

Stellungnahme zur beabsichtigten „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes

*Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens**

I. Anlass des Gutachtens

Anlass dieser Stellungnahme ist der Beschluss der Bundesfachgruppe Bestatter des Bundesverbands Holz und Kunststoff zu einem „Ja zur Meisterpflicht im Bestattungsgewerbe“ vom 7.5.2019.¹ Hier wird gefordert, das Bestattungsgewerbe „im Zuge der Rückvermeisterungsinitiative des Handwerks“ in die Gruppe der sog. „zulassungspflichtigen Handwerke“ der Anlage A der Handwerksordnung aufzunehmen. Dies hat nach § 1 der Handwerksordnung (HwO) zur Folge, dass der selbstständige Betrieb des Bestattungsgewerbes als stehendes Gewerbe grundsätzlich nur noch solchen Unternehmen gestattet ist, die in die Handwerksrolle eingetragen sind. Dies setzt wiederum voraus, dass der Inhaber bzw. der Betriebsleiter des eintragungspflichtigen Gewerbes die Meisterprüfung bestanden hat, soweit keine der Ausnahmen nach § 7 Abs. 2 bis 9 HwO greift. Das Erreichen dieses Vorhabens erscheint der Bundesfachgruppe Bestatter lohnenswert, weil

„alle aktuell im Tischler- und Schreinerhandwerk existierenden Bestattungsbetriebe Bestandsschutz genießen sollen und die Effekte für Image und Qualität innerhalb der Branche ein Plus an Zukunftssicherung in Aussicht stellen“.

Dabei besteht die Besonderheit, dass eine Meisterprüfung im Bestattungsgewerbe erst mit Inkrafttreten der Bestattermeisterverordnung v. 15.9.2009 (BestMstrVO)² überhaupt möglich ist.

* Prof. Dr. *Ulrich Stelkens* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer sowie Leiter des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Senior Fellow am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer (FÖV). Der Autor dankt Ass. iur. *Marcus Seyfarth*, LL.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter an jenem Lehrstuhl, für seine Anregungen und Unterstützung bei der Ausarbeitung der Stellungnahme. Die Stellungnahme wurde im Auftrag der Fachinnung Holz und Kunststoff – Innung für Schreiner, Bestatter und Baufertigteilmonteure im Saarland (KdöR) erstellt.

¹ Abrufbar unter: <https://bestatterdeutschland.de/aktuelles/artikel/meisterpflicht-fuer-bestatter.html>.

² BGBl. I S. 3036, geändert durch Art. 45 der VO v. 17. 11. 2011 (BGBl. I S. 2234).

Auch der durch die Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft v. 7.5.2007 (BestAusbVO)³ – eine Verordnung nach § 25 HwO – geschaffene Ausbildungsberuf der Bestattungsfachkraft besteht erst seit 2007. Erst seit 2007 besteht damit auch die Möglichkeit, eine Gesellenprüfung im Bestattungsgewerbe abzulegen.

Angesichts dieser Situation ist die in dem Beschluss der Bundesfachgruppe Bestatter vorgenommene Kontextualisierung des Vorhabens mit der „Rückvermeisterungsinitiative des Handwerks“ nicht selbstverständlich. Diese ist in Zusammenhang mit der großen Handwerksnovelle von 2003/2004⁴ zu sehen, die zahlreiche Handwerke, die bis dahin in der Anlage A aufgeführt waren und deshalb zulassungspflichtig waren, zu sog. „zulassungsfreien Handwerken“ umgewandelt hat. Anliegen der „Rückvermeisterungsinitiative“ ist, diese Reform (jedenfalls für bestimmte zulassungsfreie Handwerke) wieder rückgängig zu machen mit der Folge, dass für diese Handwerke dann wieder die Eintragung in die Handwerksrolle (und damit regelmäßig der erfolgreiche Abschluss der Meisterprüfung) Voraussetzung ist. Zu dieser Gruppe gehört das Bestattungsgewerbe nicht, sondern dieses Gewerbe soll nach dem Willen der Bundesfachgruppe Bestatter *erst-mals* in ein zulassungspflichtiges Handwerk umgewandelt werden.

Das Vorhaben springt damit letztlich auf den „Zug“ der „Rückvermeisterungsinitiative“ auf, die sich in einer entscheidenden Phase befindet: Sie hat Eingang in den am 12.3.2018 zwischen CDU, CSU und SPD geschlossenen Koalitionsvertrag der Legislaturperiode 2017 – 2021 gefunden. Dort wird zunächst das Handwerk „mit rund 1 Million Betrieben und mehr als 5,3 Millionen Erwerbstätigen“ zu einer „tragenden Säule des deutschen Mittelstands“ (Zeile 2814 f.). Das Handwerk sei

„hoch innovativ, regional verankert und erschließt durch seine leistungsfähigen Unternehmen auch erfolgreich neue Märkte auf europäischer und internationaler Ebene.“

Die Koalitionspartner wollen sich daher

„auf europäischer Ebene [...] weiter für den Fortbestand bewährter Qualifikationsstandards einsetzen und lehnen die Einführung des Herkunftslandprinzips ab.“⁵

³ BGBl. I S. 673, 957.

⁴ Hierzu zusammenfassend nur *D. Ehlers*, in: *D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 3. Aufl. 2012, § 19 Rn. 1, 4; *J. Ruthig/S. Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 467; *R. Stober/S. Eisenmenger*, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2011, S. 123 f.

⁵ Bereits im Vorfeld der Bundestagswahl 2017 sind vergleichbare Formulierungen in das Wahlprogramm der CDU aufgenommen worden (Für ein Deutschland, in dem wir gut und gerne Leben, Regierungsprogramm 2017 – 2021 der CDU/CSU, S. 14; vgl. zuvor bereits einen Parteitagbeschluss vom Dezember 2016, der die „Prüfung einer Wiedereinführung der Meisterpflicht für neu gegründete Unternehmen für die im Zuge der Handwerksreform betroffenen 53 Berufe, in denen dies verfassungs- und europarechtskonform möglich ist“ (Beschluss C 51) ankündigt). Im Wahlprogramm der SPD findet sich die Formulierung, dass „das System

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

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

Am 8. 4. 2019 hat die Koalitionsarbeitsgruppe „Meisterbrief“ der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD des Bundestages „Eckpunkte für eine Novellierung der Handwerksordnung“ festgelegt, die insoweit einen „Fahrplan“ festlegen. Das BMWi soll nun noch vor der Sommerpause 2019 Anhörungen mit den Verbänden durchführen. Ein mögliches Gesetz solle dann im Herbst auf den Weg gebracht werden und am 1.1.2020 in Kraft treten. Zur Vorbereitung der Anhörung hat das BMWi einen Fragebogen zur „Konsultation zur Wiedereinführung der Meisterpflicht bei zulassungsfreien Gewerken an alle Handwerkskammern und Innungen“ versendet. Die Ergebnisse dieser Befragung sollen am 3.6.2019 bei einer Anhörung im BMWi beraten werden. Zu betonen ist noch, dass der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages (WD-BT) schon 2017 zwei Gutachten („Ausarbeitungen“) zur „Rückvermeisterungsinitiative“ vorgelegt hat: eine Ausarbeitung „Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Wiedereinführung der Zulassungspflicht für derzeit zulassungsfreie Handwerke“ vom 12.7.2017⁶ und eine Ausarbeitung zur „Wiedereinführung einer Zulassungspflicht für zulassungsfreie Handwerke aus verfassungsrechtlicher Sicht“ vom 16.8.2017.⁷

In dieser Stellungnahme wird dargelegt, ob einer derartigen Reglementierung unüberwindliche verfassungs- und unionsrechtliche Grenzen entgegenstünden. Um dies zu klären, wird zunächst eine kurze Einführung in die gegenwärtige Rechtslage gegeben (II). Anschließend wird ein Blick auf mögliche Regelungsziele geworfen (III) und untersucht, ob diese mit einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes überhaupt erreicht werden können (IV). Hierauf aufbauend, ist dann auf die Probleme der verfassungsrechtlichen (V) und unionsrechtlichen (VI) Grenzen derartiger verschärfter Reglementierungen einzugehen.

der zulassungspflichtigen Handwerksberufe sowie der Meisterbrief“ gestärkt werden sollen (Zeit für mehr Gerechtigkeit. Unser Regierungsprogramm für Deutschland, S. 18). Im Wahlprogramm der FDP ist schließlich von einer Stärkung des „erfolgreichen beruflichen Bildungssystems ..., zu dem die duale Ausbildung und die Abschlüsse der höheren beruflichen Bildung (z.B.: Meister ... gehören)“ die Rede (Denken wir neu. Das Programm der Freien Demokraten zur Bundestagswahl 2017: „Schauen wir nicht länger zu.“, S. 33).

⁶ WD-BT, PE 6 – 3000 – 37/17 v. 12.7.2017

⁷ WD-BT, WD 3 – 3000 – 154/17 v. 16.8.2017.

II. Gegenwärtige Rechtslage

Nach gegenwärtiger Rechtslage gelten für das Bestattungsgewerbe keine besonderen Berufszulassungsvoraussetzungen. Es gilt damit für das Bestattungsgewerbe der allgemeine Grundsatz des § 1 Abs. 1 GewO, nach dem der (selbständige) Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet ist, soweit bundesrechtlich keine Ausnahmen oder Beschränkungen vorgesehen sind.⁸ Nach *Breuer/Daumann* sind die Marktzutrittsschranken für das Bestattungsgewerbe demnach äußerst niedrig: Außer dem Gewerbeschein (nach § 15 GewO) werde faktisch nur ein Fahrzeug zum Transport benötigt.⁹ Diese sog. Gewerbefreiheit gilt für Bestatter unabhängig davon, ob dieses Gewerbe besonders gefahrgeneigt für den Bestatter selbst, seine Mitarbeiter oder seine Kunden ist, ob der Bestatter nachweisen kann, ob der Bestatter auch nur ansatzweise über Sachkunde in dem entsprechenden Gewerbebereich verfügt und ob er hierfür das notwendige Kapital aufbringen kann oder charakterlich hierfür geeignet ist. Die Aufnahme des Bestatterberufs unterliegt also zur Zeit keiner präventiven Kontrolle durch die Gewerbeaufsichtsbehörden in Form eines Zulassungs- oder Genehmigungserfordernisses.¹⁰ Die Aufnahme der Tätigkeit muss nach § 14 GewO der Gewerbeaufsichtsbehörde nur angezeigt werden.¹¹

Als notwendiges „Korrelat der Gewerbefreiheit“¹² besteht jedoch die Möglichkeit, auch Bestattern die weitere Ausübung des Gewerbes nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO zu untersagen,

„wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden [...] in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.“

⁸ Siehe hierzu nur *U. Stelkens*, Bestattungsgewerbe als zulassungspflichtiges Gewerbe? - Gestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda, *WiVerw* 2016, 48 f.

⁹ So *M. Breuer/F. Daumann*, Der Bestattungsmarkt in Deutschland, *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften* 60 (2010), 227, 236 ff.

¹⁰ *Ruthig/Storr* (Fn. 4), § 3 Rn. 209.

¹¹ Zu den Zwecken der Anzeigepflicht: *Ehlers* (Fn. 4), § 18 Rn. 51; *S. Korte*, in: Reiner Schmidt/Ferdinand Wollenschläger (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2016, § 9 Rn. 67; *Ruthig/Storr* (Fn. 4), § 3 Rn. 273; *Ziekow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn. 30.

¹² So die Würdigung des § 35 GewO durch BT-Drs. 7/111, S. 4.

Dabei ist ein Bestatter nur dann im Rechtssinne als „unzuverlässig“ anzusehen, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt,¹³ ohne dass hierfür ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethischen Vorwurfs oder gar eines Charaktermangels erforderlich wäre.¹⁴

An der Geltung dieser Grundsätze für Bestatter ändert sich nichts dadurch, dass das Bestattungsgewerbe als *handwerksähnliches* Gewerbe ausgestaltet ist.¹⁵ Diese gewerberechtliche Kategorie ist 1965 in die Handwerksordnung eingefügt worden¹⁶ und hierzu gehörte das Bestattungsgewerbe nach § 16a Abs. 2 HwO a. F. i. V. mit Anlage B Nr. Nr. 38 a. F. von Anfang an. Heute ergibt sich die Zugehörigkeit des Bestattungsgewerbes zum handwerksähnlichen Gewerbe aus § 18 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Anlage B Abschn. 2 Nr. 50 HwO. Motiv der Schaffung (und Beibehaltung) der Kategorie des handwerksähnlichen Gewerbes war es, diese Gewerbe aus der Betreuung durch die Industrie- und Handelskammern aus- und in die der Handwerksorganisation einzugliedern.¹⁷ Daher sind auch Bestatter Pflichtmitglieder in den Handwerkskammern (§ 90 HwO) und können Bestatterinnungen gründen (§ 52 HwO). Die handwerksähnlichen Gewerbe (und damit die Bestatter) fallen zudem auch in den Anwendungsbereich des handwerksrechtlichen Ausbildungs- und Prüfungssystems: Für sie können also Ausbildungsordnungen nach § 25 HwO erlassen und Gesellenprüfungen (§ 31 Abs. 1 Satz 1 HwO) und Meisterprüfungen (§ 51a HwO) durchgeführt werden.¹⁸ Die maßgeblichen Ausbildungsordnungen für Bestatter sind nun die bereits eingangs erwähnte Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft v. 7.5.2007 (BestAusbVO) und die Bestattermeisterverordnung v. 15.9.2009 (BestMstrVO) – die damit ihrerseits erst nach Inkrafttreten der großen Handwerksreform von 2003/2004 in Kraft getreten sind. Dass der Gewerbetreibende selbst oder

¹³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 2.2.1982 – 1 C 146.80, BVerwGE 65, 1 f. Nach einer Kammerentscheidung des BVerfG (Beschl. v. 4.8.2009 – 1 BvR1726/09, NVwZ 2009, 1429) ist die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Zuverlässigkeit verfassungsrechtlich unbedenklich, da dieser Begriff vom Gesetzgeber seit jeher verwendet werde und aufgrund einer langen Tradition von Gesetzgebung, Verwaltungshandhabung und Rechtsprechung so ausgefüllt worden sei, dass sich an seiner rechtsstaatlich hinreichenden Bestimmtheit im Grundsatz nicht zweifeln lasse. Die Gerichte gewähren der Verwaltung insoweit auch keinen Beurteilungsspielraum, obwohl die Beurteilung der Zuverlässigkeit auch ein prognostisches Element beinhaltet (BVerwG, Urt. v. 15.7.2004 – 3 C 33/03, NVwZ 2005, 453, 454).

¹⁴ Vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 5.10.2009 – 2 B 273/09, NVwZ-RR 2010, 102; OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.6.2015 – 7 ME 32/15, GewArch 2015, 414, 415.

¹⁵ So unmissverständlich Bericht des BT-Ausschusses für Mittelstandsfragen (zu BT-Drs. IV/3461, S. 5) in den Verhandlungen zum Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung von 1965 (Fn. 14).

¹⁶ Durch Einfügung der §§ 16a ff. durch G. v. 9.9.1965 zur Änderung der Handwerksordnung (BGBl. I, 1254); ausführlich zur Entstehungsgeschichte des „handwerksähnlichen Gewerbes“ und seinen Funktionen: *L. Fröhler/G. Mörtel*, Regelungsbefugnisse der Handwerkskammern zur Ausbildung und Prüfung in handwerksähnlichen Berufen, 1981, S. 1 ff.

¹⁷ *Fröhler/Mörtel* (Fn. 16), S. 1 ff.; ferner BVerwG, Urt. v. 26.8.1997 – 1 C 11/95, NVwZ-RR 1998, 169, 170.

¹⁸ *Ruthig/Storr* (Fn. 4), § 5 Rn. 508.

sein Betriebsleiter die Abschlussprüfung als „Bestattungsfachkraft“ bestanden oder gar den Bestattermeistertitel erworben hat, ist damit (bislang) nicht Berufszulassungsvoraussetzung, sondern kann allenfalls in der Werbung des Bestatters für sein Unternehmen als Qualitätssiegel¹⁹ hervorgehoben werden. Gewerbeaufsichtsrechtliche Maßnahmen gegenüber Bestattern sind nur gemäß § 35 GewO zulässig.²⁰

Die Übernahme des Bestattungsgewerbes in die Anlage A der Handwerksordnung steht damit auch in zeitlicher Hinsicht in keinen Zusammenhang mit der Handwerksreform von 2003/2004: Kommt der Bundesgesetzgeber der Forderung der Bundesfachgruppe Bestatter nach, würde also erstmals eine Regel-Berufszulassungsvoraussetzung „Meisterprüfung“ für das Bestattungsgewerbe eingeführt, die erst seit 2009/2010 überhaupt abgelegt werden kann.

III. Mögliche Ziele einer Reglementierung des Bestattungsgewerbes

Dass es für die Aufnahme des Bestattungsgewerbes keinerlei Berufszulassungsvoraussetzungen in Form einer präventiven behördlichen Kontrolle der Sachkunde oder Zuverlässigkeit des Bestattungsgewerbetreibenden gibt, ist verschiedentlich schon bisher – unabhängig von der „Rückvermeisterungsinitiative“ – als unbefriedigend angesehen worden: Die Beachtung hygienisch einwandfreier Zustände bei Leichenaufbewahrung, -transport und der Bestattung selbst berühren ebenso wie das Gebot der Sicherung eines würdevollen Umgangs mit Toten²¹ erhebliche Gemeinwohlinteressen, die durch höhere Markzutrittsschranken zu schützen sein könnten. Zudem könnte eine striktere Reglementierung auch mit der besonderen Schutzbedürftigkeit der Verbraucher im Bestattungsgewerbe gerechtfertigt werden: Wird der Bestatter von den Angehörigen des Verstorbenen – wie regelmäßig – unmittelbar in Zusammenhang mit dem Todesfall aufgesucht, befinden sie sich nämlich i.d.R. in einer emotionalen Ausnahmesituation, in der sie dann dennoch zeitlich dringliche Entscheidungen hinsichtlich der Bestattungsart, des Bestattungsorts und der Bestattungsfeierlichkeiten treffen müssen, ohne sich oft in der Lage zu sehen, sich um diese Dinge rational abwägend – u. U. auch mittels Preis- und Konditionenvergleichen – kümmern zu können.

¹⁹ Ehlers (Fn. 4), § 19 Rn. 85; Ruthig/Storr (Fn. 4), § 5 Rn. 508; Stober/Eisenmenger (Fn. 4), S. 144.

²⁰ Vgl. Simon Bulla, in: Schmidt/Wollenschläger (Fn. 11), § 10 Rn. 114; Ehlers (Fn. 4), § 19 Rn. 85.

²¹ Zur verfassungsrechtlichen Verankerung dieses Gebots zusammenfassend (jew. m. w. N.) F. P. Schrems, Ist das geltende Friedhofs- und Bestattungsrecht noch zeitgemäß?, 2012, S. 23 ff.; B. Spilker, Postmortaler Schutz durch das Grundgesetz, DÖV 2014, 637 ff.; T. M. Spranger, Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlaß von Vorschriften zur Grabgestaltung, 1999, S. 92 ff.; U. Stelkens/M. Wabnitz, Pietät, Totenruhe und postmortales Persönlichkeitsrecht in der neueren Rechtsprechung zum Friedhofs- und Bestattungsrecht, WiVerw 2016, 11 ff.; S. Trieglaff, Der würdevolle Umgang mit dem menschlichen Leichnam, 2010, S. 65 ff.

Daher werden Bestattern ohne vorherige Markterkundung auch oft weitgehende Vollmachten sowohl hinsichtlich der Durchführung der Bestattung selbst als auch in Zusammenhang mit den mit dem Sterbefall verbundenen verwaltungs- und vermögensrechtlichen Angelegenheiten eingeräumt. Ebenso werden Bestattern im Rahmen der Bestattungsvorsorge oft nicht unerhebliche Vermögenswerte treuhänderisch auch längerfristig anvertraut, ohne dass – naturgemäß – die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrags vom Auftraggeber noch überwacht werden könnte.²² Die Kunden bringen in diesen Situationen den Bestattern daher vielfach ein besonderes Vertrauen entgegen, so dass es grundsätzlich als nicht völlig abwegig erscheint, dieses Vertrauen durch präventiv wirkende gewerberechtliche Instrumente zu schützen. Damit ist generell zu fragen, welche Ziele eine (stärkere) Reglementierung des Bestattungsgewerbes verfolgen kann, d.h. was hiermit rechtspolitisch letztlich erreicht werden soll und ob das geltende Recht dem bereits gerecht wird.

1. *Nicht: Schutz vor unerwünschter Konkurrenz, Gewährleistung einer „gesunden“ Wettbewerbsstruktur*

Eine mit Genehmigungserfordernissen einhergehende Einschränkung der Gewerbefreiheit darf zunächst selbstverständlich nicht allein oder maßgeblich (offen oder verdeckt) zum Ziel haben, „alteingesessene“ Betriebe vor unerwünschter Konkurrenz zu schützen bzw. die Anzahl der Wettbewerber auf ein „gesundes“ Maß zu reduzieren. Insoweit hat das BVerfG in seiner grundlegenden Entscheidung zur Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG – dem sog. „Apothekenurteil“ – schon 1958 unmissverständlich hervorgehoben, dass eine Beschränkung des Zugangs zum Beruf zum Zwecke des Konkurrenzschutzes der bereits im Beruf Tätigen von vornherein sachfremd sei, es handele sich um „ein Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen könnte“.²³

2. *Gewährleistung der Zuverlässigkeit der Bestatter*

Dagegen erscheint es als durchaus zulässiges Ziel einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes, präventiv bereits die Aufnahme des Bestattungsgewerbes durch erkennbar unzuverlässige Personen zu verhindern – etwa von Personen, die in Zusammenhang mit diesem Gewerbe bereits Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen haben²⁴ (wie z. B. Verstöße gegen

²² Breuer/Daumann (Fn. 9), 236 ff.

²³ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 408; deutlich bestätigt auch durch BVerfG, Beschl. v. 14.12.1965 – 1 BvL 14/60, BVerfGE 19, 330, 342.

²⁴ Zu dieser Fallgruppe siehe etwa T. Mischner, Unzuverlässigkeit von Gewerbetreibenden, WiVerw 2014, 222 ff.

§ 168 StGB, die Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbestände des Landesbestattungsrechts oder auch Betrugs- [§ 263 StGB] und Untreuehandlungen [§ 266 StGB] im Verhältnis zu ihren Kunden²⁵) oder die in der Vergangenheit Verbraucherschutzrechtliche Vorschriften systematisch missachtet haben.²⁶ So schließen alle Genehmigungstatbestände der §§ 30 ff. GewO eine Genehmigungserteilung (mit unterschiedlichen Formulierungen) aus, wenn der Antragsteller nicht die für den Betrieb des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.²⁷

3. Einführung einer Pflicht zum Abschluss einer angemessenen Berufshaftpflichtversicherung?

Bei Gewerben, die darauf ausgerichtet sind, den Kunden bei vermögensrelevanten Entscheidungen zu beraten und zu unterstützen, wird eine Genehmigungserteilung zudem oft davon abhängig gemacht, dass der Antragsteller das Bestehen einer (angemessenen) Berufshaftpflichtversicherung nachweisen kann; der Umfang der notwendigen Deckung wird dann durch Rechtsverordnung festgelegt. Solche Regelungen bestehen etwa für Versicherungsvermittler (§ 34d Abs. 2 Nr. 3 GewO), Versicherungsberater (§ 34e Abs. 2 GewO), Finanzanlagenvermittler (§ 34f Abs. 2 Nr. 3 GewO) und Honorar-Finanzanlagenberater (§ 34h Abs. 1 S. 4 GewO). Vergleichbare Regelungen enthalten auch § 34c Abs. 3 Nr. 1 GewO für Makler, Bauträger und Baubetreuer und § 36 Abs. 3 Nr. 3b GewO für öffentlich bestellte Sachverständige. Eine solche Pflicht auch für Bestatter vorzusehen, würde zum Schutz der Kunden aus den eingangs geschilderten Gründen durchaus Sinn machen.

4. Gewährleistung hinreichender Sachkunde der Bestattungsgewerbetreibenden?

Eine striktere Reglementierung des Bestattungsgewerbes wurde ferner auch schon vor der „Vermeisterungsinitiative“ der Bundesfachgruppe Bestattung mit dem Ziel gefordert, eine hinreichende Sachkunde angehender Bestatter sicherzustellen, da die schlichte Möglichkeit einer Ausbildung zur Bestattungsfachkraft bzw. zum Bestattermeister noch keine Pflicht begründet, diese Ausbildung auch zu durchlaufen. Um dies zu erreichen, müsste gesetzlich festgeschrieben werden, dass der Nachweis hinreichender – gesetzlich näher zu definierender – Sachkunde Voraussetzung für die Gewerbeausübung ist. Ein allgemeines oder besonderes Sachkundeerfordernis ist jedenfalls nicht bereits Bestandteil der Zuverlässigkeit: Zwar besteht durchaus Einigkeit, dass die schlichte

²⁵ Vgl. z. B. den Fall von AG Tiergarten, Urt. v. 3.4.2013 – (252) 223 Js 4119/11 Ls (1/13), juris.

²⁶ Vgl. W. Durner, Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356, 1361 f.

²⁷ Vgl. z. B. § 30 Abs. 1 Satz. 2 Nr. 1, § 33a Abs. 2 Nr. 1, § 33c Abs. 2 Nr. 1, § 34 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GewO. Siehe zu diesem typischen Versagungsgrund auch Ruthig/Storr (Fn. 4), § 3 Rn. 310.

Unfähigkeit, ein Gewerbe auszuüben, (nur) bei solchen Gewerben Unzuverlässigkeit begründen kann, bei denen hieraus besondere Gefahren für die Allgemeinheit erwachsen, die über die Enttäuschung von Kundenerwartungen deutlich hinausgehen.²⁸ Bei Berufen, bei denen der Gesetzgeber selbst die Berufsaufnahme nicht von dem Nachweis besonderer Sachkunde abhängig macht, kann jedoch nicht schon bei fehlender einschlägiger Ausbildung oder Berufserfahrung der Schluss auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gezogen werden. Von einer Unzuverlässigkeit kann vielmehr erst dann ausgegangen werden, wenn in der Art, in der der Gewerbetreibende sein Gewerbe ausübt, der von seiner unzureichenden Vorbildung herrührende Mangel an Eignung für das gewählte Gewerbe tatsächlich in Erscheinung tritt.²⁹

5. Förderung von Image und Qualität der Branche

Eng mit der Sachkundefrage hängt auch die Möglichkeit zusammen, mit einem Sachkundeerfordernis das Image und die Qualität einer Branche insgesamt zu heben. In seiner ersten Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs für das Handwerk und seiner Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG vom 17. Juli 1961 hat das BVerfG ein solches Regelungsziel durchaus als zulässig angesehen:

„Das Handwerk, verkörpert vor allem in der Gestalt des ‚Meisters‘, tritt im Sozialgefüge als eine besondere Gruppe hervor, die in langer geschichtlicher Entwicklung charakteristische Eigenzüge entwickelt und hohes Ansehen gewonnen hat; der Stand legt von alters her auf seine Berufsehre großen Wert und pflegt das soziale Gruppenbewusstsein besonders nachdrücklich. Der Gesetzgeber darf daher auf die Zustimmung der öffentlichen Meinung rechnen, wenn er auf die Erhaltung und Förderung des Ansehens dieses Berufsstandes bedacht ist und Maßnahmen ergreift, die nach seiner Überzeugung geeignet sind, das Vertrauen der Bevölkerung in die Qualität handwerklicher Arbeit zu rechtfertigen.“³⁰

Allerdings ging es hier eben um den Image des Handwerksstandes als solchen. Dennoch könnte gerade mit der Umwandlung des Bestattungsgewerbes zu einem zulassungspflichtigen Handwerk bezweckt werden, auch das Bestattungsgewerbe in den positiven besetzten „Handwerksstand“ gleichsam „hochzustufen“ und auf diese Weise an dessen positiven Image des Handwerksstandes teilhaben zu lassen. Allerdings ist fraglich, ob derartige Beweggründe alleine für heute

²⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 27.6.1961 – I C 34.60, NJW 1961, 1834; BVerwG, Beschl. v. 9.11.1964 – I B 181.64, GewArch 1965, 101; BVerwG, Urt. v. 4.11.1965 – I C 6.63; BVerwGE 22, 286, 296; zusammenfassend *W. Laubinger*, Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit und ihre Folgen, VerwArch 89 (1998), 145, 154 f.; *P. Marcks*, in: R. v. Landmann/G. Rohmer (Begr.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Loseblatt § 35 GewO Rn. 58 ff.; *Ruthig/Storr* (Fn. 4), § 3 Rn. 260; *Ziekow* (Fn. 11), § 10 Rn. 52.

²⁹ Offengelassen noch bei BVerwG, Beschl. v. 9.11.1964 – I B 181.64, GewArch 1965, 101.

³⁰ BVerfG, Urt. v. 17.7.1961 – 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, 112.

noch als ausreichend angesehen werden können, um Beschränkungen der Gewerbefreiheit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. In der neueren Judikatur zur Frage der Verfassungsmäßigkeit zulassungspflichtiger Handwerke kommt dieser Gedanke letztlich auch nicht mehr vor.³¹

IV. Ist die „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes zur Erreichung denkbarer Reformziele tauglich?

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob die „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes überhaupt ein taugliches Instrument ist, um die oben ausgeführten denkbaren Reformziele zu erreichen. Werden also hierdurch (nur) die Rechtsfolgen ausgelöst, die eine Antwort auf diese Reformziele geben, die also der Zielerreichung zumindest näher kommen?

1. Sachkundegewährleistung

Die Umwandlung des Bestattungsgewerbes zu einem zulassungspflichtigen Handwerk würde ganz unzweifelhaft sicherstellen, dass Bestattungsunternehmen nicht neu gegründet werden können, ohne dass der Nachweis erbracht ist, dass der Betriebsinhaber oder Betriebsleiter über hinreichende Sachkunde für den Betrieb dieses Gewerbes verfügt. Welche Sachkunde genau vom Betriebsinhaber oder –leiter zu erwerben ist, würde sich aus einer Zusammenschau der Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft (BestAusbVO) und der Bestattermeisterverordnung (BestMstrVO) ergeben, weil die Ausbildung zum Bestattermeister als Regel das vorherige Durchlaufen der Ausbildung zur Bestattungsfachkraft (als Gesellenprüfung) voraussetzt.

Nach § 3 Abs. 2 BestAusbVO gehören etwa zu den von einer Bestattungsfachkraft erwarteten berufsprofilgebenden Fertigkeiten, Kenntnissen und Fähigkeiten:

1. das Durchführen von Trauerfeiern, Beisetzungen und Bestattungen;
2. das Bearbeiten von Bestattungsaufträgen;
3. Riten und Gebräuche;
4. berufsbezogene Rechtsvorschriften, Normen und technische Unterlagen;
5. das Be- und Verarbeiten von Werk- und Hilfsstoffen sowie das Durchführen warenkundlicher Arbeiten;
6. psychologische Maßnahmen;

³¹ Siehe jeweils zur Verfassungsmäßigkeit des Eintragungserfordernisses für einzelne Handwerke nach der Reform von 2004: BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 - 8 C 9/10, Abs. 29 ff., BVerwGE 140, 276, Abs. 29 ff.; BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 - 8 C 8/10, Abs. 29 ff., BVerwGE 140, 267, Abs. 29 ff.; BVerwG, Urt. v. 9.4.2014 - 8 C 50/12, Abs. 37 ff., NVwZ 2014, 1241 ff.; OVG Koblenz, Urt. v. 30.10.2012 - 6 A 10702/12.OVG, GewArch 2013, 126 ff.; VGH München, Beschl. v. 31.10.2012 - 22 ZB 12.22, Abs. 24 ff., GewArch 2013, 85, 86 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 26.2.2010 - 4 A 2008/05, GewArch 2010, 249 ff.; OVG Münster, Urt. v. 20.11.2017 - 4 A 1113/13 Abs. 7 ff., GewArch 2018, 72 ff.

7. die Bestattungsvorsorge.

Daneben werden integrative Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten verlangt über:

1. Berufsbildung, Arbeits- und Tarifrecht;
2. Aufbau und Organisation des Ausbildungsbetriebs;
3. Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit;
4. Umweltschutz;
5. Umgang mit Informations- und Kommunikationstechniken;
6. Planen von Arbeitsabläufen, Ausführen von Geschäfts- und Verwaltungsvorgängen;
7. Handhaben und Warten von Werkzeugen, Geräten, Maschinen und technischen Einrichtungen;
8. Qualitätssichernde Maßnahmen und Kundenorientierung.

Die Dauer der Ausbildung, in der die genannten Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden sollen, beträgt nach § 2 BestAusbVO drei Jahre. Sie endet mit einer Abschlussprüfung, in der nach § 6 Abs. 1 BestAusbVO festzustellen ist, ob der Prüfling die berufliche Handlungsfähigkeit erworben hat. Die Prüfung besteht aus vier Prüfungsbereichen:

1. Bestattungsdurchführung;
2. Geschäfts- und Verwaltungsvorgänge;
3. Bestattungsorganisation;
4. Wirtschafts- und Sozialkunde.

Der erste Prüfungsbereich – die Bestattungsdurchführung - ist mit 14 Stunden Prüfungszeit (§ 6 Abs. 3 Nr. 4 BestAusbVO) und einer Gewichtung von 50% der Endnote (§ 6 Abs. 7 Nr. 1 BestAusbVO) der mit Abstand wichtigste Teilbereich. Die Bereiche 2.) und 3.) gehen mit jeweils 20 % in die Endnote ein, während Bereich 4.) zu 10 % in die Endnote einfließt.

Die Meisterprüfung ist in § 1 BestMstrVO niedergelegt und in vier Teile untergliedert:

1. die meisterhafte Verrichtung der Tätigkeiten (Teil I);
2. der besonderen fachtheoretischen Kenntnisse (Teil II);
3. besondere betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Kenntnisse (Teil III)
4. der erforderlichen berufs- und arbeitspädagogischen Kenntnisse (Teil IV).

Das Berufsbild wird in § 2 BestMstrVO umfassend beschrieben und konkretisiert die genannten Teile weiter. Im Teil I steht das Meisterprüfungsprojekt im Mittelpunkt der Prüfung, das einem Kundenauftrag entspricht (§ 4 Abs. 1 BestMstrVO) sowie ein darauf bezogenes Fachgespräch (§

5 BestMstrVO) und eine Situationsaufgabe (§ 6 BestMstrVO). Die Durchführung des Meisterprojekts soll nicht länger als drei Arbeitstage, das Fachgespräch nicht länger als 30 Minuten und die Ausführung der Situationsaufgabe nicht länger als fünf Stunden dauern (§ 7 Abs. 1 BestMstrVO).

Im Teil II sind auf vier Handlungsfeldern die fachtheoretischen Kenntnisse nachzuweisen, dies sind:

1. die Bestattungsberatung;
2. der Friedhofs- und Krematoriumsbetrieb;
3. die Auftragsabwicklung
4. die Betriebsführung und –organisation.

Die Prüfungen in diesem Teil sind schriftlich durchzuführen und sollen in jedem Handlungsfeld nicht länger als zwei Stunden und an einem Tag nicht länger als sechs Stunden dauern (§ 8 Abs. 3 BestMstrVO).

Die Teile III und IV sind in der Allgemeinen Meisterprüfungsverordnung v. 26.10.2011 (AMVO) niedergelegt.³² Um die betriebswirtschaftliche, kaufmännische und rechtliche Prüfung (Teil III) zu bestehen, sind fallbezogene Aufgaben in Form schriftlicher, zweistündiger Prüfungen (§ 3 Abs. 1 AMVO) in drei Handlungsfeldern zu bestehen:

1. Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen;
2. Gründungs- und Übernahmeaktivitäten;
3. Unternehmensführungsstrategien.

Die Prüfung in Teil IV besteht aus einem schriftlichen und einem praktischen Teil (§ 4 Abs. 2 AMVO). Im schriftlichen Teil sind fallbezogene Aufgaben aus folgenden Handlungsfeldern der berufs- und arbeitspädagogischen Prüfung zu lösen:

1. Ausbildungsvoraussetzungen prüfen und Ausbildung planen;
2. Ausbildung vorbereiten und Einstellung von Auszubildenden durchführen;
3. Ausbildung durchführen;
4. Ausbildung abschließen.

Der praktische Teil der Prüfung soll höchstens insgesamt 30 Minuten dauern und besteht aus

1. einer Präsentation oder einer praktischen Durchführung einer Ausbildungssituation;
2. einem Fachgespräch (§ 4 Abs. 4 AMVO)

³² BGBl. I S. 2149.

Die Darstellung der Ausbildungsinhalte zeigt zunächst, dass bereits die Einbindung der Bestatterausbildung in den Rahmen des Handwerksrechts untypisch ist: Genuin *handwerkliche* Elemente scheinen zu fehlen. Mit dem Tischlerberuf (Sargbauer) hat es kaum noch etwas gemein.³³ Wenn überhaupt, so ließe sich eine gewisse Verwandtschaft des Bestattungsgewerbes mit den Gesundheitshandwerken erkennen. Ganz überwiegend handelt es sich jedoch um einen *kaufmännischen Beruf mit hohem Geschäftsbesorgungsanteil* und zunehmenden Trauerbegleitfunktionen.³⁴

2. *Schutz vor unerwünschter Konkurrenz*

Nicht von der Hand zu weisen ist, dass das „unzulässige“ Regulierungsziel „Schutz vor unerwünschter Konkurrenz“ durch Newcomer durch die Einführung einer mehrjährigen Berufsausbildungspflicht als Zulassungsvoraussetzung für Neugründungen unter gleichzeitiger Gewährung von „Bestandsschutz“ für Altbetriebe – der von der Bundesfachgruppe Bestatter des Bundesverbands Holz und Kunststoff gefordert wird – natürlich erreicht werden kann. Daher wird auch in der politischen Diskussion nahezu zwangsläufig der Vorwurf erhoben werden, dass die „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes alleine diesem Ziel dient und die Verfassungsmäßigkeit und Unionsrechtskonformität dieser Regelung damit in Frage gestellt wird.³⁵ Unabhängig davon würde gerade eine Bestandschutzregelung zudem auch die Geeignetheit der geforderten Zulassungspflichtigkeit zur Sicherstellung hinreichender Sachkunde in Frage stellen, da eben nur neu gegründete Betriebe diesen Sachkundenachweis zu erbringen hätten.

3. *Sonstige Regulierungsziele, insbesondere Förderung von Image und Qualität der Branche*

Alle anderen denkbaren und sinnvollen Ziele einer Regulierung des Bestattungsgewerbes scheinen dagegen mit einer Umwandlung des Bestattungsgewerbes zu einem zulassungspflichtigen Handwerk nicht erreicht werden zu können: Die Handwerksordnung stellt auch für zulassungspflichtige Handwerke weder Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auf, noch wird der Abschluss etwa von Berufshaftpflichtversicherungen verlangt. Bei allen zulassungspflichtigen Handwerken bleibt es daher bei der allgemeinen Regelung des § 35 GewO,

³³ Bei den Sargbauern handelt es sich letztlich um eine eigenständige Berufsgruppe: *Breuer/Daumann* (Fn. 9), S. 241.

³⁴ Siehe hierzu das bei *R. Lichtner* (Hrsg.), *Bestattung in Deutschland*, 2. Aufl. 2015, S. 29 ff. beschriebene Berufsbild des Bestatters.

³⁵ Dieser Eindruck wird sich verstärken, wenn durch ein „Durchpeitschen“ der „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen der Eindruck erweckt wird, deren strengere Vorgaben noch schnell umgehen zu wollen, siehe hierzu unten bei VI 3 d.

der nur nachträgliche Gewerbeuntersagungen bei Unzuverlässigkeit ermöglicht.³⁶ Bei einem zulassungspflichtigen Bestattungshandwerk wäre dies nicht anders.

Man könnte allenfalls daran denken, dass die Einbindung der Bestatter in die Handwerksorganisation vielleicht auch ein Beitrag zur Herstellung einer „Berufsethik“ für Bestatter sein könnte und damit dem von der Bundesfachgruppe Bestatter besonders betonte allgemeine Gemeinwohlzweck der Förderung von Image und Qualität der Branche dienlich sein könnte. Allerdings besteht diese Einbindung bereits unabhängig von der Qualifizierung des Bestattungsgewerbes als zulassungspflichtiges Handwerk, weil gerade diese Einbindung bereits seit Anerkennung des Bestattungsgewerbes als handwerksähnliches Gewerbe besteht.

Unabhängig davon dürfte zur Gewährleistung eines positiven „Images“ der Branche eine derartige organisatorische Einbindung des Bestattungsgewerbes in die Handwerksorganisationen auch nicht ausreichend sein. Gegen imageschädliche Praktiken bestimmter Bestatter müsste gezielt vorgegangen werden. Rechtliche Möglichkeiten bestehen hierzu, jedenfalls soweit sich imageschädliche Geschäftspraktiken in unlauteren Wettbewerbshandlungen oder gezielter Missachtung der Verbraucherschutzbestimmungen niederschlägt. Denn die Handwerkskammern und Bestatterinnungen (aber auch die sonstigen Berufsverbände) können „unlautere geschäftliche Handlungen“ nach §§ 3 ff. UWG und eine Verletzung verbraucherschutzrechtlicher Bestimmungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 4 UWG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UKlaG gerichtlich ahnden lassen.³⁷ In der Rechtsprechung ist insoweit auch anerkannt, dass sich hieraus auch eine Befugnis der öffentlich-rechtlichen Kammern und Innungen ergibt, die als privatrechtlich qualifizierten Ansprüche nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 4 UWG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UKlaG selbst gegenüber den eigenen Mitgliedern durchzusetzen, auch wenn und soweit diesen Körperschaften keine öffentlich-rechtlichen Aufsichtsinstrumente zur Verfügung stehen.³⁸ Sieht man sich inhaltlich die in § 4a UWG gesetzlich aufgeführten Beispiele für „aggressive geschäftliche Handlungen“ an, passen insbesondere die in § 4a UWG (insbes. § 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG) benannten Beispiele auf problematisches Bestatterverhalten. Vorausgesetzt, die zuständigen Kammern und Verbände gingen systematisch auf dieser (und verbraucherschutzrechtlicher) Grundlage gegen unethisch handelnde Bestatter vor,

³⁶ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 1.6.1992 – 1 B 65/92, NVwZ-RR 1992, 547; *Bulla* (Fn. 20), § 10 Rn. 101; *Ehlers* (Fn. 4), § 19 Rn. 74; *Ruthig/Storr* (Fn. 4), § 5 Rn. 505; *Ziekow* (Fn. 9), § 11 Rn. 43.

³⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 26.05.1972 – I ZR 8/71, GRUR 1972, 607; BGH, Urt. v. 9.7.1981 – VII ZR 139/80, BGHZ 81, 229, 230; BGH, Urt. v. 6.4.2006 – I ZR 272/03, NJW 2006, 2481; BGH, Urt. v. 9.6.2011 – I ZR 113/10, NJW 2012, 235.

³⁸ BGH, Urt. v. 25.10.2001 – I ZR 29/99, NJW 2002, 2039, 2040. Das BVerfG hat dies (durch Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, NJW 2004, 3765 ff.) ausdrücklich gebilligt, jedoch eine strikte Bindung an die jeweiligen Kompetenzen und den Verhältnismäßigkeitsprinzip angemahnt.

scheint das geltende Recht als ausreichend, um ein Mindestmaß an Ethik rechtlich zu gewährleisten. Mehr dürfte eine strengere gewerberechtliche Reglementierung kaum leisten können.

V. Verfassungsmäßigkeit einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes?

Dass für die Einführung von Berufszulassungsvoraussetzungen für das Bestattungsgewerbe durch den Bund eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes (nämlich folgend aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG) besteht, ist bereits an anderer Stelle dargelegt worden.³⁹ Verfassungsrechtlich stellt sich daher vor allem die Frage, ob die „Vermeisterungsinitiative“ der Bundesfachgruppe Bestatter mit der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit vereinbar ist.

1. Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 GG für die Normierung von Berufszulassungsvoraussetzungen im Allgemeinen

Die Normierung von Berufszulassungsvoraussetzungen – also insbesondere die Statuierung von Zulassungsvoraussetzungen, die das „Ob“ der Berufsausübung an die Erfüllung bestimmter Bedingungen wie etwa einen Sachkundenachweis knüpfen – bedeutet immer einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Berufsfreiheit. Unter welchen Voraussetzungen solche Eingriffe vom Gesetzgeber vorgesehen werden dürfen, hat das BVerfG – in für heute noch verbindlicher Weise⁴⁰ – im „Apothekenurteil“ von 1958 herausgearbeitet.⁴¹ Hiernach greift auch eine Regelung, die die Aufnahme einer Berufstätigkeit von dem Vorliegen von Voraussetzungen abhängig macht, auf deren Erfüllung der Bewerber etwa durch Durchlaufen einer entsprechenden Berufsausbildung Einfluss nehmen kann, in durchaus erheblicher Weise in die Freiheit der Berufswahl ein. Solche „subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen“ sind daher nur dann zulässig, soweit sie der Verhütung erheblicher Gefahren und Nachteile für die Allgemeinheit und die Kunden dienen. Es gelte hierbei das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, dass derartige Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. Bei der Beurteilung dieser Voraussetzungen ist in der bisherigen Rechtsprechung jedoch nur auf den jeweils reglementierten Beruf abgestellt worden. Es wurde nicht verlangt, dass andere Berufe, die ein vergleichbares Gefahrenpotential aufweisen, gleichermaßen strikt reglementiert werden. Es wird dem Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers überlassen, bei welchen

³⁹ Siehe hierzu *Stelkens* (Fn. 8), S. 56 ff.

⁴⁰ Siehe nur *W Durner*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 4), § 11 Rn. 14 f.; *Ruthig/Storr* (Fn. 8), § 2 Rn. 125 ff.; *Ziekow* (Fn. 9), § 3 Rn. 23 ff.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 405 ff.

Berufen er eine Gefahrgeneigtheit und damit besonderen Reglementierungsbedarf sieht.⁴² Entsprechendes gilt auch für die Frage, ob für einen bestimmten Beruf die Notwendigkeit einer Anhebung der Berufszulassungsbeschränkungen besteht. Die deutsche Rechtsprechung verlangt hier offenbar nicht, dass der frühere Rechtszustand in dem betroffenen Beruf zu flächendeckenden (erheblichen) Missständen geführt hat. Die mit den neuen Berufszulassungsregelungen zu bekämpfenden Gefahren müssen nur als plausibel und nicht unerheblich erscheinen.⁴³ Zudem gestattet das BVerfG, dem Gesetzgeber, insbesondere wenn es um die Einführungen von Ausbildungserfordernissen geht, hinsichtlich des Umfangs des zu erwerbenden Wissens auch durch Schaffung von „Berufsbildern“ zu typisieren, indem eine Ausbildung für die gesamte Breite dieses Berufsbildes, nicht nur für die Bereiche eines Berufs, verlangt wird, die der Betroffene konkret auszuüben gedenkt.⁴⁴ Diese Typisierungsbefugnis ist auch in Zusammenhang mit der erwähnten Rechtsprechung zu sehen, nach der Ausbildungserfordernisse auch dazu dienen können, die (Fort-)Existenz eines gesamten Berufsstandes zu sichern (s. o. III 5).

Dennoch legt das BVerfG für die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Einführung eines besonderen Ausbildungs- und Sachkundeerfordernisses als Berufszulassungsvoraussetzung durchaus strenge Maßstäbe an: Es arbeitet sehr genau heraus, auf welche Gegenstände sich dieser Sachkundenachweis beziehen soll und wie er zu erbringen ist.⁴⁵ Einerseits hat das BVerfG nämlich klargestellt, dass zwar i.d.R. der Schutz des Verbrauchers vor der Gefahr gesundheitlicher oder auch wirtschaftlicher Schädigung ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse ist, das Ausbildungs- und Sachkundeerfordernisse rechtfertigen könnte. Kein zulässiges Regelungsziel von Ausbildungs- und Sachkundeerfordernissen sei jedoch „der Schutz des Gewerbetreibenden vor sich selbst“, in dem von ihm etwa durchgehend eine kaufmännische Ausbildung verlangt würde.⁴⁶ Andererseits ist es nach Auffassung des BVerfG gegenüber von Ausbildungs- und Sachkundeerfordernissen nicht selbstverständlich ein gleich geeignetes milderes Mittel, auf die Kräfte des Marktes zu vertrauen, die sachunkundige Gewerbetreibende schon ausscheiden würden. Denn bis dahin könnten

⁴² Deutlich etwa in Bezug auf die Zuordnung von Gewerken in die Anlage A oder B der Handwerksordnung: BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 9/10, BVerwGE 140, 276, Abs. 40 (für Dachdeckerhandwerk).

⁴³ Vgl. insoweit die Argumentation zur Gefahrgeneigtheit einzelner zulassungspflichtiger Handwerke BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 8/10, BVerwGE 140, 267, Abs. 32 (für Friseurhandwerk); BVerwG, Urt. v. 9.4.2014 – 8 C 50/12, BVerwGE 149, 265, Abs. 41 (für Maler- und Lackiererhandwerk).

⁴⁴ So zum Handwerksrecht: BVerfG, Beschl. v. 17.7.1961 – 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, 117.

⁴⁵ Dass es insoweit auf den konkret reglementierten Beruf abzustellen ist und insoweit genau auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der einzelnen Berufszulassungsvoraussetzungen abzustellen ist, betont auch der WD-BT in seiner Ausarbeitung zur „Wiedereinführung einer Zulassungspflicht für zulassungsfreie Handwerke aus verfassungsrechtlicher Sicht“ (Fn. 7), S. 3 ff.

⁴⁶ So zum Versuch, einen Sachkundenachweis für den Einzelhandel einzuführen: BVerfG, Beschl. v. 14.12.1965 – 1 BvL 14/60, BVerfGE 19, 330, 336 ff.

den Kunden bereits schwere Schäden zugefügt worden sein.⁴⁷ Zudem wird auch betont, dass es i.d.R. erforderlich sein kann, eine tatsächliche langjährige Berufserfahrung in leitender Stellung in dem betreffenden Gewerbe einer regelrechten, mit einer Prüfung abzuschließenden Berufsausbildung gleichzustellen.⁴⁸

2. Bedeutung für eine „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes

Vor diesem Hintergrund dürfte eine „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes letztlich kaum mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sein. Angesichts der geschilderten Besonderheiten des Bestattungsgewerbes bzw. der spezifischen Missbrauchsmöglichkeiten auf Grund der besonderen Situation, in der sich die Auftraggeber von Bestattungsdienstleistungen vielfach befinden, wäre zwar eine Umwandlung des Bestattungsgewerbes in ein genehmigungspflichtiges Gewerbe unproblematisch zulässig, soweit die Genehmigung (nur) bei fehlender Unzuverlässigkeit des Antragsstellers bzw. bei fehlendem Nachweis einer angemessenen Berufshaftpflichtversicherung versagt werden könnte.⁴⁹ Gerade dies wird aber mit einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes nicht erreicht (s. o. IV 3). Es wird „nur“ eine besondere Sachkunde gefordert, die in der Regel durch den erfolgreichen Abschluss einer insgesamt vierjährigen Ausbildung nach Maßgabe der BestAus-bVO und der BestatBestMstrVO nachgewiesen werden muss.

Insoweit erscheint zwar ebenfalls im Grundsatz die Einführung von Ausbildungs- und Sachkunderfordernissen für das Bestattungsgewerbe als verfassungsrechtlich zulässig, jedenfalls soweit hiermit etwa der Gesundheits- und Kundenschutz – aber auch der Schutz des Gemeinschaftsguts des würdigen Umgangs mit Toten – gewährleistet werden soll. Der Inhalt der nachzuweisenden Sachkunde und der zu ihrem Erwerb vorgesehene Ausbildungsgang darf jedoch das zu diesen Zwecken Erforderliche auch nicht überschreiten *und* die förmliche Ausbildung müsste durch tatsächliche Berufserfahrung in leitender Stellung von genauer zu definierender Länge ersetzt werden können. Über diese Anforderungen gehen jedoch schon die Ausbildungs- und Prüfungsgegenstände der Ausbildung zur Bestattungsfachkraft nach der BestAusVO und erst recht die der kombinierten Ausbildung zur Bestattungsfachkraft und zum Bestattungsmeister nach der BestMstrVO deutlich hinaus. Hier dient nur ein kleiner Teil der Gesamtausbildung dazu, dem Auszubildenden das zum Zwecke des Gesundheits- und Kundenschutzes oder der Gewährleistung eines würdigen

⁴⁷ So zum Handwerksrecht: BVerfG, Beschl. v. 17.7.1961 – 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, 112 f.

⁴⁸ So jeweils zum Handwerksrecht: BVerfG, Beschl. v. 5.12.2005 – 1 BvR 1730/02, GewArch 2006, 71 ff.; BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 8/10, BVerwGE 140, 267, Abs. 34; BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 9/10, BVerwGE 140, 276, Abs. 37; BVerwG, Urt. v. 9.4.2014 – 8 C 50/12, BVerwGE 149, 265, Abs. 42.

⁴⁹ *Stelkens* (Fn. 8), S. 58.

Umgangs mit den Toten zwingend Erforderliche zu vermitteln (s. o. IV 1). Der Großteil der Ausbildungsinhalte dient dem Eigeninteresse des Auszubildenden, sich im Wettbewerb zu behaupten, was nach der geschilderten Rechtsprechung des BVerfG eben für sich allein kein hinreichender Grund ist, den Gewerbetreibenden vor sich selbst zu schützen.

Insoweit kann auch zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes nicht angeführt werden, diese diene der Fortexistenz des „Berufsstands“ der Bestatter. Dieses früher zur Rechtfertigung der Beibehaltung solcher überkommener, traditioneller Meisterprüfungserfordernisse (s. o. III. 5), kann bei einer „Neuvermeisterung“ eines Gewerbes kaum greifen. Tatsächlich hat das Bestattungsgewerbe noch nie einen eigenen „Stand“ gebildet, sondern hat sich aus verschiedenen Berufszweigen heraus entwickelt und ist primär ein kaufmännischer Beruf. Die „Nähe“ zum Handwerk hat eher historische Gründe und ist erst dadurch letztlich künstlich „erneuert“ worden, dass es seit 2007 bzw. 2009 überhaupt Ausbildungsgänge im Rahmen des Handwerksrechts für das Bestattungsgewerbe gibt. Der Verdacht, dass eine „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes nur erfolgen soll, um traditionelle Bestattungsbetriebe vor einer zunehmend als aggressiv wahrgenommenen Konkurrenz durch „Discount-Bestatter“ mit reduziertem Leistungsangebot zu schützen, wird sich daher in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren kaum entkräften lassen. Eine Berufszulassungsregelung vornehmlich zum Zwecke des „wettbewerblichen Bestandschutzes“ von Altbetrieben ist aber wegen Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG eindeutig unzulässig (s. o. III 1).

VI. Vereinbarkeit einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes mit Unionsrecht?

Bei der Frage nach den unionsrechtlichen Grenzen einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes ist zunächst festzustellen, dass das Bestattungsgewerbe keiner sektorspezifischen unionsrechtlichen Reglementierung unterliegt, mitgliedstaatliche Reglementierungen insoweit also „nur“ die Vorgaben der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (im Folgenden: DLRL) sowie der Richtlinie 2005/36/EG (in ihrer Fassung durch die Richtlinie 2013/15/EU) über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (im Folgenden: BQRL) entsprechen müssen. Ist dies der Fall, lassen sich weitergehende Grenzen mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume aus der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) kaum herleiten, so dass an dieser Stelle auf die Vorgaben der Grundfreiheiten nicht eingegangen werden muss. Hingegen ist vertieft auf die neue Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen (im Folgenden: VHMRL) einzugehen, die bis zum 30.7.2020 durch die Mitgliedstaaten umgesetzt sein muss (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 VHMRL).

1. Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Das Bestattungsgewerbe gehört jedenfalls nicht zu den Dienstleistungsberufen, die nach Art. 2 Abs. 2 DLRL vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sind. Insoweit stellt die Kommission in ihrem „Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie“ von 2007, das eine Art „authentische Interpretation“ der DLRL – wenn auch ohne verbindlichen Charakter⁵⁰ – darstellt, denn auch ausdrücklich klar, dass „Beerdigungsdienstleistungen“ keine vom Anwendungsbereich der DLRL nach Art. 2 Abs. 2 DLRL ausgenommenen „Verkehrsdienstleistungen“ sind.⁵¹

Dies bedeutet vor allem, dass die nationale Einführung eines Genehmigungserfordernisses für das Bestattungsgewerbe mit Regelungen flankiert werden muss, die sicherstellen, dass die Erbringung von Bestattungsdienstleistungen in Deutschland von Bestattungsunternehmen mit Sitz im EU-Ausland nicht durch nationale Regelungen beeinträchtigt wird, die den Vorgaben des Art. 16 DLRL nicht entsprechen. Zudem darf die Niederlassung von EU-Ausländern in Deutschland nicht entgegen den Vorgaben der Art. 14, 15 DLRL beschränkt werden.

Darüber hinaus schreibt Art. 9 Abs. 1 DLRL ausdrücklich vor, dass die Mitgliedstaaten die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann Genehmigungsregelungen unterwerfen dürfen, wenn (a) die Genehmigungsregelungen für den betreffenden Dienstleistungserbringer nicht diskriminierend sind, (b) die Genehmigungsregelungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und (c) das angestrebte Ziel nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden kann, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein. Diese Regelung liest sich so, als würden dem nationalen Gesetzgeber *allgemeine* Grenzen für die Normierung neuer gewerberechtlicher Zulassungsvoraussetzungen *auch bei reinen Inlandssachverhalten* gezogen. Dass die Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 DLRL (und die übrigen Regelungen des Kapitels II der DLRL über „Verwaltungsvereinfachung“) auch Vorgaben für nationale Berufszulassungsvoraussetzungen bei reinen Inlandssachverhalten aufstellen, sie also – entsprechend dem weiten Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 DLRL – allgemeine Grenzen für eine nationale Berufszulassungsregelung aufstellen, nimmt der EuGH heute wohl an.⁵² Dem steht

⁵⁰ C. Calliess/S. Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011, § 5 Rn. 8.

⁵¹ Europäische Kommission, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie 2007, S. 12 (abrufbar unter: <http://bookshop.europa.eu/de/handbuch-zur-umsetzung-der-dienstleistungsrichtlinie-pbKM7807096/>).

⁵² EuGH, Urt. v. 23.12.2015 – C-293/14 – Rn. 27 ff. [Hiebler ./ Schlagbauer] m. Anm. S. Korte, EuZW 2016, 224, 228 ff. und R. Streinz, JuS 2016, 759 ff.; ebenso bereits zuvor C. Barnard, Unravelling the Services Directive, CML Rev. 2008, 323, 350 ff.; A. D. Luch/S. E. Schulz, Der personelle Anwendungsbereich der EU-Dienstleistungsrichtlinie, in: U. Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, 2008, Band 1, S. 33 ff.; 38 ff.

nicht entgegen, dass die DLRL (nur) auf die Art. 46, 53 Abs. 1 und 62 AEUV gestützt war, denn nach neuerer Rechtsprechung des EuGH berechtigen diese Kompetenzen (entgegen anderer Stimmen in der Literatur⁵³) auch zu Regelungen, die reine Inlandssachverhalte erfassen.⁵⁴

Unterstellt man einmal die Anwendbarkeit des Art. 9 Abs. 1 DLRL auch auf reine Inlandssachverhalte,⁵⁵ dürften der Umgestaltung des Bestattungsgewerbes in ein zulassungspflichtiges Handwerk unüberwindlichen unionsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen: Die Einführung von Berufszulassungsvoraussetzungen für das Bestattungsgewerbe zum Gesundheits-, Kunden- und Pietätsschutz als solche wäre zwar wohl möglich.⁵⁶ Insbesondere ist festzustellen, dass sich aus der von der Kommission eingerichteten „Reglementierte Berufe-Datenbank“ ergibt, dass derzeit besondere Berufszulassungsregelungen für das Bestattungsgewerbe in Belgien, Frankreich, Österreich, der Slowakei, Tschechien und Ungarn bestehen.⁵⁷ Anhaltspunkte dafür, dass die Kommission diese Reglementierungen für schlechthin unionsrechtswidrig erachten würde, sind dabei nicht erkennbar. Allerdings geht die Einführung eines „Meisterzwangs“ für das Bestattungsgewerbe aus den oben zu Art. 12 Abs. 1 GG gesagten Gründen (s. o. V. 2) deutlich über das Erforderliche hinaus und wäre daher nicht mit Art. 9 Abs. 1 DLRL in Einklang zu bringen.

Dass Art. 9 Abs. 1 DLRL den Mitgliedstaaten allgemeine materielle Vorgaben für Berufszulassungsregelungen machen könnte, die etwa in Deutschland der Einführung und Beibehaltung gewerberechtlicher Genehmigungserfordernisse schlechthin entgegen gehalten werden könnten, ist jedoch eine relativ neue Erkenntnis.⁵⁸ Bei der Umsetzung der DLRL im Gewerberecht⁵⁹ war der deutsche Gesetzgeber etwa eindeutig davon ausgegangen, den Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 DLRL sei genüge getan, wenn Genehmigungserfordernisse allein für den Fall grenzüberschreitender Dienstleistungen abgebaut werden – wie § 4 GewO deutlich zeigt. Deutschland steht mit dieser

⁵³ S. etwa *M. Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Statthaftigkeit der Rückführung von Anlage B1-Handwerken in die Anlage A zur HwO, WiVerw 2018, S. 181, 249 ff.

⁵⁴ Siehe hierzu EuGH, Rs. C-360/15 und C-31/16 (X und Visser Vastgoed Beleggingen), ECLI:EU:C:2018:44, Rn. 109. Zu den Auswirkungen *J. Kühling/S. Drechsler*, Die Geltung der Dienstleistungsrichtlinie im Telekommunikations- und Baurecht, NVwZ 2018, S. 379, 382.

⁵⁵ Der WD-BT (Fn. 6, S. 10 f.) lehnt die Anwendbarkeit der DLRL wegen eines Vorrangs der BQRL ab.

⁵⁶ *Stelkens* (Fn. 8), S. 62.

⁵⁷ Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/regprof/index.cfm?action=map_complex&profession=12143.

⁵⁸ Der WD-BT (Fn. 6, S. 10 f.) geht in seinem Gutachten hiervon wohl nicht aus und lehnt i. Ü. die Anwendbarkeit der DLRL wegen eines Vorrangs der BQRL ab.

⁵⁹ Durch das Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften vom 17.6.2009 (BGBl I, 2091).

Sichtweise auch nicht alleine: Auch die EU-Kommission hat in Zusammenhang mit der Umsetzungsevaluation die Umsetzung der Art. 5 ff. DLRL nur in Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte in den Blick genommen.⁶⁰ Auch die meisten Mitgliedstaaten haben sich – entsprechend der wohl vorherrschenden Auffassung in der deutschen Literatur zur DLRL⁶¹ – auf Regelungen zur Verfahrensvereinfachung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten beschränkt.⁶² Ob und inwieweit daher gerade Art. 9 Abs. 1 DLRL auch auf reine Inlandssachverhalte anwendbar ist und was hieraus für die Mitgliedstaaten folgt, die die Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 DLRL mit Billigung der Kommission letztlich auf die Fälle grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung beschränkt hat, scheint damit noch nicht abschließend geklärt. Es ist nicht auszuschließen, dass sich hier 10 Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die DLRL (Art. 44 Abs. 1 DLRL) noch ganz grundlegender – und sehr aufwändiger – Nachbesserungsbedarf dahingehend ergibt, dass jede einzelne bestehende Berufszulassungsbestimmung für Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich der DLRL fallen, ganz generell und auch bezogen auf reine Inlandssachverhalte überprüft werden muss (siehe hierzu auch VI 3 d).

2. *Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen in ihrer Fassung durch die Richtlinie 2013/15/EU*

Nach Art. 1 BQRL sollen mit dieser Richtlinie Vorschriften festgelegt werden,

„nach denen ein Mitgliedstaat, der den Zugang zu einem reglementierten Beruf oder dessen Ausübung in seinem Hoheitsgebiet an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen knüpft [...], für den Zugang zu diesem Beruf und dessen Ausübung die in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten [...] erworbenen Berufsqualifikationen anerkennt, die ihren Inhaber berechtigen, dort denselben Beruf auszuüben.“

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass bei einer Neuordnung des Berufszugangs zum Bestattungsgewerbe natürlich auch die Vorschriften der BQRL berücksichtigt werden müssten. Erwähnenswert mag die BQRL im vorliegenden Zusammenhang jedoch vor allem deshalb sein, weil sich ihr indirekt entnehmen lässt, welche Intensität im Hinblick auf die Ausbildungsdauer gerade bei

⁶⁰ Vgl. „Staff Working Document“ v. 8.6.2012 (SWD(2012)148 final), S. 23 ff.

⁶¹ H. Schmitz/L. Prell, Verfahren über eine einheitliche Stelle NVwZ 2009, S. 1, 2; A. Windoffer; Die Implementierung einheitlicher Ansprechpartner nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie – Problemfelder und Anpassungsbedarf im nationalen Recht, NVwZ 2007, S. 495, 496; A. Schiff, Sekundär- vor Primärrecht? – Zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Inlandssachverhalte, EuZW 2015, S. 899 ff.; Schmidt-Kessel, in: M. Schlachter/C. Ohler [Hrsg.], Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 16 Rn. 8

⁶² Siehe U. Stelkens/W. Weiß/M. Mirschberger, in: dies. [Hrsg.], Implementation of the EU Services Directive, 2010, S. 3, 10 f.). Siehe hierzu ferner T. van Rijn, Les situations juridiques internes sont-elles couvertes par la directive services ?, Cahiers de droit européen 53 (2017), 193 ff.

Bestattern wohl auch aus unionsrechtlicher Perspektive als angemessenes Qualifikationserfordernis angesehen werden kann. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass „Bestattungsinstitute“ in Nr. 4 der Anlage IV Verzeichnis III zur BQRL ausdrücklich aufgeführt sind. Nach Art. 16 BQRL muss ein Mitgliedstaat nun für die in Anlage IV Verzeichnis III genannten Tätigkeiten eine „Ausübung der betreffenden Tätigkeit“ gemäß Art. 19 BQRL als ausreichenden Nachweis für solche Kenntnisse und Fertigkeiten anerkennen, wenn er die Ausübung dieser Tätigkeiten vom Besitz allgemeiner, kaufmännischer oder fachlicher Kenntnisse und Fertigkeiten abhängig macht. Art. 19 BQRL bestimmt nun hinsichtlich der Qualität dieser „Tätigkeitsausübung“:

„(1) Im Falle der in Anhang IV Verzeichnis III aufgeführten Tätigkeiten muss die betreffende Tätigkeit zuvor wie folgt ausgeübt worden sein:

- a) als ununterbrochene dreijährige Tätigkeit entweder als Selbstständiger oder als Betriebsleiter; oder
- b) als ununterbrochene zweijährige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter, wenn die begünstigte Person für die betreffende Tätigkeit eine vorherige Ausbildung nachweisen kann, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bescheinigt oder von einer zuständigen Berufsorganisation als vollwertig anerkannt ist; oder
- c) als ununterbrochene zweijährige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter, wenn die begünstigte Person nachweist, dass sie die betreffende Tätigkeit mindestens drei Jahre als abhängig Beschäftigter ausgeübt hat; oder
- d) als ununterbrochene dreijährige Tätigkeit als abhängig Beschäftigter, wenn die begünstigte Person für die betreffende Tätigkeit eine vorherige Ausbildung nachweisen kann, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bescheinigt oder von einer zuständigen Berufsorganisation als vollwertig anerkannt ist.

(2) In den Fällen der Buchstaben a und c darf die Beendigung dieser Tätigkeit nicht mehr als zehn Jahre zurückliegen, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Einreichung des vollständigen Antrags der betroffenen Person bei der zuständigen Behörde nach Artikel 56.“

Hieraus folgt aber letztlich nur, dass die BQRL von der grundsätzlichen Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Berufsqualifikationsvoraussetzungen für das Bestattungsgewerbe ausgeht. Man kann Art. 19 BQRL zudem auch entnehmen, dass selbst (aber wohl auch höchstens) eine dreijährige Berufsausbildungszeit auch aus unionsrechtlicher Perspektive eine zulässige Berufszulassungsvoraussetzung für das Bestattungsgewerbe darstellen *kann*.⁶³ Dies würde aber den nationalen Gesetzgeber nicht davon entbinden, die konkreten Ausbildungsgegenstände, für deren Vermittlung in ihrer Gesamtheit eine *dreijährige* Ausbildung notwendig ist, jeweils für sich rechtfertigen zu müssen. Dies wäre bei der den Ausbildungsgegenständen der insgesamt *vierjährigen* Ausbildung zur Bestattungsfachkraft und zum Bestattermeister in ihrer Gesamtheit nicht möglich (s. o. V 2).

⁶³ Stelkens (Fn. 8), S. 63.

3. Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen

Die VHMRL vom 28.6.2018 ist – wie bereits erwähnt – bis zum 30.7.2020 umzusetzen. Diese Richtlinie hat einen besonderen Regelungsinhalt, der sich vom Regelungsinhalt „normaler“ Richtlinien unterscheidet.⁶⁴ Sie verpflichtet den nationalen Gesetzgeber nicht dazu, das nationale Recht in bestimmten Politikbereichen zu ändern, sondern stellt für den Fall beabsichtigter Einführung neuer Berufszulassungsregelungen durch den nationalen Gesetzgeber für diesen prozedurale Pflichten auf. Dieses „Gesetzgebungsverfahren“ soll *präventiv* sicherstellen, dass der nationale Gesetzgeber nur solche Berufszulassungsregelungen erlässt, die mit dem Unionsrecht – insbesondere den Grundfreiheiten aber auch etwa den materiellen Vorgaben der DLRL – übereinstimmen. Auch deshalb wird zu Recht betont, dass der Unionsgesetzgeber mit der VHMRL

„[...] einen Anreiz für eine Deregulierung im Sinne eines Abbaus von Regelungen in den Mitgliedstaaten gesetzt [hat]. Die Mitgliedstaaten sind bei jeder zukünftigen Änderung des Berufsrechts und der Verwaltungsvorschriften, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, wie auch bei jeder Neueinführung einer Regelung gehalten, die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach den Kriterien des Art. 7 der Richtlinie durchzuführen, das Ergebnis der Prüfung und die dafür maßgeblichen Erwägungen für jede neue bzw. geänderte Vorschrift zu begründen [...]. Der damit verbundene Aufwand entfällt dagegen, wenn sich der Gesetzgeber schlichtweg für eine Deregulierung im Sinne einer Aufhebung von Regelungen (Normen) entscheidet.“⁶⁵

Zu betonen ist, dass die Richtlinie – obwohl ebenfalls (nur) auf die Art. 46, 53 Abs. 1 und 62 AEUV gestützt – auf die Einführung von Berufsreglementierungen allgemein gerichtet ist, also auch reine Inlandssachverhalte erfassen soll. Dies ist – wie erwähnt – nach neuerer Rechtsprechung des EuGH auch zulässig.⁶⁶ Die VHMRL hat auch einen sehr weiten Anwendungsbereich was die erfassten Berufe angeht⁶⁷ und betrifft nach Art. 2 Abs. 1 VHMRL den Erlass solcher Gesetze,

„die die Aufnahme oder Ausübung eines Berufs oder einer bestimmten Art seiner Ausübung beschränken, einschließlich des Führens einer Berufsbezeichnung und der im Rahmen dieser Berufsbezeichnung erlaubten beruflichen Tätigkeiten.“

⁶⁴ M. Payrhuber/U. Stelkens, 1:1-Umsetzung“ von EU-Richtlinien: Rechtspflicht, rationales Politikkonzept oder (wirtschafts)politischer Populismus? – zugleich zu Unterschieden zwischen Rechtsangleichungs- und Deregulierungsrichtlinien, EuR 2019, S. 190, 199 ff.

⁶⁵ A. Schäfer, Berufsrecht 2020 – Mit der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie auf dem Weg zu einem modernen Regulierungsrecht?, S. 791.

⁶⁶ Siehe hierzu im Text bei Fn. 54.

⁶⁷ Hierzu Schäfer (Fn. 65), S. 790.

Sie würde daher auch die Umwandlung des Bestattungsgewerbes in ein zulassungspflichtiges Handwerk erfassen. Ob die Richtlinie einer Überprüfung am auch für Richtlinien geltenden Maßstab des EU-Primärrechts Stand halten würde, ist umstritten.⁶⁸ Dies kann hier aber dahingestellt bleiben, weil eine Nichtigkeitserklärung einer Richtlinie dem EuGH vorbehalten wäre und bis dahin eine „Vermutung der Gültigkeit“ besteht, also die Mitgliedstaaten sie auch dann umsetzen müssen, wenn sie der Auffassung sind, sie wäre etwa mit den Vorgaben des Art. 5 EUV nicht vereinbar.⁶⁹

a) *Entstehungsgeschichte der VHMRL*

Die Kommission hatte ihren Vorschlag für die VHMRL vom 10.1.2017 u.a. damit begründet, es seien

„zur Sicherstellung eines optimalen Regulierungsumfeldes [...] Schritte zur Einführung einer Ex-ante-Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Regulierung von Berufen (wie bereits in der sog. Binnenmarktstrategie angekündigt) erforderlich“

Zwar bleibe die Entscheidung über Inhalt und Art einer Regulierung den Mitgliedstaaten belassen, deren Entscheidung müsse „aber evidenzbasiert und auf der Grundlage einer sorgfältigen, transparenten und objektiven Prüfung getroffen“ werden.⁷⁰

Der Rat für Wettbewerbsfähigkeit der EU hat am 29.5.2017 eine allgemeine Ausrichtung in Bezug auf diesen Richtlinienvorschlag beschlossen;⁷¹ eine Sperrminorität ist im Rat aber nicht zustande gekommen. Immerhin hat sich der Rat u.a. dafür ausgesprochen, stärker zu betonen, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, zu entscheiden, ob und wie Berufe reguliert werden sollen und dass insbesondere der Umstand, dass andere Mitgliedstaaten weniger strikte Vorschriften erlassen, nicht bedeute, dass die Vorschriften anderer Staaten deswegen unverhältnismäßig seien. Auch wurden verschiedene Ergänzungen an den relevanten Zielen des Gemeinwohls vorgenommen. Aus Sicht des Rats soll schließlich der Umfang der Verhältnismäßigkeitsprüfung in einem angemessenen Verhältnis zum Inhalt und zu den Auswirkungen der betroffenen Reglementierungsvorschrift stehen. Im Anschluss an das sog. Trilog-Verfahren hat schließlich das Europäische Parlament am 14.06.2018 eine Entschließung gefasst, in der die im Laufe des Verfahrens erfolgten

⁶⁸ Dies ist nicht ganz unproblematisch, siehe *Burgi* (Fn. 53), S. 248; Siehe ferner die Ausarbeitung des WD-BT „Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Wiedereinführung der Zulassungspflicht für derzeit zulassungsfreie Handwerke“ (Fn. 6), S. 21; vgl. ferner *P. S. Stöbener de Mora*, Eine unverhältnismäßige Verhältnismäßigkeitsprüfung, *EuZW* 2017, S. 287, die von der Etablierung einer „unverhältnismäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung“ spricht und die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip bestreitet.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-137/92 P (BASF u. a./Kommission), ECLI:EU:C:1994:247, Rn. 48.

⁷⁰ COM (2016) 822 final, S. 2 u. 4.

⁷¹ Dok.-Nr. 9057/1/2017 zu COM (2016) 822.

Veränderungen unter der Dokumentnummer P8_TA (2018) 0263 fett markiert sind. So wird in Erwägungsgrund 7 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass weiterhin „ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet“ werden müsse und in Erwägungsgrund 17 taucht im Kreis der aufgezählten Anforderungen des Allgemeininteresses zur „Klarstellung“ im Anschluss an den bereits erwähnten „Schutz der Verbraucher“ die Formulierung „einschließlich der Gewährleistung der Qualität der handwerklichen Arbeit“ auf.

b) *Regelungsinhalt der VHMRL*

Der Sache nach scheint die Richtlinie von einer „allgemeinen Vermutung“ auszugehen, „dass (nationale) Regulierung stets eine mögliche Belastung darstellt und keine wichtigen Ziele verfolgt bzw. erreicht“ und „dass die Mitgliedstaaten willkürlich ohne vorherige Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung Vorschriften beschließen“.⁷² Sie begründet – wie erwähnt – innerhalb ihres Anwendungsbereichs letztlich eine Pflicht zur Durchführung einer (auf die „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ beschränkten) Gesetzesfolgenabschätzung vor Erlass neuer Berufszulassungsregelungen. Diese Gesetzesfolgenabschätzung muss objektiv und unabhängig durchgeführt werden (s. Art. 4 Abs. 1 und 5 VHMRL). Ferner sieht Art. 4 Abs. 3 VHMRL eine Pflicht vor, derartige Gesetze (in einer „begleitenden Erläuterung“) in einer Weise zu begründen,

„die so ausführlich ist, dass eine Bewertung der Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ermöglicht wird“.

Zudem haben nach Art. 4 Abs. 4 VHMRL die Mitgliedstaaten – in Anlehnung des Kommissionsvorschlags, der noch von Evidenzbasiertheit sprach – die Gründe durch qualitative und, soweit möglich und relevant, durch quantitative Elemente zu substantiieren. Diese Voraussetzung an die Rechtfertigung einer Berufszugangsbeschränkung ist damit strenger als der von der deutschen Rechtsprechung bisher aufgestellte Maßstab („Plausibilität genügt“).⁷³ Denn eine plausible gesetzgeberische Begründung einer Beschränkung, die jedoch „ins Blaue hinein“ erfolgt, wäre nunmehr unionsrechtswidrig. Damit können die Vorgaben der VHMRL nicht allein als „Konkretisierung- und Strukturierungshilfen“ gedeutet werden,⁷⁴ sondern enthalten konkrete zu beachtende Vorgaben, die die nationalen Gesetzgeber bei künftigen Gesetzesvorhaben mit Berufszugangsbeschränkungen Folge zu leisten haben.

⁷² Stöbener de Mora (Fn. 64), S. 290.

⁷³ Vgl. insoweit die Argumentation zur Gefahrgeneigtheit einzelner zulassungspflichtiger Handwerke BVerwG, Urt. v. 31.8.2011 – 8 C 8/10, BVerwGE 140, 267, Abs. 32 (für Friseurhandwerk); BVerwG, Urt. v. 9.4.2014 – 8 C 50/12, BVerwGE 149, 265, Abs. 41 (für Maler- und Lackiererhandwerk).

⁷⁴ So aber *Burgi*, GewArch 2018, 449 f.

Inhaltlich sind in der VHMRL neben der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes (Art. 5 VHMRL) vor allem die Anforderungen an die Rechtfertigung durch Ziele des Allgemeininteresses (Art. 6 VHMRL) und die Verhältnismäßigkeit selbst zu nennen (Art. 7 VHMRL), auf die nachfolgend näher eingegangen wird.

So sieht Art. 6 Abs. 1 VHMRL etwa vor, dass eine Berufszugangsbeschränkung überhaupt nur durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können. Dies sind etwa Gründe der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Gesundheit oder durch sonstige zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die objektiv gerechtfertigt sind (Art. 6 Abs. 2 VHMRL). Rein wirtschaftliche oder verwaltungstechnische Gründe gehören ausdrücklich nicht dazu (Art. 6 Abs. 3 VHMRL).

Kern der Richtlinie sind die in Art. 7 VHMRL aufgestellten Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von berufszugangsbeschränkenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die die Mitgliedstaaten *vor deren Erlass* zu beachten haben (Art. 7 Abs. 2 VHMRL).

Zu berücksichtigen sind etwa die Eigenart der mit den angestrebten Zielen des Allgemeininteresses verbundenen Risiken, insbesondere der Risiken für Dienstleistungsempfänger, Berufstätige und Dritte (Art. 7 Abs. 2 UA 1 lit. a VHMRL); ob bestehende Regelungen spezifischer oder allgemeiner Art ausreichen, um das angestrebte Ziel zu erreichen (Art. 7 Abs. 2 UA 1 lit. b VHMRL); die Eignung der Vorschriften hinsichtlich ihrer Angemessenheit zur Erreichung des angestrebten Ziels, und ob sie diesem Ziel tatsächlich in kohärenter und systematischer Weise gerecht werden und somit den Risiken entgegenwirken, die bei vergleichbaren Tätigkeiten in ähnlicher Weise identifiziert wurden (Art. 7 Abs. 2 UA 1 lit. c VHMRL); die Möglichkeit des Rückgriffs auf gelindere Mittel zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels (Art. 7 Abs. 2 UA 1 lit. e VHMRL); die Mitgliedstaaten haben zudem die Wirkung der neuen oder geänderten Vorschriften zu berücksichtigen, wenn sie mit anderen Vorschriften, die den Zugang zu reglementierten Berufen oder deren Ausübung beschränken, kombiniert werden (Art. 7 Abs. 2 UA 1 lit. f VHMRL).

Besondere Relevanz für die Thematik dieser Stellungnahme sind die in Art. 7 Abs. 2 UA 2 VHMRL aufgeführten und von den Mitgliedstaaten zu berücksichtigenden Elemente für die Art und den Inhalt der neu eingeführten oder geänderten Vorschriften: So ist etwa der Zusammenhang zwischen dem Umfang der von einem Beruf erfassten oder einem Beruf vorbehaltenen Tätigkeit und der erforderlichen Berufsqualifikation zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 2 UA 2 lit. a VHMRL). Somit gewinnt das Verhältnis von erforderlicher Berufsqualifikation zu den tatsächlichen inhaltlichen Anforderungen des Berufs nunmehr an unionsrechtlicher Bedeutung. Noch deutlicher wird

jener Zusammenhang in Art. 7 Abs. 2 UA 2 lit. b VHMRL, der den Mitgliedstaaten vorgibt, als relevantes Element den Zusammenhang zwischen der Komplexität der betreffenden Aufgaben und der Notwendigkeit hierfür eine bestimmte Berufsqualifikation vorweisen zu müssen (bezogen auf Niveau, Eigenart und der Dauer der erforderlichen Ausbildung oder Erfahrung), zu berücksichtigen.

3. Bedeutung für eine „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes in Deutschland

Aus diesem unionsrechtlich vorgegebenen Prüfprogramm ergeben sich Konsequenzen, sollte sich der deutsche Gesetzgeber zu einer „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes entschließen. Denn ein Stück weit wird unionsrechtlich der Einschätzungs- und Handlungsspielraum der nationalen Gesetzgeber eingeschränkt, obwohl Art. 1 Abs. 1 Satz 2 VHMRL die Befugnis der Mitgliedstaaten, darüber zu entscheiden, ob und wie ein Beruf zu reglementieren ist, ausdrücklich für durch die Regelungen der VHMRL „nicht berührt“ erklärt.⁷⁵ Insbesondere für den hier als sinnvoll erachteten gewerberechtlichen Sachkundenachweis darf der Gesetzgeber nunmehr aus dem aus Art. 7 Abs. 2 Uabs. 2 lit. b VHMRL zu beachtenden Aspekten nicht einfach das Durchlaufen der Ausbildung zum Bestattungsmeister als zwingende Voraussetzung für den Sachkundenachweis einführen, weil bereits die Ausbildungsdauer insoweit außer Verhältnis zu dem auch in deutlich kürzerer Zeit erwerbbar zwingend erforderlichen „Mindest-Sachkenntnissen“ steht. Die Argumentation zu Art. 12 GG kann auch auf die Rechtslage nach der VHMRL übertragen werden (s. o. V 2).

Auch hiernach gilt also, dass bereits die in der Ausbildung zur Bestattungsfachkraft vermittelten Inhalte über das zulässige Maß für eine Berufszugangsbeschränkung deutlich hinausgehen. Bei den in erster Linie dem Schutz des Gewerbetreibenden vor sich selbst dienenden Kenntnissen stehen die Sicherung der Selbsterhaltungsfähigkeit des Betriebes und das Bestehen im Wettbewerb im Vordergrund. Damit überwiegen für jene Kenntnisse wirtschaftliche Gründe, welche nach Art. 6 Abs. 3 VHMRL nicht als rechtfertigungsfähiges Ziel des Allgemeininteresses für eine Einschränkung des Berufszugangs anerkannt werden und somit auch nicht verpflichtender Teil der zu beherrschenden „Mindest-Sachkenntnisse“ sein dürfen.

⁷⁵ Andere Ansicht: *Burgi*, GewArch 2018, 449, der keine neuen oder zusätzlichen „Kriterien“ durch die VHMRL für die Verhältnismäßigkeit nationaler Berufsreglementierungen erkennen will, dabei aber die unterschiedlichen Maßstäbe übersieht. Danach wird in Deutschland bislang keine Evidenzbasiertheit sondern lediglich eine Plausibilität durch die Rechtsprechung gefordert. Die Anforderungen durch die VHMRL sind damit strenger und aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts auch für den deutschen Gesetzgeber nunmehr maßgebend.

Zwar hat der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags in seinem Gutachten „Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Wiedereinführung der Zulassungspflicht für derzeit zulassungsfreie Handwerke“⁷⁶ erwogen, ob die Sicherung der wirtschaftlichen Nachhaltigkeit des Betriebs dem „nachgelagerten Verbraucherschutz in Gestalt eines Gewährleistungsrechts“ dienen könne. Dieser Ansatz erscheint jedoch kaum tragfähig. Das hierfür vorgebrachte Argument, mangelbedingte Gewährleistungsansprüche der Verbraucher würden mangels Schuldner sonst vielfach ins Leere laufen, überzeugt nicht. Das Insolvenzrisiko fällt am Markt grundsätzlich in die Sphäre des Schuldners und bislang sind keine Auffälligkeiten bei den zulassungsfreien Handwerken objektiv ersichtlich, die hier eine erhöhte Schutzbedürftigkeit der Verbraucher nahe legen. Die jener Annahme zugrunde liegenden Zahlen betrafen nur kurze, von natürlichen konjunkturellen Schwankungen unterworfenen, Zeiträume, aus der sich die behauptete Tendenz jedenfalls bislang nicht zwingend ableiten lässt.⁷⁷ Zudem wäre fraglich, ob die in der Ausbildung vermittelten Kenntnisse überhaupt geeignet wären, um vor dem Insolvenzrisiko ausreichend zu schützen. Jedenfalls sind mildere, gleich geeignete Mittel zum Schutz der Verbraucher denkbar (Information über Datum der Betriebsgründung; Nutzung geschützter Berufsbezeichnung), so dass es jedenfalls an der Erforderlichkeit mangeln dürfte jene Kenntnisse als Teil des gewerberechtlichen Sachkundenachweises verpflichtend zu verlangen.

Der deutsche Gesetzgeber wird daher eine „Vermeisterung“ des Bestattungsgewerbes ziemlich eindeutig nicht in einer Weise verwirklichen können, die den Anforderungen der VHMRL gerecht wird.

c) Bedeutung Umsetzungsfrist der VHMRL für die „Rückvermeisterungsinitiative“

Der „Fahrplan“ der „Eckpunkte für eine Novellierung der Handwerksordnung“ der Arbeitsgruppe „Meisterbrief“ der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD des Bundestages sieht jedoch eine Novellierung der Handwerksordnung – wie erwähnt – vor, so dass Änderungen der Handwerksordnung zur „Rückvermeisterung“ bereits am 1.1.2020 in Kraft treten sollen und damit sechs Monate vor Inkrafttreten der VHMRL. Insoweit stellt sich die Frage, ob sich der deutsche Gesetzgeber den aus der VHMRL ergebenden Pflichten durch eine Änderung der nationalen Rechtslage

⁷⁶ WD-BT (Fn. 6), S. 29 f.

⁷⁷ Diese Tendenz müsste zudem für das jeweils zu „vermeisternde“ Gewerbe objektiv festgestellt werden. Im Zeitraum 2003-2008 lag die Überlebensrate – bezogen auf das gesamte zulassungsfreie Handwerk - nach fünf Jahren bei 66,8 %, im Zeitraum 2007-2012 bei 45,9 %, siehe WD-BT (Fn. 6), S. 29 m. w. N. Hierauf zielen auch die Fragen 2, 4 und 5 der Konsultation zur Wiedereinführung der Meisterpflicht bei zulassungsfreien Gewerken ab.

vor dem In-Kraft-Treten der Richtlinie entziehen kann. Art. 4 Abs. 3 EUV verbietet den Mitgliedstaaten jedoch jegliche „Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Verträge der Union gefährden könnten“. Die Mitgliedstaaten dürfen demnach keine Maßnahmen ergreifen, die die Einheit und praktische Wirksamkeit der Verträge sowie der zu ihrem Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen mehr als nur unerheblich beeinträchtigen oder ausschalten könnten.⁷⁸ Die Mitgliedstaaten sind daher schon während der Umsetzungsfrist an den Regelungsinhalt einer Richtlinie im Sinne einer Vorwirkung dergestalt gebunden, dass sie Gegenstand und Zweck der Richtlinie nicht unterlaufen dürfen, welche ein späteres richtlinienkonformes Verhalten der Mitgliedstaaten ausschließen würde.⁷⁹ Deutschland ist daher aufgrund von Art. 4 Abs. 3 UA 3 EUV i. V. m. Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, den Erlass von Vorschriften zu unterlassen, die geeignet sind, das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen (sog. *Frustrationsverbot*).⁸⁰

Dies ergibt sich hier letztlich besonders deutlich auch aus dem Sinn und Zweck einer Umsetzungsfrist bei einer Richtlinie mit diesem besonderen Inhalt der VHMRL: Die einfachste Form, die VHMRL umzusetzen, ist – nichts zu tun. Nichts zu tun bedeutet, dass der nationale Gesetzgeber von seiner in Ermangelung einer unionsrechtlichen Harmonisierung fortbestehenden Regelungszuständigkeit, ob und wie ein Beruf zu reglementieren ist, keinen Gebrauch macht. Dies wirft die Frage auf, welchen Zweck eine Umsetzungsfrist bei einer Richtlinie haben kann, die letztlich kein positives Handeln des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers verlangt, sondern letztlich „nur“ eine besonderes Anzeigeverfahren mit besonderen Nachweisverfahren und Dokumentationspflichten für den nationalen Gesetzgeber aufstellt, wenn er bestimmte Sachbereiche neu regeln will. Hier kann die Umsetzungsfrist wohl allein dazu dienen, den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, entsprechende Verfahrensstrukturen aufzubauen, um die Vorgaben aus der VHMRL künftig erfüllen zu können. Dagegen soll sie den Mitgliedstaaten sicher nicht ermöglichen, vor Ablauf der Umsetzungsfrist schnell noch Berufsreglementierungen einzuführen, die mit den Vorgaben der VHMRL nicht vereinbar sind.

Daher ist nicht selbstverständlich, dass die Kommission es akzeptieren wird, dass vor Inkrafttreten der VHMRL „schnell noch“ alle möglichen Berufsreglementierungen durch den nationalen Gesetzgeber eingeführt werden. Letztlich könnte dies für die Kommission der Auslöser dafür sein,

⁷⁸ C. Calliess/W. Kahl/A. Puttler, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 4 EUV Rn. 101.

⁷⁹ Calliess/Kahl/Puttler (Fn. 78), Art. 4 EUV Rn. 102 m. w. N.

⁸⁰ Calliess/Kahl/Puttler (Fn. 78), Art. 4 EUV Rn. 102 m. w. N.

solche Berufsreglementierungen dann verstärkt am Maßstab des Art. 9 DLRL zu messen – und damit die Frage, ob die materiellen Vorgaben des Art. 9 DLRL auch auf die Regulierung reiner Inlandssachverhalte anwendbar sind, vor den EuGH zu bringen. Eine „fahrplanmäßige“ Umsetzung der „Vermeisterungsinitiative“ der Bundesfachgruppe Bestattung ebenso wie die der „Rückvermeisterungsinitiative“ insgesamt, läuft damit in Gefahr, eine Bombe zu zünden: Nämlich, dass die Kommission 10 Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die DLRL von den Mitgliedstaaten verlangt, generell alle bestehenden Berufszulassungsregelungen unabhängig von der Frage des grenzüberschreitenden Bezugs im Anwendungsbereich der DLRL am Maßstab des Art. 9 DLRL (und weiterer Bestimmungen des II. Teils der DLRL) zu messen und dies ggf. mit Vertragsverletzungsverfahren durchzusetzen.⁸¹

VII. Fazit

Es gibt gute oder jedenfalls nachvollziehbare Gründe, das Bestattungsgewerbe im Interesse des Verbraucher-, Gesundheits- und Pietätsschutzes stärker zu regulieren. Eine Umwandlung des Bestattungsgewerbes in ein zulassungspflichtiges Handwerk ist jedoch eine weitgehend untaugliche Antwort auf begründete bzw. begründbare Regelungsanliegen, insbesondere, weil sie nicht zu einer präventiven Zuverlässigkeitsprüfung führt. Grundsätzlich erscheint es zudem zwar verfassungs- und unionsrechtlich zulässig, für die Aufnahme des Bestattungsgewerbes den erfolgreichen Abschluss einer Sachkundeprüfung vorauszusetzen, soweit der Gegenstand der Prüfung auf das zum Verbraucher-, Gesundheits- und Pietätsschutz höchstens Erforderliche beschränkt bleibt. Über diese Anforderungen gehen jedoch schon die Ausbildungs- und Prüfungsgegenstände der Ausbildung zur Bestattungsfachkraft nach der BestAusbVO und erst recht die der kombinierten Ausbildung zur Bestattungsfachkraft und zum Bestattungsmeister nach der BestMstrVO deutlich hinaus. Es liegt damit der kaum zu widerlegende Verdacht nahe, das Primärziel der „Vermeisterungsinitiative“ der Bundesfachgruppe Bestatter des Bundesverbands Holz und Kunststoff ist, traditionelle Bestattungsbetriebe vor einer zunehmend als aggressiv wahrgenommenen Konkurrenz durch „Discount-Bestatter“ mit reduziertem Leistungsangebot zu schützen. Dies wird zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen führen und es ist sehr wahrscheinlich, dass die Gerichte die Ausgestaltung des Bestattungsgewerbes als zulassungspflichtiges Handwerk als verfassungs- und unionsrechtswidrig ansehen werden. Insgesamt schadet die Forderung der Berufsfachgruppe Bestatter damit den berechtigten Anliegen, für das Bestattungsgewerbe gegenüber dem jetzigen

⁸¹ Siehe hierzu im Text bei Fn. 59.

Rechtszustand strengere, im Ganzen aber gemäßigte Berufszulassungsvoraussetzungen einzuführen.⁸² Soll die „Vermeisterungsinitiative“ (schnell noch) vor Ablauf der Umsetzungsfrist der VHMRL verwirklicht werden und zu Gesetzen führen, die am 1.1.2020 in Kraft treten, läuft sie (wie auch die „Rückvermeisterungsinitiative“ insgesamt) zudem Gefahr, die Büchse der Pandora der generellen Anwendbarkeit der DLRL auf reine Inlandssachverhalte zu öffnen: mit unvorhersehbaren Folgen für das deutsche gewerbliche Berufszulassungsrecht im Allgemeinen und das deutsche Handwerksrecht (einschließlich des Fortbestands der noch bestehenden zulassungspflichtigen Handwerke) im Besonderen.

⁸²

Zu denkbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten *Stelkens* (Fn. 8), S. 55 ff.