

DHI

Walter Georg Leisner

**Die „Meisterqualifikation“
im Deutschen Handwerk
im Lichte der (neueren)
EuGH- und Verfassungs-
gerichtsrechtsprechung**

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



DHKT
DEUTSCHER
HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

Walter Georg Leisner

**Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der
(neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung**

© Copyright 2014 Ludwig-Fröhler-Institut
für Handwerkswissenschaften, München
Bereich Handwerksrecht (HRI)
Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut*

ISBN 978-3-7734-0335-3

Kommissionsverlag: Gildebuchverlag GmbH & Co. KG
31061 Alfeld

Druck: Stürtz GmbH
97080 Würzburg

* Das Deutsche Handwerksinstitut e.V. wird gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages sowie von den Wirtschaftsministerien der Bundesländer und vom Deutschen Handwerkskammertag.

**Die „Meisterqualifikation“ im Deutschen Handwerk im Lichte der
(neueren) EuGH- und Verfassungsgerichtsrechtsprechung**

von

Priv.-Doz. Dr. Walter Georg Leisner, München

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
A. Ausgangslage, Fragestellung und Gang der Untersuchung	13
I. Ausgangslage und Fragestellung	13
II. Gang der Untersuchung	15
III. Ergebnis zu A.	15
B. Rechtliche Grundlagen und Begrifflichkeiten	17
I. Begrifflichkeiten	17
1. Prinzip der Meisterpflicht im nationalen Recht	17
a) Großer Befähigungsnachweis	17
b) Eintragung in die Handwerksrolle	17
c) Filialbetriebe	17
2. Prinzip des Anwendungsvorranges – Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht	18
a) Funktion als Kollisionsnorm und Voraussetzungen	19
b) Erläuterungen bzgl. der indirekten Kollision	19
aa) Effektivitätsgrundsatz	20
bb) Äquivalenzprinzip	20
c) Reichweite des Anwendungsvorranges	20
3. Inländerdiskriminierung	21

II. Gesetzliche Ausgangslage nach der Novellierung der HwO 2003	21
1. Nationales Recht	21
a) § 1 Abs. 1 HwO	22
b) § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV	22
aa) Niederlassung von EU-Ausländern	22
bb) Dienstleistung von EU-Ausländern	22
c) §§ 1, 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Nr. 5 SchwarzArbG	22
d) Verfassungsrecht	23
2. Unionsrecht	25
a) Grundfreiheiten	25
aa) Niederlassungsfreiheit	26
bb) Dienstleistungsfreiheit	26
b) Richtlinien	26
III. Prüfungsmaßstab der Gerichte	28
1. BVerfG und der Maßstab des Grundgesetzes	30
2. EuGH und der Maßstab des Europarechtes	30
a) Richtlinien	31
b) Grundfreiheiten	31
3. Der Verfassungsgerichtsverbund – ein Kooperationsverhältnis	32
IV. Ergebnis zu B.	33

C. Übersicht über die EuGH-Rechtsprechung	34
I. Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 1964/427/EG	35
1. Rechtssache Knoors	35
a) Auslegung der RL 1964/427/EG	36
b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage	36
2. Rechtssache Van de Bijl	37
a) Auslegung der RL 1964/427/EG	37
b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage	39
3. de Castro Freitas und Escallier	39
a) Auslegung der Art. 3 und 4 der RL 1964/427/EG	40
b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage	40
4. Ergebnis zu I.	41
II. Rechtsprechung des EuGH zum Verfahren der §§ 8, 9 HwO a.F.	42
1. Rechtssache Corsten	42
a) Verfahren des §§ 8, 9 HwO und Dienstleistungsfreiheit	42
b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage vor 2003	45
aa) Unverhältnismäßigkeit der Eintragungspflicht im Rahmen von Art. 56 AEUV	45
bb) Rechtfertigungsmöglichkeit der Eintragungspflicht im Rahmen von Art. 49 AEUV – Verbraucherschutz	46
2. Rechtssache Schnitzer	49
a) Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit §§ 8, 9 HwO	49

b)	Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage vor 2003	50
3.	Ergebnis zu II.	51
III.	Übertragbarkeit der Ergebnisse der Rechtsprechung auf die heutige Rechtslage	51
1.	Dienstleistungsfreiheit	51
2.	Niederlassungsfreiheit	52
IV.	Ergebnis zu C.	53
D.	Übersicht über die Rechtsprechung des BVerfG	55
I.	Direkte Prüfung der Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit der Verfassung – BVerfG vom 17.07.1961	55
II.	Indirekte Prüfung im Rahmen von Schwarzarbeit	57
1.	Generelle Linie der Rechtsprechung: Die Wichtigkeit der Ausnahmeregelungen – der große Befähigungsnachweis als System	58
2.	Verhältnismäßigkeit des großen Befähigungsnachweises – Zweifel des BVerfG	64
a)	BVerfG vom 31.03.2000	64
aa)	Die Entscheidung	64
bb)	Analyse	66
b)	BVerfG vom 05.12.2005	66
aa)	Sachverhalt und Entscheidung	66
bb)	Analyse	67
3.	Ergebnis zu II.	69

III. Übertragbarkeit auf die heutige Rechtslage?	69
1. Neufassung der Anlage A	69
2. Paradigmenwechsel und Verhältnismäßigkeit der Berufsausübungsbeschränkung	70
a) Rechtslage vor 2003	70
b) Rechtslage nach der Handwerksnovelle	70
aa) Legitimes Ziel	72
bb) Geeignetheit	73
cc) Erforderlichkeit	73
dd) Angemessenheit - Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	74
3. Norm des § 7b HwO	78
4. § 8 HwO	79
5. Ergebnis – Eine Deregulierung durch die Reform?	79
a) Umfang der Deregulierung	79
b) Notwendigkeit der Deregulierung	80
IV. Ergebnis zu D.	81
E. Die fakultative Meisterqualifikation nach Unionsrecht und nach nationalem Recht	82
I. Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht	82
II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht	83
III. Ergebnis zu E.	83

F. Einzelergebnisse und Gesamtergebnis	84
I. Einzelergebnisse der Abschnitte A. bis E.	84
1. Abschnitt A.	84
2. Abschnitt B.	84
3. Abschnitt C.	84
4. Abschnitt D.	85
5. Abschnitt E.	85
II. Gesamtergebnis	85
Literaturverzeichnis:	89
Rechtsprechungsübersicht	93

Vorwort

Der große Befähigungsnachweis wurde nach einer kurzen Phase der völligen Deregulierung nach dem Zweiten Weltkrieg über den Erlass der Handwerksordnung im Jahr 1953 als Institut des Berufsrechts im Bereich des Deutschen Handwerks geschaffen und blieb bis zum Jahr 2003 in seinen wesentlichen Merkmalen unverändert.

Mit dem Institut sollte ein besonderes Ordnungsrecht kodifiziert werden zum Zweck einer Qualitäts- und Ausbildungssicherung im Deutschen Handwerk.

Im vorstehenden Zeitraum waren die tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten jedoch großen Veränderungen ausgesetzt. Die Europäische Union mit dem Hauptziel des vereinten Europas und der Verwirklichung des Binnenmarktes und die damit einhergehenden Veränderungen forderten im Laufe der Zeit Modifizierungen. Auch im nationalen Recht musste in dieser Zeitspanne auf tatsächliche Veränderungen reagiert werden, sowie wiederholt auf die Verschiebung von politischen Schwerpunktsetzungen.

All dies führte schließlich nach mehreren kleineren Reformen zur großen Reform 2003 des Handwerksrechts, die einen Schlusspunkt unter die politischen Debatten über und der durch die Rechtsprechung über die Jahre immer intensiver geübten Kritik am großen Befähigungsnachweis als restriktives Relikt setzen sollte.

Hier stellt sich nun die Frage, welche Zukunft ein nationales Berufsordnungsrecht hat, das weiter und überzeugt auf den großen Befähigungsnachweis besteht, in dieser Gemengelage zwischen nationalem Recht und europäischen Vorgaben. Kommt hier doch – unaufhaltsam – auf leisen Sohlen der Tod? Dieser Eindruck drängt sich auf, wenn man sich die Entwicklung in legislativer wie iudikativer Hinsicht ansieht. Eine genauere Analyse der Rechtsprechung der letzten Jahre, sowohl auf Unions- als auch auf nationaler Ebene, sowie ein Vergleich der dort aufgestellten Forderungen mit den Ergebnissen der tatsächlich vorgenommenen legislativen Reformen wird aber im Rahmen dieser Abhandlung zeigen, dass der große Befähigungsnachweis in Deutschland ein konkurrenz- und zukunftsfähiges Modell darstellen kann, wenn es auch „entwicklungsoffen“ bleiben muss.

April 2014

Der Verfasser

A. Ausgangslage, Fragestellung und Gang der Untersuchung

I. Ausgangslage und Fragestellung

§ 1 Abs. 1 HwO regelt seinem Inhalt nach, dass die Befugnis zur selbständigen *Ausübung eines Handwerks der Anlage A* von der *Eintragung in die Handwerksrolle* abhängig ist. Diese wiederum knüpft an die Voraussetzung des *Innehabens des Meistertitels* (§ 7 Abs. 1a HwO) oder einer *vergleichbaren Qualifikation* an¹.

Mit Beschluss vom 05.12.2005² hat das BVerfG in einer obiter-dictum-Feststellung Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit jener Meisterpflicht der bis 2003 geltenden HwO geäußert, jedoch erfolgte keine Stellungnahme des Gerichts zur Verfassungsmäßigkeit der HwO nach 2004, wonach im Zuge der Reform die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der subjektiven Berufszulassungsregelung nunmehr an andere Kriterien schwerpunktmäßig anknüpft: In den Mittelpunkt ist das Kriterium der *Gefährgeneigtheit* (Herv. v. Verf.) der auszuübenden Tätigkeit gerückt³, wobei weiterhin die Sicherstellung einer effektiven Ausbildung des Nachwuchses im Handwerk bezweckt wird⁴. Danach sind solche Gewerbe als zulassungspflichtige Handwerke der Anlage A qualifiziert, durch deren Ausübung Gefahren für die Gesundheit oder das Leben Dritter entstehen können⁵.

Zwischenzeitlich wurde das bisherige *Inhaberprinzip* aufgegeben. Nach altem Recht musste der Inhaber eines Handwerksbetriebes selbst die Meisterprüfung bestanden haben, der Betriebsinhaber konnte also nicht einfach einen Arbeitnehmer mit entsprechender Qualifikation einstellen⁶. Nach § 7 Abs. 1 HwO gilt nunmehr das sogenannte *Betriebsleiterprinzip*, d.h. als Inhaber eines A-Handwerksbetriebes wird in die Handwerksrolle eingetragen, wer einen Betriebsleiter, der die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, anstellt.

¹ Die Zulassung der Ausübung der Handwerke der Anlage A knüpft an das Vorliegen besonderer subjektiver Kriterien an: Meisterqualifikation (§ 7 Abs. 1a HwO), vergleichbare Prüfung und sonstige subjektive Qualifikation (§ 7 Abs. 2, Abs. 2a, Abs. 3, Abs. 7, Abs. 9 HwO), Einstellung eines qualifiziertes Betriebsleiters (§ 7 Abs. 1 S. 1 HwO); *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 12.

² BVerfG, Beschl. v. 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –, in: *GewArch* 2006, 71; vgl. zur Verfassungsmäßigkeit des Meistertitels im Handwerk, *Leisner, W.G.*, *GewArch* 2006, 393 ff.; vgl. *Leisner W.*, *GewArch* 1998, 445 mit europarechtlicher Betrachtung.

³ BT-Drs. 15/1260, S. 22; vgl. *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 8a; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 12; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 30.10.2012 – 6 A 1070/12 –, Rn. 27; vgl. ausführlich zum Kriterium der Gefährgeneigtheit: *Leisner, W.G.*, Ist eine Änderung des § 5 Handwerksordnung dahingehend anzustreben, dass auch Meisterbetriebe der B1-Handwerke in seinen Anwendungsbereich fallen?

⁴ BR-Drs. 466/03, S. 3; *Kormann/Hüpers*, Das neue Handwerksrecht, S. 22 ff. m.w.N.; *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 12.

⁵ *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 2; vgl. hierzu insges. *Leisner W.G.*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks in § 1 Abs. 2 HwO, Rechtsprechungsanalyse und systematische Einordnung von Einzel(grenz)fällen, LFI-Schriftenreihe, S. 7 ff.

⁶ *Detterbeck*, a.a.O., § 1 Rn. 6.

In die Handwerksrolle eingetragen werden also nur zulassungspflichtige Handwerke im Sinne der *Positivliste der Anlage A* zur HwO. Zur Ausübung berechtigt sind nur Personen, die den Meistertitel oder einen von der HwO als vergleichbare Qualifikation anerkannten Befähigungsnachweis innehaben. Hingegen bedarf es zur Ausübung der *Gewerbe der Anlage B1 und B2* keines Qualifikationsnachweises und die Eintragung in das Inhaberverzeichnis nach § 19 HwO hat keine konstitutive Wirkung, so dass die Eintragung dieser Gewerbe nicht Voraussetzung für die Ausübung des Gewerbes ist⁷.

Die neue Regierungskoalition in Deutschland hat sich nunmehr in ihrem Koalitionsvertrag offen für die Beibehaltung des Meisterbriefes ausgesprochen⁸. Dort ist zu lesen:

*„Wir wollen ein starkes Handwerk. Deutschland wird die europäische Diskussion über eine verstärkte Öffnung des Dienstleistungsbinnenmarktes konstruktiv begleiten. Wir werden allerdings unverändert darauf hinwirken, dass der Meisterbrief nicht durch Maßnahmen des europäischen Binnenmarktes beeinträchtigt wird und erhalten bleibt“*⁹.

Diese von der Politik in Deutschland offensichtlich getragene nationale Rechtslage kann so jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr ist sie in den Kontext der Unionsrechtsordnung eingebunden und muss sich daher auch unter bestimmten Voraussetzungen an deren Maßstäben messen lassen, insbesondere an den sog. europäischen Grundfreiheiten.

Im Spannungsfeld zwischen mitgliedstaatlichen Verfassungs- und Unionsrecht ist das Institut des großen Befähigungsnachweises neben zwei verschiedenen (wenn auch verschränkten) Rechtsordnungen daher auch der Kontrolle von zwei obersten Gerichtsbarkeiten unterworfen, dem *Bundesverfassungsgericht* auf der einen, dem *Gerichtshof der Europäischen Union* (vormals: *Europäischer Gerichtshof*) auf der anderen Seite. Beide Gerichte haben sich schon mehrfach in verschiedenen Konstellationen, direkt und indirekt, mit der Thematik befasst. Die in diesem Zusammenhang ergangene Rechtsprechung hat zum Teil großen Einfluss auf das Institut gehabt. Die Reform von 2003 hat daraus resultierende Vorgaben in Gesetzesform gegossen, zum Teil auf Kritikpunkte reagiert und das System angepasst.

Damit einhergegangen sind grundlegende Veränderungen im System der Handwerksordnung, was das Institut des großen Befähigungsnachweises betrifft. Diese Veränderungen waren sowohl unionsrechtlich als auch ver-

⁷ OVG NRW GewArch 1997, 40; *Detterbeck*, HwO, § 19 Rn. 3; *Stork*, in: Schwannecke, HwO, § 19 Rn. 4, 6; *Honig/Knörr*, HwO, § 19 Rn. 2.

⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode, S. 16 f.

⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode, S. 16.

fassungsrechtlich bedingt. *Aus einer diesbezüglichen Gesamtschau der Entscheidungen stellt sich daher die Frage, inwieweit das handwerksrechtliche Institut des großen Befähigungsnachweises zum jetzigen Zeitpunkt, d.h. nach aktueller Gesetzeslage unter Einbeziehung und systematischer Analyse der ergangenen Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG (die weitgehend noch zur alten Gesetzeslage erging) (noch) eine regulierende Funktion hat, oder ob nicht eine diesbezüglich spätestens durch die Novellierung 2003 eingeläutete Deregulierung bereits soweit fortgeschritten ist, dass von einer „Aushöhlung der Meisterpflicht“ gesprochen werden kann.* Dabei ist bei der Frage der Feststellungen eines (De-)Regulierungsbestands auch stets zu prüfen, inwieweit eine Regelungsdichte im rein innerstaatlichen Verhältnis im Vergleich zur Regelungsdichte für Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union besteht.

II. Gang der Untersuchung

Vorliegende Untersuchung bleibt nicht bei einer bloßen kompilatorischen Zusammenschau der zur Thematik ergangenen Rechtsprechung stehen, sondern hat darüber hinaus zum Ziel, die weitere Relevanz letzterer für die heutige Rechtslage zu untersuchen.

In einem ersten Schritt werden zunächst die erforderlichen rechtlichen Grundlagen und allgemeinen Begrifflichkeiten (B.) geklärt, um den rechtlichen Rahmen, in dem sich die Fragestellung bewegt, mit den maßgeblichen und auch üblich verwendeten Fachausdrücken zu skizzieren. Im Anschluss daran soll die Meisterpflicht aus der Sicht des Unionsrechts in der Rechtsprechung des EuGH beleuchtet werden, insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit der deutschen Regelungen mit dem Unionsrecht und zur Frage, inwieweit eine deregulierende Wirkung von dieser Rechtsprechung ausging (C.). Eine entsprechende Untersuchung wird daran anschließend bzgl. des deutschen Verfassungsrechts und der ergangenen Rechtsprechung des BVerfG vorgenommen (D.). Schließlich soll noch die neu eingeführte Möglichkeit des fakultativen Erwerbs des Meistertitels unter den bis dahin gefundenen Ergebnissen im Hinblick auf ihren Wert für das Handwerk und bzgl. ihrer Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben beurteilt werden (E.).

III. Ergebnis zu A.

Anhand der in der jüngeren Vergangenheit ergangenen Rechtsprechung der beiden obersten Gerichte der unions- und der nationalen Rechtsordnung, dem EuGH und dem BVerfG, soll analysiert werden, inwieweit das ehemals von stark regulativen Zügen geprägte Berufsrecht der Handwerksordnung Veränderungen über möglicherweise erkannte deregulative Tendenzen er-

fahren hat, und ob dem Institut des großen Befähigungsnachweises in der heutigen Rechtslage und Rechtsprechung noch und weiterhin (die) entscheidende Bedeutung zukommt.

B. Rechtliche Grundlagen und Begrifflichkeiten

Zur Klarstellung und zur Erleichterung des Verständnisses werden zunächst die *Begrifflichkeiten* geklärt, die in der folgenden Untersuchung maßgeblich sind. Außerdem werden die *rechtlichen Grundlagen* dargelegt, in deren Rahmen sich die Fragestellung bewegt. Insbesondere durch die mittlerweile immer stärker ausgeprägten Verschränkungen zwischen Unionsrecht und nationalem Recht hat sich, wie sich dabei zeigen wird, der Radius in dem sich die Themenstellung bewegt, wesentlich erweitert.

I. Begrifflichkeiten

1. Prinzip der Meisterpflicht im nationalen Recht

Zum selbständigen Betreiben bestimmter¹⁰ Handwerke im stehenden Gewerbe bzw. zur Ausbildung von Lehrlingen in diesem Gewerbe bedarf ein deutscher Staatsbürger in der Bundesrepublik gem. § 1 Abs. 1 HwO einer *gewerblichen Erlaubnis*. Diese stellt die *Eintragung in die Handwerksrolle nach § 6 HwO* dar.

a) Großer Befähigungsnachweis

Der große Befähigungsnachweis stellt den Erwerb des Meistertitels dar. Dafür ist eine zusätzliche Ausbildung, an deren Ende mehrere Prüfungen stehen, erforderlich¹¹.

Ziel des Gesetzgebers ist es zum einen, bei *gefahrenseitigen Arbeiten* durch die zusätzliche Ausbildung die Sicherheit zu erhöhen und damit als Reflex auch den Verbraucherschutz zu stärken¹². Zum anderen soll die *Qualität der Ausbildung* gesichert werden¹³.

b) Eintragung in die Handwerksrolle

Dieser große Befähigungsnachweis ist gem. § 7 HwO grundsätzlich¹⁴ die Voraussetzung dafür, dass sich eine natürliche Person in die Handwerksrolle gem. § 1 Abs. 1 HwO eintragen lassen kann. Diese Eintragung wiederum ist Voraussetzung dafür, dass eine Person ein Handwerk im stehenden Gewerbe selbständig betreiben darf.

c) Filialbetriebe

In ihrer alten Fassung sah die HwO das sog. *Inhaberprinzip in § 7 Abs. 1 HwO* vor, das jedoch auch zahlreiche Ausnahmen vorsah (vgl. z.B. § 7 Abs. 4

¹⁰ Die zulassungspflichtigen Handwerke sind in Anhang A der Handwerksordnung aufgeführt.

¹¹ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 10.

¹² Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 12 ff.

¹³ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 13.

¹⁴ Die Handwerksordnung unterwirft in ihrem Anhang A nicht mehr alle Handwerke der Zulassungspflicht und sieht außerdem von diesem Prinzip für die weiterhin zulassungspflichtigen Berufe verschiedene Ausnahmetatbestände vor, die im weiteren noch unter B. II. dargestellt werden.

für gefahrgeneigte Handwerke und Filialen). Das Inhaberprinzip stellt per se kein Verbot des Filialbetriebs dar, hat eine Gründung einer Filiale jedoch für den Handwerker deutlich erschwert¹⁵. Dies deshalb, da das Inhaberprinzip die Forderung beinhaltet, dass der Inhaber die Abläufe in seinem Betrieb kontrollieren können muss. Bei verschiedenen Betrieben mit räumlichen Distanzen ist dies naturgemäß schwieriger.

Mittlerweile wurde das Inhaberprinzip zugunsten eines sog. *Betriebsleiterprinzips* aufgegeben. Dementsprechend genügt es, wenn der angestellte Betriebsleiter die Anforderungen an die Meisterqualifikation erfüllt.

2. Prinzip des Anwendungsvorranges – Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht

Da wie bereits unter A. I. angedeutet auch das Unionsrecht im weiteren Verlauf der Untersuchung eine wesentliche Rolle spielt, wird hier kurz das *Prinzip des Anwendungsvorranges*, das die Kollisionsnorm im Verhältnis von nationalem Recht und Unionsrecht darstellt, erläutert. Dies soll vor allem das Verständnis des Zusammenspiels zwischen den beiden (autonomen, aber verschränkten) Rechtsordnungen erleichtern.

Der Anwendungsvorrang bestimmt, dass für den Fall, dass sich eine nationale Rechtsvorschrift und Unionsrecht widersprechen bzw. unvereinbar sind, die nationale Vorschrift im Anwendungsbereich des Unionsrechts unangewendet bleiben muss.

Hierbei ist auf den Unterschied zwischen dem auch verfassungsrechtlich anerkannten *Anwendungsvorrang* und einem *Geltungsvorrang* zu differenzieren¹⁶.

Es ist unstrittig, dass dem Unionsrecht ein bloßer Anwendungsvorrang im Verhältnis zum nationalen Recht zukommt¹⁷. Dementsprechend verliert eine Norm wegen des Verstoßes gegen bzw. wegen der Unvereinbarkeit mit Unionsrecht nicht ihre Gültigkeit¹⁸, sie bleibt nur unangewendet. Dies hat zur Folge, dass in einem Fall mit Drittstaatsbezug¹⁹ die Norm, die im Rahmen von Sachverhalten mit Unionsbezug außer Acht bleiben muss ohne weiteres angewendet werden kann, sie lebt sozusagen insoweit wieder auf.

¹⁵ Fiege, Der Filialhandwerker in Deutschland und Europa, GewArch 2001, 409 (409).

¹⁶ Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Art. 1 Rn. 18.

¹⁷ Strittig ist hingegen die Begründung des Anwendungsvorranges. Während der EuGH die Ansicht vertritt, der Vorrang des Unionsrechts ergebe sich aus dem autonomen Geltungsgrund des Unionsrechts, der zeitlich unbegrenzten Beschränkung mitgliedstaatlicher Hoheitsrechte in den Verträgen sowie der Notwendigkeit, die Verwirklichung der Vertragsziele nicht zu gefährden (EuGH, C-6/46 Costa/ENEL) vertritt das BVerfG die Auffassung, der Vorrang ergebe sich aus dem Ableitungszusammenhang mit dem nationalen Zustimmungsgesetz zu den Verträgen i.V.m. Art. 23 GG (BVerfGE 89,155 (190) bzw. BVerfGE 37,271 (279)). In der Literatur wird teilweise als Begründung noch die jahrzehntelange Akzeptanz des Anwendungsvorranges erwohnen vgl. hierzu Ruffert, in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 1 Rn. 17.

¹⁸ So ist dies jedoch der Fall im Verhältnis des nationalen Bundesrechts zum Landesrecht. Gem. Art. 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht im Kollisionsfall, die Norm begründet damit einen Geltungsvorrang des Bundesrechts.

¹⁹ Ein Drittstaat ist ein Staat, der kein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist.

a) Funktion als Kollisionsnorm und Voraussetzungen

Wie bereits dargestellt, hat der Anwendungsvorrang die Funktion einer Kollisionsnorm. Das bedeutet: Für den Fall einer Kollision²⁰ zwischen der unionalen und der nationalen Rechtsordnung bildet er das Instrument zur Konfliktlösung.

Damit der Anwendungsvorrang zum Tragen kommt, müssen einige Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

- Zum einen muss die Vorschrift des Unionsrechts, die betroffen ist, *unmittelbar anwendbar* sein. Damit eine Vorschrift des Unionsrechts unmittelbar anwendbar ist, müssen bestimmte Bedingungen erfüllt sein²¹. Im Ergebnis genügt aber für diese Untersuchung an dieser Stelle die Feststellung, dass die sog. *Grundfreiheiten des Primärrechts* jedenfalls unmittelbar anwendbar sind.
- Weiter muss diese Vorschrift *mit einer nationalen Vorschrift in Kollision* kommen. Offensichtlich ist dies dann der Fall, wenn sich eine Vorschrift des Unionsrechts und eine Vorschrift des nationalen Rechts direkt widersprechen²². Als Beispiel etwa sei genannt, dass eine unionsrechtliche Vorschrift, die unmittelbar anwendbar ist vorsieht, dass die zulässige Maßeinheit für Längen der Fuß ist und die nationale Vorschrift vorsieht, dass die Maßeinheit der Meter ist.

Neben dieser sog. *direkten Kollision* kann aber auch noch die sog. *indirekte Kollision* vorliegen. Eine indirekte Kollision liegt dann vor, wenn die nationale Norm dem Unionsrecht zwar nicht direkt widerspricht. Allerdings verhindert in diesem Fall das nationale Recht die wirksame Anwendung von Unionsrecht²³.

Für die vorliegende Untersuchung ist dieser Fall der Kollision von besonderem Interesse und soll daher eingehender behandelt werden.

b) Erläuterungen bzgl. der indirekten Kollision

Der Fall der indirekten Kollision hat deswegen vorliegend besondere Bedeutung, da eine direkte Kollision durch gesetzgeberisches Tätigwerden im

²⁰ Eine Kollision zwischen Unionsrecht und nationalem Recht kann entweder vorliegen, wenn sich zwei Normen ausdrücklich widersprechen, oder aber, wenn eine nationale Rechtsvorschrift gegen Unionsrecht allgemein verstößt, z.B. durch eine Verletzung von Grundfreiheiten. Näheres dazu noch unter B. I. 2. b).

²¹ Diese Bedingungen wurden vom EuGH grundlegend in EuGH C-26/62 (Van Gend en Loos/Niederländische Finanzverwaltung) niedergelegt und in EuGH C-106/77 (Simmenthal) weiter konkretisiert. Grundsätzlich gilt die Anforderung für alle Normen des Unionsrechts, dass sie eine eindeutige, bestimmte und unbedingte Verpflichtung eines Mitgliedstaates oder eines Einzelnen vorsehen vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 1, Rn. 30. Bzgl. der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien gibt es Einzelstreitigkeiten, ein näheres Eingehen auf diese Frage würde aber den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, daher wird davon an dieser Stelle abgesehen. Vergleiche aber zur Vertiefung der Problematik insbesondere Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 288, Rn. 47 ff.

²² Ruffert, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 1 Rn. 22.

²³ I.d.R. wird dies durch Verfahrensrecht bewirkt, vgl. hierzu auch Ruffert, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 1 Rn. 22.

Bereich des großen Befähigungsnachweises nicht möglich ist²⁴.

Die Grundsätze, an denen gemessen wird, ob die wirksame Anwendung von Unionsrecht verhindert wird, sind die grundlegenden *Prinzipien der Effektivität* und der *Äquivalenz*.

aa) Effektivitätsgrundsatz

Dieser Grundsatz bestimmt grundlegend für das Unionsrecht, dass die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht *praktisch unmöglich* machen oder *übermäßig erschweren* darf²⁵.

Der Effektivitätsgrundsatz ist zum Beispiel dann betroffen, wenn zum Gebrauchmachen einer Grundfreiheit von einem Mitgliedstaat Anzeigepflichten etc. verlangt werden, da der Unionsbürger, der von seiner Grundfreiheit Gebrauch machen möchte, durch den zusätzlichen Verfahrensschritt von diesem Gebrauchmachen abgeschreckt werden könnte²⁶.

Es ist unter anderem dieses Prinzip des Unionsrechts, dass dem EuGH in seiner Rechtsprechung argumentativ die Vertiefung von Integration und die Verwirklichung des Binnenmarktes ermöglicht²⁷.

bb) Äquivalenzprinzip

Das Äquivalenzprinzip hingegen postuliert, dass mitgliedstaatliches Recht nicht zwischen unionsrechtlichen und nationalen Sachverhalten zum Nachteil des Unionsrechts unterscheiden darf²⁸.

Ein Beispiel hierfür wäre, wenn nationales Recht nur für Unionsausländer eine bestimmte Anzeigepflicht bei einer Dienstleistungserbringung vorsähe, der deutsche Staatsangehörige bei derselben Dienstleistung nicht unterlägen.

c) Reichweite des Anwendungsvorranges

Wenn man nun in Betracht zieht, dass sich der Anwendungsvorrang auf Primär- und Sekundärrecht bezieht und von allen mitgliedstaatlichen Instanzen, d.h. auch der Verwaltung²⁹ zu beachten ist, wird insbesondere mittels

²⁴ Die rechtlichen Zusammenhänge werden im Folgenden unter B. II. 1. b) noch dargestellt. Es sei vorab schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die §§ 8, 9 HwO eine direkte Kollision zwischen Unionsrecht (das hier insbesondere auch in Form von Richtlinien vorliegt) und nationalen Recht vermeiden.

²⁵ Vgl. zur ständigen Rechtsprechung des EuGH nur EuGH – C-205-215/82 –, EuGH – C-62/00 –.

²⁶ Vgl. hierzu z.B. EuGH – C-58/98 – (Corsten), Punkt 32.

²⁷ Vgl. in diesem Sinne auch *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (694).

²⁸ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, a.a.O., Art. 1 Rn. 22.

²⁹ Dies ist deswegen bemerkenswert, da im nationalen Recht die Verwaltung keine Normenverwerfungskompetenz besitzt, es besteht für sie bei Zweifeln einzig die Möglichkeit des Normenkontrollantrags gem. § 47 VwGO für bestimmte Satzungen und Recht im Rang unter eines Landesgesetzes, soweit dies in diesem Bundesland vorgesehen ist. In Bayern besteht zusätzlich nach Art. 98 S. 4 BV die Möglichkeit einer Popularklage. Eine inzidente Normenkontrolle für formelle Gesetze vor dem BVerfG kann die Verwaltung als solche mittels einer Verfassungsbeschwerde grundsätzlich nicht anstrengen, die Länder hingegen können gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG eine solche einlegen. Gerichte besitzen eine Normenverwerfungskompetenz für materielle Gesetze, d.h. z.B. für Satzungen. Wenn ein Gericht hingegen Zweifel an der Gültigkeit eines formellen Gesetzes hat, so hat es dieses im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

der indirekten Kollision eine extrem große Reichweite dieser Kollisionsnorm geschaffen. Dadurch ergeben sich Modifikationen des nationalen Rechts auf den unterschiedlichsten Ebenen, z.B. bei Staatshaftung, Verfahrensregelungen und Beweislastregeln³⁰.

3. Inländerdiskriminierung

Dieser Begriff hat vor allem in der jüngeren Rechtsprechung zum Thema des großen Befähigungsnachweises eine mitunter entscheidende Rolle gespielt.

Die sogenannte Inländerdiskriminierung ist ein Phänomen, das eben durch das Institut des Anwendungsvorranges hervorgerufen wurde und seither für regelmäßige rechtliche Debatten gesorgt hat. Denn zwangsläufige Folge des Umstands, dass das *Unionsrecht* bloß Anwendungsvorrang und eben keinen Geltungsvorrang besitzt, ist, dass in sog. rein internen Sachverhalten³¹ die Bürger eines Mitgliedstaates voll den nationalen Regelungen unterworfen sein können, die gegebenenfalls strengere Anforderungen an sie stellen, als dies in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug und daraus folgender vorrangiger Anwendbarkeit des Unionsrechts der Fall wäre.

Das *Unionsrecht* nimmt diese Inländerdiskriminierung zur Kenntnis, muss sie aber nicht sanktionieren, da sie ja der Verwirklichung des Binnenmarktes nicht entgegensteht.

Im *nationalen Recht* hingegen ist in letzter Zeit die Tendenz erkennbar, dass die Inländerdiskriminierung im Rahmen der Prüfung der Verletzung in Grundrechten relevant werden kann³².

II. Gesetzliche Ausgangslage nach der Novellierung der HwO 2003

Am Anfang folgender Untersuchung soll die gesetzliche Ausgangslage, in deren Rahmen sich die rechtliche Debatte bewegt, skizziert werden. Hierbei wird zunächst auf die Vorgaben des nationalen Rechts nach Bestand und Reichweite (der Regulierung) des großen Befähigungsnachweises (noch) heute eingegangen, um im Anschluss das relevante Unionsrecht darzustellen.

1. Nationales Recht

Im nationalen Recht finden sich die maßgeblichen Normen für vorstehende Fragestellung grundsätzlich in der Handwerksordnung (HwO), der EU/EWR HwV und der Verfassung. Aber auch Normen des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit können eine entscheidende Rolle spielen.

³⁰ Ruffert, in Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 1 Rn. 23.

³¹ Unionsrecht ist in diesen Fällen mangels grenzüberschreitendem Bezug nicht anwendbar, Näheres dazu unter B. II. 2. a).

³² Nähere Ausführungen hierzu unter D. III. 2. b) dd).

a) § 1 Abs. 1 HwO

In § 1 Abs. 1 HwO ist geregelt, dass der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks im stehenden Gewerbe nur bei Eintragung in die Handwerksrolle zulässig ist. Die Eintragung in die Handwerksrolle wiederum erfordert gem. § 7 HwO die Meisterqualifikation.

Wie bereits in unter A. I. dargestellt, hat sich die Summe der zulassungspflichtigen Berufe, die in Anlage A geregelt ist mittlerweile auf 41 reduziert. Darüber hinaus besteht für die meisten dieser Berufe die Möglichkeit einer Ausnahme gem. § 7 b HwO.

b) § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV

Daneben hat auch die Norm des § 9 HwO eine große Bedeutung im Bereich der zulassungspflichtigen Berufe. Mit dieser Norm werden europäische Vorgaben aus verschiedenen Richtlinien umgesetzt, die die Verwirklichung der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit gewährleisten sollen.

aa) Niederlassung von EU-Ausländern

Voraussetzung bleibt bei zulassungspflichtigen Berufen grundsätzlich die Eintragung in die Handwerksrolle und damit die Meisterpflicht, allerdings ist es möglich sich über die Ausnahmegewilligung unter den Voraussetzungen der nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 HwO erlassenen EU/EWR HwV eine Eintragung in die Handwerksrolle auch ohne den Meistertitel zu erlangen.

bb) Dienstleistung von EU-Ausländern

Gem. § 9 Abs. 1 S. 3 HwO entfällt für Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland das Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle und damit auch das Erfordernis des Führens eines Meistertitels zur Ausübung der Dienstleistung, soweit sie die Voraussetzungen aus § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV erfüllen und eine Ausnahmegewilligung erhalten.

c) §§ 1, 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 4 bzw. Nr. 5 SchwarzArbG

Die Vorschriften stellen bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeitstatbestände dar. §§ 1, 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO sanktionieren das selbständige Betreiben eines stehenden Gewerbes obwohl die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 HwO nicht erfüllt sind, d.h. der Betroffene besitzt entweder nicht die Qualifikation eines Meisters oder aber ist nicht in die Handwerksrolle eingetragen.

§ 1 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung sanktioniert hingegen einen Verstoß gegen Anzeigepflichten aus § 14 GewO für Personen, die der Meisterpflicht unterliegen bzw. aus § 55 GewO, die für Personen gelten, die ausnahmsweise nicht den Pflichten aus § 1 HwO unterworfen sind (da sie kein stehendes Gewerbe ausüben, sondern im Reisegewerbe tätig sind).

§ 1 Abs. 1 Nr. 5 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz schließlich qualifiziert den Umstand, dass die Eintragung in die Handwerksrolle unterblieben ist, als Ordnungswidrigkeit.

d) Verfassungsrecht

Diese einfachgesetzlichen Regelungen müssen in den übergeordneten verfassungsrechtlichen Rahmen, der hauptsächlich von Art. 12 GG und Art. 3 GG gebildet wird, eingebettet werden und den dortigen Vorgaben entsprechen.

Art. 12 GG enthält das Grundrecht der Berufsfreiheit. Dieses Grundrecht enthält den eigentlichen Grundsatz, nämlich dass die Freiheit der Berufswahl und -ausübung garantiert wird. Damit gilt in Deutschland der *Grundsatz der Gewerbefreiheit*, der verfassungsrechtlich geschützt wird durch Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) und in § 1 Abs. 1 der Gewerbeordnung (GewO) einfachgesetzlich normiert wird³³. Allerdings wird das Grundrecht nur unter einem Gesetzesvorbehalt garantiert, d.h. auf Grundlage eines formellen Gesetzes³⁴ kann diese Freiheit eingeschränkt werden.

§ 1 Abs. 1 GewO bzw. § 1 Abs. 1 HwO ermöglichen bzw. stellen solche einfachgesetzlichen Ausformungen des Gesetzesvorbehaltes dar³⁵ und müssen sich dementsprechend am Maßstab des Art. 12 GG messen lassen.

Im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 12 GG hat das BVerfG bzgl. der Verhältnismäßigkeit eines den Gesetzesvorbehalt ausfüllenden Gesetzes die sogenannte 3-Stufenlehre³⁶ entwickelt, nach der für verschiedene Arten der Einschränkung der Berufsfreiheit unterschiedliche Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen sind³⁷.

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 GewO ist „der Betrieb eines Gewerbes *jedermann* gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz [GewO] Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind“ (Herv. und Erg. v. Verf.). Eine Regulierung durch das Aufstellen von Schranken in Form von Gesetzen wird also entsprechend der Vorgaben von Art. 12 GG möglich.

³³ Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1 Rn. 68; vgl. Pielow, in: Pielow, GewO, § 1 Rn. 70.

³⁴ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 20. Dem Gesetzesvorbehalt ist auch bei einer Beschränkung durch ein bloß materielles Gesetz genügt, soweit dieses auf einer ausreichend formell-gesetzlichen Ermächtigung beruht.

³⁵ Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1 Rn. 68; vgl. Pielow, in: Pielow, GewO, § 1 Rn. 70.

³⁶ BVerfG, Urt. v. 11.06.195 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377.

³⁷ Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG I, Art. 12 Rn. 124. Nach der Stufenlehre, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit i.e.S. aber z.T. auch bereits bei der Erforderlichkeit eine Rolle spielt, werden drei Arten von Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit unterschieden: die geringste Beeinträchtigung stellen Regelungen der Berufsausübungsbeschränkungen dar, auf zweiter Stufe kommen die subjektiven Berufswahlbeschränkungen, am gewichtigsten sind objektive Berufswahlbeschränkungen. Reine Berufsausübungsbeschränkungen werden bereits durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert, subjektive Berufswahlbeschränkungen hingegen sind bereits nur noch zum Schutze überragender Gemeinschaftsgüter zulässig, objektive Berufswahlbeschränkungen schließlich müssen „zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten“ sein [BVerfGE 102, 197 (214)].

Diese *Schranken* der Gewerbefreiheit ergeben sich entgegen dem dargestellten Wortlaut des § 1 Abs. 1 GewO nicht alleine aus den Vorschriften der GewO. Vielmehr muss eine Betrachtung im Lichte einer *historischen Auslegung* erfolgen³⁸. Zum Zeitpunkt des Erlasses der ersten Gewerbeordnung von 1869 wurde das gesamte Gewerberecht in einem einzigen Gesetz, der GewO, geregelt³⁹. Über die Jahre wurden einzelne Teilbereiche des Gewerberechts, wie etwa die Handwerksordnung (HwO) in ein eigenes Gesetz ausgegliedert⁴⁰. Dies hat zur Folge, dass die Gewerbefreiheit nicht nur durch die Normen der heutigen GewO eingeschränkt werden kann, sondern sich auch aus anderen Bundesgesetzen, die dem Kreise des Gewerberechts angehören, Schranken ergeben können. Für das Handwerk ergibt sich eine solche Einschränkung der Gewerbefreiheit beispielsweise aus § 1 HwO, der die Meisterpflicht normiert^{41 42}.

Nach h.M. stellt die hier zu untersuchende, gerade dargestellte Meisterpflicht einen Eingriff auf der sog. zweiten Stufe⁴³ dar⁴⁴. Für die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes in diese Stufe ist es erforderlich, dass die Regelung *zur Abwehr schwerer Gefahren* für ein *wichtiges Gemeinschaftsgut* benötigt wird.

Überdies spielt in diesem Kontext der Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG auch im Zusammenhang mit dem Problem der Inländerdiskriminierung eine Rolle. Jedoch gilt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass die Inländerdiskriminierung nicht im Rahmen von Art. 3 GG berücksichtigt werden kann, da von dem Prinzip ausgegangen wird, dass der Gesetzgeber nur innerhalb seiner Kompetenzordnung an Art. 3 GG gebunden ist⁴⁵.

Maßgeblich für die Prüfung der Statthaftigkeit der regulativen Funktion des Erfordernisses des großen Befähigungsnachweises ist daher in der Regel Art. 12 GG.

³⁸ Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1 Rn. 76.

³⁹ Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1 Rn. 76.

⁴⁰ Kahl, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 1 Rn. 14.

⁴¹ Tettinger, in: Tettinger/Wank, GewO, § 1 Rn. 77.

⁴² Vgl. hierzu insgesamt *Leisner W.G.*, Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks gem. § 1 Abs.2 HwO – Rechtsprechungsanalyse und systematische Einordnung von Einzel(grenz)fällen, LFI-Schriftenreihe 2014, S. 11.

⁴³ *Kramer*, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft, GewArch 2013,105 (107).

⁴⁴ Zweifel hieran, jedoch im Ergebnis offen gelassen in BVerwG GewArch 2012,37, wo angedeutet wird, dass auch eine bloße Berufsausübungsbeschränkung vorliegen könne, da mittlerweile die persönlichen Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr von der Person des einzutragenden Betriebsinhabers persönlich erfüllt werden müssen, sondern auch stattdessen vom Betriebsleiter erfüllt werden können.

⁴⁵ Vgl. unter anderem BVerfGE 10, 354 (371); 17, 319 (331); 32, 346 (360); 51, 43 (58 f.); 76, 1 (73). Als Begründung wird in diesem Zusammenhang angebracht, dass Art. 3 GG im Verhältnis von Unions- und nationalem Recht sonst eine integrierende Wirkung zukommt, die er nicht einmal in der föderalen Struktur des Bundesstaates zwischen Bundes- und Landesrecht hat, vgl. diesbezüglich insbesondere *Korrmann/Hipers*, Inländerdiskriminierung durch Meisterpflicht?, GewArch 2008, 273 (275). Anders hingegen der Österreichische Verfassungsgerichtshof, der gerade über den Gleichheitsgrundsatz in der Österreichischen Verfassung mit dem Problem der Inländerdiskriminierung einen erleichterten Gewerbezugang erzwingt, Österr. VerfGH, Entscheidung v. 09.12.1999 – G 42/99, V 99/11, G 135/99, V 77/99-8.

2. Unionsrecht

Nicht nur nationales Recht bildet den gesetzlichen Rahmen, in dem sich die Meisterpflicht einzuordnen hat, auch das Unionsrecht nimmt auf die Diskussion zunehmend Einfluss. Hier müssen auf primärrechtlicher Ebene insbesondere die Grundfreiheiten (a) beachtet werden, aber auch auf der Ebene des Sekundärrechts wurden mit mehreren Richtlinien (b) Regelungen erlassen, nach denen sich die Zulässigkeit des Instituts des großen Befähigungsnachweises beurteilt.

a) Grundfreiheiten

Das Unionsrecht sieht in seinem Primärrecht, insb. im AEUV, neben Regelungen zu Kompetenzen etc. auch insgesamt *fünf sog. Grundfreiheiten* vor, nämlich die *Warenverkehrsfreiheit* (Art. 34 und 35 AEUV), die *Arbeitnehmerfreizügigkeit* (Art. 45 AEUV), die *Niederlassungsfreiheit* (Art. 49 AEUV), die *Dienstleistungsfreiheit* (Art. 56 AEUV) sowie schließlich die *Kapitalverkehrsfreiheit* (Art. 63 AEUV). Diese Freiheiten dienen dem Zweck, die Realisierung eines gemeinsamen Marktes innerhalb der EU möglichst auf allen Ebenen zu gewährleisten⁴⁶ und enthalten hierzu neben den klassischen Diskriminierungsverboten auch Beschränkungsverbote. Während eine Diskriminierung entweder direkt oder indirekt auf eine Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit abzielt, umfassen Beschränkungsverbote auch unterschiedslos geltende Regelungen.

Alle Grundfreiheiten sind unmittelbar anwendbar⁴⁷, d.h. eine sie umsetzende Vorschrift ist nicht erforderlich. Der einzelne Unionsbürger kann sich damit direkt auf eine Verletzung seiner Grundfreiheit berufen.

Damit die Grundfreiheiten allerdings auch tatsächlich Anwendung finden, ist neben der Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereiches (d.h. der Frage, ob überhaupt eine Ware vorliegt bzw. die Arbeitnehmereigenschaft gegeben ist) auch immer ein sog. grenzüberschreitender Bezug erforderlich. Unter grenzüberschreitendem Bezug wird verstanden, dass der betroffene Sachverhalt einen irgendwie gearteten Bezug zu zwei verschiedenen Mitgliedstaaten aufweisen muss⁴⁸. Sogenannte reine Inlandssachverhalte werden vom Unionsrecht und damit von den Grundfreiheiten nicht erfasst⁴⁹.

Durch die vorliegende Problemstellung der Meisterpflicht im deutschen Recht sind vornehmlich die *Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit*

⁴⁶ Pielow, GewO, § 1 Rn.19.

⁴⁷ Pielow, a.a.O., § 1 Rn. 21.

⁴⁸ Hierbei ist allerdings zu beachten, dass der EuGH einen grenzüberschreitenden Bezug sehr großzügig und bereitwillig annimmt, vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 11.07.2002 – C-60/00 – (Carpenter). Hier wurde in der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen eines Unionsbürgers ein ausreichender Anknüpfungspunkt für ein gemeinschaftsrechtlich begründetes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Ehegatten im Aufenthaltsmitgliedstaat des Unionsbürgers gesehen.

⁴⁹ Hailbronner, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, D. I. Grundregeln, Rn. 57.

betroffen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf eine Darstellung von Letzteren.

aa) Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit ist eine unmittelbar anwendbare Grundfreiheit, Art. 49 ff. AEUV. Die Niederlassungsfreiheit umfasst „*das Recht jedes Unionsbürgers und von nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung innerhalb der EU nach den dort geltenden Bestimmungen eine selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben einschließlich der Gründung und Leitung von Unternehmen*“⁵⁰. Eine Niederlassung stellt die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit dar. Unter selbständiger Tätigkeit werden eine Tätigkeit in eigener Verantwortung und das Fehlen von Weisungsunterworfenheit verstanden⁵¹.

Dementsprechend unterfällt ein EU-Ausländer, der sich mit einem Gewerbe selbständig in Deutschland niederlassen will, der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV.

bb) Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ist ebenfalls eine unmittelbar anwendbare Grundfreiheit, Art. 56 ff. AEUV. Dienstleistungen sind laut der Legaldefinition des Art. 57 Abs. 1 AEUV „*Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen*“⁵². Art. 57 Abs. 2 c) AEUV bestimmt darüber hinaus ausdrücklich, dass handwerkliche Tätigkeiten umfasst sind. Wie bei der Niederlassungsfreiheit setzt die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit einen irgendwie gearteten grenzüberschreitenden Bezug voraus [vgl. bereits unter II. 2. a)].

b) Richtlinien

Grundsätzlich besteht durch die Grundfreiheiten nur ein *Anspruch auf Inländergleichbehandlung*. Wenn jedoch ein Bereich nicht harmonisiert ist und ein Mitgliedstaat im internen nationalen Recht einen Beruf reglementiert hat, so muss auch der EU-Ausländer wie alle anderen die im internen Recht normierten Voraussetzungen zur Ausübung der Tätigkeit erfüllen. Das dadurch bedingte Erfordernis von Mehrfachausbildungen kann nur auf der Grundlage von gegenseitigen Anerkennungsvorschriften beseitigt werden.

Mit dem Ziel, die Verwirklichung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu vereinfachen, wurden zunächst sogenannte allgemeine Pro-

⁵⁰ Hoppe, in: Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, Niederlassungsfreiheit.

⁵¹ Hoppe, a.a.O.

⁵² Die Dienstleistungsfreiheit ist damit subsidiär zu den anderen Grundfreiheiten.

gramme im Jahr 1962 erlassen. Diese sahen neben einer Koordinierung von Berufszulassungsprüfungen zusätzlich Übergangsmaßnahmen vor. Letzteren sollten spezielle Abstimmungen der nationalen Regelungen in den einzelnen Berufen folgen⁵³.

Für das Handwerk war in diesem Zusammenhang insbesondere die mittlerweile aufgehobene RL 64/427/EWG relevant, die eine Anerkennung der Qualifikation auf Grundlage der Berufserfahrung für eine Reihe von Handwerken vornahm. Es gab in der Folge aber noch weitere Richtlinien, die nach demselben Prinzip andere Bereiche abdeckten⁵⁴.

In der Folge wurde, wie bereits in den allgemeinen Programmen vorgesehen, die gegenseitige Anerkennung von Befähigungsnachweisen (zunächst sektoriell, dann auch in allgemeiner Form für Handwerk insb. RL 1999/42/EG) vorangetrieben⁵⁵. Zunächst wurde diese Anerkennung immer von einer Koordinierung der Ausbildungsbedingungen begleitet, ohne die man glaubte nicht vorgehen zu können⁵⁶. Dementsprechend wurde immer gemeinsam eine *Anerkennungs- und eine Koordinierungsrichtlinie* erlassen.

Anschließend wurde die Regelungstechnik dahingehend geändert, dass nur noch allgemeine Regelungen zur gemeinschaftsweiten Anerkennung der Befähigungsnachweise ergingen, eine Koordinierung der Ausbildungsbedingungen fand nicht mehr statt. Es wurde davon ausgegangen, dass das Niveau der Qualifikationsvoraussetzungen mit der Herstellung der Freizügigkeit dem freien Markt überlassen werden könne⁵⁷. Neben Richtlinien für Berufe mit Hochschuldiplom und für Diplome, die einen mindestens einjährigen postsekundären Ausbildungsgang abschließen, wurde eine dritte, (bedingt) allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise, nämlich die RL 1999/42/EG erlassen. Im Anwendungsbereich letzterer finden sich viele Handwerksberufe. Sie ersetzte die RL 1964/427/EWG für die betroffenen Berufe. Die restlichen sektoriellen Anerkennungsrichtlinien bleiben in Kraft.

Die RL 1999/42/EG regelt inhaltlich sowohl die Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise, als auch die Berücksichtigung einschlägiger Berufserfahrung.

In der Rahmenrichtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen RL 2005/36/EG werden zahlreiche der bisher relevanten Einzelrichtlinien zusammengefasst. Außerdem werden die drei allgemeinen Anerkennungsrichtlinien (RL 89/48/EG, RL 92/51/EWG und RL 99/42/EG) weiterentwickelt, indem die geltenden Grundsätze vereinheitlicht werden sollen und die

⁵³ *Stumpf*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, E II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 72.

⁵⁴ Vergleiche hierzu auch im Überblick, *Leisner W.*, Handwerksrecht und Europarecht – Verstößt der Große Befähigungsnachweis gegen Gemeinschaftsrecht?, *GewArch* 1998, 445 (446 ff.).

⁵⁵ *Stumpf*, in: Dausen, a.a.O., E II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 77.

⁵⁶ *Stumpf*, in: Dausen, a.a.O., E II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 78.

⁵⁷ *Stumpf*, in: Dausen, a.a.O., E II. Freie Berufe und Handwerk, Rn. 96.

geltenden Bestimmungen neu geordnet und gestrafft werden⁵⁸. Diese Richtlinie war in nationales Recht bis zum 20.10.2007 umzusetzen. Mit gleichem Datum wurden gem. Art. 62 RL 2005/36/EG die bisherigen Anerkennungsrichtlinien aufgehoben.

Gem. Art. 2 Abs. 3 RL 2005/36/EG erstreckt sich der umfassende Geltungsanspruch (Art. 2 Abs. 1) der Richtlinie allerdings nicht auf Bereiche, in denen die unmittelbare Anerkennung von Berufsqualifikationen bereits durch spezielle gemeinschaftliche Regelungen festgelegt wurde.

Die Richtlinie stellt im Bereich der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 5 nicht die Zulässigkeit des Bestehens beruflicher Qualifikationen in Frage, sondern nur ob eine im Aufnahmemitgliedstaat festgelegte Qualifikation erfüllt sein muss⁵⁹.

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit wird gem. Art. 13 ff. der Richtlinie auf der Basis von Qualifikationsnachweisen gearbeitet.

Dies bedeutet konkret, dass der Herkunftsstaat des Unionsbürgers eine Bescheinigung darüber ausstellt, dass das Berufsqualifikationsniveau zumindest unmittelbar unter dem Niveau des Aufnahmemitgliedstaates liegt, was für die Anerkennung für den Fall ausreichend ist, dass auch der Herkunftsstaat den Beruf reglementiert.

Sonst kommt als zusätzliche Voraussetzung hinzu, dass der Unionsbürger den Beruf vollzeitlich während 2 Jahren innerhalb der letzten 10 Jahre ausgeübt haben muss, ein Umstand, der durch den Herkunftsstaat bestätigt werden muss.

Weiter wurde mit der Dienstleistungsrichtlinie ein *Genehmigungsbegriff* eingeführt, der im Gegensatz zum deutschen Begriffsverständnis nicht auf die Form des Verwaltungshandelns abstellt, sondern darauf, ob ein Verhalten einer Behörde Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für das Ausüben einer Tätigkeit ist⁶⁰.

Allerdings ist die RL 2005/36/EG bzgl. der Fragen, die sich spezifisch auf die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen und Befähigungen beziehen, speziell im Verhältnis zur Dienstleistungsrichtlinie RL 2006/123/EG gem. deren Art. 17 Abs. 6⁶¹. Soweit in dieser Richtlinie allerdings keine Regelungen vorgesehen sind, greift *subsidiär* die Dienstleistungsrichtlinie ein.

III. Prüfungsmaßstab der Gerichte

Da nun rechtliche Vorgaben aus zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen⁶², welche unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten unterliegen, auf das Institut des

⁵⁸ Frenz, Selbständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, GewArch 2007, 10 (14).

⁵⁹ Frenz, Selbständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, GewArch 2007, 10 (17).

⁶⁰ Krajewski, Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie an Genehmigungsregelungen und ihre Umsetzung im deutschen Recht, NVwZ 2009, 929 (930).

⁶¹ Frenz, Selbständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, GewArch 2007, 10 (15 ff).

⁶² Ruffert, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 1 AEUV Rn. 4; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 23, Rn. 32.

großen Befähigungsnachweises einwirken, sollte vorab auch kurz dargestellt werden, welche Gerichtsbarkeit wann zuständig ist und welcher Prüfungsmaßstab jeweils angelegt wird.

Klargestellt wird vorab, dass die Rechtskreise nicht – auch was die Gerichtsbarkeiten in genereller Hinsicht betrifft – strikt voneinander getrennt sind.

Wie bereits aus den obigen Ausführungen ersichtlich wird, stellen die Rechtsordnungen des nationalen Rechts und des Unionsrechts auf verschiedensten Ebenen verschränkte Rechtsordnungen dar. Schon aus diesem Umstand ist vom Unionsrecht selbst vorgesehen, dass der nationale Richter auch gleichzeitig Unionsrichter dergestalt ist, dass er das Unionsrecht, welches in Form von Verordnungen oder eben Richtlinien ergeht, anwendet und so zur *effektiven Geltung* bringt⁶³.

Für den Fall, dass ein nationaler Richter Zweifel an der Bedeutung oder Gültigkeit des Unionsrechtes hat, ist in Art. 267 AEUV das sogenannte Vorabentscheidungsverfahren vorgesehen⁶⁴.

Mittels dieses Verfahrens, das unter bestimmten Voraussetzungen auch verpflichtend einzuleiten ist⁶⁵, soll sichergestellt werden, dass das Unionsrecht innerhalb der Union gleich ausgelegt und angewendet wird, so dass ein *einheitlicher Rechtsstandard* gesichert wird.

Zur Sicherung dieser einheitlichen Rechtsanwendung obliegt es einzig dem Gerichtshof der Europäischen Union⁶⁶ das Unionsrecht auszulegen und über seine Gültigkeit zu entscheiden⁶⁷.

Gerade auch wegen dieses Prüfungsmonopols des *EuGH* besteht zwischen dem ersteren und dem *BVerfG* ein teilweise zerbrechlich anmutendes Gefüge von Verbindungen, die die jeweiligen Kompetenzbereiche voneinander trennen und doch die *Kooperation* der Gerichte untereinander absichern sollen.

⁶³ Vgl. zur ständigen Rechtsprechung des EuGH nur EuGH, Urt. v. 19.01.2010 – C-555/07 – (Küçütdöveci), Punkt 45.

⁶⁴ So jüngst auch bestätigend das BVerfG zur Frage der Beurteilung des Vorgehens der Europäischen Zentralbank, vgl. BVerfG, Pressemit. Nr. 9/2014 v. 07.02.2014.

⁶⁵ Eine Verpflichtung besteht laut Art. 267 AEUV für alle letztinstanzlich entscheidenden Gerichte, aber laut der EuGH – Rechtsprechung zusätzlich auch für ein Instanzgericht, wenn die Gültigkeit des Unionsrechts in Frage gestellt wird. Im einstweiligen Rechtsschutz kann unter bestimmten Voraussetzungen hiervon wiederum eine Rückausnahme gemacht werden vgl. EuGH, Urt. v. 22.10.1987 – C-314/85 –. Eine Ausnahme von der Vorlagepflicht für letztinstanzliche Gerichte kann neben der bereits genannten Ausnahme für Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz auch darin begründet sein, dass ein sogenannter *acte clair* vorliegt oder aber bereits ein Urteil des EuGH zum Problem existiert.

⁶⁶ Art. 19 EUV legt fest, dass der Gerichtshof der Europäischen Union aus dem Europäischen Gerichtshof (kurz EuGH), dem Gericht und den Fachgerichten (wovon bislang nur eines für beamtenrechtliche Streitigkeiten existiert) besteht.

⁶⁷ Dies ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 263 (Nichtigkeitsklage) und Art. 267 (Vorabentscheidungsverfahren) AEUV.

Zunächst werden daher die jeweiligen gerichtlichen Kompetenzbereiche näher voneinander abgegrenzt werden (1. und 2.), um anschließend noch kurz auf das Kooperationsverhältnis des sogenannten Verfassungsgerichtsverbundes einzugehen (3.).

1. BVerfG und der Maßstab des Grundgesetzes

Das BVerfG als Hüter der Verfassung überprüft die Gültigkeit von Normen ausschließlich am Maßstab des Grundgesetzes⁶⁸.

Es hat keine Kompetenz dahingehend, eine nationale Norm am Maßstab des Unionsrechts zu messen, um einen etwaigen Verstoß in dieser Hinsicht zu sanktionieren⁶⁹.

Relevante Grundrechte in der Debatte um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Meisterpflicht sind insbesondere Art. 12 und Art. 3 GG⁷⁰.

Im Rahmen von Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG oder im Rahmen von konkreten Normenkontrollen gem. Art. 100 GG kann das BVerfG über die Vereinbarkeit der einfachgesetzlichen Regelungen zum großen Befähigungsnachweis mit diesen Grundrechten urteilen, wobei es die klassischen Auslegungsmethoden, die von ihm selbst entwickelt wurden, anwendet⁷¹.

2. EuGH und der Maßstab des Europarechtes

Wenn nun aber das BVerfG als Hüter der Verfassung den großen Befähigungsnachweis am Maßstab des Grundgesetzes misst, dann ist der EuGH als Hüter der Verträge⁷² dazu berufen, das nationale Recht am Maßstab des Unionsrechtes zu messen und etwaige Verstöße zu sanktionieren, die auf Ebene des Primär- oder des Sekundärrechts stattfinden können⁷³.

Der EuGH nimmt diese Auslegung ebenfalls nach den aus dem nationalen Recht bekannten Formen der Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Ziel, aber auch dem historischen Gesetzgeberwillen vor⁷⁴. Während vor allem in der teleologischen Auslegung der Effektivitätsgrundsatz fruchtbar gemacht

⁶⁸ Pieroth, in: Jarrass/Pieroth, a.a.O., Art. 93, Rn. 72 und 73.

⁶⁹ Vergleiche zur ständigen Rechtsprechung des BVerfG nur: BVerfG, Urt. v. 16.03.2004 – 1 BvR 1778/01 –, Rn. 55; BVerfGE 82, 159 (182); BVerfGE 31, 145 (147); 82, 159 (191).

⁷⁰ Vergleiche die Ausführungen unter B. II. 1. d).

⁷¹ Vgl. *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (693).

⁷² Nicht zu verwechseln mit den Mitgliedstaaten, die nach der Rechtsprechung des BVerfG die „Herren der Verträge“ sind, vgl. BVerfGE 134, 267 (349 f., 368, 398); BVerfGE 75, 223 (242).

⁷³ Als Primärrecht werden die in den Verträgen des EUV und des AEUV normierten Regeln sowie die Protokolle zu den Verträgen und die Charta der Grundrechte bezeichnet, alle Rechtsakte von Unionsorganen i.S.v. Art. 288 AEUV wie Richtlinien, Verordnungen, Beschlüsse, Empfehlungen oder Stellungnahmen werden als Sekundärrecht bezeichnet, vgl. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 17 ff. und Rn. 23 ff.

⁷⁴ Vgl. *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (699).

wird⁷⁵, um so eine dynamisch-integrierende Auslegung⁷⁶ des Gemeinschaftsrechts sowohl auf Ebene des Primär- als auch des Sekundärrechts zu erreichen, so darf die Wichtigkeit der Auslegung am historischen Willen des Gesetzgebers nicht unterschätzt werden⁷⁷. Wie besonders die jüngere Entwicklung auf Ebene der nationalen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt⁷⁸, werden von den Mitgliedstaaten, die zumindest, was das Primärrecht betrifft, unstrittig „Gesetzgeber“ sind⁷⁹, häufig Vorbehalte bzgl. der möglichen Interpretationen des Primärrechts erklärt, um die Vereinbarkeit von primärrechtlichen Änderungen mit den jeweiligen nationalen Verfassungen zu klären bzw. zu erreichen. Diese Vorbehalte müssen selbstverständlich auch vom EuGH seinem Verständnis des Unionsrechts zugrunde gelegt werden, soll nicht ein Konfliktfall zwischen Letzterem und den nationalen Verfassungsgerichten heraufbeschworen werden⁸⁰.

a) Richtlinien

Im Bereich der Anerkennung von Berufsqualifikationen sind, wie unter B. II. 2. b) dargelegt wurde, in umfassenden Maße Regelungen durch Richtlinien getroffen worden. Diese wurden von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt. Der EuGH hat nun (vor allem im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens) die Aufgabe, die einheitliche Auslegung der Richtlinien zu gewährleisten. Diese Rechtsprechung muss bei Anwendung der nationalen Umsetzungsgesetzgebung aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts beachtet werden.

b) Grundfreiheiten

Überdies kontrolliert der EuGH, ob die Grundfreiheiten durch die nationalen Gesetze in irgendeiner Weise tangiert werden. Maßgeblich sind im Bereich des Berufsrechts wie bereits unter B. II. 2. a) dargelegt die Dienstleistungs- und die Niederlassungsfreiheit, die insbesondere über den Anwendungsvorrang im Rahmen von indirekten Kollisionen von Unionsrecht und nationalem Recht zur Geltung kommen.

⁷⁵ Vgl. bereits Ausführungen unter B. I. 2. b) aa).

⁷⁶ Vgl. zur Wortwahl auch *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (694).

⁷⁷ *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (705).

⁷⁸ BVerfGE 89, 155, insb. LSe. 1 bis 5, BVerfG, Urt. v. 12.09.2012 – 2 BvE 6/12, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 –, insb. LS. 4, sowie BVerfG, Pressemit. Nr. 9/2014 v. 07.02.2014.

⁷⁹ Im Zusammenhang mit Sekundärrecht wird z.T. eingewandt, dass hier der „Gesetzgeber“ nicht die Mitgliedstaaten, sondern die Unionsorgane seien, vgl. auch zur Problematik *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (697) mit w. Nachw.

⁸⁰ Vgl. *Leisner, W.G.*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (705) sowie die Ausführungen zum Verfassungsgerichtsverbund unter B. III. 3.

3. Der Verfassungsgerichtsverbund – ein Kooperationsverhältnis

Der Anschein, dass die Kompetenzen der Gerichtsbarkeiten von EuGH und BVerfG völlig voneinander getrennt sind, der aufgrund obiger Ausführungen entstehen mag, trägt⁸¹.

Zwar sind die Prüfungsmaßstäbe grundsätzlich verschieden, so dass sich die beiden Gerichte „nicht ins Gehege“ kommen sollten. Allerdings liegt nach dem BVerfG der Geltungsgrund des Unionsrechts im nationalen Recht, und hier in Art. 23 GG und dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes begründet⁸². Basierend auf dieser Ansicht behält sich das BVerfG eine *ultra-vires* und eine *Identitätskontrolle* vor⁸³. Diese beiden Kontrollbefugnisse stellen Überprüfungen von Handlungen von Unionsorganen, z.B. dem EuGH, dar und zwar in Bezug darauf, ob sich diese innerhalb des Rahmens der sog. Zustimmungsgesetze (Art. 23 GG) halten.

Außerdem wäre es grundsätzlich dem BVerfG durchaus möglich Unionsrecht (z.B. Sekundärrecht in Form von Richtlinien) am Maßstab des Grundgesetzes zu messen. Nach seiner ständigen Rechtsprechung nimmt das BVerfG wegen des gesicherten Grundrechtsschutzes auf Unionsebene seinen Kontrollanspruch hier zurück und erklärt Verfassungsbeschwerden, die sich auf den Verstoß von Unionsrecht gegen Grundrechte stützen, für unzulässig⁸⁴.

Das BVerfG ist außerdem als letztentscheidendes Gericht auch ein Gericht im Sinne von Art. 267 AEUV und damit grundsätzlich auch verpflichtet, bei Fragen zur Auslegung oder Gültigkeit des Unionsrechts den EuGH anzurufen⁸⁵. Die beiden Gerichte sind daher in vielfältiger Weise miteinander verbunden – und doch: die prekäre Frage wer das Recht zur „Letztentscheidung“ hat, schwebt wie ein Damoklesschwert über dieser Beziehung⁸⁶.

Damit nun eben kein „Eklat“ in dieser Hinsicht vorkommen kann, wurde die Figur des sogenannten *Verfassungsgerichtsverbundes* entwickelt. Ohne dass

⁸¹ Vgl. *Vofßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 (3 ff.); hier wird insbesondere auch erläutert, wie die unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten durch die Schaffung von Fakten mittels ihrer Urteile aufeinander gegenseitig Einfluss nehmen.

⁸² *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 23 Rn. 32; *Ruffert*, in: *Caliess/Ruffert*, a.a.O., Art. 1 Rn. 17.

⁸³ Vgl. hierzu auch *Leisner*, W.G., Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 (705), der die Vorbehalte des BVerfG auch unter dem Gesichtspunkt der Bedeutung der subjektiv-historischen Auslegung in und für die Rechtsprechung des EuGH behandelt.

⁸⁴ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 23 Rn. 35. BVerfG, Beschl. v. 07.06.2000 – 2 BvL 1/97 –, Rn. 55, Rn. 63.

⁸⁵ Erstmals machte das BVerfG von dieser Möglichkeit im Hauptsacheverfahren zur Vereinbarkeit des ESM/EZB mit der Verfassung Gebrauch, vgl. BVerfG, Pressemit. Nr. 9/2014 v. 07.02.2014.

⁸⁶ Letztlich läuft es am Ende wieder auf die oben unter B. I. 2. diskutierte Frage des Verhältnisses zwischen nationalem Recht und Unionsrecht, bzw. auf die Frage des Geltungsgrundes des Vorranges des Unionsrechtes hinaus. Zwar legen beide Gerichte unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe an. Was jedoch Gegenstand der jeweiligen Prüfung sein kann, kommt ganz darauf an, welchen Geltungsgrund man dem Unionsrecht zugrunde legt. Vgl. hierzu auch *Vofßkuhle*, a.a.O., 1 (5 ff.).

eine hierarchische Lösung für das Verhältnis zwischen den beiden Gerichten entwickelt wird, versucht dieses Modell, entsprechend einem Mehrebenensystem zu operieren⁸⁷. Beide Gerichte sollen durch gegenseitige Rücksichtnahme zum *bestmöglichen Funktionieren* des Gefüges, in dem sich Unionsrecht und nationales Recht befinden, beitragen, ohne in ein Konkurrenzverhältnis zu treten⁸⁸.

Tatsächliche Ausprägungen dieses Modells sind beispielsweise zurückgenommene Kontrollbefugnisse auf verfahrensrechtlicher Ebene oder aber bei der Überprüfung von materiellen Entscheidungen.

IV. Ergebnis zu B.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich der große Befähigungsnachweis in einem Gefüge von zwei verschiedenen, miteinander stark verwobenen Rechtsordnungen behaupten muss. Beide Rechtsordnungen setzen Maßstäbe, an denen sich die Meisterpflicht messen lassen muss, eine Kontrolle, die von EuGH und BVerfG im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen und im sog. Verfassungsgerichtsverbund ausgeübt wird. Da die Vorrangfrage der beiden Rechtsordnungen zugunsten des Unionsrechts entschieden wurde, entsteht angesichts der Tatsache, dass ein bloßer Anwendungsvorrang vorliegt, unweigerlich das Problem der sog. Inländerdiskriminierung im Lichte der Regularien zum großen Befähigungsnachweis.

⁸⁷ Voßkuhle, a.a.O., 1 (3 ff.).

⁸⁸ Voßkuhle, a.a.O., 1 (5).

C. Übersicht über die EuGH-Rechtsprechung

Zunächst soll die bislang zum Themenkomplex „Meisterpflicht“ ergangene Rechtsprechung des EuGH analysiert werden. Eine Trennung zwischen den Rechtsprechungen des BVerfG und des EuGH bietet sich wegen der oben unter B. III. erläuterten unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe der Gerichte an.

Was die vorliegende Auswahl der Rechtsprechung des EuGH angeht, so erhebt diese keinen Anspruch auf Vollständigkeit, was die generell zum Thema Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit und „*Berufsreglementierungen*“ ergangene Rechtsprechung des EuGH angeht. In diesem Bereich erging Rechtsprechung des EuGH in einem gewichtigen Umfang⁸⁹. Dessen vollständige Behandlung, obgleich die allgemeingültigen Aussagen mancher Urteile auch für die unionsrechtliche Beurteilung der Meisterpflicht von Bedeutung sein mögen, sprengt den Rahmen der vorliegenden Untersuchung. Daher erfolgte die getroffene Auswahl spezifisch nach dem Kriterium, ob die für die Handwerksberufe einschlägigen Richtlinien betroffen waren bzw. ob die deutschen Regelungen der HwO direkt Prüfungsgegenstand des Verfahrens waren.

Wie bereits angedeutet lassen sich zwar der Rechtsprechung, die allgemein im Zusammenhang mit Berufsreglementierungen erging, ebenfalls allgemeingültige Aussagen entnehmen, die auch für die Reglementierung von Handwerksberufen im nationalen Recht Relevanz haben.

Um jedoch die Frage zu klären, inwieweit die *Meisterpflicht nach deutschem Recht* vom Europarecht tangiert ist, bietet es sich hier an, sich auf die speziell zu *dieser Frage* ergangene Rechtsprechung zu konzentrieren⁹⁰, da diese die allgemeingültigen Aussagen der vorangehenden übrigen EuGH-

⁸⁹ Wie unter B. II. 2. b) erläutert, ergingen zur Anerkennung von Berufen bzw. zu den Voraussetzungen für eine grenzüberschreitende Ausübung von Berufen, mehrere Serien von Richtlinien, die zum Teil sektoriell nur eine bestimmte Berufsart, z.B. Anwälte oder Ärzte, nicht jedoch zwingend handwerkliche Berufe und ihre Reglementierung, als Regelungsgegenstand hatten. Der EuGH wurde im Laufe der Zeit häufig, vor allem im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, zum einen mit der Frage der Auslegung bestimmter Vorschriften dieser Richtlinien befasst, zum anderen mit der Frage nach der Vereinbarkeit von nationalen Regelungen mit Art. 49 bzw. 56 AEUV. Die Frage nach der Auslegung einer Richtlinie tangiert immer auch das nationale Recht. Entweder dahingehend, dass das nationale Umsetzungsgesetz richtlinienkonform ausgelegt werden muss unter Berücksichtigung der Aussagen des EuGH, oder aber dadurch, dass eine nationale Gesetzgebung, die nicht zwingend der Umsetzung der Richtlinie dient, als mit der Richtlinie unvereinbar angesehen wird und in Folge des Anwendungsvorranges außer Betracht zu bleiben hat. Dasselbe gilt für Art. 49, 56 AEUV. Für eine Vertiefung der Rechtsprechung zu diesem Thema sei auf folgende Auswahl von Urteilen des EuGH verwiesen, ohne dass diese Aufzählung Vollständigkeit gewährleistet: EuGH, Urt. v. 30.11.1995 – C-55/94 – (Gebhard); EuGH, Urt. v. 05.04.2011 – C-424/09 – (Toki/Europäische Kommission); EuGH, Urt. v. 11.06.2009 – C-564/07 – (Kommission/Österreich); EuGH – C-171 und C-172/07 –, Slg. 2009, I-4171 (Apothekerkammer des Saarlandes); EuGH – C-338/04 –, Slg. 2007, I-1891 (Placanica); EuGH – C-33/744 –, Slg. 1974, 1299 (van Binsbergen); EuGH – C-39/75 –, Slg. 1975, 1547 (Coenen); EuGH – C-243/01 –, Slg. 2003, I-137076 (Gambelli).

⁹⁰ D.h. Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit handwerkspezifischen Richtlinien.

Rechtsprechung aufnimmt und darüber hinaus spezifische Fragen im Hinblick auf die handwerklichen Berufe klärt. Soweit ersichtlich, ist die Auswahl der Rechtsprechung im Hinblick auf die *Frage von Berufsreglementierungen durch Zulassungsbeschränkungen* insoweit vollständig.

Innerhalb der so ausgewählten Rechtsprechung wurde zusätzlich eine Gruppenbildung nach Verfahrensgegenständen vorgenommen, um Übersichtlichkeit zu gewährleisten. Da sich von den unterschiedlichen Verfahrensgegenständen unterschiedliche Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage ergeben, ist dies insoweit sinnvoll.

I. Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 1964/427/EG

Ausgangspunkt soll die Analyse der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung von Sekundärrecht sein, das insbesondere in Form von Richtlinien zur Regelung der gegenseitigen Anerkennung von Berufen erging, welche in nationales Recht durch die Regelungen der EU/EWR HwO umgesetzt wurden, sowie die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf das nationale Recht.

*1. Rechtssache Knors*⁹¹

Das erste Mal befasste sich der EuGH mit der RL 1964/427/EG im Jahr 1979 im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens.

Ein niederländischer Staatsbürger ließ sich im benachbarten Belgien nieder und war dort zunächst als Arbeitnehmer und seit 1970 als selbständiger Unternehmer im *Zentralheizungsgewerbe, Klempnergewerbe und Wasserinstallateurgewerbe* tätig. In den Niederlanden steht die Ausübung dieser Tätigkeiten unter einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (die Erlaubniserteilung ist von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für die berufliche Befähigung abhängig). Von diesem Verbot gibt es im niederländischen Recht zur Umsetzung der RL 1964/427/EG eine Ausnahmevorschrift, für den Fall, dass sich ein EU-Ausländer in den Niederlanden niederlässt. Ein Antrag von Herrn Knors in den Niederlanden, ihm eine solche Ausnahme zu bewilligen, so dass er auch in den Niederlanden tätig werden könne, wurde mit der Begründung, er besäße nicht die erforderlichen beruflichen Qualifikationen und die Ausnahme sei auf ihn als niederländischen Staatsbürger nicht anwendbar, abgelehnt. Herr Knors legte nach erfolglosem Verwaltungsverfahren gegen diesen Bescheid Klage ein. Das angerufene niederländische Gericht wiederum hatte Zweifel bzgl. der Auslegung des Art. 1 Abs. 1 der RL 1964/427/EG, deren Umsetzung die Ausnahmevorschrift ja diene und legte dem EuGH daher eine Auslegungsfrage zur Vorabentscheidung vor

⁹¹ EuGH, Urt. v. 07.02.1979 – C-115/78 –.

bzgl. der Auslegung des Begriffs des „Begünstigten“ aus Art. 1 der RL 1964/427/EG.

a) Auslegung der RL 1964/427/EG

Im Ergebnis kam der EuGH dazu, dass der Begriff des „Begünstigten“ im Sinn von Art. 1 Abs. 1 RL 1964/427/EG auch für die eigenen Staatsangehörigen eines Aufnahmelandes gelte, soweit diese sich objektiv in einer der von der Richtlinie vorgesehenen Situationen befinden⁹². Als Begründung führte der EuGH an:

„Diese Auslegung findet ihre Rechtfertigung in den Erfordernissen des freien Personenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, die durch die in Art. 3 Buchstabe c, 48, 52 und 59 des Vertrages garantiert werden. Denn diese – im System der Gemeinschaft grundlegenden – Freiheiten wären nicht voll verwirklicht, wenn die Mitgliedstaaten die Vergünstigungen der gemeinschaftlichen Bestimmungen denjenigen ihrer Staatsangehörigen versagen dürften, die von den Erleichterungen auf dem Gebiet des Verkehrs und der Niederlassung Gebrauch gemacht haben und die dank dieser Erleichterungen die in der Richtlinie erwähnten beruflichen Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen erworben haben, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen“⁹³.

Konkret will der EuGH so vermeiden, dass ein Unionsbürger (der von seiner Freizügigkeit bereits Gebrauch gemacht hat) im Vergleich zu anderen Unionsbürgern schlechter gestellt wird. Dies würde den Staatsbürger eines Mitgliedstaates vom effektiven Gebrauchmachen von seinen Grundfreiheiten abhalten und damit die Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes behindern.

b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage

Was die deutsche Gesetzeslage betrifft, so hatte dieses Urteil *direkte Auswirkungen auf die gesetzlichen Regelungen der Handwerksordnung* und damit indirekt auch was die Regelungsdichte bzgl. des großen Befähigungsnachweises betrifft.

Infolge der EuGH-Rechtsprechung wurde nämlich eine Änderung des § 9 HwO dahingehend vorgenommen, dass bzgl. der Anwendbarkeit der Ausnahmegewilligung nicht mehr auf die Staatsangehörigkeit, sondern nur mehr auf den *Ausbildungsort* (der in einem anderen Mitgliedstaat belegen sein muss) abgestellt wird.

⁹² EuGH, Urt. v. 07.02.1979 – C-115/78 –, Punkt 28.

⁹³ EuGH, Urt. v. 07.02.1979 – C-115/78 –, Punkt 19 und 20.

Da damit der Anwendungsbereich der Ausnahmegesetzgebung erweitert wurde, wurde gleichzeitig die Regelungsdichte bzgl. des Eintragungserfordernisses vermindert.

2. *Rechtssache Van de Bijl*⁹⁴

Der Kläger erhielt zunächst in den Niederlanden die Ausbildung als *Maler-geselle*, in der Folge ging er im Jahr 1980 jedoch nach Großbritannien und wurde dort selbständig tätig. Ca. zwei Jahre später war er wieder zeitweilig in den Niederlanden tätig, gleichzeitig existierte zwischen 1981 und 1984 in Großbritannien eine Gesellschaft. Von dieser Gesellschaft existierte eine Zweigniederlassung in den Niederlanden. Für eben diese Zweigniederlassung, beantragte der Kläger bei den zuständigen niederländischen Behörden eine Befreiung vom Verbot, ohne Genehmigung der Malerinnung tätig zu werden. Sein Antrag auf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung – auch in den Niederlanden sehen die gesetzlichen Vorschriften grundsätzlich das Erfordernis einer Genehmigung, deren Erteilung durch gewisse Auszubildungsvoraussetzungen bedingt wird, vor – wurde abgelehnt. Der Kläger erhob in den Niederlanden Klage gegen diesen ablehnenden Bescheid.

Das vorliegende Gericht hatte Zweifel bzgl. der Auslegung der RL 1964/427/EG, deren Umsetzung die Regelung für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung dient. Art. 3 der Richtlinie sieht vor, dass in allen Mitgliedstaaten als ausreichender Nachweis für von ihnen geforderte Kenntnisse und Fähigkeiten zur Berufsausübung anerkannt wird, wenn ein Unionsbürger eine *„ununterbrochene dreijährige Tätigkeit als Selbständiger oder als Betriebsleiter“* ausgeübt hat, wenn *„der Begünstigte für den betreffenden Beruf eine mindestens dreijährige vorherige Ausbildung nachweisen kann, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bestätigt oder von einer zuständigen Berufsinstitution als vollwertig anerkannt ist“*.

Die Richtlinie sieht weiter vor, dass das Herkunftsland eine Bestätigung über die in seinem Herrschaftsbereich abgeleiteten Tätigkeiten/Ausbildungen ausstellt und dass die Anerkennung im Aufnahmeland auf der Grundlage dieses Nachweises erfolgt.

a) Auslegung der RL 1964/427/EG

Das vorliegende Gericht wollte sich über die Anforderungen, die an die *„tatsächliche Dauer der Ausübung in anderem Mitgliedstaat“* zu stellen sind, Klarheit verschaffen.

Bezüglich der Voraussetzung der tatsächlichen Dauer der Berufserfahrung des Betroffenen im Herkunftsland kommt der EuGH zur Feststellung, dass

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –.

sich die Wendung des „ununterbrochenen Zeitraums“ nur auf die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit während eines bestimmten Zeitraums, die allenfalls wegen (kurzer) Krankheit oder (üblicher) Urlaubszeiten unterbrochen worden sein darf, bezieht. Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat haben außer Betracht zu bleiben⁹⁵.

In diesem Zusammenhang stellt der EuGH zum anderen noch fest, dass das Aufnahmeland an diesbezügliche Feststellungen des Herkunftslandes in der Bestätigung grundsätzlich gebunden ist, da der Bestätigung sonst keine effektive Wirksamkeit zukäme⁹⁶. Allerdings können bei objektiven Umständen, die Anlass zur Annahme geben, dass offensichtliche Unrichtigkeiten vorliegen, Zusatzauskünfte eingefordert werden⁹⁷. Wenn in den Feststellungen allerdings Fehler bzgl. von Tatsachen, die sich im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates abgespielt haben, vorliegen, ist der Aufnahmestaat insoweit nicht gebunden⁹⁸.

Was schließlich die Auslegung des Erfordernisses der mindestens dreijährigen vorherigen Ausbildung betrifft, kam der EuGH zum Ergebnis, dass die Ausbildung im Herkunftsland dort zu einer Zulässigkeit der Ausübung der Tätigkeit führen muss. Es ist dann unerheblich, ob die tatsächliche Ausübung in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Ausbildung absolviert wurde⁹⁹.

Begründet wird dies mit Zweck und Systematik der Richtlinie. Danach kann man zum einen

„[...] den Begriff der vorherigen Ausbildung im Sinne von Artikel 3 Buchstabe b der Richtlinie nicht auf die Ausbildung beschränken [...], die im Mitgliedstaat der Ausübung der Berufstätigkeit absolviert worden ist“¹⁰⁰. (Erg. d. Verf.)

Zum anderen kann nur der Staat, in dem die Ausbildung erfolgt ist,

„[...] die Angemessenheit der Ausbildung für die fragliche Tätigkeit beurteilen und demgemäß, gegebenenfalls unter Einschaltung einer zuständigen Berufsinstitution, entscheiden, ob das bei ihrem Abschluss erteilte Zeugnis anerkannt werden kann“¹⁰¹.

Zusammenfassend hat der EuGH auf der einen Seite hier eine weite Auslegung der Begrifflichkeiten vorgenommen, auf der anderen Seite durch die

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 19 und 20.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 22.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 24.

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 25.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 32.

¹⁰⁰ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 29.

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –, Punkt 31.

weitgehende Bindungswirkung der Feststellungen des Herkunftsstaates eine verfahrensrechtliche Absicherung der Dienstleistungsfreiheit konstituiert.

b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage

Diese Rechtsprechung hatte auf die deutsche Rechtslage *keine direkten Auswirkungen* in dem Sinn, dass die gesetzlichen Regelungen nicht angepasst werden mussten. Ignoriert werden können die Erkenntnisse, die aus diesem Urteil bzgl. der RL 1964/427/EG gewonnen wurden, allerdings auch nicht.

In der Handwerksordnung werden die Anforderungen der Richtlinie bzgl. der Anerkennung von Ausbildungen von Unionsbürgern mit § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV geregelt. Dementsprechend ist die Rechtsprechung des EuGH von den deutschen Gerichten jedenfalls bei der Auslegung dieser nationalen Regelungen zu berücksichtigen.

Relevanz hat hier vor allem die *Bindung* der deutschen zuständigen Stellen *an die Feststellungen aus dem Herkunftsland des Unionsbürgers*. Die Anerkennung auch im Verfahren nach § 9 HwO wird so ein rein förmlicher, deklaratorischer Akt, eine materielle Nachprüfung kann nicht mehr stattfinden. Zwar wird damit keine Erweiterung des Anwendungsbereiches der Vorschrift des § 9 HwO vorgenommen. Die Kontrollbefugnisse der nationalen Stellen werden auf diese Weise jedoch empfindlich eingeschränkt, primär liegt eine reine Verfahrensbefugnis ohne materielle Sachkontrolle vor.

3. *Rechtssachen de Castro Freitas und Escallier*¹⁰²

Ein portugiesischer und ein französischer Staatsbürger wollten jeweils *zulassungspflichtige Berufe* in Luxemburg ausüben¹⁰³. Die Berufsbilder der Bescheinigungen der zuständigen Behörden in Frankreich und Portugal umfassen mehrere einzelne Berufe nach luxemburgischem Verständnis. Die Kläger erhalten auf ihren Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung der Tätigkeiten, die in den aus ihrem jeweiligen Herkunftsland erteilten Bestätigungen gem. der Richtlinie genannt sind, jeweils nur die Anerkennung für einen Berufsteil, mit der Begründung, die Voraussetzungen der Richtlinie müssen je Beruf gesondert erfüllt sein.

Die Bestätigung wird im Verfahren nach Art. 4 der Richtlinie erteilt. Es müssen von allen Mitgliedsstaaten Tätigkeitsbeschreibungen für reglementierte Berufe abgegeben werden. Bei der Bestätigung muss das Herkunftsland auf die vom Aufnahmestaat mitgeteilte Tätigkeitsbeschreibung abstellen und das Aufnahmeland diese mit seiner eigenen Tätigkeitsbeschreibung abglei-

¹⁰² EuGH, Urt. v. 29.10.1998 – C-193/97 und C-194/97 –.

¹⁰³ Konkret ging es zum einen für Herrn Freitas um die Tätigkeit eines Bauunternehmers, die auch die Tätigkeit der Bearbeitung der Außenflächen, Fassaden und Dächer umfasste, zum anderen für Herrn Escallier um die Tätigkeiten eines Dachdeckers, Klempners und Zimmermanns.

chen. Stimmen sie im Wesentlichen überein und sind die sonstigen Bestimmungen des Aufnahmelandes erfüllt, so muss anerkannt werden.

a) Auslegung der Art. 3 und 4 der RL 1964/427/EG

Im Ergebnis besteht laut EuGH auch bzgl. des Tätigkeitsbereiches der einzelnen Handwerksberufe eine Bindung an die vom *Herkunftsstaat* erteilte Bestätigung.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen, was die Festlegung der Bedingungen für die Aufnahme der Berufstätigkeiten und des Tätigkeitsbereichs jedes der betreffenden Berufe betrifft, belässt. Ihre Grenze findet diese Befugnis der Mitgliedstaaten jedoch in der in Art. 3 der Richtlinie festgelegten Anerkennung der tatsächlichen Ausübung als Pendant zur innerstaatlich geforderten besonderen Qualifikation¹⁰⁴.

Weiter wird im Urteil ausgeführt, eine Bindung an die Feststellungen der Bestätigung besteht auch hier, da sich das Herkunftsland bei der Erteilung der Bestätigung an die Tätigkeitsbeschreibungen des Aufnahmelandes zu halten hat.

Eine gesonderte Zurücklegung der Zeiten je Beruf kann nicht gefordert werden, da sonst die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit,

*„[...]die im System der Gemeinschaft grundlegende Bedeutung haben, [...] nicht verwirklicht [würden], wenn jeder Mitgliedstaat unter Berufung auf seine eigene restriktive Definition des Tätigkeitsbereichs der einzelnen Handwerksberufe verhindern könnte, dass diejenigen, die in einem anderen Mitgliedstaat die in der Richtlinie erwähnte Berufserfahrung erworben haben, die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zugute kommen“*¹⁰⁵. (Erg. d. Verf.)

b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage

Auch im Zusammenhang mit diesem Urteil musste im Hinblick auf § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV keine Änderung vorgenommen werden. Trotzdem muss *im Rahmen der Auslegung* der genannten Vorschriften diese *Interpretation der Richtlinie berücksichtigt* werden¹⁰⁶. Der EuGH führt seine Rechtsprechungslinie in diesem Urteil konsequent fort und orientiert sich in seiner Auslegung der Richtlinie schwerpunktmäßig am Effektivitätsgrundsatz.

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 29.10.1998 – C-193/97 und C-194/97 –, Punkt 26.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 29.10.1998 – C-193/97 und C-194/97 –, Punkt 34.

¹⁰⁶ Dies ergibt sich wie oben unter B. I. 2. erläutert aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Um Kollisionsfälle zu vermeiden, wird das umsetzende Recht so ausgelegt, dass es richtlinienkonform ist.

Das Ergebnis, dass ein restriktives Berufsbild aus unionsrechtlicher Hinsicht nicht dazu führen kann, dass ein Unionsbürger durch das Erfordernis der pro Berufsbild gesondert (d.h. nicht gleichzeitig) ausgeübten Tätigkeitszeiten unterworfen ist, ist aus Sicht des EuGH nur konsequent.

Aus nationaler Sicht hingegen führt diese Auslegung der Richtlinie dazu, dass zwar für rein interne Sachverhalte der Gesetzgeber weiterhin befugt ist, durch ein restriktives Berufsbild die Regelungsdichte im Bereich der Handwerksberufe zu erhöhen.

Im Verhältnis zu den anderen Mitgliedstaaten wird ihm diese „Souveränität“ jedoch genommen, mit der Konsequenz, dass die Regelungsdichte im Berufsrecht für Unionsbürgern weniger intensiv ist. Zwar bleiben die Tätigkeitsbeschreibungen der Bundesrepublik Deutschland maßgebend dafür, welche Feststellungen das Herkunftsland des Unionsbürgers, der sich in der BRD niederlassen will bzw. dort eine Dienstleistung erbringen will, treffen kann. Dadurch, dass allerdings eine gleichzeitige Ausübung mehrerer Tätigkeiten laut Bescheinigung anerkannt werden muss, wird die Tätigkeitsbeschreibung des Aufnahmelandes indirekt unterlaufen, und das Berufsbild des Herkunftslandes, zumindest was seinen Umfang an verschiedenen Tätigkeiten betrifft, der Anerkennung zugrunde gelegt.

4. Ergebnis zu I.

Die Rechtsprechung des EuGH im Kontext der Richtlinie RL 1964/427/EG hat sich im Hinblick auf die Regelungsdichte im nationalen Berufsrecht bemerkbar gemacht.

Zum Teil musste der Gesetzgeber die Umsetzungsgesetzgebung anpassen und so den Anwendungsbereich von Ausnahmegewilligungen für Unionsbürger erweitern, zum Teil wurde die Kontrollkompetenz im Rahmen des Anerkennungsverfahrens auf eine rein formalistische Prüfungsbefugnis reduziert.

In Summe wurde über diese Rechtsprechung allerdings die nationale Meisterpflicht in keinster Weise in Frage gestellt. Was der nationale Gesetzgeber für rein interne Sachverhalte für Anforderungen aufstellt, ist unionsrechtlich solange nicht zu beanstanden, solange Unionsbürger hierdurch nicht in ihren Grundfreiheiten (insb. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) beschränkt werden. Problematisch kann diese Entwicklung für das deutsche Recht nur im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen (also nationalen) Grundsätzen sein, da damit die sog. Inländerdiskriminierung intensiviert wird¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Zur verfassungsrechtlichen Berücksichtigung der Inländerdiskriminierung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Art. 12 GG ausführlich unter D. III. 2. b) dd).

II. Rechtsprechung des EuGH zum Verfahren der §§ 8, 9 HwO a.F.

In der nun zu behandelnden Rechtsprechung setzt sich der EuGH in zwei Vorabentscheidungsverfahren speziell mit der *Vereinbarkeit der deutschen Umsetzungsgesetzgebung zu den Richtlinien bzw. mit dem Recht der Handwerksordnung mit dem Unionsrecht* auseinander.

In bislang zwei zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen stellt der EuGH in Einklang mit seiner bislang generell zu diesem Thema ergangenen Rechtsprechung fest, dass das Erfordernis eines Meisters im internen nationalen Recht an sich mit dem Unionsrecht vereinbar ist, solange für Unionsbürger die Möglichkeit besteht, auch ohne diese Qualifikation, allerdings unter Erfüllung der Mindestvoraussetzungen der Richtlinien, in der Bundesrepublik Deutschland tätig zu werden und solange die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit nicht in sonstiger Weise beschränkt wird.

Anzumerken bleibt noch, dass sich der EuGH nie mit dem Inhaberprinzip des § 7 Abs. 1 HwO alte Fassung auseinandersetzen hatte, da die notwendigen Modifikationen immer bereits auf der Ebene der Anforderungen an die *Qualifikation* getroffen wurden.

1. *Rechtssache Corsten*¹⁰⁸

In dem dem Verfahren zugrunde liegenden Ausgangsstreit wurde Herr Corsten, ein Architekt, beschuldigt, gegen die deutschen Rechtsvorschriften zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen zu haben. Herr Corsten beauftragte ein in den Niederlanden ansässiges Unternehmen mit Estricharbeiten im Rahmen eines Bauvorhabens in Deutschland. Das Unternehmen war jedoch zu keinem Zeitpunkt der Arbeiten in die Handwerksrolle eingetragen. Im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrags wurde Herr Corsten wegen Verstoßes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz mit einem Bußgeld nach nationalem Recht belegt. Das in diesem Zusammenhang angerufene Amtsgericht setzte das Verfahren gegen den Bußgeldbescheid aus und legte dem EuGH in Wege des Vorabentscheidungsverfahrens die Frage zur Entscheidung vor, ob das, wenn auch ggf. nur formelle, Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle eine ungerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle.

a) Verfahren des §§ 8, 9 HwO und Dienstleistungsfreiheit

Das Urteil ergeht im Zusammenhang mit der *Dienstleistungsfreiheit*, es werden jedoch vom EuGH in diesem Zusammenhang auch explizit Andeutungen zur ggf. anderen Behandlung im Rahmen der *Niederlassungsfreiheit* gemacht.

¹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –.

Der EuGH stellt eingangs in Übereinstimmung mit seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass mangels Vollharmonisierung die Mitgliedstaaten grundsätzlich befugt sind, für ihr Hoheitsgebiet eigene Regeln aufzustellen. Allerdings sind bei der Aufstellung dieser Regeln die Vorschriften der Grundfreiheiten und auch die der bislang im Regelungsbereich ergangenen Richtlinien dahingehend zu beachten, dass sie in ihrer praktischen Wirksamkeit nicht gemindert sind. Damit stellt der EuGH wie immer auf das Äquivalenzgebot und den Effektivitätsgrundsatz¹⁰⁹ ab.

Folgerichtig stellt der EuGH klar, dass sich aus den genannten unionsrechtlichen Bestimmungen nicht nur materiellrechtliche Grenzen für die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten, sondern auch Grenzen in formeller, d.h. verfahrensrechtlicher Hinsicht ergeben.

Anschließend stellt der EuGH fest, dass unter Anwendung dieser Kriterien ein *Eintragungserfordernis eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit* darstellt. Eine solche Beschränkung kann nach ständiger Rechtsprechung nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls bedingt ist oder aber einem geschriebenen Rechtfertigungsgrund entspricht und darüber hinaus verhältnismäßig ist¹¹⁰.

Das Ziel der *Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes*¹¹¹ stellt laut EuGH einen *zwingenden Grund des Allgemeininteresses* dar, der auch für die Meisterpflicht einschlägig sein könnte.

Konkret stellt der EuGH hierzu fest:

*„Wie die Kommission bemerkt, stellt das Ziel, die Qualität der durchgeführten handwerklichen Arbeiten zu sichern und deren Abnehmer vor Schäden zu bewahren, einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann“*¹¹².

Die Regelung, die dieses Ziel erreichen soll, muss jedoch *verhältnismäßig* sein. Diesem entspricht das Erfordernis der Verpflichtung der Eintragung in die Handwerksrolle nicht.

¹⁰⁹ Vgl. zu den Begriffen die Ausführungen unter B. I. 2. b) aa) und bb).

¹¹⁰ EuGH – C-120/78 – (Cassis de Dijon), Rn. 14; EuGH – C-33/74 –, Slg. 1974, 1299, Rn. 10/12 (van Binsbergen); EuGH – C-19/92 –, Slg.1993, 1663, Rn. 32 (Kraus), EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C- 58/98 –, Rn. 35 (Corsten).

¹¹¹ Dass der Verbraucherschutz ein objektives anererkennungsfähiges Allgemeininteresse darstellt, ist ständige Rechtsprechung des EuGH. Allerdings stützte sich die nationale Rechtfertigung des Eintragungserfordernisses nicht auf diese Argumentation, sondern weiterhin auf den der Qualitätssicherung. Dieser Aspekt griff jedoch vor dem EuGH nicht durch, vgl. hierzu auch EuZW 2000, 768. Was den Begriff des Verbraucherschutzes im Unionsrecht und im nationalen Recht betrifft, ist jedoch auf Unterschiede hinzuweisen, vgl. insbesondere die folgenden Ausführungen unter C. II. 1. b) bb).

¹¹² EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 38.

Die Prüfung, ob die Erteilung einer Ausnahmegewilligung vorzunehmen ist, kann nur rein formeller Natur sein¹¹³. Der EuGH geht bei seinen Ausführungen auch von Anfang an davon aus, dass die Eintragungspflicht eine *deklaratorische* und keine konstitutive Bedeutung hat. Dies lässt sich daraus schließen, dass der EuGH, bevor er mit der eigentlichen Prüfung der Eintragungspflicht beginnt, vorab klarstellt, dass zu prüfen sei:

„ob die Eintragung in die Handwerksrolle und das Verwaltungsverfahren dafür mit dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar sind und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 64/427 und insbesondere ihres Artikels 4 nicht gefährden“¹¹⁴.

Mit diesem Vorspann macht der EuGH deutlich, dass er dem Eintragungserfordernis keine konstitutive Bedeutung einräumt, da er terminologisch auf eine indirekte Kollision durch Verfahrensrecht abstellt und diese Überlegung seiner Prüfung auch zugrunde legt¹¹⁵.

Bei der Eintragung in die Handwerksrolle wird auch keine zusätzliche Prüfung vorgenommen, wie der EuGH im Folgenden richtig feststellt¹¹⁶.

Wenn der EuGH hieraus, wie bereits erläutert, schließt, dass eine rein formelle administrative Maßnahme vorliegt, so weist er jedoch sofort darauf hin, dass auch mit derartigen Erwägungen nicht von Vorschriften des Unionsrechts abgewichen werden kann¹¹⁷.

Insbesondere dürfen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nicht dieselben Anforderungen wie im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gestellt werden. Was die Dienstleistungsfreiheit betrifft, so müssen die Anforderungen im Vergleich zur Niederlassungsfreiheit weniger streng sein¹¹⁸.

In diesem Zusammenhang deutet der EuGH weiter an, dass das Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle zwar im Rahmen der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt da verhältnismäßig sein könnte, da

„[...] das Ziel, die Qualität der durchgeführten handwerklichen Arbeiten zu sichern und deren Abnehmer vor Schäden zu bewahren, einen

¹¹³ Vgl. Entwicklung der unter C. I. erläuterten Rechtsprechung zur Bindungswirkung der Feststellungen der Bestätigung des Herkunftslandes und insbesondere die Andeutung dieser rein formellen Prüfungsbefugnis im Urteil Van de Bijl EuGH, Urt. v. 27.09.1989 – C-130/88 –.

¹¹⁴ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C- 58/98 –, Punkt 32 und auch explizit 41.

¹¹⁵ Tatsächlich jedoch hat die Eintragung in die Handwerksrolle nach § 7 HwO konstitutive Wirkung, d.h. sie ist Voraussetzung für ein materiell-rechtlich rechtmäßiges Tätigwerden.

¹¹⁶ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 41.

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 42. Dies entspricht eben genau der ständigen Rechtsprechung des EuGH, die sich aus dem Anwendungsvorrang ergibt wie er unter B. I. 2. b) aa) und bb) erläutert wurde.

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 43. Dieser Ansatz ergibt sich aus der Überlegung, dass im Fall einer Niederlassung der Unionsbürger stärker in das System des Aufnahmestaates eingebunden werden muss, als im Fall einer bloßen grenzüberschreitenden Dienstleistung.

zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar[stellt]“ (Erg. d. Verf.)¹¹⁹,

nicht jedoch bei Dienstleistungserbringern, die nur gelegentlich oder nur ein einziges Mal im Aufnahmeland tätig werden wollen¹²⁰.

Das vom Aufnahmeland im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit eingerichtete Verfahren (dass der Dienstleistungserbringer tätig werden darf, muss ja schon abschließend durch die Ausnahmegewilligung festgelegt worden sein, die Eintragung darf folglich nicht konstitutiv für ein Tätigwerden sein) darf nicht von einem Gebrauchmachen der Grundfreiheit abschrecken. Da der EuGH im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit jedoch von genau einer solchen abschreckenden Wirkung ausgeht, da

„[die] Unternehmen [...] davon abgehalten werden [könnten], ihr Vorhaben durchzuführen, wenn das Verfahren zur Erteilung der Erlaubnis wegen ihrer obligatorischen Eintragung in die Handwerksrolle zeit- und kostenaufwendiger wird, so dass der zu erwartende Gewinn zumindest bei kleineren Vorhaben wirtschaftlichen gesehen nicht mehr attraktiv ist“ (Erg. d. Verf.)¹²¹,

ist die Eintragungspflicht in ihrer konkreten Ausgestaltung unverhältnismäßig.

b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage vor 2003

aa) Unverhältnismäßigkeit der Eintragungspflicht im Rahmen von Art. 56 AEUV

Nach diesem Urteil kann das Eintragungserfordernis zumindest im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit keine konstitutive Wirkung mehr entfalten. Als solches wurde es allerdings nicht beanstandet, solange es nur formelle Bedeutung hat und automatisch erfolgt, ohne weitere Hindernisse für den Dienstleister zu schaffen. Hindernisse sind hier explizit auch alle zusätzlichen Verfahrensschritte, die vom Dienstleistungserbringer ein aktives weiteres Vorgehen erfordern, das Fehlen einer Gebühr ändert hieran nichts¹²².

Ein administratives Erfordernis kollidiert solange nicht mit dem Unionsrecht, wie es keinen abschreckenden Effekt bzgl. des Gebrauchmachens von der Grundfreiheit zur Folge hat.

Für die deutsche Rechtslage vor 2003 bedeutete dies, dass das Eintragungserfordernis als solches grundsätzlich auch für Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten weiterhin bestehen kann, solange es keine konsti-

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 38.

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 45.

¹²¹ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 46.

¹²² EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Punkt 47 und 48.

tutive Wirkung hat. Dies ist allerdings im rein innerstaatlichen Sachverhalt der Fall¹²³.

Bei einer *konstitutiven Wirkung* der Eintragung (d.h. wenn die Eintragung Voraussetzung für ein rechtmäßiges Tätigwerden in Deutschland ist) besteht jedoch ein Hindernis für den Dienstleistungserbringer, das über die von der Richtlinie (die durch § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwO umgesetzt wurde) tolerierten Hindernisse hinausgeht und damit die Dienstleistungsfreiheit in ungerechtfertigter Weise einschränken würde.

Dementsprechend kann zwar das formelle Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle auch für einen Unionsbürger, der keine Meisterqualifikation vorzuweisen hat, aber eine Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO erteilt bekommen hat, aufrecht erhalten werden¹²⁴.

Allerdings kann vom Dienstleister selbst kein aktives Tätigwerden in dieser Hinsicht als Voraussetzung für die rechtmäßige Tätigkeit in der Bundesrepublik verlangt werden.

Es muss an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass das Eintragungserfordernis damit keineswegs an Sinn verliert. Grundsätzlich erfüllt dieses Erfordernis Erlaubnis-, Dokumentations- und Publizitätsfunktion. Im Rahmen von § 9 HwO würde die Erlaubnisfunktion entfallen, die Dokumentations- und Publizitätsfunktion blieben hingegen vollständig gewahrt¹²⁵.

Im Rahmen der Niederlassungsfreiheit hingegen stellt der EuGH relativ deutlich in Aussicht, dass auch ein konstitutives Eintragungserfordernis (d.h. die Erlaubnisfunktion bliebe erhalten) in diesem Fall mit den Zielen des Verbraucherschutzes und der Qualitätssicherung¹²⁶ gerechtfertigt sein kann.

bb) Rechtfertigungsmöglichkeit der Eintragungspflicht im Rahmen von Art. 49 AEUV – Verbraucherschutz

Der Verbraucherschutz ist ein vom EuGH *anerkannter ungeschriebener Rechtfertigungsgrund für nicht-diskriminierende Eingriffe in Grundfreiheiten*¹²⁷.

¹²³ Diefenbach, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305 (305).

¹²⁴ Vgl. Fn. 123.

¹²⁵ Vgl. Fn. 123.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 03.10.2000 – C-58/98 –, Rn. 38 und 45.

¹²⁷ Seit EuGH – C-120/78 – (Rewe-Zentral bzw. Cassis de Dijon), Rn. 8, ist der Verbraucherschutz als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls ein möglicher ungeschriebener Rechtfertigungsgrund für eine Maßnahme gleicher Wirkung. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass ungeschriebene Rechtfertigungsgründe nur nicht diskriminierende Maßnahmen rechtfertigen können. Da die Meisterpflicht und das Eintragungserfordernis jedoch nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sind sie nicht diskriminierend.

Wenn allerdings der EuGH vom rechtfertigenden Ziel des *Verbraucherschutzes*¹²⁸ spricht, so ist zu beachten, dass sein Verständnis von letzterem *nicht deckungsgleich* mit dem Begriff des Verbraucherschutzes nach *nationalem deutschem Recht* ist¹²⁹. Es ist in diesem Zusammenhang insgesamt zu berücksichtigen, dass im nationalen Recht historisch gesehen zunächst die im Privatrecht verankerte Privatautonomie bestand und danach, vor allem auf unionsrechtlicher Ebene, ein dieses einschränkendes Verbraucherrecht entwickelt wurde, während die Entwicklung aus der Sicht des Unionsrechts gerade umgekehrt ist. Im Unionsrecht wurde im Ausgangspunkt ein Verbraucherrecht entwickelt, ein „Privatrecht auf unionaler Ebene“ hingegen befindet sich immer noch im Entstehen¹³⁰. Dies ist mit einer der Gründe, weshalb sich die Begrifflichkeiten so unterschiedlich entwickelt haben. Die rechtliche Debatte in Deutschland behandelte vor allem die Rolle und Funktion des Verbraucherrechts im Privatrecht, während eine solche Auseinandersetzung auf europäischer Ebene nicht stattfand. In der Folge entstanden zwangsläufig konzeptionelle Unterschiede¹³¹.

Gem. § 13 BGB ist ein Verbraucher „[...] jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“.

Nach *deutschem Verständnis* ist der Begriff des Verbrauchers somit eher paternalistisch dahingehend geprägt, als der Verbraucher als flüchtig und unkritisch gesehen wird, der zur Konsumententscheidung der staatlichen Unterstützung bedarf¹³². Die Figur des strukturell unterlegenen Verbrauchers wurde vom BVerfG aus der Verfassung abgeleitet¹³³ und unter anderem dadurch begründet, dass der deutsche Verbraucherschutz seinem Ursprung nach sozialstaatsbezogen ist¹³⁴.

Im Unionsrecht selbst gibt es hingegen keinen einheitlichen Verbraucherbegriff¹³⁵. Jedoch lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH bzgl. des Kerngebiets des Vertragsrechts ein eigenständiger Verbraucherbegriff ableiten, wonach dem Begriff des Verbrauchers das Bild eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnitts-

¹²⁸ Hierbei ist außerdem zu beachten, dass der EuGH häufig gleichzeitig auf die Lauterkeit des Handelsverkehrs abstellt. Das Verhältnis des Verbraucherschutzes zur Lauterkeit des Handelsverkehrs ist nicht ganz eindeutig, zumeist prüft der EuGH beide Aspekte zusammen. Im Folgenden wird daher der Einfachheit halber nur von Verbraucherschutz gesprochen, vgl. vertiefend hierzu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 211 ff. der darauf abstellt, dass der Verbraucherschutz nur auf den Verbraucher, der Lauterkeitsschutz hingegen auf alle Wirtschaftsteilnehmer bezogen ist.

¹²⁹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 36 AEUV, Rn. 212.

¹³⁰ *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkung zu §§ 13,14, Rn. 64.

¹³¹ *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkung zu §§ 13,14, Rn. 65.

¹³² *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 36 AEUV Rn. 212.

¹³³ BVerfG NJW 1994, 36.

¹³⁴ *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkung zu §§ 13,14, Rn. 64.

¹³⁵ *Micklitz/Rott*, in Dausers, a.a.O., H.V. Verbraucherschutz, Rn. 103.

verbrauchers“¹³⁶ zugrunde liegt. Dass die Auslegung des EuGH maßgeblich für die Inhaltsbestimmung des Verbraucherbegriffes im Unionsrecht ist, ist dem Umstand geschuldet, dass der AEUV den „Verbraucher“ zwar an einigen Stellen erwähnt¹³⁷, eine Definition jedoch schuldig bleibt. Unter anderem orientiert sich die Begriffsentwicklung des EuGH am europäischen Politikfeld des Verbraucherschutzes¹³⁸. Das europäische Verbraucherrecht ist ein marktbezogenes¹³⁹. Dementsprechend ist auch kein Verbraucherschutzrecht, sondern ein Verbraucherrecht gegeben¹⁴⁰. Unter Verbraucherschutz ist nach diesem rollenbezogenen¹⁴¹ Verständnis hauptsächlich der *Schutz vor Irreführung* zu verstehen¹⁴².

Wenn man diese Maßstäbe des EuGH zugrunde legt, dann sind grundsätzlich nur solche die Grundfreiheiten mit diesem Ziel einschränkende Maßnahmen auch verhältnismäßig, genauer gesagt erforderlich, wenn sie der Information und Aufklärung dienen, alles übrige kann der mündige Verbraucher selbst¹⁴³.

Der Verbraucherschutz kann einen zwingenden Grund des Allgemeinwohls mit rechtfertigender Wirkung nur im unionsrechtlichen Verständnis darstellen, die deutsche Begriffsdefinition hingegen ist nicht maßgeblich¹⁴⁴.

Im Ergebnis führen diese Überlegungen dazu, dass ein (konstitutives) *Eintragungserfordernis* im Fall der Niederlassungsfreiheit eine verhältnismäßige Maßnahme zur Erreichung des Ziels des Verbraucherschutzes (als Reflex der Qualitätssicherung) und damit gerechtfertigt sein kann.

Zum einen untersteht in dieser Konstellation der Unternehmer der Aufsicht des Staates, in dem er sich niedergelassen hat und dementsprechend bestehen andere Informationspflichten des Staates gegenüber seinem Bürger.

¹³⁶ Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 30 EGV, Rn. 3; sowie EuGH, Urt. v. 13.12.1990 – C-238/89 –; EuGH, Urt. v. 09.08.1994 – C-51/93 –; EuGH, Urt. v. 06.07.1995 – C-470/93 –; EuGH, Urt. 16.07.1998 – C-210/96 –, Rn. 31 f.; EuGH, Urt. v. 28.01.1999 – C-303/97 –, Rn. 36; EuGH, Urt. v. 13.01.2000 – C-220/98 –, Rn. 27.

¹³⁷ Z.B. in Art. 4 Abs. 2 lit. f., Art. 12, Art. 39 Abs. 1 lit. e), Art. 40 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 101 Abs. 3, 3. Spstr., Art. 102 lit. b), Art. 107 Abs. 2 lit. a), Art. 114 Abs. 3.

¹³⁸ Leible/Streinz, in: GHN, Art. 34 AEUV Rn. 102.

¹³⁹ Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vorbemerkung zu §§ 13,14, Rn. 64; Es ist zwar richtig, dass in der Zeit vor 1985, also vor dem Binnenmarkt, auch das europäische Verbraucherrecht das Ziel des „Schutzes des Schwächeren“ im Sinne eines sozialstaatlichen Verbraucherschutzkonzeptes verfolgte. Dies änderte sich jedoch grundlegend mit der Verabschiedung der Einheitlichen Akte, da seither der Verbraucherschutz als Instrument zur Errichtung des Binnenmarktes fungiert, vgl. hierzu Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., Rn. 74.

¹⁴⁰ Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O., Rn. 74.

¹⁴¹ Krebber, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 169, Rn. 5; Micklitz, in: Dausen, a.a.O., H.V. Verbraucherschutz, Rn. 109.

¹⁴² Leible/Streinz, in: GHN, Art. 34 AEUV Rn. 106.

¹⁴³ Krebber, in: Calliess/Ruffert, a.a.O., Art. 169, Rn. 7.

¹⁴⁴ Leible/Streinz, in: GHN, Art. 34 AEUV Rn. 102.

Zum anderen geht die Eintragungspflicht Hand in Hand mit der Kammerpflichtmitgliedschaft. Diese Pflichtmitgliedschaft hat zum Zweck, bestimmte öffentliche Aufgaben im Rahmen einer in die Staatsorganisation eingegliederten Selbstverwaltungskörperschaft durchführen zu lassen¹⁴⁵. Auch das Unionsrecht kennt den Gedanken der möglichst bürgernahen Entscheidungsverfahren¹⁴⁶, ein Selbstverwaltungssystem steht also im Einklang mit Unionsrecht. Wegen der damit den Betroffenen eröffneten Möglichkeit, in größerer Freiheit selbst und unabhängig eigentlich staatliche Aufgaben wahrzunehmen, die insbesondere auch der Selbstdisziplinierung gegenüber dem Verbraucher sicherstellen sollen¹⁴⁷, dient die Selbstverwaltung auch dem Allgemeininteresse¹⁴⁸. Um dieses System jedoch effektiv umzusetzen, ist eine Pflichtmitgliedschaft geradezu zwingend erforderlich, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Legitimation beim Erlass von Regelungen für den eigenen Berufszweig.

Der *Verbraucherschutz*, der auch nach unionsrechtlichem Verständnis quasi Reflex der Qualitätssicherung ist, kann damit im Bereich der Niederlassungsfreiheit ein *konstitutives Eintragungserfordernis* rechtfertigen.

2. *Rechtssache Schnitzer*¹⁴⁹

Auch hier lag im Ausgangsstreit ein Verfahren über einen Bußgeldbescheid wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften des Schwarzarbeitbekämpfungsgesetzes vor. Eine deutsche Gesellschaft beauftragte ein Unternehmen mit Sitz in Portugal, dass nicht in die Handwerksrolle eingetragen war, mit der Ausführung von Verputzarbeiten in erheblichem Umfang in Südbayern. Das mit dem Einspruch gegen den Bußgeldbescheid befasste Gericht setzte das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob das Eintragungserfordernis in die Handwerksrolle bei Unternehmen, die über einen längeren Zeitraum hinweg in der Bundesrepublik tätig werden, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

a) Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Zusammenhang mit §§ 8, 9 HwO

Im Ergebnis bestätigte der EuGH in diesem Urteil seine Rechtsprechung vom 03.10.2000 in Sachen Corsten und ergänzte diese noch um einige Ausführungen zur Abgrenzung von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Diefenbach, Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, GewArch 2006, 217 (221).

¹⁴⁶ Vgl. nur Art. 1 Abs. 2 EUV.

¹⁴⁷ Z.B. der Erlass von Berufsordnungen und die Aufsicht über deren Einhaltung.

¹⁴⁸ Vgl. in diesem Sinne auch EuGH – C-271/82 –, NJW 1984, 2022, in dem der EuGH die französische Kammerpflichtmitgliedschaft für Tierärzte mit der Begründung akzeptierte, dass auf diese Weise „die Zuverlässigkeit und die Beachtung der standesrechtlichen Grundsätze sowie die disziplinarische Kontrolle der Tätigkeit der Tierärzte und damit schutzwürdige Rechtsgüter gewährleistet werden“.

¹⁴⁹ EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C- 215/01 –.

¹⁵⁰ Diefenbach, Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, GewArch 2006, 217 (218).

Der EuGH stellt fest, dass

„[f]ür die Frage, ob die Tätigkeiten des Leistenden im Aufnahmemitgliedstaat vorübergehenden Charakter haben, [...] nicht nur die Dauer der Leistung, sondern auch ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität zu berücksichtigen [ist]. Der vorübergehende Charakter der Leistung schließt für den Dienstleistenden im Sinne des Vertrages nicht die Möglichkeit aus, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist [...]“¹⁵¹. (Erg. d. den Verf.)

Allein der Umstand, dass eine Tätigkeit *längerfristig* ist, führt damit noch nicht zwingend zur Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit. Hierfür muss zwar eine *Infrastruktur im Mitgliedsstaat* vorliegen, dies ist jedoch nicht das allein entscheidende Merkmal¹⁵². Es ist vielmehr eine Zusammenschau mehrerer Kriterien vorzunehmen.

Bzgl. des Eintragungserfordernisses bei der Dienstleistungsfreiheit wird im Anschluss weitestgehend auf die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache Corsten verwiesen. Die dort herausgearbeiteten Grundsätze, nämlich dass die *Eintragung* nach der Ausnahmegewilligung *automatisch* erfolgen muss und kein konstitutives Element der Zulässigkeit der Tätigkeitsausübung darstellen darf, seien auch auf länger andauernde Dienstleistungen von Unionsbürgern anzuwenden.

b) Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage vor 2003

Hier kann weitestgehend auf die Ausführungen unter C. II. 1. b) verwiesen werden. Der EuGH hat bzgl. der Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit keine überraschende Entscheidung erlassen. Dass diese Abgrenzung nicht nur über das Element der Dauerhaftigkeit vorgenommen wird, sondern im Rahmen einer gewissen Zusammenschau mehrerer Kriterien, ist Teil seiner ständigen Rechtsprechung.

Allerdings führt diese weitere Definition der Dienstleistungsfreiheit unter Berücksichtigung des Umstands, dass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit das Eintragungserfordernis in die Handwerksrolle nur deklaratorische Wirkung haben kann, zu einer weiteren Einschränkung der Erlaubnisfunktion der Eintragung.

Hätte der EuGH in diesem Zusammenhang auf die Niederlassungsfreiheit abgestellt, wäre auch ein konstitutives Eintragungserfordernis unionsrechtlich zulässig gewesen.

¹⁵¹ EuGH, Urt. v. 11.12.2003 – C- 215/01 –, Rn. 28.

¹⁵² Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rn. 11 ff, insb. Rn. 16.

Auf die Zulässigkeit der Meisterpflicht im internen Recht hingegen hat dieses Urteil keine Auswirkungen.

3. Ergebnis zu II.

Der EuGH hat in seinen beiden Urteilen zum Deutschen Handwerksrecht, die sich mit der Frage der Vereinbarkeit des Eintragungserfordernisses aus § 1 Abs. 1 der HwO beschäftigen, das Institut des großen Befähigungsnachweises als solches nicht in Frage gestellt, nichtsdestotrotz hat er im Hinblick auf die Grundfreiheiten gewisse Anforderungen an das nationale Recht gestellt, dem dieses vor 2003 nicht gerecht wurde.

In der damaligen Rechtslage wurde die Missachtung der Eintragungspflicht aus § 1 Abs. 1 HwO, die eine Erlaubnisfunktion hat, in § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO sanktioniert. Zumindest für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit war dies eine ungerechtfertigte Beschränkung.

Was die Problematik der Deregulierung des Handwerksrechts betrifft, so ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass auch im Bereich der Unionsbürger, die von der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen, weiterhin die Erteilung einer Bewilligung erforderlich ist; von einer völligen Liberalisierung kann daher nicht die Rede sein. Trotzdem muss beachtet werden, dass diese Regulierung in weiten Teilen unionsrechtlich geprägt ist und sich daher de facto in weiten Teilen auf ein rein formales Prüfungsrecht beschränkt.

III. Übertragbarkeit der Ergebnisse der Rechtsprechung auf die heutige Rechtslage

Zwischenzeitlich wurde die Handwerksordnung mit der Novelle von 2003 in weiten Teilen in großem Umfang reformiert, insbesondere auch im Hinblick auf die gerade analysierte Rechtsprechung des EuGH, der die Anforderungen des Unionsrechts weiter konkretisiert hat. Daher ist nun zu untersuchen, ob und inwieweit die Novelle ihr Ziel, das Handwerksrecht unionsrechtskonform auszugestalten, erreicht hat und welche Auswirkungen dies auf die Regulierungsdichte im Bereich des großen Befähigungsnachweises hat.

1. Dienstleistungsfreiheit

Wie bereits oben unter B. II. Nr. 1 b) bb) dargestellt, hat der Gesetzgeber im Hinblick auf Dienstleister in § 9 Abs. 1 S. 3 HwO eine weitgehende *Entbindung von der Eintragungspflicht* vorgenommen und damit die nationale Gesetzeslage an die Rechtsprechung Corsten¹⁵³ angepasst¹⁵⁴. In diesem

¹⁵³ EuGH – C-58/98 –.

¹⁵⁴ Vgl. Diefenbach, Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, GewArch 2006, 217 (218).

Sinne wurde die Rechtsprechung des EuGH vollumfänglich, wenn nicht sogar noch darüber hinausgehend, umgesetzt und hat keine direkten Auswirkungen mehr. Die Rechtsprechung des EuGH in Sachen Schnitzer bleibt allerdings weiterhin von direkter Relevanz zur Bestimmung, ob § 9 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 HwO einschlägig ist, also ob eine Niederlassung oder eine bloße Dienstleistung zu beurteilen ist. Diese Vorschriften müssen ja richtlinienkonform ausgelegt werden.

Damit hat der Gesetzgeber den Weg der *völligen Freiheit von der Eintragungspflicht im Bereich der Dienstleistungsfreiheit* gewählt. Erforderlich wäre dies jedoch – auch aus unionsrechtlicher Sicht – nicht gewesen. Auch der Weg einer Eintragung durch die Verwaltung hätte eingeschlagen werden können¹⁵⁵.

An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass dieser Ansatz auch durch das in der Folge in diesem Bereich erlassene Unionsrecht selbst bestätigt wird. Mit der RL 2005/36/EG hat die Union, die die Dienstleistungsfreiheit durch das Kammersystem ebenfalls tangiert sieht, gegensteuert. Art. 6 RL 2005/36/EG sieht explizit Befreiungen für Dienstleister bzgl. Zulassung, Eintragung oder Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation vor. Es ist aber insbesondere auch vorgesehen, dass der Mitgliedstaat eine pro-forma Mitgliedschaft bzw. eine automatische vorübergehende Eintragung vorsehen kann.

Da der Gesetzgeber jedoch den Weg einer vollständigen Befreiung vom Eintragungserfordernis eingeschlagen hat, besteht diese im Bereich der Dienstleistungserbringung nur noch für Inländer fort. Die Regelungsdichte wurde damit insgesamt verringert.

2. Niederlassungsfreiheit

In Bezug auf die Niederlassungsfreiheit bestand im Nachgang an die ergangene Rechtsprechung deutlich weniger Regelungsbedarf. Da sich der Handwerker hier dauerhaft in der Bundesrepublik niederlässt und damit in die Verwaltungsstruktur des Aufnahmestaates eingebunden werden muss¹⁵⁶ und die Aufsicht den Handwerkskammern obliegt, ist es gerechtfertigt, dass eine Eintragung und eine Pflichtmitgliedschaft zu erfolgen haben¹⁵⁷. Dies ist Ausdruck der Inländergleichbehandlung. Eine Art. 6 der RL 2005/36/EG entsprechende Beschränkung existiert für die Niederlassungsfreiheit gerade nicht. Weiter ergibt sich e contrario aus Art. 14 Abs. 8 der Dienstleistungs-

¹⁵⁵ Vgl. zur Vertiefung der möglichen rechtlichen Ausgestaltung einer solchen Eintragung in die Handwerksrolle von Amts wegen, die keine zusätzliche Beeinträchtigung für den Dienstleister darstellen würde, die Vorschläge von Diefenbach in: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305 (306 ff.).

¹⁵⁶ Frenz, Handwerkliche Qualifikation und EU-Recht, LFI 2006, S. 71.

¹⁵⁷ Vgl. die Ausführungen unter C. II. 1. b) bb).

richtlinie, dass eine Registereintragung für die Zeit der Niederlassung zulässig ist. Diese unionsrechtliche Regelung entspricht den Andeutungen des EuGH in der Rechtssache Corsten.

Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber die Eintragungspflicht für den Unionsbürger, der sich in Deutschland niederlassen will, auch aufrechterhalten. In diesem Bereich ist also nur eine Befreiung vom Erfordernis der Meisterqualifikation in Umsetzung des Unionsrechts durch § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwO kodifiziert, in allen weiteren Aspekten bleibt auch gegenüber den Unionsbürgern eine Inländern entsprechende Regelungslage bestehen.

Die Eintragungspflicht bleibt auch unter der neuen Rechtslage mit ihrem Paradigmenwechsel mit dem Unionsrecht vereinbar. Gerade das Kriterium der Gefahrgeneigtheit kann ohne Weiteres eine Reflexwirkung zum Verbraucherschutz entwickeln, die Ausführungen unter C. II. 1 b) bb) können also ohne Weiteres übertragen werden¹⁵⁸.

Aufgrund der Tatsache, dass die gegenwärtige Regierung in ihrem Koalitionsbeschluss ausdrücklich am großen Befähigungsnachweis festhält¹⁵⁹, ist eine Änderung dieser Rechtslage unwahrscheinlich.

Damit kann im Hinblick auf die Regelungsdichte im Bezug auf die Gründung einer Niederlassung in Deutschland festgehalten werden, dass das Unionsrecht nur bzgl. der Anforderungen an die *Qualifikation* Einfluss hat.

IV. Ergebnis zu C.

Die Meisterpflicht auf nationaler Ebene ist unionsrechtlich unbedenklich, solange eine solche für EU-Ausländer nicht bei Ausübung eines Handwerkes direkt gefordert wird oder die Erbringung einer Dienstleistung durch verfahrensrechtliche Hindernisse beeinträchtigt wird.

Dementsprechend findet für rein innerstaatliche Sachverhalte keine (direkt¹⁶⁰) unionsrechtlich motivierte Deregulierung statt.

Insgesamt jedoch geht infolge dieser Rechtslage die Regelungsdichte zurück, da zumindest die Qualifikationsanforderungen des Meisters über § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV gegenüber Unionsbürgern nicht gefordert werden können. Hier wurde vielmehr durch das Unionsrecht ein System der gegenseitigen Anerkennung implementiert. Eine Bewilligung bleibt zwar zu

¹⁵⁸ Insbesondere auch deshalb, da bei gefahrgeneigten Berufen die Handwerkskammern in der Regel ihre Aufsicht stärker ausüben.

¹⁵⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode, S. 16 f.

¹⁶⁰ Zur indirekten Relevanz auf Grund der Inländerdiskriminierung, siehe die Ausführungen unter D. III. 2. b) dd).

erteilen, die Prüfungsbefugnisse in diesem Rahmen sind jedoch weitgehend formeller Natur.

Von einer völligen Aushöhlung des großen Befähigungsnachweises durch das Unionsrecht kann auf Grundlage dieser Erkenntnisse im Ergebnis jedoch nicht gesprochen werden. Im Gegenteil, der große Befähigungsnachweis als solcher ist vom Unionsrecht unberührt. Dass über die strengeren Anforderungen des nationalen Rechts an Inländer im Vergleich zu anderen Unionsbürgern, aufgrund einer möglicherweise daraus erwachsenden, sog. Inländerdiskriminierung gegebenenfalls (weiter) deregulierender Handlungsbedarf entsteht, soll im Folgenden noch erörtert werden. Trotz dieser unterschiedlichen Regelungsdichte bei rein nationalen und bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kann daher in Summe immer noch von einer weiterhin unbeschränkten Bedeutung des großen Befähigungsnachweises gesprochen werden.

D. Übersicht über die Rechtsprechung des BVerfG

Nachdem der Einfluss des Unionsrechts im Lichte der Rechtsprechung des EuGH auf die in der Handwerksordnung verankerte Meisterpflicht untersucht wurde, soll nun im Folgenden analysiert werden, wie bzw. in welcher Form oder in welchem Umfang sich der große Befähigungsnachweis (weiterhin) mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbaren lässt bzw. ob verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Institut zu einer Deregulierung führen (müssen).

Die ausgewählte Rechtsprechung erhebt auch in diesem Fall keinen Anspruch auf Vollständigkeit dahingehend, dass jedes einzelne Urteil im Zusammenhang mit der Meisterpflicht analysiert wird.

Zum Zwecke der Übersichtlichkeit wird vielmehr eine „belastbar-repräsentative Auswahl“ getroffen. Da die Fälle, in denen sich die Frage der Zulässigkeit der Meisterpflicht vor den Gerichten stellt, immer in ähnlichen Konstellationen auftreten, ähneln sich rechtliche Argumentation und Sachverhalt häufig, so dass die vorgenommene Auswahl nicht hindert, dennoch eine umfassende Analyse des Stands der rechtlichen Debatte nachzuzeichnen. Eine Behandlung der vollständigen Rechtsprechung der letzten zehn Jahre würde keinen Mehrwert bzgl. der Gewinnung diesbezüglicher Erkenntnisse bringen, sondern bloß die Übersichtlichkeit der Darstellung gefährden.

Ausgangspunkt soll das Urteil des BVerfG aus dem Jahr 1961 zur Verfassungsmäßigkeit der Meisterpflicht sein, da in diesem Urteil grundlegende Maßstäbe, die auch für die heutige Prüfung des Problems noch Geltung haben, festgelegt wurden (I.). Im Anschluss wird die generelle Linie der jüngeren Rechtsprechung nachgezeichnet (II.) um schließlich zu überprüfen, inwieweit die dort gewonnenen Erkenntnisse nach der Reform der Handwerksordnung im Jahr 2003 noch Relevanz haben bzw. inwieweit sie zu einer Deregulierung geführt haben (III.).

I. Direkte Prüfung der Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit der Verfassung – BVerfG vom 17.07.1961¹⁶¹

Das BVerfG fällte im Jahr 1961 eine Grundsatzentscheidung bzgl. der Vereinbarkeit des Instituts des großen Befähigungsnachweises mit dem Grundgesetz, insbesondere im Hinblick auf Art. 12 GG.

Dem Urteil lag der konkrete Sachverhalt zu Grunde, dass der Kläger, der im Jahr 1934 eine Gesellenprüfung im Uhrmacherhandwerk abgelegt hatte und seither langjährige Erfahrung in dieser Tätigkeit besaß, eine Ausnahmebe-

¹⁶¹ BVerfGE 13, 97 ff.

willigung nach § 7 Abs. 2 HwO a.F. begehrte. Er begründete dies mit dem Umstand, dass er aufgrund einer körperlichen Einschränkung nicht mehr in der Lage sei, die für die Meisterprüfung nötigen komplizierten Arbeiten auszuführen, das gewöhnliche Uhrmacherhandwerk hingegen könne er uneingeschränkt betreiben. Der Kläger legte dar, dass er das väterliche Geschäft, das die wirtschaftliche Existenz der Familie darstellte, seit Jahren quasi selbständig für den Vater, der die Meisterqualifikation besaß, betrieben hatte und er damit die zur ordnungsgemäßen Berufsausübung erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten besaß.

Die Verwaltungsbehörden hatten die Erteilung einer Ausnahmegewilligung mit der Begründung abgelehnt, dass der Kläger in der Nachkriegszeit ohne Probleme die Meisterprüfung hätte ablegen können.

Nach erfolglosem Verwaltungsverfahren gegen diesen Bescheid beschritt der Kläger den Verwaltungsrechtsweg. Das Landesverwaltungsgericht Hannover legte dem BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle gem. Art. 100 Abs. 1 GG die Normen der §§ 1 und 7 Abs. 1 und Abs. 2 HwO zur Überprüfung im Lichte von Art. 12 GG vor.

In seinem Urteil stellte das BVerfG fest, dass das Institut des großen Befähigungsnachweises eine *subjektive Berufszulassungsbeschränkung* darstellt¹⁶², die jedoch mit Art. 12 GG im Ergebnis vereinbar sei, da sie wichtigen Zielen des Gemeinwohls diene und auch im Übrigen verhältnismäßig sei¹⁶³.

Die vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Ziele waren damals die der *Ausbildungs- und Qualitätssicherung*. Das BVerfG wies in seiner Entscheidung darauf hin, dass dem Gesetzgeber bzgl. der Festlegung der verfolgten Ziele ein weites, nicht der Überprüfung zugängliches *Ermessen* zustehe.

„[D]as Bundesverfassungsgericht [kann] die Berufsregelungen nicht schon deswegen beanstanden, weil die ihnen zugrunde liegenden politischen Auffassungen umstritten sind. Das Gericht ist insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob die öffentlichen Interessen, deren Schutz die gesetzliche Regelung dient, überhaupt Gemeinschaftswerte von so hohem Rang darstellen können, dass sie eine Einschränkung der freien Berufswahl rechtfertigen. Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber darf es die Anerkennung nur versagen, wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind“¹⁶⁴. (Erg. d. den Verf.)

¹⁶² BVerfGE 13, 97 (106).

¹⁶³ BVerfGE 13, 97 (107) und (115). Vgl. grundlegende Ausführungen des BVerfG zur 3-Stufen- Theorie in BVerfGE 7, 377 (Apotheken-Urteil).

¹⁶⁴ BVerfGE 13, 97 (107).

Hingegen kann anhand der festgelegten Ziele eine umfassende Prüfung dahingehend vorgenommen werden, ob das jeweilige Ziel dem Gemeinwohl dient und ob die Regelung zur Zielerreichung verhältnismäßig ist¹⁶⁵.

Die Verhältnismäßigkeit, insbesondere die *Angemessenheit*, wurde schon damals nur unter der Prämisse bejaht, dass

*„[...] von der Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht engherzig Gebrauch gemacht werden sollte“*¹⁶⁶. (Erg. d. Verf.)

*„Eine großzügige Praxis käme jedenfalls dem Ziele der Handwerksordnung entgegen, die Schicht leistungsfähiger selbständiger Handwerkerexistenzen zu vergrößern. Dem Bestreben des Gesetzes, den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks zu erhalten und zu fördern, läuft eine weite Auslegung des Begriffs der Ausnahmefälle nicht zuwider, weil ein Berufsbewerber in jedem Falle die zur selbständigen Ausübung seines Handwerks notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweisen muss“*¹⁶⁷.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die *Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit Art. 12 GG* vom BVerfG auf der Grundlage bejaht wurde, dass die *Ziele der Qualitäts- und Ausbildungssicherung wichtige Ziele des Gemeinwohls* darstellen und die Regelung zur Erreichung dieser Ziele auch *verhältnismäßig* ist, soweit die Ausnahmen vom großen Befähigungsnachweis unter Berücksichtigung der Tragweite von Art. 12 GG weit ausgelegt werden.

II. Indirekte Prüfung im Rahmen von Schwarzarbeit

Der große Befähigungsnachweis blieb trotz dieser Grundsatzentscheidung des BVerfG jedoch weiterhin Gegenstand rechtlicher Debatten. Zwar wurde er dabei nicht wiederholt direkt zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht. Dafür erlangte er immer wieder Relevanz (in verschiedenen prozessualen Konstellationen) in Fällen des Vorgehens gegen Schwarzarbeit.

Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz sanktioniert in § 1 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 das Tätigwerden als selbständiger Handwerker ohne in die Handwerksrolle eingetragene Meisterqualifikation als Ordnungswidrigkeit, sowie darüber hinaus auch Verstöße gegen Anzeigepflichten von Personen, die ein Reisegewerbe betreiben und deshalb ausnahmsweise nicht den Anforderungen des großen Befähigungsnachweises unterliegen.

¹⁶⁵ BVerfGE 13, 97 (113).

¹⁶⁶ BVerfGE 13, 97 (121).

¹⁶⁷ BVerfGE 13, 97 (121).

Im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten gegen Bußgeldbescheide im Zusammenhang mit Schwarzarbeit gelangte der große Befähigungsnachweis auch in der jüngeren Vergangenheit regelmäßig zur Überprüfung durch das BVerfG, dass in diesem Zuge eine generelle Linie seiner Rechtsprechung entwickelte, aus der sich neue Erkenntnisse ableiten lassen.

1. Generelle Linie der Rechtsprechung: Die Wichtigkeit der Ausnahmeregelungen – der große Befähigungsnachweis als System

Das BVerfG nutzt die Gelegenheit, die sich ihm in den im Folgenden analysierten Urteilen bietet, um klarzustellen, dass der *große Befähigungsnachweis* nur als sog. *Gesamtsystem* verfassungsgemäß ist. Es führt auf diese Weise seine Rechtsprechung aus dem Jahr 1961 insoweit konsequent fort.

1.1. Das Gericht nahm im Jahr 2000 zur Frage der Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG im Rahmen der Ermittlungspflichten von Behörden bei der Verfolgung von Schwarzarbeit Stellung¹⁶⁸.

In tatsächlicher Hinsicht stellte sich hier die Frage der Abgrenzung von Reisegewerbe und stehendem Gewerbe im Handwerk. Diese Abgrenzung ist insoweit von großer Bedeutung, als ein Reisegewerbe vom Institut des großen Befähigungsnachweises gerade ausgenommen ist.

Konkret wurde dem Beschwerdeführer in der Zeit, als er noch *Steinmetzgeselle* war (die Meisterprüfung bestand er in der weiteren Folge), von der zuständigen Behörde eine Reisegewerbekarte für das Aufsuchen von Bestellungen und Anbieten von Steinarbeiten und Arbeiten am Bau, die damit in Zusammenhang stehen, ausgestellt. Zusätzlich war die Reisegewerbekarte mit dem Hinweis versehen, dass Arbeiten im stehenden Gewerbe nicht ausgeführt werden dürfen und ein Verstoß hiergegen bußgeldbewehrt sei. Der Beschwerdeführer beschritt erfolglos den Weg zu den ordentlichen Gerichten gegen einen ihm gegenüber in diesem Zusammenhang erlassenen Bußgeldbescheid und legte schließlich Verfassungsbeschwerde ein.

Ein Verstoß gegen das Gesetz zur Verfolgung von Schwarzarbeit wegen fehlender eingetragener Meisterqualifikation kann nach oben gemachten Ausführungen nur angenommen werden, wenn bei diesem Sachverhalt vom Vorliegen eines stehenden Gewerbes ausgegangen wird bzw. werden kann.

Das BVerfG rügte in diesem Zusammenhang die Fachgerichte,

„weil sie bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, die Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit nicht genügend beachtet haben“¹⁶⁹.

¹⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98 –.

¹⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98 –, Rn. 32 ff.

Die Ermittlung des Sachverhaltes sei angesichts der grundlegenden Bedeutung von Art. 12 GG vorliegend unzureichend erfolgt. Die vorgenommene Auslegung von § 55 GewO bzgl. des Passus „Bestellen von Leistungen“ genügt den Anforderungen von Art. 12 GG nicht, da

„[z]ur Erreichung des vom Gesetzgeber beabsichtigten Zwecks [...] das Vorgehen nicht geboten [ist]“¹⁷⁰ (Erg. d. Verf.),

die Grenzen des Reisegewerbes so eng zu ziehen, wie dies vom Verwaltungsgericht getan wurde. Auf § 1 HwO wurde daher ausdrücklich nicht mehr eingegangen.

Zwar geht dieser Beschluss des BVerfG¹⁷¹ nicht direkt auf die Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit Art. 12 GG ein, er beschränkt sich vielmehr auf eine Behandlung von § 55 GewO. Im Rahmen dieser Vorschrift stellt das BVerfG fest, dass von der Verwaltung ein erhöhter Ermittlungsaufwand betrieben werden muss, was die Frage betrifft, ob nicht etwa ein Minderhandwerk bzw. ein bloßer Hilfsbetrieb vorliegt, da sonst Art. 12 GG verletzt sei. Die Frage, ob ein Minderhandwerk bzw. ein bloßer Hilfsbetrieb vorliegt dient ja dazu, vom Meisterzwang, der nur für Vollhandwerke gilt, abzugrenzen.

Dementsprechend reiht sich der Beschluss, wenn er fordert, dass genau geprüft werden muss, ob nicht eine Tätigkeit vorliegt, die vom Institut des großen Befähigungsnachweises ausgenommen ist, in die Rechtsprechungslinie des Urteils von 1961 ein. Auch dort wurde die Meisterpflicht unter der Prämisse als verfassungsgemäß angesehen, dass die Ausnahmen weit ausgelegt werden. Die Behörden trifft wegen Art. 12 GG eine erhöhte Ermittlungspflicht bzgl. der Frage, ob eine Ausnahme von der Meisterpflicht vorliegt. Dies dient auch der Rechtfertigung der Meisterpflicht an sich, die ja nur bei korrekter Anwendung und Auslegung seiner Ausnahmen (wozu auch die Sachverhaltsermittlung gehört) mit Art. 12 GG vereinbar ist.

Das BVerfG betrachtet den großen Befähigungsnachweis dementsprechend als ein System, dass nur in seiner Gesamtheit, bei kohärenter Anwendung, der Verfassung entspricht.

1.2. Diese Linie seiner Rechtsprechung führt das BVerfG auch in einem Beschluss aus dem Jahr 2003¹⁷² fort.

In tatsächlicher Hinsicht lag der Entscheidung der folgende Sachverhalt zu Grunde: Ein seit 1996 ausgebildeter *Zimmermann* meldete im Januar 2000 bei einer Gemeinde ein selbständiges Gewerbe mit dem Gegenstand „Innen-

¹⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.09.2000 – 1 BvR 2176/98 –, Rn.23.

¹⁷¹ Vgl. Fn. 168.

¹⁷² BVerfG, Beschl. v. 07.04.2003 – 1 BvR 2129/02 –, NJW 2003, 856 ff.

ausbau, Handel, Montage und Demontage vorgefertigter Bauelemente“ an. Im Mai 2000 trat er die Ausübung dieses Gewerbes an. Im Juni 2002 verlangten Vertreter von Landkreis und Handwerkskammer Einsichtnahme in seine Unterlagen, um abzuklären, ob der Beschwerdeführer einen Handwerksbetrieb führe. Dies verweigerte Letzterer. Daraufhin wurde dem Beschwerdeführer ein Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Verweigerung von Auskünften über Art und Umfang des Betriebs gem. § 17 HwO angekündigt. Zuvor hatte der Beschwerdeführer bereits beim Verwaltungsgericht gegen die Bezirksregierung und den Landkreis Feststellungsklage erhoben und zugleich um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Im Eilverfahren beantragte er die vorläufige Feststellung, seine beruflichen Tätigkeiten ohne Meisterbrief und ohne Eintragung in die Handwerksrolle ausüben zu dürfen. Der Eilantrag wurde sowohl vom Verwaltungsgericht als auch vom Obergericht mit der Begründung abgelehnt, der Beschwerdeführer könne zur Klärung seiner Berechtigung auf das Ordnungswidrigkeitenverfahren verwiesen werden. Der Beschwerdeführer legte daraufhin Verfassungsbeschwerde gegen diese Entscheidungen ein. Eine Entscheidung in der Hauptsache stand zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG noch aus.

Im Ergebnis stellte das BVerfG in diesem Beschluss fest, dass Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtswegsgarantie) verletzt ist, wenn die Verwaltungsgerichte einen Feststellungsantrag bzgl. der Tatsache, dass eine Tätigkeit ohne Meisterbrief und Eintragung in die Handwerksrolle zulässig ausgeübt werden kann, im einstweiligen Rechtsschutz mit der Begründung ablehnen, es sei dem Antragsteller zumutbar, seine Rechte im angekündigten Ordnungswidrigkeitenverfahren zu wahren, da

„[d]er Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG dem Einzelnen im Hinblick auf die Wahrung oder Durchsetzung seiner subjektiven öffentlichen Rechte gewährt, [...] eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle [verlangt]. Die Gewährleistung schließt einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Verletzungen der Individualrechtssphäre durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt ein [...]“¹⁷³. (Erg. d. Verf.)

De facto zwingt das BVerfG auf diese Weise die Fachgerichte, sich mit der Frage, ob eine zulassungspflichtige Tätigkeit vorliegt, auseinanderzusetzen, mit der Begründung, es sei unzumutbar, diese Frage indirekt, im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens, das noch dazu sanktionsbewehrt ist, von den ordentlichen Gerichten klären zu lassen.

¹⁷³ BVerfG, Beschl. v. 07.04.2003 – 1 BvR 2129/09 –, NVwZ 2003, 856 (857).

Die *Meisterpflicht als gesetzliches System* ist nur dann mit der Verfassung vereinbar, wenn seine Ausnahmen *richtig angewendet und ausgelegt* werden, insbesondere unter Berücksichtigung der grundlegenden Bedeutung von Art. 12 GG¹⁷⁴.

Diese Anforderungen können nicht auf der Ebene des Ermittlungsverfahrens im Vorfeld unterlaufen werden (s.o.), aber auch nicht auf der Ebene des Rechtsschutzes. Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes haben gleichzeitig die zuständigen Gerichte, nämlich die Fachgerichte, über die Frage der Qualifikation der Tätigkeit zu entscheiden. Dies gilt umso mehr dann, wenn von dieser Qualifikation eine Entscheidung über eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit abhängt.

Konkret führt das BVerfG in diesem Zusammenhang aus:

*„Der Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG dem Einzelnen im Hinblick auf die Wahrung oder Durchsetzung seiner subjektiven öffentlichen Rechte gewährt, verlangt eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Die Gewährleistung schließt einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen Verletzungen der Individualrechtssphäre durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt ein [...]. Das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG garantiert damit nicht nur den Zugang zu den Gerichten, sondern gewährleistet darüber hinaus auch die Effektivität des Rechtsschutzes [...].“*¹⁷⁵. (Erg. d. Verf.)

Die ordnungsgemäße Anwendung und Auslegung des Systems, speziell der Ausnahmeregelungen des großen Befähigungsnachweises, ist damit laut BVerfG im Ergebnis nur dann gesichert, solange die zuständigen Fachgerichte über die maßgeblichen Fragen entscheiden.

Das BVerfG stellt auf diese Weise sicher, dass das System des großen Befähigungsnachweises *nur als Ganzes* verfassungsgemäß vollumfänglich abgesichert ist¹⁷⁶.

1.3. Bestätigt wird diese Erkenntnis auch durch den Beschluss des BVerfG vom 27.04.2007¹⁷⁷.

Der Beschwerdeführer dieses Verfahrens verfügte seit 28.08.2001 über eine *Reisegewerbekarte gem. § 55 GewO*, die ihm das Feilbieten und den Ankauf von Baustoffen und Beschlägen, sowie das Anbieten und Aufsuchen von Bestellungen auf Baudienstleistungen aller Art gestattete. Eine Eintragung in die Handwerksrolle bestand nicht. Im Rahmen einer Baustellenkontrolle

¹⁷⁴ Vgl. bereits BVerfGE 13, 97.

¹⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 07.04.2003 – 1 BvR 2129/02 –, NJW 2003, 856 (857).

¹⁷⁶ Vgl. die Ausführungen unter D. II. 1. 1.1.

¹⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –.

im September 2001 stellten die zuständigen Behörden fest, dass der Beschwerdeführer, der unter Vorlage seiner Reisegewerbekarte angab, diese Tätigkeit im Reisegewerbe auszuführen, einen Dachstuhl für den Erweiterungsbau an einem Wohnhaus errichtete. Im November 2001 erließ das zuständige Amtsgericht einen Durchsuchungsbeschluss für die Durchsuchung „der Wohnung und der Betriebsstätte“ des Beschwerdeführers nach Beweismitteln, „insbesondere Verträgen, Aufträgen aller Art von und mit Kunden, Rechnungen, Bankbelegen, Buchführungsunterlagen, Mustern oder Mustermappen, Karteikarten, Terminkalendern, Schriftverkehr, aus dem hervorgeht, dass der Betroffene Schwarzarbeit ausführt“. Als Begründung wurde der Verdacht des Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Nr. 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz angeführt durch fortdauernde Ausübung des Zimmererhandwerks.

Gegen diesen Durchsuchungsbeschluss beschritt der Beschwerdeführer zunächst erfolglos den Verwaltungsrechtsweg bevor er Verfassungsbeschwerde einlegte.

Das Gericht stellte im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 und 2 GG fest, dass bei der Durchsuchung bei einem Handwerker zum Zweck des Beweises von Schwarzarbeit (§ 55 GewO etc.) im Rahmen von Art. 13 GG die Wertungen und die Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG zu berücksichtigen sind. Konkret führt das Gericht in diesem Zusammenhang aus:

„In Fällen der Durchsuchung bei Handwerkern, die sich auf einen Verstoß gegen die Handwerksordnung und das Schwarzarbeitsgesetz stützen, sind darüber hinaus die Wertungen des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Ist im Rahmen der Ermittlungstätigkeit noch unklar, ob überhaupt eine Ordnungswidrigkeit gegeben ist oder ob es sich um die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Ausübung der Berufsfreiheit handelt, so gebiete der insofern schwache Anfangsverdacht eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung“¹⁷⁸.

Insbesondere kommt es damit auch im Rahmen von Art. 13 GG auf die Voraussetzungen der Eintragungspflicht nach § 1 Abs. 1 HwO an, da die Normen, die die Ordnungswidrigkeit begründen, auf die Verletzung dieser Pflicht abstellen.

Das Gericht stellt die Verletzung von Art. 13 GG so bereits anhand einer unrichtigen Auslegung von § 55 GewO fest, da die Fachgerichte eben jene geforderte Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG nicht hinreichend berücksichtigt hatten, so dass eine weitere Auseinandersetzung mit der Vereinbar-

¹⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –, Rn. 22.

keit des großen Befähigungsnachweises mit dem Grundgesetz ausdrücklich unterbleibt¹⁷⁹.

Das BVerfG legt in diesem Beschluss den Prüfungsmaßstab von Art. 13 GG bei der Durchsuchung von Handwerkern fest und zieht auch hier die *Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG* heran. Damit wird die gesamte Rechtsprechung, wie bereits erläutert, im Rahmen von Art. 13 GG ebenfalls relevant und sichert die kohärente Anwendung des *Gesamtsystems des großen Befähigungsnachweises* auch auf der Ebene der Ermittlung durch die Verwaltungsbehörden im Wohnbereich ab.

Bemerkenswert an diesem Beschluss ist, dass das BVerfG als hauptsächliche Begründung für die in Art. 12 GG und nun eben auch in Art. 13 GG zu berücksichtigende Tatsache, dass die Ausnahmevorschriften von der Meisterpflicht weit auszulegen sind, darin liegt, dass Zweifel an der Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit dem Grundgesetz bestehen¹⁸⁰.

Diese Zweifel, die das BVerfG bereits in zwei Urteilen zwischen den Jahren 2000 und 2005 äußerte, wurden in den anderen Beschlüssen nicht zur Begründung herangezogen.

Insgesamt kann jedoch trotz dieser abweichenden Begründung festgestellt werden, dass das BVerfG im Ergebnis in allen drei Beschlüssen den *großen Befähigungsnachweis* – jedoch *nur als Gesamtsystem* – für mit Art. 12 GG vereinbar hält, in dem derzeit die Angemessenheit nur durch die weite *Anwendung und Auslegung von Ausnahmestimmungen* sichergestellt werden kann. Konkret bedeutet dies, dass die Bestimmungen, welche die Ausübung des Handwerks ohne Meisterqualifikation ermöglichen, großzügig bejaht werden müssen, d.h. es dürfen z.B. im Rahmen von § 8 Abs. 1 S. 2 HwO keine überzogenen Voraussetzungen für das Vorliegen einer unzumutbaren Belastung, die an der Ablegung der Meisterprüfung gehindert hat, aufgestellt werden¹⁸¹.

Die Frage der Verfassungskonformität wird damit eher auf die Ebene der praktischen Umsetzung verlegt, statt das System an sich auf den verfassungsrechtlichen Prüfstein zu stellen. Grundsätzlich zu kritisieren ist an diesem Ansatz, dass verfassungsrechtliche Spannungen und daraus resultierende Streitigkeiten statt auf legislativer Ebene auf dem Rücken der einzelnen Betroffenen ausgetragen werden. Die *Gefahr der Einzelfallzerfaserung* im Lichte der erforderlich erscheinenden generellen verfassungsrechtlichen

¹⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –, Rn. 30. Dieser Beschluss entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG der letzten Jahre in Fällen der Durchsuchung bei einem Handwerker, vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 04.03.2008 – 2 BvR 103/04 –; BVerfG, Beschl. v. 06.09.2007 – 2 BvR 103/03 –; BVerfG, Beschl. v. 29.04.2007 – 2 BvR 532/02 –.

¹⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.04.2007 – 2 BvR 449/02 –, Rn. 22.

¹⁸¹ Vgl. Fn. 166 und 167 und die Ausführungen des BVerfG in diesem Rahmen.

Absicherung des großen Befähigungsnachweises – mag dies auch in der Regelungsmaterie selbst begründet sein – liegt auf der Hand.

2. *Verhältnismäßigkeit des großen Befähigungsnachweises – Zweifel des BVerfG*

Das Gericht äußerte indes in zwei Entscheidungen ernste Zweifel an der Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises, ohne jedoch im Ergebnis eine diesbezüglich negative (Grundsatz-)Entscheidung zu fällen. Welche Umstände zu diesen Zweifeln führten, wird hier kurz dargestellt.

a) BVerfG vom 31.03.2000¹⁸²

In seinem Beschluss vom 31.03.2000 äußerte das Gericht ausdrückliche Zweifel an der Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit Art. 12 GG.

aa) Die Entscheidung

Der tatsächliche Rahmen, der dem BVerfG die Möglichkeit zur Äußerung bot, war wie so häufig der eines Vorgehens gegen einen Bußgeldbescheid.

Konkret wandte sich in diesem Verfahren ein *Elektroeinzelhändler* gegen die Auferlegung einer Geldbuße wegen unzulässigen selbständigen Betriebs des Elektroinstallateur- sowie des Radio- und Fernsehtechnikerhandwerks. Im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit, die er seit 1985 betrieb, lieferte er die verkauften Waren aus und schloss sie auch an. Darüber hinaus hat er Reparaturen und Elektroinstallationen durchgeführt. Seit Mitte 1998 arbeitete der Kläger wegen Umsatzrückgangs daneben als Lagerist. Der Kläger war zu keinem Zeitpunkt in die Handwerksrolle eingetragen, trug jedoch vor, er übe die besagten Tätigkeiten auch nur als Minderhandwerk bzw. im Hilfsbetrieb aus.

Das Gericht äußert hier zunächst Zweifel an der Vereinbarkeit der §§ 1 ff. HwO mit Art. 12 GG, hat jedoch im Ergebnis die Frage offen gelassen, da der Antragsteller nur geltend machte, ein Minderhandwerk bzw. Hilfsbetrieb auszuüben (wofür eine Eintragung nicht erforderlich war).

Hingegen habe er sich nicht darauf gestützt, dass er die Voraussetzungen des § 9 HwO erfüllen würde und damit ebenso qualifiziert wäre, wie ein EU-Handwerker¹⁸³.

Wörtlich führte das Gericht aus:

„Die Frage, ob die Anforderungen der Meisterprüfung angesichts geringerer Anforderungen an EU-Handwerker noch gerechtfertigt sind,

¹⁸² BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –.

¹⁸³ BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –, Rn. 15.

kann hier dahingestellt bleiben, denn der Beschwerdeführer macht in erster Linie geltend, dass die von ihm ausgeübten Tätigkeiten nicht den „Kern“ eines bestimmten handwerklichen Berufs betreffen und damit als Minderhandwerk oder als Hilfsbetrieb ohne Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübt werden dürften. Er behauptet hingegen nicht, die in der [...] [EU/EWR-Handwerk-Verordnung] geltenden Voraussetzungen der Eintragung in die Handwerksrolle [...] zu erfüllen und damit ebenso wie ein EU-Handwerker qualifiziert zu sein“¹⁸⁴. (Erg. d. Verf.)

Statt daher weiter auf die Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit der Verfassung direkt einzugehen, stellt das BVerfG (wie stets) auf die Mängel der gerichtlichen Entscheidung ab (verlagert also die Problematik von der Ebene des *Rechts* auf die der *Rechtsanwendung*) und rügt, dass diese den Anforderungen von Art. 12 GG nicht gerecht würde, da

„das Amtsgericht nicht im Einzelnen ermittelt [hat], ob es sich bei den Tätigkeiten, die dem Beschwerdeführer zur Last gelegt werden, um solche handelt, die den Kernbereich des Handwerks ausmachen, oder ob es sich um ein den Vorschriften der Handwerksordnung nicht unterfallendes Minderhandwerk handelt [...]“. (Erg. d. Verf.)¹⁸⁵

„Des Weiteren haben die Gerichte nicht danach unterschieden, inwieweit die Tätigkeiten des Beschwerdeführers in den Kernbereich des Elektroinstallateur- oder in den Kernbereich des Radio- und Fernseh-technikerhandwerks fielen. [...] Es fehlt an Feststellungen, die den gesamten Sachverhalt berücksichtigen“. (Erg. d. Verf.)¹⁸⁶

Aus diesen Umständen zieht das Gericht die Schlussfolgerung, dass

„[all] dies darauf hin[deutet], dass die Gerichte in den angefochtenen Entscheidungen die Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 GG für die Auslegung der einfachrechtlichen Vorschriften verkannt haben. Hätten sie die Handwerksordnung, die empfindliche Eingriffe in die Freiheit selbständiger Berufsausübung enthält, grundrechtsfreundlich ausgelegt, hätten sie den Ausnahmenvorschriften in § 3 HwO das ihnen von Verfassung wegen zukommende Gewicht beigemessen und die Verhängung einer Geldbuße davon abhängig gemacht, dass zuvor alle zugunsten des Beschwerdeführers streitenden Umstände aufgeklärt und berücksichtigt sind“. (Herv. u. Erg. d. Verf.)¹⁸⁷.

¹⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –, Rn. 15.

¹⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –, Rn. 33.

¹⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –, Rn. 34.

¹⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –, Rn. 37.

bb) Analyse

Was die Ausführungen des BVerfG zur mangelnden Berücksichtigung der Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG durch die Fachgerichte betrifft, so kann auf die Ausführungen unter D. II. 1. verwiesen werden. Diese Vorgehensweise entspricht insoweit seiner ständigen Rechtsprechung.

Weitaus interessanter ist die Passage des Beschlusses in dem das BVerfG die Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit Art. 12 GG anreißt.

Das Gericht weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf das *Problem der Inländerdiskriminierung* hin, indem es die Frage der Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises mit der Begründung offen lässt, dass sich der Beschwerdeführer eben nicht auf Erstere berufen hat. Damit klingt bereits hier an, dass das BVerfG offensichtlich dem Problem der Inländerdiskriminierung im Rahmen von Art. 12 GG eine entscheidende Bedeutung zukommen lassen möchte.

b) BVerfG vom 05.12.2005¹⁸⁸

Genau diese entscheidende Bedeutung wurde vom BVerfG dem Problem sog. *Inländerdiskriminierung* dann im Grunde auch in seinem Beschluss vom 05.12.2005 zuteil, auch wenn es wiederum keine endgültige Entscheidung in der Sache traf, sondern sich eine Möglichkeit ergab, die Frage im Ergebnis offen zu lassen.

aa) Sachverhalt und Entscheidung

In diesem Kammerbeschluss hob das Gericht eine gerichtliche Entscheidung gegen einen deutschen *Zimmerergesellen* auf, der ohne Meistertitel das Zimmererhandwerk in leitender Position ausübte. Das Zimmererhandwerk erforderte jedoch damals den großen Befähigungsnachweis und die konstitutive Eintragung in die Handwerksrolle gem. §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 HwO. Mit der Urteilsbeschwerde wurde die den auf § 1 Abs. 1 Nr. 3 (a.F.) des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung gestützten Bußgeldbescheid bestätigende Entscheidung angegriffen.

Das BVerfG äußerte in seinem Beschluss erneut große Zweifel an der Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit Art. 12 GG, insbesondere wegen der geänderten wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände¹⁸⁹. Konkret führte es in diesem Zusammenhang aus:

„Mit Blick auf die Veränderung der wirtschaftlichen und rechtlichen Umstände sind Zweifel daran angebracht, ob die bis Ende des Jahres 2003 geltenden Regelungen über die Ausgestaltung des Meisterzwangs

¹⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –.

¹⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –, Rn. 18.

*(§ 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 7 HwO a.F.) dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in dem hier maßgeblichen Zeitraum noch gerecht werden konnten*¹⁹⁰.

Im Ergebnis lies es diese Frage jedoch offen, da jedenfalls die Entscheidung des Gerichts, die Gegenstand der Urteilsverfassungsbeschwerde war, einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit darstellte und blieb damit bei seiner ständigen Rechtsprechung (s.o.) treu. Im Rahmen der Auslegung und Anwendung der Ausnahmeregelung von § 8 HwO sei der Ausstrahlungswirkung von Art. 12 GG keine hinreichende Rechnung getragen worden, da

„[die] geschilderten Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Freiheit der Berufswahl – über die zu entscheiden die Kammer nicht berufen [war] – [die] Notwendigkeit [begründen], die Ausnahmeregelung des § 8 HwO a.F. mit Blick auf Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Beschwerdeführers aus Art. 12 abs. 1 GG großzügig anzuwenden“. (Erg. d. Verf)¹⁹¹

Zu beachten ist, dass die Entscheidung noch zur Rechtslage vor 2003 erging.

bb) Analyse

Zum einen hat das Gericht in dieser Entscheidung klar gemacht, dass im Hinblick auf das Ziel der Qualitätssicherung die veränderten tatsächlichen Umstände, die sich insbesondere auch durch die europäischen Regeln der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit ergeben, die Rechtsprechung von 1961 zumindest insoweit in Frage stellen, als das Ergebnis der Zumutbarkeitsabwägung betroffen ist.

Weiter spricht das BVerfG ganz explizit auch seine Zweifel an der Erforderlichkeit der Meisterpflicht für das Ziel der Ausbildungssicherung aus.

Statt jedoch nach dieser expliziten Äußerung seiner Zweifel in der Sache über den großen Befähigungsnachweis zu entscheiden, bleibt das Gericht seiner Linie nach dem Urteil von 1961¹⁹² treu, bereits auf der Ebene der Rechtsanwendung durch die Gerichte einen Verstoß gegen Art. 12 GG zu sehen und die angegriffene Entscheidung aus diesem Grund aufzuheben. Wie das Gericht bereits in seinem Urteil aus dem Jahr 1961¹⁹³ feststellt, ist die Meisterpflicht nur dann angemessen, sofern durch Ausnahmeregelungen „Härtefälle“ abgefangen werden, was im Bereich des großen Befähigungsnachweises angesichts der Bedeutung von Art. 12 GG nur der Fall ist, wenn die bestehenden Ausnahmeregelungen großzügig angewendet werden.

¹⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –, Rn. 18.

¹⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –, Rn. 25.

¹⁹² Vgl. die Ausführungen unter D. I.

¹⁹³ Vgl. Fn. 166 und 167 und die Ausführungen des BVerfG hierzu.

Es erscheint zwar, orientiert man sich allein am Ergebnis, pragmatisch vom BVerfG, statt ein ganzes System zu kippen nur eine weite Auslegung einer Regelung zu verlangen, um zur Verfassungskonformität des ganzen Systems zu kommen. Dogmatisch überzeugend ist diese Lösung aber nicht.

Obwohl diese Fälle nach der gesetzlichen Systematik eine Ausnahme sein sollen, verlangt nach Ansicht des BVerfG die Verfassung, dass die Regeln weit ausgelegt werden¹⁹⁴. Zwar ist die Figur der *Härtefallregelung*, die eine verfassungsbeschränkende Regelung verfassungsgemäß macht, im deutschen Recht nicht unbekannt¹⁹⁵. Jedoch wird eine solche Härtefallregelung in der Regel nicht weit ausgelegt, im Gegenteil. Sie soll ja gerade nur Härtefälle abfangen. Dementsprechend reicht allein schon die Implementierung einer Härtefallregelung aus, um das System verfassungskonform auszugestalten.

Genau dies ist jedoch nach der Rechtsprechung des BVerfG, was das System des großen Befähigungsnachweises betrifft, offensichtlich gerade nicht der Fall. Nur bei einer weiten Auslegung und der damit verbundenen großzügigen Anwendung der Ausnahmeregelungen¹⁹⁶ ist das System des großen Befähigungsnachweises verfassungskonform.

Überzeugender wäre es daher, wenn man zur Feststellung gelangen würde, dass die Meisterpflicht als solche in ihren Anforderungen bzw. in ihrem Umfang unverhältnismäßig, insbesondere unangemessen ist, da die bestehenden Ausnahmeregelungen nicht ausreichen, um Härtefälle abzufangen.

Im Ergebnis erweckt die Entscheidung des Gerichts den Eindruck, dass die Kammer die Meisterpflicht wegen des von ihr selbst immer betonten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers¹⁹⁷ zum einen hinsichtlich der Wahl des Ziels als solches und zum anderen hinsichtlich der Geeignetheit einer Regelung zur Zielerreichung und der evtl. als nicht hinreichend angesehenen empirischen Beweisbarkeit einer spürbaren Beeinträchtigung des Handwerks durch die Konkurrenz von EU-Ausländern nicht als verfassungswidrig erklären wollte¹⁹⁸, zumal zum damaligen Zeitpunkt ja bereits die Handwerksnovelle von 2003 in Kraft getreten war und sich die neue Rechtslage, wie im Folgenden noch dargestellt wird, nicht denselben verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sah¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Vgl. die Ausführungen zu Fn. 166 und 167.

¹⁹⁵ Insbesondere im Zusammenhang mit Härtefallregelungen bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Rahmen von Art. 14 GG, bzw. bei Enteignungen im Rahmen von Art. 14 GG.

¹⁹⁶ Vgl. die Ausführungen zu Fn. 166 und 167.

¹⁹⁷ Vgl. nur die Ausführungen des BVerfG in BVerfGE 13,97 (107) sowie *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art. 12 Rn. 132. Das BVerfG beschränkt sich insbesondere bei der Frage der Geeignetheit auf eine Vertretbarkeitskontrolle.

¹⁹⁸ *Leisner W. G.*, Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? – Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme, *GewArch* 2006, 393 (393).

¹⁹⁹ Vgl. *Dürr*, Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, *GewArch* 2007, 18 (18).

3. Ergebnis zu II.

Alle bisher behandelten Entscheidungen ergingen zur Rechtslage vor 2003. In diesem Zusammenhang wurden wiederholt Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der alten Regelungen vor allem auch im Hinblick auf die Inländerdiskriminierung geäußert.

Da das BVerfG jedoch eine direkte Entscheidung über die Vereinbarkeit der Meisterpflicht mit der Verfassung vermied und Begründungsaspekte seiner Entscheidungen auf die Ebene der Rechtsanwendung verlagerte, hatte diese Rechtsprechung zumindest keine direkte deregulierende Wirkung.

Inwieweit jedoch eine indirekte deregulierende Wirkung (abgesehen von der indirekten Wirkung, dass die Fachgerichte zur weiten Auslegung von Ausnahmeregelungen vom Meisterzwang angehalten wurden) von dieser Entwicklung dahingehend ausging, dass der Gesetzgeber zu Reformen angeregt wurde, wird im Folgenden erörtert.

III. Übertragbarkeit auf die heutige Rechtslage?

Mit der *Handwerksnovelle* von 2003 wurden im System des großen Befähigungsnachweises nach der HwO tiefgreifende Veränderungen vorgenommen. Ob die bisher analysierte Rechtsprechung daher noch vergleichbare Relevanz hat, ist also fraglich.

Der Gesetzgeber hat zwar zumindest *teilweise am großen Befähigungsnachweis festgehalten*, insoweit bleiben viele Fragen dieselben. Allerdings wurden sowohl die mit der Meisterpflicht verfolgten maßgeblichen Ziele geändert, als auch eine Reihe von Möglichkeiten, die neben der Meisterqualifikation einen Zugang zum Beruf ermöglichen, eingeführt.

Die bislang vom BVerfG entwickelten Maßstäbe sind auf diese neue Regelungslage anzuwenden, um zu überprüfen, ob die Novelle das Recht der HwO tatsächlich, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, verfassungsfest machte²⁰⁰.

Daran anschließend bleibt aber die Frage, inwieweit diese Änderungen zu einer Deregulierung geführt haben, und ob die gegebenenfalls vorgenommenen legislativen Schritte in diese Richtung auch verfassungsrechtlich geboten waren und einer diesbezüglichen Überprüfung standhalten.

1. Neufassung der Anlage A

Insgesamt wurde mit der *Handwerksnovelle* aus dem Jahr 2003 eine Neuordnung des Systems dergestalt vorgenommen, dass nicht mehr für das gesamte Handwerk die Meisterpflicht besteht, sondern nur noch für bestimmte, sog. *gefahr geneigte Berufe*. Für einen Großteil der Handwerke

²⁰⁰ Honig/Knörr, HwO, § 1 Rn. 1.

stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der subjektiven Berufswahlbeschränkung der Meisterpflicht damit gar nicht mehr.

Dass weniger Berufe von diesem Eingriff betroffen sind, ändert jedoch nichts an der Eingriffsqualität und -intensität bzgl. der immer noch betroffenen Berufe. Insoweit kann auf die folgenden Ausführungen verwiesen werden.

2. Paradigmenwechsel und Verhältnismäßigkeit der Berufsausübungsbeschränkung

Der *große Befähigungsnachweis* stellt nach h.M. eine Beschränkung der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG auf der sog. Zweiten Stufe dar²⁰¹. Für die Verhältnismäßigkeit des Eingriffes auf dieser Stufe ist es erforderlich, dass die Regelung zur *Abwehr schwerer Gefahren für ein wichtiges Gemeinschaftsgut* benötigt wird.

Mit der *Reform* wurden in diesem Bereich grundlegende Änderungen vorgenommen. Zum besseren Verständnis der *systemischen Umwälzungen*, die sich auch auf die Regelungsdichte auswirken, erfolgt ein kurzer Vergleich der Rechtslage vor 2003 und nach der Novelle.

a) Rechtslage vor 2003

Vor 2003 war das Ziel, dass der Gesetzgeber mit der Meisterpflicht verfolgte, das der *Qualitäts- und der Ausbildungssicherung*. Die gesetzliche Ausformung des Meisterzwangs, der damals noch fast das gesamte Handwerk erfasste, wurde auf dieser Grundlage unter der Einschränkung für rechtmäßig angesehen, dass die Ausnahmeregelungen für Ausnahmegewilligungen *großzügig* ausgelegt werden²⁰².

b) Rechtslage nach der Handwerksnovelle

Mittlerweile wurde das Ziel der Qualitätssicherung durch das der *Gefahrvermeidung* ersetzt²⁰³. Das Ziel der *Ausbildungssicherung*²⁰⁴ blieb bestehen. Dieser Paradigmenwechsel stellt das System des großen Befähigungsnachweises auf völlig neue Füße, allein schon deswegen, weil er einen wesentlichen Strukturwandel mit sich bringt.

Seit 1935 ist der sog. große Befähigungsnachweis Grundlage des Deutschen Handwerks²⁰⁵ und hatte in seinen wesentlichen Zügen seit 1953 auch große Reformen²⁰⁶ „unbeschadet“ überstanden²⁰⁷.

²⁰¹ Vgl. oben unter B. III. 1. a).

²⁰² BVerfGE 13, 97 ff., vgl. die Ausführungen unter D. I.

²⁰³ Deterbeck, HwO, § 1 Rn.12.

²⁰⁴ Häufig wird dieses Teilziel jedoch als nicht mehr ausreichend für die Rechtfertigung des Eingriffs gehalten. Insb. rügen *Frotschner/Kramer*, in: *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Rn. 540 die Unbestimmtheit und die politische Prägung des Begriffes.

²⁰⁵ *Honig/Knörr*, HwO, § 1 Rn. 4.

²⁰⁶ Bis 2003 wurde die HwO durch 23 Gesetze und sieben Verordnungen in einzelnen Bestimmungen verändert, zuletzt im Jahr 1998, vgl. Vgl. *Traublinger*, *Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?*, *GewArch* 2003, 353 (353).

²⁰⁷ *Deterbeck*, HwO, § 1 Rn.1.

Nach dem Zweiten Weltkrieg galt in den damaligen Besatzungszonen unterschiedliches Handwerks- bzw. Gewerberecht²⁰⁸. Speziell in der US-Zone wurde in dieser Zeit der große Befähigungsnachweis vollständig außer Kraft gesetzt. Innerhalb kurzer Zeit wurde von den handwerklichen Spitzenorganisationen jedoch die Notwendigkeit erkannt, eine *bundeseinheitliche Regelung* für das Handwerk zu erlassen²⁰⁹. Im Jahr 1953 schließlich wurde die HwO beschlossen, die den großen Befähigungsnachweis gesetzlich verankerte.

Die HwO unterschied bis 2003 nur zwischen solchen handwerklichen Tätigkeiten, die selbständig *nur mit Meisterqualifikation* und Eintragung in die Handwerksrolle ausgeführt werden dürfen (aufgelistet in der *Anlage A*) und solchen, die handwerksähnliche Tätigkeiten darstellten und dementsprechend *ohne Meisterqualifikation* und Eintragung in die Handwerksrolle selbständig ausgeübt werden durften (aufgelistet in der *Anlage B*)²¹⁰.

Im Zuge der Reform wurde eine Abkehr von dieser klassischen Zweiteilung hin zu einer Dreiteilung vorgenommen. Nunmehr wird zwischen *zulassungspflichtigen* und *zulassungsfreien* Handwerken sowie *handwerksähnlichen Gewerben* unterschieden²¹¹. Diese Neustrukturierung wurde maßgeblich auch durch die neue gesetzliche Fundierung des großen Befähigungsnachweises bedingt. Nur für die zulassungspflichtigen Berufe, die weiterhin in der Anlage A gelistet sind, besteht die Meisterpflicht fort.

Die Zahl dieser Handwerke ist jedoch drastisch geschrumpft. Der Meisterzwang erfasst nicht mehr das gesamte (Voll)Handwerk²¹², sondern nur noch ausgewählte 41 Gewerbe. Bedingt wird dies hauptsächlich dadurch, dass der Gesetzgeber das Ziel der Qualitätssicherung, das er auf alle Handwerke anwenden konnte, durch das der Gefahrgeneigtheit ausgetauscht hat.

Dementsprechend kann er auch nur mehr Handwerke, die auch eine gewisse Gefahrgeneigtheit aufweisen, der Zulassungspflicht unterwerfen²¹³. Zwangsläufig wurden aus den aus der Anlage A ausgeschiedenen Handwerken zulassungsfreie. Der Gesetzgeber listete diese im ersten Teil der Anlage B, formal getrennt von den bereits zuvor zulassungsfreien handwerksähnlichen

²⁰⁸ Vgl. Fn. 207.

²⁰⁹ Vgl. Fn. 207.

²¹⁰ Vgl. Fn. 207.

²¹¹ Dettnerbeck, HwO, § 1 Rn. 2.

²¹² 94 Vollhandwerke waren in Anhang A gelistet.

²¹³ Allerdings wird an der Kohärenz, mit der der Gesetzgeber diese Auswahl vorgenommen hat, oft auch mit gewichtigen Argumenten gezweifelt. So weist unter anderem Traublinger darauf hin, dass die Überführung vieler Handwerke in die Anlage B damit begründet wurde, dass Vorschriften im Bereich der Produkthaftung, des Gewährleistungsrechts und des Verbraucherschutzes als ausreichende Schutzmechanismen gegeben wären. Es stellt sich dann aber die berechtigte Frage, welches andere Ziel als die Gefahrenabwehr gerade z.B. die Produkthaftung verfolgt. Vgl. Traublinger, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353 (355).

Gewerben, die im Teil zwei der Anlage B aufgeführt sind. Diese formale Aufspaltung ist dem Umstand geschuldet, dass diese Handwerke ja immer noch Vollhandwerke darstellen. Rechtliche Konsequenzen ergeben sich hieraus jedoch nicht.

Das Ziel, das der Gesetzgeber mit dieser Reform verfolgte, war das, den großen Befähigungsnachweis und die wirtschaftliche Entwicklung des Handwerks zu stärken sowie das Handwerksrecht zukunftsfähig, zukunftssicher und europafest zu machen²¹⁴. Zur Erreichung dieses Ziels sah er es als notwendig an, unter anderem diesen Paradigmenwechsel unter Inkaufnahme der zwangsläufigen strukturellen Verschiebungen, vorzunehmen²¹⁵.

Eine weitere Veränderung, neben der Reduzierung der zulassungspflichtigen Handwerke, liegt darin, dass die HwO mit der Einführung des Kriteriums der Gefahrgeneigtheit in wesentlichen Teilen auf ihre ursprüngliche, die GewO heute noch beherrschende (sonder-) ordnungsrechtliche Zwecksetzung zurückgeführt wird²¹⁶. Der Begriff des Gefahrenhandwerks ist dem Handwerksrecht nicht neu²¹⁷.

Vor diesem Hintergrund allerdings sind die Ausführungen des BVerfG von 1961 bzw. zur Rechtslage von vor 2003 nicht mehr ohne Weiteres übertragbar²¹⁸, da die Verhältnismäßigkeitsprüfung schwerpunktmäßig anhand der Ziele der Qualitäts- und Ausbildungssicherung vorgenommen wurde. Überdies hatte der Gesetzgeber die in der Anlage A der HwO aufgeführten Berufe 1953 lediglich typisierend betrachtet und keine Rechtfertigung des Meisterzwanges bzgl. einzelner Gewerbe vorgenommen²¹⁹.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dementsprechend anhand der, von der Rechtsprechung entwickelten und vorstehend erläuterten Maßstäben, neu vorzunehmen.

aa) Legitimes Ziel

Sowohl das Ziel der *Gefahrenabwehr* als auch das der *Ausbildungssicherung* stellen legitime Ziele des Gemeinwohls dar²²⁰ und können daher grundsätzlich einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG rechtfertigen. Dies allerdings nur, wenn die Regelungen zur Zielerreichung ihrerseits auch verhältnismäßig sind.

²¹⁴ Honig/Knörr, HwO, § 1 Rn. 1.

²¹⁵ Detterbeck, HwO, § 1 Rn. 1.

²¹⁶ Müller, Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit, GewArch 2007, 361 (362).

²¹⁷ Vgl. Fn. 216.

²¹⁸ Traublinger, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353 (356).

²¹⁹ Vgl. BVerfGE 13, 97 (106).

²²⁰ Vgl. Fn. 216.

bb) Geeignetheit

Zunächst müssten daher die Regelungen geeignet zur Zielerreichung, nämlich der Gefahrenabwehr, sein.

Im Rahmen einer Vertretbarkeitskontrolle²²¹ kann auch hier von einer Geeignetheit ausgegangen werden. Da dem Gesetzgeber diesbezüglich ein großer Einschätzungsspielraum zukommt und keine offensichtliche Ungeeignetheit vorliegt, scheitern die gesetzlichen Regelungen zum großen Befähigungsnachweis nicht an dieser Hürde²²².

Das BVerfG hält sich an dieser Stelle der Prüfung mit seiner Kontrolle zurück um nicht in den Kernbereich der Legislative einzudringen.

cc) Erforderlichkeit

Eine Regelung ist erforderlich, wenn es kein milderes Mittel zur Zielerreichung gibt²²³. In diesem Zusammenhang sieht sich die HwO auch nach der Novelle Kritik ausgesetzt.

Teilweise wird eingewandt, dass der Verbraucher auch repressiv gegen den Handwerker vorgehen kann²²⁴, dementsprechend sei eine Berufszulassungsbeschränkung nicht das mildeste Mittel. Dem wird jedoch zutreffend entgegengehalten, dass bloße Schadenersatzansprüche gerade bei der Gefährdung von Körper und Gesundheit nicht allein ausreichend sind²²⁵.

Weiter wurde zur alten Rechtslage²²⁶ vorgebracht, dass die Ausnahmeregelung des § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV zeige, dass die Meisterprüfung als Zulassungsvoraussetzung nicht erforderlich sei²²⁷ insbesondere auch deshalb, da auch Inländer von dieser Regelung durch einen längeren Auslandsaufenthalt profitieren bzw. die Meisterpflicht umgehen können²²⁸.

Hierzu ist festzustellen, dass die Erforderlichkeit unabhängig von abweichenden unionsrechtlichen Regelungen und Zielen festzustellen ist. Entscheidend ist vielmehr, welches Ziel der deutsche Gesetzgeber erreichen will und ob die Regelung diesbezüglich erforderlich, d.h. das mildeste

²²¹ BVerfGE, 17, 97 (110).

²²² A.A.: *Bulla*. Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 (473).

²²³ *Grzeszick*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 113, 69.

²²⁴ *Bulla*. Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 (476).

²²⁵ *Kramer*, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft, GewArch 2013, 105 (108).

²²⁶ Und insoweit übertragbar, als immer noch zumindest sechs Berufe nur mit der Meisterqualifikation ausgeübt werden können.

²²⁷ *Beaucamp*, Meister ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl 2004, 1458 (1461).

²²⁸ Die HwO wurde infolge der Rechtsprechung Knoors, die oben unter C. I. 1. analysiert wurde, insoweit angepasst, als dass auch ein Deutscher, der einen längeren Auslandsaufenthalt vorzuweisen hat und während diesem in einem Gewerbe tätig war, von § 9 HwO profitieren kann. § 9 HwO stellt nur auf die Unionsbürgerschaft ab, diese hat auch ein Deutscher.

Mittel, ist. Dass das Ziel (z.B. aufgrund von unionsrechtlich bedingten Ausnahmen) mit der Regelung eventuell nicht zu 100 % erreicht wird, muss für die rein interne verfassungsrechtliche Betrachtung unerheblich sein.

Insbesondere kann der deutsche Gesetzgeber nicht in seinen Mitteln zur Zielerreichung dadurch beschränkt werden, dass der Unionsgesetzgeber andere Ziele verfolgt, die folglich andere Mittel erfordern. Andernfalls würde die Gesetzgebungskompetenz zumindest in ihrem Entscheidungsspielraum massiv in Bereichen beschränkt, in denen die Union keine Regelungskompetenz hat, was faktisch einer Kompetenzerweiterung zugunsten der Union gleichkäme. Im Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht findet ein Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Regelungszielen der unterschiedlichen Gesetzgeber (hier kann ja nur ein Fall der indirekten Kollision vorliegen) aber ja gerade nicht im Vorfeld, über eine Beschränkung der Gesetzgebungskompetenzen des nationalen Gesetzgebers statt²²⁹. Stattdessen hat das Unionsrecht die Figur des *Anwendungsvorranges* (der auch verfassungsrechtlich und nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG garantiert ist²³⁰) gewählt, womit dem nationalen Gesetzgeber innerhalb seiner Kompetenzen der volle Freiraum der Gesetzgebung gewährt wird. Erst bei der Anwendung kann wegen einer möglichen indirekten Kollision mit dem Unionsrecht die Anwendung gegenüber EU-Ausländern ausgeschlossen sein.

Faktisch wird hier eine ähnliche Diskussion wie zum Problem der Inländerdiskriminierung geführt. Es wird daher vorliegend auf die Ausführungen zu diesem Thema unter dd) verwiesen.

Wenn nun also der Deutsche Gesetzgeber vom Ziel der Gefahrvermeidung ausgeht, und er damit in seinem Regelungsbereich erforderliche Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels aufstellt, so kann nicht aus dem Umstand, dass der Unionsgesetzgeber mangels desselben Regelungsziels derartige Regelungen nicht trifft und damit EU-Ausländer den deutschen Regelungen nicht unterliegen, geschlossen werden, dass die nationalen Regeln nicht zur Zielerreichung erforderlich sind.

dd) Angemessenheit – Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Auf dieser Stufe der Prüfung wirkt sich nun die 3-Stufen-Theorie (s.o.) aus. Der große Befähigungsnachweis müsste also zur Gefahrenabwehr geboten sein.

²²⁹ Vgl. in diesem Sinne auch *Traublinger*, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, *GewArch* 2003, 353 (356) zum parallelen Problem der Inländerdiskriminierung und Art. 3 GG, der auch auf eine Kompetenzerweiterung abstellt.

²³⁰ Vgl. bspw. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 –.

Während zur früheren Rechtslage, als der Mittelstand gesetzlich gefördert werden sollte, diesbezüglich berechtigte Zweifel bestanden²³¹, hat mit der Novellierung, in der insbesondere die Berufe, die noch dem Meisterzwang unterliegen, nach Kriterien der Gefahrgeneigtheit ausgesucht wurden, das Problem eine Entschärfung erfahren²³².

Allerdings wird häufig eingewandt, dass die gesetzliche Konzeption, wie sie derzeit vorliegt, nicht systemkohärent wäre und daher *unangemessen* sei²³³.

Diese Vorwürfe stützen sich unter anderem darauf, dass gem. § 7 Abs. 2 HwO Hochschulabsolventen mit zulassungspflichtigen Handwerken in die Handwerksrolle eingetragen werden können, obwohl sie keinerlei praktische Erfahrung vorzuweisen hätten. Wie dies der Gefahrenvermeidung dient, erklärt sich nicht. In dieselbe Richtung gehen die Argumente, die die Frage stellen, wieso das Reisegewerbe bzw. die Neben- und Hilfsbetriebe, die zum Teil ebenso gefährlich wie eintragungspflichtige Gewerbe sind, nicht dem Meisterzwang unterliegen²³⁴.

Jedoch ist hier den Ansichten zuzustimmen, die von der grundsätzlichen Angemessenheit der Meisterpflicht zur Gefahrvermeidung überzeugt sind. Dass eine gesetzliche Ausgestaltung ggf. nicht kohärent ist, ändert hieran nichts²³⁵. Systemwidrigkeit innerhalb einer gesetzlich geschaffenen Ordnung führt nur in Ausnahmefällen zur Verfassungswidrigkeit der betroffenen Vorschrift²³⁶. Auch eine ggf. teilweise fehlerhafte Zuordnung²³⁷ der Handwerke bzgl. des Vorliegens von Gefahrgeneigtheit kann nicht dazu führen, dass die Regelungen der HwO als solche verfassungswidrig sind. Das Kriterium der Gefahrgeneigtheit als solches sowie das regelungstechnische Vorgehen des Gesetzgebers muss im Hinblick auf die Angemessenheit geprüft werden. Die konkrete Vornahme der Zuordnung muss hingegen nur ggf. korrigiert werden, die Verfassungskonformität des Systems an sich kann sie nicht tangieren²³⁸.

Auch dass die konkrete Ausgestaltung der Meisterprüfung Handwerkern weit mehr abverlange als zur Gefahrvermeidung erforderlich sei, und daher unangemessen sei, kann nicht überzeugen. Die konkrete gesetzliche Ausge-

²³¹ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, a.a.O., Art. 12 Rn. 247.

²³² BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 8.10 –, GewArch 2012, 35 (38).

²³³ So auch insb. *Bulla*, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 (474).

²³⁴ *Kramer*, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft, GewArch 2013, 105 (109).

²³⁵ *Kramer*, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft, GewArch 2013, 105 (109).

²³⁶ *Detterbeck*, HwO, § 1 Rn. 16.

²³⁷ Wie dies häufig kritisiert wird, vgl. nur *Bulla*, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 (473) sowie *Traublinger*, Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?, GewArch 2003, 353 (355).

²³⁸ *Kramer*, Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft, GewArch 2013, 105 (109).

staltung sagt nichts über die grundsätzliche Verhältnismäßigkeit der *Meisterpflicht an sich aus*²³⁹.

Allerdings darf das *Problem der Inländerdiskriminierung*²⁴⁰ in diesem Rahmen nicht vergessen werden.

In der Verfassungsrechtsprechung wird dieses Problem nicht unter Art. 3 GG diskutiert, da von dem Prinzip ausgegangen wird, dass der Gesetzgeber nur innerhalb seiner Kompetenzordnung an Art. 3 GG gebunden ist²⁴¹.

Wegen der *faktischen Auswirkungen der Inländerdiskriminierung* hat das Prinzip jedoch mittlerweile auch in der Rechtsprechung des BVerfG bereits Berücksichtigung innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Grundrechten, auch speziell bereits im Rahmen von Art. 12 GG gefunden und soll daher auch hier an dieser Stelle erörtert werden²⁴².

Das BVerfG hat die Inländerdiskriminierung als einen Aspekt der Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Eingriffs in Art. 12 GG qualifiziert²⁴³. Konkret wurde immer bezweifelt, ob der Eingriff, den die Meisterpflicht darstellt, angesichts der Bedeutung des Art. 12 GG und der wesentlichen Veränderungen in den wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten noch zumutbar sei.

Die Rechtsprechung tendiert nach den Zweifeln, die das BVerfG noch 2005 im Hinblick auf die Rechtslage von vor 2003 geäußert hat, jedoch mittlerweile erkennbar dazu, der Inländerdiskriminierung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Eingriffs in Art. 12 GG durch die Rechtslage von nach 2003 zwar grundsätzlich weiterhin Relevanz zuzusprechen. Mit der Novelle seien die Ungleichbehandlungen jedoch soweit angepasst worden, dass keine spürbare Beeinträchtigung mehr vorliege, so dass die Angemessenheit der Regelung bejaht wird²⁴⁴.

Begründet wird dies auch damit, dass die Inländerdiskriminierung, vor allem durch die Dienstleistungsfreiheit von Unionsbürgern, „vorwiegend nur im grenznahen Raum“²⁴⁵ stattfindet und daher nicht nennenswert, bezogen auf die gesamte Bundesrepublik Deutschland, ins Gewicht fällt²⁴⁶. Abweichende Verhältnisse in einzelnen grenznahen Regionen beschränken den

²³⁹ Vgl. Fn. 238.

²⁴⁰ Vgl. die Ausführungen generell hierzu unter B. I. 3.

²⁴¹ Vgl. hierzu bereits oben unter B. III. 1. b).

²⁴² *Kormann/Hüpers*, Inländerdiskriminierung durch Meisterpflicht?, *GewArch* 2008, 273 (274).

²⁴³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.03.2000 – 1 BvR 608/99 –, Rn. 15, BVerfG, Beschl. v. 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02 –, Rn. 18 ff.

²⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 9.10 –, Rn. 41.

²⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 9.10 –, Rn. 46.

²⁴⁶ Es wird allerdings häufig darauf hingewiesen, dass die Konkurrenz nicht wie befürchtet nach der EU-Osterweiterung z.B. stark zugenommen hätte, vgl. hierzu insbesondere *Dürr*, Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, *GewArch* 2007, 18 (20). In diesem Zusammenhang weist *Dürr* weiter darauf hin, dass insbesondere Konkurrenz immer schon in Form von Schwarzarbeit bestand.

Gesetzgeber jedoch wegen seiner Befugnis, typisierende Regelungen zu treffen²⁴⁷, nicht²⁴⁸.

Ob diese Rechtsprechung so unangreifbar ist, ist zweifelhaft²⁴⁹. Zwar ist es richtig, dass nach der Novelle des Jahres 2003 auch für Inländer weitere Ausnahmeregelungen vom Meisterzwang geschaffen wurden, wodurch die Regelungslagen für EU-Gewerbetreibende und deutsche Gewerbetreibende weitestgehend angenähert wurden und folglich das Problem der Inländerdiskriminierung in großem Umfang entschärft wurde²⁵⁰.

Die *faktische* Inländerdiskriminierung bleibt jedoch weiterhin gegeben, insbesondere für die Berufe, für die die sog. Altgesellenregelung des § 7b HwO²⁵¹ keine Geltung hat. Überdies ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen von einer Niederlassung aus dem EU-Ausland eine Dienstleistung in Deutschland erbracht wird, für deutsche und ausländische Handwerker unterschiedliche Anforderungen auch nach der Novelle der Handwerksordnung bestehen, vgl. § 7 EU/EWR HwV²⁵². Dementsprechend kann keine Rede davon sein, dass das Problem der Inländerdiskriminierung nach der Novelle von 2003 quasi vollständig ausgeräumt sei.

Zuzustimmen ist der Rechtsprechung allerdings im Ergebnis, da die Inländerdiskriminierung wohl vor allem in den Grenzregionen Auswirkungen zeigt, es dem Gesetzgeber jedoch gleichzeitig von der Verfassung gestattet ist, auch typisierend vorzugehen²⁵³. Diese Befugnis, typisierende Regelungen vorzunehmen, enthält indirekt auch die Aussage, dass punktuelle Inländerdiskriminierung nicht die für das Gesamtgebiet der Bundesrepublik geltende Regelungen per se verfassungswidrig machen kann. Vielmehr kann diese Schlussfolgerung nur in (extremen) Ausnahmefällen gezogen werden. Überdies wird dies dadurch untermauert, dass die Berücksichtigung der Inländerdiskriminierung im Rahmen der Angemessenheit nicht dazu führen kann, dass auf diese Weise das Unionsrecht als solches zwingend integriert wird, da sonst faktisch eine Kompetenzerweiterung für die Union stattfin-

²⁴⁷ BVerfGE 13, 97 (106).

²⁴⁸ OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.02.2010 – 4 A 1499/066 –, Rn. 48, a.A. allerdings *Rieger*, in: *GewArch* 2012, 477 (478), der darauf hinweist, dass es für diese empirischen Einschätzungen des OVG und des BVerwG bzgl. des Ausnahmecharakters der Konkurrenz durch EU-Ausländer keine belastbare Datengrundlage gibt. Dieser Ansicht ist auch *Dierr*, in: *Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk*, *GewArch* 2007, 18 (20), da die zugrunde gelegten Stellungnahmen der Verbände vor dem Jahr 2003 abgegeben wurden, also vor der Handwerksnovelle und vor der EU-Osterweiterung.

²⁴⁹ *Bulla*, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, *GewArch* 2012, 470 (475).

²⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 9.10 –, Rn. 41.

²⁵¹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter D. III. 3.

²⁵² OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.02.2010 – 4 A 1499/066 –, Rn. 48, es wird insb. auf die Anforderungen im Rahmen von § 7 EU/EWR HwV verwiesen, der bestimmt, dass eine rechtmäßige Niederlassung in einem EU-Staat i.d.R. ausreicht.

²⁵³ BVerfGE 13, 97 (106).

det, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 23 GG gewahrt sind. Das Problem kann nur einen Teil eines Abwägungsvorganges darstellen²⁵⁴ und darf nicht zwingend zur Folge der Verfassungswidrigkeit führen.

Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnis bleibt festzuhalten, dass wohl das Problem der Inländerdiskriminierung in dem Umfang, in dem es selbst nach der Novelle noch besteht, nicht zu so schwerwiegenden Diskrepanzen (in quantitativer und qualitativer Hinsicht) führt, dass allein daran die Angemessenheit der Regelung scheitern kann. Wohl aber ist es in der Abwägung als ein Teilelement zu berücksichtigen.

3. Norm des § 7b HwO

Insbesondere ist es nunmehr für die meisten Berufe²⁵⁵, bei denen grundsätzlich die Meisterpflicht bestehen bleibt, möglich, bei langjähriger Erfahrung eines Gesellen von der Ausnahmeregelung des § 7b HwO Gebrauch zu machen. Diese entspricht im Wesentlichen den Erfordernissen, die für EU-Ausländer, die eine Niederlassung in Deutschland haben, im Rahmen von § 9 Abs. 1 Nr. 1 HwO i.V.m. § 1 ff EU/EWR HwV aufgestellt werden²⁵⁶.

Mit der Einfügung dieser Norm im Zuge der Novelle von 2003 wurde der Meisterzwang in weitem Maße relativiert²⁵⁷.

Sollte diese Norm zu restriktiv gehandhabt werden, so ändert dies nichts an der grundsätzlichen Angemessenheit der Meisterpflicht, wenn man die bisherige Linie der Rechtsprechung zugrunde legt. Dies würde ein bloßes Problem der Rechtsanwendung darstellen.

Mit dieser Norm wird auch das Problem der Inländerdiskriminierung weitestgehend entschärft²⁵⁸.

Die Voraussetzungen von § 7b und § 9 Abs. 1 Nr. 1 HwO i.V.m. § 2 Abs. 2 EU/EWR HwV sind weitestgehend vergleichbar²⁵⁹. Zwar stellt § 7b HwO etwas geringere Anforderungen an die zeitlichen Dimensionen der Berufserfahrung, auf der anderen Seite sind die Anforderungen insoweit strenger, als § 7b HwO nur eine selbständige Tätigkeit oder eine Tätigkeit als Betriebsverantwortlicher gelten lässt, nicht hingegen wie § 9 HwO, der bereits eine leitende Funktion in einem Betrieb ausreichen lässt²⁶⁰.

²⁵⁴ *Kormann/Hüpers*, Inländerdiskriminierung durch Meisterpflicht?, *GewArch* 2008, 273 (278).

²⁵⁵ Eine Ausnahme, bei der die sog. Altgesellenregelung nicht anwendbar ist, besteht nur für sechs Berufe: Schornsteinfeger, Augenoptiker, Orthopädietechniker, Orthopädienschuhmacher, Zahntechniker und Hörgeräteakustiker gem. § 7b HwO i.V.m. Nr. 12, 33-37 der Anlage A.

²⁵⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 26.02.2010 – 4 A 1499/066 –, Rn. 46.

²⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 8.10 –, *GewArch* 2012, 35 (38).

²⁵⁸ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 8.10 –, *GewArch* 2012, 35 (38).

²⁵⁹ *Beaucamp*, Meister ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, *DVB1* 2004, 1458 (1459).

²⁶⁰ BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C9.10 –, Rn. 41.

Wenn man berücksichtigt, dass das BVerfG das System des großen Befähigungsnachweises immer als Ganzes beurteilt hat, so verringert sich mit dieser Regelung die Intensität des Eingriffs in Art. 12 GG deutlich.

4. § 8 HwO

§ 8 HwO bildet eine weitere Möglichkeit, die schon nach der alten Rechtslage bestand, für Berufe, auf die § 7b HwO keine Anwendung²⁶¹ finden kann und die immer noch der Meisterpflicht unterliegen, diese durch Ausnahmeregelungen zu umgehen.

Hier ist auf die Rechtsprechung zur alten Rechtslage zu verweisen.

Die Norm sorgt also für die Verhältnismäßigkeit des Systems des Meisterzwanges an sich, da sie immer noch als *absolute Härtefallregelung* für die Berufe dient, die der Meisterpflicht in ihrer ganzen Strenge unterliegen²⁶² und ist dementsprechend im Lichte von Art. 12 GG weit auszulegen und großzügig anzuwenden²⁶³.

5. Ergebnis – Eine Deregulierung durch die Reform?

Zusammenfassend kann man daher feststellen, dass die Reform die meisten der vor 2003 bestehenden verfassungsrechtlichen Zweifel ausgeräumt hat bzw. soweit relativiert hat, dass das System des großen Befähigungsnachweises in seiner derzeitigen Fassung verfassungsrechtlich weitgehend unbedenklich erscheint.

Die Frage drängt sich jedoch auf, inwieweit diese Reform zu einer Deregulierung auf diesem Gebiet geführt hat und ob die vorgenommenen Schritte auch wirklich immer *erforderlich* gewesen sind.

a) Umfang der Deregulierung

In Summe wurde das System des *großen Befähigungsnachweises* vielleicht nicht ausgehöhlt, aber doch in großem Umfang *geloockert*. Die Ausnahmeregelung des § 7b HwO hat in weitem Umfang die Möglichkeit eröffnet, entsprechend der Regelung, die bereits vor 2003 für EU-Ausländer galt, auch ohne Meisterqualifikation ein stehendes Gewerbe selbständig auszuüben. Diese Lockerung komplettiert das schon davor geltende System der Ausnahmeregelungen der §§ 8, 9 HwO.

Eine strenge Meisterpflicht, wie sie im ursprünglichen System der Handwerksordnung vorgesehen war, besteht nur mehr für wenige Berufe²⁶⁴.

²⁶¹ Vgl. Ausführungen unter D. I.

²⁶² Vgl. Fn. 255.

²⁶³ Vgl. BVerfGE 13, 97 (121) sowie die Ausführungen unter D. II. 1.

²⁶⁴ Vgl. Fn. 255.

Für die weiteren Berufe, die trotz des Paradigmenwechsels noch der Meisterpflicht grundsätzlich unterliegen, wurde mit dem Normgefüge der §§ 7b, 8 und 9 HwO ein *flächendeckendes Ausnahmesystem* geschaffen. Zwar sind alle diese Bedingungen an zum Teil auch strenge Anforderungen geknüpft, so dass der Grundsatz (für Inländer) weiterhin auch tatsächlich die Meisterpflicht ist. Trotz allem wurde das System durchlässiger und eine Deregulierung hat unzweifelhaft stattgefunden.

Dies insbesondere auch deshalb, da ja in summa bereits viel weniger Berufe vom Gesetz als zulassungspflichtige Handwerke qualifiziert werden.

b) Notwendigkeit der Deregulierung

Hier stellt sich nun in diesem Zusammenhang die Frage, ob alle diese einschneidenden Veränderungen in der vorgenommenen Intensität auch *verfassungs- und unionsrechtlich erforderlich* waren, oder ob die Entscheidung des Gesetzgebers, in diese Richtung tätig zu werden, nicht zum Teil auch eine bewusste, ohne äußeren Zwang hervorgerufene *politische Entscheidung* war.

Ob das Verfassungsrecht tatsächlich einen Paradigmenwechsel erforderte, um die Handwerksordnung abzusichern, ist im Hinblick auf die Qualitätssicherung eher fraglich – dieses wurde (im Gegensatz zum Ziel der Ausbildungssicherung) nie beanstandet.

Der mit diesem Wechsel bedingte veränderte Umfang der Anlage A ist jedenfalls in seiner konkreten Ausgestaltung hoch *umstritten*²⁶⁵.

Was die Einfügung der Ausnahmeregelung des § 7b HwO betrifft, so ist dies eine Reaktion des Gesetzgebers auf die vom BVerfG geäußerten Bedenken bzgl. des Einflusses der Inländerdiskriminierung auf die Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises und als solches erforderlich gewesen, um derartige Bedenken aus dem Weg zu räumen²⁶⁶.

Die Ausnahmeregelung des § 9 HwO ist wie oben erläutert unionsrechtlich bedingt und in soweit auch *erforderlich*²⁶⁷.

Zusammengefasst kann daher an dieser Stelle festgehalten werden, dass der mit dem Paradigmenwechsel verbundene *deregulative Schub* von Verfassungswegen nicht direkt gefordert war, alle anderen Neuerungen jedoch in weit überwiegenderem Maße eine Reaktion des Gesetzgebers auf in der jüngeren Rechtsprechung geäußerte Bedenken bzgl. der Verfassungskonformität des großen Befähigungsnachweises in seiner alten Fassung darstellen.

²⁶⁵ Vgl. zum Ganzen insbesondere Müller, Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit, GewArch 2007, 361 (361) sowie die Ausführungen unter D. III. 2. b).

²⁶⁶ Vgl. Ausführungen unter D. III. 3.

²⁶⁷ Vgl. Ausführungen unter B. II. 1. b).

IV. Ergebnis zu D.

Es lässt sich festhalten, dass zur alten Fassung des großen Befähigungsnachweises in der jüngeren Vergangenheit insbesondere im Hinblick auf die bestehende Inländerdiskriminierung judikative verfassungsrechtliche Bedenken geäußert wurden, die zusammen mit den schon im Jahr 1961 festgestellten Kritikpunkten dazu geführt haben, dass der Gesetzgeber mit der Novellierung aus dem Jahr 2003 durch ein flächendeckendes Ausnahmesystem sowie durch eine Neuordnung der zulassungspflichtigen Berufe eine starke Deregulierung vorgenommen hat.

Gleichwohl besteht das System des großen Befähigungsnachweises fort und wäre auch für die Zukunft Änderungen zugänglich, die wieder stärker regulative Tendenzen aufweisen²⁶⁸.

²⁶⁸ Dies ist deshalb denkbar, da das Unionsrecht, wie bereits unter B. I. 3. erläutert wurde, Inländerdiskriminierung nicht sanktioniert und das Verfassungsrecht die Inländerdiskriminierung nur als Teilelement der Abwägung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere bei der Angemessenheit berücksichtigen kann. Solange also sichergestellt ist, dass Unionsbürger durch die nationalen Regelungen nicht in ihren Grundfreiheiten verletzt sind, ist es dem nationalen Gesetzgeber unbenommen an seine Staatsbürger strengere Anforderungen zu stellen, soweit dies verfassungsrechtlich im Rahmen der Angemessenheit noch zu einer tolerierbaren Inländerdiskriminierung führt. Es wäre daher durchaus möglich, auch mit dem Kriterium der Gefährdetheit, bei entsprechendem, den Ausführungen unter D. III. 2. b) dd) zugrunde gelegten Verständnis, wieder mehr Vollhandwerke in den Anhang A aufzunehmen und davon auch Berufe aus dem Anwendungsbereich von § 7b HwO auszuschließen, ohne dass dies unions- oder verfassungsrechtlich bedenklich wäre.

E. Die fakultative Meisterqualifikation nach Unionsrecht und nach nationalem Recht

Die bisherigen Ausführungen beschränken sich im Wesentlichen auf die *obligatorische* Meisterqualifikation, wie es sie in der gesetzlichen Regelung vor 2003 und nach 2003 gab. Mit der Novelle wurde mit den §§ 51a ff. der HwO die Möglichkeit einer *fakultativen* Meisterqualifikation eingeführt. Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der Vereinbarkeit dieses neuen Instituts mit dem Grundgesetz und dem Unionsrecht.

Vorab ist festzustellen, dass die fakultative Meisterqualifikation zulassungsfreien Berufen die Möglichkeit bietet, als „mehr“ an Qualifikation den Meistertitel zu erwerben, ohne dass dieser für die rechtmäßige Ausübung der Tätigkeit erforderlich ist.

I. Vereinbarkeit mit dem nationalen Recht

Die in § 51a HwO vorgesehene Regelung ist sowohl im Hinblick auf Art. 12 GG als auch auf Art. 3 GG unbedenklich, da sie offensichtlich *keinen Eingriff* darstellt sondern nur eine *bloße Möglichkeit*. Mit dem Erwerb des fakultativen Meistertitels gehen keine gesetzlichen „Privilegien“ einher, dem Handwerker ist nicht mehr erlaubt als dem, der keinen Meistertitel erworben hat.

Bei Anwendung dieser Regelung ist allerdings Vorsicht geboten: Während es Ansichten gibt, die vertreten, dass diese Lösung auch für die bislang noch zulassungspflichtigen Handwerke gewählt werden sollte, da der Meistertitel „Gütezeichen, nicht aber Berufszulassungsvoraussetzung“²⁶⁹ sein sollte²⁷⁰, bleibt in diesem Zusammenhang wie oft geäußert zu bedenken, dass auf diese Weise eine „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ auf mehreren Ebenen begünstigt werden kann.

Wer eine besondere Qualifikation hat, lässt sich diese in der Regel auch honorieren. Auf diese Weise könnte es dazu kommen, dass je nach Einkommen, der Verbraucher nur noch Zugang zu einem Gesellen hat oder sich aber einen Meister „leisten kann“. Es erscheint zweifelhaft, diese Qualifikationsaufspaltung innerhalb einer Berufsgruppe gesetzlich zu begünstigen.

Das Verfassungsrecht, vor allem Art. 12 GG aber auch Art. 3 GG fordern jedoch andererseits keine völlige Deregulierung des Berufsrechts auch was die Berufszulassung betrifft. Im Gegenteil, Art. 12 GG sieht mit seinem Ge-

²⁶⁹ Bulla, Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 (476).

²⁷⁰ In diesem Sinne, wenn auch ohne den Aspekt des fakultativen Meisters auch, Wallenberg, Die Bedeutung des Meisterbriefs in Zeiten von Qualitätsmanagement und Europäischen Normen, EuZW 1995, 396 (400).

setzesvorbehalt ausdrücklich die Möglichkeit von Einschränkungen vor. Ob daher eine (wie teilweise propagierte) *völlige Abkehr oder erheblicher Abbau*²⁷¹ von *Berufszulassungsregelungen* wie dem großen Befähigungsnachweis vorzunehmen ist, ist keine rechtliche, sondern eine politische Entscheidung.

II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Was die Vereinbarkeit einer fakultativen Meisterprüfung mit dem Unionsrecht, hier insbesondere mit Art. 49 und Art. 56 AEUV betrifft, so kann im Prinzip auf die Ausführungen unter E. I. verwiesen werden. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten liegt nicht vor, da die Regelung die Meisterprüfung ja genau nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Ausübung einer Tätigkeit vorsieht.

Vielmehr würde das Konzept des Meistertitels als Gütesiegel der unionsrechtlichen Logik entsprechen, die den Wettbewerb, der durch das Angebot, das dem mündigen Verbraucher gemacht wird, als regelndes Element betrachtet, das die Qualität der Leistung auf lange Sicht sichern wird²⁷².

Aber auch die Bedenken bleiben dieselben. Auch ist darauf hinzuweisen, dass das Unionsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten nicht per se eine völlige Deregulierung fordern. Ein Berufsrecht, mit Regelungen der Zulassungsbeschränkung und der Ausübungskontrolle, ist mit dem Unionsrecht grundsätzlich vereinbar, wenn die oben genannten Punkte beachtet werden.

III. Ergebnis zu E.

Eine Deregulierung in dem Sinn, dass der Meister nur noch fakultativ erworben werden kann, ohne eine Berufszulassungsbeschränkung darzustellen, ist sowohl mit Unions- als auch mit Verfassungsrecht vereinbar. Allerdings ist eine solche nicht zwingend gefordert.

Ob also der große Befähigungsnachweis in Zukunft nur noch auf fakultativer Basis existieren soll, ist keine rechtliche, sondern eine politische Frage.

²⁷¹ Vgl. jüngst auf europäischer Ebene die Initiative der EU-Kommission gegen Reglementierungen des Berufszugangs COM (2013) 676 final, Mitteilung v. 02.10.2013.

²⁷² Diesen Ansatz verfolgt auch *Bulla*. Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, *GewArch* 2012, 470 (476); Vgl. auch die Ausführungen von *Leisner, W. G.*, Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? – Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme, *GewArch* 2006, 393 (393).

F. Einzelergebnisse und Gesamtergebnis

I. Einzelergebnisse der Abschnitte A. bis E.

1. Abschnitt A.

Anhand der in der jüngeren Vergangenheit ergangenen Rechtsprechung der beiden obersten Gerichte der unions- und der nationalen Rechtsordnung, dem EuGH und dem BVerfG, soll analysiert werden, inwieweit das ehemals von stark regulativen Zügen geprägte Berufsrecht der Handwerksordnung Veränderungen über möglicherweise erkannte deregulative Tendenzen erfahren hat, und ob dem Institut des großen Befähigungsnachweises in der heutigen Rechtslage und Rechtsprechung noch und weiterhin (die) entscheidende Bedeutung zukommt.

2. Abschnitt B.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich der große Befähigungsnachweis in einem Gefüge von zwei verschiedenen, miteinander stark verwobenen Rechtsordnungen behaupten muss. Beide Rechtsordnungen setzen Maßstäbe, an denen sich die Meisterpflicht messen lassen muss, eine Kontrolle, die von EuGH und BVerfG im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen und im sog. Verfassungsgerichtsverbund ausgeübt wird. Da die Vorrangfrage der beiden Rechtsordnungen zugunsten des Unionsrechts entschieden wurde, entsteht angesichts der Tatsache, dass ein bloßer Anwendungsvorrang vorliegt, unweigerlich das Problem der sog. Inländerdiskriminierung im Lichte der Regularien zum großen Befähigungsnachweis.

3. Abschnitt C.

Die Meisterpflicht auf nationaler Ebene ist unionsrechtlich unbedenklich, solange eine solche für EU-Ausländer nicht bei Ausübung eines Handwerkes direkt gefordert wird oder die Erbringung einer Dienstleistung durch verfahrensrechtliche Hindernisse beeinträchtigt wird.

Dementsprechend findet für rein innerstaatliche Sachverhalte keine (direkt²⁷³) unionsrechtlich motivierte Deregulierung statt.

Insgesamt jedoch geht infolge dieser Rechtslage die Regelungsdichte zurück, da zumindest die Qualifikationsanforderungen des Meisters über § 9 HwO i.V.m. der EU/EWR HwV gegenüber Unionsbürgern nicht gefordert werden können. Hier wurde vielmehr durch das Unionsrecht ein System der gegenseitigen Anerkennung implementiert. Eine Bewilligung bleibt zwar zu

²⁷³ Zur indirekten Relevanz aufgrund der Inländerdiskriminierung, siehe die Ausführungen unter D. III. 2. b) dd).

erteilen, die Prüfungsbefugnisse in diesem Rahmen sind jedoch weitgehend formeller Natur.

Von einer völligen Aushöhlung des großen Befähigungsnachweises durch das Unionsrecht kann auf Grundlage dieser Erkenntnisse im Ergebnis jedoch nicht gesprochen werden. Im Gegenteil, der große Befähigungsnachweis als solcher ist vom Unionsrecht unberührt. Dass über die strengeren Anforderungen des nationalen Rechts an Inländer im Vergleich zu anderen Unionsbürgern, aufgrund einer möglicherweise daraus erwachsenden, sog. Inländerdiskriminierung gegebenenfalls (weiter) deregulierender Handlungsbedarf entsteht, soll im Folgenden noch erörtert werden. Trotz dieser unterschiedlichen Regelungsdichte bei rein nationalen und bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kann daher in Summe immer noch von einer weiterhin unbeschränkten Bedeutung des großen Befähigungsnachweises gesprochen werden.

4. Abschnitt D.

Es lässt sich festhalten, dass zur alten Fassung des großen Befähigungsnachweises in der jüngeren Vergangenheit insbesondere im Hinblick auf die bestehende Inländerdiskriminierung judikative verfassungsrechtliche Bedenken geäußert wurden, die zusammen mit den schon im Jahr 1961 festgestellten Kritikpunkten dazu geführt haben, dass der Gesetzgeber mit der Novellierung aus dem Jahr 2003 durch ein flächendeckendes Ausnahmesystem sowie durch eine Neuordnung der zulassungspflichtigen Berufe eine starke Deregulierung vorgenommen hat.

Gleichwohl besteht das System des großen Befähigungsnachweises fort und wäre auch für die Zukunft Änderungen zugänglich, die wieder stärker regulative Tendenzen aufweisen.

5. Abschnitt E.

Eine Deregulierung in dem Sinn, dass der Meister nur noch fakultativ erworben werden kann, ohne eine Berufszulassungsbeschränkung darzustellen, ist sowohl mit Unions- als auch mit Verfassungsrecht vereinbar. Allerdings ist eine solche nicht zwingend gefordert.

Ob also der große Befähigungsnachweis in Zukunft nur noch auf fakultativer Basis existieren soll, ist keine rechtliche, sondern eine politische Frage.

II. Gesamtergebnis

Die Handwerksordnung sieht nach wie vor das System des großen Befähigungsnachweises in seiner ursprünglichen Form als Berufszulassungsbeschränkung vor, auch wenn sich die gesetzliche Begründung der Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfrei-

heit und der unionsrechtlichen Grundfreiheiten über die Zeit geändert haben.

Diese Änderungen haben zwar den Regulierungsumfang dieses Instituts verringert, dennoch ist es in eben dieser Form, die es gerade auch wegen der in der jüngeren Rechtsprechung geäußerten Kritik zum alten System erhielt, mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Deutschland und den europäischen Vorgaben vereinbar.

Im Lichte des jüngst wiederholt auftretenden Gedankens des *Allgemeinwohlbelangs des Verbraucherschutzes* wäre sogar eine insoweit wieder intensivere Regulierung des großen Befähigungsnachweises denkbar, stellt doch dieser Belang über Grenzen hinweg diesbezüglich einen verfassungsrechtlich und unionsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund dar.

Literaturverzeichnis

Beaucamp, Guy

Meister ade – Zur Novelle der Handwerksordnung, DVBl. 2004, 1458 ff.

Bergmann, Jan

Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl. 2012

Bulla, Simon

Ist das Berufszulassungsregime der Handwerksordnung noch verfassungsgemäß?, GewArch 2012, 470 ff.

Callies, Christian/Ruffert, Matthias

EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl., München 2011

Dauses, Manfred A.

Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 34. Ergänzungslieferung, München 2013

Detterbeck, Steffen

Handwerksordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 2008

Diefenbach, Wilhelm

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 03.10.2000 und die „Registrierung“ von Handwerkern, GewArch 2001, 305 ff.

Einwirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Kammerrecht, GewArch 2006, 217 ff.

Dürr, Wolfram

Verhältnismäßigkeit der Meisterpflicht im Handwerk, GewArch 2007, 18 ff.

Fiege, Carsten

Der Filialhandwerker in Deutschland und Europa, GewArch 2001, 409 ff.

Frenz, Walter

Handwerkliche Qualifikation und EU-Recht, Eine Untersuchung zu den Auswirkungen der Berufsankennungs- und der Dienstleistungsrichtlinie vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten, LFI-Schriftenreihe 2006

Selbständigenfreiheit, Berufsqualifikationen und neue Richtlinien, GewArch 2007, 10

Frotscher, Werner/Kramer, Ursula

Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 6. Aufl., München 2013

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin

Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV, 51. Ergänzungslieferung 2013

Honig, Gerhart/Knörr, Matthias

Handwerksordnung, 4. Aufl., München 2008

Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., München 2009

Kormann, Joachim/Hüpers, Frank

Das neue Handwerksrecht, Rechtsfolgen aus der HwO-Novelle 2004 für Handwerksbetriebe und -organisationen, Überblick, Zweifelsfragen und erstes Resümee, LFI- Schriftenreihe 2004, S. 1 ff

Inländerdiskriminierung durch Meisterpflicht?, GewArch 2008, 273 ff.

Kormann, Joachim/Liegmann, Jörg

Zur Abgrenzung des Vollhandwerks, Band I, 2006.

Krajewski, Markus

Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie an Genehmigungsregelungen und ihre Umsetzung im deutschen Recht, NVwZ 2009, 929 ff.

Kramer, Ursula

Die Meisterpflicht im Handwerk – Relikt oder Weg in die Zukunft, GewArch 2013, 105 ff.

Landmann, Robert/Rohmer, Gustav

Gewerbeordnung, Kommentar, 65. Aufl. 2013

Leisner, Walter

Handwerksrecht und Europarecht – Verstößt der Große Befähigungsnachweis gegen Gemeinschaftsrecht? GewArch 1998, 445 ff.

Leisner, Walter Georg

Der Meistertitel im Handwerk – (weiter) ein Zwang? – Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme, GewArch 2006, 393 ff.

Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 ff.

Die „wesentliche Tätigkeit“ eines Handwerks gem. § 1 Abs. 2 HwO – Rechtsprechungsanalyse und systematische Einordnung von Einzel(grenz)fällen, LFI-Schriftenreihe 2014

- v. *Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Stark, Christian*
 Grundgesetz, Kommentar, Band I, 5. Aufl., München 2005
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*
 Grundgesetz, Kommentar, 69. Ergänzungslieferung, München 2013
- Mirbach, Horst*
 Anfang vom Ende des Meisterzwangs? NVwZ 2001, 161 ff.
- Müller, Martin*
 Meisterpflicht und Gefahrgeneigtheit, GewArch 2007, 361 ff.
- Pielow, Johann-Christian*
 Gewerbeordnung, Kommentar, 1. Aufl., München 2009
 Gewerberecht, Kommentar, Stand 1.1.2013, Edition 25
- Rieger, Frank*
 Europäischer Binnenmarkt noch nicht vollendet, GewArch 2012, 477 ff.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland*
 Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012
- Schwannecke, Holger*
 Die Deutsche Handwerksordnung, Kommentar, Stand Mai 2012, Berlin 2012
- Sodan, Helge*
 Grundgesetz, Kompaktcommentar, 2. Aufl., München 2011
- Streinz, Rudolf*
 EUV/AEU, Kommentar, 2. Aufl., München 2012
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf*
 Gewerbeordnung, Kommentar, 7. Aufl., München 2004
- Traublinger, Heinrich*
 Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?
 GewArch 2003, 353 ff.
- Vofßkuhle, Andreas*
 Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, 1 ff.
- v. *Wallenberg, Gabriela*
 Die Bedeutung des Meisterbriefs in Zeiten von Qualitätsmanagement und Europäischen Normen, EuZW 1995, 396 ff.

Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 18. Legislaturperiode

Rechtsprechungsübersicht

BVerfGE 7, 377

BVerfGE 63, 266

BVerfGE 81, 242

BVerfGE 89,155

BVerfGE 37,271

BVerfGE 102, 197

BVerfGE 82, 159

BVerfGE 31, 145

BVerfGE 134, 267

BVerfGE 75, 223

BVerfGE 13, 97

BVerfGE 17, 110

BVerfGE 10, 354

BVerfGE 17, 319

BVerfGE 32, 346

BVerfGE 51, 43

BVerfGE 76, 1

BVerfG 2 BvR 1619, 1628/83

BVerfG 1 BvR 1778/01

BVerfG 1 BvR 2176/98

BVerfG 1 BvR 2129/02

BVerfG 2 BvR 449/02

BVerfG 2 BvR 103/04

BVerfG 2 BvR 103/03

BVerfG 2 BvR 532/02

BVerfG 2 BvR 449/02

BVerfG 1 BvR 608/99

BVerfG 1 BvR 1730/02

BVerfG 2 BvE 2/08

BVerfG 2 BvE 6/12, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR
1439/12, 2 BvR 1440/12

BVerfG 2 BvL 1/97

EuGH C-6/46

EuGH C-26/62

EuGH C-106/77

EuGH C-205-21

EuGH C-5/82

EuGH C-62/00

EuGH C-58/98

EuGH C-555/07

EuGH C-314/85

EuGH C-115/78

EuGH C-193/97

EuGH C-194/97

EuGH C-130/88

EuGH C- 215/01

EuGH C-271/82

EuGH C-120/78

EuGH C-33/74

EuGH C-19/92

EuGH C-215/82

EuGH C-55/94

EuGH C-424/09

EuGH C-564/07

EuGH C-172/07

EuGH C-338/04

EuGH C-555/07

EuGH C-39/75

EuGH C-243/01

EuGH C-238/89

EuGH C-51/93

EuGH C-470/93

EuGH C-210/96

EuGH C-303/97

EuGH C-220/98

EuGH C-60/00

EuGH EuZW 2000, 763

BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 – 8 C 9.10 –

OVG NRW GewArch 1997, 40

OVG NRW, Urt. v. 26.02.2010 – 4 A 1499/066 –

Österr. VerfGH, Entscheidung v. 09.12.1999 – G 42/99, V 99/11, G 135/99,
V 77/99-8 –

