



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFTEN

Björn Maronde

Die Neuregelung des deutschen Schornsteinfegerrechts

Band 14



Cuvillier Verlag Göttingen

Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

**Die Neuregelung des deutschen
Schornsteinfegerrechts**

Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
an der Fakultät der Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von
Björn Maronde

Hamburg 2008

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2009
Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2008

978-3-86727-918-5

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Rolf Stober

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dagmar Felix.

Tag der mündlichen Prüfung: 28.02.2009

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2009

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2009

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86727-918-5

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/08 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Sie behandelt das Schornsteinfegerrecht in seiner historischen Entwicklung, die Kritik am Schornsteinfegergesetz in seiner Fassung 10. August 1998 und die intensive Auseinandersetzung mit dem Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens.

Ich möchte an dieser Stelle meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Rolf Stober für die Förderung und konstruktive Kritik danken, die er dieser Arbeit angedeihen ließ. Frau Prof. Dr. Dagmar Felix danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Außerdem möchte ich mich in diesem Zusammenhang herzlichst bei Herrn Wolfgang Flechtner für die intensive Durchsicht des Manuskripts und meiner Schwester Juliane Maronde für die positive Energie und Unterstützung danken.

Ein besonderer Dank gilt meiner Verlobten, Marie v. Wedel, ohne deren liebevolles Verständnis diese Arbeit nicht hätte verwirklicht werden können. Besonders erwähnen möchte ich an dieser Stelle auch meine Eltern, Waltraut und Uwe Maronde, für ihre stetige Förderung und Unterstützung meiner Ausbildung bin ich sehr dankbar. Marie und meinen Eltern ist dieses Werk gewidmet.

Hamburg, im Februar 2009

Björn Maronde

Inhaltsverzeichnis

1. Teil:	Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts.....	1
§ 1	Die Organisation des Schornsteinfegerwesens als Rechtsproblem....	1
I.	Hintergrund der Untersuchung.....	1
1.	Rechtstatsächliche Organisation des Schornsteinfegerwesens	1
2.	Kritik an der Organisation des Schornsteinfegerhandwerks.....	4
a)	Verfassungsmäßigkeit.....	4
b)	Europarechtliche Diskussion.....	6
aa)	Kritik durch die Europäische Kommission.....	6
bb)	Rechtswissenschaftliche Gutachten	7
3.	Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens.....	8
II.	Vorläufige Problemformulierung	10
III.	Gang der Untersuchung.....	13
§ 2	Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland.....	15
I.	Entstehung des Schornsteinfegerhandwerks in seiner Besonderheit	15
1.	Von einer Nebenarbeit zum eigenen Handwerk.....	15
2.	Entstehung eines Kehrzwangs.....	16
3.	Zunftzwänge und Kehrbezirke	17
a)	Entstehung besonderer Kehrbezirke aus Zunftzwängen.....	17
b)	Gewerbefreiheit und Kehrbezirke	18
c)	Gewerbeordnung und Kehrbezirke	20
II.	Die Quellen des Schornsteinfegerrechts und ihre Entwicklung.....	21
1.	Verordnungen über das Schornsteinfegerwesen.....	22
a)	VOSch 1935 und VOSch 1937	22
b)	Änderung im Jahr 1952 und VOSch 1964	25
2.	Das Schornsteinfegergesetz.....	25
3.	Weitere Regelungen mit Bezug zum Schornsteinfegerhandwerk....	26
a)	Bundesrecht.....	26
b)	Landesrecht.....	28
§ 3	Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG	29
I.	Begriffserklärung	29
1.	Der Begriff der öffentlichen Aufgabe	30
2.	Der Begriff staatliche Aufgabe bzw. Staatsaufgabe.....	31
3.	Abgrenzung der Begriffe.....	32
II.	Grundpfeiler der Organisation des Schornsteinfegerwesens	33
1.	Der Kehrzwang	33
2.	Die Einrichtung von Kehrbezirken.....	34
3.	Das Kehrmonopol	35

III.	Zielsetzung bei der Wahl dieser Rechtsstruktur	36
IV.	Unmittelbare Folgen dieser Rechtsstruktur	37
1.	Rechtsstatus des Bezirksschornsteinfegermeisters	37
a)	Der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender	37
b)	Der Bezirksschornsteinfegermeister als Beliehener	38
aa)	Beleihungstheorien	38
(1)	Die Aufgabentheorie	39
(2)	Die Befugnis- oder Rechtsstellungstheorie	39
bb)	Qualifikation der Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters ...	40
(1)	Aufgaben und Aufgabenzusammenhang	41
(a)	Die Feuerstättenschau	41
(b)	Die Bauabnahme	43
(c)	Aufgaben auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung	44
(2)	Berufspflicht und Weisungsgebundenheit	46
(3)	Aufsicht	47
(4)	Rechtsbeziehung und Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters	47
(a)	Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters, die nicht unter § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG fallen	47
(b)	Der Bezirksschornsteinfegermeister bei den Tätigkeiten nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG	48
cc)	Qualifikation der Befugnisse der Bezirksschornsteinfegermeister	50
(1)	Befugnisse bei der Feuerstättenschau	51
(2)	Befugnisse bei der Bauabnahme gem. § 13 Abs. 1 Nr. 4 und 9 SchfG	53
(3)	Befugnisse auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie der rationalen Energieverwendung	54
(4)	Befugnis, Gebührenbescheide zu erlassen	54
c)	Zusammenfassung	55
2.	Qualifikation des Kehrmonopols	56
a)	Monopol im Rechtssinne	56
b)	Kehrmonopol als Gebietsmonopol	56
c)	Kehrmonopol als Verwaltungsmonopol	57
d)	Kehrmonopol als Angebotsmonopol	58
e)	Zusammenfassung	58
V.	Mittelbare Folgen der Rechtsstruktur	59
1.	Das Bewerbungs- und Bestellungsverfahren	59
a)	Bestellungsvoraussetzungen	59
aa)	Subjektive Bestellungsvoraussetzungen	59
bb)	Objektive Bestellungsvoraussetzungen	61
b)	Bestellungsverfahren	61
2.	Aufgabenkatalog	61

3.	Nebenerwerbsverbot § 14 Abs. 1 SchfG	62
4.	Gebührenordnung	62
5.	Altersgrenze und Altersversorgung	63
a)	Altersgrenze	63
b)	Zusatzversorgung der Bezirksschornsteinfegermeister	63
6.	Residenzpflicht	64
7.	Pflichtmitgliedschaft in der regionalen Feuerwehr	64
VI.	Zusammenfassung erster Teil	65
2. Teil:	Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts	67
§ 4	Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit	67
I.	Eröffnung des Anwendungsbereichs	67
1.	Niederlassungsbezug	67
a)	Selbstständige Erwerbstätigkeit	68
b)	Gründung und Leitung von Unternehmen	68
c)	Primäre und sekundäre Niederlassung	69
2.	Grenzüberschreitender Bezug	70
3.	Zusammenfassung	70
II.	Keine mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit, Art. 45 Abs. 1 EG	71
1.	Begriff „Tätigkeiten“ im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG	72
2.	„Ausübung öffentlicher Gewalt“ im EG-Vertrag	73
a)	Perspektive der Begriffsbestimmung	73
b)	Abstrakte Definition für „Ausübung öffentlicher Gewalt“	74
c)	Gemeinschaftsrechtliche Kriterien	75
aa)	Tätigkeit mit besonderen Befugnissen	75
(1)	Sonderrechte, Hoheits- und Zwangsbefugnisse	75
(2)	Handlungsformen	76
bb)	Technische und vorbereitende Tätigkeiten	76
cc)	Tätigkeit mit Außenwirkung gegenüber Bürgern	77
dd)	Tätigkeit nicht nur bei Gelegenheit	77
3.	Die Tätigkeit der Bezirksschornsteinfegermeister in Ansehung der gemeinschaftsrechtlichen Kriterien	78
a)	Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters mit besonderen Befugnissen	78
aa)	Erlaß von Verwaltungsakten	78
bb)	Datenübermittlung nach § 19 SchfG	78
cc)	Betretungsrecht nach § 1 Abs. 3 SchfG	79
b)	Rechtsnatur der Beziehung zwischen Bezirksschornsteinfegermeister und Grundstückseigentümer	80
c)	Sind die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters lediglich vorbereitender oder technischer Natur?	82
d)	Haben die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters Außenwirkung gegenüber einem Bürger?	82
4.	Zusammenfassung	82

III.	Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben mit Bezug zu einer dauerhaften Niederlassung als Schornsteinfeger	84
1.	Verstoß durch Regelungen in der EU/EWR HwV	84
a)	Maßgebliches Gemeinschaftsrecht.....	86
b)	Anwendungsbereich der RL 2005/36/EG	87
aa)	Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats als Selbstständiger oder abhängig Beschäftigter	87
bb)	Reglementierter Beruf und keine Ausnahme	87
c)	Die EU/EWR HwV in Ansehung der Berufsanerkennungsrichtlinie.....	88
aa)	Vorgaben der Berufsanerkennungsrichtlinie.....	88
bb)	Anwendung der Richtlinie auf den Schornsteinfegerberuf....	89
cc)	Die Anerkennung als Schornsteinfeger in Deutschland nach der EU/EWR HwV und die Vorgaben der Berufsanerkennungsrichtlinie	90
2.	Verstoß durch den § 1 Nr. 1 VOSch.....	91
3.	Ergebnis: Verstoß gegen Sekundärrecht mit Niederlassungsbezug.....	94
IV.	Verstoß gegen die primärrechtlichen Vorgaben der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG	95
1.	Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit	95
a)	Reichweite der Niederlassungsfreiheit	95
b)	Diskriminierung durch Regelungen des deutschen Schornsteinfegerwesens	96
aa)	Offene Diskriminierung	97
bb)	Versteckte Diskriminierung	97
(1)	Versteckte Diskriminierung durch Regelung des Berufszugangs für niederlassungswillige Schornsteinfeger..	97
(a)	Eintragung in die Bewerberliste	98
(b)	Nachweis der gesundheitlichen Eignung.....	99
(c)	Nachweis der praktischen Tätigkeit, § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG ..	99
(2)	Versteckte Diskriminierungen durch die Wohnsitznahmepflicht § 17 SchfG	100
c)	Behinderungen durch Regelungen des deutschen Schornsteinfegerwesens.....	100
aa)	Reichweite des Behinderungsverbots	101
bb)	Mögliche Behinderungen durch Regelungen im Zusammenhang mit der Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens	101
(1)	Behinderung der Niederlassungsfreiheit durch die Errichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol.....	101
(2)	Behinderung durch Verbot der Nebentätigkeit	102
(3)	Behinderung durch Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk.....	102
(4)	Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr	103

(5) Altersgrenze, § 9 SchfG	103
d) Zwischenergebnis	
Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art 43 EG	105
2. Rechtfertigung der Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit über die allgemeinen Grundsätze	106
a) Voraussetzung der Rechtfertigung über Art. 46 EG	106
b) Möglichkeit der Rechtfertigung über zwingende Gründe des Allgemeinwohls	107
c) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und der Begründung des Kehrmonopols	108
aa) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und des Kehrmonopols über die öffentliche Gesundheit gem. Art. 46 EG	109
bb) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol über Belange der Feuersicherheit	109
cc) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol über die Existenzsicherung für Schornsteinfegermeister	110
dd) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol über den Umweltschutz als zwingenden Grund	111
d) Rechtfertigung der Diskriminierungen im Zusammenhang mit dem Bestellungsverfahren	112
aa) Rechtfertigung der Beschränkungen: Eintragung in die Bewerberliste	112
(1) Die Zuverlässigkeitsprüfung nach § 1 Nr. 2 VOSch	112
(2) Der Praktikumsnachweis nach § 1 Nr. 4 VOSch	112
bb) Rechtfertigung der Diskriminierung: Gesundheitsprüfung ..	113
cc) Rechtfertigung der Diskriminierung: Tätigkeitsnachweis nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG	114
e) Rechtfertigung der Diskriminierung: Wohnsitznahmepflicht gem. § 17 SchfG	115
f) Rechtfertigung der Beschränkung: Nebentätigkeitsverbot	115
g) Rechtfertigung der Beschränkung: Altersgrenze gem. § 9 SchfG	116
h) Rechtfertigung der Beschränkung: Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr	117
3. Ausnahme für das Kehrmonopol über Art. 86 Abs. 2 EG	118
a) Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG auf die Niederlassungsfreiheit	118
b) Ausnahme von der Anwendung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 86 Abs. 2 EG	119
aa) Unternehmen	120

	bb)	Betraut mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	120
	(1)	Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse...	120
	(2)	Betrauungsakt	122
	cc)	Unabdingbarkeit der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zur Aufgabenerfüllung	123
	(1)	Bestimmung des Maßstabs	123
	(2)	Aufgabenerfüllung im Falle der Aufhebung des Kehrmonopols.....	125
	(3)	Verhältnismäßigkeit der Nichtanwendung.....	126
	(a)	Geeignetheit.....	127
	(b)	Erforderlichkeit	127
	c)	Ergebnis bzgl. Kehrbezirkseinteilung und Kehrmonopol	129
	V.	Ergebnis: Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit	130
§ 5		Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit	131
	I.	Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit ..	131
	II.	Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben mit Bezug zur vorübergehenden Dienstleistungserbringung	132
	III.	Verstoß gegen primärrechtliche Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit	134
	IV.	Ergebnis: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit.....	135
§ 6		Verstoß gegen europäische Wettbewerbsvorschriften.....	137
	I.	Vorbemerkungen.....	137
	1.	Abgrenzung zu Art. 82 EG direkt.....	137
	2.	Abgrenzung zu Art. 10 EG.....	137
	II.	Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 1 EG	138
	1.	Unternehmen	138
	2.	Besonderes Rechtsverhältnis	138
	a)	Öffentliches Unternehmen	138
	b)	Begünstigte Unternehmen	140
	3.	Zwischenergebnis.....	141
	III.	Staatliche Maßnahme, die mit einem Wettbewerbsrechtsverstoß einhergeht	141
	1.	Staatliche Maßnahme im Widerspruch zum Vertrag.....	141
	2.	Marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes	143
	a)	Abgrenzung des relevanten Marktes	143
	b)	Beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes.....	144
	3.	Wettbewerbsrechtsverstoß durch Maßnahmen, die einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bewirken ...	145
	a)	Missbräuchliche Preise.....	146
	b)	Missbrauch durch Erstreckung des Ausschließlichkeitsrechts .	148

4.	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	149
IV.	Anwendungsausschluss durch Art. 86 Abs. 2 EG	150
V.	Ergebnis: Verstoß gegen europäische Wettbewerbsvorschriften...	151
§ 7	Ergebnis in Ansehung des europäischen Rechts	153
3. Teil:	Der Gesetzentwurf	
	zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens.....	155
§ 8	Inhaltliche Ausgestaltung des Gesetzentwurfs	155
I.	Zielsetzung der Bundesregierung	155
II.	Ausgestaltung des Schornsteinfegerrechts nach neuem Recht	155
1.	Überblick über das Gesetz	
	zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens.....	156
2.	SchfHwG	156
	a) Zusammenschau.....	156
	b) Bezirksbevollmächtigte und Kontrollaufgaben	157
	c) „Nur“-Schornsteinfeger und allgemeine Schornsteinfegertätigkeiten	160
	d) Rechtssetzungs- und Vollzugszuständigkeiten.....	161
	aa) Bundesebene	161
	bb) Landesebene	161
3.	Änderungen am SchfG	162
4.	Übergangsregelungen.....	163
§ 9	Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs	165
I.	Einleitung	165
II.	Formelle Verfassungsmäßigkeit.....	165
1.	Gesetzgebungskompetenz	165
	a) Kompetenztitel	165
	b) Erforderlichkeit der Gesetzgebung durch den Bund, Art. 72 Abs. 2 GG.....	168
	c) Kompetenzüberschreitung des Bundesgesetzgebers	172
2.	Das Gesetzgebungsverfahren	173
III.	Materielle Verfassungsmäßigkeit.....	174
1.	Grundrechte der Bezirksschornsteinfegermeister (§ 3 SchfG)	174
	a) Verlust der Kehrbezirke nach § 48 SchfHwG	174
	aa) Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister, Art. 12 GG...174	
	(1) Schutzbereich.....	174
	(2) Eingriff in die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister	176
	bb) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG	177
	(1) Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister als eigentumsmäßig verfestigte Rechtsposition	177
	(2) Der Bezirksschornsteinfegermeister als engerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb	178
	b) Pflicht zur Beschäftigung eines Gesellen nach § 15 SchfG	180

aa)	Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister, Art. 12 Abs. 1 GG.....	181
(1)	Schutzbereich und Eingriff	181
(2)	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	182
bb)	Weitere Grundrechtseingriffe	184
2.	Grundrechte der Bezirksbevollmächtigten	186
a)	Grundrechtsverstoß durch die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk für Schornsteinfeger	186
aa)	Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG	186
bb)	Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG	188
cc)	Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG	190
dd)	Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG	190
ee)	Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	193
b)	Grundrechtsverstoß durch gesetzlich geregelte Vergütung	193
3.	Grundrechte der „Nur“-Schornsteinfeger	196
a)	Anspruch auf Beileihung aus Art. 12 Abs. 1 GG	196
b)	Verstoß gegen die Berufsfreiheit durch die Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und den „Nur“-Schornsteinfegern	198
aa)	Eröffnung des Schutzbereichs	198
bb)	Eingriff in die Berufsfreiheit durch Unterteilung in Bezirksbevollmächtigten und „Nur“- Schornsteinfeger... ..	199
cc)	Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit	201
c)	Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG	204
d)	Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung	205
aa)	Einschlägiger Schutzbereich und Eingriff	205
bb)	Rechtfertigung des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit	211
4.	Grundrechte der Kehr- und Überprüfungspflichtigen	214
a)	Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Kehr- und Überprüfungspflicht	214
b)	Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Kontrahierungszwang mit dem Bezirksbevollmächtigten... ..	215
IV.	Ergebnis:	
Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs		218
§ 10	Europarechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs	219
I.	Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit....	219
1.	Eröffnung der Anwendungsbereiche	219
2.	Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit	219
a)	Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben der Niederlassungsfreiheit	220
b)	Verstoß gegen primärrechtliche Vorgaben der Niederlassungsfreiheit	221
3.	Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit	224

a) Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit.....	225
b) Verstoß gegen primärrechtliche Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit.....	226
II. Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht.....	228
III. Ergebnis: Europarechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs	233
4. Teil: Alternatives Modell.....	235
§ 11 Staatliche Rolle bei der Erfüllung von Schornsteinfegeraufgaben	237
I. Aufgabe und Verantwortung	237
1. Das Wesen der Schornsteinfegeraufgaben	237
2. Verantwortung für die Wahrnehmung der Schornsteinfegeraufgaben.....	240
a) Die Erfüllungsverantwortung.....	241
b) Die Gewährleistungsverantwortung.....	241
c) Die Auffangverantwortung	242
d) Staatliche Verantwortung für die Schornsteinfegerarbeiten	243
II. Möglichkeiten der Entstaatlichung.....	244
1. Deregulierung.....	244
2. Privatisierung	245
a) Aufgabenprivatisierung bzw. materielle Privatisierung	246
b) Organisationsprivatisierung bzw. formelle Privatisierung	247
c) Funktionale bzw. funktionelle Privatisierung.....	248
d) Die Beleihung im Spiegel der Privatisierungsformen	250
3. Welche Möglichkeiten der Entstaatlichung sind für das Schornsteinfegerwesen vorstellbar?.....	251
III. Grenzen der Entstaatlichung	252
1. Europarechtliche Determinanten	252
2. Verfassungsrechtliche Determinanten.....	253
IV. Überlegungen zum Thema „Wettbewerb und Sicherheit“	254
V. Vorgaben für ein alternatives Modell.....	256
§ 12 Eigener Vorschlag.....	257
I. Ziel des alternativen Modells	257
II. Inhaltliche Ausgestaltung.....	258
III. Begründung.....	261
Abkürzungen.....	266
Literatur	270
Quellen	293

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

§ 1 Die Organisation des Schornsteinfegerwesens als Rechtsproblem

I. Hintergrund der Untersuchung

1. Rechtstatsächliche Organisation des Schornsteinfegerwesens

Das Schornsteinfegerhandwerk hat in Deutschland eine besondere Ausgestaltung erfahren, sodass es in seiner derzeitigen rechtlichen Organisation zu einem der am stärksten reglementierten Berufe überhaupt gehört. Diese besondere Ausgestaltung hängt eng mit im öffentlichen Interesse auferlegten feuerpolizeilichen Aufgaben der Schornsteinfeger zusammen.¹ Bis heute ist der Schornsteinfegermeister kein dem Normaltypus eines Handwerksmeisters entsprechender Gewerbetreibender; zwar unterliegt er auch den Vorschriften der Handwerksordnung, daneben finden auf ihn aber eine Vielzahl von Sondervorschriften Anwendung.²

Die grundlegende Rechtsquelle für die Organisation des Schornsteinfegerhandwerks bildet derzeit das Schornsteinfegergesetz (SchfG).³ Schon § 1 Abs. 1 SchfG normiert, dass die Eigentümer von Grundstücken und Räumen der Pflicht unterliegen, diekehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen fristgerecht reinigen und überprüfen zu lassen (kehr- und überprüfungszwang). Die nähere Ausgestaltung dieseskehr- und überprüfungszwanges soll durch die von den Landesregierungen zu erlassendenkehr- und überprüfungsordnungen (vgl. § 1 Abs. 2 SchfG) erfolgen.⁴ Die vorgeschriebenenkehr- und überprüfungsarbeiten dürfen gemäß § 2 Abs. 2 SchfG nur durch Bezirksschornsteinfegermeister und deren Gesellen ausgeführt werden (kehrmonopol).

Bezirksschornsteinfegermeister ist gemäß § 3 Abs. 1 SchfG nur derjenige Schornsteinfegermeister, der von der zuständigen Verwaltungsbehörde als

¹ BVerfGE 1, S. 264 (272); *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 13; *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, vor § 1 SchfG, Rn. 1.

² *Reuß*, DVBl. 1962, S. 471 (471 f.); *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, Vorbemerkungen.

³ I. d. F. der Bekanntmachung vom 10. August 1998, BGBl. I 1998, S. 2071, zuletzt geändert durch Art. 39 des Gesetzes vom 27. April 2002, BGBl. I 2002, S. 1467.

⁴ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, Einleitung, Rn. 1.

Bezirksschornsteinfegermeister für einen bestimmten Kehrbezirk bestellt ist. Der Kehrzwang und das Kehrmonopol korrespondieren mit der bundesweiten Einrichtung fester Kehrbezirke durch die zuständigen Verwaltungsbehörden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SchfG).

Für jeden Kehrbezirk wird nur ein Bezirksschornsteinfegermeister bestellt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 SchfG), dessen Tätigkeit sich – außer im Vertretungsfalle – auf seinen Kehrbezirk beschränkt (§ 12 Abs. 2 SchfG). Das Kehrbezirksmonopol bedingt auf Seiten der Haus- bzw. Grundstückseigentümer einen Kontrahierungszwang mit dem jeweils zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister.⁵

Durch die Kehrbezirkseinteilung hängt der Zugang zum Beruf des Schornsteinfegermeisters neben bestimmten subjektiven Voraussetzungen des Bewerbers auch davon ab, ob ein freier Kehrbezirk verfügbar ist. Das Bewerbungs- und Bestellungsverfahren ist durch die §§ 4 bis 7 SchfG und der aufgrund der Ermächtigung in §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 SchfG erlassenen Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (VOSch)⁶ geregelt.⁷ Wer zum Bezirksschornsteinfegermeister bestellt werden will, muss einen Antrag auf Eintragung in eine Bewerberliste (§ 4 Abs. 1 SchfG) stellen. Die Bewerberliste wird von der zuständigen Verwaltungsbehörde geführt. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen der Eintragung in die Bewerberliste abschließend in § 1 VOSch aufgeführt sind und dass ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Liste besteht, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Über die Eintragsverpflichtung hinaus muss der Bewerber, um zum Bezirksschornsteinfegermeister bestellt zu werden, nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG einen Nachweis über seine gesundheitliche Eignung durch Vorlage eines entsprechenden amtsärztlichen Gutachtens nachweisen. Schließlich muss er in dem Bundesland, in dem er in eine Bewerberliste eingetragen ist, innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen sein (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG). Die Reihenfolge der Bestellung richtet sich nach dem Rang der Eintragung in die Bewerberliste (§ 6 Abs. 1 SchfG). Die Bestellung erfolgt zunächst für die Dauer von einem Jahr auf Probe. Vor Ablauf der Probezeit ist von der zuständigen Verwaltungsbehörde festzustellen, ob der Kehrbezirk ordnungsgemäß geführt worden ist (§ 7 Abs. 1 SchfG).

Die dem Bezirksschornsteinfegermeister obliegenden Aufgaben sind abschließend in § 13 Abs. 1 SchfG aufgeführt. Weitere Aufgaben dürfen ihm gem. § 13 Abs. 2 SchfG nur durch Rechtsvorschriften des Bundes übertragen werden. Neben Kehr- und Überprüfungsarbeiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 SchfG) bilden Tätig-

⁵ *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, KÜO, Einführung, Rn. 3; *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 2 SchfG, Rn. 2.

⁶ Verordnung vom 19. Dezember 1969 (BGBl. I S. 2363); zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1314).

⁷ *Zuck*, Auswahl- und Verteilungsentscheidung beim Bewerberüberhang, S. 66.

keiten, die in weiterem Sinne der Brandverhütung dienen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 bis 8 SchfG), einen Schwerpunkt. Außerdem gehören auch die Bauabnahme (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 SchfG) sowie Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes (§ 13 Abs. 1 Nr. 10 SchfG) und der rationellen Energieverwendung (§ 13 Abs. 1 Nr. 11 und 12 SchfG) zu seinem Aufgabengebiet. Hinsichtlich der Feuerstätten-schau, der Bauabnahme, der Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung nimmt der Bezirksschornsteinfegermeister gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 SchfG öffentliche Aufgaben wahr. Unter Berücksichtigung der veränderten Terminologie,⁸ denn die „Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben“ wurde mit der Ausübung einer hoheitlichen Tätigkeit gleichgesetzt, gilt der Bezirksschornsteinfegermeister in diesem Bereich als ein mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen Beliehener.⁹

Über die ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben hinaus ist dem Bezirksschornsteinfegermeister eine auf Gewinn gerichtete Nebentätigkeit grundsätzlich untersagt (vgl. § 14 Abs. 1 SchfG). Die in seiner Eigenschaft als beliehener Unternehmer zum Ausdruck kommende hoheitliche Prägung findet seine Entsprechung darin, dass der Bezirksschornsteinfegermeister für seine Arbeit auch keine frei vereinbarte Entgelte, sondern Gebühren zu fordern hat.¹⁰ Zur Festlegung der Höhe für Gebühren und Auslagen wurde den Ländern gemäß § 24 Abs. 1 SchfG die Verordnungsermächtigung übertragen; sämtliche Länder haben hiervon Gebrauch gemacht.¹¹

Wer als Bezirksschornsteinfegermeister bestellt ist, unterliegt einer Altersgrenze (§ 9 SchfG), bei deren Erreichung die Bestellung automatisch erlischt. Da die Bezirksschornsteinfegermeister ihren Kehrbezirk entschädigungslos abzugeben haben, gibt es besondere Regelungen über die Altersversorgung im Schornsteinfegerhandwerk.¹² Neben der obligatorischen Rentenversicherung für Arbeiter, der jeder Bezirksschornsteinfegermeister während der gesamten Zeit der Bestellung angehört (vgl. § 1 Abs. 1 und 1a Handwerkserversicherungsg), besteht eine Pflichtmitgliedschaft in einer eigenen Versorgungseinrichtung für das Schornsteinfegerhandwerk (vgl. § 29 SchfG). Die Leistungen beider Einrichtungen ergeben die Gesamtversorgung, die ihrer Höhe nach gemäß § 30 SchfG begrenzt ist.

Gemäß § 17 SchfG soll der Bezirksschornsteinfegermeister innerhalb seines Kehrbezirks oder dessen Nahbereich wohnen; er unterliegt also einem Resi-

⁸ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (158).

⁹ *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90, Rn. 8 und 15; *Scholl*, Der Private Sachverständige im Verwaltungsrecht, S. 247 f.

¹⁰ *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, Vorbemerkungen.

¹¹ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 720, § 24 SchfG, Rn. 2.

¹² *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, § 29 SchfG; *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, vor § 29 SchfG, Rn. 1.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

denzgebot.¹³ Ausnahmen sind nur aus triftigen Gründen zur Vermeidung besonderer Härten zulässig (§ 17 SchfG). Schließlich soll der Bezirksschornsteinfegermeister bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres der Pflicht- oder freiwilligen Feuerwehr seines Wohnsitzes angehören (vgl. § 18 SchfG).

Insgesamt zeichnet sich das Schornsteinfegergewerbe also durch weitgehende Einschränkungen der Gewerbefreiheit aus, nicht nur bzgl. des Berufszuganges, sondern auch bzgl. der Berufsausübung.¹⁴

2. Kritik an der Organisation des Schornsteinfegerhandwerks

a) Verfassungsmäßigkeit

Die Verfassungsmäßigkeit der Berufsgestaltung des Schornsteinfegermeisters ist stets Zweifeln ausgesetzt gewesen.¹⁵ Trotzdem hat sich die deutsche Rechtsprechung nur vereinzelt zu der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des Schornsteinfegerrechts äußern müssen. Vielleicht liegt dies daran, dass die relativ komplexe Materie des Schornsteinfegerwesens der Öffentlichkeit außerhalb des Handwerks und den mit der Ausführung der Gesetze betrauten Behörden kaum bekannt ist,¹⁶ vielleicht liegt es an der Ehrfurcht vor der im allgemeinen Volksglauben verwurzelten Ansicht, der Schornsteinfeger bringe Glück.¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat jedenfalls in einer Entscheidung zur Einführung einer Altersgrenze für Bezirksschornsteinfegermeister und der damit verbundenen Zwangsmitgliedschaft im Versorgungswerk eine Grundrechtsverletzung abgelehnt.¹⁸ Die besondere Gestaltung der Berufsregeln, mit gewerberechtlichen aber auch beamtenrechtlichen und polizeirechtlichen Bestandteilen, die den Zugang und die Ausübung des Berufs des Bezirksschornsteinfegermeisters weitreichend reglementiert, findet nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung in dem öffentlichen Interesse an einer ordnungsgemäßen und kontrollierten Erfüllung der diesem Beruf gesetzlich obliegenden Aufgaben.¹⁹ Vom Bundesverfassungsgericht nicht problematisiert bzw. stillschweigend vorausgesetzt wurde die Zulässigkeit der Beschränkung der Berufswahl durch die Organisation des Schornsteinfegerhandwerks.²⁰

¹³ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 14 SchfG, Rn. 2.

¹⁴ *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, Vorbemerkungen.

¹⁵ *Über*, Freiheit des Berufs, S. 181 ff.

¹⁶ *Payrhuber*, Deregulierung im Handwerk, S. 12.

¹⁷ *Lauban*, Der Schornsteinfeger als Glücksbringer und Kinderschreck, S. 289.

¹⁸ BVerfGE 1, S. 264.

¹⁹ BVerfGE 1, S. 264 (272).

²⁰ *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 118.

§ 1 Die Organisation des Schornsteinfegerwesens als Rechtsproblem

Nach den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätzen zum Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 GG kann das Recht auf freie Berufswahl und freie Berufsausübung nur dort eingeschränkt werden, wo eine solche Einschränkung zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter geboten ist.²¹

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Grundsätze zunächst nicht herangezogen und urteilte in einer Entscheidung zur Einteilung des Bundesgebietes in Kehrbezirke, dass das Grundrecht der Freiheit der Berufswahl für den Beruf des Bezirksschornsteinfegers nicht einschlägig ist, da es sich bei der Tätigkeit der Bezirksschornsteinfegermeister um originär öffentliche Aufgabenerfüllung handelt.²² Diese Ansicht ist nicht haltbar. Der Bezirksschornsteinfegermeister ist gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 SchfG Gewerbetreibender und gehört dem Handwerk an; Art. 12 GG ist also grundsätzlich einschlägig.²³

Soweit Regelungen im Schornsteinfegerhandwerk in Grundrechte eingreifen, sind diese Beschränkungen nach einer Ansicht in der Literatur über die besondere Stellung des Bezirksschornsteinfegermeisters und seine feuerpolizeilichen Aufgabenerfüllung gerechtfertigt.²⁴ So hat auch das Bundesverwaltungsgericht an anderer Stelle (unter Berücksichtigung der oben aufgeführten Grundsätze zu Art. 12 GG) festgestellt, dass die Kehrbezirkseinteilung und Schaffung des Kehrmonopols wegen der Bedeutung, der durch die Ordnung des Kehrwesens besonders gewährleisteten Feuersicherheit für die Allgemeinheit, dringend geboten und damit gerechtfertigt sind.²⁵

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine tief greifende Auseinandersetzung mit der Organisation des Schornsteinfegerhandwerks im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung bisher nicht erfolgt ist. Die Indienststellung der gewachsenen Tradition des Schornsteinfegerhandwerks²⁶ und das Argument der nur durch die derzeitige Organisation gewährleisteten Feuersicherheit²⁷ kommen insoweit Totschlagargumenten gleich.

Sollten die Grundsätze der gegenwärtigen Organisation im Rahmen einer Neuregelung bestätigt werden, muss die Verfassungsmäßigkeit dieser Strukturelemente – Kehrmonopol, Bezirkseinteilung und Kehrzwang – zwangsläufig in Frage gestellt werden.

²¹ Vgl. BVerfGE 7, S. 377 (Apothekenurteil); 13, S. 97 (Handwerksordnung).

²² BVerwGE 6, S. 72 (75 f.).

²³ *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 184.

²⁴ Siehe hierzu *Bachof*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, Bd. 3/1, S. 155 (205); a.A. *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 179 ff.

²⁵ BVerwG, Beschluss vom 18. März 1959 – I B 22.59, Buchholz 451.29 Schornsteinfeger Nr. 5.

²⁶ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 13; *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, KÜO, Einführung, Rn. 3.

²⁷ *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, Vorbemerkungen.

b) Europarechtliche Diskussion

aa) Kritik durch die Europäische Kommission

Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Prägung des Schornsteinfegerhandwerks und der darauf beruhenden intensiven Reglementierung dieses Handwerks in Deutschland ergibt sich zwangsläufig ein Spannungsverhältnis zu den Freiheiten des europäischen Binnenmarktes. So hat auch die Europäische Kommission wegen der Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Schornsteinfegergesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EG und den freien Dienstleistungsverkehr gem. Art. 49 EG, im Jahr 2001 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.²⁸

Gemäß Art. 226 Abs. 2 EG kann die Kommission den Europäischen Gerichtshof in diesem Verfahren erst anrufen, wenn der Mitgliedstaat der in Abs. 1 genannten begründeten Stellungnahme nicht innerhalb der von der Kommission gesetzten (angemessenen) Frist nachkommt.²⁹ Das gesamte von der Kommission durchzuführende Vorverfahren ist zweistufig. Zunächst richtet die Kommission ein Mahnschreiben an den Mitgliedstaat. Im Vertragsverletzungsverfahren 2001/5162 ist dies am 03. April 2003 erfolgt. Bleibt die Kommission nach Ablauf der im Mahnschreiben gesetzten Äußerungsfrist bei der Auffassung, der Mitgliedstaat verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, übermittelt sie dem Mitgliedstaat eine mit Gründen versehene Stellungnahme.³⁰

Im Vertragsverletzungsverfahren 2001/5162 hat die Kommission am 18. Oktober 2006 die mit Gründen versehene Stellungnahme wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht durch verschiedene Bestimmungen des Schornsteinfegergesetzes an die Bundesrepublik Deutschland gesandt. Die Europäische Kommission legt hierin dar, dass sie in den Beschränkungen des Zugangs zum Schornsteinfegerberuf und der Ausübung der Kehr- und Überprüfungstätigkeit durch einen einzigen Bezirksschornsteinfegermeister pro Kehrbezirk eine un gerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs erkennt.³¹ Das Verbot, Dienste außerhalb des zugewiesenen Kehrbezirkes anbieten zu können, bewertet die Kommission in doppelter Hinsicht als Verstoß gegen das Europarecht. Zum einen können in Deutschland ansässige Bezirksschornsteinfegermeister keine Arbeiten in anderen Mitgliedstaaten anbieten und darüber hinaus wirkt diese Reglementierung auf Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten möglicherweise abschreckend.³² Die Kommis-

²⁸ Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5162.

²⁹ *Streinz*, Europarecht, § 8 III 1, Rn. 579.

³⁰ *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 226 EG, Rn. 15.

³¹ Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme, Vertragsverletzung-Nr. 2001/5162, S. 4.

³² Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme, Vertragsverletzung-Nr. 2001/5162, S. 5.

§ 1 Die Organisation des Schornsteinfegerwesens als Rechtsproblem

sion übt auch Kritik an den deutschen Bedingungen für den Zugang zum Schornsteinfegerberuf und an der Residenzpflicht.³³ Schließlich wird in Bezug auf das Schornsteinfegerhandwerk die mangelhafte Umsetzung der Richtlinie 1999/42/EG über die gegenseitige Anerkennung von Befähigungsnachweisen kritisiert. Der Art. 4 der Richtlinie 1999/42/EG legt fest, dass die Ausübung einer Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat während eines bestimmten Zeitraums und unter bestimmten Bedingungen automatisch als ausreichender Nachweis für die fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten anzuerkennen ist. Die deutsche Verordnung, mit der diese Richtlinie umgesetzt wird (EU/EWR-Handwerk-Verordnung),³⁴ hatte jedoch in ihrer Fassung bis zum 20. 12. 2007 die Schornsteinfegertätigkeit aus ihrem Geltungsbereich kategorisch ausgeschlossen, obwohl selbige schon bis zu diesem Zeitpunkt unter Anhang A erster Teil (Liste I Nr. 3) der Richtlinie fiel.

Die Stellungnahme schließt mit der Aufforderung der Kommission an die Bundesrepublik Deutschland, die nunmehr notwendigen Maßnahmen innerhalb von zwei Monaten zu vollziehen. Eine erste notwendige Reaktion erfolgte durch ein Schreiben vom 17. Dezember 2006 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Anschließend wurde durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) ein Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens ausgearbeitet. Hierbei hat sich das BMWi auch mit der europäischen Kommission abgestimmt. Das offizielle Gesetzgebungsverfahren wurde im Februar 2008 eingeleitet.

bb) Rechtswissenschaftliche Gutachten

Im Anschluss an die Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens wurden im Hinblick auf die aufgeworfene Problemstellung einige Gutachten erstellt.³⁵ Auftraggeber war mehrmals der Bundesverband des deutschen Schornsteinfegerhandwerks. Das Ergebnis dieser Studien war, dass die Regelung durch das SchfG im weitesten Sinne mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Zwei der Gutachten halten die Bereichsausnahme des Art. 45 EG für einschlägig und subsumieren die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters unter

³³ Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme, Vertragsverletzung-Nr. 2001/5162, S. 5.

³⁴ Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle, i. d. F. vom 20. Dezember 2007 (BGBl I 2007, S. 3075).

³⁵ Herdegen, Die gesetzliche Ordnung des Schornsteinfegerwesens im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts; Wuermeling, Vereinbarkeit des deutschen Schornsteinfegergesetzes mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht; Huber/Storr, Bestand und Novellierung des Schornsteinfegerrechts.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

den Begriff der Ausübung von öffentlicher Gewalt.³⁶ Ist die Bereichsausnahme einschlägig, ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 45 EG für die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht eröffnet.³⁷

Huber geht in seinem Gutachten einen Schritt weiter und kommt zu dem Schluss, dass die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters dem Anwendungsbereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unterfallen.³⁸ Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch die Regelungen des SchfGs beurteilt er dann aber über Art. 46 EG und im Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts über Art. 86 Abs. 2 EG für gerechtfertigt.³⁹

Den Gutachten ist gemein, dass sie in einigen Bereichen einseitig und ergebnisorientiert im Sinne des auftraggebenden Verbands argumentieren.

3. Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Das Bundeswirtschaftsministerium hat auf Druck der europäischen Kommission reagiert und sich zu ersten Änderungsvorschlägen veranlasst gesehen.⁴⁰

Im Zusammenhang mit einer Pressemitteilung vom 14. Dezember 2006 wurden die geplanten Eckpunkte für eine künftige Ausgestaltung des Schornsteinfegerrechts durch das BMWi konkretisiert.⁴¹

Ausgehend von diesen Eckpunkten wurde schließlich ein Kabinettsentwurf für das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens erarbeitet. Dieser soll demnächst eingereicht werden und es ist damit zu rechnen, dass das Verfahren bis spätestens Mitte 2008 abgeschlossen sein wird.

Durch dieses Gesetz soll das Kehr- und Überprüfungsmonopol nach bisheriger Prägung aufgehoben werden. Wird der Entwurf verabschiedet, werden die Reinigungs- und Überprüfungstätigkeiten teilweise für den Wettbewerb freigegeben. Im Bereich dieser freien Schornsteinfegertätigkeiten soll auch die freie Dienstleistungserbringung durch Schornsteinfeger aus dem europäischen Ausland gewährleistet sein.

³⁶ So *Herdegen*, Die gesetzliche Ordnung des Schornsteinfegerwesens im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts; *Wuermeling*, Vereinbarkeit des deutschen Schornsteinfegergesetzes mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht.

³⁷ Über Art. 55 EG gilt die Bereichsausnahme des Art. 45 EG auch für den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.

³⁸ *Huber/Storr*, Bestand und Novellierung des Schornsteinfegerrechts, S. 19.

³⁹ *Huber/Storr*, Bestand und Novellierung des Schornsteinfegerrechts, S. 21 f. bzw. S. 30.

⁴⁰ Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Eckpunkte für eine Reform des Schornsteinfegerrechts, Aussch.Dr. 15 (9) 1723 vom 1. 3. 2005.

⁴¹ <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen,did=177714.html>.

§ 1 Die Organisation des Schornsteinfegerwesens als Rechtsproblem

Das bisher bestehende Kehrbezirkssystem wird, allerdings in leichter Abwandlung, beibehalten. Dadurch soll sichergestellt werden, dass jeweils für einen räumlich abgegrenzten Bereich ein Verantwortlicher gewährleistet, dass die erforderlichen Arbeiten tatsächlich wahrgenommen werden.⁴²

Die Schornsteinfegertätigkeiten, die im besonderen Maße Kontrollfunktion haben, bleiben besonderen Bezirksbevollmächtigten als Kehrbezirkseinhabern vorbehalten. Das heißt, für jeden Bezirk soll weiterhin, vergleichbar dem bestehenden System, jeweils ein Bezirksbevollmächtigter bestellt werden.

Der Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten ist ein Ausschreibungsverfahren vorgeschaltet, wobei die Auswahl zwischen den Bewerbern sich nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung richten soll. Den Bezirksbevollmächtigten sind die Kehrbuchführung, die Feuerstättenschau, die Befugnis zur Durchführung von anlassbezogenen Kontrollen, die Befugnis zur Durchführung von Ersatzvornahmen und die Ausstellung von Bescheinigungen zu den Bauabnahmen nach Landesrecht vorbehalten.

Das BMWi erachtet das System der teilweisen Monopolisierung von Aufgaben als notwendig, da es davon ausgeht, dass bestimmte Tätigkeiten aus Gründen der Betriebs- und Brandsicherheit und des Umwelt- und Klimaschutzes nicht in den Wettbewerb entlassen werden können.⁴³

Die Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten ist auf einen Zeitraum von sieben Jahren begrenzt, anschließend erfolgt eine erneute Ausschreibung des Bezirks. Der vormals bestellte Bezirksbevollmächtigte kann sich in diesem Verfahren erneut für den Bezirk bewerben.

Der Übergang zwischen dem derzeitigen System nach dem SchfG und der neuen Struktur soll stufenweise erfolgen. Danach wandelt sich die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister mit Ablauf des 31. 12. 2012 in eine Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten um. Mit Ablauf des 31. 12. 2014 erlischt auch diese Bestellung endgültig und der ehemalige Bezirksschornsteinfegermeister muss an einem Ausschreibungs- und Vergabeverfahren teilnehmen, um erneut Bezirksbevollmächtigter zu werden. Bezirke, die innerhalb der Übergangsfrist, aber nach Ablauf des 31. Dezember 2009, frei werden, werden unmittelbar nach neuem Recht ausgeschrieben und besetzt.

Das System der Zusatzversorgung für Schornsteinfeger als besondere Rentenabsicherung soll zunächst aufrechterhalten werden. Auch die Bezirksbevollmächtigten sollen für den Zeitraum ihrer Bestellung Mitglied in der Versorgungsanstalt werden.

Einer der bestimmenden Beweggründe für eine Neuregelung war, das deutsche Schornsteinfegerrecht so zu gestalten, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Daher hat das BMWi versucht, über die Ausgestaltung der Neure-

⁴² Vgl. Entwurfsbegründung AT, S. 7.

⁴³ Vgl. Entwurfsbegründung AT, S. 8.

gelungen schon vorab ein entsprechendes Einvernehmen mit der Europäischen Kommission zu erzielen.

II. Vorläufige Problemformulierung

Die vorliegende Arbeit zur Neuregelung des Schornsteinfegerrechts versucht die aufgezeigten rechtlichen Ansatzpunkte zusammenzutragen und die bestehende Regelung aufzuarbeiten, um sich darauf aufbauend mit dem Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens auseinanderzusetzen.

Die Kommission, die seit mehreren Jahren zahlreiche Beschwerden, Petitionen und schriftliche Anfragen erhalten hat, in denen sie darauf hingewiesen wurde, dass Regelungen des deutschen Schornsteinfegerrechts möglicherweise mit den europäischen Grundfreiheiten kollidieren,⁴⁴ hat durch die Einleitung und Fortführung des Vertragsverletzungsverfahrens einen Problemimpuls gegeben und einen Prozess in Gang gesetzt, an dessen Ende eine Neuregelung des deutschen Schornsteinfegerhandwerks stehen wird.

Augenscheinlich konnten die verfassungsmäßigen Bedenken in Deutschland kein autonomes Umdenken bewirken. Die Gründe hierfür sind vielfältig, zum einen ist durch das System der Organisation des Schornsteinfegerhandwerks eine umfängliche staatliche Kontrolle im Interesse der Feuersicherheit und des Gesundheitsschutzes gewährleistet,⁴⁵ außerdem beruht das derzeit gültige Berufsrecht der Schornsteinfeger auf drei Grundlagen, der Einrichtung fester Kehrbezirke, der Altersgrenze und der Altersvorsorge. Diese Regelungen machen nur als Gesamtregelung Sinn und würden ihre Rechtfertigung verlieren, nähme man einen dieser Bestandteile heraus.⁴⁶ Unwahrscheinlich ist, dass die derzeitige Regelung aus feuerpolizeirechtlichen Gründen unbedingt erforderlich ist, da die dahingehenden Verwaltungsaufgaben auch in anderer Weise als durch die ausschließliche Bestellung von Bezirksschornsteinfegermeistern gelöst werden könnten.⁴⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat allerdings aufgrund der Geschlossenheit des derzeitigen Systems bisher keine Notwendigkeit zum Handeln gesehen. Jetzt, da die Unvereinbarkeit mit dem europäischen Recht in Frage steht, wird es Veränderungen geben.⁴⁸ Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass rein administrative Erwägungen es allein nicht rechtfertigen können, dass ein Mitgliedstaat von den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts

⁴⁴ Kommission, Mit Gründen versehene Stellungnahme, Vertragsverletzung-Nr. 2001/5162, S. 2.

⁴⁵ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, Vorbemerkungen.

⁴⁶ BVerfGE 1, S. 264 (272).

⁴⁷ So jedenfalls u.a. *Uber*, Freiheit des Berufs, S. 184.

⁴⁸ Zum Vorranganspruch des Europarechts EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251 (1269 f.) (Costa/ENEL).

abweicht.⁴⁹ Insbesondere wenn die Abweichung sogar darauf hinausläuft, die Ausübung einer der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts ganz auszuschließen.⁵⁰

Der Weg zu einer beständigen Neuregelung beginnt stets mit einer Faktenanalyse, zu den hierbei gefundenen Ergebnissen ist Stellung zu nehmen, um schließlich Ziele für die Gesetzgebung zu formulieren.⁵¹ Von der Analyse des Ist-Zustands über die Ermittlung der Defizite zur Auseinandersetzung mit dem Sollzustand.⁵²

Seit Beginn der Ordnung des Schornsteinfegerwesens wird der Schornsteinfeger als Gewerbetreibender und zugleich Feuerpolizeiorgan angesehen.⁵³ Die besondere Ausgestaltung des Schornsteinfegerhandwerks soll die Erfüllung der dem Schornsteinfegerhandwerk im öffentlichen Interesse auferlegten feuerpolizeilichen Aufgaben gewährleisten.⁵⁴ Feuerschutz und Tätigkeiten im Zusammenhang mit selbigen sind Maßnahme staatlicher Fürsorgetätigkeit⁵⁵ und damit zunächst einmal Sache des Staates. Daher wird der Bezirksschornsteinfegermeister im beliebigen Bereich, wenn er öffentliche Aufgaben wahrnimmt, als Sachverständiger im Auftrag der zuständigen Behörde tätig.⁵⁶ Dies kann möglicherweise Ansatzpunkt für die Ausgestaltung des Schornsteinfegerwesens sein: Aufspaltung des gegenwärtigen Berufsbildes, in einen „normalen“ Handwerksberuf und einen „zertifizierten“ Sachverständigen für besondere Begutachtungen.

Um die Möglichkeiten in diesem Bereich zu erörtern, ist eine intensivere Auseinandersetzung mit dem Institut der Beleihung und dem europarechtlichen Einfluss in diesem Bereich notwendig. Ist es so, dass die Beleihung mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt im europarechtlichen Sinne verbunden ist und damit die Schranke des Art. 45 i.V.m. Art. 55 EG für die Dienstleistungsfreiheit bzw. Art. 45 EG für die Niederlassungsfreiheit Anwendung findet?⁵⁷

Schließlich geht es darum den Entwurf für das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens zu analysieren. Der Entwurf soll auf seine Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht und mit dem Gemeinschaftsrecht überprüft werden. Ein Problem, welches sich im Rahmen der Neuordnung des Schornsteinfe-

⁴⁹ EuGH, Rs. C-369/96, (Ablade), Slg. 1999 S. I-8453, Rn. 37.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-18/95 (Terhöve), Slg. 1999, S. I-345, Rn. 45.

⁵¹ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 631.

⁵² *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 3 III 1.

⁵³ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 13.

⁵⁴ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 13.

⁵⁵ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 59.

⁵⁶ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 6.

⁵⁷ *Burgi*, JuS 1996, S. 958 ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90, Rn 37; a.A. bei Beleihung mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen, *Grüb*, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, S. 101 ff.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

gerwesens stellt, ist die Abwicklung der bereits angesparten Versorgungsansprüche. Dies ist allerdings eher ein Problem des Staatshaushalts und der Finanzierbarkeit und muss daher bei der vorliegenden Arbeit außen vor bleiben.

Wie bereits erwähnt, gehört der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender dem Handwerk an. Alle sich hieraus ergebenden Besonderheiten werden, soweit sie für die Untersuchung notwendig und dienlich sind, bearbeitet. Es kann allerdings nicht Schwerpunkt einer Arbeit über das deutsche Schornsteinfegerwesen sein, auf die Besonderheiten und gerade auch europarechtlichen Probleme der Organisation des deutschen Handwerks einzugehen.

III. Gang der Untersuchung

Im 1. Teil sollen die Grundlagen dargestellt werden. Neben einem kurzen historischen Abriss über die Organisation des Schornsteinfegerwesens (§ 2) geht es darum, die bisherige Entwicklung der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Schornsteinfegerwesens darzustellen. Dies ist notwendig, da viele der Besonderheiten der gegenwärtigen Regelungen nur so verständlich sind. Die heutige Rechtslage und damit die tatsächliche Situation ist wesentlich durch die Entwicklungen und Entscheidungen der letzten Jahrhunderte geprägt.⁵⁸

Entsprechend sollen nach diesem einführenden Überblick im 2. Teil die Regelungen des Schornsteinfegerhandwerks vor dem Hintergrund der einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags, namentlich der Vorschriften über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie dem europäischen Wettbewerbsrecht, erörtert werden.

Im 3. Teil soll zunächst der Entwurf für das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens dargestellt werden. Dieser Entwurf soll anschließend auf seine Konformität mit dem Verfassungsrecht und dem Gemeinschaftsrecht überprüft werden. Wobei auf der Ebene des Verfassungsrechts insbesondere die Gesetzgebungskompetenz und die Auswirkungen der Grundrechte zu beleuchten sind, auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts wird die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten und dem europäischen Wettbewerbsrecht problematisiert.

In einem weiteren Teil soll aufbauend auf den gewonnenen Erkenntnissen eine mögliche alternative Organisationsform für das deutsche Schornsteinfegerhandwerk vorgestellt und analysiert werden. Hierbei wird auch das Berufsbild des Schornsteinfegerhandwerks auf seine Unumstößlichkeit hin untersucht. Die Vor- und Nachteile dieses Systems im Vergleich zu dem nach dem Gesetzentwurf des BMWi sollen aufgezeigt und gegebenenfalls gegeneinander abgewogen werden.

⁵⁸ Vgl. *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 1 ff.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

I. Entstehung des Schornsteinfegerhandwerks in seiner Besonderheit

1. Von einer Nebenarbeit zum eigenen Handwerk

Solange der Mensch offene Feuerstätten nur im Freien hatte, bestand naturgemäß kein Bedarf an einer besonderen Pflege dieser Feuerstellen.⁵⁹ Auch durch die Verlegung der Feuerstätten in geschlossene Räume änderte sich hieran zunächst nichts, da beim Anlegen der Feuerstätten auf einen natürlichen Rauchabzug geachtet wurde. Künstlich gemauerte oder anderweitig konstruierte Kanäle, über welche der Rauch abziehen konnte, waren selten und wurden erst mit dem flächendeckenden Bau mehrstöckiger Häuser die Regel.⁶⁰

In Deutschland wurden ab Mitte des 13. Jahrhunderts vermehrt Anlagen zur Ableitung des Rauchs angelegt.⁶¹ Als man feststellte, dass Hausbrände sich häufig auf den in diesen Anlagen festsetzenden Ruß zurückführen ließen, wurde das Problem der Reinigung und Pflege dieser Rauchabzüge akut. Diese vom abgelagerten Ruß ausgehende Gefahr wuchs außerdem, als nicht mehr allein Holz als Brennmaterial diente.⁶² Die sich daraus entwickelnde Aufgabe des regelmäßigen Reinigens der Feuerstätten und Rauchabzüge war ursprünglich eine persönliche Aufgabe eines jeden Bürgers.⁶³

So entwickelte sich zunächst auch kein eigenes Handwerk zum Reinigen und Kontrollieren der Rauchkanäle, vielmehr wurden die Reinigungs- bzw. Kehrarbeiten als Nebenarbeit von verschiedenen Berufsangehörigen wie z.B. Dachdeckern, Mauern, Töpfern, Kohlenträgern u.a. übernommen.⁶⁴

Dass sich schließlich ein eigenständiges Schornsteinfegerhandwerk entwickelte, hängt eng mit zwei Umständen zusammen: Zum einen wurde es durch das Erbauen mehrstöckiger Wohnhäuser immer schwieriger und erforderte eine

⁵⁹ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 1.

⁶⁰ *Sack/Unger*, Etwas Schornsteinfegergeschichte, S. 15; *Faber*, in: *Wagner*, Geschichte des Schornsteins und des Schornsteinfegerhandwerks, S. 48.

⁶¹ *Faber*, in: *Wagner*, Geschichte des Schornsteins und des Schornsteinfegerhandwerks, S. 48; *Sack/Unger*, Etwas Schornsteinfegergeschichte, S. 15.

⁶² *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, KÜO, Einführung, Rn. 1; *Glötzner*, in: *Vocke*, Geschichte der Handwerksberufe, Bd. II, S. 641; *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 1 f.

⁶³ *Sack/Unger*, Etwas Schornsteinfegergeschichte, S. 18.

⁶⁴ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 12; *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 2.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

besondere Geschicklichkeit, die Rauchabzüge zu reinigen und zum anderen erschien es im Interesse einer vorbeugenden Brandbekämpfung geboten, dem Hauseigentümer das regelmäßige Reinigen bzw. Reinigen lassen der Rauchabzüge obrigkeitlich vorzuschreiben.⁶⁵

Die Handwerker, die sich auf das Reinigen von Schornsteinen spezialisierten, waren zunächst fast ausschließlich als umherziehende Wanderarbeiter anzutreffen, da nur so auch ein wirtschaftliches Auskommen möglich war.⁶⁶ Das besondere obrigkeitliche Interesse an einer möglichst umfassenden Feuerprävention führte allerdings schließlich dazu, dass den Schornsteinfegern neben den reinen Kehraufgaben vermehrt bestimmte Kontrollaufgaben im Bereich des Feuerschutzes übertragen wurden. Da dadurch auch ein besseres finanzielles Auskommen gesichert war, wurden die als Schornsteinfeger tätigen Handwerker schließlich sesshaft.⁶⁷

2. Entstehung eines Kehrzwangs

Eine der ersten deutschsprachigen Normierungen über das Kehren von Schornsteinen findet sich bereits Anfang des 13. Jahrhunderts im Sachsenspiegel. Im Art. 51 § 2 des Landrechts heißt es sinngemäß, dass jeder auf seinen Backofen und seinen Schornstein achten soll, damit weder ihm noch seinen Nachbarn ein Schaden durch herumfliegende Funken entsteht.⁶⁸ Mit dem Ziel, besonders die Feuergefahr die von Feuerstätten ausgeht einzudämmen, wurde im Laufe der folgenden Jahrhunderte eine Vielzahl von Regelungen erlassen.⁶⁹

Die Grundlage für das Entstehen eines geregelten Schornsteinfegerwesens bildete schließlich die Normierung der Pflicht zum regelmäßigen Reinigen der Schornsteine; der sog. Kehrzwang.⁷⁰ Bestimmungen hierüber sind seit dem 17. Jahrhundert häufig, oft in speziellen Feuerordnungen, zu finden.⁷¹ Zunächst wurde den Grundstückseigentümern nur die Entscheidung über die Zahl und

⁶⁵ Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 12.

⁶⁶ Vgl. m.w.N. Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 12 f.

⁶⁷ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 2 f.

⁶⁸ v. Reppow, Der Sachsenspiegel, 2. Buch, Art. 51 § 2.

⁶⁹ Vgl. Wagner, Geschichte des Schornsteins und des Schornsteinfegerhandwerks, S. 77; Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 4.

⁷⁰ Musielak/Schira/Manke, SchfG, vor § 1 SchfG, Rn. 3.

⁷¹ Z.B. in Preußen im Allgemeinen Landrecht vom 5. 2. 1794 in Teil 2, Titel 20, §§ 1538 bis 1570 mit der Überschrift „Polizeigesetze zur Verhütung der Feuersbrünste“, beachte besonders §§ 1544 und 1555 mit dem angeordneten Kehrzwang; siehe hierzu auch Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 18.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

den Zeitpunkt der vorzunehmenden Kehrungen genommen.⁷² Später entwickelte sich die Normgebung dahingehend, dass die vorgeschriebenen Kehrarbeiten nur durch einen obrigkeitlich bestellten Schornsteinfeger ausgeführt werden durften.⁷³

Der damals eingeführte Kehrzwang verbot den Hauseigentümern ihre Feuerungsanlagen selbst zu reinigen und gleichzeitig wurden sie gezwungen, die notwendigen Arbeiten durch bestellte Schornsteinfeger vornehmen zu lassen.⁷⁴ Diese Beschränkungen bedeuteten aber noch nicht, dass die Hauseigentümer keine Wahl mehr zwischen den bestellten Schornsteinfegern hatten. Außerdem verlor diese Regelung des Kehrzwangs den Schornsteinfegern nicht die Berechtigung, das gleiche Handwerk anderen Personen innerhalb ihres Tätigkeitsbereiches zu untersagen.⁷⁵

3. Zunftzwänge und Kehrbezirke

a) Entstehung besonderer Kehrbezirke aus Zunftzwängen

Die Wirtschaftsverfassung war bis ins 19. Jahrhundert durch das Zunftwesen bzw. die Zunftverfassung geprägt.⁷⁶ Angehörige der jeweiligen Zünfte waren diejenigen, die ein gleiches oder ähnliches Handwerk oder Gewerbe betrieben.⁷⁷ Die Hauptaufgabe der Zünfte bestand ursprünglich darin, die Existenz der Zunftmitglieder durch den Zusammenschluss zu sichern.⁷⁸ Hierzu gehörte auch, den heimischen Markt vor den Leistungen auswärtiger Handwerker zu schützen, also die Konkurrenz auszuschalten.⁷⁹ Die entsprechenden Zunftordnungen enthielten darüber hinaus auch strenge Bestimmungen hinsichtlich der Qualität und die Preisbildung von Waren und Leistungen.⁸⁰ Neben diesem großen Einfluss

⁷² Vgl. OrgSch 1932, S. 32; *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 18, m.w.N.

⁷³ U.a. Kap. 2 Abschnitt 4 Art. 2 der Colberger Feuerordnung v. 22. 6. 1666, OrgSch. 1931, S. 295.

⁷⁴ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 4.

⁷⁵ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 19.

⁷⁶ *Fischer*, Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung, S. 323; v. *Rohrscheidt*, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, S. 183.

⁷⁷ *Kulischer*, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte, Bd. I, S. 192; *Michels-Holl*, in: FS Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, S. 681 (685).

⁷⁸ *Michels-Holl*, in: FS Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, S. 681 (685).

⁷⁹ *Kulischer*, Allgemeine Wirtschaftsgeschichte, Bd. I, S. 192 ff.; *Michels-Holl*, in: FS Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, S. 681 (685).

⁸⁰ *Michels-Holl*, in: FS Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, S. 681 (686); vgl. auch *Fischer*, Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung, S. 315 ff.

auf Wettbewerb und Preisgestaltung spielten die Zünfte auch im gesellschaftlichen Leben eine bedeutende Rolle.⁸¹

Wie bei fast jeder gewerblichen Tätigkeit, so war auch im Schornsteinfegergewerbe die Zunftzugehörigkeit die grundsätzliche Voraussetzung für eine gewerbliche Ausübung.⁸² Zu den Mechanismen, mit denen die Zünfte ihren Aufgaben gerecht wurden, zählte auch die Befugnis ihren Mitgliedern besondere Zwangs- und Bannrechte verleihen zu dürfen. Zwangs- und Bannrechte sicherten dem Berechtigten das ausschließliche Recht, bestimmte Gegenstände oder Leistungen innerhalb eines bestimmten Gebiets anbieten zu dürfen; korrespondierend mit der Verpflichtung aller Bewohner dieses Bezirkes, welche den Gegenstand oder die Leistung bedurften, sie nur von dem Berechtigten zu beziehen.⁸³

Der Bereich, in dem der einzelne Schornsteinfeger tätig war, stellte somit für ihn in der Regel eine ausschließliche Gewerbeberechtigung dar.⁸⁴ Die Abgrenzung des jeweiligen Gebietes und die Zuteilung desselben an einen Schornsteinfeger erfolgten zum Teil durch die zuständige Obrigkeit, teilweise aber auch durch die Zünfte selbst.⁸⁵ Somit war das Schornsteinfegerhandwerk nur den Zunftangehörigen in bestimmten zugewiesenen Bezirken vorbehalten, wohingegen den nicht Eingezünfteten das Gewerbe innerhalb der Zunftbezirke verboten wurde.⁸⁶ Auf dem Boden dieser Zunftverhältnisse entwickelten sich die Realrechte und schließlich kam es zu Beginn des 19. Jahrhunderts zur Bildung von festen Kaminkehrbezirken.⁸⁷

b) Gewerbefreiheit und Kehrbezirke

Ansätze zur allgemeinen Durchbrechung des Zunftzwangs wurden bereits im ausgehenden 18. Jahrhundert diskutiert, aber schließlich waren es finanzielle Erwägungen, die speziell das Land Preußen im Jahr 1810 dazu bewog, eine umfassende Gewerbefreiheit durchzusetzen.⁸⁸ Verankert war die allgemeine

⁸¹ *Deter*, Rechtsgeschichte des westfälischen Handwerks im 18. Jahrhundert, S. 31.

⁸² *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 26; *Bek*, in: *Wagner*, Geschichte des Schornsteins und des Schornsteinfegerhandwerks, S. 103 ff.

⁸³ *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 15, S. 703 ff.

⁸⁴ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 20.

⁸⁵ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 5.

⁸⁶ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 20.

⁸⁷ *Dyroff*, Kaminkehrer-Realrechte und Kehrbezirke, S. 12 f.; ZIV (Hg.), Der Schornsteinfeger und sein Berufswissen, S. 481.

⁸⁸ *Ziekow*, Freiheit und Bindung des Gewerbes, S. 339; *Vogel*, Allgemeine Gewerbefreiheit, S. 135 ff.; v. *Rohrscheidt*, Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit, S. 412 ff.; vgl. auch *Koselleck*, Preußen zwischen Reform und Revolution, S. 588.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

Gewerbefreiheit in dem Edikt über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer.⁸⁹

Das Recht zur Ausübung eines Gewerbes war gem. § 1 dieses Edikts ausschließlich an die Lösung eines Gewerbescheins geknüpft. Nur für wenige Berufe waren gem. § 21 des Edikts ein besonderer Qualifikationsnachweis und die polizeiliche Meldung erforderlich. Der Zweck war die von bestimmten Gewerben ausgehenden Gefahren zu mindern. Zu diesen Gewerben zählten z. B. Maurer, Zimmerer, Ärzte, Apotheker, Hebammen und laut Nr. 25 des § 21 auch das Schornsteinfegerhandwerk. Schornsteinfeger benötigten demnach zur rechtmäßigen Ausübung ihres Berufs ein Attest.⁹⁰

Die Kehrbezirke für Schornsteinfeger wurden also zunächst aufgehoben.⁹¹ Als Ergänzung zum Edikt wurde aber bereits nicht einmal ein Jahr nach Einführung des Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse des Gewerbes erlassen und in diesem in den §§ 82–150 zahlreiche Regelungen über eine Befähigungs- und Zuverlässigkeitsprüfung für bestimmte Gewerbe getroffen.⁹² Der § 104 dieses Gesetzes besagte, dass die Zwangskehrbezirke der Schornsteinfeger aus polizeilichen Gründen beibehalten werden. Dies war nicht nur eine feuerpolizeiliche Maßnahme, sondern zugleich eine allgemein gewerberechtliche Maßregel.⁹³ Somit führte die Einführung der generellen Gewerbefreiheit in Preußen nur sehr kurz zur Aufhebung der Kehrbezirke. Der § 104 des Gesetzes über die polizeilichen Verhältnisse des Gewerbes wurde überdies dahingehend ausgelegt, auch dort wo bisher noch keine Kehrbezirke bestanden, nunmehr Zwangskehrbezirke zu etablieren.⁹⁴

Die Entwicklung in Preußen ist exemplarisch für die Entwicklung in den meisten deutschen Ländern,⁹⁵ selbst wenn in einigen Regionen die Gewerbefreiheit ohne Auflagen auch für das Schornsteinfegerhandwerk eingeführt wurde, wurde selbige in den meisten Fällen nach wenigen Jahren wieder aufgeho-

⁸⁹ Edikt vom 2. 11. 1810, GS 1810, Nr. 2, S. 79–94.

⁹⁰ Vogel, Allgemeine Gewerbefreiheit, S. 179 f.; ZIV (Hg.), Der Schornsteinfeger und sein Berufswissen, S. 437; Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 27.

⁹¹ Vgl. ausführlich: Schulzenstein/Richter, in: ZIV (Hg.), Der Schornsteinfeger und sein Berufswissen, S. 239 ff.

⁹² GS, 1810, S. 263 ff.

⁹³ Vgl. Dyroff, Kaminkehrer-Realrechte und Kehrbezirke, S. 111 f.

⁹⁴ Vgl. o. V., Das Schornsteinfegerhandwerk von der Reichsgründung bis zur deutschen Teilung, in: ZIV (Hg.), 1884–1984, S. 18; Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 27; ZIV (Hg.), Der Schornsteinfeger und sein Berufswissen, S. 483.

⁹⁵ Siehe näher Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 31.

ben.⁹⁶ Innerhalb dieser Kehrbezirke wurden dann teilweise mehrere Schornsteinfegermeister zugelassen, die dann untereinander konkurrierten.⁹⁷

„Hässlichen Wettbewerb“⁹⁸ gab es im deutschen Schornsteinfegerhandwerk auch nach Etablierung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit quasi nie.

c) Gewerbeordnung und Kehrbezirke

Die Allgemeine Gewerbeordnung für Preußen vom 17. Januar 1845⁹⁹ hielt am Grundsatz der Gewerbefreiheit fest, machte die Ausübung eines Gewerbes aber von minimalen subjektiven Voraussetzungen, wie der Volljährigkeit und Geschäftsfähigkeit des Antragstellers, abhängig.¹⁰⁰

Weiterhin waren Sonderregeln für bestimmte Gewerbe vorgesehen, so war die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks von dem Nachweis der erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten durch ein Befähigungszeugnis abhängig.¹⁰¹

Mit Inkrafttreten der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869¹⁰² wurde die Gewerbefreiheit in allen Ländern des Norddeutschen Bundes nach dem Beispiel Preußens etabliert. Mit dem Übergang zum Deutschen Kaiserreich 1871 galt die Gewerbeordnung für das gesamte Reichsgebiet fort.

Diese allgemeine Gewerbeordnung sah für die Organisation des Schornsteinfegerwesens keine einheitliche Regelung vor. Vielmehr hieß es in § 39 der damals geltenden Fassung, dass die Landesgesetze die Einrichtung von Kehrbezirken gestatten können und das dort, wo Kehrbezirke eingerichtet sind, diese ohne Zahlung einer Entschädigung an den Inhaber geändert oder aufgehoben werden dürfen. Den Gesetzgebern auf Landesebene oblag es also, ob und in welchem Umfang sie Kehrbezirke einrichten wollten.¹⁰³

Somit war es möglich, Kehrbezirke Bezirksschornsteinfegermeistern ohne ausschließliche Kehrbefugnis zuzuweisen und lediglich den Hauseigentümern die Verpflichtung aufzuerlegen, ihre Schornsteine in den obrigkeitlich angeordneten Fristen reinigen zu lassen.¹⁰⁴ Möglich war es aber auch an einem ausschließlichen Recht für einen lokal zuständigen Schornsteinfegermeister festzuhalten oder aber (wo ein solches noch nicht bestand) feste Kehrbezirke einzuführen.

⁹⁶ Marcus, Die Missstände im Schornsteinfegerwesen, S. 3 f.; Krüger, Aufklärung über die Missstände im Schornsteinfegergewerbe, S. 4 f.

⁹⁷ Marcus, Die Missstände im Schornsteinfegerwesen, S. 4.

⁹⁸ Marcus, Die Missstände im Schornsteinfegerwesen, S. 3.

⁹⁹ Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845, GS 1945, S. 41.

¹⁰⁰ Vgl. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, S. 597 f.

¹⁰¹ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 6.

¹⁰² Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, RGBl 1869, S. 245.

¹⁰³ Musielak/Schira/Manke, SchfG, vor § 1 SchfG, Rn. 3.

¹⁰⁴ Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 30.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

Die Freiheit bei der Organisation der Kehrbezirke fand seine Grenze in dem Verbot, besondere Zwangs- und Bannrechte zu begründen, vgl. §§ 7, 10 der Gewerbeordnung von 1869.

Den Landesregierungen oblag neben der Frage ob und wie Kehrbezirke einzurichten waren, auch die Organisation der Verleihung von Kehrbezirken und die Anstellung von Schornsteinfegermeistern.¹⁰⁵ In Preußen hatte man seit 1925 endgültig flächendeckend Kehrbezirke eingerichtet und der Verleihung eines Kehrbezirks war ein besonders geregeltes Bewerbungsverfahren vorgeschaltet.¹⁰⁶

Über den allgemeinen Kehrzwang traf der Erlass keine explizite Bestimmung, vielmehr überließ er dies gem. seines § 42 den lokalen Polizeiverordnungen.

II. Die Quellen des Schornsteinfegerrechts und ihre Entwicklung

Bis 1935 übertrug die allgemeine Gewerbeordnung die Regelungskompetenz in Bezug auf die Organisation des Schornsteinfegerwesens den einzelnen Ländern. Wie gezeigt, fehlte es an einer einheitlichen Kodifikation des Schornsteinfegerrechts. Erst durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 13. April 1935 wurde in Deutschland eine einheitliche Rechtsgrundlage im Bereich des Schornsteinfegerrechts geschaffen.¹⁰⁷ Insbesondere wurde nunmehr die Einrichtung von Kehrbezirken für das gesamte Reichsgebiet obligatorisch.¹⁰⁸ Der § 39 Abs. 1 der Gewerbeordnung 1935 lautete: „Im Gebiet des deutschen Reiches sind Kehrbezirke für Schornsteinfeger einzurichten.“ Die höheren Verwaltungsbehörden sollten Kehrbezirke bilden und Schornsteinfegermeister für die einzelnen Bezirke bestellen. Kehrarbeiten durften nunmehr nur von den ausgewiesenen Schornsteinfegermeistern und deren Gesellen ausgeführt werden.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 30.

¹⁰⁶ Erlass des Ministers für Handel und Gewerbe vom 8. 4. 1925, betreffend der Anstellung und der Pflichten der Bezirksschornsteinfegermeister, PMBl. 1925, S. 82 ff.; Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 32.

¹⁰⁷ Das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 13. 4. 1935, RGBl. I 1935, S. 508.

¹⁰⁸ Vgl. ohne Verfasser, Das Schornsteinfegerhandwerk von der Reichsgründung bis zur deutschen Teilung, in: ZIV (Hg.), 1884–1984, S. 18.

¹⁰⁹ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 11.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

1. Verordnungen über das Schornsteinfegerwesen

a) VOSch 1935 und VOSch 1937

Die Gewerbeordnung von 1935 sah zur Regelung des Schornsteinfegerwesens eine Verordnungsermächtigung für das Reichswirtschaftsministerium im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern vor. Auf Grundlage dieser Ermächtigung erging die Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. April 1935¹¹⁰ und die Ausführungsanweisung zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen.¹¹¹ 1937 wurden die bestehenden Verordnungen durch die Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28. Juli 1937¹¹² und eine dazu erlassene Ausführungsanweisung¹¹³ ersetzt.¹¹⁴

Eine Vereinheitlichung des Schornsteinfegerwesens erfolgte schon durch die erste Verordnung und letztlich stimmen beide Verordnungen in ihren Grundgedanken überein.¹¹⁵ Die tragenden Elemente dieser Regelungen kommen schon in ihren Eingangsformeln zu tragen, die übereinstimmend lauten:

„Die Erhaltung der Feuersicherheit liegt im öffentlichen Interesse. Alle Gebäude mit Feuerungs- und Schornsteinanlagen unterliegen deshalb dem Kehrzwang. Die Kehrgebühr ist eine öffentliche Last des Grundstücks. Kehrarbeiten dürfen nur von Bezirksschornsteinfegermeistern, die für bestimmte Kehrbezirke angestellt sind, oder deren Gesellen und Lehrlingen ausgeführt werden. Der Bezirksschornsteinfegermeister gehört als Gewerbetreibender dem Handwerk an. Er ist der Aufsicht und der Ordnungsstrafgewalt einer Behörde unterstellt, hat aber nicht Beamteneigenschaft.“¹¹⁶

Die Einrichtung von Kehrbezirken, die schon durch die Einführung des § 39 GewO 1935 für das gesamte Gebiet des deutschen Reiches obligatorisch war, wurde mit der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (VOSch) näher ausgestaltet. Die Kehrbezirke waren von der höheren Verwaltungsbehörde zu

¹¹⁰ Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. April 1935, RGBl. I 1935, S. 515–521.

¹¹¹ Ausführungsanweisung zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 15. 4. 1935, RGBl. I 1935, S. 523–531.

¹¹² Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28. 07. 1937, RGBl. I 1937, S. 831–840.

¹¹³ Ausführungsanweisung zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28. 07. 1937, RGBl. I 1937, S. 841–849.

¹¹⁴ Diese Ausführungsanweisung entspricht in ihrer Rechtsnatur der einer Rechtsverordnung. Dazu ausführlich: *Dohn*, DVBl. 1960, S. 760.

¹¹⁵ *Krause*, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 36.

¹¹⁶ Vgl. RGBl. 1935 I, S. 515. bzw. RGBl. 1937 I, S. 831.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

bilden. Bei der Einteilung der Kehrbezirke waren zwei Faktoren entscheidend: Erstens sollte die Feuersicherheit möglichst effektiv gewährleistet werden, der einzelne Kehrbezirk musste für den zuständigen Inhaber überschaubar sein, sodass er alle anfallenden Kehrarbeiten ordnungsgemäß durchführen konnte bzw. dass es für ihn möglich war deren ordnungsgemäße Durchführung durch seine Gesellen oder Lehrlinge zu überprüfen.¹¹⁷

Zweitens musste die Größe des Kehrbezirks so bemessen sein, dass ein angemessenes Auskommen für den Bezirksschornsteinfegermeister und mindestens einen Gesellen sichergestellt war.

Die Größe des Kehrbezirks war also nach oben durch die Belange der Feuersicherheit und nach unten durch die Notwendigkeit der Einnahmesicherung begrenzt.¹¹⁸ Um Übervor- oder Benachteiligungen auszuschließen, sollten die Kehrbezirke in der Regel gleichwertig sein.¹¹⁹ Da man den Schornsteinfegermeistern allerdings eine Aufstiegsmöglichkeit eröffnen wollte, sah man in den Verordnungen auch die Bildung von größeren Kehrbezirken mit entsprechend höherer Verdienstaussicht vor. Für diese konnten besonders tüchtige und bewährte Schornsteinfegermeister nach mindestens 5-jähriger Tätigkeit in einem „normalen“ Kehrbezirk bestellt werden.

Generell sollte die Einteilung der Kehrbezirke mindestens in allen durch 5 teilbaren Jahren überprüft werden. Bei dieser allgemeinen Nachprüfung wurden zunächst sämtliche Kehrbezirke daraufhin überprüft, ob sich die Verhältnisse in den einzelnen Kehrbezirken durch Umstände irgendwelcher Art. (z.B. Neubauten) so geändert haben, dass die Feuersicherheit nicht mehr gewährleistet ist oder die Gleichwertigkeit der Kehrbezirke nicht mehr gegeben ist.¹²⁰

Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfeger wurde durch ein spezielles Bewerbungs- und Bestellungsverfahren geregelt. Jeder Schornsteinfeger, der sich zum Bezirksschornsteinfegermeister bestellen lassen wollte, musste bei der zuständigen Verwaltungsbehörde seine Eintragung in die von der Behörde geführte Bewerberliste beantragen.¹²¹

Der sich aus der Einteilung in Kehrbezirke ergebenden Kehrpflicht stand der allgemeine Kehrzwang gegenüber.¹²² Dieser ergab sich nunmehr unmittelbar aus der Vorschrift des § 7 VOSch bzw. § 39 GewO 1935 i.V.m. dem § 368 Nr. 4 StGB a. F. Nach diesen Regelungen waren alle Grundstückseigentümer dazu verpflichtet, alle durch die gültigen Kehrordnungen als kehrpflichtig bezeichneten Schornsteine, die Feuerstätten etc. zu den in der Kehrordnung ange-

¹¹⁷ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 12.

¹¹⁸ Moelle/Siegert/Musielak, Das Recht des Schornsteinfegerhandwerks, § 2 VOSch, S. 47.

¹¹⁹ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 12.

¹²⁰ Moelle/Siegert/Musielak, Das Recht des Schornsteinfegerhandwerks, § 6 VOSch, S. 59.

¹²¹ Erstmals war das Eintragungserfordernis in die Bewerberliste in § 10 VOSch 1937 geregelt.

¹²² Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 13.

gebenen Zeiten durch den zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister reinigen zu lassen.¹²³

Zur Verrichtung dieser Tätigkeiten war nunmehr nur der Bezirksschornsteinfegermeister berufen, sodass der reine Kehrzwang hin zu einem umfassenden Kehrmonopol bzgl. der in der Kehrordnung bezeichneten Arbeiten erweitert wurde.¹²⁴

Die Ausschließlichkeit zwischen Bezirksschornsteinfegermeister und Grundstücksinhaber beruhte somit auf einer polizeilichen Anordnung und nicht auf einem zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch des Schornsteinfegermeisters.

Die vom Bezirksschornsteinfegermeister auszuführenden Arbeiten sollten in Kehrordnungen festgelegt werden, die von der höheren Verwaltungsbehörde nach Anhörung bestimmter Beteiligter erlassen wurden. In den Kehrordnungen wurde neben dem Aufgabenkatalog festgelegt, auf welche Schornsteine und Feuerstätten sich der Kehrzwang erstreckt, welche Reinigungsarbeiten nur von den Bezirksschornsteinfegermeistern und seinen Gesellen ausgeführt werden sollen und in welcher Weise und innerhalb welcher Frist die Kehrarbeiten auszuführen waren.¹²⁵

Wie die Kehrordnung, wurde auch die Kehrgebührenordnung durch die höheren Verwaltungsbehörden erlassen. Vorwiegend waren sie mit den Kehrordnungen verbunden.¹²⁶ Die Kehrgebühren sollten in einem angemessenen Verhältnis zur geleisteten Arbeit stehen und die Grundstückseigentümer nicht übermäßig belasten, allerdings sollte durch sie auch das angemessene Auskommen des Bezirksschornsteinfegermeisters sichergestellt werden. Die Kehrgebühren waren vom Grundstückseigentümer zu tragen, vom Bezirksschornsteinfegermeister zu erheben und stellten eine öffentliche Last des Grundstücks dar.¹²⁷

Die VOSch 1935 und 1937 sahen vor, dass die Bezirksschornsteinfegermeister verpflichtet waren, dem Versorgungsverein Deutscher Schornsteinfegermeister, einer besonderen Rentenzusatzversicherung, beizutreten.

Ein auf Gewinn gerichteter Nebenerwerb war den Bezirksschornsteinfegermeistern grundsätzlich verboten. Darüber hinaus unterlag der Bezirksschornsteinfegermeister der Altersgrenze von 70 Jahren, bei deren Erreichen die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister automatisch erlosch.

Die Bezirksschornsteinfegermeister sollten innerhalb ihres Kehrbezirks wohnen und wurden verpflichtet, der Pflicht- oder freiwilligen Feuerwehr ihres Wohnsitzes anzugehören.

Schon in der VOSch von 1935 bzw. 1937 sind die wesentlichen und noch heute fortbestehenden Regelungen der Organisation des Schornsteinfegerwesens enthalten.

¹²³ Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 39.

¹²⁴ Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 39.

¹²⁵ Krause, Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens, S. 40.

¹²⁶ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 13.

¹²⁷ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 13.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

b) Änderung im Jahr 1952 und VOSch 1964

Mit dem Beginn des Krieges wurde die Altersgrenze für Bezirksschornsteinfegermeister durch die Verordnung über vorübergehende Maßnahmen auf dem Gebiet des Schornsteinfegerwesens vom 21. Oktober 1939¹²⁸ aufgehoben. Da nach dem Ende des Krieges die Frage der Weitergeltung der alten Regelung umstritten war und in einzelnen Ländern damit begonnen wurde landesrechtliche Vorschriften einzuführen, wurde zum Zweck einer gesicherten bundeseinheitlichen Regelung das Gesetz zur Ordnung des Schornsteinfegerwesens vom 22. Januar 1952¹²⁹ erlassen.¹³⁰ Mit diesem Gesetz wurde neben der VOSch auch die Altersgrenze für Bezirksschornsteinfegermeister wieder einheitlich eingeführt. Trotz bestehender Bedenken wurde das Berufsrecht des Schornsteinfegerhandwerks weiterhin durch Rechtsverordnung geregelt.¹³¹

Mit der Verordnung 1964 wurden weitgehend alle materiell-rechtlichen Bestimmungen der Ausführungsanweisung zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28. Juli 1937 in die neugefasste VOSch von 1964 eingearbeitet. Lediglich die Nr. 4 und die Nr. 9–12 der Ausführungsanweisung zur VOSch 1937 wurden aufrechterhalten.

Als das BVerwG durch Urteil vom 27. Juni 1967¹³² die in der VOSch getroffene Regelung der Versorgung im Schornsteinfegerwesen nach den §§ 28 und 44 Abs. 1 Nr. 4 SchVO 1937 für verfassungswidrig erklärte, wurde sich eingehend mit einer Neuregelung dieser Materie auf bundesgesetzlicher Ebene auseinandergesetzt.¹³³

2. Das Schornsteinfegergesetz

Der Entwurf eines Gesetzes über das Schornsteinfegerwesen (SchfG) wurde vom Bundestag am 13. Juni 1969 verabschiedet und der überwiegende Teil der Vorschriften ist seit dem 1. Januar 1970 in Kraft.¹³⁴ Das SchfG wurde am 10. August 1998 ohne weitergehende Änderungen neu bekannt gegeben.¹³⁵

Schon das SchfG von 1969 übernahm den wesentlichen Regelungsgehalt für das Schornsteinfegerhandwerk aus den VOSch. Vor allem die Kehrbezirkseinteilung und der Kehrzwang wurden aufrechterhalten und auch die Versorgung

¹²⁸ RGBl. I 1939, S. 2073.

¹²⁹ BGI. I 1952, S. 75.

¹³⁰ *Siegert/Musielak*, Schornsteinfegergesetz, Vorbemerkung vor § 1 SchfG, Rn. 3.

¹³¹ Vgl. *Siegert/Musielak*, Schornsteinfegergesetz, Vorbemerkung vor § 1 SchfG, Rn. 3; *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 14.

¹³² BVerwG, GewArch. 1968, S. 14.

¹³³ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, Einleitung, Rn. 3.

¹³⁴ BGI. I 1969, S. 1634.

¹³⁵ BGI. I 1998, S. 2071.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

im Schornsteinfegerhandwerk wurde weiterhin durch sonderrechtliche Vorschriften geregelt.¹³⁶

Gegenüber den entsprechenden Regelungen der VOSch 1937, die eine Zwangsmitgliedschaft bei der im Schornsteinfegerhandwerk seinerzeit bestehenden Versorgungseinrichtung vorsah und wegen der damit einhergehenden Verletzung des Art. 12 GG,¹³⁷ sind die Vorschriften des Schornsteinfegergesetzes in diesem Bereich liberaler gestaltet. Die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk beruhte nunmehr nicht allein auf der Zwangsmitgliedschaft in der eigenen Versorgungsanstalt, sondern sie beruht auf einer Kombination von Pflichtversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung mit der Mitgliedschaft in einer eigenen Versorgungseinrichtung des Schornsteinfegerhandwerks, der Versorgungsanstalt der deutschen Bezirksschornsteinfegermeister, vgl. § 34 SchfG.¹³⁸

Die Entwicklung des Schornsteinfegerrechts in der ehemaligen DDR verlief nach dem Krieg leicht abweichend von der in der Bundesrepublik.¹³⁹ Mit dem Gesetz über die Inkraftsetzung des Gesetzes über das Schornsteinfegerwesen (SchfG) in der Deutschen Demokratischen Republik wurden aber alle wesentlichen Regelungen des SchfG für das Gebiet der DDR übernommen.¹⁴⁰

3. Weitere Regelungen mit Bezug zum Schornsteinfegerhandwerk

a) Bundesrecht

Direkt auf der Grundlage des SchfG ist auf Bundesebene die Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (VOSch)¹⁴¹ erlassen worden, die im Wesentlichen verfahrensrechtliche Bestimmungen, z.B. das Bewerbungsverfahren anhand einer Bewerberliste, enthält.

Spezielle Vorschriften über weitergehende Messungen an Feuerstätten durch den Schornsteinfeger enthält die aufgrund einer Verordnungsermächtigung im BImSchG erlassene erste Verordnung zur Durchführung des BImSchG (1. BImSchV).¹⁴² Die Messungen der Schornsteinfeger haben den Zweck, die

¹³⁶ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, Vorbemerkungen.

¹³⁷ Festgestellt in: BVerwGE 27, S. 228.

¹³⁸ Musielak/Schira/Manke, SchfG, Vorbemerkung vor § 29 SchfG, Rn. 2.

¹³⁹ Vgl. zu der Entwicklung im Einzelnen: Musielak/Schira/Manke, SchfG, Einleitung, Rn. 4; o. V., Das Schornsteinfegerhandwerk in der Deutschen Demokratischen Republik, in: ZIV (Hg.), 1884–1984, S. 149–152.

¹⁴⁰ BGBl. I 1990, S. 709.

¹⁴¹ Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 19. 12. 1969, BGBl. I 1969, S. 2363.

¹⁴² BGBl. I 1997, S. 491.

§ 2 Die geschichtliche Entwicklung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland

gesetzlichen Anforderungen an Anlagen im Hinblick auf die Einhaltung bestimmter Schadstoffgrenzwerte überprüfen zu lassen.¹⁴³

Das Schornsteinfegerhandwerk betreffende Regelungen enthält in Teilen auch das Energieeinsparungsgesetz.¹⁴⁴ Unter anderem können auf der Grundlage des § 7 Abs. 3 Energieeinsparungsgesetz dem Bezirksschornsteinfegermeister Aufgaben der Überwachung von Feuerungsanlagen hinsichtlich der Anforderungen an den Betrieb heizungs- und raumlufotechnischer Anlagen oder Einrichtungen übertragen werden.

Da Schornsteinfegermeister als Gewerbetreibende dem Handwerk angehören, findet auf ihre Tätigkeit grundsätzlich alle Regelungen Anwendung, wie sie für sonstige Handwerke gelten. Darunter fällt auf der Ebene des Bundesrechts vor allem die Handwerksordnung (HwO).¹⁴⁵ Dieses Gesetz bezieht sich auf die selbstständige Ausübung eines Handwerks, auf die Gesellen- und Meisterprüfung und auf die handwerkliche Organisation.¹⁴⁶ Uneingeschränkt gelten für den Bezirksschornsteinfegermeister auch die Vorschriften über die Eintragung in die Handwerksrolle. Danach hat er sich vor Aufnahme seiner selbstständigen Tätigkeit bei der für seine gewerbliche Zulassung zuständigen Handwerkskammer zu melden und die Eintragung in die Handwerksrolle zu beantragen.¹⁴⁷ In der HwO ist normiert, dass von den Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle teilweise Ausnahmen möglich sind. Eine Ausnahmegenehmigung kann unter den Voraussetzungen der §§ 8 bzw. 9 HwO erteilt werden. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung nach § 9 HwO sind abschließend in der EU/EWR-HwV festgelegt,¹⁴⁸ sodass bei Erfüllung dieser Kriterien die Ausnahmegenehmigung zu erteilen ist.¹⁴⁹

¹⁴³ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 13 SchfG, S. 6.

¹⁴⁴ Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden, BGBl. I 1976, S. 1873.

¹⁴⁵ BGBl. I 1998, S. 3074.

¹⁴⁶ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Handwerksordnung 170, S. 2.

¹⁴⁷ Honig, HwO, § 7 HwO, Rn. 1 ff.

¹⁴⁸ EU/EWR-Handwerk-Verordnung, in der Fassung vom 20. 12. 2007 (BGBl. I 2007, S. 3075)

¹⁴⁹ Klinge, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 229 f.

b) Landesrecht

Über die Bundesrechtlichen Vorschriften hinaus können auch die Länder Kehr- und Überprüfungsordnungen sowie Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen aufgrund einer Verordnungsermächtigung im SchfG erlassen. Von dieser Möglichkeit haben alle Länder Gebrauch gemacht. Die Wirtschaftsministerien der Bundesländer können somit Einfluss auf die Art und den Umfang der überprüfungs- und kehrpflichtigen Anlagen und die Höhe der dafür zu entrichtenden Gebühren nehmen.¹⁵⁰

Regelungen, die das Schornsteinfegerhandwerk betreffen, finden sich auf Landesebene außerdem noch in den Landesbauordnungen. In diesen ist vorgesehen, dass ein Schornsteinfeger bei der Rohbau- bzw. Schlussabnahme von Feuerstätten, Schornsteinen und ähnlichen Anlagen zugegen sein muss, um eine Bescheinigung über deren Gebrauchsfähigkeit zu erstellen.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, KÜO, Einführung, Rn. 26.

¹⁵¹ Vgl. § 67 Abs. 5 LBO BW (i. d. F. vom 8. 8. 1995; GBl. 1995, S. 617); Art. 78 Abs. 3 Bay BO (i. d. F. vom 14. 8. 2007; GVBl. 2132-1-I, S. 588); § 81 Abs. 4 BauO Bln (i. d. F. vom 11. 6. 2006; GVBl. 2006, S. 819); § 76 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 36 Abs. 6 BbgBO (i. d. F. vom 16. 7. 2003; GVBl. I 2003, S. 210); § 84 Abs. 3 BremLBO (i. d. F. vom 27. 3. 1997; BremGBl. S. 211-2130-d-1a); § 77 Abs. 2 Satz 4 HBauO (i. d. F. vom 14. 12. 2005; HmbGVBl. 2005, S. 525); § 78 Abs. 8 HBO (i. d. F. vom 18. 6. 2002; GVBl. I, S. 274); § 82 Abs. 2 LBau M-V (i. d. F. vom 18. 4. 2006; GVBl. M-V 2006, S. 102); § 80 Abs. 4 NBauO (i. d. F. vom 10. 2. 2003; Nds. GVBl. 2003, S. 89); § 43 Abs. 7 BauO NRW (i. d. F. vom 1. 3. 2000; GVBl. NRW 2000, S. 256); § 78 Abs. 2 LBauO (i. d. F. vom 24. 11. 1998; GVBl. 1998, S. 365); § 79 Abs. 2 LBO Saarland (i. d. F. vom 18. 2. 2004; ABl. Nr. 18 vom 16. 4. 2004, S. 822); § 82 Abs. 3 SächsBO (i. d. F. vom 28. 5. 2004; SachsGVBl. 2004, S. 200); § 81 Abs. 2 BauO LSA (i. d. F. vom 20. 12. 2005; GVBl. LSA 2005, S. 769); § 88 LBO S-H (i. d. F. vom 10. 1. 2000; GVBl. 2000, S. 47).

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

Die Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland ist, wie bereits angedeutet, maßgeblich von einigen grundsätzlichen Entscheidungen des historischen Gesetzgebers beeinflusst. Der historische Hintergrund wurde bereits gegeben, sodass es gilt, den Status quo in Bezug auf die Organisation des Schornsteinfegerhandwerks aufzuzeigen.

Von Kommentatoren des Schornsteinfegergesetzes wird hervorgehoben, dass die Organisation des Schornsteinfegerwesens wegen der von den Angehörigen dieses Berufes im öffentlichen Interesse zu erfüllenden Aufgaben eine besondere Ausgestaltung erfahren hat.¹⁵² Hiervon zeugt auch der Hinweis in § 3 Abs. 2 SchfG, wonach der Bezirksschornsteinfegermeister bei bestimmten Tätigkeiten öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Damit ist allerdings nicht geklärt, was öffentliche Aufgaben eigentlich sind und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

Da der Begriff der öffentlichen Aufgaben in einem engen Zusammenhang bzw. Verflechtung mit dem Begriff der staatlichen Aufgaben steht und diese Begriffe auch im weiteren Verlauf der Untersuchung von einiger Bedeutung sind, gilt es eine allgemeine Begriffserklärung voranzustellen.

I. Begriffserklärung

Eine von einem allgemeinen Konsens getragene Beschreibung und Abgrenzung der Begriffe „öffentliche Aufgabe“, „staatliche Aufgabe“ bzw. „Staatsaufgabe“ ist bis heute nicht gelungen.¹⁵³ Teilweise haben die Ansätze in der Literatur und die Ausführungen der Rechtsprechung¹⁵⁴ sogar eher für Verwirrung gesorgt, als zur Klärung der Begrifflichkeiten beigetragen.¹⁵⁵ Problematisch ist insbesondere das Merkmal „öffentlich“.¹⁵⁶

¹⁵² Vgl. etwa *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, Einleitung, Rn. 1.

¹⁵³ Vgl. hierzu auch *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 ff., *Schleberger*, in: *Bull.* Verwaltungspolitik, S. 53; *Klein*, DöV 1965, S. 755 ff.; *Müller*, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 5 ff.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 41 ff.

¹⁵⁴ Ausführlich zur Rechtsprechung des BVerfG: *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 41 ff.

¹⁵⁵ So auch *Schuppert*, *VerwArch.* 71 (1980), S. 309 (333).

¹⁵⁶ *Becker*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, S. 17.

Ein weiteres Problem ist, dass die Begriffe häufig missverständlich synonym verwendet wurden.¹⁵⁷ Die Unterscheidung dieser Begriffe bildet aber bei Kontroversen um etwa die Beleihung einen neuralgischen Punkt und daher muss neben der Klärung der Begrifflichkeit eine Grenze zwischen beiden Aufgabengattungen gezogen werden.¹⁵⁸

1. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe

Gerade die Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Aufgabe bereitet vor dem Hintergrund einer geradezu babylonisch erscheinenden Sprachverwirrung¹⁵⁹ und der Tatsache, dass es sich beim Bestand der öffentlichen Aufgaben um keine feste Größe, sondern um einen Bereich in stetem Wandel handelt, erhebliche Schwierigkeiten.¹⁶⁰

Daher soll diese Begrifflichkeit nicht durch den vermutlich aussichtslosen Versuch eine allgemeingültige Definition zu formulieren geklärt werden, sondern zunächst auf den Begriffsinhalt der „öffentlichen Aufgaben“, hinsichtlich dessen weitgehend Übereinstimmung besteht, eingegangen werden.¹⁶¹ Zentrales Element einer öffentlichen Aufgabe ist, dass ihre Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt.¹⁶² Somit sind alle im öffentlichen Interesse liegenden Angelegenheiten eines Gemeinwesens, unbeschadet der Frage, ob sie vom Staat oder von der Gesellschaft wahrgenommen werden, zunächst einmal grundsätzlich öffentliche Aufgaben.¹⁶³

Da an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist, kann die Frage, ob und ggf. wie sie erfüllt wird, nicht nur eine Angelegenheit eines Einzelnen sein. Diese Frage ist vielmehr eine der Allgemeinheit, nicht aber schon deshalb notwendig eine des Staates.¹⁶⁴ Ein Monopol des Staates auf das Öffentliche oder das Gemeinwohl gibt es nicht.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 5.

¹⁵⁸ Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (144 f.).

¹⁵⁹ So Schuppert, VerwArch. 71 (1980), S. 309 (333).

¹⁶⁰ Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 6.

¹⁶¹ Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 43.

¹⁶² Vgl. Peters, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 (878); Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 106.

¹⁶³ Weiß, DVBl. 2002, S. 1167 (1169).

¹⁶⁴ Mackeben, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 39.

¹⁶⁵ Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 57; Kirmer, Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, S. 64; Isensee; in: Isensee/Kirchhof, HbStR, Bd. III, § 57, Rn. 136.

Vielmehr können die öffentlichen Aufgaben teils staatlich und teils privat durchgeführt werden.¹⁶⁶

2. Der Begriff staatliche Aufgabe bzw. Staatsaufgabe

Eine Staatsaufgabe bzw. staatliche Aufgabe ist rein tatsächlich gesehen eine öffentliche Aufgabe, die vom Staat wahrgenommen wird und insoweit sie von ihm wahrgenommen wird.¹⁶⁷ Um staatliche Aufgaben handelt es sich also dort, wo Verfassung, Gesetz oder europäisches Gemeinschaftsrecht den Staat zum verantwortlichen Aufgabenträger bestimmen.¹⁶⁸ Auch wenn der Staat generell nur im öffentlichen Interesse tätig werden darf, ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses allein nicht hinreichend für die Qualifikation als Staatsaufgabe.¹⁶⁹

Problematisch ist, dass es in Deutschland an einer umfassenden Staatsaufgabenlehre fehlt und daher die eindeutige Einordnung einer Aufgabe unter Umständen schwierig ist.¹⁷⁰ Maßgebend für die Qualifikation einer Aufgabe als staatliche Aufgabe oder Staatsaufgabe ist die Möglichkeit des Zugriffs des Staates auf eine bestimmte Tätigkeit im Rahmen der Verfassung und in den Formen des positiven Rechts.¹⁷¹ Die faktische Wahrnehmung einer Aufgabe allein genügt hingegen nicht, um eine Staatsaufgabe zu begründen; es bedarf vielmehr auch ihrer Legalität.¹⁷²

Staatliche Aufgaben entstammen somit den öffentlichen Aufgaben und werden zu staatlichen Aufgaben indem sie dem Staat als Rechtssubjekt und konkretem Träger durch die Rechtsordnung zugeordnet werden.¹⁷³ Damit ist „öffentliche Aufgabe“ der Oberbegriff.¹⁷⁴ Staatliche Aufgaben stellen indes einen konkret zu umreisenden Ausschnitt der öffentlichen Aufgaben dar, den der Staat an sich gezogen hat.¹⁷⁵ Dabei steht grundsätzlich dem Staat die Kompe-

¹⁶⁶ Peters, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 (880); Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 25.

¹⁶⁷ Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 25.

¹⁶⁸ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 50; v. Heimbürg, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 15; Peters, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 (880).

¹⁶⁹ Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 44; Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 194.

¹⁷⁰ Zur Unmöglichkeit, die Staatsaufgaben vollständig aufzuzählen vgl. Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 88 ff.

¹⁷¹ Schmidt, in: Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski, Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, S. 220.

¹⁷² Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HbStR, Bd. III, § 57, Rn. 137.

¹⁷³ v. Heimbürg, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 14; Mackeben, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 40.

¹⁷⁴ Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 7.

¹⁷⁵ Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 7.

tenz zu, festzulegen, welche Aufgaben er als staatliche einrichtet und wie bzw. durch wen sie erfüllt werden sollen (sog. Kompetenz-Kompetenz).¹⁷⁶

3. Abgrenzung der Begriffe

Teilweise wird eine Abgrenzung zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben rein formal nach der Trägerschaft der jeweiligen Aufgabe vollzogen; der Inhalt der Aufgabe bleibt hier weitestgehend unberücksichtigt.¹⁷⁷

Öffentliche Aufgaben liegen danach nur dann vor, wenn sie von der Gesellschaft und nicht vom Staat erledigt werden, wohingegen staatliche Aufgaben vom Staat selbst erfüllt würden.¹⁷⁸

Daran ist zum einen problematisch, dass die vollständige Übertragung einer Aufgabe auf den Staat eine Tätigkeit Privater zum Zwecke der Aufgabenerfüllung nicht grundsätzlich ausschließt.¹⁷⁹ Es gibt sogar öffentliche Aufgaben, die naturgemäß teils privat, teils als staatliche zur Durchführung gelangen.¹⁸⁰ Außerdem ist eine arbeitsteilige Erfüllung öffentlicher Aufgaben eher die Regel als die Ausnahme.¹⁸¹ Die Abgrenzung anhand der Trägerschaft allein ist daher nicht ausreichend und folglich abzulehnen.

Auch ein Gegensatz zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben im Sinne einer Ausschließlichkeit kann nicht bestehen, da es Staatsaufgaben, die nicht gleichzeitig auch öffentliche Aufgaben sind, nicht geben kann.¹⁸²

Voraussetzung der Anerkennung einer Aufgabe als staatliche Aufgabe ist aber, dass sich der Staat mit einer Aufgabe in den Grenzen des geltenden Rechts befasst und in diesen Grenzen sie als staatliche Aufgabe kreiert.¹⁸³ Maßgeblich muss also sein, ob der Gesetzgeber die Aufgabe als staatliche Aufgabe bezeichnet hat oder ob eine Auslegung ergibt, dass es der Wille des Gesetzgebers war, die Aufgabe als Staatsaufgabe zu bestimmen. Bei dieser Auslegung gilt es zu prüfen, wie die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich Haftung, Verantwortlichkeit, Aufsicht und Weisungsbindung ausgestaltet sind.¹⁸⁴

¹⁷⁶ *Isensee*; in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. III, § 57, Rn. 156.

¹⁷⁷ v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 14.

¹⁷⁸ *Klein*, DöV 1965, S. 755 (758).

¹⁷⁹ *Esch*, Rechtsfragen der Erbringung und Vergütung rettungsdienstlicher Leistungen, S. 93.

¹⁸⁰ *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 (880).

¹⁸¹ *Isensee*; in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. III, § 57, Rn. 138.

¹⁸² *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 41.

¹⁸³ *Esch*, Rechtsfragen der Erbringung und Vergütung rettungsdienstlicher Leistungen, S. 94.

¹⁸⁴ Unter Umständen kann es auch mit Hilfe dieser Indizien schwierig sein, die Grenze zwischen der staatlich überwachten privatrechtlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und der dirigierten Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zu ziehen, vgl. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (158).

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

Hervorzuheben ist, dass der Möglichkeit des Gesetzgebers, öffentliche Aufgaben als staatliche Aufgaben zu formulieren, durch das Subsidiaritätsprinzip, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die staatliche Kapazität und die Verfassung selbst Grenzen gesetzt sind.¹⁸⁵

II. Grundpfeiler der Organisation des Schornsteinfegerwesens

Die Organisation des Schornsteinfegerwesens durch das SchfG basiert auf drei Grundpfeilern: dem Kehrzwang, der Einrichtung von Kehrbezirken und dem Kehrmonopol. Da die Gesamtkonzeption der Organisation des Schornsteinfegerwesens nach dem SchfG maßgeblich auf diesen Erscheinungen beruht, gilt es im Folgenden Inhalt und Zweck dieser Institute aufzuzeigen.

1. Der Kehrzwang

Nach § 1 Abs. 1 SchfG sind die Eigentümer von Grundstücken und Räumen verpflichtet, ihre kehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen fristgerecht reinigen und überprüfen zu lassen. Diese Verpflichtung bildet zusammen mit einer in § 1 Abs. 3 SchfG normierten Duldungspflicht für Eigentümer, den Schornsteinfegern das Betreten ihrer Grundstücke und Räume zu gestatten, den sog. Kehrzwang.

Welche Anlagen dem Kehrzwang unterliegen und was „fristgerecht“ im Sinne des § 1 Abs. 1 SchfG bedeutet, regeln die landesspezifischen Kehrordnungen. Der Kehrzwang umfasst auch die Verpflichtung, die gegebenenfalls durch den Bezirksschornsteinfegermeister festgestellten Mängel zu beseitigen und die nach der Kehrgebührenordnung festgestellte Kehrgebühr zu zahlen.¹⁸⁶

Zu den aus dem Kehr- und Überprüfungszwang resultierenden Verpflichtungen gehört es, dem zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister sowie den für diesen tätigen Personen den ordnungsgemäßen Zutritt zu den Räumen und prüfungspflichtigen Anlagen zu gestatten und zu ermöglichen.¹⁸⁷ Dies erfolgt nach § 1 Abs. 3 SchfG ausdrücklich unter Einschränkung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG).

Die Durchsetzbarkeit des Kehrzwanges wird über § 50 Abs. 1 Nr. 1 SchfG abgesichert, denn nach dieser Vorschrift kann der schuldhafte Verstoß gegen den Kehrzwang als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Außerdem können Kehrungen und Überprüfungen durch entsprechende Maßnahmen der zuständigen Verwaltungsbehörden auch zwangsweise durchgeführt werden. Zwangs-

¹⁸⁵ Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 8; *Isensee*; in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. III, § 57, Rn. 138.

¹⁸⁶ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 1 SchfG, S. 4.

¹⁸⁷ Bins, in: Kölbl, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Anm. zu § 1 SchfG.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

weise Durchsetzung bedeutet, dass die Kehrung oder Überprüfung notfalls auch mit Gewalt vorgenommen werden darf.¹⁸⁸ Die Art der Zwangsmittel richtet sich nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen der Länder; stets ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.¹⁸⁹

2. Die Einrichtung von Kehrbezirken

Nach §§ 2 Abs. 1, 22 f. SchfG werden feste Kehrbezirke eingerichtet, die jeweils einem Bezirksschornsteinfegermeister zugewiesen werden.

Für die Einrichtung der Kehrbezirke ist eine Verwaltungsbehörde zuständig, die gem. § 52 SchfG von der Landesregierung oder von der von dieser ermächtigten Stelle durch Rechtsverordnung dazu bestimmt worden ist. Die Bezirke sind geografischer Art und das gesamte Gebiet der Bundesrepublik ist in Kehrbezirke eingeteilt.¹⁹⁰ Durch § 22 SchfG wird festgehalten, welche Gesichtspunkte die zuständige Verwaltungsbehörde bei der Kehrbezirkseinteilung zu beachten hat.

Zwei Grundsätze stehen hierbei im Vordergrund, zum einen das Interesse der Feuersicherheit und zum anderen soll unter Ausschaltung jeglicher Konkurrenz eine gesicherte Existenzgrundlage für den einzelnen Bezirksschornsteinfegermeister sichergestellt werden.¹⁹¹ Die Besetzung eines Kehrbezirks erfolgt gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 SchfG durch die Bestellung eines Bezirksschornsteinfegermeisters für den entsprechenden Kehrbezirk. Bestellung im Sinne dieser Vorschrift bedeutet sowohl die probeweise als auch die endgültige Bestellung.¹⁹² Die zuständigen Verwaltungsbehörden müssen einen freien Kehrbezirk grundsätzlich sofort besetzen, dies ergibt sich bereits aus den Grundsätzen der Feuersicherheit, ist aber auch in § 2 SchfG gesetzlich geregelt.¹⁹³

¹⁸⁸ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 9 SchfG, Anm. 22.

¹⁸⁹ VGH BW, GewArch. 1993, S. 205 f.

¹⁹⁰ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 2 SchfG, Anm. 3.

¹⁹¹ Vgl. *Bins*, in: *Kölbl*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 2 SchfG.

¹⁹² *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 2 SchfG, Rn. 4.

¹⁹³ Wird ein Kehrbezirk geändert, hat der Bezirksschornsteinfegermeister gem. § 23 Abs. 3 SchfG grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung.

3. Das Kehrmonopol

Für jeden Kehrbezirk bestellt die zuständige Behörde, in der Regel die Kreis- oder Stadtverwaltung, gem. § 2 Abs. 1 SchfG jeweils nur einen Schornsteinfegermeister. Nach § 2 Abs. 2 SchfG darf auch nur dieser und seine Gesellen in diesem Kehrbezirk tätig werden. Gleichzeitig ist die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters auf diesen, ihm übertragenen Kehrbezirk beschränkt. Die Vorschriften der §§ 2 Abs. 2, 12 Abs. 2 und 14 Abs. 2 verbieten ganz konkret jedem Bezirksschornsteinfegermeister die Ausführungen von Arbeiten des Schornsteinfegerhandwerks in einem fremden Kehrbezirk.

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Eigentümer oder Besitzer von kehrpflichtigen Anlagen die Durchführungen der Kehr- und Überprüfungsarbeiten durch einen anderen als den zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister verlangen.¹⁹⁴ Ein solcher Anspruch besteht nicht.¹⁹⁵

Der Bezirksschornsteinfegermeister hat also in seinem ihm zugewiesenen Kehrbezirk hinsichtlich der dort zu erledigenden Aufgaben ein Monopol; das sog. Kehrmonopol.¹⁹⁶

¹⁹⁴ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 2 SchfG, Rn. 4.

¹⁹⁵ Zuletzt VG München, Urteil vom 23. 6. 2004 - M 1 S 04.3309; vgl. auch OVG SH, Urteil vom 2. 4. 1992, GewArch. 1992, S. 308.

¹⁹⁶ *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 117 f.

III. Zielsetzung bei der Wahl dieser Rechtsstruktur

Es stellt sich die Frage, welche Gesichtspunkte der Gesetzgeber bei der Organisation des Schornsteinfegerwesens beachtet und wie er diese gewichtet hat. Im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Mittelstandsfragen über den Entwurf des Schornsteinfegergesetzes wird zur Begründung für ein Festhalten an den Grundsätzen der Kehrbezirkseinteilung und des Kehrzwanges angeführt, dass sich der Ausschuss davon überzeugt hat, dass durch dieses System am wirkungsvollsten und einfachsten die vom Staat durchzuführenden Kontrollen ermöglicht werden, die aus Gründen der Feuersicherheit und des Gesundheitsschutzes erforderlich sind.¹⁹⁷

Sinn und Zweck des Kehrzwanges ist also zunächst, dass die im feuerpolizeilichen Interesse geboten erscheinende Feuerstättenschau und eine bestimmte Anzahl von Kehrunge innerhalb bestimmter Zeiträume sichergestellt wird.

Bei einer Freigabe der Tätigkeiten der Schornsteinfeger für den freien Wettbewerb müsste der Staat die Kontrolle einer ordnungsgemäßen Ausführung der Schornsteinfegerarbeiten selbst übernehmen. Der dafür erforderliche Verwaltungsaufwand wurde zum Zeitpunkt der Arbeit am Gesetzentwurf für das SchfG als unverhältnismäßig hoch angesehen.¹⁹⁸

Außerdem wurde angeführt, dass die Kosten für die Prüfungspflichtigen durch das Kehrbezirkssystem niedriger sind als in einem Modell des freien Wettbewerbs, da überflüssige Wegstrecken vermieden und die Arbeitszeit der Schornsteinfeger effektiv ausgenutzt werden könne.¹⁹⁹

Der Kehrzwang und die Einteilung von Kehrbezirken bewirken, dass die Eigentümer von kehrpflichtigen Anlagen, diese fristgerecht von einem zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister kehren und überprüfen lassen müssen.²⁰⁰ Dieser Kontrahierungszwang zwischen Hauseigentümer und Bezirksschornsteinfegermeister wurde für notwendig erachtet, da sich nur so die nach dem Arbeitsvolumen zu bestimmende Größe eines Kehrbezirks ermitteln ließe. Darüber hinaus folge aus der Tatsache, dass nach der Regelung des SchfG immer nur ein Bezirksschornsteinfegermeister für einen Bezirk zuständig ist, eine Alleinverantwortung des zuständigen Bezirksschornsteinfegermeisters für die dortige Feuersicherheit und damit eine exakte Zuordnung von Verantwortungsbereichen.²⁰¹ Gleichzeitig soll durch den festgelegten Verantwortungsbereich

¹⁹⁷ Zu BT-Drs. V/4282, Nr. 2.

¹⁹⁸ Zu BT-Drs. V/4282, Nr. 2.

¹⁹⁹ Zu BT-Drs. V/4282, Nr. 2.

²⁰⁰ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 1 SchfG, Rn. 2.

²⁰¹ Vgl. Bins, in: Köble, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 2 SchfG.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

die Kontrolle des Bezirksschornsteinfegermeisters durch den Staat im Verhältnis relativ einfach und effektiv sein.²⁰²

Die Alternative, wonach Hauseigentümer eine Wahl zwischen unterschiedlichen Bezirksschornsteinfegeern hätten, wurde aufgrund von dadurch entstehenden organisatorischen Schwierigkeiten vom Gesetzgeber abgelehnt.²⁰³

IV. Unmittelbare Folgen dieser Rechtsstruktur

1. Rechtsstatus des Bezirksschornsteinfegermeisters

a) Der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender

Der § 3 Abs. 2 Satz 1 SchfG stellt ausdrücklich fest, dass der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender dem Handwerk angehört. Damit ist klar, dass er trotz der beschriebenen Besonderheiten kein Beamter im staatsrechtlichen Sinne sein kann.²⁰⁴ Die Feststellung, dass der Bezirksschornsteinfegermeister ein gewerbebetreibender Handwerker ist, dient im Hinblick auf die Besonderheiten dieses Berufs allerdings lediglich der Klarstellung.²⁰⁵

Da der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender tätig wird, finden auch zunächst einmal grundsätzlich die Bestimmungen des Privatrechts Anwendung. Wie schon angedeutet,²⁰⁶ scheint ein Bezirksschornsteinfegermeister allerdings eine Doppelstellung inne zu haben.²⁰⁷ Einerseits ist er ein gewerbebetreibender Handwerker, andererseits wird in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG hervorgehoben, dass er bei bestimmten Tätigkeiten öffentliche Aufgaben wahrnimmt.

Wie diese Doppelstellung zu charakterisieren ist und welche Konsequenzen sich daraus ergeben, ist Thema der folgenden Ausführungen.

²⁰² Zu BT-Drs. V/4282, Nr. 2.

²⁰³ Zu BT-Drs. V/4282, Nr. 2.

²⁰⁴ Vgl. *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 3.

²⁰⁵ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 3 SchfG, S. 4; Auch der BFH hat festgestellt, dass die Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibende auch gewerbesteuerpflichtig sind (BFH, GewArch. 1996, S. 487).

²⁰⁶ Siehe schon oben § 1 I. 1.

²⁰⁷ Einzelheiten zur Doppelstellung bei *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 9 ff.; grundlegend insoweit auch BVerfGE 1, S. 264.

b) Der Bezirksschornsteinfegermeister als Beliehener

Häufig wird der Bezirksschornsteinfeger als ein klassischer Fall eines Beliehenen genannt.²⁰⁸ Diese Ansicht wurde in der Vergangenheit auch wiederholt in Rechtsprechung und Literatur bestätigt.²⁰⁹

Grundsätzlich werden als Beliehene diejenigen natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts bezeichnet, denen die Zuständigkeit eingeräumt ist, bestimmte einzelne hoheitliche Kompetenzen im eigenen Namen wahrzunehmen, und die somit zu den Trägern öffentlicher Verwaltung gerechnet werden können.²¹⁰ Eine Beleihung setzt also voraus, dass einer Einzelperson oder juristischen Person des Privatrechts bestimmte hoheitliche Aufgaben zur selbstständigen Erfüllung übertragen wurden. Das so entstehende öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnis zwischen beleihendem Verwaltungsträger und dem Beliehenen muss durch ein zugrunde liegendes Gesetz und den konkreten Beleihungsakt näher bestimmt sein.²¹¹ Der Beliehene ist aus diesem Verhältnis verpflichtet, die ihm obliegenden Aufgaben auszuführen. Hierbei untersteht er der Aufsicht der beleihenden Körperschaft.²¹²

Obwohl die Einordnung des Bezirksschornsteinfegermeisters als Beliehener allgemein akzeptiert zu sein scheint,²¹³ soll das Beleihungsrechtsverhältnis des Bezirksschornsteinfegermeisters nach den „klassischen Theorien“ hergeleitet werden.

aa) Beleihungstheorien

Im Wesentlichen werden zu den Voraussetzungen einer Beleihung zwei Lehrmeinungen diskutiert.²¹⁴ Differenzen bestehen dahingehend, was Gegenstand der Beleihung sein kann.

²⁰⁸ Vgl. *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581.

²⁰⁹ Vgl. BGHZ 62, S. 372; OVG RP, NJW 1990, S. 465; OVG SH, NVwZ-RR 1993, S. 395.

²¹⁰ Zu dieser Definition statt vieler *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90 Rn. 4; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 23, Rn. 56 ff.; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 534 f.

²¹¹ *Stuible-Treder*, Der Beliehene im Verwaltungsrecht, S. 85 ff.

²¹² *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 23, Rn. 58 ff.

²¹³ Vgl. u.a. BVerwG, NVwZ-RR 1990, S. 975; BVerwG, GewArch. 1972, S. 184; *Bethge*, Der Verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 145; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90, Rn. 4.

²¹⁴ Neben diesen Theorien wurden z.B. die Legitimationstheorie sowie die Anerkennungstheorie vertreten. Beide konnten sich nicht durchsetzen. Zu ihrem Inhalt vgl. v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 34 ff.

(1) Die Aufgabentheorie

Die Aufgabentheorie will die Beleihung wertend von der Natur der übertragenen Aufgabe her erfassen.²¹⁵

Nach dieser Theorie liegt eine Beleihung vor, wenn der Staat einen Privaten zu materiell-staatlicher Tätigkeit berechtigt oder verpflichtet.²¹⁶ Nach dieser Ansicht ist die Erfüllung bestimmter Aufgaben grundsätzlich der Erfüllung durch Private entzogen, es sei denn, ihre Ausübung wäre durch staatlichen Akt auf diese – als Beliehene – übertragen worden.²¹⁷

In einer neueren Variante der Aufgabentheorie wird der Beliehene als ein Privater angesehen, dem vom Staat oder einem anderen berechtigten Hoheitsträger eine konkrete Aufgabe als Staatsfunktion übertragen wurde.²¹⁸ Als Aufgaben kommen hierbei nur solche in Frage, die der Staat in den Grenzen der Verfassung, insbesondere in Ansehung der Art. 12 und 2 GG, selbst bestimmt.²¹⁹ Staatsaufgaben sind nach der neueren Aufgabentheorie also nicht mehr nur solche, die es nach der Natur der Sache sind, sondern solche, die vom Staat als Staatsaufgaben festgelegt wurden.²²⁰ Es wird somit die Kompetenz-Kompetenz des Staates akzeptiert.²²¹

Die Übertragung von hoheitlichen Befugnissen, d.h. eine Ermächtigung des Privaten zu hoheitlichem Handeln, ist im Sinne dieser Auffassung kein notwendiges Wesensmerkmal der Beleihung.²²²

(2) Die Befugnis- oder Rechtsstellungstheorie

Nach der Befugnis- oder Rechtsstellungstheorie ist hingegen zur Annahme einer Beleihung notwendig, dass der Private vom Staat die Rechtsmacht erhalten habe, Regelungen mit unmittelbarer Rechtswirkung auszusprechen, die nach der Rechtsordnung dem Staat vorbehalten sind.²²³ Damit sieht die Rechtsstellungstheorie die Übertragung von Hoheitsbefugnissen als zwingende Voraussetzung

²¹⁵ *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 60.

²¹⁶ *Mennacher*, Begriffsmerkmale und Rechtsstellung der mit öffentlicher Gewalt beliehenen Hoheitsträger des Privatrechts, S. 19; v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 31.

²¹⁷ *Stuible-Treder*, Der Beliehene im Verwaltungsrecht, S. 32; *Borchert*, Bauleitplanung durch Beliehene, S. 87.

²¹⁸ *Steiner*, DöV 1970, S. 526 (528).

²¹⁹ *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 52.

²²⁰ Zum Verständnis der staatlichen Aufgaben bzw. Staatsaufgaben oben § 3 I. 2.

²²¹ v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 33.

²²² *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 252; *Peters/Ossenbühl*, Die Übertragung von öffentlich-rechtlichen Befugnissen, S. 39.

²²³ Nachweise bei: *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 81 ff.; *Frenz*, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, S. 25 f.

für das Vorliegen einer Beleihung an und legt ihren Schwerpunkt auf die Zulässigkeit der Ausübung hoheitlicher Kompetenzen.²²⁴

Auch nach dieser Ansicht ist es nicht notwendig, dass der Private mit Befehls- und Zwangsbefugnissen ausgestattet wird, sondern es reicht die Ausstattung mit der Fähigkeit, Rechtsbeziehungen zu Dritten öffentlich-rechtlich zu regeln. Somit können auch schlicht-hoheitliche Tätigkeiten zur Begründung eines Beleihungsverhältnisses ausreichen.²²⁵

Beleihung bedeutet demnach die organisatorische Eingliederung des Privaten in das System einer Verwaltungskörperschaft verbunden mit der Übertragung hoheitlicher Befugnisse.²²⁶

Ein Theorienstreit mit einer eindeutigen Entscheidung für eine der beiden Theorien soll an dieser Stelle ausbleiben²²⁷ und stattdessen sowohl die Aufgaben als auch die Befugnisse der Bezirksschornsteinfegermeister vor dem Hintergrund dieser Theorien beurteilt werden.

bb) Qualifikation der Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters

Wie sich aus § 13 Abs. 2 SchfG ergibt, enthält § 13 Abs. 1 SchfG einen abschließenden Katalog aller Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters. Andere als die in § 13 Abs. 1 SchfG abschließend aufgezählten Aufgaben dürfen einem Bezirksschornsteinfegermeister nur unter sehr engen, abschließend in § 13 Abs. 2 SchfG aufgeführten Voraussetzungen übertragen werden.

Entscheidend für die Qualifikation dieser abschließend aufgezählten Aufgaben ist der § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG, wonach der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Feuerstättenschau, bei der Bauabnahme und den Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie der rationellen Energieverwendung öffentliche Aufgaben wahrnimmt.

Legt man das oben entwickelte Verständnis einer öffentlichen Aufgabe zugrunde, bedeutet dies für die in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aufgeführten Aufgaben lediglich, dass an ihrer Erfüllung ein öffentliches Interesse besteht.²²⁸ Weitergehende Konsequenzen ergeben sich aus der Bezeichnung als öffentliche Aufgaben nicht. Wie gezeigt, genügt nach der Aufgabentheorie allein das Übertragen

²²⁴ Losch, in: *Stober*, Lexikon des Rechts, Gewerberecht, S. 59 m.w.N.

²²⁵ Vogel, VVDStRL 29 (1971), S. 256.

²²⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 167.; v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 34.

²²⁷ Beide Theorien sind theoretisch wählbar und in sich schlüssig. Siehe dazu ausführlich *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 31 f. m.w.N.; a.A. *Frenz*, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, S. 27 ff. m.w.N., der sich ausdrücklich für die Rechtsstellungstheorie ausspricht.

²²⁸ Siehe oben § 3 I. 1.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

einer öffentlichen Aufgabe nicht, um eine Beleihung zu begründen; nur die Übertragung einer staatlichen Aufgabe ist insoweit von Bedeutung.²²⁹

Es stellt sich somit die Frage, ob die in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aufgeführten Aufgaben gegebenenfalls als staatliche Aufgaben zu qualifizieren sind. Diese Aufgaben müssten folglich dem Staat als Rechtssubjekt und konkretem Träger durch die Rechtsordnung zugeordnet worden sein.²³⁰ Ob in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG die Deklaration als öffentliche Aufgaben synonym zum Begriff der staatlichen Aufgaben verwendet wurde, kann nicht eindeutig beantwortet werden.²³¹ Bei der Beurteilung der Aufgaben ist also im Schwerpunkt auf die Auslegung des die einzelne Materie regelnden Gesetzes abzustellen.²³² Hierbei gilt es zu prüfen, wie die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich Haftung, Verantwortlichkeit, Aufsicht und Weisungsbindung ausgestaltet sind.²³³ Unter Umständen kann es aber auch mithilfe dieser Indizien schwierig sein, die Grenze zwischen der staatlich überwachten und beaufsichtigten privatrechtlichen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und der dirigierte Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zu ziehen.²³⁴

(1) Aufgaben und Aufgabenzusammenhang

Nachfolgend soll die Qualität der in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aufgeführten Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters analysiert werden.

(a) Die Feuerstättenschau

In § 3 Abs. 2 Satz 2 und § 13 Abs. 1 Nr. 2 SchfG wird die Feuerstättenschau als besondere Arbeit des Bezirksschornsteinfegermeisters hervorgehoben.

Unter der Feuerstättenschau versteht man im Schornsteinfegerrecht die Pflicht des Bezirksschornsteinfegermeisters, alle Feuerstätten, Verbindungsstücke, Schornsteine sowie Abgasanlagen und Lüftungsanlagen regelmäßig zu überprüfen.²³⁵ Eine Feuerstättenschau ist durch persönliche Besichtigung des Bezirksschornsteinfegermeisters vorzunehmen.²³⁶ Sie ist in allen Gebäuden, in

²²⁹ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (153); so auch *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 46 ff.

²³⁰ v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 14; *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 40.

²³¹ So etwa *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 32 f.

²³² Vgl. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (155), der auch darauf hinweist, dass die Bezeichnungen häufig mehrdeutig und damit missverständlich gebraucht werden.

²³³ Siehe dazu unten § 3 IV. 1. b) bb) (2), (3) und (4).

²³⁴ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (158).

²³⁵ Vgl. *Bins*, in: *Kölble*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 13 Nr. 2 SchfG.

²³⁶ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 13 SchfG, Anm. 2.

denen der Bezirksschornsteinfegermeister sonst Arbeiten nach der Kehr- und Überprüfungsordnung, nach der 1. BImSchV oder nach den Landesbauordnungen auszuführen hat, mindestens alle fünf Jahre durchzuführen.

Üblicherweise wird die Feuerstättenschau im Zusammenhang mit der allgemeinen Kehr- und Überprüfungstätigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 SchfG, teilweise aber auch mit freiwilligen Nebenarbeiten oder anderen Pflichttätigkeiten, durchgeführt.²³⁷ Die Feuerstättenschau wird (sofern nicht die jeweilige Kehr- und Überprüfungsordnung etwas Gegenteiliges bestimmt) nicht extra berechnet, vielmehr ist das Entgelt hierfür bereits in den übrigen gebührenpflichtigen Tätigkeiten anteilig enthalten.²³⁸

Bis zur Einführung des Schornsteinfegergesetzes war ausdrücklich bestimmt, dass der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Durchführung der Feuerstättenschau als „Beauftragter der Polizeibehörde“ handelt.²³⁹ Historisch gesehen handelt es sich bei der Feuerstättenschau mithin um eine dem Staat zuzuschreibende Tätigkeit. Auch wenn eine sachliche Änderung der Gesetzeslage durch die Einführung des SchfG in diesem Bereich nicht beabsichtigt war,²⁴⁰ soll die Feuerstättenschau qualitativ zugeordnet werden.

Die Feuerstättenschau soll der Aufrechterhaltung der Feuersicherheit dienen. Möglicherweise ist dem Bezirksschornsteinfeger mit der Feuerstättenschau ein Teil einer staatlichen Aufgabe übertragen. Die Aufrechterhaltung der Feuersicherheit zählt grundsätzlich als Teil der staatlichen Aufgabe der Gefahrenabwehr zu den originären Staatsaufgaben.²⁴¹ Die Gefahrenabwehr bezweckt den Schutz des vorhandenen Bestands an Rechten, Rechtsgütern und Rechtsnormen.²⁴² Gegebenenfalls liegt die Feuerstättenschau aber derart im Vorfeld einer potenziellen Gefahr, dass sie eher dem Bereich der Vorsorge als dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuschreiben ist.

Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge sind allerdings häufig so miteinander verzahnt, dass sie sich im Ergebnis nur graduell, nicht aber qualitativ unterscheiden.²⁴³ So kann auch die Feuerstättenschau sowohl Teil der präventiven

²³⁷ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 13 SchfG, Rn. 5.

²³⁸ Bins, in: Kölbl, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 13 Nr. 2 SchfG.

²³⁹ So noch ausdrücklich in den alten Fassungen der VOSch (vgl. etwa § 27 Abs. 1 Satz 2 VOSch 1935).

²⁴⁰ Vgl. Bins, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 109 f., m.w.N.

²⁴¹ Jeand'Heur, AöR 119 (1994), S. 107 (113); Mackeben, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 75 f.

²⁴² Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 79.

²⁴³ Vgl. Frenz, DöV 2006, S. 718 (721), Der Verfasser grenzt die Gefahrenabwehr anhand des Begriffes der konkreten Gefahr von der Gefahrenvorsorge ab, die keine konkrete Gefahr voraussetzt, und stellt dabei fest, dass sich Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge nur graduell, nicht aber qualitativ voneinander unterscheiden.

Gefahrenvorsorge als auch der Gefahrenabwehr sein, da der Zustand der prüfpflichtigen Anlagen einer konkreten „Vorab-Gefahrenprognose“ nicht zugänglich ist. Da die Feuerstättenschau sowohl Gefahrenabwehr als auch Gefahrenprognose ist, ist sie eine staatliche Aufgabe, die den Bezirksschornsteinfegermeistern durch Gesetz übertragen wurde.²⁴⁴

(b) Die Bauabnahme

Inwieweit der Bezirksschornsteinfegermeister verpflichtet ist, bei der Roh- bzw. Gebrauchsabnahme mitzuwirken bzw. Bescheinigungen auszustellen, richtet sich nach den einschlägigen Landesbauordnungen.²⁴⁵ Es kann allerdings verallgemeinernd festgehalten werden, dass unter Bauabnahme im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 4 und 9 SchfG sowie i.V.m. der jeweiligen Bauordnung die vom Bezirksschornsteinfegermeister eigenverantwortlich²⁴⁶ durchzuführende Überprüfung der neu- oder umgebauten Schornsteine auf ihre zweckgerechte Tauglichkeit oder Benutzbarkeit entsprechend den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Gefahrenabwehr und die Ausstellung der das Prüfungsergebnis ausweisenden Bescheinigung zu verstehen ist.²⁴⁷ Die Bauabnahme wird im öffentlichen Interesse durchgeführt, um die Allgemeinheit vor Gefahren, die durch mangelnde Bauaufsicht drohen, zu schützen.²⁴⁸ Die Bauabnahme obliegt materiell der Bauaufsichtsbehörde und ist lediglich wegen der besonderen Sachverständigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters an diesen delegiert.²⁴⁹ Die unteren Bauaufsichtsbehörden handeln bei ihren Tätigkeiten üblicherweise im Rahmen ihrer staatlichen Aufgaben.²⁵⁰

Indem der Bezirksschornsteinfeger bei der Bauabnahme mitwirkt und die Roh- und Gebrauchsabnahme durchführt, nimmt er in begrenztem Umfang die staatliche Aufgabe der Bauaufsicht wahr.²⁵¹

²⁴⁴ So auch *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 108 ff.

²⁴⁵ Siehe zu den entsprechenden §§ auf Landesebene oben § 2 II. 3. b), Fn. 151.

²⁴⁶ Der Bezirksschornsteinfegermeister kann die Bauabnahme auch durch sein Personal durchführen lassen, er trägt allerdings immer die Verantwortung.

²⁴⁷ *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 138.

²⁴⁸ Vgl. etwa v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 174.

²⁴⁹ *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 139; in Bezug auf die Prüffingenieure für Baustatik festgestellt durch BVerwG, DöV 1960, S. 148.

²⁵⁰ § 58 Abs. 1 MBO 2002; § 53 Abs. 1 HBO bestimmt, dass die Bauaufsicht Aufgabe des Staates – dies meint das Land Hessen – und mithin staatliche Aufgabe ist; in Mecklenburg-Vorpommern wurde der Charakter der Bauaufsicht als staatliche Aufgabe aufgegeben, vgl. *Möllgard*, LKV 1994, S. 429 (430).

²⁵¹ So auch *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 138 f.; vgl. auch Parallelen zum Prüffingenieur für Baustatik bei *Kluth*, Der Prüffingenieur für Bauleistungen, S. 36 f.

(c) Aufgaben auf dem Gebiet des Immissionsschutzes
und der rationalen Energieverwendung

Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG obliegen dem Bezirksschornsteinfegermeister auch Aufgaben auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung.²⁵² Die Aufgaben auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung werden im Katalog des § 13 Abs. 1 SchfG in der Nr. 10 bzw. den Nrn. 11 und 12 SchfG aufgegriffen und näher ausgestaltet.

Von der durch § 13 Abs. 1 Nr. 10 SchfG gebotenen Möglichkeit, dem Bezirksschornsteinfegermeister Aufgaben des Immissionsschutzes zu übertragen, ist durch die Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV) vom 15. Juli 1988 Gebrauch gemacht worden.²⁵³ Nach §§ 14 und 15 der 1. BImSchV ist der Betreiber einer Feuerungsanlage verpflichtet, die in der Verordnung bestimmten technischen und umweltrechtlichen Anforderungen von dem zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister durch wiederkehrende Messungen jährlich überwachen zu lassen.²⁵⁴ Technische Einzelheiten sind in den Anlagen I-III der 1. BImSchV enthalten.

Die Messungen haben den Zweck festzustellen, ob die vorgeschriebenen Grenzwerte für Ruß, Staub, Ölderivate und Kohlenmonoxid eingehalten werden.²⁵⁵ Über das Ergebnis der Messungen hat der Bezirksschornsteinfegermeister gem. § 14 Abs. 3 der 1. BImSchV dem Betreiber der Anlage eine Bescheinigung auszustellen. Ergibt die Messung, dass den gestellten Anforderungen nicht genügt wird, hat der Betreiber innerhalb von sechs Wochen eine Wiederholungsmessung durchführen zu lassen. Wird dabei festgestellt, dass die Anforderungen wiederum nicht erfüllt werden, hat der Bezirksschornsteinfegermeister innerhalb von zwei Wochen der zuständigen Behörde eine Durchschrift über das Ergebnis der Messung zuzuleiten.²⁵⁶

Nach Maßgabe der geltenden rechtlichen Vorschriften hat der Bezirksschornsteinfegermeister alle Ergebnisse seiner Messungen an die zuständigen

²⁵² Ursprünglich hat der Bezirksschornsteinfegermeister nur bei der Feuerstättenschau und bei der Bauabnahme eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen (vgl. § 27 Abs. 1 VOSch 1964). Mit Einführung des Schornsteinfegergesetzes (1969) wurde der Katalog der öffentlichen Aufgaben um das Gebiet des Immissionsschutzes erweitert. Durch § 9 Nr. 1 Energieeinsparungsgesetz (EnEG) vom 22. 7. 1976 (BGBl. I 1976, S. 1873) wurden die Aufgaben gem. § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG dahingehend ergänzt, dass auch das Gebiet der rationalen Energieverwendung mit eingeschlossen ist.

²⁵³ Vom 17. 7. 1988 i.d.F. der Bekanntmachung vom 14. 3. 1997, BGBl. I 1997, S. 490.

²⁵⁴ *Bins*, in: *Kölbl*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 13 Nr. 10 SchfG.

²⁵⁵ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 720, § 13 SchfG, S. 6.

²⁵⁶ Vgl. *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 13 SchfG, Rn. 12.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

Behörden weiterzuleiten, die für die Aufstellung von Emissionskatastern im Sinne des § 46 BImSchG erforderlich sind.

Die Nummern 11 und 12 sind erst später in § 13 SchfG eingefügt worden.²⁵⁷ Auf der Grundlage dieser Bestimmung ist es möglich, den Bezirksschornsteinfegermeistern Aufgaben der Überwachung von Feuerungsanlagen hinsichtlich der Anforderungen an den Betrieb heizungs- oder raumlufttechnischer Anlagen zu übertragen.²⁵⁸ Zur Ausgestaltung dieser Tätigkeiten dient seit 2002 die Energieeinsparverordnung (EnEV).²⁵⁹

Die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung könnten selbst staatliche Aufgaben sein, mit denen der Bezirksschornsteinfegermeister betraut wurde.

Da der Schwerpunkt der Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters in diesem Bereich in der Datenermittlung und -weitergabe liegt, könnte man daran denken, dass durch die Sammlung und Weitergabe von Informationen selbst Staatsaufgaben erfüllt werden. Voraussetzung wäre dann allerdings, dass man das Sammeln bzw. Weitergeben von Informationen als Staatsaufgabe anerkennt. Obwohl die Bedeutung des Informationswesens gerade in heutiger Zeit sehr hoch gehalten wird, ist es eher erforderlich, den instrumentalen Charakter und die rechtliche Begrenzung der Informationssammlung und Weitergabe zu betonen, als die Informationssammlung selbst zur Staatsaufgabe zu erheben.²⁶⁰

Die Aufgaben könnten allerdings auch staatliche Aufgaben im Zusammenhang mit dem Umweltschutz sein. Voraussetzung ist, dass der Umweltschutz selbst eine Staatsaufgabe ist. In der Literatur wird der Umweltschutz schon länger als Staatsaufgabe diskutiert.²⁶¹ Durch Einführung des Art. 20 a GG²⁶² und der damit verbundenen Verankerung des Staatsziels Umweltschutz im Grundgesetz, wurde der Umweltschutz auch gesetzlich als eine fundamentale Staatsaufgabe verankert.²⁶³

²⁵⁷ Energieeinsparungsgesetz vom 22. Juli 1976, BGBl. I 1976, S. 1872.

²⁵⁸ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 720, § 13 SchfG, Anm. 2.

²⁵⁹ Die Energieeinsparverordnung (EnEV) ist am 1. 2. 2002 in Kraft getreten (BGBl. I 2001, S. 3085) und hat die Wärmeschutzverordnung (WSchV) und die Heizungsanlagenverordnung (HeizAnIV) abgelöst. Grundlage der Energieeinsparverordnung ist das EnEG. Die erste EnEV wurde 2004 bereits durch eine EnEV-Novelle (EnEV 2004) ersetzt. Zur Umsetzung der EU-Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (RL 2002/91/EG) war eine erneute Novelle der EnEV erforderlich, die seit dem 1. 10. 2007 gültig ist (BGBl. I 2007, S. 1519).

²⁶⁰ Vgl. *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 374.

²⁶¹ Vgl. insbesondere *Rauschnig*, VVDStRL 38 (1980), S. 167 ff.; aber auch *Kirchgässer*, in: *Grimm*, Staatsaufgaben, S. 453 ff.; kritisch *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 204.

²⁶² Gesetz zur Änderung des GG vom 27. 10. 1994 (BGBl. I 1994, S. 3146).

²⁶³ Vgl. BVerwG, DVBl. 2006, S. 779 (781).

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

Die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegers auf dem Gebiet des Immissions-schutzes und der rationalen Energieverwendung dienen in ihrem Schwerpunkt und in ihrer Ausgestaltung dem Umweltschutz. Durch die Aufgabenübertragung soll die Einhaltung von umweltrelevanten Grenzwerten durch eine regelmäßige Kontrolle durch den Bezirksschornsteinfegermeister sichergestellt werden. Damit ist den Bezirksschornsteinfegermeistern auf dem Gebiet des Immissions-schutzes und der rationalen Energieverwendung eine staatliche Aufgabe über-tragen worden.

(2) Berufspflicht und Weisungsgebundenheit

Möglicherweise sind auch besondere Berufspflichten und eine besondere Wei-sungsgebundenheit Indizien dafür, dass der Erfüllung der Aufgaben des Bez-irksschornsteinfegermeisters vom Staat eine besondere Rolle zuerkannt wird.

In § 12 Abs. 1 SchfG wird festgestellt, dass der Bezirksschornsteinfeger-meister zu einer ordnungsgemäßen und gewissenhaften Aufgabenausführung verpflichtet ist. Über die Normierung dieser allgemeinen Berufspflicht finden sich im SchfG vereinzelt Normen, die dem Staat gewisse Weisungsbefugnisse vorbehalten. So kann ein Bezirksschornsteinfegermeister gem. § 12 Abs. 2 Satz 2 SchfG auf Anordnung verpflichtet werden, außerhalb seines Kehrbezir-kes tätig zu werden.

Gen. § 15 Abs. 1 SchfG muss jeder Bezirksschornsteinfegermeister einen Gesellen beschäftigen. Über diese grundsätzliche Verpflichtung hinaus kann die zuständige Behörde dem Bezirksschornsteinfegermeister unter bestimmten in § 15 Abs. 2 SchfG näher bezeichneten Umständen die Anstellung eines zweiten Gesellen aufgeben. Der Bezirksschornsteinfegermeister ist also auch in der Führung seines Geschäfts bestimmten wirtschaftlich relevanten Zwängen un-terworfen.

Nach §§ 27, 28 und 11 Abs. 2 SchfG sind Disziplinarmaßnahmen möglich, wenn der Bezirksschornsteinfegermeister den ihm auferlegten Pflichten und Weisungen nicht nachkommt. Damit ist der Bezirksschornsteinfegermeister im Rahmen seiner Aufgaben und Berufspflichten in letzter Konsequenz weisungs-gebunden.

Gerade die Möglichkeit, die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister aufgrund von Verletzungen der Berufspflichten zu widerrufen (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 SchfG), ist Ausdruck der besonderen staatlichen Prägung dieses Berufs.²⁶⁴

²⁶⁴ Dazu im Einzelnen: *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 11 Rn. 4 ff.; siehe auch BVerwG, GewArch. 1960, S. 160.

(3) Aufsicht

Gem. § 26 Abs. 1 SchfG untersteht der Bezirksschornsteinfegermeister der Aufsicht der zuständigen Verwaltungsbehörde. Die Aufsichtsbehörde ist die nach § 52 SchfG bestimmte Stelle.

Nach § 11 Abs. 2 SchfG ist in bestimmten Fällen der Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister vorgesehen. Der Widerruf ist die stärkste zur Verfügung stehende Maßnahme der zuständigen Aufsichtsbehörde.²⁶⁵ In anderen als den in § 11 Abs. 2 SchfG aufgezeigten Fällen stehen der Aufsichtsbehörde die in § 27 Abs. 1 SchfG genannten Aufsichtsmaßnahmen zu Verfügung, um den Bezirksschornsteinfegermeister zu den ihm obliegenden Aufgaben und Pflichten anzuhalten.

Als präventive Maßnahme kann dem Bezirksschornsteinfegermeister nach § 28 SchfG auch einstweilig die Berufsausübung untersagt werden. Die Aufsicht und die Möglichkeit, ggf. Maßnahmen im hier beschriebenen Umfang zu ergreifen, beschränkt sich nicht auf die in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aufgezählten Aufgaben, sondern bezieht sich auf alle gem. § 13 SchfG dem Bezirksschornsteinfegermeister obliegenden Arbeiten.²⁶⁶

(4) Rechtsbeziehung und Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters

(a) Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters,
die nicht unter § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG fallen

Die Rechtsbeziehung zwischen den Bezirksschornsteinfegermeistern und denkehr- und überprüfungspflichtigen Eigentümern sind im Bereich der Tätigkeiten nach denkehr- und Überprüfungsordnungen nach h.M. in Rspr. und Lit. privatrechtlicher Art.²⁶⁷ In der Regel liegt der Beziehung ein Dienst- oder Werkvertrag gem. §§ 611 ff. bzw. §§ 631 ff. BGB zugrunde.²⁶⁸

Entscheidendes Kriterium für den privatrechtlichen Charakter ist, dass der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Ausführung vonkehrarbeiten nach § 3 Abs. 2 Satz 1 SchfG als gewerbetreibender Handwerksmeister tätig wird. Auch die Tatsache, dass der Abschluss und der Inhalt deskehrvertrages weitgehend

²⁶⁵ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 720, § 27 SchfG, S. 1.

²⁶⁶ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 26 SchfG, Rn. 1.

²⁶⁷ Vgl. BGH, VersR 1954, S. 404 f.; BVerwGE 84, S. 244; OLG Stuttgart, VersR 1958, S. 475; LG Frankenthal, VersR 1953, S. 502; Kunschert, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, Kap. 20, Rn. 90; Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 7.

²⁶⁸ Vgl. Bins, in: Kölblle, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 13 SchfG.

nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen, kann die grundsätzliche Einordnung als zivilrechtlichen Vertrag nicht beeinflussen.²⁶⁹

Aus der Rechtsnatur des Kehrvertrages als zivilrechtlicher Werkvertrag folgt, dass der Bezirksschornsteinfegermeister für Schäden bei der Ausführung von Kehrarbeiten persönlich haftet.²⁷⁰ Haftungsgrundlage können sowohl die vertraglichen Regeln als auch gegebenenfalls das Deliktsrecht sein. Außerdem haftet der Bezirksschornsteinfeger in diesem Bereich für das Verschulden seiner Gehilfen nach § 278 BGB.²⁷¹

(b) Der Bezirksschornsteinfegermeister
bei den Tätigkeiten nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG

Bei den Tätigkeiten nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG, also bei der Feuerstättenschau, bei der Bauabnahme und bei Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung nimmt der Bezirksschornsteinfegermeister zwar überwiegend „öffentliche Aufgaben“ wahr, dies macht ihn aber nicht zum Beamten im staatsrechtlichen Sinne.²⁷²

Da der Bezirksschornsteinfegermeister bei Tätigkeiten zur Erfüllung der Aufgaben im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aber, wie bereits festgestellt, staatliche Aufgaben wahrnimmt,²⁷³ handelt der Bezirksschornsteinfeger in seiner Rechtsbeziehung zu den Hauseigentümern hoheitlich.²⁷⁴ Insoweit greift unzweifelhaft die Amtshaftung nach § 839 BGB.²⁷⁵

Der § 839 BGB ist untrennbar mit dem Art. 34 S. 1 GG verwoben, sodass normalerweise die durch § 839 BGB begründete persönliche Deliktshaftung des Amtswalters nach Art. 34 Satz 1 GG mit schuldbefreiender Wirkung auf den Staat übergeleitet wird.²⁷⁶ Von dieser Haftungsüberleitung können einfachege-

²⁶⁹ Vgl. BVerwGE 84, S. 244; BGHZ 62, S. 372 f. m.w.N.; *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 3 SchfG, Anm. 5.

²⁷⁰ BGH, VersR 1954, S. 404; OLG Stuttgart, VersR 1962, S. 1039; *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 1 SchfG, Rn. 15; *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 1.

²⁷¹ BGH, VersR 1954, S. 404; OLG Stuttgart, VersR 1958, S. 475; LG Göttingen, MDR 1958, S. 240; AG Köln, VersR 1984, S. 1179; *Kunschert*, in: *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, Kap. 20, Rn. 90; *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 15 SchfG, Rn. 6.

²⁷² BVerfGE 1, S. 264; *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 3 SchfG, Anm. 7; *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 18 ff.; *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, § 3 SchfG.

²⁷³ Siehe oben § 3 IV. 1. b) bb) (1).

²⁷⁴ *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 144.

²⁷⁵ BGH, NJW 1972, S. 2088.

²⁷⁶ *Windthorst*, JuS 1995, S. 791 (780).

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

setzliche Ausnahmen vorgesehen werden, die sich freilich an der Grundentscheidung der Verfassung orientieren, also eng umgrenzt und durch sachliche Gesichtspunkte gerechtfertigt sein müssen.²⁷⁷

Erfüllt der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Erfüllung einer Aufgabe nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG einen haftungsbegründenden Tatbestand nach § 839 BGB, müsste durch Art. 34 Abs. 1 GG grundsätzlich eine Haftungsüberleitung auf den Staat erfolgen. Möglicherweise unterliegt die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters aber einer haftungsüberleitungsausschließenden Vorschrift. Nach § 5 des Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten (RBHG)²⁷⁸ ist die Staatshaftung für sog. Gebührenbeamte ausgeschlossen. Nach § 5 Nr. 1 RBHG haftet der Staat nicht für diejenigen Beamten, die abgesehen von der Entschädigung für den Dienstaufwand, auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind. Zu den Gebührenbeamten zählen bei der Bauabnahme und der Feuerstättenschau nach der noch h.M. auch die Bezirksschornsteinfegermeister.²⁷⁹ § 5 RBHG bewirkt, dass die persönliche Haftung eintritt und die Überleitung nach Art. 34 Abs. 1 GG ausgeschlossen wird.²⁸⁰ Nach der bisherigen Rechtsprechung ist dem persönlich haftenden Bezirksschornsteinfegermeister auch verwehrt, den Geschädigten nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Leistungen des privaten Feuerversicherers als anderweitige Ersatzmöglichkeit zu verweisen.²⁸¹

Gegen eine persönliche Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters bei Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Aufgaben nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG

²⁷⁷ BGHZ 25, S. 231.

²⁷⁸ Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. 05. 1910, RGBI 1910, S. 798.

²⁷⁹ OLG Hamm, NJW 1972, S. 2088 m. Anm. *Burrichter*, NJW 1973, S. 192; BGHZ 62, S. 372 (378); BGH, VersR 1983, S. 462; *Galge*, DöV 1992, S. 53 (56); *Wurm*, in: v. *Staudinger*, BGB, § 839, Rn. 45; Gem. § 25 SchfG darf der Bezirksschornsteinfegermeister für die ihm nach dem Gesetz vorgeschriebenen Tätigkeiten Gebühren erheben. Die Höhe der Gebühren ergibt sich zwingend aus der Kehr- und Überprüfungsgebührenordnung der Länder.

²⁸⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 97; *Frenz*, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, S. 40; Dies gilt nicht in Bayern: OLG München, OLG-Report 2004, S. 227, da es eine dem § 5 RBHG entsprechende Regelung im Bayerischen Landesrecht nicht gibt. Auch die Bayerische Rechtssammlung vom 01. 10. 1983 enthält keine derartige Vorschrift. Gemäß Art. 2 des Bayerischen Rechtssammlungsgesetzes wäre eine etwaige ältere Regelung aufgehoben. Einer ähnlichen Argumentation bedient sich das OLG Karlsruhe und schließt auch für Baden einen Haftungsüberleitungsausschluss aus, OLG Karlsruhe, VersR 2007, S. 108.

²⁸¹ BGH, VersR 1983, S. 462.

bestehen Bedenken.²⁸² Zur Begründung dieser Meinung wird vor allem darauf verwiesen, dass sich der Staat bei diesen Aufgaben in gleicher Weise des Bezirksschornsteinfegermeisters bedient, wie sonst der eigenen Bediensteten, die er einsetzen müsste, wenn er diese Aufgaben nicht delegiert hätte.²⁸³ Es sprechen daher gute Gründe dafür, eine Haftungsüberleitung im Bereich der Aufgabenerfüllung nach § 3 Abs. 2 SchfG zuzulassen.

cc) Qualifikation der Befugnisse der Bezirksschornsteinfegermeister

Fraglich ist, ob den Bezirksschornsteinfegermeistern zur Durchführung der Aufgaben nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG besondere Befugnisse verliehen wurden. Grundsätzlich könnten ihm durch Gesetz obrigkeitliche oder schlicht-hoheitliche Befugnisse eingeräumt sein. Obrigkeitliche Befugnisse hat inne, wer einseitig verbindlich regelnd, d.h. abstrakt oder konkret verbietend, gebietend, entscheidend, Zwang androhend oder anwendend in die Freiheitssphäre der Verwalteten eingreifen kann.²⁸⁴ Art und Umfang einer obrigkeitlichen Beileihung und damit auch die Befugnisübertragung zum Erlass von Verwaltungsakten, unterliegen einem Gesetzesvorbehalt.²⁸⁵

Was auf der anderen Seite unter schlicht-hoheitlichen Befugnissen zu verstehen ist, wird nicht übereinstimmend definiert.²⁸⁶ Konsens besteht dahingehend, dass aus der Bezeichnung „schlicht“ hervorgehen soll, dass ein Verhalten, welches auf dieser Kompetenz beruht, auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist und nicht, wie bei Rechtsnormen, Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertrag, auf einen Rechtserfolg.²⁸⁷ Zum anderen soll verdeutlicht werden, dass es nicht um die Befugnis geht, einseitig und verbindlich Rechtsfolgen zu setzen.

Der Begriffsbestandteil „hoheitlich“ erklärt, dass die Kompetenznorm nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.²⁸⁸

Fraglich ist nun, ob den Bezirksschornsteinfegermeistern besondere Befugnisse zugewiesen sind und wie diese zu kategorisieren sind. Allein die Tatsache, dass der Bezirksschornsteinfegermeister in bestimmten Bereichen öffentliche

²⁸² Vgl. ausführlich: *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 36 ff. und S. 165 ff.; so auch schon *Burrichter*, NJW 1973, S. 192 f.; OLG Karlsruhe, VersR 2007, S. 108.

²⁸³ Vgl. zur Funktion der Staatshaftung: *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 34 GG, Rn. 13.

²⁸⁴ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23, Rn. 77; *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 21.

²⁸⁵ *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581 ff. (588).

²⁸⁶ Vgl. sehr ausführlich: *Siems*, Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, S. 4 ff.

²⁸⁷ *Remmert*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 35, Rn. 1; *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 285; *Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1, Rn. 127 ff.

²⁸⁸ Vgl. *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 285

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

Aufgaben wahrnimmt, kann nicht zu dem Schluss führen, dass er hierbei obrigkeitlich tätig wird. Vielmehr müssen, wie oben angedeutet, Art und Umfang einer Befugnisübertragung gesetzlich geregelt sein.²⁸⁹ Die Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters sind insoweit getrennt zu beurteilen.

(1) Befugnisse bei der Feuerstättenschau

Möglicherweise wurden den Bezirksschornsteinfegermeistern im Zusammenhang mit der Aufgabenzuweisung die Feuerstättenschau durchzuführen, besondere Befugnisse verliehen.

Bei der Durchführung der Feuerstättenschau ist dem Bezirksschornsteinfegermeister unter ausdrücklicher Einschränkung des Art. 13 GG (vgl. § 1 Abs. 3 Satz 3 SchfG) das Betreten von Grundstücken und Räumen gestattet (vgl. § 1 Abs. 3 SchfG). Auf Seiten des Bürgers steht diesem Recht eine gem. § 50 SchfG bußgeldbewährte Pflicht zur Zugangsgewährung gegenüber.

Möglicherweise ergibt sich aus diesem Betretungsrecht, dass der Bezirksschornsteinfegermeister obrigkeitlich gegenüber dem Prüfungspflichtigen handelt. Dieser direkte Schluss ist aber abzulehnen, da eine öffentlich-rechtliche Pflicht nicht den Weg zu einer rein privatrechtlichen Erfüllung und damit lediglich privatrechtlichen Befugnissen versperrt.²⁹⁰

Festzuhalten ist, dass weder im SchfG noch in den Kehr- und Prüfungsordnungen der Länder die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten durch den Bezirksschornsteinfeger ausdrücklich geregelt ist. In § 1 Abs. 3 S. 2 SchfG ist allerdings normiert, dass es zur Durchsetzung des Kehrzwangs einer Duldungsverfügung bedarf. Diese wird aber nicht vom zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister selbst, sondern von der zuständigen Behörde erlassen.²⁹¹ Der Bezirksschornsteinfeger muss sich also zur zwangsweisen Durchsetzung der Feuerstättenschau der zuständigen Verwaltungsbehörden bedienen.²⁹² Ein Betretungsbegehren des Bezirksschornsteinfegers entfaltet also keinerlei unmittelbare Bindungswirkung für den Hauseigentümer. Daraus folgt, dass der Bezirksschornsteinfegermeister jedenfalls nicht obrigkeitlich handelt, weil ihm ein Betretungsrecht eingeräumt ist.

Möglicherweise kommt den von den Schornsteinfegern im Falle des Vorfindens von mangelhaften Anlagen auszustellenden Mängelmeldungen Verwaltungsaktqualität zu. Nach § 35 VwVfG ist ein Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Rege-

²⁸⁹ *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581 (588).

²⁹⁰ *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 (885).

²⁹¹ VGH BW, GewArch. 1993, S. 205.

²⁹² VG Gießen, HessVGRspr. 2000, S. 23; OVG Koblenz, GewArch. 2003, S. 427; *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 1 SchfG, Rn. 14.

lung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Demnach müsste der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Feuerstättenschau als Behörde im Sinne des § 35 VwVfG auftreten.²⁹³ Bei der Wahrnehmung der Aufgaben im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG, also auch der Feuerstättenschau, wird der Bezirksschornsteinfegermeister zu einem Subjekt öffentlicher Verwaltung, und damit zu einer (Quasi-)Behörde im funktionalen Sinne.²⁹⁴

Problematisch ist in Bezug auf die Verwaltungsaktqualität der Mängelmeldung nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) SchfG insbesondere deren unmittelbare Rechtswirkung. Eine auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtete Regelung ist eine einseitige, verbindliche Gestaltung eines Lebenssachverhalts.²⁹⁵

Da der Schornsteinfeger bei Nichtbefolgung der Frist zur Mängelbeseitigung lediglich gehalten ist, die zuständige Behörde (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) SchfG) unverzüglich zu informieren, fehlt es der Mängelmeldung an der notwendigen Verbindlichkeit. Erst die zuständige Verwaltungsbehörde kann Maßnahmen mit Regelungswirkung erlassen. Bei der Mängelmeldung handelt es sich somit nur um eine Feststellung des Zustands der geprüften Anlage und, da sie insoweit zur Grundlage weiterer Handlungen der zuständigen Behörde herangezogen werden kann, handelt es sich bei der Erstellung der Mängelmeldung um eine schlicht-hoheitliche Maßnahme.²⁹⁶

Außerdem kann der Bezirksschornsteinfegermeister auch eine mit Mängeln behaftete Anlage niemals endgültig selbst stilllegen, sondern muss sich immer der Unterstützung der zuständigen Behörde bedienen.²⁹⁷

Zu prüfen bleibt, ob sich ein obrigkeitliches Verhältnis zwischen dem zu Überprüfenden und dem Bezirksschornsteinfegermeister daraus ergibt, dass letzterer mit einigem Beurteilungsspielraum selbst Termine für die Feuerstättenschau festlegt. Aus dem Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 2 SchfG ergibt sich, dass es sich bei der hier angesprochenen Fünfjahresfrist um eine Höchstfrist zur Erledigung der Feuerstättenschau handelt, dass heißt, der Bezirksschornsteinfegermeister muss mindestens alle fünf Jahre bei allen überprüfungspflichtigen Anlagen in seinem Kehrbezirk die Feuerstättenschau durchgeführt haben.²⁹⁸ Wie oft der Bezirksschornsteinfeger die Feuerstättenschau aber

²⁹³ Zum Begriff der Behörde vgl. *Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1, Rn. 212 ff.

²⁹⁴ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 6.

²⁹⁵ BVerfGE 36, S. 192 (194); BVerwG, NJW 1985, S. 693; BVerwGE 77, S. 268 (271); BVerwG, NVwZ 1988, S. 941.

²⁹⁶ *Seidel*, Privater Sachverständiger und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 237 f.

²⁹⁷ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 13 SchfG, Rn. 6; Ausnahmen bei akuter Lebensgefahr sind über den zivilrechtlichen Notstand denkbar.

²⁹⁸ *Bins*, Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters, S. 121 f.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

maximal durchführen darf, ist nicht geregelt. Diese Offenheit liegt im Interesse einer optimalen Feuersicherheit.

Der Bezirksschornsteinfegermeister ist also in der Entscheidung frei, wie häufig er innerhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Fünfjahreszykluses die Feuerstättenschau durchführt.

Fraglich ist, ob die Anordnung eines Termins für die Feuerstättenschau einen Verwaltungsakt darstellt. Da das Verfahren aber auch insoweit zweistufig abläuft, sodass es im Falle einer Zuwiderhandlung durch den Prüfungspflichtigen erst eines Verwaltungsaktes durch die Verwaltungsbehörde bedarf, ist die Terminbestimmung durch den Bezirksschornsteinfeger kein Verwaltungsakt. Im Zusammenhang mit der Feuerstättenschau haben die Bezirksschornsteinfeger somit lediglich schlicht-hoheitlich Kompetenzen.

(2) Befugnisse bei der Bauabnahme gem. § 13 Abs. 1 Nr. 4 und 9 SchfG

Nach den §§ 3 Abs. 2 Satz 2 und 13 Abs. 1 Nr. 4 und 9 SchfG gehört die Bauabnahme zu den Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters. Wie bereits festgestellt, erfüllt der Bezirksschornsteinfeger bei ihrer Durchführung eine staatliche Aufgabe.²⁹⁹ Über diese Rohbau- und Schlussbauabnahme hat der Bezirksschornsteinfegermeister eine Bescheinigung auszustellen. Die Bescheinigung des Bezirksschornsteinfegermeisters wird zu einer der Grundlagen, aufgrund derer die Baugenehmigungsbehörde die Entscheidung über die endgültige Bauabnahme trifft.

Im Zusammenhang mit der Bauabnahme stellt sich die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörde, der materiell die Bauabnahme obliegt, sich lediglich der Sachkunde des Bezirksschornsteinfegermeisters bedient oder ob die Behörde ihre Prüfaufgabe komplett auf den Bezirksschornsteinfegermeister überträgt. Obwohl die Bescheinigung des Bezirksschornsteinfegermeisters letztlich keine zwingende Bindungswirkung für die Bauaufsichtsbehörde hat, wird den Bezirksschornsteinfegern hier dauerhaft die gesetzliche Stellung verliehen, eine rechtliche Subsumtion vorzunehmen.³⁰⁰ Im Hinblick auf die zu begutachtende Frage, ob die Schornsteinanlagen bzw. Feuerstätten in den unterschiedlichen Stadien den gesetzlichen oder behördlich vorgeschriebenen Sicherheitsanforderungen entsprechen oder nicht, handelt der Bezirksschornsteinfegermeister eigenverantwortlich.

Da es der Baugenehmigungsbehörde aber unbenommen bleibt, eine durch den Bezirksschornsteinfegermeister verweigerte Bauabnahme durch eine eigene Erklärung zu ersetzen, fehlt es der Tätigkeit des Schornsteinfegers an der notwendigen Regelungs- und Außenwirkung, um als Verwaltungsakt qualifiziert

²⁹⁹ Siehe oben § 3 IV. 1. b) bb) (1) (b).

³⁰⁰ *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 215.

zu werden.³⁰¹ Der Bezirksschornsteinfegermeister nimmt zwar eine hoheitliche Tätigkeit wahr, hat hierbei aber auch nur schlicht-hoheitliche Kompetenzen.

(3) Befugnisse auf dem Gebiet des
Immissionsschutzes sowie der rationalen Energieverwendung

Möglicherweise gehen die Befugnisse des Bezirksschornsteinfegers auf dem Gebiet des Immissionsschutzes und der rationalen Energieverwendung über schlicht-hoheitliche Kompetenzen hinaus.

Grundeigentümer, die gegen die Bestimmungen des BImSchG verstoßen, handeln ordnungswidrig.³⁰² Damit wird deutlich, dass der Messbescheid nach § 14 Abs. 3 der 1. BImSchV, der vom zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister ausgestellt wird, Grundlage für eine Behördenentscheidung sein kann. Die zuständige Verwaltungsbehörde kann den Messbescheid ohne inhaltliche Würdigung im Detail unmittelbar zur Grundlage einer repressiven Maßnahme gegenüber dem Betroffenen machen.³⁰³ Allerdings ist wiederum der Bescheid selbst kein Verwaltungsakt, sodass der Bezirksschornsteinfegermeister auch in diesem Bereich „nur“ schlicht-hoheitlich handelt.

Auch die Entscheidung, die Immissionsschutzmessung zu einem bestimmten Termin durchzuführen, ist keine obrigkeitliche Handlung, da die Entscheidung des Bezirksschornsteinfegermeisters keine vollstreckbare Verfügung enthält. Auch hier ist zur zwangsweisen Durchsetzung erforderlich, dass die sachlich zuständige Behörde gem. § 1 SchfG in Verbindung mit § 15 der 1. BImSchV zunächst eine Verfügung über die Durchführung der dort aufgeführten Messungen erlässt.³⁰⁴

(4) Befugnis, Gebührenbescheide zu erlassen

Fraglich ist, ob dem Bezirksschornsteinfegermeister die Befugnis verliehen wurde, über die Gebühren, die er im Bereich seiner öffentlichen Aufgaben erhebt, Gebührenbescheide zu erlassen.³⁰⁵

Soweit die vom Bezirksschornsteinfegermeister erhobene Gebühr als Gegenleistung für die vorgenannten hoheitlichen Prüftätigkeiten fungiert, handelt

³⁰¹ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 6.

³⁰² *Hertle*, ZMR, 1987, S. 321 (322).

³⁰³ *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 238.

³⁰⁴ VG Stuttgart, VBIBW 1999, S. 192 f.

³⁰⁵ Im Übrigen hat die Differenzierung zwischen den öffentlichen und den zivilrechtlichen Tätigkeiten und den entsprechenden Gebühren keine Bedeutung, da sämtliche Kehr- und Überprüfungsgebühren angesichts der in § 25 SchfG getroffenen Regelung wie öffentliche Gebühren zu behandeln sind.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

es sich um echte Verwaltungsgebühren im Sinne des Kostenrechts,³⁰⁶ also um eine Gegenleistung für die Amtshandlung eines Beliehenen.³⁰⁷

Es kann aber weder dem SchfG noch den aufgrund der Ermächtigung in §§ 1 Abs. 2 und 24 Abs. 1 SchfG erlassenen Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen (KÜGO) entnommen werden, dass dem Bezirksschornsteinfegermeister die hoheitliche Befugnis verliehen worden ist, die ihm zustehende Gebühr durch vollstreckbaren Verwaltungsakt selbst festzusetzen.³⁰⁸ Einen vollstreckbaren Gebührenbescheid kann folglich nur die zuständige Behörde erlassen und nach den Vorgaben des § 25 Abs. 4 Satz 4 SchfG mittels Verwaltungszwang betreiben.³⁰⁹

c) Zusammenfassung

Die in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aufgeführten Aufgaben sind staatliche Aufgaben. Außerdem ist der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben mit schlicht-hoheitlichen Befugnissen versehen, daher ist der Bezirksschornsteinfegermeister sowohl nach der Aufgaben- als auch nach der Befugnistheorie als Beliehener zu qualifizieren.

Die Befugnisse bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben sind allerdings nicht als obrigkeitlich zu qualifizieren.³¹⁰ Trotzdem sind seine Tätigkeiten im Bereich der öffentlichen Aufgaben mit der Ausübung von hoheitlicher Gewalt verbunden. Der Bezirksschornsteinfegermeister ist, soweit er Aufgaben nach § 3 Abs. 2 SchfG ausführt, Beliehener mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen.³¹¹

³⁰⁶ Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 239.

³⁰⁷ BGHZ 62, S. 372 (379).

³⁰⁸ OVG Münster, GewArch. 1986, S. 44; VGH BW, GewArch. 1994, S. 67; a. A. Hess. VGH, ESVGH 18, S. 86, der die Rechnung des Bezirksschornsteinfegermeisters nach der früheren Rechtslage als Verwaltungsakt qualifizierte.

³⁰⁹ VGH BW, VBIBW. 1994, S. 67 f.

³¹⁰ Für VA-Befugnis: Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 534 f.; Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 3, im Ergebnis wird aber auch hier die VA-Qualität der Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters aufgrund mangelnder Außenwirkung abgelehnt, § 3 SchfG, Rn. 6.

³¹¹ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90, Rn. 15.

2. Qualifikation des Kehrmonopols

Wie bereits festgestellt, wird durch § 2 Abs. 2 SchfG das Kehrmonopol begründet.³¹² Im Folgenden gilt es, das Kehrmonopol mit seinen tatsächlichen und rechtlichen Konsequenzen zu qualifizieren.

a) Monopol im Rechtssinne

Das sog. Kehrmonopol des Bezirksschornsteinfegermeisters könnte ein Monopol im Rechtssinne beinhalten. Ein Monopol im Rechtssinne ist das ausschließliche Recht, das Privileg oder die Zuständigkeit eines Einzelnen, mehrerer gemeinsam oder des Staates selbst, etwas herzustellen, Handel zu treiben, bestimmte Dienstleistungen zu erbringen oder sonst etwas unter Ausschluss aller anderen zu tun.³¹³ Da das ausschließliche Recht hoheitlich gewährt wird, ist das Monopol im Rechtssinne notwendig auf den räumlichen Geltungsbereich des betreffenden Rechtes begrenzt.

Kehr- und Überprüfungsarbeiten dürfen in Deutschland gem. § 2 Abs. 2 SchfG nur von Bezirksschornsteinfegermeistern und den auf Verantwortung eines Bezirksschornsteinfegermeisters tätig werdenden Gesellen durchgeführt werden. Bestimmte handwerkliche Tätigkeiten, also Dienstleistungen im weiteren Sinne, sind also im Interesse der Feuersicherheit nur bestimmten, öffentlich bestellten Vertretern einer Berufsgruppe vorbehalten. Bei dem Kehrmonopol handelt es sich folglich um ein Monopol im Rechtssinne.³¹⁴

Da das ausschließliche Recht im Falle der Schornsteinfegertätigkeiten durch Gesetz also hoheitlich gewährt wird, ist das Monopol im Rechtssinne notwendig auf den räumlichen Geltungsbereich des SchfG begrenzt.

b) Kehrmonopol als Gebietsmonopol

Die Bezirksschornsteinfegermeister haben, wie aufgezeigt, die ausschließliche Berechtigung in ihrem Kehrbezirk Schornsteinfegertätigkeiten anzubieten, somit besitzen sie ein auf ein bestimmtes Gebiet beschränktes Monopol. Der Ausschluss des Wettbewerbs innerhalb einer bestimmten Region oder des Staatsgebiets ist auch charakteristisch für Monopole im Rechtssinne.³¹⁵ Beim

³¹² Siehe oben § 3 II. 3.

³¹³ *Hochbaum/Berg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 31 EG, Rn. 12.

³¹⁴ Vgl. *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 118.

³¹⁵ *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 109; *Hochbaum/Berg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 31 EG, Rn. 12.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

Kehrmonopol handelt es sich in seiner besonderen Ausgestaltung um ein Gebietsmonopol.³¹⁶

Da das Bundesgebiet flächendeckend in Kehrbezirke aufgeteilt ist und alle Kehrbezirke grundsätzlich mit Bezirksschornsteinfegermeistern zu besetzen sind, ist das Monopol auf Schornsteinfegertätigkeiten im gesamten Bundesgebiet den Bezirksschornsteinfegermeistern zugewiesen.

c) Kehrmonopol als Verwaltungsmonopol

Fraglich ist, ob man das Monopol der Bezirksschornsteinfegermeister als Verwaltungsmonopol klassifizieren kann.

Grundsätzlich versteht man unter einem Verwaltungsmonopol die Ausübung von Verwaltung in Form eines Monopols.³¹⁷ Damit geht es bei einem Verwaltungsmonopol um die Erfüllung staatlicher Aufgaben, im Interesse der öffentlichen Hand, unmittelbar durch den Staat oder durch Zwischenschaltung Privater.³¹⁸ Wird zugunsten eines Privaten ein Verwaltungsmonopol begründet, so ist dieser hinsichtlich der ihm zugewiesenen Monopolstellung beliehener Unternehmer.³¹⁹

Die Kehrbezirke und der Kehrzwang wurden im Interesse der Feuersicherheit und des Gesundheitsschutzes geschaffen.³²⁰ Die Feuersicherheit und der allgemeine Gesundheitsschutz liegen auch im öffentlichen Interesse, sodass der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Erfüllung bestimmter Tätigkeiten staatliche Aufgaben wahrnimmt.³²¹ Bei Erfüllung dieser öffentlichen Aufgaben ist der Schornsteinfeger beliehener Unternehmer und wird in Ausübung hoheitlicher Gewalt tätig.³²² Da die Bezirksschornsteinfegermeister gem. § 2 Abs. 2 SchfG eine Ausschließlichkeit zur Durchführung der im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeiten in ihrem jeweiligen Kehrbezirk innehaben, ist das Kehrmonopol als Verwaltungsmonopol zu klassifizieren.³²³ Das Monopol erstreckt

³¹⁶ Als Beispiel für Gebietsmonopole könnten genannt werden: die italienischen Milchsammlstellen (siehe EuGH, Rs. 82/71 (SAIL/Italien), Slg. 1972, S. 111), Altölsammel- und -verwertungsgesellschaften (siehe EuGH, Rs. 172/82 (Fabricants Raffineurs d'Huile de Graissage/Inter-Huiles), Slg. 1983, S. 555 (566)), Begräbnisunternehmen (das scheint der EuGH nicht auszuschließen, EuGH, Rs. 30/87 (Bodson/SA Pompes funèbres des régions libérées), Slg. 1988, S. 2479).

³¹⁷ Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 1.

³¹⁸ Fiedler, Berufsfreiheit als Schranke der Verwaltungsmonopole, DöV 1977, S. 390 (391).

³¹⁹ Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 91.

³²⁰ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Mittelstandsfragen, abgedruckt in: Siegert/Musielak, Schornsteinfegergesetz, Teil D, Anm. 2, S. 260 f.

³²¹ Siehe oben § 3 IV. 1. b) bb) (1).

³²² Musielak/Schira/Manke, SchfG, Einleitung, Rn. 1.

³²³ So auch Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 117 f.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

sich über die Tätigkeiten, die direkt im öffentlichen Interesse liegenden, hinaus auf alle dem Bezirksschornsteinfegermeister zugewiesenen Arbeiten, nicht aber auch auf Nebenarbeiten, vgl. § 14 Abs. 2 SchfG.³²⁴

d) Kehrmonopol als Angebotsmonopol

Da es in dem Gebiet des Kehrbezirks nur einen Bezirksschornsteinfeger gibt, könnte es sich beim Kehrmonopol um ein Angebotsmonopol handeln.

Ein Angebotsmonopol liegt vor, wenn es auf einem Markt nur einen Anbieter und viele Nachfrager gibt und somit individuelles Angebot und Angebot des Marktes identisch sind.³²⁵ Da es innerhalb eines Kehrbezirks nur einen Bezirksschornsteinfegermeister gibt und dieser allein berechtigt ist Schornsteinfegerarbeiten anzubieten, ist das Kehrmonopol als Angebotsmonopol ausgestaltet.

e) Zusammenfassung

Beim Kehrmonopol handelt es sich also um ein rechtlich begründetes Angebotsmonopol, das als Verwaltungsmonopol zu qualifizieren ist und über die staatlichen Aufgaben hinaus dem Bezirksschornsteinfegermeister grundsätzlich alle Schornsteinfegerarbeiten regional vorbehalten.

³²⁴ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 2 SchfG, Anm. 9.

³²⁵ *Woll*, Volkswirtschaftslehre, S. 186.

V. Mittelbare Folgen der Rechtsstruktur

Mit der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, das Schornsteinfegerwesen durch den Kehrzwang, die Errichtung von Kehrbezirken und ein umfassendes Kehrmonopol zu organisieren, gehen weitreichende Besonderheiten in diesem Gewerbe einher. Im Folgenden soll ein Überblick über die Besonderheiten im Zusammenhang mit der Regelung des Schornsteinfegerhandwerks nach dem SchfG gegeben werden.

1. Das Bewerbungs- und Bestellungsverfahren

Da für jeden Kehrbezirk nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SchfG nur ein Bezirksschornsteinfegermeister bestellt werden soll, ist das Verfahren zur Bestellung eines Bezirksschornsteinfegermeisters besonders ausgestaltet.

a) Bestellungsvoraussetzungen

Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister setzt voraus, dass bestimmte subjektive und objektive Bestimmungsvoraussetzungen erfüllt sind.

aa) Subjektive Bestimmungsvoraussetzungen

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SchfG muss sich jeder Bewerber für einen Kehrbezirk in eine Bewerberliste eintragen lassen. Diese Eintragung muss nach § 2 VOSch während der Wartezeit jährlich durch schriftliche Mitteilung erneuert werden. Jeder Bewerber muss nach § 1 Nr. 1 VOSch die Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk im Geltungsbereich der VOSch erfolgreich abgelegt haben.³²⁶ Eine außerhalb des Geltungsbereichs der VOSch abgelegte Prüfung kann als gleichwertig anerkannt werden, wenn sie einer im Geltungsbereich der VOSch abgelegten Meisterprüfung entspricht.³²⁷

Der § 1 Nr. 2 VOSch normiert, dass der Bewerber die für einen Bezirksschornsteinfegermeister erforderliche Zuverlässigkeit gewährleisten muss. Da das Schornsteinfegerwesen vor Inkrafttreten des SchfG in den §§ 39 und 77 GewO geregelt wurde, wird bei der Zuverlässigkeitsprüfung zunächst auf die

³²⁶ Siehe hierzu: Verordnung über das Berufsbild und über die Prüfungsanforderungen im praktischen und im fachtheoretischen Teil der Meisterprüfung für das Schornsteinfegerhandwerk (Schornsteinfegermeisterverordnung – SchfMstrV) vom 25. Juni 1984, BGBl. I 1984, S. 771.

³²⁷ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 7.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

aus dem Gewerberecht entliehenen Grundsätze abgestellt.³²⁸ Wegen der besonderen Stellung des Bezirksschornsteinfegermeisters sind an die Zuverlässigkeit allerdings hohe Anforderungen zu stellen.³²⁹

Als weitere subjektive Voraussetzung muss der zu Bestellende gem. § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG nach seinem Gesundheitszustand in der Lage sein, die einem Bezirksschornsteinfegermeister obliegenden Aufgaben erfüllen zu können. Ausnahmen von diesem Erfordernis sind nach § 8 VOSch in sehr begrenztem Umfang möglich.

Neben einem amtsärztlichen Gutachten über die gesundheitliche Eignung, ist Voraussetzung für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister, dass der Bewerber in dem (Bundes-)Land, in dem er in eine Bewerberliste eingetragen ist, im Schornsteinfegerhandwerk innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre im Betrieb eines Schornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG).

Der zu Bestellende muss außerdem nach § 1 Nr. 4 VOSch schon vor der Eintragung in eine Bewerberliste für einen Bezirk, innerhalb des letzten Jahres mindestens drei Monate in diesem Kehrbezirk im Schornsteinfegerhandwerk praktisch tätig gewesen sein.³³⁰ Nur zur Vermeidung besonderer Härten kann die zuständige Behörde den Bewerber von diesem Erfordernis befreien, § 9 VOSch.

Ursprünglich war die Eintragung in die Bewerberliste für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister und damit mittelbar auch die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks nach § 4 Abs. 2 SchfG in Verbindung mit § 1 Nr. 3 VOSch deutschen Staatsangehörigen vorbehalten. Diese Regelung war eine an die Staatsangehörigkeit anknüpfende direkte Diskriminierung in Bezug auf die Aufnahme der Tätigkeit als Schornsteinfeger.³³¹ Durch Änderung des § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG und § 1 Nr. 4 VOSch³³² sollen nunmehr auch Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft in die Bewerberliste eingetragen werden können.

³²⁸ Vgl. zu den Kriterien der Zuverlässigkeit im besonderen Verwaltungsrecht *Eifert*, JuS 2004, S. 565–570.

³²⁹ Siehe hierzu VGH BW, GewArch. 1991, S. 69 (69 f.).

³³⁰ Vgl. u.a. *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 9.

³³¹ Vgl. *Bins*, in: *Kölbl*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 4 SchfG.

³³² Art. 3 Nr. 1 und Art. 4 Abs. 5 des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerklicher Vorschriften, vom 1. April 1998 (BGBl. I 1998, S. 596).

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

bb) Objektive Bestellungsvoraussetzungen

Nach § 6 Abs. 1 SchfG ist zum Bezirksschornsteinfegermeister zu bestellen, wer nach der Bewerberliste an der Reihe ist. Objektive Bestellungsvoraussetzung ist daher, dass der zu Bestellende auf dem ersten Rang in der Bewerberliste eingetragen ist.³³³

b) Bestellungsverfahren

Die Auswahl des Bewerbers für einen freigewordenen oder neu gebildeten Kehrbezirk richtet sich gem. § 6 Abs. 1 SchfG grundsätzlich nach dem Listenrang und damit nach dem Prioritätsprinzip. Der Listenrang errechnet sich im Einzelnen nach den Vorgaben des § 11 VOSch. Entscheidendes Kriterium ist zunächst der Rangstichtag, also der Tag, an dem sich der Bewerber zur Meisterprüfung angemeldet hat.

Das Prioritätsprinzip erfährt in seiner Ausgestaltung durch die VOSch allerdings eine Reihe von Einschränkungen und Modifikationen, vgl. § 11 Abs. 2 bis 6 VOSch.³³⁴

2. Aufgabenkatalog

Wie bereits erörtert, sind alle dem Bezirksschornsteinfegermeister obliegenden Aufgaben abschließend in § 13 Abs. 1 SchfG aufgeführt.³³⁵ Weitere Aufgaben dürfen ihm gem. § 13 Abs. 2 SchfG nur durch Änderung des Schornsteinfegergesetzes oder durch Rechtsverordnungen des Bundes übertragen werden.

Primäre Aufgabe des Bezirksschornsteinfegermeisters ist, die in der für seinen Kehrbezirk geltenden Kehr- und Überprüfungsordnung genannten Arbeiten auszuführen. Diese Arbeiten kann er entweder selbst ausführen oder aber er überwacht die durch seinen Gesellen vorzunehmende Durchführung dieser Tätigkeiten.³³⁶ Auch wenn die Arbeiten nicht unmittelbar durch den Bezirksschornsteinfegermeister durchgeführt werden, bleibt er letztlich immer für deren ordnungsgemäße Erfüllung verantwortlich, vgl. § 15 Abs. 1 SchfG.

Anteilig bilden die klassischen Kehr- und Überprüfungsarbeiten immer noch den Schwerpunkt aller Schornsteinfegertätigkeiten.

³³³ Zuck, Auswahl- und Verteilungsentscheidung beim Bewerberüberhang, S. 70.

³³⁴ Vgl. Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 6 SchfG, Rn. 2 ff.; Zuck, Auswahl- und Verteilungsentscheidung beim Bewerberüberhang, S. 71 f.

³³⁵ Siehe oben § 3 IV. 1. b) bb).

³³⁶ Vgl. Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 13 SchfG, Rn. 3.

3. Nebenerwerbsverbot § 14 Abs. 1 SchfG

Dem Bezirksschornsteinfegermeister ist nach der Vorschrift § 14 Abs. 1 SchfG jede andere auf Gewinn gerichtete Tätigkeit untersagt. Diesem grundsätzlichen Verbot steht die normierte Ausnahme nach § 14 Abs. 1 2. Halbs. SchfG gegenüber, danach gilt das Verbot nicht, wenn der Zeitaufwand für die Tätigkeit unerheblich ist.³³⁷

Entscheidend bei der Überprüfung, ob eine Nebenarbeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters unzulässig ist, ist letztlich nicht der erzielte Gewinn, sondern ob der dafür benötigte Zeitaufwand erheblich oder unerheblich ist.³³⁸

4. Gebührenordnung

Der Bezirksschornsteinfegermeister darf für die ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben nach § 25 Abs. 1 SchfG nur die in den Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen bestimmten Gebühren erheben. Die Kehr- und Überprüfungsgebühren sind je nach der Art der Tätigkeit, durch die sie entstehen, entweder zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur.³³⁹ Diese Unterscheidung hat allerdings keine praktische Relevanz, da durch § 25 SchfG angeordnet wird, dass sämtliche Kehr- und Überprüfungsgebühren wie öffentliche Gebühren zu behandeln sind.³⁴⁰

In § 25 Abs. 1 Satz 2 SchfG wird ausdrücklich festgestellt, dass eine Erhöhung oder Ermäßigung der Gebühren, die durch die Landesregierung in den einschlägigen Kehr- und Überprüfungsordnungen festgelegt wurde, nicht zugelassen ist. Nach § 24 Abs. 2 SchfG sollen bei der Gebührenbemessung durch die Landeswirtschaftsministerien vor allem zwei Grundsätze entscheidend sein, zum einen soll sich die Gebühr nach dem zeitlichen Arbeitsumfang richten und zum anderen sollen auch die vom Bezirksschornsteinfegermeister entstehenden notwendigen Aufwendungen eine Rolle spielen. Die Gebührenaussgestaltung im Einzelnen liegt im Ermessen des Verordnungsgebers.³⁴¹

Damit bilden die von den Landeswirtschaftsministerien festzulegenden Gebühren die wirtschaftliche Grundlage der Schornsteinfegerbetriebe. Die staatlich festgesetzte Gebühr ist gem. § 25 Abs. 4 SchfG eine öffentliche Last des Grundstücks und vom Grundstückseigentümer zu tragen. Wird die Gebühr trotz

³³⁷ Bins, in: Kölbl, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 14 SchfG.

³³⁸ Vgl. Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 710, § 14 SchfG, Anm. 3; Bins, in: Kölbl, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 14 SchfG.

³³⁹ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 25 SchfG, Rn. 2.

³⁴⁰ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 25 SchfG, Rn. 2.

³⁴¹ Bins, in: Kölbl, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 24 SchfG.

§ 3 Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens durch das SchfG

Mahnung des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht entrichtet, hat die zuständige Verwaltungsbehörde die Gebühr in einem Bescheid festzustellen und beizutreiben.³⁴² Die förmliche Festsetzung und zwangsweise Beitreibung der Kehrgebühren im Verwaltungsvollstreckungsverfahren erfolgt durch die zuständige Verwaltungsbehörde und grundsätzlich auf Kosten des Gebührenschuldners.³⁴³

5. Altersgrenze und Altersversorgung

a) Altersgrenze

Mit Erreichen der Altersgrenze von 65 Jahren (§ 9 SchfG) erlischt die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister kraft Gesetz, vgl. § 8 SchfG. Eines besonderen Verwaltungsaktes oder auch nur einer Mitteilung durch die zuständige Verwaltungsbehörde bedarf es hierfür nicht.³⁴⁴ Eine individuelle Verschiebung der Altersgrenze ist nicht möglich.

b) Zusatzversorgung der Bezirksschornsteinfegermeister

Die Zwangspensionierung bei Erreichen der Altersgrenze oder im Falle der Invalidität (§ 10 SchfG) und die weiteren Besonderheiten im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des deutschen Schornsteinfegerhandwerks haben dazu geführt, dass die Altersversorgung für Schornsteinfeger speziell ausgestaltet wurde.

Bereits mit der VOSch 1937 wurde die Zwangsmitgliedschaft in einem speziellen „Versorgungsverein deutscher Schornsteinfegermeister“ eingeführt. Nachdem das BVerwG diese Zwangsmitgliedschaft auf der Grundlage des § 28 VOSch 1937 für mit Art. 12 GG unvereinbar erklärt hat,³⁴⁵ wurde die umfassende Neuregelung vorgenommen.³⁴⁶ Mit der damit verbundenen Einführung des SchfG im Jahr 1969 erhielt auch das Versorgungswerk seine bis heute geltende Ausgestaltung.³⁴⁷

Die Altersversorgung für Schornsteinfeger wird durch zweierlei sichergestellt: Zum einen sind die Bezirksschornsteinfegermeister Pflichtmitglied in der gesetzlichen Rentenversicherung, zum anderen sind sie aber auch Pflichtmitglied in der Versorgungsanstalt der Deutschen Bezirksschornsteinfeger-

³⁴² *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, KÜO, Einführung, Rn. 9.

³⁴³ *Bins*, in: *Kölbl*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 25 SchfG.

³⁴⁴ Vgl. *Bins*, in: *Kölbl*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 9 SchfG.

³⁴⁵ BVerwG, GewArch. 1968, S. 14.

³⁴⁶ *Rombach*, SGB 1994, S. 563.

³⁴⁷ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Die Entwicklung 110, S. 14 f.

1. Teil: Grundlagen des deutschen Schornsteinfegerrechts

germeister. Diese Versorgungsanstalt ist gem. § 34 SchfG eine bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts.

Die Bezüge von beiden Anstalten zusammen ergeben die in der Höhe der Leistungen begrenzte Gesamtversorgung für Schornsteinfegermeister (vgl. § 30 SchfG).

6. Residenzpflicht

Nach § 17 SchfG sollen die Bezirksschornsteinfegermeister innerhalb ihres Kehrbezirkes oder dessen Nahbereich ihren Wohnsitz nehmen. Diese historisch gewachsene Soll-Vorschrift begründet sich in dem Gedanken, dass der Bezirksschornsteinfegermeister nur durch die räumliche Verbundenheit zum Kehrbezirk in kurzmöglichster Zeit an einem potenziellen Gefahrenort sein kann, um dort Hilfe zu leisten.³⁴⁸ Darüber hinaus wurde der persönlichen Erreichbarkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters im Interesse der Feuersicherheit ein hoher Stellenwert beigemessen. Die Residenzpflicht ist mit der Novelle des SchfG 1994 durch die Ausweitung auf „dessen Nahbereich“ in Anbetracht der verbesserten Verkehrsanbindung heutzutage gelockert worden.³⁴⁹ Wie groß der Nahbereich zum Kehrbezirk ist, wird allerdings weder im Gesetz selbst noch in der Gesetzesbegründung angeführt.³⁵⁰

7. Pflichtmitgliedschaft in der regionalen Feuerwehr

Der Bezirksschornsteinfegermeister soll gem. § 18 SchfG bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres der Pflicht- oder freiwilligen Feuerwehr seines Wohnsitzes angehören. Auch diese Regelung wurde im Interesse der Feuersicherheit und einer effektiven Gefahrenabwehr erlassen.³⁵¹ Der Bezirksschornsteinfegermeister soll mit seinem Spezialwissen und seiner besonderen Ortskenntnis der Feuerwehr besonders behilflich sein.³⁵²

Diese Norm bringt auch eine gewisse Verbundenheit des Schornsteinfegers mit der Feuerwehr zum Ausdruck, da beide für dieselben Ziele arbeiten. In der

³⁴⁸ *Bins*, in: *Kölble*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 17 SchfG.

³⁴⁹ *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, SchfG 360, § 17 SchfG.

³⁵⁰ Nach dem OVG Lüneburg liegt ein Wohnsitz im Nahbereich, wenn der Bezirksschornsteinfegermeister innerhalb von höchstens 20 Minuten in der Lage ist, auch den entferntesten Punkt seines Kehrbezirks von seinem Wohnsitz aus zu erreichen, Vgl. OVG Lüneburg, GewArch. 1999, S. 486.

³⁵¹ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 18 SchfG, Rn. 1.

³⁵² *Bins*, in: *Kölble*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 18 SchfG.

praktischen Anwendung wird § 18 SchfG auf der Länderebene als eine nicht mehr durchsetzbare Vorschrift angesehen.³⁵³

VI. Zusammenfassung erster Teil

Der Beruf des Schornsteinfegers hat in Deutschland durch das SchfG eine besondere Ausgestaltung erfahren.

Aus der Motivation heraus, einen möglichst hohen Grad an Feuersicherheit zu gewährleisten, wurde durch den Gesetzgeber ein in sich geschlossenes System auf der Basis eines generellen Kehrzwangs, der Schaffung des Kehrmonopols und der flächendeckenden Einrichtung von Kehrbezirken geschaffen.

Der Bezirksschornsteinfegermeister wird zur Ausübung bestimmter Staatsaufgaben berechtigt und verpflichtet, hierbei ist er mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen beliehen. Bei der Ausführung seiner Tätigkeit unterliegt er der umfassenden Kontrolle durch den Staat.

Das Recht, Schornsteinfegerarbeiten durchzuführen, wird ihm durch das Kehrmonopol exklusiv vorbehalten. Das Besondere an diesem Monopol ist, dass es zum einen räumlich auf den Kehrbezirk begrenzt ist und zum anderen über die im staatlichen Verantwortungsbereich liegenden Staatsaufgaben hinaus sich auf sämtliche Schornsteinfegerarbeiten erstreckt.

Die Geschlossenheit dieses Systems wird über weitere Einrichtungen sichergestellt, so verlangt dieses System zum Beispiel, dass der Verleihung eines Kehrbezirks ein besonderes Auswahlverfahren vorgeschaltet ist. In der Gesamtschau wird die Feuersicherheit folglich unter großer Einschränkung der individuellen und kollektiven Freiheit gewährleistet.

Das so geschaffene Kontrollnetz wird mittlerweile nicht nur zur Sicherstellung eines hohen Grades an Feuersicherheit genutzt, sondern dient auch der umfassenden Erhebung von umweltrelevanten Daten und zur Überprüfung der Einhaltung von Grenzwerten.

³⁵³ Vgl. *Stehmer*, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, SchfG, § 18 SchfG, Rn. 1.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Die Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens könnte im Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG und der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EG stehen. Um Verstöße gegen diese Grundfreiheiten zu prüfen, ist es notwendig, den Anwendungsbereich dieser Grundfreiheiten in Bezug auf das Schornsteinfegerhandwerk zu eröffnen. Die beiden Grundfreiheiten unterliegen aufgrund der Verweisung des Art. 55 EG in bestimmten Bereichen einem Gleichlauf. So gilt die Bereichsausnahme nach Art. 45 EG sowohl für die Niederlassungsfreiheit als auch für die Dienstleistungsfreiheit. Die Prüfung, ob die Tätigkeit des Schornsteinfegers in Deutschland mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden ist, kann somit für beide Grundfreiheiten gemeinsam erfolgen.

Darüber hinaus ist denkbar, dass die Einrichtung von Kehrbezirken und das damit verbundene Kehrmonopol gegen die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages verstoßen.

§ 4 Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs

Fraglich ist zunächst, ob der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG in Bezug auf das Schornsteinfegerhandwerk eröffnet ist.

Sachlich umfasst die Niederlassungsfreiheit im Sinne des Art. 43 EG die Niederlassung einer natürlichen oder juristischen Person in einem anderen Mitgliedstaat zum Zwecke der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten bzw. der Leitung von Unternehmen.³⁵⁴

1. Niederlassungsbezug

Von der Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland müsste die Niederlassung als Selbstständiger im Betätigungsfeld eines Schornsteinfegers oder die Leitung eines entsprechenden Unternehmens betroffen sein.

³⁵⁴ Bröhmer, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 8; Schlag, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 43 EG, Rn. 10; *Oppermann*, Europarecht, § 26, Rn. 17.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

a) Selbstständige Erwerbstätigkeit

Die Ausübung des Berufs Schornsteinfeger müsste somit eine selbstständige Erwerbstätigkeit darstellen. Selbstständige Erwerbstätigkeit in diesem Sinne umfasst jede Art weisungsfreier, in ihrem Schwerpunkt wirtschaftlicher Betätigung, die dem Einkommenserwerb dient und auf Dauer angelegt ist.³⁵⁵ Selbstständig handelt, wer auf eigene Rechnung und eigenes Risiko tätig wird.³⁵⁶

In Deutschland kann den Beruf des Schornsteinfegers ausüben, wer nach § 3 Abs. 1 SchfG zum Bezirksschornsteinfegermeister für einen bestimmten Bezirk von der zuständigen Verwaltungsbehörde bestellt ist. Nach § 3 Abs. 2 SchfG gehört der Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibender dem Handwerk an.

Nach Eintragung in die Handwerksrolle und Zuweisung eines Kehrbezirkes betreibt der Bezirksschornsteinfegermeister sein Handwerk selbstständig. Auch die Tatsache, dass ein Bezirksschornsteinfegermeister bei bestimmten ihm zugewiesenen Aufgaben besondere Befugnisse ausübt (vgl. § 3 Abs. 2 S. 2 SchfG), spricht nicht grundsätzlich gegen seine Selbstständigkeit.³⁵⁷ Vielmehr arbeitet der Bezirksschornsteinfeger im Schwerpunkt seiner Tätigkeit weisungsfrei. Darüber hinaus handelt er auch entgeltlich und mit Gewinnerzielungsabsicht; es liegt mithin eine selbstständige Erwerbstätigkeit vor.

b) Gründung und Leitung von Unternehmen

Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit könnte auch in Bezug auf die Gründung und Leitung von Unternehmen eröffnet sein. Die Gründung und Leitung eines Unternehmens erfasst alle Tätigkeiten, die mit der Errichtung, Unterhaltung und Abwicklung eines Unternehmens verbunden sind.³⁵⁸ Unter Unternehmen sind in diesem Zusammenhang vor allem Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EG zu verstehen, also Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts.³⁵⁹

Nach § 1 Abs. 1 HwO können selbstständige Gewerbetreibende sowohl Einzelpersonen als auch Personengesellschaften sein.³⁶⁰ § 1 Abs. 1 S. 2 HwO stellt klar, dass Personengesellschaften im Sinne des HwO Gesellschaften des bürgerlichen Rechts sind. Problematisch ist, dass die Ausübung des Schorn-

³⁵⁵ EuGH, Rs. C-221/89 (Factortame u.a.), Slg. 1991, S. I-3905, Rn. 20; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 1905.

³⁵⁶ Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 39 EG, Rn. 12.

³⁵⁷ Vgl. unter anderem BFH, BB 1997, S. 561 (562); BGH, NJW 1974, S. 1507.

³⁵⁸ EuGH, Rs. C-251/98 (Baars), Slg. 2000, S. I-2787, Rn. 22, Rs. C-468/98 (KOM/Schweden), Slg. 2002, S. I-9575, Rn. 117 ff.

³⁵⁹ *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 19.

³⁶⁰ *Honig*, HwO, § 1 HwO, Rn. 42.

steinfegerhandwerks durch juristische Personen und vor allem durch Personengesellschaften derzeit kraft der besonderen hierfür geltenden Regelungen in Deutschland nicht möglich ist.³⁶¹

Dies schließt allerdings nicht grundsätzlich aus, dass die Durchführung der Tätigkeiten, die derzeit durch die einzelnen Bezirksschornsteinfegermeister wahrgenommen werden, nicht auch in anderen Organisationsformen, z.B. durch Angestellte einer Schornsteinfeger GmbH, durchgeführt werden könnten. Daraus folgt, dass auch in Bezug auf die Gründung und Leitung von Unternehmen, welche im Zusammenhang mit dem Schornsteinfegerhandwerk stehen, der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit potenziell eröffnet ist.

c) Primäre und sekundäre Niederlassung

Art. 43 EG erfasst sowohl die primäre, als auch die sekundäre Niederlassung. Fraglich ist, welcher Form der Niederlassung die Tätigkeit des Schornsteinfegers zuzuordnen ist.

Der EuGH hat sich noch nicht explizit geäußert, wie die sekundäre von der primären Niederlassung zu unterscheiden ist.³⁶² Die h.M. im Schrifttum stellt auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Tätigkeit des selbstständigen Erwerbstätigen ab.³⁶³ Von einer primären Niederlassung (Art. 43 Abs. 1 S. 1 EG) spricht man demzufolge, wenn die eingerichtete Niederlassung den Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Niederlassungswilligen darstellt; sie also den Hauptsitz seiner Wirtschaftstätigkeit repräsentiert.³⁶⁴ Damit umfasst die primäre Niederlassungsfreiheit den grenzüberschreitenden Wechsel der Ansässigkeit von selbstständig erwerbstätigen natürlichen Personen.³⁶⁵

Eine sekundäre Niederlassung (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 EG) liegt dagegen vor, wenn ein Betriebsteil verlagert oder neu errichtet wird, der Betriebsschwerpunkt im Herkunftsmitgliedstaat jedoch aufrechterhalten wird, sodass über Niederlassungen in mindestens zwei Mitgliedstaaten eine Wirtschaftstätigkeit entfaltet wird.³⁶⁶

Grundsätzlich ist der vollständige Wechsel eines Handwerkers im Schornsteinfegergewerbe in einen anderen Mitgliedstaat und damit die Ansiedlung als primäre Niederlassung eher denkbar, als eine lediglich nur sekundäre Niederlassung. Trotzdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Schornsteinfeger

³⁶¹ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen und Handwerksordnung 170, S. 3.

³⁶² *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 43 EG, Rn. 49.

³⁶³ Vgl. unter anderem *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 172; *Tiedje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 43 EG, Rn. 32 f.

³⁶⁴ *Schlag*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 43 EG, Rn. 19.

³⁶⁵ *Roth*, in: *Dauses*, HdbEGWiR, E.I, Rn. 35.

³⁶⁶ *Schlag*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 43 EG, Rn. 20; *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 23.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

den Willen hegt, sich durch Gründung einer Zweigstelle oder einer Tochtergesellschaft in Deutschland niederzulassen.

Folglich sind beide Formen der Niederlassung, primäre wie sekundäre, für Schornsteinfeger vorstellbar.

2. Grenzüberschreitender Bezug

Weiterhin ist erforderlich, dass ein grenzüberschreitender Bezug vorliegt. Ein grenzüberschreitender Bezug durch Niederlassung besteht bei Übersiedlung in einen anderen Mitgliedstaat oder aber auch bei Gründung einer Zweitniederlassung.³⁶⁷ Darüber hinaus kann die Niederlassungsfreiheit in den Fällen relevant sein, in denen Maßnahmen des Herkunftsstaats die Niederlassung im Empfangsstaat beeinträchtigen.³⁶⁸

Da die Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland die Niederlassung eines übersiedelnden niederlassungswilligen Schornsteinfegers bzw. eines ausländischen Schornsteinfegers, der eine Zweitniederlassung in Deutschland gründen will, betrifft, hat sie einen grenzüberschreitenden Bezug. Somit ist dieses Tatbestandmerkmal potenziell erfüllt, denn es ist denkbar, dass Schornsteinfeger aus anderen EU-Mitgliedstaaten den Willen hegen, sich in Deutschland niederzulassen.

3. Zusammenfassung

Festzuhalten ist, dass Schornsteinfeger, die Angehörige eines EU-Mitgliedstaates sind und den Willen hegen sich in Deutschland niederzulassen, sich auf die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG berufen können, sofern nicht die Bereichsausnahme des Art. 45 EG einschlägig ist.

³⁶⁷ Tietje, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 10 II 3, Rn. 33 ff.; Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 43 EG, Rn. 60.

³⁶⁸ Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 43 EG, Rn. 62.

II. Keine mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeit, Art. 45 Abs. 1 EG

Möglicherweise fällt die Tätigkeit des Schornsteinfegers in Deutschland in den Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 1 EG.

Der Art. 45 Abs. 1 EG ist eine Sondervorschrift für Tätigkeiten von Selbstständigen, die in einem Mitgliedstaat mittelbar oder unmittelbar, dauernd oder zeitweise mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt betraut sind.³⁶⁹ In Abgrenzung zu Art. 39 Abs. 4 EG, der sich auf in der öffentlichen Verwaltung Beschäftigte bezieht, kommt Art. 45 EG auf den Gebieten zur Anwendung, in denen die Ausübung staatlicher Gewalt auf Personen außerhalb des öffentlichen Dienstes übertragen worden ist.³⁷⁰ Durch Art. 45 EG wird anerkannt, dass ein Mitgliedstaat vermeiden möchte, dass durch die Niederlassungs- bzw. der Dienstleistungsfreiheit Teile der öffentlichen Gewalt, die ein Staat auf seinem Hoheitsgebiet Privaten überlässt, in die Hände zuziehender ausländischer Erwerbstätiger übergehen.³⁷¹

Sind die Voraussetzungen des Art. 45 Abs. 1 EG für eine bestimmte Tätigkeit erfüllt, finden die gesamten Bestimmungen zum Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht keine Anwendung. Es handelt sich somit um eine Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 43 EG und über Art. 55 EG auch des Art. 49 EG; eine sog. Bereichsausnahme.³⁷² Art. 45 EG ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen und daher auf Tätigkeiten beschränkt, die zur Wahrung der Interessen des Mitgliedstaates unbedingt erforderlich sind.³⁷³

Festzustellen ist, dass durch den EG-Vertrag weder der Begriff „Tätigkeiten“ noch der Begriff „Ausübung von öffentlicher Gewalt“ näher definiert wird.³⁷⁴ Leider wurde auch auf dem Boden der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit diesen Begriffen bisher keine von einem allgemeinen Konsens getragene subsumtionsfähige Definition entwickelt.

³⁶⁹ Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 45 EG, Rn. 1; Scheuer, in: Lenz/Borchardt, EU- und EG-Vertrag, Art. 45 EG, Rn. 1; Henssler/Kilian, EuR, 2005, S. 192 (193).

³⁷⁰ Randelzhofer/Forsthoef, in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 45 EG, Rn. 1; Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 45 EG, Rn. 2.

³⁷¹ Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 45 EG, Rn. 4; Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 3.

³⁷² Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 10; nach einer a. A. wird Art. 45 EG als besonderer Rechtfertigungsgrund verstanden, z.B. Hempel, in: Mayer, EU- und EG-Vertrag, Art. 45 EG, Rn. 11.

³⁷³ EuGH, Rs. 147/86 (Frontisiria), Slg. 1988, S. 1637, Rn. 8; Rs. C-114/97 (Sicherheitsdienst I), Slg. 1998, S. I-6717, Rn. 34.

³⁷⁴ Hergeth, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit, S. 95.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Da auch der EuGH bisher kein abstraktes System zur Beurteilung der im Zusammenhang mit Art. 45 EG stehenden Fragen aufgestellt hat, ist ein Eingehen auf die Begrifflichkeit notwendig.

1. Begriff „Tätigkeiten“ im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG

Das Problem, welches sich in Bezug auf den Begriff der „Tätigkeiten“ zunächst stellte, war diesen Ausdruck von dem Begriff des Berufs abzugrenzen.

Nach einer extensiven Auslegung wurde der Begriff „Tätigkeiten“ und der Begriff „Beruf“ sogar synonym verstanden, sodass über Art. 45 Abs. 1 EG bestimmte Berufe ganz aus dem Anwendungsbereich des Art. 43 bzw. Art. 49 EG herauszunehmen wären.³⁷⁵ Dieser Interpretation wird richtigerweise aufgrund unterschiedlicher Wortbedeutung und der Wortlautgrenze nicht mehr gefolgt.³⁷⁶

Auch der EuGH hat sich schon früh für eine restriktive Auslegung des Begriffs der Tätigkeit entschieden.³⁷⁷ Danach soll die Ausnahmeregelung des Art. 45 EG nur für spezifische Tätigkeiten gelten, ohne dass der Beruf, innerhalb dessen diese Tätigkeit ausgeübt wird, vollständig aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgeklammert wird.³⁷⁸ Lediglich in besonderen Fällen zieht der EuGH eine Ausdehnung der Bereichsausnahme auf den ganzen Beruf in Betracht.³⁷⁹ Der EuGH verfolgt damit das sogenannte „Trennungsprinzip“.³⁸⁰ Ausgangspunkt für die Ansicht des EuGH ist der Wortlaut des Art. 45 EG, wonach eben gerade nicht ganze Berufe, sondern lediglich einzelne mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbundene Tätigkeiten aus dem Anwendungsbereich des Art. 43 EG bzw. 49 EG herausgenommen werden. Diese Interpretation wird auch durch einen Vergleich mit der englischen Fas-

³⁷⁵ Everling, Das Niederlassungsrecht im gemeinsamen Markt, S. 74 und S. 110 f.

³⁷⁶ Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 45 EG, Rn. 7.

³⁷⁷ Vgl. schon EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631, Rn. 44 f.; der gleiche Wortlaut findet sich in EuGH, Rs. C-42/92 (Thijssen), Slg. 1993, S. I-4047, Rn. 22.

³⁷⁸ So auch Schlussantrag des GA Mayras, zu EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631 (664 f.).

³⁷⁹ Tomuschat, ZaöRV 27 (1967), S. 53 (73); Hergeth, Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit, S. 191. Dies wird insbesondere für den Fall diskutiert, dass sich die mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten nicht von den anderen in diesem Beruf ausgeführten Tätigkeiten trennen lassen.

³⁸⁰ Vgl. ausführlich Kranz, Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Private nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 255 ff.

sung des Vertragstextes bestätigt, auch dort wurde der Begriff „activities“ anstelle von „occupation“ oder „profession“ verwendet.³⁸¹

Problematisch ist allerdings, dass der EuGH keine Vorgaben gemacht hat, auf welcher Abstraktionsstufe die Ausübung eines Berufs betrachtet werden soll.³⁸² Grundsätzlich lässt sich jede berufliche Tätigkeit in viele logische Einzelschritte zergliedern, daher ist es notwendig, die zu überprüfenden Tätigkeiten in einem ersten Schritt in zusammenhängende und logische Handlungskomplexe zu unterteilen und diese dann als „Tätigkeiten“ daraufhin zu überprüfen, ob sie Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.

2. „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im EG-Vertrag

a) Perspektive der Begriffsbestimmung

Bezüglich der Begrifflichkeit „Ausübung öffentlicher Gewalt“ wird insbesondere problematisiert, ob es sich bei diesem Begriff um einen autonomen Rechtsbegriff des Europarechts handelt oder ob er unter Rückgriff auf das Begriffsverständnis des nationalen Rechts des betroffenen Mitgliedstaates zu bestimmen ist.³⁸³ Auch zur Frage, aus welcher Perspektive der Begriff zu bestimmen ist, hat der EuGH bisher nicht ausdrücklich Position bezogen.

Ein nationalstaatlicher Ansatz für die Prüfung des Art. 45 EG ließe sich damit begründen, dass es bis heute keine supranationale, europäische öffentliche Gewalt gibt.³⁸⁴ Daher konnte sich auch noch kein übergreifender Begriff europäischer öffentlicher Gewalt herausbilden, der die jeweilige nationale Definition hätte verdrängen oder überlagern können.³⁸⁵ Eine rein mitgliedstaatliche Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Gewalt ist aber abzulehnen, da dies zu der absurden Situation führen könnte, dass in verschiedenen Mitgliedstaaten verschiedene Begriffe der öffentlichen Gewalt geprägt würden.³⁸⁶ Da es den Mitgliedstaaten insoweit verwehrt bleiben muss, durch einseitige Maßnahmen die Freizügigkeitsregeln auszuhebeln, muss Begriff und Umfang der öffentli-

³⁸¹ Vgl. *van Gerven*, in: *Smit/Herzog*, *The Law of The European Economic Community*, Bd. II, 55.05, S. 2-606 f.

³⁸² *Hergeth*, *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit*, S. 100.

³⁸³ Vgl. *Lackhoff*, *Die Niederlassungsfreiheit des EG*, S. 154; *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/EGV*, Art. 45 EG, Rn. 4.

³⁸⁴ *Tiedje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, *EU- und EG-Vertrag*, Art. 45 EG, Rn. 5.

³⁸⁵ So nimmt auch der EuGH immer eine Einzelfallprüfung vor, vgl. EuGH, Rs. 2/74 (*Reyners*), Slg. 1974, S. 631, Rn. 48 und 50; Rs. 147/86 (*KOM/Griechenland*), Slg. 1988, S. 1637, Rn. 8; Rs. C-42/92 (*Thijssen*), Slg. 1993, S. I-4047, Rn. 9 f.

³⁸⁶ *Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Bd. I, Rn. 1979.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

chen Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG zumindest auch gemeinschaftsrechtlich bestimmt werden.³⁸⁷

Damit eine Tätigkeit von der Bereichsausnahme nach Art. 45 EG erfasst sein kann, ist also zunächst stets Voraussetzung, dass die jeweilige Tätigkeit nach nationalem Verständnis mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist.³⁸⁸

Diese Auslegung wird auch durch den Wortlaut des Art. 45 Abs. 1 EG nahegelegt, da dort darauf abgestellt wird, dass die Tätigkeit in einem Mitgliedstaat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Ausgangspunkt bei der Prüfung des Art. 45 Abs. 1 EG ist also die nationale Funktionsordnung über die Struktur und die Ausübung des fraglichen Berufs.³⁸⁹ Kommt man zu dem Ergebnis, dass die fragliche Tätigkeit nach nationalem Recht mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden ist, gilt es dieses Ergebnis an der „ratio legis“ des Art. 45 EG zu überprüfen.³⁹⁰

b) Abstrakte Definition für „Ausübung öffentlicher Gewalt“

Der EuGH hat durch seine bisherigen Entscheidungen zum Art. 45 Abs. 1 EG keine allgemein gültige Definition der Ausübung von öffentlicher Gewalt entworfen.³⁹¹ Abstrakt hat sich der EuGH nur insoweit geäußert, als dass er für die Anwendung von Art. 45 Abs. 1 EG solche Tätigkeiten verlangt, die in sich selbst betrachtet eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.³⁹²

Leider haben auch die Ansätze in der Literatur bisher nicht zu einer subsumtionsfähigen Definition der Begrifflichkeit „Ausübung von öffentlicher Gewalt“ geführt.³⁹³ Angesichts des Wortlauts der Vorschrift ist unter öffentlicher

³⁸⁷ Bröhmer, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 4; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 45 EG, Rn. 3; *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 4.

³⁸⁸ *Tiedje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 45 EG, Rn. 5 f.; *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 4; kritisch: *Hergeth*, *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit*, S. 105 ff. m.w.N.

³⁸⁹ So auch EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631, Rn. 48 ff.; Rs. 147/86 (KOM/Griechenland), Slg. 1988, S. 1637, Rn. 8; Rs. C-42/92 (Thijssen), Slg. 1993, S. I-4047, Rn. 9 f.

³⁹⁰ *Tiedje/Troberg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 45 EG, Rn. 7.

³⁹¹ *Roth*, in: *Dausies*, *HdbEGWiR*, E.I, Rn. 30.

³⁹² EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631 (654), Rn. 45.

³⁹³ Ausführlich zu den einzelnen Ansätzen: vgl. *Hergeth*, *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit*, S. 112 ff.

Gewalt jedenfalls nicht jede im Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben stehende oder im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit zu verstehen.³⁹⁴

Wann eine Tätigkeit aber „Ausübung von öffentlicher Gewalt“ im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EG darstellt, muss anhand von durch Rechtsprechung und Literatur erarbeiteten gemeinschaftsrechtlichen Kriterien bestimmt werden.

c) Gemeinschaftsrechtliche Kriterien

Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich eine gewisse Anzahl von Kriterien entnehmen, die eine Tätigkeit aufweisen muss bzw. nicht aufweisen darf, um nach gemeinschaftsrechtlicher Auslegung als Ausübung öffentlicher Gewalt zu gelten.³⁹⁵ Maßgeblich ist somit, ob sich die Tätigkeiten der Bezirksschornsteinfegermeister in Ansehung dieser gemeinschaftsrechtlichen Kriterien als Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen.

aa) Tätigkeit mit besonderen Befugnissen

Die zu überprüfenden Tätigkeiten müssten besondere Befugnisse mit sich bringen, die einem „normalen“ Selbstständigen nicht zukommen.³⁹⁶

(1) Sonderrechte, Hoheits- und Zwangsbefugnisse

Besondere Befugnisse liegen insbesondere vor, wenn der Handelnde die Möglichkeit hat, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.³⁹⁷ Fraglich ist, welchen Umfang diese Befugnisse haben müssen, um als Indiz für die Ausübung von hoheitlicher Gewalt zu dienen. Der Rechtsprechung des EuGH ist jedenfalls nicht zu entnehmen, dass Zwangsbefugnisse im engeren Sinne vorliegen müssen.³⁹⁸ Mindestvoraussetzung ist, dass der Handelnde einseitig bindende Akte oder einseitige Einwirkungen auf Dritte vornehmen kann.³⁹⁹

³⁹⁴ EuGH, Rs. 147/86 (Privatschulen), Slg. 1986, S. 1637 (1654 f.); *Klinge*, Die Begriffe „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Gemeinschaftsrecht, S. 226 ff.

³⁹⁵ *Henssler/Kilian*, EuR 2005, S. 206.

³⁹⁶ EuGH, Rs. C-114/97 (Sicherheitsdienst I), Slg. 1998, S. I-6717, Rn. 37.

³⁹⁷ So schon Schlussanträge des GAs Mayras zu EuGH, Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, S. 631, Rn. 9.

³⁹⁸ EuGH, Rs. C-114/97 (Sicherheitsdienst I), Slg. 1998, S. I-6717.

³⁹⁹ Vgl. *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 157.

(2) Handlungsformen

Ausdruck besonderer Befugnisse kann auch die Handlungsform sein. Zeigt sich, dass ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Tätigen und den anderen Rechtssubjekten vorliegt, so kann dies als Indiz für die Ausübung von öffentlicher Gewalt gewertet werden.

In Deutschland ist im Subordinationsverhältnis das Handeln durch oder unter Zuhilfenahme von Verwaltungsakten typisch. Ein Verwaltungsakt wird gem. § 35 VwVfG grundsätzlich durch eine Behörde erlassen. Allerdings können auch Privatpersonen mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben und in diesem Rahmen mit dem Erlass von Verwaltungsakten betraut werden.⁴⁰⁰ Meist handeln die Privaten dann im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit als Beliehene. Ob ihnen hierbei die Befugnis zukommt, Verwaltungsakte zu erlassen, ist eine Frage der Abgrenzung, ob sie mit schlicht-hoheitlichen oder obrigkeitlichen Befugnissen beliehen sind. Konsequenz für deutsche Sachverhalte ist daher, dass zwischen schlicht-hoheitlichem und obrigkeitlichem Handeln abgegrenzt werden muss.⁴⁰¹

bb) Technische und vorbereitende Tätigkeiten

Als ein weiteres wesentliches Merkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt gilt gemeinhin, dass die Tätigkeit über eine bloße Hilfsfunktion hinausgehen muss. Dieses Kriterium lässt sich darauf zurückführen, dass die Anwendung des Art. 45 EG auf solche Tätigkeiten beschränkt ist, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung von öffentlicher Gewalt mit einschließen.⁴⁰² Bestimmt man die Unmittelbarkeit negativ, so darf die Tätigkeit nicht nur rein technischer oder vorbereitender Natur sein, darüber hinaus sollte sie eine besondere Rechtsverbindlichkeit erzeugen.⁴⁰³

Bisher hat der EuGH Tätigkeiten, deren Schwerpunkt im technischen Bereich liegt, aus dem Anwendungsbereich des Art. 45 EG herausgenommen.⁴⁰⁴ Dies sollte allerdings nicht dazu verleiten, Tätigkeiten, die eine besondere technische Fertigkeit erfordern, generell aus dem Anwendungsbereich des Art. 45 EG herauszunehmen. Der technische Aspekt einer Tätigkeit muss vielmehr im Zusammenhang damit gesehen werden, dass die Tätigkeit nicht nur vorbereitender Natur sein darf. Tätigkeiten also, die in einen staatlichen Entscheidungsprozess mit eingebunden sind, das heißt in bestimmten Bereichen stellvertretend

⁴⁰⁰ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90 IX 1, Rn. 52 ff.

⁴⁰¹ Vgl. etwa Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 5; Jarass, RIW 1993, S. 4; Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 157 f.

⁴⁰² EuGH, Rs. C-114/97 (Sicherheitsdienst I), Slg. 1998, S. I-6717, Rn. 35 und 39.

⁴⁰³ Henssler/Kilian, EuR 2005, S. 209.

⁴⁰⁴ EuGH, Rs. C-3/88 (KOM/Italien), Slg. 1989, S. 4060, Rn. 13.; Rs. C-272/91 (KOM/Italien), Slg. 1994, S. I-1409.

für den Staat erfolgen und nicht nur unterstützender oder vorbereitender Funktion sind.⁴⁰⁵

Letztlich folgt daraus, dass Tätigkeiten, die nachfolgende Entscheidungsträger in ihrer Entscheidung binden, stets als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG anzusehen sind.⁴⁰⁶

cc) Tätigkeit mit Außenwirkung gegenüber Bürgern

Ein weiteres Erfordernis, das aus der Rechtsprechung der EuGH gewonnen werden kann, betrifft die Außenwirkung der fraglichen Tätigkeit gegenüber dem Bürger. Die Annahme der Ausübung der öffentlichen Gewalt setzt zwingend ein Handeln gegenüber einem Bürger voraus und Maßnahmen, die lediglich die Erfüllung staatlicher Aufgaben unterstützen, reichen nicht aus, um den Anwendungsbereich des Art. 45 EG zu eröffnen.⁴⁰⁷ Dieses Kriterium steht in einer engen Beziehung zu dem bereits Erörterten. Negativ formuliert liegt die Ausübung öffentlicher Gewalt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Tätigkeit nicht mit Außenwirkung gegenüber einem Bürger erbracht wird, sondern lediglich im Interesse des Staates diesem gegenüber erfolgt.⁴⁰⁸

dd) Tätigkeit nicht nur bei Gelegenheit

Aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH lässt sich ein weiteres Kriterium ableiten: Die Ausübung öffentlicher Gewalt darf nicht nur ganz gelegentlich oder eher zufällig im Rahmen der übergeordneten Berufstätigkeit erfolgen.⁴⁰⁹ Die Tätigkeit muss vielmehr mit einer gewissen Häufigkeit erfolgen. Der EuGH begründet dieses Kriterium damit, dass eine sporadische Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten die Belange eines Mitgliedstaates nicht ernsthaft gefährden würde.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ EuGH, Rs. 2/74, (Reyners), Slg. 1974, S. 654, Rn. 42 f.

⁴⁰⁶ Im Verfahren Reyners (EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, S. 654, Rn. 42 f.) und Kfz-Sachverständige (EuGH, Rs. C-306/89, Slg. 1991, S. 4035) ging es um Bindungswirkung für Gerichte; im Fall Thijssen (EuGH, Rs. C-42/92, Slg. 1993, I S. 4047) und im Fall Lotteriekonzession (EuGH, Rs. C-272/91, Slg. 1994, S. I-1409) ging es um die Bindung der Aufsichtsbehörde an die von Selbstständigen ermittelten Feststellungen.

⁴⁰⁷ EuGH, Rs. 147/86, (Frotistiria), Slg. 1988, S. 1637.

⁴⁰⁸ EuGH, Rs. C-3/88, (Datenverarbeitung), Slg. 1989, S. 4035.

⁴⁰⁹ Maßstab im einschlägigen Urteil war zwar der Art. 39 Abs. 4 EG, die Grundsätze sind aber insoweit identisch: EuGH, Rs. C-405/01 (Spanische Seekapitäne), Slg. 2003, S. I-10391, Rn. 44 ff.

⁴¹⁰ EuGH, Rs. C-405/01 (Spanische Seekapitäne), Slg. 2003, S. I-10391, Rn. 44 ff.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

3. Die Tätigkeit der Bezirksschornsteinfegermeister in Ansehung der gemeinschaftsrechtlichen Kriterien

Wie bereits festgestellt,⁴¹¹ führt die hoheitliche Ausgestaltung einer Tätigkeit nach nationalem Recht nicht unmittelbar zur Anwendung des Art. 45 EG. Zu klären bleibt daher, ob die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters in Ansehung der oben dargestellten gemeinschaftsrechtlichen Kriterien des EuGH unter die Bereichsausnahme des Art. 45 EG zu subsumieren sind.

a) Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters mit besonderen Befugnissen

Gegebenenfalls kann sich der Bezirksschornsteinfegermeister bei der Ausübung seiner Tätigkeiten besonderer Handlungsformen bedienen.

aa) Erlass von Verwaltungsakten

Wenn beispielsweise ein Selbstständiger mit der Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten beliehen ist, dann ist dies ein gewichtiges Indiz für die Inanspruchnahme von Sonderbefugnissen.⁴¹² Entscheidend ist allerdings weniger die Handlungsform als solche, sondern, ob das Handeln dauerhafte Rechtsfolgen zu begründen vermag. Wie bereits festgestellt, sind die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht mit der Befugnis verbunden, Verwaltungsakte zu erlassen.⁴¹³

Als Indiz für die Ausübung von öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG kann aber nur unmittelbar bindendes Handeln herangezogen werden.

bb) Datenübermittlung nach § 19 SchfG

Der Bezirksschornsteinfegermeister kann nach § 19 SchfG darüber entscheiden, ob die Voraussetzungen einer Weitergabe von erhobenen persönlichen und technischen Daten vorliegen und gegebenenfalls an wen Daten weitergegeben werden. Die Entscheidungsgewalt, die dem Bezirksschornsteinfegermeister insoweit zugestanden wird, könnte gegebenenfalls die Einordnung bestimmter Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt bewirken. Nach § 19 Abs. 1 SchfG ist der Bezirksschornsteinfegermeister zur personen- und anlagenbezogenen Datenermittlung und -aufzeichnung ermächtigt. Darüber hinaus kann er nach § 19 Abs. 3 SchfG diese Daten an öffentliche Stellen und nach § 19 Abs. 4 SchfG an nicht öffentliche Stellen übermitteln. Bei der Datenübermitt-

⁴¹¹ Siehe oben § 4 II. 2. a).

⁴¹² *Henssler/Kilian*, EuR 2005, S. 192 (207).

⁴¹³ Siehe hierzu ausführlich oben § 3 IV. 1) b) cc).

lung an nicht öffentliche Stellen besitzt der Bezirksschornsteinfegermeister kein eigenes Initiativrecht, sodass der Bezirksschornsteinfegermeister die gesonderte Zustimmung der zuständigen Behörde benötigt, um Daten weiterzugeben.⁴¹⁴ Da der Datenübermittlung an nichtöffentliche Stellen ein besonders vorgeschriebenes Verfahren vorgeschaltet ist und sich die Entscheidungsgewalt des Bezirksschornsteinfegermeisters hier sehr stark verengt, fehlt dieser Tätigkeit der obrigkeitliche Charakter und wird an dieser Stelle nicht weiter überprüft werden.

Die Befugnis zur Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen kann hingegen als Indiz für die Ausübung von öffentlicher Gewalt gewertet werden, wenn sie Ausdruck des in der nationalen Verwaltung geltenden Grundsatzes der „Einheit der Verwaltung“ ist.⁴¹⁵ Dann würde an dieser Stelle eine besondere Einbindung der Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters in die öffentliche Verwaltung erfolgen. Die Datenübermittlung des Bezirksschornsteinfegermeisters an öffentliche Stellen erfolgt allerdings primär zur Erfüllung der ihm nach § 13 SchfG zugewiesenen Aufgaben. Die Behörde kann erst aufgrund der übermittelten Daten bestimmte Entscheidungen fällen. Die zuständigen Behörden bedürfen sozusagen der durch den Bezirksschornsteinfegermeister aufgearbeiteten Daten; sie machen sich also die besondere Sachkenntnis des Bezirksschornsteinfegermeisters zunutze. Darüber hinaus ist die Datenübermittlung aufgrund der datenschutzrechtlichen Belange mit Blick auf § 19 Abs. 3 SchfG auch nur in begrenztem Umfang zulässig.

Die Datenübermittlung des Bezirksschornsteinfegermeisters ist also nur als vorbereitende Tätigkeit einer Behördenentscheidung zu bewerten, sodass sie nicht als Indiz für die Ausübung von öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG gewertet werden kann.⁴¹⁶

cc) Betretungsrecht nach § 1 Abs. 3 SchfG

Der Bezirksschornsteinfegermeister kann unter Einschränkung des Grundrechts aus Art. 13 GG nach § 1 Abs. 3 SchfG Zutritt zu Grundstücken und Räumen verlangen.⁴¹⁷ Gegebenenfalls kann dies als Indiz für das Vorhandensein hoheitlicher Befugnisse gewertet werden. Wie oben festgestellt, bedarf die Durchsetzung des Betretungsrechts allerdings einer Verfügung der zuständigen Verwaltungsbehörde, sodass allein ein besonders geregeltes Zutrittsrecht die An-

⁴¹⁴ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 19 SchfG, Rn. 19.

⁴¹⁵ Zu diesem Begriff: *Haverkate*, DöV 1987, S. 1058 f.

⁴¹⁶ Nach einer anderen Ansicht verbürgt sich der Staat selbst für die ermittelten Daten und hat daher ein durch Art. 45 EG geschütztes Interesse daran, dass nur eigene Staatsangehörige diese Daten ermitteln und weiterleiten. So etwa *Wittkopp*, Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte, S. 190 f.

⁴¹⁷ Siehe hierzu oben § 3 IV. 1. b) cc) (1).

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

wendung von Art. 45 EG auf den Bezirksschornsteinfegermeister nicht begründen kann.⁴¹⁸

b) Rechtsnatur der Beziehung zwischen Bezirksschornsteinfegermeister und Grundstückseigentümer

Möglicherweise hat die Rechtsnatur der Beziehung zwischen Grundstückseigentümer und Bezirksschornsteinfeger Auswirkung auf die Beurteilung der Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn es von einem Über- und Unterordnungsverhältnis geprägt wäre. Für ein Handeln im Subordinationsverhältnis spricht, dass in der Kehr- und Überprüfungsordnung im Einzelnen vorgeschrieben wird, welche Anlagen zu kehren und zu überprüfen sind und wie oft diese Arbeiten vom Bezirksschornsteinfegermeister ausgeführt werden müssen.⁴¹⁹ Darüber hinaus spricht für ein Subordinationsverhältnis, dass der Eigentümer einer überprüfungspflichtigen Anlage keine Wahl zwischen unterschiedlichen Schornsteinfegermeistern hat. Schließlich kann das Entgelt für die Arbeiten der Schornsteinfeger nicht frei zwischen Hauseigentümer und Schornsteinfegermeister vereinbart werden, sondern wird vielmehr anhand der Kehr- und Überprüfungsgebührenordnung ermittelt.⁴²⁰

Bezüglich des Rechtsverhältnisses als Ganzes muss, wie bereits festgestellt wurde, differenziert werden: hinsichtlich der in § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG aufgeführten Aufgaben ist das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich, im Übrigen privat-rechtlich.⁴²¹

Die privatrechtliche Rechtsbeziehung bei den „normalen“ Kehrarbeiten spricht gegen die Anwendung des Art. 45 EG.⁴²² Somit fallen die Tätigkeiten gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1, 4 und 5 SchfG, die auf privatrechtlicher Grundlage durchgeführt werden, auch nicht unter die Bereichsausnahme.

Fraglich ist aber, ob für die staatlichen Aufgaben aus § 3 Abs. 2 Satz 2 SchfG etwas anderes gilt. Die bloße Wahrnehmung einer Staatsaufgabe allein reicht für die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Europarechts nicht aus.⁴²³ Wie bereits festgestellt sind die Bezirksschornsteinfegermeister bei diesen Tätigkeiten aber auch nur mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen beliehen.⁴²⁴

⁴¹⁸ Zur Auswirkung eines zweistufigen Verfahrens auf die Anwendung von Art 45 EG siehe § 4 II. 2. c) aa).

⁴¹⁹ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 1 SchfG, Rn. 15.

⁴²⁰ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 1 SchfG, Rn. 15.

⁴²¹ Vgl. hierzu oben ausführlich § 3 IV. 1. a)

⁴²² EuGH, Rs. C-114/97 (Sicherheitsdienst I), Slg. 1998, S. I-6717.

⁴²³ Freitag, Das Beleihungsverhältnis, S. 126.

⁴²⁴ Siehe oben § 3 IV. 1. b) cc).

Teilweise wird argumentiert, dass Tätigkeiten, die mit Befugnissen zu öffentlich-rechtlichem Handeln verbunden sind, also auch Tätigkeiten mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen, unmittelbar als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG zu beurteilen sind.⁴²⁵

Konsequenz der Betrachtungsweise, sämtliches schlicht-hoheitliches Handeln als von Art. 45 EG erfasst anzusehen, wäre, dass alle Tätigkeiten, ausgeführt durch nach deutscher Rechtsordnung Beliehenen, von Art. 45 EG erfasst sind.

Dieses Ergebnis muss am Telos des Art. 45 EG überprüft werden. Durch Art. 45 EG soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit belassen werden, die Ausübung bestimmter Tätigkeiten ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.⁴²⁶ Diese Möglichkeit soll nach dem Verständnis des EuGH über einen Kernbereich nicht hinausgehen.⁴²⁷ Dafür diesen Kernbereich möglichst eng auszulegen, spricht auch der zunehmende Fortschritt der europäischen Integration, der eine Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen bei der Wahrnehmung bestimmter Tätigkeiten immer weniger verständlich erscheinen lässt.⁴²⁸ Dies spricht auch gegen eine generelle Subsumtion aller Beleihungskonstellationen unter die Bereichsausnahme.

So kommt auch die h.M. in der Literatur in Auseinandersetzung mit den Kriterien des EuGH zu dem Ergebnis, dass das schlicht-hoheitliche Handeln nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 45 EG fällt.⁴²⁹ Diese Auslegung findet auch Bestätigung in der Rechtsprechung des EuGH.⁴³⁰

Da die Beleihung des Bezirksschornsteinfegermeisters keine obrigkeitlichen Kompetenzen umfasst, kann allein aus der Rechtsbeziehung zwischen dem Bezirksschornsteinfegermeister und den Hauseigentümern nicht auf die Ausübung von öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG geschlossen werden.

⁴²⁵ *Hailbronner*, NJW 1991, S. 593 (596 f.); *Burgi*, JuS 1996, S. 958 (960 f.); *Burgi*, NZBau 2002, S. 57 (61).

⁴²⁶ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 45 EG, Rn. 1.

⁴²⁷ Vgl. EuGH, Rs. 147/86 (KOM/Griechenland), Slg. 1988, S. 1637, Rn. 7.

⁴²⁸ *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 125 f.

⁴²⁹ *Jarass*, RIW 1993, S. 1 (4); *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 45 EG, Rn. 5; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 157 f.; differenzierend demgegenüber *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 45 EG, Rn. 8.

⁴³⁰ EuGH, Rs. 147/86 (Privatschulen), Slg. 1986, S. 1637, Rn. 9.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

- c) Sind die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters lediglich vorbereitender oder technischer Natur?

Wenn die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters über eine lediglich vorbereitende und technische Funktion hinaus geeignet ist, im Entscheidungsprozess der Verwaltungsbehörde Bindungswirkung zu erzeugen, so gilt dies als Indiz für die Ausübung öffentlicher Gewalt. Beispielhaft soll hier auf die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters bei der Rohbauabnahme eingegangen werden. Die hoheitliche Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters beschränkt sich hier aber auf seine besondere Sachkenntnis als Sachverständiger und es bleibt der Baugenehmigungsbehörde unbenommen, eine durch den Schornsteinfegermeister verweigerte Schornsteinabnahme durch eigene Erklärung zu ersetzen.⁴³¹ Die Tätigkeiten der Bezirksschornsteinfegermeister haben also keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit gegenüber den Behörden und können daher nicht unter Art. 45 EG subsumiert werden.

- d) Haben die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters Außenwirkung gegenüber einem Bürger?

Angesichts dessen, dass die Bezirksschornsteinfegermeister schwerpunktmäßig mit Außenwirkung gegenüber denkehr- und überprüfungspflichtigen Bürgern in ihren Kehrbezirken handeln, kann angeführt werden, dass das Kriterium der mangelnden Außenwirkung jedenfalls nicht zur Argumentation gegen die Anwendung des Art. 45 EG auf die Tätigkeiten der Bezirksschornsteinfegermeister angeführt werden kann.

4. Zusammenfassung

Da die Tätigkeiten und Aufgaben des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht mit obrigkeitlichen Kompetenzen verbunden sind und es letztlich bei der Beleihung des Bezirksschornsteinfegermeisters um die Indienststellung seines besonderen Sachverständnisses geht, sind die Tätigkeiten der Bezirksschornsteinfegermeister nicht unter Art. 45 EG zu fassen.

Festzuhalten ist, dass, selbst wenn einzelne Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters von der Bereichsausnahme des Art. 45 EG erfasst sein sollten, nie der gesamte Beruf des Schornsteinfegermeisters aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG und über Art. 55 EG auch nicht aus dem der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EG herausfällt.⁴³²

Für das hier gefundene Ergebnis spricht auch die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, den § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG zu ändern. Nach § 4 Abs. 2

⁴³¹ Vgl. schon oben § 3 IV. 1. b) cc) (2); *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 3 SchfG, Rn. 6.

⁴³² A. A. *Schöne*, Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht, S. 149.

§ 4 Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Nr. 2 SchfG a. F. war die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister nur Deutschen im Sinne des Art. 116 GG vorbehalten. Durch die Änderung des § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG und des § 1 Nr. 4 VOSch wurde die Gesetzeslage dahingehend geändert, dass auch den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum die Möglichkeit zur selbstständigen Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks als Bezirksschornsteinfeger offensteht.⁴³³

Die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters fallen nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 45 EG, somit ist der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für das Schornsteinfegerhandwerk in Deutschland eröffnet.⁴³⁴

⁴³³ Zweites Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften, vom 25. März 1998, BGBl. I 1998, S. 596.

⁴³⁴ Im Ergebnis ähnlich: *Grüb*, Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, S. 206 ff.

III. Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben mit Bezug zu einer dauerhaften Niederlassung als Schornsteinfeger

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG ist die Beseitigung von Hindernissen für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten eines der wesentlichen Ziele der Gemeinschaft.⁴³⁵ Damit soll Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten grundsätzlich die Möglichkeit offen stehen, als Selbstständige oder abhängige Beschäftigte ihren Beruf in einem anderen Mitgliedstaat als dem auszuüben, in dem sie z.B. ihre Berufsqualifikation erworben haben.

Der Art. 47 EG enthält daher eine umfassende Kompetenz zum Erlass von Richtlinien, um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und über Art. 55 EG auch im Hinblick auf den freien Dienstleistungsverkehr zu erleichtern.⁴³⁶ Es soll also durch sekundäres Recht sowohl der Marktzugang als auch das Marktverhalten nach dem Zugang europaweit koordiniert und erleichtert werden.

1. Verstoß durch Regelungen in der EU/EWR HwV

Die EU/EWR HwV könnten mit ihren Regeln zum Marktzugang für selbstständige Handwerksmeister einen Verstoß gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht darstellen.

In Deutschland bedarf es für den selbstständigen Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe nach § 1 Abs. 1 HwO der Eintragung in die Handwerksrolle. Die Eintragung in die Handwerksrolle ist gem. § 7 Abs. 1 a HwO an das Bestehen der Meisterprüfung geknüpft.⁴³⁷ Ausnahmsweise kann gem. § 7 Abs. 3 HwO die Eintragung in die Handwerksrolle auf der Basis einer Ausnahmegewilligung nach § 8 Abs. 1 oder § 9 Abs. 1 oder aufgrund einer Bescheinigung nach § 9 Abs. 2 HwO für das zu betreibende Handwerk erfolgen.

Der § 9 HwO mit der durch ihn eröffneten Möglichkeit eine Ausnahmegewilligung zu erlangen und die sich auf diesen begründende Rechtsverordnung des Bundeswirtschaftsministers (Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz gelten-

⁴³⁵ Vertiefend *Zuleeg*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 3 EG, Rn. 3.

⁴³⁶ Siehe zum Anwendungsbereich von Art. 47 EG eingehend *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 47 EG, Rn. 3; *Schlag*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 47 EG, Rn. 4

⁴³⁷ Hiervon sind allerdings nur die zulassungspflichtigen Handwerke gem. § 1 Abs. 2 HwO i.V.m. der Anlage A zur HwO erfasst.

den Voraussetzungen in die Handwerksrolle)⁴³⁸ dient der Umsetzung mehrerer auf der Basis des Art. 47 EG erlassenen Richtlinien zur Anerkennung von in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen Befähigungsnachweisen. Danach können Staatsangehörige eines Mitgliedstaates einen Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung für ein Gewerbe der Anlage A der Handwerksrolle auf § 9 HwO in Verbindung mit der EU/EWR HwV stützen.⁴³⁹

Liegen die in der Verordnung genannten Voraussetzungen vor, erhält der Handwerker die Ausnahmegewilligung.⁴⁴⁰ Er braucht weder eine Meisterprüfung abzulegen noch Kenntnisse und Fertigkeiten etwa durch einen Eignungstest nachzuweisen und kann ohne weitergehende Prüfung in die Handwerksrolle eingetragen werden.⁴⁴¹

Nach § 1 Abs. 2 HwO in Verbindung mit Nr. 12 der Anlage A zur HwO gehört das Gewerbe der Schornsteinfeger zu den zulassungspflichtigen Handwerksbetrieben.⁴⁴² Daraus folgt, dass ein Schornsteinfeger aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, der sich in Deutschland mit diesem Handwerk niederlassen möchte, grundsätzlich eine Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO bedarf, um in die Handwerksrolle eingetragen zu werden.

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung sind abschließend in der EU/EWG HwV festgelegt, sodass bei Erfüllung dieser Kriterien die Ausnahmegewilligung zu erteilen ist.⁴⁴³

⁴³⁸ Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen in die Handwerksrolle (im Folgenden: EU/EWR HwV) vom 4. 8. 1966 (BGBl. I 1966, S. 469), in der Fassung vom 20. 12. 2007 (BGBl. I 2007, S. 3075).

⁴³⁹ *Klinge*, GewArch. 1983, S. 290 (294).

⁴⁴⁰ *Klinge*, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 230.

⁴⁴¹ *Meyer*, GewArch. 2001, S. 265 (266).

⁴⁴² Anlage A Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können (§ 1 Abs. 2 HwO), BGBl. I 2003, S. 2945–2946.

⁴⁴³ *Klinge*, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 229 f.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

a) Maßgebliches Gemeinschaftsrecht

Fraglich ist zunächst, welches sekundäre Gemeinschaftsrecht die Grundlage für die europarechtliche Überprüfung der EU/EWG HwV bildet.

Die EU/EWR HwV wurde in ihrer ganz ursprünglichen Fassung zur Umsetzung der Richtlinie 64/427/EWG im Jahr 1963 erlassen.⁴⁴⁴ Seit dieser Zeit wurde das einschlägige sekundäre Gemeinschaftsrecht mehrfach geändert und ergänzt, sodass sie in ihrer derzeitigen Fassung der Umsetzung der Berufsanererkennungsrichtlinien RL 2005/36/EG⁴⁴⁵ dient. Die Berufsanererkennungsrichtlinie fasst die zahlreichen Einzelrichtlinien für die Anerkennung von Qualifikationen für einzelne Berufe und Tätigkeiten zusammen und entwickelt die bisherigen allgemeinen Anerkennungsrichtlinien⁴⁴⁶ weiter, indem sie ausweislich ihres neunten Erwägungsgrundes die geltenden Grundsätze vereinheitlichen sowie die geltenden Bestimmungen neu ordnen und straffen will.⁴⁴⁷

Der Art. 4 Abs. 1 RL 2005/36/EG bestimmt, dass die Anerkennung der Berufsqualifikation durch den Aufnahmestaat es dem Begünstigten ermöglicht, in diesem Staat denselben Beruf aufzunehmen, wie den, für den er sich in seinem Herkunftsstaat qualifiziert hat. Den erlernten Beruf darf der Begünstigte dann unter denselben Voraussetzungen wie ein Inländer ausüben. Hierin zeigt sich die Differenzierung zwischen zwei grundsätzlichen Prinzipien: Auf der einen Seite das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zum Zwecke des Marktzugangs, auf der anderen Seite das Bestimmungslandprinzip, also das Gebot der Inländergleichbehandlung, für das Marktverhalten nach dem Zugang.⁴⁴⁸

Klarstellend wird in Art. 4 Abs. 2 RL 2005/36/EG darauf verwiesen, dass die Anerkennung nur bei der Ausübung vergleichbarer Tätigkeiten erfolgen kann.⁴⁴⁹

Die Berufsanererkennungsrichtlinie war nach den Art. 63 Abs. 1 und 64 der RL 2005/36/EG bis zum 20. 10. 2007 in nationales Recht umzusetzen. Da der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie zum 20. 12. 2007 umgesetzt hat, ist die bestehende EU/EWR HwV an der Berufsanererkennungsrichtlinie zu messen.⁴⁵⁰

⁴⁴⁴ BGBI I 1963, S. 469.

⁴⁴⁵ RL 2005/36/EG vom 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. EU Nr. L 255, S. 22, 2007 Nr. L 271, S. 18, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1430/2007 der Kommission vom 5. 12. 2007 (AbI. EU Nr. L 320, S. 3).

⁴⁴⁶ Zur bisherigen Entwicklung *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2164 ff. und *Stork*, WiVerw 2006, S. 152 (153 ff.).

⁴⁴⁷ *Frenz*, GewArch. 2007, S. 10 (14); *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 52 EG, Rn. 63.

⁴⁴⁸ *Kluth/Rieger*, GewArch. 2006, S. 1 (5).

⁴⁴⁹ *Stork*, WiVerw 2006, S. 152 (157).

⁴⁵⁰ Zur fehlenden Umsetzung für den Bereich des Handwerks *Frenz*, DVBl. 2007, S. 347 (349).

b) Anwendungsbereich der RL 2005/36/EG

Der Anwendungsbereich der RL 2005/36/EG müsste bezüglich des Schornsteinfegerhandwerks eröffnet sein. Nach Art. 2 der RL 2005/36/EG gilt die Richtlinie für alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die als Selbstständige oder abhängig Beschäftigte, einschließlich der Angehörigen der freien Berufe, einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sie ihre Berufsqualifikation erworben haben, ausüben wollen.

aa) Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats
als Selbstständiger oder abhängig Beschäftigter

Wie bereits festgestellt, ist es grundsätzlich vorstellbar, dass ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaates als Selbstständiger im Bereich des Schornsteinfegerhandwerks in Deutschland tätig werden will.⁴⁵¹ Demnach ist der Anwendungsbereich der Richtlinie in Bezug auf das Schornsteinfegerhandwerk eröffnet, wenn der Schornsteinfegerberuf ein reglementierter Beruf im Sinne der Richtlinie ist und der Beruf des Schornsteinfegers nicht aus dem Anwendungsbereich der Berufsankennungsrichtlinie ausgenommen ist.⁴⁵²

bb) Reglementierter Beruf und keine Ausnahme

Ein reglementierter Beruf ist nach Art. 3 Abs. 1 lit. a) der RL 2005/36/EG eine berufliche Tätigkeit oder eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, bei der die Ausnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Zu den hier relevanten Berufsqualifikationen gehören sowohl Ausbildungsnachweise für Abschlüsse, die von einer Behörde ausgestellt wurden, als auch Befähigungsnachweise im Sinne von anderweitigen Prüfungszeugnissen oder Berufserfahrungen.⁴⁵³

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SchfG darf zum Bezirksschornsteinfegermeister nur bestellt werden, wer in die Bewerberliste eingetragen ist. Die Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste sind in § 1 VOSch geregelt. Nach § 1 Nr. 1 VOSch ist die Eintragung in die Bewerberliste davon abhängig, dass der Antragsteller im Geltungsbereich der Verordnung die Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk abgelegt hat. Bei einer außerhalb des Geltungsbereichs der Verordnung abgelegten Meisterprüfung ist deren Gleichwertigkeit mit der deutschen Meisterprüfung entscheidend. In Deutschland ist der Zugang

⁴⁵¹ Siehe oben § 4 I. 2.

⁴⁵² So sind Rechtsanwälte und Notare aus dem Anwendungsbereich der RL 2005/36/EG ausgenommen.

⁴⁵³ Kluth/Rieger, EuZW 2005, S. 486 (487).

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

zum Beruf des Schornsteinfegers direkt an den beruflichen Qualifikationsnachweis der Meisterprüfung gebunden.

Somit übt ein Schornsteinfeger in Deutschland einen reglementierten Beruf im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. a) der RL 2005/36/EG aus. Da für den Beruf des Schornsteinfegers in der Richtlinie auch keine Ausnahmeregelung getroffen wurde, ist der Anwendungsbereich der Berufsankennungsrichtlinie eröffnet.

c) Die EU/EWR HwV in Ansehung der Berufsankennungsrichtlinie

In Deutschland ist, wie erwähnt, die Niederlassung in einem reglementierten Handwerksberuf für EU-Ausländer von der erfolgreichen Durchführung eines Anerkennungsverfahrens nach den §§ 7 Abs. 3, 9 HwO in Verbindung mit den Vorgaben der EU/EWR HwV abhängig. Die EU/EWR HwV müsste folglich den in der RL 2005/36/EG aufgestellten Voraussetzungen entsprechen.

aa) Vorgaben der Berufsankennungsrichtlinie

Im Titel III der RL 2005/36/EG sind die Voraussetzungen für die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Falle der Errichtung einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, geregelt. Dieser Titel unterteilt sich in vier Kapitel, wobei in den ersten drei Kapiteln bestimmte Anerkennungsmodalitäten festgelegt werden. Kapitel I ist gem. Art. 10 der RL 2005/36/EG subsidiär gegenüber den übrigen Kapiteln anzuwenden. Die Differenzierung durch die unterschiedlichen Kapitel knüpft an die unterschiedlichen Harmonisierungsgrade bei den einzelnen Berufen an.⁴⁵⁴

Das dritte Kapitel regelt die automatische Anerkennung von Berufsqualifikationen in den Berufen, in denen die Anforderungen an die Ausbildung bereits durch bestehende berufsspezifische Richtlinien harmonisiert wurden und die im Anhang V der Richtlinie einzeln aufgeführt sind.⁴⁵⁵

Die zweite Gruppe von Berufen ist in Kapitel II geregelt und erfasst den weiten Bereich von Berufen in Handwerk, Industrie und Handel, die stark unterschiedlichen Anforderungen in den einzelnen Mitgliedstaaten unterworfen sind.⁴⁵⁶ In diesem Bereich erfolgt keine Mindestharmonisierung der Berufsqualifikation, sondern eine Anerkennung von Berufserfahrung.⁴⁵⁷ Die unterschiedlichen Berufsgruppen sind in den Verzeichnissen I bis III des Anhangs IV

⁴⁵⁴ Siehe hierzu ausführlich *Kluth/Rieger*, EuZW 2005, S. 486 (487 ff.).

⁴⁵⁵ Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 10/2005 vom Rat festgelegt am 21. 12. 2004 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. der EU Nr. C 58 E vom 8. 3. 2005, S. 1 ff., Rn. 6.

⁴⁵⁶ *Kluth/Rieger*, GewArch. 2006, S. 1 (7).

⁴⁵⁷ *Kluth/Rieger*, EuZW 2005, S. 486 (488).

der Richtlinie aufgeführt, der Abgrenzung liegen verschiedene Arten der Berufserfahrung zugrunde.⁴⁵⁸

Wird eine Berufsqualifikation nicht den in Kapitel II oder III aufgestellten Anforderungen gerecht oder kann sie nicht einem der dort geregelten reglementierten Berufe zugeordnet werden, so findet das Kapitel I des Titels über die Niederlassungsfreiheit Anwendung.⁴⁵⁹ Die Richtlinie soll insoweit bisher bestehende Lücken in der Möglichkeit der Berufsankennung schließen.⁴⁶⁰ Nach Art. 13 der RL 2005/36/EG müssen die Mitgliedstaaten auch in diesem Bereich Berufsqualifikationen, die in anderen Mitgliedstaaten erworben wurden, anerkennen. Hinsichtlich dieser Modalität der Anerkennung von Befähigungs- und Ausbildungsnachweisen werden fünf verschiedene Gruppen in Art 11 der Richtlinie RL 2005/36/EG nach dem Niveau der Befähigungsnachweise unterschieden.⁴⁶¹ Sie reichen von der Anerkennung des schlichten behördlichen Befähigungsnachweises aus dem Herkunftsland bis hin zum Verfahren der Anerkennung eines mindestens vierjährigen Universitätsstudiums.⁴⁶²

bb) Anwendung der Richtlinie auf den Schornsteinfegerberuf

Da der Schornsteinfegerberuf im Anhang V der Richtlinie nicht ausdrücklich aufgeführt ist und auch sonst keine bestehende berufsspezifische Richtlinie einschlägig ist, erfolgt keine automatische Anerkennung einer Qualifikation im Schornsteinfegerhandwerk nach dem dritten Kapitel des Titels über die Anerkennung von Befähigungsnachweisen bei Gründung einer Niederlassung.

Fraglich ist, ob sich die Anerkennung von Qualifikationen nach dem zweiten Kapitel richtet und sich demnach an der Berufserfahrung des Niederlassungswilligen orientiert. Der Schornsteinfegerberuf gehört zwar zum Handwerk, allerdings wird er von den Verzeichnissen I–III des Anhangs IV, der für die Anerkennung von Berufserfahrung nach Kapitel II der Richtlinie maßgeblich ist, nicht erfasst.

Für den Schornsteinfegerberuf ist weder das Kapitel III noch das Kapitel II des Titels über die Niederlassungsfreiheit einschlägig, sodass für die Anerkennung der in diesem Beruf erlangten Qualifikationen das Kapitel I maßgeblich ist.

Nach Art. 13 der RL 2005/36/EG müssen die Mitgliedstaaten Berufsqualifikationen, die in einem anderen Mitgliedstaat erworben wurden, grundsätzlich anerkennen. Das Anerkennungsverfahren für die Qualifikation im Schornstein-

⁴⁵⁸ Kluth, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 52 EG, Rn. 64.

⁴⁵⁹ Vgl. Erwägungsgrund 17 zur RL 2005/36/EG.

⁴⁶⁰ *Stumpf*, DZWIR 2006, S. 99 (104 f.).

⁴⁶¹ Siehe zu den Gruppen ausführlich *Stork*, WiVerw 2006, S. 152 (163 ff.); aber auch *Kluth/Rieger*, EuZW 2005, S. 486 (488).

⁴⁶² *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 52 EG, Rn. 64.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

fegerhandwerk hat sich folglich nach den Vorgaben, die in Kap. I des Titels III festgehalten sind, zu richten.

Das Anerkennungsverfahren im Aufnahmestaat selbst ist gem. Art. 51 der Berufsanerkennungsrichtlinie von der zuständigen Stelle durchzuführen.⁴⁶³

- cc) Die Anerkennung als Schornsteinfeger in Deutschland nach der EU/EWR HwV und die Vorgaben der Berufsanerkennungsrichtlinie

Für die Fälle der Niederlassung ist das Anerkennungsverfahren von Berufsqualifikationen in einem Handwerksberuf in den §§ 1 und 3 EU/EWG HwV geregelt. In der Fassung der EU/EWR HwV bis zum 20. 12. 2007 war das Schornsteinfegerhandwerk gänzlich aus dem Anwendungsbereich der EU/EWR HwV herausgenommen.

Da die Berufsanerkennungsrichtlinie die Anerkennung von Qualifikationen in reglementierten Berufen umfassend regelt und insoweit auch keine Ausnahme für das Schornsteinfegerhandwerk getroffen wurde, stand die Herausnahme des Schornsteinfegerhandwerks aus dem Anerkennungsverfahren durch die EU/EWR HwV im Widerspruch zur Richtlinie. Diese Ausnahme für das Schornsteinfegerhandwerk war als Verstoß gegen die Berufsanerkennungsrichtlinie nicht gerechtfertigt. Durch die Neufassung der EU/EWR HwV sollte diesem Defizit abgeholfen werden.

Für die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Schornsteinfegerhandwerk im Zusammenhang mit einer dauerhaften Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union⁴⁶⁴ werden über die Anforderungen der §§ 1–6 EU/EWR HwV keine besonderen Verfahren vorgesehen. Damit erfolgt die Anerkennung im Schornsteinfegerhandwerk auf dem „standardisierten“ Weg und verstößt somit auch nunmehr nicht mehr gegen die Anforderungen der Berufsanerkennungsrichtlinie.

⁴⁶³ Kluth/Rieger, EuZW 2005, S. 486 (488).

⁴⁶⁴ Oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz.

2. Verstoß durch den § 1 Nr. 1 VOSch

Allerdings könnte der § 1 Nr. 1 VOSch in seiner geltenden Fassung gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht verstoßen.

Da der Regelungsgehalt dieser Norm die selbstständige Aufnahme des Schornsteinfegerberufs und die Anerkennung von Befähigungsnachweisen betrifft, ist die Berufsanerkennungsrichtlinie das prüfungsrelevante Sekundärrecht. Der Anwendungsbereich der Berufsanerkennungsrichtlinie ist für das Schornsteinfegerhandwerk eröffnet.⁴⁶⁵

Nach § 4 Abs. 1 SchfG sind Bewerber, die sich als Bezirksschornsteinfegermeister bestellen lassen wollen, auf Antrag in die Bewerberliste einzutragen. Die Eintragung in die Bewerberliste ist gem. § 5 SchfG Voraussetzung für die selbstständige Ausübung der Tätigkeit als Bezirksschornsteinfegermeister. Bezüglich der Eintragung in die Bewerberliste wird durch § 4 Abs. 2 SchfG festgelegt, dass dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie die Kompetenz und Aufgabe zukommt, eine Rechtsverordnung zu erlassen, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Bewerberliste festschreibt. § 4 Abs. 2 SchfG ist eine Verordnungsermächtigung. Von ihr wurde durch Erlass der VOSch Gebrauch gemacht.

Die Eintragung in die Bewerberliste setzt gem. § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG zunächst voraus, dass der Bewerber die Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk abgelegt haben muss. § 1 Nr. 1 VOSch konkretisiert dieses Erfordernis insoweit, dass der Bewerber die Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk im Geltungsbereich der Verordnung, also im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, abgelegt hat. Hiervon wird gem. § 1 Nr. 1 VOSch eine Ausnahme zugelassen, wenn der Antragsteller eine Meisterprüfung im Ausland abgelegt hat und diese von der zuständigen Verwaltungsbehörde als gleichwertig anerkannt wurde.

Durch diese Regelung wird die Qualifikation eines Bewerbers einer erneuten Prüfung unterworfen, wobei Inhalt und Form der Prüfung mit der deutschen Meisterprüfung verglichen werden sollen. Unter Zugrundelegung der Rechtsvorschriften über die deutsche Meisterprüfung soll untersucht werden, ob der Bewerber bei der von ihm bestandenen Prüfung in etwa gleiche Kenntnisse und Fertigkeiten nachzuweisen hat.⁴⁶⁶ Es ist davon auszugehen, dass die zuständige Behörde im Verfahren nach § 1 Nr. 1 VOSch nicht der Behörde im Verfahren nach den §§ 7 Abs. 3, 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV entspricht und, dass die Verfahren nach geltender Rechtslage getrennt erfolgen.

Der Angehörige eines europäischen Mitgliedstaates hat aber in der Regel schon das Prüfungsverfahren nach § 9 HwO durchlaufen, um eine Ausnahme-

⁴⁶⁵ Vgl. Ausführungen unter § 4 III. 1. b).

⁴⁶⁶ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 7.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

bewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle zu erhalten.⁴⁶⁷ Die Prüfung nach § 9 HwO erfolgt umfassend. Führt diese vergleichende Prüfung zu der Feststellung, dass die im Ausland erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprechen, so werden die Qualifikationen anerkannt.⁴⁶⁸ Führen sie zu dem Ergebnis, dass die Qualifikationen nur teilweise den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprechen, so können die zuständigen Behörden von dem Betroffenen den Nachweis verlangen, dass er die fehlenden Kenntnisse anderweitig erworben hat.⁴⁶⁹ Ist diese Prüfung einmal erfolgt und wurde die Qualifikation als gleichwertig anerkannt, so haben nachfolgende Behörden anzuerkennen, dass der Bewerber die Qualifikationserfordernisse erfüllt.⁴⁷⁰

Der § 1 Nr. 1 VOSch verstößt somit gegen das durch die Berufsanerkennungsrichtlinie konstatierte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen,⁴⁷¹ da sie über das Verfahren für eine Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO hinaus eine weitere kenntnisbezogene Prüfung vorschreibt. Damit stellt § 1 Nr. 1 VOSch einen Verstoß gegen die Berufsanerkennungsrichtlinie dar. Dieser Verstoß ist möglicherweise gerechtfertigt.

Die Mitgliedstaaten haben innerhalb eines gewissen Rahmens die Möglichkeit, Ausgleichsmaßnahmen vom Niederlassungswilligen zu verlangen.⁴⁷² So ermöglicht Art. 14 der Berufsanerkennungsrichtlinie für Fälle der deutlichen Unterschreitung des erforderlichen Niveaus, dass der Aufnahmemitgliedstaat Anpassungslehrgänge oder Eignungsprüfungen vorschreibt.⁴⁷³

Grundvoraussetzung für das Fordern einer Ausgleichsmaßnahme ist, dass die nachgewiesene Ausbildungsdauer mindestens ein Jahr unter der im Aufnahmemitgliedstaat geforderten Ausbildungsdauer liegt oder sich die bisherige Ausbildung auf wesentlich unterschiedliche Fächer gegenüber den im Aufnahmemitgliedstaat vorgeschriebenen bezieht oder die im Aufnahmemitgliedstaat praktizierte berufliche Tätigkeit im Herkunftsmitgliedstaat nicht reglementiert ist und daraus eine Ausbildung mit wesentlich anderen Fächern folgt.⁴⁷⁴

§ 1 Nr. 1 VOSch fordert, dass die im Ausland erworbene Qualifikation gleichwertig ist. Gleichwertigkeit ist gegeben, wenn zum Bestehen der beiden Prüfungen annähernd die gleichen Kenntnisse und Fertigkeiten beherrscht werden müssen. Liegt die Gleichwertigkeit mit der deutschen Meisterprüfung nicht

⁴⁶⁷ EuGH, Rs. C-31/00 (Dreessen II), Slg. 2002, S. I-663, Rn. 8 und 24 ff.

⁴⁶⁸ Die Einstufung erfolgt dem Ausbildungsniveau entsprechend Frenz, GewArch. 2007, S. 27.

⁴⁶⁹ EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassowpoulou), Slg. 1991, S. I-2357, Rn. 19 f.

⁴⁷⁰ EuGH, Rs. C-238/98 (Hocsman), Slg. 2000, S. I-6623, Rn. 36.

⁴⁷¹ Ausführlich zu diesem Prinzip Kluth/Rieger, GewArch. 2006, S. 1 (5 ff.).

⁴⁷² Vgl. dazu Erwägungsgrund 12 der RL 2005/36/EG.

⁴⁷³ Kluth/Rieger, EuZW 2005, S. 486 (488).

⁴⁷⁴ Frenz, GewArch. 2007, S. 27 (28).

§ 4 Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

vor, ist die Anerkennung zu versagen; in diesem Fall kann der Bewerber nicht in die Bewerberliste eingetragen werden.⁴⁷⁵

Die Prüfung nach § 1 Nr. 1 VOSch ist im Vergleich zu den Anforderungen an eine zulässige Ausgleichsmaßnahme nach der Berufsanerkenntnisrichtlinie zu starr. Eine automatische Anerkennung der Gleichwertigkeit der Ausbildung ist nicht vorgesehen. Die direkte Anerkennung soll nach der Berufsanerkenntnisrichtlinie aber die Regel sein. Die Ausschließlichkeit mit der der § 1 Nr. 1 VOSch formuliert ist, kann auch dem im Rahmen des Anerkennungsverfahrens strikt zu wahrenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht werden.

Die Regelung des § 1 Nr. 1 VOSch stellt somit einen nicht zu rechtfertigenden Verstoß gegen die Berufsanerkenntnisrichtlinie dar.

⁴⁷⁵ *Dohn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 715, § 4 SchfG, S. 8.

3. Ergebnis: Verstoß gegen Sekundärrecht mit Niederlassungsbezug

Die Regelung des § 1 Nr. 1 VOSch verstößt gegen die Berufsanerkennungsrichtlinie. Der Verstoß steht im Zusammenhang mit Regelungen, die die Aufnahme des Berufs des Schornsteinfegers in Deutschland bzw. den Marktzugang betreffen und ist nicht zu rechtfertigen.

Angesichts der Europarechtswidrigkeit ist zunächst an eine europarechtskonforme Auslegung zu denken. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung entnimmt der EuGH der grundsätzlichen Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten. Danach müssen auch nationale Behörden und Gerichte auf der Ebene der Rechtsanwendung die Erreichung der Ziele von Richtlinien sicherstellen und damit zur Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung beitragen.⁴⁷⁶

Jedoch sind der Möglichkeit einer europarechtskonformen Auslegung Grenzen gesetzt. Möglicherweise entfaltet die Berufsanerkennungsrichtlinie aber insoweit unmittelbare Wirkung in Deutschland. Im Gegensatz zu den Verordnungen besitzen Richtlinien zwar dem Wortlaut nach keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten, vgl. Art. 249 Abs. 3 EG, nach mittlerweile ganz herrschender Lehre,⁴⁷⁷ der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁴⁷⁸ und auch der Rechtsprechung des BVerfG⁴⁷⁹ können Richtlinien aber unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkung entfalten.⁴⁸⁰ In Bezug auf die Anerkennung von Befähigungsnachweisen für das Schornsteinfegerhandwerk ist die Berufsanerkennungsrichtlinie aber bereits durch die EU/EWR HwV umgesetzt worden, sodass für eine unmittelbare Wirkung der Berufsanerkennungsrichtlinie kein Raum mehr besteht.

Einer unmittelbaren Wirkung der Berufsanerkennungsrichtlinie bedarf es im vorliegenden Fall auch nicht, da auch in Ansehung der EU/EWR HwV eine europarechtskonforme, restriktive Auslegung des § 1 Nr. 1 VOSch grundsätzlich denkbar und geboten erscheint.

⁴⁷⁶ Zur Reichweite vgl. EuGH, Rs. 79/83 (Harz/Tradax), Slg. 1984, S. 1921; Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, S. 1891.

⁴⁷⁷ Darstellung der älteren Stellungnahmen *Oldenbourg*, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich, S. 50 ff.; *Bach*, JZ 1990, S. 1108.

⁴⁷⁸ Seit EuGH, Rs. 9/70 (Leberpfenning), Slg. 1970, S. 825 (837 ff.); konkreter EuGH, Rs. 41/74 (van Duyn), Slg. 1974, S. 1337 ff.

⁴⁷⁹ BVerfGE 75, S. 223 (235 ff.).

⁴⁸⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen *Streinz*, Europarecht, § 5, Rn. 443 ff.

IV. Verstoß gegen die primärrechtlichen Vorgaben der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG

1. Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit

Die rechtliche Ausgestaltung des deutschen Schornsteinfegerwesens könnte verbotene Einschränkungen der primärrechtlich gewährleisteten Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 Abs. 1 EG beinhalten.

a) Reichweite der Niederlassungsfreiheit

Vor einer spezifischen Prüfung gilt es festzustellen, in welchem Umfang Art. 43 EG die Niederlassungsfreiheit verbürgt.

Lange Zeit war nicht entschieden, ob die Niederlassungsfreiheit lediglich ein konkretisiertes Diskriminierungsverbot oder ein darüber hinausgehendes Beschränkungsverbot enthält.⁴⁸¹ Seit dem Urteil in der Rechtssache „Gebhard“ hat sich eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH zugunsten eines Behinderungsverbot herausgebildet.⁴⁸² Auch die neuere Literatur ist mittlerweile in Ansehung der Zielsetzung des Art. 43 EG der Rechtsprechung des EuGH gefolgt, sodass der Art. 43 EG als umfassendes Beschränkungsverbot Diskriminierungen und sonstige Behinderungen umfasst.⁴⁸³

Die Interpretation des Art. 43 EG als umfassendes Beschränkungsverbot überzeugt auch im Spiegel der allgemeinen Auslegungsmethoden. Die wörtliche Auslegung scheint zwar zunächst eine enge Auslegung des Art. 43 EG nahezu legen; nach Art. 43 Abs. 2 EG richtet sich die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit „nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine Angehörigen“.⁴⁸⁴ Allerdings wurde in Art. 43 Abs. 1 EG das Wort Beschränkungen verwandt, wohingegen im Allgemeinen Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EG nur mit dem Wort Diskriminierungen gearbeitet wird. Weiter deutet eine Gegenüberstellung von Art. 12 EG und Art. 43 EG auf eine weite Auslegung des Letzteren als Beschränkungsverbot hin, denn sollte sich Art. 43 EG in ei-

⁴⁸¹ Bröhmer, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 20 ff.; Umfassend zur Entwicklung in Rspr. und Schrifttum *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 249 ff. m.w.N.

⁴⁸² Die Wende kam eigentlich schon in der Rechtssache Kraus (EuGH, Rs. C-19/92, Slg. 1993, S. I-1663). Bestätigt und verstärkt wurde diese Linie aber erst mit: EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, S. I-4165; Rs. C-212/97 (Cebros), Slg. 1999, S. I-1459; EuGH, C-255/97 (Pfeiffer), Slg. 1999, S. I-2835; Rs. C-108/96 (MacQuen), Slg. 2001, S. I-837.

⁴⁸³ *Müller-Graff*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 57 m. w. N.

⁴⁸⁴ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 43 EG, Rn. 84.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

nem reinen Diskriminierungsverbot erschöpfen, hätte er neben Art. 12 EG keinen selbstständigen Inhalt mehr und wäre damit überflüssig.

Darüber hinaus gibt es systematische Argumente, die diese Ansicht unterstützen. Ein Vergleich mit den Grundfreiheiten der Art. 28 ff., 39 ff., 49 ff. und 56 ff. EG zeigt, dass auch diese Grundfreiheiten nach ständiger Rechtsprechung als umfassende Behinderungsverbote verstanden werden.⁴⁸⁵ Da die Grundfreiheiten des EG-Vertrags nach Art. 14 EG alle auf die Verwirklichung des Binnenmarkts gerichtet sind, somit die gleiche Zielrichtung aufweisen, sollte auch ihr Gewährleistungsumfang grundsätzlich in der gleichen Weise bestimmt werden.

Auch die teleologische Auslegung führt dazu, einen weiten Schutzbereich für Art. 43 EG anzunehmen. Das in Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG niedergelegte Ziel, die Hindernisse des freien Personenverkehrs abzubauen, lässt sich mit einer weiten Auslegung des Art. 43 EG eher erreichen.

Daher ist Art. 43 EG nicht nur als reines Diskriminierungsverbot, sondern als umfassendes Beschränkungsverbot zu verstehen. Damit sind der Rechtsprechung des EuGH folgend alle Maßnahmen als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit erfasst, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.⁴⁸⁶

b) Diskriminierung durch Regelungen des deutschen Schornsteinfegerwesens

Der Art. 43 EG bezweckt, die Mobilität der Unternehmen im Binnenmarkt dadurch zu fördern, dass selbstständig Erwerbstätigen der Wechsel in das Wirtschaftssystem eines anderen Mitgliedstaats ermöglicht wird.⁴⁸⁷ Nach Art. 43 Abs. 2 EG ist von einem Mitgliedstaat die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung von Unternehmen für Bürger aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu den Bedingungen zu gewährleisten, die auch für die eigenen Staatsangehörigen gelten. Beschränkungen sind also sowohl in Bezug auf den erstmaligen Zugang zu einem Markt als auch gegenüber bereits niedergelassenen Unternehmen im laufenden Geschäft vertragswidrig.⁴⁸⁸

Die Mitgliedstaaten trifft ein Gebot der Gleichbehandlung von Inländern und EU-Ausländern mit der Folge der Unzulässigkeit jeder Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.⁴⁸⁹ Dabei ist anerkannt, dass Art. 43 EG offene

⁴⁸⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-55/84 (Gebhard), Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 37.

⁴⁸⁶ EuGH, Rs. C-439/99 (KOM/Italien), Slg. 2002, S. I-305, Rn. 35.

⁴⁸⁷ Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 43 EG, Rn. 33.

⁴⁸⁸ Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 43 EG, Rn. 66.

⁴⁸⁹ EuGH, Rs. 197/84 (Steinhauser), Slg. 1985, S. 1819; Rs. 270/83 (KOM/Frankreich), Slg. 1986, S. 273, Rn. 24.

(unmittelbare oder direkte) und versteckte (mittelbare oder indirekte) Diskriminierungen des nationalen Rechts untersagt.⁴⁹⁰

aa) Offene Diskriminierung

Der klassische Fall einer Diskriminierung liegt vor, wenn eine nationale Vorschrift im Hinblick auf die Aufnahme oder Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit explizit an die Staatsangehörigkeit anknüpft; sog. offene Diskriminierung.⁴⁹¹

Ursprünglich war die Eintragung in die Bewerberliste für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister und damit mittelbar auch die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks nach § 4 Abs. 2 SchfG in Verbindung mit § 1 Nr. 3 VOSch deutschen Staatsangehörigen vorbehalten. Diese Regelung war eine an die Staatsangehörigkeit anknüpfende direkte Diskriminierung in Bezug auf die Aufnahme der Tätigkeit als Schornsteinfeger. Durch Änderung der § 4 Abs. 2 Nr. 2 SchfG und § 1 Nr. 4 VOSch⁴⁹² können nunmehr auch Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft in die Bewerberliste eingetragen werden.

Diese Diskriminierung ist somit nicht mehr gegeben. Im Übrigen knüpfen Regelungen mit Bezug zum Schornsteinfegerwesen in Deutschland nicht unmittelbar an die Staatsangehörigkeit der Betroffenen an; es liegen also keine offenen Diskriminierungen vor.

bb) Versteckte Diskriminierung

Regelungen in Bezug auf das Schornsteinfegerwesen in Deutschland könnten aber versteckte oder mittelbare Diskriminierungen bewirken. Versteckte Diskriminierungen knüpfen nicht direkt an die Staatsangehörigkeit an, schaffen aber Behinderungen der Erwerbstätigkeit, die die eigenen Staatsangehörigen im Regelfall ohne Weiteres erfüllen, die aber für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten erhebliche Hindernisse bewirken.⁴⁹³

(1) Versteckte Diskriminierung durch Regelung des Berufszugangs für niederlassungswillige Schornsteinfeger

Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister wird durch § 5 SchfG geregelt. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SchfG muss der einzelne Berufsangehörige, um eine Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister zu erreichen, in eine Bewerber-

⁴⁹⁰ Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 43, Rn. 71 f.

⁴⁹¹ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 43.

⁴⁹² Art. 3 Nr. 1 und Art. 4 Abs. 5 des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerklicher Vorschriften, 1. April 1998, BGBl. I 1998, S. 596 ff.

⁴⁹³ Mayer, in: Mayer, EU- und EG-Vertrag, Art. 43 EG, Rn. 14.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

liste eingetragen sein (vgl. § 4 Abs. 1 SchfG); über den Zeitpunkt der Bestellung entscheidet der von der Dauer der Eintragung abhängige Rangstichtag (vgl. § 11 VOSch).⁴⁹⁴

Neben des Erfordernisses eines amtsärztlichen Gutachtens über die gesundheitliche Eignung des Bewerbers (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG) ist Voraussetzung für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister, dass der Bewerber in dem (Bundes-)Land, in dem er in eine Bewerberliste eingetragen ist, im Schornsteinfegerhandwerk innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre im Betrieb eines Schornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG).

(a) Eintragung in die Bewerberliste

Die Verfahren zur Eintragung in die Bewerberliste, die gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 SchfG Voraussetzung für die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister sind, werden durch § 4 SchfG in Verbindung mit der VOSch näher geregelt. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen der Eintragung in die Bewerberliste abschließend in § 1 VOSch aufgeführt sind und dass ein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Liste besteht, wenn die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind.⁴⁹⁵

Nach § 1 Nr. 2 VOSch ist Voraussetzung für die Eintragung in die Bewerberliste, dass der Eintragungswillige die erforderliche persönliche und fachliche Zuverlässigkeit besitzt.

Fraglich ist, ob diese Zuverlässigkeitsprüfung eine versteckte Diskriminierung darstellt. Der EuGH verneint in der Regel eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch Zuverlässigkeitsprüfungen, da die Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeit von der Beachtung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Aufnahmestaats abhängig gemacht werden kann.⁴⁹⁶

Problematisch ist aber, dass das Bestehen der deutschen Meisterprüfung bei Schornsteinfegern eine Vermutung der fachlichen Zuverlässigkeit begründet.⁴⁹⁷ Diese Vermutung gilt in der Regel jedoch nicht für Aussiedler, sodass die Eintragungsbehörde hier gesondert die fachliche Eignung vor der Eintragung überprüft. Die Überprüfung der fachlichen Zuverlässigkeit kann zu Ungleichbehandlungen mit Bewerbern mit deutscher Meisterprüfung führen, sodass eine versteckte Diskriminierung vorliegt.

Eine versteckte Diskriminierung könnte § 1 Nr. 4 VOSch darstellen. Danach ist Voraussetzung für die Eintragung in die Bewerberliste, dass der Bewerber

⁴⁹⁴ Musielak/Schira/Manke, SchfG, vor § 1 SchfG, Rn. 1.

⁴⁹⁵ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 6.

⁴⁹⁶ EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 32; Rs. 292/86 (Gulung), Slg. 1988, S. 111, Rn. 29.

⁴⁹⁷ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 8.

§ 4 Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

innerhalb des letzten Jahres vor der Eintragung mindestens drei Monate in dem Listenbezirk, in dem er eingetragen werden will, im Schornsteinfegerhandwerk im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist.⁴⁹⁸ Problematisch hieran ist in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit, dass diese Anforderung für einheimische Deutsche ohne großen finanziellen und organisatorischen Aufwand zu erlangen ist, da ein Wohnortwechsel meist entbehrlich ist, wohingegen der Organisationsaufwand für Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten wesentlich größer ist. Die Bestimmung des § 1 Nr. 4 VOSch ist daher eine versteckte Diskriminierung, welche ihrerseits gerechtfertigt sein müsste.

(b) Nachweis der gesundheitlichen Eignung

Über die Eintragsverpflichtung hinaus muss der Bewerber, um zum Bezirksschornsteinfegermeister bestellt zu werden, nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG einen Nachweis über seine gesundheitliche Eignung durch Vorlage eines entsprechenden amtsärztlichen Gutachtens vorweisen. Diese Bestimmung bedeutet, dass ein Niederlassungswilliger in jedem Fall noch vor der eigentlichen Niederlassung einen (deutschen) Amtsarzt aufsuchen muss.

Weder der Niederlassungswillige noch ein Arzt aus einem anderen Mitgliedstaat kann auf der Basis des SchfG feststellen, welche Anforderungen an den Schornsteinfeger gestellt werden bzw. nach welchen Kriterien die gesundheitliche Eignung festzustellen ist.⁴⁹⁹

Die Erbringung des Nachweises über die gesundheitliche Eignung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG stellt als eine Art Vorabgenehmigung eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

(c) Nachweis der praktischen Tätigkeit, § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG

Möglicherweise beinhaltet der Nachweis der praktischen Tätigkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Danach darf zum Bezirksschornsteinfegermeister nur bestellt werden, wer in dem Bundesland, in dem er in der Bewerberliste eingetragen ist, innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters praktisch tätig gewesen ist. Der Nachweis der praktischen Tätigkeit in einem territorial begrenzten Bereich ist vorliegend eine Voraussetzung für die Zulassung zum Beruf des Schornsteinfegers. Diese Regelung ist in der Regel für Angehörige anderer Mitgliedstaaten wesentlich schwieriger zu erfüllen als für deutsche Schornsteinfeger. Die Regelung beruht auf der Vorstellung, dass ein Schornsteinfeger nach seiner Ausbildung zum Schornsteinfeger-

⁴⁹⁸ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 9.

⁴⁹⁹ Vgl. Mit Gründen versehene Stellungnahme im Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5162, vom 18. 10. 2006, S. 5 f.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

gesellen in einem bestimmten Bundesland, seiner Tätigkeit auch in diesem Bundesland weiter nachgehen wird.

Diese Regelung wirkt als Nachteil für Schornsteinfeger aus anderen Mitgliedstaaten und ist daher eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

(2) Versteckte Diskriminierungen durch die Wohnsitznahmepflicht § 17 SchfG

Über die versteckten Diskriminierungen im Rahmen des Zugangs zu einer selbstständigen Tätigkeit als Schornsteinfeger in Deutschland hinaus, könnten auch versteckte Diskriminierungen durch Regelungen mit Bezug zur Ausübung des Schornsteinfegerberufs vorliegen.

Möglicherweise stellt das Erfordernis der Wohnsitznahme innerhalb des Kehrbezirks gem. § 17 SchfG für Bezirksschornsteinfegermeister eine versteckte Diskriminierung dar. Das Verlangen nach einem Wohnsitz im Niederlassungsstaat (sog. Residenzpflicht) beeinträchtigt die Niederlassungsfreiheit, da es häufig auf eine Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit hinausläuft.⁵⁰⁰ Auch die Tatsache, dass die Wohnsitznahme sich nicht auf den Mitgliedstaat, sondern auf den konkreten Kehrbezirk bezieht, ändert an dieser Auslegung nichts.⁵⁰¹ In diesem Zusammenhang ist unerheblich, ob die betreffende Maßnahme gegebenenfalls auch inländische Staatsangehörige, die in anderen Landesteilen wohnen, ebenso treffen wie die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.⁵⁰²

Darüber hinaus nimmt die Wohnsitznahmepflicht im Kehrbezirk einem Schornsteinfeger die Möglichkeit, mehrere Niederlassungen in verschiedenen Mitgliedstaaten oder auch nur Regionen zu gründen. Die Residenzpflicht nach § 17 SchfG stellt somit eine versteckte Diskriminierung dar.

c) Behinderungen durch Regelungen des deutschen Schornsteinfegerwesens

Möglicherweise stellen Regelungen im Zusammenhang mit der Organisation des Schornsteinfegerwesens eine rechtfertigungsbedürftige Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar.

Art. 43 EG enthält, wie oben bereits ausgeführt, ein umfassendes Behinderungsverbot.⁵⁰³ Somit sind nationale Bestimmungen, die unterschiedslos sowohl auf Inländer als auch auf EU-Ausländer angewandt werden, die aber geeignet

⁵⁰⁰ Insbesondere EuGH, Rs. C-106/91 (Ramrath), Slg. 1992, S. I-3351, Rn. 20–22 und Rn. 28; Rs. C-221/89 (Factortame), Slg. 1991, S. I-3905, Rn. 32.

⁵⁰¹ Insoweit klarstellend EuGH, Rs. C-162/99 (KOM/Italien), Slg. 2001, S. I-541, Rn. 20.

⁵⁰² Siehe in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. C-388/01 (KOM/Italien), EuZW 2003, S. 186.

⁵⁰³ Siehe oben bei § 4 IV. 1. a).

sind, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit relevant und müssen gerechtfertigt sein.⁵⁰⁴

aa) Reichweite des Behinderungsverbots

Fraglich ist, ob vom Behinderungsverbot jede noch so kleine Behinderung erfasst ist.

Geht man vom Zweck des Art. 43 EG aus, so stellt man fest, dass es nicht das Ziel des Art. 43 EG ist, jedwedes Erfordernis für eine Niederlassung zu verbieten oder einer gemeinschaftsrechtlichen Prüfung zu unterwerfen.⁵⁰⁵ Ein bestimmtes Ausmaß bzw. eine bestimmte Intensität der Behinderung kann allerdings nicht als Maßstab dienen.⁵⁰⁶ Die Behinderungseignung muss vielmehr hinreichend substantiiert sein, sodass Regelungen, deren behindernde Wirkung zu ungewiss bleibt, nicht als Behinderung von Art. 43 EG erfasst werden.⁵⁰⁷

bb) Mögliche Behinderungen durch Regelungen im Zusammenhang mit der Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens

(1) Behinderung der Niederlassungsfreiheit durch die Errichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol

Die Einrichtung von Kehrbezirken gem. § 2 Abs. 1 SchfG in Verbindung mit den einschlägigen Bestimmungen der landeseigenen Kehr- und Überprüfungsverordnungen und die Errichtung des Kehrmonopols nach § 2 Abs. 2 SchfG könnte die Niederlassungsfreiheit behindern.

Möglicherweise wird durch Einrichtung von Kehrbezirken in Verbindung mit der Tatsache, dass dem Bezirksschornsteinfegermeister in seinem Kehrbezirk die Ausübung der Kehr und Überprüfungsarbeiten vorbehalten wird (§ 2 Abs. 2 SchfG), ein Dienstleistungsmonopol geschaffen.

Unter Dienstleistungsmonopolen versteht man staatlich begründete Ausschließlichkeitsrechte von Unternehmen oder Verwaltungsträgern bei der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Art. 49 EG.⁵⁰⁸ Wie bereits festgestellt, gewährt die zuständige Verwaltungsbehörde dem Bezirksschornstein-

⁵⁰⁴ EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, S. I-4165; Rs. C-212/97 (Cebros), Slg. 1999, S. I-1459; Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 43 EG, Rn. 87.

⁵⁰⁵ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 31 ff.; Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 60.

⁵⁰⁶ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 43 EG, Rn. 60.

⁵⁰⁷ Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 43 EG, Rn. 100 f.

⁵⁰⁸ Müller, Dienstleistungsmonopole, S. 21 ff.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

fegermeister das ausschließliche Recht, Schornsteinfegertätigkeiten durchzuführen.⁵⁰⁹ Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister erfolgt durch einen Verwaltungsakt; also durch Hoheitsakt der öffentlichen Hand. Die Kehr- und Überprüfungstätigkeiten stellen Dienstleistungen im Sinne des Art. 49 EG dar; es liegt mithin ein Dienstleistungsmonopol vor.⁵¹⁰

Nach dem traditionellen Verständnis der Niederlassungsfreiheit,⁵¹¹ wonach diese Grundfreiheit nur ein Diskriminierungsverbot beinhaltet, wäre eine Beschränkung durch die nationale Verhängung eines Dienstleistungsmonopols zu verneinen. Da der Träger des Monopols gegenüber allen anderen Angehörigen der Berufsgruppe privilegiert wird, ist ein Monopol die am weitesten gehende Beschränkung.⁵¹²

Da durch die Errichtung von Kehrbezirken und die Verleihung des Kehrmonopols die Niederlassung gerade für Niederlassungswillige aus anderen Mitgliedstaaten erschwert wird, bewirken die statuierenden Regelungen eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit.

(2) Behinderung durch Verbot der Nebentätigkeit

Wie oben beschrieben, ist dem Bezirksschornsteinfegermeister gem. § 14 Abs. 1 SchfG eine auf Gewinn gerichtete Tätigkeit außerhalb seines Berufes generell untersagt, es sei denn, dass der dafür erforderliche Zeitaufwand unerheblich ist.⁵¹³

Möglicherweise geht mit dieser Regelung eine Behinderung einher, die geeignet ist, die Niederlassung als Schornsteinfeger zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Diese Regelung macht es einem niedergelassenen Schornsteinfegermeister unmöglich, sein Tätigkeitsfeld über die mit dem Schornsteinfegerhandwerk unmittelbar verbundenen Tätigkeiten zu erweitern. Da dadurch der Handlungsspielraum eines Schornsteinfegers eingeschränkt wird und die Niederlassung in Deutschland für europäische Schornsteinfeger weniger attraktiv wird, liegt auch eine Behinderung der durch Art. 43 EG garantierten Niederlassungsfreiheit vor.

(3) Behinderung durch Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk

Möglicherweise stellt die gesetzlich vorgeschriebene Mitgliedschaft in der Versorgungsanstalt der deutschen Bezirksschornsteinfegermeister (vgl. § 34 SchfG) nach § 35 SchfG eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar. Die Versorgungsanstalt der deutschen Bezirksschornsteinfegermeister ist eine Er-

⁵⁰⁹ Siehe oben § 3 II. 3. und § 3 IV. 2.

⁵¹⁰ Siehe zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit unten § 5 I.

⁵¹¹ So noch *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 210 ff.

⁵¹² Vgl. *Emmerich*, in: *Dauses*, HbdEGWiR, H.II, Rn. 53 ff.

⁵¹³ Siehe oben § 3 V. 3.

gänzung zur gesetzlichen Rentenversicherung und soll die Gesamtversorgung im Alter für Bezirksschornsteinfegermeister sicherstellen.⁵¹⁴ Die Mitgliedschaft ist für Bezirksschornsteinfegermeister nach § 35 SchfG zwingend.⁵¹⁵

Fraglich ist, wann eine solche Regelung mit der Niederlassungsfreiheit kollidieren könnte. Soweit sich ein Niederlassungswilliger aus einem europäischen Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen hat, schützt ihn Art. 43 EG nicht vor den Leistungen zu den Sozialkassen im Niederlassungsstaat.⁵¹⁶ Der EuGH führt hierzu aus, dass der Art. 43 EG den Erwerbstätigen nicht vor Veränderungen hinsichtlich der Höhe der von ihnen zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge oder des ihnen zustehenden sozialen Schutzes führe, und mangels Harmonisierung der Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit könne aus Art. 43 EG auch nicht folgen, dass für die Betroffenen hinsichtlich des Komplexitätsgrades der Gestaltung ihrer sozialen Absicherung unter allen Umständen Neutralität sichergestellt sein müsse.⁵¹⁷

Daher kann eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit nur für den Fall in Betracht kommen, dass ein Selbstständiger in mehreren Ländern der Union niedergelassen und damit versichert ist. Die Pflicht zur Doppelversicherung könnte ein Migrationshindernis und damit eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit darstellen.⁵¹⁸ Da aber schon teilweise Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten über die Anerkennung der sozialen Sicherheitssysteme geschlossen wurden, muss ein weiteres Eingehen auf diese Problematik hier entfallen.⁵¹⁹

(4) Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr

Nach § 18 SchfG soll der Bezirksschornsteinfegermeister bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres der Pflicht- oder freiwilligen Feuerwehr seines Wohnsitzes angehören. Hieraus ergibt sich eine direkte Verpflichtung für jeden Bezirksschornsteinfeger, die mit zeitlichem Aufwand und Engagement verbunden ist. Die damit verbundenen Pflichten und Aufgaben können den Niedergelassenen gegebenenfalls behindern und damit eine Niederlassung weniger attraktiv machen. Eine Beeinträchtigung liegt vor.

(5) Altersgrenze, § 9 SchfG

Auch die Festlegung einer Altersgrenze von 65 Jahren könnte eine Beschränkung des Rechts der freien Niederlassung bewirken. Mit der Erreichung

⁵¹⁴ Musielak/Schira/Manke, SchfG, vor § 29 SchfG, Rn. 2 ff.

⁵¹⁵ Eingehend hierzu oben § 3 V. 5. b).

⁵¹⁶ Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, EU, Art 43 EG, Rn. 103.

⁵¹⁷ EuGH, Rs. C-393/99 (Tribunal du travail de Tournai), Slg. 2002, S. I-2829, Rn. 1.

⁵¹⁸ So schon EuGH, Rs. C-53/95 (Kemmler), Slg. 1996, S. I-703.

⁵¹⁹ Eingehend dazu Sopp, Drittstaatangehörige und Sozialrecht.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

dieser Altersgrenze erlischt die Bestellung als Bezirksschornsteinfegermeister nach § 8 Nr. 4 SchfG automatisch.⁵²⁰

Für EU-Ausländer wird die Niederlassung in Deutschland durch diese Regelung weniger attraktiv, da bei Erreichen der Altersgrenze die Tätigkeit als Schornsteinfeger nicht mehr ausgeübt werden darf. Damit fallen auch die Einnahmen aus der Erwerbstätigkeit weg. Zumindest in den letzten Jahren vor Erreichen der Altersgrenze wird kein Niederlassungswilliger eine Niederlassung als Schornsteinfeger in Deutschland anstreben. Der § 9 SchfG ist somit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.

⁵²⁰ Siehe oben § 3 V. 5. a); *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, §§ 8, 9 SchfG, Rn. 2.

- d) Zwischenergebnis
 Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art 43 EG

Die Ausgestaltung des Schornsteinfegerhandwerks in Deutschland beschränkt durch seine Eigenarten die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG. Diese Eigenarten stehen zum größten Teil im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, Kehrbezirke einzurichten und das Kehrmonopol für Bezirksschornsteinfegermeister zu begründen. Die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol nach § 2 Abs. 2 SchfG sind auch die wesentliche Grundlage des gesamten deutschen Schornsteinfegerrechts.⁵²¹

Aufbauend auf der Grundentscheidung, ein flächendeckendes System von Kehrbezirken einzurichten, lassen sich die Regelungen im Zusammenhang mit dem Zugang und der Ausübung des Schornsteinfegerberufs erst erklären. Die Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch dieses System, namentlich das Erfordernis der Eintragung in die Bewerberliste mit seiner Ausgestaltung, der Nachweis über die gesundheitliche Eignung sowie die praktische Erfahrung nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG, die Wohnsitznahmepflicht nach § 17 SchfG, das Verbot der Nebentätigkeit, die Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr und die vorgeschriebene Altersgrenze, sind unmittelbar oder mittelbar mit der Einrichtung von Kehrbezirken und dem Kehrmonopol verbunden.

Somit muss auch Ausgangspunkt bei der Prüfung der Rechtfertigung dieser Beschränkungen sein, dass die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol als Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen sind.

⁵²¹ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 2 SchfG, Rn. 2.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

2. Rechtfertigung der Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit über die allgemeinen Grundsätze

Für offen diskriminierende Maßnahmen im Bereich der Niederlassungsfreiheit kann eine Rechtfertigung nur über die in Art. 46 EG aufgeführten Gründe erfolgen.⁵²² Für versteckte Diskriminierungen und Behinderungen, die formal auf EU-Ausländer und Inländer gleichermaßen Einfluss haben, kommt eine Rechtfertigung sowohl über die geschriebenen Gründe des Art. 46 EG, als auch über zwingende Gründe des allgemeinen Wohls in Betracht.⁵²³

Da im Rahmen der Organisation des Schornsteinfegerwesens keine offenen Diskriminierungen mehr bestehen, gilt für alle Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, dass sie über die in Art. 46 EG aufgeführten Gründe oder zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnten.⁵²⁴

a) Voraussetzung der Rechtfertigung über Art. 46 EG

Eine Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit über Art. 46 EG ist nur möglich, soweit keine abschließende Gemeinschaftsregelung besteht, die beschränkende Maßnahme zur Verwirklichung eines von Art. 46 Abs. 1 EG bestimmten Grundes erfolgt und sie geeignet, erforderlich und angemessen ist. Als Ausnahmenvorschrift ist Art. 46 Abs. 1 EG eng auszulegen.⁵²⁵

Art. 46 Abs. 1 EG nennt als Schutzgüter die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Anhaltspunkte zur Auslegung dieser Begriffe fanden sich früher in der RL 64/221.⁵²⁶ Seit dem 30. 4. 2004 finden sich die entsprechenden Rechtskonkretisierungen in der neuen RL 2004/38.⁵²⁷ Der Begriff der öffentlichen Gesundheit ist durch Art. 29 der RL 2004/38 konkretisiert worden. Über die von dieser Definition erfassten Krankheiten hinaus ist ein Rückgriff der Mitgliedstaaten auf die öffentliche Gesundheit als Schutzgut nicht möglich.⁵²⁸

Die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit werden im Gemeinschaftsrecht nicht definiert.⁵²⁹ Es handelt sich um letztlich von den Gerichten auszulegende unbestimmte Rechtsbegriffe. Zur öffentlichen Sicherheit gehört der Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen gegen Bedrohungen des Bestands des Staates und seiner Einrichtungen, sowie des Lebens, der Gesundheit,

⁵²² *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 43 EG, Rn. 108.

⁵²³ EuGH, Rs. C-55/84 (Gebhard), Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 37; Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, S. I-1663, Rn. 32; Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, S. I-5123, Rn. 57.

⁵²⁴ EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 24 ff.

⁵²⁵ EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, S. I-11, Rn. 22–24.

⁵²⁶ ABl. der EU 1964, 56/850.

⁵²⁷ ABl. der EU L 158/77 vom 30. 4. 2004.

⁵²⁸ *Bröhmer*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 46 EG, Rn. 3.

⁵²⁹ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2236.

der Freiheit, der Ehre und des Vermögens.⁵³⁰ Der Begriff der öffentlichen Ordnung umfasst Verletzungen von nationalen gemeinschaftsrechtskonformen Gesetzen, sofern eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁵³¹

Die Frage, was in den jeweiligen Mitgliedstaaten einen Grund der öffentlichen Ordnung bildet, ist nach den nationalen Belangen und Verhältnissen zu bestimmen.⁵³² Die öffentliche Sicherheit umfasst die äußere und die innere Sicherheit.⁵³³ Die innere Sicherheit beinhaltet dabei die Existenz des Staates und seiner Einrichtungen sowie Notwendigkeiten für das Überleben der Bevölkerung.

Mitgliedstaatliche Maßnahmen im Bereich des Art. 46 EG sind am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen und somit nur zulässig, wenn sie zum Schutz der Belange, die sie gewährleisten sollen, erforderlich sind, und nur insoweit, als diese Ziele nicht mit Maßnahmen weniger einschränkender Mittel erreicht werden können.⁵³⁴

b) Möglichkeit der Rechtfertigung
über zwingende Gründe des Allgemeinwohls

Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe erfassen im Bereich der Niederlassungsfreiheit ausschließlich die Fälle, in denen die rechtliche Ausgestaltung in einem Mitgliedstaat unterschiedslos auf Inländer und Ausländer angewendet wird, jedoch zu einer versteckten oder mittelbaren Diskriminierung bzw. einer rein faktischen Schlechterstellung für Ausländer führen.⁵³⁵

Die Prüfung der Rechtfertigung einer Maßnahme, die die Niederlassungsfreiheit behindert, erfolgt am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Zunächst ist abstrakt das Ziel der jeweiligen Maßnahme dem Interesse an der Durchsetzung der Freiheit gegenüberzustellen.⁵³⁶

Schützenswerte Ziele bzw. „zwingende Gründe“ beschränken sich nicht auf einen abgeschlossenen Kanon von Belangen, die eine Behinderung der Nieder-

⁵³⁰ Tiedje/Troberg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 46 EG, Rn. 18.

⁵³¹ Siehe hierzu Lackhoff, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 451 f.

⁵³² Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2238.

⁵³³ EuGH, Rs. 41/47 (van Duyn), Slg. 1974, S. 1337, Rn. 18 f.; Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, S. 1999, Rn. 33 ff.

⁵³⁴ EuGH verbundene Rsen. C-151 und 152/04 (Nadin-Lux SA), Slg. 2005, S. I-11203, Rn. 39; Rs. C-54/99 (Scientology), Slg. 2000, S. I-1335, Rn. 17.

⁵³⁵ Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2254.

⁵³⁶ Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, EU, vor Art. 39–55 EG, Rn. 157.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

lassungsfreiheit rechtfertigen können, sondern der Begriff ist vielmehr offen für die Definition von Schutzanliegen durch die Mitgliedstaaten.⁵³⁷

In ständiger Rechtsprechung verlangt der EuGH, dass die nationalen Vorschriften, die die Freiheit beschränken, sachlich geboten sind, um die Interessen, die durch diese Regelungen gewährt werden sollen, zu schützen. Sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieser Ziele erforderlich ist; sie sind daher unzulässig, sofern das gleiche Ergebnis durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden kann.⁵³⁸

c) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und der Begründung des Kehrmonopols

Die Einrichtung von Kehrbezirken in Verbindung mit dem Kehrmonopol für einen Bezirksschornsteinfegermeister stellt eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar. Möglicherweise ist die rechtliche Ausgestaltung durch Gründe aus Art. 46 EG oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Nach Art. 46 gilt, wie erwähnt, ein Vorbehalt zugunsten der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.

Der Entscheidung, Kehrbezirke einzurichten und das Kehrmonopol zu begründen, liegen zwei wesentliche Erwägungen des Gesetzgebers zugrunde, zum einen das Interesse der Feuersicherheit und zum anderen soll unter Ausschaltung jeglicher Konkurrenz eine gesicherte Existenzgrundlage für den einzelnen Bezirksschornsteinfegermeister sichergestellt werden.⁵³⁹ Außerdem soll durch die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol der Gesundheits- und Umweltschutz auf einem hohen Standard sichergestellt werden.

Die Erwägungen bzgl. des Feuerschutzes, der gesicherten Existenzgrundlage für Schornsteinfegermeister und der Umweltschutz können nur mittelbar auf Gründe aus Art. 46 zurückgeführt werden, sodass es näher liegt, diese Erwägungen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu überprüfen. Die Einrichtung von Kehrbezirken als Teil der Gesundheitsvorsorge ist an Art. 46 EG zu messen.

⁵³⁷ Einen ausführlichen Überblick über die bisher vom EuGH anerkannten Schutzanliegen bei *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2254 ff.; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, vor Art. 30–55 EG, Rn. 160 ff.

⁵³⁸ EuGH, Rs. 340/89 (*Vlassopoulou*), Slg. 1991, S. I-2357, Rn. 15–21; Rs. C-105/91 (*Borrell*), Slg. 1992, S. I-3003, Rn. 10–15; Rs. 55/94 (*Gebhard*), Slg. 1995, S. I-4165, Rn. 35–38; Rs. C-238/98 (*Hosman*), DVBl. 2000, S. 1763.

⁵³⁹ Vgl. auch *Bins*, in: *Kölbl*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 2 SchfG.

- aa) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und des Kehrmonopols über die öffentliche Gesundheit gem. Art. 46 EG

Möglicherweise ist die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Errichtung von Kehrbezirken in Verbindung mit dem Kehrmonopol für Bezirksschornsteinfegermeister als Maßnahme zur Förderung der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt.

Die öffentliche Gesundheit im Sinne des Art. 46 EG ist Schutzgut und kann als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit dienen. Zu beachten ist, dass die Gründe des Art. 46 EG als Ausnahmetatbestände eng auszulegen sind.⁵⁴⁰ Beschränkende Maßnahmen können nur durch nachgewiesene oder zumindest plausibel gemachte Gesundheitsgefahren gerechtfertigt werden.⁵⁴¹ Es ist schwerlich nachweisbar, dass über das Kehrbezirkssystem und das Kehrmonopol eine Gesundheitsgefahr abgewandt wird, daher kann die damit verbundene Einschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht über Art. 46 Abs. 1 EG gerechtfertigt werden.

- bb) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol über Belange der Feuersicherheit

Die Feuersicherheit ist ein schützenswerter Belang.⁵⁴² Die Herstellung und Aufrechterhaltung der Feuersicherheit durch Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol für Bezirksschornsteinfegermeister könnte daher aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.

Die Einrichtung von Kehrbezirken zusammen mit dem Kehrmonopol müsste demnach geeignet sein die Feuersicherheit herzustellen und in hohem Maße zu gewährleisten. Die Geeignetheit ist gegeben, wenn die betreffende Maßnahme so in Zusammenhang mit dem verfolgten Allgemeininteresse steht, dass sie diese fördert, mithin den Schutz des betreffenden Allgemeininteresses erreichen kann und hierfür nicht gänzlich untauglich ist.⁵⁴³ Die Wahl der Mittel zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels ist den Mitgliedstaaten überlassen.⁵⁴⁴

Die Einrichtung von Kehrbezirken zusammen mit dem Kehrmonopol kann die Feuersicherheit grundsätzlich in einem hohen Maße sicherstellen, da durch diese Struktur klare Verantwortungsbereiche geschaffen werden und sowohl die

⁵⁴⁰ Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 VII 3, Rn. 85.

⁵⁴¹ Streinz, Europarecht, § 12 II 5, Rn. 873.

⁵⁴² Vergleichbar ist etwa das anerkannte Schutzanliegen der Sicherheit des Straßenverkehrs. Vgl. EuGH, Rs. C-55/93 (van Schaik), Slg. 1994, S. I-4837, Rn. 19.

⁵⁴³ Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2292.

⁵⁴⁴ Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, EU, vor Art. 39–55 EG, Rn. 157; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2292.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Durchführung von der Feuersicherheit dienlichen Maßnahmen als auch regelmäßige Kontrollen der Feuersicherheit an sich, erleichtert werden. Diese Struktur ist also grundsätzlich geeignet der Feuersicherheit zu dienen.

Außerdem müssten die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol auch erforderlich oder notwendig sein. Eine die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigende Maßnahme ist dann erforderlich, wenn das verfolgte Allgemeininteresse nicht durch eine ebenso wirksame, für den Begünstigten aber weniger belastende Maßnahmen geschützt werden können.⁵⁴⁵ Möglicherweise kann durch die Einrichtung von Kehrbezirken sowie das Kehrmonopol der administrative Aufwand verringert werden. Administrative Erwägungen allein können eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten aber nicht rechtfertigen.⁵⁴⁶

Darüber hinaus dient weder das Kehrbezirkssystem noch das Kehrmonopol an sich unmittelbar der Feuersicherheit. Da die Feuersicherheit auf gleichem Niveau auch in einem System mit einer anderen Struktur als der Kehrbezirkseinteilung sichergestellt werden kann,⁵⁴⁷ ist das Kehrbezirkssystem nicht erforderlich. Denkbar ist, die Durchführung von Kehrarbeiten durch zertifizierte Sachverständige und die Kontrolle der Tätigkeiten staatlichen Behörden zu überlassen.⁵⁴⁸

Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die flächendeckende Einteilung des Bundesgebiets in Kehrbezirke und das Kehrmonopol kann nicht durch die Sicherstellung oder Aufrechterhaltung der Feuersicherheit gerechtfertigt werden, da selbige Ziele auch durch die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkende Maßnahmen erreicht werden können.

cc) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol über die Existenzsicherung für Schornsteinfegermeister

Möglicherweise kann nur durch die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol die finanzielle Existenzgrundlage für Schornsteinfegermeister abgesichert werden. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind wirtschaftliche Gründe nicht als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anerkannt.⁵⁴⁹ Die Abgrenzung zwischen noch als zulässig akzeptierten wirtschaftlichen Kompo-

⁵⁴⁵ Siehe etwa EuGH Rs. C-288/89 (Gouda), Slg. 1991, S. I-4007, Rn. 15; Rs. C-154/89 (KOM/Frankreich), Slg. 1991, S. I-659, Rn. 14 f.; Rs. C-180/89 (KOM/Italien), Slg. 1991, S. I-709, Rn. 17 f.; Rs. C-198/89 (KOM/Griechenland), Slg. 1991, S. I-727, Rn. 18 f.

⁵⁴⁶ Vgl. EuGH, Rs. 29/82 (van Luipen), Slg. 1983, S. 151, Rn. 12; Rs. 205/84 (KOM/Deutschland), Slg. 1986, S. 3755, Rn. 53 f.; Rs. C-101/94 (KOM/Italien), Slg. 1996, S. I-2691, Rn. 22 ff. und Rn. 31 f.; Rs. C-369/96 und Rs. 376/96 (Arblade), Slg. 2002, S. I-607, Rn. 37.

⁵⁴⁷ So im Ergebnis auch *Payrhuber*, Deregulierung im Handwerk, S. 224 f.

⁵⁴⁸ Siehe hierzu ausführlich unten § 12 II. und III.

⁵⁴⁹ EuGH, Rs. C-288/89 (Gouda), Slg. 1991, S. I-4007, Rn. 11; Rs. C-17/92 (Fedicine), Slg. 1993, S. I-2239, Rn. 17; Rs. C-398/95 (Ergasias), Slg. 1997, S. I-3091, Rn. 23.

nenen einer Maßnahme und unzulässigen wirtschaftlichen Gründen kann Schwierigkeiten bereiten.⁵⁵⁰

Unabhängig von den Schwierigkeiten bei der Abwägung zwischen zulässigem und unzulässigem wirtschaftlichen Schwerpunkt der Maßnahme und damit schützenswertem Belang, stellt sich die Frage, ob die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol geeignete und erforderliche Mittel zur Sicherstellung der Existenzgrundlage für Schornsteinfegermeister sind.

Der Markt für Schornsteinfegertätigkeiten ist allein durch die Verpflichtung eines jeden Eigentümers, seinekehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen regelmäßig durch einen Schornsteinfegermeister überprüfen zu lassen, sehr groß. Warum es darüber hinaus eines Kehrmonopols und der Einteilung von Kehrbezirken bedarf, ist unter dem Blickwinkel der Existenzsicherung für Schornsteinfegermeister nicht nachvollziehbar.

- dd) Rechtfertigung der Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol über den Umweltschutz als zwingenden Grund

Schließlich ist zu überprüfen, ob die Einrichtung von Kehrbezirken und die Aufrechterhaltung des Kehrmonopols den Umweltschutz derart fördern, dass hierüber das Kehrbezirkssystem an sich gerechtfertigt werden kann.

Der Umweltschutz ist als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund eine Art Vorstufe zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie der öffentlichen Gesundheit und kann im Rahmen der Niederlassungsfreiheit etwa in Fällen bedeutsam werden, in denen der Aufnahmestaat Tätigkeiten reguliert, die mit dem Umgang umweltgefährdender Substanzen in Zusammenhang stehen, die Abfallentsorgung betreffen oder mit dem Verbrauch von fossilen Brennstoffen einhergehen.⁵⁵¹ Die Einrichtung von Kehrbezirken könnte über den Umweltschutzgesichtspunkt gerechtfertigt sein, wenn nur durch diese organisatorische Ausgestaltung die Einhaltung der emissionsschutzrechtlichen Grenzwerte und die regelmäßige Wartung der emittierenden Anlagen sichergestellt werden könnte.

⁵⁵⁰ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, vor Art. 39–55 EG, Rn. 163.

⁵⁵¹ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. I, S. 858 f., Rn. 2278.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

- d) Rechtfertigung der Diskriminierungen im Zusammenhang mit dem Bestellungsverfahren

Die Maßnahmen, die das Bestellungsverfahren zum Bezirksschornsteinfegermeister regeln, müssen – soweit sie mit Eingriffen in die Niederlassungsfreiheit verbunden sind – gerechtfertigt sein.

- aa) Rechtfertigung der Beschränkungen:
Eintragung in die Bewerberliste

- (1) Die Zuverlässigkeitsprüfung nach § 1 Nr. 2 VOSch

Die Zuverlässigkeitsprüfung nach § 1 Nr. 2 VOSch trifft zwar Inländer und EU-Ausländer gleichermaßen, allerdings wird bei Inländern die fachliche Zuverlässigkeit allein durch Bestehen der Meisterprüfung vermutet, wohingegen bei EU-Ausländern die fachliche Prüfung gesondert geprüft werden soll.⁵⁵² Diese Ungleichbehandlung stellt eine über das allgemeine Anerkennungsverfahren von Berufsqualifikationen hinausgehende Prüfung der fachlichen Eignung dar und bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung.

Eine Doppelprüfung der Qualifikation ist aber nicht über Art 46 EG zu rechtfertigen, da dies die Vertragsvorschriften und die Berufsanerkenntnisrichtlinie aushebeln würde.⁵⁵³ Sofern ein bestimmter Bereich der Niederlassungsfreiheit durch Richtlinien oder sonstiges sekundäres Gemeinschaftsrecht abschließend harmonisiert worden ist, verfügen die Mitgliedstaaten nicht mehr über die Kompetenz, nationale Maßnahmen zur Beschränkung der durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht festgeschriebenen Rechtspositionen zu erlassen.⁵⁵⁴

Der Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen wird insoweit abschließend durch die Berufsanerkenntnisrichtlinie RL 2005/36/EG geregelt und der § 1 Nr. 2 VOSch dient nicht zur Umsetzung derselben. Ein Rückgriff auf die primärrechtlichen Bestimmungen der Niederlassungsfreiheit ist nicht zulässig.⁵⁵⁵

- (2) Der Praktikumsnachweis nach § 1 Nr. 4 VOSch

Fraglich ist, ob die Regelung, dass der Bewerber innerhalb des letzten Jahres vor der Eintragung in die Bewerberliste mindestens drei Monate in dem Listenbezirk im Betrieb eines Bezirksschornsteinfegermeisters tätig gewesen sein muss, als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt ist.

⁵⁵² Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 8.

⁵⁵³ Frenz, GewArch. 2007, S. 10 (12 f.)

⁵⁵⁴ Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2289.

⁵⁵⁵ Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2289.

Möglicherweise dient diese Regelung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Zweck der Regelung des § 1 Nr. 4 VOSch ist, dass der Bewerber eine Bindung zu dem Bezirk haben soll, in dessen Bewerberliste er eingetragen wird und, dass er in alle Angelegenheiten dieser Region von einem dort tätigen Bezirksschornsteinfegermeister eingewiesen wurde.⁵⁵⁶ Das Erfordernis einer gewissen Ortskenntnis und Vertrautheit mit den örtlichen Gegebenheiten kann für den Bewerber zum Bezirksschornsteinfegermeister die Übernahme eines Kehrbezirks vereinfachen und dadurch ein erhöhtes Maß an Sicherheit in einer Übergangsphase bedeuten. Die öffentliche Sicherheit ist ein schützenswerter Belang.

Die Verfolgung dieses Ziels müsste mit § 1 Nr. 4 VOSch auch eine geeignete Ausgestaltung erfahren haben. Die vorhergehende praktische Tätigkeit in der entsprechenden Region ermöglicht es dem Bewerber, sich mit den örtlichen Gegebenheiten und Besonderheiten vertraut zu machen; damit ist diese Norm geeignet, ihr Ziel zu erreichen.

Die Regelung müsste allerdings auch erforderlich sein. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn es ein milderes, die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkendes, aber gleich wirksames Mittel gibt, um den verfolgten Zweck zu erreichen.⁵⁵⁷ Auch wenn der § 1 Nr. 4 VOSch eine Härtefallklausel enthält, wonach die eintragende Behörde im Einzelfall vom Erfordernis der dreimonatigen praktischen Tätigkeit ganz oder zum Teil absehen kann, gibt es weniger beschränkende Maßnahmen, die die Sicherheit in gleichem Maße gewährleisten könnten. So könnte etwa die Übergabe zwischen dem scheidenden Schornsteinfegermeister und dem Bewerber nach einem standardisierten Übergabeverfahren ausgestaltet sein. Auf diese Weise könnten lokale Besonderheiten und sicherheitsrelevante Belange in einem standardisierten Verfahren weitergegeben werden, wohingegen ein Praktikum häufig von nicht beeinflussbaren Faktoren, wie Motivation und zeitliche Verfügbarkeit des Übergebenden, Jahreszeit, etc. beeinflusst ist.

Der Praktikumsnachweis nach § 1 Nr. 4 VOSch ist nicht erforderlich und stellt daher einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar.

bb) Rechtfertigung der Diskriminierung:
Gesundheitsprüfung

Auch der nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG vorgeschriebene Nachweis über seine gesundheitliche Eignung eines Bewerbers durch Vorlage eines entsprechenden amtsärztlichen Gutachtens, beschränkt die Niederlassungsfreiheit und müsste gerechtfertigt sein.

⁵⁵⁶ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 4 SchfG, Rn. 9.

⁵⁵⁷ Schlag, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 43 EG, Rn. 56.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Nach Art. 46 EG gehört die öffentliche Gesundheit zu den vorbehaltenden Bereichen der Mitgliedstaaten, allerdings ist nicht ersichtlich, wie eine Gesundheitsprüfung für Bewerber zum Bezirksschornsteinfegermeister der öffentlichen Gesundheit an sich dienlich sein kann. Hinsichtlich des Schutzes der Schornsteinfeger selbst ist festzuhalten, dass der Schwerpunkt der Tätigkeiten der Schornsteinfeger im Messen und Überprüfen liegt, wobei die gesundheitliche Verfassung nur bedingt Relevanz entfaltet. Außerdem muss, soweit die Tätigkeit mit dem Erklimmen von Schornsteinen verbunden ist, darauf hingewiesen werden, dass sich andere Berufsgruppen, wie etwa Gerüstbauer und Dachdecker, keiner Gesundheitsprüfung unterziehen müssen, obwohl sie ihre Tätigkeit überwiegend in großen Höhen ausüben.

Eine Gesundheitsprüfung für Schornsteinfeger kann auch nicht dem Schutz der Gesundheit der Hausbesitzer oder der Bevölkerung dienlich sein, sodass der § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt, der nicht gerechtfertigt ist.

- cc) Rechtfertigung der Diskriminierung:
Tätigkeitsnachweis nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG

Die Bestimmungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG, wonach der Bewerber innerhalb der letzten drei Jahre vor der Bestellung mindestens zwei Jahre in dem Bundesland in dem er einen Kehrbezirk erlangen möchte praktisch tätig gewesen sein muss, müsste als versteckte Diskriminierung gerechtfertigt sein.

Zur Rechtfertigung könnte gegebenenfalls angeführt werden, dass durch diese Regelung die Qualifikation des Schornsteinfegermeisters im Bereich der landesrechtlichen Vorschriften sichergestellt werden soll.⁵⁵⁸ Problematisch ist aber, dass dieses Erfordernis, wie bereits § 1 Nr. 2 VOSch, auf eine erneute Prüfung der Qualifikation des Bewerbers hinausläuft. Im Rahmen dieser Gleichwertigkeitsprüfung nach § 9 HwO wird umfassend die Qualifikation des Bewerbers mit den inländischen Qualifikationen überprüft.⁵⁵⁹ Die Entscheidung, ob gegebenenfalls ein nach nationalem Recht erforderlicher Vorbereitungsdiens ganz oder zum Teil auch durch die ausländischen Bewerber durchzuführen ist, wird von der für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung nach § 9 HwO zuständigen Behörde getroffen.⁵⁶⁰ Der § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG ist folglich nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

⁵⁵⁸ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 5 SchfG, Rn. 4.

⁵⁵⁹ EuGH, Rs. C-238/98 (Hocsman), Slg. 2000, S. I-6623, Rn. 36.

⁵⁶⁰ EuGH, Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, S. I-2357, Rn. 21.

- e) Rechtfertigung der Diskriminierung:
Wohnsitznahmepflicht gem. § 17 SchfG

Fraglich ist, ob die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, die mit der Residenzpflicht nach § 17 SchfG einhergeht, gerechtfertigt ist.

Mit der Pflicht zur Wohnsitznahme gem. § 17 SchfG wird der Zweck verfolgt, dass der Bezirksschornsteinfegermeister möglichst immer persönlich erreichbar sein soll, um der ihm übertragenen Verantwortung für die Feuersicherheit im Kehrbezirk gerecht werden zu können.⁵⁶¹ Die Vorschrift wird dahingehend ausgelegt, dass der Bezirksschornsteinfeger nicht allein nur innerhalb des Kehrbezirkes „wohnt“, sondern er muss sich dort auch ständig aufhalten und diesen Ort zum Mittelpunkt und Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse machen.⁵⁶²

Das Ziel, einen Verantwortlichen für die Feuersicherheit vor Ort zu haben, ist an sich schützenswert. Allerdings wird nicht deutlich, dass dieses Ziel durch ein Wohnsitzerfordernis sichergestellt wird. Zum einen kann schon an der Eignetheit eines Wohnsitzerfordernisses zur Zielerreichung gezweifelt werden. Die Pflicht, seinen Wohnsitz im Kehrbezirk einzunehmen bedeutet nicht, dass man ständig vor Ort ist. Außerdem kann die Anwesenheit allein auch kein Garant für ein hohes Maß an Feuersicherheit sein. Ein Wohnsitzerfordernis würde auch nicht das mildeste Mittel zur Erreichung dieses Zwecks darstellen. Der Zweck, die Feuersicherheit durch einen Verantwortlichen zu gewährleisten, kann auch durch Zusammenarbeit der Behörden mit den Feuerwehren erreicht werden.⁵⁶³ Das Wohnsitzerfordernis für Schornsteinfegermeister ist damit ein unzulässiger Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.

- f) Rechtfertigung der Beschränkung:
Nebentätigkeitsverbot

Das Verbot, Nebentätigkeiten auszuführen, müsste als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein. Das Verbot fügt sich zwar in die bestehende Ausgestaltung des deutschen Schornsteinfegerwesens mit Kehrbezirkseinteilung und Kehrmonopol ein, allerdings sind keine Gründe im Sinne des Art. 46 EG zu finden, die das Verbot rechtfertigen könnten. Dieses Verbot könne der Sicherung der Qualität der Schornsteinfegertätigkeiten dienen und damit über einem anerkannten Gemeinwohlbelang gerechtfertigt sein.⁵⁶⁴ Dann müsste das Nebenerwerbsverbot aber auch geeignet und erforderlich sein, die-

⁵⁶¹ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 17 SchfG, Rn. 1.

⁵⁶² Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 720, § 17 SchfG, S. 1.

⁵⁶³ EuGH, Rs. C-335/98 (KOM/Belgien), Slg. 2000, S. I-1221 (1247), Rn. 33; vgl. auch Frenz, GewArch. 2007, S. 98 (105).

⁵⁶⁴ EuGH, Rs. C-58/98 (Corsten), RIW 2000, S. 59.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

sen Belang zu fördern. Es ist schon fraglich, wie ein Verbot anderweitige Tätigkeiten auszuführen, den Qualitätsstandard der Schornsteinfegertätigkeiten sicherstellen oder fördern will. Eine solche Regelung ist aber in jedem Fall nicht erforderlich, da es mildere, gleich wirksame Maßnahmen gibt, um die Qualität zu überprüfen und damit abzusichern.⁵⁶⁵

- g) Rechtfertigung der Beschränkung:
Altersgrenze gem. § 9 SchfG

Die Altersgrenze und damit verbundene Zwangspensionierung⁵⁶⁶ könnte als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch einen zwingenden Allgemeinwohlbelang gerechtfertigt sein.

Allgemeinwohlbelange könnten sich daraus ableiten, dass die Tätigkeiten des Schornsteinfegers im Interesse der Sicherheit, Gesundheit und dem Umweltschutz erfolgen und ältere Bezirksschornsteinfegermeister möglicherweise nicht mehr die Gewähr der vollen Leistungsfähigkeit bieten. Diese Gefahr soll durch die Altersgrenze eingedämmt werden. Die geschützten Güter sind in jedem Fall schützenswerte Gemeinwohlüter. Problematisch könnte allerdings die generalisierte Festlegung der Altersgrenze auf das 65. Lebensjahr sein, denn gerade aufgrund ihrer Erfahrung sind Schornsteinfeger in diesem Alter unter Umständen eher in der Lage, Gefahren für die geschützten Güter zu erkennen.

Eine ähnliche Problematik stellt sich bei Vertragsärzten in Deutschland, die ihre Kassenarztzulassung mit Erreichen des 68. Lebensjahres verlieren.⁵⁶⁷ Allerdings sind die Kassenärzte zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet, wohingegen ein Bezirksschornsteinfegermeister lediglich bei der Feuerstättenschau persönlich gefordert ist (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 2 SchfG), bei allen anderen Tätigkeiten kann er sich auch auf die Kontrolle seiner Mitarbeiter (Gesellen und Lehrlinge) beschränken. Die Kontroll- und Messtätigkeit der Schornsteinfeger ist auch nicht mit besonderen Anstrengungen für den Schornsteinfeger verbunden. Wie schon oben in Bezug auf die Gesundheitsprüfung ausgeführt,⁵⁶⁸ kann die körperliche Leistungsfähigkeit weder ein Kriterium für die Berufung noch für die Pensionierung der Schornsteinfegermeister sein.

Die Zwangspensionierung gem. § 9 SchfG stellt einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Niederlassungsfreiheit dar.

⁵⁶⁵ Siehe hierzu unten § 11 IV. und § 12 II.

⁵⁶⁶ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, vor § 29 SchfG, Rn. 1 f.

⁵⁶⁷ Zu dieser Problematik: *Gitter*, in: FS Söllner, S. 367 (375).

⁵⁶⁸ Siehe oben § 4 IV. 2. d) bb).

- h) Rechtfertigung der Beschränkung:
Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr

Die Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr gem. § 18 SchfG müsste als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein. Art. 46 EG und ungeschriebene Gründe des Allgemeinwohls könnten angeführt werden.

Die Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr wurde im Interesse der Feuer-sicherheit und einer effektiven Gefahrenabwehr begründet.⁵⁶⁹ Der Bezirks-schornsteinfegermeister sollte mit seinem Spezialwissen und seiner besonderen Ortskenntnis der Feuerwehr besonders behilflich sein.⁵⁷⁰ Damit kann die Pflichtmitgliedschaft nach § 18 SchfG gegebenenfalls über die öffentliche Sicherheit gem. Art. 46 EG gerechtfertigt werden, wenn sie eine verhältnismäßige Einschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

Aufgrund seiner Ortskenntnis und Erfahrung ist der Bezirksschornsteinfegermeister mit Sicherheit ein nützliches Mitglied in der regionalen Feuerwehr; somit ist dieses Mittel durchaus geeignet, zu einer effektiven Gefahrenabwehr beizutragen. Allerdings ist zweifelhaft, ob dieses Mittel auch erforderlich und angemessen ist. Die Regelung dürfte nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen. Eine Pflichtmitgliedschaft ist mit Pflichten, wie z.B. der regelmäßigen Teilnahme an Veranstaltungen und Übungen, aber möglicherweise auch mit dem Einsatz des eigenen Lebens bei einem Ernstfall verbunden. Unabhängig davon, dass ein Engagement wünschenswert ist, kann die Mitgliedschaft in der Feuerwehr nicht zur Pflicht gemacht werden. Dafür spricht auch, dass in der praktischen Anwendung der § 18 SchfG als eine nicht mehr durchsetzbare Vorschrift angesehen wird.⁵⁷¹

⁵⁶⁹ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 18 SchfG, Rn. 1.

⁵⁷⁰ Bins, in: Köhler, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. III B 24, Erläuterungen zu § 18 SchfG.

⁵⁷¹ Vgl. Stehmer, Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg, SchfG, § 18 SchfG, Rn. 1.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

3. Ausnahme für das Kehrmonopol über Art. 86 Abs. 2 EG

In Bezug auf das Kehrmonopol liegt die Besonderheit vor, dass es sich um ein staatlich begründetes Dienstleistungsmonopol handelt.⁵⁷² Möglicherweise ist daher die Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EG einschlägig. Sind die Voraussetzungen dieser Norm erfüllt, können die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die betrauten Unternehmen rechtmäßig von den Vorgaben des EG-Vertrags abweichen.⁵⁷³

a) Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG auf die Niederlassungsfreiheit

Fraglich ist zunächst, ob auf die Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EG auch im Zusammenhang mit Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit zurückgegriffen werden kann.

In der Literatur wird zum Teil die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG auf die Grundfreiheiten und damit auch auf die Niederlassungsfreiheit abgelehnt.⁵⁷⁴ Der EuGH hingegen wendet Art. 86 Abs. 2 EG regelmäßig als Rechtfertigungsgrund im Bereich der Grundfreiheiten an, sodass ein Eingehen auf diese Problematik notwendig ist.⁵⁷⁵

Kennzeichnend für viele von Art. 86 Abs. 2 EG erfasste Leistungen ist, dass sie nur bei einer Monopolstellung sachgerecht erbracht werden können.⁵⁷⁶ In der Regel würden Unternehmen ohne eine staatliche Verpflichtung diese Aufgaben und Leistungen aus eigenem wirtschaftlichen Interesse nicht in der vorgeschriebenen Form erledigen.⁵⁷⁷

In der Schaffung eines Monopols liegt aber gerade die Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Niederlassungsverkehrs. Es ist daher durchaus vor-

⁵⁷² Siehe zum Dienstleistungsmonopol der Bezirksschornsteinfegermeister schon oben § 4 IV. c) bb) (1).

⁵⁷³ Jarass, EuR 1986, S. 75 (81); v. Wilimowsky, Abfallwirtschaft im Binnenmarkt, S. 114.

⁵⁷⁴ Vgl. v. Wilimowsky, Abfallwirtschaft im Binnenmarkt, S. 114 ff.

⁵⁷⁵ So deutlich EuGH, Rs. C-159/94 (KOM/Frankreich), Slg. 1997, S. I-5815, Rn. 43 ff.; Rs. 157/94 (Stromimporte), Slg. 1997, S. I-5699, Rn. 32; Rs. C-266/96 (Corsica Ferries France), Slg. 1998, S. I-3949, Rn. 59; anders noch EuGH, Rs. 72/83 (Campus Oil), Slg. 1984, S. 2727, Rn. 19.

⁵⁷⁶ Jarass, in: FS Lerche, S. 443 (451).

⁵⁷⁷ So stellvertretend die Definition in Art. 4 der VO 2408/92/EWG für den Luftverkehr, ABl. EG 1992, Nr. L 240/8: Danach können Mitgliedstaaten den Betreibern von Fluglinien unter bestimmten Voraussetzungen „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen, die in Bezug auf Kontinuität, Regelmäßigkeit... festen Standards genügen, die die Luftfahrtunternehmen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht einhalten würden.“

stellbar, dass die Erfüllung der von Art. 86 Abs. 2 EG erfassten Aufgaben mit einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit einhergeht.

Daher kann Art. 86 Abs. 2 EG unter bestimmten Umständen zur Befreiung von Verstößen gegen die Niederlassungsfreiheit herangezogen werden.⁵⁷⁸

b) Ausnahme von der Anwendung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 86 Abs. 2 EG

Trotz der Beeinträchtigung durch das Kehrmonopol würde selbiges nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoßen, wenn die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen.

Der Art. 86 Abs. 2 EG enthält eine Ausnahmebestimmung für Finanzmonopole und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Für die betrauten Unternehmen ist die Befreiung von den Grundfreiheiten möglich, wenn nur so die Erfüllung der übertragenen Aufgaben sichergestellt werden kann. Hierdurch soll der Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse an der Aufgabenerfüllung durch die betrauten Unternehmen und dem Interesse an der Durchsetzung der Grundfreiheiten geregelt werden.⁵⁷⁹

Problematisch ist, dass das Kehrmonopol durch den Staat eingeräumt wurde, der Art. 86 Abs. 2 EG aber nach seinem Wortlaut nur für Unternehmen gilt. Darüber hinaus legt auch die Stellung des Artikels im Abschnitt über „Vorschriften für Unternehmen“ eine auf Unternehmen begrenzte Anwendung nahe. Indem Art. 86 Abs. 2 EG aber zunächst auf alle Vorschriften des EG-Vertrages Bezug nimmt und deren grundsätzliche Geltung bestätigt, begründet er gleichzeitig die Möglichkeit von Ausnahmen auch für die Mitgliedstaaten.⁵⁸⁰ Die Möglichkeit der Rechtfertigung für staatliche Maßnahmen folgt ferner aus dem in der Vorschrift vorausgesetzten Zusammenhang der staatlichen Betrauung mit der Rechtfertigung zugänglichen Verhaltens der Unternehmen mit Sonderaufgaben.⁵⁸¹ Der Art. 86 Abs. 2 EG gilt somit auch hinsichtlich der Maßnahmen, die ein Mitgliedstaat in Bezug auf öffentliche Unternehmen trifft.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Vgl. *Gundel*, ZUM 2000, S. 1046 (1050 f.); *Essebier*, Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und Wettbewerb, S. 254 ff.; *Weiß*, EuR 2003, S. 165 (184); *Götz*; in: FS Maurer, S. 921 (927).

⁵⁷⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 34, Rn. 26; *Hochbaum/Klotz*, in: v. *d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 53.

⁵⁸⁰ Näher hierzu v. *Wilmowsky*, ZHR 1991, S. 545 (563).

⁵⁸¹ *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 30.

⁵⁸² Ausdrücklich in diesem Sinne EuGH, Rs. C-320/91 (*Carbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, Rn. 13 f.; Rs. C-157/94 (*KOM/Niederlande*), Slg. 1997, S. I-5699, Rn. 32; Rs. C-158/94 (*KOM/Italien*), Slg. 1997, S. I-5789, Rn. 43; *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 30.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

aa) Unternehmen

Bei den Bezirksschornsteinfegermeistern müsste es sich um Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG handeln. Der Unternehmensbegriff des Art. 86 EG wird funktional verstanden, sodass jeder, der eine unternehmerische Tätigkeit ausübt, insoweit ein Unternehmen ist.⁵⁸³ Die Bezirksschornsteinfegermeister sind als selbstständige Gewerbetreibende Unternehmen im Sinne dieser Norm.

bb) Betraut mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Eine Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG setzt voraus, dass die Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

Die Alternative des Art. 86 Abs. 2 EG für Unternehmen, die den Charakter eines Finanzmonopols haben, kommt in Bezug auf die Bezirksschornsteinfegermeister von vornherein nicht in Betracht. Finanzmonopole sind Unternehmen, denen zum Zwecke der Erzielung von Einnahmen für den Staatshaushalt ein ausschließliches Recht zugewiesen wird.⁵⁸⁴ Die Bezirksschornsteinfeger sind aber wie bereits oben festgestellt Gewerbetreibende, die auf eigene Rechnung arbeiten.⁵⁸⁵

(1) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Fraglich ist, ob die Tätigkeit der Bezirksschornsteinfegermeister eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 86 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 EG beinhaltet.

Der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts.⁵⁸⁶ Eine genaue Definition mit rechtlich eindeutigen Konturen existiert derzeit nicht.⁵⁸⁷ Nach Auffassung der Kommission bezeichnet dieser Begriff wirtschaftliche Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden.⁵⁸⁸

⁵⁸³ EuGH, Rs. C-41/90 (Höfner), Slg. 1991, S. I-1979, Rn. 21; Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, S. I-7119, Rn. 21.

⁵⁸⁴ Vgl. Jung, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 42.

⁵⁸⁵ Auch die Tatsache, dass sie nach Gebührenordnung abrechnen, ändert hieran nichts, vgl. oben § 3 V. 4.

⁵⁸⁶ *Weiß*, EuR 2003, S. 165 (185).

⁵⁸⁷ Jung, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 37; v. *Burchard*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 86 EG, Rn. 63.

⁵⁸⁸ Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12. 5. 2004, KOM (2004) 374, Anhang 1.

Eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zeichnet sich häufig dadurch aus, dass sie auch dann erbracht werden muss, wenn sie für das Unternehmen nach der Marktlage nicht lohnend ist.⁵⁸⁹ Hierunter fallen insbesondere Leistungen der Daseinsvorsorge und der sogenannte Universaldienste,⁵⁹⁰ die zur flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen zu erbringen sind, ohne dass die Wirtschaftlichkeit jeder einzelnen Leistung gewährleistet ist.⁵⁹¹ Kennzeichnend für sie ist, dass sie für alle darauf angewiesenen Personen in dem erforderlichen Umfang und Zeitraum, in gleichmäßiger Qualität sowie zu einheitlichen Preisen und sonstigen Bedingungen, die nur nach objektiven und für alle Empfänger gleichermaßen geltenden Kriterien differenziert werden dürfen, sicherzustellen sind.⁵⁹² Darüber hinaus hat der EuGH zur Rechtfertigung eines ausschließlichen Rechts auch auf Gründe, die die öffentliche Sicherheit betreffen, abgestellt.⁵⁹³ Zwar entspricht es nicht dem Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EG, der von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausgeht, wenn zur Rechtfertigung von staatlich eingeräumten Monopolstellungen allein auf ordnungspolitische Gründe abgestellt wird, allerdings wird die Vorschrift vom EuGH als allgemeine Grundlage zur Lösung von Interessenkollisionen zwischen den Vorgaben des EG-Vertrages und öffentlichen Interessen der Mitgliedstaaten herangezogen.⁵⁹⁴

Ein Unternehmen, welches zur Verfolgung dieser im Allgemeininteresse liegenden Ziele tätig wird, nimmt daher eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahr. Art. 86 Abs. 2 EG wird damit zu einer Norm, die es ermöglichen soll, außerökonomische mitgliedstaatliche Ziele von der Bindung an die Vorgaben aus dem EG-Vertrag insoweit freizustellen, wie es für die Zielerreichung erforderlich ist.⁵⁹⁵

Wie bereits dargelegt,⁵⁹⁶ stehen einige Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung von staatlichen Aufgaben. Darüber hinaus steht die Aufgabenerfüllung des Schornsteinfegers stets im mittelbaren Zusammenhang mit der Sicherheit (präventive Feuerbekämpfung), dem Gesundheits- und Umweltschutz; dies sind ordnungspolitische Ziele. Ausgangspunkt für die Einrichtung der Kehrbezirke, des Kehrmonopols und des Kontrahierungszwanges, war die Überlegung eine möglichst flächen-

⁵⁸⁹ *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 43.

⁵⁹⁰ *Pernice/Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 86 EG, Rn. 34; *Magiera*, in: FS Rausching, S. 269 (284 f.).

⁵⁹¹ EuGH, Rs. C-320/91 (Carbeau), Slg. 1993, S. I-2522, Rn. 15.

⁵⁹² EuGH, Rs. C-157/94 (Kommission/Niederlande), Slg. 1997, S. I-5699, Rn. 41.

⁵⁹³ EuGH, Rs. C-266/96 (Corsica Ferries France), Slg. 1998, S. I-3949, Rn. 45 und 60.

⁵⁹⁴ *König/Kühlung*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 46 f.

⁵⁹⁵ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. II, Rn. 2027.

⁵⁹⁶ Hierzu schon ausführlich oben § 3 IV. 1. b) bb).

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

deckende Gewährleistung der Feuersicherheit zu einem angemessenen Preis zu ermöglichen.⁵⁹⁷ Die Aufrechterhaltung der Feuersicherheit gehört als Teil der staatlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr zu den Pflichtaufgaben der Verwaltung.⁵⁹⁸ Damit liegen die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters im öffentlichen Interesse.

Legt man zugrunde, dass die öffentliche Sicherheit die Annahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse rechtfertigen kann und, dass der Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse weit verstanden wird,⁵⁹⁹ fallen die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters unter diesen Begriff und sind somit vom Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EG erfasst.

(2) Betrauungsakt

Die Bezirksschornsteinfegermeister müssten mit Dienstleistungen von einem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gem. Art. 86 Abs. 2 EG betraut worden sein. Der Betrauungsakt muss einem oder mehreren konkret benannten Unternehmen die Ausübung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zuweisen und als besondere Aufgabe übertragen.⁶⁰⁰ Eine Betrauung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH nur vor, wenn dem Unternehmen die besonderen Aufgaben durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt übertragen werden.⁶⁰¹ Eine Betrauung muss daher auf einem Gesetz oder Verwaltungsakt basieren.⁶⁰² Dementsprechend reicht eine bloße Erlaubnis einer Tätigkeit als Regulierung privater Initiativen für die Tatbestandserfüllung nicht aus.⁶⁰³ Dem Unternehmen muss die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels quasi auferlegt werden.

Der Bezirksschornsteinfeger wird nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SchfG für einen Kehrbezirk bestellt. Die Bestellung ist mit Rechten, insbesondere aber auch mit Pflichten für den Bezirksschornsteinfegermeister verbunden.⁶⁰⁴ Sie basiert auf dem Schornsteinfegergesetz in Verbindung mit den entsprechenden Kehr- und Überprüfungsordnungen. Darüber hinaus hat sich der Staat nach § 26 SchfG die

⁵⁹⁷ Hierzu schon oben § 3 III.

⁵⁹⁸ Siehe zu diesem Themenkomplex schon oben § 3 IV. 1. b) bb).

⁵⁹⁹ *Pernice/Wernicke*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 86 EG, Rn. 36; *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 37.

⁶⁰⁰ *Hochbaum/Klotz*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 63; *Götz*, in: *FS Maurer*, S. 921 (932).

⁶⁰¹ EuGH, Rs. 127/73 (BRT II), Slg. 1974, S. 313, Rn. 19 und 22; Rs. 172/80 (Züchner), Slg. 1981, S. 2021, Rn. 7.

⁶⁰² EuGH, Rs. 10/71 (Hafen von Mertert), Slg. 1971, S. 723, Rn. 8 und 12.

⁶⁰³ EuGH, Rs. 7/82 (GVL), Slg. 1983, S. 483, Rn. 32 f.

⁶⁰⁴ Zu den Rechten und Pflichten siehe schon oben § 3 IV. 1.

Aufsicht über die Berufstätigkeit der Bezirksschornsteinfegermeister vorbehalten.⁶⁰⁵ Die Ausgestaltung der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister entspricht somit den Anforderungen an eine Betrauung gem. Art. 86 Abs. 2 EG.

Die Bezirksschornsteinfegermeister sind demzufolge Unternehmen, welche mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

cc) Unabdingbarkeit der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zur Aufgabenerfüllung

Allein die Tatsache, dass die Bezirksschornsteinfegermeister mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, reicht für eine Rechtfertigung der Beschränkungen durch das Kehrmonopol über Art. 86 Abs. 2 EG nicht aus, vielmehr müsste bei Anwendung der Vertragsvorschriften die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben der Unternehmen rechtlich oder tatsächlich verhindert werden.

Daraus folgt, dass eine Interessenabwägung zwischen dem allgemeinem wirtschaftlichen Interesse des Mitgliedstaats und den Gemeinschaftsinteressen vorzunehmen ist.⁶⁰⁶ Diese Auslegung stützt sich auf den Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG, wonach letztlich ausschlaggebender Prüfungsmaßstab für das Aussetzen der Anwendung der Vertragsvorschriften das grundsätzliche Interesse der Gemeinschaft an einem freien Handelsverkehr ist.

(1) Bestimmung des Maßstabs

Art. 86 Abs. 2 EG statuiert als Grundsatz, dass alle unternehmensbezogenen Vertragsbestimmungen auch für die Unternehmen, denen besondere Aufgaben übertragen wurden, gelten.⁶⁰⁷ Die Vorschrift gestattet allerdings Durchbrechungen dieses Grundsatzes mit Rücksicht auf die besondere Pflichtenstellung mancher Unternehmen gegenüber der Allgemeinheit.⁶⁰⁸ Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass die Ausnahme des Art. 86 Abs. 2 EG eng auszulegen ist.⁶⁰⁹ Im Übrigen ist die Bestimmung des Maßstabes äußerst uneinheitlich. Dabei scheint sich in der Rechtsprechung des EuGH eine Lockerung des Verhinde-

⁶⁰⁵ Zur Aufsicht siehe oben § 3 IV. 1. b) bb) (2) und (3).

⁶⁰⁶ Pernice/Wernicke, in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 86 EG, Rn. 38 f.; Frenz; Handbuch Europarecht, Bd. II, Rn. 2059.

⁶⁰⁷ So GA C.-O. Lenz in seinem Schlussantrag zu EuGH, Rs. 209-213/84 (Asjes), Slg. 1986, S. 1425, Ziff. B. 2. c).

⁶⁰⁸ Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 44.

⁶⁰⁹ EuGH, Rs. 127/73 (BRT), Slg. 1974, S. 313, Rn. 19 und 22; Rs. C-159/94, (KOM/Frankreich), Slg. 1997, S. I-5815, Rn. 53; Rs. C-340/99 (TNT Traco), Slg. 2001, S. I-4109, Rn. 56; Magiera, in: FS Rauschnig, S. 269 (283).

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

rungsmaßstabes abzuzeichnen.⁶¹⁰ In einer Reihe von Urteilen hat der EuGH den Verhinderungsmaßstab auch sprachlich zu einem bloßen „Gefährdungsmaßstab“ abgeschwächt.⁶¹¹

Der Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG spricht eher dafür, dass die Aufgabenerfüllung bei Anwendung der Vertragsvorschriften verhindert würde. Zunächst ist dieses strikte Verhinderungskonzept auch vom EuGH und der Kommission in einer Vielzahl von Entscheidungen bestätigt worden. Danach musste die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften bzw. der anderen Bestimmungen mit den Aufgaben „nachweislich unvereinbar sein“,⁶¹² oder eine Nichtbeachtung der Vertragsvorschriften müsste notwendig sein, um die Dienstleistung überhaupt erbringen zu können.⁶¹³ Nicht ausreichend war es hingegen, wenn die Aufgabenerfüllung durch die Vertragsvorschrift lediglich erschwert oder behindert würde.⁶¹⁴

In späteren Entscheidungen lockerte der EuGH diese enge Lesart und ging in vielen Fällen zu einem „Gefährdungsansatz“ über, wonach die Anwendung der Vertragsvorschriften die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die einem Unternehmen obliegen, tatsächlich oder rechtlich gefährden würde.⁶¹⁵ Der EuGH versteht den Begriff der Verhinderung nicht mehr in dem Sinne, dass unter Anwendung der Vertragsnormen vollkommene Ueffektivität der betroffenen Tätigkeit eintreten muss.⁶¹⁶ Entscheidendes Kriterium ist vielmehr, ob das privilegierte Unternehmen die ihm obliegende besondere Aufgabe auch bei Einhaltung der Vertragsvorschriften zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen wahrnehmen kann.⁶¹⁷ Der Begriff der Verhinderung ist damit durch normative Zumutbarkeitserwägungen zu füllen, die den Charakter einer Verhältnismäßigkeitsprüfung haben.⁶¹⁸ Die Abweichung von den Vertragsvorschriften darf nach dem Prinzip der Erforderlichkeit in Intensität und Umfang nicht weiterge-

⁶¹⁰ Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 58; Schweitzer, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, S. 115 ff.

⁶¹¹ EuGH, Rs. C-159/94 (KOM/Frankreich), Slg. 1997, S. I-5815, Rn. 59; Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, S. I-5751, Rn. 10.

⁶¹² EuGH, Rs. 155/73 (Sacchi), Slg. 1974, S. 409 Rn. 15; Rs. 41/83 (KOM/Italien), Slg. 1985, S. 873 Rn. 33.

⁶¹³ EuGH, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, S. I-2533 Rn. 44; Rs. C-393/92 (Almelo), Slg. 1994, S. I-1477 Rn. 46.

⁶¹⁴ EuG, Rs. T-260/94 (Air Inter), Slg. 1997, S. II-997, Rn. 138.

⁶¹⁵ Ehricke, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. I, Art. 86 EG, Rn. 118.

⁶¹⁶ EuGH, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, S. I-2533, Rn. 14; ebenso EuGH, Rs. C-393/92 (Almelo), Slg. 1994, S. I-1477, Rn. 46.

⁶¹⁷ EuGH, verbundene Rs. C-147/97 u. C-148/97 (Deutsche Post), Slg. 2000, S. I-825, Rn. 49.

⁶¹⁸ v. Burchard, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 86 EG, Rn. 71 f.; Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 60.

hen, als die Erfüllung der übertragenen Sonderaufgabe unbedingt erfordert.⁶¹⁹ Außerdem darf die Nichtanwendung der Niederlassungsfreiheit im Hinblick auf die von dem Unternehmen verfolgten Zwecke nicht unangemessen sein.⁶²⁰

(2) Aufgabenerfüllung im Falle der Aufhebung des Kehrmonopols

Das Kehrmonopol der Bezirksschornsteinfegermeister könnte folglich gerechtfertigt sein, wenn bei der Aufhebung des Kehrmonopols die Erfüllung der den Schornsteinfegern übertragenen im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben nicht mehr unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erfüllt werden könnten.

Bei dieser Prüfung ist von der Zweckrichtung der Einrichtung der Kehrbezirke und des Kehrmonopols auszugehen. Die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol dienen dazu, im gesamten Bundesgebiet eine effektive Kontrolle der überprüfungspflichtigen gefahrgeneigten Anlagen sicherzustellen. Es soll ein einheitlicher Standard an Feuersicherheit und Immissionsschutz sichergestellt werden. Darüber hinaus soll durch die Einrichtung fester Kehrbezirke und das Kehrmonopol die Festlegung der Verantwortung für die ordnungsgemäße Verrichtung der Kehr- und Überprüfungsarbeiten gewährleistet werden.⁶²¹

Dürften auch andere Personen die nach der Kehr- und Überprüfungsordnung vorgeschriebenen Arbeiten ausüben, könnte es im Einzelfall schwierig sein, zu ermitteln, wer den mangelhaften Zustand vonkehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen zu verantworten hat. Diese umfassende Kontrollfunktion wird durch die Einteilung des Bundesgebietes in Kehrbezirke und das Kehrmonopol in hohem Maße gewährleistet, da mit dieser Struktur die genaue Abgrenzung der Verantwortungsbereiche sichergestellt ist. So sollen auch die Kehrbezirke nach Größe und Beschaffenheit so konzipiert sein, dass sie von einem Bezirksschornsteinfegermeister so verwaltet werden können, dass jederzeit die Feuersicherheit und die ordnungsgemäße Erfüllung aller dem Bezirksschornsteinfeger nach § 13 SchfG obliegenden Aufgaben gewährleistet ist.⁶²²

Darüber hinaus wird der Verwaltungsbehörde gem. § 22 Nr. 3 SchfG aufgegeben, die Kehrbezirke so einzuteilen, dass die Einnahmen aus den regelmäßig wiederkehrenden Entgelten nach § 13 Abs. 1 und 2 SchfG nach Abzug der notwendigen Geschäftskosten und der Beiträge für die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk dem Bezirksschornsteinfegermeister ein angemessenes

⁶¹⁹ EuGH, Rs. C-320/91 (Corbeau), Slg. 1993, S. I-2533 Rn. 14; Rs. C-340/99 (TNT Traco), Slg. 2001, S. I-4109; Rs. C-174/97 (FFSA), Slg. 1998, S. I-1303.

⁶²⁰ Jarass, in: FS Lerche, S. 443 (451).

⁶²¹ Siehe schon oben § 3 III.

⁶²² Siehe oben § 3 II. 2.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Einkommen sichern.⁶²³ Durch dieses System soll garantiert werden, dass der Bezirksschornsteinfegermeister bei seiner Prüfungstätigkeit unabhängig ist und dass auch in wirtschaftlich weniger attraktiven Gebieten die Kehr- und Überprüfungsarbeiten durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang steht auch das Verbot eines Nebenerwerbs nach § 14 SchfG.

Durch die landesweite Festlegung der Höhe der Gebühren kann gewährleistet werden, dass die Belastung für alle Pflichtigen im Bundesland ein einheitliches Niveau hat. Ein zusammenhängender Kehrbezirk mit festen, durch Gesetz vorgeschriebenen Reinigungs- und Überprüfungsarbeiten innerhalb bestimmter Fristen soll eine kontinuierliche Arbeitsweise ohne große An- und Abfahrtszeiten, ohne Akquisebemühungen von Kunden und Schornsteinfegern und ohne intensives Überwachungssystem garantieren.⁶²⁴ Die Einteilung von Kehrbezirken bedingt auch das Kehrmonopol und den Kontrahierungszwang, weil sich ansonsten die nach dem Arbeitsvolumen zu bestimmende Größe von Kehrbezirken nicht ermitteln ließe.⁶²⁵ Darüber hinaus soll durch die unabhängige Immissionsmessung ein hoher Grad an Umweltschutz und Energieeinsparung sichergestellt werden.

Ein offener Markt mit Wettbewerb und ohne Zwang könnte dazu führen, dass die insoweit geschaffenen Standards schwer zu sichern sind. Unter Umständen müsste eine zusätzliche staatliche Überprüfung der Tätigkeiten der Schornsteinfeger erfolgen. Die Finanzierbarkeit eines solchen Systems ist ungewiss.

Es ist folglich mit guten Argumenten möglich, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass die Erfüllung der im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben ohne die Einrichtung von Kehrbezirken und ohne Kehrmonopol gefährdet, wenn nicht sogar verhindert, würde. Die Feststellung, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts – hier die Aufhebung des Kehrmonopols – die Erfüllung der Aufgaben verhindert, bedeutet noch nicht, dass die Ausgestaltung in seiner derzeitigen Form auch gerechtfertigt ist. Die Beibehaltung der Kehrbezirke und das Kehrmonopol müssten auch einen verhältnismäßigen Eingriff in die Grundfreiheiten darstellen.

(3) Verhältnismäßigkeit der Nichtanwendung

Die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol müssten zur Aufgabenerfüllung auch die geeigneten und erforderlichen Maßnahmen sein. Die Nichtanwendung der Niederlassungsfreiheit darf im Hinblick auf die von dem Unternehmen verfolgten Zwecke darüber hinaus nicht unangemessen sein.

⁶²³ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 22 SchfG, Rn. 5.

⁶²⁴ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 2 SchfG, Rn. 2.

⁶²⁵ Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, SchfG 720, § 22 SchfG, S. 1f.

Insgesamt kommen bei diesen Überlegungen die gleichen Grundsätze zum Tragen, die vom EuGH bezüglich der Ausnahmen zu den Grundfreiheiten herausgestellt worden sind.⁶²⁶

(a) Geeignetheit

Die Einrichtung von Kehrbezirken und das darauf aufbauende Kehrmonopol müssten zur Verwirklichung der unter Art. 86 Abs. 2 EG fallenden Leistungen auch geeignet sein. Eine Maßnahme ist jedenfalls dann nicht geeignet, wenn sie gänzlich untauglich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, was gegebenenfalls aufgrund entsprechender wissenschaftlicher Untersuchungen festzustellen ist.⁶²⁷ Die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol gewähren eine flächendeckende Kontrolle. Die Maßnahmen sind auch nicht ungeeignet, ein hohes Maß an allgemeiner Feuersicherheit und einen hohen Standard in Bezug auf den Umwelt-, Immissions- und den Gesundheitsschutz sicherzustellen.

(b) Erforderlichkeit

Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Einrichtung der Kehrbezirke und das Kehrmonopol müssten auch erforderlich sein, um die Erfüllung der Dienstleistungen von allgemein wirtschaftlichem Interesse sicherzustellen.

Für die Durchbrechung der Vertragsvorschriften gilt das Prinzip der Erforderlichkeit, das heißt, die Maßnahme darf an Intensität und Umfang nicht weiter gehen, als es für die Erfüllung der übertragenen Gemeinwohlaufgaben unbedingt erforderlich ist.⁶²⁸ Eine die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigende Maßnahme ist dann erforderlich, wenn die betreffenden Aufgaben nicht durch eine ebenso wirksame, für den Begünstigten aber weniger belastende Maßnahme erfüllt werden können.⁶²⁹ Die Erforderlichkeit ist zu verneinen, wenn ein milderes ebenso wirksames Mittel zur Erreichung des angestrebten Zieles zur Verfügung steht.⁶³⁰

Wie bereits angedeutet, könnte die Durchführung der Tätigkeiten der Bezirksschornsteinfegermeister auch durch zertifizierte Sachverständige erfolgen.⁶³¹ Die bußgeldbewährte Verpflichtung der Hauseigentümer zur regelmäßigen Kontrolle, die Kehr- und Überprüfungspflicht, könnte aufrechterhalten

⁶²⁶ Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 80.

⁶²⁷ Epiney, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 30 EG, Rn. 52.

⁶²⁸ EuGH, Rs. C-320/91 (Carbeau), Slg. 1993, S. I-2533, Rn. 14.

⁶²⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. I, Rn. 2293.

⁶³⁰ EuGH, Rs. 104/75 (De Peijper), Slg. 1976, S. 613, Rn. 14–18; Becker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 30 EG, Rn. 66.

⁶³¹ Siehe hierzu schon oben § 1 II. Siehe Ausführlich zu diesem Modell unten § 12.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

werden, sodass eine generelle Ahnungsmöglichkeit bei Nichteinhaltung bestimmter Fristen bestünde.⁶³²

In Bezug auf den Immissionsschutz lässt sich anmerken, dass die Messungen des Bezirksschornsteinfegermeisters schon heute parallel durch die betreuenden Heizungsinstallateure vorgenommen werden. Moderne Heizungsanlagen und Kaminbauten haben aufgrund ihrer Konformität mit den Vorschriften des rationellen Energieverbrauches und des Umweltschutzes die Kontrollaufgaben nahezu überflüssig gemacht.

Hervorzuheben ist, dass der Bezirksschornsteinfegermeister lediglich zum Messen der Daten befugt ist,⁶³³ wohingegen der Heizungsinstallateur im Zuge seiner Überprüfung festgestellte Fehler an der Anlage selbstständig behebt. Dies führt in der Praxis teilweise zu einer unnötigen Doppelbelastung für den Betreiber von prüfpflichtigen Anlagen. Stellt der Bezirksschornsteinfegermeister Mängel an der Anlage fest, so muss der Anlagenbetreiber einen Heizungsinstallateur mit der Behebung der Mängel betrauen, um anschließend eine erneute Prüfung an der Anlage durch den Bezirksschornsteinfegermeister durchführen zu lassen. Diese Trennung zwischen Errichtung und Wartung von Anlagen auf der einen Seite und die Kontrolle auf der anderen ist ein Grundsatz, der dem SchfG zugrunde liegt und die Objektivität der Prüfung sicherstellen soll.⁶³⁴ Diese Trennung wird allerdings in anderen sicherheitsrelevanten Bereichen, ohne spürbar negative Auswirkungen, nicht statuiert. So darf etwa ein Elektroinstallateur bei seiner Tätigkeit selbstständig Mängel feststellen und beheben, ohne dass seine Arbeiten einer erneuten Kontrolle unterzogen werden.

Fraglich ist, ob die Feuersicherheit durch ein dereguliertes System mit zertifizierten Sachverständigen in gleichem Maße sicherzustellen ist. Zunächst gilt es festzuhalten, dass das Brandrisiko bei modernen Anlagen aufgrund ihres Verbrennungsprozesses wesentlich geringer ist als zu Zeiten der Einführung der Kehrbezirke und des Kehrmonopols.

Bei der Beurteilung des Gefährisikos einer deregulierten Organisation des Schornsteinfegerwesens wäre es hilfreich, einen Vergleich mit anderen (europäischen) Ländern zu suchen. Im europäischen Ausland werden unterschiedliche Systeme bei der Organisation des Schornsteinfegerwesens verfolgt. Problematisch ist, dass es keinen einheitlichen Standard bei der Ermittlung der relevanten

⁶³² Näher unten § 12 II. und III. auch mit der Klärung, wie die Durchsetzung dieses Systems erfolgen kann.

⁶³³ Nach § 14 SchfG sind dem Bezirksschornsteinfegermeister über die in § 13 SchfG formulierten Aufgabenerfüllung hinausgehende Tätigkeiten untersagt.

⁶³⁴ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 14 SchfG, Rn. 11.

Daten gibt, sodass ein Rückschluss auf die jeweils gebotene Sicherheit nicht ohne Weiteres möglich ist.⁶³⁵

Festzuhalten ist aber, dass die Organisation des Schornsteinfegerwesens einen massiven Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellt, wohingegen ein eindeutiger Sicherheitsvorteil gegenüber anderen Organisationsformen nicht zu ermitteln ist. Daher ist die Erforderlichkeit der Errichtung des Kehrmonopols und der Kehrbezirke nicht mehr gegeben.

c) Ergebnis bzgl. Kehrbezirkseinteilung und Kehrmonopol

Die Erforderlichkeit der Einteilung des Bundesgebietes in Kehrbezirke und des Kehrmonopols ist nicht gegeben. Es gibt alternative Modelle, die die Feuer-sicherheit, den Umwelt- und Immissionsschutz und den Schutz der Gesundheit auf gleichem Niveau sicherstellen, ohne dabei die Grundfreiheiten des EG-Vertrages in dem Maße einzuschränken.⁶³⁶

Das Kehrmonopol und die Einteilung des Bundesgebietes in Kehrbezirke können als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht über Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt werden.

⁶³⁵ Die Verbände arbeiten mit unterschiedlichen Daten und Statistiken, sodass ein objektiver Vergleich nicht möglich ist. Häufig ist die Berechnungsmethode oder aber schon die Datenerhebungsmethode unterschiedlich.

⁶³⁶ Siehe hierzu unten § 12 II. und III.

V. Ergebnis: Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Die Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens ist in der Ausgestaltung, die es durch das SchfG und die darauf beruhenden Verordnungen erfahren hat, von Verstößen gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG und die Berufsanerkennungsrichtlinie geprägt.

Von den drei Grundpfeilern der Organisation – der Kehrzwang, die Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol – verstoßen zwei in ihrer derzeitigen Ausgestaltung gegen die Niederlassungsfreiheit.

Auf diese Pfeiler aufbauend stehen wiederum Regelungen, die ihrerseits gegen die europäischen Vorgaben verstoßen. Im Einzelnen verstößt die Eintragungspflicht in die Bewerberliste nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SchfG und ihre Ausgestaltung durch die VOSch gegen die Berufsanerkennungsrichtlinie und die Niederlassungsfreiheit, der Nachweis der gesundheitlichen Eignung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG, der Nachweis der praktischen Tätigkeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG, die Wohnsitznahmepflicht gem. § 17 SchfG, das Verbot der Nebentätigkeit nach § 14 Abs. 1 SchfG, die Pflichtmitgliedschaft in der Feuerwehr nach § 18 SchfG und die Altersgrenze gem. § 9 SchfG verstoßen gegen die Niederlassungsfreiheit.

§ 5 Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

I. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit

Die Tätigkeiten eines Schornsteinfegers könnten auch vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49, 50 EG umfasst sein. Demnach müsste es sich bei den Tätigkeiten als Schornsteinfeger um eine von den Art. 49 ff. EG erfasste Dienstleistung handeln.

Eine Dienstleistung ist eine gegen Entgelt erbrachte Tätigkeit, die nicht in einem unselbstständigen Arbeitsverhältnis und nicht in Verbindung mit einer Niederlassung erbracht wird.⁶³⁷ Im Art. 50 Abs. 2 EG werden mögliche Arten von Dienstleistungen beispielhaft aufgezählt, wobei unter anderem auch handwerkliche Tätigkeit als Muster einer Dienstleistung aufgeführt wird. Wie bereits festgestellt,⁶³⁸ gehört die Schornsteinfegertätigkeit dem Handwerk an, sodass insoweit zumindest Indizwirkung besteht. Die Tätigkeit eines Schornsteinfegers ist auch eine selbstständige Leistung, da sie eine werthaltige zweckgerichtete Tätigkeit⁶³⁹ darstellt und selbstständig, das heißt ohne weisungsgebunden zu sein, ausgeübt werden kann. Die Kehr- und Überprüfungsarbeiten eines Schornsteinfegers erfolgen auch gegen Entgelt; somit sind Schornsteinfegertätigkeiten Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags.⁶⁴⁰

Erforderlich ist weiter, dass, wie bei der Niederlassungsfreiheit, ein grenzüberschreitendes Element hinzutritt. Die Grenzüberschreitung der Dienstleistung kann in drei unterschiedlichen Grundformen auftreten: die Grenzüberschreitung des Leistenden, des Leistungsempfängers und die der Leistung selbst.⁶⁴¹

Die Tätigkeiten des Schornsteinfegers müssen denknötwendig unmittelbar vor Ort ausgeführt werden. Somit geht es in Bezug auf die vorliegend problematisierte Dienstleistung um die Grenzüberschreitung des Leistenden (sog. aktive Dienstleistungsfreiheit), da nur diese von der Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland betroffen sein kann.

Ein „herumreisender“ Schornsteinfeger, der seine Kehrtätigkeiten an unterschiedlichen Orten erbringt, ist grundsätzlich vorstellbar. Somit ist auch das

⁶³⁷ EuGH, Rs. C-215/01 (Schnitzer), GewArch. 2004, S. 62; Kluth, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 49, 50 EG, Rn. 6.

⁶³⁸ Siehe oben § 2 I. 1. aber auch § 3 IV. 1. a).

⁶³⁹ Müller-Graff, in: *Jacot-Guillarmod*, EWR-Abkommen, S. 225 (232).

⁶⁴⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-263/86 (Humbel und Edel), Slg. 1988, S. 5365, Rn. 15 ff.

⁶⁴¹ Vgl. EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, S. I-1141, Rn. 18 f.; *Holoubek*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 49 EG, Rn. 46 ff.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

grenzüberschreitende Element in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit potenziell erfüllt.

Selbstständige Schornsteinfeger, die zur Ausübung ihrer Tätigkeit nach Deutschland kommen, ohne sich hier niederzulassen, können sich auf die Freiheit der Dienstleistungserbringung nach Art. 49 ff. EG berufen, da auch die Bereichsausnahme des Art. 45 EG (über Art. 55 EG) insoweit nicht einschlägig ist.⁶⁴²

II. Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben mit Bezug zur vorübergehenden Dienstleistungserbringung

In Bezug auf die vorübergehende Dienstleistungserbringung eines Schornsteinfegers in Deutschland könnte sowohl die Dienstleistungsrichtlinie RL 2006/123/EG⁶⁴³ sowie die Berufsanerkenntnisrichtlinie RL 2005/36/EG Prüfungsmaßstab auf sekundärrechtlicher Ebene sein.

Die Dienstleistungsrichtlinie betrifft allerdings gem. ihres Art. 1 Abs. 3 RL 2006/123/EG nicht die Abschaffung von Dienstleistungsmonopolen. Da es sich, wie gezeigt,⁶⁴⁴ bei dem System der Durchführung der Kehr- und Überprüfungstätigkeiten nach dem SchfG eben um ein solches Dienstleistungsmonopol handelt, ist die Dienstleistungsrichtlinie nicht einschlägig. Darüber hinaus wird auch der Berufsanerkenntnisrichtlinie gem. Art. 3 Abs. 1 lit a) RL 2006/123/EG ein Anwendungsvorrang gegenüber der Dienstleistungsrichtlinie eingeräumt.

Die Regelungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des deutschen Schornsteinfegerwesens sind somit an der Berufsanerkenntnisrichtlinie zu messen.

Da für die Erbringungen von Dienstleistungen als Schornsteinfeger durch die Richtlinie keine Ausnahme vorgesehen ist und es denkbar ist, Schornsteinfegerarbeiten als vorübergehende grenzüberschreitende Dienstleistung zu erbringen, ist der Anwendungsbereich der Berufsanerkenntnisrichtlinie auch in Bezug auf vorübergehende und grenzüberschreitende Erbringung von Schornsteinfeger Tätigkeiten eröffnet.

Die Anerkennung von Berufsqualifikationen richtet sich für Dienstleistungserbringer nach dem Titel II der Berufsanerkenntnisrichtlinie. Danach hat die Anerkennung im Zielland der Dienstleistungserbringung zu erfolgen, wenn der Dienstleister zur Ausübung desselben Berufs rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist und der Beruf oder die Ausbildung desselben Berufs rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat reglementiert ist, oder er

⁶⁴² Siehe hierzu die Ausführungen oben § 4 II. 4.

⁶⁴³ Richtlinie 2006/123/EG vom 12. 12. 2006 über die Dienstleistung im Binnenmarkt, ABl. der EU vom 27. 12. 2006, L 367/36.

⁶⁴⁴ Siehe hierzu oben § 4 IV. 1. c) bb) (1).

diesen Beruf mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre in diesem Mitgliedstaat ausgeübt hat, sofern er dort nicht reglementiert ist.

Im Rahmen dieser Anerkennung ist kein Ausgleichsinstrumentarium vorgesehen, um eventuell vorhandene Niveauunterschiede zu kompensieren.⁶⁴⁵ Bei der Abgrenzung zwischen einer nur vorübergehenden Dienstleistungserbringung eines in einem anderen Mitgliedstaat Niedergelassenen und einer dauerhaften Niederlassung, wird auf den vorübergehenden und gelegentlichen Charakter des Ersteren abgestellt. Daraus folgt, dass auf die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung der Dienstleistungs- von der Niederlassungsfreiheit zurückgegriffen wird, wie die der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entwickelt hat.⁶⁴⁶

Dienstleister unterliegen gem. Art 5 Abs. 3 RL 2005/36/EG bei der grenzüberschreitenden Leistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat den dortigen berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln und Disziplinarbestimmungen für die jeweilige Tätigkeit.⁶⁴⁷ Wobei sie zur Vermeidung von Doppelbelastungen von der Zulassung, Eintragung oder Mitgliedschaft bei einer dortigen Berufsorganisation befreit sind, vgl. Art. 6 RL 2005/36/EG.

Ausgangspunkt der Prüfung, ob das geltende deutsche Recht in Bezug auf den Zugang für einen dienstleistungswilligen Schornsteinfeger aus einem europäischen Mitgliedstaat mit der Berufsanerkenntnisrichtlinie konform ist, sind, wie schon bei der Überprüfung der Vereinbarkeit mit einer dauerhaften Niederlassung, die Regelungen der HwO.⁶⁴⁸

Nach § 9 Abs. 2 Satz 8 HwO ist die Dienstleistungserbringung als Handwerker aus einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat heraus von dem Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle in Deutschland befreit. Die frühere Sonderregelung des § 6 Abs. 2 HwO für Handwerker ohne gewerbliche Niederlassung ist entfallen.⁶⁴⁹ Damit wird die HwO der Berufsanerkenntnisrichtlinie mit ihren Anforderungen zunächst einmal gerecht.

Problematisch ist aber, dass die Struktur der derzeitigen Organisation des Schornsteinfegerwesens durch das SchfG und die darauf beruhenden Verordnungen gar keine Möglichkeit für die vorübergehende Dienstleistungserbringung vorsehen. Dies folgt schon unmittelbar aus dem Kehrmonopol für Bezirksschornsteinfegermeister.

Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur Vereinbarkeit der Zulassungsnormen mit der Niederlassungsfreiheit verwiesen werden.⁶⁵⁰ Ein Verstoß gegen

⁶⁴⁵ Zur Kritik an dieser Regelung siehe *Stork*, WiVerw 2006, S. 152 (158).

⁶⁴⁶ Vgl. hierzu etwa die Darstellung bei *Pache*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 11 II 3, Rn. 34 (m.w.N.).

⁶⁴⁷ Siehe *Stork*, WiVerw 2006, S. 152 (160).

⁶⁴⁸ Siehe oben § 4 III. 1.

⁶⁴⁹ *Frenz*, DVBl. 2007, S. 347.

⁶⁵⁰ Siehe hierzu oben § 4 III.

die Berufsanerkennungsrichtlinie liegt mithin durch die zulassungsbeschränkenden Normen des SchfG und der VOSch vor.

III. Verstoß gegen primärrechtliche Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit

Fraglich ist, ob die Organisation des Schornsteinfegerwesens in seiner Ausgestaltung durch das deutsche Recht auch gegen die primärrechtlichen Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49, 50 EG verstößt.

Zunächst müsste eine Beschränkung der Freiheit der Dienstleistungserbringung vorliegen. Der EuGH fasst das allgemeine Beschränkungsverbot im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit sehr weit.⁶⁵¹ Es werden alle Fälle erfasst, in denen die betreffenden Regelungen die Erbringung einer Dienstleistung schlicht weniger attraktiv machen.⁶⁵² Zu beachten ist, dass Dienstleistungsmonopole per se eine Beschränkung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs darstellen, weil sie ohne Ausnahme andere in- und ausländische Anbieter derselben Dienstleistung an deren Erbringung in dem Mitgliedstaat hindern, in dem das Dienstleistungsmonopol besteht.⁶⁵³ Zwar ist in der Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts keine formelle Diskriminierung anhand der Staatsangehörigkeit enthalten, in der den Marktzugang für Schornsteinfeger unmittelbar behindernden Wirkung liegt aber eine tatbestandsmäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit.

Somit ist in der Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit zu erkennen.

Wie bereits festgestellt,⁶⁵⁴ können nationale Maßnahmen, die eine Grundfreiheit beschränken, unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein. Vorliegend kommt wiederum eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung nur unter den Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG in Betracht.⁶⁵⁵

Dass die Bezirksschornsteinfegermeister Unternehmen sind, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse betraut sind, wurde bereits gezeigt.⁶⁵⁶ Auch die Frage, ob die Beachtung der Vertragsvorschriften in Bezug auf die Organisation des Schornsteinfegerwesens, die Erfüllung der den Bezirksschornsteinfegermeistern übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich unmöglich

⁶⁵¹ EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, S. 1299, Rn. 10 und 12; vgl. auch *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 49, 50 EG, Rn. 54 ff.

⁶⁵² EuGH, Rs. C-3/95 (Reisebüro Broede), Slg. 1996, S. I-6511, Rn. 25; verbundene Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, S. I-8453, Rn. 33.

⁶⁵³ *Emmerich*, in: *Dauses*, HbdEGWiR, H.II, Rn. 53.

⁶⁵⁴ Siehe hierzu schon oben bzgl. der Niederlassungsfreiheit § 4 IV. 2.

⁶⁵⁵ *Jarass*, EuR 1986, S. 75 (81 f.).

⁶⁵⁶ Siehe oben § 4 IV. 3. b) bb) (1).

macht, wurde bereits diskutiert. Die Ergebnisse sind entsprechend auch in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit übertragbar.

Anders als in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit stellt sich aber im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit die Frage, wie eine sinnvolle Kontrolle der Tätigkeiten eines Schornsteinfegers, der sich nur vorübergehend im Bundesgebiet aufhält und der gegebenenfalls nicht in die berufsständische Organisation eingebunden ist, sichergestellt werden kann.⁶⁵⁷ Dies ist allerdings im Schwerpunkt ein administratives Problem. Administrative Erwägungen können nach Ansicht des EuGH eine Abweichung von den Vorschriften des Vertrages nicht rechtfertigen.⁶⁵⁸

IV. Ergebnis: Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Die derzeitige Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland, wie sie durch das SchfG und die darauf aufbauenden Verordnungen ausgestaltet wurde, ist nicht mit den europarechtlichen Vorgaben in Bezug auf die freie Erbringung von Dienstleistungen vereinbar.

Das System gewährt generell keine Möglichkeit, als Erbringer von Dienstleistungen für Schornsteinfeger Tätigkeiten anerkannt zu werden oder Schornsteinfeger Tätigkeiten als Dienstleistung anzubieten. Da für das Schornsteinfegerhandwerk auf europäischer Ebene keine Ausnahmen vorgesehen sind und es auch nicht ersichtlich ist eine Ausnahme vorzusehen, ist der deutsche Gesetzgeber zum Handeln verpflichtet.

⁶⁵⁷ Auf dieses Problem muss im Rahmen der entscheidenden Gesichtspunkte für eine Neuregelung eingegangen werden, vgl. § 12 III.

⁶⁵⁸ EuGH, verbundene Rsn. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, S. I-8453, Rn. 37.

§ 6 Verstoß gegen europäische Wettbewerbsvorschriften

Die Ausgestaltung des Kehrmonopols könnte gegen die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages verstoßen.

I. Vorbemerkungen

1. Abgrenzung zu Art. 82 EG direkt

Die Ausgestaltung des Kehrmonopols in Verbindung mit den landeseigenen Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen könnte gegen das durch Art. 82 EG aufgestellte Missbrauchsverbot verstoßen. Dies setzt voraus, dass ein Mitgliedstaat überhaupt Adressat der Norm des Art. 82 EG sein kann. Im Gegensatz zu den Grundfreiheiten richten sich die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages an Unternehmen und nicht an die Mitgliedstaaten.⁶⁵⁹ Die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrages kommt daher nur dann in Betracht, wenn eine bestimmte Vorschrift die Pflichten der Art. 81, 82 EG auch auf die Mitgliedstaaten erstreckt. Eine solche Vorschrift ist Art. 86 Abs. 1 EG.

2. Abgrenzung zu Art. 10 EG

Vorliegend könnte aber auch Art. 10 EG als Prüfungsmaßstab in Betracht zu ziehen sein. Daher scheint es notwendig, eine Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich des Art. 10 und dem des Art. 86 Abs. 1 EG vorzunehmen. Art. 10 EG kann als „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ ausgelegt werden.⁶⁶⁰ Adressat des Art. 10 EG sind die Mitgliedstaaten auf allen Ebenen, sodass man über den konstatierten Grundsatz eine Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Wettbewerbsregeln begründen könnte. Allerdings gilt es zu beachten, dass der Art. 10 EG subsidiär ist gegenüber spezielleren Vorschriften, die den Gedanken der Gemeinschaftstreue zum Ausdruck bringen.⁶⁶¹ Daher ist Art. 10 EG im Geltungsbereich des Art. 86 EG nicht anwendbar.⁶⁶²

⁶⁵⁹ Jung, in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 82 EG, Rn. 3.

⁶⁶⁰ Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 10 EG, Rn. 2.

⁶⁶¹ EuGH, Rs. C-387/93, (Banchemo), Slg. 1995, S. I-4663, Rn. 17; Rs. C-335/92, (Euricio Italia u. a.), Slg. 1994, S. I-711, Rn. 22.

⁶⁶² Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 10 EG, Rn. 18.

II. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 86 Abs. 1 EG

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei den Bezirksschornsteinfegermeistern um staatliche Unternehmen und/oder Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG handelt.

1. Unternehmen

Art. 86 Abs. 1 setzt zunächst ein Unternehmen voraus. Bezugspunkt können hier nur die einzelnen Bezirksschornsteinfegermeister sein, diese müssten also Unternehmen sein. Da es keinen spezifischen Unternehmensbegriff im Rahmen des Art. 86 EG gibt, ist auf den allgemeinen Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts zurückzugreifen, der auch den Artikeln 81, 82 EG zugrunde liegt.⁶⁶³ Danach ist ein Unternehmen jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit.⁶⁶⁴ Die Bezirksschornsteinfegermeister erbringen als Gewerbetreibende Kehr- und Überprüfungsdienstleistungen gegen Entgelt, sie üben also eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und sind damit Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts. Unerheblich ist dabei, in welcher Rechtsform das Unternehmen betrieben wird.⁶⁶⁵

2. Besonderes Rechtsverhältnis

Die Bezirksschornsteinfegermeister müssten als Unternehmen in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen. Möglicherweise kann man die Bezirksschornsteinfegermeister als öffentliche oder aber als begünstigte Unternehmen qualifizieren.

a) Öffentliches Unternehmen

Die Bezirksschornsteinfeger könnten öffentliche Unternehmen sein. Fraglich ist, was unter öffentlichen Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG zu verstehen ist. Zunächst ist festzuhalten, dass der Begriff des öffentlichen Unternehmens in diesem Zusammenhang ein Begriff des europäischen Rechts ist.⁶⁶⁶

⁶⁶³ Vgl. *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 11.

⁶⁶⁴ EuGH, Rs. C-41/90 (*Höfner*), Slg. 1991, S. I-1979, Rn. 21; Rs. C-55/96 (*Job Centre*), Slg. 1997, S. I-7119, Rn. 21.

⁶⁶⁵ EuGH, Rs. C-69/91 (*Decoster*), Slg. 1993, S. I-5335, Rn. 15 und 21.

⁶⁶⁶ Hervorgehoben vom EuGH, Rs. 118/85 (*Transparenz-Richtlinie II*), Slg. 1987, S. 2599, Rn. 11; *Hochbaum/Klotz*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 7.

Ansatzpunkt zur Bestimmung des Begriffs ist die Zielrichtung der Vorschrift. Durch Art. 86 Abs. 1 EG soll verhindert werden, dass der Staat die von ihm abhängigen Unternehmen in vertragswidriger Weise nutzt und dass diese Unternehmen ihr besonderes Rechtsverhältnis zur öffentlichen Hand missbrauchen.⁶⁶⁷ Daher sind Unternehmen als öffentlich zu betrachten, wenn der Staat auf ihre Wirtschaftsplanung einen beherrschenden Einfluss hat.⁶⁶⁸ Einen Anhaltspunkt dafür, wie der Einfluss des Staates auf das fragliche Unternehmen beschaffen sein muss, bietet die Definition des Begriffs „öffentliche Unternehmen“ in der sogenannten Transparenzrichtlinie.⁶⁶⁹ Nach Art. 2 dieser Richtlinie wird der beherrschende Einfluss des Staates in der Regel aufgrund finanzieller Beteiligung, der mehrheitlichen Verfügung über Eigentumsanteile oder über Stimmrechte oder durch die Bestimmung von Mitgliedern der Leistungs- bzw. Verwaltungsorgane des Unternehmens ausgeübt. Ein Unternehmen ist folglich jedenfalls dann als öffentlich einzuordnen, wenn die öffentliche Hand unmittelbar Einfluss auf die Unternehmensleitung ausüben kann, ohne auf hoheitliche Maßnahmen angewiesen zu sein.⁶⁷⁰

Es ist zwar Sache der Länder (vgl. § 24 SchfG) eine Gebührenordnung für die Ausführung der Arbeiten der Bezirksschornsteinfegermeister zu erlassen, sodass indirekt ein öffentlicher Einfluss auf die Arbeit der Bezirksschornsteinfeger besteht. Die Gebührenordnung an sich hat aber keinen direkten Einfluss auf die Geschäftsführung. Die Einflussnahme in Bezug auf das Bestellungsverfahren, welches gesetzlich durch das SchfG und die Kehr- und Überprüfungsordnung geregelt ist, ist der eigentlichen Führung des Unternehmens nur vorgelegt. Auch die Tatsache, dass die Bezirksschornsteinfegermeister bei der Ausübung ihrer Tätigkeit einer umfassenden Aufsicht durch die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde (vgl. § 26 Abs. 2 SchfG) unterliegen, stellt keinen unmittelbaren Einfluss auf die Unternehmensführung dar. Die Bezirksschornsteinfegermeister sind somit nicht öffentliche Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG.

⁶⁶⁷ Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 7.

⁶⁶⁸ Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 13.

⁶⁶⁹ RL 80/723/EWG, Abl. der EG Nr. L 195. Durch die Richtlinie kann der Begriff des öffentlichen Unternehmens im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG zwar nicht definiert werden, die Richtlinie kann aber als Auslegungshilfe herangezogen werden, vgl. Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 12.

⁶⁷⁰ Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rn. 40.

b) Begünstigte Unternehmen

Art. 86 Abs. 1 EG ist allerdings auch auf Unternehmen anwendbar, denen die Mitgliedstaaten oder deren Länder, Provinzen oder sonstige Gebietskörperschaften besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.⁶⁷¹

Demnach müssten den Bezirksschornsteinfegermeistern besondere oder ausschließliche Rechte eingeräumt sein. Ausschließliche Rechte sind solche, die einem Unternehmen gewährt werden und diesem die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten.⁶⁷² Das ausschließliche Recht kann dabei durchaus regional beschränkt sein.⁶⁷³ Entscheidend ist, dass auf einem relevanten Markt durch die Privilegierung eines Unternehmens der Wettbewerb ausgeschaltet wird.⁶⁷⁴ Die Gewährung solcher Rechte erfolgt in der Regel durch Hoheitsakt der öffentlichen Hand.⁶⁷⁵

Wie bereits oben festgestellt, wird den Bezirksschornsteinfegermeistern durch Bestellung für einen Kehrbezirk und dem damit verbundenen Kehrmonopol ein ausschließliches Recht gewährt.⁶⁷⁶

Bisweilen wird davon ausgegangen, dass zumindest das Vorliegen eines besonderen Rechts im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG dann ausgeschlossen ist, wenn das in Frage stehende Recht anhand von objektiven, angemessenen und nicht-diskriminierenden Kriterien übertragen worden ist.⁶⁷⁷ Der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister und die damit verbundene Zuteilung eines Kehrbezirks (vgl. § 3 Abs. 1 SchfG) ist ein entsprechender Antrag des Bewerbers vorgeschaltet. Die Bestellung erfolgt entsprechend der Reihenfolge in der Bewerberliste nach Berechnung eines Rangstichtages (vgl. § 12 Abs. 2 VOSch). Das Verfahren für die Übertragung des besonderen Rechts orientiert sich also an objektiven Kriterien. Der Art. 86 Abs. 1 EG soll nach seinem Ziel aber nicht restriktiv ausgelegt werden, denn durch die Gewährung besonderer Rechte ist eine hoheitliche Beeinflussungsmöglichkeit gegeben, welche einer gesonderten Kontrolle unterworfen werden sollte.⁶⁷⁸ Für die Regelung des Kehrmonopols gilt dies insbesondere, da keine unbegrenzte Anzahl an Kehrbezirken zu verteilen ist.

⁶⁷¹ Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 21.

⁶⁷² Definition ausschließlicher Rechte durch die Kommission in der Telekommunikationsendgeräte-Richtlinie, ABl. der EU 1990 Nr. L 131/73.

⁶⁷³ Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 8 f.; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 13.

⁶⁷⁴ Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 19.

⁶⁷⁵ EuGH, Rs. C-66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), Slg. 1989, S. 803, Rn. 55.

⁶⁷⁶ Siehe zur Gewährung eines ausschließlichen Rechts oben § 3 II. 3 und § 3 IV. 2.

⁶⁷⁷ Jones/Sufrin, EC Competition Law, S. 436 f.

⁶⁷⁸ Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 23.

§ 6 Verstoß gegen europäische Wettbewerbsvorschriften

Das den Bezirksschornsteinfegermeistern eingeräumte Kehrmonopol für den jeweiligen Kehrbezirk stellt daher ein ausschließliches Recht im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG dar.

3. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 1 EG liegen in Bezug auf das den Bezirksschornsteinfegermeistern verliehene Kehrmonopol vor.

**III. Staatliche Maßnahme,
die mit einem Wettbewerbsrechtsverstoß einhergeht**

Schließlich ist zu untersuchen, ob mit der staatlichen Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts in Bezug auf die Bezirksschornsteinfegermeister ein Verstoß gegen Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit einer Verbotsnorm einhergeht.

1. Staatliche Maßnahme im Widerspruch zum Vertrag

Nach Art. 86 Abs. 1 EG ist es den Mitgliedstaaten verboten, in Bezug auf öffentliche und bevorrechtigte Unternehmen Maßnahmen zu treffen, die dem EG-Vertrag widersprechen.

Der Begriff der Maßnahme ist mit der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum weit auszulegen und umfasst jede rechtliche oder tatsächliche Einflussnahme auf das Unternehmen des Art. 86 Abs. 1 EG.⁶⁷⁹ Art. 86 Abs. 1 EG untersagt den Mitgliedstaaten insbesondere Maßnahmen, die gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen, daher ist die Vereinbarkeit der staatlichen Maßnahmen mit dem vom Vertrag errichteten Wettbewerbssystem zu beurteilen.⁶⁸⁰ Das Missbrauchsverbot des Art. 82 EG steht bei dieser Prüfung im Vordergrund.

Ausgangspunkt der wettbewerbsrechtlichen Betrachtung ist der Grundsatz, dass die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG als solche nicht mit Art. 82 EG unvereinbar ist.⁶⁸¹ Dies gilt selbst dann, wenn damit der Ausschluss des Wettbewerbs auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes ver-

⁶⁷⁹ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rn. 6, v. *Burchard*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 86 EG, Rn. 29 f.

⁶⁸⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rn. 15.

⁶⁸¹ EuGH, Rs. C-179/90 (Porto di Genova), Slg. 1991, S. I-5889, Rn. 16; Rs. C-18/93 (Corsica Ferries), Slg. 1994, S. I-1783, Rn. 42.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

bunden ist.⁶⁸² Wird aber durch die Einräumung oder Erweiterung ausschließlicher Rechte eine Lage geschaffen, in der das betreffende Unternehmen tatsächlich gegen Art. 82 EG verstößt⁶⁸³ oder zwangsläufig verstoßen muss,⁶⁸⁴ oder könnte durch die Ausübung der dem Unternehmen übertragenen ausschließlichen Rechte eine Lage geschaffen werden, in der dieses Unternehmen seine beherrschende Stellung missbraucht,⁶⁸⁵ liegt ein Verstoß gegen Art. 84 Abs. 1 EG vor.⁶⁸⁶

Vorliegend könnte die Aufrechterhaltung des Kehrmonopols oder aber dessen Ausgestaltung eine gegen Art. 86 EG in Verbindung mit Art. 82 EG verstößende Maßnahme darstellen. Bei der Untersuchung eines Verstoßes gegen Art. 82 EG sind das Verhalten des Staates und das der begünstigten Unternehmen als Einheit zu betrachten.⁶⁸⁷ Es gilt zu prüfen, ob das staatliche determinierte Verhalten eines öffentlichen Unternehmens einen Verstoß gegen Art. 82 EG darstellen würde, wenn das Unternehmen autonom gehandelt hätte.⁶⁸⁸ Die Mitgliedstaaten dürfen somit öffentliche oder bevorrechtigte Unternehmen durch regulatorische Maßnahmen nicht in eine Situation versetzen, welche die Unternehmen aus eigener Initiative nicht ohne Verstoß gegen Art. 82 EG erreichen könnten.⁶⁸⁹ Ein dem Unternehmen zurechenbarer Wettbewerbsverstoß durch eigenständiges unternehmerisches Verhalten muss nicht vorliegen.⁶⁹⁰

Es ist daher zu untersuchen, ob sich das den Bezirksschornsteinfegermeistern eingeräumte Kehrmonopol in Verbindung mit den Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen, wie ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auswirkt und daher gegen Art. 82 in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EG verstößt.

⁶⁸² EuGH, Rs. C-23/93 (Rinderbesamung), Slg. 1994, S. I-5077, Rn. 18; Rs. C-387/93 (Banchero), Slg. 1995, S. I-4663, Rn. 51.

⁶⁸³ EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, S. I-2925, Rn. 37; Rs. C-323/93 (Crespelle), Slg. 1994, S. I-5077, Rn. 18.

⁶⁸⁴ EuGH, Rs. C-242/95 (GT-Link), Slg. 1997, S. I-4449, Rn. 33.

⁶⁸⁵ EuGH, Rs. C-163/96 (Raso), Slg. 1998, S. I-533, Rn. 27.

⁶⁸⁶ v. Burchard, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 86 EG, Rn. 34.

⁶⁸⁷ *Koenig*, EWS Beilage 1/2001, S. 1 (S. 10).

⁶⁸⁸ *Mestmäcker*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 53.

⁶⁸⁹ EuGH, Rs. C-18/88 (GB-Inno-BM), Slg. 1991, S. I-5941, Rn. 20.

⁶⁹⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rn. 80; *Heinemann*, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, S. 149.

2. Marktbeherrschende Stellung
auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

Der Verstoß gegen Art. 82 EG setzt zunächst das Bestehen einer beherrschenden Stellung auf einem relevanten Markt voraus.

Eine beherrschende Stellung ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten.⁶⁹¹ Von einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens kann jedenfalls immer dann ausgegangen werden, wenn ein Unternehmen aufgrund einer Monopolstellung auf einem relevanten Markt keinem aktuellen oder potenziellen Wettbewerb ausgesetzt ist.⁶⁹²

a) Abgrenzung des relevanten Marktes

Zur Beurteilung der Frage, ob die Bezirksschornsteinfegermeister in Deutschland marktbeherrschende Unternehmen sind, muss zunächst der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden.

Die Grundsätze der Marktabgrenzung hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zusammengefasst.⁶⁹³ Entscheidend für die Feststellung, ob verschiedene Produkte miteinander in Wettbewerb stehen und daher einem Markt zuzuordnen sind, ist das sogenannte Bedarfsmarktkonzept.⁶⁹⁴ Nach der Definition der Kommission umfasst der sachlich relevante Markt sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.⁶⁹⁵ Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die von den Bezirksschornsteinfegermeistern angebotenen Dienstleistungen mit den Dienstleistungen anderer

⁶⁹¹ Zuerst EuGH, Rs. 27/76 (United Brands), Slg. 1978, S. 297, Rn. 63, 66; Rs. 85/76 (Hoffmann-La Roche/KOM), Slg. 1979, S. 461 (520); Rs C-250/92 (DLG), Slg. 1994, S. I-5671, Rn. 47.

⁶⁹² Schröter, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 72 ff.

⁶⁹³ Abl. der EG Nr. C 372 vom 9. 12. 1997, S. 5 ff.

⁶⁹⁴ Zuerst EuGH, Rs. 6/72 (Europemballage Corporation und Continental Can Company/KOM), Slg. 1973, S. 215 (348), Rn. 32; Siehe auch *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 82 EG, Rn. 30.

⁶⁹⁵ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Abl. der EG Nr. C 372 vom 9. 12. 1997, Rn. 7; Ein wesentlicher Unterschied zur Definition des sachlich relevanten Marktes durch den EuGH besteht nicht.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Handwerksbetriebe aus Sicht der Nachfrager austauschbar sind. Da der Kehrpflichtige rechtlich sowohl an die Dienstleistung selbst, als auch an die Leistungserbringung durch den zuständigen Bezirksschornsteinfegermeister gebunden ist, besteht keine Austauschbarkeit zwischen Dienstleistungen anderer Handwerker und den Dienstleistungen der Bezirksschornsteinfegermeister. Als sachlich relevanter Markt wird daher im Folgenden der Markt für Schornsteinfegerarbeiten zugrundegelegt.

Daneben ist der relevante Markt auch in räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Nach der Definition der Kommission umfasst der geografisch relevante Markt das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.⁶⁹⁶ Ein geografisch begrenzter Markt liegt stets vor, wenn der Markt durch mitgliedstaatliche Vorschriften festgelegt ist.⁶⁹⁷ Vorliegend wird der räumlich relevante Markt durch das Kehrbezirkssystem vorgegeben. § 2 Abs. 1 S. 2 SchfG normiert ein ausschließliches Recht für den Kehrbezirkseinhaber zur Durchführung von Schornsteinfegerarbeiten in dem ihm zugewiesenen Bezirk. Darüber hinaus liegt Homogenität innerhalb eines einzelnen Kehrbezirktes vor. Der Zugang zu diesem Gebiet ist durch das Schornsteinfegergesetz in Verbindung mit den jeweiligen Kehr- und Überprüfungsordnungen geregelt. Das Gebietsmonopol des Bezirksschornsteinfegermeisters hat aufseiten des Verbrauchers den Kontrahierungszwang mit dem zuständigen Bezirkseinhaber zur Folge.⁶⁹⁸ Räumlich relevanter Markt für die Tätigkeiten der Bezirksschornsteinfegermeister sind daher die jeweils zugeteilten Kehrbezirke.

- b) Beherrschende Stellung
auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes

Nach Art. 82 EG müssten die Bezirksschornsteinfegermeister eine beherrschende Stellung innehaben, die sich auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes erstreckt.

Eine marktbeherrschende Stellung liegt nach dem EuGH dann vor, wenn die Marktstellung eines Unternehmens es ihm erlaubt, die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs zu verhindern, indem es die Möglichkeit erhält, sich in nennenswertem Umfang unabhängig von seinen Konkurrenten und Abnehmern

⁶⁹⁶ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, Abl. der EG Nr. C 372 vom 9. 12. 1997, Rn. 8.

⁶⁹⁷ Näher *Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. I, Art. 86 EG, Rn. 56.

⁶⁹⁸ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 2 SchfG, Rn. 2.

bzw. Verbrauchern auf dem relevanten Markt zu verhalten.⁶⁹⁹ Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei den Bezirksschornsteinfegermeistern um beliebige private Unternehmer. Da sie durch die Zuteilung eines Kehrbezirkes zusätzlich noch das territoriale Ausschließlichkeitsrecht innehaben, verfügen sie über eine marktbeherrschende Stellung.⁷⁰⁰

Fraglich ist, ob die Organisation der Schornsteinfegertätigkeit durch Gebietsmonopole Binnenmarktdimension erreicht. Der räumlich relevante Markt, der von einem bestimmten Unternehmen beherrscht wird, müsste dafür eine gewisse Mindestgröße erreichen.⁷⁰¹ Stellt man bei dieser Prüfung auf den einzelnen Kehrbezirk ab, so hat dieser wohl kaum die notwendige Relevanz. Allerdings können mehrere nebeneinander bestehende, territorial begrenzte Monopole, die in ihrer Gesamtheit das ganze Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates umfassen, wie ein einziges Monopolunternehmen behandelt werden.⁷⁰² Die in § 2 Abs. 1 SchfG angeordnete Einrichtung von Kehrbezirken und das Kehrmonopol nach § 2 Abs. 2 SchfG beziehen sich auf das gesamte Bundesgebiet, daher kann die Gesamtheit der Bezirksschornsteinfegermeister mit ihren Kehrmonopolen als ein Monopolunternehmen behandelt werden.

Folglich ist durch die Organisation der Schornsteinfegerarbeiten in Gebietsmonopolen ein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes betroffen.

3. Wettbewerbsrechtsverstoß durch Maßnahmen,
die einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung bewirken

Ein Wettbewerbsverstoß könnte sich aus der Wirkung des Kehrmonopols in seiner Ausgestaltung auf den Markt für Schornsteinfegerarbeiten ergeben.

Es haben sich Fallgruppen herausgebildet, deren Vorliegen für einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht aufgrund von Wirkungen im Markt indiziert: Eine staatliche Maßnahme zwingt das betreffende Unternehmen, sich wettbewerbswidrig zu verhalten, indem es z.B. aufgrund hoheitlicher Festlegung missbräuchliche Preise für die von ihm angebotene Dienstleistung fordern muss.⁷⁰³ Weiter steht es im Widerspruch zum Vertrag, wenn der Mitgliedstaat eine Lage

⁶⁹⁹ EuGH, Rs. C-27/76 (United Brands/KOM), Slg. 1978, S. 207, Rn. 63 und 66; Rs. C-31/80 (L'Oréal), Slg. 1980, S. 3775, Rn. 26.

⁷⁰⁰ Siehe zum Kehrmonopol und die damit verbundenen ausschließlichen Rechte bereits oben § 3 II. 3. und § 3 IV. 2.

⁷⁰¹ Schröter, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 156.

⁷⁰² EuGH, Rs. C-323/93 (Rinderbesamung), Slg. 1994, S. I-5077, Rn. 17; Rs. C-392/92 (Almelo), Slg. 1994, S. I-1477, Rn. 41 f.; Rs. C-323/93 (La Crespelle), Slg. 1994, S. I-5077, Rn. 17.

⁷⁰³ EuGH, Rs. C-242/95 (GT-Link), Slg. 1997, S. I-4449, Rn. 34; so wohl auch EuGH, Rs. 30/87 (Pompes Funébres), Slg. 1988, S. 2479, Rn. 33.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

schafft, in der das bevorrechtigte Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen Rechts gegen Art. 82 EG verstößt bzw. verstoßen muss. Beispiel hierfür ist die Erstreckung von Ausschließlichkeitsrechten auf benachbarte, sachlich getrennte Märkte durch wettbewerbswidrige Mittel.⁷⁰⁴

Im Übrigen genügt es, wenn Mitgliedstaaten durch die Übertragung eines ausschließlichen Rechts eine Lage schaffen, in der das betreffende Unternehmen einen Missbrauch begehen könnte.⁷⁰⁵

Fraglich ist, ob staatliche Maßnahmen mit Bezug zum Kehrmonopol eine wettbewerbswidrige Marktwirkung entfalten.

a) Missbräuchliche Preise

Möglicherweise sind die Preise, die in den Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen festgesetzt sind, und durch die Bezirksschornsteinfegermeister geltend gemacht werden, missbräuchlich.

Ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung kann darin bestehen, dass unmittelbar oder mittelbar unangemessene Preise erzwungen werden.⁷⁰⁶ Ob ein Preis unangemessen ist, richtet sich nach dem wirtschaftlichen Wert der Dienstleistung.⁷⁰⁷ Ein Verstoß gegen Art. 82 EG liegt vor, wenn der Preis in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Dienstleistung steht.⁷⁰⁸ Die Ermittlung solcher Diskrepanzen ist in der Praxis häufig schwierig.⁷⁰⁹

Ausgangspunkt der Prüfung, ob die deutschen Preise unangemessen sind, soll der gegenwärtige Preis für Schornsteinfegertätigkeiten und seine Ermittlung sein. Der von den Kunden, d.h. der Kehr- und Überprüfungspflichtigen zu bezahlende Preis für die Leistungen des Schornsteinfegers ist gleich der von den Bezirksschornsteinfegermeistern zu erhebenden Gebühren.⁷¹⁰ Die anfallenden

⁷⁰⁴ EuGH, Rs. C-41/90 (Höfner und Elsner), Slg. 1991, S. I-1979, Rn. 34; Rs. C-18/88 (GB-INNO-BM), Slg. 1991, S. I-5941, Rn. 24 und 28; verbundene Rsen. C-271/90 und C-289/90 (Telekommunikationsdienste), Slg. 1992, S. I-5883, Rn. 36.

⁷⁰⁵ EuGH, Rs. C-179/90 (Porto di Genova), Slg. 1991, S. I-5889, Rn. 16 f.

⁷⁰⁶ EuGH, Rs. C-242/95 (GT-Link), Slg. 1997, S. I-4449, Rn. 38.

⁷⁰⁷ EuGH, Rs. C-242/95 (GT-Link), Slg. 1997, S. I-4449, Rn. 39.

⁷⁰⁸ Ein außergewöhnliches, übertriebenes oder besonders krasses Missverhältnis erleichtert den Nachweis des Preismissbrauchs, ist aber für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes nicht erforderlich, vgl. hierzu m.w.N. *Schröter*, in: v. d. *Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 182.

⁷⁰⁹ Überblick über die Methoden des EuGH zu Ermittlung von unangemessenen Preisen bei: *Brinker*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 82 EG, Rn. 19 ff.

⁷¹⁰ Neben den Gebühren darf der Bezirksschornsteinfegermeister Ersatz seiner Auslagen fordern. Auslagen sind Schreibgebühren und sonstige bare Aufwendungen. Ein Ersatz der Auslagen erfolgt jedoch nur insoweit, als die Auslagen nicht bereits in die Gebührenberechnung bei der Berechnung der Geschäftskosten berücksichtigt wurden.

Gebühren richten sich nach dem Umfang der ausgeführten Arbeiten. Die Höhe der einzelnen Gebührenposten ist durch die Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen der Länder festgesetzt. Um einen Missbrauch der Stellung der Bezirksschornsteinfegermeister zu verhindern, legt der Staat bzw. die bei den Ländern zuständige Stelle die Gebühren für die Leistungen im Schornsteinfegerhandwerk fest und achtet darauf, dass den Bezirksschornsteinfegermeistern ein angemessenes Einkommen garantiert ist.⁷¹¹ Ein Aushandeln der Kehrgebühren zwischen Bezirksschornsteinfegermeister und Kehrpflichtigem ist ausgeschlossen.⁷¹²

Fraglich ist also, ob die Höhe der Gebühren, wie sie in den Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen festgesetzt ist, unangemessen ist.

Der § 24 Abs. 2 SchfG nennt verschiedene Gesichtspunkte, die die zuständige Stelle der Länder bei der Bemessung der Gebühren zu berücksichtigen hat. Wichtigste Anhaltspunkte für die Berechnung der Höhe der Gebühr sind der Arbeitsumfang, die zeitliche Inanspruchnahme und die dem Bezirksschornsteinfegermeister entstehenden notwendigen Aufwendungen, die mit einer bestimmten Tätigkeit verbunden sind.⁷¹³ Die Kehr- und Überprüfungsordnungen der einzelnen Bundesländer enthalten jeweils ein umfassendes System zur Berechnung der Gebühren und Auslagen.

Ob die Gebührenfestsetzung und Gebührenstruktur unangemessen sind, soll und kann an dieser Stelle nicht selbstständig hergeleitet werden. Es wird insoweit auf die Ergebnisse der wirtschaftswissenschaftlichen Arbeit „Deregulierung im Handwerk – dargestellt am Beispiel des Schornsteinfegerhandwerks“ von *Payrhuber* zurückgegriffen. *Payrhuber* bemerkt, dass trotz dem Versuch, Gebühren und Arbeitsaufwand in ein realistisches Verhältnis zu bringen, gravierende Mängel hervortreten.⁷¹⁴ Die Art und Weise der Kostenpauschalierung soll demnach dazu führen, dass die hypothetischen Geschäftskosten die Grundlage für die Gebührenfestlegung sind, mit einer „gelungenen Aufblähung der Kosten“ einhergehe.⁷¹⁵ Zusammenfassend attestiert *Payrhuber* dem System der Gebührenfestsetzung erhebliche Probleme und überhöhte Kostenansätze.⁷¹⁶

⁷¹¹ Die Regulierung der Gebühren durch den Staat findet ihre theoretische Grundlage in der Kontrolle durch den Staat. Dazu ausführlich *Budäus*, in: *Gusy*, Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 12 (20).

⁷¹² Vgl. *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 25 SchfG, Rn. 3.

⁷¹³ Vgl. *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 24 SchfG, Rn. 4.

⁷¹⁴ *Payrhuber*, Deregulierung im Handwerk, S. 81.

⁷¹⁵ *Payrhuber*, Deregulierung im Handwerk, S. 91.

⁷¹⁶ *Payrhuber*, Deregulierung im Handwerk, S. 92.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

Das Aufblähen von Kosten stellt gemeinhin einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht dar.⁷¹⁷ Es ist im Allgemeinen ein Problem einer solchen Struktur, wie sie auch der Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland zugrunde liegt, dass das Organ zur Regulierung der Preise sich an den Angaben über die Kosten, die ihm vom „Zuregulierenden“ zur Verfügung gestellt werden, orientieren muss.⁷¹⁸ Sowohl die besonderen als auch die allgemeinen Kosten, die Grundlage der Berechnung für zukünftige Gebühren sind, entsprechen nicht denen eines effizient arbeitenden Unternehmens, sondern orientieren sich in Folge von Pauschalierung an den kostenintensiven Betrieben.

Der EuGH nimmt bei der Prüfung, ob Preise unangemessen sind, eine Unternehmensstruktur als Maßstab, die gut organisiert ist und effizient arbeitet und lehnt darüber hinausgehende Kosten ab.⁷¹⁹ Daher verstößt die Ermittlung der Gebühren für Schornsteinfegertätigkeiten gegen Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit den Wettbewerbsregeln. Da die Bezirksschornsteinfegermeister bei der Rechnungsstellung an ihre Kunden die jeweils einschlägigen Kehr- und Überprüfungsgebührenordnung zugrunde legen müssen, liegt im Erlass der Kehr- und Überprüfungsgebührenordnung durch die Bundesländer eine Maßnahme vor, die einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht darstellt.

b) Missbrauch durch Erstreckung des Ausschließlichkeitsrechts

Die Erstreckung des Kehrmonopols auf alle mit dem Schornsteinfegerhandwerk verbundenen Tätigkeiten könnte einen Missbrauch darstellen. Vorliegend könnte es zum Nachteil für die Kehr- und Überprüfungspflichtigen gereichen, dass sich das Kehrmonopol nicht nur auf die Aufgaben, die gem. § 3 Abs. 2 SchfG im Zusammenhang mit der Erledigung staatlicher Aufgaben stehen,⁷²⁰ erstreckt, sondern alle mit dem Schornsteinfegerhandwerk in Verbindung stehenden Aufgaben den Bezirksschornsteinfegermeistern und ihren Angestellten vorbehalten sind.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellt es einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG dar, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, sodass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet

⁷¹⁷ Z.B. EuGH, verbundene Rsen. 110/88, 241/88 und 242/88 (Lucazeau/SACEM), Slg. 1989, S. 2811, Rn 25 ff.

⁷¹⁸ *Mestmäcker*, in: *Mestmäcker*, Kommunikation ohne Monopole II, S. 13 (128 f.).

⁷¹⁹ Vgl. EuGH, Rs. 395/87 (Tourmier), Slg. 1989, S. 2521, Rn. 42; Siehe auch *Schröter*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 82 EG, Rn. 185.

⁷²⁰ Zu den Aufgaben gem. § 3 Abs. 2 SchfG ausführlich oben § 3 IV. 1. b) bb).

zu werden droht.⁷²¹ Geht die Erweiterung der beherrschenden Stellung des Unternehmens, dem der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt hat, auf eine staatliche Maßnahme zurück, so stellt diese Maßnahme einen Verstoß gegen Art. 86 in Verbindung mit Art. 82 EG dar.⁷²²

Die Tätigkeiten nach den Kehr- und Überprüfungsordnungen könnten auch durch andere Handwerker als nur die Bezirksschornsteinfeger und ihre Angestellten durchgeführt werden. So ist es schon jetzt so, dass die Messtätigkeiten der Schornsteinfeger auch durch Anlagenmechaniker für Heizungs- und Klimatechnik durchgeführt werden.⁷²³ Unabhängig davon können die Kehrarbeiten auch durch Schornsteinfeger ohne eigenen Kehrbezirk, Anlagenmechaniker bzw. -bauer u. a. durchgeführt werden. Häufig haben Gebäudeinhaber einen Wartungsvertrag für ihre Heizungsanlagen mit einem entsprechenden Unternehmen, sodass eine Übernahme von entsprechenden Tätigkeiten häufig im Rahmen der regelmäßigen Wartung erfolgen könnte.

Die Ausdehnung des Monopols für Schornsteinfegertätigkeiten, die staatliche Aufgaben darstellen auf alle Aufgaben im Zusammenhang mit der Schornsteinfegertätigkeit, bewirkt einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Bezirksschornsteinfegermeister.

4. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Der Missbrauch der beherrschenden Stellung muss darüber hinaus geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt es darauf an, ob eine Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell geeignet ist, die Freiheit des Handels in der Weise zu gefährden, welche die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft nachhaltig beeinflussen kann.⁷²⁴ Somit genügen bereits potenzielle Einflüsse auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel gilt nicht nur für die Beeinträchtigung der zwischenstaatlichen Warenströme, sondern umfasst auch die Beeinflussung des Dienstleistungsverkehrs.⁷²⁵ Wie bereits für die Dienstleistungsfreiheit festge-

⁷²¹ EuGH, Rs. C-18/88 (GB-Inno-BM), Slg. 1991, S. I-5941, Rn. 18.

⁷²² EuGH, Rs. C-18/88 (GB-Inno-BM), Slg. 1991, S. I-5941, Rn. 21; Rs. C-203/96 (Düsseldorf u. a.), Slg. 1998, S. I-4075, Rn. 61; Rs. 311/84 (CBEM), Slg. 1985, S. 3261; Rs. C-7/97 (Oscar Bronner), Slg. 1998, S. I-7791, Rn. 35.

⁷²³ Diese Messungen erfolgen allerdings nicht im Rahmen der immissionsschutzrechtlichen Abnahme, sondern im Rahmen des Anlageneinbaus oder der Wartung.

⁷²⁴ EuGH, Rs. 42/84 (Remia), Slg. 1985, S. 2545, Rn. 22; Rs. C-475/99 (Glöckner), Slg. 2001, S. I-8089, Rn. 48.

⁷²⁵ Brinker, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 81 EG, Rn. 58.

2. Teil: Das geltende Schornsteinfegerrecht im Lichte des Europarechts

stellt,⁷²⁶ ist die Erbringung von Schornsteinfegertätigkeiten durch europäische Ausländer nicht ausgeschlossen, daher ist dieses Kriterium potenziell erfüllt.

IV. Anwendungsausschluss durch Art. 86 Abs. 2 EG

Es wurde bereits ausgeführt, dass der Art. 86 Abs. 2 EG für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Möglichkeit vorsieht, Ausnahme von den Vertragsvorschriften zuzulassen.⁷²⁷

Möglicherweise sind daher die Höhe der Kehr- und Überprüfungsgebühren sowie die Ausweitung des Kehrmonopols auf alle Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Schornsteinfegerhandwerk, trotz Vertragswidrigkeit über ihren Aufgabenzusammenhang erforderlich und daher gerechtfertigt.

Dass es sich bei den Bezirksschornsteinfegermeistern um mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen handelt, wurde oben bereits festgestellt.⁷²⁸

Fraglich ist, ob eine Ausnahme von der Geltung der Vertragsvorschriften erforderlich ist. Der EuGH nimmt eine Ausnahme von den Vertragsvorschriften an, wenn sie erforderlich ist, um dem betrauten Unternehmen die Erfüllung der besonderen Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.⁷²⁹

In Bezug auf die Höhe der von den Bezirksschornsteinfegermeistern zu erhebenden Gebühren kann angemerkt werden, dass sie sich die Höhe der Gebühren zwar danach richten soll, dass für die Schornsteinfeger ein wirtschaftliches Auskommen sichergestellt ist, das Verfahren zur Gebührenbemessung ist allerdings mit erheblichen Mängeln belastet.⁷³⁰ Daher sind die Gebühren kein Äquivalent eigener Leistung, sondern gehen in ihrer Höhe darüber hinaus, was nötig wäre den Bezirksschornsteinfegermeistern ihre Tätigkeiten zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen. Daher ist die Höhe der Kehrgebühren nicht erforderlich und fällt daher nicht unter die Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG.

Fraglich ist, ob das Erstrecken des Kehrmonopols auf alle Schornsteinfegertätigkeiten erforderlich ist. Teilweise ist anerkannt, Dienstleistungen eines benachbarten Marktes zu monopolisieren, damit das betraute Unternehmen auf

⁷²⁶ Siehe oben § 5 I.

⁷²⁷ Näher hierzu bereits oben § 4 IV. 3. b).

⁷²⁸ Siehe oben § 4 IV. 3. b) bb).

⁷²⁹ EuGH, Rs. C-159/97 (Monopole bei Strom und Gas), Slg. 1997, S. I-5815, Rn. 96; verbundene Rsen. C-147/97 und C-148/97 (Deutsche Post AG), Slg. 2000, S. I-825, Rn. 52.

⁷³⁰ *Payrhuber*, Deregulierung im Handwerk, S. 82 ff.

§ 6 Verstoß gegen europäische Wettbewerbsvorschriften

diesem Markt Überschüsse erwirtschaften kann, die es zur Finanzierung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse benötigt.⁷³¹

Wenn es allerdings, wie vorliegend, schon nicht erforderlich ist, die Dienstleistung im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse selbst im Monopolbetrieb zu erbringen,⁷³² dann kann auch die Monopolisierung der angrenzenden Dienstleistungen nicht erforderlich sein.

V. Ergebnis: Verstoß gegen europäische Wettbewerbsvorschriften

Die Ausgestaltung des Kehrmonopols und die Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen der Länder verstoßen gegen Art. 82 in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EG.

Obwohl die Bezirksschornsteinfegermeister mit Dienstleistungen im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, kommt eine Ausnahme für das Kehrmonopol über Art. 86 Abs. 2 EG in Ermangelung der Erforderlichkeit nicht in Betracht.

⁷³¹ *Grave*, EuZW 2001, S. 709 (710).

⁷³² Siehe hierzu schon oben § 4 IV. 3. b) cc) (3).

§ 7 Ergebnis in Ansehung des europäischen Rechts

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Organisation des Schornsteinfegerwesens in Deutschland nicht mit dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

Es wurde festgestellt, dass die Bereichsausnahme nach Art. 45 EG für die Tätigkeiten des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht einschlägig ist. Obwohl die Bezirksschornsteinfegermeister teilweise mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen beliehen sind, rechtfertigen diese Kompetenzen keinen nationalen Vorbehalt für Schornsteinfegeraufgaben. Ausgehend von dieser Feststellung war es möglich, die nationalen Ausgestaltungen des Schornsteinfegerhandwerks auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu überprüfen.

Dabei wurde festgestellt, dass die Organisation des Schornsteinfegerwesens auf der Grundlage der Einteilung des Bundesgebietes in Kehrbezirke und Aufrechterhaltung eines Kehrmonopols gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt. Alternativ wurde festgestellt, dass, selbst wenn die grundsätzliche Strukturentscheidung für die Einrichtung von Kehrbezirken zu rechtfertigen sein sollte, die rechtliche Ausgestaltung dieses Systems, d.h. die Regelungen im Zusammenhang mit dem Zugang sowie mit der Ausübung, gegen primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht verstoßen.

Schließlich wurde nachgewiesen, dass das Kehrmonopol in seiner derzeitigen Ausgestaltung durch das SchfG und die landeseigenen Kehr- und Überprüfungsgebührenordnungen nicht mit den Vorgaben des europäischen Wettbewerbsrechts vereinbar sind.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

§ 8 Inhaltliche Ausgestaltung des Gesetzentwurfs

Die aufgezeigten Schwächen der derzeitigen Gesetzeslage im Hinblick auf die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts und die Tatsache, dass ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik eingeleitet wurde, machen eine Neuregelung des Schornsteinfegerrechts notwendig. Die Bundesregierung hat daher eine Kabinettsvorlage zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens als Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht.

I. Zielsetzung der Bundesregierung⁷³³

Die Bundesregierung hat sich bei der Neuregelung des Schornsteinfegerwesens das primäre Ziel gesetzt, die Betriebs- und Brandsicherheit auf dem derzeitigen Niveau zu erhalten. Außerdem stehen bei der Neuregelung die Einsparung von CO₂ und die Reduktion von schädlichen Umwelteinflüssen, die Sicherstellung einer flächendeckenden Energieeinsparung und der Klimaschutz im Vordergrund.

Die Neuregelung soll den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts gerecht werden und der Markt für Schornsteinfegertätigkeiten wird teilweise geöffnet. Dabei soll durch großzügige Übergangsfristen den bisherigen Bezirksschornsteinfegern die Möglichkeit gegeben werden, sich auf ein Wettbewerbssystem einzustellen.

II. Ausgestaltung des Schornsteinfegerrechts nach neuem Recht

Die Reform des Schornsteinfegerrechts, als eine größere Umgestaltung der bestehenden Verhältnisse im Schornsteinfegerwesen, soll im Wesentlichen durch die Verabschiedung des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens erfolgen.

Durch dieses Gesetz sollen die bestehenden Rechtsquellen des Schornsteinfegerrechts weitestgehend aufgehoben werden und an dessen Stelle ein neues Gesetz zur Regelung des Berufsrechts treten.

⁷³³ Entwurfsbegründung AT, S. 1 f.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

1. Überblick über das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens enthält vier Artikel. Art. 1 des Gesetzes umfasst die Einführung des Gesetzes über das Berufsrecht und die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk (Schornsteinfeger-Handwerksgesetz – SchfHWG).

In Art. 2 des Gesetzes sind die Änderungen am bestehenden SchfG festgeschrieben.

Der Art. 3 befasst sich mit notwendigen Änderungen am Sechsten Buch des Sozialgesetzbuchs, wobei diese sich in der Anpassung an eine geänderte Begrifflichkeit erschöpft.

In Art. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens ist das Inkrafttreten desselben und das endgültige Außerkrafttreten der Verordnung über das Schornsteinfegerwesen (VOSch)⁷³⁴ und des Schornsteinfegergesetzes (SchfG)⁷³⁵ konstatiert.

2. SchfHWG

a) Zusammenschau

Das SchfHWG umfasst drei Teile mit insgesamt dreiundfünfzig Paragraphen. Unterteilt ist das Gesetz in Regelungen zum Berufsrecht der Schornsteinfeger, Normen über die Versorgung der Bezirksbevollmächtigten im Schornsteinfegerhandwerk und die Übergangsregelungen im Zusammenhang mit der Reform des Schornsteinfegerrechts.

Nach § 1 SchfHWG soll einer der Grundpfeiler der bisherigen Organisation des Schornsteinfegerwesens, die Kehr- und Überprüfungspflicht, auch für die neue Organisation beibehalten werden. Damit sind alle Eigentümer von Grundstücken und Räumen verpflichtet, ihre kehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen durch Schornsteinfeger fristgerecht reinigen und überprüfen zu lassen. Gegebenenfalls festgestellte Mängel müssen die Eigentümer innerhalb einer festgesetzten Frist beheben lassen. Darüber hinaus unterliegen die Eigentümer gem. § 1 Abs. 2 SchfHWG einer Mitteilungspflicht, d. h. sie müssen Änderungen an Anlagen, Einbau und Inbetriebnahme von Anlagen und die Stilllegung von Anlagen an den zuständigen Schornsteinfeger melden.

Um die Kontrolle der Eigentümerpflichten sicherzustellen, sollen Bezirke, entsprechend den bestehenden Kehrbezirken, beibehalten werden (vgl. § 4 SchfHWG).

⁷³⁴ Siehe zur VOSch oben § 2 II. 1.

⁷³⁵ Siehe zum SchfG oben § 2 II. 2.

Eine wesentliche Änderung, die mit der Einführung des Schornsteinfegerhandwerksgesetzes einhergeht, ist die teilweise Aufhebung des Kehrmonopols. Die Schornsteinfegertätigkeiten, die keine Kontrollaufgaben beinhalten, können danach von allen selbstständigen Schornsteinfegern, die die handwerksrechtlichen Voraussetzungen erfüllen, erbracht werden.

Zur Information der Verbraucher soll ein Schornsteinfegerregister eingeführt werden, in dem dann alle Schornsteinfeger, die mit der Durchführung von Schornsteinfegertätigkeiten beauftragt werden dürfen, mit den notwendigen Kontaktdaten eingetragen werden.

b) Bezirksbevollmächtigte und Kontrollaufgaben

Nach § 10 SchfHwG sollen die Bezirke für sieben Jahre an jeweils einen Schornsteinfeger vergeben werden. Der Vergabe soll ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zugrundeliegen und die Auswahl zwischen den Bewerbern soll sich gem. § 9 Abs. 4 SchfHwG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung derselben richten.

Mit der Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten werden bestimmte Rechte und Pflichten begründet. So haben die Bezirksbevollmächtigten auf der einen Seite das Recht, dass bestimmte Aufgaben innerhalb ihres Bezirkes nur von ihnen wahrgenommen werden dürfen, auf der anderen Seite sind sie aber auch verpflichtet, die Erledigung dieser Aufgaben sicherzustellen. So müssen die Bezirksbevollmächtigten gem. § 14 SchfHwG innerhalb ihres Vergabezeitraums zweimal eine Feuerstättenschau bei allen Einwohnern in ihrem Bezirk durchführen. Bei diesen Feuerstättenschauen inspizieren sie den Zustand der Anlagen und legen fest, welche Schornsteinfegertätigkeiten in welchem Zeitraum durchzuführen sind. Die bis zur nächsten Feuerstättenschau durchzuführenden Arbeiten werden im Kehrbuch festgehalten und der Bezirksbevollmächtigte informiert die Eigentümer durch den Feuerstättenbescheid darüber, welche Tätigkeiten in welchem Umfang und bis wann durchzuführen sind.

Wie bereits angeführt, muss der Eigentümer gemäß § 1 Abs. 1 SchfHwG sicherstellen, dass diese Tätigkeiten fristgerecht durch einen legitimierten Schornsteinfeger erledigt werden und, dass dem Bezirksbevollmächtigten ein ausgefülltes Formblatt über den Vollzug der Tätigkeiten zugeht (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 SchfHwG). Über die Einhaltung dieser Pflicht wacht der Bezirksbevollmächtigte, daher obliegt ihm exklusiv die Führung des Kehrbooks (§ 19 SchfHwG).

Der Bezirksbevollmächtigte ist gem. § 16 SchfHwG zur Ausstellung der Bescheinigung über die Bauabnahme berufen,⁷³⁶ und er führt anlass- und risiko-

⁷³⁶ Die Bauabnahme entspricht dem Verfahren nach der bestehenden Rechtslage, dazu schon oben § 3 IV. 1. bb) (1) (b).

bezogene Überprüfungen von Anlagen innerhalb des Bezirkes durch (vgl. § 15 SchfHwG).

Kommt ein Eigentümer seinen Verpflichtungen auch nach dem Erlass eines Zweitbescheids gem. § 25 SchfHwG nicht nach, so erlässt die zuständige Behörde einen vollziehbaren Verwaltungsakt, sodass die Durchführung der Schornsteinfegertätigkeiten auf Anweisung der zuständigen Behörde gem. § 26 SchfHwG ersatzweise durch den Bezirksbevollmächtigten erfolgen kann.

Die Bezirksbevollmächtigten sind gem. § 18 SchfHwG verpflichtet, ihre Aufgaben und Befugnisse ordnungsgemäß, unparteiisch, gewissenhaft und nach den anerkannten Regeln der Technik auszuführen. Außerdem unterstehen sie nach § 21 SchfHwG der Aufsicht der zuständigen Behörde. Der Behörde stehen im Fall von Pflichtverletzungen durch einen Bezirksbevollmächtigten als Aufsichtsmaßnahme der Ausspruch eines Verweises oder die Verhängung von Warngeldern zur Verfügung.

Für die Tätigkeiten nach § 14 Abs. 1 bis 3, § 15 Satz 1 und § 16 SchfHwG erheben die Bezirksbevollmächtigten Gebühren nach einer Gebührenordnung. Die Höhe der Gebühren wird durch das BMWi in einer Rechtsverordnung festgelegt, wobei sich die Gebührenhöhe an den tatsächlich entstandenen Kosten orientieren soll.

Das bisherige System der Zusatzversorgung der Bezirksschornsteinfegermeister soll auch nach der Neuregelung zumindest mittelfristig weitergeführt werden. Im Entwurf für das SchfHwG ist daher vorgesehen, dass die Versorgung der Bezirksbevollmächtigten in Anlehnung an die Regelungen für die Bezirksschornsteinfegermeister in den §§ 27–41 SchfHwG geregelt ist. Änderungen zu den Regelungen des Schornsteinfegergesetzes ergeben sich nur insoweit, als dass auf das veränderte System der zeitlich begrenzten Bestellung Rücksicht genommen wird. Außerdem wird mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens die staatliche Aufsicht über das Zusatzversorgungssystem geändert.⁷³⁷

Die Bezirksbevollmächtigten können neben den ihnen vorbehaltenen Tätigkeiten auch alle sonstigen Schornsteinfegerarbeiten ausüben. Hierbei befinden sie sich im freien Wettbewerb mit anderen Schornsteinfegern und sind nicht an die Grenzen ihres Kehrbezirkes gebunden. Für Bezirksbevollmächtigte ist auch kein Äquivalent zum bis dato bestehenden Nebenerwerbsverbot vorgesehen.⁷³⁸ Die Bezirksbevollmächtigten können innerhalb ihres Bezirkes also auch die Tätigkeiten, die sie bei der Feuerstättenschau im Kkehrbuch vermerkt haben und deren Einhaltung sie zu kontrollieren haben, mit einem entsprechenden Auftrag des Eigentümers auch selbst durchführen. In diesem Fall gehört es zu ihren

⁷³⁷ Vgl. § 42 SchfG im Gegensatz zu § 34 SchfHwG. Die Aufsicht liegt künftig bei der Bundesversicherungsanstalt, die dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales unterstellt ist.

⁷³⁸ Zum Nebenerwerbsverbot für Bezirksschornsteinfegermeister siehe oben § 3. V. 3.

Pflichten, dass sie ihre Stellung nicht ausnutzen, um den Wettbewerb zu behindern.

Wie der Bezirksschornsteinfegermeister, so gehört auch der Bezirksbevollmächtigte als Gewerbetreibender dem Handwerk an (vgl. § 8 Abs. 2 SchfHWG). In der Gesetzesbegründung wird angeführt, dass der Bezirksbevollmächtigte Beliehener ist, seine Beleihung sich aber im Wesentlichen auf Kontrollaufgaben beschränkt.⁷³⁹ Nach Ziel und Ausgestaltung sind die Kontrollaufgaben darauf gerichtet, unmittelbar der Feuersicherheit, der allgemeinen Betriebs- und Brandsicherheit und dem Umweltschutz zu dienen. In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass diese Aufgaben ohne Bezirksbevollmächtigte durch eine Behörde vorzunehmen wären, daher ist davon auszugehen, dass es sich bei den vorbehaltenen Aufgaben um staatliche Aufgaben handelt.⁷⁴⁰

Da die Bezirksbevollmächtigten im Zusammenhang mit den Kontrolltätigkeiten auch mit besonderen Rechten und Pflichten ausgestattet sind, sind sie sowohl nach der Aufgaben- als auch nach der Befugnis- bzw. Rechtsstellungstheorie als Beliehene einzuordnen.⁷⁴¹

Fraglich ist, ob die Bezirksbevollmächtigten nach der Neuregelung mit obrigkeitlichen Kompetenzen beliehen sind.⁷⁴² Obrigkeitlich tätig wird, wer als Subjekt öffentlicher Verwaltung einseitig verbindlich regelnd, d.h. abstrakt oder konkret verbietend, gebietend, entscheidend, Zwang androhend oder anwendend in die Freiheitssphäre des Verwalteten eingreifen kann.⁷⁴³

Der Bezirksbevollmächtigte wäre mit obrigkeitlichen Kompetenzen beliehen, wenn der von ihm auszustellende Feuerstättenbescheid einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG darstellt. Dafür spricht zunächst, dass die zuständige Behörde bei Nichtbefolgung der im Feuerstättenbescheid festgelegten Fristen gemäß § 25 SchfHWG einen Zweitbescheid erlässt. Ein Zweitbescheid setzt denknottwendig einen Erstbescheid voraus. Dem Feuerstättenbescheid könnte es aber am für einen Verwaltungsakt prägenden Element der Regelungswirkung fehlen. Eine Regelung ist eine einseitig angeordnete, verbindliche, Rechtsfolgen begründende, hoheitliche Ordnung eines Lebenssachverhalts, also eine Anordnung, die feststellend oder gestaltend bestimmt, was für den Betroffenen rechtens sein soll, gleichgültig, ob sie rechtmäßig oder nicht rechtmäßig ist.⁷⁴⁴ Dem Feuerstättenbescheid fehlt es an der Verbindlichkeit. Hält sich ein Eigentümer nicht an die im Feuerstättenbescheid vorgeschriebenen Fristen oder lässt er die Aufgaben überhaupt nicht ausführen, so muss der Bezirksbevoll-

⁷³⁹ Siehe Entwurfsbegründung BT, zu § 8 SchfHWG.

⁷⁴⁰ Siehe zur Herleitung der staatlichen Aufgaben bereits oben § 3 IV. 1. b) bb).

⁷⁴¹ Siehe zu diesen Theorien und zur Argumentation schon oben § 3 IV. 1. b) aa).

⁷⁴² Zur Differenzierung zwischen schlicht-hoheitlicher und obrigkeitlicher Beleihung siehe schon oben bei § 3 IV. 1. b) cc).

⁷⁴³ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 23, Rn. 77.

⁷⁴⁴ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Bd. I, § 45, Rn. 38.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

mächtigte dies der zuständigen Behörde melden, die dann erst die notwendigen Schritte einleitet. Es handelt sich also um ein zweistufiges Verfahren, wobei der Feuerstättenbescheid keine Regelungswirkung im eigentlichen Sinn hat.

Da der Feuerstättenbescheid kein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG ist, ist der Bezirksbevollmächtigte auch nicht mit obrigkeitlichen Kompetenzen beliehen. Dieses Ergebnis ist auch damit vereinbar, dass der Bezirksbevollmächtigte gem. § 26 SchfHwG zur ersatzweisen Durchführung der Kehrungen herangezogen werden kann. Hierbei handelt der Bezirksbevollmächtigte nur im Auftrag der zuständigen Behörde und ohne eigene Regelungskompetenz. Die Bezirksbevollmächtigten sind also, wie die Bezirksschornsteinfegermeister, lediglich Beliehene mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen.

c) „Nur“-Schornsteinfeger und allgemeine Schornsteinfegertätigkeiten

Die Schornsteinfegerarbeiten, die keine Kontrollaufgaben im eigentlichen Sinn beinhalten, werden, wie bereits erwähnt, im Wettbewerb zwischen den Schornsteinfegern erbracht. Zur Gruppe der Schornsteinfeger, die mit der Durchführung von Schornsteinfegerarbeiten beauftragt werden dürfen, zählen grundsätzlich alle Bezirksinhaber und alle selbstständigen „Nur“-Schornsteinfeger. Als „Nur“-Schornsteinfeger werden solche Schornsteinfeger bezeichnet, die als selbstständige Schornsteinfeger in Deutschland niedergelassen sind, allerdings aktuell nicht zum Bezirksbevollmächtigten bestellt sind.

Über die Durchführung von Arbeiten, die durch den Feuerstättenbescheid vorgegeben sind, haben die beauftragten Schornsteinfeger gem. § 4 Abs. 2 SchfHwG ein Formblatt wahrheitsgemäß und vollständig auszufüllen. Die ausgefüllten Formblätter werden an die Bezirksbevollmächtigten weitergeleitet und dienen dem Nachweis, dass der Eigentümer seiner Kehr- und Überprüfungs-pflicht nach § 1 Abs. 1 SchfHwG nachgekommen ist.

Sowohl die Bezirksbevollmächtigten als auch die Betriebe der „Nur“-Schornsteinfeger werden gem. § 3 SchfHwG im Schornsteinfegerregister eingetragen.

d) Rechtssetzungs- und Vollzugszuständigkeiten

Durch das SchfHwG werden neben den Eigentümern, den Schornsteinfegern im Allgemeinen und den Bezirksbevollmächtigten im Besonderen auch öffentliche Stellen ermächtigt und verpflichtet.

aa) Bundesebene

Auf der Bundesebene wird das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates für einige Bereiche Rechtsverordnungen zu erlassen.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 SchfHwG wird das BMWi ermächtigt, eine bundeseinheitliche Rechtsverordnung zu erlassen, die die bisherigenkehr- und Überprüfungsordnungen der Länder ablösen soll. In dieser Rechtsverordnung soll geregelt werden, welche Anlagen innerhalb welches Zeitraums gereinigt und überprüft werden müssen, welche Grenzwerte von diesen Anlagen nicht überschritten werden dürfen und welche Verfahren bei der Reinigung und Überprüfung einzuhalten sind.

Um die gebührenpflichtigen Tatbestände näher zu bestimmen und um feste Sätze in Form von Gebühren zu bestimmen, soll das BMWi nach § 20 Abs. 4 SchfHwG eine Gebührenordnung erlassen. Die Gebührensätze sollen nach der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden bemessen werden.

Darüberhinaus soll das BMWi gem. § 4 Abs. 4 SchfHwG die Ausgestaltung und den Inhalt der Formblätter für die Durchführung von Schornsteinfegertätigkeiten durch eine Rechtsverordnung regeln.

Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle wird nach § 3 Abs. 1 SchfHwG zur Führung des Schornsteinfegerregisters verpflichtet. Das Register muss vom Bundesamt fortwährend aktualisiert werden und soll für Auskünfte über das Internet abrufbar sein. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle hat dem jeweiligen Stand der Technik entsprechend Maßnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit zu treffen.

bb) Landesebene

Auf der Ebene der Länder sind die Landesregierungen gem. § 6 Abs. 5 SchfHwG dazu ermächtigt, die Vorschriften über das Ausschreibungsverfahren und die Auswahl zwischen den Bewerbern zu erlassen. Überdies werden sie gem. § 1 Abs. 1 Satz 3 SchfHwG dazu ermächtigt, durch Rechtsverordnungen Anlagen zu bestimmen, die, über die in der Rechtsverordnung des BMWi festgesetzten Anlagen hinaus, im Gebiet des Landes derkehr- und Überprüfungspflicht unterliegen.

Außerdem ist durch Landesrecht zu regeln, welche Behörde für die Organisation des Schornsteinfegerwesens zuständig ist. Die nach Landesrecht zuständige Behörde hat unterschiedliche Verpflichtungen und Verantwortungsbereiche. Zum einen soll die Behörde die freiwerdenden Stellen für Bezirksbevollmächtigte öffentlich ausschreiben und nach einer erfolgten Bestellung die

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Daten des neuen Bezirksbevollmächtigten an das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle weiterleiten. Zum anderen ist die zuständige Behörde dazu berufen, notwendigenfalls vollstreckbare Bescheide an Eigentümer zu erlassen. Dies ist der Fall, wenn Eigentümer ihre Gebühren nicht beglichen haben oder ihrer Kehr- und Überprüfungspflicht nicht nachgekommen sind. Sollte es erforderlich sein, ist die zuständige Behörde auch dazu befugt, Ersatzvornahmen anzudrohen und gegebenenfalls selbige durch den Bezirksbevollmächtigten vornehmen zu lassen.

Darüber hinaus ist die zuständige Behörde gem. § 21 SchfHWG Aufsichtsbehörde für die Tätigkeit der Bezirksbevollmächtigten. Sie übt also Kontrollfunktionen aus und ist berechtigt, notwendigenfalls Aufsichtsmaßnahmen gegen Bezirksbevollmächtigte auszusprechen.

Schließlich sind nach § 3 Abs. 2 SchfHWG auch die Handwerkskammern in die Organisation des Schornsteinfegerwesens mit einbezogen. Die Handwerkskammern sind dazu aufgerufen, die erforderlichen Daten an das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle unverzüglich weiterzuleiten. Zu den Angaben, die die Handwerkskammern weiterzuleiten haben, gehört z.B., dass ein Kandidat seine Meisterprüfung im Schornsteinfegerhandwerk bestanden hat und er damit als Schornsteinfeger ins Schornsteinfegerregister aufzunehmen ist.

3. Änderungen am SchfG

Neben der bereits angesprochenen teilweisen Aufhebung des Kehrmonopols und der Abschaffung des Nebenerwerbsverbots für Schornsteinfeger gehen mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens zahlreiche Änderungen an der bestehenden Rechtslage einher.

Wegfallen werden mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens die §§ 1, 2, 4, 7, 14, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 50, 51, 53 und 54 SchfG. Die Normen des Schornsteinfegergesetzes, die zunächst noch nicht aufgehoben werden, werden redaktionell und inhaltlich an die Neugestaltung durch das SchfHWG angepasst.

Konkret entfallen damit die Regelungen bezüglich des Bestellungsverfahrens. Auch das Erfordernis eines amtsärztlichen Gutachtens (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 SchfG), das Erfordernis der vorherigen praktischen Tätigkeit (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 SchfG) und die Pflicht zur vorherigen Eintragung in die Bewerberliste (§ 4 SchfG). Die Residenzpflicht, die bis jetzt durch § 17 SchfG geregelt wird, soll aufgehoben werden und findet kein Äquivalent im neuen Recht. Ferner entfällt mit der Neuregelung die Pflicht, der lokalen Feuerwehr anzugehören.

Eine der wichtigsten Änderungen im Rahmen der Neugestaltung des Schornsteinfegerrechts ist die Formulierung eines dritten Absatzes für § 13 SchfG. Danach besteht von den Regeln zur Berufsausübung für Schornsteinfeger eine Ausnahme für Schornsteinfeger aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über

den Europäischen Wirtschaftsraum, die ihre Tätigkeit in Deutschland nur als vorübergehende Dienstleistung erbringen wollen. Diese Schornsteinfeger dürfen Aufgaben nach § 13 Abs. 1 Nr. 1, 3–8, 10–12 SchfG auch als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit erbringen, ohne eine gewerbliche Niederlassung in Deutschland vorweisen zu müssen. Durch diese Regelung soll die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung gewährleistet werden,⁷⁴⁵ sie gilt ab dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens und entfaltet daher schon kurz- bis mittelfristig seine Wirkung.

Die Regelungen über die Zusatzversorgung im Schornsteinfegerhandwerk bleiben zunächst erhalten, somit finden sich Regelungen zur Zusatzversorgung sowohl im SchfG als auch im SchfHwG. Das SchfG beschränkt sich mit seiner Regelungsweite auf die Bezirksschornsteinfegermeister, wohingegen das SchfHwG die Versorgung für die Bezirksbevollmächtigten ordnet.

4. Übergangsregelungen

Die Schornsteinfegertätigkeiten, die, wie beschrieben, nach dem neuen Recht nicht mehr durch das Kehrmonopol vorbehalten sind, sollen mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens durch alle registrierten Schornsteinfeger durchgeführt werden dürfen. Außerdem soll auch die Dienstleistungsfreiheit unmittelbar gewährleistet werden.

Was allerdings die Ausschreibung der bisherigen Kehrbezirke und die damit verbundenen Rechte angeht, sieht das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens großzügige Übergangsfristen vor. So bleibt die Bestellung eines Bezirksschornsteinfegermeisters für seinen Kehrbezirk, soweit keine anderen Erlöschungsgründe eintreten, zunächst bis zum 31. 12. 2012 ohne Einschränkung bestehen. Mit Ablauf des 31. 12. 2012 wandelt sich die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister dann in eine auf zwei Jahre befristete Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten für diesen Bezirk um. Erst danach werden auch diese Kehrbezirke nach dem neuen Ausschreibungsmodus vergeben.

Für die Kehrbezirke, die innerhalb der Übergangsfrist bis zum 31. 12. 2012 frei werden, soll bis einschließlich dem 31. 12. 2009 ein neuer Bezirksschornsteinfegermeister auf der Grundlage der bis dahin weiterzuführenden Bewerberliste erfolgen. Diese Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister ist bis zum 31. 12. 2012 befristet und wandelt sich danach automatisch in eine auf zwei Jahre befristete Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten um. Für Kehrbezirke, die ab dem 01. 01. 2010 frei werden, ist bereits die Anwendung des neuen Rechts vorgesehen. Demnach wären diese nach dem dann gültigen Recht für Bezirksbevollmächtigte auszuschreiben und für insgesamt sieben Jahre zu vergeben. Mit Ablauf des 31. 12. 2012 soll das SchfG dann endgültig außer Kraft treten.

⁷⁴⁵ Siehe Entwurfsbegründung AT, S. 2.

§ 9 Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

I. Einleitung

Der Entwurf zum Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens soll im Folgenden sowohl auf seine formelle als auch auf seine materielle Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Hierbei wird vom Wortlaut des Entwurfes in der Fassung vom 24. 01. 2008 ausgegangen. Soweit Änderungen am Entwurf vorgenommen wurden, konnten diese bis zum 27. 02. 2008 berücksichtigt werden.

II. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Soweit das Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens abgeschlossen ist, wird dieses auf seine formelle Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.

1. Gesetzgebungskompetenz

Durch Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens soll das SchfHwG verabschiedet werden. Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens soll durch den Bundestag als Bundesgesetz verabschiedet werden. Der Bund müsste die für den Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerrechts erforderliche Kompetenz besitzen.

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben grundsätzlich die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit nicht ausdrücklich dem Bund die Gesetzgebungsbefugnisse zugewiesen sind. Aus formalrechtlicher Sicht ist daher die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zunächst in Frage zu stellen. Um eine Bundeszuständigkeit zu begründen, bedarf es einer Kompetenznorm im Grundgesetz, die ausdrücklich dem Bund die Zuständigkeit überträgt.

a) Kompetenztitel

Im Wege der Auslegung ist also zu prüfen, ob das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens unter einen konkreten Kompetenztitel im Grundgesetz subsumiert werden kann.

Eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71, 73 GG bzw. an anderer Stelle des Grundgesetzes, kommt nicht in Betracht. Keiner der Kompetenztitel des Art. 73 GG ist einschlägig.

Es könnte jedoch eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht zu ziehen sein. Dann müsste das

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Schornsteinfegerrecht zum Recht der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zählen.

Das Recht der Wirtschaft wird von der Rechtsprechung weit definiert, danach gehören zu ihm alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln.⁷⁴⁶ Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens soll die Voraussetzungen und Bedingungen für die wirtschaftliche Betätigung im Schornsteinfegerhandwerk ordnen.⁷⁴⁷ Da das Handwerk zu den im Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG angeführten Wirtschaftszweigen gehört und das infrage stehende Gesetz schwerpunktmäßig der Regelung des Berufsrechts des Schornsteinfegerhandwerks dienen soll, folgt, dass der Gesetzgeber den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG anführen kann.⁷⁴⁸

Von seiner Zielrichtung her könnte das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens jedoch auch als Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gesehen werden. Denn es geht bei diesem Gesetz entscheidend darum, typische Gefahren für die Betriebs- und Brandsicherheit möglichst effektiv zu bekämpfen. Ordnungsrecht fällt als Gesetzesmaterie in den Bereich der Ländergesetzgebung, soweit nicht im Grundgesetz eine besondere bundesrechtliche Kompetenz begründet wurde.

Kommt eine Zuordnung zu unterschiedlichen Kompetenzmaterien in Betracht, ist auf den primären Normzweck und ergänzend auf den Schwerpunkt der Regelung abzustellen.⁷⁴⁹ Danach könnte für die Einordnung als Sicherheitsrecht sprechen, dass es dem Gesetzgeber primär um die Aufrechterhaltung eines hohen Standards im Bereich der Betriebs- und Brandsicherheit geht.⁷⁵⁰ Trotzdem ist unmittelbarer Gegenstand des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens die Einführung des SchfHwG und damit eines Gesetzes, das die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks und die Organisation desselben regelt. Letztlich geht es also um wirtschaftliche Vorgänge und ihre Ordnung. Daher ist der Schwerpunkt des Gesetzes im Recht der Wirtschaft anzunehmen.

Es muss allerdings geprüft werden, ob nicht einzelne Vorschriften des Gesetzes gegebenenfalls einem anderen Kompetenztitel zuzuordnen sind bzw. vom angeführten Kompetenztitel nicht gedeckt sind.⁷⁵¹

Da durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens auch die Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk betroffen ist, muss auch für diese Materie ein Kompetenztitel des Bundes bestehen. Früher hat das BVerfG eine

⁷⁴⁶ BVerfGE 8, S. 143 (148 f.); 68, S. 319 (330); BVerwGE 120, S. 311 (314).

⁷⁴⁷ Entwurfsbegründung AT, S. 10.

⁷⁴⁸ Die Aufzählung einzelner Wirtschaftszweige in der Klammer im Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist erschöpfend und nicht nur beispielhaft, vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 GG, Rn. 135.

⁷⁴⁹ *Degenhart*, Staatsrecht I, S. 59, Rn. 163 ff.

⁷⁵⁰ Entwurfsbegründung AT, S. 1.

⁷⁵¹ *Degenhart*, Staatsrecht I, S. 58, Rn. 160.

Verbindung zwischen Berufsrecht und Altersvorsorge betont und die Regelungskompetenz für das gesamte SchfG aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hergeleitet.⁷⁵² In einem Urteil führt das BVerfG aus, dass eine Altersgrenze zur Eigenart des Berufs der Schornsteinfeger gehöre und folglich eine angemessene Altersversorgung Teil des Berufsrechts sei.⁷⁵³ Eine solche Sicht rechtfertige sich aus der Sonderstellung des Berufsrechts der Schornsteinfeger, welches nur auf den Kehrbezirken, der Altersgrenze und der Altersversorgung aufbaue.⁷⁵⁴ Die aufgezeigte Beziehung zwischen dem Berufsrecht und der Zusatzversorgung der Bezirksschornsteinfegermeister ist aber nicht zwingend.⁷⁵⁵ Später ist auch das BVerfG davon abgewichen und hat als Kompetenznorm für die Regelung der Zusatzversorgung im Schornsteinfegerhandwerk den Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG herangezogen.⁷⁵⁶ Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist das Gebiet der Sozialversicherung Gegenstand konkurrierender Gesetzgebung. Dabei ist die Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung nicht auf die klassischen Sozialversicherungszweige (wie z.B. Krankheit, Alter, Arbeitslosigkeit u.a.) beschränkt, sondern ist vielmehr ein verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt.⁷⁵⁷

Das System der Versorgung im Schornsteinfegerhandwerk verbindet die Pflichtversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung mit der Mitgliedschaft im berufsspezifischen Versorgungswerk.⁷⁵⁸ Vor dem Hintergrund des weit gefassten verfassungsgerichtlichen Begriffs von Sozialversicherung erfüllen berufsständische Versorgungswerke die Anforderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, wenn und weil sie den klassischen Sozialversicherungen vergleichbar ausgestaltet sind und die Beschränkung auf Arbeitnehmer nicht zum Wesensmerkmal der Sozialversicherung gehört.⁷⁵⁹ Hauptargument des BVerfG für die Einordnung der Zusatzversorgung der Schornsteinfeger als Sozialversicherung war, dass die Grundversorgung der Bezirksschornsteinfeger unzweifelhaft als Sozialversicherung einzuordnen ist, und dass daher auch die hinzutretende Zusatzversorgung eine Sozialversicherung sein müsse.⁷⁶⁰ Dieser Argumentation, dass die Zusatzversorgung als Sozialversicherung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG einzustufen ist, kann auch auf die Regelungen, die die Versorgung der Bezirksbevollmächtigten ordnen will, angewandt werden.

⁷⁵² BVerfGE 1, S. 264 (272); 27, S. 228 (229).

⁷⁵³ BVerfGE 1, S. 264 (272).

⁷⁵⁴ BVerfGE 1, S. 264 (272).

⁷⁵⁵ Huber, Die Zukunft des Schornsteinfegerhandwerks im Binnenmarkt, S. 52, Rn. 158.

⁷⁵⁶ Vgl. BVerfGE 63, S. 1 (35).

⁷⁵⁷ BVerfGE 11, S. 105 (112); 75, S. 108 (146); Schnaupauff, in: Hömig, GG, Art. 74 GG Nr. 11.

⁷⁵⁸ Rombach, SGB 1994, S. 563 f.

⁷⁵⁹ Axer, in: Dolzer, BK, GG, Art. 74 Nr. 12 GG, Rn. 45.

⁷⁶⁰ BVerfGE 63, S. 1 (36).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

In § 24 SchfHwG sind Bußgeldvorschriften normiert. Dem Bundesgesetzgeber müsste auch für die Regelung von Bußgeldvorschriften die Kompetenz zustehen. Regelungen über Ordnungswidrigkeiten können als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Kompetenznorm gestützt werden.⁷⁶¹

Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerrechts ist also insgesamt unter Kompetenztitel aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zu fassen.⁷⁶²

b) Erforderlichkeit der Gesetzgebung durch den Bund, Art. 72 Abs. 2 GG

Da die Materie des Gesetzes in die konkurrierende Zuständigkeit fällt, war der Bund für den Erlass des Gesetzes unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG zuständig. Gem. Art. 72 Abs. 2 GG ist der Bundesgesetzgeber zur Regelung im Zusammenhang mit den dort benannten Kompetenztiteln befugt, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Lösung erforderlich macht.

Der Geltungsbereich dieser sog. Erforderlichkeitsklausel erstreckt sich gem. Art. 72 Abs. 2 auch auf Gesetze, die auf dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beruhen, somit ist auch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens an der Erforderlichkeitsklausel zu messen. Das infrage stehende Gesetz müsste also einem der in Art. 72 Abs. 2 GG aufgeführten Zielvorgaben dienen und zur Erreichung dieses Ziels erforderlich sein.

Problematisch ist, inwieweit die Erforderlichkeit einer Bundesgesetzgebung überprüft werden kann. Nach der früheren Rechtsprechung zur Überprüfbarkeit der Bedürfnisklausel in Art. 72 Abs. 2 GG a.F. stand es weitestgehend im Ermessen des Bundesgesetzgebers zu entscheiden, ob ein Bedürfnis für eine Regelung auf Bundesebene bestand.⁷⁶³ Nach den vorgenommenen Änderungen am Art. 72 GG sind die unbestimmten Rechtsbegriffe des Art. 72 Abs. 2 GG in vollem Umfang gerichtlich zu überprüfen.⁷⁶⁴ Erforderlich ist ein Bundesgesetz, wenn mit seiner Hilfe eines der drei in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Ziele gefördert werden kann, und auch dann nur so weit, als das ohne Bundesgesetzgebung das Ziel nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann.⁷⁶⁵

⁷⁶¹ BVerfGE 27, S. 18 (32 f.); 29, S. 11 (16); 31, S. 141 (144).

⁷⁶² Während die Zuordnung zur konkurrierenden Gesetzgebung oder zur ausschließlichen Landeszuständigkeit eindeutig sein muss, kann innerhalb des Art. 74 Abs. 1 GG ein Gesetz auch auf mehrere Kompetenztitel gestützt werden.

⁷⁶³ Ständige Rspr. bis zuletzt BVerfGE 65, S. 1 (63); 67, S. 299 (327); 78, S. 249 (270).

⁷⁶⁴ BVerfGE 106, S. 62 (142 f.); *Kenntner*, DVBl. 2003, S. 259 (260).

⁷⁶⁵ BVerfGE 106, S. 62 (149).

Im Hinblick auf die erstgenannte Zielsetzung, der Herstellung der Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse, ist der Bundesgesetzgeber nur dann zum Eingreifen befugt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.⁷⁶⁶ Es ist in Bezug auf das Schornsteinfegerwesen weder ein derartiger Zustand noch eine dahin gehende Entwicklung vorstellbar, somit scheidet ein Bezug auf diese Alternative von vornherein aus.

Geht es um wirtschaftlich bedrohliche Auswirkungen unterschiedlichen Rechts, so könnte die Zielvorgabe der Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eingreifen. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.⁷⁶⁷ Obwohl durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens das Berufsrecht der Schornsteinfeger geregelt werden soll, dient das Gesetz nicht unmittelbar der Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland.⁷⁶⁸ Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens hat, anders als das Altenpflegegesetz, auch nicht das Ziel, eine bundeseinheitliche Berufsausbildung sicherzustellen, um einem Fachkräftemangel entgegenzuwirken,⁷⁶⁹ sondern befasst sich mit dem gesamten Schornsteinfegerwesen.

Das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens kann somit nicht durch die Notwendigkeit der Wahrung der Wirtschaftseinheit aus gesamtstaatlichen Interessen gerechtfertigt werden.

Die Regelung des Berufsrechts des Schornsteinfegerhandwerks auf Bundesebene könnte allerdings dem Ziel der Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse dienen. Die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse kann als Begründung angeführt werden, wenn eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellen würde.⁷⁷⁰

Da das SchfG europarechtswidrig ist, muss es in weiten Teilen aufgehoben werden. Damit es im Bereich des Schornsteinfegerrechts nicht zu Rechtsunsicherheiten kommt, soll eine neue bundeseinheitliche Rechtsquelle, das SchfHWG, eingeführt werden.⁷⁷¹ Dieses Gesetz soll Rechtseinheit durch die Geltung gleichen Rechts, für eine Regelungsmaterie, aus einer Quelle gewährleisten.

⁷⁶⁶ BVerfGE 106, S. 62 (142).

⁷⁶⁷ BVerfGE 106, S. 62 (147); 112, S. 226 (249).

⁷⁶⁸ Stettner, in: Dreier, GG, Art. 72 GG, Rn 23.

⁷⁶⁹ BVerfGE 106, S. 62 (157).

⁷⁷⁰ BVerfGE 106, S. 62 (145); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 72 GG, Rn. 21; Uhle, in: Kluth, Föderalismusreform, Art. 72 GG, Rn. 34.

⁷⁷¹ Siehe Entwurfsbegründung AT, S. 10 f.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist eine solche, die Rechtseinheit wahrende bundesgesetzliche Regelung aber erst dann, wenn sie nicht nur im Interesse eines Landes oder einzelner Länder, sondern im Interesse der Gemeinwohlbelange der bundesstaatlichen Gesamtheit erfolgt.⁷⁷² Solange von einer dezentralen Regulierung keine nachhaltig störenden Auswirkungen auf die Gesamtheit ausgehen, spricht die Subsidiaritätskonstruktion des Artikel 72 GG im Ansatz grundsätzlich für eine Regulierung auf der unteren Ebene, die auf lokale und regionale Probleme im Zweifel angemessener reagieren kann als der Zentralstaat.⁷⁷³

Eine bundesgesetzliche Regelung ist unter anderem erforderlich, wenn eine Gesetzgebungspflicht gerade für den Bund besteht.⁷⁷⁴ Eine Gesetzgebungspflicht könnte vorliegend daraus erwachsen, dass das SchfG in seiner derzeitigen Fassung europarechtswidrig ist. Gem. Art. 10 EG sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union angehalten, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Verpflichtungen zu erfüllen, die sich aus dem Vertrag oder aus den Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben.⁷⁷⁵ Aus dieser Verpflichtung erwächst auch die Pflicht, den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entgegenstehendes nationales Recht anzugleichen bzw. ggf. ersatzlos aufzuheben.⁷⁷⁶ Somit besteht grundsätzlich eine Änderungs- bzw. Aufhebungspflicht für europarechtswidrige Gesetze. Nicht zwingend ist allerdings, dass nur der Bund verpflichtet ist, dieser Gesetzgebungspflicht nachzukommen. Vielmehr kann auch der Bund das europarechtswidrige Gesetz aufheben und den Neuregelungsauftrag an die Länder weiterleiten. Eine Gesetzgebungspflicht gerade für den Bund besteht nicht.

Auch die Tatsache, dass das Schornsteinfegerrecht traditionell auf Bundesebene geregelt wurde, kann die Erforderlichkeit einer Neuregelung durch Bundesgesetz nicht begründen.⁷⁷⁷

Die Notwendigkeit einer zentralen Regulierung kann sich aber als erforderlich erweisen, wenn die bei dezentraler Regelung entstehende Regulierungskonkurrenz in ein destruktives Phänomen des „Wettbewerbs nach unten“ zu münden droht.⁷⁷⁸ Darauf scheint die Bundesregierung anzuspitzen, wenn sie in der Entwurfsbegründung anführt, dass bei unterschiedlichen oder in Teilbereichen unterbleibenden landesrechtlichen Regelungen die Gefahr bestünde, dass ein gleichmäßig hohes Niveau der Feuersicherheit, des Gesundheits- und des

⁷⁷² Uhle, in: Kluth, Föderalismusreform, Art. 72 GG, Rn. 34.

⁷⁷³ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 72 Abs. 2 GG, Rn. 104.

⁷⁷⁴ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 72 GG, Rn. 17.

⁷⁷⁵ Zuleeg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 10 EG, Rn. 4.

⁷⁷⁶ Brander, Gesetzesänderung, S. 250 f.

⁷⁷⁷ BVerfG, NJW 2004, S. 2363; Schmidt, Staatsorganisationsrecht, S. 342, Rn. 831.

⁷⁷⁸ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 72 Abs. 2 GG, Rn. 105.

Umweltschutzes bei einer Regelung durch die Landesgesetzgeber nicht gewährleistet wäre.⁷⁷⁹

Diese Begründung ist allerdings infrage zu stellen. Wenn durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens das Berufsrecht der Schornsteinfeger kodifiziert werden soll, kann die Erforderlichkeit dieses Gesetzes nicht damit begründet werden, dass nur so ein hohes Maß an Sicherheit, Gesundheitsschutz und Umweltschutz sichergestellt werden kann. Die herangezogene Kompetenzvorschrift (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) passt zu diesen Zielen jedenfalls nicht. Der Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist eindeutig. Die Vorschrift hat eine wirtschaftsrechtliche Ausrichtung und betrifft gesundheits-, sicherheits- und umweltpolitische Fragen, wenn überhaupt, allenfalls am Rande.⁷⁸⁰

Wenn der Bund seine Gesetzgebungskompetenz wie hier aus einem der in Art. 72 Abs. 2 GG aufgezählten Titel herleitet, trifft ihn insoweit die Last, die Erforderlichkeit eines Bundesgesetzes schlüssig darzulegen. Diese Darlegungslast ist gleichzeitig mit einer Beweislastumkehrregel verbunden.⁷⁸¹ Da die Gesetzesbegründung keine weiterführende Begründung für die Erforderlichkeit der Regelung durch Bundesgesetz liefert, ist der Bund seiner Verpflichtung nicht ausreichend nachgekommen.

Trotzdem gilt es darzulegen, ob eine bundesgesetzliche Regelung des Schornsteinfegerwesens erforderlich ist. Dies wäre der Fall, wenn das unter Art. 72 Abs. 2 GG vorgegebene Ziel, vorliegend also die Wahrung der Rechts einheit, über gesetzgeberisches Handeln der Länder nicht erreichbar ist.⁷⁸² Fraglich ist also, ob eine unterschiedliche rechtliche Behandlung eines Sachverhalts in den verschiedenen Ländern Rechtsunsicherheit und Behinderung für den landesgrenzüberschreitenden Verkehr erzeugen würde.⁷⁸³ Vergleichsmaßstab der zu beurteilenden Bundesgesetzgebung ist im Rahmen des Art. 72 Abs. 2 GG die alternative Möglichkeit der Landesgesetzgebung. Bei gleicher Eignung von Regelungen durch die Länder zur Erfüllung der grundgesetzlichen Zielvorgabe gebührt grundsätzlich ihnen der Vorrang.⁷⁸⁴

Eine Regelung des Schornsteinfegerwesens durch die Länder müsste also gleich geeignet sein, der grundgesetzlichen Zielvorgabe zu entsprechen. Die Regelung des Schornsteinfegerwesens betrifft im Schwerpunkt die Organisation der Schornsteinfegertätigkeiten und die Kodifikation der Pflichten der Hauseigentümer. Man könnte also argumentieren, dass eine unterschiedliche landes-

⁷⁷⁹ Gesetzesbegründung, AT, S. 11.

⁷⁸⁰ Stettner, ZG 2007, S. 156 (164 f.).

⁷⁸¹ Vgl. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 15 I 1, S. 97; Stettner, in: Dreier, GG, Art. 72 GG, Rn. 17.

⁷⁸² BVerfGE 106, S. 62 (149).

⁷⁸³ Württemberg, Art. 72 II GG, S. 203 ff.; Gruson, Die Bedürfniskompetenz, S. 54.

⁷⁸⁴ BVerfGE 106, S. 62 (149); Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 72 Abs. 2 GG, Rn. 107.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

rechtliche Ausgestaltung dieser Materien für den betroffenen Personenkreis mit der Schwierigkeit verbunden ist, das maßgebliche Recht zu ermitteln und sich mit ihm vertraut zu machen. Diese Schwierigkeiten hätten z.B. sowohl die Schornsteinfeger beim Wechsel in ein anderes Bundesland, als auch die Hauseigentümer bei einem Wechsel ihres Wohnsitzes zu bewältigen. Diese Hürde ist aber eine notwendig Konsequenz der Existenz von Landesrecht und keine dem Schornsteinfegerwesen besonders treffende Hürde.⁷⁸⁵

Legt man die Erwägungen des Bundesgesetzgebers zugrunde, dass nur durch die einheitliche Kodifikation das hohe Niveau der Feuersicherheit, des Gesundheitsschutzes und des Umweltschutzes sichergestellt werden kann, dann muss darauf verwiesen werden, dass Gefahrenabwehrrecht grundsätzlich Sache der Länder ist und die gerade angeführten Erwägungen im weiteren Sinne in diesen Bereich fallen.

Es lassen sich mithin keine Gründe dafür finden, dass der Landesgesetzgeber das Schornsteinfegerwesen nicht regeln könnte. Daher ist die generelle Erforderlichkeit das Schornsteinfegerwesen auf Bundesebene zu normieren, zu verneinen.

c) Kompetenzüberschreitung des Bundesgesetzgebers

Es gilt festzustellen, für welche Regelungen der Bundesgesetzgeber zuständig war und an welcher Stelle er über seine Kompetenz hinausgegangen ist.

Möglicherweise war der Bundesgesetzgeber für die Änderungen bzw. Aufhebung des SchfG zuständig. Nach Art. 125 a Abs. 2 GG gilt Bundesrecht auch trotz Kompetenzverschiebung durch Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG als Bundesrecht fort. Zudem bleibt der Bund für Änderungen zuständig, solange die wesentlichen Elemente der bisherigen Regelung beibehalten bleiben.⁷⁸⁶ Die Änderungskompetenz ist allerdings eng auszulegen.⁷⁸⁷ Ausgeschlossen sind insbesondere erstmals geschaffene Neuregelungen in einem Gesetz oder die Einführung grundsätzlich neuer Strukturen.⁷⁸⁸

Die teilweise Aufhebung des Kehrmonopols und die Neuorganisation des Schornsteinfegerwesens ist ein gravierender Eingriff in das bestehende System. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass, wie gezeigt, die einzelnen Regelungen im SchfG einander bedingen und aufeinander aufbauen.⁷⁸⁹

Da das SchfG in weiten Teilen europarechtswidrig ist und eine Aufhebung der betroffenen Normen automatisch einer wesentlichen Änderung des Gesamt-

⁷⁸⁵ Gruson, Die Bedürfniskompetenz, S. 55.

⁷⁸⁶ BVerfGE 111, S. 10 (31); 111, S. 226 (269).

⁷⁸⁷ BVerfGE 112, S. 226 (250).

⁷⁸⁸ BVerfGE 110, S. 141 (175); 111, S. 226 (268 f.).

⁷⁸⁹ Siehe oben § 3 II.

§ 9 Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

systems des Schornsteinfegerwesens bedeutet, kann der Bund lediglich die Länder zu einer Neukonzeption des Schornsteinfegerwesens ermächtigen.⁷⁹⁰

Auch für die Gesetzgebung des SchfHWG, welches in seinem Kern das Verfahren und die Organisation des deutschen Schornsteinfegerwesens regelt, war der Bundesgesetzgeber nicht zuständig. Die Normierung geht in weiten Teilen ins Detail und ist damit von den Kompetenznormen des Art. 74 GG nicht gedeckt.

Obwohl nach der hier vertretenen Ansicht das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten verfassungswidrig ist, gilt es das Gesetz weiter auf seine formelle und materielle Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.

2. Das Gesetzgebungsverfahren

Das Gesetzgebungsverfahren sollte am 13. 02. 2008 eingeleitet werden. Über seine Rechtmäßigkeit kann zu diesem Zeitpunkt noch keine Auskunft gemacht werden.

⁷⁹⁰ BVerfGE 111, S. 10 (31).

III. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens sind unterschiedliche Gruppen potenziell in ihren Rechten betroffen. Hervorzuheben sind die zum Tag der Einführung des Gesetzes bestellten Bezirksschornsteinfegermeister, die zukünftigen Bezirksinhaber, die „Nur“-Schornsteinfeger und diekehr- und überprüfungspflichtigen Hauseigentümer. Für diese potenziell betroffenen Gruppen gilt es zu prüfen, ob durch die Neuregelung des Schornsteinfegerwesens in ihre Grundrechte eingegriffen wird und, ob mögliche Grundrechtseingriffe über die jeweiligen Schrankenregelungen gerechtfertigt sind.

1. Grundrechte der Bezirksschornsteinfegermeister (§ 3 SchfG)

a) Verlust der Kehrbezirke nach § 48 SchfHwG

Die Bezirksschornsteinfegermeister verlieren gem. § 48 SchfHwG spätestens zum 31. 12. 2014 ihren Kehrbezirk.

Im SchfG war bisher festgeschrieben, dass die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister nur aus abschließend in § 8 SchfG aufgezählten Gründen erlöschen soll. Bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens ist die Regel, dass die Bestellung der Bezirksschornsteinfegermeister erst mit dem Erreichen der Altersgrenze gem. § 8 Nr. 4 in Verbindung mit § 9 SchfG erlischt.

Bezirksschornsteinfegermeister müssen sich also auf eine neue Situation einstellen, die möglicherweise damit verbunden ist, dass sie ihren Kehrbezirk und die damit verbundenen vorbehaltenen Rechte vorzeitig verlieren. Dies könnte mit einem Eingriff in ihre Grundrechte einhergehen.

aa) Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister, Art. 12 GG

Nach der Neuregelung müssen sich die Bezirksschornsteinfegermeister in einem Ausschreibungsverfahren erneut um einen Kehrbezirk bewerben. In diesem Verfahren sind sie der Konkurrenz mit anderen Bewerbern ausgesetzt und verlieren gegebenenfalls ihren Bezirk und damit ihre Stellung als Beliehene. Möglicherweise schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Bezirksschornsteinfegermeister vor Konkurrenz.

(1) Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG müsste eröffnet sein. Dies ist der Fall, wenn es sich bei der Tätigkeit der Bezirksschornsteinfeger um einen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG handelt.

Der Begriff des Berufes ist nach allgemeiner Meinung weit auszulegen.⁷⁹¹ Er erfasst jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁷⁹² Inbegriffen sind sowohl die freien Berufe, bei denen der Berufsangehörige das volle wirtschaftliche Berufsrisiko trägt, als auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche in erster Linie dem Staat vorbehalten sind.⁷⁹³

Obwohl die Bezirksschornsteinfegermeister ohne Zweifel einen Beruf im Sinne der angeführten Merkmale ausführen, bestehen Zweifel, ob auf sie Art. 12 Abs. 1 GG unbeschränkt anwendbar ist. Zweifel bestehen vor allem aufgrund der Besonderheiten dieses Gewerbes (z. B. dem verliehenen Verwaltungsmonopol und ihrer Stellung als Beliehene) und der Wahrnehmung von Staatsaufgaben.⁷⁹⁴ Es stellt sich daher die Frage, ob in Bezug auf das Schornsteinfegerhandwerk Art. 12 GG von Art. 33 GG zumindest teilweise verdrängt wird. Die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts ist insoweit nicht einheitlich.⁷⁹⁵

Soweit es um den Zugang zu einem verwaltungsmonopolisierten Beruf geht, könnte Art. 33 GG dem Art. 12 GG als Sonderregelung vorgehen.⁷⁹⁶ Insbesondere wird angenommen, dass die Garantie der Berufsfreiheit für staatlich gebundene Berufe durch Art. 33 GG überlagert und modifiziert wird.⁷⁹⁷ Die Rechtswirkung des Art. 33 GG sollte in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG erst auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtsfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit eine Rolle spielen.⁷⁹⁸ Es ist kein Grund ersichtlich, eine Verkürzung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit vorzunehmen.

Fraglich ist, ob der Bezirksschornsteinfegermeister zu den staatlich gebundenen Berufen gehört. Als staatlich gebundenen Beruf bezeichnet man diejenigen Berufsgruppen, denen funktionell die Wahrnehmung solcher öffentlicher Aufgaben übertragen worden ist, die grundsätzlich der Gesetzgeber auch dem eigenen Verwaltungsapparat hätte vorbehalten können.⁷⁹⁹ Die Bezirksschornsteinfegermeister sind durch die Rechtsprechung als staatlich gebundener Beruf

⁷⁹¹ Vgl. u. a. BVerfGE 7, S. 377 (397); 14, S. 19 (22); Ausführungen bei *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 22 II. 1.

⁷⁹² BVerfGE 7, S. 377 (397); 50, S. 290 (362); 110, S. 304 (321); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 GG, Rn. 4.

⁷⁹³ BVerfGE 16, S. 6 (21); 50, S. 363.

⁷⁹⁴ Zur Beleihung schon oben § 3 IV. 1. b). Zum Verwaltungsmonopol der Bezirksschornsteinfegermeister oben § 3 IV. 2. c).

⁷⁹⁵ Siehe etwa für eine eingeschränkte Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfGE 72, S. 126 (130); für eine grundsätzlich uneingeschränkte Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfGE 73, S. 280 (292).

⁷⁹⁶ BVerfG, NJW 1975, S. 1135 (1138).

⁷⁹⁷ BVerfGE 39, S. 334 (369); 46, S. 43 (52); 73, S. 280 (292); 73, S. 301 (315).

⁷⁹⁸ Vgl. BVerfGE 96, S. 152 (163); 96, S. 171 (181 f.); 96, S. 189 (197); 96, S. 205 (211).

⁷⁹⁹ BVerfGE 73, S. 280 (293); 73, S. 301 (315 f.).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

qualifiziert worden.⁸⁰⁰ Hierfür spricht auch ihre Stellung als Beliehene.⁸⁰¹ Da die Bezirksschornsteinfegermeister als Gewerbetreibende dem Handwerk angehören und sie neben den Aufgaben im beliehenen Bereich Aufgaben auf der Grundlage des Privatrechts erledigen, entfaltet Art. 12 GG für den Zugang zu diesem Beruf Schutzwirkung.⁸⁰²

Uneingeschränkt schützt Art. 12 Abs. 1 GG sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung. Regelungen der Berufswahl betreffen dabei die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Tätigkeit aufgenommen bzw. fortgeführt werden kann, wohingegen Regelungen der Berufsausübung die Frage betreffen, wie und in welcher Weise eine Tätigkeit nach Berufsbeginn ausgeübt werden kann, ohne auf die Freiheit der Berufswahl zurückzuwirken.⁸⁰³ Gewährleistet ist der Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, beizubehalten und aufzugeben.⁸⁰⁴

Zur Berufsfreiheit gehört weiterhin die eigenverantwortliche Bestimmung über den Umfang der beruflichen Tätigkeit sowie die Entscheidung über die Haupt- oder Nebenberuflichkeit der Betätigung.⁸⁰⁵

(2) Eingriff in die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister

Fraglich ist, ob der Verlust ihres Kehrbezirks und ihrer vorbehaltenen Rechte für die Bezirksschornsteinfegermeister Eingriffe in die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister darstellen.

Sowohl das Recht der Berufswahl als auch das der Berufsausübung kann als einheitliches Grundrecht⁸⁰⁶ durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes, welches den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügt, beschränkt werden.⁸⁰⁷ Zu der Möglichkeit, dieses Grundrecht zu beschränken, hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Apothekenurteil ausführlich Stellung bezogen.⁸⁰⁸ Danach gilt es, die Bedeutung der Einzel- und Gemeinschaftsinteressen sorgfältig gegeneinander abzuwägen.⁸⁰⁹

Grundsätzlich umfasst der heute herrschende Eingriffsbegriff jedes staatliche Verhalten, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, erschwert oder unmöglich macht, gleichgültig, ob diese Wir-

⁸⁰⁰ BVerfGE 6, S. 72 (74); 38, S. 244 (247).

⁸⁰¹ *Stober*, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, § 7 II 3, S. 63.

⁸⁰² VGH BW, ESVGH 25, S. 122–126.

⁸⁰³ *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 21 III 2, S. 148.

⁸⁰⁴ BVerfGE 84, S. 132 (146); 97, S. 169 (175); BVerwGE 96, S. 292 (296).

⁸⁰⁵ *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 21 II 2, S. 146.

⁸⁰⁶ BVerfGE 7, S. 377 (402).

⁸⁰⁷ BVerfGE 80, S. 257; 99, S. 202 (211).

⁸⁰⁸ Vgl. BVerfGE 7, S. 377 ff.

⁸⁰⁹ BVerfGE 7, S. 377 (404 f.).

kung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder faktisch erfolgt.⁸¹⁰ Im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG verlangt die Rechtsprechung zusätzlich, dass der betreffenden Regelung eine subjektiv oder objektiv berufsregelnde Tendenz zukommt, d.h. sie muss entweder gerade auf die Berufsregelung zielen oder, bei berufsneutraler Zielsetzung, sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirken.⁸¹¹

Vorliegend geht es nicht um die Abwehr eines Eingriffs in die Freiheit, einen Beruf oder Ausbildungsstätte zu wählen, sondern eher um einen Anspruch auf Aufrechterhaltung des zugeteilten Verwaltungsmonopols und den Schutz vor Konkurrenz. Art. 12 GG, der auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung abzielt, gewährt keinen Schutz davor, dass einem Gewerbetreibenden durch eine Neuregelung in ihrem Beruf neue Konkurrenz erwächst. Ebenso wenig wie es nach der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes ein subjektives verfassungskräftiges Recht auf die Erhaltung des Geschäftsumfanges und die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten gibt, schützt Art. 12 Abs. 1 vor Konkurrenz.⁸¹² Eine Liberalisierung des Schornsteinfegerwesens und die damit verbundene Änderung des Bestellungsverfahrens kann die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister nicht beschränken.

Art. 12 Abs. 1 GG kann den Bezirksschornsteinfegern keinen grundsätzlichen Schutz gegen die Neuregelung des Schornsteinfegerwesens vermitteln.

bb) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG

Fraglich erscheint, ob der Verlust der Kehrbezirke, der mit der Neuregelung des Schornsteinfegerwesens einhergeht, einen Eingriff in bestehende oder erworbene Rechtspositionen der Bezirksschornsteinfegermeister darstellt.

(1) Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister als eigentumsmäßig verfestigte Rechtsposition

Die Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister geht gem. § 4 SchfG mit der Übertragung eines Kehrbezirks einher. Durch das Kehrmonopol gem. § 2 Abs. 2 SchfG abgesichert, könnte eine für sich betrachtet eigentumsmäßig verfestigte Rechtsposition entstehen. Bei der Bestellung handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Berechtigung, vergleichbar einer staatlichen Erlaubnis oder Genehmigung. Derartige vermögenswerte Rechte öffentlich-rechtlicher Natur genießen nur ausnahmsweise den Schutz des Art. 14 GG. Voraussetzung ist, dass dieses Recht hinreichend verfestigt und durch eigene Leistung und eigenen

⁸¹⁰ Siehe zum heute herrschenden Eingriffsbegriff *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, § 6 III 2, Rn. 240.

⁸¹¹ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 GG, Rn. 11 ff.

⁸¹² Vgl. BVerfGE 7, S. 377 (408); 11, S. 168 (189); 24, S. 236 (251); 31, S. 8 (31).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Kapitaleinsatz erworben wurde.⁸¹³ Nur in diesem Fall ist das Recht als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn zu beurteilen.⁸¹⁴

Diese Voraussetzungen erfüllt die Rechtsposition des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht.⁸¹⁵ Die Einräumung einer eigentumsgeschützten öffentlich-rechtlichen Rechtsposition ist anzunehmen, wenn der Staat dem Einzelnen ein Recht als Äquivalent einer ihm gegenüber erbrachten Leistung dauerhaft zuwendet.⁸¹⁶ In Bezug auf den Bezirksschornsteinfegermeister fehlt es sowohl an der ausreichend verfestigten Dauerhaftigkeit als auch an der Äquivalenz.

Nach den §§ 11 Abs. 3 und 23 Abs. 3 SchfG muss ein Bezirksinhaber jederzeit damit rechnen, dass sein Kehrbezirk entschädigungslos aufgehoben wird. Außerdem ist das Bestellungsverfahren nicht an den Grundsätzen von Leistung und Verdienst orientiert, vielmehr liegt der Bestellung ein Prioritätssystem zugrunde. Bewerberliste und Rangstichtag sind letztlich die entscheidenden Kriterien.⁸¹⁷ Daher ist die dem Bezirksschornsteinfegermeister eingeräumte Rechtsposition nicht als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen.⁸¹⁸

(2) Der Bezirksschornsteinfegermeister als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb

Möglicherweise ist aber der Handwerksbetrieb der Bezirksschornsteinfegermeister als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb über Art. 14 GG geschützt. Der Eigentumsschutz des Rechts am Gewerbebetrieb ist umstritten. Vom BGH, dem BVerwG und dem überwiegenden Teil der h.L. wird der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb dem Eigentumsbegriff unterstellt.⁸¹⁹ Danach wird der Erwerbsbetrieb im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG definiert als die organisatorische Zusammenfassung von persönlichen und sachlichen Mitteln zu einem auf Erwerb gerichteten Unternehmen.⁸²⁰

Das BVerfG ist skeptisch und wirft die Frage auf, ob der Gewerbebetrieb als solcher überhaupt die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentums aufweise und ob der verfassungsrechtliche Schutz des Gewerbebetriebes überhaupt geboten ist.⁸²¹ Das BVerfG führt aus, dass eigentumsrechtlich

⁸¹³ Vgl. *Wendt*, in: *Sachs*, GG, Art. 14 GG, Rn. 28 m.w.N.

⁸¹⁴ *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtrew/Hofmann/Hopfauf*, GG, Art. 14 GG, Rn. 22.

⁸¹⁵ So auch *Huber*, Die Zukunft des Schornsteinfegerhandwerks im Binnenmarkt, S. 40 f.

⁸¹⁶ *Wendt*, in: *Sachs*, GG, Art. 14 GG, Rn. 31.

⁸¹⁷ Siehe zum Bestellungsverfahren schon oben § 3 V. 1.

⁸¹⁸ So schon BVerfGE 1, S. 264 (276 f.); OVG Lüneburg, GewArch. 1969, S. 204 (205); vgl. aber BGH, DöV 1956, S. 574 (575).

⁸¹⁹ BGHZ 111, S. 349 (356); BVerwGE 81, S. 49 (54); *Engel*, AöR 118 (1993), S. 169 ff.

⁸²⁰ BGHZ 45, S. 150 (154); BGHZ 48, S. 65 (66).

⁸²¹ BVerfGE 51, S. 191 (221); BVerfG, GewArch. 1992, S. 21; BVerfG, NJW 1993, S. 1969 (1971); BVerfGE 105, S. 205 (279); BVerfG, NVwZ 2002, S. 1232.

gesehen das Unternehmen die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu seinem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte ist, die an sich schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt sind.⁸²² Somit kann der Schutz des Gewerbebetriebes jedenfalls nicht weiter gehen als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt.⁸²³ Tatsächliche Gegebenheiten und günstige Umweltbedingungen fallen somit aus dem Schutz des Gewerbebetriebes heraus.⁸²⁴ Geschützt ist der vorhandene Bestand des Eigentums. Nicht geschützt sind bloße Umsatz-, Erwerbs- und Gewinnchancen, Hoffnungen, Erwartungen und Aussichten.⁸²⁵ Auch der Art. 14 GG schützt nicht vor Konkurrenz.⁸²⁶

In Bezug auf die jeweiligen Betriebe der Bezirksschornsteinfegermeister wäre also der Bestand als solcher geschützt. Würde durch die Neuregelung des Schornsteinfegerwesens der Bestand dieser Betriebe ernsthaft in Gefahr gebracht, entfaltet Art. 14 GG Schutzwirkung. Fakt ist aber, dass durch die Neuregelung nicht die Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks als solches verhindert wird. Durch die Schornsteinfegertätigkeit kann den Schornsteinfegermeister auch weiterhin ein existenzsicherndes Einkommen generiert werden.

Möglicherweise dürften die Bezirksschornsteinfegermeister aber darauf vertrauen, dass die begünstigende Rechtslage auf Dauer oder zumindest für einen gewissen Zeitraum erhalten bleibt.⁸²⁷ Gegebenenfalls haben die Bezirksschornsteinfegermeister ein schützenswertes Vertrauen aufgebaut, welches sie zu bestimmten Investitionen oder sonstigen Aufwendungen veranlassen durfte. Maßgeblich für das Vorliegen eines solchen Vertrauensbestandes ist der Umstand, dass die Organisation des Schornsteinfegerwesens nach dem SchfG eine freie unternehmerische Entfaltung der Schornsteinfeger unterbunden hat. Größe, Umsatz und Gewinnaussichten der Betriebe der Bezirksschornsteinfegermeister waren durch das SchfG determiniert. Zu diesen Einschränkungen gehörte zum Beispiel die Erhebung von festgesetzten Gebühren nach Gebührenordnung, das Nebenerwerbsverbot oder die Residenzpflicht.⁸²⁸ Außerdem spricht auch die besondere Stellung des Bezirksschornsteinfegermeisters als Beliehenem für einen Vertrauensbestand.

⁸²² BVerfG, GewArch. 2002, S. 372.

⁸²³ BVerfGE 58, S. 300 (353).

⁸²⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, § 23 II 1, Rn. 905.

⁸²⁵ BVerfGE 78, S. 205 (211 f.); 105, S. 252 (277); BVerfG, NVwZ 2002, S. 197.

⁸²⁶ BVerfGE 11, S. 192 (202 f.).

⁸²⁷ BGH, NJW 1968, S. 293 (294); BGHZ 25, S. 266 (269 f.).

⁸²⁸ Zu den weiteren Besonderheiten siehe schon oben § 3 V.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Folge dieses Vertrauenstatbestandes ist allerdings nicht, dass die Neuregelung gänzlich ausgeschlossen ist. Es ist vielmehr so, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Reformvorhabens Übergangsregelungen vorsehen muss.⁸²⁹

Fraglich ist, ob die im Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens vorgesehenen Übergangsregelungen verfassungsrechtlich unbedenklich sind. Grundsätzlich sollte eine Übergangsregelung, bezogen auf den in Rede stehenden Sachverhalt, geeignet und für die Betroffenen zumutbar sein.⁸³⁰ Die im Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens vorgesehene Übergangsregelung sieht eine zeitlich befristete Aufrechterhaltung des alten Rechts vor. Der Übergang erfolgt stufenweise, sodass erst vor kurzem bestellte Bezirksschornsteinfegermeister eine Übergangsfrist von sechs Jahren gewährt wird. Legt man zugrunde, dass das Berufsrecht der Schornsteinfeger schon seit vielen Jahren zur Diskussion steht und dass die Europäische Kommission schon im April 2003 ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen die europäischen Grundfreiheiten durch das SchfG eingeleitet hat, kann das Vertrauen der Bezirksschornsteinfegermeister in ein Fortbestehen aller Einzelheiten des Berufsrechts schon längere Zeit nicht mehr unumstößlich gewesen sein.

Schließlich geht es darum, eine Regelung zu finden, die weitestgehend verhindert, dass die Bezirksschornsteinfegermeister über den Verlust ihrer Rechtsstellung als Bezirksinhaber hinaus mit weiteren Nachteilen belastet werden, die sich in der Zukunft als Hindernis für ihre Wettbewerbsfähigkeit darstellen könnten. Eine solche Regelung ist die gestufte Überleitung und Abschaffung des bestehenden Berufsrechts. Schließlich muss hervorgehoben werden, dass die Bezirksschornsteinfeger aufgrund ihrer vorhandenen Infrastruktur, ihrer gewachsenen Kundenbindung und der gegebenenfalls schon erfolgten Amortisation ihrer Investitionen eher einen Wettbewerbsvorteil als einen Nachteil gegenüber potenziellen Konkurrenten haben.

Durch die Neuvergabe der Kehrbezirke und die Aufhebung der bestehenden Bestellungen werden die Bezirksschornsteinfegermeister nicht in ihrem Eigentum gem. Art. 14 Abs. 1 GG verletzt.

b) Pflicht zur Beschäftigung eines Gesellen nach § 15 SchfG

Die Berufspflichten für Bezirksschornsteinfegermeister bleiben auch nach der Neuregelung teilweise in Kraft. Die Bezirksschornsteinfegermeister müssen also weiterhin ihren Pflichten aus dem SchfG gerecht werden, sind dabei aber schon der Struktur des SchfHwG unterworfen.

Nach § 15 SchfG sind Bezirksschornsteinfegermeister dazu verpflichtet, einen Gesellen in ihrem Betrieb zu beschäftigen. Diese Regelung muss im Zu-

⁸²⁹ Zu den Rechtsfolgen des Vertrauensschutzes siehe *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes, S. 129 ff.

⁸³⁰ *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes, S. 128 f.

sammenhang damit gesehen werden, dass die Kehrbezirksgröße nach dem bestehenden Recht so berechnet ist, dass der Arbeitsanfall nur mit Hilfe eines Gesellen zu bewältigen ist.⁸³¹ Die Beschäftigung eines Gesellen setzt einen Arbeitsvertrag voraus und hat sich auf die normale Arbeitszeit und Arbeitskraft zu erstrecken.⁸³²

Die Aufrechterhaltung dieser Norm trotz teilweiser Abschaffung des Kehrmonopols könnte mit einem Verstoß gegen Grundrechte der Bezirksschornsteinfegermeister einhergehen.

aa) Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister, Art. 12 Abs. 1 GG

Es wurde bereits dargelegt, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG in Bezug auf die Bezirksschornsteinfegermeister eröffnet ist.

(1) Schutzbereich und Eingriff

Die über Art. 12 Abs. 1 geschützte Freiheit der Berufsausübung gewährleistet die Gesamtheit der mit der Berufstätigkeit zusammenhängenden Modalitäten der beruflichen Tätigkeit und umfasst so insbesondere Form, Mittel und Umfang sowie gegenständliche Ausgestaltung der Betätigung.⁸³³

Fraglich ist, ob der Regelungsgehalt des § 15 SchfG einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt. Ein Eingriff ist jede Maßnahme bzw. gesetzliche Regelung, die sich unmittelbar auf die berufliche Betätigung bezieht, diese ganz oder teilweise oder in der Art und Weise der Ausübung behindert.⁸³⁴

Durch § 15 SchfG soll die Tätigkeit des Bezirksschornsteinfegermeisters nicht behindert oder teilweise unmöglich gemacht werden, ursprünglich sollte durch § 15 SchfG eine sachgerechte Berufsausübung des Bezirksschornsteinfegermeisters sogar gefördert bzw. erst ermöglicht werden. Die Anstellung eines Gesellen ist allerdings auch mit der Zahlung eines Gesellengehalts verbunden, sodass eine mittelbare Beeinträchtigung vorliegen könnte.

Regelungen, die sich nicht unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit beziehen, stellen einen Grundrechtseingriff dar, wenn sie eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben.⁸³⁵ Dies ist der Fall, wenn eine Regelung die Rahmenbedingung der Berufsausübung verändert und infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht.⁸³⁶ Die Behinderung der Berufsfreiheit darf zusätzlich nicht nur unerheblich sein.⁸³⁷

⁸³¹ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 15 SchfG, Rn. 3.

⁸³² Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 720, § 15 SchfG, Anm. 3.

⁸³³ Tettinger/Mann, in: Sachs, GG, Art. 12 GG, Rn. 57 m.w.N.

⁸³⁴ Vgl. BVerfGE 111, S. 191 (213).

⁸³⁵ BVerfGE 97, S. 228 (254); 98, S. 218 (258); 110, S. 274 (288); 111, S. 191 (213).

⁸³⁶ BVerfGE 111, S. 191 (213).

⁸³⁷ BVerfGE 81, S. 108 (122); 110, S. 370 (394).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Die in § 15 SchfG normierte Beschäftigungsverpflichtung für einen Gesellen liegt zwar außerhalb der eigentlichen Berufsausübung der Bezirksschornsteinfegermeister; indessen steht sie im inneren Zusammenhang mit dem Beruf und stellt sich damit als eine Regelung dar, die Rückwirkung auf die Berufsausübung hat.⁸³⁸

Nach dem Neuregelungsvorschlag kann der Großteil der Schornsteinfeger-tätigkeiten innerhalb eines Bezirks im freien Wettbewerb mit anderen Schornsteinfegern angeboten werden. Der Umsatz der Bezirksschornsteinfegermeister ist somit nicht mehr als feste Größe kalkulierbar. Die Belastung, einen Gesellen beschäftigen zu müssen, ist daher ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister, da die Beschäftigungspflicht mit der Verpflichtung zur regelmäßigen Zahlung eines Gesellengehalts verbunden ist.

(2) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann in die Freiheit der Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Die Beschäftigungsverpflichtung ist in § 15 SchfG geregelt, somit kommt diese als rechtfertigende Bestimmung in Betracht. Der § 15 SchfG müsste seinerseits verfassungsmäßig sein. Es ist vorliegend nicht in Frage zu stellen, dass der § 15 SchfG ursprünglich verfassungsgemäß war, vielmehr ist zu prüfen, ob diese Norm nachträglich mit Wirkung ab Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens rechtswidrig wird.⁸³⁹

§ 15 SchfG müsste eine verhältnismäßige Einschränkung der Berufsfreiheit bewirken. Das BVerfG hat den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die besonderen Gegebenheiten des Grundrechts der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG näher konkretisiert und daraus im Apotheker-Urteil die sog. Stufenlehre entwickelt.⁸⁴⁰ Danach sind Eingriffe mit Bezug zur Berufsfreiheit ihrer Eingriffsintensität entsprechend als Regelungen der Berufsausübung, subjektive Zulassungsbeschränkungen oder objektive Zulassungsbeschränkungen zu charakterisieren. Mit der Zunahme der Eingriffsintensität geht eine Abnahme der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einher.⁸⁴¹

Als Regelung der Berufsausübung müssten § 15 SchfG vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls zugrunde liegen, die diese Norm als zweckmäßig erscheinen und den Einzelnen nicht übermäßig und unzumutbar treffen.⁸⁴² Der legitime Zweck des § 15 SchfG war, dass die Größe der Kehrbezirke so ausgelegt war, dass die Erledigung aller anfallenden Schornsteinfegerarbeiten durch

⁸³⁸ Vgl. BVerfGE 22, S. 380 (384).

⁸³⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen, S. 179 f.

⁸⁴⁰ Insoweit Grundlegend BVerfGE 7, S. 377 (404).

⁸⁴¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, § 21 II 3, Rn. 846.

⁸⁴² BVerfGE 7, S. 377 (405 f.); 65, S. 116 (125 f.); 70, S. 1 (28).

eine Person allein nicht gewährleistet werden konnte. Da der Bezirksschornsteinfegermeister ein Monopol auf diese Tätigkeiten hatte, somit nur er und seine Angestellten zur Ausführung berechtigt waren, war es zweckmäßig, dem Bezirksschornsteinfegermeister die Beschäftigung eines Gesellen aufzuerlegen.

Nach der Neuregelung sind nur noch Tätigkeiten, die der Bezirksinhaber in eigener Person durchzuführen hat, vorbehalten. Die übrigen Schornsteinfegertätigkeiten können durch alle selbstständigen Schornsteinfeger und anerkannten Dienstleister aus dem europäischen Ausland durchgeführt werden. Die Norm kann ihrem ursprünglichen Zweck nicht mehr unmittelbar dienen. Absicht des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens ist, für diesen Bereich der Tätigkeiten einen freien Markt zu schaffen.⁸⁴³ Durch § 15 SchfG wird zwar sichergestellt, dass über das Gebiet der Bundesrepublik verteilt überall Schornsteinfegergesellen vorgehalten werden, die Durchführung der Schornsteinfegerarbeiten selbst wird hierdurch aber nicht gefördert. Damit ist die Regelung möglicherweise noch geeignet, dem Ziel, die Möglichkeit der Durchführung der Schornsteinfegerarbeiten zu dienen, erforderlich ist sie aber nicht. Der Zweck, Durchführung aller Schornsteinfegerarbeiten überall sicherzustellen, kann auch allein über den Markt garantiert werden. Jeder Eigentümer ist, soweit ein Kehrbescheid die Durchführung von Tätigkeiten vorschreibt, gem. § 1 Abs. 1 SchfHwG dazu verpflichtet, diese durchführen zu lassen. Woher der Schornsteinfeger stammt, der die Arbeiten durchführt, und welchen Preis der Eigentümer bezahlt, ist durch das SchfHwG nicht vorgeschrieben und soll nach der Intention des Gesetzgebers auch nicht vorgeschrieben werden.

Sollte sich die Anstellung eines Gesellen für den Bezirksschornsteinfegermeister weiterhin lohnen, wird dieser auch weiterhin einen Gesellen beschäftigen. Einer gesetzlichen Regelung bedarf es dafür nicht. Die Regelung des § 15 SchfG kann als Beschränkung der Berufsfreiheit nicht gerechtfertigt werden. Es fehlt ihr besonders auch an der Verhältnismäßigkeit, da sie keinerlei Ausnahmeregelungen vorsieht.

Der § 15 SchfG wird mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens nicht mehr mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister vereinbar sein.⁸⁴⁴

⁸⁴³ Siehe Entwurfsbegründung AT. S. 1 f.

⁸⁴⁴ So auch EuGH, Rs. C-514/03 (KOM/Spanien), GewArch. 2006, S. 117 (120).

bb) Weitere Grundrechtseingriffe

Die Regelung des § 15 SchfG stellt keinen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG dar, da kein Eingriff in das Eigentum im Sinne des Art. 14 GG droht.⁸⁴⁵

Art. 2 Abs. 1 GG scheidet als Prüfungsmaßstab aus, weil die aufgeworfenen Fragen thematisch von der sachlich spezielleren Grundrechtsnorm des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst sind.

Möglichweise verstößt der § 15 SchfG nach der Neuregelung aber gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Art. 3 Abs. 1 GG kann dann verletzt sein, wenn durch § 15 SchfG eine Ungleichbehandlung erfolgt und diese verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist. Die Tatsache, dass der § 15 SchfG nur für Bezirksschornsteinfegermeister gilt, für selbstständige Schornsteinfeger ohne Kehrbezirk und für die ab 1. 1. 2010 zu bestellenden Bezirksbevollmächtigten aber nicht, könnte eine relevante Ungleichbehandlung darstellen. Eine an Art. 3 Abs. 1 GG zu messende Ungleichbehandlung liegt vor, wenn zwei Sachverhalte, Personen oder Personengruppen in Anknüpfung an einen Bezugspunkt auf unterschiedliche Weise rechtlich behandelt werden, obwohl dieser Bezugspunkt in beiden Vergleichsgruppen gleichermaßen gegeben ist.⁸⁴⁶

Einheitliches Merkmal der aufgeführten Personengruppen ist, dass sie zur Ausführung von Schornsteinfegerarbeiten im weiteren Sinne beauftragt werden dürfen. Den Bezirksschornsteinfegermeistern und den Bezirksinhabern nach § 5 SchfHWG ist die Durchführung einiger abschließend im SchfHWG aufgeführten Aufgaben innerhalb ihres Bezirkes vorbehalten. Vergleichbarkeit ist also auf jeden Fall über das Merkmal der Ausführung von Schornsteinfegertätigkeiten gegeben.

Die Pflicht, einen Gesellen zu beschäftigen, trifft gem. § 15 SchfG lediglich die Bezirksschornsteinfegermeister. Somit liegt eine im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG relevante Ungleichbehandlung vor.

Die Ungleichbehandlung ist jedoch möglicherweise gerechtfertigt. Zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen hat das BVerfG eine nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen abgestufte Skala von Prüfungsmaßstäben entwickelt.⁸⁴⁷

Danach müsste die Ungleichbehandlung zwischen den Bezirksschornsteinfegermeistern und den „Nur“-Schornsteinfegern bzw. zwischen Ersteren und den Bezirksinhabern einen legitimen Zweck verfolgen. Darüber hinaus müsste die Differenzierung geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁸⁴⁸ Vorliegend fehlt es schon am legitimen Zweck. Könnte man in Bezug auf die Differenzie-

⁸⁴⁵ Siehe zum Umfang des Eigentumsschutzes über Art. 14 GG schon oben § 9 III 1. a) bb).

⁸⁴⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, § 11 II 1, Rn. 433.

⁸⁴⁷ Vgl. hierzu BVerfG, NJW 2005, S. 1923 (1924).

⁸⁴⁸ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, § 11 III 1, Rn. 440.

§ 9 Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

rung zwischen Bezirksschornsteinfegermeisterbetrieben und den „Nur“-Schornsteinfegerbetrieben noch daran denken, dass die besondere Stellung der Bezirksschornsteinfegermeister eine Differenzierung rechtfertigt, fehlt schon ein möglicher Ansatz bei der Differenzierung zwischen Bezirksschornsteinfegermeistern und Bezirksbevollmächtigten. Die Angehörigen beider Gruppen werden für Bezirke bestellt und ihnen sind nach Inkrafttreten des SchfHWG dieselben Aufgaben übertragen und vorbehalten.

Der § 15 SchfG verstößt also nicht nur gegen die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfegermeister aus Art. 12 Abs. 1 GG, sondern die Norm ist auch nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

2. Grundrechte der Bezirksbevollmächtigten

Den Schornsteinfegern, die gem. § 5 Abs. 1 SchfHWG zum Bezirksbevollmächtigten bestellt werden, sind bestimmte Rechte vorbehalten. Mit der Bestellung gehen aber auch bestimmte Pflichten einher, sodass nicht ausgeschlossen ist, dass auch in ihre Grundrechte eingegriffen wird.

a) Grundrechtsverstoß durch die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk für Schornsteinfeger

Im Entwurf zum SchfHWG sind auch Regelungen zur Versorgung der Bezirksbevollmächtigten im Schornsteinfegerhandwerk enthalten. Nach § 40 SchfHWG sind alle Bezirksbevollmächtigten Mitglieder in der Versorgungsanstalt. Den Bezirksbevollmächtigten wird insoweit auch keine Wahlmöglichkeit eingeräumt.

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Pflichtmitgliedschaft der Bezirksbevollmächtigten in der Versorgungsanstalt unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zulässig ist.

aa) Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG

Die Bezirksbevollmächtigten könnten durch die Pflichtmitgliedschaft in der Versorgungsanstalt der Bezirksbevollmächtigten im Schornsteinfegerhandwerk gem. § 40 SchfHWG in der durch Art. 9 Abs. 1 GG garantierten Vereinigungsfreiheit verletzt sein.

Die Versorgungsanstalt wird im Gesetz ausdrücklich als eine „bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts“ bezeichnet (§ 27 SchfHWG). Hierbei hat die Bezeichnung als Anstalt nur rechtsterminologische, nicht aber materielle Bedeutung.⁸⁴⁹ Die Versorgungsanstalt stellt nach ihrer durch die §§ 34 ff. SchfG vorgenommenen gesetzlichen Gestaltung eine Mischform der Körperschaft und der Anstalt dar.⁸⁵⁰ Nach § 40 SchfHWG ist jeder Bezirksbevollmächtigte und jeder Anspruchsberechtigte Mitglied in der Versorgungsanstalt. Fraglich ist, ob diese Mitgliedschaft mit Art. 9 Abs. 1 GG vereinbar ist.

Art. 9 Abs. 1 GG gewährt nicht nur das Recht, eine Vereinigung zu bilden, ihr beizutreten und sich in ihr vereinsgemäß zu betätigen, sondern auch das Recht, sich nicht zu einer solchen zusammenzuschließen, einer solchen fernzubleiben oder aus ihr auszutreten; sog. negative Vereinigungsfreiheit.⁸⁵¹

⁸⁴⁹ Insoweit kann man eine Parallele zur bisherigen Rechtslage ziehen, vgl. BVerwG, VersR 1967, S. 1089.

⁸⁵⁰ Musielak/Schira/Manke, SchfG, § 34 SchfG, Rn. 2.

⁸⁵¹ BVerfGE 10, S. 89 (102); 38, S. 281 (297 f.); 50, S. 290 (354); Höfling, in: Sachs, GG, Art. 9 GG, Rn. 21 ff.

Als Schutzgegenstand benennt Art. 9 Abs. 1 GG „Vereine und Gesellschaften“. Auf seiner negativen Gewährleistungsebene garantiert Art. 9 Abs. 1 GG zwar die Entscheidungsfreiheit, einer privaten Vereinigung fernzubleiben oder auszutreten;⁸⁵² es ist aber umstritten, ob Art. 9 Abs. 1 GG auch vor öffentlich-rechtlichen Zwangszusammenschlüssen schützt. Die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und ihr folgend ein Teil der Literatur, lehnen einen Schutz vor öffentlich-rechtlichen Pflichtmitgliedschaften durch Art. 9 Abs. 1 GG ab.⁸⁵³ Als zentrales Argument wird insoweit angeführt: Da die Vereinigungsfreiheit dem Einzelnen kein Recht zur Bildung einer öffentlich-rechtlichen Vereinigung vermittele, könne die Vorschrift auch kein entsprechendes Fernbleiberecht gewährleisten.⁸⁵⁴

Zudem wird vorgebracht, dass es zum Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes eine große Anzahl von öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden gegeben hat, sodass der Verzicht auf eine dahingehend konkretisierende Regelung gegen die Anwendung des Art. 9 Abs. 1 GG spricht.⁸⁵⁵ Da öffentlich-rechtliche Zwangsmitgliedschaften nicht generell verboten sein können, müsste die Schrankenregelung des Art. 9 Abs. 1 GG geeignet sein, Zwangsmitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Anstalten zu gewährleisten. Die enge Schranken Klausel des Art. 9 Abs. 2 GG sei hierfür im Ergebnis aber ungeeignet.⁸⁵⁶

Nach dieser Ansicht schützt nicht Art. 9 GG sondern Art. 2 Abs. 1 GG gegen die Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Vereinigungen.⁸⁵⁷ Demgemäß wäre Art. 9 Abs. 1 GG auf die Versorgungsanstalt nicht anwendbar.

Gegen diese Meinung wird vorgebracht, dass die Rechtsform für die verfassungsrechtliche Prüfung einer Zwangsmitgliedschaft nicht entscheidend sein könne.⁸⁵⁸ Außerdem gehe es bei der Überprüfung einer Zwangsmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Anstalt letztlich um die Abwehr staatlichen Zwangs, die nach Sinn und Zweck der grundrechtlichen Gewährleistung am Maßstab von Art. 9 Abs. 1 GG zu überprüfen ist.⁸⁵⁹ Der öffentlich-rechtliche Zwangsverband sei zwar keine freie private Vereinigung im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG, er führe aber zugleich zu einem gravierenden Eingriff in die Vereinsfreiheit, weil

⁸⁵² Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 9 GG, Rn. 7.

⁸⁵³ BVerfGE 10, S. 89 (102); 38, S. 281 (297); BVerwGE 107, S. 169 (172 f.); Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 9, Rn. 7; Kluth, Jura 1989, S. 408 (412 f.); Jahn, JuS 2000, S. 129 (130).

⁸⁵⁴ Höfling, in: *Sachs*, GG, Art. 9 GG, Rn. 21.

⁸⁵⁵ Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 275 ff.

⁸⁵⁶ Sachs, JuS 2002, S. 80 f.

⁸⁵⁷ BVerfGE 10, S. 89 (102); 38, S. 281 (297); BVerwGE 107, S. 169 (172 f.); Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 9, Rn. 7; Jahn, JuS 2002, S. 434 (436).

⁸⁵⁸ Erichsen, Jura, 1987, S. 390 f.; Stober, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, S. 50 f.

⁸⁵⁹ Bauer, in: *Dreier*, GG, Art. 9, Rn. 47; Höfling, in: *Sachs*, GG, Art. 9 GG, Rn. 22.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

der Wesensgehalt der Vereinigungsfreiheit bereits durch die staatliche Organisationsgewalt selbst ausgeschaltet wurde.⁸⁶⁰

Obwohl die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts rein formal organisatorisch und nicht logisch zwingend ist,⁸⁶¹ kann mit der herrschenden Meinung überzeugend argumentiert werden. Zum einen legt die tatbestandliche Fassung des Art. 9 Abs. 1 GG eine Beschränkung auf privatrechtliche Verbände nahe. Zum anderen fehlt es einer öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigung am wesentlichen Element einer Vereinigung im engeren Sinne: Ihre Gründung basiert nicht auf einem freiwilligen Akt der Mitglieder, sondern auf einer staatlichen Entscheidung. Das durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützte Recht zur Selbstorganisation ist daher nicht betroffen.

Darüber hinaus erschöpft sich die Mitgliedschaft im Versorgungswerk für deutsche Schornsteinfeger in der Pflicht, Beiträge zur Bildung eines Sachvermögens zwecks Gewährung von Versicherungsleistungen zu entrichten, ein echter Personenverband im Sinne des Art. 9 Abs. 1 GG liegt damit nicht vor.⁸⁶² Der Zwangsverband dient auch nicht direkt der Grundrechtsausübung der Mitglieder, sondern vielmehr der Erledigung der dem Staat obliegenden Aufgabe der sozialen Absicherung seiner Bürger.⁸⁶³

Schließlich kann noch angeführt werden, dass aus den unterschiedlichen Positionen selten unterschiedliche Konsequenzen gezogen werden und somit die Anwendung von Art. 9 Abs. 1 GG regelmäßig zum gleichen Ergebnis führt wie die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG.⁸⁶⁴

Festzuhalten bleibt, dass die Aufrechterhaltung bzw. Bestätigung der Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk aus den vorgenannten Gründen nicht an der negativen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG gemessen wird.

bb) Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Möglicherweise verletzt die Pflicht, Mitglied im Versorgungswerk zu sein, die Bezirksbevollmächtigten in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG.

In Bezug auf den Schutzbereich des einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG kann auf die bereits gemachten Aussagen verwiesen werden.⁸⁶⁵ Die Stellung der Bezirksbevollmächtigten ist im Wesentlichen mit der der Bezirksschornsteinfegermeister vergleichbar. Als Beliehener finden auf die Bezirksbevollmächtigten ebenfalls die Grundsätze über staatlich

⁸⁶⁰ Scholz, AÖR 100 (1975), S. 80 (124 f.).

⁸⁶¹ Stober, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, S. 50.

⁸⁶² BVerfGE 10, S. 354 (362); Füsser, Ausweitung der Sozialversicherungspflicht, S. 40.

⁸⁶³ Erichsen, Jura 1987, S. 391.

⁸⁶⁴ Jäkel, DVBl. 1983, S. 1133 (1136).

⁸⁶⁵ Siehe oben § 9 III. 1. a) aa).

gebundene Berufe Anwendung.⁸⁶⁶ Wie bereits gezeigt, steht diese Stellung einer Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG nicht grundsätzlich entgegen.⁸⁶⁷ Der Bezirksbevollmächtigte steht im Rahmen der privatrechtlichen Tätigkeiten im Gegensatz zu der bisherigen Rechtslage sogar im Wettbewerb mit anderen Schornsteinfegern, daher rückt das Tätigkeitsfeld der Bezirksbevollmächtigten nach Struktur und Gewicht nahe an einen „normalen“ Gewerbetreibenden.

Die Tätigkeit des Bezirksbevollmächtigten unterfällt daher dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.

Fraglich ist aber, ob die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk überhaupt einen Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit darstellt. Durch die Pflichtmitgliedschaft wird weder in die Freiheit der Berufswahl noch in die der Berufsausübung direkt eingegriffen. Die Pflichtmitgliedschaft knüpft aber an einen bestimmten Beruf an, denn wer den Beruf des Bezirksbevollmächtigten innehat, unterliegt kraft Gesetzes der Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht.

Die Vorschrift setzt nicht an die Berufsausübung des Bezirksbevollmächtigten an, sie enthält nichts über Art und Weise der Ausübung des Schornsteinfegerberufes.

Durch die Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben waren die Schornsteinfeger so in ihrem Gewerbe beschränkt, dass als Ausgleich dafür die Zusatzversorgung geschaffen wurde.⁸⁶⁸ Durch die §§ 29 ff. SchfG soll die wirtschaftliche Lage der Bezirksschornsteinfegermeister und nun nach §§ 27 ff. SchfHwG auch die der Bezirksbevollmächtigten und ihrer Familie nach Beendigung der Berufsausübung sichergestellt werden. Damit ist die Regelung nicht eigentlich berufspolitischer Art, sondern steht in umfassenderen sozial- und gesellschaftspolitischen Zusammenhängen.⁸⁶⁹

Mit dieser Argumentation hat das BVerfG in einigen früheren Entscheidungen einen Eingriff in den Schutzbereich durch eine berufsständische Zusatzversorgung verneint.⁸⁷⁰ In späteren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht dargelegt, dass der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheitsraum auch durch Vorschriften tangiert werden könne, die infolge ihrer tatsächlichen Auswirkung geeignet sind, die Freiheit der Berufswahl mittelbar einzuschränken, obwohl sie unmittelbar keine berufsregelnde Tendenz haben.⁸⁷¹

Rechtserheblich im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ist eine solche Einschränkung nur dann, wenn der Betroffene durch die Verpflichtung nicht mehr in der

⁸⁶⁶ Vgl. *Stober*, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, S. 63.

⁸⁶⁷ *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, GG, Art. 12 GG, Rn. 39 ff.

⁸⁶⁸ *Schmalz*, Die Berufsständischen Versorgungswerke der Freien Berufe im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, S. 39.

⁸⁶⁹ BVerfGE 10, S. 354 (362 f.).

⁸⁷⁰ BVerfGE 10, S. 354 (362 f.); 12, S. 319 (323); ebenso das BVerwG, NJW 1983, S. 2650 (2651).

⁸⁷¹ BVerfGE 13, S. 181 (185 f.).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Lage wäre, den Beruf zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.⁸⁷² Die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk unter Art. 12 Abs. 1 GG zu subsumieren, hieße den Anwendungsbereich dieser Bestimmung unangemessen weit auszudehnen. Da es auch an der Finalität für einen Eingriff in die Berufsfreiheit fehlt, ist in Bezug auf die Mitgliedschaft im Versorgungswerk bereits der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht betroffen.

cc) Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG

Die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk könnte durch die mit ihr verbundene Verpflichtung zur Beitragszahlung (vgl. § 41 SchfHwG) gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen. Art. 14 Abs. 1 GG schützt jedoch grundsätzlich nicht das Vermögen gegen Eingriffe durch die Auferlegung von Geldleistungsverpflichtungen.⁸⁷³ Zwangsbeiträge stellen daher grundsätzlich keinen Eingriff in das Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG dar.⁸⁷⁴

Ein Eingriff in den durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsbereich liegt nicht vor.

dd) Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG

Die Pflichtmitgliedschaft im Versorgungswerk für Bezirksbevollmächtigte könnte aber gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoßen.

Art. 2 Abs. 1 GG schützt jegliches individuelles Verhalten, sofern nicht der Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts eröffnet ist, unabhängig davon, ob der Tatbestand eine besondere Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung hat.⁸⁷⁵

Zur allgemeinen Handlungsfreiheit, wie sie durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt wird, gehört auch die Entscheidung, ob und gegebenenfalls wie der Einzelne Versorgungsmaßnahmen für das Alter, vorzeitige Berufsunfähigkeit oder die eigene Familie trifft. Außerdem ist durch Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit geschützt, Zwangsmitglied in einem öffentlich-rechtlichen Verband zu werden.⁸⁷⁶

Durch die Begründung der Pflichtmitgliedschaft der Bezirksbevollmächtigten im Versorgungswerk gem. § 40 SchfHwG und der Verpflichtung für Bezirksbevollmächtigte gem. § 41 Abs. 2 SchfHwG Beiträge zu leisten, greift das Gesetz in den Schutzbereich des Art 2 Abs. 1 GG ein.

⁸⁷² BVerfGE 13, S. 181 (187); 31, S. 8 (29).

⁸⁷³ Ständige Rspr. seit BVerfGE 4, S. 17.

⁸⁷⁴ BVerfGE 10, S. 354 (371); BVerfG, NJW 1991, S. 746 (747); BVerwG, NJW 1983, S. 2650 (2651).

⁸⁷⁵ BVerfGE 6, S. 32 (36 f.); 80, S. 137.

⁸⁷⁶ BVerfGE 10, S. 89 (102); BVerfG, NJW 2002, S. 1864; BVerfG, DVBl. 2007, S. 248 ff.; BVerwG, NJW 1998, S. 3510 (3511); BVerwG, NJW 1983, S. 2650 (2651).

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG könnte jedoch im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gerechtfertigt sein. Dann müsste das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens bereits Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein. Dies ist bis dato nicht der Fall, vielmehr befindet sich das Gesetz gerade im Gesetzgebungsprozess.

Ein Gesetz gehört zur verfassungsgemäßen Ordnung, wenn es formell und materiell verfassungsgemäß ist. Vorliegend wurde ein formeller Verfassungsverstoß bejaht.⁸⁷⁷ Trotzdem soll an dieser Stelle geprüft werden, ob das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens insoweit materiell verhältnismäßig wäre.

Voraussetzung ist somit, dass die Inanspruchnahme der Bezirksbevollmächtigten zur Erfüllung legitimer öffentlicher Aufgaben erfolgt, zur Erfüllung dieser Aufgaben geeignet und erforderlich ist und die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt.⁸⁷⁸

Das System der Versorgung des Schornsteinfegerhandwerks verbindet die Pflichtversicherung für Schornsteinfeger in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 2 Nr. 8 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 4 SGB VI) mit der Pflichtmitgliedschaft in der Versorgungsanstalt gem. § 40 SchfHWG. Die Höhe des Anspruchs auf Versorgung durch die Versorgungsanstalt richtet sich gem. § 43 Abs. 2 Satz 1 SchfHWG nach der Dauer der Mitgliedschaft bei der Versorgungsanstalt. Die ursprüngliche Legitimation dieser spezifischen Altersvorsorge beruht auf der Kehrbezirkseinteilung mit der Folge der öffentlich-rechtlichen Bestellung für die einzelnen Bezirke und der Zwangspensionierung bei Erreichen der Altersgrenze gem. § 9 SchfG oder im Fall der Invalidität gem. § 10 SchfG.⁸⁷⁹ Die Mitgliedschaft in der Versorgungsanstalt diene somit dem Zweck, den Bezirksschornsteinfegermeistern und ihren Hinterbliebenen im Versorgungsfall eine standesgemäße, angemessene Versorgung zu sichern.⁸⁸⁰ Mittelbar dient die Einbeziehung der Bezirksbevollmächtigten dem Zweck, das Versorgungswerk aufrechtzuerhalten. Ohne die Einbeziehung der Bezirksbevollmächtigten müsste die gesamte Struktur der Alterssicherung im Schornsteinfegerhandwerk überdacht werden, da das Versorgungssystem als Umlageverfahren darauf angewiesen ist, dass ständig aus jedem Kehrbezirk Beiträge an die Versorgungsanstalt entrichtet werden.⁸⁸¹

Die Absicherung einer angemessenen Versorgung im Alter bzw. bei Invalidität und die Gewährleistung ihrer Kontinuität sind legitime öffentliche Zwecke.

Das gewählte Mittel zur Erreichung dieser Ziele besteht darin, dass kraft Gesetzes grundsätzlich alle Bezirksschornsteinfegermeister und Bezirksbevoll-

⁸⁷⁷ Siehe hierzu oben § 9 II.

⁸⁷⁸ BVerfGE 10, S. 89 (102); 15, S. 235 (239 ff.); 38, S. 281 (297 ff.).

⁸⁷⁹ *Rombach*, SGB 1994, S. 563.

⁸⁸⁰ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, vor § 29 SchfG, Rn. 1.

⁸⁸¹ *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 35 SchfG, Rn. 2.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

mächtigte zwangsweise Mitglied in der Versorgungsanstalt sind. Während der Zeit der Bestellung müssen die Bezirksschornsteinfegermeister und Bezirksbevollmächtigten Beiträge leisten, die eine nicht ganz unerhebliche Belastung wirtschaftlicher Art darstellen.⁸⁸² Dafür erhalten die Beitragspflichtigen und die Empfangsberechtigten bei Eintritt eines Versorgungsfalls gem. der §§ 29 ff. SchfG bzw. gem. der §§ 44 SchfHwG Leistungen.

Der Erhalt von Leistungen ist als Mittel zur Gewährleistung einer gesicherten Lebensgrundlage im Alter geeignet. Die Beitragspflicht auf die Bezirksbevollmächtigten zu erstrecken, ist auch als Mittel zur Erreichung der Aufrechterhaltung der Versorgungsanstalt und des Versorgungssystems geeignet.

Fraglich ist jedoch, ob die Zwangsmitgliedschaft zur Erreichung dieser Zwecke auch erforderlich ist. Das heißt, ob es nicht ein milderer, die einzelnen Grundrechtsträger weniger belastendes Mittel zur Erreichung des gewünschten Erfolges gibt.

Grundsätzlich könnte die Sicherstellung der Versorgung für die Bezirksbevollmächtigten auch allein über die Pflichtmitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung sichergestellt werden. In dieser Versicherung ist er als selbstständiger Handwerker ohnehin Mitglied, sodass die Mitgliedschaft im Versorgungswerk eine zusätzliche Belastung darstellt.

Zur Begründung für die Aufrechterhaltung der Versorgungsanstalt trotz Einführung der Beitragspflicht in die gesetzliche Rentenversicherung für Bezirksschornsteinfegermeister wurde die rechtliche Doppelstellung angeführt.⁸⁸³ Diese Begründung erscheint mit Blick auf die Bezirksbevollmächtigten wenig zwingend. Die Bezirksbevollmächtigten können, anders als bisher die Bezirksschornsteinfegermeister bisher, als „Nur“-Schornsteinfeger auch nach Erreichen der Altersgrenze weiterarbeiten bzw. weiter einen Schornsteinfegerbetrieb führen. Die Versorgung der Bezirksbevollmächtigten allein durch die gesetzliche Rentenversicherung kann auch ausreichend sein.

Möglicherweise kann die Statuierung der Pflichtmitgliedschaft aber auch allein auf der Tatsache begründet werden, dass sonst das Versorgungswerk nicht aufrechterhalten werden kann. Aufgrund der Umlagefinanzierung würde sich die Frage nach Sicherstellung der Versorgung der jetzigen Bezirksschornsteinfeger stellen. Möglicherweise wäre die Leistungsfähigkeit des gesamten Systems infrage gestellt. Die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Systems allein kann die Einbeziehung von zusätzlichen Personengruppen nicht rechtfertigen.⁸⁸⁴

Die Einbeziehung der Bezirksbevollmächtigten in die Versorgungsanstalt für Schornsteinfeger und die damit verbundene Pflicht, Beiträge zu entrichten, beschränkt die Bezirksinhaber in ihrer freien Entfaltung im vermögensrechtli-

⁸⁸² *Musielak/Schira/Manke*, SchfG, § 43 SchfG, Rn. 3.

⁸⁸³ *Dohrn*, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Kommentar SchfG 725, § 35 SchfG, S. 2.

⁸⁸⁴ *Huber*, Die Zukunft des Schornsteinfegerhandwerks im Binnenmarkt, Rn. 185.

chen Bereich. Es liegt ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG vor. Dieser Verstoß kann nicht gerechtfertigt werden.

ee) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG

Die Ausweitung der Zwangsmitgliedschaft auf Bezirksbevollmächtigte könnte auch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.

Dann müsste durch diese Regelung eine Personengruppe gegenüber einer anderen unterschiedlich behandelt werden, ohne dass zwischen ihnen Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestünden, dass es die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte.⁸⁸⁵

Die Zwangsmitgliedschaft könnte gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, da andere selbstständige Handwerker zwar auch in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlen, sie aber von einer zusätzlichen Zahlung an eine Versorgungsanstalt nicht betroffen sind. Das BVerfG hat wiederholt festgestellt, dass die einzelnen Berufe mit rechtlich oder traditionell ausgeprägten Berufsbildern eigenständige Lebensbereiche darstellen und Art 3 Abs. 1 GG nicht zur Gleichbehandlung mit andersartigen Berufen zwingt.⁸⁸⁶

Eine relevante Ungleichbehandlung könnte aber vorliegen, da nur die Bezirksschornsteinfegermeister und die Bezirksbevollmächtigten, nicht jedoch die selbstständigen „Nur“-Schornsteinfeger von der Pflichtmitgliedschaft erfasst werden. Diese Gruppen sind vergleichbar. Es liegt auch eine Ungleichbehandlung zwischen diesen Gruppen vor.

Fraglich ist, ob die Stellung des Bezirksbevollmächtigten die Pflicht zur Mitgliedschaft im Versorgungswerk rechtfertigen kann. Der Unterschied zwischen diesen Gruppen besteht in den zusätzlichen Rechten und Pflichten, die mit der Bestellung für einen speziellen Bezirk einhergehen. Allerdings ist nicht ersichtlich, warum dadurch das Bedürfnis für eine zusätzliche Absicherung der Versorgung entsteht. Da sich keine relevante Begründung für die Differenzierung zwischen diesen beiden Gruppen finden lässt, steht die Erweiterung der Zwangsmitgliedschaft auf die Bezirksbevollmächtigten im Widerspruch zum Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

b) Grundrechtsverstoß durch gesetzlich geregelte Vergütung

Die Bezirksbevollmächtigten dürfen nach § 16 SchfHwG für die ihnen vorbehaltenen Aufgaben nur Gebühren und Auslagen erheben. Die Höhe dieser Gebühren orientiert sich am Kostendeckungsprinzip und soll gem. § 20 SchfHwG bundeseinheitlich durch eine noch zu erlassene Rechtsverordnung des BMWi festgelegt werden.

⁸⁸⁵ Siehe zum Gleichheitsgrundrecht schon oben § 3 III. 1. b) bb).

⁸⁸⁶ BVerfGE 9, S. 338 (349); 64, S. 72 (85 ff.).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Die Regelung könnte gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen, indem sie die Bezirksbevollmächtigten daran hindert, die Vergütung für ihre Tätigkeiten nach den tatsächlich entstandenen Kosten abzurechnen. Regelungen, die die Höhe der Vergütung für berufliche Tätigkeiten festlegen, stellen einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar.⁸⁸⁷

Möglicherweise ist die Festlegung, dass die Bezirksbevollmächtigten für bestimmte Tätigkeiten nach einer Gebührenordnung abrechnen müssen, aber gerechtfertigt. Zu den Voraussetzungen einer Rechtfertigung von Eingriffen in Art. 12 GG kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.⁸⁸⁸

Eine Beschränkung kann grundsätzlich durch Gesetz, durch Rechtsverordnung oder durch Satzung erfolgen, sodass eine Beschränkung durch § 20 SchfHWG in Verbindung mit einer Gebührenordnung grundsätzlich möglich erscheint. Durch die Abrechnung nach Gebührensätzen wird nicht die Berufswahl, sondern lediglich die Berufsausübung beschränkt.

Somit muss das Erfordernis der Abrechnung nach einer Gebührenordnung zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Durch die Abrechnung nach pauschalierter Gebührenordnung soll sichergestellt werden, dass die kehr- und überprüfungspflichtigen Eigentümer Rechtssicherheit haben, ihre Ausgaben kalkulieren können und Transparenz sichergestellt ist. Dies sind legitime Gemeinwohlzwecke. Die Abrechnung nach einer Gebührenordnung ist zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet.

Diese Maßnahme müsste auch erforderlich sein, d.h. der Zweck darf nicht durch ein anderes Mittel erreicht werden können, das den Grundrechtsinhaber weniger belastet. Die Prüfung der entstandenen Kosten für jeden Einzelfall stellt eine wesentlich kostenintensivere Maßnahme dar, der Mehraufwand an Verwaltung ist nicht zu rechtfertigen. Pauschalierete Gebührenerhebungen führen in der Regel dazu, dass die Gebührenhöhe über dem tatsächlichen aufgetragenen Aufwand liegt. Die Pauschalierung ist in der Regel positiv für denjenigen, der die Gebühren erhebt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet auch nicht, dass die Tätigkeit des Bezirksbevollmächtigten in jedem konkreten Einzelfall kostendeckend und angemessen zu vergüten ist.

Die Bezirksbevollmächtigten müssen nur für die Tätigkeiten, die ihnen in ihren Kehrbezirken vorbehalten sind nach Gebührenordnung abrechnen. Die Eigentümer in den entsprechenden Bezirken sind aufgrund der Kehrpflicht nach § 1 Abs. 1 SchfHWG auf die Erbringung dieser Leistung durch den Bezirksbevollmächtigten angewiesen. Die Eigentümer sind also in einer sehr schwachen Position. Als Pflichtige haben sie nicht die Wahl zwischen mehreren Angeboten. Daher erscheint es gerechtfertigt, dass die Höhe der Gebühren für diese Tätigkeiten festgelegt wird.

⁸⁸⁷ BVerfGE 83, S. 1 (13); 101, S. 331 (347); BGHZ 157, S. 282 (286).

⁸⁸⁸ Siehe oben § 9 III. 1. b) aa) (2).

§ 9 Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

Ob die Höhe der Gebühren gerechtfertigt ist, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden, da die Gebührenordnung derzeit noch nicht vorliegt.

Auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art 3 Abs. 1 GG liegt nicht vor. Eine Ungleichbehandlung gegenüber der Tätigkeit von „Nur“-Schornsteinfegern in anderen Verfahren ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Die übrigen Schornsteinfegertätigkeiten werden im Wettbewerb erbracht, sodass die Eigentümer die Möglichkeit haben, zwischen mehreren Anbietern und Angeboten zu wählen. Bei den hier infrage stehenden Arbeiten hat der Eigentümer kein Wahlrecht, daher ist die Ungleichbehandlung der Bezirksbevollmächtigten durch die Pflicht, die Gebühren nur in einer vorgeschriebenen Höhe berechnen zu dürfen, gerechtfertigt.

3. Grundrechte der „Nur“-Schornsteinfeger

Schornsteinfeger, die ohne für einen Bezirk bestellt zu sein, trotzdem Schornsteinfegertätigkeiten als Selbstständige anbieten, unterliegen zumindest mittelbar einigen Einschränkungen in ihrer Betätigung. Es gilt herauszuarbeiten, ob diese Einschränkungen Grundrechtsrelevanz entfalten.

a) Anspruch auf Beleihung aus Art. 12 Abs. 1 GG

Schornsteinfeger, die nicht zum Bezirksbevollmächtigten bestellt sind, dürfen nach der neuen Rechtslage bestimmte Tätigkeiten nicht ausüben. So dürfen nach § 14 SchfHwG zum Beispiel nur die Bezirksbevollmächtigten die Feuerstättenschau und nach § 16 SchfHwG die Bauabnahme durchführen.

In der Zusammenschau enthalten die §§ 14 Abs. 1–3, 15 Satz 1, 16, 19 und 26 SchfHwG Aufgaben und Kompetenzen, die an die Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten gebunden sind. Aus Sicht der Schornsteinfeger ohne Bezirk könnte durch diese Organisation ein Verstoß gegen die durch Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit vorliegen. Das Vorenthalten bestimmter Arbeiten eröffnet den Bezirksbevollmächtigten einen zusätzlichen Dienstleistungsmarkt und verschafft ihnen erheblich bessere Erwerbchancen gegenüber anderen selbstständigen „Nur“-Schornsteinfegern.

Fraglich ist, ob aus Art. 12 GG ein subjektives Recht auf Übertragung aller mit dem Schornsteinfegerrecht verbundenen Aufgaben hergeleitet werden kann, oder ob eine exklusive Zuweisung bestimmter Aufgaben an einzelne Mitglieder der Berufsgruppe mit der grundrechtlichen Gewährleistung der Berufsfreiheit vereinbar ist.

Zunächst gilt es festzuhalten, welche Aufgaben den Bezirksbevollmächtigten vorbehalten werden, um in einem weiteren Schritt zu überprüfen, welche Qualität diesen Aufgaben zukommt.

Dem Bezirksbevollmächtigten ist gem. § 19 SchfHwG die Führung des Kehrbooks vorbehalten, außerdem obliegt ihm gem. § 14 SchfHwG die Verrichtung der Feuerstättenschau und die Ausstellung des Feuerstättenbescheids. Des Weiteren ist er gem. § 16 SchfHwG zur Durchführung der Bauabnahmen nach Landesrecht verpflichtet. Außerdem kann der Bezirksbevollmächtigte gem. § 15 SchfHwG anlass- und risikobezogene Überprüfungen von Anlagen vornehmen.

Bei der Durchführung der Feuerstättenschau und der Bauabnahme handelt es sich, wie schon festgestellt wurde, um staatliche Aufgaben.⁸⁸⁹ Die Führung des Kehrbooks ist eine Verwaltungsaufgabe, die im Besonderen mit der Feuerstättenschau verbunden ist. Die Gesamtheit aller Kehrbücher ist das einzige Verzeichnis aller Feuerungsanlagen in Deutschland. Anhand des Kehrbooks

⁸⁸⁹ Siehe hierzu oben § 3 IV. 1. b) bb) (1).

kann der Bezirksbevollmächtigte feststellen, welche Feuerungsanlagen er bei der Feuerstättenschau zu überprüfen hat.

Die Kompetenz zur anlass- und gefahrbezogenen Prüfung wurde dem Bezirksbevollmächtigten eingeräumt, um Risiken für die Betriebs- und Brandsicherheit sowie die Umwelt auszuschließen.⁸⁹⁰ Diese Prüfung steht im Zusammenhang mit der Gewährleistung von Staatszielen und kann daher auch als staatliche Aufgabe gewertet werden.⁸⁹¹

Mit diesen Aufgaben ist der Bezirksbevollmächtigte beliehen. Es ist zu prüfen, ob selbstständige Schornsteinfeger, die nicht Bezirksbevollmächtigte sind, einen Anspruch auf Beleihung haben könnten. Ein Anspruch auf Beleihung aus Art. 12 Abs. 1 GG würde voraussetzen, dass die Auswahl zwischen potenziellen Beleihungsadressaten entweder unter abwehrrechtlichem Aspekt einen Eingriff in den Schutzbereich darstellt oder als Verweigerung einer staatlichen Leistung unter teilhaberechtlichem Aspekt relevant wäre.⁸⁹² Dieser Anspruch würde nur in Betracht kommen, wenn das Wahrnehmen der Tätigkeiten, welche der Beleihung zugrunde liegen, eine Form der Freiheitsausübung ist.⁸⁹³

Die Entscheidung, wer eine staatliche Aufgabe ausführt, steht als Organisationskompetenz aber dem Staat selbst zu, somit kommt ein Eingriff in die Berufsfreiheit der selbstständigen Schornsteinfeger unter dem Blickwinkel „Anspruch auf Beleihung“ nicht in Betracht.⁸⁹⁴

Art. 12 GG kann in diesem Fall maximal einen Anspruch auf chancengleiche Auswahl unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots vermitteln.⁸⁹⁵ Ein gesetzlicher Anspruch auf Beleihung selbst kann sich allerdings nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG stützen.⁸⁹⁶

⁸⁹⁰ Siehe Entwurfsbegründung BT, zu § 15 SchfHWG.

⁸⁹¹ Vgl. zur Argumentation schon oben § 3 I. und § 3 IV. 1. b) bb).

⁸⁹² Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 102.

⁸⁹³ Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 102.

⁸⁹⁴ BVerfGE 39, S. 334 (369).

⁸⁹⁵ BVerfG, DVBl. 1992, S. 1154 ff.

⁸⁹⁶ BVerfGE 17, S. 371 (377); 73, S. 280 (292); siehe auch Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 101 ff.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

- b) Verstoß gegen die Berufsfreiheit durch die Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und den „Nur“-Schornsteinfegern

Möglicherweise ist die Aufgliederung des Schornsteinfegerberufes in Bezirksbevollmächtigte und „Nur“-Schornsteinfeger eine Maßnahme, die die Berufsfreiheit der Schornsteinfeger verletzt.

- aa) Eröffnung des Schutzbereichs

Ein selbstständiger Schornsteinfeger kann nicht eigenständig entscheiden, alle mit dem Schornsteinfegerhandwerk in Verbindung stehenden Tätigkeiten selbst auszuüben. Er ist vielmehr darauf angewiesen, für diese Tätigkeiten bestellt zu werden.

Grundsätzlich ist vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG auch die Wahl, einen bestimmten Beruf auszuüben, erfasst.⁸⁹⁷ Daraus folgt, dass die Wahl, den Beruf des Bezirksbevollmächtigten aufzunehmen, geschützt wäre, wenn es sich beim Bezirksbevollmächtigten um einen eigenständigen Beruf handelt.

Fraglich ist also, ob durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens zwei neue Berufsbilder geprägt werden, auf der einen Seite der selbstständige Schornsteinfeger nach § 2 SchfHwG, der mit der Durchführung von Schornsteinfegerarbeiten beauftragt werden darf, und auf der anderen Seite der für einen bestimmten Bezirk bestellte Bezirksbevollmächtigte, dem über die normalen Schornsteinfegerarbeiten hinaus bestimmte Tätigkeiten vorbehalten sind.

Um den offenen Berufsbegriff, wie er bereits aufgegriffen wurde,⁸⁹⁸ handhabbar zu machen, hat das BVerfG die Berufsbildlehre entwickelt.⁸⁹⁹ Hiernach fallen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht nur alle Berufe, die sich innerhalb der traditionellen und/oder rechtlich fixierten Berufsbilder bewegen, sondern auch frei gewählte, untypische Betätigungen, aus denen sich wiederum neue, feste Berufsbilder ergeben mögen.⁹⁰⁰ Die Berufsfreiheit umfasst also auch das Recht zur Erfindung neuer Berufe und keine Beschränkung auf die Aufnahme bestehender Berufe. Grundsätzlich steht auch dem Gesetzgeber das Recht zu, Erscheinungsformen und Ausübungsmodalitäten eines Berufs durch rechtliche Fixierung von Berufsbildern neu zu regeln.⁹⁰¹

⁸⁹⁷ Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 GG, Rn. 8.

⁸⁹⁸ Siehe oben § 9 III. 1. a) aa) (1).

⁸⁹⁹ BVerfGE 7, S. 377 (397) unter Hinweis auf BVerwGE 2, S. 89 (92); 4, S. 250 (254 ff.).

⁹⁰⁰ BVerfGE 30, S. 292 (234).

⁹⁰¹ BVerfGE 7, S. 377 (406); 13, S. 97 (106, 117); 75, S. 246 (265 f.); BVerwGE 94, S. 352 (359).

Das BVerfG zieht bei der Prüfung, ob ein eigenständiger Beruf vorliegt, wiederkehrende Kriterien heran.⁹⁰² Danach nimmt das Bundesverfassungsgericht eine Gegenüberstellung mit den bisher bekannten verwandten Berufsbildern vor und prüft, ob eine prägende Eigenständigkeit des „neuen“ Berufs vorliegt. Diese wird angenommen, wenn der Beruf eine besondere rechtliche Ausgestaltung erfahren hat und wenn eine spezielle Ausbildung erforderlich ist.⁹⁰³ Außerdem muss der Tätigkeit ein eigenes soziales Gewicht beiwohnen, sodass sowohl die allgemeine Verkehrsanschauung als auch die Berufsangehörigen selbst die Tätigkeit als eigenständigen Beruf anerkennen.⁹⁰⁴

Bezirksbevollmächtigter und „Nur“-Schornsteinfeger wären danach zwei unterschiedliche Berufe, wenn beide Formen der Ausübung einer Erwerbstätigkeit eigenes soziales Gewicht hätten, wenn sie also traditionell als eigenständige Berufe angesehen würden, oder wenn der Gesetzgeber zwei Berufsbilder schaffen wollte.⁹⁰⁵ Traditionell und in der allgemeinen Verkehrsanschauung ist das Bild eines einheitlichen Berufs des Schornsteinfegers vorherrschend. Beide Erscheinungen des klassisch einheitlichen Berufs nach dem SchfHwG üben in weiten Teilen Tätigkeiten aus demselben Berufsfeld aus. Auch die Tatsache, dass objektiv keine Qualifikationsunterschiede zwischen „Nur“-Schornsteinfegern und Bezirksbevollmächtigten bestehen, spricht für einen einheitlichen Beruf. Da der Gesetzgeber eine Aufspaltung des Berufs auch nicht beabsichtigt hat, ist von einem einheitlichen Beruf auszugehen.⁹⁰⁶

Im Ergebnis spielt es auf der Ebene des Schutzbereichs keine Rolle, ob die fragliche Tätigkeit als eigener Beruf oder nur als Teil eines Berufs einzustufen ist.⁹⁰⁷ Der Schutzbereich der Berufsfreiheit ist in jedem Fall in Bezug auf die „Nur“-Schornsteinfeger eröffnet.

bb) Eingriff in die Berufsfreiheit durch Unterteilung
in Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfeger

Fraglich ist, ob in der mit der Bestellung verbundenen Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfegern ein Eingriff in die Berufsfreiheit einhergeht.⁹⁰⁸

⁹⁰² Vgl. hierzu ausführlich *Auer*, Der Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG, S. 58 ff.

⁹⁰³ BVerfGE 17, S. 269; 21, S. 173; 48, S. 196.

⁹⁰⁴ BVerfGE 7, S. 377; 14, S. 19; 40, S. 196; 57, S. 130.

⁹⁰⁵ *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 GG, Rn. 54.

⁹⁰⁶ So auch die h.M. die in der Bestellung nur eine Qualifikation und keinen Beruf sieht. Kritisch in Bezug auf den öffentlich bestellten Sachverständigen *Stober*, in: FS Friauf, S. 545 (548 f.) m.w.N.

⁹⁰⁷ *Jarass*; in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 GG, Rn. 4.

⁹⁰⁸ Zu den Voraussetzungen eines Eingriffs in die Berufsfreiheit siehe bereits oben § 9 III. 1. a) aa) und § 9 III. 2. a) bb).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Im SchfHwG ist festgelegt, dass bestimmte Tätigkeiten nur durch Bezirksbevollmächtigte vorgenommen werden dürfen. Wie bereits festgestellt wurde,⁹⁰⁹ handelt es sich bei den Bezirksbevollmächtigten um beliebige natürliche Personen, die einen staatlich gebundenen Beruf ausüben.⁹¹⁰ Da sie in dieser Rolle auch vorbehaltene Aufgaben wahrnehmen, haben die Bezirksbevollmächtigten gegebenenfalls auch ein Verwaltungsmonopol inne.

Für ein Verwaltungsmonopol ist kennzeichnend, dass es allen Nichtmonopolinhabern verboten ist, die vom Monopol erfassten Aufgaben auszuüben, und dass die derart der Privatinitiative entzogenen Tätigkeiten zur ausschließlichen Wahrnehmung der öffentlichen Hand zugewiesen sind.⁹¹¹ Als Beliehene sind die Bezirksbevollmächtigten Teil der öffentlichen Hand und bestimmte Tätigkeiten sind ihnen exklusiv vorbehalten, somit sind die Bezirksbevollmächtigten Inhaber eines Verwaltungsmonopols. Ein durch ein Verwaltungsmonopol entstehendes „Berufsverbot“⁹¹² für Private kollidiert zwangsläufig mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit.

Darüber hinaus erheben die Bezirksbevollmächtigten nach § 20 SchfHwG Gebühren für die ihnen vorbehaltenen Tätigkeiten, sodass neben bestimmten Tätigkeiten auch eine Einnahmequelle vorbehalten ist. Auch in diesen wirtschaftlichen Auswirkungen manifestiert sich der Eingriff in die Berufsfreiheit der „Nur“-Schornsteinfeger.

Da der Regelungsspielraum des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG umso weiter ist, je mehr sich ein Eingriff auf eine reine Ausübungsregelung beschränkt, stellt sich die Frage, ob die Nicht-Bestellung der „Nur“-Schornsteinfeger eine Berufswahlregelung oder aber eine bloße Berufsausübungsregelung beinhaltet.

Auf der Ebene des Schutzbereichs wurde bereits festgestellt, dass es im Rahmen der Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten nicht um den Zugang zu einem eigenständigen Beruf geht. Bei einer Ausübungsform eines allgemeinen Berufs handelt es sich normalerweise lediglich um bloße Berufsausübungsregeln.⁹¹³ Es ist allerdings anerkannt, dass Beschränkungen, die bei formaler Betrachtung den Berufsausübungsregeln zuzuordnen sind, wegen ihrer faktischen Tragweite und Eingriffstiefe Eingriffen in die Berufswahl gleich- bzw. nahekommen.⁹¹⁴

Darüberhinaus wurde gerade festgestellt, dass die Bezirksbevollmächtigten ein Verwaltungsmonopol innehaben. Der Zugang zu diesem Verwaltungsmono-

⁹⁰⁹ Siehe bereits oben § 9 III. 3. a).

⁹¹⁰ Siehe hierzu auch *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 91.

⁹¹¹ *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 180.

⁹¹² Zu diesem Begriff *Jesch*, DöV 1962, S. 429.

⁹¹³ BVerfGE 16, S. 147 (164); 17, S. 232 (241).

⁹¹⁴ BVerfGE 16, S. 147 (164); 17, S. 232 (242); 33, S. 125 (142); BVerfG, DVBl. 1992, S. 1154.

pol ist nach § 8 Abs. 1 SchfHwG beschränkt. Freie Bezirke sind gem. § 9 Abs. 1 SchfHwG öffentlich auszuschreiben. Die Auswahl zwischen den Bewerbern soll sich gem. § 9 Abs. 4 SchfHwG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung richten. Diese Kriterien sind, da sie in der Person des Bewerbers verankert sind, subjektiv. Allerdings ist auch die Anzahl der verfügbaren Bezirke und damit ausschreibungspflichtigen Stellen beschränkt. Die Anzahl der Stellen ist ein vom Bewerber nicht beeinflussbarer Faktor, sodass die Auswahl objektiv determiniert ist. Die Normierung objektiver Zugangshindernisse bzw. Zugangssperren für ein Verwaltungsmonopol ist als Eingriff in die Berufsfreiheit auf der Stufe der Berufswahlfreiheit zu bewerten.⁹¹⁵

cc) Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit

Unabhängig von der Qualifizierung einer Beschränkung als Berufswahl- oder Berufsausübungsregelung können Grundrechtseingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs hinreichend deutlich erkennen lässt, gerechtfertigt werden. Diesen Anforderungen kann gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes, also auch in Form einer Satzung oder Verordnung, genügt werden.⁹¹⁶

Durch § 9 Abs. 4 SchfHwG wird normiert, dass die Auswahl zwischen den Bewerbern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen ist. Das Ausschreibungsverfahren selbst soll durch Verordnungen auf Landesebene näher ausgestaltet werden, die entsprechende Verordnungsermächtigung wird durch § 9 Abs. 5 SchfHwG den Ländern erteilt.

Die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen in § 9 Abs. 4 SchfHwG ist unbedenklich, da die verwendeten Begriffe flüssig, auslegungsfähig und -bedürftig sind. Die Auslegungsbedürftigkeit dieser Begriffe nimmt § 6 SchfHwG noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit.⁹¹⁷ Zur Ausgestaltung der nach § 9 Abs. 5 SchfHwG zu erlassenden Rechtsverordnungen kann an dieser Stelle noch keine Aussage getroffen werden, da die entsprechenden Regelungen noch nicht vorliegen.

⁹¹⁵ So jedenfalls die h.M. vgl. *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 92 ff.; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 GG, Rn. 417. Der Gegenmeinung, wonach die Verleihung eines Verwaltungsmonopols von vornherein nicht dem Schutz des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG unterfällt, wird hier aufgrund entgegenstehender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Parallele zu Art. 90 Abs. 2 EG nicht gefolgt, vgl. m.w.N. *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 GG, Rn. 80 und *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, S. 183 ff.

⁹¹⁶ BVerfGE 7, S. 377 (405 f.).

⁹¹⁷ Zu diesem Problem BVerfGE 37, S. 132 (147).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Die Beschränkung der Berufsfreiheit durch die Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfegern müsste aber auch gerechtfertigt sein. Als Eingriff in die Berufswahlfreiheit durch Normierung objektiver Zugangshindernisse kann der Eingriff nur unter den sehr engen Voraussetzungen gerechtfertigt werden, dass die Monopolisierung zwingend erforderlich ist, um nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahren für ein überragendes Gemeinschaftsgut abzuwehren.⁹¹⁸

Die Differenzierung müsste deshalb ein geeignetes, erforderliches und für den jeweiligen Schornsteinfeger zumutbares Mittel sein, um schwere Gefahren von überragenden Gemeinschaftsgütern abzuwehren. Derartige Gefahren könnten im Zusammenhang mit den monopolisierten Aufgaben der Bezirksbevollmächtigten die potenzielle Feuergefährlichkeit von Gebäuden mit Schornsteinen und anderen feuergefährlichen Anlagen darstellen, sodass die Monopolisierung im Interesse der Feuersicherheit geboten wäre. Außerdem könnte der Schutz der Gemeinschaftsgüter Umwelt und der Gesundheit als Grund für die Monopolisierung angeführt werden.

Fraglich ist aber, ob eine objektive Zulassungsbegrenzung durch Bestellung von jeweils nur einem Bevollmächtigten pro Bezirk diesen legitimen Zielen dient bzw. ob die Bestellung nur eines Bevollmächtigten pro Bezirk überhaupt zur Zweckerreichung geeignet ist.

Ein Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.⁹¹⁹ Möglicherweise könnte eine größere Anzahl von Bevollmächtigten die Feuersicherheit und den Umwelt- bzw. Gesundheitsschutz umfassender gewährleisten. Anlass- und risikobezogene Prüfungen gemäß § 15 SchfHWG sollen durchgeführt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Brandsicherheit nicht gewährleistet ist. Ein in der Gesetzesbegründung angeführtes Beispiel für diesen Zustand ist etwa ungewöhnliche Rauchentwicklung aus einer Feuerstätte.⁹²⁰ Ein solcher Zustand würde durch mehr Schornsteinfeger gegebenenfalls früher festgestellt werden, als nur von einem, dessen Verfügbarkeit nicht garantiert ist. Ein unmittelbarer Sicherheitsvorteil ist durch die Begrenzung auf einen Bezirksbevollmächtigten pro Bezirk jedenfalls nicht gegeben.

Durch die Bestellung eines Bevollmächtigten pro Bezirk soll sichergestellt werden, dass ein Verantwortlicher garantiert, dass die erforderlichen Arbeiten tatsächlich durchgeführt werden. Ein Umstand, der damit zusammenhängt, dass die Kkehrbuchführung dem Bezirksbevollmächtigten selbst obliegt. Würde die Führung eines Registers der kehrpflichtigen Anlagen, ähnlich dem Kkehrbuch,

⁹¹⁸ BVerfGE 21, S. 245 (251); *Papier*, in: FS Stern, S. 543 (558).

⁹¹⁹ BVerfGE 46, S. 292 (316); 80, S. 1 (24 f.).

⁹²⁰ Siehe Entwurfsbegründung BT, zu § 15 SchfHWG.

einer unabhängigen Stelle obliegen, kann die Verantwortung auch auf einem anderen Weg gewährleistet und überprüft werden.⁹²¹

Dem Modell der Bestellung eines Bezirksbevollmächtigten pro Bezirk liegen zwei wesentliche Grundgedanken zugrunde. Zum einen soll der Aufbau einer neuen Verwaltungseinheit verhindert werden, zum anderen wird die Auffassung vertreten, dass bestimmte Tätigkeiten aus Gründen der Betriebs- und Brandsicherheit nicht in den Wettbewerb entlassen werden sollen.⁹²²

Der Gedanke, dass dem Aufbau einer neuen Verwaltung entgegengewirkt werden soll, muss dahingehend zurückgewiesen werden, dass ein weniger einschneidender Eingriff in die Berufsfreiheit einen höheren Verwaltungsaufwand rechtfertigen kann und gegebenenfalls auch muss.

Die vom Gesetzgeber gefällte Entscheidung, dass Wettbewerb die Sicherheit (hier Betriebs- und Brandsicherheit sowie Umwelt- und Klimaschutz) nicht bzw. nicht ausreichend gewährleisten kann, ist nicht unumstritten. Es wird noch zu zeigen sein, dass Wettbewerb und Sicherheit keine sich widerstreitenden und sich ausschließenden Phänomene sind.⁹²³

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Bestellung nur eines Bezirksbevollmächtigten und die damit einhergehende Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfegern nicht erforderlich, die Sicherheit innerhalb der Kehrbezirke zu gewährleisten.

Möglicherweise soll durch das Bestellungsverfahren die Qualität des Bezirksbevollmächtigten sichergestellt werden. Die Sicherung der Qualität von Kontrolltätigkeiten kann als wichtiges Gemeinschaftsgut beurteilt werden. Fraglich ist dann, ob die Differenzierung zwischen „Nur“-Schornsteinfegern und Bezirksbevollmächtigten diesem Zweck dient. Die Entscheidung zwischen mehreren Bewerbern soll sich gem. § 9 Abs. 4 SchfHWG nach fachlicher Qualifikation richten. Damit sorgt die dem SchfHWG zugrunde liegende Struktur für die Sicherung der Qualität der bestellten Bezirksbevollmächtigten.

Damit wäre diese Struktur geeignet, es ist allerdings fraglich, ob sie auch erforderlich ist. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn der Zweck nicht durch ein anderes Mittel erreicht werden könnte, das den Grundrechtsträger weniger belastet.⁹²⁴ Vorliegend fehlt es an der Erforderlichkeit, weil als milderes Mittel eine Zertifizierung und gegebenenfalls sich wiederholende Qualifikationsprüfung eine mildere und mindestens gleich wirksame Methode zur Sicherstellung der Qualität wäre; somit wäre ihr der Vorrang einzuräumen. Außerdem ist daran zu denken, dass die Bestellung nicht von der begrenzten Anzahl von Kehrbezirken abhängig zu machen ist, sondern sich die Bestellung allein nach der Qualifikation der Bewerber richtet.

⁹²¹ Überlegungen im Rahmen der Begründung des alternativen Modells § 12 III.

⁹²² Gesetzesbegründung AT S. 8.

⁹²³ Überlegungen zum Thema „Wettbewerb und Sicherheit“ unten § 11 IV.

⁹²⁴ BVerfGE 30, S. 292 (316); 53, S. 135 (145); 69, S. 209 (218 f.).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Die Struktur nach dem SchfHWG versagt in dem Fall, dass sich mehrere gleich geeignete Schornsteinfeger bewerben. Stellt man sich den zugegebenermaßen unwahrscheinlichen Fall vor, dass sich zur gleichen Zeit eine bestimmte Anzahl von Bewerbern mit den gleichen fachlichen und persönlichen Qualifikationen für denselben Bezirk bewirbt, müsste zwischen diesen nicht zu unterscheidenden Bewerbungen der Zufall entscheiden. Zufall ist allerdings zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffes auf dieser Stufe ungenügend. Die Sicherstellung der Qualifikation der Bezirksbevollmächtigten kann die Beschränkung der Berufsfreiheit durch diese Struktur folglich nicht rechtfertigen.

c) Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG

Das eben angestellte Gedankenexperiment führt direkt zu der Frage, ob durch die dem SchfHWG zugrunde liegende Struktur der Differenzierung zwischen „Nur“-Schornsteinfegern und Bezirksbevollmächtigten auch eine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegt.

Bleibt man bei den eben angestellten Überlegungen, so kommt man zu dem Ergebnis, dass vergleichbare durch die Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten möglicherweise gleich qualifizierte Bewerber ungleich behandelt werden. Diese Ungleichbehandlung müsste gerechtfertigt sein. Grundsätzlich sind an Ungleichbehandlungen von Personen bzw. Personengruppen strenge Anforderungen zu stellen.⁹²⁵ Die Ungleichbehandlung müsste demnach einen legitimen Zweck verfolgen und die Differenzierung müsste zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Insoweit ist eine Parallele zu der Prüfung der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch diese Differenzierung zu ziehen. Die möglichen Zwecke der Regelung wurden aufgeführt und es wurde gezeigt, dass diese Zwecke auch auf eine weniger belastende Art und Weise erfüllt werden können.⁹²⁶

Die dem SchfHWG zugrunde liegende Struktur der Differenzierung zwischen „Nur“-Schornsteinfegern und Bezirksbevollmächtigten verstößt somit auch gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

⁹²⁵ Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 GG, Rn. 19.

⁹²⁶ Siehe hierzu bereits oben § 9 III. 3. b) cc). Zum Modell einer alternativen Regelung siehe unten § 12.

d) Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung

Sollte sich wider Erwarten herausstellen, dass die durch das SchfHwG statuierte Struktur mit einem Bezirksbevollmächtigten pro Bezirk und den „Nur“-Schornsteinfegern erforderlich ist, so könnten trotzdem mit dieser Struktur in Verbindung stehende Regelungen die freie wirtschaftliche Betätigung der „Nur“-Schornsteinfeger beeinträchtigen.

aa) Einschlägiger Schutzbereich und Eingriff

Die Frage, welches Grundrecht den Schutz der freien wirtschaftlichen Betätigung gewährleistet, wird unterschiedlich beantwortet. Die ältere Rechtsprechung und Literatur verordnete den Schutz der Wettbewerbsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG.⁹²⁷ Die Rechtsprechung argumentierte damit, dass die freie Persönlichkeitsentfaltung auch den grundrechtlichen Anspruch umfasst, nicht mit einem Wettbewerbsnachteil belastet zu werden, welcher in der Verfassung keine Begründung finde.⁹²⁸

Nach neuerer Auffassung wird das Recht auf freien Wettbewerb aus der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG hergeleitet. Ausgangspunkt ist die Rechtsprechung des BVerfG, nach der die Berufsfreiheit auch das Verhalten der Unternehmer im Wettbewerb schützt.⁹²⁹ Auch die inzwischen ganz überwiegende Lehre hält Art. 12 Abs. 1 GG hinsichtlich der Wettbewerbsfreiheit für einschlägig und greift nicht mehr auf Art. 2 Abs. 1 GG zurück.⁹³⁰

Umstritten ist, ob in Fällen wettbewerbsbeeinflussender Maßnahmen auch die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG herangezogen werden kann.⁹³¹ Die Formel des BVerfG, wonach Art. 12 GG den Erwerb und Art. 14 GG das Erworbenes schützt,⁹³² kann hier nur bedingt helfen, da von ein und derselben Maßnahme sowohl die unternehmerische Berufsfreiheit als auch die Substanz des Gewerbebetriebes beeinträchtigt sein kann.⁹³³ Daher wird die Wettbewerbsfreiheit auch zu den unmittelbar durch Art. 12 und 14 geschützten (funktionstypischen) Freiheiten gezählt.⁹³⁴ Die pauschale Einstufung eines der beiden Grundrechte als *lex specialis* gegenüber dem andern scheiden somit aus; keines der Grund-

⁹²⁷ BVerfGE 9, S. 83 (88); BVerwGE 17, S. 306 (309); 30, 191 (198); 60, S. 154 (159); 65, S. 167 (174); in der Literatur grundlegend *Bernhardt*, JZ 1963, S. 302 (306).

⁹²⁸ BVerwGE 17, S. 306 (309); 30, 191 (198); 60, S. 154 (159); 65, S. 167 (174).

⁹²⁹ Vgl. BVerfGE 32, S. 311 (317); 46, S. 120 (137); 105, S. 252 (265).

⁹³⁰ *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. VI, § 147, Rn. 97; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, GG, Art. 12 GG, Rn. 14; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 GG, Rn. 144.

⁹³¹ Vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 GG, Rn. 144.

⁹³² BVerfGE 30, S. 292 (334).

⁹³³ BVerfGE 8, S. 71 (79 ff.); 21, S. 150 (154 f.).

⁹³⁴ Vgl. hierzu ausführlich *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 GG, Rn. 144 ff.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

rechte weist nach seinem Sinngehalt eine stärkere sachliche Beziehung zur Freiheit des Wettbewerbs auf.⁹³⁵ Neben der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG kann also auch die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG einschlägig sein.⁹³⁶

Durch die Wettbewerbsfreiheit soll die Teilnahme am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen gesichert werden.⁹³⁷ Daher fehlt es an einer Grundrechtsbeeinträchtigung, wenn der Staat die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs selbst zu sichern versucht.⁹³⁸ Auch die eigentliche Wettbewerbsposition unterliegt dem Risiko laufender Veränderungen je nach den Marktverhältnissen.⁹³⁹ Es ist dem Staat auch nicht untersagt, im Rahmen der Funktionsbedingungen selbst am Markt teilzunehmen.⁹⁴⁰ So stellt auch eine staatliche Konkurrenz an sich keine Grundrechtsbeeinträchtigung dar.⁹⁴¹ Der Wettbewerb wird erst beeinträchtigt, wenn der Staat einem „seiner“ Unternehmen einen unangemessenen Wettbewerbsvorteil einräumt, der den privaten Unternehmen nicht zukommt.⁹⁴² Der Staat soll nach dem objektivrechtlichen Gehalt der Art. 12 und 14 GG möglichst eine freie wirtschaftliche Betätigung mit gleichen Chancen im Wettbewerb für alle fördern und gewährleisten.⁹⁴³

Vorliegend stehen die Bezirksbevollmächtigten und die selbstständigen „Nur“-Schornsteinfeger im Wettbewerb um die Erbringung derjenigen Schornsteinfegertätigkeiten, die nicht den Bezirksbevollmächtigten vorbehalten sind. Dies sind nahezu alle Schornsteinfegerarbeiten, die nicht unmittelbare Prüftätigkeiten darstellen. Orientiert man sich diesbezüglich am Katalog des § 13 SchfG, der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens abschließend alle Schornsteinfegertätigkeiten aufführt, so kann nunmehr das Gros der Schornsteinfegertätigkeiten im Wettbewerb erbracht werden.

Möglichweise ist der Wettbewerb um die nicht vorbehaltenen Schornsteinfegerarbeiten durch gesetzgeberisches Handeln aber so beeinträchtigt, dass ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit vorliegt.

Nach § 14 Abs. 4 SchfHWG setzt der Bezirksbevollmächtigte im Zuge der Feuerstättenschau in einem Feuerstättenbescheid fest, welche Schornsteinfegerarbeiten in welchem Zeitraum durchzuführen sind. Die Eigentümer sind gem.

⁹³⁵ Siehe *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Vorb. vor. Art. 1 GG, Rn. 17.

⁹³⁶ So schon *Scholz*, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, S. 39 f.

⁹³⁷ BVerfGE 105, S. 252 (265); BVerfG, NVwZ 2006, S. 1041, Rn. 82.

⁹³⁸ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 GG, Rn. 15.

⁹³⁹ BVerfGE 105, S. 252 (265); 106, S. 275 (299).

⁹⁴⁰ BVerfG, NVwZ 2006, S. 1398.

⁹⁴¹ Vgl. BVerfGE 39, S. 239 (336).

⁹⁴² *Schneider*, DVBl. 2000, S. 1250 (1256); a. A. *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 GG, Rn. 88, der einen Eingriff erst bei erdrosselnder Wirkung der staatlichen Maßnahme annimmt.

⁹⁴³ *Brohm*, NJW 1994, S. 281 (283).

§ 1 Abs. 1 SchfHwG an diese Vorgaben gebunden. Mit der Durchführung der Arbeiten selbst können die Eigentümer sowohl den eigenen Bezirksbevollmächtigten, einen Bezirksbevollmächtigten eines anderen Bezirks oder aber andere selbstständige „Nur“-Schornsteinfeger beauftragen. Der Preis für die Arbeiten ist nicht festgelegt und kann zwischen Eigentümer und Durchführendem frei vereinbart werden.

In diesem „normalen“ geschäftlichen Vorgang hat der zuständige Bezirksbevollmächtigte allerdings erhebliche Vorteile gegenüber seinen Konkurrenten. Aufgrund der Führung des Kehrbooks, in dem alle noch durchzuführenden Arbeiten festgehalten sind,⁹⁴⁴ hat der Bezirksbevollmächtigte einen erheblichen Informationsvorsprung. Diesen kann der Bezirksbevollmächtigte zu seinem Vorteil nutzen, indem er gezielte Angebote an die Eigentümer richtet. Außerdem kann er schon im Rahmen der Feuerstättenschau anbieten, die Arbeiten unverzüglich selbst oder von seinen Gesellen durchführen zu lassen. Dem Bezirksbevollmächtigten steht es auch frei, einen Wartungsvertrag mit den Eigentümern abzuschließen, sodass die Eigentümer in die komfortable Situation gebracht werden, rechtzeitig an ihre Pflichten erinnert zu werden. Die permanente Auftragsvergabe an den Bezirksbevollmächtigten hat für den Eigentümer auch den Vorteil, dass er sich um die Übermittlung des Formblattes gem. § 4 SchfHwG nicht mehr eigenverantwortlich kümmern muss (vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 SchfHwG).

Die dem Wettbewerb nach dem SchfHwG zugrunde liegende Vorstellung basiert auf dem Idealbild, dass die Eigentümer sich umfassend informieren, sich Angebote von unterschiedlichen Schornsteinfegern machen lassen und dann zwischen verschiedenen Angeboten eines auswählen. Diese Möglichkeit wird zwar objektiv durch das SchfHwG gegeben, allerdings wird dem Bezirksbevollmächtigten eine Stellung eingeräumt, die er fast zwangsweise ausnutzen muss.

Hierfür spricht auch, dass der Bezirksbevollmächtigte durch die Bestellung und die ihm verliehenen Rechte einen Vertrauensvorschuss genießt. Diese erstreckt sich auch auf seine fachliche Eignung, obwohl das System zulässt, dass die „Nur“-Schornsteinfeger die gleiche Eignung und Qualifikation aufweisen.

Neben der Qualität, die im Übrigen bei Schornsteinfegerarbeiten für den Eigentümer nur schwer zu beurteilen ist, kann das entscheidende Kriterium für die Wahl zwischen unterschiedlichen Angeboten der Preis sein. Und auch in dieser Hinsicht hat der Bezirksbevollmächtigte einen erheblichen Vorteil. Neben der Arbeitszeit sind immer auch die Fahrtkosten ein entscheidender Faktor bei der Kalkulation von Angeboten. Der Bezirksbevollmächtigte kann innerhalb seines Bezirks Routen abarbeiten und dabei vorbehaltene Pflichtaufgaben und die Erbringung der „normalen“ Schornsteinfegertätigkeiten verbinden. So ist es

⁹⁴⁴ Dies sind die Arbeiten, die der Bezirksbevollmächtigte im Feuerstättenbescheid festgelegt hat.

dem Bezirksbevollmächtigten möglich, durch effektive Routenplanung über erhebliche Kostenvorteile gegenüber seinen Konkurrenten zu verfügen, die er gegenüber seinen Kunden mit preisgünstigeren Angeboten darstellen kann.

Fraglich ist, ob diese Ausgestaltung grundrechtliche Relevanz in Bezug auf die Wettbewerbsfreiheit entfaltet. Rechtsprechung und Literatur haben Kriterien herausgearbeitet, bei deren Vorliegen ein Eingriff zu bejahen ist.⁹⁴⁵ Als maßgebliche Kriterien werden Intensität, Finalität, berufsregelnde Tendenz und der Schutzzweck der Norm diskutiert.⁹⁴⁶

Nach der Rechtsprechung müsse durch eine staatliche Maßnahme die Wettbewerbsfreiheit des Konkurrenten in unerträglichem Maße eingeschränkt sein bzw. seine Wettbewerbsmöglichkeiten unzumutbar geschädigt werden, damit das Handeln als Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit zu beurteilen ist.⁹⁴⁷ Durch eine Maßnahme müsse die Fähigkeit des Konkurrenten zur Teilnahme am Wettbewerb so eingeschränkt werden, dass seine Möglichkeit beeinträchtigt wird, sich als verantwortlicher Unternehmer wirtschaftlich zu betätigen.

Auch die Literatur verlangt teilweise eine Intensität nach dem Vorbild der Rechtsprechung.⁹⁴⁸ Teilweise werden die Anforderungen der Rechtsprechung aber für zu strikt gehalten und eine restriktivere Ansicht vertreten. Danach soll ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit schon vorliegen, wenn eine spürbare bzw. nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt.⁹⁴⁹

Die von der Rechtsprechung verlangte Intensitätsstufe hat zur Folge, dass einige Beeinträchtigungen schon nicht als grundrechtsrelevanter Eingriff gewertet werden. Es lässt sich aber nur schwer begründen, warum die Eingriffsqualität generell davon abhängen soll, wie intensiv eine Maßnahme den Einzelnen trifft.⁹⁵⁰ Daher wird die Intensität als Maßstab teilweise auch völlig abgelehnt.⁹⁵¹

Sachgerecht ist es, die Intensität als ein Kriterium heranzuziehen, da die Prüfung dazu dienen kann herauszuarbeiten, ob die Maßnahme überhaupt wett-

⁹⁴⁵ Dazu allgemein *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, S. 236 ff.

⁹⁴⁶ Siehe hierzu ausführlich *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, S. 85 ff.

⁹⁴⁷ BVerwGE 30, S. 191 (198 f.); 60, S. 154 (160).

⁹⁴⁸ *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. VI, § 148, Rn. 61, 77; *Stober*, Grundrechtsschutz und Wirtschaftstätigkeit, S. 36; *Wieland*, in: *Dreier*, GG, Art. 12 GG, Rn. 88.

⁹⁴⁹ *Rozek*, SächsVBl. 1999, S. 149 (156); *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 211; *Wernsmann*, Die Verwaltung 2003, S. 67 (94 f.).

⁹⁵⁰ *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, S. 86.

⁹⁵¹ So z. B. *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, S. 91, der in der Intensität ein konturenloses, richterliche Kasuistik geradezu provozierendes Eingriffskriterium sieht; vgl. auch *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998), S. 57 (87).

bewerbsrelevant ist. Im Übrigen ist eine Gesamtschau der Marktverhältnisse anzustellen und zu prüfen, ob der Wettbewerb spürbar beeinträchtigt wird.⁹⁵²

Als weiteres Kriterium zur Beurteilung, ob ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit vorliegt, wird die Finalität angeführt.⁹⁵³ Grundrechtsrelevanz wird danach einer staatlichen Maßnahme zugerechnet, die zielgerichtet gewisse Rahmenbedingungen verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.⁹⁵⁴ Hat eine staatliche Maßnahme gerade den Sinn, eine bestimmte Grundfreiheit zu verkürzen, so spricht das dafür, eine eingetretene Freiheitsverkürzung dem Staat auch zuzurechnen.⁹⁵⁵ Aber auch die Frage nach der Finalität kann isoliert betrachtet als Kriterium nicht überzeugen. Möglicherweise hat der Staat nicht die Absicht, mit einer Maßnahme den Wettbewerb zu beeinflussen. Und trotzdem ist nicht ausgeschlossen, dass der Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit durch eben diese Maßnahme erheblich beeinträchtigt wird.⁹⁵⁶ Damit kann die Finalität als Indiz für rechtswidriges staatliches Handeln dienen,⁹⁵⁷ ein Fehlen sollte aber nicht notwendig zur Ablehnung eines Eingriffs führen.

Die berufsregelnde Tendenz wurde als Abgrenzungskriterium vom BVerfG entwickelt und beruht auf der Auffassung, dass die Berufsfreiheit vor solchen belastenden Maßnahmen schützt, die infolge ihrer tatsächlichen Auswirkung geeignet sind, die Freiheit der Berufswahl mittelbar zu beeinträchtigen.⁹⁵⁸ Damit wurde dieses Kriterium eingeführt, um Eingriffe herauszufiltern, die in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufes stehen.⁹⁵⁹ Dieses Kriterium ist für die Frage, ob ein Eingriff vorliegt, ungeeignet.⁹⁶⁰ Maßnahmen, denen ein hinreichender Berufsbezug fehlt, können schon den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht berühren.

Vorgeschlagen wird auch, in Anlehnung an die zivilrechtliche Lehre vom Schutzzweck der Norm nur solche Verhaltensweisen des Staates als Eingriff anzuerkennen, die materiell nach Maßgabe des Schutzzwecks des jeweiligen Grundrechts dem Staat zugerechnet werden können.⁹⁶¹ Zuzurechnen ist dem

⁹⁵² So auch *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 236 f., *Manssen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Rn. 95.

⁹⁵³ So z.B. BVerwGE 75, S. 109 (115); BVerwGE 87, S. 37 (44).

⁹⁵⁴ BVerwGE 71, S. 183 (193 f.).

⁹⁵⁵ *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, S. 89.

⁹⁵⁶ *Storr*, Der Staat als Unternehmen, S. 173.

⁹⁵⁷ So auch *Roth*, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, S. 217.

⁹⁵⁸ Vgl. BVerfGE 13, S. 181 (186); 16, S. 147 (162); 38, S. 61 (79).

⁹⁵⁹ BVerfGE 79, S. 191 (214).

⁹⁶⁰ So auch *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, S. 91; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 174, *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 216.

⁹⁶¹ BVerwGE 71, S. 183 (192); *Ramsauer*, Die faktische Beeinträchtigung des Eigentums, S. 54 f., 161 ff.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Staat das, was er auch zu verantworten hat. Damit würde neben dem Erfordernis einer gewissen Finalität ein Kriterium eingeführt, das es erlaubt, darauf abzustellen, inwieweit der Staat das Geschehen maßgeblich in den Händen hält.⁹⁶² Der grundrechtlichen Normzwecklehre liegt der Gedanke zugrunde, dass eine staatliche Maßnahme nur dann grundrechtsrelevant ist, wenn sie einer bestimmten Schutzaussage eines Grundrechts zuwiderläuft.⁹⁶³

Darauf aufbauend liegt ein Eingriff vor, wenn dem Staat eine Maßnahme zuzurechnen ist, die den Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Für die Zurechenbarkeit eines mittelbaren Grundrechtseingriffs reicht es aus, dass der maßgebliche Wirkungszusammenhang als objektiv vorhersehbar vom Hoheitsträger beherrscht wird.⁹⁶⁴

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens und der damit verbundenen Einführung des SchfHwG will der Gesetzgeber das Berufsrecht für das Schornsteinfegerhandwerk neu regeln. Hierbei kommt es ihm nicht darauf an, die Konkurrenzsituation zwischen dem Bezirksbevollmächtigten und den „Nur“-Schornsteinfegern von vornherein zu belasten. Mittelbar führt die neue Struktur nach dem SchfHwG, wie bereits gezeigt, trotzdem zu erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs um die Schornsteinfegerarbeiten, die nicht schon sowieso dem Bezirksbevollmächtigten vorbehalten sind. Diese Beeinträchtigungen lassen sich mittelbar auf die Verquickung von hoheitlichem Handeln der Bezirksbevollmächtigten und der damit in Verbindung stehenden wirtschaftlichen Betätigung im Rahmen der Erbringung der Schornsteinfegerarbeiten zurückführen.⁹⁶⁵

Diese Struktur basiert unmittelbar auf dem Gesetzesvorhaben zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens, sodass die damit in Verbindung stehende Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit dem Staat zuzurechnen ist. Die Wettbewerbsfreiheit soll davor schützen, dass der Staat das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb regelt und der Wettbewerb dadurch verfälscht wird.⁹⁶⁶

Der Wettbewerb um die Schornsteinfegertätigkeiten zwischen den Bezirksbevollmächtigten und den „Nur“-Schornsteinfegern würde durch die Einführung des SchfHwG und damit durch eine staatliche Maßnahme beeinflusst und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit als „Nur“-Schornsteinfeger erheblich behindert. Mithin liegt potenziell ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit vor.

⁹⁶² *Storr*, Der Staat als Unternehmen, S. 181 f.

⁹⁶³ *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, S. 93.

⁹⁶⁴ BVerwGE 90, S. 112 (120); *Rozek*, SächsVBl. 1999, S. 149 (156).

⁹⁶⁵ Zu dieser und vergleichbaren Fallgruppen im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen und der Rechtsprechung zu § 1 UWG, *Tomerius*, LKV 2000, S. 41 (44).

⁹⁶⁶ BVerfGE 32, S. 311 (317); 46, S. 120 (137); BSGE 93, S. 296, Rn. 11.

Da die Wettbewerbsfreiheit, wie oben festgestellt, sowohl auf die Berufsfreiheit als auch die Eigentumsgarantie zurückzuführen ist, ist fraglich, zu welchem Grundrecht der Eingriff einen intensiveren Bezug aufweist.⁹⁶⁷

Durch Art. 14 GG wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt, soweit es um den Schutz seiner „Substanz“, seiner Sach- und Rechtsgesamtheit geht.⁹⁶⁸ Durch die Struktur nach dem SchfHwG wird die Tätigkeit als selbstständiger „Nur“-Schornsteinfeger nicht unmöglich gemacht. Auch wenn die Vorteile, die ein Bezirksbevollmächtigter inne hat erheblich sind, bleiben einem selbstständigen Schornsteinfeger Möglichkeiten, den Bestand seines Betriebes durch Schornsteinfegerarbeiten sicherzustellen. Die Beeinträchtigung durch die Ausgestaltung des SchfHwG beeinträchtigt allerdings die Erwerbs- und Leistungsfähigkeit der einzelnen Schornsteinfegerbetriebe, sodass vorliegend in die Wirtschaftsfreiheit als Ausprägung der Berufsfreiheit eingegriffen wird.

bb) Rechtfertigung des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit

Als Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit könnte das durch Einführung des SchfHwG statuierte System gerechtfertigt sein.

Vorliegend ist auf die Schrankensystematik der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zurückzugreifen. Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann das Grundrecht durch oder aufgrund des Gesetzes beschränkt werden. Vorliegend kommt als gesetzliche Grundlage das SchfHwG in Betracht.

Durch § 8 Abs. 2 SchfHwG wird festgelegt, dass die Bezirksbevollmächtigten als Gewerbetreibende dem Schornsteinfegerhandwerk angehören. Die Bezirksbevollmächtigten unterliegen also auf der einen Seite als Beliehene im Bereich der vorbehaltenen Tätigkeiten den Rechten und Pflichten nach §§ 10 ff. SchfHwG und auf der anderen Seite sind sie gem. § 8 Abs. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 SchfHwG selbstständige Gewerbetreibende und können beauftragt werden, Schornsteinfegerarbeiten auszuführen. Hierbei unterliegen sie keinerlei weitergehender Begrenzungen, sodass sie mit den „Nur“-Schornsteinfegern im Wettbewerb stehen. In diesem Wettbewerb genießen sie aber aufgrund ihrer Stellung als Bezirksbevollmächtigte, wie gezeigt, erhebliche Vorteile gegenüber den „Nur“-Schornsteinfegern.

Die durch das SchfHwG statuierte Struktur des Wettbewerbs zwischen bestellten und nicht bestellten selbstständigen Schornsteinfegern müsste verfas-

⁹⁶⁷ Die Abgrenzung ist notwendig, da die Schrankensystematik dieser Grundrechte nicht aufeinander abgestimmt ist, vgl. ausführlich *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 270 f.

⁹⁶⁸ BVerwGE 95, 341 (348 f.); 118, S. 226 (241).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

sungsgemäß sein. Zur kompetenzrechtlichen Problematik wird an dieser Stelle auf die bereits getroffenen Aussagen verwiesen.⁹⁶⁹

Des Weiteren müsste die Struktur materiell verfassungsmäßig, insbesondere verhältnismäßig sein. Zu fördern ist demnach ein legitimes Regelungsziel. Durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens soll das SchfG weitestgehend aufgehoben werden und durch die Einführung des SchfHWG erstmals überhaupt Wettbewerb im Schornsteinfegerhandwerk ermöglicht werden.⁹⁷⁰ Darüber hinaus soll die Regelung europarechtskonform sein und den oben beschriebenen Sicherheits- und Schutzinteressen gerecht werden.⁹⁷¹ Dies sind legitime Ziele.

Durch die Ausgestaltung der Position der Bezirksbevollmächtigten wird der Wettbewerb zwischen selbigen und den „Nur“-Schornsteinfegern im Bereich der normalen Schornsteinfegerarbeiten beeinträchtigt. Es handelt sich um Regelungen, die auf der Ebene der Berufsausübung anzusiedeln sind.

Die Struktur müsste geeignet sein, den aufgeführten legitimen Zwecken zu dienen. Eine Struktur in der eine generelle Kehrpflicht für die Eigentümer besteht und die Verantwortung für die Durchführung von Schornsteinfegerarbeiten zugewiesen ist, kann der Erreichung der angeführten Ziele dienen; damit ist sie geeignet.⁹⁷²

Weiter müsste die Struktur auch erforderlich sein. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies nicht der Fall, da durch eine andere Konzeption die aufgeführten Ziele erreicht werden können, ohne dass die Grundrechte bzw. hier im Speziellen das Recht auf Wettbewerbsfreiheit im gleichen Ausmaß belastet wird.⁹⁷³ Folgt man der Ansicht des BMWi ist die Regelung erforderlich, da speziell die sicherheitsrelevanten Maßnahmen nur durch beliebige Bezirksbevollmächtigte ohne wettbewerbsbedingten Konkurrenzdruck erbracht werden sollen.

Fraglich ist, ob die Regelung dann auch angemessen ist. Reine Berufsausübungsbeschränkungen werden durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert.⁹⁷⁴ Der Gesetzgeber darf Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit in den Vordergrund stellen und besitzt hinsichtlich der Festlegung von arbeits-, sozial- und wirtschaftspolitischen Zielen einen weiten Spielraum.⁹⁷⁵ Allerdings gelten höhere Anforderungen für Ausübungsregeln, die eine den Wettbewerb verzerrende Wirkung haben.⁹⁷⁶ Vorliegend wird der Wettbewerb dadurch ver-

⁹⁶⁹ Siehe oben § 9 II. 1.

⁹⁷⁰ Siehe zur Geschichte des Schornsteinfegerhandwerks und des Kehrbezirkssystems bereits oben § 2. Zur Zielsetzung der Reform des Schornsteinfegerrechts oben § 8 I.

⁹⁷¹ Siehe oben § 8 I.

⁹⁷² Zur Frage, ob die Neuregelung auch europarechtskonform ist, siehe unten § 10.

⁹⁷³ Siehe zum Vorschlag eines alternativen Modells unten § 12.

⁹⁷⁴ BVerfGE 70, S. 1 (28); 78, S. 155 (162); 85, S. 248 (259); 103, S. 1 (10).

⁹⁷⁵ BVerfGE 77, S. 308 (332); 81, S. 156 (189); 109, S. 64 (85).

⁹⁷⁶ BVerfGE 86, S. 28 (38 f., 42).

§ 9 Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

zerzt, dass im Wettbewerb innerhalb eines Bezirks immer ein Wettbewerber einen erheblichen Vorsprung hat.⁹⁷⁷

Die Gewährleistung eines hohen Sicherheitsstandards, als angeführter Grund für die Angemessenheit der Regelung, kann aber auch durch regelmäßige Kontrollen der Leistungsfähigkeit des Systems sichergestellt werden.⁹⁷⁸ Darüber hinaus wird weiter unten ausgeführt, dass die Struktur nach dem SchfHWG nicht die einzige mögliche und auch nicht die angemessenste Lösung zur Regulierung von Wettbewerb und Sicherheit ist.⁹⁷⁹ Anzuführen bleibt, dass auch die Einführung eines Schornsteinfegerregisters gem. § 3 SchfHWG zwar eine für den Wettbewerb förderliche Maßnahme ist, die Ausgestaltung der Struktur dadurch aber noch nicht verhältnismäßig wird.

Die Ausgestaltung des Wettbewerbs zwischen Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfegern ist nicht mit dem grundrechtlich verbürgten Recht auf freien Wettbewerb vereinbar.

⁹⁷⁷ Siehe hierzu bereits oben § 9 III. 3. b).

⁹⁷⁸ Siehe zum alternativen Modell unten § 12.

⁹⁷⁹ Siehe unten § 10 II. und § 11 IV.

- 4. Grundrechte der Kehr- und Überprüfungspflichtigen
- a) Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Kehr- und Überprüfungspflicht

Nach § 1 Abs. 1 SchfHWG sind die Eigentümer von Grundstücken und Räumen dazu verpflichtet, die erforderlichen Schornsteinfegerarbeiten an ihren kehr- und überprüfungspflichtigen Anlagen fristgerecht durchführen zu lassen. Diese Verpflichtung könnte einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit verletzen.

Art. 2 Abs. 1 GG schützt die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne.⁹⁸⁰ Damit schützt das Grundrecht auch vor jeder Belastung mit Nachteilen.⁹⁸¹ Die Kehrpflicht ist eine Belastung, da man als Eigentümer verpflichtet wird, die eigenen Anlagen regelmäßig kehren bzw. überprüfen zu lassen. Diese Überprüfung ist auch nicht kostenlos, sodass die pflichtigen Eigentümer gegebenenfalls zu Zahlungen verpflichtet werden. Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ist eröffnet.

Fraglich ist, ob durch die Kehr- und Überprüfungspflicht in die allgemeine Handlungsfreiheit der Eigentümer eingegriffen wird. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit wird durch jede generelle oder individuelle Regelung beeinträchtigt, die das geschützte Verhalten regelt.⁹⁸² Auch faktische und mittelbare Beeinträchtigungen werden erfasst, sofern sie von ausreichendem Gewicht sind.⁹⁸³ Durch die Kehr- und Überprüfungspflicht nach § 1 Abs. 1 SchfHWG werden alle Eigentümer zur regelmäßigen Überprüfung und damit auch Zahlung verpflichtet. Ein Eingriff in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit liegt mithin vor.

Dieser Eingriff ist aber möglicherweise gerechtfertigt. Die allgemeine Handlungsfreiheit unterliegt einer sog. Schrankentrias. Danach ist ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gerechtfertigt, wenn er im Einklang mit der verfassungsmäßigen Ordnung steht, dadurch die Rechte anderer geschützt werden sollen oder wenn ein Verstoß gegen das Sittengesetz verhindert wird. Die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung hat die größte Bedeutung und überlagert die beiden anderen Schranken.⁹⁸⁴

Fraglich ist also, ob der § 1 Abs. 1 SchfHWG formell und materiell verfassungsgemäß ist. Vorliegend soll lediglich auf die materielle Verfassungsmäßigkeit eingegangen werden. Materiell verfassungsgemäß ist eine Norm, die in ihrer Eingriffsdimension verhältnismäßig ist. Durch die Kehr- und Überprü-

⁹⁸⁰ Vgl. BVerfGE 54, S. 143 (144); 75, S. 108 (154 f.).

⁹⁸¹ BVerfGE 44, S. 216 (223 f.); 91, S. 207 (221).

⁹⁸² Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 GG, Rn. 12.

⁹⁸³ *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 48 f.

⁹⁸⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, § 8 IV, Rn. 384 ff.

fungspflicht soll sichergestellt werden, dass Anlagen, von denen eine erhebliche potenzielle Gefahr ausgeht, regelmäßig überprüft und gegebenenfalls gewartet werden. Damit dient die Kehr- und Überprüfungspflicht dem Ziel, ein hohes Maß an Sicherheit zu garantieren. Darüber hinaus soll durch die regelmäßige Kontrolle gewährleistet werden, dass die umweltrechtlichen Standards eingehalten werden. Dies sind legitime Zwecke.

Die Kehr- und Überprüfungspflicht müsste geeignet sein, diesem Ziel zu dienen. Da eine regelmäßige Kontrolle die Sicherheit gewährleisten kann, ist sie eine geeignete Maßnahme zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels. Außerdem müsste die Pflicht auch erforderlich sein, das heißt, es dürfte kein milderes Mittel geben, die genannten Ziele zu erreichen. Da eine freiwillige Kontrolle zwar grundsätzlich ein milderes, aber lange nicht so geeignetes Mittel zur Erreichung der aufgezeigten Zwecke ist, ist die Kehr- und Überprüfungspflicht auch geeignet.

Die Kehr- und Überprüfungspflicht ist auch angemessen, da der Eigentümer selbst eine potenzielle Gefahrenquelle betreibt. Damit wird beim Verursacher angesetzt; die Kehr- und Überprüfungspflicht verstößt mithin nicht gegen Grundrechte der Eigentümer.

b) Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit
durch Kontrahierungszwang mit dem Bezirksbevollmächtigten

Möglicherweise wird gegen Grundrechte der Eigentümer verstoßen, da sie einem Kontrahierungszwang gerade mit dem jeweils bestellten Bezirksbevollmächtigten unterliegen.

Art. 2 Abs. 1 GG schützt auch die Privatautonomie als die Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.⁹⁸⁵ Maßgebliches rechtliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen ist der Vertrag.⁹⁸⁶ Daher ist auch die Vertragsfreiheit, als die Freiheit, seine Interessen mittels rechtsverbindlicher Abreden mit Vertragspartnern selbst zu gestalten, als Bestandteil der Privatautonomie geschützt.⁹⁸⁷ Die Vertragsschließenden machen von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch, indem sie selbst über Ob und Inhalt eines Vertragsschlusses entscheiden und ihre rechtlichen Beziehungen nach eigenem Willen gestalten.⁹⁸⁸

Auch die Freiheit der Eigentümer, einen Vertrag über die Überprüfung bzw. Kehrung ihrer Anlagen abzuschließen, ist von der Vertragsfreiheit umfasst. Fraglich ist, ob der Kontrahierungszwang mit dem zuständigen Bezirksbevoll-

⁹⁸⁵ BVerfGE 114, S. 1 (34); 89, S. 214 (231).

⁹⁸⁶ Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 2 GG, Rn. 4.

⁹⁸⁷ Siehe etwa *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 19 m.w.N.

⁹⁸⁸ *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, S. 23.

mächtigten einen Eingriff in die grundrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit darstellt. Allgemein sind gesetzliche Reglementierungen, die die Willensfreiheit der Vertragsschließenden begrenzen und damit die Möglichkeit der freien Selbstbestimmung über die eigenen Rechtsbeziehungen zu privaten Dritten Grenzen setzen – unabhängig davon, ob es sich dabei um Vorschriften des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts handelt – als Eingriffe in die Vertragsfreiheit an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen.⁹⁸⁹ Insbesondere gesetzliche Kontrahierungszwänge zu Lasten des Grundrechtsträgers heben die Abschlussfreiheit auf und stellen damit nicht unerhebliche Beschränkungen der Privatautonomie dar.⁹⁹⁰

Der durch die Kehr- und Überprüfungspflicht gem. § 1 Abs. 1 SchfHWG in Verbindung mit der Regelung, dass nur ein Bezirksbevollmächtigter pro Bezirk bestellt werden soll, begründete Kontrahierungszwang der Eigentümer mit dem jeweils zuständigen Bezirksbevollmächtigten stellt folglich einen Eingriff in die Privatautonomie dar.

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein. Der Kontrahierungszwang ist im SchfHWG begründet. Auch wenn das SchfHWG erst mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegergesetzes zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören wird, soll die Prüfung an diesem Gesetz erfolgen.⁹⁹¹

Fraglich ist somit, ob der Kontrahierungszwang basierend auf § 1 Abs. 1 SchfHWG in Verbindung mit der Tatsache, dass immer nur ein Bezirksbevollmächtigter bestellt wird (vgl. § 10 SchfHWG), als Eingriff in die Vertragsfreiheit verhältnismäßig ist.

Verfolgter legitimer Zweck der Bestellung nur eines Bevollmächtigten ist, dass dadurch Verantwortungsbereiche genau festgelegt sind. Außerdem müsste bei Bestellung mehrerer Bevollmächtigter die Führung des Khehrbuches durch eine staatliche Behörde übernommen werden. Eine Führung des Khehrbuches durch staatliche Behörden würde Kosten verursachen und mit einer bürokratischen Mehrbelastung einhergehen.⁹⁹² Die verfolgten Zwecke sind, dass mit einem Bezirksbevollmächtigten ein Letztverantwortlicher gegeben ist und, dass der Bürokratieaufwand für die staatliche Seite möglichst gering gehalten wird. Das System des Kontrahierungszwangs ist geeignet, diese Zwecke zu fördern.

Erforderlich ist dieses System, wenn es nicht über das erforderliche Maß hinausgeht. Es darf also keine andere, gleich wirksame Regelung vorstellbar sein, die das betreffende Grundrecht nicht oder deutlich weniger einschränkt.⁹⁹³

⁹⁸⁹ Vgl. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 102.

⁹⁹⁰ *Paulus/Zenker*, JuS 2001, S. 1 (5).

⁹⁹¹ Zur den kompetenzrechtlichen Bedenken in Bezug auf das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens schon oben bei § 9 II.

⁹⁹² Vgl. Entwurfsbegründung AT, S. 20.

⁹⁹³ BVerfGE 67, S. 157 (177); 68, S. 193 (219); 90, S. 145 (172).

§ 9 Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

In einem System, in dem lediglich zertifizierte Schornsteinfeger die Feuerstättenschau durchführen dürfen und die Kehruchführung durch eine neutrale Stelle übernommen wird,⁹⁹⁴ unterliegen die Eigentümer zwar weiterhin einem Kontrahierungszwang, sie haben allerdings die Wahl zwischen mehreren zertifizierten Schornsteinfegern. Damit können die Eigentümer noch nicht über das Ob und das Wie bezüglich des Überprüfungsvertrages entscheiden, allerdings können sie sich ihren Vertragspartner selbst wählen. Das System ist zur Gewährleistung der verfolgten Zwecke gleich wirksam, schränkt aber die Privatautonomie nicht im selben Maße ein, wie das System nach dem SchfHWG.

Der durch das SchfHWG aufgestellte Kontrahierungszwang verstößt somit gegen Art. 2 Abs. 1 GG.

⁹⁹⁴ Siehe zu diesem Modell unten § 12.

**IV. Ergebnis:
Verfassungsrechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs**

Es wurde festgestellt, dass das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens aus kompetenzrechtlicher Sicht bedenklich ist.

Die umfassende Regelung des Schornsteinfegerwesens durch ein Bundesgesetz ist nicht erforderlich. Obwohl aufgrund der Europarechtswidrigkeit des SchfG Handlungsbedarf besteht, hätte es genügt, wenn der Bundesgesetzgeber sich auf grundsätzliche berufsrechtliche Entscheidungen beschränkt hätte. Die umfassende Organisation der Strukturen für das Schornsteinfegerwesen ist indes, gemessen am Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, nicht erforderlich. Prüfungsmaßstab war insoweit Art. 72 Abs. 2 GG.

Aber auch in seinem materiellrechtlichen Gehalt ist der Entwurf für das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens bedenklich. Die bisher nach dem SchfG bestellten Bezirksschornsteinfegermeister werden durch die Grundrechte zwar nicht davor geschützt, dass sie ihre Kehrbezirke noch vor Erreichung der Altersgrenze wieder abgeben müssen, sie werden durch ihre Berufsfreiheit aber davor geschützt, dass sie trotz Verlust eines Teils ihrer monopolisierten Tätigkeiten weiterhin einen Gesellen beschäftigen müssen. Die Gesellenbeschäftigungspflicht nach § 15 SchfG verstößt nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens gegen die Berufsfreiheit der Bezirksschornsteinfeger. Darüber hinaus ist diese Norm nicht mit dem Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Nach der hier vertretenen Ansicht stellt die Einbeziehung der nach der Neuregelung zu bestellenden Bezirksbevollmächtigten in die Versorgungsanstalt der Schornsteinfeger und die damit verbundene Beitragspflicht einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die freie Entfaltung im vermögensrechtlichen Bereich, die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist, dar. Außerdem ist die Zwangsmitgliedschaft im Versorgungswerk nicht mit dem Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Selbstständige Schornsteinfegermeister, die nicht für einen Bezirk bestellt sind, können aus ihren Grundrechten zwar keinen generellen Anspruch auf Beleihung bzw. auf Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten ableiten, allerdings ist die mit der Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfegern einhergehende Abstufung zwischen diesen beiden Gruppen nicht mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit der „Nur“-Schornsteinfeger vereinbar. Diese Differenzierung ist mit ihren Konsequenzen auch nicht mit dem Gleichheitssatz vereinbar.

Die mit der Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten einhergehenden Privilegien derselben verfälscht auch den Wettbewerb zwischen den selbstständigen Schornsteinfegern, sodass eine grundrechtlich verbürgte freie wirtschaftliche Betätigung der „Nur“-Schornsteinfeger durch die Struktur nach dem SchfHWG verletzt wäre.

Schließlich verstößt der Zwang, als Eigentümer nur mit dem zuständigen Bezirksbevollmächtigten ein Vertragsverhältnis eingehen zu dürfen, gegen die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Selbstbestimmung des Einzelnen in Rechtssachen.

§ 10 Europarechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

I. Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

1. Eröffnung der Anwendungsbereiche

Der Anwendungsbereich beider Grundfreiheiten wurde im Zusammenhang mit der bestehenden Organisation des Schornsteinfegerwesens bereits eröffnet.⁹⁹⁵ Fraglich ist, ob die Änderung der Organisation durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens dazu führen wird, dass die Grundfreiheiten nicht mehr einschlägig sind.

Es wurde bereits festgestellt, dass die Bezirksbevollmächtigten vergleichbare Kompetenzen wie die Bezirksschornsteinfegermeister innehaben würden; auch sie sind mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen Beliehene.⁹⁹⁶ Die konkreten Befugnisse der Bezirksbevollmächtigten werden im SchfHWG zwar näher ausgestaltet als es noch im SchfG der Fall ist, das Verwaltungsverfahren bleibt aber zweistufig, das heißt vollstreckbare Verwaltungsakte werden grundsätzlich nicht durch den Bezirksbevollmächtigten selbst, sondern durch die zuständige Behörde erlassen. Folge dieser Organisation ist, dass auch nach neuem Recht die Bereichsausnahme des Art. 45 EG nicht einschlägig ist.⁹⁹⁷

Daraus kann geschlossen werden, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit für das Schornsteinfegerhandwerk auch weiterhin potenziell eröffnet ist. Europäische Ausländer, die in Deutschland Schornsteinfegertätigkeiten vorübergehend oder auch dauerhaft erbringen wollen, können sich auf diese Grundfreiheiten berufen.

2. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Eines der wesentlichen Ziele, welches durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens erreicht werden soll, ist die Schaffung einer Rechtslage, die mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist.⁹⁹⁸ Daher sollen sich nach der Neuregelung niederlassungswillige EU-Ausländer als selbstständige Schornsteinfeger in Deutschland niederlassen können, wenn sie die handwerks-

⁹⁹⁵ Siehe für die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit schon oben § 4 I. bzw. § 5 I.

⁹⁹⁶ Siehe oben § 8 II. 2. b).

⁹⁹⁷ Siehe zu den Voraussetzungen und der Anwendung der Bereichsausnahme des Art. 45 EG bereits oben § 4 II.

⁹⁹⁸ Vgl. Entwurfsbegründung AT, S. 1 f.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

rechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Maßgebliche Normen für die Aufnahme einer selbstständigen Schornsteinfegertätigkeit sind daher zunächst allein die HwO in Verbindung mit der EU/EWR HwV.⁹⁹⁹

Das Verfahren nach der HwO soll zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit objektive Chancengleichheit zwischen inländischen und europäischen Handwerkern herstellen. Möglicherweise stehen trotzdem Regelungen des Gesetzentwurfs für die Neuregelung des Schornsteinfegerwesens im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG.

a) Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben der Niederlassungsfreiheit
Zu prüfen ist, ob die gem. § 9 SchfHwG im Ausschreibungsverfahren auf die Stelle eines Bezirksbevollmächtigten vorzunehmende Auswahlentscheidung zwischen Bewerbern gegen die Vorgaben der Berufsamerkennungsrichtlinie verstößt.¹⁰⁰⁰

Der Anwendungsbereich der Berufsamerkennungsrichtlinie ist für das Berufsbild des Schornsteinfegers eröffnet.¹⁰⁰¹ Die einer Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten vorausgehende Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern, die sich gem. § 9 Abs. 4 SchfHwG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung richten soll, könnte eine unzulässige Doppelprüfung der Qualifikation darstellen.¹⁰⁰² Es gilt allerdings zu beachten, dass die eigentliche Anerkennung der fachlichen Qualifikationen schon im Vorfeld des Ausschreibungsverfahrens erfolgt ist. Voraussetzung einer Bewerbung zum Bezirksbevollmächtigten ist, dass man bereits Inhaber oder Beschäftigter eines mit dem Schornsteinfegerhandwerk in die Handwerksrolle eingetragenen Betriebes ist. Der Zugang zum Schornsteinfegerhandwerk in Deutschland ist im Zeitpunkt der Bewerbung also schon erfolgt. Damit handelt es sich bei der Auswahlentscheidung nach § 9 Abs. 4 SchfHwG nicht um eine Regelung des Zugangs zum Beruf Schornsteinfeger, sondern um eine Regelung mit Bezug zur Ausübung dieses Berufs.

Die Berufsamerkennungsrichtlinie hat ihren Schwerpunkt bei den Regelungen zum Marktzutritt, hat aber auch Auswirkungen auf die Regeln zum Marktverhalten der Niedergelassenen. Die Regelungen zum Marktverhalten der Berufsträger sind von dem in Art. 4 Abs. 1 EG genannten Grundsatz der Inländergleichbehandlung beherrscht; es gilt somit das Bestimmungslandprinzip.¹⁰⁰³ Danach kommt es darauf an, dass eine ausländische natürliche oder juristische

⁹⁹⁹ Siehe schon oben zu den Bedenken gegen die derzeit geltende Fassung der EU/EWR HwV in Bezug auf das Schornsteinfegerhandwerk § 4 III. 1.

¹⁰⁰⁰ Siehe zur Berufsamerkennungsrichtlinie schon ausführlich oben § 4 III. 1. a).

¹⁰⁰¹ Zum einheitlichen Berufsbild des Schornsteinfegers schon oben § 9 III. 3. b) aa).

¹⁰⁰² Siehe zur unzulässigen Überprüfung von Qualifikationen schon § 4 III. 2.

¹⁰⁰³ Kluth/Rieger, EuZW 2005, S. 486 (489).

Person im Rahmen der Niederlassung nicht gegenüber entsprechenden Inländern benachteiligt wird.¹⁰⁰⁴ Folglich gilt für das Marktverhalten der Berufsträger, insbesondere das Berufsrecht und das Berufsaufsichtsrecht, das Recht des Landes in dem der Beruf ausgeübt wird.¹⁰⁰⁵

Die Vorgaben für das Ausschreibungsverfahren lassen nicht darauf schließen, dass zwischen EU-Ausländern und Inländern differenziert werden soll. Es liegt damit kein Verstoß gegen sekundärrechtliche Konkretisierungen der Niederlassungsfreiheit, insbesondere nicht gegen die Berufsanerkennungsrichtlinie vor.

b) Verstoß gegen primärrechtliche Vorgaben der Niederlassungsfreiheit

Offene oder versteckte Diskriminierungen, hervorgerufen durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens, sind aus der Perspektive eines niederlassungswilligen Schornsteinfegers nicht evident.

Möglicherweise werden durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens aber Bestimmungen aufgestellt, die zwar unterschiedslos sowohl auf Inländer als auch auf EU-Ausländer angewandt werden, die aber trotzdem geeignet sind, die grenzüberschreitende Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.¹⁰⁰⁶

Problematisch könnte insbesondere sein, dass die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für selbstständige Schornsteinfeger schlechter sind als für Bezirksbevollmächtigte.¹⁰⁰⁷ Schornsteinfeger aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union könnten davon abgehalten werden, sich in Deutschland niederzulassen, da die teilweise Monopolisierung der Schornsteinfegertätigkeiten und die damit einhergehende mittelbare Privilegierung der Bezirksbevollmächtigten dazu führt, dass die selbstständige Ausübung des Schornsteinfegerhandwerks für „Nur“-Schornsteinfeger erschwert wird.

Der EuGH hat inländische Regelungen, wonach die Ausübung bestimmter Tätigkeiten im Bereich eines Berufsbildes nur bestimmten Personen, die besonderen Anforderungen unterliegen, vorbehalten sind, als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gewertet.¹⁰⁰⁸ Dieser Fall ist mit der hier problematisierten

¹⁰⁰⁴ Umfassend zu dieser Dimension der Niederlassungsfreiheit *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV, S. 214 ff.

¹⁰⁰⁵ *Kluth/Rieger*, EuZW 2005, S. 486 (489).

¹⁰⁰⁶ Siehe zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit schon oben § 4 IV. 1. a) und auch § 4 IV. 1. c) aa); vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. C-439/99 (KOM/Italien), Slg. 2002, S. I-305, Rn. 22.

¹⁰⁰⁷ Siehe zu den Nachteilen für selbstständige „Nur“-Schornsteinfeger schon oben § 9 III. 3. d).

¹⁰⁰⁸ EuGH, Rs. C-451/03 (Calafiori), noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 27 ff. und Rn. 50.

Struktur des Schornsteinfegerwesens nach dem Neuregelungsvorschlag des BMWi vergleichbar. Die Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und „Nur“-Schornsteinfegern stellt somit eine rechtfertigungsbedürftige Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar.

Die im SchfHWG statuierte Unterscheidung zwischen bestellten Bezirksbevollmächtigten und selbstständigen „Nur“-Schornsteinfegern könnte gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht und soweit sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.¹⁰⁰⁹

Möglicherweise könnte das Allgemeininteresse am Schutz der Eigentümer vor einem Schaden, der durch Erbringung der vorbehaltenen Schornsteinfeger-tätigkeiten durch unqualifizierte Personen droht, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen.¹⁰¹⁰ Die Bestellung müsste demnach Rückschlüsse auf die Qualifikation der Bezirksbevollmächtigten zulassen und sie müsste erforderlich sein, da die vorbehaltenen Aufgaben besondere Anforderungen an die bestellten Schornsteinfeger stellen.

Die Aufgaben, die gem. der §§ 13 ff. SchfHWG den Bezirksbevollmächtigten vorbehalten sind, stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit Kontrollaufgaben. Die Kontrolle von gefahrgeneigten Anlagen setzt voraus, dass der Durchführende ausreichende praktische und theoretische Erfahrungen gesammelt hat. Die vorbehaltenen Tätigkeiten sind vielschichtig und verlangen vom Ausführenden ein gewissen Qualifikationsgrad. Das Ausschreibungsverfahren soll augenscheinlich Garant für die Qualität der bestellten Schornsteinfeger sein, wenn es sich gem. § 9 Abs. 4 SchfHWG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung richtet. Eine Rechtfertigung der Behinderung scheint also möglich. Es ist aber zu beachten, dass der Nachweis, dass eine Person befähigt ist alle Schornsteinfeger-tätigkeiten auszuführen, das heißt auch die nach neuem Recht vorbehaltenen, schon mit einer bestandenen Meisterprüfung bzw. mit der Anerkennung der beruflichen Qualifikation nach der EU/EWR HwV erbracht ist.

Die Bestellung richtet sich aber nicht allein nach der Qualifikation der Bewerber, es ist vielmehr denkbar, dass fähige Schornsteinfeger nicht zum Bezirksbevollmächtigten bestellt werden, weil keine entsprechenden Stellen frei sind. Neben der Qualifikation ist entscheidendes Kriterium die objektive Verfügbarkeit freier Stellen für Bezirksbevollmächtigte. Ein Ausschreibungsverfahren und eine in diesem Zusammenhang durchgeführte Überprüfung der Fähigkeiten der Bewerber ist geeignet, die fachliche Qualität sicherzustellen. Fraglich

¹⁰⁰⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-79/01 (Payroll), Slg. 2002, S. I-8923, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung. Allgemein zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit schon oben § 4 IV. 2.

¹⁰¹⁰ In diesem Sinne EuGH, Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, S. I-4221, Rn. 15–17.

ist, ob die Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens bzw. die damit verbundenen grundfreiheitsbeschränkenden Folgen erforderlich sind.

Der Nachweis entsprechender Qualifikationen kann auch durch wiederkehrende Überprüfung und Kontrolle der ausgeführten Arbeiten der Schornsteinfeger sichergestellt werden kann. Dieses System wäre für die betroffenen Schornsteinfeger weniger einschneidend als die Monopolisierung von Tätigkeiten in den Händen von einigen Bezirksbevollmächtigten.

Als gesetzgeberisches Anliegen wird vom BMWi angeführt, dass durch die Neuregelung möglichst keine neuen bürokratischen Strukturen entstehen sollen, und dass die Verantwortung für die Durchführung von Kontrolltätigkeiten eindeutig zugewiesen sein soll.¹⁰¹¹

Bezüglich der Zielvorgabe neue bürokratische Strukturen zu verhindern, muss aus europarechtlicher Sicht entgegengehalten werden, dass administrative Erwägungen eine Abweichung von den Vorschriften des Vertrages nicht rechtfertigen können.¹⁰¹²

Der Überlegung, durch die Bestellung nur eines Bezirksbevollmächtigten Verantwortung eindeutig zuweisen zu können, muss entgegengehalten werden, dass insoweit für die Niederlassungsfreiheit weniger belastende, gleich geeignete Maßnahmen denkbar sind. So kann die Verpflichtung, Arbeiten zu dokumentieren, etwa durch ein individualisierbares Siegel an der überprüften Anlage selbst oder durch Dokumentation durch eine unabhängige Stelle, Verantwortung und Verantwortlichkeit auf gleichem Niveau sichergestellt werden.¹⁰¹³

Die Organisation des Schornsteinfegerwesens nach dem Neuregelungsvorschlag lässt sich mangels Erforderlichkeit auch nicht durch andere zwingende Gründe des Allgemeinwohls oder Erwägungen auf der Grundlage des Art. 46 EG rechtfertigen.

Durch das Vorenthalten bestimmter Tätigkeiten und der exklusiven Zuweisung dieser Tätigkeiten an die Bezirksbevollmächtigten könnte aber ein staatlich begründetes Dienstleistungsmonopol entstanden sein. Möglicherweise ist daher die Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 2 EG einschlägig.¹⁰¹⁴

Zunächst gilt es festzustellen, ob durch die Organisationsstruktur nach dem SchfHwG ein Dienstleistungsmonopol für die Bezirksbevollmächtigten begründet wird. Unter Dienstleistungsmonopolen versteht man staatlich begründete Ausschließlichkeitsrechte von Unternehmen oder Verwaltungsträgern für die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne der Art. 49, 50 EG.¹⁰¹⁵ Wie bereits

¹⁰¹¹ Siehe Entwurfsbegründung AT, S. 7 und S. 19 f.

¹⁰¹² Siehe hierzu EuGH, Rs. C-369/96 und C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, S. I-8435, Rn. 37.

¹⁰¹³ Siehe zur Möglichkeit in diesem Sinn § 12 II.

¹⁰¹⁴ Siehe zur Anwendbarkeit des Art. 86 Abs. 2 EG auf die Niederlassungsfreiheit schon oben § 4 IV. 3. a).

¹⁰¹⁵ Müller, Dienstleistungsmonopole, S. 21 ff.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

festgestellt, haben die Bezirksbevollmächtigten nach ihrer Bestellung das ausschließliche Recht, bestimmte Schornsteinfegertätigkeiten durchzuführen. Die Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten gem. § 10 SchfHwG erfolgt durch einen Verwaltungsakt; also durch Hoheitsakt der öffentlichen Hand. Auch die nach neuem Recht vorbehaltenen Kehr- und Überprüfungstätigkeiten stellen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dar; es liegt mithin ein Dienstleistungsmonopol vor.¹⁰¹⁶

Allein die Tatsache, dass den Bezirksbevollmächtigten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorbehalten sind, reicht für eine Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der „Nur“-Schornsteinfeger nicht aus, vielmehr müsste bei Anwendung der Vertragsvorschriften die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert werden.

Die Anwendung von Art. 43 EG würde die Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgaben nicht behindern, zumal wie bereits angedeutet,¹⁰¹⁷ andere, weniger einschränkende Möglichkeiten zur Erreichung der angestrebten Ziele bestehen.¹⁰¹⁸

Das dem SchfHwG zugrunde liegende System mit seinen Nachteilen für selbstständige „Nur“-Schornsteinfeger stellt daher einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar.

3. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

Durch das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens soll auch die Dienstleistungsfreiheit uneingeschränkt gewährleistet werden.¹⁰¹⁹ Nach § 13 Abs. 3 SchfG n. F. dürfen Schornsteinfeger, die Angehörige eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums oder der Schweiz sind und, nach den Vorgaben der EU/EWR HwV als Dienstleister anerkannt wurden, Schornsteinfegerarbeiten vorübergehend und gelegentlich in Deutschland anbieten und erbringen. Ausgenommen von der Dienstleistungsfreiheit sind die Durchführung der Feuerstättenschau und die Ausstellung der Bescheinigungen zur Bauabnahme nach Landesrecht, die Führung des Kkehrbuchs und die Durchführungen von anlassbezogenen Sonderprüfungen. Diese Tätigkeiten sind auch künftig dem nach deutschem Recht hoheitlich Beliehenden, jetzt Bezirksbevollmächtigten, vorbehalten, der der Aufsicht der zuständigen deutschen Behörde untersteht.

¹⁰¹⁶ Es kann insoweit auf die Ausführungen unter § 4 IV. 3. b) verwiesen werden.

¹⁰¹⁷ Siehe unter anderem oben § 4 IV. 3 b) cc).

¹⁰¹⁸ Zu einem weniger einschränkenden System ausführlich unten § 12 II.

¹⁰¹⁹ Vgl. Entwurfsbegründung AT, S. 2.

Das Vorenthalten bestimmter Tätigkeiten könnte einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit darstellen. Ein Verstoß ist sowohl auf der Ebene der sekundärrechtlichen Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit als auch auf primärrechtlicher Ebene denkbar.

a) Verstoß gegen sekundärrechtliche Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit

Der § 13 Abs. 3 SchfG n. F. normierte Vorbehalt, dass nicht alle Schornsteinfegerarbeiten im Rahmen einer vorübergehenden Dienstleistung erbracht werden dürfen, ist eine Regelung, die nicht den Zugang, sondern die Ausübung der Arbeiten betrifft. Die Berufsanerkennungsrichtlinie, deren Anwendungsbereich grundsätzlich auch für die Dienstleistungserbringung eröffnet ist, regelt schwerpunktmäßig den Zugang zum Dienstleistungsmarkt.

Möglicherweise ist aber die Dienstleistungsrichtlinie RL 2006/123/EG¹⁰²⁰ ergänzend zur Berufsanerkennungsrichtlinie heranzuziehen. Zu klären ist aber zunächst, welche Konsequenzen es hat, dass die Richtlinie 2006/123/EG zwar seit dem 27. 12. 2006 in Kraft ist, ihre Umsetzungsfrist aber nach Art. 44 der Richtlinie noch bis zum 28. 12. 2009 läuft.

Vor Ablauf der Umsetzungsfrist können Richtlinien eine sog. Vorwirkung entfalten.¹⁰²¹ Bezüglich der Wirkung einer Richtlinie gilt es zu differenzieren. Eine unmittelbare Wirkung einer Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist wird von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt.¹⁰²² Entscheidendes Argument ist das Fehlen einer mitgliedstaatlichen Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie bis zu diesem Zeitpunkt. Darüber hinaus würde bei Anerkennung der unmittelbaren Richtlinienwirkung vor Ablauf der Umsetzungsfrist die Unterscheidung zur Verordnung immer mehr verwischt.¹⁰²³

Für die nationale Rechtsprechung wird bislang im Schrifttum und in der deutschen Rechtsprechung überwiegend vertreten, dass nationale Richter zu einer richtlinienkonformen Auslegung des geltenden Rechts vor Ablauf der Umsetzungsfrist zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet sind.¹⁰²⁴ Diesem Ergebnis ist grundsätzlich zuzustimmen, da die Herstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage in der Umsetzungsphase möglich, aber noch nicht zwingend geboten ist.

¹⁰²⁰ Im Dezember 2006 verabschiedete das Europäische Parlament eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt RL 2006/123/EG vom 12. 12. 2006, ABL. der EG L 376 vom 27. 12. 2006, S. 36.

¹⁰²¹ Eingehend zu dieser Problematik: *Gronen*, Die „Vorwirkung“ von EG-Richtlinien.

¹⁰²² Vgl. stellvertretend für viele: *Fisahn/Mushoff*, EuR 2005, S. 222 (226).

¹⁰²³ *Gronen*, Die „Vorwirkung“ von EG-Richtlinien, S. 130 (135).

¹⁰²⁴ So auch BGHZ 138, S. 55 (60 ff.); *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf*, EU, Art. 249 EG, Rn. 153.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Wirkung entfaltet eine geltende Richtlinie bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist allerdings für die Legislative, da die Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer EG-Richtlinie einem auf Art. 10 Abs. 2 und Art. 249 Abs. 3 EG beruhenden Frustrationsverbot unterliegen. Das heißt, der Legislative eines Staates ist es verboten, während der Umsetzungsfrist Vorschriften zu erlassen, die das Ziel der Richtlinie infrage stellen.¹⁰²⁵ Aus dem Gebot der Vertragstreue¹⁰²⁶ folgt weiterhin, dass die Mitgliedstaaten, vom Bekanntgabezeitpunkt der Richtlinie an, alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen sollen, um die Zielerreichung der Richtlinie sicherzustellen.¹⁰²⁷ Die RL 2006/123/EG entfaltet bis dato lediglich Wirkung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber.

Da das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens sich gerade im Gesetzgebungsprozess befindet, dient die Dienstleistungsfreiheit als Prüfungsmaßstab für dessen rechtliche Ausgestaltung.

Fraglich ist, ob auch der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit für den vorliegend problematisierten Sachverhalt eröffnet ist. Die Regelung des Art. 3 Abs. 1 lit. d) der Dienstleistungsrichtlinie stellt klar, dass bei sich widersprechenden Bestimmungen, den Bestimmungen der Berufsanerkennungsrichtlinie Vorrang vor denen der Dienstleistungsrichtlinie zukommt. Im Bereich der Regelung des Marktverhaltens hat die Dienstleistungsrichtlinie allerdings eine nicht unwesentliche Ergänzungsfunktion.¹⁰²⁸

Nach Art. 1 der Dienstleistungsrichtlinie sind bestimmte Bereiche von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen. Gem. Art. 1 Abs. 3 der RL 2006/123/EG ist die Richtlinie nicht auf den Bereich der Dienstleistungsmonopole anzuwenden. Der Ausschluss der Dienstleistungserbringer von der Ausführung bestimmter Schornsteinfegertätigkeiten beruht letztlich auf dem Dienstleistungsmonopol der Bezirksbevollmächtigten. Aufgrund dieses unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Dienstleistungsmonopol und der möglichen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann Prüfungsmaßstab nicht die Dienstleistungsrichtlinie sein.

b) Verstoß gegen primärrechtliche Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit

Was primärrechtliche Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs betrifft, so schließt eine nationale Regelung wie § 13 Abs. 3 SchfG, indem sie die bestimmten Tätigkeiten den Dienstleistern vorenthält, den grenzüberschreitenden Zugang zum Markt der fraglichen Dienstleistungen vollständig aus. Die Regelung beschränkt somit die durch die Art. 49, 50 EG umfassend gewährleistete Dienstleistungsfreiheit.

¹⁰²⁵ EuGH, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, S. I-7411.

¹⁰²⁶ BVerwGE 107, S. 1 (22).

¹⁰²⁷ *Fisahn/Mushoff*, EuR 2005, S. 222 (225).

¹⁰²⁸ Nur bei einem Widerspruch zwischen den Vorschriften tritt die Dienstleistungsrichtlinie subsidiär zurück. *Hatje*, NJW 2007, S. 2357 (2359).

Es ist fraglich, ob das Vorbehalten bestimmter Tätigkeiten im Rahmen des Dienstleistungsmonopols für Bezirksbevollmächtigte als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt ist.¹⁰²⁹ Als Rechtfertigungsgründe kommen sowohl zwingende Gründe des Allgemeinwohls als auch die Möglichkeit der Rechtfertigung über Art. 86 Abs. 2 EG in Betracht.

Als Gründe des Allgemeininteresses kommen die durch ein Dienstleistungsmonopol möglicherweise besonders gewährleistende Sicherheit und Qualität der Schornsteinfegerarbeiten sowie die spezifische Notwendigkeit der Schaffung einer Alleinverantwortlichkeit in Betracht.¹⁰³⁰ Die Schaffung eines Dienstleistungsmonopols müsste zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich sein.

Die Qualifikation der Dienstleistungserbringer an sich wird durch das Anerkennungsverfahren nach HwO und EU/EWR HwV umfassend sichergestellt und kann daher nicht derart in Zweifel gezogen werden, dass die Dienstleister von bestimmten zu ihrem Berufsbild gehörenden Aufgaben ausgeschlossen werden.

Möglicherweise können Unterschiede zwischen den Rahmenbedingungen einer vorübergehenden und einer dauerhaften Erbringung von Schornsteinfegertätigkeiten die Ausnahme für Dienstleistungserbringer rechtfertigen. Die vorübergehende Dienstleistungstätigkeit weist insoweit die Besonderheit auf, dass die Erbringer der Tätigkeiten sich nicht dauerhaft im Leistungsstaat aufhalten. Damit könnte es sein, dass eine Überprüfung der Leistung des Dienstleistungserbringers zwar durchgeführt werden kann, der Erbringer persönlich aber trotz möglicherweise mangelhafter Leistung für die Behörden nicht mehr greifbar ist. Die Schaffung einer Verantwortlichkeit ohne eine Möglichkeit der Sanktion ist im sicherheitsrelevanten Bereich ungenügend.

Voraussetzung für das Vorbehalten einer Dienstleistung aufgrund dieser Erwägungen ist aber, dass selbst mit Unterstützung durch Auskünfte der anderen Mitgliedstaaten eine Kontrolle nicht wirksam durchgeführt werden kann.¹⁰³¹

Es wurde bereits festgestellt, dass der Nachweis, wer für bestimmte Schornsteinfegertätigkeiten verantwortlich ist, auch durch andere weniger einschneidende Maßnahmen als das umfassende Vorenthalten bestimmter Tätigkeiten erfolgen kann. Zu denken ist an die Protokollierung der durchgeführten Tätigkeiten bei einer unabhängigen Stelle und/oder die Anbringung entsprechend individualisierter Siegel an der überprüften Anlage selbst.

¹⁰²⁹ *Emmerich*, in: *Dausies*, HdbEGWiR, H.II, Rn. 49.

¹⁰³⁰ Es wurde bereits erörtert, dass das Ziel der Vermeidung zusätzlichen bürokratischen Aufwands zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht herangezogen werden kann, vgl. u. a. § 10 I. 2 b).

¹⁰³¹ EuGH, Rs. 205/84 (KOM/Deutschland), Slg. 1986, S. 3755, Rn. 54; Rs. C-101/94 (KOM/Italien), Slg. 1996, S. I-2691, Rn. 22–24 und 31 f.

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Fraglich ist, ob es reicht, den Erbringer einer Leistung ermitteln zu können oder ob zusätzliche Schritte notwendig sind, um Dienstleister für eventuelle Unzulänglichkeiten bei der Ausführung der Schornsteinfeger Tätigkeiten auch zur Verantwortung ziehen zu können.

Erbringer von Dienstleistungen müssen sich, um die Genehmigung zur grenzüberschreitenden Ausübung von Dienstleistungen in Deutschland zu behalten, nach § 8 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 1 EU/EWR HwV jährlich melden. Hierbei haben sie alle relevanten Änderungen der zuständigen Behörde mitzuteilen. Die aktuelle Adresse des Dienstleisters ist auch dem Schornsteinfegerregister nach § 3 Abs. 1 SchfHWG zu entnehmen. Die vorhandenen Daten ermöglichen es den verantwortlichen Dienstleistungserbringer zu ermitteln und ihn gegebenenfalls auch zur Verantwortung zu ziehen.

Es sind also alternative Regelungen vorstellbar, die geeignet sind die formulierten Ziele zu erreichen, die dabei aber weniger einschneidend sind. Auch die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG führt hier nicht zu einem anderen Ergebnis; insoweit kann auf die Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit verwiesen werden.¹⁰³² Die Tatsache, dass die vorübergehende Erbringung von Schornsteinfeger Tätigkeiten gem. § 13 SchfG n. F. auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt ist, steht im Widerspruch zur Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 50 EG.

II. Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht

Die Monopolisierung von bestimmten Überprüfungstätigkeiten könnte auch gegen die europäischen Wettbewerbsvorschriften verstoßen.

Staatlich eingeräumte Dienstleistungsmonopole sind auf der Ebene des europäischen Wettbewerbsrechts an Art. 82 in Verbindung mit Art. 86 EG zu messen.¹⁰³³

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist, dass die Bestellung der Bezirksbevollmächtigten andere selbstständige Schornsteinfeger von der Erbringung einiger wesentlicher Kontrollaufgaben ausschließt und die Bezirksbevollmächtigten ein Dienstleistungsmonopol innehaben.¹⁰³⁴ Die Verleihung ausschließlicher Rechte begründet eine beherrschende Stellung des begünstigten Unternehmens im Sinne des Art. 82 EG.¹⁰³⁵ Da das gesamte Bundesgebiet in

¹⁰³² Siehe oben § 10 I. 2. b).

¹⁰³³ *Emmerich*, in: *Dauses*, HdbEGWiR, H.II, Rn. 38 ff. Siehe aber auch schon oben § 6 I. und II.

¹⁰³⁴ Hierzu schon oben § 10 I. 2.

¹⁰³⁵ EuGH, Rs. C-320/91 (*Carbeau*), Slg. 1993, S. I-2533, Rn. 9; Rs. C-266/96 (*Corsica Ferries*), Slg. 1998, S. I-3949, Rn. 39.

Bezirke eingeteilt ist, hat die marktbeherrschende Stellung der Bezirksbevollmächtigten auch Binnenmarktrelevanz.¹⁰³⁶

Es ist zu prüfen, ob die Bezirksbevollmächtigten in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen und, ob ihnen besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG verliehen sind.¹⁰³⁷

Die Bezirksbevollmächtigten sind mangels unmittelbaren staatlichen Einflusses auf die Geschäftsführung nicht als öffentliche bzw. staatliche Unternehmen zu qualifizieren.¹⁰³⁸ Art. 86 Abs. 1 EG ist allerdings auch auf Unternehmen anwendbar, denen die Mitgliedstaaten oder deren Länder, Provinzen oder sonstige Gebietskörperschaften besondere oder ausschließliche Rechte gewähren.¹⁰³⁹ Ausschließliche Rechte sind solche, die einem Unternehmen gewährt werden und diesem die Erbringung einer Dienstleistung oder die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit vorbehalten.¹⁰⁴⁰ Das ausschließliche Recht kann dabei durchaus regional beschränkt sein.¹⁰⁴¹ Entscheidend ist, dass auf einem relevanten Markt durch die Privilegierung eines Unternehmens der Wettbewerb ausgeschaltet wird.¹⁰⁴² Die Gewährung solcher Rechte erfolgt in der Regel durch Hoheitsakt der öffentlichen Hand.¹⁰⁴³ Wie bereits oben festgestellt, wird den Bezirksbevollmächtigten für einen räumlich begrenzten Bereich ein Dienstleistungsmonopol durch Hoheitsakt gewährt, die Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 86 Abs. 1 EGG liegen mithin vor.

Art. 82 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EG verbietet dem Gesetzgeber eine Lage zu schaffen, welche Unternehmen im Rahmen der Ausübung ihrer ausschließlichen Rechte zwingt, veranlasst oder es ihnen ermöglicht, gegen das Wettbewerbsrecht zu verstoßen.¹⁰⁴⁴

Art. 82 EG basiert auf dem Grundsatz, dass beherrschende Stellungen und auch gesetzliche Monopole einschließlich der hier interessierenden Dienstleistungsmonopole zulässig sein können; allein die missbräuchliche Ausübung

¹⁰³⁶ Hierzu schon im Zusammenhang mit dem Kehrbezirkssystem nach dem SchfG oben § 6 III. 2. b).

¹⁰³⁷ Zu den Begrifflichkeiten schon oben § 6 II.

¹⁰³⁸ Zur Argumentation siehe ausführlicher bereits oben § 6 II. 2. a).

¹⁰³⁹ Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 21.

¹⁰⁴⁰ Definition ausschließlicher Rechte durch die Kommission in der Telekommunikationsendgeräte-Richtlinie, ABl. der EU 1990 Nr. L 131/73.

¹⁰⁴¹ Hochbaum/Klotz, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU- und EG-Vertrag, Art. 86 EG, Rn. 8 f.; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 86 EG, Rn. 13.

¹⁰⁴² Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, Art. 37, 90 EG, Rn. 19.

¹⁰⁴³ EuGH, Rs. C-66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen), Slg. 1989, S. 803, Rn. 55.

¹⁰⁴⁴ EuGH, Rs. C-147/97 und C-148/97 (Deutsche Post), Slg. 2000, S. I-825, Rn. 48; Rs. C-209/98 (Sydhavnens), Slg. 2000, S. I-3743, Rn. 66.

einer beherrschenden Stellung soll unterbunden werden.¹⁰⁴⁵ Es geht folglich um die Ausgestaltung der rechtlichen Stellung. So kann auch der bloße Ausschluss des Leistungswettbewerbs und der Chancengleichheit potenzieller Bewerber durch ein staatliches Monopol einen Wettbewerbsverstoß nach Art. 82 EG in Verbindung mit Art. 86 EG darstellen.¹⁰⁴⁶

Durch die Monopolisierung bestimmter Überprüfungstätigkeiten in den Händen der Bezirksbevollmächtigten wird der Leistungswettbewerb für diese Tätigkeiten umfassend ausgeschlossen. Außerdem wurde bereits festgestellt, dass durch die Monopolisierung dieser Tätigkeiten die Chancengleichheit im Wettbewerb zwischen Bezirksbevollmächtigten und den „Nur“-Schornsteinfegern empfindlich gestört wird. Obwohl der Gesetzgeber das Monopol auf einen kleinen Ausschnitt der Schornsteinfegertätigkeiten begrenzt hat, sind diese Tätigkeiten so wesentlich, dass eine Verfälschung des Wettbewerbs um die übrigen Schornsteinfegerarbeiten die Folge ist. Die Bezirksbevollmächtigten verfügen aufgrund der ihnen vorbehaltenen Durchführung der Feuerstättenschau und der Führung des Kehrbooks über einen wesentlichen Informationsvorsprung gegenüber den „Nur“-Schornsteinfegern. Dieser Informationsvorsprung versetzt die Bezirksbevollmächtigten in die Lage, dass sie in ihrem Bezirk wesentlich effektiver und effizienter als die übrigen Wettbewerber arbeiten können.¹⁰⁴⁷ Außerdem genießen die Bezirksbevollmächtigten durch ihre staatliche Bestellung einen nicht unwesentlichen Vertrauensvorsprung, der sich auch auf den Wettbewerb um die nicht monopolisierten Schornsteinfegerarbeiten auswirkt.

Die Schaffung dieser wettbewerbsverzerrenden Situation ist dem Staat zuzurechnen, da sie unmittelbar auf die durch das SchfHwG proklamierte Organisation des Schornsteinfegerwesens zurückzuführen ist.

Durch das staatlich abgesicherte Dienstleistungsmonopol auf bestimmte Tätigkeiten wird der Markt für Schornsteinfegertätigkeiten auch gegenüber potenziellen Anbietern von Schornsteinfegerarbeiten aus dem europäischen Ausland nicht unerheblich beeinträchtigt. Damit verbunden ist auch eine Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

Die Gewährung des Dienstleistungsmonopols für Bezirksbevollmächtigte nach dem SchfHwG stellt aufgrund der missbräuchlichen Auswirkung eine nach Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 82 EG gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Maßnahme dar.

Trotz der Erfüllung des Missbrauchstatbestandes würde das Dienstleistungsmonopol der Bezirksbevollmächtigten nicht gegen Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 82 EG verstoßen, wenn die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG vorliegen. Demnach könnte das EG-Wettbewerbsrecht unanwendbar sein, wenn die Bezirksbevollmächtigten mit Dienstleistungen von allgemeinem

¹⁰⁴⁵ *Emmerich*, in: *Dauses*, HdbEGWiR, H.II, Rn. 50.

¹⁰⁴⁶ *Braun*, ZEuS 2005, S. 211 (225).

¹⁰⁴⁷ Siehe hierzu schon ausführlich oben § 9 III 3. d) aa).

wirtschaftlichen Interesse betraut sind, und die Anwendung des Wettbewerbsrechts die Aufgabenerfüllung verhindern würde.¹⁰⁴⁸

Die Kommission definiert Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse als solche marktbezogenen Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden.¹⁰⁴⁹ Dazu zählen insbesondere Unversaldienstleistungen zur Sicherung der Infrastruktur und Daseinsvorsorge.¹⁰⁵⁰ Die Tätigkeiten, die nach dem Gesetzentwurf den Bezirksbevollmächtigten vorbehalten sind, sind Teil der Schornsteinfegertätigkeiten, an deren Erfüllung der Staat ein besonders großes Interesse hat. Die Kontrollen bei der Feuerstättenschau, der Bauabnahme und der anlassbezogenen Überprüfung dienen im hohen Maß der Brandsicherheit im Bundesgebiet. Die vorbehaltenen Tätigkeiten sind daher Dienstleistungen, an deren Erfüllung die Allgemeinheit ein besonderes Interesse hat. Nach Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG sollen zwar wirtschaftliche Interessen verfolgt werden, die Rechtsprechung des EuGH zeigt aber, dass dieses Kriterium denkbar weit verstanden wird. Im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EG wurde als staatliche Gemeinwohlverpflichtung z.B. auch der Umweltschutz,¹⁰⁵¹ die Sicherstellung des medizinischen Rettungsdienstes¹⁰⁵² und die Gewähr der öffentlichen Sicherheit¹⁰⁵³ anerkannt.

Die Durchführung der den Bezirksbevollmächtigten obliegenden Aufgaben ist ein wichtiges Element der Brand- und Gefahrenvorsorge. Die Ausführung der Tätigkeiten soll damit Gewähr für einen Teil der öffentlichen Sicherheit bieten. Es handelt sich also um Dienstleistungen, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen.

Die Bezirksbevollmächtigten müssten mit diesen Dienstleistungen auch betraut worden sein.¹⁰⁵⁴ Der Bezirksbevollmächtigte soll nach § 10 SchfHWG für einen Bezirk bestellt werden. Die Bestellung ist mit Rechten, insbesondere aber auch mit Pflichten für den Bezirksbevollmächtigten verbunden. Darüber hinaus hat sich der Staat nach § 21 SchfHWG die Aufsicht über die Berufstätigkeit der Bezirksbevollmächtigten vorbehalten. Die Ausgestaltung der Bestellung zum Bezirksbevollmächtigten entspricht somit den Anforderungen an eine Betrauung gem. Art. 86 Abs. 2 EG. Die Bezirksbevollmächtigten sind demzufolge

¹⁰⁴⁸ Die Alternative des Finanzmonopols nach Art. 86 Abs. 2 EG ist vorliegend nicht in Betracht zu ziehen, vgl. schon oben § 4 IV. 3. b) aa).

¹⁰⁴⁹ Mitteilung: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABIEU Nr. C 17 v. 19. 1. 2001, S. 4 Anh. II.

¹⁰⁵⁰ Jung, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, Art. 36 Eg, Rn. 36.

¹⁰⁵¹ EuGH, Rs. C-209/98 (Sydhanens), Slg. 2000, S. I-3743, Rn. 75.

¹⁰⁵² EuGH, Rs. C-47/99 (Ambulanz Glöckner), Slg. 2001, S. I-8089, Rn. 55.

¹⁰⁵³ EuGH, Rs. C.266/96 (Corsica Ferries), Slg. 1998, S. I-3949, Rn. 45.

¹⁰⁵⁴ Zur Betrauung siehe auch schon oben § 4 IV. 3. b) bb).

3. Teil: Der Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens

Unternehmen, welche mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind.

Der Art. 86 Abs. 2 EG ist tatbestandlich allerdings nur dann erfüllt, wenn bei Anwendung des Wettbewerbsrechts die Erfüllung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des Unternehmens rechtlich oder tatsächlich verhindert würde.¹⁰⁵⁵ Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass Art. 86 Abs. 2 EG eng auszulegen ist und bloße Behinderungen oder Erschwerungen der Aufgabenerfüllung nicht ausreichen.¹⁰⁵⁶

Es ist davon auszugehen, dass die Erfüllung der den Bezirksbevollmächtigten vorbehaltenen Aufgaben sichergestellt werden kann, wenn die Tätigkeiten nicht mehr durch das Dienstleistungsmonopol abgesichert wären. Geht man davon aus, dass auch in einem alternativen Modell die Kehr- und Überprüfungspflicht der Eigentümer aufrechterhalten wird, ist auch davon auszugehen, dass es Anbieter für die entsprechenden Kehr- und Überprüfungsdienstleistungen gibt. Die Kehr- und Überprüfungspflicht hat zur Folge, dass eine Nachfrage für Kehr- und Überprüfungstätigkeiten entsteht. Es ist ein natürlicher Marktprozess, dass sich ein Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage einstellt.¹⁰⁵⁷ Es ist nicht ersichtlich, warum das Streben nach Marktgleichgewicht in Bezug auf die Schornsteinfegertätigkeiten gestört sein sollte.

Die Erbringung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Dienstleistung könnte folglich auch in einem anderen System sichergestellt werden, bzw. die Monopolisierung bestimmter Schornsteinfegertätigkeiten ist nicht erforderlich.

Möglicherweise kann aber nur durch die Monopolisierung bestimmter Schornsteinfegertätigkeiten die Qualität der Arbeiten sichergestellt werden. Hiergegen lässt sich allerdings einwenden, dass es den Wettbewerb weniger belastende Maßnahmen gibt, die Qualität einer Leistung zu gewährleisten. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass die Monopolisierung an sich nicht die Gewähr für Qualität gibt. Durch das Monopol wird es lediglich vereinfacht, im Schadensfall den Verantwortlichen zu ermitteln. Die Sicherung eines hohen Qualitätsstandards der durchgeführten Schornsteinfegertätigkeiten kann auch durch regelmäßige Kontrollen einer unabhängigen Stelle sichergestellt werden. Die Zuweisung von Verantwortung kann durch ein Nachweissystem gewährleistet werden.¹⁰⁵⁸

Es gibt alternative Modelle, die die Feuersicherheit, den Umwelt- und Immissionsschutz und den Schutz der Gesundheit auf gleichem Niveau sicherstel-

¹⁰⁵⁵ Siehe zum Maßstab schon oben § 4 IV. 3. b) cc) (1).

¹⁰⁵⁶ EuGH, Rs. C-179/90 (Porto di Genova), Slg. 1991, S. I-5889, Rn. 27; EuG, Rs. T-260/94 (Air Inter), Slg. 1997, S. II-997, Rn. 138.

¹⁰⁵⁷ *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, S. 52.

¹⁰⁵⁸ Siehe hierzu unten § 12 III.

len, ohne dabei die Wettbewerbsregeln in dem Maße einzuschränken.¹⁰⁵⁹ Das Dienstleistungsmonopol kann als Einschränkung der Wettbewerbsregeln nicht über Art. 86 Abs. 2 EG gerechtfertigt werden.

III. Ergebnis: Europarechtliche Überprüfung des Gesetzentwurfs

Auch nach dem Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens wäre die Organisation des deutschen Schornsteinfegerrechts nicht mit den europäischen Vorgaben vereinbar.

Die Differenzierung zwischen Bezirksbevollmächtigten und selbstständigen „Nur“-Schornsteinfegern stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die mangels Erforderlichkeit nicht gerechtfertigt ist. Auch die Einordnung der besonderen Stellung des Bezirksbevollmächtigten als Dienstleistungsmonopol führt nicht zur Modifikation dieses Ergebnisses.

Der nach dem Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens neu geschaffene § 13 Abs. 3 SchfG ermöglicht zwar die Erbringung von Schornsteinfegerarbeiten auch in Form einer vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen, allerdings werden bestimmte Tätigkeiten hiervon ausgeschlossen. Diese Beschränkung steht im Widerspruch zum umfassenden Gebot der Art. 49 und 50 EG. Diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist nicht gerechtfertigt. Der § 13 Abs. 3 SchfG verstößt in der Fassung nach dem Gesetzentwurf zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens somit gegen die Dienstleistungsfreiheit.

Die Ausgestaltung der Struktur des Schornsteinfegerwesens nach dem Gesetzentwurf zur Neuregelung verstößt auch gegen europäisches Wettbewerbsrecht. Die Bezirksbevollmächtigten werden durch das Monopol auf bestimmte Schornsteinfegertätigkeiten in eine Lage versetzt, die zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führt. Durch das Monopol auf bestimmte Tätigkeiten wird auch der Wettbewerb um die „freien“ Schornsteinfegerarbeiten negativ beeinflusst. Dieser Verstoß kann auch nicht über Art. 86 Abs. 2 EG ausgeschlossen werden.

Der Entwurf erreicht die aufgestellte Zielvorgabe, eine europarechtskonforme Gesetzeslage zu schaffen, nicht.

¹⁰⁵⁹ Siehe unten § 12 II. und III.

4. Teil: Alternatives Modell

Die aufgezeigten Schwächen der derzeitigen Gesetzeslage und die Unfähigkeit des Gesetzentwurfs zur Neuordnung des Schornsteinfegerwesens diese Mängel vollständig zu überwinden, führen zu der Frage, ob es ein alternatives Modell gibt, welches die für eine Neuordnung des Schornsteinfegerwesens relevanten, häufig gegenläufigen Interessen zum Ausgleich bringt.

In der Entwurfsbegründung für das Gesetz zur Neuordnung des Schornsteinfegerwesens wird angeführt, dass die den Bezirksbevollmächtigten vorbehaltenen Tätigkeiten „aus Gründen der Betriebs- und Brandsicherheit und des Umwelt- und Klimaschutzes nicht in den Wettbewerb entlassen werden können (...), da es sich um öffentliche Aufgaben handelt, die sonst durch eine staatliche Behörde wahrgenommen werden müssten“.¹⁰⁶⁰

Der Staat sieht sich offensichtlich in einer besonderen Verantwortung für die Wahrnehmung von Schornsteinfegeraufgaben. Ob diese Einschätzung richtig ist und wie weit diese Verantwortung reicht, muss Thema der folgenden Ausführungen sein.

Die verfassungs- und europarechtlichen Bedenken gegen den Entwurf zur Neuordnung erzeugen einen normativen Druck¹⁰⁶¹ dahingehend, über eine weitergehende Entstaatlichung des Schornsteinfegerhandwerks nachzudenken. Daher ist zu erörtern, inwieweit die staatliche Prägung des Schornsteinfegerhandwerks notwendig und gerechtfertigt ist.

Hierbei geht es auch um die Frage, ob eine Stärkung der Eigenverantwortung und der organisierte Rückzug des Staates eine Alternative für die Organisation des Schornsteinfegerhandwerks darstellt. Eine dahingehende Abwägung muss vor dem Hintergrund einer allgemeinen Auseinandersetzung mit den Erscheinungen Privatisierung und Deregulierung erfolgen.

Fragen der Privatisierung wie Deregulierung im Sinne einer Aufhebung insbesondere von Marktzugangsbeschränkungen, aber auch sonstiger das Funktionieren von Märkten regelnder Bestimmungen, stehen in engem Zusammenhang mit der Aufhebung von Monopolen.¹⁰⁶² So muss die Antwort auf die Frage gefunden werden, ob es notwendig ist, bestimmte Schornsteinfegeraufgaben zu monopolisieren.

Schließlich soll Ziel der Ausführungen sein, eine Alternative aufzuzeigen, wie das deutsche Schornsteinfegerwesen organisiert werden kann.

¹⁰⁶⁰ Siehe Entwurfsbegründung AT, S. 8.

¹⁰⁶¹ Siehe auch *Stober*, FS Friauf, S. 545 (555), der von einem Entstaatlichungsschub aus dem Gemeinschaftsrecht spricht.

¹⁰⁶² *Benz*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 237 (242).

§ 11 Staatliche Rolle bei der Erfüllung von Schornsteinfegeraufgaben

Die folgenden Überlegungen basieren auf einem differenzierten Staatsaufgabenverständnis und einem darauf aufbauenden Prinzip abgestufter Verantwortungskategorien. Erst nachdem die Schornsteinfegeraufgaben in den Dimensionen privat, öffentlich oder staatlich kategorisiert wurden, kann etwas darüber ausgesagt werden, wer welche Verantwortung für diese Aufgaben trägt.

Anschließend wird auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der „Entstaatlichung“ eingegangen und gezeigt, wo die Beleihung als Rechtsinstitut einzuordnen ist. In diese Überlegungen fließt mit ein, inwieweit sich Optionen für die Neuregelung des Schornsteinfegerwesens bieten.

Schließlich soll in diesem Paragraf das Thema „Wettbewerb und Sicherheit“ aufgegriffen werden. Sind Freiheit und Wettbewerb mit einem hohen Sicherheitsniveau vereinbar?

I. Aufgabe und Verantwortung

1. Das Wesen der Schornsteinfegeraufgaben

Schon im Rahmen der Prüfung, ob die Bezirksschornsteinfegermeister Beliehene im Sinne der Beleihungstheorien sind, wurde die Frage aufgeworfen, wie die Aufgaben der Bezirksschornsteinfegermeister zu qualifizieren sind. Hierbei wurde festgestellt, dass zumindest die Feuerstättenschau, die Bauabnahme und die Aufgaben auf dem Gebiet des Immissionsschutzes staatliche Aufgaben sind.¹⁰⁶³

Der dieser Einordnung zugrunde liegende Staatsaufgabenbegriff ist, so wie er oben beschrieben wurde,¹⁰⁶⁴ formal geprägt, das heißt, der Staat besitzt die Kompetenz-Kompetenz aus einer Aufgabe, deren Wahrnehmung er selbst als im öffentlichen Interesse liegend ansieht, eine Staatsaufgabe zu machen, indem er sie sich selbst durch Rechtsakt zuordnet.¹⁰⁶⁵ Normativen Gehalt hat dieser Staatsaufgabenbegriff noch nicht, da er über die inhaltliche Qualität einer Aufgabe keinerlei Aussage trifft.¹⁰⁶⁶ Nach diesem formalen Verständnis der Staatsaufgaben lassen sich allein aus der Zuordnung einer Aufgabe zu den Staatsauf-

¹⁰⁶³ Siehe oben § 3 IV. 1) b) bb).

¹⁰⁶⁴ Siehe oben § 3 I. 2.

¹⁰⁶⁵ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 (153).

¹⁰⁶⁶ So auch *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 192; *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 47.

gaben auch noch keine normativen Grenzen für Deregulierungs- bzw. Privatisierungsüberlegungen ableiten, denn die entscheidende Frage, ob die entsprechende Aufgabe unaufgebbar ist, bleibt denknotwendig offen.¹⁰⁶⁷

Trotz mangelnder unmittelbarer Konsequenz soll zunächst die Einordnung der Schornsteinfegerarbeiten in die Kategorien privat, öffentlich und staatlich erfolgen, da darauf aufbauend wichtige normative Aussagen begründet werden können. Ausgangspunkt ist also die Frage, ob die Aufgaben der Schornsteinfeger öffentliche oder private Aufgaben sind.¹⁰⁶⁸ Das Begriffspaar private Aufgaben – öffentliche Aufgaben fußt auf der Unterscheidung der mit ihnen verfolgten Interessen.¹⁰⁶⁹ Private Aufgaben liegen vor, wenn allein individuelle Interessen verfolgt werden und nur Individualbezug besteht. Prägendes Merkmal öffentlicher Aufgaben ist hingegen, dass mit ihnen ein überindividuelles bzw. öffentliches Interesse verfolgt wird.¹⁰⁷⁰

Nimmt man den § 13 SchfG mit seinem Katalog der Schornsteinfegerarbeiten als Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung,¹⁰⁷¹ so stellt man fest, dass an sämtlichen Schornsteinfegeraufgaben immer auch ein überindividuelles Interesse besteht. Diese Feststellung hängt damit zusammen, dass alle Schornsteinfegeraufgaben unmittelbar mit den Zielen Feuersicherheit, Betriebssicherheit, Umwelt- und Gesundheitsschutz verbunden sind. Konsequenz dieses Verständnisses ist, dass alle berufsbildprägenden Aufgaben der Schornsteinfeger öffentliche Aufgaben sind. Dass die Schornsteinfeger mit der Erfüllung dieser Aufgaben auch fiskalische Interessen verfolgen und dass auch der einzelne prüfpflichtige Anlagenbesitzer davon ausgeht, dass die Funktionsfähigkeit seiner Anlage durch die Tätigkeiten der Schornsteinfeger erhalten bleibt, spricht nicht gegen diese Einordnung. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann mittelbar auch privaten Interessen dienlich sein, einer Einordnung als öffentliche Aufgabe steht dies nicht entgegen.¹⁰⁷²

In der Charakterisierung einer Aufgabe als eine öffentliche Aufgabe liegt keine Aussage, welchem Akteur derartige Aufgaben zufallen, sodass dem

¹⁰⁶⁷ Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 31.

¹⁰⁶⁸ Da staatliche Aufgaben einen zu umreißenden Ausschnitt der öffentlichen Aufgaben darstellen, bilden die privaten und die öffentlichen Aufgaben die Oberbegriffe.

¹⁰⁶⁹ Lämmerzahl, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 33.

¹⁰⁷⁰ Weiß, DVBl. 2002, S. 1167 (1169).

¹⁰⁷¹ Die Aufgaben der Bezirksschornsteinfeger sind, wie oben bereits ausgeführt wurde, bis dato abschließend in § 13 SchfG aufgeführt. Dieser Katalog hat sich seit Einführung des SchfG kaum verändert, sodass die hier aufgeführten Aufgaben berufsbildprägend sind. Dies liegt vor allem auch daran, dass über die in § 13 SchfG aufgeführten Aufgaben hinaus den Bezirksschornsteinfegermeistern Nebentätigkeiten fast vollständig untersagt waren. Siehe schon oben § 3 V. 3.

¹⁰⁷² Lämmerzahl, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 34.

§ 11 Staatliche Rolle bei der Erfüllung von Schornsteinfegeraufgaben

Begriff teilweise mangelnde Prägnanz vorgeworfen wird.¹⁰⁷³ Andererseits steht aufgrund der Einordnung der Schornsteinfegeraufgaben als öffentliche Aufgaben fest, dass der Staat diese Aufgabe zu staatlichen Aufgaben machen kann, aber gegebenenfalls nicht muss und, dass an der Erfüllung dieser Aufgaben ein Gemeinwohlinteresse besteht.¹⁰⁷⁴

Aus dem Bestand an Schornsteinfegertätigkeiten wurden durch den Gesetzgeber einige Aufgaben nach § 3 Abs. 2 SchfG besonders hervorgehoben. Die dahingehende Einschätzung wird auch im laufenden Gesetzgebungsprozess bestätigt, da diese Aufgaben gem. §§ 14 ff. SchfHWG bestimmten bestellten Schornsteinfegern vorbehalten bleiben sollen. Diese Aufgaben wurden bzw. werden vom Gesetzgeber zu Staatsaufgaben gemacht. Dies findet auch Ausdruck darin, dass die jeweils mit der Erfüllung dieser Aufgaben beauftragten Schornsteinfeger als Beliehene in einer besonderen Bindung zum Staat stehen. Nach der derzeitigen Rechtslage liegt die (Letzt-)Verantwortung für diese Aufgaben beim Staat, weil andernfalls keine Staatsaufgabe mehr vorläge.¹⁰⁷⁵ Der Gesetzgeber dokumentiert mit der Formulierung einer Staatsaufgabe, dass der Staat für die Erreichung des mit der Aufgabe verbundenen Ziels verantwortlich ist. In Bezug auf die vorbehaltenen Schornsteinfegeraufgaben hat sich der Staat auf die Ziele Brand-, Umwelt- und Gesundheitsschutz festgelegt und für die unmittelbar mit diesen Zielen in Verbindung stehenden Prüftätigkeiten der Schornsteinfeger die Letztverantwortung übernommen. Konsequenz dieser Entscheidung ist die besondere rechtliche Ausgestaltung des Schornsteinfegerwesens.

Der Bestand der Staatsaufgaben wird im Rahmen der allgemeinen Staatsaufgabendiskussion unterschiedlich bewertet. Teilweise ist von Staatsaufgaben die Rede, die „originär“,¹⁰⁷⁶ „ihrem Wesen nach“,¹⁰⁷⁷ „kraft geltender Staatsidee“¹⁰⁷⁸ und/oder „unbedingt“¹⁰⁷⁹ staatlich seien. Im Zuge dieser Unterteilung der Staatsaufgaben wird die Frage erörtert, inwieweit solche Aufgaben überhaupt vom öffentlichen in den privaten Sektor transferiert werden könnten. Auf diese Auseinandersetzung soll mangels Relevanz für die vorliegende Arbeit nicht weiter eingegangen werden. Festzuhalten ist aber, dass, selbst wenn es innerhalb des offenen Bestands an Staatsaufgaben einen Bereich gibt, der ver-

¹⁰⁷³ Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 48 f.

¹⁰⁷⁴ Zur Kompetenz-Kompetenz des Staates schon oben § 3 I.

¹⁰⁷⁵ Siehe Lämmerzahl, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 38.

¹⁰⁷⁶ Ronellenfitsch, DöV 1999, S. 705 (708); v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 22.

¹⁰⁷⁷ BVerwGE 2, S. 85 (86); 4, S. 250 (254); abgelehnt jedoch von BVerfGE 7, S. 377.

¹⁰⁷⁸ Peters, in: FS Nipperdey, Bd. II, S. 877 (892).

¹⁰⁷⁹ Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 766.

fassungs-rechtlich besonders verbürgt ist, dieser damit noch nicht zwangsläufig jeder Form der Privatisierung verschlossen ist.¹⁰⁸⁰

Festzuhalten ist ferner, dass sämtliche berufsbildprägenden Aufgaben der Schornsteinfeger im öffentlichen Interesse liegen und damit öffentliche Aufgaben sind. Unterteilt man die Schornsteinfegeraufgaben grob in die Kehraufgaben einerseits und die Überprüfungsaufgaben andererseits, so kann konstatiert werden, dass der Staat die Überprüfungstätigkeiten zu staatlichen Aufgaben erhoben hat. Ausdruck dieser „Verstaatlichung“ sind der § 3 Abs. 2 SchfG und die Beleihung der Bezirksschornsteinfeger mit diesen Aufgaben. Von dieser Linie wird auch im Zuge der Neuregelung des Schornsteinfegerwesens nicht abgerückt; im Gesetzentwurf sind die Überprüfungsaufgaben gem. der §§ 14 ff. SchfHwG bei beliebigen Schornsteinfegern monopolisiert.

2. Verantwortung für die Wahrnehmung der Schornsteinfegeraufgaben

Allein die Klassifizierung einer Aufgabe als öffentliche oder staatliche genügt nicht, um festzustellen, wer welche Verantwortung für die Wahrnehmung dieser Aufgaben trägt. Daher wird im neueren Schrifttum unter dem Stichwort der „Verwaltungsverantwortung“ eine Systematisierung der Verantwortungsstufen vorgenommen.¹⁰⁸¹ Perspektive dieses Vorgehens ist die Entwicklung abgestufter Verantwortlichkeit für die Erledigung öffentlicher Aufgaben.¹⁰⁸²

Zwar hat sich in der juristischen Dogmatik bislang keine einheitliche Terminologie und Systematik entwickelt,¹⁰⁸³ man kann aber aufgrund von Redundanzen und Überschneidungen der unterschiedlichen Ansätze das Verantwortungsspektrum letztlich auf drei Typen von Verantwortungen reduzieren.

Danach lassen sich zunächst als Grundtypen die Erfüllungs-, die Gewährleistungs- und die Auffangverantwortung unterscheiden. Im Regelfall sind alle sonstigen Verantwortungstypen Unterformen der ersten beiden Typen und geben eine besondere Wahrnehmungsart an.¹⁰⁸⁴ Um allerdings auf sämtliche unerwünschte Erscheinungen reagieren zu können, kann es sein, dass von einer

¹⁰⁸⁰ Mackeben, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 56; a. A. v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 26; Ronellenfitsch, DöV 1999, S. 705 (708).

¹⁰⁸¹ Eingeführt wurde der Begriff durch Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 11 (43 f.); Überblick über die unterschiedlichen Ansätze zur Systematisierung bei Weiß, DVBl. 2002, S. 1167 (1173 ff.).

¹⁰⁸² Bauer, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (278).

¹⁰⁸³ Di Fabio, JZ 1999, S. 585.

¹⁰⁸⁴ Vgl. Weiß, DVBl. 2002, S. 1167 (1174 f.)

Auffangverantwortung Gebrauch gemacht werden muss. Diese wird daher als eigenständiger dritter Verantwortungstyp formuliert.

a) Die Erfüllungsverantwortung

Von einer Erfüllungsverantwortung wird dann gesprochen, wenn der Staat selbst – sei es durch seine eigenen Behörden oder durch von ihm beherrschte Verwaltungseinheiten – für die Erfüllung bestimmter Aufgaben verantwortlich ist, und zwar in der Weise, dass er diese Aufgaben in eigener Regie wahrnimmt und nicht an Dritte delegiert.¹⁰⁸⁵ Dieser Aufgabenbereich ist in der Regel durch ein staatliches Wahrnehmungsmonopol gekennzeichnet – Beispiele: Polizei, Rechtsschutzgewährung, Finanzverwaltung – sowie dadurch, dass der Staat zur Wahrnehmung ein spezifisch staatsnahes Personal einsetzt, nämlich die nach Art. 33 Abs. 4 GG für die Ausübung von Hoheitsbefugnissen vorgesehenen Berufsbeamten.¹⁰⁸⁶

b) Die Gewährleistungsverantwortung

Soweit der Staat in Regelungsfeldern mit Gemeinwohlbezug (öffentliche Aufgaben) nicht selbst die Erfüllungsverantwortung übernimmt, gewährleistet er häufig dennoch die Möglichkeit einer gemeinwohlverträglichen Entscheidung, etwa durch Strukturvorgaben oder partielle Mitwirkung.¹⁰⁸⁷ In diesem Verantwortungsbereich, der im Allgemeinen mit Gewährleistungsverantwortung umschrieben wird, ist der Staat zuständig für Rechtssetzung und rechtlich gestaltete Überwachung und gewährleistet und stellt sicher, dass die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben wahrgenommen werden.¹⁰⁸⁸

Während die Erfüllungsverantwortung in aller Regel staatliches Wahrnehmungsmonopol, zumindest aber staatliche Eigenregie bedeutet, eröffnet die Gewährleistungsverantwortung die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit nicht-staatlichen Akteuren.¹⁰⁸⁹ Hinsichtlich der Frage, wie die Gewährleistungsverantwortung zu erfüllen ist, kommen den zuständigen Gesetzgebern des Bundes und der Länder sowie den zuständigen Verwaltungen erhebliche, von ordnungs-

¹⁰⁸⁵ Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, S. 404.

¹⁰⁸⁶ Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, S. 899.

¹⁰⁸⁷ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schneider, *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, S. 9 (24).

¹⁰⁸⁸ Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 293; Siehe auch Knauß, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, S. 74 f.

¹⁰⁸⁹ Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, S. 405; Reiner mann, *Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltung*, S. 26.

politischen Vorentscheidungen abhängige und auch die Erprobung alternativer Modelle zulassende Einschätzungsspielräume zu.¹⁰⁹⁰

Unter der Gewährleistungsverantwortung als Oberbegriff sind verschiedene Verantwortungstypen als Unterformen vereint.¹⁰⁹¹ Bedeutsam sind dabei insbesondere die Überwachungs- und die Regulierungsverantwortung.¹⁰⁹²

c) Die Auffangverantwortung

Sowohl die Erfüllungsverantwortung als auch die Gewährleistungsverantwortung sind Garant dafür, dass das Ziel der Aufgabenerfüllung von vornherein bestimmbar ist. Die Erreichung des definierten Ziels ist auch der Maßstab für die Kontrolle.

Im Bereich der Erfüllungsverantwortung kann es zu einem Steuerungsver-sagen kommen, nämlich dann, wenn die staatlich erbrachte Leistung für sich nicht genügt, um das verfolgte Ziel zu erreichen, oder wenn unerwünschte Nebenwirkungen eintreten.¹⁰⁹³

Sollte es zum Versagen in diesem Sinne kommen, muss der Staat reagieren können. Die notwendige Reaktion ist von der Erfüllungsverantwortung selbst möglicherweise nicht mehr gedeckt. In diesem Fall kann der Staat von seiner Auffangverantwortung Gebrauch machen. Diese Auffangverantwortung des Staates zielt darauf, unmittelbar ergebnisorientiert steuernd einzugreifen, wenn und soweit das selbstregulative Handeln nicht ausreicht und ist daher als latente Erfüllungsverantwortung ausgestaltet.¹⁰⁹⁴

Soweit der Staat „nur“ die Gewährleistungsverantwortung trägt und die Aufgabe durch einen Dritten erbracht wird, obliegt dem Staat im laufenden Verfahren eine synchron zum Privatverfahren, häufig durch Informations- und Koordinationspflichten konkretisierte Begleitverantwortung, die nach Abschluss des Verfahrens zur Überprüfungsverantwortung wird.¹⁰⁹⁵ Diese Verantwortung ist letztlich als Auffangverantwortung zu charakterisieren, da der Staat bei Defiziten im Privatverfahren korrigierend oder substituierend tätig werden kann.¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁰ Kahl, GewArch. 2007, S. 441 (442).

¹⁰⁹¹ Weiß, DVBl. 2002, S. 1167 (1175).

¹⁰⁹² Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 406.

¹⁰⁹³ Hoffmann-Riem, DöV 1997, S. 433 (442).

¹⁰⁹⁴ Hoffmann-Riem, DöV 1997, S. 433 (442).

¹⁰⁹⁵ Hoffmann-Riem, DVBl. 1996, S. 225 (226 f.).

¹⁰⁹⁶ Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 408.

d) Staatliche Verantwortung für die Schornsteinfegerarbeiten

Der Staat hat durch die besondere rechtliche Ausgestaltung des Schornsteinfegerwesens deutlich gemacht, dass er für die Wahrnehmung der Schornsteinfegeraufgaben eine besondere Verantwortung übernimmt.

Soweit es um die Wahrnehmung der Kehraufgaben geht, sieht sich der Staat offensichtlich in der Gewährleistungsverantwortung.¹⁰⁹⁷ Daher hat der Gesetzgeber das Verfahren und die Kontrolle für die Kehraufgaben der Schornsteinfeger gesetzlich geregelt. Außerdem ist die Kehrpflicht für die Eigentümer von kehrpflichtigen Anlagen in diesem Zusammenhang zu sehen.

Für die Erfüllung der staatlichen Aufgaben der Schornsteinfeger wurde darüber hinaus auch die Erfüllungsverantwortung übernommen. Die staatlichen Aufgaben dürfen nur durch beliehene Schornsteinfeger durchgeführt werden und diese beliebten Schornsteinfeger verfügen über ein räumlich begrenztes Monopol. Beliebene sind als mit organisatorischer Selbstständigkeit ausgestattete Stellen anzusehen, deren Tätigkeit auf der Übertragung hoheitlicher Befugnisse beruht und die der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen sind.¹⁰⁹⁸ Da es sich nach der Beleihung weiterhin um die Erfüllung von Staatsaufgaben handelt, besteht auch die staatliche Erfüllungsverantwortung unverändert fort.¹⁰⁹⁹

Zusammenfassend kann man über die staatliche Verantwortung in Bezug auf die Schornsteinfegeraufgaben nach bisherigem staatlichen Selbstverständnis folgende Aussage treffen: Für die „allgemeinen“ Schornsteinfegeraufgaben hat der Staat die Gewährleistungsverantwortung übernommen, durch ein umfassenden Rechtsrahmen wird der Umfang der Arbeiten, das Verfahren und deren Kontrolle sichergestellt. Für die staatlichen Aufgaben – die Prüfaufgaben, d.h. Feuerstättenschau, Bauabnahme und anlassbezogene Überprüfungen – sieht sich der Staat in der Erfüllungsverantwortung. Der Staat kommt dieser Erfüllungsverantwortung nicht durch eine unmittelbare staatliche Verwaltung nach, sondern er hat sich immer den privaten Sachverständigen durch die Beleihung von Schornsteinfegern zu Nutzen gemacht.¹¹⁰⁰

¹⁰⁹⁷ Zumindest hat der historische Gesetzgeber dahingehend seine Verantwortung interpretiert, als er entschieden hat, diesen Bereich durch Gesetz zu gestalten.

¹⁰⁹⁸ Siehe zur Beleihung schon oben § 3 IV. Aber auch *Frenz*, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, S. 53 f.

¹⁰⁹⁹ Vgl. *Burgi*, NVwZ 2007, S. 383 (384); so auch *Lang*, NJW 2004, S. 3601 (3603 f.).

¹¹⁰⁰ Siehe zur Geschichte der Schornsteinfeger oben § 2. In Bezug auf das Prüfmonopol und die Beleihung § 3 IV.

II. Möglichkeiten der Entstaatlichung

Nach der Feststellung, dass sich der Staat für die Wahrnehmung der unterschiedlichen Schornsteinfegeraufgaben verantwortlich fühlt, soll allgemein auf die unterschiedlichen Verfahren der Entstaatlichung eingegangen werden, um anschließend diese Formen der Entstaatlichung als Optionen für das Schornsteinfegerrecht zu beleuchten.

Entstaatlichung wird hierbei verstanden als die Suche nach einem Träger einer Aufgabe und die Suche nach einer zweckmäßigen Organisationsform für die Erledigung von öffentlichen Aufgaben.¹¹⁰¹

Dabei kann nicht außer Acht gelassen werden, dass Art und Umfang des vom Staat wahrzunehmenden Engagements in erster Linie das Ergebnis einer politischen Entscheidung ist.¹¹⁰² Diese Entscheidung wurde in Bezug auf das Schornsteinfegerwesen bisher dahingehend getroffen, dass die Aufgaben der Schornsteinfeger teilweise staatlich sind und dem Staat daher die Erfüllungsverantwortung obliegt. Da diese Arbeit Möglichkeiten aufzeigen will, fühlt sie sich an die politische Entscheidung nicht zwingend gebunden. Dieses Vorgehen ist auch Konsequenz der Bedenken gegen die derzeitige Ausgestaltung und der Kritik am Neuregelungsvorschlag.

1. Deregulierung

Deregulierung an sich hat mit Entstaatlichung wenig zu tun, allerdings bildet sie nach der hier vertretenen Auffassung den Oberbegriff für unterschiedliche Verfahren der Entstaatlichung bzw. ist das Mittel der Durchführung von Entstaatlichung. Deregulierung wird als Sammelbegriff verstanden, der sowohl die Bestrebung erfasst, den Normbestand zu reduzieren, als auch Bestrebungen, komplexe Regelungsmaterien zu entfeinern und in ihrer Anwendung effektiver zu machen.¹¹⁰³ Umstritten ist die Tragweite des Begriffs Deregulierung, die letztlich auch für das Verhältnis zwischen Deregulierung und Privatisierung bestimmend ist.¹¹⁰⁴

Nach der hier vertretenen Ansicht meint Deregulierung den Verzicht des Staates auf den Einsatz regulierender Elemente.¹¹⁰⁵ Deregulierung bildet somit den Gegenbegriff zu staatlicher Regulierung.¹¹⁰⁶

¹¹⁰¹ *Görgmaier*, DöV 1977, S. 356.

¹¹⁰² *Huber*, DVBl. 1999, S. 489 (494).

¹¹⁰³ *Ritter*, DVBl. 1996, S. 542 f.

¹¹⁰⁴ Ein Überblick zu diesem Streit bei *Kämmerer*, Privatisierung, S. 55 m.w.N.

¹¹⁰⁵ *Peine*, DöV 1997, S. 353 (355).

¹¹⁰⁶ *Stober*, Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 1; *ders.*, Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 1 f.

§ 11 Staatliche Rolle bei der Erfüllung von Schornsteinfegeraufgaben

Deregulierung kann auf zwei Ebenen erfolgen. Zum einen ist sie auf makroökonomischer Ebene durchführbar; betroffen sind danach Regelungen der Materien Steuer- und Sozialabgaben, das Subventions- und sonstige Transferwesen, sowie die stabilitätspolitische Dimension der Währungspolitik.¹¹⁰⁷ Zum anderen kann Deregulierung einen mikroökonomischen Bezugspunkt haben, das heißt, es geht um den Abbau von direkten staatlichen Eingriffen in die Gewerbe- und Vertragsfreiheit auf einzelnen Märkten.¹¹⁰⁸

Vorliegend geht es um die letztgenannte Form der Deregulierung. In diesem Zusammenhang meint Deregulierung die Aufhebung von Marktzugangsbeschränkungen und die Zulassung von Wettbewerb. Deregulierung kann damit auch im Zusammenhang mit dem Abbau (staatlicher) Monopole und der Entlastung des Staates stehen.¹¹⁰⁹ Sie sollte das Ziel haben, Regelungen zu vermeiden und zu verringern, marktwidrige Eingriffe in den Wettbewerb zu beseitigen, sowie das Recht einfacher, überschaubarer, verständlicher, effektiver und zügiger zu machen.¹¹¹⁰

Ein Unterbegriff des umfassend verstandenen Phänomens der Deregulierung ist die Privatisierung.¹¹¹¹

2. Privatisierung

Der Begriff der Privatisierung ist unscharf, da sich bisher keine klaren Definitionen als unbestrittener Standard rechtswissenschaftlicher Bearbeitung durchgesetzt haben.¹¹¹² Eine allgemeine Deutung der Privatisierung wird dahingehend vorgenommen, dass bislang vom Staat wahrgenommene Aufgaben entstaatlicht werden, d.h. entweder ganz oder teilweise auf gesellschaftliche Akteure zurückübertragen oder aber unter Beibehaltung einer behördlichen Zuständigkeit unter privater Mithilfe und Kooperation erledigt werden.¹¹¹³

¹¹⁰⁷ Zur Unterscheidung zwischen Mikro- und Makroökonomie siehe *Samuelson/Nordhaus*, Volkswirtschaftslehre, S. 21 f.; *Möschel*, JZ 1988, S. 885 (888).

¹¹⁰⁸ *Möschel*, JZ 1988, S. 885 (888).

¹¹⁰⁹ *Benz*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 337 (341).

¹¹¹⁰ *Stober*, DöV 1995, S. 125 (126).

¹¹¹¹ Vgl. *Möschel*, JZ 1988, S. 885 (888). Teilweise wird die Gemeinsamkeit beider Begriffe dahingehend gedeutet, dass es lediglich vielfältige Überschneidungen zwischen ihnen gibt, teilweise wird davon ausgegangen, dass die beiden Begriffe sich decken. Überblick bei *Stober*, Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 2 f. Vereinzelt wird angenommen, beide Begriffe haben nichts miteinander zu tun, siehe *Peine*, DöV 1997, S. 353 (355).

¹¹¹² Siehe unter anderem *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585.

¹¹¹³ *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 17.

Dieser allgemeine Privatisierungsbegriff ist zur Klärung verschiedener Privatisierungserscheinungen nicht geeignet und kann daher nur die Basis für eine darauf aufbauende, differenzierte Auseinandersetzung bilden. Daher haben sich auch zur Verwirklichung von Privatisierungsvorhaben typologisch verschiedene Modelle herausgebildet.

a) Aufgabenprivatisierung bzw. materielle Privatisierung

Aufgabenprivatisierung, zum Teil auch als materielle Privatisierung bezeichnet, ist die stärkste und weitreichendste Form der Entstaatlichung, da der Staat eine staatliche Aufgabe nicht mehr als solche wahrnimmt und sie der freien Gesellschaft wieder überlässt.¹¹¹⁴ Damit berührt die Aufgabenprivatisierung das Außenverhältnis zwischen Staat und Bürger, da eine Aufgabe als solche privatisiert und dem freien Spiel der Kräfte des Marktes überantwortet wird.¹¹¹⁵

Bei der Aufgabenprivatisierung wird die Frage nach „Ob“ und „Inwiefern“ der Aufgabenerfüllung auf einen wirklichen Privaten übertragen, also auf eine natürliche oder auf eine juristische Person des Privatrechts, deren Anteile sich mehrheitlich in privater Hand befinden.¹¹¹⁶

Da die Verwaltung nicht mehr Trägerin der mit der Aufgabe verbundenen Rechte und Pflichten ist, verliert die Aufgabe ihren Charakter als Staatsaufgabe, bleibt aber öffentliche Aufgabe.¹¹¹⁷ Heftig umstritten ist die Reichweite der Möglichkeit auf Staatsaufgaben zu verzichten bzw. sie der Gesellschaft zu überlassen.¹¹¹⁸ Im Mittelpunkt dieser Auseinandersetzung steht die bereits oben aufgeworfene Frage, was staatliche Kernaufgaben bzw. notwendige Staatsaufgaben sind.

Eine Aufgabenprivatisierung trägt unmittelbar zur Staatsentlastung bei,¹¹¹⁹ geht aber auch notwendigerweise mit einem Steuerungsverlust des Staates einher.¹¹²⁰ Aufgrund der Tatsache, dass der Staat sich einer Letztverantwortung

¹¹¹⁴ Vgl. *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585 (585 f.); *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 96 f.; *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht, S. 17. Ein Unterfall der materiellen Privatisierung ist die sog. Vermögensprivatisierung, worunter die Veräußerung staatlichen Eigentums oder staatlicher Anteile an Private verstanden wird, vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 418 ff. anhand von Beispielen. Diese Form der Privatisierung hat für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung und wird daher nicht weiter behandelt.

¹¹¹⁵ *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 97.

¹¹¹⁶ *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), S. 204 (210).

¹¹¹⁷ *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585 (588); *Schoch*, Privatisierung und Abfallentsorgung, S. 37.

¹¹¹⁸ Siehe *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 395 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 152 ff.; *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585 (585 ff.).

¹¹¹⁹ *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 371.

¹¹²⁰ *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 99.

häufig nicht entziehen kann, spielt die „echte“ Aufgabenprivatisierung in der Praxis eher eine geringe Rolle.¹¹²¹

Nach einer vollzogenen Aufgabenprivatisierung versucht der Staat seiner verbleibenden Verantwortung für eine Aufgabe teilweise dadurch gerecht zu werden, dass er eine neue Aufgabe in der Regulierung des betreffenden Aufgabenbereichs übernimmt.¹¹²²

b) Organisationsprivatisierung bzw. formelle Privatisierung

Bei der Organisationsprivatisierung – auch bezeichnet als formelle oder formale Privatisierung¹¹²³ – verbleibt die Zuständigkeit für die Wahrnehmung der Aufgabe beim ursprünglichen staatlichen Träger, dieser schlüpft aber in ein privatrechtliches Gewand,¹¹²⁴ d.h. letztlich geht es bei der Organisationsprivatisierung „nur“ um einen Wechsel der Rechtsform, in der die betreffende Aufgabe wahrgenommen wird.¹¹²⁵

Privatisiert wird nicht die Aufgabe als solche, sondern nur die Organisation und das Verfahren ihrer Erledigung.¹¹²⁶ Häufig handelt es sich um Konstellationen, in denen im Anschluss das Verwaltungsprivatrecht einschlägig ist.¹¹²⁷ Über das Verwaltungsprivatrecht soll sichergestellt werden, dass der nach wie vor staatliche Verantwortungsträger sich nicht durch „Flucht ins Privatrecht“¹¹²⁸ seiner Grundrechtsbindung entzieht.¹¹²⁹ Relevant können auch Erscheinungen werden, die unter dem Schlagwort „Formenmissbrauch des Staates“¹¹³⁰ zusammenzufassen sind.

Durch die formelle Privatisierung ändert sich nicht die Zuordnung der Aufgabe zur öffentlichen Hand. Damit bleibt der Bestand staatlicher Aufgaben konstant.¹¹³¹ Der Verwaltungsträger entledigt sich nicht der Aufgabe, sondern nimmt sie in einer anderen Form wahr.¹¹³²

¹¹²¹ Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, S. 371.

¹¹²² Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 29; Burgi, *Funktionale Privatisierung*, S. 61.

¹¹²³ Benz, *Die Verwaltung* 28 (1995), S. 337 (346).

¹¹²⁴ Siehe schon Ossenbühl, *VVDStRL* 29 (1971), S. 137 (145).

¹¹²⁵ Schuppert, *DÖV* 1995, S. 761 (766).

¹¹²⁶ Schoch, *DVBl.* 1994, S. 962; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 30.

¹¹²⁷ Di Fabio, *JZ* 1999, S. 585 (588).

¹¹²⁸ Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, S. 326.

¹¹²⁹ Vgl. *BVerfGE* 12, S. 205 (246 f.).

¹¹³⁰ Siehe zu diesem Problem ausführlich Pestalozza, *Formenmißbrauch des Staates*.

¹¹³¹ Lämmerzahl, *Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben*, S. 105.

¹¹³² Möschel, *JZ* 1988, S. 885 (886); Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 30.

c) Funktionale bzw. funktionelle Privatisierung

Um einen bestimmten Typ zwischen voller Aufgabenprivatisierung und der nur formellen Privatisierung handelt es sich bei der funktionalen bzw. funktionellen Privatisierung.¹¹³³ Diese Erscheinungsform ist dadurch gekennzeichnet, dass die Aufgabenzuständigkeit bzw. die Aufgabenverantwortung bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung verbleibt.¹¹³⁴ Lediglich der Vollzug der Aufgabe wird einem Privaten übertragen.¹¹³⁵

Der Staat bedient sich zur Erfüllung der Aufgabe also eines Verwaltungsmittlers,¹¹³⁶ eines Verwaltungshelfers¹¹³⁷ oder eines Erfüllungsgehilfen¹¹³⁸ als einbezogenen Dritten. Der Verantwortung für die Erfüllung kann sich der Staat hierbei nicht vollständig entledigen.

Die funktionale Privatisierung beinhaltet also die Beibehaltung der staatlichen Aufgabe des „Ob“ der Erfolgsherbeiführung, jedoch die Übertragung der bis dahin ebenfalls staatlichen Aufgabe des „Wie“ auf einen Privaten.¹¹³⁹ In diesem Zusammenhang kann als Minus zur Erfüllungsverantwortung von einer Ergebnisverantwortung des Staates gesprochen werden, die ihrerseits in der Auffangverantwortung einzuordnen ist.¹¹⁴⁰ Diese wird ergänzt um eine fortbestehende Gewährleistungsverantwortung des Staates bzgl. der Aufgabe als solcher.¹¹⁴¹ Teilweise wird aber auch postuliert, dass die funktionale Privatisierung dazu führen muss, dass der Staat die volle Erfüllungsverantwortung abgibt und durch eine andere geringere Form der Verantwortung (Einstands-, Organisations-, Beratungs- oder Überwachungsverantwortung¹¹⁴²) ersetzt wird.¹¹⁴³ Da die aufgeführten Verantwortungen Unterformen der Gewährleistungsverantwortung sind, ist der Unterschied zwischen diesen Ansichten gering.¹¹⁴⁴

¹¹³³ Begriffsbildend für „funktionale“ Privatisierung *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962; für „funktionelle“ Privatisierung *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585 (588).

¹¹³⁴ *Weiner*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, S. 69.

¹¹³⁵ Daher wird diese Form der Privatisierung auch mit Vollzugsprivatisierung tituliert.

¹¹³⁶ Dieser Begriff wurde bereits durch *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), S. 211 ff. geprägt.

¹¹³⁷ *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 (963); *Huber*, DVBl. 1999, S. 489 (491).

¹¹³⁸ *Krölls*, GewArch. 1995, S. 129 (131).

¹¹³⁹ *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 23.

¹¹⁴⁰ *Trute*, DVBl. 1996, S. 950 (952).

¹¹⁴¹ *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 106.

¹¹⁴² *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), S. 204 (235).

¹¹⁴³ *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, S. 24.

¹¹⁴⁴ Nach einer weiteren Ansicht bleibt auch bei der funktionalen Privatisierung die Erfüllungsverantwortung erhalten, lediglich die Art und Weise der Erfüllung wird danach privatisiert, vgl. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 38. Dieser Ansicht wird nicht gefolgt, da die Unterschiede zur Organisationsprivatisierung nicht deutlich werden.

§ 11 Staatliche Rolle bei der Erfüllung von Schornsteinfegeraufgaben

Daher wird der erstgenannten Ansicht gefolgt, wonach nach der Privatisierung ein Rest Erfolgsverantwortung als Auffangverantwortung zu verbuchen ist, im Übrigen sich die Erfüllungsverantwortung aber zur Gewährleistungsverantwortung wandelt. Um diese Differenz der Verantwortungsübertragung bleibt die funktionale Privatisierung hinter der materiellen Privatisierung zurück.¹¹⁴⁵

Bei der funktionalen Privatisierung kommt es nicht darauf an, ob der einbezogene Private im eigenen Namen auftritt oder nicht oder ob er unmittelbar gegenüber dem Aufgabenbetroffenen zur Entgelterhebung berechtigt sein soll, denn diese Merkmale sind nicht identitätsstiftend.¹¹⁴⁶ Aufgrund der Fülle von Variationsmöglichkeiten dieses Modells sind die praktizierten Anwendungsfelder kaum noch überschaubar.¹¹⁴⁷

Teilweise wird unter dem Stichwort der Verfahrensprivatisierung eine weitere eigenständige Privatisierungsform verordnet. Die Verfahrensprivatisierung wird dadurch charakterisiert, dass früher staatliche oder in staatlicher Verantwortung wahrgenommene Verfahrenshandlungen auf Private übertragen werden.¹¹⁴⁸ In diesem Zusammenhang wird das „Verfahren“ weit verstanden, sodass sowohl präventive Kontrollen als auch repressive Maßnahmen unter Einschluss laufender Kontrollen eines privaten Dritten hierrunter zu subsumieren sind.¹¹⁴⁹ Aufgrund dieser Weite kann die sog. Verfahrensprivatisierung in die Nähe der Aufgabenprivatisierung rücken, wenn eine staatliche Umsetzung oder Anerkennung der im Privatverfahren getroffenen Entscheidung unterbleibt.¹¹⁵⁰

Die Hinzuziehung Dritter im Verfahren ist aber noch kein hinreichendes Argument gegen die Einordnung dieser Form der Staatsentlastung unter den übergeordneten Begriff der funktionalen Privatisierung.¹¹⁵¹ Die Verfahrensprivatisierung stellt sich daher nicht als ein selbstständiger Privatisierungsgrad dar, sondern kann als Variante der funktionellen Privatisierung eingeordnet werden.¹¹⁵²

¹¹⁴⁵ *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 106.

¹¹⁴⁶ *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 168.

¹¹⁴⁷ Vgl. schon *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 (963); zu einigen Beispielen *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 106 f.

¹¹⁴⁸ *Gusy*, in: *ders.* Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 338.

¹¹⁴⁹ *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1996, S. 225 (226).

¹¹⁵⁰ *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1996, S. 225 (226).

¹¹⁵¹ *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 110.

¹¹⁵² *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 165.

d) Die Beleihung im Spiegel der Privatisierungsformen

Fraglich ist, wie die Beleihung im Spiegel dieser Privatisierungsformen einzuordnen ist. Die Beleihung wird im Spektrum der staatlichen Privatisierungsmodelle sowohl als Form der Aufgabenprivatisierung,¹¹⁵³ als auch als Form der Organisationsprivatisierung¹¹⁵⁴ oder der funktionalen Privatisierung begriffen.¹¹⁵⁵ Teilweise wird sie aber auch als Mischform qualifiziert.¹¹⁵⁶

Nach dem hier vertretenen Ansatz kann die Beleihung nicht Aufgabenprivatisierung sein. Mit der Beleihung wird eine staatliche Aufgabe auf den Beliehenen übertragen, ohne dass sie ihren Charakter als staatliche Aufgabe verliert; der Staat verzichtet also gerade nicht auf diese Aufgabe, sie wird lediglich übertragen.¹¹⁵⁷ Im Rahmen der Wahrnehmung dieser Aufgabe tritt der Beliehene gerade nicht als Privater auf, sondern ist mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattet.¹¹⁵⁸ Für die Aufgabe verbleibt die Erfüllungsverantwortung letztlich beim Staat.¹¹⁵⁹

Die Beleihung könnte aber ein Fall der funktionalen Privatisierung sein, weil der Beliehene im weiteren Sinn Vollzugsaufgaben für den Staat, allerdings mit hoheitlichen Befugnissen, wahrnimmt. Dem Staat geht es darum, durch die Betrauung eines Privatrechtssubjekts mit einer staatlichen Aufgabe typischerweise sachverständiges Know-how der Gesellschaftssphäre für eigene Zwecke fruchtbar zu machen.¹¹⁶⁰ Da der Staat die Beliehenen nicht in den privaten Selbststeuerungsprozess entlässt, sondern, soweit die Beleihung reicht, seinem Zugriff unterstellt, liegt aber allenfalls eine unvollständige funktionale Privatisierung vor.¹¹⁶¹ Durch die Beleihung setzt der Staat nicht den Bestand seiner Aufgaben herab, sondern er verändert vielmehr die Zuständigkeitsordnung, indem er ein Privatrechtssubjekt in seine Verwaltungsorganisation integriert und ihm zugleich die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und Befugnisse überträgt.¹¹⁶²

¹¹⁵³ Etwa *Huber*, DVBl. 1999, S. 489 (490, Fn. 10); *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 46.

¹¹⁵⁴ *Peine*, DöV 1997, S. 353 (360 ff.); *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 79; v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 21.

¹¹⁵⁵ *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 177; so letztlich auch *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 34 III. 7, der die Beleihung der Verfahrensprivatisierung zuordnet; vgl. auch *Menzer*, DVBl. 1998, S. 820 (821).

¹¹⁵⁶ *Kämmerer*, Privatisierung, S. 46.

¹¹⁵⁷ So auch *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 27.

¹¹⁵⁸ Siehe hierzu schon oben § 3 IV. 1. b).

¹¹⁵⁹ *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581 (585 f.).

¹¹⁶⁰ *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 25.

¹¹⁶¹ BremStGH, NVwZ 2003, S. 81 (83).

¹¹⁶² *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, S. 28.

Die Überlegung führt dazu, zu prüfen, ob die Beleihung unter die Form der Organisationsprivatisierung zu subsumieren ist.¹¹⁶³ Es wurde bereits erörtert, dass bei einer Organisationsprivatisierung der Staat im Rahmen seiner Aufgabenwahrnehmung von den Organisations- und Handlungsformen des öffentlichen Rechts zu privatrechtlichen Formen wechselt.¹¹⁶⁴ Wird eine organisationsprivate juristische Person des öffentlichen Rechts beliehen, bedient sich der Staat einer privaten Organisation im Sinne einer Organisationsprivatisierung.¹¹⁶⁵ Beleiht der Staat dagegen ein echtes Privatrechtssubjekt, spricht gegen die Annahme einer Organisationsprivatisierung, dass nicht nur eine private Organisationsform gewählt wird, sondern dass der Beliehene seine Privatrechtssubjektivität behält.¹¹⁶⁶ Die zugrunde liegende Motivation, eine Privatperson zu beliehen geht dahin, die besondere Qualifikation des Privaten nutzbar zu machen und nicht dahin organisatorische Besonderheiten auszunutzen. In materieller Betrachtung könnte man daher dahingehend argumentieren, dass eine funktionale Privatisierung vorliegt.¹¹⁶⁷

Da der Beliehene aber als Glied der Verwaltung zu behandeln ist, Dritten gegenüber als Grundrechtsadressat auftritt und sich, soweit er beliehen ist, nicht auf seine Grundrechte berufen kann,¹¹⁶⁸ muss der Private im Rahmen seiner Beleihung als private „Organisations“-einheit betrachtet werden.¹¹⁶⁹ Damit ist die Beleihung eine Form der Organisationsprivatisierung bzw. formellen Privatisierung.¹¹⁷⁰

3. Welche Möglichkeiten der Entstaatlichung sind für das Schornsteinfegerwesen vorstellbar?

Theoretisch könnten in Bezug auf das Schornsteinfegerwesen alle Formen der Entstaatlichung Anwendung finden.

Bisher hat der Staat zur Erledigung der staatlichen Aufgaben auf eine Form der organisatorischen Privatisierung zurückgegriffen und bestimmte Schornsteinfeger beliehen. Sollte dieser Weg weiter verfolgt werden, kann die Organi-

¹¹⁶³ Teilweise wird infrage gestellt, dass es sich bei der Beleihung überhaupt um eine Form der Privatisierung handelt. Nachweise bei *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, § 2 II. 4., Rn. 61. Dieser Ansicht liegt aber ein zu enger Privatisierungsbegriff zugrunde.

¹¹⁶⁴ Siehe oben § 11 II. 2. b); So auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 76 ff.

¹¹⁶⁵ So etwa bei der Flugsicherung nach § 31 b I LuftVG.

¹¹⁶⁶ *Kämmerer*, Privatisierung, S. 47.

¹¹⁶⁷ *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 177 f.

¹¹⁶⁸ Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. III, § 90 VII 2.

¹¹⁶⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 79.

¹¹⁷⁰ Siehe auch *Peine*, DöV 1997, S. 351 (361); so auch *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581 (586).

sationsprivatisierung mit einer weitergehenden Deregulierung verbunden werden, d.h. der Staat behält die Erfüllungsverantwortung für die Überprüfungsarbeiten und beleiht mit diesen Aufgaben bestimmte Schornsteinfeger; dereguliert wird gegebenenfalls der Zugang zum Beruf des Schornsteinfegers oder/und das vorgeschaltete Verfahren vor der Beleihung.

Gefolgt werden kann aber auch der Vorstellung, dass in vielen Fällen eine unmittelbare Erfüllung von Aufgaben durch den Staat (im Sinne der Erfüllungsverantwortung) nicht zwingend ist und über eine private Aufgabenerfüllung in Form einer funktionalen oder materiellen Privatisierung nachgedacht werden sollte.

III. Grenzen der Entstaatlichung

Die Frage nach der Möglichkeit der Entstaatlichung muss sich auch mit den Grenzen eines solchen Vorhabens auseinandersetzen. Sachlich geht es darum, ob mit einem Verzicht auf eine staatliche Kontrollentscheidung und Reduktion der Wahrnehmung der staatlichen Verantwortung in Gestalt von Gewährleistungs- und Auffangverantwortung ein Verstoß gegen höherrangiges Recht einhergeht.

1. Europarechtliche Determinanten

Obwohl der EG-Vertrag keine ausdrücklichen Aussagen zur Privatisierung trifft, ist die These von einer „Privatisierungsneutralität“ des Europarechts nicht haltbar.¹¹⁷¹

Teilweise wird davon ausgegangen, dass durch die europäischen Vorgaben im Hinblick auf Qualitätsstandards im Umweltrecht einem Rückzug des Staates Grenzen gesetzt werden bzw. „nur um den Preis der Vertragsverletzung“ möglich ist.¹¹⁷² Die europarechtlichen Vorgaben als Privatisierungsgrenze zu verstehen, läuft dem Sinn dieser Normen aber entgegen, vielmehr können diese Vorgaben auch in einem entstaatlichten Rahmen eingehalten werden. Der Staat darf sich insoweit aber nicht seiner Gewährleistungsverantwortung entziehen. Zuzugestehen ist, dass sich die europäischen Vorgaben im Einzelfall hemmend auf ein Privatisierungsvorhaben auswirken können. Dies kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass vom Europarecht eher Ansätze zur Begründung von Privatisierungsverpflichtungen ausgehen.¹¹⁷³

Aufgrund der Bedenken in Bezug auf die Europarechtskonformität des Schornsteinfegerrechts entsteht eher ein Privatisierungsdruck aus Richtung des

¹¹⁷¹ Siehe *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (259 f.) m.w.N.

¹¹⁷² Vgl. *Huber*, DVBl. 1999, S. 489 (495 f.).

¹¹⁷³ *Basedow*, FS Helmrich, S. 769 (779); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (261).

Europarechts. Die Einhaltung von europäischen Umwelt- und Sicherheitsvorgaben muss hingegen nicht zwangsläufig durch staatliche Organe überprüft werden, sodass ein Verfahren durch zwingende Auflagen europarechtskonform ausgestaltet werden kann.

2. Verfassungsrechtliche Determinanten

In der Privatisierungsdiskussion werden eine Reihe spezieller Verfassungsnormen als mögliche Hindernisse für Privatisierungsvorhaben vorgebracht.¹¹⁷⁴ Im Ergebnis lässt sich die rechtswissenschaftliche Diskussion – ungeachtet aller Abweichungen im Detail – dahingehend zusammenfassen, dass das Grundgesetz Privatisierungsschranken zieht, insgesamt jedoch großen Spielraum für Privatisierungsmaßnahmen eröffnet.¹¹⁷⁵ Das Grundgesetz kennt weder ein Privatisierungsverbot noch ein Verbot, bestimmte Aufgaben auf Private zu übertragen.¹¹⁷⁶

Eine der am häufigsten diskutierten Grenzen der Privatisierung ist Art. 33 Abs. 4 GG.¹¹⁷⁷ Aus der Tatsache, dass hoheitliche Befugnisse in der Regel Beamten zu übertragen sind, wird der Schluss gezogen, dass eine Übertragung dieser Befugnisse auf Private nicht in Betracht kommt. Zwar lässt sich aus dem Funktionenvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG sicher ein Verbot hinsichtlich der Privatisierung sämtlicher (klassischer) Staatsaufgaben entnehmen,¹¹⁷⁸ die Privatisierung von Flugsicherheit, Bahn, Post und die teilweise Privatisierung des Verfahrens im Baurecht belegen jedoch, dass dem Gesetzgeber mit Rücksicht auf unterschiedliche ordnungs- oder gesellschaftliche Belange ein erheblicher Spielraum verbleibt.¹¹⁷⁹

Art. 33 Abs. 4 GG ist letztlich Ausdruck eines grundsätzlichen Staatsvorbehalts und das heißt eines grundsätzlichen Privatisierungsverbots, soweit es um Aufgabenprivatisierung geht.¹¹⁸⁰ Dieser Staatsvorbehalt konkretisiert sich in einer Gesamtschau aus Art. 33 Abs. 4 GG, dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sowie den Grundrechten.¹¹⁸¹

¹¹⁷⁴ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf das Verfassungsrecht des Bundes.

¹¹⁷⁵ *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (263); im Ergebnis ähnlich *Schoch*, DVBl. 1994, S. 1 (5).

¹¹⁷⁶ *Stober*, NJW 1997, S. 889 (892 f.); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (255, 263 ff.).

¹¹⁷⁷ Siehe etwa *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585 (590 f.); *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, S. 154 ff.; *Weiner*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, S. 161 ff.; v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 22 ff.

¹¹⁷⁸ *Huber*, DVBl. 1999, S. 489 (494); *Peine*, DöV 1997, S. 353 (355).

¹¹⁷⁹ Vgl. *Weiner*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, S. 186 f.

¹¹⁸⁰ v. *Hagemeister*, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, S. 114.

¹¹⁸¹ Siehe *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585 (592).

In Ansehung dieses Staatsvorbehalts ist auch eine völlige Übertragung der Überwachungsverantwortung im Schornsteinfegerhandwerk in Form der materiellen Privatisierung nicht mit den staatlichen Schutzpflichten zugunsten Dritter aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und zugunsten der Umwelt aus Art. 20 a GG vereinbar. Im Rahmen einer Diskussion um die Privatisierung von Aufgaben und speziell der Überwachungsaufgaben der Schornsteinfeger sollte es daher nicht um die materielle Privatisierung gehen, sondern ins Auge gefasst werden, die Erfüllungsverantwortung des Staates unter Aufrechterhaltung einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung funktional zu privatisieren. Es muss also darüber nachgedacht werden, ob sich eine Organisation des Schornsteinfegerwesens mit rein privaten Erbringern der Schornsteinfegerarbeiten unter einer staatlichen Gewährleistung durch Rahmensetzung oder strukturierende rechtliche Vorgaben umsetzen lässt.¹¹⁸²

IV. Überlegungen zum Thema „Wettbewerb und Sicherheit“

Überlegungen zu einer alternativen Organisation des Schornsteinfegerwesens müssen sich zwangsläufig mit dem Thema „Wettbewerb und Sicherheit“ auseinandersetzen. Die Argumentationslinie in Bezug auf die Schaffung und Aufrechterhaltung des Kehrmonopols war und ist, dass nur durch ein Monopol der hohe Sicherheitsstandard gewährleistet werden kann.¹¹⁸³

Nach dem Neuregelungsvorschlag durch das SchfHwG würde sich das Monopol zwar nicht mehr auf die Kehrarbeiten sondern im Wesentlichen „nur“ noch auf die Überprüfungsaufgaben beziehen, diese Tätigkeiten sollen aus „Gründen der Betriebs- und Brandsicherheit und des Umwelt- und Klimaschutzes aber nicht in den Wettbewerb entlassen werden“.¹¹⁸⁴

Die dieser Aussage zugrunde liegende Annahme ist, dass Wettbewerb und Sicherheit zwei einander ausschließende Zustände sind. Es wird vermutet, dass der für privates Erwerbsstreben zumindest teilweise wirksame Grundsatz, dass die Summe wettbewerbender individueller Anstrengungen auch den Ertrag für die Allgemeinheit am deutlichsten mehrt, für den Bereich der Überwachung der Technik nicht gilt.¹¹⁸⁵ Vertreter dieser Ansicht postulieren, dass auf dem Gebiet der Sicherheitsüberwachung im weiteren Sinn die Gefahr besteht, dass der Kunde bewusst gerade die objektiv bessere Leistung vermeidet.¹¹⁸⁶ Nicht die bessere („strengere“) Prüfung würde gefragt sein, sondern die schwächere

¹¹⁸² Zur Gewährleistung *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 933 f.

¹¹⁸³ Siehe schon oben § 3 III.

¹¹⁸⁴ Entwurfsbegründung AT, S. 8.

¹¹⁸⁵ *Kirchhof*, NVwZ 1988, S. 97 (99).

¹¹⁸⁶ *Nicklisch*, DB 1982, S. 2277 (2285).

(„nachlässigere“).¹¹⁸⁷ Den Nachweis für die Richtigkeit dieser Annahme bleiben die Vertreter dieser Ansicht aber schuldig.

Zwar ist traditionell die Kontrolle im Bereich der Verwaltung angesiedelt, es gab aber auch immer Ausnahmen von diesem Grundmodell.¹¹⁸⁸ Außerdem zeichnet sich in jüngerer Zeit insofern ein Wandel in der Sicherheitsphilosophie und Risikobewertung ab, als der Staat kein Sicherheits- oder Überwachungsmonopol besitzt und die Rechtsgüter Sicherheit, Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz inzwischen unter Kosten-, Werbe- und Wettbewerbsgesichtspunkten betrachtet werden.¹¹⁸⁹

In Bezug auf die Kontrolle durch die Schornsteinfeger müssen außerdem noch zwei grundsätzliche Kritikpunkte Erwähnung finden: Erstens ist nicht auszuschließen, dass das räumlich begrenzte Monopol in den Händen einer einzelnen Prüfperson gewährleistet, dass der Prüfer sich fortwährend auf dem aktuellen Stand der Technik befindet. Ohne Konkurrenzdruck „verführt“ das Monopol dazu, sich dem technischen Fortschritt zu entziehen.

Zweitens wird in Bezug auf das Schornsteinfegerwesen ein sonst im Recht der technischen Überwachung konsequent durchgehaltener Grundsatz durchbrochen: die strikte Trennung zwischen Durchführung von Arbeiten und deren Überprüfung. Der Schornsteinfeger führt selbst die Feuerstättenschau in den Gebäuden durch, in denen er auch selbst die Kehrarbeiten ausführt. Auch nach dem Neuregelungsvorschlag durch das SchfHWG besteht dieser Konflikt fort. Die Objektivität der Prüfung nach neuem Recht ist zusätzlich aus einem anderen Grund infrage zu stellen. Da der Bezirksbevollmächtigte nach neuem Recht die Durchführung der eigenen Aufgaben und die Ausführung durch andere Schornsteinfeger überprüft, kann bezweifelt werden, dass er hierbei mit gleichem, objektivem Maß misst.

Neben dieser Kritik an der Ausgestaltung der Überprüfung im Schornsteinfegerhandwerk muss die pauschale Behauptung, dass Sicherheit und Wettbewerb bzw. Sicherheit und Konkurrenz zwei sich widerstreitende Zustände sind, infrage gestellt werden.

Ein heraufbeschworener Wettbewerb nach „unten“ ist keine zwangsläufige Folge von Konkurrenz im Bereich der Überprüfung.¹¹⁹⁰ Es sind Lösungen denkbar, die gerade „Sicherheit durch Wettbewerb“¹¹⁹¹ gewährleisten. Unvereinbar sind nicht Wettbewerb und Sicherheit, sondern vielmehr ist es so, dass Sicherheit und Qualifikation untrennbar miteinander verbunden sind.¹¹⁹²

¹¹⁸⁷ Götz, in: *Götz/Söllner*, Einheitlichkeit und Unabhängigkeit der technischen Überwachung, S. 35; *Nicklisch*, DB 1982, S. 2277 (2285).

¹¹⁸⁸ Siehe zu den Ausnahmen *Eifert*, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 ff.

¹¹⁸⁹ *Stober*, GewArch. 2003, 305.

¹¹⁹⁰ So auch *Bleutge*, BauR 2006, S. 1632 (1634).

¹¹⁹¹ *Stober*, FS Friauf, S. 545 (554).

¹¹⁹² *Stober*, GewArch. 2002, 129.

Garant für Sicherheit ist daher nicht die Abwesenheit von Wettbewerb, sondern entscheidend sind der hinreichende Sachverstand der Kontrolleure (Qualifikation), eine gewisse distanzsichernde Unabhängigkeit zum Prüfgegenstand und ein Beanstandungsrecht.¹¹⁹³ Qualifikation des Prüfpersonals, Unabhängigkeit, Regelung des Verfahrens und die Möglichkeit ein Prüfergebnis zu beanstanden, sollten daher die Ansatzpunkte für eine staatliche Regulierung sein.

Die räumlich begrenzte Monopolisierung bestimmter Prüfaufgaben in den Händen eines Einzelnen ist hingegen von sich aus noch keine qualitätssichernde Maßnahme. Sicherheit hat auch immer etwas mit Sicherheitsempfinden zu tun und wenn ein Eigentümer kein Vertrauen in die Aufgabenerfüllung seines Schornsteinfegers hat, sollte ihm die Möglichkeit offen stehen, einen anderen Schornsteinfeger zu wählen. Diese Möglichkeit bot weder die Organisation durch das SchfG noch sieht der Neuregelungsvorschlag für das Schornsteinfegerwesen eine dahingehende Lösung vor.

V. Vorgaben für ein alternatives Modell

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zumindest eine materielle Privatisierung der Prüftätigkeiten der Schornsteinfeger nicht infrage kommt. Denkbar ist aber, dass der Staat die Erfüllungsverantwortung für die fraglichen Prüftätigkeiten funktional auf Private überträgt und der Staat lediglich die Gewährleistungsverantwortung und einen Rest Auffangverantwortung behält. Eine Reduzierung der Verantwortung muss nicht mit dem Abbau von Qualitätsnormen und Umweltstandards einhergehen.

Eine Ausgestaltung in diesem Sinne würde daher auch nicht an einem Widerspruch zwischen Wettbewerb und der Erhaltung eines hohen Sicherheitsstandards scheitern. Insoweit ist der Staat aber verpflichtet, seiner Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden und durch Ausgestaltung eines entsprechenden rechtlichen Rahmens die qualitativen Standards abzusichern.

Es besteht auch weitgehend Einigkeit darüber, dass im Zuge von Privatisierung und Deregulierung ein Anwachsen staatlicher Orientierungs- und Kontrollfunktionen unvermeidbar ist.¹¹⁹⁴ Damit wachsen dem Staat neben der klassischen Staatsaufsicht, z.B. in Form der Wirtschaftsaufsicht,¹¹⁹⁵ qualitativ neue Funktionen zu. So obliegt dem Staat im Zuge von Privatisierung und Deregulierung des Schornsteinfegerwesens die Steuerungs- und die Gewährleistungsaufsicht.

¹¹⁹³ Siehe auch *Eifert*, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 (321).

¹¹⁹⁴ *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 406 m.w.N.

¹¹⁹⁵ Siehe zur Wirtschaftsaufsicht *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 29 I. 1.

§ 12 Eigener Vorschlag

Trotzdem, dass es letztlich eine politische Entscheidung bleibt, welches Modell sich im Rahmen einer Neuregelung durchsetzt, soll an dieser Stelle ein eigener Vorschlag unterbreitet und begründet werden.

Das BMWi hat im Gesetzgebungsverfahren unterschiedliche Modelle geprüft. Als diskussionswürdig hat das BMWi ein modifiziertes Kehrbezirkssystem, ein Versicherungsmodell, das Modell des freien Marktes und ein Konzessionsmodell angeführt und letztlich mit unterschiedlicher Begründung verworfen.¹¹⁹⁶ Ähnliche Modelle wurden auch im Zusammenhang mit der Diskussion um den Abbau der Überregulierung im Bauordnungsrecht untersucht.¹¹⁹⁷

Im Rahmen der folgenden Ausführungen wird darauf verzichtet, auf diese unterschiedlichen Ansätze einzugehen. Jedes Modell für sich kann mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung ausgestaltet werden und daher ist eine unüberschaubare Anzahl von Variationen möglich.

Stattdessen wird ein eigenes Modell vorgestellt, welches gleichwohl Elemente der angesprochenen Modelle aufgreift.

I. Ziel des alternativen Modells

Schornsteinfegerrecht ist zuvörderst Sicherheitsrecht, daher muss auch mit einem neuen Modell zur Regelung des Schornsteinfegerwesens primär das Ziel verfolgt werden, der Betriebs- und Brandsicherheit zu dienen und das erreichte Sicherheitsniveau zu erhalten.

Der Umweltschutz, zu dessen Förderung das Schornsteinfegerwesen beitragen soll, hat in den letzten Jahren erheblich an Gewicht gewonnen, sodass Energieeinsparung und Klimaschutz essenzielle Ziele des Schornsteinfegerrechts sind und sein müssen.

Neben diesen schon in der Begründung zum Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens aufgeführten Zielen – Erhaltung und Förderung der Sicherheit und des Umweltschutz unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben – sollen mit dem alternativen Modell noch die Ziele verfolgt werden, eine Struktur ohne lokale Monopolisierung der Prüftätigkeit zu errichten und eine strikte Trennung zwischen Prüfung und Durchführung von Kehrarbeiten zu gewährleisten.

Ein räumlich begrenztes Monopol ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht geeignet einen hohen Qualitätsstandard der Prüftätigkeiten zu gewährleisten, darüberhinaus provoziert eine dahingehende Regelung Verstöße gegen die

¹¹⁹⁶ Siehe Entwurfsbegründung AT, S. 18 ff.

¹¹⁹⁷ Siehe *Ritter*, DVBl. 1996, S. 542 (546) m.w.N.

verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben. Daher basiert das vorzustellende Modell auf der Annahme, dass Wettbewerb im sicherheitsrelevanten Bereich möglich und erwünscht ist und Qualitätsverluste keine zwingende Folge sind.

Im Rahmen einer umfassenden Sicherheitsgewährleistung ist nach der hier vertretenen Ansicht neben der Qualifikation des Prüfers eine gewisse distanzsichernde Unabhängigkeit des Prüfers notwendige Voraussetzung für ein hohes Sicherheitsniveau. Daher soll im vorzustellenden Modell die Durchführung von Kehrarbeiten und Prüftätigkeiten getrennt gewährleistet werden. Diese Aufgaben sollen nicht im Rahmen eines „Schornsteinfeger“-Termins erfolgen. Eine solche Trennung dient der Objektivität des Prüfergebnisses und kann Interessenkonflikte vermeiden.

II. Inhaltliche Ausgestaltung

Unter Zugrundelegung dieser Ziele sollte das Schornsteinfegerwesen folgendermaßen ausgestaltet werden:

- Die Kehr- und Überprüfungspflicht der Eigentümer wird aufrechterhalten. Außerdem soll das Bewusstsein für Eigenverantwortung gestärkt werden. Die Pflicht bezieht sich darauf, regelmäßig Anlagen überprüfen, kehren und festgestellte Mängel beheben zu lassen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht muss bußgeldbewehrt sein. Außerdem müssen Eigentümer Änderungen an Anlagen bzw. deren Stilllegungen oder Inbetriebnahmen melden und eine Zustandsüberprüfung durchführen lassen.
- Alle Kehrarbeiten werden grundsätzlich dem Wettbewerb freigegeben. Der Nachweis der fachlichen Eignung zur Durchführung dieser Arbeiten ist mit bestandener Gesellenprüfung im Schornsteinfegerhandwerk erbracht. Für europäische Ausländer erfolgt eine Anerkennung von Berufsqualifikationen nach der EU/EWR HwV. Die Durchführung von Kehrarbeiten dokumentiert der Ausführende sowohl durch Anbringung eines entsprechenden Nachweises an der Anlage selbst, als auch durch Ausstellung einer Bescheinigung. Nur die in der Handwerksrolle eingetragenen Betriebe bzw. die nach der EU/EWR HwV zur Dienstleistung in Deutschland berechtigten Personen dürfen mit der Durchführung von Kehrarbeiten beauftragt werden.
- Mit der Ausführung von Prüfaufgaben – Feuerstättenschau, Bauabnahme, anlassbezogene Überprüfungen – dürfen nur zertifizierte „Schornsteinfegergutachter“ beauftragt werden. Ob der Ausdruck Schornsteinfeger in diesem Zusammenhang noch sachgemäß ist, ist zweifelhaft, dient hier aber dem als einheitswahrenden Begriff. Letztlich handelt es sich um eine Form eines Sachverständigen. Die Durchführung von Prüftätigkeiten dokumentiert der

Prüfer sowohl durch Anbringung eines entsprechenden Nachweises an der Anlage selbst, als auch durch Ausstellung einer Bescheinigung.

- Es besteht ein Anspruch auf Zertifizierung zum „Schornsteinfegergutachter“, wenn der Antragsteller die persönliche und fachliche Eignung besitzt. Eine konkrete Bedarfsprüfung findet im Zertifizierungsverfahren nicht statt. An die fachliche Qualifikation werden besondere Anforderungen gestellt, die ggf. durch Lehrgänge und Prüfungen nachzuweisen sind. Die Zertifizierung ist nicht zeitlich befristet, allerdings verpflichtet sie zu regelmäßiger Weiterbildung und kann gegebenenfalls wieder entzogen werden. Die Zertifizierung ist für in Deutschland niedergelassene Schornsteinfeger mit der Kammerzugehörigkeit verbunden.
- Die Durchführung von Kehraufgaben kann durch Staatsangehörige der EU, die nach der EU/EWR HwV in Deutschland für die Durchführung von Schornsteinfegeraufgaben anerkannt sind, auch in Form der vorübergehenden Dienstleistungserbringung erfolgen. Die Durchführung von Prüfaufgaben setzt, soweit und solange es im Ursprungsland kein Äquivalent zur Zertifizierung als „Schornsteinfegergutachter“ bzw. einen europaweiten Zertifizierungsstandard für diesen Bereich gibt, die Zertifizierung nach deutschem Recht voraus. Darüber hinaus ist die Erbringung von Schornsteinfegeraufgaben in Form der vorübergehenden Dienstleistungserbringung vom Nachweis eines ausreichenden Versicherungsschutzes abhängig, um ggf. Regressansprüche der Eigentümer abzusichern.
- Ein bundesweites Register für Schornsteinfegerbetriebe, die mit der Durchführung von Kehrarbeiten beauftragt werden dürfen, muss eingeführt werden. Außerdem müssen auch alle zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ in einem Register geführt werden. Die Eintragung ist durch die Kammern sicherzustellen. Der Zugang zu diesem Register muss für jedermann frei sein und kann über das Internet erfolgen.
- Kehrbezirke bzw. Bezirke werden aufgehoben und sind nicht vorzusehen.
- Die Führung des „Kehrbuchs“ übernimmt eine unabhängige, staatliche Stelle. Sowohl die Bescheinigung über die Ausführung von Kehrarbeiten als auch die Durchführungen von Überprüfungen müssen vom Eigentümer an diese Stelle weitergeleitet werden. Erst durch die Einreichung der Bescheinigungen kommt ein Eigentümer seinen Eigentümerpflichten nach. Möglicherweise kann dieses Register durch Einbeziehung einer neu zu schaffenden unabhängigen Stelle bei den Kammern geführt werden.

4. Teil: Alternatives Modell

- Die Zusatzversorgung für Schornsteinfeger wird abgelöst. Anwartschaften werden auf den Träger der gesetzlichen Rentenversicherungen überführt oder mittelfristig ausgezahlt.
- Es ist ein staatliches Kontrollsystem vorzusehen. Sowohl die Ausführung von Kehrarbeiten als auch die Durchführung von Überprüfungen muss stichprobenartig durch eine unabhängige staatliche Stelle überprüft werden. Das Kontrollverfahren ist gesetzlich auszugestalten, wobei Möglichkeiten der Sanktion vorzusehen sind.
- Die Durchführung von Prüftätigkeiten darf nicht im Zusammenhang mit der Durchführung von Kehrarbeiten erfolgen. Dieser Zusammenhang ist zeitlich zu verstehen, d. h. eine Überprüfung darf nicht mit der Durchführung von Kehrarbeiten am selben Objekt zeitlich zusammenfallen.
- Sowohl die zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ als auch die Schornsteinfeger, die nur zur Ausführung von Kehrarbeiten berechtigt sind, sind dazu verpflichtet, Mängel an den Anlagen zu dokumentieren und an den Eigentümer zu melden. Die zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ können die Behebung von Mängeln „vorschreiben“ und an eine Frist binden.
- Für die Verfahren (Durchführung von Kehrarbeiten und Ausführung von Überprüfungen) muss es rechtliche Vorgaben geben. Möglicherweise ist es sinnvoll, einen Mustervertrag für das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Gutachter vorzusehen. Teil der Normierung des Verfahrens ist, ein Beanderungsrecht für Eigentümer vorzusehen.
- Die Aufstellung der materiellen Anforderungen der Anlagen im Hinblick auf Betriebs- und Brandsicherheit sowie Umweltschutz und rationale Energieverwendung erfolgt durch die Länder. Möglicherweise ist es sinnvoll, insoweit einen bundesrechtlichen Rahmen durch eine Musterverordnung zu schaffen.
- Die Eigentümer sind durch ihre Kehr- und Überprüfungspflicht gebunden den materiellen Vorgaben zu entsprechen. Ein dahingehender Verstoß kann durch die dokumentierende Stelle festgestellt werden. Es ist ein staatliches Sanktionssystem auszugestalten, wobei auch die zwangsweise Durchführung der erforderlichen Arbeiten vorzusehen ist.

III. Begründung

Die Pflicht der Eigentümer ihre Anlagen regelmäßig kehren und überprüfen zu lassen, soll nach diesem Modell aufrechterhalten und gestärkt werden. Die Betonung der Eigenverantwortung der Eigentümer ist ein wesentliches Element ihrer materiellen Betreiberpflichten und bedarf daher keiner eigenständigen Begründung.¹¹⁹⁸

Nach dem Modell wird die Verantwortung der Eigentümer darauf erstreckt, dass der Eigentümer die sicherheits- und umweltrechtlichen Aspekte durch einen zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ auf der Basis eines zivilrechtlichen Vertrages begutachten lässt. Hierbei soll die Einhaltung der staatlich normierten Standards überprüft und die Unbedenklichkeit hinsichtlich der geprüften Aspekte bescheinigt werden.

Außerdem sind die Eigentümer verpflichtet, mit der Durchführung der regelmäßigen und besonderen Kehrarbeiten anerkannte Betriebe zu beauftragen. Es handelt sich mithin um eine normative Pflicht zur Hinzuziehung von qualifizierten Personen. Die Eigentümer selbst sind darüber hinaus verpflichtet, die Bescheinigungen über durchgeführte Arbeiten an eine öffentliche Stelle weiterzuleiten. Erst durch die Weiterleitung der Bescheinigung werden sie ihren Betreiberpflichten gerecht.

Diese Inpflichtnahme Privater entspricht der allgegenwärtigen Entwicklung, dass der Staat seine Bürger und Unternehmen an ihre Verantwortung zur Eigenversicherung und zur Eigenüberwachung erinnert.¹¹⁹⁹ In Bezug auf das Schornsteinfegerwesen wird dieses Erfordernis dadurch verstärkt, dass die teilweise Privatisierung von staatlichen Überprüfungspflichten nur gelingen kann, wenn die Bürger selbst einbezogen werden.¹²⁰⁰

Als Vorteil dieser Ausgestaltung kann angeführt werden, dass dieses Modell zur Stärkung der gesellschaftlichen Verantwortlichkeit insgesamt beitragen kann. Durch dieses Modell soll ein staatlich verankertes System präventiver privatrechtlicher Kontrolle geschaffen werden.¹²⁰¹ Durch dieses System privater Fremdüberwachung entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Staat, privatem Kontrolleur und Überwachtem.¹²⁰²

Neben der Eigenverantwortung der Anlagenbetreiber begründet sich das Modell der Überprüfung durch zertifizierte „Schornsteinfegergutachter“ auf der Prämisse, dass nicht staatliche Bindung des Prüfers, sondern seine hinreichende Qualifikation die uneingeschränkte Grundvoraussetzung einer zweckmäßigen

¹¹⁹⁸ Laskowski, in: Gusy, Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 312 (321 f.).

¹¹⁹⁹ Di Fabio, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung.

¹²⁰⁰ Leonhard, in: Stober/Olschok, Handbuch des Sicherheitsgewerberechts, S. 647 ff.

¹²⁰¹ Vgl. Eifert, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 (311).

¹²⁰² Eifert, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 (312).

Kontrolle bildet.¹²⁰³ Die Anforderungen an die Qualifikation ergeben sich aus den Anforderungen einer funktionsgerechten Aufgabenerfüllung. Die Auswertung der Vorgaben, die an eine funktionsgerechte Aufgabenerfüllung zu stellen sind, ist auch dahin erfolgt, dass es nicht notwendig ist, die zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ zu beleihen. Die Notwendigkeit auf die Figur der Beleihung zurückzugreifen, ergibt sich nur dort, wo Privatpersonen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in eigenem Namen wahrnehmen und hierbei mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet sein müssen.¹²⁰⁴ Die Begutachtung bzw. Überprüfung durch einen zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ erfolgt zwar im öffentlichen Interesse, bedeutet aber nicht die Wahrnehmung hoheitlicher Staatsaufgaben.¹²⁰⁵ Allein die Zertifizierung und die Ausgestaltung des „Berufsbildes“ kann die notwendige Objektivität und Unabhängigkeit der „Schornsteinfegergutachter“ absichern. Die Tatsache, dass ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen den Eigentümern und den Prüfern geschlossen wird, bedeutet nicht, dass der Gutachter dem Lager des Auftraggebers zuzurechnen ist.¹²⁰⁶

Das Modell sieht eine Zertifizierung als Zulassungsvoraussetzung vor. In Abgrenzung zu anderen Zugangsregulierungen hat die Zertifizierung bestimmte Vorteile. Zum einen hat sich das deutsche Modell des öffentlich bestellten Sachverständigen nicht als Gemeinschaftsstandard etabliert.¹²⁰⁷ Ein ähnliches Schicksal würde einem öffentlich bestellten Schornsteinfeger drohen. Daher soll nach einem System der Akkreditierung und Zertifizierung (ggf. nach einer Normenreihe) vorgegangen werden, um auf diesem Weg möglicherweise einen europaweiten Standard zu prägen.

Die Zertifizierung zum „Schornsteinfegergutachter“ ist an bestimmte Eigenschaften des Anwärters gebunden, so sollen die Anwärter unabhängig, weisungsfrei, gewissenhaft und unparteiisch sein.¹²⁰⁸ Außerdem sollten sie über besondere Sachkunde verfügen, beruflich geeignet sein, sich fortbilden und für Fehler im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit persönlich haften.¹²⁰⁹ Das Erfordernis der regelmäßigen Fortbildung soll dazu dienen, dass die Gutachter über fachspezifische Entwicklungen unterrichtet und über den aktuellen Stand der Technik informiert sind. Darüber hinaus soll ein Wissenstransfer und Erfahrungsaustausch zwischen den Gutachtern gefördert werden, um einerseits einen hohen Standard an Sicherheit zu gewährleisten und andererseits Anwendungs-

¹²⁰³ Vgl. *Eifert*, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 (321).

¹²⁰⁴ Siehe hierzu z.B. *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 25 f.

¹²⁰⁵ *Seifert*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 30.

¹²⁰⁶ *Seifert*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, S. 30.

¹²⁰⁷ Vgl. *Stober*, in: FS Friauf, S. 545 (566).

¹²⁰⁸ Siehe zu diesen Attributen der Sachverständigen näher *Bleutge*, GewArch. 1994, S. 447 ff.

¹²⁰⁹ *Stober*, in: FS Friauf, S. 545 (561).

gleichheit der materiellen Vorgaben sicherzustellen. Als oder/und zertifizierende Stelle kämen die Handwerkskammern in Betracht. Gegebenenfalls sollte auf die sich etablierenden Akkreditierungsstellen zurückgegriffen werden.

Die Ausgestaltung dieses Modells geht auch mit gewissen Risiken einher. So können die Verfahrensausgestaltung und die Sicherung der Anwendungsgleichheit privater Kontrolle ein Problem des Systems der privaten Fremdkontrolle sein.¹²¹⁰ Mit einer rechtlichen Fixierung eines Musterverfahrens und eines Mustervertrages kann diesem Problem entgegengewirkt werden. Außerdem sollten gewisse Begründungs- und Beratungspflichten vorgesehen werden.

Die Trennung zwischen den Prüftätigkeiten und der Ausführung von Kehrarbeiten ist nicht dahingehend zu verstehen, dass einem zertifizierten „Schornsteinfegergutachter“ generell die Ausführung von Kehrarbeiten untersagt ist; es soll allerdings vermieden werden, dass diese Tätigkeiten gemeinsam erfolgen. Diese Ausgestaltung dient der Konfliktvermeidung und trägt mithin zu einem objektiven Prüfungsergebnis bei.

Neben den staatlichen Vorgaben sollten aber auch die regulatorischen Effekte des Marktes nicht unterschätzt werden. Diese Regulation ist entgegen teilweiser Annahmen nicht zwangsläufig mit dem Verlust von Qualitätsstandards geprägt, sondern kann durchaus den Service und das Verfahren positiv beeinflussen.

Zusätzlich zur Qualitätssicherung, die weiter unten noch Thema sein wird, muss das Modell auch ein flächendeckendes Leistungsangebot für jeden Bürger zum gleichen Entgelt absichern. Monopole in privater Hand müssen verhindert und vor allem Preismonopole ausgeschlossen werden. Außerdem müssen die auferlegten Pflichten der Eigentümer mit zumutbaren Entgelten für die Inanspruchnahme von Kehr- und Überprüfungsdiensten korrespondieren. In Bezug auf diese Unwägbarkeiten allein auf die Kraft des Marktes zu vertrauen, wäre in Anbetracht der verbundenen Risiken fahrlässig. Andererseits sollte die Regulierung dezent sein und nicht von vornherein die Entstehung eines Marktes für Kehrarbeiten und Überprüfungsleistungen unterbinden.

Was die flächendeckende Verfügbarkeit von Anbietern für die pflichtmäßigen Arbeiten betrifft, kann konstatiert werden, dass eine Nachfrage immer auch ein ausreichendes Angebot nach sich zieht. Lediglich besondere und zeitlich befristete Erscheinungen müssen hier gegebenenfalls aufgefangen werden. Denkbar ist etwa, dass sich der Staat vorbehält, in besonderen Situationen zertifizierte Schornsteinfeger in die Pflicht zu nehmen und Arbeiten in bestimmten Regionen vorzunehmen. Dieses Risiko ist im Übrigen keine neue Erscheinung, sondern kann auch durch die derzeitige Ausgestaltung des Schornsteinfegerrechts nur bedingt abgefangen werden.

Was die Preisgestaltung für die den Eigentümern obliegenden Aufgaben anbelangt, muss zumindest für eine Übergangszeit ein rechtlicher Rahmen vorge-

¹²¹⁰ Vgl. *Eifert*, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 (327).

geben werden. Das allgegenwärtige Schlagwort „Mindestlohn“ hat hier aber keine Berechtigung, es geht vielmehr darum, in einem sicherheitsrelevanten Bereich extremen Preisdruck und Verdrängungswettbewerb zu verhindern. Die Ausgestaltung dieses Rahmens muss auch lokalen Gegebenheiten gerecht werden.

Da dem Staat im vorliegenden Bereich bestimmte Schutzpflichten – Sicherheit, Gesundheit und Umwelt – obliegen, geht es letztlich um die Konkretisierung der Gewährleistungsverantwortung. Man kann in diesem Zusammenhang von deregulierungsfolgenbedingter Regulierung sprechen. Deregulierungsfolgenbedingte Regulierung liegt vor, wenn im Zuge von Deregulierung neuer Regelungsbedarf besteht; in der Regel handelt es sich um Kontroll- und Aufsichtsbefugnisse zur Überwachung der Deregulierung.¹²¹¹

Die Aufstellung der materiellen Anforderungen an die Anlagen hinsichtlich Betriebs- und Brandgefahr sowie Umweltschutz und rationale Energieverwendung bleibt daher auch staatliche Aufgabe. Insoweit findet weder Deregulierung noch Rückzug des Staates statt. Soweit der Staat Private in die Kontrolle einschaltet, muss er auch für rechtsstaatliche Mindeststandards sorgen, die jeweils in Abhängigkeit von deren Kontrollintensität zu konkretisieren sind.¹²¹² Die materiellen, technischen Anforderungen an die Anlagen müssen rechtlich fixiert werden. Dies kann durch Verordnungen auf Landesebene erfolgen, um gegebenenfalls auf lokale Besonderheiten eingehen zu können. Zur Wahrung eines einheitlichen „Mindeststandards“ sollten bundesrechtliche Vorgaben in Form einer Musterverordnung vorgegeben werden.

Die Sicherung der Qualität der Prüf- aber auch der Kehrertätigkeiten erfolgt durch ein System unterschiedlicher Kontrollmechanismen. Grundlage sind unterschiedliche Stufen: Zum einen Auswahl und Kontrolle der Durchführenden und zum anderen Kontrolle der Durchführung selbst.

Die Sicherung der Qualifikation der Ausführenden der Kehrarbeiten erfolgt über das handwerksrechtliche System. Gesellenprüfung, Meisterprüfung oder auch Anerkennung nach der EU/EWR HwV sind Garanten für die ausreichende Qualifikation für die Erbringung von Kehrarbeiten.

Die Stellen, die Schornsteinfeger zum Gutachter zertifizieren, müssen darüber hinaus ein schlüssiges Qualitätsmanagement einrichten, zu dem vor allem ein funktionierendes Beschwerdesystem gehören muss. Dazu ist auch erforderlich, dass Gerichte und andere staatliche Stellen, die gegebenenfalls von der Mangelhaftigkeit der Gutachtertätigkeiten Kenntnis erlangen, verpflichtet werden, die Zertifizierungsstelle über mangelhafte Bescheinigungen und Fehlverhalten der zertifizierten Schornsteinfeger zu informieren.¹²¹³ Die Bescheinigungen der „Schornsteinfegergutachter“ haben eine gewisse Öffentlichkeitswirkung,

¹²¹¹ Stober, DöV 1995, S. 125 (126).

¹²¹² Vgl. Eifert, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309 (320).

¹²¹³ Siehe hierzu Bleutge, BauR 2006, S. 1632 (1636).

als dass sie der zuständigen Stelle zur Führung des „Kehrbuchs“ vorzulegen sind. Wenn die „kehrbuchführende“ Stelle konkrete und ernsthafte Hinweise darauf hat, dass die Bescheinigung falsch ist, ist sie in der Pflicht, geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Der Entscheidungsverzicht des Staates in Bezug auf die Prüfung selbst betrifft nur die präventive und nicht die repressive Kontrolle.¹²¹⁴ Es ist daher auch die Möglichkeit der repressiven Kontrolle durch den Staat als quasi ultima ratio vorzusehen.

Im Übrigen können Schadensansprüche gegen Schornsteinfeger und zertifizierte „Schornsteinfegergutachter“ durch die mit der Kammermitgliedschaft verbundene Pflicht, über einen umfangreichen Versicherungsschutz zu verfügen, abgesichert werden.

Schließlich muss noch auf die Perspektive des vorgestellten Modells eingegangen werden. Langfristig ist denkbar, dass sich aus der Berufsmodalität „zertifiziert“ ein eigenständiges Berufsbild entwickelt. Eine solche Entwicklung ist nicht von vornherein negativ zu bewerten. Das Entstehen des Berufs eines besonders qualifizierten „Schornsteinfegergutachters“ kann einen hohen bereichsspezifischen Sicherheitsstandard fördern. Auch wenn diese Entwicklung nicht im Sinne der berufsbildwahrenden Bestrebungen der Schornsteinfegerverbände liegt, bietet sie attraktive Optionen. Diese Entwicklung kann auch das Sanitär-Heizung-Klima-Handwerk mit einbeziehen. Grundsätzlich muss auch für Kräfte aus diesem Bereich die Möglichkeit offen stehen, sich für die aufgezeigten Prüftätigkeiten zu zertifizieren.

Langfristig ist auch an die Verbindung der Prüfungen im Zusammenhang mit der Ausstellung des Gebäudepasses und den bei der Feuerstättenschau durchzuführenden Prüfungen nachzudenken. Meiner Einschätzung nach ist die Einführung eines Sicherheits- und Umweltpasses eine vielversprechende Option. In regelmäßigen Abständen wird durch einen zertifizierten Gutachter die Einhaltung der sicherheits- und umweltrechtlichen Vorgaben überprüft. Aufbauend auf diesem Gutachten kann ein kurz-, mittel- und langfristiger Plan für den Gebäudeeigentümer erstellt werden, welche Arbeiten er durchzuführen hat, um den Standards zu entsprechen. Ein solches Modell könnte sich möglicherweise auch auf europäischer Ebene durchsetzen.

¹²¹⁴ Vgl. Ritter DVBl. 1996, S. 542 (544).

Abkürzungen

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BauO	Bauordnung
BayBO	Bayerische Bauordnung
BB	Betriebsberater
BbgBO	Brandenburgische Bauordnung
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BImSchV	Verordnung zur Durchführung des BImSchG
BK	Bonner Kommentar
Bln	Berlin
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Brem	Bremisches
BremLBO	Bremische Landesbauordnung
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DöV	Die öffentliche Verwaltung

DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EnEG	Energieeinsparungsgesetz
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes
etc.	et cetera
EU/EWR HwV	Verordnung über die für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EW	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende(r) (Seite/Paragraf)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Seiten/Paragrafen)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GBI.	Gesetzesblatt
gem.	gemäß
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
h.M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
HandwerkerversicherungsG	Gesetz über eine Rentenversicherung der Handwerker (Handwerkerversicherungsgesetz)
HBauO	Hamburgische Bauordnung
HBO	Hessische Bauordnung
HbStR	Handbuch des Staatsrechts, herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 10 Bände, 1987 ff.
HdbEGWiR	Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts
HeizAnlV	Heizungsanlagen-Verordnung
Hg.	Herausgeber

Abkürzungen

HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HwO	Handwerksordnung
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KOM	Kommission
KÜGO	Kehr- und Prüfungsgebührenordnung
KÜO	Kehr- und Prüfungsverordnung
LBauO	Landesbauordnung Rheinland-Pfalz
LBO	Landesbauordnung
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
LSA	Sachsen-Anhalt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MBO	Musterbauordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
n.F.	neue Fassung
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
Nds.	Niedersächsisches
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
No.	Nummer
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtssprechungsreport
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
o. V.	ohne Verfasser
OLG	Oberlandesgericht
OrgSch	Organ für Schornsteinfegerwesen
OVG	Oberverwaltungsgericht
PMBL	Pr.Min.= Blatt der Handels- und Gewerbeverwaltung
RBHG	Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtssprechung
s.	siehe
S.	Seite
SächsBO	Sächsische Bauordnung

SächsGVBl.	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsVBL	Sächsische Verwaltungsblätter
SchfG	Schornsteinfegergesetz
SchfHwG	Schornsteinfegerhandwerksgesetz
SchoMstrV	Schornfegermeisterverordnung
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SH	Schleswig-Holstein
Slg.	Sammlung
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	und anderen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VA	Verwaltungsakt
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VOSch	Verordnung über das Schornsteinfegerwesen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZDS	Zentralverband Deutscher Schornsteinfeger
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
zit.	zitiert
ZIV	Zentralinnungsverband des Schornsteinfegerhandwerks
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Literatur

- Auer, Arnd* **Der Berufsbegriff des Art 12 Abs. 1 Grundgesetz**, Frankfurt a. M. 1991
- Bach, Albrecht* **Die Wirkung von EG-Richtlinien**, JZ 1990, S. 1108–1116
- Bäcker, Matthias* **Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht**, Eine dogmatische Neubestimmung am Beispiel des Abwehrrechts gegen eine Subvention, Baden-Baden 2007
- Badura, Peter* **Das Verwaltungsmonopol**, Berlin 1963
- Basedow, Jürgen* **Von der Deregulierung zur Privatisierung** – zu den wettbewerbspolitischen Folgeproblemen der Marktöffnung im europäischen Luftverkehr, in: Für Recht und Staat – Festschrift Helmrich, München 1994, S. 769–781
- Battis, Ulrich* **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 2. Aufl., Heidelberg 1997
- Bauer, Hartmut* **Privatisierung von Verwaltungsaufgaben**, in: VVDStRL 54 (1995), S. 243–286
- Baumeister, Peter* **Das Rechtswidrigwerden von Normen**, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu den Grenzen der Wirksamkeit und Anwendbarkeit von Normen – Probleme des Spannungsverhältnisses von Recht und Zeit, Berlin 1996
- Becker, Ralph* **Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen**, Baden-Baden, 1997
- Benz, Angelika* **Privatisierung und Deregulierung – Abbau von Staatsaufgaben**, Die Verwaltung 28 (1995), S. 337–359
- Bernhardt, Rudolf* **Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte**, JZ 1963, S. 302–308
- Bethge, Herbert* **Der Verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe**, Berufliche Teilhabe an Staatsfunktionen oder Verstaatlichung berufsrechtlich geschützter Tätigkeiten?, Köln 1968

-
- Bettermann, Karl August/
Nipperdey, Hans Carl/
Scheuner, Ulrich* **Die Grundrechte**, Bd. 3/1, 2. Aufl., Berlin 1972
- Biernat, Stanislaw/
Hendler, Reinhard/
Schoch, Friedrich/
Wasilewski, Andrzej (Hg.)* **Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung**, Referate und Diskussionsbeiträge des Achten Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 7.–11. September 1992 in Krakau, Stuttgart (u.a.) 1994
- Bins, Lebrecht* **Die Haftung des Bezirksschornsteinfegermeisters** bei den gesetzlich als „öffentlich“ bezeichneten Pflichttätigkeiten: ein Beitrag zur Klärung der Problematik um die Eigenhaftung oder Staatshaftung bei hoheitlich handelnden „Gebührenbeamten“, Karlsruhe 1977
- Bleutge, Peter* Arbeitskreis VI – **Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität gutachtlicher Tätigkeiten im Bauwesen** – Brauchen wir ein Sachverständigengesetz?, *BauR* 2006, S. 1632–1645
- ders.* **Die Novellierung des § 36 GewO**, *GewArch.* 1994, S. 447–456
- Borchert, Dietrich* **Bauleitplanung durch Beliehene**, Kaiserslautern 2005
- Brander, Thilo* **Gesetzesänderung**, Eine rechtstatsächliche und verfassungsrechtliche Untersuchung anhand der Gesetzgebung des 13. Deutschen Bundestages, Berlin 2004
- Braun, Jens-Daniel* **Mitgliedstaatliche Glücksspielmonopole vs. EG-Wettbewerbsrecht?**, *ZEuS* 2005, S. 211–238
- Brohm, Winfried* **Strukturen der Wirtschaftsverwaltung**, Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Stuttgart 1969
- ders.* **Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb**, *NJW* 1994, S. 281–289
- Bull, Hans Peter* **Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz**, 2. Aufl., Kronberg 1977

Literatur

- ders.* (Hg.) **Verwaltungspolitik**, Neuwied, Darmstadt, 1979
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Bull*, Verwaltungspolitik, ...]
- Burgi, Martin* **Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe**: Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, Tübingen 1999
- ders.* **Freier Personenverkehr in Europa und nationale Verwaltung**, JuS 1996, 958–962
- ders.* **Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht**, NZBau 2002, S. 57–62
- ders.* **Der Beliehene - ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht**, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 581–594
- Burrichter, Jochen* **Anmerkung zu OLG Hamm, Urt. v. 28. 4. 1973** (NJW 1972, S. 2088), NJW 1973, S. 192–193
- Bydlinski, Franz* **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe**, 2. Aufl., Wien-New York 1991
- Calliess, Christian/
Ruffert, Matthias* (Hg.) **EUV/EGV**, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 3. Aufl., München 2007
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, ...]
- Dauses, Manfred* **Handbuch des Europäischen Wirtschaftsrechts**, Loseblattsammlung, München
(Stand: Oktober 2007)
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Dauses*, HbdEGWiR, ...]
- Degenhart, Christoph* **Staatsrecht I**, Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl., Heidelberg 2006
- Deter, Gerhard* **Rechtsgeschichte des westfälischen Handwerks im 18. Jahrhundert**: das Recht der Meister, Münster 1990
- Di Fabio, Udo* **Privatisierung und Staatsvorbehalt**, Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, S. 585–592
- ders.* **Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung**, Köln (u.a.) 1996

-
- Dohrn, Max-Jürgen* **Über die Rechtsnatur der Ausführungsanweisung zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28. Juli 1937**, DVBl. 1960, S. 760–761.
- ders.* **Das Deutsche Schornsteinfegerwesen**, Rechtsvorschriften, Materialien und Erläuterungen, Ergänzendes Handbuch für die Schornsteinfeger, die Haus- und Grundstücksbesitzer sowie für die Behörden und Gerichte, 3. Aufl. Berlin 1986, Loseblatt (Stand: April 2006)
- Dolzer, Rudolf* (Hg.) **Bonner Kommentar zum Grundgesetz**, Loseblatt, Heidelberg, (Stand: Dezember 2006)
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Dolzer*, BK, ...]
- Dreier, Horst* (Hg.) **Grundgesetz**, Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2004
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Dreier*, GG, ...]
- Dyhoff, Anton* **Kaminkehrer-Realrechte und Kehrbezirke**, Untersuchung über Geschichte und rechtliche Natur der Kaminkehrerrealrechte und rechtliche Stellung der Kaminkehrer in Bayern rechts des Rheins, sowie die Frage der Zulässigkeit von Kehrbezirksänderungen mit Wirkung gegenüber den Realrechtsbesitzern, München 1924
- Eckhoff, Rolf* **Der Grundrechtseingriff**, Köln (u.a.) 1992
- Ehlers, Dirk* (Hg.) **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**, 2. Aufl., Berlin 2005
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, ...]
- Eifert, Martin* **Zuverlässigkeit als persönliche Tätigkeitsvoraussetzung im Besonderen Verwaltungsrecht**, JuS 2004, S. 565–570
- ders.* **Die geteilte Kontrolle**, Die Beteiligung Privater an der Rechtsverwirklichung, Die Verwaltung 39 (2006), S. 309–334
- Engel, Christoph* **Eigentumsschutz für Unternehmen**, AöR 118 (1993), S. 169–236

Literatur

- Erichsen, Hans-Uwe/
Ehlers Dirk (Hg.)* **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 13. Aufl., Berlin 2006
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, ...]
- Erichsen-Hans-Uwe* **Die Freiheit vom öffentlich-rechtlichen Zwangsverband**, Jura 1987, S. 390–391
- Esch, Oliver* **Rechtsfragen bei der Erbringung und Vergütung rettungsdienstlicher Leistungen**, Frankfurt a. M. 2005
- Essebie, Jana* **Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb**, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Art. 86 II EG, Baden-Baden 2005
- Everling, Ulrich* **Das Niederlassungsrecht im gemeinsamen Markt**, Berlin (u.a.) 1963
- Fiedler, Wilfried* **Berufsfreiheit als Schranke der Verwaltungsmonopole**, DöV 1977, S. 390–398
- Fisahn, Andreas/
Mushoff, Tobias* **Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien**, EuR 2005, S. 222–230
- Fischer, Wolfram* **Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung**, Göttingen 1972
- Fleiner, Fritz* **Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts**, 8. Aufl., Tübingen 1928
- Freitag, Oliver* **Das Beleihungsrechtsverhältnis**, Rahmen, Begründung und Inhalt, Baden-Baden 2005
- Frenz, Walter* **Die Verschränkung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge**, Förderabgabe auf Grubengas bei privater Gefahrenprävention?, DöV 2006, S. 718–725
- ders.* **Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen**, Berlin 1992
- ders.* **Grundfragen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im neuen Gewande**, GewArch 2007, S. 98–108

- ders.* **Fällt der Handwerksmeister durch die Berufs-
anerkennungsrichtlinie?**, Änderungsbedarf für das
deutsche Handwerksrecht, DVBl. 2007, S. 347–356
- ders.* **Selbständigenfreiheit, Berufsqualifikation und
neue Richtlinien**, GewArch 2007, S. 10–18
- ders.* **Die Anerkennung von beruflichen Quali-
fikationen nach der Berufsanerkennungs-
richtlinie**, GewArch 2007, S. 27–28
- ders.* **Handbuch Europarecht**, Bd. I, Europäische
Grundfreiheiten, Berlin (u.a.) 2004
- ders.* **Handbuch Europarecht**, Bd. II, Europäisches
Kartellrecht, Berlin (u.a.) 2006
- Füsser, Sonja* **Ausweitung der Sozialversicherungspflicht** auf
Selbstständige in der gesetzlichen Renten- und
Krankenversicherung unter verfassungsrechtlichem
und europarechtlichem Blickwinkel, Sankt Augustin 2005
- Gallge, Gregor* **Die Beschränkung der Staatshaftung nach Art.
34 GG in der Rechtsprechung des Bundesge-
richtshofs**, DöV 1992, S. 53–58
- Gallwas, Hans-Ulrich* **Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch
Private**, in: VVDStRL 29 (1971), S. 211–236
- Geigel, Reinhart* **Der Haftpflichtprozess** mit Einschluss des materiel-
len Haftpflichtrechts, 24. Aufl., München 2004
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Geigel*, Der Haftpflichtpro-
zess, ...]
- Görgmaier, Dietmar* **Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung
öffentlicher Aufgaben**, DöV 1977, S. 356–363
- Götz, Volkmar* **Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht**,
13. Aufl., Göttingen 2001
- Götz, Volkmar/
Söllner, Alfred* **Einheitlichkeit und Unabhängigkeit der techni-
schen Überwachung**, Heidelberg 1978
- Grabitz, Eberhard/
Hilf, Meinhard (Hg.)* **Das Recht der Europäischen Union**, Loseblatt-
sammlung, München, Stand April 2007
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf*, EU,]

Literatur

- Gramm, Christof* **Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben**, Berlin 2001
- Grave, Carsten* **Art. 82 II EG: Weder Verbot noch Gebot zur Quersubventionierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse**, EuZW 2001, S. 709–711
- Grimm, Dieter* (Hg.) **Staatsaufgaben**, Baden-Baden 1994
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Grimm*, Staatsaufgaben, ...]
- Gronen, Vera* **Die „Vorwirkung“ von EG-Richtlinien**: die Auswirkungen europäischer Richtlinien auf die nationale Legislative und Judikative im Zeitraum zwischen Richtlinienvorschlag und Ablauf der Umsetzungsfrist, Baden-Baden 2006
- Grüb, Michael* **Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen**, Frankfurt a. M. 1999
- Gruson, Michael* **Die Bedürfniskompetenz**, Inhalt und Justiziabilität des Art. 72 Abs. 2 des Grundgesetzes, Berlin 1967
- Gundel, Jörg* **Die Untersagung nationaler Fernsehwerbe-
monopole durch die EG-Kommission gemäß
Art. 86 Abs. 3 EGV**: Zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit und zu einem „neu entdeckten“ Sanktionsmittel der Gemeinschaft im Rundfunkbereich, ZUM 2000, S. 1046–1056
- Gusy, Christoph* **Privatisierung von Staatsaufgaben**: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998
- Hailbronner, Kay* **Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt –
Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht**, NJW 199, S. 593–601
- Hanau, Hans* **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als
Schranke privater Gestaltungsmacht**, Zur Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen, Tübingen 2004
- Hatje, Armin* **Die Dienstleistungsrichtlinie – Auf der Suche
nach dem liberalen Mehrwert**, Auch eine Herausforderung für die Rechtsanwaltschaft?, NJW 2007, S. 2357–2363

-
- Haverkate, Görg* **Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem**, DöV 1987, S. 1058–1060
- Heinemann, Andreas* **Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag**, München 1996
- Henssler, Martin/
Kilian, Matthias* **Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG**, EuR 2005, S. 192–212
- Hergeth, Amin C.* **Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag: grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive**, Baden-Baden 1996
- Hertle, Werner* **Der Bezirksschornsteinfegermeister**, Leistung und Kosten, Eine Betrachtung aus der Wohnungswirtschaft, ZMR 1987, S. 519–520
- Hoffmann-Riem, Wolfgang* **Telekommunikationsrecht als europäisches Verwaltungsrecht**, DVBl. 1999, S. 125–134
- ders.* **Verfahrensprivatisierung als Modernisierung**, DVBl. 1996, S. 225–232
- ders.* **Tendenzen in der Verwaltungsentwicklung**, DöV 1997, S. 433–442
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/
Schmidt-Aßmann,
Eberhard/
Schuppert,
Gunnar Folke* **Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts**, Grundfragen, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Bd. I, Baden-Baden 1993
- Hömig, Dieter (Hg.)* **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, 8. Aufl., Baden-Baden 2007
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Hömig*, GG, ...]
- Honig, Gerhart* **Handwerksordnung: mit Lehrlingsvertragsrecht des Berufsbildungsgesetzes (BBiG)**, Kommentar, 3. Aufl., München 2004
- Huber, Ernst Rudolf* **Wirtschaftsverwaltungsrecht**, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1953
- Huber, Peter-Michael* **Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht**, Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Tübingen 1991

Literatur

- ders.* **Weniger Staat im Umweltschutz** – Verfassungs- und unionsrechtliche Determinanten –, DVBl. 1999, S. 489–496
- Huber, Peter-Michael/
Storr, Stefan* **Die Zukunft des Schornsteinfegerhandwerks im Binnenmarkt**, Köln (u.a.) 2006
- Immenga, Ulrich/
Mestmäcker, Ernst-
Joachim* (Hg.) **EG-Wettbewerbsrecht**, Kommentar, München 1997
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, ...]
- Isensee, Josef/
Kirchhof, Paul* (Hg.) **Handbuch des Staatsrechts** der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, Das Handeln des Staates, 1. Aufl., Heidelberg 1988
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. III, ...]
- dies.* **Handbuch des Staatsrechts** der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, Freiheitsrechte, 1. Aufl., Heidelberg 1989
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Isensee/Kirchhof*, HbStR, Bd. VI, ...]
- Jacot-Guillarmod, Oliver* **EWR-Abkommen**
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Jacot-Guillarmod*, EWR-Abkommen, ...]
- Jahn, Ralf* **Zur Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften**, JuS 2000, S. 129–132
- ders.* **Wirtschaftskammer statt Staat**: Zur Verfassungsmäßigkeit der IHK-Pflichtmitgliedschaft, (BVerfG, NVwZ 2002, 335), JuS 2002, S. 434–438
- Jäkel, Rainer* **Voraussetzungen und Grenzen der Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Körperschaften**, DVBl. 1983, S. 1133–1140
- Jarass, Hans Dieter* **Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft**, Ein Kernelement der Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung, RIW 1993, S. 1–7

- ders.* **EG-Recht und nationales Rundfunkrecht zugleich ein Beitrag zur Reichweite der Dienstleistungsfreiheit**, EuR 1986, S. 75–94
- ders./
Pieroth, Bodo* **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, Kommentar, 9. Aufl., München 2007
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Jarass/Pieroth, GG, ...*]
- Jeand`Heur, Bernd* **Von der Gefahrenabwehr als staatlicher Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte**, Eine rechtspolitische und verfassungsrechtliche Anmerkung, AöR 119 (1994), S. 107–136
- Jellinek, Walter* **Verwaltungsrecht**, Nachdruck der 3. Aufl., Berlin 1931, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1966
- Jesch, Dietrich* **Anmerkung** zu Bayer. VGH, Urt. v. 17. 3. 1961, DöV 1962, S. 426–432
- Jones, Alison/
Sufrin, Brenda* **EC Competition Law: text, cases, and materials**; Oxford 2001
- Kahl, Wolfgang* **Die Privatisierung der Wasserversorgung**, GewArch. 2007, S. 441–447
- Kämmerer, Jörn Axel* **Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen**, Tübingen 2001
- Kenntner, Markus* **Anmerkung** zu BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 – (DVBl. 2003, 44), DVBl. 2003, S. 259–262
- Kirchhof, Paul* **Kontrolle der Technik als staatliche und private Aufgabe**, NVwZ 1988, S. 97–104
- Kirmer, Petra* **Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, München 1995
- Klein, Hans H.* **Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe**, DöV 1965, S. 755–759
- Klinge, Gabriele* **Die Begriffe „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Gemeinschaftsrecht**, Düsseldorf 1980
- dies.* **Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG**, Baden-Baden 1990

- dies.* **Freizügigkeit, Niederlassungsrecht und freier Dienstleistungsverkehr nach dem EWG-Vertrag im Bereich des Handwerks**, GewArch 1983, S. 290–294
- Kluth, Frank* **Der Prüflingenieur für Bauleistungen**, zugleich ein Beitrag zur Beleihung Privater mit hoheitlichen Befugnissen, Dissertation, Köln 2004
- Kluth, Winfried* **Die Mitgliederklagen in sogenannten Zwangskörperschaften**, Jura 1989, S. 408–417
- ders.* **Funktionale Selbstverwaltung**, Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997
- ders.* (Hg.) **Föderalismusreformgesetz**, Einführung und Kommentierung, Baden-Baden 2007
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Kluth*, Föderalismusreform, ...]
- ders./ Rieger, Frank* **Die neue EU-Berufsanerkenntnisrichtlinie – Regelungsgehalt und Auswirkung für Berufsangehörige und Berufsorganisationen**, EuZW 2005, S. 486–492
- dies.* **Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtliche Wirkung von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip**, Eine Analyse am Beispiel der Dienstleistungs- und Berufsanerkenntnisrichtlinie, GewArch 2006, S. 1–8
- Knauff, Matthias* **Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge**, Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004
- Koenig, Christian* **EG-rechtliche Beurteilung der Zulassung von Sportwetten-Anbietern – ein gemeinschaftsrechtliches „rien na va plus“?**, EWS Beilage 2001, S. 1–19
- Kölble, Josef* (Hg.) **Das deutsche Bundesrecht**: systematische Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen, Loseblatt, Baden-Baden 1949–
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Kölble*, Das Deutsche Bundesrecht, Bd. ...]

- Koselleck, Reinhart.* **Preußen zwischen Reform und Revolution**, Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848, 3. Aufl., München 1989
- Kranz, Jürgen* **Die Ausübung öffentlicher Gewalt durch Private nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht**: ein Beitrag zur Auslegung von Art. 55 Abs. 1 EWG-Vertrag, Frankfurt a. M. (u.a.) 1984
- Krause, Friedrich* **Die Neuordnung des Deutschen Schornsteinfegerwesens** durch das Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 13. April 1935 (RGBl. I S. 508) und die Verordnung über das Schornsteinfegerwesen vom 28. Juli 1937 (RGBl. I S. 831)., Dissertation, Leipzig 1940
- Krautzberger, Michael* **Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private**, Berlin 1971
- Krölls, Albert* **Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik**, GewArch. 1995, S. 129–144
- Krüger, Albert* **Aufklärungen über die Missstände im Schornsteinfegergewerbe**, Hamburg 1911
- Krüger, Herbert* **Allgemeine Staatslehre**, 2. Aufl., Stuttgart (u.a.) 1966
- Kulas, Axel* **Privatisierung hoheitlicher Verwaltung**, 2. Aufl., Köln (u.a.) 2001
- Kulischer, Josef* **Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit**, Bd. I, Das Mittelalter, 6. Aufl., Darmstadt 1988
- Lackhoff, Klaus* **Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht**, Berlin 2000
- Lämmerzahl, Torsten* **Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben**: eine Untersuchung ihrer verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen, Berlin 2007
- Landmann, Robert/
Rohmer, Gustav (Hg.)* **Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften**, Loseblatt, Bd. 2, Ergänzende Vorschriften, München (Stand: Juni 2006)
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Landmann/Rohmer*,...]

Literatur

- Lang, Markus* **Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen**, NJW 2004, S. 3601–3605
- Lee, Won-Woo* **Privatisierung als Rechtsproblem**, Köln (u.a.) 1997
- Lenz, Carl Otto/
Borchardt, Klaus-Dieter* **EU- und EG-Vertrag**, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Aufl., Köln (u.a.) 2006
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, ...]
- Loewenheim, Ulrich/
Meessen, Karl M./
Riesenkampff, Alexander* **Kartellrecht**, Bd. I: Europäisches Recht, Kommentar, München 2005
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Loewenheim/Meessen/
Riesenkampff*, Kartellrecht, Bd. I, ...]
- Mackeben, Andreas* **Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit**, Baden-Baden 2004
- Marcus, Franz* **Die Misstände im Schornsteinfegerwesen**, Hamburg 1911
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/* **Grundgesetz**, Kommentar, Loseblatt, München (Stand: Juni 2007)
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig*, GG, ...]
- Maurer, Hartmut* **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 16. Aufl., München 2006
- Mayer, Heinz* **Kommentar zu EU- und EG-Vertrag**, Loseblatt, Wien (Stand: Juni 2003)
- Mennacher, Hubert* **Begriffsmerkmale und Rechtsstellung der mit öffentlicher Gewalt Beliehenen Hoheitsträger des Privatrechts** (Beliehene Private), München 1963
- Menzer, Jörg K.* **Privatisierung der atomaren Endlagerung**, DVBl. 1998, S. 820–827
- Mestmäcker, Ernst-
Joachim* **Kommunikation ohne Monopole II**, Ein Symposium über Ordnungsprinzipien im Wirtschaftsrecht der Telekommunikation und der elektronischen Medien, Baden-Baden 1995

- ders./ Schweitzer, Heike* **Europäisches Wettbewerbsrecht**, 2. Aufl., München 2004
- 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
- Michels-Holl* **Das Zunftwesen im Mittelalter und seine Bedeutung für die Arbeitswelt**, in: Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit: Bilanz und Perspektiven an der Schwelle zum Jahr 2000; Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, Neuwied 1999, S. 681–692
- Moelle, Erich/ Siegert, Albrecht/ Musielak, Hans-Joachim* **Das Recht des Schornsteinfegerhandwerks**, 6. Aufl., Darmstadt 1965
- Möllgaard, Jürgen* **Die Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (LBauO M-V)** vom 26. 4. 1994, LKV 1994, S. 429–431
- Möschel, Wernhard* **Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung**, JZ 1988, S. 885–893
- Muckel, Stefan* **Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen**, Berlin 1989
- Müller, Joachim A.* **Dienstleistungsmonopole im System des EWGV**, Baden-Baden 1988
- Müller, Nikolaus* **Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben** (Institutional choice), Köln (u.a.) 1993
- Musielak, Hans-Joachim/ Schira, Hans Peter/ Manke, Michael* **Schornsteinfegergesetz**, Kommentar zum Schornsteinfegergesetz und zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen, 6. Aufl., Dieburg 2003
- Nicklisch, Fritz* **Technische Überwachungsorganisationen und öffentlich bestellte Sachverständige**, Zum Problem der Zulassung öffentlich bestellter Sachverständiger zur technischen Überwachung, DB 1982, S. 2277–2288

Literatur

- Oldenbourg, Andreas* **Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich**, München 1984
- Oppermann, Thomas* **Europarecht**, 3. Aufl., München 2005
- Ossenbühl, Fritz* **Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private**, in: VVDStRL 29 (1971), S. 137–209
- ders.* **Staatshaftungsrecht**, 5. Aufl., München 1998
- Osterloh, Lerke* **Privatisierung von Verwaltungsaufgaben**, in: VVDStRL 54 (1995), S. 204–239
- Paulus, Christoph G./
Zenker, Wolfgang* **Grenzen der Privatautonomie**, JuS 2001, S. 1–9
- Payrhuber, Albert J.* **Deregulierung im Handwerk – Dargestellt am Beispiel des Schornsteinfegerhandwerks**, Dissertation, Göttingen 2005
- Peine, Franz-Joseph* **Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte**, DöV 1997, S. 353–365
- Pestalozza, Christian* **„Formenmißbrauch“ des Staates: zu Figur und Folgen des „Rechtsmissbrauchs“ und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten**, München 1973
- Peters, Hans/
Ossenbühl, Fritz* **Die Übertragung von öffentlich-rechtlichen Befugnissen auf die Sozialpartner unter Berücksichtigung des Arbeitszeitschutzes**, Berlin (u.a.) 1967
- Pieroth, Bodo/
Schlink, Bernhard* **Grundrechte**, Staatsrecht II, 23. Aufl., Heidelberg 2007
- Ramsauer, Ulrich* **Die faktische Beeinträchtigung des Eigentums**, Berlin 1980
- Rauschning, Dietrich* **Staatsaufgabe Umweltschutz**, in: VVDStRL 38 (1980), S. 167–205
- Reinermann, Heinrich* **Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltung**, 6. Aufl., Speyer 1997
- Reuß, Wilhelm* **Die Rechtsstellung des Stellvertreters des Bezirksschornsteinfegermeisters**, DVBl. 1962, S. 471–476

-
- Ritter, Ernst-Hasso* **Bauordnungsrecht in der Deregulierung**, DVBl. 1996, S. 542–550
- Rombach, Wolfgang* **Zusatzversorgung der Bezirksschornsteinfegermeister**, Grundlagen und Überleitung auf die neuen Bundesländer zum 1. August 1994, SGB 1994, S. 563–565
- Ronellenfötsch, Michael* **Staat und Markt** – Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, DöV 1999, S. 705–711
- Roth, Andreas* **Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt**, Berlin 1991
- Rozek, Jochen* **„Leipziger Allerlei“: eine Bahnhofspromenade, das Ladenschlussrecht und die grundrechtliche Wettbewerbsfreiheit**, zugleich eine Besprechung des Urteils des SächsOVG vom 2. 12. 1998, SächsVBl. 1999, S. 149–157
- Sachs, Michael* **Vorläufige Außerkraftsetzung des Altenpflegegesetzes**, JuS 2002, S. 80–81
- ders.* **Grundgesetz**, Kommentar, 4. Aufl., München 2007 [zit.: *Bearbeiter*, in: *Sachs*, GG,...]
- Sack, Karl Wilhelm/
Unger, Wilhelm* **Etwas Schornsteinfegergeschichte**, in: *Wagner, Gerhard* (Hg.), *Geschichte des Schornsteins und des Schornsteinfegerhandwerks*, S. 15–28
- Samuelson, Paul A./
Nordhaus, William D.* **Volkswirtschaftslehre**, Das internationale Standardwerk der Makro- und Mikroökonomie, 3. Aufl., Landsberg am Lech 2007
- Schliesky, Utz* **Öffentliches Wettbewerbsrecht**, Verhaltensrechtliche Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln, Berlin 1997
- Schmalz, Georg Ludwig* **Die berufsständischen Versorgungswerke der Freien Berufe im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes**, Dissertation, Karlsruhe 2004

Literatur

- Schmidt, Rolf* **Staatsorganisationsrecht** sowie Grundzüge des Verfassungsprozessrechts, 6. Aufl., Grasberg bei Bremen 2006
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Hofmann, Hans/
Hopfauf, Axel* **GG**, Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl., Köln, München 2008
- Schneider, Jens-Peter* **Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur**, DVBl. 2000, S. 1250–1260
- Schoch, Friedrich* **Privatisierung von Verwaltungsaufgaben**, DVBl. 1994, S. 962–977
- ders.* **Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung**, DVBl. 1994, S. 1–12
- ders.* **Privatisierung der Abfallentsorgung**: ein Beitrag zu den rechtlichen Determinanten der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Köln (u.a.) 1992
- Scholl, Patrick* **Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht**, Elemente einer allgemeinen Sachverständigenlehre, Dissertation, Baden-Baden 2004
- Scholz, Rupert* **Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, AÖR 100 (1975), S. 80–130
- ders.* **Konzentrationskontrolle und Grundgesetz**, Stuttgart 1971
- Schöne, Franz-Josef* **Dienstleistungsfreiheit in der EG und deutsche Wirtschaftsaufsicht**, Köln (u.a.) 1989
- Schulte, Martin* **Schlichtes Verwaltungshandeln**, Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegung am Beispiel des Umweltrechts, Tübingen 1995
- Schuppert, Gunnar Folke* **Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaften**, VerwArch 71 (1980), S. 309–344
- ders.* **Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung** – Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415–447

- ders.* **Verwaltungswissenschaft:** Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000
- ders.* **Rückzug des Staates?** – Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubeurteilung –, DöV 1995, S. 761–770
- Schwarze, Jürgen* **EU-Kommentar**, 1. Aufl., Baden-Baden 2000 [zit.: *Bearbeiter*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar...]
- Schweitzer, Heike* **Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst**, Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag und die Liberalisierung in den Sektoren Telekommunikation, Energie und Post, Baden-Baden 2001
- Seidel, Achim* **Privater Sachverstand und staatliche Garantstellung im Verwaltungsrecht**, München 2000
- Siegert, Albrecht/
Musielak, Hans-Joachim* **Schornsteinfegergesetz**, Kommentar zum Schornsteinfegergesetz und zur Verordnung über das Schornsteinfegerwesen, 1. Aufl., Darmstadt 1970
- Siems, Ulrike* **Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns**, Göttingen 1999
- Smit, Hans/
Herzog, Peter E.* **The Law of the European Economic Community**, A Commentary on The EEC Treaty, New York (u. a.) 1981
- Sopp, Alexander* **Drittstaatsangehörige und Sozialrecht:** eine Darstellung nationaler, europäischer und menschenrechtlicher Entwicklungen, Frankfurt a. M. (u.a.) 2007
- Stehmer, Wolfgang* **Handbuch für das Schornsteinfegerwesen in Baden-Württemberg**, Kommentar, 5. Aufl. Stuttgart 2002
- Steiner, Udo* **Öffentliche Verwaltung durch Private**, DöV 1970, S. 526–532
- ders.* **Öffentliche Verwaltung durch Private**, Hamburg 1975
- Stelkens, Paul/
Bonk, Joachim/
Sachs, Michael (Hg.)* **Verwaltungsverfahrensgesetz**, Kommentar, 6. Aufl., München 2001 [zit.: *Bearbeiter*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, ...]

Literatur

- Stettner, Rupert* **Zwischenruf:** Der flächendeckende Schutz gegen Passivrauchen ist Kompetenz und Pflicht des Bundes, ZG 2007, S. 156–178
- Stober, Rolf* **Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht,** Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und des Binnenmarktrechts, 15. Aufl., Stuttgart 2006
- ders.* **Grundrechtsschutz und Wirtschaftstätigkeit,** Köln (u.a.) 1989
- ders.* **Deregulierung im Wirtschaftsverwaltungsrecht –** Wirtschaftsverwaltung zwischen Staats- und Privatfunktionen –, DöV 1995, S. 125–135
- ders.* **Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht,** Zur Deregulierungsdebatte in Deutschland, Köln (u.a.) 1997
- ders.* **Zum Beruf des Sachverständigen nach der Novellierung des § 36 GewO,** in: Staat, Wirtschaftsrecht, Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 545–568
- ders.* **Zur Qualifizierung der privaten Sicherheitsdienste,** GewArch. 2002, S. 129–137
- ders.* **Zur staatlichen Regulierung der gewerblichen Spielvermittlung,** GewArch. 2003, S. 305–321
- ders.* **Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe,** Plädoyer für eine Police-Private-Partnership, NJW 1997, S. 889–896
- ders.* (Hg.) **Lexikon des Rechts,** Gewerberecht, Neuwied 1999 [Bearbeiter, in: *Stober*, Lexikon des Rechts, ...]
- ders./ Olschok, Harald* (Hg.) **Handbuch des Sicherheitsgewerberechts,** München 2004 [zit.: *Bearbeiter*, in: *Stober/Olschok*, Handbuch des Sicherheitsgewerbes, ...]
- Stork, Stefan* **Die neue Rahmenrichtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG)** unter besonderer Berücksichtigung reglementierter Handwerksberufe, WiVerw 2006, S. 152–180

-
- Storr, Stefan* **Der Staat als Unternehmen**, Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001
- Streinz, Rudolf* **EUV/EGV**, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003
[zit.: *Bearbeiter*, in: *Streinz*, EUV/EGV,...]
- ders.* **Europarecht**, 7. Aufl., Heidelberg 2005
- Stuible-Treder, Jutta* **Der Beliehene im Verwaltungsrecht**, Dissertation, Tübingen 1986
- Stumpf, Cordula* **Aktuelle Entwicklungen im europäischen Dienstleistungs- und Niederlassungsrecht**, DZWIR 2006, S. 99–107
- Tomerius, Stephan* **Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindefirtschafts- und Wettbewerbsrecht**, LKV 2000, S. 41–47
- Tomuschat, Christian* **Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt**, ZaöRV 1967, S. 53–93
- Trute, Hans-Heinrich* **Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung**, DVBl. 1996, S. 950–964
- Über, Giesbert* **Freiheit des Berufs**, Artikel 12 des Grundgesetzes: nach einer rechtsgrundsätzlichen Betrachtung der individuellen Freiheit, Dissertation, Hamburg 1952
- v. d. Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen* (Hg.) **Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft**, 6. Aufl., Baden-Baden 2003
[zit.: *Bearbeiter*, in: *v. d. Groeben/Schwarze*, EU- und EG-Vertrag, ...]

Literatur

- v. *Hagemeister, Adrian Philipp* **Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben:** eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland, München 1992
- v. *Heimburg, Sibylle* **Verwaltungsaufgaben und Private,** Funktionen und Typen der Beteiligung Private an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982
- v. *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* **Kommentar zum Grundgesetz,** 5. Aufl., München 2005
[zit.: *Bearbeiter*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, ...]
- v. *Repgow, Eike* **Der Sachsenspiegel,** herausgegeben von *Schott, Clausdieter*, Übertragung des Landrechts von *Ruth Schmidt-Wiegand*, Übertragung des Lehenrechtes und Nachwort von *Clausdieter Schott*, 4. Aufl., Zürich 2006
[zit.: v. *Repgow*, Der Sachsenspiegel, ...]
- v. *Rohrscheidt, Kurt* **Vom Zunftzwang zur Gewerbefreiheit,** Nachdruck der Ausgabe Berlin 1898, Glashütten 1976
- v. *Staudinger, Julius* **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,** Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 839, 839a, Neubearbeitung 2007
[zit.: *Bearbeiter*, in: v. *Staudinger*, BGB, ...]
- v. *Wilmowsky, Peter* **Abfallwirtschaft und Binnenmarkt,** Europäische Probleme und amerikanische Erfahrungen, Düsseldorf 1990
- ders.* **Mit besonderen Aufgaben betraute Unternehmen unter dem EWG-Vertrag,** Ein Beitrag zu Art. 90 Abs. 2 EWGV, ZHR 155 (1991), S. 545–572
- Vocke, Helmut* (Hg.) **Geschichte der Handwerksberufe,** L-Z, Bd. 2, Waldshut/Baden, 1960
- Vogel, Barbara* **Allgemeine Gewerbefreiheit,** die Reformpolitik des preußischen Staatskanzlers Hardenberg (1810– 1820), Göttingen 1983

-
- Vogel, Klaus* **Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private**, Aussprache und Schlussworte, in: VVDStRL 29 (1971), S. 254, 255–257
- ders.* **Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand**: eine verwaltungsrechtliche Untersuchung, Hamburg 1959
- Voskuhle, Andreas* **Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung**, in: VVDStRL 62 (2003), S. 268–328
- Wagner, Gerhard* (Hg.) **Geschichte des Schornsteins und des Schornsteinfegerhandwerks** vom IX. bis zum XX. Jahrhundert, 2. Aufl., Düsseldorf 1993
- Weber, Lukas* **Der ungeliebte Glücksbringer**, Das Schornsteinfegermonopol muss fallen, in: FAZ, 14. Mai 2004, S. 13
- Weber-Dürler, Beatrice* **Der Grundrechtseingriff**, in: VVDStRL 57 (1998), S. 57–95
- Weiner, Bernhard* **Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben**: eine Untersuchung mit verfassungsrechtlichem Schwerpunkt, Frankfurt a. M. (u.a.) 2001
- Weiske, Julius* **Rechtslexikon**, für Juristen aller deutschen Staaten, Wohnort-, Zwangs- und Bannrechte, Bd. 15, Leipzig 1861
- Weiß, Wolfgang* **Öffentliche Unternehmen und EGV**, EuR 2003, S. 165–190
- ders.* **Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung**, DVBl. 2002, S. 1167–1182
- ders.* **Privatisierung und Staatsaufgaben**, Privatisierungsentscheidung im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002
- Wernsmann, Rainer* **Klagearten und Klagebefugnis im Konkurrentenrechtsstreit**, Die Verwaltung 36 (2003), S. 67–103

Literatur

- Windthorst, Kay* **Staatshaftungsrecht**, JuS 1995, S. 791–796, 892–897, 992–998
- Wittkopp, Ulrich H.* **Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte**, Baden-Baden 1977
- Wolf, Manfred* **Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich**, Tübingen 1970
- Wolff, Hans Julius/
Bachof, Otto/
Stober, Rolf* **Verwaltungsrecht**, Bd. III, 5. Aufl., München 2004
- dies./
Kluth, Wilfried* **Verwaltungsrecht**, Bd. I, 12. Aufl., München 2007
- Woll, Artur* **Volkswirtschaftslehre**, 15. Aufl., München 2007
- Württemberg, Thomas
Daniel* **Art. 72 II GG: Eine berechenbare Kompetenzausübungsregel?**, Baden-Baden 2005
- Ziekow, Jan* **Freiheit und Bindung des Gewerbes**, Berlin 1992
- ZIV (Hg.) **Der Schornsteinfeger und sein Berufswissen**, Lehrbuch für Fachschulen, Meister und Gesellen, 2. Aufl., Berlin 1916
- ders.*(Hg.) **1884-1894**, 100 Jahre Zentralinnungsverband des Schornsteinfegerhandwerks, Düsseldorf 1984
- Zuck, Holger* **Auswahl- und Verteilungsentscheidung beim Bewerberüberhang**, am Beispiel des Gewerbe-, Schornsteinfeger-, Personenbeförderungs-, Güterkraftverkehrs-, Außenwirtschafts- und Privatrundfunkrechts, Dissertation, Tübingen 1994

Quellen

- BMWi* Gesetzentwurf der Bundesregierung, **Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens**, Stand: 25. 01. 2008
- BMWi* **Entwurfsbegründung** für das Gesetz zur Neuregelung des Schornsteinfegerwesens, Stand: Januar 2008
- Europäische Kommission* **Mit Gründen versehene Stellungnahme**, Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2001/5162, 18. 10. 2006
- Herdegen, Matthias* **Die gesetzliche Ordnung des Schornsteinfegerwesens in Deutschland im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts**, Rechtsgutachten im Auftrag des ZIV, Bonn 2000
- Wuermeling, Joachim* **Vereinbarkeit des deutschen Schornsteinfegergesetzes mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht**, Rechtsgutachten im Auftrag des ZIV, Bayreuth 2003 (unveröffentlicht)

