

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Seismograph für die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes – Bundesverwaltungsgericht sieht keine verfassungswidrige Inländerdiskriminierung im Handwerk¹

von Dr. Frank Rieger, LL.M.oec, Duisburg

I. Erkenntnisse zur Vollendung des Binnenmarktes

Herausragendes Ziel der Europäischen Union ist die „Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen“ (Art. 3 EUV), eines Binnenmarktes, der einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist.² Diese Grundfreiheiten waren zunächst allein als Verbote der Diskriminierung grenzüberschreitender Sachverhalte gedacht, bevor der Gerichtshof ausgehend von der Dienstleistungs-³ und Warenverkehrsfreiheit⁴ die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote auslegte, die jede mitgliedstaatliche Maßnahme einem Rechtfertigungserfordernis unterwarf.⁵ An diese Rechtsprechungsänderung knüpfte die Europäische Kommission an, indem sie 1985 durch ein Weißbuch⁶ von ihrem Ziel, den Binnenmarkt durch eine positive Rechtsangleichung also durch Harmonisierungsakte auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage zu erreichen, abrückte und sich fortan auf der Basis der weiten Auslegung der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof im Sinne des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung nationaler Standards darauf konzentrierte, Mindeststandards zu regeln und im Übrigen den Binnenmarkt durch den Wettbewerb der Rechtsordnungen zu entwickeln.⁷ Diese Rechtsprechungsänderung und das neue Konzept der negativen Rechtsangleichung⁸ führten dazu, dass mitgliedstaatliche Regelungen des Marktzugangs und Marktverhaltens vermehrt vom Gerichtshof auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten überprüft und oftmals verworfen wurden. Allerdings hatten nur die Betroffenen von mitgliedstaatlichen Beschränkungen Erfolg, bei denen ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorlag. Für rein innerstaatliche Sachverhalte sollten die Grundfreiheiten und damit das Beschränkungsverbot, anknüpfend an deren Wortlaut nicht anwendbar sein.⁹ Aus

dieser nur teilweisen Anwendbarkeit des Beschränkungsverbots im Binnenmarkt und dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts¹⁰ folgt jedoch, dass rein inländische Sachverhalte aufgrund der fortbestehenden Anwendbarkeit mitgliedstaatlicher Regelungen zum Marktzugang und Marktverhalten gegenüber Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Sachverhalt diskriminiert werden.

Die Inländerdiskriminierung widerspricht zwar der Idee eines Binnenmarktes, auf dem die gleichen Bedingungen für alle Wettbewerber herrschen, unabhängig davon, ob zufällig ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt oder nicht, ist aber Folge der Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten¹¹ und wird aus diesem Grunde auch als „Produkt des beschränkten Geltungsanspruchs des Gemeinschaftsrechts“¹² bezeichnet oder auf die Formel eines „Zielkonflikts zwischen fortschreitender Integration und fortbestehenden mitgliedstaatlichen Regelungskompetenzen“¹³ gebracht. Damit ist eine gemeinschaftsrechtliche Lösung dieses Problems, die bspw. das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV oder die Grundfreiheiten entgegen ihres Wortlautes auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendet,¹⁴ ausgeschlossen, wenn man nicht die Kompetenzverteilung insgesamt in Frage stellen wollte. Der Ansatz des Gerichtshofs in jüngerer Zeit im Bereich der Unionsbürgerrechte in Einzelfällen auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt zu verzichten,¹⁵ bedroht daher dieses Kompetenzgefüge. Eine Beseitigung der Inländerdiskriminierung über das Unionsrecht könnte nur zu Lasten der Kompetenzverteilung erreicht werden und kann den damit verbundenen Preis nicht rechtfertigen.

Die Wirkungen der Inländerdiskriminierung lassen jedoch das nationale Recht nicht unberührt. Die relevanten Regelungen zum Markt-

zugang und Marktverhalten betreffen zum einen aus freiheitsrechtlicher Perspektive das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 GG, und aus gleichheitsrechtlicher Perspektive den Allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.

Während *Kämmerer* die Inländerdiskriminierung als aussterbende Kategorie bezeichnet und Zweifel am Bestehen reiner Inlandssachverhalte hegt,¹⁶ muss mit der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Handwerksausübung anderes konstatiert werden: Der Binnenmarkt ist noch nicht vollendet. Zumindest die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit erfolgt „vorwiegend nur im grenznahen Raum [...] und fällt daher nicht nennenswert ins Gewicht.“¹⁷ Diese Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts beruht nicht auf eigenen empirischen Untersuchungen, sondern auf dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen. Dieses hatte in der Vorinstanz die gleiche Vermutung geäußert, dass „grenzüberschreitende Dienstleistungen allenfalls in den Grenzregionen Deutschlands eine größere Rolle spielen“¹⁸ dürften. Für die Annahme, dass auch andernorts eine erhebliche Veränderung der Umstände in Rechnung zu stellen ist, welche die Eignung und Angemessenheit der Regelungen für gefahrgeneigte Handwerke durchgreifend in Frage stellen könnten, sah der Senat keine ausreichende Grundlage. „Möglicherweise abweichende Verhältnisse in einzelnen grenznahen Regionen musste der Gesetzgeber wegen seiner Befugnis, typisierende Regelungen zu treffen, nicht besonders berücksichtigen“,¹⁹ so das Oberverwaltungsgericht.

Grundlage dieser Erwägungen zur Verwirklichung des Binnenmarktes vor dem Hintergrund der Grundrechte ist ein Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Dezember 2005, in dem es sich am Beispiel des großen Befähigungsnachweises für die selbstständige Handwerksausübung in bestimmten Berufen mit der Problematik der Inländerdiskriminierung allgemein auseinandergesetzt hat. Das Bundesverfassungsgericht stellte seinerzeit fest:

„Die spürbare Konkurrenz aus dem EU-Ausland lässt bereits daran zweifeln, ob der große Befähigungsnachweis [...], 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.“²⁰

Während das Bundesverfassungsgericht die europäische Konkurrenz der Handwerker bereits 2005 spürte, sahen die Verwaltungsgerichte 2010/2011 die Konkurrenzsituation als Ausnahmefall an, den der Gesetzgeber nicht zu berücksichtigen brauchte bzw. der nicht nennenswert in Gewicht fiel. Dies zeigt, dass die Grundlage dieser Einschätzungen kaum belastbar sein dürfte. Der Gesetzgeber ist aufgrund seiner Beobachtungspflicht²¹ aufgerufen, hierbei verstärkt auf Aufklärung zu setzen. Der Bundesregierung liegen derartige Erkenntnisse ausweislich einer Antwort auf eine Kleine Anfrage im Deutschen Bundestag derzeit jedenfalls nicht vor.²²

Die fehlende Datengrundlage über die tatsächliche Konkurrenz insbesondere von Handwerkern in Form der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung kann den jüngeren Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Inländerdiskriminierung insoweit nicht die Überzeugung verleihen, die die Bundesregierung ausweislich ihrer Antwort²³ und die Teile der Literatur²⁴ ihnen zudenken. Die Stellungnahmen der Spitzenverbände DIHK und ZDH im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht bilden den Stand von 2003 ab, so dass hier Handlungsbedarf besteht.²⁵ Bevor jedoch ein Blick auf die Entwicklung von Rechtsprechung und Diskussion zur Inländerdiskriminierung insbesondere am Beispiel der Anforderungen an die selbstständige Handwerksausübung in Deutschland im Nachgang zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genommen wird, sollen die beiden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts kurz vorgestellt und bewertet werden.

II. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 31.08.2011

Das Bundesverwaltungsgericht hat in zwei Entscheidungen das Anliegen von Handwerkern in zulassungspflichtigen Berufen abgelehnt, Ausnahmegewilligungen zum Betrieb eines selbstständigen Handwerks zu erhalten. Gegenstand der Auseinandersetzungen war jeweils, ob Berufserfahrung, die womöglich unter Verletzung des Marktzugangshindernisses als selbstständige Handwerksausübung gesammelt wurde, zur Begründung eines Ausnahmefalles herangezogen werden kann.

Während eine Friseurin ihre Feststellungsklage gegen die Handwerkskammer gerichtet hatte, klagte ein Dachdecker gegen die Kommune. Nachdem das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in der Berufung in beiden Fällen Fragen der Zulässigkeit, insbesondere die, ob die Handwerkskammer die

richtige Beklagte sei, hinten an gestellt hatte und in der Sache entschieden hatte, konzentrierte sich das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen auf die Fragen der Zulässigkeit – verneinte diese im erstgenannten Verfahren der Friseurin – und äußerte sich relativ knapp zu den Fragen des materiellen Rechts, insbesondere zur Inländerdiskriminierung.

1. Zuständigkeiten

Nach der Novelle der Handwerksordnung 2004 besteht das feststellungsfähige Rechtsverhältnis, ob auch ohne großen Befähigungsnachweis und damit ohne Eintragung in die Handwerksrolle der Beruf ausgeübt werden kann, nach § 16 Abs. 3 HwO nur noch gegen die Kommunen, nicht auch gegen die Handwerkskammer, die Beklagte in einem Verfahren war. Daher sei die Klage bereits unzulässig, so das Bundesverwaltungsgericht. Durch die Novelle der Handwerksordnung wurde das Antragsrecht der Handwerkskammer auf Untersagung der Ausübung abgeschafft, das mit einer Klagebefugnis der Handwerkskammer gesichert war.²⁶ Aufgrund der durch den Landesgesetzgeber möglichen Übertragung der Kompetenzen zum Erlass einer Ausnahmegewilligung nach §§ 7 ff. HwO auf die Handwerkskammern kommt es jedoch zu einem fraglichen Auseinanderfallen von Entscheidungskompetenzen, da die Entscheidung nach § 16 Abs. 3 HwO nach § 124b HwO nicht auf die Handwerkskammer übertragen werden darf. Während die Fragen der Ausnahmegewilligung von den Handwerkskammern entschieden werden und bei einer ablehnenden Entscheidung Verpflichtungsklage gegen die Handwerkskammer erhoben werden kann, ist die Feststellungsklage zur Feststellung, dass keine Gewerbeuntersagung möglich ist, da eine Gewerbeausübung auch ohne Eintragung zulässig ist, gegen die staatliche Gewerbeaufsicht zu führen.²⁷

Die Auswahl des richtigen Beklagten ist jedoch für Unternehmer, die durch eine Marktzutrittsregelung an der selbstständigen Gewerbeausübung gehindert sind, von untergeordneter Bedeutung und sollte unter Berücksichtigung der Verfahrenseffizienz überdacht werden. Generell stellt sich aufgrund der zunehmenden Übertragung von Kompetenzen bei Berufs- oder Gewerbezulassungsverfahren²⁸ die Frage, ob hier nicht auch im Sinne des Bundesverfassungsgerichts zum Selbstverwaltungsprinzip Sachverstand aktiviert werden kann und sollte.²⁹

2. Minderhandwerk

Materiell setzt sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem ersten Argument auseinander, dass es sich bei den verschiedenen Tätigkeiten in unterschiedlichsten Kombinationen um

ein Minderhandwerk handele, sie also nicht zum Kernbereich des Handwerks gehören sollen. Hier wehrt sich das Gericht gleichsam als Gutachter die Grenze anhand der konkreten Tätigkeiten zu ziehen, wann das Gewerbe im Sinne von § 1 Abs. 2 HwO vollständig umfasst bzw. nur unwesentliche Tätigkeiten ausgeübt werden. Es verweist den Kläger auf die Möglichkeit des Hilfsantrages, wenn tatsächlich ein entsprechendes Interesse an der Ausübung solcher Tätigkeiten bestehe. Zumindest stellt das Gericht klar, dass Haare schneiden, Anfertigen von Dauerwellen und das Tönen des Haares sowie die Verlegung von Dachziegeln und Dachsteinen den Kernbereich des jeweiligen Handwerks ausmachen. Die Begründung stellt auf die Anlernzeit von über 3 Monaten und dabei auf den Ausbildungsrahmenplan ab.³⁰

3. Berufsfreiheit

Hinsichtlich der Vereinbarkeit der Regelungen zum Marktzugang in der Handwerksordnung mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG geht das Bundesverwaltungsgericht von einer subjektiven Berufswahlregelung, zumindest einer entsprechend eingriffintensiven Berufsausübungsregelung aus.³¹ Neben dem großen Befähigungsnachweis nach § 7 HwO sind seit der Handwerksnovelle 2004³² durch die neu gefasste Altgesellenregelung in § 7 b HwO eine sechsjährige qualifizierte Berufserfahrung mit mindestens vierjähriger Leitungsfunktion nach Ablegung der Gesellenprüfung ausreichend, um die persönlichen Voraussetzungen für eine selbstständige Handwerksausübung im stehenden Gewerbe zu erfüllen.³³

Während das Bundesverfassungsgericht die Eignung dieser Qualifikationsvoraussetzungen aufgrund der spürbaren Konkurrenz aus dem EU-Ausland 2005 in Frage stellte,³⁴ schlussfolgert das Bundesverwaltungsgericht in den Entscheidungen schlicht: „Ein Verdrängungswettbewerb mit der Folge, dass diese Anforderungen mangels Anwendungsbereichs praktisch wirkungslos würden, ist für das Friseurhandwerk / Dachdeckerhandwerk weder vom Berufungsgericht festgestellt noch von einem der Beteiligten behauptet worden.“³⁵

Die Betrachtung zur Erforderlichkeit stellt auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei Maßnahmen der Gefahrenabwehr ab und betont, dass die Gesellenprüfung und nachfolgende Berufserfahrung sowie sonstige Verhaltensregeln bei der handwerklichen Tätigkeit nicht gleich geeignet sind.³⁶ Erkennbar stellt das Bundesverwaltungsgericht anders als die Vorinstanz³⁷ nicht die Ausbildungsleistung, sondern die Gefahrenabwehr in den Vordergrund seiner Argumentation.

Schließlich vergleicht das Bundesverwaltungsgericht die Anforderungen der §§ 7, 7b HwO mit den Anforderungen an Handwerker mit einer Qualifikation aus dem EU-Ausland, die sich im Inland niederlassen wollen, oder mit Handwerkern mit einer ausländischen Niederlassung, die in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit Handwerkerleistungen anbieten wollen. Im Falle einer *Niederlassung* im Inland seien diese den Anforderungen der Altgesellenregelung nach § 7b HwO vergleichbar bzw. „derart angenähert, dass die verbleibenden Unterschiede verfassungsrechtlich nicht ins Gewicht fallen“³⁸. Die Anforderungen sind zwar hinsichtlich der Berufserfahrung geringer, aber insoweit strenger, da für § 7b HwO nur eine selbstständige Tätigkeit oder eine Tätigkeit als Betriebsverantwortlicher, nicht jedoch eine leitende Funktion in einem Betrieb ausreichend ist. Hinsichtlich der Ausübung der *Dienstleistungsfreiheit* geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass sie wegen des geringen Marktanteils das Niveau der Gefahrenabwehr insgesamt nicht wesentlich beeinträchtigen könnten. Im Weiteren geht das Bundesverwaltungsgericht auf eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG und lehnt diese ab.³⁹

4. Allgemeiner Gleichheitssatz

Als „gewichtigen sachlichen Grund“ für die Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Qualifikationen aufgrund der Umsetzung der Berufs(qualifikations)-anerkenntnisrichtlinie⁴⁰ im deutschen Recht sieht das Bundesverwaltungsgericht „in der Tatsache begründet, dass der nationale Gesetzgeber in seiner Gestaltungsfreiheit durch Europarecht gebunden war.“⁴¹ Der nationale Gesetzgeber musste danach die Qualifikationsinländer anders behandeln, weil diese aufgrund des Verbotes einer selbstständigen Tätigkeit im stehenden Gewerbe keine legale Berufserfahrung erlangen konnten. Die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung sieht das Bundesverwaltungsgericht darin, dass der Gesetzgeber die unionsrechtlichen Vorgaben umsetzen musste, ohne das nach Maßstäben des Art. 12 GG gerechtfertigte Qualifikationserfordernis für die selbstständige Tätigkeit aufzugeben.⁴²

Das Bundesverwaltungsgericht setzt in der Diskussion um die Vereinbarkeit einer Regelung mit den Grundrechten damit der Angleichungstendenz entsprechender Regelungen, die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers entgegen, die ihrerseits die Grenzen der Freiheitsrechte einhalten. Dabei sei darauf hingewiesen, dass das Gericht nur mittels der Behauptung, eine nennenswerte Konkurrenzsituation sei nicht gegeben bzw. nur in Grenzregionen und insoweit unerheblich, die Bedenken

des Bundesverfassungsgerichts gegen die Geeignetheit der Qualifikationsvoraussetzungen beiseite legen konnte. Gleichwohl ist dem Bundesverwaltungsgericht das Dilemma deutlich geworden, das hinter einer Vermeidung einer Inländerdiskriminierung oder deren Verfassungswidrigkeit steht. Es muss zwangsläufig zu einer Angleichung der Rechtsordnungen führen. Ob dieser Weg aufgrund der aufgezeigten argumentativen Schwachstelle jedoch Erfolg versprechend ist, bleibt abzuwarten. Gleichwohl soll dieser Ansatz mit einem Blick auf den Stand der Diskussion seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2005 bewertet werden.

III. Gleichheitsverstoß durch Inländerdiskriminierung?

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich in dem Kammerbeschluss vom 5.12.2005⁴³ nach dem Grundsatzurteil aus dem Jahre 1961⁴⁴ erneut mit der Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises für die selbstständige Handwerksausübung in bestimmten Berufen nach der Handwerksordnung in der Fassung vor deren Reform 2004 auseinandergesetzt⁴⁵, dabei die gerügte Verletzung des *Allgemeinen Gleichheitssatzes*, Art. 3 Abs. 1 GG, jedoch offen gelassen.⁴⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hatte 1970 grundsätzlich den Allgemeinen Gleichheitssatz auf die Inländerdiskriminierung durch den Meisterzwang angewendet, doch keinen Verstoß festgestellt.⁴⁷ In Anknüpfung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Allgemeinen Gleichheitssatz im Bundesstaat, wonach „Bund und Länder [...] im Hinblick auf die föderative Struktur der Bundesrepublik Deutschland nur gehalten [sind], im jeweils zugeordneten Gesetzgebungsbereich den Gleichheitssatz zu wahren“⁴⁸, wird in der Literatur dessen Anwendbarkeit auf die Inländerdiskriminierung abgelehnt, weil die deutsche Hoheitsgewalt durch Art. 3 Abs. 1 GG nur im Rahmen ihrer Kompetenz gebunden ist, die sie bei der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, allgemein bei der Einwirkung von Gemeinschaftsrecht auf das nationale Recht nicht ausübt.⁴⁹ Dem steht die materielle Betrachtung anderer Autoren entgegen, die den Allgemeinen Gleichheitssatz auch dann anwenden wollen, wenn grenzüberschreitende Sachverhalte aufgrund zwingende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umsetzender nationaler Regelungen besser gestellt werden.⁵⁰

Der österreichische Verfassungsgerichtshof misst dagegen die Inländerdiskriminierung in ständiger Rechtsprechung am Maßstab des Gleichheitssatzes unabhängig davon, auf welche Weise das Gemeinschaftsrecht Einfluss auf das nationale Recht ausübt, ohne dessen

Anwendbarkeit aufgrund unterschiedlicher Regelungsadressaten zu verneinen.⁵¹ Auf diese Argumentation geht auch das Bundesverwaltungsgericht in seinen jüngsten Urteilen ein, indem es betont, dass das grundsätzliche Verbot einer selbstständigen Tätigkeit von Gesellen im deutschen Recht zur Verhinderung einer Benachteiligung eine abweichende Berufszugangsregelung treffen musste.⁵² Es verneint damit nicht die Überprüfung anhand des Allgemeinen Gleichheitssatzes,⁵³ sondern schafft mit der unionsrechtlichen Verpflichtung einen Differenzierungsgrund.

Diese Argumentation war in der Rechtsprechung auch des Bundesverfassungsgerichts bereits einige Male zu Tage getreten. Die durch Europarecht eingeschränkte Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers stelle den offen zutage liegenden Differenzierungsgrund dar.⁵⁴ Damit erkennen sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Inländerdiskriminierung an, sie sehen die Ungleichbehandlung jedoch als gerechtfertigt an. Dieser Ansatz vermeidet die Gefahr, dass der Allgemeine Gleichheitssatz bei Anwendung auf die Inländerdiskriminierung zu einer automatischen Minimumharmonisierung wird.

Seit dem Weißbuch von 1985⁵⁵ 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 Integration zeitigen kann.⁵⁶

Ein Versuch die Inländerdiskriminierung als Verstoß gegen den Allgemeinen Gleichheitssatz einzuordnen, würde nicht nur das Kompetenzgefüge verletzen, sondern diesen Wettbewerb als Entdeckungsverfahren⁵⁷ funktionsunfähig machen.⁵⁸

IV. Inländerdiskriminierung und Berufsfreiheit

Die bestehende Berufszugangsregelung für die selbstständige Handwerksausübung im stehenden Gewerbe in bestimmten Gewerken hatte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus 2005 am Maßstab der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, gemessen. Durch die Novelle der Handwerksordnung 2004 besteht neben dem großen Befähigungsnachweis durch die Meisterprüfung auch die Möglichkeit für Gesellen aufgrund einer gewissen Berufserfahrung diesen Berufszugang zu erhalten, §§ 7, 7b HwO. Die Regelung des Erfordernisses des großen Befähigungsnachweises in der Handwerksordnung vor deren Novelle, hatte das Bundesverfassungsgericht übereinstimmend mit dem Urteil aus dem Jahre 1961 als Eingriff in die Berufsfreiheit, konkret als subjektive Berufswahlregelung charakterisiert. Den Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung bilden die Anforderungen an subjektive Berufswahlregelungen aus der Drei-Stufen-Lehre, wonach diese nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind.⁵⁹ Die 1961 angeführten Rechtfertigungsgründe *-Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und die Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft* - hat das Bundesverfassungsgericht als wichtige Gemeinschaftsgüter eingeordnet und so die subjektive Berufswahlregelung als verfassungsmäßig angesehen.⁶⁰ An dieser Beurteilung hatte das Bundesverfassungsgericht 2005 mit Blick auf den Wandel der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände erhebliche Zweifel geäußert, denen nach den beiden wichtigen Gemeinschaftsgütern differenziert nachgegangen werden soll.

1. Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks

Für die als Qualitätssicherung vom Bundesverfassungsgericht bezeichnete Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks zweifelte das Bundesverfassungsgericht 2005 an der *Angemessenheit* der Regelung, also der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.⁶¹ Es führte dazu eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe durch und fragte, ob die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sei. Die Eingriffsschwere wird am großen zeitlichen, fachlichen und finanziellen Aufwand zur Ablegung der Meisterprüfung festgemacht. Zudem wird die *Geeignetheit* des großen Befähigungsnachweises in Frage gestellt, weil zumindest in den grenznahen Gebieten sich deutsche Handwerker ernsthafter Konkurrenz von Handwerkern aus EU-Ländern ausgesetzt sehen, die 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, begründet die Schlechterstellung rein inländischer Sachverhalte.⁶² Das Bundesverfassungsgericht bezweifelte mithin sowohl die Geeignetheit des großen Befähigungsnachweises⁶³, als auch dessen Angemessenheit im engeren Sinne zur Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks.

Leisner stellt den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts in Frage, wenn er betont: „Wettbewerb als Niveausenker ist kein Element der europäischen Wertegemeinschaft. Wettbewerb soll Preise senken, nicht Qualitäten, diese letzteren soll er steigern.“ Er verortet im EU-Recht lediglich ein Diskriminierungsverbot, weshalb er auch zum Schluss kommt, dass es keinen Grund gebe, dass EU-Ausländer Qualitätsdumping betreiben dürften.⁶⁴ Diese Schlussfolgerung verkennt jedoch das den Grundfreiheiten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs inne wohnende Beschränkungsverbot und die auf der Grundlage der Grundfreiheiten erlassenen Richtlinien, insbesondere die Berufs(qualifikations)anerkenntnisrichtlinie mit ihren Anforderungen an die reglementierten Berufe sowie das daraus folgende Problem der Inländerdiskriminierung.⁶⁵

Bezüglich der Angemessenheit der Regelung aufgrund des großen zeitlichen und finanziellen Aufwandes hat der Gesetzgeber mit der Altgesellenregelung durch die Novelle 2004 die Möglichkeit geschaffen, ein Handwerk auch ohne den großen Befähigungsnachweis ausüben zu dürfen. Diese Regelung hatte sich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung bereits zu Nutze gemacht, obwohl die Regelung auf den Sachverhalt noch nicht anwendbar war.⁶⁶ Die Regelung verringert damit die Unterschiede zwischen einem EU-Qualifikationsausländer und einem Qualifikations-Inländer im Fall der Niederlassung deutlich. Lediglich im Fall der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit reicht eine zweijährige Berufstätigkeit innerhalb der letzten 10 Jahre und damit eine deutlich geringere Qualifikation für die selbstständige Berufsausübung aus.

Sobald sich die Konkurrenz durch ausländische Wettbewerber, die die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen, nicht nur in den grenznahen Regionen, sondern bundesweit ausdehnt,⁶⁷ kann, aber auch erst dann, das in der Handwerksordnung verfolgte präventive Konzept der Qualitätssicherung seinen Zweck 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.⁶⁸ Die in dem Kammerbeschluss von 2005 angedachte Argumentation würde sonst dazu führen, dass jede Regelung innerdeutscher Sachverhalte unter zwei Voraussetzungen gegen die Berufsfreiheit verstoßen würde: Erstens müsste diese Regelung für EU-Dienstleister aufgrund der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts unanwendbar und so eine Inländerdiskriminierung darstellen. Zudem müsste auf dem regulierten Markt ein tatsächliches Konkurrenzverhältnis bestehen. Unter diesen beiden Voraussetzungen könnte eine innerstaatliche Regelung, die allein der Qualitätssicherung dient, wie es sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch das Bundesverwaltungsgericht entgegen der Vorinstanz betonen, das verfolgte Ziel nicht mehr erreichen und wäre ungeeignet, mithin verfassungswidrig. Die Beseitigung der Inländerdiskriminierung wäre danach nur noch eine Frage der Zeit. Insoweit ist die Frage der tatsächlichen Konkurrenzsituation insbesondere für die Geeignetheit der Regelung von Belang und bedarf der fortgesetzten Kontrolle.

Mit der Einführung des großen Befähigungsnachweises hatte der Gesetzgeber jedoch nicht nur die Qualitätssicherung oder Gefahrenabwehr im Sinn, sondern auch die „*Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerkstandes als Ganzen*. Das Handwerk [... stellt] 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.“⁶⁹ Dabei strich das Bundesverfassungsgericht 1961 die soziale Stabilität heraus, die durch das Handwerk auf der Grundlage des Großen Befähigungsnachweises gestärkt werde.⁷⁰

Diese gesellschaftliche Bedeutung des Handwerks wird verkannt, wenn der Regelungszweck der Erhaltung von Leistungsstand und Leistungsfähigkeit des Handwerks auf die Kundenperspektive der Qualitätssicherung verkürzt wird. Es soll vielmehr der Handwerker

in einem kulturpolitischen Sinne nicht zuletzt auch als Arbeitgeber erhalten werden, indem in der Meisterausbildung nicht nur fachspezifische, sondern auch betriebswirtschaftliche Kenntnisse vermittelt werden, die den Meister in den Stand setzen sollen sich erfolgreich am Markt zu betätigen und damit zur sozialen Stabilität beizutragen.⁷¹ Hinreichende Erfahrungen werden jedoch auch durch die Berufserfahrung der Altgesellen in verantwortlicher Stellung erlangt werden können. Die sich im Rahmen der Altgesellenregelung nach § 7b HwO stellenden Fragen des Verhältnisses zum großen Befähigungsnachweis, insbesondere bei mehrfachem Misslingen der Prüfung, sowie, ob die erforderliche Berufserfahrung auch bei illegaler Tätigkeit erfüllt werden könne, werden kontrovers diskutiert.⁷²

2. 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.⁷³ Hier hat der Gesetzgeber jedoch mit der Reform 2004 eine Änderung eingeführt, wonach auch berufserfahrene Gesellen, so gen. *Altgesellen*, ausbilden dürfen. Das Bundesverfassungsgericht 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 Argument 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 lasse.⁷⁴ Das Bundesverwaltungsgericht geht anders als das Oberverwaltungsgericht NW⁷⁵ auf die Ausbildungsleistung nicht ein.

V. Stellungnahme

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass die Inländerdiskriminierung im nationalen Recht dem Gesetzgeber nicht durch die Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichheitssatzes Regelungsfreiräume nimmt. Vor dem Hintergrund der Freiheitsrechte hat der Gesetzgeber mit der Novelle 2004 und der Schaffung der Altgesellenregelung für den Fall der Niederlassung eine mit den Anforderungen für die Qualifikations-Ausländer vergleichbaren Standard geschaffen, der wie das Bundesverwaltungsgericht ausführt lediglich Besonderheiten des deutschen Rechts berücksichtigt. Allerdings muss der Gesetzgeber das Regelungskonzept darauf überprüfen, ob aufgrund des Konkurrenzdrucks im Rahmen der Ausübung

der Dienstleistungsfreiheit, für die viel geringere Qualifikationsanforderungen gelten, Anpassungen erforderlich sind. Die strengere nationale Regelung könnte ihren Regelungszweck dann nicht mehr erfüllen und wäre ungeeignet, wenn EU-Wettbewerber mit solchen Qualifikationen eine entsprechende Marktpräsenz hätten.

Diese Konsequenz ist Folge der Rechtsprechung und auch Gesetzgebung, die allein den Schutz von Individualrechtsgütern, wie dem Verbraucher- oder allgemein dem Kundenschutz in den Mittelpunkt rückt und die sozial- bzw. kulturpolitische Bedeutung außer Acht lässt.⁷⁶ Im Gegensatz zu Regelungen der Qualitätssicherung, die zur Zielerreichung von allen Marktteilnehmern eingehalten werden müssen, sind solche sozial- und kulturpolitischen Ziele auch dann erreichbar, wenn die darauf basierenden Regelungen nur für einen Teil der Konkurrenten gelten. Insgesamt sollte bei der Betrachtung der Inländerdiskriminierung in Anknüpfung an *Epiney*⁷⁷ in schutzpolitische und sozial- bzw. kulturpolitische Zwecke unterschieden werden. Während die Inländerdiskriminierung zum Zwecke der Qualitätssicherung, also zur Verfolgung schutzpolitischer Ziele beim Ausbau des Binnenmarktes, wie die Kammer schon andeutet, kaum mehr als geeignet charakterisiert werden kann, ist dem Gesetzgeber zur Verfolgung sozial- und kulturpolitischer Ziele ein Gestaltungsermessen einzuräumen. Deshalb kann der nationale Gesetzgeber auch zukünftig seine sozial- und kulturpolitischen Ziele mittels unterschiedlicher Behandlung von inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten verfolgen, womit die Inländerdiskriminierung mit dem Grundgesetz vereinbar bliebe.

Allerdings muss sich der Gesetzgeber dieser geänderten Voraussetzungen für die Rechtfertigung der Inländerdiskriminierung bewusst sein. Bei der Novelle der Handwerksordnung 2004 hat er zur Rechtfertigung des großen Befähigungsnachweises, bei der Auswahl der Berufe für deren selbstständige Ausübung der große Befähigungsnachweis erforderlich ist, einen Paradigmenwechsel vollzogen. Er hält den großen Befähigungsnachweis nicht mehr für die Gesamtheit der Handwerksberufe und damit das Handwerk als Ganzes, wie das Bundesverfassungsgericht 1961 die Gesetzgebung zusammenfasste, sondern nur noch für die 41 Berufe der Anlage A der Handwerksordnung aufgrund deren Gefahrengeneigtheit für erforderlich.⁷⁸ Damit entäußert sich der deutsche Gesetzgeber jedoch bei zunehmender Verwirklichung des Binnenmarktes auf der Grundlage der Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts faktisch der Regelungskompetenz, wenn das Ziel des Schutzes

vor Gefahren der Berufsausübung, also die Qualitätssicherung nicht mehr erreicht werden kann und damit ungeeignet ist. Es liegt damit auch in seiner Hand, die durch die Rechtsprechung im Bereich des Allgemeinen Gleichheitssatzes hervorgehobenen Gestaltungsfreiräume nicht undifferenziert im Rahmen der Freiheitsrechte einzubüßen. Vielleicht kann die Meisterausbildung als „best practice“-Beispiel, wie es *Kormann/Hüpers* vorschlagen, erhalten bleiben und Nachahmung finden.⁷⁹ Sie sehen eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates, dafür Sorge zu tragen, dass Rechtsordnungen harmonisiert werden, um die Wettbewerbsnachteile der Inländer im Rahmen zu halten. Dieser Ansatz sieht die aufgezeigte Gefahr, dass die Geeignetheit von hohen Qualifikationsanforderungen bei zunehmender Konkurrenz in Frage steht, und löst es über ein bewegliches System, das der Beobachtungspflicht des Staates eine besondere Bedeutung beimisst. Hieran kann der Gesetzgeber bei seinen Regelungen nicht nur bezogen auf den Marktzugang im Handwerk, sondern allgemein anknüpfen.

¹ Dieser Beitrag gibt allein die persönliche Ansicht des Verfassers wider.

² Art. 26 Abs. 2 AEUV.

³ EuGH, 3.12.1974, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 (st.Rspr) - van Binsbergen.

⁴ EuGH, 20.2.1979, Rs. 120/78 - Rewe, Slg. 1979, 649 - Cassis de Dijon.

⁵ Allgemein *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 26 ff.; *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EUV Art. 3 Rn. 33 f. (46. Erg.Lfg. 2011); *Ruffert*, in: Callies/ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, EUV Art. 3 Rn. 22 sieht es als Teil des Ziels wirtschaftliches Wohlergehen zu erreichen. Zur Dienstleistungsfreiheit und deren Bedeutung vgl. nur *Kluth*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 57 Rn. 4 ff.; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), AEUV Art. 56/57 Rn. 13 ff.

⁶ Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Rat vom 28./29. Juni 1985, KOM(85) 310 endg.

⁷ Ebenda, Rn. 77 ff.

⁸ Zu den Hintergründen vgl. *Kluth/Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip, GewArch 2006, 1.

⁹ EuGH, 23.10.1986, Rs. 355/85, Slg. 1986, 3231, Rn. 10 - Driancourt/Cognet; EuGH, 09.08.1994, Rs. C-363/93 u.a., Slg. 1994, I-3957, Rn. 25 ff. (st.Rspr) - Lancry.

¹⁰ EuGH, 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1141 (1269 f.) - Costa/ENEL.

¹¹ Zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung vgl. *Callies*, in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, EUV Art. 5 Rn. 6 ff.

¹² *Graser*, Zum Stand der Diskussion zur Inländerdiskriminierung, DÖV 1998, 1004 (1005).

¹³ *Epiney*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 18 Rn. 35 ff.

¹⁴ Vgl. nur die unterschiedlichen Ansätze bei *Epiney*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 18 Rn. 28, 33 ff. und *Gerhardt*, Zu neueren Entwicklungen der so genannten Inländerdiskriminierung im Gewerbe, GewArch 2000, 372 (377).

¹⁵ Vgl. nur die neuerlichen Erwägungen des Gerichtshofs, im Rahmen der Anwendung des EU-Rechts auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt zu verzichten und damit umgekehrte Diskriminierungen zu verbieten: EuGH, Urteil vom 08.03.2011, Rs. C-34/09, *Zambraño*; dazu *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (565); *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2009 f.) betonen, dass der EuGH nur für den Bereich des Aufenthaltsrechts sowie des Arbeitsmarktzugangs auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt verzichtet.

¹⁶ *Kämmerer*, Inländer im Europarecht - Obsoleszenz oder Renaissance eines Rechtsbegriffs?, EuR 2008, 45 (46 f.)

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 46. Vgl. BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 8.10, Rn. 33.

¹⁸ OVG NW, Beschluss vom 26.02.2010, 4 A 1499/06, Rn. 48.

¹⁹ Ebenda.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 05.12.2005, 1 BvR 1730/02, Rn. 22.

²¹ BVerfGE 110, 141; BVerfG, 1 BvR 3222/09, Beschluss vom 27.01.2011, Rn. 51 ff.

²² Vgl. BT-Drs. 17/7313 vom 14.10.2011.

²³ Vgl. BT-Drs. 17/7313 vom 14.10.2011, S. 8.

²⁴ *Schmitz*, Anmerkung zu den Entscheidungen, GewArch 2012, 42 (43).

²⁵ Mit der Datengrundlage setzen sich insbesondere *Dürr*, GewArch 2007, 18 auseinander, der ebenso für eine sorgfältige Marktanalyse eintritt, sowie *Kormann/Hüpers*, GewArch 2008, 273, die teilweise Zahlen vorlegen.

²⁶ Zur bisherigen Rechtslage vgl. nur *Hönig/Knorr*, HwO, 4. Aufl. 2008, § 16 Rn. 17 ff.

²⁷ Kritisch dazu auch *Schmitz*, GewArch 2012, 42 (43).

²⁸ Vgl. nur die Rechtsanwälte (§ 33 BRAO) und die Versicherungsvermittler und -berater (§§ 34d, 34e GewO).

²⁹ BVerfGE 107, 59 LS 2. Gegen eine Aufgabenübertragung wendet sich die Monopol-

kommission in ihrem 16. Hauptgutachten 2004/2005, BT-Drs. 16/2460, S. 91.

³⁰ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 8.10, Rn. 26 ff.; BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 17 ff. Zu den damit ggf. verbundenen Problemen einer Anbindung an Regelungen zur Berufsausbildung vgl. nur *Schmitz*, GewArch 2012, 42 (43).

³¹ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 8.10, Rn. 29 ff.; BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 30 ff.

³² Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und zur Förderung von Kleinunternehmen vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 2933) und Drittes Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 24.12.2003 (BGBl. I S. 2934). Einen Überblick über die einzelnen Änderungen geben *Müller*, NVwZ 2004, 403; *Schwannecke/Heck*, GewArch 2004, 129. Eine detaillierte kritische Analyse findet sich bei *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, 2004 sowie detailliert zu einer missglückten Änderung im Wahlrecht *Rieger*, GewArch 2005, 231.

³³ Zur Altgesellenregelung vgl. nur *Zimmermann*, GewArch 2008, 334.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 05.12.2005, 1 BvR 1730/02, Rn. 22

³⁵ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 8.10, Rn. 33; BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 35.

³⁶ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 8.10, Rn. 34; BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 34, 36.

³⁷ OVG NW, Beschluss vom 26.02.2010, 4 A 1499/06, Rn. 39 ff.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 41.

³⁹ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 37 ff.

⁴⁰ Ausführlich zur Berufsankennungsrichtlinie 2005/36/EG *Kluth/Rieger*, EuZW 2005, 486; *Kluth*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 59 Rn. 34 ff.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 44.

⁴² Ebenda.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 05.12.2005, 1 BvR 1730/02.

⁴⁴ BVerfGE 13, 97.

⁴⁵ Im Kammerbeschluss vom 31.03.2000 (BVerfG, GewArch 2000, 240) wurde die Frage der Verfassungsmäßigkeit des großen Befähigungsnachweises mangels Entscheidungserheblichkeit nicht problematisiert.

⁴⁶ So auch BVerfG, NJW 1990, 1033; BGHZ 108, 342 (346).

⁴⁷ BVerwG, DVBl. 1970, 627 (628) st.Rspr. – vgl. nur Beschluss v. 16.05.1984, BVerwG 1 B 3.84, Buchholz 451.45 § 8 HwO Nr. 10; GewArch 2004, 488. Eine Darstellung der Rechtsprechung zur Inländerdiskriminierung und dem Allgemeinen Gleichheitssatz findet sich bei *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, 1995, S. 460 ff.

⁴⁸ BVerfGE 42, 20 (27) st.Rspr. - BVerfGE 10, 354 (371); 11, 299 (305); 12, 139 (143); 12, 319 (324); 17, 319 (331); 32, 346 (360).

⁴⁹ *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 247; *Fastenrath*, JZ 1987, 170 (177); *König*, AöR 118 (1993), 591 (599 f., 606); *Papier*, JZ 1990, 253 (260).

⁵⁰ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 429 ff.; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 103, Stand 1.3.2012; *Nicolaysen*, Europarecht II, S. 81; *Schilling*, JZ 1994, 8 (10 ff.); *Weis*, NJW 1983, 2721 (2725). Differenzierend *Wesser*, Grenzen zulässiger Inländerdiskriminierung, 1995, S. 171 ff. Eingehende Darstellungen der unterschiedlichen Argumentationsmuster der Vertreter dieser Ansicht finden sich bei *Epiney*, S. 423 ff. sowie *Wesser*, S. 165 ff. *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 71 betont, dass Art. 3 GG trotz des Problems der unterschiedlichen Adressaten mangels Anwendbarkeit gemeinschaftsrechtlicher Normen angewandt werden müsste. Dagegen plädiert *Graser*, DÖV 1998, 1004 (1010) in einem eigenen Ansatz für eine prozessuale Lösung. *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (521) setzen sich für eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG ein, schränken jedoch die Rechtfertigungsmöglichkeiten auf Gründe „mit erheblichem Gewicht“ ein, ohne dies jedoch näher zu spezifizieren.

⁵¹ 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. Zu den Anfängen dieser Rechtsprechung vgl. *Diefenbach*, GewArch 2001, 353 und *Gerhardt*, GewArch 2000, 372 (374 f.), die mit unterschiedlicher Begründung keinen Änderungsbedarf im deutschen Recht sehen. Dagegen erwarteten *Huber-Wilhelm/Plank*, EuZW 2001, 223 (224) eine Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

⁵² BVerwG, Urteil vom 31.08.2011, 8 C 9.10, Rn. 44.

⁵³ Dies befürworten Teile der Literatur, vgl. nur *Kormann/Hüpers*, GewArch 2008, 273; *Rieger*, Die umgekehrte Diskriminierung (Inländerdiskriminierung) – Grundrechtsverstoß oder Ausdruck nationaler Regelungskompe-

tenz?, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, S. 425 (442 ff.).

⁵⁴ BVerfG, 1 BvR 2514/09, Beschluss vom 04.02.2010, Rn. 16 mit Bezugnahme auf VG Aachen, Beschluss vom 22.09.2009, 3 L 241/09, sowie *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, S. 477 f.; *Albers*, JZ 2008, 708 (713 f.).

⁵⁵ Vollendung des Binnenmarktes, Weißbuch der Kommission an den Rat vom 28./29. Juni 1985, KOM(85) 310 endg., Rn. 77 ff.

⁵⁶ Eingehend dazu *Kluth/Rieger*, 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, 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.

⁵⁷ *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.

⁵⁸ Ausführlich dazu *Rieger*, Die umgekehrte Diskriminierung (Inländerdiskriminierung) – Grundrechtsverstoß oder Ausdruck nationaler Regelungskompetenz?, in: Kluth (Hrsg.), Jahrbuch des Kammer- und Berufsrechts 2005, S. 425; *ders.*, Ist die Inländerdiskriminierung noch mit dem Grundgesetz vereinbar?, Besprechung des Kammerbeschlusses zur Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwangs, DÖV 2006, 685 ff.; insoweit folgend *Tietje*, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2006), S. 45 (57).

⁵⁹ BVerfGE 13, 97 (106 f.).

⁶⁰ BVerfGE 13, 97 (107 f.).

⁶¹ BVerfG, Beschluss vom 05.12.2005, 1 BvR 1730/02, Abs. 20 ff.

⁶² Ebenda, Abs. 22.

⁶³ So bereits *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 403 ff.; *Diefenbach*, GewArch 2001, 353 (355). *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 milderer Mittel darstellen.

⁶⁴ *Leisner*, GewArch 2006, 393.

⁶⁵ Vgl. dazu nur *Kluth/Rieger*, GewArch 2006, 1.

⁶⁶ Kritisch dazu *Rieger*, DÖV 2006, 685 ff.

⁶⁷ Das Bundesverwaltungsgericht schätzte das Potential dieser Konkurrenz schon 1970 als gering ein: „Es kommt hinzu, dass der Leistungsstand des deutschen Handwerks und die in diesem Wirtschaftszweig notwendigen engen und persönlichen Bindungen an den Kundenkreis nur in beschränktem Umfang zu einer Niederlassung ausländischer Handwerker auf Grund der VO Handwerk EWG im Geltungsbereich der Handwerksordnung führen werden.“ (BVerwG, DVBl. 1970, 627 (628)).

⁶⁸ 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).

⁶⁹ BVerfGE 13, 97 (110).

⁷⁰ BVerfGE 13, 97 (112).

⁷¹ BVerfGE 13, 97 (109 f.).

⁷² Vgl. nur *Dörr*, GewArch 2011, 396 ff. m.w.N.

⁷³ BVerfGE 13, 97 (112).

⁷⁴ BVerfG, Beschluss vom 05.12.2005, 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.

⁷⁵ Vgl. nur OVG NW, Beschluss vom 26.02.2010, 4 A 2008/05, Rn. 33.

⁷⁶ Darauf weist auch *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 403 ff. hin.

⁷⁷ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 319 ff., 404 ff. et passim.

⁷⁸ Vgl. dazu *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 23 ff.; *Müller*, NVwZ 2004, 403 (408).

⁷⁹ *Kormann/Hüpers*, GewArch 2008, 273.