

aktuelle stellungnahmen 6/05

vom 22. Dezember 2005

Anfang vom Ende der Inländerdiskriminierung?!

*Das jüngste Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur
Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises*

von Dipl.-Jur. Frank Rieger, LL.M.oec.

I. Einleitung

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in dem am 15.12.2005 veröffentlichten Kammerbeschluss vom 5.12.2005¹ nach dem wegweisenden Urteil aus dem Jahre 1961² erneut mit der Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs für die selbstständige Handwerksausübung in bestimmten Berufen beschäftigt. Gegenstand des Beschlusses war eine Verfassungsbeschwerde, die ein gelernter Zimmerer gegen den gegen ihn gerichteten Bußgeldbescheid und die diesen bestätigenden Gerichtsentscheidungen eingelegt hatte. Zuvor hatte er die erste Teilprüfung im Zimmererhandwerk bestanden, nicht jedoch die zweite Teilprüfung und sich der Wiederholungsprüfung nicht unterzogen. Der darauf hin gestellte Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 8 HwO³ wurde abgelehnt. Dennoch erbrachte er Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten, worauf wegen dieser Ordnungswidrigkeit gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung⁴ eine Geldbuße festgesetzt wurde.

Die den Entscheidungen der Behörden und Gerichte zugrunde liegende Regelung ist die Handwerksordnung in der Fassung vor deren Reform 2004. Damit hat der Beschluss nur mittelbar Aussagekraft für die aktuelle Rechtslage. Gleichwohl zeigt die Kammerentscheidung an verschiedenen Stellen eine Argumentation, die über den konkreten Anwendungsbereich hinaus Auswirkungen auf das gesamte Marktzugangsrecht haben könnte.

II. Marktzugangsrecht

1. Grundrechtlicher Prüfungsmaßstab

Die Kammer stellt in der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Bußgelderhebung auf das Grundrecht der **Berufsfreiheit**, Art. 12 Abs. 1 GG ab. Die daneben gerügte Verletzung des **allgemeinen Gleichheitssatzes** aus Art. 3 Abs. 1 GG wird nicht geprüft. Unter diesem Gesichtspunkt hatte das Bundesverwaltungsgericht 1970 eine Inländerdiskriminierung abgelehnt.⁵ Diese Ansicht wird durch die Vertreter einer Ansicht in der Wissenschaft geteilt, die die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Inländerdiskriminierung deshalb ablehnen, weil die deutsche Hoheitsgewalt durch Art. 3 Abs. 1 GG nur im Rahmen ihrer Kompetenz gebunden ist, die sie bei der bloßen Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben nicht ausübt.⁶ Dem entgegen ist nach der formalen Betrachtung anderer Autoren der allgemeine Gleichheitssatz auch dann anwendbar, wenn EU-Ausländer aufgrund zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umsetzender nationaler Regelungen besser gestellt werden.⁷

Während also die Rechtsprechung in Deutschland mit einem Teil der Wissenschaft bei der Überprüfung der Inländerdiskriminierung anhand der Grundrechte auf die Berufsfreiheit und nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz abstellt, misst der österreichische Verfassungsgerichtshof die Inländerdiskriminierung in ständiger Rechtsprechung am Maßstab des Gleichheitssatzes:

„Der Verfassungsgerichtshof judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass eine Schlechterstellung ös-

terreichischer Staatsbürger im Verhältnis zu Ausländern am Gleichheitssatz zu messen ist und daher einer sachlichen Rechtfertigung bedarf [...]. Diesen Gedanken hat der Verfassungsgerichtshof - unter **Hinweis auf die 'doppelte Bindung' des Gesetzgebers bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht** - auch auf die so genannte 'Inländerdiskriminierung' übertragen [...]. Wenn es dabei auch nicht um Diskriminierungen nach dem Kriterium der Staatsbürgerschaft geht, sondern um die Benachteiligung rein innerstaatlicher Sachverhalte im Verhältnis zu Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug, so sind inländische Staatsbürger davon doch meist besonders betroffen [...]. Die bisherige Judikatur bezog sich jeweils auf Fälle, in denen bereits die **österreichischen Normen** zwischen rein innerstaatlichen Sachverhalten und solchen mit Gemeinschaftsbezug differenzierten. Nichts anderes kann aber gelten, wenn sich eine solche **Differenzierung erst aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts** ergibt [...] Verstößt eine gesetzliche Bestimmung des nationalen Rechts gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, dann wird sie in Fällen mit Gemeinschaftsbezug verdrängt. Die nationalen Normen sind dann so zu lesen, als ob die verdrängte Bestimmung nicht vorhanden wäre; es ist also der gemeinschaftsrechtskonforme nationale Regelungsstos zu anzuwenden. In allen anderen Fällen ist die nationale Norm in ihrer Gesamtheit anzuwenden. Vergleicht man nun die nationale Norm mit dem (durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts entstandenen) nationalen Regelungsstos, so ist nun zu prüfen, ob dabei nicht Sachverhalte ohne Gemeinschaftsbezug im Verhältnis zu jenen mit einem solchen Bezug diskriminiert werden⁸.

Diese Argumentation zeigt, dass der Verfassungsgerichtshof nicht an die Kompetenz des Gesetzgebers anknüpft, sondern eine rein materielle Betrachtung durchführt, unabhängig davon auf welche Weise das Gemeinschaftsrecht Einfluss auf das nationale Recht ausübt. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich jedoch auf die Betrachtung der Berufsfreiheit.

2. Inländerdiskriminierung am Maßstab der Berufsfreiheit

Die Grundlage des erlassenen Bußgeldbescheides bilden die §§ 1 Abs. 1 Satz 1 iVm. 7 HwO in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung, wonach der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe eine Eintragung in der Handwerksrolle erforderte (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HwO a.F.), wofür grundsätzlich eine Meisterprüfung nachzuweisen war (§ 7 HwO a.F.). Diese übereinstimmend mit dem Urteil aus dem Jahre 1961 als Eingriff in die Berufsfreiheit, konkret als subjektive Berufswahlregelung charakterisierte Regelung wird unter Überprüfung der 1961 zugrunde gelegten Rechtfertigungsgründe der Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen. Den Maßstab dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden die Anforderungen an subjektive Berufswahlregelungen aus der Drei-Stufen-Lehre, wonach diese nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind.⁹

Die damals angeführten Rechtfertigungsgründe werden durch die Kammer darauf überprüft, ob diese noch immer den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen vermögen.

Dazu das Urteil aus dem Jahre 1961:

„Die hier zu prüfende Regelung der Handwerksordnung beruht auf der Grundanschauung, an der **Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks** und an der **Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft** bestünden so wichtige Interessen der Gemeinschaft, daß der Zugang zur selbständigen Ausübung eines handwerklichen Berufs nicht jedem freistehen könne. Dieser Ausgangspunkt der Handwerksordnung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“¹⁰

Die vom Gesetzgeber vorgetragene besondere wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Gründe hat das Bundesverfassungsgericht als wichtige Gemeinschaftsgüter eingeordnet und so die subjektive Berufswahlregelung als verfassungsmäßig angesehen.

An dieser Beurteilung hat die Kammer mit Blick auf den Wandel der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände erhebliche Zweifel, denen nach den beiden wichtigen Gemeinschaftsgütern differenziert nachgegangen werden soll.

a. Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks

Für die als Qualitätssicherung von der Kammer bezeichnete Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zweifelt die Kammer an der **Angemessenheit** der Regelung, also der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.¹¹ Sie führt dazu eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe durch und fragt, ob die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist. Die Eingriffsschwere wird am großen zeitlichen, fachlichen und finanziellen Aufwand zur Ablegung der Meisterprüfung festgemacht. Zudem wird die **Geeignetheit** des großen Befähigungsnachweises deshalb in Frage gestellt, weil zumindest in den grenznahen Gebieten sich deutsche Handwerker ernsthafter Konkurrenz von Handwerkern aus EU-Ländern ausgesetzt sehen, die auf Grundlage des § 9 HwO a.F. iVm. § 1 der EWG-Handwerk-Verordnung (EWG-HwV)¹² durch den Nachweis mehrjähriger Berufserfahrung in herausgehobener beruflicher Verantwortung in die Handwerksrolle eingetragen werden. Damit erlangen sie die Erlaubnis zum selbstständigen Betrieb eines Handwerks im stehenden Gewerbe ohne eine dem großen Befähigungsnachweis vergleichbare Qualifikation nachweisen zu müssen. Diese höhere Anforderung zum Marktzugang für Inländer im Vergleich zu EU-Ausländern, die sich auf das Gemeinschaftsrecht und dabei insbesondere die auf Grundlage der Grundfreiheiten, hier der Niederlassungsfreiheit erlassenen Richtlinien berufen können, wird als **Inländerdiskriminierung** bezeichnet. Die neue Berufsanerkenntnisrichtlinie hat eine Vielzahl der sektoralen Richtlinien zusammengefasst und regelt nun für fast alle reglementierten Berufe den Marktzugang und das Marktverhalten.¹³

„Die spürbare Konkurrenz aus dem EU-Ausland lässt bereits daran zweifeln, ob der große Befähigungsnachweis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 7 HwO a.F., weil er diese Anbieter nicht erreichte, zur Sicherung der Qualität der in Deutschland angebotenen Handwerkerleistungen noch **geeignet** sein konnte. Vor allem aber erscheint fraglich, ob angesichts des Konkurrenzdrucks durch Handwerker aus dem EU-Ausland deutschen Gesellen noch die Aufrechterhaltung einer gesetzlichen Regelung **zuzumuten** war, die ihnen für den Marktzugang in zeitlicher, fachlicher und finanzieller Hinsicht deutlich mehr abverlangte als ihren ausländischen Wettbewerbern auf dem deutschen Markt. Daher könnte die Schwere des Eingriffs, den der große Befähigungsnachweis für ihren beruflichen Werdegang bedeutete, zu dem - **zunehmend verwischten - Ziel der Qualitätssicherung** nicht länger in einem angemessenen Verhältnis gestanden haben“¹⁴

Die Kammer bezweifelt mithin sowohl die Geeignetheit des großen Befähigungsnachweises, als dessen auch die Angemessenheit im engeren Sinne zur Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks. Dabei wird der so noch oben in Einklang mit der vorangegangenen Entscheidung formulierte Zweck des großen Befähigungsnachweises kurz als **Qualitätssicherung** bezeichnet. Gegen die dieser Verkürzung inne wohnende Akzentverschiebung bei der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit spricht jedoch die Entscheidung aus dem 13. Band:

„Wie diese Darstellung [des Gesetzgebungsverfahrens] zeigt, kam es dem Gesetzgeber **nicht darauf an, Gefahren für die Gesamtheit oder die Einzelnen aus einer unsachgemäßen Berufsausübung abzuwenden**, die bei zahlreichen Handwerkszweigen drohen, etwa beim Bauhandwerk oder den Gruppen der Kraftfahrzeugmechaniker und Elektroinstallateure. Maßgebend war vielmehr das **Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerkstandes als Ganzen**. Das Handwerk setzt sich zwar aus einer Vielheit einzelner Zweige zusammen, deren Tätigkeiten nach Art und Bedeutung für die Gesamtheit sehr verschieden sind, die zudem - insbe-

sondere dem Gang der wirtschaftlich-technischen Entwicklung folgend - ständiger Wandlung unterliegen. Trotzdem stellt es sich als eine einheitliche soziale Gruppe dar, die durch geschichtliche Entwicklung, Tradition, typische Besonderheiten ihrer Tätigkeiten, Lebensstil und Standesbewußtsein der Berufsangehörigen von anderen Berufsgruppen deutlich abgegrenzt ist. Auch die **besondere Betriebs- und Beschäftigtenstruktur** weist ihm einen **eigenen sozialen Standort in der mittelständischen gewerblichen Wirtschaft** an.¹⁵

Dabei führt das Gericht die herausragende wirtschaftliche Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft und die hohe Beschäftigtenzahl an, die sich daraus ergibt, dass die persönliche Fähigkeit im Vordergrund stehe und deshalb eine selbstständige Tätigkeit leichter, da weniger kapitalintensiv begründet werden könne, als im gewerblichen Bereich.

„Das Verhältnis, das der selbständige Handwerker zu seiner Arbeit und ihrem Ergebnis gewinnt, und der dadurch immer wieder neu belebte Wille, sich durch Steigerung der Leistungen erfolgreich im Wirtschaftsleben zu behaupten, wird auf die Arbeitsgesinnung der Mitarbeiter nicht ohne Einfluß bleiben. In all dem liegen - wirtschaftlich und psychologisch - bedeutsame Elemente **sozialer Stabilität**, deren Stärkung ein legitimes Ziel staatlicher Gesetzgebung ist.“¹⁶

Danach verkennt die Kammer die gesellschaftliche Bedeutung des Handwerks, wenn es die Gemeinschaftszweck der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks auf die Kundenperspektive der Qualitätssicherung verkürzt. Es soll vielmehr der Handwerker nicht zuletzt als Arbeitgeber geschützt werden, indem in der Meisterausbildung nicht nur fachspezifische, sondern auch betriebswirtschaftliche Kenntnisse vermittelt werden, die den Meister in Stand setzen sollen sich erfolgreich am Markt zu betätigen und damit zur sozialen Stabilität beizutragen.¹⁷

Die Argumentation der Kammer, die Geeignetheit des großen Befähigungsnachweises in Frage zu stellen,¹⁸ führt dazu, dass der Gesetzgeber seine Regelungen auf ihre innere

Folgerichtigkeit überprüfen muss. Die Möglichkeit der EU-Ausländer sich nach abgesenkten Anforderungen in Deutschland niederzulassen und das Handwerk auszuüben, für das im Land der Berufsqualifikation in der Regel auch kein Meister erforderlich ist,¹⁹ verschafft diesen im Vergleich zu ihren deutschen Konkurrenten einen Vorteil aufgrund der höheren Kosten des Marktzugangs für Deutsche durch das Erfordernis der Meisterprüfung. Sobald sich diese Konkurrenz nicht nur in den grenznahen Regionen, sondern bundesweit ausdehnt, kann, aber auch erst dann, das in der Handwerksordnung verfolgte präventive Konzept der Qualitätssicherung seine Zwecke nicht mehr erfüllen. Der Gesetzgeber muss dann darüber nachdenken, ob er dieses präventive Konzept nicht durch eines der nachgelagerten Kontrolle ersetzt, das auch mit Haftungsregelungen arbeitet.²⁰ Die in dem Kammerbeschluss angedachte Argumentation würde sonst dazu führen, dass immer dann, wenn eine deutsche Regelung mit einer hohen Marktzugangshürde durch das Gemeinschaftsrecht einer Regelung für EU-Dienstleister entgegensteht, die zu einer Inländerdiskriminierung führt, und zudem ein tatsächliches Konkurrenzverhältnis besteht, die Regelung für innerdeutsche Sachverhalte gegen die Berufsfreiheit verstößt, weil das damit verfolgte Ziel nicht mehr erreicht werden kann. Dann wäre diese Regelung, wie die Kammer ausführt, zur Zielerreichung ungeeignet.

b. Nachwuchssicherung

Der zweite untersuchte Aspekt ist die Ausbildungsleistung der Handwerksmeister, die durch die Ausbildung über Bedarf nicht nur den Nachwuchs für das Handwerk, sondern auch für die Industrie ausbilden.²¹ Hier hat der Gesetzgeber jedoch mit der Reform 2004 eine Änderung eingeführt, wonach auch berufserfahrene Gesellen, so gen. Altgesellen, ausbilden dürfen. Die Kammer greift diese Gesetzesänderung auf und schlussfolgert daraus, dass schon zur fraglichen Zeit nicht mehr nur die Meister als allein zur Ausbildung geeignet angesehen werden konnten und dieses Argu-

ment somit zur Rechtfertigung des Meisterzwangs nicht herangezogen werden könne, da in der Altgesellenregelung ein gleich geeignetes milderes Mittel zu sehen sei, das die **Erforderlichkeit** der Regelung zum Meisterzwang entfallen ließe.²²

Diese Argumentation führt dem Gesetzgeber vor Augen, dass Gesetzesänderungen bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Regelungen nicht nur selbst aus ihrem Wortlaut Rückwirkungen entfalten können, die ihrerseits den Anforderungen des Verfassungsrechts genügen müssen, sondern auch vom Gesetzgeber unbeabsichtigte Folgen haben können, indem die Verfassungsgerichtsbarkeit an die Wertungen des Gesetzgebers rückanknüpft.

c. Schlussfolgerungen der Kammer

Die Kammer betont aufgrund der vorgetragenen Zweifel am Meisterzwang die herausragende Bedeutung der Ausnahmeregelung des § 8 HwO a.F.²³, auf die das Gericht schon in seinem Grundlagenurteil aus dem Jahre 1961 eingegangen war²⁴. Von dieser Ausnahmeregelung sollte nicht engherzig Gebrauch gemacht werden, da eine großzügige Praxis dem Regelungszweck – die Schicht leistungsfähiger selbstständiger Handwerksexistenzen zu vergrößern – entgegenkomme, so das Gericht. Diese Ausnahmeregelung und deren großzügige Anwendung stellen die Verhältnismäßigkeit der subjektiven Berufswahlregelung erst her. Dennoch wurde sie, auch im konkreten Fall, insbesondere gegenüber Altgesellen nicht großzügig gehandhabt. Hier zieht die Kammer erneut die Wertungen des Gesetzgebers bei der Reform 2004 heran, indem festgestellt wird, dass auch der Gesetzgeber durch die Erleichterung der Eintragung in die Handwerksrolle, insbesondere für Altgesellen (§ 7b HwO), dieses Ziel verfolgt.²⁵

Auf der Grundlage dieser Argumentation legt die Kammer den § 8 HwO a.F. am Maßstab des neuen § 7b HwO aus. Damit jedoch nicht genug. Darüber hinaus wendet die Kammer auch die in der EWG-HwV umgesetzten ge-

meinschaftsrechtlichen Regelungen auf den § 8 HwO an und vermeidet so eine Schlechterstellung des Beschwerdeführers.²⁶

Dadurch beseitigt das Bundesverfassungsgericht die Inländerdiskriminierung durch die Auslegung einer Generalklausel unter Heranziehung gemeinschaftsrechtlicher Standards.

III. Fazit

Diese Kammerentscheidung setzt verschiedene Hebel an, die Inländerdiskriminierung durch die Anwendung der deutschen Grundrechte zu beseitigen. Der erste Argumentationsstrang zielt auf die **Geeignetheit** einer strengeren nationalen Marktzugangsregelung in einem sich immer stärker integrierenden Binnenmarkt. Das tatsächliche Wettbewerbsverhältnis zwischen dem deutschen Wettbewerber, der höhere Anforderungen an den Marktzugang zu erfüllen hat, als der durch die integrationsfreundliche Auslegung der Grundfreiheiten durch den Europäischen Gerichtshof unterstützte EU-Wettbewerber, führt dazu, dass die strengere nationale Regelung ihren Regelungszweck nicht mehr erfüllen kann, da sie aufgrund der Marktpräsenz der EU-Wettbewerber zur Zielerreichung schlicht ungeeignet ist. Diese Argumentation der Kammer vermag jedoch nur für solche Regelungen zu tragen, die allein dem Schutz von Individualrechtsgütern, wie dem Verbraucher- oder allgemein dem Kundenschutz dienen sollen.²⁷ Darin zeigt sich, dass die Kammer nur deshalb Zweifel an der Geeignetheit des großen Befähigungsnachweises glaubhaft machen konnte, weil sie die Sicherung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks auf die Qualitätssicherung, die Kundenperspektive verkürzte und die sozialpolitische Bedeutung außer Acht ließ. Im Gegensatz zu Regelungen der Qualitätssicherung, die zur Zielerreichung von allen Marktteilnehmern eingehalten werden müssen, sind solche sozialpolitischen Ziele auch dann erreichbar, wenn die darauf basierenden Regelungen nur für einen Teil der Konkurrenten gelten. Damit wird durch die Ausblendung von Rechtfertigungszielen durch

die Kammer nur ein Teil der rechtfertigenden Zwecke betrachtet, was in der Formulierung von Zweifeln an der Geeignetheit der subjektiven Berufswahlregelung mündet.

Tragfähiger sind hingegen die Zweifel an der **Angemessenheit**. Aber auch hier müssen entgegen der verkürzten Darstellung der Kammer alle Aspekte der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks einbezogen werden. Insbesondere die unverändert hohe sozialpolitische und volkswirtschaftliche Bedeutung des Handwerks vermag die Qualifizierung der Sicherung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit als wichtiges Gemeinschaftsgut zu rechtfertigen. In solchen sozialpolitischen Fragen ist dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen, in den das Bundesverfassungsgericht nicht eingreifen kann.

Der zweite an die Inländerdiskriminierung ansetzende Hebel stellt die **Auslegung der Ausnahmeregelungen** für den regulierten Marktzugang unter Heranziehung der für die EU-Wettbewerber geltenden Standards dar. Dieser zweite Hebel ist geeignet durch seine Einzelfallbetrachtung die Inländerdiskriminierung bei Marktzugangshürden in Form von subjektiven Berufswahlregelungen zu vermeiden. Dabei wird berücksichtigt, dass Marktzugangshürden ab einer gewissen Eingriffsintensität, zu ihrer Verhältnismäßigkeit Ausnahmeregelungen bedürfen, wie das Bundesverfassungsgericht schon in seinem Urteil aus dem Jahre 1961 betonte²⁸.

Allerdings sind auch hier methodische Zweifel angebracht. Während die Methode, eine spätere Gesetzesänderung auch bei Verfahren als Maßstab für gesetzgeberische Wertungen heranzuziehen, sinnvoll die Funktionentrennung beachtet, indem nicht eigene Wertungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers gesetzt werden, führt die Heranziehung von Regelungen, die durch das Gemeinschaftsrecht determiniert für einen anderen sachlichen Anwendungsbereich erlassen worden, dazu, dass der Wille des Gesetzgebers gerade

missachtet wird. Die Regelungen die durch Gemeinschaftsrechtsakte in nationales Recht umgesetzt werden folgen einem anderen Regelungskonzept. Seit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986 verfolgt die Kommission nicht mehr das Konzept der positiven, sondern der negativen Rechtsangleichung, also einem Wettbewerb der Rechtsordnungen auf der Basis von Mindeststandards. Diese Mindeststandards sind vor der Erkenntnis festgelegt worden, dass ein Binnenmarkt nur dann zu erreichen ist, wenn nicht jeder Staat seine eigenen Marktzugangshürden festlegt, die auch die Wettbewerber aus Mitgliedstaaten erfüllen müssen, die schon ihren eigenen nationalen Marktzugangshürden unterliegen. Damit basieren die Mindeststandards auf Kompromissen zwischen den verschiedenen nationalen Anforderungen. Diese sollen jedoch, dies ergibt sich aus der begrenzten Kompetenz der Gemeinschaft, nur für grenzüberschreitende Sachverhalte gelten. Die Kompetenz der nationalen Gesetzgeber für die Setzung von Marktzugangshürden bleibt erhalten. Nur durch diese Trennung der Kompetenzen entsteht der von der Kommission beabsichtigte Wettbewerb der Rechtsordnungen, der die entsprechenden positiven Rückwirkungen für die nationalen Rechtsordnungen zeitigen kann.²⁹ Wenn das Bundesverfassungsgericht jedoch die Generalklausel einer Ausnahmeregelung dazu nutzt die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers zur Regelung des Marktzugangs zu beeinträchtigen, funktioniert der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren³⁰ nicht mehr. Da dem Gesetzgeber aufgrund der Rechtsprechung zum Erfordernis solcher Ausnahmeregelungen nicht der Weg offen steht, diese zu streichen, befindet er sich in einer durch das Bundesverfassungsgericht gestellten Falle – unfähig seine Kompetenz auszuüben. Durch das Bundesverfassungsgericht würden, die in dem Kammerbeschluss geäußerten Gedanken und Zweifel folgerichtig angewendet, Kompetenzen zur Regelung des Marktzugangs bei eingriffsintensiven Marktzugangsschranken auf die Europäische Union verlagert.

Dies hat gezeigt, dass die im Kammerbeschluss geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises aufgrund der Inländerdiskriminierung und damit gegen die Inländerdiskriminierung insgesamt einer eingehenderen Judikatur bei nächster Gelegenheit bedürfen. Insbesondere bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht durch diesen unscheinbaren Kammerbeschluss einen Rechtsprechungswandel vorbereitet.

-
- ¹ BVerfG, 1 BvR 1730/02, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20051205_1bvr173002.html.
- ² BVerfGE 13, 97.
- ³ Handwerksordnung in der Fassung vom 24.09.1998 (BGBl. I S. 3074).
- ⁴ Gesetz in der Fassung v. 16.12.1997, BGBl. I S. 2970.
- ⁵ BVerwG, DVBl. 1970, 627 f.
- ⁶ *Fastenrath*, Inländerdiskriminierung, Zum Gleichbehandlungsgebot beim Zusammenwirken mehrerer (Teil)rechtsordnungen im vertikal gegliederten und international integrierten Staat, JZ 1987, 170 (177); *König*, Das Problem der Inländerdiskriminierung, Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung?, AöR 118 (1993), 591 (599 f., 606)
- ⁷ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, 1995, S. 429 ff.; *Schilling*, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, 8 (10 ff.); *Weis*, Inländerdiskriminierung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, NJW 1983, 2721 (2725). Differenzierend *Wesser*, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, 1995, S. 171 ff.
- ⁸ VfGH, Erkenntnis v. 15.12.2004, Gz. G79/04 u.a., Umdruck S. 13 f. Vgl. auch VfGH v. 1.3.2004, G 110/03 u.a.; VfGHSlg. 14863/1997, 14963/1997, 15683/1999).
- ⁹ BVerfGE 13, 97 (106 f.).
- ¹⁰ BVerfGE 13, 97 (107 f.).
- ¹¹ BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 20 ff.
- ¹² Verordnung über die für Staatsangehörige der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle, idF. v. 20.12.1993, BGBl. I S. 2256.
- ¹³ Eingehend zur Berufsanerkennungsrichtlinie *Kluth/Rieger*, Die neue EU-Berufsanerkennungsrichtlinie - Regelungsgehalt und Auswirkungen für Berufsangehörige und Berufsorganisationen, EuZW 2005, 486.

- ¹⁴ BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 22.
- ¹⁵ BVerfGE 13, 97 (110).
- ¹⁶ BVerfGE 13, 97 (112).
- ¹⁷ BVerfGE 13, 97 (109 f.).
- ¹⁸ *König*, AöR 118 (1993), 591 (607 ff.) sieht die Erforderlichkeit einer solchen Regelung nicht gegeben, da Leistungskontrollen aller in Deutschland tätigen Unternehmer, also auch der ausländischen ein effektiveres und gleichzeitig milderes Mittel darstellen.
- ¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht nennt als Länder mit Meisterzwang nach dessen Abschaffung in Österreich nur noch Luxemburg, BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 21.
- ²⁰ Dieses Konzept verfolgen die meisten Regelungen in den europäischen Staaten. Für dieses Konzept aufgrund der geänderten Gegebenheiten *König*, AöR 118 (1993), 591 (607 ff., 611 et passim).
- ²¹ BVerfGE 13, 97 (112).
- ²² BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 23 f. Anders sieht dies auf der Grundlage der alten Rechtslage noch *König*, AöR 118 (1993), 591 (610 f.) und beurteilt aus diesem Grunde den großen Befähigungsnachweis als grundgesetzkonform.
- ²³ BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 25 f.
- ²⁴ BVerfGE 13, 97 (120 ff.)
- ²⁵ BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 28.
- ²⁶ BVerfG, 1 BvR 1730/02, Abs. 29.
- ²⁷ Darauf weist auch *Epiney*, (Fn. 7), S. 403 ff. hin.
- ²⁸ BVerfGE 13, 97 (120 ff.)
- ²⁹ Eingehend dazu *Kluth/Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, GewArch 2006, 1. Zu den Folgen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen und dem Erfordernis einer europaweiten freiwilligen Zertifizierung von Leistungsstandards *Rieger*, Dienstleistungen im Binnenmarkt - Rechtliche Hindernisse, Instrumente zur ihrer Beseitigung und deren ökonomische Auswirkungen, in Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2004, 2005, S. 232 (240 ff.). Dagegen setzt *König*, AöR 118 (1993), 591 (615) auf eine europaweite Harmonisierung, die sich aus einer Überprüfungs- und Anpassungspflicht des Gesetzgebers ergibt, die aus der mangelnden Geeignetheit ergibt.
- ³⁰ *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in Freiburger Studien, Gesammelte Aufsätze von F. A. von Hayek, S. 249 ff.; *ders.*, Recht, Gesetz und Freiheit, S. 371 ff. Dabei betont er nicht nur die Innovationskraft des Wettbewerbs, sondern auch die Disziplinierungsfunktion. Dazu eingehend *Pies*, Eucken und Hayek im Vergleich zur Aktualisierung der ordnungspolitischen Konzeption, S. 155 ff.