

Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Anpassung der Sachverständigenordnung der Handwerkskammer Münster anhand der Vorgaben des § 106 Abs. 3 – 5 HwO in Verbindung mit Anlage E zur HwO

I. Inhalt der Neuregelung

Die Sachverständigenordnung der Handwerkskammer Münster für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen vom 05.12.2012, bekannt gemacht am 30.05.2013 im Deutschen Handwerksblatt gem. § 105 Abs. 4 i.V.m. § 106 Abs. 2 HwO und Kammersatzung soll durch Beschlussfassung der Vollversammlung vom 20.06.2024 neben redaktionellen Änderungen unter anderem in folgenden wesentlichen Punkten angepasst werden:

- § 1 SVO – Inbezugnahme der §§ 36, 36a Gewerbeordnung.
- § 2 Abs. 2 SVO – Voraussetzungen für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen. Primärer Anknüpfungspunkt für eine Bestellung von Sachverständigen in zulassungspflichtigen Handwerken ist das Vorliegen der Voraussetzungen zur Eintragung in die Handwerksrolle, so dass nicht mehr in erster Linie auf eine bestehende Eintragung in die Handwerksrolle abgestellt wird.
- § 2 Abs. 3 SVO – Erleichterte Bestellung von Sachverständigen, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen.
- § 2 Abs. 4 SVO – Bei EU/EWR-Staatsangehörigen, die ihre besondere Sachkunde in einem
▪ anderen EU/EWR-Mitgliedstaat erworben haben, wird für den Nachweis der besonderen
▪ Sachkunde § 36a GewO in einem eigenständigen Absatz für entsprechend anwendbar erklärt.
- § 20a SVO – Rechtsgrundlage für das Ergreifen von Aufsichtsmaßnahmen gegenüber Sachverständigen.
- § 22 MSVO – Klarstellung, dass ein Umzug nicht automatisch zum Erlöschen der Bestellung führt.

II. Verhältnismäßigkeitsprüfung

1. Prüfungsumfang und -intensität gemäß § 106 Absatz 4 Satz 2 HwO

Gemäß § 106 Absatz 4 Satz 2 HwO muss der Umfang der Prüfung im Verhältnis zu der Art, dem Inhalt und den Auswirkungen der Vorschrift stehen. Damit ist der Prüfungsumfang abhängig von der Eingriffsintensität der zu prüfenden nationalen Rechtsvorschrift(-en). Die Tätigkeit als freier Sachverständiger unterliegt in Deutschland keinerlei qualifikationsgebundener Zugangs- oder Ausübungsbeschränkung. Durch die vorliegende Sachverständigenordnung werden allein für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen im Bereich des Handwerks Anforderungen im Hinblick auf die persönliche und fachliche Eignung statuiert. Insoweit ist allerdings der wesentliche Rechtsrahmen bundesgesetzlich durch § 36 GewO vorgegeben, was durch § 91 Abs. 1 Nr. 8 HwO und den Verweis in § 1 Abs. 1 SVO auf die einschlägigen bundesrechtlichen Bestimmungen explizit klargestellt wird.

Nach § 36 Abs. 1 S. 1 GewO hat eine Bestellung durch zuständige Stellen für bestimmte Sachgebiete zu erfolgen, sofern für diese Sachgebiete ein Bedarf an Sachverständigenleistungen besteht, sie hierfür besondere Sachkunde nachweisen und keine Bedenken gegen ihre Eignung bestehen. Sie sind darauf zu vereidigen, dass sie ihre Sachverständigenaufgaben unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch erfüllen und ihre Gutachten entsprechend erstatten werden.

Sind daher bereits die wesentlichen Vorgaben bundesrechtlich normiert, so kann von ihnen nicht durch autonomes Satzungsrecht der Handwerkskammern abgewichen werden. Vielmehr greift die Sachverständigenordnung die bundesrechtlich normierten Bestellungs voraussetzungen sowie die Vorgaben zur Ausübung von Sachverständigentätigkeiten für ihren Geltungsbereich auf.

Aus der öffentlichen Bestellung von Sachverständigen durch Bestellungskörperschaften resultiert namentlich ein Vorrang bei der Hinzuziehung im Rahmen von Gerichtsverfahren, wo in besonderem Maße die Neutralität und Expertise im Sinne einer persönlichen und fachlichen Eignung eine zentrale Rolle spielt, um im Interesse eines funktionierenden Rechtssystems und des Vertrauens des Rechtsverkehrs in die Qualität gerichtlicher Entscheidungen nach Exzellenz zu streben. Die entsprechenden Regelungen zur gerichtlichen Hinzuziehung von Sachverständigen sind allerdings in den jeweiligen Prozessordnungen verankert (§ 404 Abs. 3 ZPO; § 73 Abs. 2 StPO, § 173 VwGO i.V.m. § 404 Abs. 3 ZPO, § 118 Abs. 1 SGG i.V.m. § 404 Abs. 3 ZPO). Entsprechendes gilt für in geringem Umfang gesetzlich normierte Vorbehaltsaufgaben zu Gunsten öffentlich bestellter Sachverständiger.

Im Ergebnis besteht daher bei Regelungen zur öffentlichen Bestellung von Sachverständigen im Hinblick auf die Zielsetzungen der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie – einer Verhinderung von Marktsegmentierungen durch Berufsreglementierungen – eine geringere Prüfindensität mit entsprechendem Rechtfertigungsaufwand als bei klassischen Berufsreglementierungen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Regelungen der Anerkennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) bei grenzüberschreitenden Sachverhalten einen schnellen und unbürokratischen Marktzugang ermöglichen. Schließlich führen die unter I. aufgeführten Neuregelungen tendenziell zu Erleichterungen des bestehenden Reglementierungsrahmens, da namentlich für die Sachverständigenbestellung nicht mehr grundsätzlich auf eine bestehende Eintragung in die Handwerksrolle abgestellt wird und eine erleichterte Bestellung von Sachverständigen erfolgen kann, die in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen.

2. Beachtung des Diskriminierungsverbots nach § 106 Absatz 4 Satz 1 HwO i.V.m. Anlage E II. 1. zur HwO

Anlage E II. 1. zur HwO greift in Umsetzung von Art. 5 der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie (RL (EU) 2018/958) den primärrechtlich verankerten Grundsatz des Diskriminierungsverbots auf, wonach nationale Vorschriften weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes bewirken dürfen. Die vorliegende Sachverständigenordnung enthält keinerlei diskriminierend wirkenden Regelungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des

Wohnsitzes. So wird für Antragsteller aus einem anderen EU/EWR-Mitgliedstaat ohne Niederlassung im Inland zwecks diskriminierungsfreier Ausgestaltung der Sachverständigenordnung darauf abgestellt, dass sie ihre Niederlassung beziehungsweise ihren Hauptwohnsitz in der EU oder dem EWR haben können.

Zudem wurde der Nachweis der besonderen Sachkunde für EU/EWR-Staatsangehörige neu geregelt. Sie haben ihre besondere Sachkunde regelmäßig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR erworben. Daher wird nunmehr im Hinblick auf den Nachweis der besonderen Sachkunde die Regelung des § 36a GewO für entsprechend anwendbar erklärt. § 36a GewO setzt die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen für den spezifischen Fall der öffentlichen Bestellung von Sachverständigen mit Qualifikationen aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im nationalen Recht um. Im Gegensatz zu innerstaatlichen Bestellungssachverhalten, bei denen die behördliche Zuständigkeit von dem Betriebs- oder Wohnsitz als Anknüpfungspunkt abhängt, können Sachverständigenbewerber aus dem EU/EWR-Ausland unter den Handwerkskammern als Bestellskörperschaften frei wählen

3. Rechtfertigung durch Ziele des Allgemeininteresses gemäß § 106 Absatz 4 Satz 1 HwO i.V.m. Anlage E II. 2. zur HwO

Wie sich unmittelbar aus Erwägungsgrund 17 der RL (EU) 2018/958 sowie aus der einschlägigen Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ergibt, sind unter anderem der Schutz der Verbraucher, der Schutz der Dienstleistungsempfänger sowie die Sicherung einer geordneten Rechtspflege als Ziele des Allgemeininteresses anerkannt, die Beschränkungen der Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts rechtfertigen können. So betont der EuGH, dass der Schutz zum einen der Verbraucher, u. a. der Empfänger gerichtlicher, von Organen der Rechtspflege erbrachter Dienstleistungen, und zum anderen einer geordneten Rechtspflege Ziele darstellen, die als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden können (EuGH v. 05.12.2006 – C-94/04 und C-202/04 – Slg. 2006, I-11455, Rn. 64 – Cipolla u.a.).

Die bestehenden Regelungen zur öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen dienen dem Zweck, der interessierten Öffentlichkeit sowie den Behörden und Gerichten Sachverständige zu präsentieren, die persönlich integer, unabhängig und unparteiisch sind und die fachlich ein objektives sowie qualifiziertes Urteil garantieren (Bleutge, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung Bd. 1, § 36 Rn. 46). Damit dienen sie der Verwirklichung EU-rechtlich anerkannter Ziele des Allgemeininteresses.

4. Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß § 106 Absatz 4 Satz 1 HwO i.V.m. Anlage E II. 3. a) – h) zur HwO – Stets zu prüfende Kriterien

(a) Eigenart der mit den angestrebten Zielen des Allgemeininteresses verbundenen Risiken (Anlage E II. 3. a) zur HwO)

Das BVerfG hat in seiner einschlägigen Judikatur bereits festgestellt, dass es sich bei der gesetzlichen Regelung zur öffentlichen Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen nicht um eine Beschränkung der Berufswahl handelt, sondern nur um eine Regelung der Berufsausübung. Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige unterscheiden sich von den übrigen Sachverständigen nicht durch die Zugehörigkeit zu einem eigenständigen Beruf, sondern lediglich durch die staatliche Feststellung ihrer Qualifikation als Sachverständige, ohne dass sich hierdurch das Bild ihrer beruflichen Tätigkeit ändert (BVerfG v. 25.3.1992 – Az. 1 BvR 298/86 – BVerfGE 86, 28 = GewArch 1992, 272). Insoweit ist zu berücksichtigen, dass begutachtende und bewertende Tätigkeiten auch in den einzelnen Betrieben des jeweiligen Handwerks ausgeübt werden, weil sie zum standartmäßigen Leistungsangebot gehören, das in den Ausbildungsordnungen und Meisterprüfungsberufsbildern verankert ist, ohne allerdings auf die Erstellung von Gutachten im gerichtlichen Kontext abzustellen.

Mit den gesetzlichen Regelungen zur öffentlichen Bestellung von Sachverständigen wird das Ziel verfolgt, im Interesse eines reibungslosen Rechtsverkehrs und einer funktionierenden Rechtspflege allen Behörden, Gerichten und privaten Interessenten für komplizierte Sachverhaltsfeststellungen und Prüfungen kompetente und glaubwürdige Fachleute anzubieten (BVerfG v. 25.3.1992 – Az. 1 BvR 298/86 – BVerfGE 86, 28 = GewArch 1992, 272). Daher sind öffentlich bestellte Sachverständige von den Gerichten vorrangig hinzuzuziehen. Insoweit ist besonders auf den Aspekt der Sicherung einer geordneten Rechtspflege abzustellen, daneben aber auch auf Empfänger gerichtsbezogener Dienstleistungen. Diese Zielsetzungen wurden in der einschlägigen EuGH-Judikatur als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt, die Beschränkungen der Personenverkehrsfreiheiten rechtfertigen können (EuGH v. 5.12.2006 – C-94/04 und C-202/04 – Slg. 2006, I-11455, Rn. 64 – Cipolla u.a.).

Da von der Güte der Gerichtsentscheidungen zugrunde liegenden Sachverständigengutachten unmittelbar die Qualität der gerichtlichen Einzelfallentscheidungen abhängt, die wiederum direkte Rückwirkungen auf Verbraucher, die gewerbliche Wirtschaft, Behörden sowie die Allgemeinheit und das Ansehen des Rechtssystems hat, ist der in der Sachverständigenordnung unter anderem geregelte und aus § 36 GewO abgeleitete Nachweis der besonderen Sachkunde erforderlich, um ein fachlich objektives sowie qualifiziertes Urteil zu garantieren. Ebenso zielt das Kriterium der persönlichen Eignung darauf ab, nur diejenigen Personen öffentlich zu bestellen, die ihre Gutachtertätigkeit aufgrund ihrer Objektivität, Neutralität und charakterlichen Zuverlässigkeit objektiv und unparteiisch ausüben können (BVerwG v. 15.11.1991 – Az. 1 B 136/91 – GewArch 1992, 64).

(b) Defizite des Regelungsrahmens dergestalt, dass weniger einschneidende Maßnahmen nicht in gleicher Weise zur Zielerreichung geeignet sind (Anlage E II. 3. b) zur HwO)

In einem vollkommenen Markt würden alle Wirtschaftsakteure aufgrund der bestehenden Markttransparenz rationale Entscheidungen auf ökonomischer Grundlage treffen. Tatsächlich sind die Märkte durch Informationsasymmetrien und inhomogene Güter sowie Dienstleistungen geprägt. Insoweit besteht ein Bedürfnis nach externer

Expertise von Sachverständigen, um zu sachgerechten Entscheidungen zu gelangen. Daher hat der Gesetzgeber ein ausdifferenziertes System entwickelt, um einerseits den Bedürfnissen der Marktteilnehmer nach externer Expertise Rechnung zu tragen und andererseits einen möglichst freien Zugang zur Betätigung als Sachverständiger zu schaffen. So ist die Sachverständigentätigkeit in Deutschland einem weiten Personenkreis zugänglich, wobei grundsätzlich von der Berufsfreiheit ausgegangen wird und insoweit auch die europarechtlich abgesicherten Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts nicht negativ tangiert werden, die der Mobilität von Selbständigen und abhängig Beschäftigten im Binnenmarkt dienen. Das ausdifferenzierte System in Deutschland lässt sich fünf Gruppen unterscheiden (Bleutge, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung Bd. 1, § 36 Rn. 17 ff.; ders., GewArch 2007, 184 ff.):

- freie (selbsternannte) Sachverständige,
- verbandsanerkannte Sachverständige,
- zertifizierte Sachverständige,
- amtlich anerkannte Sachverständige sowie
- öffentlich bestellte Sachverständige.

Im Regelfall stehen die vorgenannten Gruppen von Sachverständigen im Markt in einem Wettbewerbsverhältnis. Dabei ist der Sachverständigenbegriff in Deutschland an sich keine geschützte Berufsbezeichnung. Daher ist es für Personen grundsätzlich möglich, sich als Sachverständige zu titulieren, sofern sie dabei den allgemeinen gesetzlichen Ordnungsrahmen beachten, zu dem das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot gehört, das europarechtlich in der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken verankert ist. Daher müssen auch Freie Sachverständige über eine überdurchschnittliche Sachkunde auf einem bestimmten Sachgebiet verfügen, in dem sie entsprechend tätig sind (OLG Hamm v. 13.5.1997 – 4 U 259/96 – WRP 1997, 972 = GewArch 1997, 350).

Verbandsanerkannte und zertifizierte Sachverständige sind den jeweiligen Qualitätsanforderungen des Verbands- oder Zertifizierungssystems unterworfen (Bleutge, GewArch 2007, 184 (187)). Indes weisen amtlich anerkannte sowie öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige ihre Sachkunde vor einer staatlichen Stelle nach und sind im Bereich der technischen Überwachung tätig (Bleutge, GewArch 2007, 184 (186)). Entsprechend ist es für öffentlich bestellte Sachverständige erforderlich, die allgemeinen Bestimmungsvoraussetzungen zu erfüllen. Es handelt sich insoweit stets um freiwillige Qualitätssicherungssysteme, die bestimmten Markterfordernissen Rechnung tragen und aufgrund ihrer starken Ausdifferenziertheit die geringstmögliche Eingriffsintensität sowohl im Hinblick auf verfassungs- als auch auf europarechtliche Gewährleistungen aufweisen. Dies zeigt sich auch daran, dass die Zahl öffentlich bestellter Sachverständiger – über längere Zeiträume betrachtet – recht konstant geblieben ist, wohingegen die Zahl nicht öffentlich bestellter Sachverständiger stetig zunimmt (Bleutge, GewArch 2007, 184).

(c) Eignung und Angemessenheit der Vorschriften zur Zielerreichung (Anlage E II. 3. c) zur HwO)

Satzungsrecht auf Grundlage von § 106 Abs. 1 Nr. 12 HwO erfasst allein die öffentliche Bestellung von Sachverständigen für den Wirtschaftsbereich Handwerk durch Handwerkskammern als Bestellungskörperschaften. Die öffentliche Bestellung ist dabei an gesetzliche Voraussetzungen geknüpft, die neben den Kriterien der besonderen Sachkunde und Eignung auch eine abstrakte Bedürfnisprüfung umfassen. Aufgrund dieser besonderen Bestellungsbedingungen, die eine Gewähr für persönliche Integrität, Unabhängigkeit, Unparteilichkeit sowie ein fachlich objektives und qualifiziertes Urteil bieten, sind öffentlich bestellte Sachverständige in Gerichtsverfahren bevorzugt heranzuziehen (§§ 404 Abs. 3 ZPO, 73 Abs. 2 StPO).

Dieses abgestufte System weist eine deutlich geringere Eingriffsintensität auf als gewöhnliche Berufsreglementierungen, die einen echten Vorbehaltsbereich zu Gunsten einer bestimmten Personengruppe schaffen. Ein Vorrang bei der Hinzuziehung im Rahmen von Gerichtsverfahren, wo in besonderem Maße die Neutralität und Expertise im Sinne einer persönlichen und fachlichen Eignung eine zentrale Rolle spielt, resultiert aus dem Prozessrecht, nicht aus der Sachverständigenordnung. Die dortigen Bestimmungen werden flankiert durch prozessrechtliche Regelungen, die dem Gericht zwecks Erfüllung seiner Prozessförderungspflicht ein allgemeines Leitungs- und Weisungsrecht gegenüber gerichtlich bestellten Sachverständigen einräumen (§§ 404a ZPO, 78 StPO). Kehrseite des prozessrechtlich verankerten Vorrangs ist, dass öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige im Gegensatz zum freien Sachverständigen einen gerichtlichen Gutachtenauftrag nur in eng gesetzten Grenzen ablehnen können und daher grundsätzlich zum Tätigwerden verpflichtet sind.

Wie bereits zu 4. (a) ausgeführt, hängt von der Güte ihnen zugrundeliegender Sachverständigengutachten unmittelbar die Qualität der gerichtlichen Einzelfallentscheidungen ab, die wiederum direkte Rückwirkungen auf Verbraucher, die gewerbliche Wirtschaft sowie die Allgemeinheit und das Ansehen des Rechtssystems haben. Die Qualität der Tätigkeit von öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen wird über die im autonomen Satzungsrecht statuierten Anforderungen im Hinblick auf die persönliche Eignung und besondere Sachkunde als Bestellungsbedingungen ex ante abgesichert. Allgemeine Regelungen – etwa aus dem Bereich des Vertragsrechts – sind nicht ansatzweise geeignet, eine hinreichende Gewähr für die Leistungsgüte zu erbringen, zumal sie nicht präventiv wirken, sondern allein kompensatorisch.

Die öffentliche Bestellung hat gewisse rechtliche und in der Regel auch günstige wirtschaftliche Auswirkungen auf die Berufsausübung von Sachverständigen (BVerfG v. 25.3.1992 – Az. 1 BvR 298/86 – BVerfGE 86, 28 = GewArch 1992, 272; BVerwG v. 26.6.1990 – Az. 1 C 10/88 – GewArch 1990, 355; BayVerfGH v. 12.5.1989 – Az. Vf. 6-VII-87 – NVwZ 1990, 55 = GewArch 1989, 236). So kann die Werbung als öffentlich bestellter Sachverständiger im Markt zu Wettbewerbsvorteilen gegenüber selbsternannten Sachverständigen führen, da der Rechtsverkehr ersterer Gruppe ein höheres Vertrauen entgegenbringt. Allerdings sind die besonderen rechtlichen

Anforderungen der Sachverständigenordnung an die Werbung zu beachten, wonach unter anderem die Sachverständigentätigkeit bei der werblichen Außendarstellung von der sonstigen gewerblichen Betätigung zu trennen ist (sog. Trennungsgebot). Etwaige Vorteile für die allgemeine wirtschaftliche Betätigung von öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen bei der werblichen Außendarstellung sind daher eher gering einzuschätzen.

Zudem sind potenzielle Vorteile mit aus der öffentlichen Bestellung resultierenden Nachteilen abzuwägen, um ein objektives Gesamtbild zu erhalten. Öffentlich bestellte Sachverständige müssen nicht nur einen Nachweis der besonderen Sachkunde erbringen, sondern auch Fortbildungspflichten erfüllen und die allgemeinen Pflichtenkataloge der jeweiligen Bestellungskörperschaft einhalten (Bleutge, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung Bd. 1, § 36 Rn. 9b). Zudem sollen sie über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen. Hieraus resultiert eine höhere Kostenbelastung, die im freien Wettbewerb am Markt zum Nachteil gereichen kann, da sie kalkulatorisch bei der Angebotspreisbildung zu berücksichtigen ist, so nicht im Bereich der Beauftragung durch Gerichte und Behörden die Sätze des Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetzes (JVEG; BGBl. I 2004, S. 776, zul. geändert durch Art. 17 des Gesetzes vom 25.06.2021, BGBl. I S. 2154) maßgeblich sind.

Die bestehenden Regelungen zur öffentlichen Bestellung von Sachverständigen unterliegen bereits nach nationalem Verfassungsrecht einer Überprüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der sich an den Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit orientiert, wobei das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz innewohnende Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs zu beachten ist (BayVGh v. 14.7.2015 – 22 ZB 14.1728 – juris). Dieser Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist weitgehend deckungsgleich mit demjenigen, der vom EuGH bei der Anwendung der Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts entwickelt wurde. Da eine Betätigung als Sachverständiger im Regelfall keinerlei Reglementierung unterliegt und lediglich ein Vorrang öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger in Gerichtsverfahren besteht, wird bewusst die geringstmögliche Eingriffsintensität gewählt und damit auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt, um die Zielsetzung der Sicherung einer geordneten Rechtspflege und des Schutzes von Empfängern gerichtsbezogener Dienstleistungen zu erreichen. Dies geschieht in kohärenter und systematischer Weise, da die Anforderungen nicht nur im Wirtschaftsbereich Handwerk bestehen, sondern in der gewerblichen Wirtschaft auch für Industrie und Handel im Hinblick auf die öffentliche Bestellung von Sachverständigen auf Grundlage von § 36 GewO.

Nach der einschlägigen EuGH-Judikatur ist ein Mitgliedstaat, der sich auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung beschränkender nationaler Regelungen oder Maßnahmen beruft, verpflichtet darzutun, dass sie zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels geeignet und erforderlich sind. Allerdings muss insoweit nicht positiv belegt werden, dass sich das verfolgte Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen ließe (EuGH v. 4.7.2019 – C-377/17 – ECLI:EU:C:2019:562, Rn. 64 – Kommission/Deutschland). Daher erübrigen sich entsprechende hypothetische Betrachtungen.

(d) Auswirkungen auf den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr, die Wahlmöglichkeiten für Verbraucher und die Qualität der Dienstleistungen (Anlage E II. 3. d) – f) zur HwO)

Sachverständige profitieren von den Gewährleistungen des Binnenmarktes, zu denen die Dienstleistungs- sowie die Niederlassungsfreiheit gehören. Da die Betätigung als freier Sachverständiger in Deutschland keinerlei Berufsreglementierung unterliegt, sind die Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts im Regelfall nicht negativ tangiert, weil die Berufsfreiheit in umfassendem Sinne gewährleistet ist. So eine öffentliche Bestellung durch EU/EWR-Bürger im Inland angestrebt wird, greift das gemeinschaftsrechtliche System der Anerkennung von Berufsqualifikationen. Der Europäische Gesetzgeber hat zwecks Sicherung der Mobilität von Selbständigen und abhängig Beschäftigten im Binnenmarkt die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen erlassen (ABl. EU Nr. L 255/22 v. 30.9.2005; zul. geändert durch RL 2013/55/EU, ABl. EU Nr. L 354/132 v. 28.12.2013). Sachverständige aus anderen Mitgliedstaaten der EU und des EWR haben auf Grundlage dieser im nationalen Recht umgesetzten Regelungen einen Rechtsanspruch auf Anerkennung ihrer Berufsqualifikationen. Für den Nachweis der besonderen Sachkunde bei Niederlassungsvorgängen wird in der Sachverständigenordnung nunmehr in einem eigenständigen Absatz explizit auf § 36a GewO verwiesen, der die Anerkennungsrichtlinie für die öffentliche Bestellung von Sachverständigen mit Qualifikationen aus anderen EU/EWR-Staaten umsetzt.

Sofern grenzüberschreitend und gelegentlich Sachverständigendienstleistungen in Deutschland durch EU/EWR-Ausländer erbracht werden sollen, gilt der Grundsatz der automatischen Anerkennung, wenn bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllt werden (Titel II RL 2005/36/EG). Konkret sind bereits im Herkunftsstaat ausgeübte Sachverständigentätigkeiten bei der Entscheidung über einen Antrag auf öffentliche Bestellung als Sachverständiger in Deutschland zu berücksichtigen. Insoweit besteht etwa ein Anerkennungsanspruch im Kontext der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung, wenn Antragsteller in ihrem Herkunftsstaat berechtigt sind, Tätigkeiten auszuüben, die dort Personen vorbehalten sind, die über eine besondere Sachkunde verfügen. In Staaten, in denen die öffentliche Bestellung von Sachverständigen nicht gesetzlich normiert ist und auch keine vergleichbaren allgemeinen Regelungen existieren, ist die besondere Sachkunde von Antragstellern grundsätzlich anzuerkennen, wenn sie in ihrem Herkunftsstaat in einem der letzten zehn Jahre als Sachverständiger vollzeitlich tätig gewesen sind und sich aus den von ihnen vorgelegten Nachweisen ergibt, dass sie über eine vergleichbare Sachkunde verfügen, wie sie im Inland für das betreffende Bestellsachgebiet gefordert wird (BT-Drucks. 16/12784, S. 17 f.). Darüber hinaus werden trotz der Regelung des § 184 GVG zur Gerichtssprache weder Deutschkenntnisse noch Kenntnisse zum nationalen Verfahrensrecht oder zu im Inland geltenden technischen Normen gefordert.

Im Ergebnis sichern die europäischen Regelungen der Anerkennung von Berufsqualifikationen sowie das nationale Umsetzungsrecht die Mobilität von Sachverständigen im Binnenmarkt umfassend ab. Daher sind keine signifikanten Auswirkungen auf die Freizügigkeitsrechte im Binnenmarkt oder Wahlmöglichkeiten für

Verbraucher zu gewärtigen. Zudem belegt eine Studie der Europäischen Kommission, dass Berufsreglementierungen im Allgemeinen keine negativen Effekte auf die wirtschaftliche Dynamik haben (Canton/Ciriaci/Solera, The Economic Impact of Professional Services Liberalisation, Economic Papers 533, September 2014, ISSN (online) 1725-3187). Dies wird für den spezifischen Bereich der Berufsreglementierungen als Marktzugangsschranke durch eine weitere Studie aus Großbritannien belegt, die im Auftrag des britischen Wirtschaftsministeriums erstellt wurde (Koumenta/Humphris/Kleiner/Pagliari, Occupational Regulation in the EU and UK: Prevalence and Labour Market Impacts, Queen Mary University London, Final Report, July 2014).

(e) Weniger eingriffsintensive Regelungsalternative (Anlage E II. 3. g) zur HwO)

Wie bereits unter 4. (b) ausgeführt, unterliegt eine Betätigung als freier Sachverständiger keinerlei Reglementierung. Indes ist die öffentliche Bestellung zum Sachverständigen an bestimmte, in der Sachverständigenordnung geregelte Voraussetzungen geknüpft. Der Zugang zur Betätigung als Sachverständiger ist freien Sachverständigen auch auf den Gebieten, für die Sachverständige öffentlich bestellt werden, nicht verwehrt. Zwar sollen Gerichte zum Zwecke der Beweisaufnahme bevorzugt auf öffentliche Sachverständige zurückgreifen (§ 404 Abs. 2 ZPO; § 73 Abs. 2 StPO; § 98 VwGO). Jedoch sind sie nicht gehindert, freie Sachverständige mit der Erstattung von Gutachten zu beauftragen (BayVGH v. 28.1.2009 – Az. 22 BV 08.1413 – GewArch 2009, 202). Eine weniger eingriffsintensive Regelungsalternative zur effektiven Absicherung der Qualität von Sachverständigengutachten, die bei gerichtlichen Entscheidungen zugrunde gelegt werden, ist nicht ersichtlich.

Die Anforderungen im Hinblick auf die persönliche Eignung und Sachkunde stellen zudem einen modernen Regelungsansatz dar, da sie präventiv wirken. Ansätze, die auf einer vollkommenden Marktfreiheit basieren und für den Fall der Schlechtleistung über Pflichtversicherungen abgesicherte zivilrechtliche Regressforderungen oder hohe Sanktionen wie einen aus dem anglo-amerikanischen Bereich bekannten Strafschadensersatz (punitive damages) vorsehen, wirken rein repressiv und sind von daher strukturell weit weniger zum Schutz von überwiegenden Allgemeinwohlbelangen geeignet. Der EuGH hat in seiner Judikatur explizit anerkannt, dass im Nachhinein greifende kompensatorische oder repressive Maßnahmen der vorgenannten Art weniger geeignet zur Absicherung überwiegender Allgemeinwohlbelange sind und von Mitgliedstaaten zur Zielerreichung ergriffene präventiv wirkende Maßnahmen daher sowohl den Verhältnismäßigkeitskriterien der Geeignetheit als auch der Erforderlichkeit genügen können (EuGH v. 19.5.2009 – C-171/07 & C-172/07 – ECLI:EU:C:2009:316, Rn. 55 ff. –DocMorris NV).

5. Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß § 106 Absatz 4 Satz 1 HwO i.V.m. Anlage E II. 3. i) zur HwO – Bei Relevanz zu prüfende Kriterien

(a) Zusammenhang zwischen dem Umfang der von einem Beruf erfassten oder der einem Beruf vorbehaltenen Tätigkeiten und der erforderlichen Berufsqualifikation (Anlage E II. 3. i)

aa) zur HwO)

Der Sachgebietszuschnitt unterliegt dem Ermessen der Bestellungskörperschaft und ist justiziabel. Nach der einschlägigen Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts sollen Sachgebiete, für die Sachverständige bestellt werden, in der Regel nur den Teilbereich eines Berufs bilden (BVerwG v. 11.12.1972 – Az. I C 5.71 – GewArch 1973, 263). Entscheidend für den Zuschnitt ist das öffentliche Interesse, damit Behörden und Gerichten sowie der breiten Öffentlichkeit ein Rückgriff auf Personen ermöglicht wird, die eine besondere Gewähr für Zuverlässigkeit und besondere Sachkunde bieten und daher für bestimmte Sachgebiete als unparteiische Gutachter geeignet sind. Indem Sachverständige für eng begrenzte Sachgebiete bestellt werden, lässt sich für die relevanten Verkehrskreise leicht erkennen, ob ein öffentlich bestellter Sachverständiger über die in einem konkreten Fall benötigte besondere Sachkunde verfügt. Damit orientiert sich der Sachgebietszuschnitt an tatsächlichen Bedürfnissen und geht nicht über das erforderliche Maß hinaus. Nur im Hinblick auf das konkrete Sachgebiet, für das die öffentliche Bestellung angestrebt wird, ist der Nachweis einer besonderen Sachkunde erforderlich.

(b) Zusammenhang zwischen der Komplexität der betreffenden Aufgaben und der Notwendigkeit einer bestimmten Berufsqualifikation (Anlage E II. 3. i) bb) zur HwO)

Eine der zentralen Aufgaben öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger liegt in der fachkundigen Tatsachenfeststellung, wobei zwischen Befundtatsachen, Anknüpfungstatsachen und Zusatzstatsachen zu differenzieren ist (Grossam, in: Bayerlein/Bleutge/Roeßner, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 6. Auflage, S. 347). Die fachkundige Tatsachenfeststellung bildet die Basis für das darauf aufbauende Gutachten. Bei der gerichtlichen Gutachtenerstellung sind insoweit regelmäßig die Gerichtsakten hinzuzuziehen, wozu es umfassender Kenntnisse insbesondere ihrer beweisrechtlichen Bedeutung bedarf (Grossam, in: Bayerlein/Bleutge/Roeßner, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 6. Auflage, S. 348 f.). Häufig ist zudem eine Inaugenscheinnahme erforderlich, um zu verlässlichen Feststellungen zu gelangen. Neben der fachkundigen Tatsachenfeststellung sind an das Verfassen von Gutachten hohe formale und inhaltliche Anforderungen zu stellen. Aus alledem resultieren die Anforderungen an die besondere Sachkunde. Die Sachverständigenordnung bestimmt diese nicht autonom, sondern orientiert sich an § 36 Abs. 1 GewO und der hierzu ergangenen Judikatur, die überdurchschnittliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen einfordert (vgl. etwa: OVG Bautzen v. 7.5.2013 – Az. 3 A 834/11).

(c) Möglichkeit zum Erlangen der beruflichen Qualifikation auf alternativen Wegen (Anlage E II. 3. i) cc) zur HwO)

Eine Voraussetzung für die öffentliche Bestellung ist der Nachweis besonderer Sachkunde. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist in der Judikatur konturiert worden. Unzureichend ist insoweit die bisher beanstandungslose Ausübung des eigenen Berufs (BVerwG v. 27.6.1974 – Az. I C 10.73 – BVerwGE 45, 235). Denn die besondere Sachkunde verlangt den Nachweis überdurchschnittlicher Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen (OVG Bautzen v. 7.5.2013 – Az. 3 A 834/11 – juris). Diese können auf unterschiedlichen Wegen erlangt werden. So gebietet das Erfordernis des Sachkundenachweises keine schematische Handhabung (BVerwG v. 26.6.1990 – Az.

1 C 10/88 – GewArch 1990, 355). Daher sind die nachgewiesenen Berufsqualifikationen unter Berücksichtigung der Berufserfahrung heranzuziehen, wobei im Falle des Fehlens ausreichender sonstiger Sachkundenachweise die Möglichkeit besteht, in einem Überprüfungsverfahren vor einer fachlich qualifizierten Stelle den erforderlichen Nachweis zu erbringen. Zudem können über die europäischen Regelungen zur Anerkennung von Berufsqualifikationen sowie das nationale Umsetzungsrecht in anderen EU/EWR-Staaten erworbene Berufsqualifikationen umfänglich Berücksichtigung finden. Im Ergebnis kann der Sachkundenachweis auf unterschiedlichen Wegen erbracht werden, trägt daher den divergierenden Bildungsverläufen und praktischen Berufserfahrungen von Antragstellern Rechnung und erlaubt ein Höchstmaß an Flexibilität.

(d) Exklusiver Vorbehaltsbereich (Anlage E II. 3. i) dd) zur HwO)

Wie bereits in den Ausführungen zu 4. (c) dargelegt, besteht primär eine Privilegierung für die gerichtliche Sachverständigenbestellung, die allerdings nicht im Sinne eines exklusiven Vorbehaltsbereichs zu verstehen und zudem mit einer Pflicht zur Gutachtenerstellung gekoppelt ist. Zwar sind allein öffentlich bestellte Sachverständige berechtigt, zu werblichen Zwecken auf die öffentliche Bestellung hinzuweisen, was im Wettbewerb am Markt jenseits der gerichtlichen Bestellung von Vorteil sein kann. Allerdings ist nach der Sachverständigenordnung die Sachverständigentätigkeit bei der werblichen Außendarstellung von der sonstigen gewerblichen Betätigung zu trennen. Dennoch etwaig bestehenden Vorteilen sind zwecks objektiver Gesamtabwägung auch Belastungen gegenüberzustellen, die mit der öffentlichen Bestellung einhergehen. So müssen öffentlich bestellte Sachverständige nicht nur einen Nachweis der besonderen Sachkunde erbringen, sondern auch Fortbildungspflichten erfüllen, die allgemeinen Pflichtenkataloge der jeweiligen Bestellskörperschaft einhalten und sollen über eine Berufshaftpflichtversicherung verfügen, woraus entsprechende Kostenmehrbelastungen resultieren, die kalkulatorisch bei den Marktpreisen für eigene Leistungen zu berücksichtigen sind. Bei einer Gesamtbetrachtung ist daher der Vorbehaltsbereich denkbar gering ausgestaltet, so dass ein umfassender Leistungswettbewerb im Markt gegeben ist.

(e) Anlage E II. 3. i) ee) und ff) zur HwO

Die Prüfkriterien besitzen im vorliegenden Kontext keine Relevanz.

6. Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß § 106 Absatz 4 Satz 1 HwO i.V.m. Anlage E II. 3. h) zur HwO – Kumulative Wirkung von Reglementierung und Marktverhaltensregelungen

(a) Tätigkeitsvorbehalte, geschützte Berufsbezeichnungen oder sonstige Formen der Reglementierung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) RL 2005/36/EG (Anlage E II. 3. h) aa) zur HwO)

Nach der Sachverständigenordnung hat der Sachverständige bei seiner gutachterlichen Tätigkeit auf dem Sachgebiet, für das er öffentlich bestellt und vereidigt ist, darauf zu verweisen, dass er von der Handwerkskammer hierfür bestellt worden ist. Allerdings regelt die Sachverständigenordnung selbst keinen Berufsbezeichnungsschutz. Die Verwendung der Bezeichnung als öffentlich bestellter Sachverständiger unterliegt

jedoch einem gesetzlichen Schutz nach den allgemeinen Regelungen. So verstößt es einerseits gegen das auf gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben beruhende wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot des § 5 UWG, wenn sich jemand ohne öffentliche Bestellung und Vereidigung entsprechend tituliert. Andererseits besteht eine Strafbarkeit gemäß § 132a Abs. 1 Nr. 3 StGB bei unbefugter Führung der Bezeichnung öffentlich bestellter Sachverständiger, um die Allgemeinheit vor Personen zu schützen, die sich durch Gebrauch falscher Bezeichnungen den Anschein besonderer Funktionen, Fähigkeiten und Vertrauenswürdigkeit geben (BGH v. 6.7.1993 – Az. 1 StR 280/93 – NJW 1994, 808). Auch insoweit bestehen im Hinblick auf die Zielsetzungen der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie keinerlei Bedenken.

(b) Verpflichtung zur kontinuierlichen beruflichen Weiterbildung (Anlage E II. 3. h) bb) zur HwO)

Die Sachverständigenordnung enthält eine Verpflichtung zur Fortbildung von Sachverständigen in dem Sachgebiet, für das die öffentliche Bestellung erfolgt ist. Schwerpunktmäßig handelt es sich um eine fachspezifisch-technische Fortbildung, damit die Leistungserbringung der öffentlich bestellten Sachverständigen auf dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik basiert; darüber hinaus wird das allgemeine Sachverständigenwissen auf dem neuesten Stand abgedeckt.

Die Fortbildungsverpflichtung ist im Kontext der Bestellungs Voraussetzungen zu sehen, wo der Nachweis der besonderen Sachkunde im Zeitpunkt der Bestellung eingefordert wird. Durch die Fortbildungsverpflichtung wird sichergestellt, dass die besondere Sachkunde auch nach der Bestellung für den Beststellungszeitraum aufrechterhalten bleibt. Damit dient sie der Qualitätssicherung und zugleich der Absicherung der Konsistenz der Gesamtregelungen zur Erreichung des Ziels, die Leistungsgüte durch öffentlich bestellte Sachverständige in jedem Zeitpunkt zu gewährleisten. Die Fortbildungsverpflichtung ist im Hinblick auf das Ziel der Qualifikationssicherung zudem als milderer Mittel anzusehen als etwa eine in regelmäßigen Abständen zu wiederholende Qualifikationsüberprüfung.

(c) Vorschriften in Bezug auf Berufsorganisation, Standesregeln und Überwachung (Anlage E II. 3. h) cc) zur HwO)

Mit der öffentlichen Bestellung zum Sachverständigen sind keine besonderen Vorschriften in Bezug auf die Berufsorganisation oder Standesregeln verknüpft. Die Sachverständigenordnung enthält allein klarstellende Regelungen dergestalt, dass die öffentliche Bestellung unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen oder zurückgenommen werden kann. Anknüpfungspunkt für den Widerruf einer rechtmäßigen Bestellung sind insbesondere der Wegfall der Bestellungs Voraussetzungen sowie Pflichtverstöße des Sachverständigen. Diese Tatbestandsmerkmale stellen lediglich eine Konkretisierung der allgemeinen gesetzlichen Widerrufsbestimmungen nach § 49 VwVfG NRW dar. Entsprechendes gilt für die Rücknahme rechtswidriger Bestellungen auf Grundlage von § 48 VwVfG NRW. Die Regelungen führen zu keinerlei kumulativen Belastungen, da sie allein das Regelungsziel der eigentlichen Berufsreglementierung

absichern, dass nur tatsächlich hinreichend qualifizierte Personen eine Betätigung als öffentlich bestellte Sachverständige ausüben können.

(d) Pflichtmitgliedschaft in einer Berufsorganisation, Registrierungs- und Genehmigungsregelungen (Anlage E II. 3. h) dd) zur HwO)

Aus der öffentlichen Bestellung zum Sachverständigen resultiert keine über die allgemeinen Regelungen hinausgehende Verpflichtung in Bezug auf Pflichtmitgliedschaft, Registrierungs- oder Genehmigungsregelungen.

(e) Quantitative Beschränkungen (Anlage E II. 3. h) ee) zur HwO)

Neben den in der Sachverständigenordnung statuierten Anforderungen hinsichtlich der persönlichen und fachlichen Eignung ist eine abstrakte Bedarfsprüfung vorgesehen. Denn generell erfolgt eine öffentliche Bestellung von Sachverständigen allein im öffentlichen Interesse, nicht indes aus privaten beruflichen Interessen. Die abstrakte Bedarfsprüfung zielt dabei darauf ab festzustellen, ob auf einem bestimmten Fachgebiet eine nennenswerte Nachfrage nach spezialisiertem Sachverstand besteht. Maßgebliches Kriterium für die Feststellung eines abstrakten Bedarfs ist die Intensität der Nachfrage nach Sachverständigengutachten. Durch die abstrakte Bedarfsprüfung wird der Aufwand der Ermittlung, Prüfung und Bestellung von Sachverständigen erspart, soweit in einem bestimmten Bereich kein spezialisierter Sachverstand nachgefragt wird, da etwa für ein Sachgebiet selten oder nie Gutachten verlangt werden oder aber Gutachten von den Sachverständigen eines umfassenderen Sachgebietes ohne Schwierigkeit erstellt werden können (BVerfG v. 25.3.1992 – Az. 1 BvR 298/86 – BVerfGE 86, 28 = GewArch 1992, 272).

Eine konkrete Bedürfnisprüfung zur zahlenmäßigen Beschränkung der öffentlich bestellten Sachverständigen findet indes nicht statt und würde gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des nationalen Verfassungsrechts und des Gemeinschaftsrechts verstoßen (vgl. zum nationalen Verfassungsrecht: BVerfG v. 25.2.1992 – Az. 1 BvR 298/86 – BVerfGE 86, S. 28 ff; zum EU-Recht: EuGH v. 10.3.2009 – C-169/07 – Slg. 2009, I-01721 – Hartlauer). So hat das BVerfG bereits mit Beschluss vom 25.3.1992 (Az. 1 BvR 298/86) klargestellt, dass eine konkrete Bedarfsprüfung für die öffentliche Bestellung von Sachverständigen die Berufsausübungsfreiheit unverhältnismäßig beschränkt. Daher darf die öffentliche Bestellung von Sachverständigen lediglich von der fachlichen und persönlichen Eignung sowie von einem allgemeinen Bedürfnis an entsprechendem Sachverstand auf einem bestimmten Fachgebiet abhängig gemacht werden, nicht jedoch von der Zahl bereits vorhandener öffentlich bestellter Sachverständiger. Folglich wird allein überprüft, ob in einem bestimmten Sachgebiet überhaupt ein Bedarf an öffentlich bestellten Sachverständigen besteht, was stets zu bejahen ist, wenn Sachverständigenleistungen auf dem betreffenden Gebiet in nicht nur unerheblichem Umfang nachgefragt werden.

Die Regelungen der Sachverständigenordnung zur abstrakten Bedarfsprüfung sind komplementär zu denjenigen der persönlichen und fachlichen Eignung und führen – anders als konkrete Bedürfnisprüfungen – nicht zu einer Beschränkung des

Marktzugangs. Im Gegenteil sichern sie ab, dass überhaupt nur dann eine öffentliche Bestellung von Sachverständigen für ein bestimmtes Sachgebiet erfolgt, wenn hierfür aus übergeordneten Gründen ein öffentliches Interesse besteht. Selbst dann ist der Markt grundsätzlich für nicht öffentlich bestellte Sachverständige zugänglich, so dass aus der Regelung zur abstrakten Bedarfsprüfung keine negativen Implikationen im Hinblick auf die Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts resultieren.

(f) Anforderungen an bestimmte Rechtsformen oder Anforderungen in Bezug auf die Beteiligungsstruktur oder Geschäftsleitung eines Unternehmens, soweit diese Anforderungen unmittelbar mit der Ausübung des reglementierten Berufs zusammenhängen (Anlage E II. 3. h) ff) zur HwO)

Spezifische Anforderungen an eine bestimmte Rechtsform, an Beteiligungsstrukturen oder die Geschäftsleitung bestehen im Hinblick auf die Tätigkeit als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger nicht.

(g) Geografische Beschränkungen (Anlage E II. 3. h) gg) zur HwO)

Geografische Beschränkungen existieren nicht. Wer bei einer regionalen Handwerkskammer als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger zugelassen ist, darf sich im gesamten Bundesgebiet betätigen.

(h) Beschränkungen der gemeinschaftlichen oder partnerschaftlichen Berufsausübung sowie Unvereinbarkeitsregeln (Anlage E II. 3. h) hh) – ii) zur HwO)

Regelungen, die eine gemeinschaftliche oder partnerschaftliche Berufsausübung untersagen und Unvereinbarkeitsregeln bestehen nicht.

(i) Anforderungen an den Versicherungsschutz – Berufshaftpflicht (Anlage E II. 3. h) jj) zur HwO)

Öffentlich bestellte Sachverständige haften grundsätzlich zivilrechtlich für die Richtigkeit von ihnen getätigter gutachterlicher Aussagen (siehe insbes. § 839a BGB). Vertragliche Haftungsbeschränkungen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sowie der Höhe nach sind unzulässig. Aufgrund dieser besonderen Haftungsrisiken sollen Sachverständige nach der Sachverständigenordnung während der Zeit ihrer Bestellung eine Haftpflichtversicherung in angemessener Höhe abschließen. Diese Regelung dient einerseits der Minimierung der aus einer Betätigung als öffentlich bestellter Sachverständiger resultierenden finanziellen Haftungsrisiken und sichert andererseits im Schadensfall eine schnelle und umfassende Schadensregulierung im Interesse betroffener Dritter ab. Da es sich um eine reine Soll-Bestimmung handelt, mithin ein Versicherungsschutz nicht zwingend vorgesehen ist, genügt die Regelung den Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit in engerem Sinne.

(j) Sprachkenntnisse (Anlage E II. 3. h) kk) zur HwO)

Sprachkenntnisse sind nicht explizit Gegenstand der Regelungen zur Bestellung und Vereidigung von Sachverständigen. Da allerdings das Ergebnis der Tätigkeit regelmäßig in Form von Gutachten festgehalten werden muss, sind gewisse Sprachkenntnisse für die Ausübung der Sachverständigentätigkeit unabdingbar, zumal deutsch gemäß § 184 S. 1 GVG die Gerichtssprache ist.

(k) Festgelegte Mindest- und/oder Höchstpreisanforderungen (Anlage E II. 3. h) II) zur HwO)

Allein bei der gerichtlichen Bestellung von Sachverständigen besteht eine Vergütung auf Grundlage des Justizvergütungs- und -Entschädigungsgesetzes (JVEG; BGBl. I 2004, S. 776, zul. geändert durch Art. 17 des Gesetzes vom 25.06.2021, BGBl. I S. 2154), ansonsten existieren keinerlei Mindest- oder Höchstpreisanforderungen. Dieser Regelungsansatz erscheint aus europarechtlicher Sicht unbedenklich. So hat sich der EuGH in seiner Judikatur zu den Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechts bereits mit Vertrauensgütern befasst, bei denen Kunden nicht über die nötigen Fachkenntnisse verfügen, um die Leistungsgüte zu beurteilen. Der Gerichtshof akzeptierte in seiner Entscheidung zu Höchstsätzen der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI; BGBl. I 2013, S. 2276) den Vortrag der Bundesrepublik Deutschland, dass der fragliche Markt durch eine starke Informationsasymmetrie gekennzeichnet sei, weil die Dienstleistungserbringer über Fachkenntnisse verfügten, die die meisten Kunden nicht besäßen, so dass es ihnen schwerfalle, die Qualität der angebotenen Planungsleistungen zu beurteilen (EuGH v. 4.7.2019 – C-377/17 – ECLI:EU:C:2019:562, Rn. 70 – Kommission/Deutschland). Dies kann nach Einschätzung des EuGH auch rechtfertigen, dass Mitgliedstaaten durch die Festsetzung von Mindestpreisen sicherstellen, dass es aufgrund des bestehenden Konkurrenzkampfes am Markt nicht zu Billigangeboten und durch adverse Selektion sogar zur Ausschaltung von Qualitätsleistungen anbietenden Wirtschaftsteilnehmern kommt (EuGH v. 4.7.2019 – C-377/17 – ECLI:EU:C:2019:562, Rn. 81 ff. – Kommission/Deutschland).

(l) Anforderungen für die Werbung (Anlage E II. 3. h) mm) zur HwO)

Die Sachverständigenordnung enthält allein punktuelle Vorgaben zur Werbung. So dürfen öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für diese Tätigkeit sachlich-informativ werben, um der besonderen Stellung und Verantwortung eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen gerecht zu werden. Zudem ist die Sachverständigenwerbung von der sonstigen Werbung für eine daneben bestehende gewerbliche Tätigkeit zu trennen. Ansonsten ist der allgemeine gesetzliche Ordnungsrahmen maßgeblich, der namentlich im Bereich des Wettbewerbsrechts weitestgehend auf europarechtlichen Vorgaben basiert.

7. Anforderungen der Anlage E II. 4. – 5. zur HwO (Grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung und Gesundheitswesen)

Sofern gelegentlich und vorübergehend Dienstleistungen im Inland durch Handwerker aus dem EU/EWR-Ausland erbracht werden, die einem der in der Anlage A zur

Handwerksordnung aufgelisteten zulassungspflichtigen Handwerke zuzuordnen sind, ist vor der erstmaligen Leistungserbringung ein Anzeigeverfahren durchzuführen (vgl. Abschnitt 2 der EU/EWR-Handwerk-Verordnung). Das Anzeigeverfahren, das auch niedrigschwellig online durchgeführt werden kann, orientiert sich dabei an den Vorgaben von Art. 7 der Anerkennungsrichtlinie (RL 2005/36/EG) und enthält keine darüberhinausgehenden Anforderungen. Insbesondere erfolgt keine vorübergehende Eintragung oder Pro-forma-Mitgliedschaft in einer Berufsorganisation. Wie bereits unter B. 4. a. (a) und (b) ausgeführt, ist die Sachverständigentätigkeit in Deutschland grundsätzlich ohne eine öffentliche Bestellung möglich. Daher können Handwerker aus dem EU/EWR-Ausland im zulassungspflichtigen Handwerksbereich Sachverständigendienstleistungen anbieten, wenn sie vor der erstmaligen Leistungserbringung ein Anzeigeverfahren durchgeführt haben. Wer von einer Handwerkskammer öffentlich bestellt und vereidigt werden will, kann dies beantragen und hat sodann die besondere Sachkunde nachzuweisen. Dieser Regelungsansatz weist die geringstmögliche Eingriffsintensität auf und ist daher unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Spezifische Anforderungen für die öffentliche Bestellung von Sachverständigen im Bereich der Gesundheitshandwerke bestehen nicht.

III. Zusammenfassendes Ergebnis

Die geplante Änderung wurde am 29.05.2024, und somit mehr als 2 Wochen vor der Beschlussfassung durch die Vollversammlung auf der Internetseite der Handwerkskammer veröffentlicht.

Daraufhin erhielt die Handwerkskammer eine Eingabe/Stellungnahme von ..., in der aufgeführt wurde, dass ...

Alternative 1: Der Gesichtspunkt wurde bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Überarbeitung der Sachverständigenordnung bereits unter Gliederungspunkt XY in der Gesamtabwägung berücksichtigt. Auch die in der Eingabe/Stellungnahme gemachten Ausführungen gaben keinen Anlass für eine Neubewertung.

Alternative 2: Der Vortrag wurde im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergänzend berücksichtigt. Auch unter Berücksichtigung der in der Eingabe/Stellungnahme genannten Gesichtspunkte bestehen keine Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Änderungen.

Die Sachverständigenordnung und die vorgesehenen Änderungen erfüllen die Anforderungen der Richtlinie (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen und der im Handwerksrecht ergangenen Umsetzungsregelung des § 106 Abs. 3 – 5 HwO i.V.m. Anlage E zur HwO. Sofern die Regelungen der Sachverständigenordnung einen Bezug zur Berufsreglementierung im Sinne des Europäischen Gemeinschaftsrechts aufweisen, respektieren sie das Diskriminierungsverbot, sind durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigt und genügen den gemeinschaftsrechtlichen Prüfkriterien der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie aus den vorstehend näher dargelegten Gründen.