zunehmend technisierten Gesellschaft, DVBl. 1992, S. 749-756
(zit.: Kokott, Die dogmatische Einordnung der Begriffe "Störer" und "Anscheinsstörer", DVBl. 1992, S.)

KÖNIG, DORIS:

Das Problem der Inländerdiskriminierung – Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung?, AöR 118 (1993), S. 591-616
(zit.: König, Das Problem der Inländerdiskriminierung, AöR 118 [1993], S.)

KOPP, FERDINAND:

Die Zukunft des Handwerksrechts und seiner Organisation, WiVerw 1994, S. 1-19
(zit.: Kopp, Zukunft des Handwerksrechts, WiVerw 1994, S.)

KORMANN, JOACHIM/HÜPERS, FRANK:

Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S. 353-363, S. 404-408
(zit.: Kormann/Hüpers, Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004, GewArch 2004, S.)

KRAUSE, PETER FRIEDRICH WILHELM:

Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des Deutschen Idealismus und ihre Bedeutung für das Recht, Saarbrücken 1965
(zit.: Krause, Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des Deutschen Idealismus und ihre Bedeutung für das Recht, S.)

KÜHNE, JÖRG-DETLEF:

Die Reichsverfassung der Paulskirche: Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben, 2. Auflage, Neuwied 1998
(zit.: Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, S.)

LANDMANN, ROBERT VON/ROHMER, GUSTAV:

Kommentar zur Gewerbeordnung, Bd. 1. Einleitung, Gewerbeordnung Titel I-V und zugehörige Nebengesetze, 10. Auflage, München 1952
(zit.: v. Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Band, S.)

LANGHOLM, OTT:

Economics in the Medieval Schools: wealth, exchange, value, money, and usury according to the Paris theological tradition, 1200-1350, New York 1992
(zit.: Langholm, Economics in the Medieval Schools, S.)

LECHELER, HELMUT:

Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 48-75 (2. Mitbericht)

(zit.: Lecheler, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 [1985], S.)

LEISNER, WALTER:

Der Verfassungsschutz des Handwerks und die Abgrenzung Handwerk – Industrie, GewArch 1997, S. 393-400

(zit.: Leisner, Verfassungsschutz des Handwerks, GewArch 1997, S.)

LEISNER, WALTER:

Handwerksrecht und Europarecht, Verstößt der Große Befähigungsnachweis gegen Gemeinschaftsrecht?, GewArch 1998, S. 445-453

(zit.: Leisner, Handwerksrecht und Europarecht, GewArch 1998, S.)

LEISNER, WALTER GEORG:

Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? – Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme, Bemerkungen zu einem neuen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (BvR vom 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02), GewArch 2006, S. 393-395

(zit.: Leisner, Der Meistertitel im Handwerk, GewArch 2006, S.)

LISKEN, HANS/DENNINGER, ERHARD (HRSG.):

Handbuch des Polizeirechts, 3. Auflage, München 2001

(zit.: Bearbeiter, in: Lisken/Denninger, Polizeirecht, Kap., Randnr.)

LOCKE, JOHN:

Two Treatises of Government, London 1772

(zit.: Locke, Two Treatises of Government, Book, Chapter, §)

LÜCKE, JÖRG:

Die Berufsfreiheit: Eine Rückbesinnung auf den Text des Art. 12 Abs. 1 GG, Heidelberg 1994

(zit.: Lücke, Die Berufsfreiheit, S.)

MALLMANN, OTTO:

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, S. 89-96

(zit.: Mallmann, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Handwerksrecht, GewArch 1996, S.)

MANGOLDT, HERMANN VON/KLEIN, FRIEDRICH/STARCK, CHRISTIAN:

Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19, 5. Auflage, München 2005

(zit.: Bearbeiter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art., Randnr.)

MASCHMANN, FRANK:

Deregulierung im Handwerk: Die Meisterprüfung – Ein alter Zopf?, ZRP 1990, S. 434-438

(zit.: Maschmann, Deregulierung im Handwerk, ZRP 1990, S.)

MAUNZ, THEODOR/DÜRIG, GÜNTER:

Grundgesetz, Kommentar, Bd. II. Art. 12-20, 48. Ergänzungslieferung, München, Stand November 2006

(zit.: Bearbeiter, in: Maunz/Dürig, GG, Art., Randnr.)

MERTEN, DETLEF:

Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts (Artikel 11 des Grundgesetzes), Berlin 1970

(zit.: Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, S.)

MEYER, WERNER:

Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000 – Rs. C-58/98 – (GewArch 2000, 476) auf das deutsche Handwerksrecht, GewArch 2001, S. 265-276

(zit.: Meyer, Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils, GewArch 2001, S.)

MIRBACH, HORST:

Anfang vom Ende des Meisterzwangs?, NVwZ 2001, S. 161-163

(zit.: Mirbach, Ende des Meisterzwangs, NVwZ 2001, S.)

MONOPOLKOMMISSION (HRSG.):

Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/1997, Hauptband, 1. Auflage, Baden-Baden 1998

(zit.: Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997, Marktöffnung umfassend verwirklichen, S.)

MONOPOLKOMMISSION (HRSG.):

Reform der Handwerksordnung: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Band 31, Baden-Baden 2002

(zit.: Monopolkommission, Sondergutachten 31, Reform der Handwerksordnung, S.)

MÜLLER, KLAUS:

Erster Beitrag zur Evaluierung der Handwerksordnung, GewArch 2007, S. 146-149

(zit.: Müller, Erster Beitrag zur Evaluierung der Handwerksordnung, GewArch 2007, S.)

MÜLLER, MARTIN:

Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S. 403-412
(zit.: Müller, Die Novellierung der Handwerksordnung 2004, NVwZ 2004, S.)

MÜNCH, INGO VON/KUNIG, PHILIP (HRSG.):

Grundgesetz, Kommentar, Band I, Präambel bis Art. 20 GG, 5. Auflage, München 2000
(zit.: Bearbeiter, in: v. Münch/Kunig, GG, Art., Randnr.)

MUNDHENKE, HEINZ:

Die neue Handwerksordnung, DÖV 1954, S. 17-18
(zit.: Mundhenke, Handwerksordnung, DÖV 1954, S.)

MUSIELAK, HANS-JOACHIM/DETTNERBECK, STEFFEN:

Das Recht des Handwerks, Kommentar zur Handwerksordnung nebst anderen für das
Handwerksrecht bedeutsamen Rechtsvorschriften und Bestimmungen, 3. Auflage,
München 1995
(zit.: Musielak/Detterbeck, Handwerksordnung, §, Randnr.)

NAUMANN, RICHARD:

Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, JZ 1951, S. 423-432
(zit.: Naumann, Berufsfreiheit, JZ 1951, S.)

OSSENBÜHL, FRITZ:

Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR 115 (1990), S. 1-32
(zit.: Ossenbühl, Freiheiten des Unternehmers, AöR 115 [1990], S.)

PAPIER, HANS-JÜRGEN:

Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, Zur Tagung der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer in Göttingen 1984, DVBl. 1984, S. 801-814
(zit.: Papier, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 1984, S.)

PIEROTH, BODO/SCHLINK, BERNHARD:

Grundrechte, Staatsrecht II, 22. Auflage, Heidelberg 2006
(zit.: Pieroth/Schlink, Grundrechte, Randnr.)

POHL, WILMA:

Regulierung des Handwerks: Eine ökonomische Analyse, Wiesbaden 1995
(zit.: Pohl, Regulierung des Handwerks, S.)

PRASS, JOHANNES:

Sind die Zulassungsbeschränkungen für Steuerberater und Helfer in Steuersachen
grundgesetzwidrig?, DStRu (seit 1962/63 DStR, Deutsches Steuerrecht) 1951, S. 53 ff., S.
101 ff.
(zit.: Praß, Zulassungsbeschränkungen, DStR 1951, S.)

PÜTTNER, GÜNTER:

Verbraucherschutz und Rechtsstaat, Gesetzeslage und Gesetzesanwendung bei der Bekämpfung täuschender Verpackungen, NJW 1979, S. 2131-2134

(zit.: Püttner, Verbraucherschutz und Rechtsstaat, NJW 1979, S.)

QUARITSCH, HELMUT:

Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V. Allgemeine Grundrechtslehren, § 120, Heidelberg 1992

(zit.: Quaritsch, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: HStR V, § 120, Randnr.)

REUSS, WILHELM:

Das Bundesverfassungsgericht zur Handwerksordnung, DVBl. 1961, S. 865-871

(zit.: Reuß, Handwerksordnung, DVBl. 1961, S.)

ROHMER, GUSTAV:

Art. 111 WRV, Freizügigkeit und Freiheit des Erwerbs von Grundstücken, in: Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. I. Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102-117, Frankfurt/a. M. 1929

(zit.: Rohmer, Art. 111 WRV, Freizügigkeit und Freiheit des Erwerbs von Grundstücken, in: Nipperdey [Hrsg.], Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, S.)

RÜEGG, WALTER:

Soziologie, Frankfurt a. M. 1975

(zit.: Rüegg, Soziologie, S.)

RUPP, HANS HEINRICH:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit, Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1965, S. 993-996

(zit.: Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 1965, S.)

RUPP, HANS HEINRICH:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), S. 212-242

(zit.: Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, AöR 92 [1967], S.)

SACHS, MICHAEL (HRSG.):

Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2003

(zit.: Bearbeiter, in: Sachs, GG, Art., Randnr.)

SANDMANN, BERND:

Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten: Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Haftung und Haftungsprivilegierung, Tübingen 2001

(zit.: Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, S.)

SCHERZBERG, ARNO:

Risiko als Rechtsproblem, Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrecht, *VerwArch* 84 (1993), S. 484-513

(zit.: Scherzberg, Risiko als Rechtsproblem, *VerwArch* 84 [1993], S.)

SCHEUNER, ULRICH:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit, *DVBl.* 1958, S. 845-849

(zit.: Scheuner, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, *DVBl.* 1958, S.)

SCHEUNER, ULRICH:

Handwerksordnung und Berufsfreiheit, *Deutsches Handwerksblatt (DHB)* 1955, S. 339-341, S. 361-364, S. 387-396

(zit.: Scheuner, Handwerksordnung und Berufsfreiheit, *DHB* 1955, S.)

SCHEUNER, ULRICH (HRSG.):

Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates, in: *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Frankfurt 1971

(zit.: Scheuner, Wirtschaftslenkung im Verfassungsrecht des modernen Staates, in: *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, S.)

SCHIFFAUER, PETER:

Recht auf Arbeit und Eigentum, Überlegungen zu möglichen Entwicklungen auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes, *EuGRZ* 1982, S. 41-58

(zit.: Schiffauer, Recht auf Arbeit und Eigentum, *EuGRZ* 1982, S.)

SCHIFFNER, EBERHARD/OPPEL, KLAUS/LÖRTZING, DIETRICH:

Fleisch- und Wurstwaren – hausgemacht: Eine Anleitung zur ordnungsgemäßen Hausschlachtung und zum Herstellen verschiedener Fleisch- und Wurstwaren im Haushalt, Leipzig 1987

(zit.: Schiffner/Oppel/Lörtzing, Fleisch- und Wurstwaren – hausgemacht, S.)

SCHLEYER, HANNS-EBERHARD:

Im Gespräch: Stets eine Basis für eine gute Zukunft schaffen, in: *Das Parlament*, 54. Jahrgang, Nr. 37 vom 6. September 2004, S. 8

(zit.: Schleyer, Im Gespräch, *Das Parlament*, 54. Jahrgang, Nr. 37 vom 6. September 2004, S. 8)

SCHMIDT, WALTER:

Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung – Zur Lage der zweiten Gewalt, *VVDStRL* 33 (1974), S. 183-220 (1. Bericht)

(zit.: Schmidt, Organisierte Einwirkung auf die Verwaltung, *VVDStRL* 33 [1974], S.)

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD (HRSG.):

Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage, Berlin 2005

(zit.: Bearbeiter, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, Kap., Randnr.)

SCHMIEDER, SANDRA:

Risikoentscheidungen im Gentechnikrecht, Beurteilungsspielräume der Verwaltung gegenüber den Gerichten?, Berlin 2004

(zit.: Schmieder, Risikoentscheidungen, S.)

SCHMITZ, KLAUS:

Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, S. 88-99

(zit.: Schmitz, Die Rechtsprechung zur Meisterpräsenz im Handwerk, WiVerw 1999, S.)

SCHNEIDER, HANS-PETER:

Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 7-47 (1. Bericht)

(zit.: Schneider, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 [1985], S.)

SCHNEIDER, OTMAR:

Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr, DVBl. 1980, S. 406-409

(zit.: Schneider, Grundsätzliche Überlegungen zur polizeilichen Gefahr, DVBl. 1980, S.)

SCHOCH, FRIEDRICH:

Staatliche Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, S. 667-674

(zit.: Schoch, Informationspolitik und Berufsfreiheit, DVBl. 1991, S.)

SCHWABE, JÜRGEN:

Gefahrenabwehr und zeitliche Nähe des Schadens, DVBl. 2001, S. 968-969

(zit.: Schwabe, Gefahrenabwehr und zeitliche Nähe des Schadens, DVBl. 2001, S.)

SCHWANNECKE, HOLGER:

Der Meisterbrief des Handwerks: Ein Qualifikationsinstrument mit Zukunft? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um die Handwerksordnung, WiVerw 2003, S. 193-216

(zit.: Schwannecke, Der Meisterbrief des Handwerks, WiVerw 2003, S.)

SCHWANNECKE, HOLGER/HECK, HANS-JOACHIM:

Die Handwerksnovelle 2004 – Die wichtigsten Änderungen –, GewArch 2004, S. 129-142

(zit.: Schwannecke/Heck, Die Handwerksnovelle 2004, GewArch 2004, S.)

SCHWERDTFEGER, GUNTHER:

Welche rechtlichen Vorkehrungen empfehlen sich, um die Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik angemessen zu gestalten?, Teilgutachten Ausländerintegration, Abteilung Ausländerrecht, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Dreiundfünfzigsten Deutschen Juristentages Berlin 1980, Band 1 (Gutachten), München 1980, S. A1-A136

(zit.: Schwerdtfeger, Gutachten A zum 53. Deutschen Juristentag, S.)

STEINER, UDO (HRSG.):

Besonderes Verwaltungsrecht: Ein Lehrbuch, 7. Auflage, Heidelberg 2003

(zit.: Bearbeiter, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Kap., Randnr.)

STOBER, ROLF:

Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S. 393-399

(zit.: Stober, Reform der Handwerksordnung, GewArch 2003, S.)

STOBER, ROLF:

Besonders Wirtschaftsverwaltungsrecht: Gewerbe- und Medienwirtschaftsrecht, Stoffwirtschafts- und Subventionsrecht, 13. Auflage, Stuttgart 2004

(zit.: Stober, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13. Aufl., §)

STOBER, ROLF:

Die Entwicklung des Gewerberechts in den Jahren 1982/1983, NJW 1984, S. 2499-2510

(zit.: Stober, Die Entwicklung des Gewerberechts in den Jahren 1982/1983, NJW 1984, S.)

STOBER, ROLF:

Lexikon des Rechts – Gewerberecht, Neuwied 1999

(zit.: Stober, Lexikon des Rechts – Gewerberecht, Stichwort, S.)

STORK, STEFAN:

Die neue Rahmenrichtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG) unter besonderer Berücksichtigung reglementierter Handwerksberufe, WiVerw 2006, S. 152-180

(zit.: Stork, Die neue Rahmenrichtlinie, WiVerw 2006, S.)

SYDOW, MAREN:

Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“ zum Vollzug der Handwerksordnung vom 21. November 2000 („Leipziger Beschlüsse“) und ihre Auswirkungen in der Praxis, GewArch 2002, S. 458-459

(zit.: Sydow, Die Beschlüsse des „Bund-Länder-Ausschusses Handwerksrecht“, GewArch 2002, S.)

TRAUBLINGER, HEINRICH:

Handwerksordnung – Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform? Sicht des bayerischen Handwerks, *GewArch* 2003, S. 535-538

(zit.: Traublinger, Handwerksordnung, *GewArch* 2003, S.)

TETTINGER, PETER J.:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 108 (1983), S. 92-133

(zit.: Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, *AöR* 108 [1983], S.)

THIEME, WERNER:

Die freie Wahl der Ausbildungsstätte in der Rechtsanwaltsausbildung, *ZRP* 1997, S. 239-241

(zit.: Thieme, Die freie Wahl der Ausbildungsstätte, *ZRP* 1997, S.)

TUREGG, KURT EGON VON:

Der Befähigungsnachweis im Handwerk, *NJW* 1954, S. 96-98

(zit.: v. Turegg, Der Befähigungsnachweis im Handwerk, *NJW* 1954, S.)

UBER, GIESBERT:

Freiheit des Berufs, Artikel 12 des Grundgesetzes, Nach einer rechtsgrundsätzlichen Betrachtung der individuellen Freiheit, Hamburg 1952

(zit.: Uber, Freiheit des Berufs, S.)

VARIAN, HAL R.:

Grundzüge der Mikroökonomik, 6. Auflage, Oldenbourg 2004

(zit.: Varian, Grundzüge der Mikroökonomik)

VOGEL, KLAUS/MARTENS, WOLFGANG (HRSG.):

Gefahrenabwehr: allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1986

(zit.: Vogel, Gefahrenabwehr, §, S.)

WASSERMANN, RUDOLF (GESAMTHRSG. REIHE ALTERNATIVKOMMENTARE):

Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in zwei Bänden, Band 1. Art. 1-37, Band 2. Art. 38-146, 2. Auflage, Neuwied 1989

(zit.: Bearbeiter, in: Kommentar zum Grundgesetz, Art., Randnr.)

WEISZ, CHRISTOPH (HRSG.):

OMGUS-Handbuch, Die amerikanische Militärregierung in Deutschland 1945-1949, München 1994

(zit.: Bearbeiter, in: Weisz, OMGUS-Handbuch, S.)

WELLMANNS, HERMANN:

Das deutsche Handwerk im Gemeinsamen Markt, Baden-Baden/Bonn 1960

(zit.: Wellmanns, Das deutsche Handwerk im Gemeinsamen Markt, S.)

WERNET, WERNER:

Handwerks- und Industriegeschichte, Stuttgart 1963

(zit.: Wernet, Handwerks- und Industriegeschichte, S.)

WIELAND, JOACHIM:

Die Freiheit des Rundfunks: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Artikel 12 Abs. 1 GG, Berlin 1984

(zit.: Wieland, Die Freiheit des Rundfunks, S.)

WITTIG, PETER :

Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: Ritterspach, Theo/Geiger, Willi (Hrsg.): Festschrift für Gebhard Müller: zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1970

(zit.: Wittig, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: FS Müller, S.)

ZACHARIÄ, HEINRICH ALBERT:

Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, einschließlich der Grundgesetze des deutschen Bundes und das Verfassungsrecht der Einzelstaaten direct betreffenden Bundesbeschlüsse, Göttingen 1855

(zit.: Zachariä, Die deutschen Verfassungsgesetze der Gegenwart, S.)

ZIEKOW, JAN:

Befähigungsnachweise im Gewerberecht als Verfassungsproblem, in: Peter, Jörg/Rhein, Kay-Uwe (Hrsg.), Wirtschaft und Recht, Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Betätigung, Grenzen der Wirtschaftslenkung, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, Zukunft staatlicher Monopole, 29. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiter der Fachrichtung Öffentliches Recht 1989, Osnabrück 1989, S. 99-116

(zit.: Ziekow, Befähigungsnachweise im Gewerberecht, in: Peter/Rhein, Wirtschaft und Recht, S.)

ZIEKOW, JAN:

Zur Einführung: Handwerksrecht, JuS 1992, S. 728-732

(zit.: Ziekow, Zur Einführung: Handwerksrecht, JuS 1992, S.)

ERKLÄRUNG

Ich erkläre, daß mir die Promotionsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena bekannt ist und ich die vorliegende Dissertation mit dem Titel „Der Meisterzwang vor und nach der Handwerksnovelle 2004 unter besonderer Berücksichtigung des Begriffes der Gefahrgeneignetheit – Zugleich Leitlinien für seine zukünftige Reformierung“ noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung oder diese bzw. eine ähnliche Abhandlung an einer anderen Hochschule als Dissertation eingereicht habe.

Die Hilfe eines Promotionsberaters wurde nicht in Anspruch genommen.

Dritte haben von mir im Zusammenhang mit dieser Arbeit weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen erhalten.

Die Arbeit enthält eine Aufstellung aller benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen.

Jena, den 24. Oktober 2007

LEBENS LAUF

Name, Vorname: Buchmann, Stefanie

Geburtsname: Schmidt

Geburtsdatum: 12. Mai 1980

Geburtsort: Bad Langensalza

Staatsangehörigkeit: deutsch

Familienstand: verheiratet mit Martin Buchmann, Dipl.-Ing. für
Materialwissenschaften, wiss. Mitarbeiter
1 Kind (August Buchmann, geb. am 01.07.07)

Schulausbildung: abgeschlossen am 9. Juli 1998 mit dem Abitur
Salza-Gymnasium Bad Langensalza (1,0)

Studium: abgeschlossen am 2. Juli 2003 mit der Ersten
Juristischen Staatsprüfung, FSU Jena (9,26
Punkte)

Wiss. Tätigkeit: 12/2003-09/2006 wiss. Mitarbeiterin am LS für
Deutsches und Europäisches Verfassungs-
und Verwaltungsrecht Prof. Dr. M. Brenner
seit 01/2007 wiss. Mitarbeiterin am LS für
Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie
Prof. Dr. R. Gröschner

Sonstiges: seit 11/2006 Juristischer Vorbereitungsdienst
im Freistaat Thüringen, Stammdienststelle LG
Gera

Jena, den 24. Oktober 2007

