



Internationale Göttinger Reihe

Herausgeber: J.-P. Cuvillier

RECHTSWISSENSCHAFT

Andrea Schnattinger

**Die Rückwirkung des
Europarechts auf das deutsche
Gewerberecht**

Band 2



Cuvillier Verlag Göttingen

Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

***Die Rückwirkung des
Europarechts auf das deutsche
Gewerberecht***

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von
Andrea Schnattinger
aus Würzburg

2005

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2005
Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2005
ISBN 3-86537-514-6

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2005
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

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

1. Auflage, 2005
Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-514-6

Meinen Eltern

Vorwort

Die europäische Integration erfasst sämtliche Bereiche des Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrechts und macht auch vor dem deutschen Gewerberecht nicht halt. Der Grad der Europäisierung im Sinne eines zunehmenden Einfluss europarechtlicher Vorgaben für die rechtspolitische Ausgestaltung der deutschen Verwaltungsrechtsordnung oder die europarechtskonforme Interpretation des bestehenden Verwaltungsrechts wird dabei weniger durch die jeweiligen Rechtsmaterien als durch den Grad grenzüberschreitender Sachverhalte innerhalb der einzelnen Rechtsmaterien bestimmt.

Die vorliegende Dissertation der juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg legt deshalb Wert darauf das deutsche Gewerberecht nicht mehr allein aus nationalstaatlicher Sicht zu betrachten indem die bisherigen rechtlichen Diskussionen um eine Europäisierung des Gewerberechts nachgezeichnet und vor diesem Hintergrund Ansatzpunkte zur Liberalisierung und Harmonisierung der Zulassungs- und Ausübungsregeln des deutschen Gewerberechts aufgezeigt werden.

An erster Stelle bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz für die Betreuung der Arbeit und die außerordentliche schnelle Erstellung des Erstgutachtens.

Besonderer Dank gilt auch meinen Eltern, die durch ihre großzügige finanzielle Unterstützung die Erstellung dieser Arbeit ermöglichten und Herrn Dr. Sebastian Braun, der mir mit konstruktiven Anregungen stets hilfreich zur Seite stand.

Zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Ralf Jahn für die Zweitbegutachtung.

Würzburg, im Juli 2005

Andrea Schnattinger

I. ERSTER TEIL: EINFÜHRUNG.....	10
A. Qualifikation des Untersuchungsgegenstandes: Das Gewerberecht.....	10
B. Gang der Untersuchung	12
II. ZWEITER TEIL: DAS DEUTSCHE GEWERBERECHT -HISTORISCHE ENTWICKLUNG	13
A. Der Wandel der Wirtschaftsordnung: Vom Merkantilismus zum Liberalismus	13
1. Grundideen des Liberalismus.....	13
2. Wirtschaftliche Neuordnung im Liberalismus	14
3. Ablösung des Absolutismus.....	15
B. Die Gewerbefreiheit in Deutschland: Preußen als Vorreiter.....	17
C. Vom Gewerbesteueredikt zur Gewerbeordnung	18
D. Die Gewerbefreiheit im Industriezeitalter.....	20
1. Der erste Weltkrieg	20
2. Die Weimarer Republik	20
3. Der Nationalsozialismus	22
4. Nachkriegswirtschaft	22
E. Heutige Wirtschaftsverfassung und Regelungsinhalt der Gewerbeordnung.	23
III. DRITTER TEIL: DAS EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTSRECHT	24
A. Die wirtschaftliche Grundkonzeption der Europäischen Union	25
4. Gegenstand des Europäischen Wirtschaftsrechts.....	25
5. Der Gemeinsame Markt und das Binnenmarktkonzept	26
a) Die Etablierung des Gemeinsamen Marktes	26
b) Das Binnenmarktkonzept.....	27
c) Differenzierung der Begriffe „Binnenmarkt“ und „Gemeinsamer Markt“.....	29
6. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union	31
a) Grundbekenntnis zur Marktwirtschaft	32
b) Bereiche der Intervention.....	33
c) Mixed Economy	34
7. Materielle rechtliche Prinzipien des europäischen Wirtschaftsmodells: Die vier Marktfreiheiten	35
a) Diskriminierungsverbot	36
b) Versteckte Diskriminierung	37
8. Umsetzung des Binnenmarktkonzepts	38
a) Beseitigung von Handelshemmnissen	39

b)	Rechtsangleichung.....	39
(1)	Unterschiedliche Begrifflichkeiten.....	40
(2)	Methoden der Rechtsangleichung.....	40
(3)	Instrumente der Rechtsangleichung.....	42
(4)	Rechtsgrundlagen für die Rechtsangleichung.....	42
(5)	Rechtsfolgen der Angleichung.....	43
c)	Einbeziehung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in das Konzept der Rechtsangleichung.....	44
(1)	Verankerung des Anerkennungsprinzips.....	45
(2)	Gegenseitige Anerkennung nationaler Standards aufgrund sekundärrechtlicher Verpflichtungen.....	46

B. Auswirkung der europäischen Wirtschaftsvorgaben speziell auf das deutsche Gewerberecht bezogen.....47

1.	Allgemeine Funktionen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.....	47
2.	Anwendungsbereich und Wirkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.....	48
a)	Verbotsadressaten und Privatrechtswirkung.....	48
b)	Art der staatlichen Maßnahmen.....	48
c)	Sachverhalte mit Gemeinschaftsbezug.....	48
d)	Gefahr der Inländerdiskriminierung.....	49
3.	Niederlassungsfreiheit, Art. 42 ff EGV.....	49
a)	Ausformung der Niederlassungsfreiheit.....	49
b)	Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich.....	50
c)	Niederlassungsformen.....	51
4.	Liberalisierung im Bereich der Niederlassungsfreiheit.....	51
5.	Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 ff EGV.....	52
a)	Der Dienstleistungsbegriff.....	52
b)	Sachlicher Anwendungsbereich.....	53
c)	Persönlicher Anwendungsbereich.....	54
d)	Unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit.....	54
e)	Diskriminierungsverbot.....	54
6.	Liberalisierung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit.....	57

IV. VIERTER TEIL: DAS DEUTSCHE GEWERBERECHT IM LICHT DES GEMEINSCHAFTSRECHTS..... 58

A. Gewerbefreiheit für „jedermann“..... 60

B. Der Berufszugang im Handwerk..... 61

1.	Zielsetzung der Handwerksordnung.....	61
2.	Besonderheiten im deutschen Handwerkswesen.....	62
3.	Der dynamische Handwerksbegriff.....	64

C. Der Meistertitel als Befähigungsnachweis..... 65

1.	Vereinbarkeit des Großen Befähigungsnachweises mit der Berufsfreiheit	65
a)	Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO	67
b)	Eintragungspflicht auch für Ausländer?	67
c)	Ausnahmegenehmigungen gem. § 9 HwO	68
2.	Niederlassungsfreiheit.....	68
D.	Europarechtwidriges deutsches Handwerk?	68
1.	Europarechtlicher Maßstab für das Handwerk.....	69
2.	Ratsrichtlinie 64/427/EWG.....	69
3.	Übergangsregelung nach der EWG/EWR-Handwerkverordnung	69
a)	„Sechs-Jahres-System“ als Erleichterung für EU-Handwerker?	70
b)	Berufsbilder der Handwerksordnung	70
4.	Kein Liberalisierungsfahrplan durch die Ratsrichtlinie 64/427/EWG.....	70
5.	Europäische Dienstleistungsfreiheit und die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle	71
a)	Problematik einer punktuellen Dienstleistungserbringung im Inland.....	71
(1)	Rechtfertigung von Beschränkungen.....	71
(2)	Unterschiedlose Behandlung dienstleistender und niedergelassener Handwerker durch die Handwerksordnung	72
b)	Rückkehr in das Heimatland des Handwerker	73
c)	Das Urteil des EuGH vom 3.10.2000	73
E.	Gefahr der Inländerdiskriminierung	74
1.	Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	74
2.	Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichts- hofes	76
3.	Urteil des EuGH vom 3.10.2000.....	77
a)	Rechtssätze der Entscheidung	77
b)	Entscheidungsgründe	78
(1)	Rechtfertigung von Beschränkungen	79
(2)	Schlussfolgerung des EuGH	80
c)	Auswirkungen des EuGH-Urteils auf die deutsche Gesetzeslage	80
(1)	Niederlassungsfälle	82
(2)	Dienstleistungsfälle	82
(a)	Aufnahme der Tätigkeit	83
(b)	Tätigkeiten ohne Handwerksrolleneintragung	84
(c)	Eintragung in die Handwerksrolle ohne Ausnahmebewilligung	85
(d)	Kosten der Handwerksrolleneintragung; Ausstellung der Handwerkskarte	86
(e)	Zwangsmitgliedschaft in der Handwerkskammer.....	87
(f)	Fallgruppe der Handwerker, die das Ausnahmebewilligungsverfahren durchlaufen müssen.....	89
4.	Anpassung des nationalen Rechts	90
a)	Bereiche ohne Anpassungspflicht	90
b)	Anpassung an die Entscheidungssätze des EuGH-Urteils	91
(1)	Anpassungen an den ersten Entscheidungssatz	91

(2) Anpassung an den zweiten Entscheidungssatz	92
c) Anpassung an Folgerungen aus dem EuGH-Urteil	93
5. Europäisches Gemeinschaftsrecht und Inländerdiskriminierung	94
a) Das grenzüberschreitende Element	94
b) Verbot der Ausländerdiskriminierung	95
c) Lösungsansätze der Literatur	95
6. Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht	96
a) Fallgruppe Berufszulassung	97
b) Fallgruppe Berufsausübung	97
7. Gleichheitssatz Art. 3 Abs. 1 GG und Inländerdiskriminierung	98
a) Fallgruppe der Berufszulassung	99
(1) Lösungsansatz des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs	99
(2) Übertragbarkeit der österreichischen Lösung auf das deutsche Handwerk	100
(3) Praktische Relevanz der „österreichischen Lösung“ für die Bundesrepublik Deutschland	101
b) Fallgruppe der Berufsausübung	102
(1) Keine Niederlassung in Deutschland	102
(2) Sonderregelung für lediglich vorübergehende Tätigkeiten eines Inländers?	103
8. Aushöhlung des Meisterbriefes	103
a) Umgehung nationaler Vorschriften	104
b) Gemeinschaftsrechtliche Kompetenzen für handwerkrechtliche Regelungen	104
9. Abschaffung des Großen Befähigungsnachweises	105
a) Bedeutung des Meisterbriefs für die Ausbildung im Handwerk	105
b) Bedeutung des Meisterbriefs für Qualität und Leistungsfähigkeit des Handwerks	105
10. Perspektiven	106

F. Berufszulassungs- und Ausübungsregeln am Maßstab der Niederlassungsfreiheit..... 106

1. Das Diskriminierungsverbot des Niederlassungsrechts	107
2. Die Niederlassungsfreiheit als ein Verbot der umgekehrten Diskriminierung.	108
3. Vereinbarkeit von deutschem Handwerksrecht mit der Niederlassungsfreiheit	111

G. Handwerksnovelle zum 1.1.2004: Die rechtliche Zukunft des deutschen Handwerks im geeinten Europa..... 111

1. Statistische Auswertung: Überwinden einer Strukturkrise durch die Handwerksnovelle?	113
a) Gesetzgeberische Intention	113
b) Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durch die Handwerksnovelle	113
c) Zulassungsbeschränkungen nur in Gefahrenbereichen	114
(1) Neustrukturierung der Anlagen A und B zur Gewerbeordnung	114
(2) „Altgesellenregelung“	115

d)	Anpassungen des Ausnahmbewilligungsrechts nach § 9 HwO und der EU/EWR-Handwerk-VO	116
(1)	Änderungen der Handwerksordnung	116
(2)	Änderungen bei der Anwendung der EU/EWR-Handwerk-Verordnung durch die Handwerksnovelle	117
2.	Kritik des Handwerks an der Reform der Handwerksordnung	117
3.	Kritik der Literatur	118
4.	Eigene Stellungnahme:	119
H.	Berufsausübungsregelungen im Deutschen Gewerberecht	121
1.	Handwerkliche Organisation und europäische Integration	121
2.	Europarechtliche Fragestellungen: Pflichtmitgliedschaft und Grundfreiheiten	124
I.	Parallele Betrachtungen zum allgemeinen Gewerberecht	125
1.	Beschränkungen im Gewerberecht	125
a)	Gewerbeuntersagung, § 35 GewO	126
b)	Anzeigepflicht, § 14 GewO	127
2.	Mögliche Änderungen der Gewerbeordnung	128
a)	Gemeinschaftsrechtlicher „Novellierungsdruck“	128
b)	Rechtfertigung von Beschränkungen	129
c)	Vollständige Liberalisierung der Gewerbeordnung	129
3.	Reforminitiativen	130
V.	FÜNFTER TEIL: DIE INDUSTRIE UND HANDELSKAMMERN; KAMMERSELBSTVERWALTUNG AUS DEM BLICKWINKEL DES EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTSRECHTS	131
A.	Historischer Hintergrund	131
B.	Aufgabe der Industrie und Handelskammern	134
1.	Wahrnehmung des Gesamtinteresses der gewerblichen Wirtschaft und Erledigung staatlicher Pflichtaufgaben	134
a)	Veränderung der Aufgaben durch Europa	135
b)	European Agencies	136
2.	Stellung der Kammern im europäischen Verwaltungsraum	136
C.	Pflichtmitgliedschaft	137
1.	Vereinbarkeit mit dem nationalen Verfassungsrecht	138
a)	Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG	139
b)	Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	140
c)	Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG	141
d)	Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	141
(1)	Wahrnehmung legitimer öffentlicher Aufgaben	141
(2)	Legitime öffentliche Aufgabe	142
(3)	Verhältnismäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft	143

e)	Grundrechtserheblichkeit der Pflichtmitgliedschaft.....	144
(1)	Eingriffsqualität der Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden.....	144
(2)	Einräumung einer begünstigenden Rechtsstellung mit gleichzeitiger Belastung	145
(3)	Unterscheidung zwischen Aufgabenverstaatlichung und der verwaltungsorganisatorischen Form ihrer Wahrnehmung	145
(4)	Kein grundrechtlicher Abwehranspruch gegen die Mitgliedschaft ..	146
2.	Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht	146
a)	Verstoß gegen Dienstleistungsfreiheit.....	147
b)	Verstoß gegen Niederlassungsfreiheit.....	147
(1)	Vorliegen einer Beschränkung.....	148
(2)	Rechtfertigung einer Beschränkung	148
c)	Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK.....	149
(1)	Auswirkung auf die nationalen Kammerverweigerer.....	150
(2)	Registrierungsproblem bei EU-Ausländern, Harmonisierungsbedarf ..	150
3.	Funktionsbedingungen der funktionalen Selbstverwaltung	151
a)	Weitgehende Entscheidungsspielräume der Mitglieder	151
b)	Integrationsrolle der Selbstverwaltungsträger	152
c)	Europaweiter organisatorischer Harmonisierungsbedarf	152
D.	Ausblick.....	153
E.	Zusammenfassung	155

I. Erster Teil: Einführung

A. Qualifikation des Untersuchungsgegenstandes: Das Gewerberecht

Das Gewerberecht ist die klassische Materie des Wirtschaftsverwaltungsrechts, das die Rechtsbeziehung zwischen Gewerbetreibenden und Staat regelt.¹ Eine besondere Bedeutung des Gewerberechts innerhalb der gesamten Rechtsordnung ist damit zu erklären, dass die meisten Bereiche wirtschaftlicher Betätigung unter das Rechtsregime des Gewerberechts fallen, das sich mit sämtlichen Facetten der selbstständigen Berufsausübung befasst.² Zudem war das Gewerberecht seit dem 19. Jahrhundert fast das einzige öffentliche Recht, das Geltung für die Wirtschaft entfaltete. Erst in neuerer Zeit hat eine Erweiterung des Wirtschaftsverwaltungsrechts um mehrere, selbstständig neben dem Gewerberecht stehende, Bereiche stattgefunden. Diese Gebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts haben sich zwar eigenständig entwickelt, die Grundgedanken leiten sich jedoch aus dem Gewerberecht, als der Wurzel des Wirtschaftsverwaltungsrechts, her.³

Andererseits ist das Gewerberecht aber auch als Sonderordnungsrecht⁴ von großer Bedeutung. Die Qualifikation als Ordnungsrecht rührt aus dem verfolgten Hauptziel des Gewerberechts, die Allgemeinheit, bestimmte Personen und Rechtsgüter vor Gefahren zu schützen, die aus dem Betrieb eines Gewerbetreibenden hervorgehen, oder dem Gewerbetreibenden zuzurechnen sind. Einige Stimmen bezeichnen das Gewerberecht sogar als „Wirtschaftsüberwachungsrecht“.⁵ Vor diesem Hintergrund ist auch die prägnante Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts zu sehen: „Die Gewerbeordnung ist besonderes Ordnungsrecht und daher zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bestimmt. Sie soll die Allgemeinheit und Einzelne gegen Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen schützen, die erfahrungsgemäß durch bestimmte wirtschaftliche Betätigungen herbeigeführt werden können“.⁶ Zur Gewerbeüberwachung hat der Gesetzgeber ein abgestuftes rechtstechnisches Instrumentarium zur Verfügung gestellt. In formaler Hinsicht findet die Gewerbeüberwachung durch die Instrumente der Anzeigepflicht, die Untersagungsermächtigung sowie das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt statt. In einzelnen Sonderfällen, die eines besonderen Schutzes bedürfen, bestehen auch repressive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt. Als materieller Maßstab besteht in erster Linie die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden; in Einzelfällen wird zusätzlich die Sachkunde eingefordert. Die Instrumentarien zur Gewerbeüberwachung sind somit entweder als Berufszulassungsregelungen, wie bei den Erlaubnispflichten, oder als Regelung der Berufsausübung, wie bei der Anzeigepflicht, ausgestaltet. Folglich ist das Ziel des Gewerberechts vor allem die Sicherung eines ordnungsgemäßen Wirtschaftsablaufs durch

¹ *Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, Kommentar zur Gewerbeordnung, Einl. Rn. 1.

² *Stober*, Lexikon des Rechts – Gewerberecht, Einleitung S. XXIII.

³ Hier sind beispielsweise das Organisationsrecht der Wirtschaft, das Kartellrecht, das Preisrecht und die besonderen Regelungen für einzelne Wirtschaftszweige, wie etwa Banken und Versicherungen, für den Energie- und Verkehrsbereich und die Landwirtschaft, zu nennen, vgl. *Sprenger-Richter*, in: *Robinski*, Gewerberecht, Rn. 1.

⁴ BVerfGE 41, S. 344 (355); *Dreier*, in: *NVwZ*, 1988, S. 1073.

⁵ *Henke*, in: *DVB1*. 1983, S. 983.

⁶ BVerwG, in: *GewArch* 1976, S. 293 (294).

den Schutz vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden. Dieses Ziel wird im Verwaltungsvollzug durch belastende Verwaltungsakte verfolgt. So etwa durch Versagung, Rücknahme oder Widerruf von Erlaubnissen, Auflagenerteilung oder Gewerbeuntersagung.⁷

Seine grundlegende Normierung findet das Gewerberecht in der Gewerbeordnung, die daher auch als „Grundgesetz des Gewerberechts“ bezeichnet wird. Die Gewerbeordnung führt zahlreiche genehmigungspflichtige Tatbestände auf und nimmt zu unterschiedlichen Gewerbeformen Stellung. Das Aufkommen neuer gewerblicher Erscheinungsformen hat jedoch auch einige Gesetzesspezialisierungen nach sich gezogen.⁸

Das deutsche Gewerberecht in seiner ausdifferenzierten Gesamtheit kann jedoch heute nicht mehr allein aus nationalstaatlicher Sicht betrachtet werden. Durch die Integration Deutschlands in die Europäische Gemeinschaft und der Existenz eines Binnenmarktes ist nunmehr stets der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf mitgliedstaatliches Gewerberecht zu beachten. Das Gemeinschaftsrecht enthält verfahrensrechtliche und materielle Vorgaben, die als *lex superior* in den Mitgliedstaaten anzuwenden sind, bzw. das nationale Recht ist gemeinschaftskonform auszulegen. Denn das vertragsbegründete und organschaftliche Gemeinschaftsrecht ist die eigene und einheitliche Rechtsordnung des Binnenmarktes, das gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten Geltungs- und Anwendungsvorrang beansprucht.⁹ Die Aus-

⁷ *Sprenger-Richter*, in: Robinski, Gewerberecht, Rn. 5 und Rn. 6.

⁸ Als Gewerbenebenrechte sind beispielsweise zu nennen: Apothekenrecht, Güterkraftverkehrsrecht, Lebensmittelrecht Ladenschlussrecht, Gaststättenrecht sowie das Handwerksrecht, vgl. *Stober (Hrsg.)*, Lexikon des Rechts (Gewerberecht), Einleitung S. XXIII.

⁹ Die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht, wenn beide Rechtsordnungen denselben Sachverhalt regeln, wird heute einheitlich mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts beantwortet. Ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Begründungen in der Wissenschaft sowie der europäischen und nationalen Rechtsprechung, ist es aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht von besonderer Bedeutung, dass sich das Gemeinschaftsrecht im Kollisionsfall durchsetzt. Denn nur so kann eine einheitliche Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten sichergestellt werden, vgl. *Koenig/Haratsch*, Europarecht, Rn. 113; In seinem Urteil im Fall *Costa-ENEL*, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251 (1261), führt der EuGH aus: „Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen wurde und von deren Gerichten anzuwenden ist. Denn durch die Gründung einer Gemeinschaft für unbegrenzte Zeit, die mit eigenen Organen, mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, mit internationaler Handlungsfähigkeit und insbesondere mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft herrührenden Hoheitsrechten ausgestattet ist, haben die Mitgliedstaaten, wenn auch auf begrenztem Gebiet, ihre Souveränitätsrechte beschränkt und so einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist. Die Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten und, allgemeiner, Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommenen Rechtsordnung nachträglich einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen. Solche Maßnahmen stehen der Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung daher nicht entgegen. Denn es würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Art. 5 (*jetzt Art. 10*) Abs. 2 aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten und dem Verbot des Art. 7 (*jetzt Art. 12 EGV*) widersprechende Diskriminierung zur Folge

führung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts verbleibt jedoch bei den nationalen Behörden und Gerichten. Für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes ist es erforderlich die Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu „harmonisieren“. Diese Rechtsangleichung wird vor allem durch Richtlinien gem. Art. 249 Abs. 2 EGV, bewerkstelligt, deren mangelhafte Umsetzung zur Haftung des Mitgliedstaates führen kann.¹⁰

Die Erledigung der Verwaltungsaufgaben ist auf viele Verwaltungsstellen verteilt. Daneben werden die Gewerbeaufgaben aber teilweise auch von der Selbstverwaltung der Wirtschaft erledigt, die auf dem Prinzip der Pflichtmitgliedschaft beruht.

B. Gang der Untersuchung

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Eigenheiten des deutschen Gewerberechts den Herausforderungen eines zusammenwachsenden Europas standhalten bzw. inwiefern Reformen durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben veranlasst sind. Zu den Eigenarten des deutschen Gewerberechts zählen Berufszulassungsschranken und Berufsausübungsregeln, wie etwa der Große Befähigungsnachweis im Handwerk oder Eintragungs- und Anzeigepflichten, sowie die Mitgliedschaften in Kammern und Berufständischen Vereinigungen, um die markantesten zu nennen. Die Berechtigung gewerberechtl. Traditionen muss im Zeitalter des Binnenmarktes, auch ohne konkret bestehender gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtung, stetig hinterfragt werden.

Der Zweite Teil dieser Untersuchung beschäftigt sich, für ein grundlegendes Verständnis, mit der historischen Entwicklung des deutschen Gewerberechts und dem Wandel der Maximen des Liberalismus, die sich weitgehend auch in den Leitlinien der wirtschaftlichen Konzeption der Europäischen Union wieder finden lassen.

Mit der Europäischen Union als derzeitige Integrationsstufe, ihrer Struktur und ihrem Recht befasst sich der dritte Teil. Ein besonderes Augenmerk wird in diesem dritten Teil auf die wirtschaftliche Konzeption der Europäischen Union, vor allem auf die Marktfreiheiten der Dienst- und Niederlassungsfreiheit mit den daraus resultierenden Diskriminierungsverboten, gelegt, sowie die Umsetzung dieser Konzeption in den Mitgliedstaaten durch das Institut der Rechtsangleichung. Es folgt eine Darstellung der Auswirkung der europäischen Wirtschaftsvorgaben auf das deutsche Gewerberecht.

haben, wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem Staat zum anderen verschiedene Geltung haben könnte.“

Zusammenfassend bemerkt der EuGH: „Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, und somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“ In seinem Urteil vom 9. März 1978 in der Rs. 106/77 Simmenthal II, Slg. 1978, S. 629, hat der Gerichtshof den Vorranganspruch folgendermaßen zusammengefasst: „Aus alledem folgt, dass jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit aufgerufene Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es dem einzelnen verleiht, zu schützen, indem er jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts, gleichgültig ob sie früher oder später als das Gemeinschaftsrecht entstanden ist, unangewendet läßt.“

¹⁰ *Badura*, in: Schmidt-Aßmann, BesVerwR, Rn. 26.

Der Vierte Teil misst zunächst am Beispiel des Handwerks bestehende Berufszulassungs- und Berufsausübungsregeln des deutschen Gewerberechts an den Marktfreiheiten der Dienst- und Niederlassungsfreiheit. Aufgezeigt werden Änderungen des Gewerberechts, die sich notwendig durch das Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung des EuGH ergeben, außerdem werden Änderungspotenziale auch im Hinblick auf eine eventuelle Inländerdiskriminierung dargestellt. Anschließend findet eine parallele Betrachtung des allgemeinen Gewerberechts statt, das im Gegensatz zum Handwerk nicht von einer Zulassungsbeschränkung wie dem Meisterbrief, sondern einer grundsätzlichen Gewerbefreiheit geprägt ist. Dennoch bestehen auch hier einzelne Vorbehalte und Ausübungsregeln, die auf ihrem Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu überprüfen sind.

Der fünfte und letzte Teil beschäftigt sich mit der funktionalen Selbstverwaltung durch die Industrie- und Handelskammern, die, insbesondere durch die bestehende Pflichtmitgliedschaft und der damit verbundenen Beitragspflicht, auf nationaler Ebene in eine Legitimationskrise geraten sind. Die Pflichtmitgliedschaft wird hier an den Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts und dem Gemeinschaftsrecht gemessen, woraus sich insbesondere Veränderungen für Gewerbetreibende aus anderen Mitgliedstaaten ergeben, während die Auswirkungen auf die nationalen „Kammerverweigerer“ als gering bezeichnet werden können. Gleichwohl sollten bestehende Reformpotentiale auch ohne einen spürbaren gemeinschaftsrechtlichen Zwang genutzt, selbst wenn die Träger funktionaler Selbstverwaltung gerade durch die Europäische Union einen neuen Aufschwung erleben, nämlich als Instrument der Integrationsförderung und idealtypisch favorisierter Organisationstyp der Verwaltung.

II. Zweiter Teil: Das deutsche Gewerberecht -Historische Entwicklung

A. Der Wandel der Wirtschaftsordnung: Vom Merkantilismus zum Liberalismus

Das Gewerberecht ist eine äußerst facettenreiche Rechtsmaterie, da es das „Gewerbegesetz“ nicht gibt. In welche Richtung sich das Gewerberecht ausprägte, war stets von der Wirtschaftsverfassung der jeweiligen Epoche abhängig. Das heute geltende Gewerberecht in seiner weitgehend liberalen Ausgestaltung geht in seinen Ursprüngen auf die Zeit der Französischen Revolution zurück.¹¹ Seit dieser Zeit ist in den deutschen Territorien eine grundlegende Veränderung des Gemeinwesens zu verspüren und gleichzeitig die Durchsetzung liberalen Gedankenguts, das seit Ende des 18. Jahrhunderts in Europa gewaltsam Bahn brach.¹²

1. Grundideen des Liberalismus

Das liberale Freiheitsverständnis orientierte sich am Individuum, das aus seinen vielfältigen Bindungen zu entlassen ist. Das freiheitliche liberale Gedankengut setzte sich kämpferisch in Contraststellung zur fürstlichen Bevormundung und Fürsorge sowie gegen die personal-korporative Organisation des absolutistischen Gemeinwesens. Eines der Hauptanliegen der liberal-rechtstaatlichen Bewegung waren wirtschaftliche Reformen. Als Eckpfeiler des politi-

¹¹ *Frotscher*, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 6; *Rüfner*, in: DVP 1981, S. 213.

¹² *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte Bd. II, S. 11 ff.

schen und wirtschaftlichen Liberalismus ist die Forderung nach Gewerbefreiheit und Freihandel zu sehen.¹³ Die liberale Wirtschaftsdeidee forderte die weitgehende Freiheit der Wirtschaft vom Staat. Dies beinhaltet die Beseitigung sämtlicher durch den Staat geschaffenen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Beschränkungen des Gewerbes und des Handels.¹⁴ Die staatliche Einflussnahme wird zurückgedrängt und soll nur noch stattfinden, wenn polizeiliche Gefahrengrenzen überschritten werden. Schließlich wird eine rechtliche Grundlage geschaffen, auf der das Individuum prinzipiell frei, selbstinitiativ und eigenverantwortlich wirtschaftlich tätig werden kann.¹⁵ Durch die so geschaffene unternehmerische Freiheit des Bürgertums erwartete man einen vermehrten Kapitaleinsatz.¹⁶ Der Wirtschaftsliberalismus geht vor allem auf die Arbeiten von Adam Smith¹⁷ zurück. Dieser war hauptsächlich vom vernunftrechtlichen Naturrecht beeinflusst, das im natürlichen Bestreben des Einzelnen, in Freiheit seine wirtschaftliche Situation zu verbessern, die entscheidende Antriebskraft für den Wohlstand und Reichtum der Gesellschaft sah. Dem Liberalismus ging es darum den Wohlstand der Bürger zu fördern, indem der einzelne seine wohlverstandenen Individualinteressen verfolgt und damit notwendig einhergehend auch der Wohlfahrt seiner Mitmenschen dient.¹⁸ Der Kerngedanke des Liberalismus ist das Vertrauen auf das ökonomische Eigeninteresse der wirtschaftenden Bürger.¹⁹ Leitbild des Wirtschaftsliberalismus war daher auch eine nach den Grundsätzen der freien Berufswahl und Ausübung, des freien Eigentums, des gesicherten Wettbewerbs und des freien Austauschs von Dienstleistungen geordnete Wirtschaft, in der das Individuum seine Sonderinteressen verfolgt. Jeder Bürger sollte „seines Glückes Schmied“ sein.²⁰

2. Wirtschaftliche Neuordnung im Liberalismus

Das liberale Gedankengut spielte bei der wirtschaftlichen Neuordnung in Deutschland im 19. Jahrhundert eine entscheidende Rolle. Allerdings kam es in Deutschland nie zum Rückzug des Staates, in dem Umfang, wie er von den liberalen Theorien gefordert wurde. Zur Umsetzung der liberalen Vorstellungen bedurfte es staatlicher Gestaltungseingriffe in die wirtschaftliche Entwicklung um diese in liberale Bahnen zu lenken. Nicht zuletzt sollte aber auch den

¹³ *Frotscher*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 148.

¹⁴ *Badura*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 15.

¹⁵ *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 13; *Pohl*, in: Deutsch Verwaltungsgeschichte Bd. 3, S. 24 ff.

¹⁶ *Sprenger-Richter*, in: Robinski, Gewerberecht, Rn. 8.

¹⁷ In seinem Werk „An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations“, 1776, hat Smith die Ansicht vertreten, wenn der einzelne in seinem eigenen wirtschaftlichen Interesse handle, bewirke der Mechanismus automatisch, dass er auch im Interesse der Gesamtheit handle. Deshalb müsse der Staat die Monopole, Privilegien, Zollschraken und andere Regulierungen, die sich der Entfaltung des einzelnen gegenüberstellten, aufheben. Weiterhin zeigt Smith anhand des Stecknadelbeispiels auf, wie mit Hilfe der Arbeitsteilung die Produktion von Massengütern erleichtert und verbilligt werden könne.

¹⁸ *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 14.

¹⁹ *Arndt*, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 18.

²⁰ *Frotscher*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 148.

liberalen Fehlentwicklungen in sozialen Bereichen entgegengewirkt werden. Hier ist die Massenverelendung, Kinder- und Frauenarbeit zu nennen.²¹

Reformen dieser Zeit, die auf wirtschaftsliberalem Gedankengut gründen, waren die Einführung der Eigentums-, Vertrag-, Testier-, Boden-, Gewerbe- und Produktionsfreiheit sowie die Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen für einen selbstbestimmten Leistungsaustausch und eine freie Verkehrswirtschaft. Handelsbeschränkungen, die aus noch aus dem Zeitalter des Absolutismus stammten, wurden abgeschafft.²²

3. Ablösung des Absolutismus

Der Liberalismus löste die Wirtschaftsform des Merkantilismus ab, die in der vorangegangenen Epoche des Absolutismus vorherrschte. Oftmals werden Merkantilismus und Liberalismus als völlig konträre Wirtschaftsformen gegenübergestellt, was nicht in jeder Hinsicht richtig ist.²³ Der Merkantilismus hat dem Liberalismus in mancher Hinsicht den Weg bereitet.²⁴

Denn auch der absolute Staat war um eine florierende Wirtschaft bemüht, schon allein um sich eine Einnahmequelle zu schaffen. Das Ziel des absoluten Landesfürsten, der die Gesetzgebungs- und Verwaltungshoheit in seiner Person vereinte, war die Stärkung seiner Machtposition, die er durch eine leistungsfähige Verwaltung nach innen und durch ein stehendes Heer nach außen zu sichern versuchte. Um die hierfür anfallenden Kosten zu decken, war der absolute Herrscher auf umfangreiche Steuereinnahmen aus einer gedeihlichen Wirtschaft angewiesen.²⁵ Allerdings sind die im Merkantilismus ergriffenen Maßnahmen zur Belebung der Wirtschaft recht verschieden zu denen des Liberalismus. Der Merkantilismus versuchte wirtschaftlichen Fortschritt nicht durch eine weitgehende Freiheit von Handel und Gewerbe herbeizuführen, sondern durch staatliche Lenkung und Kontrolle.²⁶

Dem Zeitalter des Absolutismus mit seiner Wirtschaftsform des Merkantilismus ist das Mittelalter, geprägt von bäuerlicher Agrarwirtschaft, städtischer Handwerksproduktion und gebietsübergreifenden Handel, vorangegangen. Dem mittelalterlichen Wirtschaftsdenken war eine zentrale Steuerung, Lenkung, Ordnung und Überwachung der Wirtschaft fremd. Dies lässt vor allem durch die zersplitterte Grundstruktur der damaligen Wirtschaft erklären. Wirtschaftspolitik wurde von den einzelnen territorialen, partikularen und sektoralen Ordnungseinheiten betrieben, wie etwa von den Städten, Gemeinden, Zünften und Gilden.²⁷ Ziel der Wirtschaftstätigkeit war auch weniger die Gewinnerzielung oder die Mehrung individuellen Besitzes als die Bedarfsdeckung und die Sicherung der Versorgung.²⁸ Dieses Wirtschaftsge-

²¹ *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte Bd. II, S. 43f.

²² *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 16.

²³ *Rüfner*, in: DVP 1981, S. 213.

²⁴ So förderte bereits der Merkantilismus das nicht zunftgebundene größere Gewerbe und bereitete damit die Auslösung der bisherigen Zunftordnung im Gewerbe vor. Vgl. hierzu ausführlich, *Henning*, Die Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914, S. 62 ff.

²⁵ *Badura*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 14.

²⁶ *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte Bd. I, S. 310f.

²⁷ *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 7.

²⁸ *Kellenbenz*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Bd. 1, S. 114.

flecht, basierend auf religiöser Treuebindung, erwies mit der vorangetriebenen Säkularisation und durch das Aufkommen absolutistischer Souveränitätsgedanken als problematisch. Denn der Absolutismus zielte in seiner Theorie auf die Konzentration ungeteilter Macht in der Hand des Monarchen ab. Der Herrscher sollte ungehindert auf sämtliche Lebensbereiche der Untertanen einwirken können.²⁹ Im wirtschaftlichen Bereich schlug sich die Neuorientierung zum Absolutismus im Wirtschaftssystem des Merkantilismus nieder.

In Deutschland wurde das merkantilistische Wirtschaftsdenken von den Kameralisten³⁰ geprägt, die in den oberen Verwaltungsbehörden mit der Wahrnehmung der Staatsangelegenheiten betraut waren. Die Kameralisten zeichneten in erster Linie als Pragmatiker und Praktiker und erst in zweiter Linie als Theoretiker aus. Daher ist der deutsche Merkantilismus vor allem als Sammelbegriff zur Erfassung einzelner wirtschaftlicher Grundsätze, Empfehlungen und Maßnahmen der praktischen Wirtschaftspolitik zu verstehen. Die Ausrichtung der Wirtschaftspolitik folgte dem Zentralisations-, Autarkie- und Machstreben der Landesfürsten. Gleichzeitig war der Merkantilismus der Tradition fürstlicher Fürsorge und landesväterlicher Versorgung verbunden.³¹ Diese Ziele sollten durch die Steigerung des wirtschaftlichen Reichtums verwirklicht werden. Der Merkantilismus bemühte sich, sämtliche Wirtschaftszweige durch agrar-, bevölkerungs-, handels-, kolonial-, verkehrs-, zoll- und außenpolitische Maßnahmen zu fördern und zu entfalten. Das Leitbild der wirtschaftlichen Ordnung war geprägt durch das Streben nach Stärkung der eigenen Wirtschaftskraft zu Lasten der Entwicklung in anderen Ländern.³² Die merkantilistischen Maßnahmen zur Wirtschaftslenkung wurden im deutschsprachigen Raum in erster Linie von den Territorien getroffen und waren daher stark auf die jeweiligen realpolitischen Bedürfnisse und Gegebenheiten abgestimmt. So wurden nach dem Dreißigjährigen Krieg Maßnahmen getroffen, um dem Bevölkerungsschwund und der brachliegenden Wirtschaftstätigkeit entgegen zuwirken: Zur Steigerung der Arbeitskraft und des Arbeitskräftepotentials förderte man das Bevölkerungswachstum und schränkte die Freizügigkeit ein. Die Errichtung von Arbeitshäusern und das Vorgehen gegen Müßiggang waren hingegen Maßnahmen zur Erhöhung der Produktivität.³³

Grundsätzlich sah der Merkantilismus eine Möglichkeit zur Belebung der Wirtschaftstätigkeit in der Vergabe von Privilegien und Konzessionen, in Monopolzusicherungen und Subventionen. Die Wirtschaftskraft sollte eine Stärkung durch den Ausbau des Manufaktur- und Verlagswesens erfahren. Der Binnen- und Außenhandel fand Unterstützung in protektionistischen

²⁹ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 8; ausführlich Stolleis, in: Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S. 9-12.

³⁰ Kameralwissenschaft ist im frühneuzeitlichen Recht die Wissenschaft von den Verhältnissen und Aufgaben des Staates, insbesondere von den wirtschaftlichen Verhältnissen und Aufgaben. Der 1745 erstmals belegte Begriff leitet sich ab von griechisch-lateinisch camera, das früher die Wohnräume des Fürsten bezeichnete. Als Finanz- und Polizeiwissenschaften beschäftigte sich die Kameralwissenschaft auch mit Fragen des späteren Verwaltungsrechts, vgl. Deutsches Rechtslexikon, Band 2, S. 2429. Ausführlich zur Kameralistik siehe Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, S. 177 ff.

³¹ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 9.

³² Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 9; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II, S. 261.

³³ Ausführlich Kellenbenz, Deutsche Wirtschaftsgeschichte Bd. I, S. 311-315.

Maßnahmen wie Einfuhrbeschränkungen und Ausfuhrunterstützungen. Mit dem Erlass von Zunft- und Handwerksordnungen versuchte man die wirtschaftliche Macht der intermediären Kräfte zurückzudrängen, und damit die Grundpfeiler des alten Wirtschaftsgefüges abzutragen.³⁴ Diese Wirtschaftspolitik mit ihrer strikten staatlichen Reglementierung der gewerblichen Tätigkeit wirkte sich jedoch gegenteilig zu den gewünschten Zielen aus. Die bezeichnenden monopolistischen Erscheinungen dieser Epoche, wie die Beherrschung einzelner Wirtschaftszweige durch staatliche Unternehmungen und durch Monopolprivilegien einzelner Privatunternehmer sowie ausschließliche Gewerbeberechtigungen, Zwangs- und Bannrechte, die Zwangskorporationen der Handwerker (Zünfte) und Kaufleute (Gilden), lähmten die Wirtschaft.³⁵

Die Gedanken des liberalen Staats haben sich daher gegen den Merkantilismus durchgesetzt und prägen die Entwicklung des Gewerberechts bis in die Gegenwart. Als verbleibende Verdienste des Merkantilismus sind heute die Verbesserung der Infrastruktur sowie die Schaffung einheitlicher Maße und Gewichte zu sehen.³⁶ Der Liberalismus hingegen zeigte, welche Schubkraft die Privatinitiative der wirtschaftlichen Bürger entfaltet, wenn der Staat möglichst wenig reglementiert und interveniert.³⁷ Allerdings hat sich auch der liberale Glaube, dass sich ohne staatliche Eingriffe, durch das freie Spiel der Kräfte ein Gleichgewicht der vollständigen Konkurrenz einstellt, also ein freier Markt auf dem Angebot und Nachfrage über Preis, Menge und Beschaffenheit der zu erzeugenden Güter entscheiden, als Irrtum herausgestellt.³⁸ Ein System, in dem sich eine Vielzahl von Wettbewerbern im störungsfreien Raum begegnen, scheint sich nicht ganz von allein einzustellen. Daher forderten die Lehren des Neoliberalismus, dass staatliche Eingriffe nicht nur auf den Schutz von Freiheit und Eigentum der Bürger beschränkt sein dürfen. Vielmehr verlangten sie nach ordnungspolitischen staatlichen Eingriffen auch dann, wenn der freie Wettbewerb gefährdet ist.³⁹

B. Die Gewerbefreiheit in Deutschland: Preußen als Vorreiter

In den deutschen Ländern verbreitete sich die liberale Wirtschafts-idee und damit die Gewerbefreiheit mit erheblichem zeitlichem Unterschied. Die Vorreiterrolle spielte Preußen mit der Einführung des Gewerbebesteuere-dikts vom 28.10.1810.⁴⁰ Das Gewerbebesteuere-dikt entstammte dem Ministerium Hardenbergs und knüpfte die Berechtigung zur Gewerbeausübung nicht mehr an die Mitgliedschaft in Zünften und Gilden, sondern an die Zahlung der Gewerbebesteuer.⁴¹ Die staatliche Erneuerung, die Preußen nach der Niederlage gegen das napoleonische Frankreich suchte, endete somit in einer fundamentalen Neuordnung der preußischen Sozial-

³⁴ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 11; Pohl, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 1, S. 224 ff; Bläich, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 1, S. 430.

³⁵ Badura, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 15.

³⁶ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 17.

³⁷ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 19.

³⁸ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 14.

³⁹ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 21.

⁴⁰ Dazu ausführlich Willoweit, in: Vom Gewerbe zum Unternehmen, S. 109 ff.

⁴¹ Sprenger-Richter, in: Robinski, Gewerberecht, Rn. 8.

struktur. Die Hardenbergschen Reformen sind eine Fortführung der vom Freiherrn vom Stein begründeten Ideen. Auch die Reformideen Steins gehen auf eine preußische Kriegsniederlage zurück - die Schlachten bei Jena und Auerstedt. Der darauf folgende Friede von Tilsit vom 9. Juli 1807 und die dort festgesetzten Tributsummen bedrohten Preußen in seiner staatlichen Existenz. Um die Eigenkräfte der Nation zu aktivieren und sich die Dynamik des aufstrebenden Bürgertums zunutze zu machen⁴², kam es unter Stein zu einer Zurückdrängung des Zunftsystems. Ein durchgreifender Wandel zu einer ökonomischen Liberalisierung blieb jedoch aus. Die merkantilistischen Bahnen staatlicher Gewerbelenkung blieben zunächst bestehen.⁴³ Auch die letztendliche Befreiung der Gewerbe von ihren „drückenden ständischen Fesseln“ durch Hardenberg gründete nicht allein auf ideellem liberalem Gedankengut.⁴⁴ Aufgrund der immer noch akuten preußischen Finanznot, durch die Tributlast an Frankreich, spielten handfeste materielle Interessen eine Rolle. Die Einführung der Gewerbefreiheit wurde mit der Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer verbunden, die mit der notwendigen Lösung eines Gewerbescheins verknüpft war. Dieser Gewerbeschein berechnete, ein Gewerbe fortzusetzen oder neu anzufangen, und war jedem zu erteilen, der „ein polizeiliches Attest über seinen redlichen Lebenswandel beibrachte“.⁴⁵ Völlig unbegrenzt war die Gewerbefreiheit jedoch auch in Preußen nicht. Es bestanden insoweit Einschränkungen, als der staatliche Monopolhandel, beispielsweise mit Salz, betroffen war. Außerdem bedurften besonders qualifizierte Berufe wie Apotheker, Baumeister, u.ä. eines Qualifikationsnachweises und gefährliche Gewerbe (z.B. Juweliere, Gast- und Schankwirte, Krämer) einer besonderen polizeilichen Genehmigung.⁴⁶ Dies ist aber mit liberalen Wirtschaftsideen vereinbar, da der Staat dort eingreifen soll, wo Gefahrenschwellen überschritten werden. Des Weiteren bestand das Recht, die Zünfte zu verlassen.⁴⁷ Insgesamt stellte sich die „Befreiung“ des Gewerbes in Preußen als positive wirtschaftspolitische Maßnahme heraus, die sich entscheidend auf die Belebung von Handel und Gewerbe auswirkte.⁴⁸

Das Grundprinzip der preußischen Wirtschaftspolitik, dass es nicht notwendig ist den Handel zu begünstigen, er darf nur nicht erschwert werden, wirkte noch auf die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes sowie des Deutschen Reiches und ist auch heute noch als maßgebend anzusehen.⁴⁹

C. Vom Gewerbesteuereck zur Gewerbeordnung

Die zentrale Regelung des heutigen deutschen Gewerberechts stellt die Gewerbeordnung dar. Diese geht zurück auf die im Jahr 1869, in der Blütezeit des politischen und wirtschaftlichen

⁴² Ziekow, Freiheit und Bindung des Gewerbes, S. 329.

⁴³ Ziekow, Freiheit und Bindung des Gewerbes, S. 330.

⁴⁴ Frotischer, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 8.

⁴⁵ Willoweit, in: Vom Gewerbe zum Unternehmen, S.110.

⁴⁶ Ziekow, Freiheit und Bindung des Gewerbes, S. 342; Willoweit, in: Vom Gewerbe zum Unternehmer; S. 110; Rüfner, in: DVP 1981, S. 213 (214).

⁴⁷ Ausführlich zum Ganzen Rüfner, in: DVP 1981, S. 213 ff. (214).

⁴⁸ Rüfner, in: DVP 1981, S. 213.

⁴⁹ Rüfner, in: DVP 1981, S. 213 (214).

Liberalismus erlassene Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund zurück.⁵⁰ Die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes ist eine Weiterentwicklung des preußischen Gewerbesteueredikts von 1810 und der preußischen Gewerbeordnung von 1845.⁵¹ Mit der Reichsgründung im Jahr 1871 weitete sich der Geltungsbereich der Gewerbeordnung allmählich auf das gesamte Deutsche Reich, mit Ausnahme Helgolands, aus. Als einheitliches Gewerberecht galt die Reichsgewerbeordnung, RGO.⁵²

Materiellrechtlich basierte die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund insbesondere auf dem Grundsatz der Gewerbefreiheit als einer der wesentlichen Forderungen des wirtschaftlichen Individualismus, die bislang nur vereinzelt verbürgt war.⁵³ Beschränkungen bestanden lediglich für gefährliche, schädliche und der Umgebung lästige Anlagen sowie für Gewerbebetriebe, die in sicherheits-, gesundheits- oder sittenpolizeilicher Hinsicht besonderer Überwachung bedurften.⁵⁴ Betont wurde auch die gewerbliche Freizügigkeit innerhalb des Gebietes des Norddeutschen Bundes. Das Umherziehen eines Gewerbebetriebs war nur soweit beschränkt als es die polizeilichen Rücksichten erforderten. Somit durfte jedermann ohne Unterschied des Alters und Geschlechts fast jedes Gewerbe ausüben, an jedem Ort in beliebigem Umfang, sofern nur die polizeilichen Vorschriften beachtet wurden. Zunächst gab es auch nur wenige Gewerbe, die an einen Befähigungsnachweis oder eine behördliche Erlaubnis gebunden waren.⁵⁵ Die Gewerbeordnung regelte die größten und wichtigsten Teile des Wirtschaftslebens: Handwerk, Verlag, Industrie und Handel und einige Dienstleistungen. Der materielle Geltungsbereich der Gewerbeordnung erweiterte sich stets mit der Entfaltung des Gewerbes, insbesondere der Industrie während der sog. industriellen Revolution, und dehnte sich mit dem anhaltenden Wachstum des Fabrikwesens und anderer Gewerbebezüge weiter aus.⁵⁶ Allerdings wurde die fast unbeschränkte Gewerbefreiheit nicht durchweg positiv aufgenommen. So ertönten Klagen von allen Seiten und man verlangte nach Schutz für die Allgemeinheit gegen wirtschaftliche und sittliche Gefährdung, Schutz der Handwerker und Kleingewerbetreibenden gegen den Wettbewerb des Großkapitals und des Hausierhandels. Weiterhin wurde nach Schutz der Arbeiter gegen Ausbeutung durch die Unternehmer verlangt. Die Parteien im Reichstag wetteiferten um die Gunst ihrer Anhänger und versuchten durch zahllose Anträge im Reichstag den Beschwerden gerecht zu werden. Durch ein allmähliches Nachgeben der Regierung wurde die Gewerbeordnung novelliert: Die Zahl der Gewerbearten, deren Betrieb von einer Erlaubnis abhängig ist wurde deutlich erhöht, der Hausierhandel hingegen einge-

⁵⁰ *Kahl*, in: Landmann/Rohmer GewO, Einl. Rn. 1.

⁵¹ *Frotscher*, in: Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 8.

⁵² In Südhessen wurde die Gewerbeordnung am 1. Januar 1871 eingeführt. In Württemberg und Baden erfolgte die Einführung am 1. Januar 1872 und Bayern setzte die Gewerbeordnung mit Wirkung vom 1. Juli 1872 bzw. 1. Januar 1873 in Kraft. Die Einführung der Gewerbeordnung in Elsaß-Lothringen fand am 1.1.1989 statt. Vgl. hierzu *Kahl*, in: Landmann/Rohmer GewO Einl. Rn. 10; *Kaufhold*, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. 3, S. 2145.

⁵³ *Kempen*, in: Stober, Lexikon des Rechts (Gewerberecht), S. 240.

⁵⁴ *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl. Rn. 2.

⁵⁵ *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl. Rn. 14.

⁵⁶ *Kaufhold*, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd. 3, S. 215.

schränkt; für das Handwerk wurde wieder eine Art von Befähigungsnachweis eingeführt und die Arbeiterschutzgesetze wurden umfassend ausgebaut.⁵⁷ Neben die Gewerbeordnung traten weitere Gesetze zur Beschränkung des Gewerbebetriebs.

D. Die Gewerbefreiheit im Industriezeitalter

1. Der erste Weltkrieg

Bis zum ersten Weltkrieg war die Gewerbepolitik durch den „laissez faire“- Grundsatz und das Streben nach einer Gewerbefreiheit, die den Schutz- und Ordnungsbedürfnissen der Gemeinschaft Rechnung trägt, geprägt.⁵⁸ Mit dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs geriet das liberale Wirtschaftsgefüge aus den Fugen. Durch die spezifischen Kriegsanforderungen wurde eine Ausrichtung der Wirtschaftstätigkeit auf den Staat unausweichlich. Aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Unterstützung von außen, der ansteigenden Finanznot und der Lebensmittel- und Rohstoffknappheit kam es zu einer zentralen Steuerung fast aller Wirtschaftssektoren und -kapazitäten. Auf diese Weise wurde ein Kriegssozialismus etabliert, der alle kriegswirtschaftlich relevanten Bereiche dirigierte. So versuchte man durch Reglementierung von Produktion und Verbrauch kriegswirtschaftlich bedeutsamer Güter, den Anforderungen des Krieges Rechnung zu tragen. Zu diesem Zweck wurden umfangreiche Vorratserhebungen durchgeführt, Höchstpreise und Mindestlöhne festgesetzt, Zwangsverpflichtungen zur Erbringung von Arbeitsleistungen ausgesprochen.⁵⁹ Es wurden Ein- und Aus- und Durchführregelungen getroffen, Verwendungsverpflichtungen, -beschränkungen und -verbote, Absatzpflichten erlassen. Diese kriegsbedingte Reglementierung führte zu einer Zurückdrängung der Privatautonomie wie auch der Marktwirtschaft, auch wenn das Prinzip der Privatwirtschaft formell aufrechterhalten wurde.⁶⁰

2. Die Weimarer Republik

Die Weimarer Republik trat das Erbe des 1. Weltkriegs an. Dieses Erbe war mit umfangreichen Gebietsabtretungen, dem Verlust von Rohstoffvorkommen, Produktionsfaktoren und Transportmitteln verbunden. Die deutsche Wirtschaft war geschwächt und ihre Entfaltungsmöglichkeiten behindert. Die Wirtschaft war durch die zerrütteten Staatfinanzen und den fortschreitenden Währungsverfall belastet. Hinzu kamen soziale Spannungen, die einerseits in dem Überangebot von Arbeitskräften und andererseits in der Knappheit von Nahrungsmitteln angelegt waren. Potenziert wurden diese wirtschaftlichen und sozialen Probleme noch durch politische Auseinandersetzungen und die Reparationsforderungen.⁶¹

Bei der Diskussion über die notwendig durchzuführenden Reformen zur Überwindung der Wirtschaftskrise, prallten die gegensätzlichsten Wirtschaftsauffassungen aufeinander. Den

⁵⁷ Kahl, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl. Rn. 14.

⁵⁸ Michalski/Dierkes, in: Stober, Lexikon des Rechts - Gewerberechts, S. 234.

⁵⁹ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 18; Henning, Das industrialisierte Deutschland, S. 33; Zur Kriegswirtschaft ausführlich Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. V, § 6.

⁶⁰ Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. V, S. 74ff.

⁶¹ Kellenbenz, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, S. 354ff.

liberalen Strömungen standen Forderungen der Revolution gegenüber, die die Errichtung eines Räteystems für das gesamte Rechts- und Ordnungsgefüge nach russischem Vorbild, unter gleichzeitiger Ablehnung einer Volkswirtschaft, postulierten.⁶² Die Weimarer Reichsverfassung ist schließlich das Ergebnis dieser ambivalenten Vorstellungen. Dem Wirtschaftsleben ist aufgrund seiner zentralen Bedeutung für Staat und Gesellschaft erstmals ein eigener Grundrechtsabschnitt gewidmet. Dieser Abschnitt stellt Institutionen und Prinzipien dar, die auf die unterschiedlichen politischen Strömungen zurückgehen, von liberal-konservativ über kapitalistisch bis sozialistisch. Die Weimarer Reichsverfassung erhob die Gewerbefreiheit in Verfassungsrang. In ihrem 5. Abschnitt über das Wirtschaftsleben wird die Sozialpflichtigkeit der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit und die Ausrichtung der Wirtschaft am Grundsatz der Gerechtigkeit betont. Auch das Recht auf Arbeit ist als Sollvorschrift enthalten.⁶³ Die liberalen Grundrechte mit den drei Grundpfeilern Vertragsfreiheit, Privateigentum und Erbrecht wurden zwar gewährt, aber nur unter sozialstaatlichen Vorbehalten. Hier sind die Möglichkeiten einer entschädigungslosen Enteignung sowie der Vergesellschaftung zu nennen. Ebenso die Vorschriften die Arbeitnehmer und den Mittelstandschutz betreffend, sahen ein nach oben gegliedertes Räteystem vor an deren Spitze der Reichswirtschaftsrat stand. Diese Wirtschaftsordnung, die liberales Freiheitsrecht nur nach Maßgabe des Gesetzes gewährleistet und in der die sozialen Bindungen überwiegen konnte die Wirtschaftskrise nicht bewältigen.⁶⁴

Mit der Währungsreform von 1923 kam es zu einer Verarmung der staatstragenden Mittelschicht. Um dieser Erscheinung entgegenzuwirken griff die Rechtsordnung der Weimarer Republik aktiv in die Gestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung ein. Dieser Gestaltungseingriff verstößt gegen die Grundidee einer vollkommen liberalen Wirtschaftsordnung, wonach der Staat nur die nötigsten Schutzfunktionen wahrnehmen soll. Der Staat wurde zum Leistungsträger und strickte ein immer dichter werdendes Netz einer umfassenden Daseinsvorsorge, so dass der Bürger heute zunehmend von diesen Leistungen abhängig geworden ist.⁶⁵ Die kriegsgeschwächte Wirtschaft bedurfte staatlicher Hilfen. Neben der Wirtschaftsförderung und der Wirtschaftsaufsicht entwickelten sich aber auch Ansätze zur Wirtschaftslenkung. Öffentliche Anstrengungen im Wohnungsbau, die kriegs- und bevölkerungsbedingt nötig waren, wirkten sich belebend auf die Wirtschaft aus.⁶⁶

Die Diskrepanz zwischen normativer Gewährleistung und wirtschaftlicher Realität konnte die Weimarer Republik hingegen nicht lösen.⁶⁷ Betrachtet man die Novellengesetzgebung zur Änderung oder Ergänzung der Gewerbepolitik nach dem Ersten Weltkrieg bis 1933, so erkennt man den Wandel der wirtschafts- und sozialpolitischen Anschauungen und der Entwicklung der deutschen Wirtschaft selbst. Neben rein gewerbepolizeilichen Verschärfungen und Gesetzen, die durch die besonderen Nachkriegsverhältnisse und die Inflation bedingt waren, handelte es sich bei den Novellen zur Gewerbeordnung stets um den Schutz des Hand-

⁶² Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 21; Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. V, S. 1202ff.

⁶³ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 24.

⁶⁴ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 23.

⁶⁵ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 23.

⁶⁶ Prüttner, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.57.

⁶⁷ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 25.

werks und der Arbeitnehmerschaft. Dadurch entfernte man sich allmählich von den liberalen Grundsätzen, wollte sie jedoch nicht preisgeben.⁶⁸ Trotzdem wurde in der Weimarer Republik der Grundstein für den Wandel vom liberalen oder bürgerlichen zum sozial-liberalen Rechtsstaat gelegt.⁶⁹

3. Der Nationalsozialismus

Die liberale Grundhaltung, die in der Weimarer Wirtschaftsordnung zumindest ansatzweise noch vorhanden war, kam spätestens mit dem Machtantritt Adolf Hitlers zum Erliegen. Die nationalsozialistische Weltanschauung, geprägt vom „völkischen Gemeinschaftsdenken“ sowie dem „Totalitäts- und Führerprinzip“, war mit liberalen Freiheitsanschauungen nicht vereinbar. Im Bereich der Wirtschaft kam es zu Gleichschaltungen unter dem Schlagwort „Gemeinnutz geht Eigennutz“ vor. Trotz der Erhaltung des Privateigentums wurde die Wirtschaft im erheblichen Maße staatlich gelenkt (Zentrale Lenkung „aller Kräfte des deutschen Volkes“).⁷⁰ Gleichwohl betrieben die Nationalsozialisten bis zum Übergang in eine totale Kriegswirtschaft keine vollkommene Plan- oder Zentralverwaltungswirtschaft. Dies mag daran gelegen haben, dass die Nationalsozialisten zu keiner Zeit ein in sich geschlossenes wirtschaftliches Konzept besaßen, vielmehr der massenwirksamen Lösung aktueller Probleme und der Steigerung der wirtschaftlichen Leistungskraft den Vorrang einräumten.

Die Reichsregierung und die Administration spannten mit einer Flut von Gesetzen und Einzelfallanordnungen ein dichtes Netz zur Reglementierung und Lenkung der Wirtschaft. So wirkte man unter der weitgehenden Aushebelung der Markt- und Wettbewerbsprinzipien der Massenarbeitslosigkeit entgegen und traf Kriegsvorbereitungen. Bewerkstelligt wurde dies durch die Einführung von Höchstlöhnen, der Warenverkehrsüberwachung und der Einfrierung der Preise auf dem Stand vom 17. Oktober 1936, was eine völlige Kontrolle des Konsums nach sich zog. Die Errichtung von Zwangskartellen räumte dem Reichswirtschaftsminister umfassende Aufsichts- und Eingriffbefugnisse ein.⁷¹

4. Nachkriegswirtschaft

Unmittelbar nach dem Zusammenbruch des Dritten Reich wurde noch an der starken Reglementierung der Wirtschaft festgehalten, was auf die realen Gegebenheiten wie die Rohstoffknappheit und den Mangel im Ernährungsbereich zurückzuführen ist. Diese Wirtschaftsordnung versprach jedoch langfristig keine positiven Impulse für das Wirtschaftsleben. Mit der fortschreitenden Beseitigung der Güterknappheit wurden daher auch die Stimmen lauter, die die Wiederherstellung der Gewerbefreiheit forderten.⁷² Im Westen Deutschlands besann man sich, unter der Berücksichtigung der Vorgaben der Siegermächte (Marshall-Plan, European Recovery Program), auf eine liberale Wirtschaftsordnung zurück.⁷³ In der amerikanischen

⁶⁸ Kahl, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl. Rn. 16.

⁶⁹ Frotscher, Wirtschaftsverfassung- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 14.

⁷⁰ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 26.

⁷¹ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 29.

⁷² Kahl, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl. Rn. 19.

⁷³ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 32.

Besatzungszone wurde eine unbeschränkte Gewerbefreiheit eingeführt, da die Alliierten auf eine Dekartellierung drängten, um die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern.⁷⁴ Bei Gründung der Bundesrepublik wollte man ebenfalls die Schwungkraft der Privatinitiative zur Überwindung der katastrophalen Wirtschaftslage nutzen. Das Entstehen wettbewerbsschädigender Kartelle und Monopole sollte jedoch durch eine Wettbewerbsordnung verhindert werden, um echten Leistungswettbewerb mit gleichen Startchancen zu garantieren. Dieses Wirtschaftssystem entspricht den Vorstellungen des Neoliberalismus, wurde aber unter dem Begriff „Soziale Marktwirtschaft“ bekannt. Zu der Bezeichnung „sozial“ kam es durch die Ausklammerung wesentlicher Bereiche der liberalen Wirtschafts-idee. Dabei sind vor allem die staatliche Steuerungsmaßnahmen wie die Progressivbesteuerung zur Korrektur von Einkommens- und Vermögensverteilung mit gleichzeitiger Umverteilung zugunsten schwacher Bevölkerungskreise, die staatliche Förderung der Vermögensbildung im Arbeitnehmerstand, der Ausbau der Sozialversicherung sowie die Bewältigung der Kriegs- und Kriegfolgeschäden durch Lastenausgleich, zu nennen.⁷⁵

Eine weitere Entfernung vom „radikal“ wirtschaftsliberalen Gedankengut ist mit der Regierungsbeteiligung der SPD in der „Großen Koalition“ von 1966 zu verzeichnen. Geleitet von dem Gedanken, das Wirtschaftsgeschehen sei von Staats wegen plan- und lenkbar, kam es zu aktiven Eingriffen in die Wirtschaft. Ein weiterer sozialdemokratischer Einfluss auf die Wirtschaftsverfassung ist auch in der Verpflichtung zu Arbeitnehmerinteressen erkennbar.⁷⁶

Die staatliche Planungsphobie fand mit der Rezession 1974/75 und dem Zusammenbruch der sozial-liberalen Koalition im Herbst 1982 vorübergehend ein Ende.⁷⁷ Zur Anregung der Wirtschaft fand die anschließende christlich-liberale Regierungskoalition zu liberaleren Wirtschaftskonzeptionen zurück. Die Stärkung der Ertragslage der Unternehmen sollte zu neuen Investitionen anregen, gleichzeitig sollten Steuersenkungen den privaten Konsum stärken.⁷⁸

Mit der Wiedervereinigung wurde der Wirtschaftsliberalismus erneut auf eine harte Probe gestellt. Der Aufbau einer funktionierenden Wirtschaft und die damit einhergehende Massenarbeitslosigkeit verlangte nach einem erheblichen Einsatz staatlicher Mittel, der ganz in Gegensatz zu der vom Liberalismus geforderten Zurückhaltung des Staates steht.⁷⁹

E. Heutige Wirtschaftsverfassung und Regelungsinhalt der Gewerbeordnung

Das Grundgesetz bekennt sich strikt zu den „klassischen“ individuellen Grund- und Freiheitsrechten. Mit der Garantie von Eigentum und Erbrecht, der freien Berufswahl und der Koalitionsfreiheit bildete diese Verfassung eine Grundlage für eine marktwirtschaftliche Ordnung.⁸⁰ Auf dem Boden der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes, die darin besteht, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem ent-

⁷⁴ Michalski/Dierkes, in: Stober, Lexikon des Rechts (Gewerberecht), S 235.

⁷⁵ Zum vorangegangenen Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 28.

⁷⁶ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 31.

⁷⁷ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 32.

⁷⁸ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 33.

⁷⁹ Arndt, in: Steiner, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 34.

⁸⁰ Hartwich, Die Europäisierung des deutschen Wirtschaftssystems, S.46.

schieden hat, ist die heute geltende Gewerbeordnung, als eines der ältesten noch geltenden öffentlich-rechtlichen Gesetze, immer noch das Kernstück des deutschen Gewerberechts. Das hohe Alter der Gewerbeordnung zeugt von einer hohen Beständigkeit, der in ihr niedergelegten Grundsätze. Ursprünglich war sie als einheitliche, das gesamte Gewerbe erfassende Kodifikation angelegt. Allerdings ging auch der ständige Wandel der Wirtschaft und das Fortschreiten der Technik nicht spurlos an der Gewerbeordnung vorüber. Einige ihrer Bestandteile sind bis heute ausgegliedert worden, andere wurden erst gar nicht inkorporiert. Doch auch nach über 200 Änderungen und drei Neubekanntmachungen unter der Geltung des Grundgesetzes (1978, 1987 und 1999) ist der Torso der Gewerbeordnung bis heute in Kraft.⁸¹ Die scheinbare Unmöglichkeit alle gewerberechtlichen Fragen in einem Gesetz zu regeln, führte zur Ausgliederung von Spezial- und Nebengesetzen. Viele typische gewerberechtlichen Bestimmungen haben sich aus der Gewerbeordnung „herausentwickelt“ und finden sich vor allem im Gaststättengesetz und der Handwerksordnung wieder. Andererseits enthält die Gewerbeordnung heute Vorschriften, die nicht mehr zum eigentlichen Gewerberecht gezählt werden können, etwa die Vorschriften in Titel VII der GewO über die Beschäftigung von Arbeitnehmern.

Diese Zergliederung des Gewerberechts wird oft beklagt⁸² und nach einem Gewerberecht aus „einem Guss“ verlangt. Bemängelt wird vor allem die Intransparenz der verschiedenen Regelungswerke, wodurch positive Impulse zur Förderung der Wirtschaft ausblieben und im Zeitalter der Globalisierung sogar strukturelle Standortnachteile entstünden.⁸³ Der Deutsche Industrie- und Handelstag hat daher schon 1981 die Forderung erhoben, das Gewerberecht müsse wieder einheitlicher, einfacher und für den Betroffenen einsehbarer und übersichtlicher werden.⁸⁴

Nach dem Vorschlag des DIHT⁸⁵ soll zunächst ein Allgemeiner Teil des Gewerberechts geschaffen werden, der allgemeine Regeln für alle Gewerbearten sozusagen „vor die Klammer“ zieht. Anschließend müssten dann, nach der Ansicht des DIHT, die unterschiedlichen Zweige des Gewerberechts in verschiedenen Büchern des GewerbeGesetzbuchs spezielle Regelungen erfahren.⁸⁶

Diese Forderung wurde vom Gesetzgeber bislang nicht gehört und es bleibt bis auf weiteres bei einem derart zergliedertem Gewerberecht.

III. Dritter Teil: Das europäische Wirtschaftsrecht

Ungeachtet unterschiedlicher dogmatischer Begründungen in der Wissenschaft sowie der europäischen und der mitgliedstaatlichen Rechtssprechung herrscht eine prinzipielle Einigkeit darüber, dass das Gemeinschaftsrecht den Vorrang gegenüber dem nationalen Recht genießt.

⁸¹ *Kempfen*, in: *Stober, Lexikon des Rechts - Gewerberecht*, S. 240ff; *Kahl*, in: *Landmann/Rohmer, GewO Einl.* Rn. 23.

⁸² *Stober*, *Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht*, S. 177.

⁸³ *Kempfen*, in: *NVwZ 2000*, S. 1115.

⁸⁴ *Deutscher Industrie- und Handelstag*, in: *WiVerw 1982*, S. 190.

⁸⁵ *Deutscher Industrie- und Handelstag*, in: *NVwZ 1991*, S. 1063.

⁸⁶ *Stober*, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts* § 101 II. 2.

Neben der Frage nach dem Rangverhältnis setzte sich aber auch zunehmend die Erkenntnis durch, dass Gemeinschaftsrechtsordnung und nationale Rechtsordnung sich gegenseitig durchdringen und voneinander anhängig sind. Hierfür wird zumeist der Begriff „Verzahnung“ von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht verwendet. Dass Gemeinschaftsrecht und nationales Recht sich nicht isoliert gegenüber stehen zeigt sich schon daran, dass das Gemeinschaftsrecht eines nationalen Vollzugs bedarf. Somit ist insbesondere das Zusammenwirken beider Rechtsordnungen zu untersuchen. Dies soll hier in den Bereichen des europäischen Wirtschaftsrechts und des deutschen Gewerberechts geschehen.

In Anbetracht der Integration Deutschlands in die Europäische Gemeinschaft und der Existenz eines Binnenmarktes, kann das Gewerberecht nicht mehr isoliert aus nationalstaatlicher Sicht dargestellt werden. Das Gemeinschaftsrecht enthält verfahrensrechtliche und materielle Vorgaben, die das nationale Gewerberecht überlagern. Bevor jedoch das europäische Wirtschaftsrecht- und die Wirtschaftsverfassung im Besonderen eingegangen wird, soll zunächst allgemein in das europäische Gemeinschaftsrecht eingeführt werden. Für ein besseres Verständnis der Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Recht soll eine Begriffsbestimmung und ein kurzer historischer Abriss über den Weg von der Montanunion hin zur Europäischen Gemeinschaft stattfinden.

A. Die wirtschaftliche Grundkonzeption der Europäischen Union

4. Gegenstand des Europäischen Wirtschaftsrechts

Das europäische Wirtschaftsrecht ist auf das Funktionieren des europäischen Binnenmarktrechts bezogenes Unternehmens-, Individual- und Organisationsrecht. Es umfasst alle Vorschriften die zur Effizienzsteigerung des Binnenmarktes dienlich sind, oder sich auf wirtschaftliche Sachverhalte beziehen, die mitgliedstaatliche Grenzen überschreiten. Das Wirtschaftsrecht stellt den größten Teil des materiellen Inhalts des europäischen Gemeinschaftsrechts dar.⁸⁷ Formal gesehen beinhaltet das Europäische Wirtschaftsrecht, das durch Rechtsetzung und Rechtsprechung entstandene externe und interne Binnenmarktrecht der Europäischen Union zur Harmonisierung und Koordinierung des nationalen Rechts, sowie zur Schaffung originär europäischen Rechts. Inbegriffen ist jedoch nicht nur das originäre Gemeinschaftsrecht, sondern auch das abgeleitete Gemeinschaftsrecht. So zählt das durch Verordnungen und Richtlinien „europäisierte“ Wirtschaftsrecht der Mitgliedstaaten sowohl zum europäischen als auch zum nationalen Wirtschaftsrecht.⁸⁸

Die Regelungszuständigkeit der Gemeinschaft ergibt sich aus den ausdrücklichen Kompetenzverweisungen im EG-Vertrag, wobei jedoch die durch das Subsidiaritätsprinzip der Art. 3 EUV und Art. 5 EGV errichtete Kompetenzausübungsschranke zugunsten der Mitgliedstaaten zu beachten ist.⁸⁹

⁸⁷ *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht Band I, S. 395.

⁸⁸ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 10.

⁸⁹ Das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5 EUV enthält gewissermaßen eine „europarechtliche Schrankentrias“ für die Kompetenzausübung der Gemeinschaft. So müssen, bevor die Gemeinschaft handeln kann, drei Fragen positiv

Die Rechtssetzungsaktivitäten der Europäischen Union sind inhaltlich auf den Binnenmarkt beschränkt. Neben dem Binnenmarkt wird oftmals auch vom „Gemeinsamen Markt“ gesprochen.⁹⁰ Unter beiden Marktbezeichnungen ein Markt ohne Binnengrenzen zu verstehen, der das Staatsgebiet aller Mitgliedsstaaten umfasst.⁹¹

5. Der Gemeinsame Markt und das Binnenmarktkonzept

a) Die Etablierung des Gemeinsamen Marktes

Die Etablierung des Gemeinsamen Marktes vollzog sich in mehreren Stadien. Beginnend mit der Gründung der europäischen Gemeinschaften (EGKS, EWG, EAG) über die Einheitliche Europäische Akte vom 28.2.1986, durch die die wirtschaftliche Integration Europas, mit dem Ziel der Vollendung des gemeinsamen Marktes in einen „Binnenmarkt“ unwiderruflich eingeleitet wurde. Schließlich die Weiterbildung zur Europäischen Union und die Ausformung einer entwickelten Wirtschafts- und Währungsunion in den Verträgen von Maastricht und Amsterdam.⁹² Der Begriff Gemeinsamer Markt stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel, mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte in einem einheitlichen Markt, der denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommt.⁹³

Der Gemeinsame Markt als Vertragsziel, niedergelegt in Art. 2 EGV, hat die europäische Integration mehr als jedes andere Vertragsziel geprägt. Auch angesichts der heute zahlreichen anderen Vertragsziele hat der Gemeinsame Markt seine herausragende Stellung nicht eingebüßt. Seine Wahrung und Fortbildung ist weiterhin eine der Schwerpunktaktivitäten der Unionsorgane. Diese Bedeutung rechtfertigt sich anhand der durch den Gemeinsamen Markt bewirkten effektiven Arbeitsteilung und besseren Ressourcenallokation im ökonomischen Prozess, die als prinzipales Instrumente zur Förderung der meisten Vertragsziele anzusehen sind. Der Vertrag beruht insoweit auf der ökonomischen Theorie und der historischen Erkenntnis, dass ein größerer Markt eine höhere Produktion bei geringeren Kosten erlaubt, wodurch der gesellschaftliche Reichtum gefördert wird, der *conditio sine qua non* fast aller Vertragsziele ist.⁹⁴ Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft wurde in der Überzeugung gegründet, dass die internationale Arbeitsteilung, trotz eines teilweise erheblichen Wirtschaftsgefälles, allen Mitgliedstaaten zum Vorteil reicht. Von der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes versprach man sich Wirtschaftswachstum, Stabilität und Hebung des Lebensstandards, Art. 2 EWG. Aus den gewünschten Synergieeffekten des Gemeinsamen Marktes, lässt sich erkennen, dass grundsätzlich ein marktwirtschaftliches Modell verfolgt werden soll, in dem die Preisbildung

beantwortet werden: Nach Abs. 1 die Kann-Frage, nach Abs. 2 die Ob-Frage und nach Abs. 3 die Wie-Frage. Vgl. dazu, *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 5 EGV Rn. 6.

⁹⁰ Zur Frage, ob die beiden Begriffe auch inhaltlich gleichbedeutend sind siehe unten III.A.5.c) Differenzierung der Begriffe „Binnenmarkt“ und „Gemeinsamer Markt“, Seite 29.

⁹¹ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 11.

⁹² *Badura*, in: *Schmidt-Aßmann*, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 26.

⁹³ EuGH Rs. 15/81, Slg. 1982, S. 1409 Rn. 33.

⁹⁴ *von Bogdandy*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EGV Rn. 37.

nach dem Marktgesetz erfolgt. Allerdings gestaltet sich auch das europäische Wirtschaftsmodell nicht vollkommen liberal, da vom Erfordernis hoheitlicher Steuerung des Marktprozesses ausgegangen wird. Nach außen wird der Gemeinsame Markt durch die Aufrichtung eines gemeinsamen Außenzolls sowie Gemeinschaftskompetenzen im Außenhandel charakterisiert, nach innen wirken die Freiverkehrsregeln und der Grundmechanismus von Angebot und Nachfrage.⁹⁵

Grundlegend für die europäische Wirtschaftsverfassung ist das Prinzip des freien Wettbewerbs. Dies ist in den vier besonderen Marktfreiheiten niedergelegt, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleisten sollen Art. 14 Abs. 2 EGV.⁹⁶ Es ist eine Gemeinschaftsaufgabe den freien Wirtschaftsverkehr auf dem Binnenmarkt zu schützen. Die vier genannten Marktfreiheiten sind daher auch als gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten ausgestaltet, die dem Einzelnen oder auch Unternehmen als subjektives Recht gegenüber den Mitgliedstaaten zur Seite stehen. Diese Grundfreiheiten gem. der Art. 23 ff EGV und die Wettbewerbsregeln gem. der Art. 81ff, bilden die Basis des europäischen Wirtschaftsrechts.⁹⁷

Um die Effizienz des gemeinsamen Marktes voranzutreiben bedarf es oftmals einer Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich anhand von Richtlinien vollzieht. Auf das Gewerberecht im Speziellen wirkt sich das Gemeinschaftsrecht in zweierlei Hinsicht aus. Einerseits werden in den Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Ausmaß Anpassungen und Veränderungen des für den Betrieb eines Gewerbes geltenden Rechts notwendig. Andererseits wird die gemeinschaftsweite Vereinheitlichung bestimmter Normierungsgegenstände vorangetrieben.⁹⁸

b) Das Binnenmarktkonzept

Kernstück des europäischen Wirtschaftsrechts und Motor der europäischen Integration ist der Gemeinsame Markt bzw. der Binnenmarkt, der durch die Strukturelemente der vier Grundfreiheiten charakterisiert wird. Der Binnenmarkt findet seine eigene und einheitliche Rechtsordnung in dem vertragsbegründeten und durch Organe geschaffenen Gemeinschaftsrecht, das einen Geltungs- und Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten beansprucht.⁹⁹ Das Ziel einen Binnenmarkt zu errichten wurde erstmals in Art. 8a EWG (nunmehr Art. 14 EGV) festgehalten und stellt eine Fortentwicklung des Gemeinsamen Marktes dar. Als Anforderung an diese neue Zielbestimmung wird verlangt, dass alle Marktteilnehmer überall entweder gleiche Rechtsregeln vorfinden, oder aber die verbleibenden Differenzen keine Auswirkung auf ihre ökonomischen Entscheidungen haben.¹⁰⁰

Das Binnenmarktkonzept wurde von der Kommission bereits gegen Ende der siebziger Jahre entwickelt. Basierend auf der Erkenntnis, dass trotz des Abbaus der Binnenzölle und Abgaben

⁹⁵ *Grabitz/von Bogdandy*, in: JuS 1990, S. 170.

⁹⁶ *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht Band I, S. 539

⁹⁷ *Badura*, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, Rn. 26.

⁹⁸ *Folz*, in: WiVerw 1979, S. 80.

⁹⁹ *Müller-Graff*, in: Dausies, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, A. I. Rn. 123 ff.

¹⁰⁰ *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EGV Rn. 40.

gleicher Wirkung, der Abschaffung mengenmäßiger Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung sowie der Errichtung des gemeinsamen Zolltarifs und durch die Einführung einer gemeinsamen Handelspolitik erreichte Gemeinsamer Markt immer noch zu viele Handelshemmnisse aufwies.¹⁰¹ Zudem hatten sich die bisherigen Maßnahmen zur Beseitigung der Handelshemmnisse als schwerfällig und nicht ausreichend herausgestellt, nachdem sich insbesondere die Rechtsangleichung in zahlreichen Detailregelungen verfangen hat.¹⁰² Zielsetzung der Kommission war neben der Beseitigung der bestehenden Hemmnisse auch die Schaffung eines Binnenmarktes. In ihrem „Weißbuch zur ‘Vollendung des Binnenmarktes’“ an den Europäischen Rat vom 14.6.1985 legte die Kommission ihr Binnenmarktkonzept vor. Dieses Konzept zeigte die logischen Folgen des Binnenmarktes auf und beschrieb ein Aktionsprogramm für die Verwirklichung der niedergelegten Ziele: Die Schaffung eines einheitlichen integrierten Binnenmarktes durch die Beseitigung der Beschränkungen des Warenverkehrs und der Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs, die Einführung eines Systems zur Verhinderung der Wettbewerbsverzerrung und die für das störungsfreie Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderliche Angleichung der Rechtsvorschriften sowie die Angleichung der indirekten Besteuerung im Interesse des Gemeinsamen Marktes.¹⁰³ Das Binnenmarktkonzept sieht somit die besondere Gewährleistung von vier Grundfreiheiten und ein allgemeines Diskriminierungsverbot vor. Die Grundkonzeption des Binnenmarktes mit seiner grenzüberschreitenden Liberalisierung der wirtschaftlichen Interaktion steht in der Denktradition des ökonomischen Liberalismus: In dem die Kräfte von Markt und Wettbewerb entfesselt werden steigt im Saldo der Wohlstand für alle Beteiligten.¹⁰⁴

Verankert wurde das Binnenmarktkonzept durch Art. 13 EEA. Die Einheitliche Europäische Akte schuf auch Instrumente zur leichteren Verwirklichung des Binnenmarktkonzepts. Das Ziel des Binnenmarktes umreißt Art. 14 EGV. Danach ist der Binnenmarkt ein Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des Vertrages zu gewährleisten ist. Ein zentrales Anliegen des Binnenmarktes ist daher Abbau den Grenzkontrollen für Waren und Personen, die sog. materielle Schranken darstellen.¹⁰⁵

Die Herstellung eines Binnenmarktes erforderte und erfordert noch die Überwindung der Hemmnisse die durch unterschiedliche nationale Vorschriften dem tatsächlichen Gebrauch machen der mit der Einrichtung des Gemeinsamen Marktes zusammenhängenden Freiheiten, entgegenstehen. Im Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat von 14.06.1985 „Vollendung des Binnenmarktes“ wird von der Beseitigung technischer Schranken gesprochen. Zu den sog. technischen Schranken zählen die nichttarifären Handelshemmnisse im Bereich des freien Warenverkehrs. Dabei sind etwa unterschiedliche Sicherheits-, Gesundheits- und Umweltschutzstandards zu nennen, die dazu führen, dass Produkte für unterschiedliche nationale Märkte unterschiedlich konzipiert, hergestellt, verpackt oder etikettiert werden

¹⁰¹ *Monti*, Der Binnenmarkt und das Europa von morgen, S. 26.

¹⁰² *Everling*, in: Festschrift für Pierre Pescatore, S. 227 (232f.).

¹⁰³ *Streinz*, Europarecht, Rn. 947 ff.

¹⁰⁴ *Brasche*, Europäische Integration, S. 45.

¹⁰⁵ *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 14 EGV Rn. 16.

müssen. Zu den technischen Schranken gehört aber auch der Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Bei diesen technischen Handelshemmnissen verlangt der Binnenmarkt regelmäßig die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, d.h. die Geltung des Herkunfts- bzw. Ursprungslandprinzips.¹⁰⁶

c) Differenzierung der Begriffe „Binnenmarkt“ und „Gemeinsamer Markt“

Für den Begriff des Binnenmarktes findet sich in Art. 14 Abs. 2 EGV eine Legaldefinition, während es für den Gemeinsamen Markt an einer solchen fehlt. Fraglich ist daher wie sich die beiden Begriffe, die häufig synonym verwendet werden gegenseitig verhalten. In der heute gültigen Fassung des EG-Vertrages werden „Gemeinsamen Markt“ (Art. 2, 3 lit. h, 38 Abs. 1, 81 Abs. 1, 82 Abs. 1, Art. 87, 94, 136, 296 Abs. 1 b EGV) und „Binnenmarkt“ (3 lit. c, g, 4 Abs. 1, 14, 15, 95 EGV) nebeneinander als gemeinschaftliche Zielsetzung benannt. Zuvor war lediglich der Terminus „Gemeinsamer Markt“ gebräuchlich. Der Begriff „Binnenmarkt“ fand erst 1986 anlässlich der Änderung der ursprünglichen Fassung des EWG-Vertrages durch die Einheitliche Europäische Akte von 1986 Einzug in die Verträge. Der Gemeinsame Markt sollte nach Art. 7 EGV a.F., der durch den Amsterdamer Vertrag gestrichen wurde in drei Stufen im Zeitraum vom 1.1.1958 bis zum 31.12.1969 verwirklicht werden.¹⁰⁷

Die begriffliche Differenzierung beider Begriffe ist von praktischer Bedeutung, da im Rahmen der Rechtsangleichung den beiden Markt Begriffen unterschiedliche Kompetenztitel und damit verbunden unterschiedliche Verfahrensweisen zugewiesen werden. Art. 94 EGV sieht für Richtlinien zur Angleichung von Rechts- und Verfahrensvorschriften, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken, einstimmige Beschlüsse des Rates nach Anhörung vor. Art. 95 EGV verlangt hingegen für Maßnahmen des Rates zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben, das Verfahren der Mitentscheidung des Europäischen Parlaments nach Art. 251 EGV.

Zur Abgrenzung der beiden Markt begriffe lassen sich drei Auffassungen vertreten: Der Binnenmarkt sei mit dem Gemeinsamen Markt weitgehend identisch, reiche über diesen hinaus oder bleibe hinter diesem zurück:

Die Rechtsprechung des EuGH lässt erkennen, dass dieser den Gemeinsamen Markt als ein Minus gegenüber dem Binnenmarkt ansieht, allenfalls von einer Identität ausgeht. Da nach seiner Qualifikation der Gemeinsame Markt ein Markt sei, „dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommt“.¹⁰⁸ Weiterhin erklärt der EuGH das ein System des unverfälschten Wettbewerbs zu den konstitutiven Merkmalen des Binnenmarktes zählt.¹⁰⁹ Zur Klarstellung verwarf der EuGH schließlich ausdrücklich die Vorstellung, dass auf der Grundlage des Art. 95 EGV nur Rechtsakte erlassen werden können die der

¹⁰⁶ Kahl, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 14 EGV Rn. 18; Monti, Der Binnenmarkt und das Europa von morgen, 1997, S. 26 ff (38ff).

¹⁰⁷ Kahl, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 14 EGV Rn. 6; Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 11.

¹⁰⁸ EuGH Rs. 15/81, Slg. 1982, S. 1409 Rn. 33; Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff, S. 141f.

¹⁰⁹ EuGH Rs. C-300/89, Slg. 1991, S. I-2867 Rn. 14; Nettesheim, in: Jura 1994, S. 337 (339).

Herstellung oder Verbesserung der Wettbewerbsfreiheit dienen, nicht hingegen Maßnahmen zur Sicherung der Wettbewerbsgleichheit.¹¹⁰ Hierzu sei noch festgestellt, dass die EG-Rechtssetzungsorgane in ständiger Praxis Richtlinien auf Grundlage des Art. 95 EGV erlassen, deren ausschließliches Ziel die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen ist, und keinerlei Bezug zu den Verkehrsfreiheiten aufweisen.¹¹¹

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung stellt der Binnenmarkt hingegen nur eine Teilmenge des Gemeinsamen Marktes dar. Nach der sog. Einschränkungstheorie umfasst der Binnenmarkt nicht die Bereiche Wettbewerbspolitik, Verkehrspolitik und Steuerpolitik, dagegen seien diese Bereiche vom Begriff des Gemeinsamen Marktes umfasst.¹¹²

Weiterhin wird aber auch davon gesprochen, dass dem Begriff Binnenmarkt lediglich eine klarstellende Funktion zukommt. Die Bereiche die dem Binnenmarkt zugewiesen werden seien deckungsgleich mit denen des Gemeinsamen Marktes, was vor allem durch die offensichtlich sinnliche Verwendung beider Begriffe durch den EG-Vertrag zum Ausdruck gebracht wird.¹¹³ Die Gegenstandsbereiche des Binnenmarktes und des Gemeinsamen Marktes sind nach dieser sog. Synonymitätstheorie, identisch, da beiden Markt Begriffen die vier Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Strukturelemente zu Eigen sind. Weiterhin beziehen sich auch die Politikbereiche des EG-Vertrages auf beide Marktbezeichnungen. In Art. 3 EGV werden nebeneinander Tätigkeiten der Gemeinschaft im Binnenmarkt und im Gemeinsamen Markt beschrieben. Art. 3 EGV verweist zwar auf Art. 2 EGV der nur vom Gemeinsamen Markt spricht, aber durch den Unionsvertrag wurde in Art. 3 lit. g EGV der Gemeinsame Markt durch den Binnenmarkt ersetzt. Die verfahrensmäßigen Unterschiede bei der Rechtsangleichung, trotz inhaltlicher Deckungsgleichheit, werden mit der gewünschten Stärkung der Stellung des Europäischen Parlaments erklärt.¹¹⁴

Daher kommen die Vertreter der Synonymitätstheorie zum Ergebnis, dass beide Marktbegriffe eine inhaltlich synonyme Bedeutung aufweisen, die nur im Zuge der Novellierung des EG-Vertrages inkonsistent verwendet wird.

Daneben wird die Ansicht vertreten, der Gemeinsame Markt stelle nur eine inhaltliche und zeitliche Vorstufe zum Binnenmarkt dar. Danach beinhalte der Binnenmarkt den Gemeinsamen Markt geht aber über diesen hinaus. Die Vertreter¹¹⁵ dieser sog. Erweiterungstheorie ziehen als Begründung die Formulierung des Abs. 2 EGV heran, („gemäß den Bestimmungen“, „Raum ohne Binnengrenzen“), und verweisen auf die Entstehungsgeschichte sowie auf Art.

¹¹⁰ EuGH Rs. 350/92, Slg. 1995, S. I-1985 Rn. 14.

¹¹¹ *Basedow*, in: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, S. 347 (353 mit Anmerkung 33).

¹¹² *Pühs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, S. 54; *Zacker*, in: RIW 1989, S. 489f; vgl. auch die Darstellung der Lösungsansätze bei *Epiney*, in: JZ 1992, S. 564 (565f.).

¹¹³ *Glaesner*, in: Ress (Hrsg.) Rechtsprobleme der Rechtsangleichung, S. 35 (37); *Nicolaysen*, Europarecht II, S. 310.

¹¹⁴ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 11-12.

¹¹⁵ *Bardenhewer/Pipkorn*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 7a Rn. 6 ff.; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 14 EGV Rn. 7 ff; *Dausen*, in: EuZW 1990, S. 8 (10); *Müller-Graff*, Binnenmarktziel und Rechtsordnung, S. 11f; *Reich*, in: EuZW 1991, S. 203 (207f); *Steindorff*, in: ZHR 1986, S. 687 (689); *Ipsen*, in: Festschrift für Karl Josef Partsch, S. 327 (332).

95 Abs. 2 EGV, durch den erst kraft vertraglicher Verordnung bestimmte Materien aus dem Binnenmarkt ausgeklammert worden seien, die sonst zum Binnenmarktbezug zählten. Im Ergebnis ist die Einschränkungstheorie abzulehnen, da sie im völligen Widerspruch zur EuGH-Rechtsprechung steht. Sie verkennt das Wesen der europäischen Integration im Allgemeinen sowie die Funktion der Art. 14 f i.V.m. Art. 95 EGV im Besonderen, welchen ein dynamisch-progressives Element zu Eigen ist. Für diese Dynamik stehen die Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 EGV die von einer „Wahrung“ und „Weiterentwicklung“. Es gibt auch keinerlei Anhaltspunkte, dass die Staats- und Regierungschefs im Jahre 1986 einen freiwilligen Rückschritt in Bezug auf die ökonomische Integration beabsichtigt hätten. Daher gebührt auch der Erweiterungstheorie der Vorzug. Der Binnenmarkt ist der Ausdruck einer neuen Integrationsebene.¹¹⁶ Art. 14 Abs. 2 EGV und Art. 2 Abs. 1 EUV verlangen nach einem Raum ohne Binnengrenzen und damit nach der Beseitigung aller Grenzkontrollen im Personen- und Warenverkehr. Dies stellt einen neuen zusätzlichen Aspekt des Binnenmarktes gegenüber dem Gemeinsamen Markt dar. Art. 14 EGV „schafft die Verpflichtung, ein System absoluter Freiheit bei der Überschreitung der Binnengrenzen einzurichten, das eine Abschaffung systematischer Grenzkontrollen gegenüber allen ermöglichen soll“.¹¹⁷ Somit umfasst der Binnenmarkt sämtliche Elemente des Gemeinsamen Marktes und zusätzlich die Abschaffung der Personenkontrollen („Europa der Bürger“).

6. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union

Was die Wirtschaftsverfassung der europäischen Union anbelangt, hat in den Verträgen keine rechtliche Festlegung auf ein bestimmtes Wirtschaftsmodell stattgefunden. Die Leitlinien der einzelnen Gemeinschaftsverträge sprechen aber für ein das Bekenntnis zur Marktwirtschaft und gegen die Interventionswirtschaft. Zwar wird den Mitgliedstaaten die Wahl ihrer Wirtschaftsverfassung überlassen, insbesondere wird keine neoliberale Wirtschaftsordnung vorgeschrieben, der Koordinationstyp der Zentralverwaltungswirtschaft wird aber ausgeschlossen.¹¹⁸

Unter Wirtschaftsverfassungsrecht versteht man die rechtliche Festlegung des Wirtschaftssystems in seinen allgemeinen Strukturen und Funktionen. Dabei findet eine Unterscheidung in die Modelle „Markt“ und „Plan“, als Typen der Rationalität zur Erfassung wirtschaftlicher Vorgänge, statt.¹¹⁹ Nach dem Willen seiner Schöpfer sollte bereits der frühere EWG-Vertrag die wesentlichen Elemente einer Wirtschaftsverfassung enthalten. Die Umsetzung scheiterte jedoch an den oftmals unterschiedlichen Ordnungsvorstellungen der einzelnen Mitgliedstaaten – so sind etwa in Frankreich traditionell starke und in Griechenland und Italien erhebliche Formen der staatlichen Intervention in den Bereichen der Wirtschaft üblich, während die deutsche Wirtschaftspolitik in Gestalt der sozialen Marktwirtschaft erscheint.¹²⁰

¹¹⁶ *Grabitz/von Bogdandy*, in: JuS 1990, S. 170 (175).

¹¹⁷ *GA Cosmas*, Schlußantr. zu EuGH Rs. C-378/97; Slg. 1999, S. I-6207 Ziffer 41.

¹¹⁸ *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, S. 547.

¹¹⁹ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 195.

¹²⁰ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 196; Ausführlich zu einer gemeinschaftlichen Wirtschaftsverfassung, *Mestmäcker*, in: Festschrift Hans von der Groeben, S. 9 ff.

Sowohl die Identifizierung der wesentlichen Elemente als auch ihr Verhältnis zu einander sind jedoch bis heute umstritten. Zwar hat der Europäische Rat im Jahre 1993 „Leitlinien für ein europäisches Wirtschaftsmodell“ vorgegeben. Diese legen jedoch keine rechtlichen Strukturen fest, sondern lediglich Einzelziele für bestimmte Politiken, wie Währung, Infrastruktur, Verkehr, Telekommunikation und Bildung.

Die Gemeinschaftsverträge weisen mehrere zentrale Anknüpfungspunkte auf, die dienlich sind die Struktur des europäischen Wirtschaftsmodells zu erfassen. Anzuführen sind hier die Art. 2, 3 lit. c, 4 Abs. 1 EGV betreffend die Errichtung eines gemeinsamen Marktes/Binnenmarktes und Art. 4 Abs. 1 und 2 EGV, die den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit der Verpflichtung zum freien Wettbewerb festlegen, weiterhin der in Art. 3 lit. c EGV beschriebene Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr gekennzeichnet ist, schließlich das von Art. 3 lit. g EGV geforderte System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschung schützt.

a) Grundbekenntnis zur Marktwirtschaft

Durch die Begriffe „Gemeinsamer Markt“ oder „Binnenmarkt“ wird die oberste Zielvorgabe formuliert und alle weiteren Regelungen und Aktivitäten der Gemeinschaft bestimmt. Nach überwiegender Ansicht umfasst der Begriff „Binnenmarkt“ nicht nur eine Aussage in geographischer Hinsicht, sondern beinhaltet auch das theoretische Konzept für die inhaltliche Verwirklichung.¹²¹

Der im Jahre 1994 angenommene Entschluss zur Verfassung der Europäischen Union nennt als Ziel der Union „die Entwicklung eines Rechts- und Wirtschaftsraums ohne Binnengrenzen, für den der Grundsatz der sozialen Marktwirtschaft gilt“. Sollte die darin enthaltene Festlegung auf ein Wirtschaftsmodell tatsächlich als Zielvorschrift verankert werden, hätte dies eine enorme Tragweite, da sie dem neoliberalen ordnungspolitischen Leitbild entspricht, aber mit der derzeitigen Rechtslage nicht vollständig übereinstimmt.¹²² Die europäische Wirtschaftspolitik ist zwar nach Art. 4 Abs. 1 EGV dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet. Damit haben sich die Vertragsparteien deutlich zu einer wettbewerbgeprägten Marktwirtschaft bekannt. Der Vertrag wird hinsichtlich einer Wirtschaftsverfassung an vielen Stellen¹²³ auch weitaus deutlicher als das Grundgesetz, das keine ausdrückliche Festschreibung der marktwirtschaftlichen Ordnung enthält.¹²⁴ Jedoch begründet die Verpflichtung auf Marktwirtschaft und Wettbewerb kein generelles Verbot nicht marktkonformer Eingriffe.¹²⁵

¹²¹ *Streinz*, Europarecht, Rn. 984.

¹²² *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 201.

¹²³ Vgl. etwa Art. 4 Abs. 2, 98, 105 Abs. 1 Satz 3 EGV, Art. 2 Satz 3 ESZB-Satzung, Art. 4.2 Satz 1 EWI-Satzung.

¹²⁴ *Badura*, in: Festschrift für Klaus Stern, S. 409 (414 ff.).

¹²⁵ *Bleckmann*, Wirtschaftslenkung und Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, Vorträge, S. 6; *Nicolay*, Europarecht II, S. 320.

In Deutschland ist das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft, trotz der vom Bundesverfassungsgericht propagierten wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, fast unbeachtet in einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik festgeschrieben worden; nämlich im Vertrag über die Schaffung einer Währungs- Wirtschafts- und Sozialunion.¹²⁶

Die Lehre der sozialen Marktwirtschaft wurde wissenschaftlich von *Friedrich August von Hayek*, *Walter Eucken* und *Franz Böhm* begründet. Eckpfeiler dieser Lehre bilden die Gewährleistung des Privateigentums, Leistungswettbewerb, Preisbildungsfreiheit, die Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen sowie die soziale Gerechtigkeit.¹²⁷ Die eben genannten Kriterien einer sozialen Marktwirtschaft werden jedoch durch das Gemeinschaftsrecht nicht uneingeschränkt gewährleistet. Das Privateigentum wird gem. Art. 295 EGV zwar den nationalen Eigentumsordnungen entsprechend geachtet, und als Bestandteil der EG-Rechtsordnung anerkannt.¹²⁸ Die Ausübung der Eigentumsgarantie wird aber durch den EG-Vertrag auch eingeschränkt, Art. 30 EGV.

Der Leistungswettbewerb ist in der Gemeinschaft durch industriepolitische Maßnahmen, Art. 157 Abs. 1, 163 Abs. 1, Subventionen, Art. 76 Abs. 2, 87, 154, 155 EGV, Ausgleichszahlungen Art. 63 EKGS oder staatliche Monopole Art. 31 EGV erheblich verfälscht. In zahlreichen Sektoren, vor allem im Agrarbereich, mangelt es an einer freien Preisbildung. Weiterhin ist die Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen in mehreren Bereichen noch nicht vollständig verwirklicht, Art. 44-48, 51, 55, 57, 58 EGV. Schließlich steckt auch die soziale Grundsicherung durch Harmonisierung der Sozialordnungen noch in ihren Anfängen Art. 136 EGV.

b) Bereiche der Intervention

Das Gemeinschaftsrecht lässt an vielen Stellen Raum für staatliche Interventionen; vor allem in den Bereichen Industrie- und Agrarpolitik. Auf dem Gebiet der Industriepolitik sind Rat und Kommission ermächtigt Ziele und Strategien ohne präzise Aufgabendefinition zu erfüllen. Dies führt dazu, dass die rechtlich festzuhaltenden Ergebnisse weitgehend vom politischen Konsens abhängen. Dabei können sowohl Schritte in Richtung Marktwirtschaft als auch in Richtung Planwirtschaft stattfinden.¹²⁹

Die industriepolitische Aufgabe der Gemeinschaft ist lediglich damit umrissen, die Anpassung an strukturelle Veränderungen zu erleichtern, kleine und mittlere Unternehmen zu fördern, Unternehmenskooperationen zu begünstigen und auf eine bessere Nutzung von Forschung und Entwicklung hinzuwirken. Dies soll gem. Art. 157 EGV auf der Grundlage eines Systems „offener und wettbewerbsorientierter Märkte“ erfolgen und darf nicht zu Wettbe-

¹²⁶ Vom 18.5.1990, Kap. 1, Art. 1 Abs. 3; BGBl. II, S. 518.

¹²⁷ *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 202.

¹²⁸ EuGH Rs. 49/79, Slg. 1979, S. 3727 Rn. 17.

¹²⁹ *Müller-Graff*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts A.I, Rn. 109; *Steindorff*, in: Festschrift für Arved Deringer, S. 176ff; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rn. 1326 und Rn. 1676f.

werbsverzerrungen führen.¹³⁰ Es ist jedoch zu bemerken, dass die industriepolitisch zu fördernden Ziele gerade Funktionen sind, die ein wirksamer Wettbewerb hervorbringt. Durch Subventionen wird die Wettbewerbsfähigkeit des subventionierten Unternehmens erhöht, indem dessen Produktions- und Transaktionskosten gesenkt werden, was zu einer Wettbewerbsverzerrung führt. Folglich können strukturelle Veränderungen durch Subventionen beschleunigt aber auch verzögert werden.¹³¹

Der ebenfalls vom Binnenmarkt umfasste Bereich der Landwirtschaft ist am stärksten von interventionistischen Vorgaben geprägt. Trotz der Bezeichnung Agrarmärkte sind Marktprinzipien weitgehend ausgeschaltet. Um das Funktionieren des Marktes zu gewährleisten stellt der EG-Vertrag Wettbewerbsregeln zur Verfügung und verbietet grundsätzlich Subventionen. Für die Agrarmärkte sind diese Marktprinzipien aufgrund der Art. 32-38 EGV praktisch ausgeschaltet.

Zu den planwirtschaftlichen Interventionen gehört insbesondere das festgelegte gemeinsame Preissystem, das im Binnenmarkt ein einheitliches Preisniveau mit Festpreisen oder Preisspannen, unabhängig von den meist niedrigeren Weltmarktpreisen, garantiert.¹³² Die Preisvorteile für drittstaatliche Produkte werden durch Einfuhrzölle abgeschöpft, die Ausfuhr hingegen durch Erstattungen auf das Weltmarktniveau hinuntersubventioniert. Als weitere interventionistische Instrumente zu nennen sind Erzeugerquoten, Erzeuger- und Verbraucherbeihilfen, Abnahmequoten, Rücknahmeverpflichtungen oder Qualitätsregeln.¹³³ Bei der Landwirtschaft handelt es sich somit um einen planwirtschaftlich verwalteten Markt, der zirka die Hälfte des EG-Gesamthaushaltes ausmacht.¹³⁴

c) Mixed Economy

Soweit der EG-Vertrag also von Markt oder Marktwirtschaft spricht ist damit grundsätzlich eine marktgesteuerte Wirtschaft gemeint, die allerdings planwirtschaftliche Elemente nicht ausschließt. Folglich handelt es sich um eine sog. „mixed economy“. Die liberal angelegte EU-Wirtschaftsverfassung ist immer wieder mit Möglichkeiten staatlicher Eingriffe durchzogen, so dass sich das Gesamtbild einer „gemischten“ Ordnung ergibt.¹³⁵ Diese Mischung aus

¹³⁰ Die einzelnen Mitgliedstaaten verfolgen innerstaatlicher traditionell unterschiedliche industriepolitische Konzepte. Daher herrschen erhebliche Differenzen in Hinblick auf Umfang und Adressaten einer gemeinschaftlichen Industriepolitik. Die betont marktwirtschaftlich orientierten Mitgliedstaaten, heben die Bedeutung eines freien Wettbewerbs hervor und akzeptieren nur als staatliche Maßnahmen nur horizontale Eingriff, d.h. die unterschiedslose Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der gesamten Industrie. Hingegen bejahen die merkantilistisch oder colbertinisch geprägten Mitgliedstaaten durchaus einen volkswirtschaftlichen Nutzen staatlicher Eingriffe in das Wirtschaftsleben, auch in Form sektoraler Intervention. Art. 157 EGV beinhaltet als Kompromissformel beide Konzepte. Ausführlich zum Ganzen, *Hellmann*, Europäische Industriepolitik, S. 33ff ; *Schulte-Braucks*, in: Röttinger, Handbuch der Europäischen Integration, S. 969 (970).

¹³¹ *Kilian*, Europäische Wirtschaftspolitik, Rn. 211.

¹³² Siehe zur herkömmlichen Preisstützung, *Priebe*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, G. Rn. 74 ff.

¹³³ *Priebe*, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, G. Rn. 66 ff.

¹³⁴ *Streinz*, Europarecht, Rn. 772 und Rn. 788.

¹³⁵ *Oppermann*, Europarecht, Rn. 931.

liberalen marktwirtschaftlichen und interventionistischen Elementen ist in fast jeder Wirtschaftsverfassung zu finden und ist auf Gemeinschaftsebene nicht überraschend, da im Vertragssystem grundlegende Kompromisse zwischen den unterschiedlichen Wirtschaftstraditionen der Mitgliedstaaten zu schließen waren.

Die quantitative Relation markt- und planwirtschaftlicher Komponenten zueinander lässt sich nicht eindeutig festlegen, da sie sich in einem ständigen Fluss befinden. So haben die durch den Maastricht-Vertrag verstärkt eingeführten Formulierungen „offene Märkte“ und „offene Marktwirtschaft“ eine Betonung der Marktbezogenheit statuiert. Die „Offenmarktpolitik“ lehnt an die GATT-Übereinkommen von 1947 und 1994 an und geht auf die neoliberale Wirtschaftstheorie zurück.¹³⁶

Wenn der EG-Vertrag von „offenen Märkten“ spricht, folgt eine Verweisung auf den Wettbewerb. Es ist jedoch zu überlegen, ob durch die Betonung in der Formulierung „offene Märkte mit freiem Wettbewerb“ verdeutlicht werden soll, dass der Wettbewerb ein konstituierendes Element für den offenen Markt sein soll, oder ob auch offene Märkte ohne Wettbewerb denkbar sind. Das Wettbewerbsprinzip in Verbindung mit den Marktvorstellungen ist vor allem in den Art. 154 Abs. 2 S. 1, Art. 157 Abs. 1 S. 2 EGV festgehalten. Die stärkste Verankerung des Wettbewerbs als konstituierendes Merkmal des Binnenmarktes findet sich jedoch in Art. 3 lit. g EGV: Darin ist der Gemeinschaft als Ziel ihrer Tätigkeit aufgegeben, „ein System“ herzustellen, „das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt. Derartige Verfälschungen können sowohl durch wettbewerbsbeschränkende Praktiken Privater als auch durch planwirtschaftliche oder staatliche Maßnahmen entstehen, die wettbewerbsverhindernd, oder -beschränkend wirken.“¹³⁷ Der Zusatz „mit freiem Wettbewerb“ ist jedoch auch die Beschreibung eines Idealzustandes, da sich kaum die Behauptung aufstellen lässt, auf einem bestimmten Markt oder in einer Volkswirtschaft herrsche ein wirklich freier Wettbewerb.¹³⁸

Die Herstellung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs ist nur einer von vielen Tätigkeitsbereichen der Gemeinschaft, Vgl. Art. 3 und 4 EGV. Trotz der Systementscheidung für den Markt wird das Konzept wettbewerbsorientierter Märkte von gegenläufigen Prinzipien gekreuzt. Vor allem auf den Gebieten der Industrie- und Agrarpolitik. Der Liberalismus in der EG-Wirtschaftsverfassung ist insgesamt ein gemäßigter.¹³⁹

7. Materiellrechtliche Prinzipien des europäischen Wirtschaftsmodells: Die vier Marktfreiheiten

Als materiellrechtliche Prinzipien des europäischen Wirtschaftsrechts gelten die vier Marktfreiheiten. Darunter zu verstehen sind die im EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten für den grenzüberschreitenden Verkehr im Binnenmarkt.¹⁴⁰

¹³⁶ Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 257.

¹³⁷ EuGH Verb. RS 56 und 58/64, Slg. 1966, S. 322 (327).

¹³⁸ Bandilla, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 4 EGV Rn. 7.

¹³⁹ Oppermann, Europarecht, Rn. 931.

¹⁴⁰ Ukrow, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 3 EGV Rn. 7.

Die Marktfreiheiten (Warenverkehrsfreiheit Art. 23; 28 EGV, Personenverkehrsfreiheit Art. 43; 39 EGV, Dienstleistungsfreiheit Art. 49 EGV, Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit Art. 56 EGV) sind als fundamentale Freiheitsrechte ausgestaltet, die eine unmittelbare Wirkung zwischen Unionsbürger und Mitgliedstaat entfalten, sofern ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Unionsbürger können sich unmittelbar darauf berufen.¹⁴¹ Durch die Marktfreiheiten soll die wirtschaftliche Integration Europas vorangetrieben werden.¹⁴² Schließlich ist das Gemeinschaftsziel die Herstellung eines Binnenmarktes „der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr gekennzeichnet ist“ Art. 3 lit. c EGV.

Die Existenz der Art. 5 EGV (Subsidiaritätsprinzip) und 30 EGV (Ausnahme von der Warenverkehrsfreiheit) zeigt jedoch, dass es auch Regelungen gibt, die nicht mit den Freiheitsprinzipien konform gehen. Hierin spiegelt sich stets auch der Stand des politischen Einigungsprozesses wider.

Anwendung finden die Marktfreiheiten nur bei marktüberschreitendem Wirtschaftsverkehr, währenddessen reine Inlandssachverhalte, die keine direkten oder indirekten Binnenmarkteffekte oder nur ungewisse Auswirkung auf den Warenverkehr haben, außer Betracht bleiben.¹⁴³ In den Anfängen des Gemeinsamen Marktes wurden in den Marktfreiheiten Ausprägungen des allgemeinen Diskriminierungsverbots gesehen. Danach sollte lediglich die offene oder versteckte Diskriminierung von Importwaren aus anderen Mitgliedstaaten verhindert werden. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist von einer erheblich weiteren Funktion der Marktfreiheiten auszugehen:

Sie umfassen das Verbot der Errichtung von Marktzutrittschranken, Anforderungen für die Anpassung der Auslegung nationaler Rechtsvorschriften, die Beschränkung der Anwendbarkeit nationaler Rechtsvorschriften sowie die Anerkennung des Schutzes subjektiver Rechte.¹⁴⁴ Die Marktfreiheiten verbieten jegliche Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, die in Form offener und versteckter Diskriminierung auftreten kann.

a) Diskriminierungsverbot

Die Errichtung des Binnenmarktes ist gemäß Art.3 lit. c EGV durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet. Solche Hindernisse können sowohl diskriminierender als auch nicht-diskriminierender Natur sein. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt eine Diskriminierung vor, wenn vergleichbare Sachverhalte rechtlich unterschiedlich oder unterschiedliche Sachverhalte rechtlich gleich behandelt werden¹⁴⁵, ohne dass für die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung ein objektiver Rechtfertigungsgrund besteht.¹⁴⁶

¹⁴¹ *Streinz*, Europarecht, Rn. 705.

¹⁴² *Müller-Graff*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, A. I. Rn. 123.

¹⁴³ EuGH Rs. C-154/89, Slg. 1991, S. I-659; EuGH, in: JZ 1994, S. 623.

¹⁴⁴ EuGH Rs. C-238/89, Slg. 1990, S. I-4827 Rn. 12f.

¹⁴⁵ EuGH Rs. 283/83, Slg. 1984, S. 3791 Rn. 7.

¹⁴⁶ EuGH Rs. 810/79, Slg. 1980, S. 2747 Rn. 16; EuGH Rs. 147/79, Slg. 1980, S. 3005 Leitsatz 2; EuGH Rs. C-187/96, Slg. 1998, S. I-1095 Rn 19.

Da das Gemeinschaftsrecht aber nur Sachverhalte mit Gemeinschaftsbezug erfasst, kann man diese Definition genauer formulieren: Diskriminierung bedeutet die rechtliche Schlechterbehandlung eines zu beurteilenden Sachverhalts mit Gemeinschaftsbezug gegenüber einem reinen Inlandsachverhalt. Soweit die Marktfreiheiten diskriminierende Markthindernisse verbieten, also ein spezielles Diskriminierungsverbot enthalten, knüpfen sie an das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EGV an, der jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet.¹⁴⁷ Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung kommt es für die Anwendung des Diskriminierungsverbots auch nicht darauf an, dass eine mitgliedstaatliche Regelung tatbestandlich an das Vorliegen einer bestimmten Staatsangehörigkeit anknüpft. Der Anwendungsbereich dieses Verbots ist bereits eröffnet, wenn die Anknüpfung an ein beliebiges Tatbestandsmerkmal EG-Ausländer de facto schlechter stellt als Inländer (versteckte oder indirekte Diskriminierung). Für die Feststellung einer solchen Diskriminierung genügt, dass die mitgliedstaatliche Regelung sich besonders zum Nachteil der Ausländer auswirkt.¹⁴⁸ Eine Diskriminierung lässt sich damit belegen, dass sich eine bestimmte (niederlassungsrelevante) mitgliedstaatliche Regelung sich statistisch häufiger bei EG-Ausländern als bei Inländern auswirkt.¹⁴⁹

Offene Diskriminierung bedeutet, der diskriminierende Sachverhalt knüpft direkt an das Vorliegen persönlicher oder sachlicher Merkmale als Unterscheidungskriterium an.¹⁵⁰

b) Versteckte Diskriminierung

Bei einer versteckten Diskriminierung wird nicht am Unterscheidungskriterium selbst angesetzt. Die Regelung ist allerdings so ausgestaltet, dass sie überwiegend von den Mitgliedern einer Gruppe erfüllt wird. Direkt oder indirekt diskriminierend wirkende mitgliedstaatliche Regelungen unterfallen somit dem Diskriminierungsverbot des Art. 43 EGV.¹⁵¹

Es gibt jedoch auch Regelungen, die sich nicht einfach dem Diskriminierungsverbot zuordnen lassen. Denn gemäß Art. 43 Abs. 2 a.E. EGV wird hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit zunächst nur ein Recht auf Inländergleichbehandlung gewährt. Damit obliegt die rechtliche Ausgestaltung der beruflichen Niederlassung den Mitgliedstaaten, solange keine mitgliedstaatlichen Harmonisierungsmaßnahmen stattgefunden haben.

Im Bereich der Niederlassungsfreiheit besteht kein umfassendes Verbot ähnlich dem Art. 28 EGV für den Bereich der Warenverkehrsfreiheit. Hierauf gründet die Debatte, ob sich das Gebot der Inländergleichbehandlung als konkretisiertes Diskriminierungsverbot hinaus zu einem umfassenden Verbot jeglicher Beschränkung der freien Niederlassung entwickelt hat. Konkret bedeutet dies, ob Art. 43 EGV nur in irgendeiner Weise diskriminierende Maßnahmen der Mitgliedstaaten verbietet oder ob auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen das Recht der freien Niederlassung unzulässig beschränken könne.

¹⁴⁷ Ausführlich zum Begriff Diskriminierung *Wöhlermann*, Das Wirtschaftsrecht in der Europäischen Union, S. 98.

¹⁴⁸ EuGH Rs. C-175/88, Slg. 1990, S. I-1789 Rn. 14.

¹⁴⁹ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 43 EGV Rn. 20.

¹⁵⁰ *Wöhlermann*, Das Wirtschaftsrecht in der Europäischen Union, S. 98.

¹⁵¹ *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 43 EGV Rn. 20

8. Umsetzung des Binnenmarktkonzepts

Die Verwirklichung des Binnenmarktes bedeutet die Herstellung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsraums. Um in diesem Wirtschaftsraum auch das Hauptziel des europäischen Wirtschaftsrechts, die Gewährleistung eines freien Wettbewerbs, sicherzustellen, bedarf es einiger Rechtsänderungen in den Mitgliedstaaten. Ein einheitlicher Wirtschaftsraum benötigt auch eine weitgehend homogene Rechtsordnung, da Rechtsunterschiede leicht zu Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen führen, die den Optimierungsprozess empfindlich stören.¹⁵²

Vertragsziel ist es die Funktionsstörungen des Gemeinsamen Marktes, die durch unterschiedliche nationale Regelungen hervorgerufen werden zu beseitigen. Zu den vertraglich festgelegten Tätigkeiten der Gemeinschaft zählt daher auch die Angleichung innerstaatlicher Rechtsvorschriften, „soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist“. In Art. 3 lit. h) EGV wird dies als allgemeine Aufgabe beschrieben, näher ausgestaltete werden die Handlungsbefugnisse zur Rechtsangleichung in einem eigenständigen Kapitel des EG-Vertrag in den Art. 94-97 EGV. Aufgrund dieser vertraglichen Aufgabenzuweisung herrscht Einigkeit, dass die Rechtsangleichung keinen Selbstzweck der Gemeinschaft erfüllt, sondern stets eine dem Vertrag dienende Funktion hat. Die Rechtsangleichung muss somit immer in einem Funktionszusammenhang mit dem Gemeinsamen Markt stehen. Der Vertrag selbst erkennt diesen Funktionszusammenhang, indem er in mehreren Bereichen (wie etwa für das Steuer- oder Gesellschaftsrecht) besondere Angleichungskompetenzen vorsieht. Im Rahmen dieser Arbeit besonders relevant in die Angleichungskompetenz in Art. 47 EGV für das Berufs- und Gewerberecht. Der instrumentelle Charakter spielt heute für die Gemeinschaftszuständigkeit zur Schaffung des europäischen Binnenmarktes eine zentrale Rolle.¹⁵³

Zur Beseitigung der Funktionsstörungen durch die Rechtsangleichung werden drei Aufgaben gestellt: Die Ermöglichung und die Erleichterung der Ausübung der Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes, Art. 3 lit. a) und c) EGV, die Beseitigung und die Verhinderung von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen, die durch die Rechtsunterschiede hervorgerufen werden und schließlich die Schaffung solider Rechtsstrukturen als Grundlage für die wirtschaftliche und institutionelle Verfestigung der Gemeinschaft.¹⁵⁴ Vereinfacht kann man das Instrument Rechtsangleichung auch in zwei Schritten darstellen:

Schritt 1: In den Nationalstaaten bestehende Handelshemmnisse, die den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr betreffen und gegen die vier Grundfreiheiten verstoßen oder diskriminierend wirken, müssen abgebaut werden.

Schritt 2: Die nationalen Rechts- und Verfahrensvorschriften werden soweit dies erforderlich ist angeglichen. Diese Rechtsangleichung taucht in den Vorschriften des EG-Vertrages unter den Begriffen „Harmonisierung“ oder auch als „Koordinierung“ auf.

Als Maßnahmen zur Erfüllung dieser Aufgaben und Zielsetzungen dienen vor allem Rechtsakte in Form der Verordnung Art. 249 Abs. 2 EGV und der Richtlinie Art. 249 Abs. 3

¹⁵² Grabitz/von Bogdandy, in: JuS 1990, S. 170 (174).

¹⁵³ Lukes/von Danwitz: in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II Rn. 71; Haag, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, Rn. 695.

¹⁵⁴ Haag, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, Rn. 692

EGV.¹⁵⁵ Durch Verordnungen kann ein einheitliches, unmittelbar anwendbares Recht geschaffen werden, das für seinen Anwendungsbereich entgegenstehendes nationales Recht verdrängt. Durch Richtlinien können die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, ihre Rechtsordnungen derart umzuformen, dass die auftretenden Funktionsstörungen (z.B. Wettbewerbsverzerrung) nach Maßgabe des angegebenen Richtlinienziels beseitigt oder verringert werden.

a) Beseitigung von Handelshemmnissen

In ihrem Weißbuch hatte die Kommission allein 300 Rechtsakte zur Beseitigung von Handelshindernissen vorgeschlagen. Hiervon betroffen waren materielle Schranken (Abschaffung der Waren- und Personenkontrollen), technische Schranken (unterschiedliche nationale Vorschriften, die sich als Hemmnisse für das tatsächliche Gebrauchmachen der mit der Errichtung des Gemeinsamen Marktes zusammenhängenden Grundfreiheiten erwiesen) und Steuer-schranken, die nach wie vor auch zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrung Ausgleichsmaßnahmen an den Grenzen und damit Grenzkontrollen erfordern.¹⁵⁶

Der Abbau dieser Handelshemmnisse erfolgte im Weg der gemeinschaftlichen Rechtsangleichung, wobei man in der Entwicklung der Rechtsangleichung im Jahre 1985 einen Paradigmenwechsel feststellen kann. Bis zu diesem Zeitpunkt verfolgte man die Ersetzung nationaler handelshemmender Vorschriften durch vereinheitlichte Gemeinschaftsbestimmungen im Wege der Vollharmonisierung.¹⁵⁷ Schwierigkeiten ergaben sich dabei jedoch durch das Einstimmigkeitserfordernis des ex-Art. 100 EWG. Angesichts der Fülle der zu bewältigenden Aufgaben bei der Beseitigung technischer Schranken, und der oftmals langwierigen und häufig vergeblichen oder nur wenig ertragreichen Verhandlungen im Rat bewogen die Kommission vom alleinigen Ansatz der Rechtsangleichung abzuweichen.

Als „Neue Strategie“ der Harmonisierung, die im Jahr 1985 Einzug hielt, ist die Verknüpfung der Rechtsangleichung mit dem Konzept der gegenseitigen Anerkennung zu verstehen.¹⁵⁸ Die gegenseitige Anerkennung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten ihre nationalen Regeln untereinander als gleichwertig anerkennen, während durch die vollständige Harmonisierung an die Stelle einer jeden nationalen Regel eine gemeinschaftseinheitliche Regelung tritt. Die Instrumente der Rechtsangleichung und der gegenseitigen Anerkennung sollten sich nunmehr gegenseitig stützen.¹⁵⁹

b) Rechtsangleichung

Unter Rechtsangleichung versteht man die sachbezogene Annäherung nationaler Rechtsvorschriften an einen gemeinschaftsrechtlichen Standard, deren Hauptanwendungsbereich in der Beseitigung nationaler Rechtsunterschiede liegt.¹⁶⁰ Rechtsangleichung ist allerdings nicht mit

¹⁵⁵ *Grabitz/von Bogdandy*, in: JuS 1990, S. 170 (174).

¹⁵⁶ *Streinz*, in: Everling/Roth, Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 10ff.

¹⁵⁷ *Streinz*, in: Everling/Roth, Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 10ff; Darstellung der Entwicklung ab 1985 bei *Horst*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C. IV Rn. 7 ff.

¹⁵⁸ *Horst*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C. IV Rn. 13.

¹⁵⁹ *Horst*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, C. IV Rn. 13.

¹⁶⁰ *Taschner*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 100 EGV Rn. 4.

der Rechtsvereinheitlichung (Unitarisierung, Uniformität) gleichzusetzen.¹⁶¹ Zur Umsetzung der Rechtsangleichung dient als Instrument grundsätzlich allein die Richtlinie, während die Rechtsvereinheitlichung, die auf die Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechts abzielt, durch Verordnungen erreicht werden kann.¹⁶²

(1) *Unterschiedliche Begrifflichkeiten*

Die einzelnen Vorschriften des EG-Vertrages, die zur Rechtsangleichung ermächtigen verwenden unterschiedliche Terminologien. Art. 94 EGV, die Rechtsangleichungsgrundnorm, spricht von einer Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, während in Art. 47 Abs. 2 EGV die Begriffe Koordinierung und in Art. 93 EGV Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu finden sind. Durch die unterschiedlichen Begrifflichkeiten begründet sich jedoch keine Angrenzung unterschiedlicher Anwendungsbereiche, sie sind vielmehr ein Resultat der Abfassung des Vertrages in vier authentische Sprachfassungen. Gleiche Begriffe einer Sprache werden teilweise mit verschiedenen Begriffen wiedergegeben. Andererseits werden in allen Sprache verschiedene Begriffe zur Regelung offensichtlich gleich gelagerten Problemen verwandt. Somit ergibt sich aus den variierenden Begriffen kein inhaltlicher Unterschied.¹⁶³ Die Begriffe haben synonyme Bedeutung und definieren eine identische Gemeinschaftsaufgabe.¹⁶⁴

(2) *Methoden der Rechtsangleichung*

Bei der Rechtsangleichung sind verschiedene Methoden, insbesondere anhand der Regelungsintensität zu unterscheiden.¹⁶⁵ Die intensivste Form ist dabei die totale Angleichung (Vollharmonisierung, Totalharmonisierung), die jegliches entgegenstehendes Recht beseitigt. Es wird also keinerlei Abweichung von den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften gestattet, die auch auf die nationalen Produkte anzuwenden sind. Dies kommt einer absoluten Harmonisierung gleich, die keine abweichenden Regelungen für den zwischenstaatlichen Verkehr und die inländische Produktion erlaubt. Die Vollharmonisierung gestattet allerdings spezifische Abweichungsmöglichkeiten in Form von echten Schutzklauseln. Diese Schutzklauseln dürfen aber wiederum nicht zwischen eingeführten und inländischen Produkten unterscheiden. Deklaratorische Schutzklauseln dafür finden sich in Art. 95 EGV.¹⁶⁶ Die Methode der Vollharmonisierung vermag dem Ziel der Schaffung eines einheitlichen Rechts zweifellos am ehesten

¹⁶¹ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S.693; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 267.

¹⁶² *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, Rn. 1238

¹⁶³ Anderer Auffassung ist von *Dannwitz*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts B. II, Rn. 73. Dieser geht zwar auch davon aus, dass die verschiedenen Begriffe keine unterschiedlichen Aufgaben bezeichnen, aber einen unterschiedlichen Intensitätsgrad der erforderlichen Angleichungsmaßnahmen festlegen.

¹⁶⁴ So die herrschende Lehre, stellvertretend für viele *Taschner*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 100 EGV Rn. 1.

¹⁶⁵ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 414f.

¹⁶⁶ *Streinz*, in: Everling/Roth, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, S. 18.

nachzukommen. Allerdings führt ihre besondere Einwirkungsintensität auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen regelmäßig auch zu Akzeptanzproblemen.¹⁶⁷

Als optionale oder fakultative wird die Rechtsangleichung (Teilharmonisierung) bezeichnet, die die Mitgliedstaaten verpflichtet die Einfuhr von Produkten zuzulassen, welche gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechen, es bleibt ihnen aber gleichzeitig freigestellt für das Inverkehrbringen von auf ihrem Hoheitsgebiet erzeugten Waren, in ihrem Staat andere Vorschriften aufrechtzuerhalten oder zu schaffen.¹⁶⁸ Die optionale Harmonisierung beschränkt sich somit darauf Produkt- und Dienstleistungsstandards für den grenzüberschreitenden Verkehr festzulegen. Dadurch verbleiben den Mitgliedstaaten Regelungsbefugnisse zur Festlegung oder Beibehaltung von eigenen Produkt- oder Dienstleistungsstandards im eigenen Hoheitsbereich. Damit verbunden ist das Problem der Inländerdiskriminierung das zwar gemeinschaftsrechtlich irrelevant ist, aber vom nationalen Verfassungsrecht einer Lösung zugeführt werden muss.¹⁶⁹

Weiterhin sind noch die Sonderformen der Mindestangleichung, die häufig mit der gegenseitigen Anerkennung kombiniert wird, und die horizontale Harmonisierung bekannt. Die letztgenannte stellt für bestimmte Warengruppen allgemeine Regeln betreffend die Zulassung von Stoffen auf, die zwar rechtlich neben die bestehenden nationalen Vorschriften treten, im Ergebnis aber zu einem Ausschlussverbot der in der Richtlinie genannten Zusatzstoffe führt.¹⁷⁰

Mindestharmonisierung bedeutet das Aufstellen von Minimalstandards, die von den Mitgliedstaaten übernommen werden müssen. Dabei bleibt es den Mitgliedstaaten jedoch unbenommen strengere Vorschriften zu erlassen, sowohl für die heimische als auch für die Importproduktion.

Zum Abbau handelshemmender nationaler Vorschriften verfolgte man in den Jahren 1962 bis 1992 allein das Konzept der vollständigen Harmonisierung, um die Hemmnisse durch gemeinschaftseinheitliche Vorschriften zu ersetzen. Dabei fand eine grundsätzliche Beschränkung auf „allgemeine Fragen“ statt, sog. horizontale Harmonisierung. Das bedeutet die Beschränkung auf Fragen die für alle Produkte einer bestimmten Kategorie zutreffen, wobei einerseits die Bereiche technische Sicherheit und Gesundheit berührt werden, andererseits die Anforderungen an eine Information der Verbraucher und eine dem redlichen Handelsverkehr dienende Kennzeichnung. Auf eine sog. vertikale Harmonisierung, d.h. auf den Erlass von Produktstandards soll mit Ausnahme des Bereichs des Gesundheitsschutzes verzichtet werden. Weiterhin sollten fortbestehende nationale Vorschriften die Freiverkehrsfähigkeit von Produkten innerhalb der Gemeinschaft nicht mehr behindern, was den grundsätzlichen Verzicht auf sog. vertikale Harmonisierung herausstellt. Diese Beschränkung wurde durch die Cassis-Rechtsprechung des EuGH ermöglicht, die in ihrer Tragweite eine faktische Anerkennung nationaler Produktstandards bewirkte. Nun musste die Harmonisierung nur noch in den Bereichen vorangetrieben werden, in denen auch nach der Cassis-Rechtsprechung berechtigter Weise noch eine Berufung auf Art. 30 EGV bzw. immanente Schranken des Art. 28 EGV

¹⁶⁷ von Dannwitz, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II, Rn. 84.

¹⁶⁸ Haag, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, Rn. 716.

¹⁶⁹ König, in: AöR 1993, S. 591ff; Schilling, in: JZ 1994, S. 8 ff.

¹⁷⁰ EuGH Rs. 88/79, Slg. 1980, S. 1827 Rn. 14.

möglich war. Auch diese Harmonisierung sollte nur in den grundlegenden Bereichen durch gemeinschaftliche Rechtsvorschriften (Richtlinien) stattfinden im Übrigen aber durch, von europäischen Normungsgremien erlassenen Normen erfolgen, sog. Richtlinien nach neuer Konzeption. Die Kommission erkannte, dass ein gegenseitiges Vertrauen in die von anderen Mitgliedstaaten vorgenommenen Kontrollen nicht erzwungen, sondern nur erworben werden kann. Daher entwickelte sie ein globales Konzept für Zertifizierung und Prüfwesen“ und schlug Richtlinien vor, in denen die Mindestanforderungen an bestimmte Kontrollen und Bedingungen ihrer gegenseitigen Anerkennung vereinheitlicht wurden.

Im Gegensatz zur Warenverkehrsfreiheit ist die Verbindung von Rechtsangleichung und gegenseitiger Anerkennung für die Bereiche der Personenverkehrs-, und Dienstleistungsfreiheit, die vor allem auf das Gewerberecht wirken, schon Vertragsinhalt. Im Bereich der Personenverkehrsfreiheit sieht Art. 47 EGV für die Niederlassungsfreiheit einerseits den Erlass von Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise Art. 47 Abs. 1 EGV, andererseits die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften Art. 47 Abs. 2 EGV der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten, um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern. Durch die Verweisung des Art. 55 EGV gilt dies entsprechend für die Dienstleistungsfreiheit. Damit stellt das im Vertrag selbst angelegte Programm zur Herstellung des Gemeinsamen Marktes, das auch für den Binnenmarkt gilt, die gegenseitige Anerkennung und Harmonisierung als einander ergänzende Mittel dar.¹⁷¹

(3) *Instrumente der Rechtsangleichung*

Die Rechtsangleichung ist schon seit den Gründungsverträgen das Feld der Richtlinie. Abs. 1 des ehemaligen Art. 100 EWG (heute Art. 94 EGV) sah allein die Richtlinie als Instrument der Rechtsangleichung vor. Die Beschränkung auf diese Handlungsform gem. Art 249 EGV folgt unmittelbar aus der konkreten Aufgabenstellung, die im Bereich der Rechtsangleichung für Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zu bewältigen ist. Durch die Beschränkung ihrer Verbindlichkeit auf das „zu erreichende Ziel“: die Beseitigung konkreter Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt, ist die Richtlinie ein ideales Instrument.¹⁷²

(4) *Rechtsgrundlagen für die Rechtsangleichung*

Durch die hauptsächlichliche Konzentration auf die horizontale Harmonisierung und die erhebliche Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen konnten in der Rechtsangleichung erhebliche Fortschritte erreicht werden.¹⁷³ Rechtsangleichung ist Bestandteil der Politik bzw. Tätigkeit der EGV und hat ihre Grundlage in Art. 3 lit. h. Art. 94 EGV ist die Grundbestimmung zur Angleichung von Rechtsvorschriften. Die Rechtsangleichung auf Grundlage des Art. 94 EGV darf aber nicht über den von Art. 3 lit. h EGV gesetzten Rahmen hinausgehen. Neben Art. 94 EGV als Rechtsangleichungsgrundnorm, bestehen spezielle sektorale Rechtsangleichungs-

¹⁷¹ Ausführlich zum Ganzen *Streinz*, in: Everling/Roth, Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 12; *Scheuer*, in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 47 Rn. 2.

¹⁷² *von Danwitz*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, B. II, Rn. 88.

¹⁷³ *Streinz*, Europarecht, Rn. 957.

kompetenzen. Im Bezug auf das hier thematisierte Gewerberecht sind vor allen die Art 44, Art. 46 Abs. 2, Art. 47 Abs. 2 EGV (ggf. i.V.m. Art. 55 EGV) für Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit relevant.

Für die Niederlassungsfreiheit gilt z.B. Art. 44 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g, Art. 46 Abs.2, Art. 47 Abs. 1 und Abs. 1 EGV, für die Dienstleistungsfreiheit hingegen gilt Art. 55 EGV und schließlich Art. 93 EGV für indirekte Steuern, sowie Art. 96 Abs. 2 EGV zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen. Die allgemeine Bestimmung des Art. 94 EGV, die Einstimmigkeit erfordert, wurde für die Herstellung des Binnenmarktes durch Art. 95 EGV, der Abstimmung mit qualifizierter Mehrheit zulässt verdrängt (in „Abweichung von“).

Die Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten setzt voraus, dass derartige Regelungen für die betroffene Regelungsmaterie zumindest in einem, nicht notwendig in allen Mitgliedstaaten bestehen oder zumindest geplant sind. Gegenüber einer darüber hinausgehenden Kompetenz zur präventiven Rechtsangleichung ist Zurückhaltung geboten, um die Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaften und Mitgliedstaaten nicht zu unterlaufen.¹⁷⁴ Die Beseitigung angeblicher Störfaktoren für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes bedarf, wenn beschränkende nationale Vorschriften gerade nicht bestehen, einer ausführlichen und eingehenden Begründung. Sofern es das Funktionieren des Binnenmarktes erfordert, und dadurch der Raum für eine Rechtsangleichung eröffnet ist, besteht eine schöpferische Aufgabe der Gemeinschaft. Art. 95 EGV rechtfertigt in diesem Fall auch den Erlass von Maßnahmen, die die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten regeln.¹⁷⁵

Die Grundfreiheiten erlauben eine Art statische Harmonisierung nationaler Vorschriften, die aber nur punktuell und korrigierend ansetzen kann und kaum mehr als einen Mindeststandard an Diskriminierungsschutz und Inländergleichbehandlung bewirkt. Dagegen sollen solche nationalen Rechtsvorschriften, die aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit die Entwicklung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes gefährden im Wege aktiver Rechtsangleichung generell und vorbeugend entschärft werden. Die Rechtsangleichung ist somit funktional und nicht als Selbstzweck zu verstehen. Sie ist Mittel zum Zweck der Integration, vgl. Art. 3 lit. h EGV.¹⁷⁶

(5) Rechtsfolgen der Angleichung

Die Rechtsangleichungsrichtlinien sind gem. Art. 249 Abs. 3 EGV in nationales Recht umzusetzen.

Angegliedert werden können grundsätzlich die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Darunter zu verstehen sind alle abstrakt-generellen Regeln, die von hoheitlichen

¹⁷⁴ Die Art. 94 und 95 EGV können zwar als Rechtsgrundlage zur präventiven Rechtsangleichung eingesetzt werden, allerdings nur „um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen. Das Entstehen solcher Hindernisse muss jedoch wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken“; EuGH Rs. C-376/98, in: NJW 2000, S. 3701 Rn. 85.

¹⁷⁵ EuGH Rs. C-355/96, Slg. 1998, S. I-4799 Rn. 21ff (28).

¹⁷⁶ Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, S. 267; von der Groeben, in: NJW 1970, S. 359 (360).

Stellen erlassen wurden oder jedenfalls mit hoheitlicher Autorität versehen sind. Daher versteht man unter Rechtsvorschriften alle staatlichen Gesetze im formellen und materiellen Sinne, sowie Gewohnheitsrecht und die in common law-Ländern übliche Präjudizrechtssprechung.¹⁷⁷ Verwaltungsvorschriften hingegen sind abstrakt-generelle Anweisungen, die eine vorgesetzte Behörde gegenüber einem nachgeordneten Funktionsträger erlässt.¹⁷⁸

c) Einbeziehung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung in das Konzept der Rechtsangleichung

Die „neue Konzeption“ der Kommission für die Rechtsangleichung beruht insbesondere darauf, dass sich das Konzept der Vollharmonisierung als schlichtweg undurchführbar erwiesen hat.¹⁷⁹ Ihren Grundgedanken verdankt die „Neue Konzeption“ dem in der Cassis de Dijon-Rechtssprechung¹⁸⁰ entwickeltem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Danach sind Produkte, die in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt wurden und in Verkehr gebracht werden, grundsätzlich im gesamten Binnenmarkt verkehrsfähig. Die aus Art. 28 EGV hergeleitete Verpflichtung der Mitgliedstaaten findet ihre Grenze an den Schutzrechten aus Art. 30 EGV sowie aus zwingenden Erfordernissen, die als immanente Schranken des Art. 28 EGV anerkannt werden. Dazu zählen insbesondere der Gesundheitsschutz und der Schutz der öffentlichen Sicherheit sowie Verbraucher- und Umweltschutz. Für diese Rechtsgüter hat der EuGH ausdrücklich bestätigt, bei eingeführten Produkten dasselbe Schutzniveau wie für einheimische Produkte verlangen zu können.¹⁸¹

Eine große Rolle spielt die gegenseitige Anerkennung im Bereich des binnenmarktrelevanten Wirtschaftsrechts, der noch nicht vereinheitlicht oder harmonisiert ist und daher noch durch nationales Recht geregelt ist.¹⁸²

Seit der Binnenmarktinitiative von 1985 wird die neue Strategie einer Teil- oder Mindestharmonisierung verfolgt. Beabsichtigt wird die Herstellung eines Zustandes der einer Harmonisierung im Hinblick auf das Binnenmarktziel in Nichts nachsteht. Unter der Bezeichnung „gegenseitige Anerkennung“ ist eine Gleichwertigkeitsanerkennung zu verstehen. Maßstab ist dabei das nationale Recht des Bestimmungslandes, in das die Ware aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt werden soll bzw. die grenzüberschreitenden Dienstleistungen erbracht werden. Gegenstand der gegenseitigen Anerkennung sind primär die Rechtsvorschriften des Herkunftslandes. Aber auch bei der Frage nach deren Anwendung greift das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und bezieht sich daher auch auf Untersuchungen, Kontrollen, Be-

¹⁷⁷ Klein, in: Hailbronner/Klein/Magiera/ Müller-Graff, Handkommentar-EUV/EGV, Art. 100 EGV Rn. 5; Langenheine, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 100 EGV Rn. 16.

¹⁷⁸ Klein, in: Hailbronner/Klein/Magiera/ Müller-Graff, Handkommentar-EUV/EGV, Art. 100 EGV Rn. 6, Langenheine, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 100 EGV Rn. 17.

¹⁷⁹ Bruha, in: ZaöRV 1986, S. 1 ff; Sedemund, in: Schwarze (Hrsg.), Der Gemeinsame Markt – Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S. 38ff; Streinz, in: Everling/Roth, S. 9ff; zum neuen Ansatz der Harmonisierungspolitik siehe auch Müller-Graff, in: EuR 1989, S. 107 (110f.)

¹⁸⁰ EuGH Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 649 (664).

¹⁸¹ EuGH Rs. 188/84, Slg. 1986, S. 419 Rn. 17; EuGH Rs. 272/80, Slg. 1981, S. 3277 Rn. 11.

¹⁸² Götz, in: Festschrift für Günther Jaenicke, S. 763.

weise, Zulassungsakte und weitere Akte der Rechtsanwendung im Einzelfall.¹⁸³ Somit sollte diese „Neue Strategie“ der gegenseitigen Anerkennung zur Beseitigung technischer Schranken eingesetzt werden, worunter die Kommission Handelshemmnisse und jegliche Behinderung des Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs versteht. Im Vordergrund stand jedoch der freie Warenverkehr.¹⁸⁴

Die neue Strategie Rechtsangleichung mit gegenseitiger Anerkennung zu verbinden ist für den Bereich der Personenverkehrsfreiheit in Art. 47 EGV vertraglich festgehalten. Für den freien Warenverkehr wird die gegenseitige Anerkennung faktisch durch die Cassis de Dijon-Rechtsprechung herbeigeführt.¹⁸⁵

Auch die gegenseitige Anerkennung soll sich auf allgemeine Fragen beschränken. Im Bereich der Personenverkehrsfreiheit wird lediglich auf die Anerkennung von Diplomen Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise, Art. 47 Abs. 1 EGV abgestellt, sowie die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeit, um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern, Art. 47 Abs. 2 EGV.¹⁸⁶

Das Konzept der gegenseitigen Anerkennung versucht die trennende Wirkung unterschiedlicher Produkt- bzw. Qualifikationsstandards zu beseitigen ohne diese harmonisieren zu müssen. Dieses Konzept begründet sich einerseits in den oft beschwerlichen Harmonisierungsbemühungen, andererseits könnte der Grund auch in einem bewussten oder gewollten Unterlassen einer Rechtsvereinheitlichung sein, weil man nationale Besonderheiten und Eigenheiten belassen will – kulinarische Vielfalt in Europa statt europäischem „Einheitsbrei“. ¹⁸⁷ Vor allem aber aufgrund der fehlenden Akzeptanz in den Mitgliedstaaten historisch gewachsene nationale Regelungen zugunsten einer gemeinschaftseinheitlichen Regelung aufzugeben.

(I) Verankerung des Anerkennungsprinzips

Ausdrücklich verankert wurde das Konzept der gegenseitigen Anerkennung von Rechtsvorschriften allein in dem durch die EEA eingeführten Art.100 b Abs. 1 Uabs. 2 a.F. EGV. Aufgrund mangelnder Kooperation durch die Mitgliedstaaten blieb das Ergebnis der gemäß Art. 100b Abs. 3 EGV durchgeführten Erfassung der nicht angeglichenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften äußerst dürftig.¹⁸⁸ Die Bestimmung wurde daher im Amsterdamer Vertrag gestrichen.

Zuvor war aber schon mit der Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1995 ein „Verfahren der gegenseitigen Unterrichtung über einzelstaatliche Maßnahmen,

¹⁸³ Götz, in: Festschrift für Günther Jaenicke, S. 764.

¹⁸⁴ Bruha, in: ZaöRV 1986, S. 1 (6f).

¹⁸⁵ Götz, in: Festschrift für Günther Jaenicke, S. 764.

¹⁸⁶ Streinz, in: Everling/Roth Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 12; Scheuer, in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 47 Rn. 2.

¹⁸⁷ von Danwitz, in: Dauses, Handbuch des EU Wirtschaftsrechts, B. II Rn. 78.

¹⁸⁸ Vgl. die Mitteilung der Kommission über „Handhabung der gegenseitigen Anerkennung einzelstaatlicher Vorschriften nach 1992. Schlussfolgerungen aus der Erfassung noch bestehender Handelshemmnisse nach Art. 100 b EG-Vertrag“, Abl. 1993 Nr. C 353/4.

die vom Grundsatz des freien Warenverkehrs abweichen“ eingeführt worden. Die Hindernisse sollen dann durch Rechtsangleichung, Art. 95 EGV oder durch ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EGV wegen Verletzung des Art. 28 EGV beseitigt werden. Um die Hindernisse ans Tageslicht zu bringen und die Probleme einer Lösung zuzuführen, wird ein „einfaches und praktisches Verfahren der gegenseitigen Unterrichtung zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission“ eingeführt. Beschränkt wird dieses Verfahren jedoch auf Fälle in denen Mitgliedstaat wegen Nichtübereinstimmung mit seinen innerstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften den freien Warenverkehr und/oder das Inverkehrbringen von Waren verhindert, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellt und vermarktet wurde. Ausgenommen sind hingegen Maßnahmen die allein in den Bereich des Schutzes der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung fallen. Die Mitgliedstaaten unterliegen einer Informationspflicht gegenüber der Kommission hinsichtlich der von der Entscheidung erfassten handelshemmenden Maßnahmen. Die Kommission teilt diese dann den anderen Mitgliedstaaten, unter Beachtung etwaiger Geheimhaltungsvorschriften mit. Anschließend bemühen sich die Mitgliedstaaten um die Schaffung einer Anlaufstelle für sämtliche Anfrage betreffend die Gründe der Nichtanerkennung der Regelungen anderer Mitgliedstaaten. Die Kommission übernimmt dabei die Aufgabe die mitgliedstaatlichen Aktivitäten zu koordinieren und bemüht sich dabei sicherzustellen, dass Unternehmer, Verbraucher und andere interessierte Kreise bei auftretenden Problemen einen Ansprechpartner haben. Dieser Ansatz fand seine Fortführung im Aktionsplan für den Binnenmarkt. In ihrer Mitteilung vom 16.6. 1999¹⁸⁹ unterstreicht die Kommission die Wichtigkeit des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung und stellt heraus, dass die Anwendung dieses Prinzips den Bürgern und Wirtschaftsteilnehmern nähergebracht werden müsse und seine Anwendung durch die einzelstaatliche Behörden sowie die Bearbeitung der Beschwerden durch die Dienststellen der Kommission dringend optimiert werden müsse.

(2) Gegenseitige Anerkennung nationaler Standards aufgrund sekundärrechtlicher Verpflichtungen

In Art. 47 Abs. 1 EGV ist für die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen der Erlass von Richtlinien vorgesehen. Hierzu wurden eine Reihe von branchenspezifischen Berufsregelungen erlassen, die entsprechend Abs. 3 auch Mindestvoraussetzungen für die jeweiligen Zugangsvoraussetzungen zu solchen gebundenen Berufen enthielten. Im Bildungsbereich ging die Richtlinie 89/48 über die gegenseitige Anerkennung von Hochschuldiplomen einen neuen Weg: Sie erfasst fachübergreifend alle Hochschulabschlüsse und verzichtet abgesehen von Mindeststudienzeiten auf materielle Mindestvoraussetzungen und wird somit allein durch das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens getragen.

Das Problem des Anerkennungskonzeptes liegt darin, dass die Verpflichtung auf ein hohes Schutzniveau gem. Art. 95 Abs. 3 EGV systembedingt nicht greift, außer man knüpft die gegenseitige Anerkennung an bestimmte materielle Voraussetzungen. Ansonsten besteht die Gefahr der Nivellierung auf dem Niveau des Mitgliedstaates mit dem jeweils geringsten Stan-

¹⁸⁹ BullEU 6-1999, Ziffer 1.214.

dard „race to the bottom“ um Standortnachteile für die Inlandsproduktion zu vermeiden. Dieses Problem wird auch unter dem Schlagwort der Umkehrdiskriminierung diskutiert.

B. Auswirkung der europäischen Wirtschaftsvorgaben speziell auf das deutsche Gewerberecht bezogen

Da das deutsche Gewerberecht alle Facetten der selbstständigen gewerblichen Tätigkeit regelt, müssen insbesondere Hemmnisse beseitigt werden, die eine selbstständige gewerbliche Tätigkeit von EU-Bürgern in Deutschland nach dem Maßstab der vier Grundfreiheiten behindern oder diese diskriminieren. Von den vier vertraglich gewährleisteten Grundfreiheiten sind für das deutsche Gewerberecht vor allem der freie Verkehr von Personen und Dienstleistungen relevant. Der Abbau von Handelshemmnissen betrifft allein grenzüberschreitende Sachverhalte. Dies kann durchaus dazu führen können, dass Inländer einer strengeren nationalen Reglementierung unterliegen. Maßnahmen zur Beseitigung der Inländerdiskriminierung obliegen nach der Rechtsprechung des EuGH allein dem nationalem (Verfassungs-) Recht.

1. Allgemeine Funktionen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Die Marktfreiheiten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit haben den größten Einfluss auf das deutsche Gewerberecht. Beiden Freiheiten sind eng miteinander verknüpft, haben aber unterschiedliche wirtschaftliche Funktionen.¹⁹⁰

Die Niederlassungsfreiheit schützt die freie Wahl des Standorts. Das bedeutet, der Produktionsfaktor (selbstständige) Arbeit soll im Binnenmarkt dort eingesetzt werden können, wo dies aufgrund der Rahmen-, Investitions- und Umweltbedingungen am Günstigsten ist. Die Dienstleistungsfreiheit schützt, neben der Warenverkehrsfreiheit, den grenzüberschreitenden Produktverkehr, bezogen auf entgeltlich erbrachte Leistungen. Die rechtliche Ausgestaltung dieser Freiheiten steht trotz dieser Unterschiede in einem engen systematischen Zusammenhang. Dahinter ist ein geschlossenes Konzept zu sehen, dass die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in weitgehender Parallele zur Arbeitnehmerfreizügigkeit herzustellen war. Ein solches aus der Sicht des Leistungserbringers entworfenes Konzept zielt im Wesentlichen auf Grenzöffnung und Inländergleichbehandlung ab. Lange Zeit betrachtete man die Dienstleistungsfreiheit im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit in einer nur untergeordneten Rolle. Erst in jüngster Zeit wird die Eigenständigkeit der Dienstleistungsfreiheit zunehmend betont und ihre Parallelität zur Warenverkehrsfreiheit deutlich herausgestellt. Eine Differenzierung zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit wird jedoch deutlich, während die Dienstleistungsfreiheit nur Leistungen betrifft, umfasst die Niederlassungsfreiheit auch die Produktion und den Vertrieb von Waren.

¹⁹⁰ Roth, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I Rn. 3; Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbem. zu Art. 52-58 EGV Rn. 4 und Vorbem. zu Art. 59-66 EGV Rn. 1.

2. Anwendungsbereich und Wirkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit umfassen entgeltlich erbrachte („unternehmerische“) Tätigkeiten. Während die Dienstleistungsfreiheit einerseits nur Leistungen erfasst, bezieht sich die Niederlassungsfreiheit auf Warenproduktion und Warenvertrieb. Die Freiheiten entfalten ihre Rechtswirkung für den Einzelnen insoweit, als die nationalen Gerichte und Behörden die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit beachten und entgegenstehendes mitgliedstaatliches Recht unangewendet lassen müssen. Voraussetzung ist jedoch, dass überhaupt ein „grenzüberschreitender“ Sachverhalt vorliegt.

a) Verbotsadressaten und Privatrechtswirkung

Adressaten der Beschränkungsverbote der Art. 43 und 49 EGV sind die Mitgliedstaaten, alle staatlichen Untergliederungen, auch Gemeinden, öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten, gleichermaßen Akte beliehener und solcher Unternehmen, die unter staatlicher Kontrolle nach Weisung tätig sind. Ebenfalls erfasst sind Akte aller drei Staatsgewalten. Soweit Akte der Verwaltung vorliegen müssen diesen nicht unbedingt bindenden Charakter haben (Empfehlungen). Weiterhin unterfallen auch verwaltungsprivatrechtliche Tätigkeiten und die öffentlich-rechtliche Bedarfsdeckung den Freiheiten. Ebenfalls den Freiheiten unterworfen sind Standesorganisationen, soweit sie disziplinarische Befugnisse besitzen, um für die Einhaltung der Standesregeln zu sorgen.¹⁹¹

Grundsätzlich ausgenommen von den gemeinschaftsrechtlichen Freiheiten sind Akte Privater. Eine Ausnahme dazu besteht für Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen und daher eine Sonderstellung genießen. Für diese gelten die Vorschriften des Vertrages und auch die Beschränkungsverbote.¹⁹²

b) Art der staatlichen Maßnahmen

Die vertraglich erfassten Beschränkungen, beziehen sich auf generell-abstrakte Regeln, also Gesetze, Verwaltungsvorschriften aber auch auf verwaltungsinterne Richtlinien und Anweisungen sowie aufgrund solcher Regelungen erlassener Einzelentscheidungen.

c) Sachverhalte mit Gemeinschaftsbezug

Die Anwendbarkeit der Freiheiten hängt entscheidend davon ab, ob ein grenzüberschreitendes Moment erfüllt wird. So erfasst die Dienstleistungsfreiheit nur Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs zwischen Parteien, die in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind. Die Niederlassungsfreiheit hingegen betrifft die Beschränkung der Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates.

Negativ lässt sich der Anwendungsbereich der Freiheiten dahingehend beschränken, dass Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf solche Sachverhalte keine Anwendung finden, deren wesentliche Elemente nicht über die Grenzen des die Beschränkung veranlassenden Mitgliedstaates hinausreichen, also den rein innerstaatlichen Rahmen nicht überschreiten.

¹⁹¹ EuGH Verb. RS. 266 und 267/87, Slg. 1989, S. 1295, Rn. 14 und Rn. 15.

¹⁹² Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, EWG-Vertrag, Art. 52 Rn. 43, Art. 59 Rn. 32.

d) Gefahr der Inländerdiskriminierung

In der vorgenannten Beschränkung auf Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug verbirgt sich die Gefahr einer Inländerdiskriminierung. Die Regelung rein innerstaatlicher Sachverhalte unterfällt dem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten. Die dadurch eröffnete Möglichkeit der Inländerdiskriminierung wird vom EuGH immer wieder hingenommen, da sie letztlich eine Frage des nationalen Verfassungsrechts darstellt. Unter der Geltung des Subsidiaritätsprinzips besteht auch keine Möglichkeit gegen Inländerdiskriminierung gemeinschaftsrechtlich vorzugehen, denn sonst müsste das inländische Recht immer dem Gemeinschaftsrecht folgen.¹⁹³

3. Niederlassungsfreiheit, Art. 42 ff EGV

Art. 43 EGV umschreibt, was unter dem Begriff der Niederlassungsfreiheit zu verstehen ist ohne dabei keine konkrete Definition zu liefern.

Der Begriff der Niederlassung ist in den Art. 42 ff EGV nicht definiert. Unter Niederlassung wird im Allgemeinen eine auf Dauer konzipierte, feste Einrichtung zu verstehen sein, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist.¹⁹⁴

Die primäre Niederlassungsfreiheit umfasst den grenzüberschreitenden Wechsel der Ansässigkeit von selbstständig tätigen, natürlichen Personen. Dies gilt gleichermaßen für Gesellschaften. Die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit eines bisher im Gastland unselbstständig Tätigen fällt ebenfalls unter die Niederlassungsfreiheit.

Weiterhin ermöglicht die sekundäre Niederlassungsfreiheit, ohne Aufgabe des Betriebsschwerpunktes Betriebsteile zu verlagern und neu zu etablieren. Dies ist einerseits durch die Gründung rechtlich selbstständiger Einheiten (Tochterunternehmen) als auch durch die Errichtung von rechtlich selbstständigen Niederlassungen denkbar. Von der sekundären Niederlassungsfreiheit werden Betriebe bzw. Betriebsteile aller Art erfasst, ganz gleich welche Funktion sie erfüllen – von Vertriebsvertretung (Büros) über Montagewerke bis hin zu schlichten Warenlagern, unabhängig von der Ausstattung oder der Entscheidungsstruktur.¹⁹⁵

a) Ausformung der Niederlassungsfreiheit

Die Vorschriften des EG-Vertrages bezüglich der Niederlassungsfreiheit stellen einen Teil der primärrechtlichen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dar, die sich mit der Freizügigkeit von Personen befassen. Im Gegensatz zu Art. 39 Abs. 1 EGV, der die Freizügigkeit der Unselbstständigen behandelt, geht es in den Art. 43 ff. EGV um die Niederlassungsfreiheit der Selbstständigen, also der freien Berufe, Handwerker oder sonstige Gewerbetreibende. Ergänzt werden die Vorschriften noch durch Art. 18 EGV, der die Freizügigkeit grundsätzlich für alle Unionsbürger gewährleistet, ohne dass ein wirtschaftlicher Hintergrund erforderlich ist.¹⁹⁶

¹⁹³ Roth, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I Rn.21.

¹⁹⁴ EuGH, in: EuZW 1991, S. 764 (765).

¹⁹⁵ EuGH Rs. 205/84, Slg. 1986, S. 3755 (3801) Rn. 21; EuGH Rs. 270/83, Slg. 1986, S. 273 (303) Rn. 14; EuGH Rs. 221/85, Slg. 1987, S. 719 (737) Rn. 10.

¹⁹⁶ Schieffer, in: NVwZ 1998, S. 31ff.

Während im Bereich der unselbstständigen Beschäftigung der Zugang zur Beschäftigung weitgehend durch den Markt reguliert wird, ist der Bereich der selbstständigen Erwerbstätigkeit häufig und weitgehend staatlich reglementiert. Vor allem für die freien Berufe und das Handwerk haben die Mitgliedstaaten mehr oder weniger weitreichende subjektive Zulassungsschranken errichtet. Wer also in diesen Bereichen tätig werden will, muss oft bestimmte Qualifikationen erfüllen.

Als Konsequenz müssen im Bereich der Niederlassungsfreiheit die unterschiedlichen nationalen Zulassungsbedingungen auf europäischer Ebene harmonisiert werden, oder die nationalen Regeln sind nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung zugunsten der EU-Ausländer zu durchbrechen. Diese notwendige Praxis führt häufig zu Eingriffen in historisch gewachsene Strukturen der Mitgliedstaaten.

Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit sind ähnliche Probleme zu verzeichnen. Auch dort ist die Personenfreizügigkeit Gegenstand und auch bei den Dienstleistungen stellen sich dem Erbringer der Dienstleistungen subjektive Zulassungsbeschränkungen entgegen. Die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen wird jedoch in Abweichung von der Niederlassungsfreiheit nicht durch das Merkmal der Dauerhaftigkeit gekennzeichnet.¹⁹⁷ Aufgrund der engen Beziehung von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gelten gemäß Art. 55 EGV die zum Bereich der Niederlassungsfreiheit gehörenden Vorschriften der Art. 45-48 EGV auch für die Dienstleistungsfreiheit.

b) Persönlicher und räumlicher Anwendungsbereich

Auf die Niederlassungsfreiheit können sich nur die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten berufen, sowie die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), also Norweger, Isländer und Liechtensteiner.¹⁹⁸ Gemäß Art. 43 Abs. 2 EGV erstreckt sich die Niederlassungsfreiheit auch auf auch juristische Personen.

Sachlich unterfällt der Niederlassungsfreiheit die Niederlassung einer natürlichen oder juristischen Person in einem andern Mitgliedstaat zum Zwecke der Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten. Ebenso umfasst wird die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat oder aus einem Mitgliedstaat heraus, sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen (Gesellschaften) in andern Mitgliedstaaten, die einen solchen Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschaft verleiht, dass der Erwerber deren Tätigkeit bestimmen kann.¹⁹⁹

Durch das Merkmal der selbstständigen Tätigkeit wird die Niederlassungsfreiheit von der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgegrenzt. Unter Erwerbstätigkeit ist grundsätzlich jede entgeltliche Tätigkeit zu verstehen, die in eigener Verantwortung und weisungsfrei erfolgt. Dieser Bereich ist weit auszulegen, so dass alle gewerblichen Tätigkeiten in Industrie, Handel und Handwerk, sowie in den freien Berufen darunter fallen. Ein weiteres Merkmal ist die Gewinnerzielungsabsicht, die jedoch nicht im Vordergrund stehen muss.

¹⁹⁷ EuGH Rs. 3/95, Slg. 1996, S. I-6511 Rn. 22.

¹⁹⁸ Bröhmer, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 43 EGV Rn. 7.

¹⁹⁹ Bröhmer, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV und EGV, Art. 43 EGV Rn. 9.

Für die Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit dient der zentrale Begriff der Niederlassung. Der EuGH füllt den Begriff der Niederlassung mit folgender Definition aus: „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.²⁰⁰

Die Voraussetzung der festen Einrichtung wird insbesondere durch bauliche Einrichtungen, wie Produktionsstätten, Lager- und Büroräume erfüllt.²⁰¹

Als weiteres Merkmal muss die Dauerhaftigkeit hinzutreten. Darunter ist die stetige und dauerhafte²⁰² bzw. stabile und kontinuierliche²⁰³ Teilnahme am Wirtschaftsleben im Niederlassungsland zu verstehen. Der Niederlassungswillige begibt sich also dauerhaft in den Niederlassungsstaat, der Dienstleister oder Dienstleistungsempfänger begibt sich nur vorübergehend in den anderen Mitgliedstaat.

c) Niederlassungsformen

Der freien Niederlassung, die in Art. 43 Abs. 1 Satz 1 EGV gewährleistet wird, wird in Satz 2 die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften gleichgestellt. Daher spricht man von primären oder Hauptniederlassungen, wenn in einem anderen Mitgliedstaat ein Unternehmen neu gegründet oder übernommen wird, bzw. nach einer Standortverlagerung der Betriebsmittel und Produktionsanlagen. Sekundäre oder Nebenniederlassungen können rechtlich selbstständige (Tochtergesellschaften) oder unselbstständig (Agenturen, Zweigniederlassungen) Einrichtungen sein.²⁰⁴

Der rechtliche Unterschied zwischen der primären und der sekundären Niederlassungsfreiheit besteht darin, dass jeder Unionsbürger unabhängig von seinem Aufenthaltsort Berechtigter der primären Niederlassungsfreiheit ist, von der sekundären Niederlassungsfreiheit kann jedoch nur profitieren, wer im auch Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ansässig ist.

4. Liberalisierung im Bereich der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit bedeutet einerseits, dass es jedem Angehörigen eines Mitgliedsstaates freisteht, in das Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates einzutreten. Andererseits müssen jedoch die rechtlichen Bedingungen des Aufnahmestaates angenommen werden, auch wenn die restriktiv sind, da durch Art. 43 EGV nur eine Inländergleichbehandlung und kein generelles Beschränkungsverbot gewährleistet wird. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die sich vor allem aus unterschiedlichen nationalen Bestimmungen über die berufliche Qualifikation ergeben, sind durch eine Koordinierung der nationalen Vorschriften zu beseitigen.²⁰⁵ Im Bereich der Niederlassungsfreiheit ist Art. 47 EGV die zentrale Rechtsgrundlage für Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft. Art. 47 Abs. 1 EGV behandelt die Anerkennung EU-Ausländischer Diplome, Zeugnisse und anderer Befähigungsnachweise.

²⁰⁰ EuGH Rs. C-221/89, Slg. 1991, S. I-3905 Rn. 20.

²⁰¹ Schlag, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 43 EGV Rn. 17.

²⁰² EuGH Rs. C-70/95, Slg. 1997, S. I-3395 Rn. 24.

²⁰³ EuGH Rs. C-55/94, Slg. 1995, S. 4165 Rn. 25.

²⁰⁴ Roth, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I Rn. 34ff.

²⁰⁵ EuGH Rs. 221/85, in: Slg. 1987, S. 719 (737).

Durch eine diesbezügliche gegenseitige Anerkennung, soll dem Niederlassungswilligen erspart bleiben, in einem Aufnahmeland, das solche Befähigungsnachweise für die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit voraussetzt, als nicht qualifiziert und damit als nicht niederlassungsfähig zu gelten.

Weiterhin geht es neben der gegenseitigen Anerkennung auch um die Koordinierung der Rechtsnormen der Mitgliedstaaten, die Voraussetzung der Aufnahme selbstständiger Tätigkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten sind. Der Begriff der Koordinierung geht insofern über die gegenseitige Anerkennung hinaus, als das, was anerkannt, werden soll näher bestimmten koordinierten Voraussetzungen unterworfen wird, Art. 47 Abs. 2 EGV. Auf Art. 47 Abs. 2 EGV können außer der Koordinierung von Befähigungsnachweisen auf sämtliche Rechtsakte gestützt werden, die das Ziel haben die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern.²⁰⁶

5. Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 ff EGV

Die Dienstleistungsfreiheit komplettiert den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit im Binnenmarkt, indem das grenzüberschreitende Angebot von Dienstleistungen garantiert wird. Die Dienstleistungsfreiheit ist eng verwoben mit der Niederlassungsfreiheit, da auch sie in den meisten Fällen eine selbstständige berufliche Tätigkeit voraussetzt. Folglich stellen sich ähnlich gelagerte rechtliche und praktische Probleme dar. Die enge Verknüpfung dieser beiden Grundfreiheiten kommt insbesondere durch den Erlass gemeinsamer Richtlinien zum Ausdruck, der rechtssystematisch durch den Verweis auf die Art. 45 bis 48 in Art. 55 EGV festgehalten wird. Ein Unterschied zwischen den beiden Marktfreiheiten besteht in der zeitlichen Dimension des Tätigwerdens in einem anderen Mitgliedstaat.²⁰⁷ Der Dienstleistungsfreiheit unterfällt die grenzüberschreitende Darbringung eines im Wesentlichen unkörperlichen Produkts, und ist somit eine Komplementärgewährleistung zur Warenverkehrsfreiheit.²⁰⁸

a) Der Dienstleistungsbegriff

Der Begriff der Dienstleistung i.S.d. Art. 49 ff EGV stellt einen genuin gemeinschaftsrechtlichen Begriff dar, der nicht durch Adaption zivilrechtlicher oder volkswirtschaftlicher Definitionen konkretisiert werden kann. Sein Gehalt ist vielmehr aus der Systematik der Gewährleistung der wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu ergründen.²⁰⁹

Allen Bemühungen um eine Definition gemeinsam ist die Festlegung auf die Voraussetzung einer selbstständigen Tätigkeit. Die weiteren Begriffsmerkmale sind jedoch in Literatur und

²⁰⁶ Bröhmer, in: Callies/Ruffert Kommentar zum EUV und EGV, Art. 47 EGV Rn. 1 ff.

²⁰⁷ Randelzhofer/Forsthofer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49/50 EGV Rn. 32.

²⁰⁸ Seidel, in: ders. Rechtsangleichung und Rechtsgestaltung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 61 (64 ff.); Hailbronner, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar-EUV/EGV, Art. 60 EGV Rn. 3; Hailbronner/Nachbaur, in: EuZw 1992, S. 105 (106); Troberg, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Vorbemerkung zu den Artikeln 59 bis 66 Rn. 19 ff.

²⁰⁹ Roth, in: Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I Rn. 96.

Rechtsprechung uneinheitlich. So stellt der EuGH als weitere notwendige Merkmale die Entgeltlichkeit²¹⁰ und die Grenzüberschreitung²¹¹ heraus.

Das Merkmal der Grenzüberschreitung ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 und 50 Abs. 3 EGV, und ist zugleich unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des Gemeinschaftsrechtes. Dementsprechend hat der EuGH folgerichtig festgestellt, dass Art. 49 EGV keine Anwendung finden kann, wenn „alle Elemente der fraglichen Betätigung nicht über sie Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen“.²¹²

Weiterhin kann von der Entgeltlichkeit einer Dienstleistung ausgegangen werden, wenn Tätigkeiten nachgegangen wird, die einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen.²¹³ Ein Wesensmerkmal des Entgelts ist, „dass es die wirtschaftliche Gegenleistung für die betreffende Leistung darstellt“.²¹⁴ Dies bedeutet einen wirtschaftlichen Wert, der nicht völlig außer Verhältnis zur Dienstleistung steht. Das Entgelt muss weiterhin auch im Regelfall entrichtet werden, so dass ein im Einzelfall nicht erhobenes Entgelt unerheblich ist.

Des Weiteren spielt für die Beurteilung, ob die Erbringung einer Dienstleistung vorliegt, der Faktor Zeit eine Rolle. Art. 50 Abs. 3 EGV geht davon aus, dass sich der Dienstleistungserbringer nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat aufhält. Vor allem im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit, deren Leitbild von einer dauerhaften Anwesenheit im anderen Mitgliedstaat ausgeht, ist die Abgrenzung anhand des Zeitfaktors von Bedeutung.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

In den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit fallen zunächst einmal Verhaltensweisen, die durch das Merkmal der Grenzüberschreitung geprägt sind. Um ein Verhalten als grenzüberschreitend zu qualifizieren, ist zunächst die Ansässigkeit der am Leistungsverhältnis beteiligten Personen/Gesellschaften festzulegen.

Durch die ausschließliche Anwendung des Art. 49 EGV auf grenzüberschreitende Sachverhalte stellt sich auch hier das Problem der umgekehrten oder Inländerdiskriminierung.²¹⁵

Hauptanwendungsfall der Art. 49 ff. EGV ist die Erbringung einer Dienstleistung durch einen in einem Mitgliedstaat ansässigen Gewerbetreibenden in einem anderen Mitgliedstaat. Diese von den Art. 49 Abs.1, Art. 50 Abs. 3 EGV explizit erfasste Verhaltensweise wird als aktive oder positive Dienstleistungsfreiheit (Dienstleistungserbringungsfreiheit) bezeichnet. Neben der Erbringung der Dienstleistung werden alle vorbereitenden Maßnahmen wie die Abgabe eines Angebots, vom Dienstleistungserbringer veranlasste Werbung, sowie die Vertragsabwicklung und die Rechtsdurchsetzung von dieser Freiheit umfasst.

²¹⁰ EuGH Rs. C-36/74, Slg. 1974, S. 1405 Rn. 4 und Rn. 10; EuGH Rs. C-196/87, Slg. 1988, S. 6159 Rn. 9.

²¹¹ EuGH Rs. C-124/97, Slg. 1999, S. I-6067 Rn. 27; EuGH Rs. C-384/93, Slg. 1995, S. I-1141 Rn. 21.

²¹² EuGH Rs. C-52/79, Slg. 1980, S. 833 Rn. 9.

²¹³ EuGH Rs. C-124/97, Slg. 1999, S. I-6067 Rn. 27.

²¹⁴ EuGH Rs. C-263/86, Slg. 1988, S. 5365 Rn. 17ff.

²¹⁵ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierung, S. 166ff; *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar-EUV/EGV, Art. 60 EGV Rn. 36; *Schöne*, in: RIW 1989, S. 450ff; *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 136.

Hingegen wird die sog. passive oder negative Dienstleistungsfreiheit (Dienstleistungsempfangsfreiheit) nicht vom Wortlaut der Art. 49, 50 EGV erfasst. Von Literatur und Rechtsprechung wurde sie erst spät als ein Teil der Dienstleistungsfreiheit anerkannt. Dabei geht es einerseits um die Freiheit zur Entgegennahme von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat durch einen dort ansässigen Gewerbetreibenden, andererseits um die Inanspruchnahme von Dienstleistungen, die im Heimatstaat des Empfängers durch einen in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Gewerbetreibenden erbracht werden.

c) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist beschränkt auf Angehörige der Mitgliedstaaten, also Unionsbürger i.S.d. Art. 17 EGV. Weiterhin fraglich ist jedoch auch, ob die Ansässigkeit innerhalb des Binnenmarktes erforderlich ist. Die Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch einen außerhalb des Binnenmarktes ansässigen Unionsbürger stellt sich aus der Sicht des EG-Vertrages nicht als grenzüberschreitender Sachverhalt dar, so dass die Marktfreiheiten keine Anwendung finden können.²¹⁶

d) Unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsvorschriften sind seit dem Ende der Übergangszeit am 31.12.1969 nach der Rechtssprechung des EuGH unmittelbar anwendbar, soweit sie die Beseitigung aller Diskriminierungen eines Dienstleistungserbringers aus Gründen seiner Staatsangehörigkeit oder wegen des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat als dem der Leistungserbringung zum Gegenstand haben²¹⁷

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit, folgt jedoch nicht automatisch ein individueller Zulassungsanspruch. Das durch die Dienstleistungsfreiheit vermittelte Abwehrrecht ist darauf beschränkt diskriminierende oder beschränkende mitgliedstaatliche Regelungen außer Anwendung zu setzen. Der Charakter der Gewährleistung ist daher als normvernichtend zu bezeichnen.

e) Diskriminierungsverbot

In materieller Hinsicht ist zwischen der Dienstleistungsfreiheit als offenes und verdecktes Diskriminierungsverbot sowie als Beschränkungsverbot zu unterscheiden. Die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit durch die unmittelbare Anwendung der Art. 49 ff EGV ist allerdings aus der Sicht des Vertrages nur die zweitbeste Lösung. Vorrang haben die Maßnahmen der Koordinierung und Rechtsangleichung, durch die den Erfordernissen des Binnenmarktes weitestgehend Rechnung getragen wird.

²¹⁶ *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar-EUV/EGV, Art. 60 EGV Rn.21; *Roth*, in: Dausers, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I Rn. 115; *Troberg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EG-/EU-Vertrag, Art. 59 EGV Rn. 43.

²¹⁷ *Hailbronner*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff, Handkommentar , Art. 60 EGV Rn. 34; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49/50 EGV Rn. 55, *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit in der EU, S. 129.

Die Rechtsangleichung wird jedoch oftmals durch zahlreiche Meinungsverschiedenheiten in den Mitgliedstaaten in vielen Bereichen gehemmt oder gar verhindert. Als Mittel der Wahl zur Sicherung eines Mindeststandards bleibt daher nur die unmittelbare Anwendung der Dienstleistungsfreiheit.²¹⁸

Für die Erbringung der Dienstleistung gilt gem. Art. 50 Abs. 3 EGV der Grundsatz der Inländergleichbehandlung, der jegliche offene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet. Das Diskriminierungsverbot wird von Rechtsprechung und Lehre nicht nur auf die offene, also die explizit an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Ungleichbehandlung angewendet, sondern auch auf versteckte oder mittelbare Diskriminierung ausgeweitet.²¹⁹ Dabei geht es um Regelungen, die zwar formal nicht zwischen Inländern und sonstigen Normadressaten unterscheiden, die aber aufgrund der getroffenen Regelung und in Anbetracht der sachlichen Umstände, häufiger für nicht ortsansässige Angehörige anderer Mitgliedstaaten mit nachteiligen Auswirkungen bzw. Behinderungen verbunden sind.²²⁰ Dabei ist für die Dienstleistungsfreiheit praktisch wichtigste Form der versteckten Diskriminierung die sog. Präsenzpflicht.²²¹ Es handelt sich also um einen Tatbestand den Inländer automatisch erfüllen und der die Betätigung von Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten, die keine Niederlassung anstreben, erschwert.

Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit wird über die Inländergleichbehandlung hinaus auch die Beseitigung sonstiger Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs verlangt, Art. 49 Abs. 1 EGV. Der EuGH interpretiert dieses über das Diskriminierungsverbot hinaus gehende allgemeine Beschränkungsverbot sehr weit. Der EuGH ordnet dem Beschränkungs-begriff nicht nur das Unterbinden und Behindern von Dienstleistungen zu, sondern auch den Fall, dass aufgrund der betreffenden Regelung die Erbringung einer Dienstleistung weniger attraktiv gemacht wird.

Die EuGH-Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit ließ jedoch auch Kritik in der Literatur laut werden. Die Deutung der Dienstleistungsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot rückt dieses in die Nähe einer sektoriell begrenzten grundrechtlichen Gewährleistung der Gewerbefreiheit.²²² Die Ausweitung der Dienstleistungsfreiheit damit kritisiert, dass der EG-Vertrag bei den Grundfreiheiten nur auf die Gewährleistung von Grundgleichheiten abziele, also auf die effektive Umsetzung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung.²²³

Andererseits wird auch davon ausgegangen, dass der abweichende Wortlaut der Art. 49 Abs. 1 und 50 Abs. 3 EGV zwischen verschiedenen Formen der Dienstleistung unterscheidet. Nach dieser Ansicht soll ein allgemeines Beschränkungsverbot nur für die Korrespondenzdienstleis-

²¹⁸ Roth, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I Rn. 139 ff.

²¹⁹ Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV Rn. 8.

²²⁰ Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 52 EGV Rn. 39.

²²¹ Ausführlich Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV Rn. 9ff.

²²² Bleckmann, in: Bleckmann, Europarecht, Rn. 1678ff.

²²³ Jarass, in: EuR 1995, S. 202 (216ff.)

tung²²⁴ gelten, während bei den mit einem Grenzübertritt des Erbringers oder Empfängers verbundenen Fällen nur ein weites Diskriminierungsverbot zur Anwendung kommen soll. Schließlich unterscheidet der EuGH in seiner Keck und Mithouard-Rechtssprechung²²⁵ zur Warenverkehrsfreiheit zwischen importierenden und exportierenden Beschränkungen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass in erster Linie nach den Funktionen zu entscheiden ist, die den Grundfreiheiten und dem Binnenmarktkonzept innerhalb des EG-Vertrages zu gewiesen sind. Dabei steht zweifellos der Abbau von Diskriminierungstatbeständen aufgrund der Staatsangehörigkeit im Vordergrund.

Angesichts des inzwischen erreichten Integrationsniveaus lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen, dass dem Vertrag die Zielsetzung zu entnehmen ist, allgemein auf die Beseitigung von Hindernissen für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr abzielen, wie man Art. 3 lit. c EGV entnehmen kann. Allerdings muss bei der Auslegung auch beachtet werden, welchen Rahmen das Binnenmarktkonzept vorgibt. Das Binnenmarktkonzept zielt nicht darauf ab, einen Markt mit einheitlichen Regelungen zu schaffen. Dazu würde es der Gemeinschaft auch an einer umfassenden Regelungskompetenz fehlen, die auch aufgrund der Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 EGV nicht angestrebt wird.²²⁶

Es kann sich also nur um die Beseitigung solcher Hindernisse handeln, die, ohne diskriminierend zu wirken, eine unverhältnismäßige Beschränkung der Wirtschaftsfreiheiten im grenzüberschreitenden Verkehr bewirkt. Getragen wird diese Deutung letztlich durch eine Auslegung der Grundfreiheiten im Lichte des Grundrechtsschutzes innerhalb der Gemeinschaft. Die von den einzelnen Grundfreiheiten erfassten Betätigungen werden im Verhältnis zur Gemeinschaft und zu den Mitgliedstaaten durch die Wirtschaftsgrundrechte (Berufs-, Wettbewerbs-, und Gewerbefreiheit) im Sinne eines grundsätzlichen Beschränkungsverbot geschützt. Demzufolge verfügen die Grundfreiheiten über einen rechtlichen Unterbau, der ihre grundrechtskonforme Auslegung gebietet. Daher unterliegen auch Einschränkungen einer wirtschaftlichen Betätigung, die keinen diskriminierenden Charakter, haben einem Rechtfertigungserfordernis. Im Ergebnis führt dies zu der logischen Konsequenz, die Grundfreiheiten als allgemeine Beschränkungsverbote anzusehen.²²⁷

Dies darf allerdings nicht zu einer einheitlichen Auslegung aller Grundfreiheiten oder gar der Verschmelzung der Grundfreiheiten zu einer einzigen Gewährleistung führen.²²⁸ Vielmehr knüpft die grundrechtskonforme Auslegung der einzelnen Grundfreiheiten an den jeweiligen

²²⁴ Bei einer Korrespondenzdienstleistung wird die Dienstleistung ohne Kontakt vor Ort erbracht. Der für den Vollzug der Dienstleistungen erforderliche Austausch von Informationen und Leistungen erfolgt auf Distanz im Wege der Korrespondenz. Weder der Dienstleistungserbringer noch der Dienstleistungsempfänger überschreitet die Grenze. Nur das unkörperliche Produkt überschreitet die Grenze. Korrespondenzdienstleistungen werden vor allem in der Versicherungswirtschaft, bei Bankgeschäften, der Telekommunikation und dem Fernsehen erbracht, vgl. auch Troberg, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 59 EGV Rn. 40f.

²²⁵ EuGH Verb. RS.C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, S. I-6097 Rn. 16.

²²⁶ Classen, in: EWS 1995, S. 97 (105).

²²⁷ Classen, in: EWS 1995, S. 97ff.

²²⁸ GA C.O. Lenz, Schlußantr. zu EuGH Rs. C-415/93; Slg. 1995, S. I-4921 Ziff. 198ff.

Tatbestand und seinen spezifischen Gewährleistungsgehalt an. Schließlich muss auch die Selbstständigkeit der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ausreichend respektiert und deren Regelungs- und Ausgestaltungsbefugnis gewahrt werden.²²⁹ Eingedenk dieser Beschränkungen ist dem EuGH zuzustimmen, wenn er die Dienstleistungsfreiheit, wie auch die anderen Grundfreiheiten, im Sinne eines Beschränkungsverbotes deutet.

6. Liberalisierung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit

Für die Verwirklichung der Grundfreiheiten und des darauf aufbauenden Binnenmarktes i.S.v. Art. 3 lit. c EGV sieht der EG-Vertrag im Wesentlichen drei Instrumente vor: die Aufhebung von Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten, insbesondere durch die Gewährleistung der Inländergleichbehandlung, weiterhin die Beseitigung von Beschränkungen durch Liberalisierungsmaßnahmen des sekundären Gemeinschaftsrechts und schließlich die Gewährleistung eines Mindeststandards der Grundfreiheiten durch die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten.²³⁰

Art. 52 EGV erfüllt dabei drei Funktionen: er ermächtigt zur Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs in der Union sowie zu dem dazu erforderlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen und regelt partiell das dabei einzuhaltende Verfahren.²³¹

Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit können die Liberalisierungsmaßnahmen an verschiedenen Stellen ansetzen. Zeitlich gesehen kann an die Berufspraxis angeknüpft werden, wobei eine bestimmte Mindestdauer der Berufsausübung vorausgesetzt wird; zeitlich früher setzt die Koordinierung der Ausbildung und die gegenseitige Anerkennung der Ausbildungsabschlüsse (Diplome und sonstige Befähigungsnachweise) an. Weitere Ansatzmöglichkeiten sind die Berufszulassungs- und Berufsausübungsregeln. Die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs kann somit auf der Ausbildungsebene, der Zulassungsebene und der Tätigkeitsebene ansetzen.

Die verschiedenen Ansatzmöglichkeiten der Liberalisierung unterscheiden sich vor allem in der Intensität der Einwirkung auf die mitgliedstaatliche Rechtsordnung. Dabei wirkt sich die Anknüpfung an die Berufspraxis am geringsten aus, gefolgt von der gegenseitigen Anerkennung und Koordination der Ausbildung. Die stärksten Eingriffe gehen mit der Vereinheitlichung der Zulassungs- und Ausübungsregeln einher.

Andererseits sind auch die mit der Liberalisierung verbundenen Resultate sehr unterschiedlich. Bei einer Vereinheitlichung der Zulassungs- und Ausübungsregeln sind deutlichere Liberalisierungseffekte zu erkennen als bei einer Anknüpfung an die Berufspraxis und Ausbil-

²²⁹ *Everling*, in: DB 1990, S. 1853 (1857f).

²³⁰ Die Gewährleistung der Grundfreiheiten ist jedoch beschränkbar. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können sowohl durch die Rechtsetzung der Gemeinschaft, z.B. in Richtlinien und Verordnungen, als auch durch die Mitgliedstaaten einschließlich der berufsständischen Körperschaften (insbesondere Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern sowie Kammern der freien Berufe) vorgenommen werden. Für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH ausgeführt, dass durch das Allgemeininteresse gerechtfertigte Berufsregelungen der Mitgliedstaaten mit Art. 49 EGV vereinbar sein können, EuGH Rs. C-33/74, Slg. 1974, S. 1299 Rn. 10 und Rn. 12.

²³¹ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 52 EGV Rn. 3.

dung, da in diesen Fällen die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Regelungen für die Berufsausübung bestehen bleiben und auch zu beachten sind.

Welche Form der Rechtsangleichung gewählt wird, hängt davon ab, wie stark die Diskrepanz der mitgliedstaatlichen Regelungen in Zeitpunkt des Erlasses der Anpassungsakte ist, und wie groß die politischen Handlungsspielräume des Rates sind. Hierbei spielt auch das Beschränkungserfordernis eine Rolle, das ein Teil der etwa in Deutschland praktizierten sozial-liberalen Idee ist. Je größer die mögliche Gefahren für Individual- und Gemeinschaftsgüter im Zusammenhang mit der Erbringung einer Dienstleistung sind, desto bedeutender werden auch staatliche Reglementierungen. Allerdings werden Gefährdungen von den einzelnen Mitgliedstaaten erfahrungsgemäß sehr unterschiedlich bewertet, was oftmals zu erheblichen Hemmnissen für die Liberalisierung führt.

Nach Funktion und Zielsetzung können drei Arten von Richtlinien unterschieden werden:

- Anerkennungsrichtlinie: sie bezieht sich in erster Linie auf Diplome und vergleichbare Ausbildungsabschlüsse
- Koordinierungsrichtlinie: sie können Ausbildung, Zulassung und Tätigkeit regeln
- Angleichungsrichtlinie: auch sie können Ausbildung, Zulassung und Tätigkeit regeln

Die Richtlinie als Liberalisierungsinstrument stützt sich auf das Allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Dieses Programm beinhaltet die Aufhebung von Beschränkungen und sieht daneben auch die Notwendigkeit einer Prüfung vor, ob gleichzeitig mit oder nach der Aufhebung von Beschränkungen eine gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstiger Befähigungsnachweise sowie die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung dieser Tätigkeiten erforderlich ist.²³²

IV. Vierter Teil: Das deutsche Gewerberecht im Lichte des Gemeinschaftsrechts

Das Recht des Gewerbes ist in Deutschland durch die Gewerbeordnung mit all ihren Neben- und Sonderrechten sehr detailliert geregelt. Im Allgemeinen behandeln jedoch sämtliche Gewerbevorschriften zwei Themenkomplexe: nämlich die Berufszulassung und die Berufsausübung. Auf europarechtlicher Ebene finden sich nur Ansätze einer Gewerberechtsregelung. Denn bei den ersten Liberalisierungsmaßnahmen des Dienstleistungsverkehrs im Bereich des Gewerbes und des Handwerks musste der Tatsache Rechnung getragen werden, dass das Gewerbe- und Handwerksrecht in einzelnen Staaten dem Grundsatz der Gewerbefreiheit unterliegt, während andere Staaten die Berufsausübung von einem Befähigungsnachweis oder anderen Zulassungsbedingungen abhängig machen. Auch bei der Berufsausübung bestehen erhebliche Unterschiede in Bezug auf Sicherheitsvorschriften und berufsständischer Verpflichtungen. Aufgrund dieser unterschiedlichen gewerberechtlichen Rahmenbedingungen bestehen vielfältige Hindernisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. Zur Liberalisierung kann in diesem Bereich auf der Ebene der Ausbildung, der Zulassung oder der Tätigkeit angesetzt werden. Die stärksten Liberalisierungseffekte können gewiss einer Vereinheitli-

²³² Klinge, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 26.

chung der Zulassungs- und Ausübungsregeln zugesprochen werden. Ein solcher Eingriff auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist durch die bereits mehrfach erwähnte unterschiedliche Wirtschafts- und Ausbildungstradition auf Gemeinschaftsebene wenig konsensfähig (Stimmenverhältnisse). Weniger intensiv fallen hingegen Liberalisierungsmaßnahmen aus, die an die Berufspraxis und Ausbildung anknüpfen. Dies bedeutet etwa die Festlegung einer bestimmten Mindestdauer der Berufsausübung in einem anderen Mitgliedstaat, oder die Koordinierung der Ausbildung, oder die gegenseitige Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen. Bei den letztgenannten Liberalisierungsmaßnahmen bleiben die unterschiedlichen Berufsausübungsregeln in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen und sind (zumindest von den Inländern) weiterhin zu beachten.²³³ Wegen der engen politischen Handlungsspielräume findet die Rechtsangleichung zum Vorantreiben der Liberalisierung nur noch durch gegenseitige Anerkennung von Ausbildungen und Abschlüssen und die Koordinierung von Ausbildung und Betätigung statt.²³⁴ Die Koordinierung der Zulassungsvoraussetzungen wurde mit der Erweiterung der EG naturgemäß schwieriger. Viele Stimmen sprechen sich für eine weitgehende Liberalisierung und die Einführung eines verringerten Anspruchsniveaus für die Ausübung handwerklicher Berufe aus. Im Bereich der handwerklichen Berufstätigkeit existieren nicht in allen Mitgliedstaaten gleiche Bedingungen für die Aufnahme und Ausübung einer solchen Tätigkeit.

Die Definition des Handwerks und die damit verbundene Abgrenzung zur Industrie variiert in den Mitgliedstaaten. Für handwerkliche Tätigkeiten gilt teilweise Gewerbefreiheit, teilweise wird die Zulassung von der Erbringung eines Befähigungsnachweises abhängig gemacht. Durch diese Unterschiede haben sich im Handwerk bereits in den sechziger Jahren Probleme bei der gemeinschaftlichen Koordinierung aufgetan. Es war nicht möglich, die im EWG-Vertrag vorgesehene Koordinierung gleichzeitig mit der Aufhebung der Beschränkungen vorzunehmen. (Aufgabe eines Handwerkbildes, das sich im Laufe der Geschichte entwickelt hat und in Traditionen verwurzelt ist.) Die Richtlinien beschränkten sich daher auf die Beseitigung der in den Mitgliedstaaten bestehenden Diskriminierungen, in dem in ihnen bestimmt wurde, dass eine bestimmte Zeit der praktischen Berufstätigkeit als ein Ersatz für einen Befähigungsnachweis im Aufnahmeland anerkannt wird.²³⁵

Eine erhebliche Reglementierung des Berufszugangs hat in Deutschland vor allem das Handwerk, durch die Handwerksordnung als gewerbliches Nebenrecht, erfahren. Weitaus geringer fällt die Reglementierung des Handels aus.²³⁶

Daher sollen nun zunächst die Besonderheiten des deutschen Handwerkswesens und ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht beleuchtet werden.

²³³ Zu Intensität und Effekt der Liberalisierung im Dienstleistungsbereich siehe auch III.B.6 Liberalisierung im Bereich der Dienstleistungsfreiheit, Seite 57.

²³⁴ Vgl. dazu auch III.A.8 Umsetzung des Binnenmarktprinzips, Seite 38.

²³⁵ *Klinge*, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 26.

²³⁶ *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht Band II, § 18 II, S. 726.

A. Gewerbefreiheit für „jedermann“

§ 1 GewO garantiert grundsätzlich „jedermann“ Gewerbefreiheit, soweit dieses Gesetz keine Einschränkungen enthält. Als Jedermannsrecht gilt die Gewerbefreiheit auch für Ausländer. Neben der Gewerbeordnung sind aber auch die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen zu beachten, wonach eine Aufenthaltsgenehmigung erforderlich ist, die zur Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigt. Den Angehörigen der EU/EWR-Staaten ist die Freizügigkeit vertraglich garantiert, des Weiteren haben sich auch einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung. Sie haben daher nach dem AufenthG/EWG einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung, die auch eine selbstständige Erwerbstätigkeit beinhaltet. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit wird durch das Diskriminierungsverbot bestimmt.²³⁷ Das bedeutet vor allem, dass den Angehörigen anderer EU/EWR-Mitgliedstaaten eine selbstständige Erwerbstätigkeit unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu gestatten ist. Wenn aber die Bedingungen für die Angehörigen anderer Staaten nur ungleich schwerer zu erfüllen sind und diese Erschwernis als willkürlich und prohibitiv zu qualifizieren ist, liegt eine versteckte Diskriminierung vor, die ebenfalls unzulässig ist.²³⁸

Dies bedeutet, dass es den EU-Bürgern freisteht, in das Wirtschaftsleben eines anderen Staates einzutreten, sie müssen jedoch die rechtlichen Bedingungen annehmen, die im Niederlassungsstaat gelten, auch wenn diese restriktiv sind.²³⁹ Sie haben die für Inländer gleichermaßen geltenden Betätigungsverbote oder -beschränkungen zu beachten. Davon sind insbesondere die Bereiche der Wetten, Lotterien und Geldspielautomaten betroffen, in denen zum Schutz des Gemeinwohls und der Teilnehmer zu zulässig erachtet wurden.²⁴⁰ Weiterhin zu beachten die etwaige Anzeigepflichten, z.B. nach § 14 GewO, § 16 II HwO, und besondere Berufszugangsvoraussetzungen, wie Zuverlässigkeit, Konkursfreiheit, finanzielle Leistungsfähigkeit und Fachkunde. Für verschiedene Gewerbebereiche, wie den Großhandel, Vermittlertätigkeiten im Handel, Industrie und Handwerk, be- und verarbeitende Gewerbe, Immobiliengeschäfte, Einzelhandel, Nahrungs- und Genussmittel und Getränkeherstellung sowie Beherbergungsbetriebe wurden Übergangs- und Liberalisierungsrichtlinien erlassen, wonach für die Tätigkeit in einem anderen EU/EWR-Staat dort bestehende Berufsvoraussetzungen wie Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit, Konkursfreiheit und Ausbildung durch eine entsprechende Bescheinigung des Herkunftslandes und erforderliche allgemeine, fachliche oder kaufmännische Kenntnisse durch eine Bescheinigung dieser Tätigkeit nachgewiesen werden können. Diese Übergangs- und Liberalisierungsrichtlinien wurden durch die Richtlinie 99/42/EG vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise (Dritte Anerkennungsrichtlinie) aufgehoben.²⁴¹

Die dritte Anerkennungsrichtlinie regelt in Ergänzung zu den für besonders qualifizierte Tätigkeiten erlassenen Bestimmungen zur Anerkennung der Diplome (sog. Erste Diplomrichtli-

²³⁷ Siehe dazu auch III.B.1 Allgemeine Funktionen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Seite 47.

²³⁸ EuGH Rs. 71/76, Slg. 1977, S. 765.

²³⁹ BVerwG in: GewArch 1991, S. 386 f.

²⁴⁰ EuGH Rs. C-124/97, in: GewArch 1999, S. 476 (479); EuGH Rs. C-67/98, in: GewArch 2000, S. 19f.

²⁴¹ ABl. EG L 201 vom 31.7.1999, S. 77.

nie 89/48/EWG²⁴²) und die Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise (sog. Zweite Diplomrichtlinie 29/51/EWG²⁴³), für die nicht unter diese Richtlinien fallenden Tätigkeiten die grundsätzliche Anerkennung der Befähigungsnachweise anderer Mitgliedstaaten. Unterschiede bei den Kenntnissen oder Fähigkeiten können wahlweise durch einen Anpassungslehrgang oder eine Eignungsprüfung ausgeglichen werden.

Sofern die Aufnahme der Tätigkeit von allgemeinen, kaufmännischen oder fachlichen Kenntnissen abhängig gemacht, so besteht schon wie in abgelösten Anerkennungsrichtlinien die Möglichkeit der Anerkennung der erworbenen Berufserfahrung. Die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit über einen angemessenen nicht zu weit zurückliegenden Zeitraum wird dann als Befähigungsnachweis anerkannt. Von besonderem Interesse ist die dritte Anerkennungsrichtlinie im Bereich des Handwerks.²⁴⁴

B. Der Berufszugang im Handwerk

1. Zielsetzung der Handwerksordnung

Das Handwerksrecht wurde 1953 aus der Gewerbeordnung ausgegliedert und stellt damit ein gewerberechtliches Nebenrecht dar. Im Gegensatz zum allgemeinen Gewerberecht wird jedoch eine andere Zielsetzung verfolgt. Während dort die Gefahrenabwehr im Vordergrund steht, verfolgt die Handwerksordnung die Durchsetzung wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischer Ziele. Es gilt den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks als einen besonders wichtigen Teil des Mittelstandes zu erhalten, sowie den Nachwuchs für die gesamte gewerbliche Wirtschaft zu sichern.²⁴⁵

Diese gesellschaftspolitischen Zielsetzungen haben ihren Niederschlag zwar erst in der Handwerksordnung von 1953 gefunden, spiegeln jedoch eine über Jahrhunderte gewachsene Handwerkstradition wieder. Das deutsche Handwerkswesen wird im Wesentlichen bundeseinheitlich geregelt, da der Bund mit Verabschiedung der Handwerksordnung von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Nr. 11 GG umfassend Gebrauch gemacht hat. Abschließend geregelt sind vor allem die Ausübung des Handwerks, einschließlich der Voraussetzungen zum selbstständigen Betrieb und der absichernden Bußgeldvorschriften, der Organisation des Handwerks und der Berufsbildung im Handwerk.²⁴⁶ Als ein Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts unterliegt das Handwerksrecht auch den prinzipiellen Regelungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Handwerkliche Tätigkeiten werden in Art. 50 Abs. 2 lit. c EGV genannt. Es gelten somit die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit, des freien Dienstleistungsverkehrs, des Verbots neuer Beschränkungen, der Aufhebung der Beschränkung und Liberalisierung, sowie die Absichtserklärung der weiteren Liberalisierung nach Art. 53 EGV. Dieser allgemeine Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht wird für den Bereich des Handwerksrechts allerdings durch Art. 47 Abs. 2

²⁴² ABl. EG L 19 vom 24.1.1989.

²⁴³ ABl. EG L 209 vom 24.7.1992.

²⁴⁴ Siehe dazu unten IV.D.2 Ratsrichtlinie 64/427/EWG, Seite 69.

²⁴⁵ BVerfGE 13, S. 97 (108f., 112f.).

²⁴⁶ Czybulka, in: Öffentliches Wirtschaftsrecht Besondere Teil 1, § 2 I, S. 116.

Satz 2 EGV außer Kraft gesetzt. Dieser legt ein Einstimmigkeitserfordernis für Richtlinien fest, „deren Durchführung in mindestens einem Mitgliedstaat eine Änderung bestehender gesetzlicher Grundlagen der Berufordnung hinsichtlich der Ausbildung und der Bedingungen für den Zugang natürlicher Personen zum Beruf umfasst“. Dieses Vetorecht hat bisher insbesondere die deutsche Handwerksordnung in ihrem Bestand geschützt.²⁴⁷

Inwiefern die Eigenarten des deutschen Handwerksrechts mit dem Gemeinschaftsrecht kollidieren, ist im Folgenden zu beleuchten, ebenso wie ihr zukünftiger Bestand im rein innerstaatlichen Verkehr.

2. Besonderheiten im deutschen Handwerkswesen

Das deutsche Handwerkswesen weist im Vergleich mit den anderen EU-Staaten einige Besonderheiten auf. Die Besonderheiten im deutschen Handwerkswesen begründen sich aber nicht in der Handwerksordnung vom 26. März 1953, sondern in Jahrhunderte alter Tradition. Die Prinzipien des Handwerksrechts, die in der Handwerksordnung ihren rechtlichen Niederschlag gefunden haben, sind weitaus älter als das Gesetz selbst. Die wesentlichen Ursprünge des Handwerkswesens reichen mindestens 800 Jahre zurück, wobei die Entwicklung an der Grenze zwischen ordnungsrechtlich begründeter Beschränkung des freien Persönlichkeitsrechts und dem freien Zugang zum Markt mit absoluter Gewerbefreiheit von einem steten Hin und Her gekennzeichnet sind. Im Laufe dieser Zeit haben sich jedoch drei Besonderheiten des Handwerks ausgebildet, die noch heute Bestand haben. Der Zugang zu handwerklichen Tätigkeiten wurde bereits frühzeitig reglementiert, indem eine ausbildungsbezogene Einteilung der Handwerkerschaft in Meister, Gesellen, Lehrlinge stattfand. Nach dieser Einteilung ist für die selbstständige Ausübung eines Handwerks als Meister erforderlich, dass der Tätigkeit zuvor einige Jahre als Lehrling und anschließend als Geselle nachgegangen wurde. Die Anfertigung eines Meisterstückes ist eine weitere fachbezogene Zutrittsschranke. Dieser fachliche Qualifikationsnachweis ist seit dem 14. Jahrhundert nachgewiesen.

Auch wenn es zwischenzeitlich mehrere Phasen gab, in denen im wesentlichen Gewerbefreiheit herrschte und der Zugang und die Ausübung der handwerklichen Tätigkeiten nicht beschränkt waren, hält das heutige System mit der berufsregelnden Handwerksordnung als zentrale Vorschrift an diesen Besonderheiten fest. Die Zuordnung einzelner Tätigkeiten zum Wirtschaftsbereich Handwerk ist weitgehend historisch bedingt und wird anhand einer Positivliste und verschiedenen, die betriebliche Gesamtstruktur betreffende Merkmalen vorgenommen.

Die Handwerksinnungen als fachlich organisierte Zusammenschlüsse der Handwerksunternehmer stellen schließlich die dritte Besonderheit des deutschen Handwerks dar. Die Innungen als Organisationsaufbau des Handwerks gehen auf die Zünfte des Mittelalters zurück. Die durch die Innungen gebildeten Kreishandwerkerschaften und sowie die Handwerkskammern nehmen als Körperschaften des öffentlichen Rechts teilweise staatliche Aufgaben wahr.²⁴⁸

²⁴⁷ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 47 EGV Rn. 9.

²⁴⁸ Ausführlich zum vorangegangenen *Hollje-Luerßen*, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 2 ff.

Ein dem deutschen Handwerk vergleichbarer Handwerksbegriff existiert überhaupt nur in den Gründerstaaten der EG Frankreich, Italien, Belgien, den Niederlanden und Luxemburg, ansonsten noch in Dänemark. Ein vergleichbarer Handwerksbegriff ist dagegen in Großbritannien, Irland, Griechenland, Spanien und Portugal unbekannt.²⁴⁹ Die Konzeption des deutschen Handwerksrechts geht von einer Niederlassung des Handwerkers im Geltungsbereich des Gesetzes aus und überwacht die dauerhaft angelegte Berufsausübung. Regelungen, die einer lediglich zeitlich befristeten Betätigung Rechnung tragen würden, sind nicht existent.

Sollten daher Normen des deutschen Handwerksrechts im Widerspruch zu Gemeinschaftsrecht stehen, gebührt der europarechtlichen Regelung im Kollisionsfall der Vorrang. Die nationalen Regelungen dürfen dann von den nationalen Gerichten und Behörden nicht vollzogen werden.²⁵⁰

Die deutsche Handwerkerschaft war und ist vielfach der Überzeugung, dass sie von einem europäischen Binnenmarkt nicht tangiert wird.²⁵¹ Zudem werden die Risiken durch eine Verschärfung des Wettbewerbs größer eingeschätzt als die Chance einer eigenen Auslandstätigkeit. Die Möglichkeiten, von der Dienst- und Niederlassungsfreiheit betroffen zu werden, muss unterschiedlich bewertet werden. Es ist zu berücksichtigen, ob sich der Standort des Handwerksbetriebs in Grenznähe zu einem anderen Mitgliedstaat befindet, ob das Leistungsangebot des Betriebes als exportfähig betrachtet werden kann, oder ob der Betrieb nur regional oder lokal tätig ist. Auch eine grenzüberschreitende Tätigkeit ist nicht von einem beschränkt regional tätigen Handwerker zu erwarten; Handwerkszweige deren Waren durch einen Transport über größere Entfernungen und einer längere Lagerung beeinträchtigt würde, oder für deren Produktion ein enger Kundenkontakt besonders wichtig ist. Auch wenn nur ein Teil der deutschen Handwerkerschaft, nämlich diejenigen, die aufgrund ihrer Größe²⁵² überregional im Inland tätig sind, eine grenzüberschreitende Betätigung in Erwägung zieht: Anbieten ihrer Waren, Dienstleistungen in den anderen EU-Mitgliedsstaaten oder Gründung ei-

²⁴⁹ *Klinge*, in: *WiVerw* 1987, S. 137 (145).

²⁵⁰ *von Bogdandy/Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 1 Rn. 32.ff.

²⁵¹ Vgl. dazu eine Erhebung der Handwerkskammer Oldenburg, wonach durchschnittlich mehr als 50% der Handwerker aus verschiedenen Handwerksgruppen keine Auswirkungen des EG-Binnenmarktes auf den eigenen Betrieb erwarteten; dargestellt bei *König/Müller*, Der Europäische Binnenmarkt als Herausforderung für das deutsche Handwerk, S. 23 Tafel 6.

²⁵² Die deutschen Handwerksbetriebe sind im Durchschnitt noch immer kleine, überschaubare Betriebe mit einem regional beschränkten Handlungsradius, deren Funktion in der örtlichen Versorgung mit handwerklichen Gütern und Dienstleistungen besteht. Es finden sich jedoch auch immer mehr Betriebe mit 50, 100 oder mehr Beschäftigten, die sich nicht auf örtliche Märkte beschränken und sich aufgrund ihrer Exporterfahrung auch im europäischen Binnenmarkt bewähren können. Aber auch für die kleinen Handwerksbetriebe bestehen, insbesondere wenn sie grenznah belegen sind, Perspektiven im Binnenmarkt, *Cramer*, Das Handwerk im europäischen Binnenmarkt, S. 5f.

Handwerksbetriebe, die bereits vor Öffnung des Binnenmarktes exportierten oder diejenigen die im grenznahen Gebieten ansässig sind, werden teilweise als zwei Sondergruppen behandelt, da zu Beginn der 90er Jahre vermutet wurde, dass diese vom europäischen Binnenmarkt am stärksten beeinflusst werden, *Müller/Reck*, Einflüsse des EG-Binnenmarktes auf das deutsche Handwerk, S. 5.

ner (Zweig-)Niederlassung, so wird die gesamte Handwerkerschaft spätestens dann vom europäischen Binnenmarkt tangiert, wenn Mitbewerber aus dem EU-Ausland auf den deutschen Markt drängen.

Handwerkliche Tätigkeiten sind im Allgemeinen arbeitsintensiv, so dass sich die hohen Lohn- und Lohnnebenkosten als Wettbewerbsnachteil für die deutschen Handwerker auswirken. Besonders spürbar wird dieser Nachteil an grenznahen Standorten. Dagegen wird die hohe Qualifikation, die aus dem deutschen Ausbildungssystem herrührt, als Vorteil für die deutschen Handwerker betrachtet. Insbesondere der Meisterbrief verschaffe einen Wettbewerbsvorteil, den die ausländischen Handwerker nicht vorweisen können. Gerade dieser Befähigungsnachweis soll nun auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Verfassungsrecht sowie seine Zeitmäßigkeit untersucht werden.

3. Der dynamische Handwerksbegriff

Wesentliche verfassungsrechtliche Probleme ergeben sich auch bei der Frage, welche Tätigkeiten zum Handwerk zählen und zwar insbesondere in Abgrenzung zur Industrie, da für Industriebetriebe nicht die Zulassungsvoraussetzungen für Handwerksbetriebe gelten.²⁵³ Die Probleme rühren daher, dass sich das Handwerksrecht aus den traditionellen handwerklichen Berufsbildern heraus entwickelt hat, wodurch eine Flexibilisierung aus standespolitischen Gesichtspunkten erforderlich wird, um den wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen Stand zu halten. Jedes Handwerk weist die Tendenz auf, möglichst viele Einzeltätigkeiten in seinem „Berufsbild“ vereinen zu wollen. Daneben besteht aber auch die Tendenz, eventuell noch freie oder ganz neue irgendwie abgrenzbare Tätigkeiten zu einem selbstständigen zünftigen Beruf mit den damit verbundenen Vorrechten zu organisieren. Die immer länger werdende Handwerkerliste belegt dies. Handwerkliche Tätigkeiten, die keinem Befähigungsnachweis unterliegen werden ebenfalls systematisch abgegrenzt (Anlage B der Handwerksordnung), um dann auch in die Handwerksorganisationen anstatt in die IHK-Organisationen eingegliedert zu werden.

Des Weiteren sollen sich die Handwerksbetriebe auch jeglicher produktionstechnischer, betriebswirtschaftlicher und unternehmensorganisatorischer Methoden bedienen können, ohne die Eigenschaft als Handwerksbetrieb zu verlieren. Es bestehen keine Vorgaben, die der Handwerksqualität eine Grenze setzen würden, weder durch die Beschränkung der Betriebsgröße und der Produktionstechnik, noch der Beschäftigtenzahl oder der Betriebsstruktur oder auch einer die Meisterprüfung übersteigenden Qualifikation. Dies ist ein sehr aggressives Verständnis des „dynamischen Handwerksbegriffs“, da aus der Tatsache, dass sich Handwerksbetriebe industrieller Fertigungsmethoden bedienen, geschlossen wird, dass nunmehr auch industrielle Betriebe handwerklich arbeiten.²⁵⁴

²⁵³ Eine weitere verfassungsrechtliche Kollisionslage besteht in Abgrenzung zur Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG, insbesondere bei Gewerben, die auch als Handwerksberufe erfasst wurden, wie z.B. die Tätigkeit der Steinbildhauer, Gold- und Silberschmiede, der Fotografen und Steindrucker, vgl. *Czybulka*, in: Öffentliches Wirtschaftsrecht Besonderer Teil 1, § 2 I, S. 124 Rn. 17 und Rn. 18.

²⁵⁴ *Albach*, Deregulierung des Handwerks, S. 40f.

C. Der Meistertitel als Befähigungsnachweis

In Deutschland führte die Dritte Verordnung über den vorläufigen Aufbau des Deutschen Handwerks vom 18. Januar 1935 den so genannten „Großen Befähigungsnachweis“ als Voraussetzung für den selbstständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ein. Der selbstständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe ist nur in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen gestattet. Die Eintragung erfolgt nur nach bestandener Meisterprüfung für das betriebene oder für ein diesem verwandtes Handwerk, oder wer die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen in einem dieser Handwerke besitzt. Ähnliche wie die in Deutschland bestehenden Zugangsregelungen sind den meisten anderen EU-Mitgliedsstaaten fremd; vereinfacht lassen sich in der Europäischen Union drei verschiedene handwerksrechtliche Gesetzeslagen darstellen:

Das obligatorische Meister(prüfungs)system lässt sich außer in Deutschland nur noch in Luxemburg finden.²⁵⁵ In Deutschland liefert die Anlage A zur HwO eine erschöpfende Aufzählung von gewerblichen Tätigkeiten, die nur in einem Betrieb ausgeführt werden dürfen, der unter der Leitung eines besonders qualifizierten Meisters steht. Das österreichische Handwerksrecht entsprach in Bezug auf die Zulassungsvoraussetzungen weitgehend dem deutschen Handwerksrecht, bis es im Jahre 1992 aufgrund der österreichischen Gewerbeordnungsnovelle dereguliert wurde.²⁵⁶

Die übrigen Gründungsmitglieder der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sowie Spanien, also insbesondere Italien und Frankreich, kennen kein strenges und durchgehendes Berufszulassungssystem für Handwerker.²⁵⁷ Dennoch gibt es dort unterschiedliche Regelungen über freiwillige Qualifikationen und Prüfungen, die teilweise auch mit Regelungen über das Recht zur Ausbildung des Berufsnachwuchses verbunden sind. Daher kann man davon ausgehen, dass diese Rechtsordnungen innerhalb ihres Gewerberechtes einen speziellen Handwerksbegriff kennen, der partiell durch rechtliche Regelungen abgesichert wird.

Die letzte Gruppe stellen die EU-Mitgliedsstaaten dar, die kein Handwerksrecht im Sinne der HwO bzw. auch nur einen Begriff „Handwerk“ kennen. Diese Staaten zeichnen sich ebenfalls durch eine sehr weitgehende Gewerbefreiheit aus. In Irland bestehen keinerlei Zulassungsvorschriften für eine selbstständige Niederlassung. Lediglich für die Mitgliedschaft in Berufsorganisationen und Gewerkschaften sind Qualifikationen erforderlich.²⁵⁸ Auch in Großbritannien sind spezielle Handwerksgesetze unbekannt. Gewerbefreiheit herrscht selbst in Gefahrenbereichen²⁵⁹.

1. Vereinbarkeit des Großen Befähigungsnachweises mit der Berufsfreiheit

Die deutsche Handwerksordnung umfasst das aus der Gewerbeordnung herausgenommene Recht für den handwerklichen Betrieb. Danach ist der selbstständige Betrieb eines Handwerks

²⁵⁵ Klinge, in: GewArch 1991, S.361.

²⁵⁶ Pohl, Regulierung des Handwerks, S. 73.

²⁵⁷ Klinge, in: WiVerw 1992, S. 2 (52 f.).

²⁵⁸ Pohl, Regulierung des Handwerks, S. 71.

²⁵⁹ Klinge, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 641.

als stehendes Gewerbe - darunter fallen alle Formen des Gewerbebetriebs, die weder Reisegewerbe gem. der §§ 55 bis 61 a GewO noch Messe, Ausstellung oder Markt gem. der §§ 64 bis 71b GewO sind²⁶⁰ - nur den in die Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften gestattet. In die Handwerksrolle, die nach § 6 HwO von der Handwerkskammer zu führen ist, wird nach § 7 Abs. 1 HwO nur eingetragen, wer in dem von ihm zu betreibenden Handwerk oder in einem verwandten Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat.

Durch die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle wird die Berufs- und Gewerbefreiheit durch eine subjektive Zulassungsvoraussetzung eingeschränkt. Die Vereinbarkeit des großen Befähigungsnachweises mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG wurde daher häufig in Frage gestellt. Trotz immer lauter werdenden Forderungen nach Deregulierung will der Gesetzgeber am Großen Befähigungsnachweis festhalten, um auf diese Weise den Leistungsstand des Handwerks, in dem er ein besonders wichtiges Gemeingut erblickt, zu schützen.²⁶¹

Die Zulässigkeit dieser Sichtweise und damit die verfassungsmäßige Vereinbarkeit des Großen Befähigungsnachweises mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit wurde und wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung in ständiger Rechtsprechung bejaht.²⁶²

In seiner Grundsatzentscheidung vom 17. Juli 1961 befand das Bundesverfassungsgericht, dass die Bestimmungen des Befähigungsnachweises als Voraussetzung zum Führen eines Handwerksbetriebes mit dem Grundgesetz vereinbar sind.²⁶³ Dabei sei der Entschluss, ein in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführtes Handwerk selbstständig als stehendes Gewerbe auszuführen, ein Akt der Berufswahl in Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG. Handwerkliche Tätigkeiten könnten zwar auch in der Form unselbstständiger Arbeit als Beruf gewählt werden, nach der historisch gewachsenen Struktur des Handwerkerstandes kommt aber gerade der Ausübung eines Handwerks im eigenen Namen und auf eigene Rechnung das soziale Gewicht zu, das den Handwerker in den Augen der Öffentlichkeit auszeichnet. Dies spiegele sich auch in der Handwerksordnung selbst wider, was dazu geführt hat, den Zugang zur selbstständigen Ausübung eines Handwerks von einem Befähigungsnachweis abhängig zu machen. In seinem „Apotheken-Urteil“²⁶⁴ hatte das BVerfG entschieden, dass die Freiheit der Berufsausübung im Wege einer Regelung beschränkt werden kann, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen. Die Freiheit der Berufswahl ist dagegen nur einschränkbar, soweit es der Schutz überragender Gemeinschaftsgüter erfordert. Die Regelung subjektiver Voraussetzungen der Berufsaufnahme ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Teil der rechtlichen Ordnung des Berufsbildes. Nur Bewerbern, die in bestimmter Weise qualifiziert sind, wird der Zugang zum Beruf ermöglicht. Diese Beschränkung legitimiert sich schon durch die Natur der Sache. Sie beruht darauf, dass

²⁶⁰ BVerwG, in: GewArch 1979, S. 96.

²⁶¹ Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer Handwerksrechtlicher Vorschriften, BT-Drucksache 13/9388 vom 10.12.1997.

²⁶² BVerfGE 12, S. 123 ff; BVerfG, in: GewArch 1991, S. 137; BVerwG, in: GewArch 1997, S. 63 f.

²⁶³ BVerfGE 13, S. 97ff.

²⁶⁴ BVerfGE 7, S. 377 ff.

viele Berufe bestimmte, nur durch theoretische und praktische Schulungen erwerbbar technische Kenntnisse und Fähigkeiten erfordern und dass die Ausübung des Berufes ohne diese Kenntnisse entweder unmöglich oder unsachgemäß wäre oder aber Schäden und Gefahren für die Allgemeinheit mit sich bringen würde. Die Freiheitsbeschränkung stelle sich daher als adäquates Mittel zur Verhütung möglicher Gefahren und Nachteile heraus.

a) Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO

Ausnahmsweise kann nach § 8 HwO die Eintragung in die Handwerksrolle, auch ohne die erfolgreiche Ablegung der Meisterprüfung, bewilligt werden. Dazu muss der Antragsteller die notwendigen Fertigkeiten und Kenntnisse nachweisen, weiterhin muss die Meisterprüfung eine unzumutbare Belastung darstellen. Die Regelung des § 8 HwO soll unzumutbaren Härten entgegenwirken, die durch eine starre Beachtung der auf die Meisterprüfung beschränkten Zulassungsvoraussetzungen entstehen könnten. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass die verfassungskonforme Anwendung der Zulassungsbeschränkung durch die Handwerksordnung einen großzügigen Gebrauch der durch die Ausnahmebewilligung geschaffenen Möglichkeit erforderlich macht. Andererseits darf die Ausnahmebewilligung nach § 8 HwO aber nicht dazu benutzt werden, der Meisterprüfung als Befähigungsnachweis ohne zwingende Notwendigkeit auszuweichen.²⁶⁵

b) Eintragungspflicht auch für Ausländer?

Das Erfordernis der Handwerksrolleneintragung kommt auch dann zum Zuge, wenn ein Ausländer in Deutschland ein Handwerk als stehendes Gewerbe betreiben will. Bei der Frage der Unerlässlichkeit der Eintragung ist es unerheblich, ob er seine Niederlassung im Ausland oder Inland hat. Entscheidend dafür, ob ein Gewerbetreibender in die Handwerksrolle einzutragen ist oder nicht, ist der Begriff des Betriebs eines stehenden handwerklichen Gewerbes, nicht der der Niederlassung.

Ein Angehöriger eines Mitgliedstaates der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums, der seine Niederlassung bzw. seinen Geschäftssitz im Ausland hat und sich in Deutschland über die Grenze hinweg selbstständig handwerklich betätigt, ohne hier eine Niederlassung oder einen Sitz zu begründen, betreibt ein stehendes Gewerbe und muss daher gem. § 1 HwO in die Handwerksrolle eingetragen sein. Zwar gelten für die Angehörigen der EU/EWR-Mitgliedstaaten die besonderen Regelungen nach § 9 HwO i.V.m. der EWG/EWR-HwV, die diesem Personenkreis den Berufszugang in gewissem Maße erleichtern. Dennoch müssen auch sie sämtliche Eintragungsvoraussetzungen vor Aufnahme der Tätigkeit erfüllen, indem sie zumindest das Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 9 HwO durchlaufen, unter Vorlage aller notwendigen Nachweise und Bescheinigungen des Herkunftslandes.²⁶⁶

Relevant wird der Ort der Niederlassung im Zusammenhang mit der Frage, bei welcher der 55 Handwerkskammern im Bundesgebiet der Gewerbetreibende in die Handwerksrolle einzutragen ist. Bei einer Niederlassung im Ausland ist gem. § 6 Abs. 2 HwO diejenige Handwerks-

²⁶⁵ BVerfG, in: GewArch 1961, S. 157 (160); vgl. auch Beschluss des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ zur Anwendung der Handwerksordnung, in: GewArch 1988, S. 60.

²⁶⁶ *Dohmen*, in: Robinski, Gewerberecht O, Rn. 34.

kammer zuständig, in deren Bezirk der Gewerbetreibende erstmalig den Betrieb des Handwerks als stehendes Gewerbe zu beginnen beabsichtigt. Die EU-Handwerker mussten sich bislang auch ohne gewerbliche Niederlassung vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit in die Handwerksrolle der örtliche zuständigen Handwerkskammer²⁶⁷ eintragen lassen, wodurch eine Beitragspflicht entstand. Diese Praxis ist jedoch mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, soweit im Inland keine Niederlassung besteht, sondern nur eine Dienstleistung erbracht wird. Hier besteht ein grundsätzliches Anpassungserfordernis, da dieses zweistufige, zweitaufwendige und gebührenpflichtige Verfahren verbunden mit der Pflichtmitgliedschaft einen freien Dienstleistungsverkehr behindern könnte, zumal häufig bereits im Herkunftsland eine Kammer- oder Verbandsmitgliedschaft besteht.

c) Ausnahmegenehmigungen gem. § 9 HwO

Ein Ausländer, der keine deutsche Meisterprüfung für das Handwerk abgelegt hat, kann gleichermaßen wie ein deutscher Staatsangehöriger, der keine Meisterprüfung erfolgreich abgelegt hat, ausnahmsweise in die Handwerksrolle eingetragen werden. Eine Ausnahme zur Eintragung in die Handrolle gem. § 8 HwO wird grundsätzlich bewilligt, wenn einerseits ein Ausnahmegrund besteht und andererseits ein Nachweis über entsprechende Kenntnisse und Fertigkeiten im jeweiligen Handwerk erbracht werden.

Für Angehörige von EU- und EWR-Staaten bestehen Erleichterungen, die Ausnahmebedingungen, Ausnahmegrund und Befähigungsnachweis zu erfüllen. Die Ausnahmebewilligung nach § 9 HwO ist eine Kontrolle des Berufszugangs für EG-Handwerker im Geltungsbereich des deutschen Rechts. Der Bewerber muss diese Ausnahmebewilligung nur einmal für das betreffende Handwerk und den Geltungsbereich der HwO beantragen.²⁶⁸

2. Niederlassungsfreiheit

Bei der Ausübung eines stehenden Gewerbes ist eine Gewerbeanzeige nach § 14 GewO zu erstatten. Die Anzeigepflicht erstreckt sich neben der Hauptniederlassung auch auf Zweigniederlassungen oder unselbstständige Zweigstellen. Für die gewerberechtliche Erlaubnis bestehen im europarechtlichen Kontext besondere Bestimmungen. Zum Nachweis der Zuverlässigkeit und sonstiger rechtlicher Verhältnisse wie Konkursfreiheit oder finanzielle Leistungsfähigkeit haben EU/EWR-Staatsangehörige entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Behörden oder Stellen ihres Herkunftslandes vorzulegen. Fachkunde und Unterrichtsnachweise werden für die öffentlich bestellten Sachverständigen im Bewachungsgewerbe und im Gaststättengewerbe verlangt.

D. Europarechtwidriges deutsches Handwerk?

Bereits durch die Verträge von Rom setzte sich die europäische Staatengemeinschaft das Ziel, einen Gemeinsamen Markt zu errichten und die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten

²⁶⁷ Wenn keine Niederlassung im Inland besteht aber eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbracht wird, ist diejenige Handwerkskammer örtlich zuständig, in deren Bezirk die Tätigkeit ausgeübt wird.

²⁶⁸ *Früh*, in: *GewArch* 1998, S. 402; *Klinge*, Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und andere Gewerbetreibende in der EG, S. 232; *Honig*, Handwerksordnung, § 7 Rn 13.

schrittweise anzunähern. Zur Umsetzungen dieser Ziele ist die Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen, soweit dies für das ordnungsgemäße Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist, Art. 2 h EGV. Weiterhin ist jede Diskriminierung aus Gründen der Staatangehörigkeit verboten, Art. 12 EGV. Diese in den normativen Zielvorstellungen festgehaltenen Gebote und Verbote gelten auch für das Handwerk. Das Handwerksrecht als einer der wichtigsten Gegenstände der deutschen Wirtschaftspolitik muss dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht entsprechen.

1. Europarechtlicher Maßstab für das Handwerk

Das Handwerksrecht ist dabei an den speziellen Vorschriften des EG-Vertrages über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zu messen, Art. 43 und 49 EGV, die als besondere Bestimmungen des Vertrages dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV vorgehen.²⁶⁹ Die Normen des Europarechts geben dem Bewerber um eine handwerksrechtliche Zulassung keinen Anspruch gegen deutsche Staats- oder Selbstverwaltungsinstanzen. Ein solche kann sich nur dann ergeben, wenn dem Antrag entgegenstehendes nationales Recht wegen Verstoßes gegen Europarecht aufgehoben wird oder wenn neues dem Antrag günstiges Europarecht gesetzt und/oder durch deutsches Handwerksrecht umgesetzt wird.

2. Ratsrichtlinie 64/427/EWG

Bereits wenige Jahre nach dem Abschluss der Verträge von Rom erging die Richtlinie 64/427/EWG²⁷⁰ des Rates vom 07.07.1964 „über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeit der be- und verarbeitenden Gewerbe“ in Industrie und Handwerk.²⁷¹

Die Richtlinie stellte fest, dass die Definition des Handwerks und damit dessen Angrenzung gegenüber der Industrie in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sind, die Koordinierung aber einer gründlichen Vorbereitung bedürfe. Aus diesem Grund sah die Richtlinie Übergangsmaßnahmen vor, die Gültigkeit behalten sollten, bis die Vorschriften über die Koordinierung der einzelnen staatlichen Bestimmungen für die Aufnahme der (Handwerks-)Tätigkeiten und ihre Ausübung in Kraft treten. Dies ist bis heute nicht der Fall. Die Umsetzung der Übergangsvorschriften wurde in Deutschland durch den Erlass der EWG/EWR-Handwerkverordnung realisiert.

3. Übergangsregelung nach der EWG/EWR-Handwerkverordnung

Die Voraussetzungen, unter denen EU-Bürger anderer Mitgliedstaaten, die keinen großen Befähigungsnachweis erworben haben, eine Ausnahmegenehmigung zur Eintragung in die Handwerksrolle erhalten können, finden sich in dieser EWG/EWR-Handwerk-Verordnung.²⁷² Die Verordnung stützt sich auf die Ermächtigung in § 9 HwO. Bei nichtdeutschen Antrags-

²⁶⁹ Gornig, in: NJW 1989, S. 1120 (1124); Blumenwitz, in: NJW 1989, S. 621 (622).

²⁷⁰ Abl. 1964 Nr. 117/1863.

²⁷¹ Die Richtlinie 64/427/EWG ist mittlerweile durch die Richtlinie 1999/42/EG, ABl. EG L 201 vom 31.7.1999, S. 77 aufgehoben worden.

²⁷² Folz, in: WiVerw 1979, S. 80ff; Czybulka, in: NVwZ 1991, S. 230 ff.

stellern kann der Große Befähigungsnachweis durch die Ableistung selbstständiger und un-selbstständiger Berufstätigkeit in den anderen Mitgliedstaaten ersetzt werden, wobei diese auch durch Ausbildung ersetzt werden kann. Insgesamt müssen mindestens sechs Jahre Tätigkeit nachgewiesen werden; nicht vorgesehen ist der Nachweis von Prüfungen, die den deutschen Gesellen- oder Meisterprüfungen entsprechen.

a) „Sechs-Jahres-System“ als Erleichterung für EU-Handwerker?

Im Ergebnis entspricht dieses „Sechs-Jahres-System“ als Ausnahmeregelung für EU-Ausländer fast den Anforderungen, die an deutsche Handwerker gestellt werden.²⁷³ Auch sie durchlaufen bis zur Eintragung in die Handwerksrolle grundsätzlich eine 6jährige Ausbildungs- und Vorbereitungszeit. Dieses in Deutschland praktizierte System ist durch die Anerkennungsrichtlinie der EU maßgeblich bestätigt worden. Danach darf das Gastland überprüfen, ob die Nachweise eines ausländischen EU-Handwerkers seinen nationalen Anforderungen entsprechen. Sofern dies nicht der Fall ist, kann das Gastland entscheiden, ob der Bewerber eine Eignungsprüfung ablegen oder einen Anpassungslehrgang belegen muss.²⁷⁴ Treibende Kraft für den Erlass dieser Anerkennungsrichtlinie war Deutschland gegen den Widerstand Großbritanniens.

b) Berufsbilder der Handwerksordnung

Für die Zulassung zum Handwerksberuf sind nach der deutschen Verfassungsrechtsprechung die Berufsbilder der HwO und deren Anlagen maßgeblich. Dies führt im Zusammenhang mit dem „dynamischen Handwerksbegriff“²⁷⁵ zu immer weiteren Restriktionen der Berufsfreiheit,²⁷⁶ wodurch einerseits Bewerber aus den EU-Ländern beeinträchtigt werden, andererseits aber auch Deutsche, wenn Ausländern zu umfangreich Befreiungen erteilt werden.

4. Kein Liberalisierungsfahrplan durch die Ratsrichtlinie 64/427/EWG

Die Richtlinie 64/427/EWG stellt den Maßstab dar, an dem sich das geltende deutsche Handwerksrecht messen lassen muss. Ihre Grundsätze, die sich durch spätere Richtlinien nicht verändert haben, gehen mit den allgemeinen Grundtendenzen des Europarechts konform. Es gilt, restriktive Tendenzen der HwO zu verfolgen und diese liberalisierend fortzuentwickeln. Aus-

²⁷³ Diefenbach, in: GewArch 1998, S. 445 (446).

²⁷⁴ Dritte Anerkennungsrichtlinie des EU-Binnenmarktrates, verabschiedet am 18.05.1998, vgl. Deutscher Handwerkskammertag, EURO/INFO Service 6/98.

²⁷⁵ Die Handwerksordnung ist nach § 1 Abs. 2 HwO dann anzuwenden, wenn ein selbstständiger Gewerbetreibender eine handwerksfähige Tätigkeit handwerksmäßig ausübt. Ob ein Gewerbebetrieb handwerksmäßig betrieben wird, hängt von der Definition des Handwerksbegriffs ab. Im Ausland überwiegt der sog. statische Handwerksbegriff, der rein schematisch auf die Größe des Unternehmens abstellt. Demgegenüber geht die Handwerksordnung von einem dynamischen Handwerksbegriff, aus der sich an der Betriebsstruktur orientiert, Honig, Handwerksordnung, § 1 Rn. 51. Zum Wandel des Handwerksbegriffs auch Hagebölling, in: GewArch 1984, S. 209ff.

²⁷⁶ Czybulka, in: GewArch 1994, S. 89 (94).

gangpunkt ist nicht nur die Aufhebung der Beschränkungen, sondern auch die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten. Ihr Charakter als Übergangsmaßnahme in Richtung der erforderlichen Koordinierung kommt insofern deutlich zum Vorschein, als es an einer endgültigen Aufhebung von Beschränkungen fehlt. Es bleibt offen, wie diese im Einzelnen ausgestaltet sein sollen. Weiterhin wird nicht einmal angedeutet, dass eine Koordinierung durch den Abbau von Zulassungsbeschränkungen, wie sie in Deutschland bestehen, erfolgen könnte. Wer nach einem Liberalisierungsprogramm sucht, wird dieses nicht finden. Denkbare Varianten zur Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit wurden nicht eingearbeitet. Der Abbau von Beschränkungen könnte also einerseits durch die völlige Abschaffung von Zulassungsvoraussetzungen erfolgen, andererseits durch eine annähernde Angleichung von Zulassungsbestimmungen in allen Mitgliedstaaten. Für eine Nivellierung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner müsste die EU-Richtlinie eine Festlegung auf einen gewissen Minimalstandard für die Zulassung festlegen. Eine weitere mögliche Konstellation zum Abbau der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ist die Anhebung der Zulassungsvoraussetzungen, etwa auf den Standard des deutschen Handwerks verbunden mit der Anerkennung der entsprechenden Diplome.

5. Europäische Dienstleistungsfreiheit und die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle

a) Problematik einer punktuellen Dienstleistungserbringung im Inland

Der Streit um die Rechtmäßigkeit des Großen Befähigungsnachweises wurde innerstaatlich unter dem Anknüpfungspunkt der Niederlassungsfreiheit geführt. Nach einigen Stimmen in der Literatur stellt der Große Befähigungsnachweis bereits unter diesem Aspekt keine verfassungsgemäße Zulassungsregelung dar, da er unverhältnismäßig und mit Art. 12 GG unvereinbar sei. Dies müsste dann erst recht für eine nur vorübergehende Dienstleistung als schwächere Form der Berufsausübung gelten. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, wenigstens insoweit als ein gefahrträchtiges Gewerbe aufgenommen werden soll und eine gefahrlose Qualitätskontrolle allein durch die Marktprinzipien nicht stattfinden kann, also dem Staat eine Schutzpflicht - auch in Form von Zulassungsbeschränkungen - obliegt.

Lässt man zunächst die Frage der Konformität des Großen Befähigungsnachweises mit dem Gemeinschaftsrecht außer Betracht, und betrachtet diesen als verfassungsgemäß, so stellt sich die Frage, welche Kriterien für ein objektives Allgemeininteresse bezüglich der Niederlassungsfreiheit aufgeführt werden können.

(1) *Rechtfertigung von Beschränkungen*

Da es sich bei dem Großen Befähigungsnachweis um eine subjektive Zulassungsschranke handelt, bedarf es zu deren Rechtfertigung des Schutzes eines wichtigen Gemeinschaftsgutes. Dabei muss es sich nicht um absolute, allgemein anerkannte, von der Politik unabhängige Gemeinschaftswerte handeln.²⁷⁷ Demnach liegt es in der Kompetenz des deutschen Gesetzgebers festzulegen, was er als wichtige Gemeinschaftsgüter erachtet. Nach der Auffassung des

²⁷⁷ BVerfGE 13, S. 97 (103).

Bundesverfassungsgerichts „kam es dem Gesetzgeber nicht darauf an, Gefahren für die Gesamtheit oder den Einzelnen aus einer unsachgemäßen Berufsausübung abzuwenden.“ Ebenso wenig ging es um den Schutz von Dienstleistungsnehmern oder Arbeitnehmern noch um Berufsausübungsregeln. Ausschlaggebend war insbesondere das Interesse an der Erhaltung und Förderung eines gesunden, leistungsfähigen Handwerkstandes als Ganzem.²⁷⁸ Zudem sollte durch diese Regelung eine ordnungsgemäße Ausbildung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft gesichert werden. Der Erhaltung und die Förderung eines leistungsfähigen Handwerksstandes ist ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel. Das Handwerk wird als volkswirtschaftlich unentbehrlicher Zweig der gewerblichen Wirtschaft gesehen.²⁷⁹

Die Förderung des Handwerks als zweitstärkstem Wirtschaftsbereich bedeute Förderung der Wirtschaft des Staates an sich. Ein Eindringen unqualifizierter Arbeitskräfte in diesen Wirtschaftsbereich soll verhindert werden, weil sich der nationale Standard in diesem Bereich verschlechtern könnte und damit die Leistungsfähigkeit in diesem Wirtschaftsbereich gefährden würde. Der Schutz des Handwerks ist damit ein wirtschaftliches Ziel, das der deutsche Gesetzgeber nach wie vor verfolgt und an dem auch die Rechtsprechung festhält.²⁸⁰ Maßnahmen des nationalen Gesetzgeber, die „negative Auswirkungen“ auf einen Wirtschaftszweig und damit auf eine Wirtschaft verhindern sollen, sind nach der Auffassung des EuGH Ziele wirtschaftlicher Art, die ein objektives Allgemeininteresse nicht rechtfertigen.²⁸¹ Regelungen für das Funktionieren einer Volkswirtschaft dürfen nicht zu einer Aushöhlung der Dienstleistungsfreiheit führen, indem unter dem Deckmantel des objektiven Allgemeininteresses konkurrenzschützende und marktabschottende nationale Ziele verborgen werden.

(2) Unterschiedlose Behandlung dienstleistender und niedergelassener Handwerker durch die Handwerksordnung

Im Rahmen der Regelung der §§ 1, 7 HwO wird von einer Niederlassung des Handwerkes ausgegangen, so dass dienstleistende und niedergelassene Handwerker gleichermaßen umfasst werden. Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit wäre gegeben, wenn der nationale Gesetzgeber allein wirtschaftliche Ziele verfolgt. In der Folge könnte von dienstleistenden Handwerkern i.S.d. Art. 49 ff. EGV nicht die Vorlage einer Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO i.V.m. EWG HwV verlangt werden, da eine gemeinschaftsrechtswidrige Regelung aufgrund des Anwendungsvorrangs nicht von deutschen Behörden herangezogen werden darf.²⁸² Ein weiteres Hindernis für die zeitlich befristete Handwerkstätigkeit ist die Eintragung in die Handwerksrolle. Im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht ist daher zu fragen, ob dieses Hindernis durch ein objektives Allgemeininteresse gerechtfertigt ist. Einerseits ist die Eintragung ohne Befähigungsnachweis nicht möglich, andererseits verfolgt die HwO in ihrer Gesamtheit das Ziel von Schutz und Förderung des gewerblichen Mittelstandes. Mit der Eintragung in die

²⁷⁸ BVerfGE 13, S. 97 (107).

²⁷⁹ BVerfGE 13, S. 97 (108).

²⁸⁰ VGH Baden-Württemberg, in: GewArch 1998, S. 195 (196); *Leisner*, in: GewArch 1997, S. 393 ff; *Früh*, in: GewArch 1998, S. 402 (405).

²⁸¹ EuGH Rs. 398/95, in: EWS 1997, S. 277f.

²⁸² *Früh*, in: GewArch 1998, S. 402 (403ff.).

Handwerksrolle werden keine gewerbepolizeilichen Ziele verfolgt, ihr Zweck ist vielmehr die Erstellung eines möglichst vollständigen Verzeichnisses aller Handwerksbetriebe im jeweiligen Kammerbezirk.

b) Rückkehr in das Heimatland des Handwerker

Die Rückkehr eines nur vorübergehend tätigen Handwerkers in sein Heimatland löst weitere rechtliche Folgen aus, da die deutsche Handwerksordnung in ihrer Zielrichtung nur auf die dauerhafte Niederlassung eines Handwerkers ausgerichtet ist. Gemäß § 13 Abs. 1 HwO wird die Eintragung in die Handwerksrolle entweder auf Antrag oder von Amts wegen gelöscht. Der Handwerker ist nach § 16 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 2 HwO dazu verpflichtet, die Beendigung seines Handwerksbetriebes unverzüglich anzuzeigen. Anderenfalls erfolgt die Löschung von Amts wegen, wenn die Voraussetzungen für eine Eintragung nicht mehr vorliegen, etwa wenn das Handwerk nicht mehr betrieben wird. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn der EU-Handwerker nach Erfüllung seines Auftrages in sein Heimatland zurückkehrt. Die Handwerkskammer muss dem Betroffenen dann ihre Löschungsabsicht mitteilen, § 13 Abs. 2 HwO. Diese Mitteilung stellt bereits einen anfechtbaren Verwaltungsakt dar, da die Mitteilung eine Regelung i.S.d. § 35 VwVfG trifft, deren Vollzug durch die Löschung erfolgt.²⁸³

In der Konsequenz müsste ein Handwerker aus einem andern EU-Mitgliedstaat jedes mal, wenn er in der Bundesrepublik einen Auftrag ausführen will, eine neue Eintragung in die Handwerksrolle beantragen, sofern der zeitliche Abstand zwischen einzelnen Aufträgen im selben Kammerbezirk zu groß war oder er in einem anderen Kammerbezirk tätig werden will.²⁸⁴

Dieser Verfahrensweise ist noch kein Diskriminierungspotential beizumessen, ihr ist lediglich ein Erschwernischarakter beizumessen. Staatliche Maßnahmen, die nicht diskriminierend wirken, den freien Dienstleistungsverkehr aber dennoch behindern, sind dann gerechtfertigt, wenn sie in einem objektiven Allgemeininteresse stehen und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genüge getan wird. Ein Allgemeininteresse kann jedoch nur insoweit bestehen, als diesen nicht bereits durch Rechtsvorschriften Rechnung getragen wurde, denen der Leistungserbringer in seinem Heimatstaat unterliegt.²⁸⁵ Unter dem Allgemeininteresse sind die jeweiligen nationalen Interessen der Mitgliedstaaten zu verstehen und nicht das Interesse der Gesamtheit aller Mitgliedstaaten der EG. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung etwa den Gläubigerschutz, den Schutz von Dienstleistungsnehmern, Verbrauchern oder Arbeitnehmern als objektives Allgemeininteresse anerkannt. Insbesondere wurden Berufsregelungen anerkannt, vor allem in Bezug auf Organisation, Befähigung und Kontrolle. Wirtschaftliche Interessen können hingegen kein Allgemeininteresse darstellen.

c) Das Urteil des EuGH vom 3.10.2000

In seinem Urteil vom 3.10.2000 betont der EuGH nochmals den Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Aus diesem Grundsatzes deduziert der EuGH, dass Handwerker, die von

²⁸³ Musielak/Detterbeck, Das Recht des Handwerks, § 13 Rn. 6 und Rn. 13.

²⁸⁴ Früh, in: GewArch 1998, S. 402 (403).

²⁸⁵ EuGH Rs. 33/74, Slg. 1974, S. 1299 (1309).

einem anderen EG-Mitgliedstaat aus im Inland Dienstleistungen im stehenden Gewerbe erbringen wollen und dazu mangels eines sonstigen Befähigungsnachweises einer Ausnahmebewilligung nach §§ 8, 9 HwO bedürfen, aus Gründen der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit von etlichen Pflichten, die nach der deutschen Gesetzeslage vor oder bei der Aufnahme des selbstständigen Betriebes eines Handwerks zu erfüllen sind, freigestellt werden müssen. Diese Pflichten sind insbesondere das Eintragungserfordernis, § 1 Abs. 1 S. 1 HwO, sowie die Anzeige-, Gebühren- und Beitragspflichten.²⁸⁶ Dieses Urteil wird nachstehend im Zusammenhang mit der Gefahr der Inländerdiskriminierung noch näher behandelt.²⁸⁷

E. Gefahr der Inländerdiskriminierung

1. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage, inwieweit primäres Gemeinschaftsrechts zur Beurteilung einer möglichen Inländerdiskriminierung heranzuziehen ist, in Bezug auf die Vorschriften beantwortet, die den Gemeinschaftsangehörigen die Ausübung eines Handwerks erleichtern. Dabei hat es unter der Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit, Art. 39 ff. EGV, nicht auf Betätigungen anzuwenden ist, deren Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinaus reichen.²⁸⁸ In einem Fall mit grenzüberschreitendem Element im Geltungsbereich der EWG/EWR-Handwerksverordnung hat sich das Bundesverfassungsgericht zur Niederlassungsfreiheit und dem Begriff der Diskriminierung geäußert.²⁸⁹ Den Niederlassungswilligen ist im Aufnahmestaat gem. Art. 43 EGV eine Inländergleichbehandlung garantiert. Dies bedeutet, dass diese die rechtlichen Bedingungen des Staates annehmen müssen, wenn diese für Inländer gleichermaßen gelten. Eine verbotene versteckte Diskriminierung käme dann in Betracht, wenn die Niederlassungsbedingungen von den EU-Ausländern nur ungleich schwerer zu erfüllen sind als von Staatsangehörigen und dieses Erschwernis als willkürlich und prohibitiv zu qualifizieren ist.²⁹⁰ Fraglich war daher, ob sich die Vorschriften der Handwerksordnung erschwerend auf Niederlassung von EU-Handwerkern in Deutschland auswirken. Da Ausländer in der Regel keine Handwerksausbildung im Inland absolviert haben, die Eintragung in die Handwerksrolle aber gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO erreichen können, liegt keine versteckte Diskriminierung vor. Das Bundesverwaltungsgericht hat weiter ausgeführt, dass es nicht gegen Art. 39 EGV verstoße, sondern der Herstellung einer Inländergleichbehandlung diene, wenn einem Bewerber die Ausnahmebewilligung versagt wird, der zu einem Zeitpunkt, als er die Meisterprüfung im Inland hätte ablegen können, aber darauf verzichtet und stattdessen in einem anderen Mitgliedstaat eine Tätigkeit in seinem Beruf aufgenommen hat, um auf diesem Weg die Ausübung eines Handwerks auf einfachere Weise gestattet zu bekommen als ein im Inland verbliebener Berufsbewerber.

²⁸⁶ Meyer, in: GewArch 2001, S. 265 (268f.).

²⁸⁷ Siehe unten IV.E.3 Urteil des EuGH vom 3.10.2000, Seite 77.

²⁸⁸ BVerwG 1 B 123.95, Beschluss vom 25.03.1996.

²⁸⁹ BVerwG 1 C 22.88, Urteil vom 26.06.1990.

²⁹⁰ EuGH Rs. 221/85, Slg. 1977, S. 765.

Meines Erachtens ist diese Auffassung nicht haltbar, da eine Ausnahmegewilligung gem. § 9 HwO i.V.m. § 1 Abs. 1 EWG/EWR-HwV jedem zu erteilen ist, der die dort genannten Voraussetzungen erfüllt, also auch deutschen Staatsangehörigen, die aus anderen EU-Mitgliedstaaten zurückkehren. Es ist nicht danach zu differenzieren, ob der Rückkehrer in Umgehungsabsicht gehandelt hat. Anderenfalls würde gerade der Gedanke der Freizügigkeit pervertiert.

Entgegengetreten ist das Bundesverwaltungsgericht der Auffassung eines Klägers, wonach § 35 Abs. 1 GewO zu einer versteckten Inländerdiskriminierung führe, weil die übrigen Mitgliedstaaten keine vergleichbaren Vorschriften hätten. Diese Vorschrift erstrecke sich auf alle Gewerbetreibenden und wirke daher in keine Richtung diskriminierend. Zudem handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift zum Schutze der Allgemeinheit bzw. der im Betrieb Beschäftigten, die regelmäßig erforderlich und verhältnismäßig ist, um unzuverlässige Gewerbetreibende vom Wirtschaftsleben fernzuhalten.²⁹¹

Ist dies der Fall, kommt nur das nationale Recht als Prüfungsmaßstab in Betracht. Führt die mangelnde Übereinstimmung von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht dazu, dass Deutsche nach nationalem Recht weniger weitgehende Rechte zustehen als freizügigkeitsberechtigten Ausländern nach Gemeinschaftsrecht, so stellt die damit verbundene Inländerdiskriminierung eine solche des nationalen Rechts dar. Die Diskriminierung ist am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.²⁹²

Eine Ungleichbehandlung zwischen Deutschen und Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten könnte sich bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen zur Eintragung in die Handwerksrolle ergeben. Nach § 1 Abs. 1 EWG/EWR-HwV ist den Staatsangehörigen der übrigen Mitgliedstaaten stets eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, wenn diese über eine bestimmte Zeit und in gewisser Form eine qualifizierte Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt haben.

Das Bundesverwaltungsgericht hat darin bislang keine unzulässige Benachteiligung der inländischen Handwerker gesehen und dies im Wesentlichen damit begründet, dass die Schaffung einer europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auch den deutschen Handwerkern die Möglichkeit biete, über nationale Grenzen hinaus ein Handwerksgewerbe auszuüben. Weiterhin kenne das nationale Recht verschiedene Fälle eines Anspruchs auf Eintragung in die Handwerksrolle in Abweichung vom Grundsatz des § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO. Zudem sei auch nur in einem geringen Umfang mit der Niederlassung ausländischer Handwerker im Bundesgebiet zu rechnen. Zu einer späteren Zeit hat der zuständige Senat wiederholt auf diesen Beschluss verwiesen, und seine Erwägungen noch dahingehend ergänzt, dass sich auch deutsche Staatsangehörige auf § 1 EWG/EWR-HwV berufen können, wenn sie eine entsprechende Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat nachweisen können.²⁹³

²⁹¹ BVerwG, in: GewArch 1993, S. 323.

²⁹² BVerwGE 98, S. 298 (307).

²⁹³ BVerwG, in: GewArch 1998, S. 470; BVerwG, in: GewArch 1999, S. 108.

2. Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes

Die Diskussion über eine Gefahr der Inländerdiskriminierung ist durch die Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes vom 09.12.1999²⁹⁴ und das Urteil des EuGH vom 03.10.2000²⁹⁵ neu entflammt.

Nach der österreichischen Gewerbeordnung hängt die Ausübung bestimmter Gewerbe von einem Befähigungsnachweis ab. Es können jedoch näher geregelte Ausnahmen („Nachsicht“) erteilt werden. Eine diese Möglichkeiten, entspricht der deutschen Regelung des § 1 Abs. 1 EWG/EWR HwV. Danach ist bei Nachweis einer bestimmten Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat Nachsicht zu erteilen. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hatte über die österreichische „Verordnung über die Erteilung der Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum“ zu entscheiden. Mit dieser EWR-Nachsichts-Verordnung hat der österreichische Gesetzgeber die einschlägige gemeinschaftsrechtliche Richtlinie in österreichisches Recht umgesetzt. Der österreichische Verfassungsgerichtshof kam nun zu dem Ergebnis, dass die EWR-Nachsichtsverordnung aus Gründen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes nicht nur für EG-Handwerker zu gelten habe, die die nach der Verordnung erforderlichen fachlichen Kenntnisse in einem *anderen* Mitgliedstaat erworben haben, sondern auch für österreichische, die solche Tätigkeiten in Österreich verrichtet haben. Der österreichische VGH hat daher das Wort „anderen“ in den einschlägigen Bestimmungen als verfassungs- bzw. gesetzeswidrig aufgehoben.²⁹⁶ In der Verwendung des Wortes anderen liegt ein Verstoß gegen den nationalen Gleichheitssatz, der eine Ungleichbehandlung von österreichischen Staatsbürgern und EU-Ausländern nur zuließe, wenn ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist. Ein solcher Grund ist nach Auffassung des österr. VGH aber keinesfalls allein darin zu sehen, dass die Ungleichbehandlung auf der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben beruht. Ebenfalls nicht zu rechtfertigen sei die Differenzierung durch das Ziel der Erhaltung eines hohen Niveaus der gewerblichen Tätigkeit, das wiederum das Befähigungsnachweissystem als solches rechtfertigt. Denn diesem Ziel kommt eine fachliche Ausbildung im Inland nicht weniger, sondern eher mehr entgegen als eine Tätigkeit im Ausland. Diese Rechtsprechung des österr. Verfassungsgerichtshofes, wonach es gegen den Gleichheitssatz verstößt, österreichische Staatsbürger gegenüber Ausländern ohne sachlichen Grund zu benachteiligen, hat zur Folge, dass über die Brücke des nationalen Verfassungsrechts auch Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilen sind.²⁹⁷

Diese österreichische Nachsichtsverordnung korrespondiert weitgehend mit der deutschen EWG/EWR-Handwerkverordnung, die für EU-Handwerker aus anderen Mitgliedsstaaten einige Erleichterungen in Hinblick auf die Berufszulassung vorsehen. Zieht man das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes heran, müsste diese Erleichterung auch auf die Handwerker erstreckt werden, die ohne grenzüberschreitendes Element in Deutschland tätig

²⁹⁴ Österreich. VGH, in: GewArch 2000, S. 113 ff.

²⁹⁵ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 ff.

²⁹⁶ Österreich. VGH, in: GewArch 2000, S. 113.

²⁹⁷ Gerhardt, in: GewArch 2000, S. 372 (374).

sind. Ob sich dieses Urteil des österr. VGH tatsächlich auch auf deutsche Verhältnisse übertragen lässt, ist einem der folgenden Teile²⁹⁸ noch näher zu untersuchen.

3. Urteil des EuGH vom 3.10.2000

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 3. Oktober 2000²⁹⁹ betrifft Handwerker aus andern EG-Mitgliedstaaten, die in der Bundesrepublik Deutschland ohne inländische Niederlassung tätig sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen diese Handwerker aus Gründen der Dienstleistungsfreiheit nicht mit sämtlichen Pflichten belastet werden, die nach der deutschen Gesetzeslage vor oder bei Aufnahme des selbstständigen Betriebs eines Handwerks als stehendes Gewerbe zu erfüllen sind. Diese Pflichten sind insbesondere das Eintragungserfordernis, § 1 Abs. 1 S. 1 HwO, sowie die Anzeige-, Gebühren- und Beitragspflichten.³⁰⁰

Unbeantwortet lässt der EuGH die Frage, ob und wieweit die Regelungen über die Eintragung der selbstständigen Handwerker auf den betroffenen Personenkreis der EU-Handwerker anwendbar ist, also ob eine Registrierung dieser Personen bei den Kammern ohne Gesetzesänderung möglich ist. Schließlich wirft die durch das Urteil gebotene Freistellung der dienstleistenden EU-Handwerker von gewissen Pflichten des deutschen Gewerbe- und Handwerksrechts die Frage auf, ob dies zu einer ungerechtfertigten Inländerdiskriminierung führt.

Dieses Urteil veranlasst dazu, die Frage zu stellen, ob das höherrangige Recht verlangt, diese Erleichterungen auch den inländischen Handwerkern zuzubilligen sind, die nur in einem geringen Ausmaß selbstständig tätig werden wollen. Dies kommt häufig in Dienstleistungsfällen vor, wenn der inländische Handwerker zwar ohne grenzüberschreitendes Element, aber nur vorübergehend tätig werden will.³⁰¹ Das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes billigt auch den inländischen Handwerkern die Erleichterungen zu, die durch die nationale Umsetzung des Gemeinschaftsrechts den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zu gewähren sind.

a) Rechtssätze der Entscheidung

Dem EuGH wurde im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens folgende Fragestellung vorgelegt: „Ist es mit dem EG-Recht über den freien Dienstleistungsverkehr vereinbar, wenn ein niederländisches Unternehmen, das in den Niederlanden alle Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit erfüllt, weitergehende -wenn auch nur formale- Voraussetzungen erfüllen muss, um diese Tätigkeit in Deutschland auszuüben?“ Der EuGH ging davon aus, dass mit dieser Frage geklärt werden soll, „ob das Gemeinschaftsrecht zum freien Dienstleistungsverkehr der Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, die die Verrichtung handwerklicher Tätigkeiten davon abhängig macht, dass diese in die Handwerksrolle des erstgenannten Mitgliedsstaates eingetragen sind.“ (Rn. 21). Der EuGH hat die so aufgefasste Frage folgendermaßen beantwortet: „Artikel 59 EGV (jetzt 49 EGV) und der Artikel 4 der Richtlinie

²⁹⁸ Dazu unten IV.E.7.a)(2) Übertragbarkeit der österreichischen Lösung auf das deutsche Handwerk, Seite 100.

²⁹⁹ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 ff.

³⁰⁰ Meyer, in: GewArch 2001, S. 265 (268 f.).

³⁰¹ Diefenbach, in: GewArch 2001, S. 353.

64/427/EWG des Rates vom 7. Juli 1964 über die Einzelheiten der Übergangsmaßnahmen auf dem Gebiet der selbstständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23-40 (Industrie und Handwerk) stehen einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegen, die die Verrichtung handwerklicher Tätigkeit in dessen Hoheitsgebiet durch in andern Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistende von einem Verfahren zur Erteilung der Erlaubnis abhängig macht, das geeignet ist, die Ausübung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr zu verzögern oder zu erschweren, nachdem die Voraussetzungen für die Aufnahme der entsprechenden Tätigkeit bereits geprüft worden ist und festgestellt worden ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Außerdem dürfte das etwaige Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle des Aufnahmelandes - gesetzt den Fall, es ist gerechtfertigt - weder zusätzliche Verwaltungskosten noch die obligatorische Zahlung von Beiträgen an die Handwerkskammer nach sich ziehen.³⁰²

b) Entscheidungsgründe

Der EuGH hat seiner Entscheidung die Überlegung zugrunde gelegt, dass es für eine vollständige Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs unerlässlich ist, die Bedingungen für die Aufnahme der betreffenden Tätigkeiten in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu harmonisieren. Da es an einer vollständigen Liberalisierung durch Harmonisierung jedoch noch mangelt, sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich weiterhin befugt, die Bedingungen für ihr jeweiliges Staatsgebiet festzulegen. Bei der Ausübung ihrer Befugnisse müssen die Mitgliedstaaten jedoch die Art. 43 und 49 EGV garantierten Freiheiten sowie die Richtlinie 64/427 EWG³⁰³ beachten, die Übergangsmaßnahmen vorsieht und in ihrer praktischen Wirksamkeit nicht gefährdet werden darf. Dies gilt sowohl für materielle Voraussetzungen der Aufnahme der jeweiligen Tätigkeit als auch für die verfahrensmäßigen Anforderungen.³⁰⁴

Hinsichtlich des anzuwendenden Prüfungsmaßstabes verfolgt der EuGH seine ständige Rechtsprechung, wonach Art. 49 EGV nicht nur die Beseitigung jeglicher Diskriminierung verlangt, sondern auch die Aufhebung jeglicher Beschränkungen verlangt, einschließlich der unterschiedslos für in- und ausländische Dienstleistende geltenden, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen und die entsprechenden Dienstleistungen dort rechtmäßig erbringenden Dienstleistenden zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.³⁰⁵ Die Verpflichtung der Dienstleistenden aus anderen Mitgliedstaaten, sich vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit in die Handwerksrolle eintragen zu lassen, stellt eine derartige Beschränkung dar.³⁰⁶

³⁰² EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (479) Rn. 49.

³⁰³ I.d.F. der RiL 69/77/EWG des Rates vom 4.3.1969, aufgehoben und ersetzt durch die nach ihrem Art. 14. Abs. 1 bis zum 31.7.2001 umzusetzenden RiL 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise (ABl. EG L 201 vom 31.7.1999, S. 77). Die RiL 64/427 wurde durch die EWG/EWR-HwV in nationales Recht umgesetzt.

³⁰⁴ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 30-32.

³⁰⁵ Vgl. EuGH Rs. C-76/90, in: Slg. 1991, S. I-4239 (I-4243) Rn. 12; EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476; EuGH Rs. C-264/99, in: NVwZ 2000, S. 1032.

³⁰⁶ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476.

(I) *Rechtfertigung von Beschränkungen*

Die Rechtsprechung des EuGH führt allerdings trotz der fehlenden Harmonisierung der Zulassungsbedingungen nicht zum Wegfall sämtlicher, eben beschriebener, Beschränkungen für den Dienstleistungsverkehr. Auch beschränkende Regelungen können gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeinwohl beruhen, für alle im Aufnahmeland tätigen Personen oder Unternehmen gelten und dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist. Weiterhin muss bei der Anwendung der nationalen Beschränkungsregelungen der gemeinschaftsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden, wonach die Beschränkung geeignet sein muss, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinaus gehen darf, was zu Erreichung des Zieles erforderlich ist.³⁰⁷ Im Hinblick auf den Vorlagefall konkretisiert der EuGH diese Grundsätze in zwei wesentliche Aussagen:

Das Ziel, die Qualität handwerklicher Arbeiten zu sichern und deren Abnehmer vor Schaden zu bewahren, stellt nach der Auffassung des EuGH einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann.³⁰⁸ Andererseits gehen nationale Regelungen, wie die im Vorlagefall maßgeblichen über das zur Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeiten erforderliche Maß hinaus.³⁰⁹

Der EuGH hält es für unverhältnismäßig, weil zur Qualitätssicherung nicht erforderlich, dass ein Handwerker, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist und für seine handwerkliche Dienstleistung in Deutschland eine Ausnahmegewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle benötigt, neben dem Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung auch noch seine Eintragung in die Handwerksrolle herbeiführen muss. Die Unverhältnismäßigkeit wird damit begründet, dass die bei der Erteilung der Ausnahmegewilligung zum Zwecke der Qualitätssicherung vorzunehmende Prüfung der Bescheinigung des Herkunftslandes über eine Berufstätigkeit und ihre Dauer nach Maßgabe der §§ 1, 2 EWG/EWR HwV wegen der grundsätzlichen Bindung³¹⁰ an diese Bescheinigungen im Wesentlichen nur formellen Charakter hat und eine weitere (materielle) Prüfung durch die Handwerkskammer für die Eintragung in die Handwerksrolle nicht stattfindet.³¹¹ Beruht das Erfordernis zur Eintragung in die Handwerksrolle auf Gründen, die rein administrativer Natur sind, vermögen diese eine Einschränkung der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrecht nicht zu rechtfertigen.³¹² Schließlich darf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht von allen Voraussetzungen abhängig gemacht

³⁰⁷ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 35 und Rn. 39, mit Verweis auf das Urteil EuGH Rs. C-76/90, Slg. 1991, S. I-4239 Rn. 12.

³⁰⁸ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 38.

³⁰⁹ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 40.

³¹⁰ Vgl. dazu EuGH Verbund. Rs. C-193/97 und C-194/97, in: Slg. 1998, S. I-6767; GewArch 1999, S. 107 Rn. 29, mit dem Hinweis darauf, dass sich der Aufnahmestaat wegen zusätzlicher Auskünfte an den Herkunftsstaat wenden kann, wenn objektive Umstände ihm Grund zur Annahme geben, dass die Bescheinigung offensichtliche Unrichtigkeiten enthält.

³¹¹ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 41.

³¹² EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 42.

werden, die für die Niederlassungsfreiheit gelten, und der Dienstleistungsfreiheit damit jede praktische Wirksamkeit entzogen werden.³¹³ Das deutsche Recht macht keinen Unterschied zwischen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit und setzt für beide Fallgruppen die Eintragung in die Handwerksrolle voraus.³¹⁴ Diese Eintragung in die Handwerksrolle zieht die Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer einschließlich der Beitragspflicht nach sich, was bei einer dauerhaften Niederlassung auch gerechtfertigt sein könnte. Dies kann aber nicht notwendig gelten, wenn ein Handwerker nur gelegentlich oder sogar nur ein einziges Mal im Aufnahmeland Dienstleistungen erbringen will. Denn solche Handwerker könnten von ihrem Vorhaben abgehalten werden, wenn das Erlaubnisverfahren wegen der erforderlichen Eintragung in die Handwerksrolle zeit- und kostenaufwendig ist und dadurch zumindest bei kleineren Vorhaben die Gewinnaussichten weniger attraktiv werden, so dass für sie die Dienstleistungsfreiheit ihren praktischen Wert verliert.³¹⁵

(2) *Schlussfolgerung des EuGH*

Das Erlaubnisverfahren im Aufnahmeland darf nicht so ausgestaltet, dass die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit verzögert oder sonst erschwert wird, wenn die Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeit bereits geprüft und ihr Vorliegen bejaht wurden.³¹⁶ Ein etwaiges Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle, sollte es gerechtfertigt sein, darf weder zu zusätzlichen Verwaltungskosten noch zu obligatorischen Handwerkskammerbeiträgen führen.³¹⁷

c) **Auswirkungen des EuGH-Urteils auf die deutsche Gesetzeslage**

Das EuGH-Urteil vom 3. Oktober 2000 tangiert nur einen Ausschnitt des deutschen Gewerberechts einschließlich des in innerstaatliches Recht umgesetzten Gemeinschaftsrechts. Die Vorschriften des deutschen Handwerksrechts über die Zulassung zum Gewerbe bleiben in weiten Teilen unberührt, obwohl deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht keineswegs feststeht. Jedenfalls für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten hat sich das innerstaatliche Handwerksrecht nach dem Urteil des EuGH als teilweise unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erwiesen. Die Konsequenz der Unvereinbarkeit des innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht ist jedoch nicht die Nichtigkeit und das Außerkrafttreten des nationalen Rechts. Vielmehr greift der Geltungsvorrang des

³¹³ EuGH Rs. C-43/93, in: Slg. 1994, S. I-3818 (I-3824) Rn. 17. Der Argumentation des EuGH liegt wohl die Tatsache zugrunde, dass in Niederlassungsfällen oftmals strengere Voraussetzungen gerechtfertigt sind als in Dienstleistungsfällen. Die Anforderungen für Niederlassungen sind also nicht auf die Dienstleistungsfreiheit übertragbar, da ansonsten der Dienstleistungsfreiheit ihre praktische Wirksamkeit genommen werden könnte. Macht jedoch das nationale Recht die Ausübung der Niederlassungsfreiheit von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig, als für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigter Weise gefordert werden kann, ist gegen übereinstimmende Maßstäbe nicht einzuwenden.

³¹⁴ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (479) Rn. 43 und Rn. 44.

³¹⁵ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (479) Rn. 54 und Rn. 46.

³¹⁶ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (479) Rn. 47.

³¹⁷ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (479) Rn. 48.

Gemeinschaftsrechts, wonach im Geltungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit³¹⁸ diskriminierende sowie ungerechtfertigt beschränkende Regelungen der Mitgliedstaaten gegenüber den Anspruchsberechtigten unanwendbar sind, einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung somit nicht zugrunde gelegt werden dürfen³¹⁹, und eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts an das Gemeinschaftsrecht, weil nicht nur der Erlass, sondern auch die Aufrechterhaltung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Rechtsvorschriften den EG-Vertrag verletzt.³²⁰

Für die Annahme einer Vertragsverletzung genügt es, dass die nationale Rechtsordnung objektiv gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Unerheblich ist dagegen, aus welchen Gründen es zu dem Vertragsverstoß gekommen ist bzw. er nicht beseitigt worden ist. Insbesondere ist die Anpassung des nationalen Rechts nicht wegen des Anwendungsvorrangs entbehrlich. Denn die Beachtung des Anwendungsvorrangs in der Praxis der Mitgliedstaaten stellt keine wirksame Erfüllung der Vertragsverpflichtungen dar und beseitigt daher die Gemeinschaftsrechtsverletzung nicht. Erforderlich sind vielmehr verbindliche nationale Rechtsvorschriften gleichen Ranges, durch die das nationale Recht derart geändert wird, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht.³²¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH resultiert die Anpassungspflicht als materielle Folge aus einer objektiven Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht. Somit besteht die Verpflichtung eines Mitgliedsstaates zur Rechtsanpassung nicht erst nach einer verbindlichen Feststellung eines Verstoßes. Insofern ist es auch unerheblich, dass das Urteil des EuGH vom 3. Oktober 2000 in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangen ist. Eine Bindungswirkung entfaltet sich nur für das Ausgangsverfahren hinsichtlich der vom EuGH vorgenommenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Eine mögliche Vertragsverletzung wird gegenüber der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedsstaat nicht festgestellt.³²²

Des weiteren ist es unerheblich, dass der EuGH in den in der Entscheidungsformel aufgestellten Rechtssätzen, entsprechend der Aufgabe des Entscheidungsverfahrens, keine konkreten nationalen Vorschriften benennt, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen, und er als das

³¹⁸ Vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit z.B. EuGH Rs. 33/74, Slg. 1974, S. 1299 (1311f.) Rn. 27.

³¹⁹ BVerwGE 87, S. 154 (158ff.); BVerwGE 110, S. 140 (150); *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 50 EGV Rn. 34.

³²⁰ Die Rechtsprechung des EuGH erzwingt schließlich eine Angleichung der innerstaatlichen Rechtsordnungen. Durch die Schaffung eines „Mindeststandards der Dienstleistungsfreiheit“ umgeht er fehlende gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen zur Rechtsangleichung und greift mittelbar in die Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten ein, *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 50 EGV Rn. 35.

³²¹ EuGH Rs. C-197/96, Slg. 1997, S. I-1496 (1501) Rn. 16.

³²² Das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV wird mit der Übermittlung des Vorlagebeschlusses eines mitgliedstaatlichen Gerichts eingeleitet. Die nationalen Gerichte können den EuGH mit Fragen über die Auslegung und die Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts befassen. Dabei handelt es sich nicht um eine Klage, sondern um ein Antragsverfahren. Sinn des Vorabentscheidungsverfahrens ist die Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung und Geltung des Gemeinschaftsrechts, indem die Befugnis zur letztverbindlichen Auslegung und Ungültigerklärung von Gemeinschaftsrecht allein der europäischen Gerichtsbarkeit zugewiesen wird, *Erichsen/Weiß*, in: Jura 1990, S. 586 (589).

einer (etwaigen) nationalen Regelung eines Mitgliedstaates entgegenstehende Gemeinschaftsrecht außer Art.4 der Richtlinie 64/427 EWG nur Art. 59 EGV (jetzt 49 EGV) anführt und damit verhältnismäßig allgemein auf eine gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheit Bezug nimmt. Denn nicht die Bindungswirkung des Urteils steht in Frage, sondern die eine Anpassung bedingende materielle Rechtslage, soweit diese durch das EuGH-Urteil geklärt worden ist. Die Möglichkeit, das nationale Recht gemeinschaftskonform auszulegen, sofern es einer solchen Auslegung überhaupt auch zugänglich ist, lässt eine generelle Anpassungspflicht nicht entfallen. Selbst wenn man von einem solchen Auslegungsgrundsatz ausginge³²³, muss eine Anpassung der Handwerksordnung stattfinden. Die Handwerksordnung ist dahin zu verstehen, dass die in ihr geregelten Voraussetzungen für die Gewerbeausübung auch für handwerkliche Dienstleistungen über die Grenze durch Angehörige der EG-Mitgliedstaaten gelten, namentlich das Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle. Vor allem im Hinblick auf § 6 Abs. 2 HwO lässt der Gesetzeswortlaut keinen Raum für eine die Dienstleistenden ausnehmende Interpretation. Eine Anpassung dieser Vorschrift ist insbesondere aus Gründen der Normenklarheit zu fordern. Rechtssicherheit wird geschaffen, indem die Begünstigten die Lage versetzt werden, von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen. Die Normadressaten sollen nicht länger im Ungewissen über ihre rechtliche Situation sein und unter Umständen mit ungerechtfertigten Sanktionen rechnen müssen. Daneben ist die Anpassung aber auch unabdingbar, wenn das nationale Recht, so wie es bisher verstanden und gehandhabt worden ist, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist.

(1) *Niederlassungsfälle*

Bei den Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 3. Oktober 2000 auf das deutsche Handwerksrecht und die in Deutschland tätigen Handwerker aus anderen EG-Mitgliedsstaaten ist zunächst zwischen den Niederlassungs- und den Dienstleistungsfällen zu unterscheiden. Für die Niederlassungsfälle ist das EuGH-Urteil nicht einschlägig.³²⁴ Die Entscheidungssätze des EuGH erlauben nicht die Schlussfolgerung, dass eine Eintragung in die Handwerksrolle als Voraussetzung für die Ausübung eines Handwerks nicht zulässig wäre. Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, dass es im Ausgangsverfahren nicht um den Fall einer Niederlassung geht, und lässt es daher offen, ob das Erfordernis einer Eintragung in die Handwerksrolle mit der kraft Gesetzes eintretenden Folge der Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer und der entsprechenden Beitragspflicht gerechtfertigt sein könnte.³²⁵

(2) *Dienstleistungsfälle*

³²³ Zum Meinungsstand vgl. *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 393 ff.

³²⁴ Der EuGH fasst den Begriff der Niederlassung sehr weit im Sinne einer „in stabiler und kontinuierlicher Weise“ erfolgenden Teilnahme als Selbstständiger am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates als des Herkunftsstaates. Daher ist das EuGH-Urteil für einen erheblichen Teil der aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten unter bestimmten Voraussetzungen zur Gewerbeausübung in Deutschland berechtigten Handwerker nicht einschlägig.

³²⁵ EuGH Rs. C-58/98 in: *GewArch* 2000, S. 476 (478) Rn. 45.

Innerhalb der Dienstleistungsfälle ist zwischen mehreren Fallgruppen zu differenzieren, auf die das EuGH-Urteil unterschiedliche Auswirkungen hat.

(a) Aufnahme der Tätigkeit

Nationale Regelungen, die die Ausübung der Tätigkeit von einer Erlaubniserteilung anhängig machen, bleiben von dem Urteil grundsätzlich unberührt. Es bleibt den Mitgliedstaaten unbenommen, die Aufnahme der Tätigkeit an eine Prüfung und Feststellung zu knüpfen, dass der Handwerker über die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt und diese in einer vom nationalen Recht oder vom Gemeinschaftsrecht zugelassenen Weise nachweist.³²⁶ Der EuGH wendet sich auch nicht grundsätzlich dagegen, dass die Erlaubnis im Wege einer Eintragung in die Handwerksrolle erteilt wird. Er wendet sich allerdings gegen überhöhte Verfahrensanforderungen des nationalen Rechts. Das Erlaubnisverfahren darf also nicht derart ausgestaltet werden, dass es eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedeutet. Eine solche unverhältnismäßige Beschränkung wird darin gesehen, wenn neben der Ausnahmegewilligung noch die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt wird, obwohl ein Unternehmen nur einmal oder punktuell Dienstleistungen im Aufnahmeland erbringen will. Schließlich erteilt die Ausnahmegewilligung allein noch nicht Erlaubnis zur Aufnahme der Tätigkeit, sondern ermöglicht nur die Eintragung in die Handwerksrolle, worin die Erlaubniserteilung liegt. Dieses Verfahrenserfordernis verstößt somit gegen Gemeinschaftsrecht, wenn es unterschiedslos auf alle Dienstleistenden Anwendung finden würde.³²⁷

Der EuGH schließt mit seinem Urteil nicht aus, dass der Aufnahme einer Gewerbetätigkeit ein behördliches Verfahren vorgeschaltet werden kann, mit dem Zweck die rechtlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Tätigkeit zu überprüfen. Die Erlaubnisbedürftigkeit muss sich aber aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen, nämlich der Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeiten sowie dem Schutz der Kunden vor Gefahren und Schäden dienen und auch in verfahrensmäßiger Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen.

Die Handwerksordnung bezweckt die Wahrung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit der Handwerksberufe und zielt auch auf die Sicherung der Qualität ihrer Arbeit, um insbesondere Gefahren und Schäden für die Kunden und die Arbeitnehmer vorzubeugen.³²⁸ Ebenso soll das Eindringen unqualifizierter Kräfte in die Handwerksberufe vermieden werden, weil sie der Kundschaft und dem Handwerksstand selbst gleichermaßen schwere Schäden zufügen können.³²⁹ Außerdem würden mit dem Befähigungsnachweis keine außergewöhnlichen Leistungen verlangt, sondern nur der Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten, die für eine ordnungsgemäße Berufsausübung selbstverständlich seien.³³⁰

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Zulassungsregeln primär das Handwerk als Ganzes wegen seiner gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Bedeutung schützen und fördern

³²⁶ Vgl. insbesondere Art. 4 Abs. 3 RiL 64/427/EWG, Art. 8 RiL 1999/42/EG.

³²⁷ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (479) Rn. 47.

³²⁸ BVerfGE 13, S. 97 (108 ff.).

³²⁹ BVerfGE 13, S. 97 (114).

³³⁰ BVerfGE 13, S. 97 (115, 119).

wollen, lässt es sich auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht verleugnen, dass die Handwerksordnung nicht auch den Zweck verfolgt, Gefahren und Schäden durch nicht fachgerechte Handwerksleistung zu vermeiden.³³¹ Es ist daher zu kurz gegriffen, die Handwerksordnung auf rein wirtschaftliche Ziele zu reduzieren, mit der Folge, dass das Erfordernis der Handwerksrolleneintragung und der Ausnahmegewilligung kein hinreichendes Allgemeininteresse verfolgt, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt.³³² Für die gemeinschaftsrechtliche Betrachtung ist es unerheblich, dass der Gesetzgeber mit den Zulassungsregelungen gesellschaftliche Ziele verfolgt, da auch gemeinschaftsrechtlich zulässige Zwecke vorliegen und die Regelungen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar sind.

(b) Tätigkeiten ohne Handwerksrolleneintragung

Ohne Auswirkungen bleibt das EuGH-Urteil bei Dienstleistungen, für die nach nationalem Recht keine Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn ein handwerklicher Nebenbetrieb unerheblichen Umfangs betrieben wird, Hilfsbetriebe i.S.d. § 3 HwO, oder ein Minderhandwerk. Außerdem kann eine Eintragung in die Handwerksrolle auch unterbleiben, wenn das Handwerk nicht als stehendes Gewerbe betrieben wird oder die Merkmale eines Gewerbes wegen Nichtüberschreitens der Unerheblichkeitsschwelle nicht erfüllt sind.

Wird eine handwerkliche Tätigkeit nicht in Form eines stehenden Gewerbes ausgeübt, ist die Eintragung in die Handwerksrolle nicht vorausgesetzt. Der Begriff des stehenden Gewerbes ist in der Handwerksordnung im Sinne des § 14 GewO ausgestaltet. Somit fällt grundsätzlich jedes Gewerbe darunter, das nicht zum Reisegewerbe oder Marktverkehr zählt.³³³ Die Eintragung in die Handwerksrolle ist damit für Handwerker entbehrlich, die ihre Tätigkeit als Reisegewerbe ausüben.³³⁴ Reisegewerbetreibende unterscheiden sich insoweit von Handwerkern des stehenden Gewerbes, dass bei ihnen die Initiative zur Erbringung von Leistungen selbst ausgeht.

Umstritten ist, ob auch der handwerkliche Dienstleistungsverkehr dem stehenden Gewerbe und damit dem Regime der Handwerksordnung zuzurechnen ist. *Leiser* ist der Auffassung, dass, wenn die Niederlassungsfreiheit durch das deutsche Handwerksrecht nicht verletzt wird, es jedem EU-Bürger frei stünde, in Deutschland handwerklich tätig zu werden, gleichermaßen wie jedem Deutschen. Beide Gruppen könnten dann ihre Dienste innerhalb und außerhalb Deutschlands anbieten. Das deutsche Handwerksrecht finde keine Anwendung auf Handwerksleistungen außerhalb von Deutschland und könne also auch den Dienstleistungsverkehr nicht beeinträchtigen. Handwerkliche Leistungen in Rahmen des Dienstleistungsverkehrs zählten nicht zum stehenden Gewerbe, da sie nur gelegentlich grenzüberschreitend erfolgen

³³¹ Heck, in GewArch 1995, S. 217 (219).

³³² Früh, in GewArch 1998, S. 402 (404 f.); GewArch 2001, S. 58 f.

³³³ Zum Begriff des stehenden Gewerbes *Marcks*, in: Landmann/Rohmer Kommentar zur Gewerbeordnung, § 14 Rn. 38.

³³⁴ Im Zusammenhang mit handwerklicher Tätigkeit ist der Marktverkehr nicht von Bedeutung.

und der Leistungserbringer nicht in die Wirtschaft Deutschland integriert ist.³³⁵ Nach dieser Ansicht werfen Dienstleistungsfälle generell keine Fragen des handwerklichen Zulassungsrechts auf.

Nachdem sich der Begriff des stehenden Gewerbes aber aus seiner Entgegensetzung zum Reisgewerbe versteht, setzt er keine (inländische) gewerbliche Niederlassung voraus. Daher erfordern neben den Niederlassungsfällen auch die Dienstleistungsfälle eine Handwerksrolle eintragung. Für die gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfälle ist die Eintragung nicht schon wegen des Fehlens eines stehenden Gewerbes im Inland entbehrlich. Auch wenn der Gewerbetreibende wie in Dienstleistungsfällen seine gewerbliche Niederlassung oder seinen gewerblichen Mittelpunkt im Ausland hat, folgt daraus nicht, dass die inländische Tätigkeit mangels inländischer Niederlassung bzw. inländischen Mittelpunkts dem Reisgewerbe und nicht dem stehenden Gewerbe zuzuordnen ist.

Das Eintragungserfordernis entfällt jedoch in jedem Fall, wenn der Status eines Gewerbes nicht erreicht wird. Ein Gewerbe liegt nur vor, wenn das Gewinnstreben eine gewisse Intensität aufweist, es sich um eine nachhaltige, eine Unerheblichkeitsschwelle überschreitende Tätigkeit handelt, die nach ihrem Gesamtbild den allgemeinen Vorstellungen von einem Gewerbe im Wesentlichen entspricht.³³⁶ Bei der Abwägung, ob der Gewerbebegriff erfüllt ist, sind nur inländische Tätigkeiten relevant, die der Handwerker aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit in Deutschland erbringt. Sämtliche Tätigkeiten, die im Ausland verrichtet werden, bleiben unbeachtet.³³⁷ Schon aus diesem Grund könnte für ausländische Dienstleister die Zulassung durch Eintragung in die Handwerksrolle entbehrlich sein, wenn ihre Tätigkeit nicht von einer Wiederholungsabsicht getragen, gelegentlich auf vorübergehende Zeit ausgerichtet ist. Dienstleistungen im Sinne des Gemeinschaftsrechts sind zwar von dem Merkmal der Gelegentlichkeit geprägt, allein der vorübergehende Charakter lässt den Gewerbebegriff aber noch nicht entfallen, nämlich dann, wenn Wiederholungsabsicht besteht, also die Leistung bei einem passenden Auftrag erneut erbracht werden soll. Andererseits sind nur kurzfristige Tätigkeiten als vorübergehend und nicht auf gewisse Dauer berechnet anzusehen³³⁸, auch wenn die Abgrenzung eher großzügig als kleinlich ausfallen sollte. Dies ist erforderlich, um klare und praktikable Abgrenzungsmöglichkeiten zu schaffen; außerdem besteht ein öffentliches Interesse, intensive Tätigkeiten in den gewerblichen Ordnungsrahmen einzubeziehen. Ausgenommen vom Eintragungserfordernis sind also einmalige als auch bloß gelegentliche Verrichtungen kurzfristiger Art.

(c) Eintragung in die Handwerksrolle ohne Ausnahmegewilligung

Auf die Gruppe derjenigen EG-Handwerker, die nach nationalem Recht keine Ausnahmegewilligung für die Eintragung in die Handwerksrolle benötigen, hat das Urteil des EuGH un-

³³⁵ *Leiser*, in: *GewArch* 1998, S. 445 (449).

³³⁶ *BVwerG*, in: *GewArch* 1979, S. 96f.; *VG Lüneburg*, in: *GewArch* 1998, S. 28.

³³⁷ *Marcks*, in: *Landmann/Rohmer*, *Gewerbeordnung* §14 Rn. 35; *Honig*, *Handwerksordnung* § 6 Rn. 15.

³³⁸ *Marcks*, in: *Landmann/Rohmer*, *Gewerbeordnung*, § 14 Rn. 35, *Schwappach/Schmitz*, in: *WiVerw* 1996, S. 1 (4).

mittelbar nur geringe Auswirkungen. Die Erwägungen des EuGH führen aber zu weiteren Konsequenzen.

Zu dieser Gruppe gehören Handwerker, die in dem zu betreibenden oder einem verwandten Handwerk die deutsche Meisterprüfung bestanden haben, § 7 Abs. 1 Satz 1 HwO, oder die Voraussetzung des § 7 Abs. 2 und 2a HwO erfüllen. Ebenso wie Handwerker, die ein ausländisches Prüfungszeugnis besitzen, das dem Zeugnis über das Bestehen der deutschen Meisterprüfung gem. § 50 a HwO gleichgestellt worden ist³³⁹, sind sie ohne ein vorhergehendes Prüfungsverfahren einer anderen Behörde in die Handwerksrolle einzutragen. In den Fällen des § 7 Abs. 2 und 2 a HwO und des § 50 a HwO handelt es nur um ein einziges Prüfungsverfahren zur Feststellung der Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeit. Diese Handwerkergruppe ist also keinen zusätzlichen Verfahrenserfordernissen ausgesetzt, die zu einer Verzögerung oder Erschwerung der Dienstleistung führen können. Die verschiedenen nationalen Registrierungspflichten für Dienstleistende hat der EuGH bislang nicht für gemeinschaftswidrig erklärt.³⁴⁰

(d) Kosten der Handwerksrolleneintragung; Ausstellung der Handwerkskarte

Indes strahlt der zweite Entscheidungssatz des Urteils auch auf diese Gruppe von Dienstleistenden aus. Das gerechtfertigte Erfordernis der Handwerksrolleneintragung darf nämlich weder zusätzlich Verwaltungskosten noch die obligatorische Zahlung von Beiträgen an die Handwerkskammer nach sich ziehen. Hinsichtlich dieser zusätzlichen Kosten hatte der EuGH vor allem diejenigen Handwerker im Blickpunkt, die sich einem zweiten Prüfungsverfahren unterziehen müssen. Für die EG-Handwerker, die ihre Gewerbeerlaubnis ohne Ausnahmebewilligungsverfahren direkt durch die Handwerksrolleneintragung erhalten, können neben der Gebühr für die Eintragung in die Handwerksrolle nur noch zusätzliche Gebühren für die erforderliche Ausstellung der Handwerkskarte i.S.v. § 10 Abs. 2 HwO anfallen. Die maßgeblichen Erwägungen des EuGH zu diesem Rechtssatz sind aber auch für diese Handwerkergruppe einschlägig: Das Erlaubnisverfahren darf nicht so zeitaufwendig und auch nicht derart kostenaufwendig sein, dass der Handwerker davon absieht, von seiner Dienstleistungsfreiheit Gebrauch zu machen. Eine solche Eignung lässt sich bei der Gebühr für Ausstellung der Handwerkskarte nicht verleugnen. Auch ist sie nicht aus Gründen des Allgemeininteresses zu rechtfertigen, da die Rechtmäßigkeit der Dienstleistung nicht vom Besitz der Karte abhängig ist sondern nur von der Eintragung in die Handwerksrolle. Die Handwerkskarte ist allenfalls geeignet, behördliche Kontrollen zu erleichtern.³⁴¹ Eine Lösung des Problems der zusätzlichen Kosten könnte darin gesehen werden, dass die Gebühr für die Eintragung in die Hand-

³³⁹ Verordnung zur Gleichstellung österreichischer Meisterprüfungszeugnisse vom 31.7.1997 (BGBl. I S. 142) und Verordnung zur Gleichstellung französischer Meisterprüfungszeugnisse vom 22.12.1997 (BGBl. I S. 3324).

³⁴⁰ EuGH Rs. C-358/98, in: NVwZ 2000, S. 664f; EuGH Rs. C-264/99, in: NVwZ 2000, S. 1032ff.

³⁴¹ Mit der Handwerkskarte i.S.v. § 10 HwO kann der Handwerker zwar seine Berechtigung nachweisen, dass er handwerkliche Arbeiten ausführen darf, er ist jedoch nicht verpflichtet sie bei Arbeiten im Aufnahmestaat mit sich zu führen.

werksrolle mit der Gebühr für die Ausstellung der Handwerkskarte zusammengefasst würde.³⁴²

(e) **Zwangsmitgliedschaft in der Handwerkskammer**

Weiterhin werden die selbstständigen Handwerker mit ihrer Eintragung in die Handwerksrolle Zwangsmitglieder in der Handwerkskammer, § 90 Abs. 2, § 6 Abs. 2 HwO, woraus sich eine Beitragspflicht gegenüber der Kammer ergibt, § 113 Abs. 1 HwO. Nach dem Urteil des EuGH muss aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts in den Dienstleistungsfällen die Beitragspflicht entfallen. Dieser generelle Rechtssatz muss auch für die EU-Handwerker geltend, die keiner Ausnahmegewilligung für die Eintragung bedürfen.

Dennoch hat sich der EuGH mit der Frage der Zulässigkeit der Zwangsmitgliedschaft für Dienstleistende nicht ausdrücklich befasst. Fraglich ist daher, ob sie im Ergebnis Bestand haben kann. Dem Wortlaut des § 90 Abs. 2 HwO, wonach die Zwangsmitgliedschaft für die selbstständigen Handwerker eines Kammerbezirks besteht, könnte entnommen werden, dass dies nur für die Handwerker gilt, die im Kammerbezirk über eine Betriebsstätte verfügen und nicht auch die in anderen EU-Mitgliedsstaaten ansässigen trifft. Hierfür könnte sprechen, dass ein Handwerker, der Arbeiten außerhalb des Bezirks seines Betriebssitzes verrichtet, nur dann Mitglied der zuständigen Handwerkskammer wird, wenn er in dem anderen Kammerbezirk eine Zweigniederlassung eröffnet.³⁴³ Sollten die EU-Handwerker daher nicht als Handwerker des Kammerbezirkes gelten, dürften sie nicht von der Zwangsmitgliedschaft betroffen sein. Mit der Bezugnahme auf die in § 1 Abs. 1 HwO niedergelegte Legaldefinition des selbstständigen Handwerkers verdeutlicht § 90 Abs. 2 HwO aber, dass die in die Handwerksrolle eingetragenen Handwerker Kammermitglieder sind. Die Kammermitgliedschaft gründet also in der Eintragung.³⁴⁴

(i) **Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Zwangsmitgliedschaft**

Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt die Zwangsmitgliedschaft eine Freiheitsbeschränkung dar.³⁴⁵ Sie lässt sich nicht als bloße Erweiterung des Rechtskreises insbesondere durch die Einräumung von demokratischen Mitgliedsrechten begreifen, und zwar unabhängig davon, ob und wie weit die Mitgliedschaft in Einzelnen mit Pflichten verbunden ist.³⁴⁶ Deshalb kann die Zwangsmitgliedschaft auch dazu geeignet sein, die Tätigkeit des Dienstleistenden zu unterbinden, zu behindern oder zumindest weniger attraktiv zu machen. Freilich hängt dies von den mit der Kammermitgliedschaft verbundenen Pflichten ab. Auch bei Wegfall der Beitragspflicht für die Dienstleistenden in Sinne des Gemeinschaftsrechts bleiben weitere Pflichten bestehen. Es bestehen nach § 111 Abs. 1 HwO Auskunftspflichten gegenüber der Kammer sowie die Pflicht zur Übernahme bestimmter Ehrenämter.³⁴⁷

³⁴² Für zulässig erachtet wird dies von *Musielak/Detterbeck*, Das Recht des Handwerks, § 10 Rn. 3.

³⁴³ BVerwGE 95, S. 363 (365f.).

³⁴⁴ *Musielak/Detterbeck*, Das Recht des Handwerks, § 90 Rn. 7 und Rn. 8.

³⁴⁵ BVerwG, in: DVBl. 2001, S. 139ff.; BVerwGE 107, S. 169 (172f.).

³⁴⁶ *Gornig*, in: WiVerw 1998, S. 157 (169f.).

³⁴⁷ Vgl. § 2 Abs. 1, 10; § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 der Anlage C zur HwO.

(ii) Gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung der Zwangsmitgliedschaft

Die Zwangsmitgliedschaft kann folglich gemeinschaftsrechtlich nur zulässig sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Gemessen am nationalen Verfassungsrecht wird dies bejaht.³⁴⁸ Ob diese Rechtfertigung auch gegenüber den Dienstleistenden aus den EU-Mitgliedstaaten gilt, bleibt zu hinterfragen. Der sehr weitgesteckte Aufgabenkatalog der Handwerkskammern, § 91 HwO, und der Gedanke der Demokratisierung, der dem Selbstverwaltungsprinzip zugrunde liegt, gebieten grundsätzlich die Erfassung aller Angehörigen des in der Kammer organisierten Berufsstandes. Die Regelung der Zwangsmitgliedschaft unterscheidet daher nicht zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfällen.³⁴⁹ Dienstleistende werden sogar dann erfasst, wenn sie nur ganz gelegentlich³⁵⁰ oder auch nur ein einziges Mal Dienstleistungen im Inland erbringen, obwohl sie durch ihre lediglich punktuelle Tätigkeit in einer zu vernachlässigenden Weise am inländischen Wirtschaftsleben teilnehmen. Hingegen ist der Zuschnitt der Kammermitgliedschaft aufgrund des Teilhaberechts auf eine dauerhafte, regelmäßige Tätigkeit im Inland zugeschnitten. Weiterhin verdeutlicht der Katalog der einzelnen Kammeraufgaben, dass typischerweise die Interessen des inländischen Handwerks vertreten werden, also derjenigen, die ihren gewerblichen Betrieb schwerpunktmäßig in Deutschland haben. Soweit die Dienstleistenden von der sachlichen Zweckbestimmung der Kammern nicht erfasst werden, ist ihre Mitgliedschaft zur Aufgabenerfüllung auch nicht erforderlich. Eine Parallele könnte hier auch zu den Rechtsanwälten gezogen werden. Diese müssen um grenzüberschreitende Dienstleistungen zu erbringen nicht Mitglied einer deutschen Rechtsanwaltskammer werden.³⁵¹ Ebenso setzt die Zwangsmitgliedschaft in einer Industrie- und Handelskammer voraus, dass der Gewerbetreibende eine gewerbliche Niederlassung, Betriebsstätte oder Verkaufsstelle unterhält, § 2 IHKG. Dienstleistende gehören damit regelmäßig nicht zu den Kammermitgliedern. Worin ein hiervon abweichendes, erhebliches Interesse des Handwerks liegen könnte, Dienstleistende als kurzfristige Kammermitglieder heranzuziehen, ist nicht ersichtlich. Vorbildlich erscheint die bayerische Verwaltungspraxis, wonach für österreichische Handwerker, wenn sie die Eintragungsvoraussetzungen aufweisen, die Eintragung in die Handwerksrolle entbehrlich ist.³⁵² Die Zwangsmitgliedschaft muss auch aus einem weiteren Grund entfallen. Nach dem Urteil des EuGH ist die Beitragspflicht für Dienstleistende mit

³⁴⁸ BVerfGE 13, S. 97 ff.

³⁴⁹ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 (478) Rn. 43. Die Voraussetzungen, die für Niederlassungen gelten dürfen nicht ohne weiteres auf Dienstleistungen übertragen werden.

³⁵⁰ EuGH, Rs. C-3/95, Slg. 1996, S. I-6529 (I-6537) Rn. 27.

³⁵¹ Die Richtlinie 77/249/EGW vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte bestimmt, dass bei der Vertretung oder Verteidigung von Mandanten die im Aufnahmestaat für die dort niedergelassenen Rechtsanwälte geltenden Vorschriften einzuhalten sind aber, das Erfordernis der Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation in diesem Staat ausgenommen ist. Vgl. auch Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte vom 9.3.2000, BGBl I S. 182.

³⁵² Erlass des Bayer. StMWV vom 16.6.1994 betreffend die Tätigkeit österreichischer Handwerksunternehmer in Bayern im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs, in: GewArch 1994, S. 426 (427).

dem Gemeinschaftsrecht generell unvereinbar, egal, ob sie mit ihrer Tätigkeit über eine Wirtschaftskraft verfügen, die bei anderen Mitgliedern zur Beitragspflicht führen würde. Zwar können einzelne Rechte und Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis wegen der Unvereinbarkeit mit vorrangigem Recht entfallen, ohne dass die Mitgliedschaft selbst berührt wird. Bei der Beitragspflicht handelt es sich jedoch um eine Kernpflicht, die das Wesen der Mitgliedschaft bestimmt; mit ihrem Fortfall muss auch das Mitgliedschaftsverhältnis an sich entfallen. Es würde dem Grundgedanken der solidarischen Aufgabenerledigung, von dem die Selbstverwaltung geprägt wird, widersprechen, wenn sich nicht alle Mitglieder angemessen an deren Kosten beteiligen.³⁵³

(f) Fallgruppe der Handwerker, die das Ausnahmbewilligungsverfahren durchlaufen müssen

Eine weitere Gruppen stellen die Handwerker dar, die einer Ausnahmbewilligung bedürfen, § 8 Abs. 1 und § 9 Satz 1 i.V.m. der EWG/EWR HwV, um die Zulassung zur Handwerksausübung durch Eintragung in die Handwerksrolle zu erlangen.

Diese Fallgestaltung lag dem EuGH-Urteil zu Grunde. In seinem ersten Rechtssatz hat der EuGH diesbezüglich entschieden, dass ein Zulassungsverfahren gemeinschaftswidrig ist, das ein Gebrauchmachen von der Dienstleistungsfreiheit verzögert oder erschwert, insbesondere durch einen Zeit- oder Kostenaufwand. Nach diesem allgemeinen Rechtssatz widerspricht das Eintragungserfordernis in allen Dienstleistungsfällen, die eine Ausnahmbewilligung voraussetzen, dem Gemeinschaftsrecht. Aber nicht in allen Fällen, in denen die handwerkliche Qualifikation in einem Ausnahmbewilligungsverfahren nachgewiesen werden muss, hat auch die Eintragung in die Handwerksrolle zu erfolgen. Unter der Prämisse, dass eine Ausnahmbewilligung erteilt wird, die materiell zur Ausübung des Handwerks befugt, auf das sich der Qualifikationsnachweis bezieht, und sich später herausstellt, dass nur ein Minderhandwerk ausgeübt werden soll oder der Gewerbebegriff nicht erfüllt wird, muss der Handwerker kein Eintragungsverfahren durchlaufen.³⁵⁴

Fraglich bleibt dennoch, ob der Wegfall der Eintragung in die Handwerksrolle als Voraussetzung für die Aufnahme der Tätigkeit noch weitere Kreise zieht und sich auch auf das Fortbestehen der generellen Erlaubnisbedürftigkeit auswirkt. Diese Folgerung könnte sich aus folgenden Überlegungen ergeben. Nach dem nationalen Recht erhält der Gewerbetreibenden das Recht zur Ausübung seines Handwerks durch die Eintragung in die Handwerksrolle. Diese Funktion der Eintragung entfällt aber gerade durch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Außerdem könnte auch das Ausnahmbewilligungsverfahren gegenstandslos sein, weil die Ausnahmbewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle erteilt wird, wenn dieses Eintragungserfordernis nicht mehr besteht.³⁵⁵

Im Ergebnis bestünde für alle Dienstleistenden in allen erdenklichen Fallkonstellationen Erlaubnisfreiheit für die Ausübung ihres Gewerbes. Damit wäre der Bogen aber zu weit ge-

³⁵³ Gornig, in: WiVerw 1998, S. 157 (167).

³⁵⁴ In diesen Fällen wäre auch die Ausnahmbewilligung entbehrlich, die Tätigkeit kann grundsätzlich erlaubnisfrei erbracht werden.

³⁵⁵ Meyer/Diefenbach, Handwerksordnung und Europäische Union, S. 39.

spannt. Der Anwendungsvorrang soll schließlich die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten, jedoch nicht über das erforderliche Maß hinaus. Denkbar ist gleichwohl, dass auch nationale Vorschriften, die zwar nicht vom Anwendungsvorrang betroffen sind, aber in ihrem Zusammenhang keine anwendbare Regelung mehr bilden, unanwendbar sind. Die verbleibende Regelung sollte bis zu einer gebotenen Anpassung möglichst aufrechterhalten werden, damit das angestrebte öffentliche Interesse keinen unnötigen Schaden erleidet.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Erlaubnisbedürftigkeit und die damit verbundene Notwendigkeit einer Ausnahmegewilligung weiterhin zu bejahen. Unter das Verdikt der Gemeinschaftswidrigkeit fällt allein die Zulassung durch Eintragung; Zulassung und Ausnahmegewilligungsverfahren bleiben unberührt. Denn im Verfahren zur Erteilung der Ausnahmegewilligung werden die materiellen Voraussetzungen zur Aufnahme der angestrebten Tätigkeit geprüft, die bei ihrer Feststellung weitere Verfahrensschritte zur Zulassung entfallen lassen können, wenn sie vom Handwerker nicht zu verlangen sind. Der Bewilligung kommt für die Handwerker, die eigentlich dem Eintragungserfordernis unterlägen, Erlaubniswirkung zu. Es besteht somit ein sinnvolles Regelwerk, das einen nicht zu beanstandenden Gesetzeszweck verfolgt. Es wird in seiner Anwendbarkeit nicht gemeinschaftsrechtlich überlagert.

Des Weiteren ist der Handwerker nicht verpflichtet, die Eintragung in die Handwerksrolle zu beantragen, wenn diese für die Erbringung seiner Dienstleistung nicht erforderlich ist. Gleichwohl wird eine Eintragung von Amtswegen als zulässig erachtet³⁵⁶, die eine Gebühren- und Beitragspflicht in der Handwerkskammer nach sich zieht. Die Zwangsmitgliedschaft mit ihren verbundenen Pflichten muss freilich aus den bereits genannten Gründen entfallen.³⁵⁷

4. Anpassung des nationalen Rechts

Nachdem sich das deutsche Handwerksrecht als teilweise unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht erwiesen hat, muss eine Anpassung an das Gemeinschaftsrecht stattfinden. Dabei unterliegt die Anpassung in den einzelnen Bereichen einer unterschiedlichen Dringlichkeit.

a) Bereiche ohne Anpassungspflicht

Für den Bereich der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungspflicht hat der EuGH keine ausdrückliche Stellung bezogen, so dass sich hier weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Anpassungspflicht ergibt.

Weiterhin erfasst das EuGH-Urteil nur solche Fälle, die nach deutschem Recht eine Eintragung in die Handwerksrolle voraussetzen. Damit entfällt eine Anpassungspflicht auch für handwerkliche Tätigkeiten, die zwar über die Grenze hinweg erbracht, aber nicht im Rahmen eines stehendes Gewerbes ausgeübt werden oder die gewerberechtliche Erheblichkeitsschwelle nicht überschreiten, da diese nicht von der Handwerksordnung erfasst werden.

³⁵⁶ Ausführliche Darstellung bei *Meyer/Diefenbach*, S. 50 ff.

³⁵⁷ Siehe dazu IV.E.3.c)(2)(c) Eintragung in die Handwerksrolle ohne Ausnahmegewilligung, Seite 85.

b) Anpassung an die Entscheidungssätze des EuGH-Urteils

Nach dem ersten Entscheidungssatz des EuGH darf die Erlaubnis für handwerkliche Tätigkeiten, die von in anderen EG-Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistenden erbracht werden, nicht von einem Verfahren abhängig gemacht werden, das geeignet ist, die Ausübung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr zu verzögern oder zu erschweren, nachdem die Voraussetzungen für die Aufnahme der betreffenden Tätigkeit bereits geprüft wurden und festgestellt worden ist, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Nach dem zweiten Rechtssatz darf ein etwaiges gerechtfertigtes Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle des Aufnahmelandes weder zusätzliche Verwaltungskosten noch die obligatorische Zahlung von Handwerkskammerbeiträgen nach sich ziehen.

(1) Anpassungen an den ersten Entscheidungssatz

Aus dem ersten Entscheidungssatz ergibt sich unmittelbar, dass in einem EG-Mitgliedstaat ansässige Handwerker als Dienstleistende im Sinne des Gemeinschaftsrechts für die Aufnahme ihrer Tätigkeit keiner Eintragung in die Handwerksrolle bedürfen, wenn ihnen eine Ausnahmegewilligung erteilt wurde. Somit wirkt die Ausnahmegewilligung durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts wie eine Erlaubnis, die für den Dienstleistungsverkehr die Zulassung zum Handwerk ausspricht.

Eine Anpassung des nationalen Rechts muss also dahingehend erfolgen, dass im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs das Verbot der Handwerksausübung ohne Eintragung in die Handwerksrolle, § 1 Abs. 1 S. 1 HwO, nicht für die in einem anderen EG-Mitgliedstaat ansässigen Einzelhandwerker gilt, die im Besitz einer Ausnahmegewilligung sind, §§ 8, 9 HwO i.V.m. der EWG/EWR-HwV. Fraglich bleibt, ob hier eine entsprechende Ergänzung des § 1 HwO systematisch richtig wäre, oder eine Anpassung des § 9 HwO erfolgen muss, da dieser regelmäßig Grundlage für die erteilten Ausnahmegewilligungen ist. Hier müsste allerdings berücksichtigt werden, dass das Eintragungserfordernis bei Erwerb einer Ausnahmegewilligung nicht nur dann entfällt, wenn diese nach der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung erteilt wurde, sondern auch, wenn sie nach § 8 HwO erteilt worden ist.

Die Anpassung kann negativ erfolgen, indem bestimmt wird, dass unter den genannten Voraussetzungen kein Eintragungserfordernis besteht. Andererseits kann auch positiv angeordnet werden, dass dem EG-Handwerker gleichzeitig mit der Erteilung der Ausnahmegewilligung erlaubt ist im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs seine handwerklichen Leistungen im Bundesgebiet zu erbringen.

Es darf aber nicht vergessen werden, dass die Eintragung in die Handwerksrolle nicht schlechthin entfällt. Durch die erforderliche Anpassung an das Gemeinschaftsrecht entfällt nur die konstitutive Erlaubnisfunktion, nicht aber die deklaratorische Dokumentations- und Publizitätsfunktion einer Eintragung von Amts wegen, es sei denn, die Funktion ließe sich nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand erfüllen. Allerdings kennt die Handwerksordnung eine Aufspaltung der Eintragung in verschiedene Funktionen nicht. Daher müsste klargestellt werden, dass das Verbot des § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO, ein Handwerk ohne vorherige Eintragung in die Handwerksrolle zu betreiben, nicht für die eine Ausnahmegewilligung besitzenden Dienstleistenden gilt, und dahingehend verstanden werden muss, dass für diesen Personenkreis trotz des Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen (§ 7 Abs. 3 HwO) eine Eintragung mangels Erforderlichkeit ausgeschlossen ist.

Die Anpassung kann nicht außerhalb des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens, durch eine Ergänzung der EWG/EWR-HwV, vonstatten gehen, da das Gemeinschaftsrecht verbindliche nationale Vorschriften fordert, die den gleichen Rang haben müssen wie diejenigen, die dem Gemeinschaftsrecht widersprechen und zum Zwecke der Anpassung an das Gemeinschaftsrecht zu ändern sind.

(2) *Anpassung an den zweiten Entscheidungssatz*

Aus dem zweiten Entscheidungssatz des EuGH geht hervor, dass Handwerker aus anderen EG-Mitgliedstaaten, die von ihrem Recht auf freien Dienstleistungsverkehr Gebrauch machen, keine über die Verwaltungskosten für die Ausnahmegewilligung hinausgehenden Verwaltungskosten tragen müssen, folglich keine Kosten für die Eintragung in die Handwerksrolle und keine Mitgliedsbeiträge für die Handwerkskammer entstehen dürfen.

Für dienstleistende EG-Handwerker entfällt die Eintragung in die Handwerksrolle nicht komplett, da eine Eintragung aus Dokumentations- und Publizitätsgründen von Amts wegen auch nach dem EuGH-Urteil zulässig bleibt. Die Eintragung in die Handwerksrolle stellt eine Amtshandlung dar, egal ob sie von Amts wegen oder auf Antrag vorgenommen wird. Für Amtshandlungen kann die Handwerkskammer gem. § 113 Abs. 4 S. 1 HwO mit Genehmigung der obersten Landesbehörde Gebühren erheben. Die Beschlussfassung hinsichtlich der Gebühren ist nach § 106 Abs. 1 Nr. 5 HwO der Vollversammlung vorenthalten. Zum Gebührenschuldner wird schließlich der eingetragene Handwerker bestimmt. Die Anpassung an den zweiten Rechtssatz des EuGH, wonach eine etwaige Eintragung in die Handwerksrolle keine weiteren Verwaltungskosten nach sich ziehen darf, erfordert eine Änderung des Gebührenrechts der Handwerkskammern. Die hier behandelte Gruppe der dienstleistenden EG-Handwerker ist von der Gebührenpflicht für die Eintragung auszunehmen, um die gemeinschaftsrechtswidrige Belastung für den begünstigten Personenkreis zu beseitigen. Damit wird der Anpassungspflicht aber noch nicht genüge getan. Nach den Maßstäben, die diese aufstellt, ist auch die Ermächtigung des § 113 Abs. 4 S. 1 HwO entsprechend einzuschränken, die in ihrer derzeitigen Fassung eine Gebührenerhebung für jede Amtshandlung zulässt.

Weiterhin entfällt für die Handwerker, die eine Ausnahmegewilligung erhalten haben und von ihrer Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen wollen, die Gebührenpflicht, die derzeit auch für die nach der Eintragung in die Handwerksrolle auszustellende Handwerkskarte anfällt. Denn diese Amtshandlung ist eine unmittelbare Folge aus der Eintragung und zieht zusätzliche Verwaltungskosten nach sich. Die erforderliche Ausnahme von der Gebührenpflicht könnte mit der Einschränkung des § 113 Abs. 4 S. 1 HwO zusammengefasst werden. Da die Gebührenpflicht für die Ausstellung der Handwerkskarte mit der Ermächtigung des § 10 Abs. 2 S. 4 HwO ausgesprochen wird, wäre es auch sachgerecht, diese Vorschrift durch eine Ergänzung dem Gemeinschaftsrecht anzupassen. Gleichzeitig müssen die Handwerkskammern ihre Gebührenvorschriften derart neu fassen, dass sie den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechen.

Weiterhin dürfen nach dem zweiten vom EuGH aufgestellten Rechtsatz von den Handwerkern, die in einem anderen EG-Mitgliedstaat ansässig sind und im Inland Dienstleistungen erbringen, keine Mitgliedsbeiträge zur Handwerkskammer erhoben werden. Die Mitgliedschaft in der Handwerkskammer geht mit der Eintragung in die Handwerksrolle einher. Bei dienstleistenden Handwerkern aus anderen EG-Mitgliedstaaten handelt es sich aufgrund des

Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts um eine beitragslose Mitgliedschaft, und zwar unabhängig davon, ob Eintragungsgrundlage eine Ausnahmegewilligung war oder nicht. Es ist auch davon auszugehen, dass dieser Rechtssatz mangels einer Einschränkung diesbezüglich unmittelbar auch auf Gesellschaften anwendbar ist.

Über die Beitragserhebung und insbesondere den Beitragsmaßstab beschließt die Vollversammlung der Kammer mit Genehmigung der obersten Landesbehörde durch Beitragsatzung, § 106 Abs. 1 Nr. 5, § 113 Abs. 1 HwO. Die Beitragsfreiheit der Dienstleistenden aus den EG-Mitgliedstaaten ist sowohl in die beitragsrechtlichen Satzungen, als auch in die Regelungen der Handwerksordnung über die Beitragserhebung und die Beitragspflichtigen, § 113 Abs. 1 HwO, aufzunehmen. Die grundsätzliche Beitragspflicht aller Kammerangehörigen ist nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des EuGH-Urteils derart einzuschränken, dass Dienstleistende im Sinne des Gemeinschaftsrechts von der Beitragspflicht auszunehmen sind.

c) Anpassung an Folgerungen aus dem EuGH-Urteil

Die Rechtssätze des EuGH-Urteils stellen gewissermaßen eine Mindestanforderung für die Anpassung des nationalen Rechts dar. Darüber hinaus ergibt sich die Notwendigkeit von Rechtsanpassungen aber auch aus den Folgerungen, die neben den unmittelbaren Konsequenzen aus den Entscheidungsgründen des Urteils zu ziehen sind.

Diesen Schlussfolgerungen ist nicht die gleiche Gewissheit beizumessen wie den unmittelbar auf der Entscheidungsformel beruhenden Konsequenzen; insbesondere ist ungewiss, ob der EuGH im Streitfall zu den gleichen Ergebnissen gelangen würde. Daraus ergibt sich eine nur nachgeordnete Dringlichkeit der Rechtsanpassung. Eine weitergehende Rechtsanpassung könnte jedoch zu einer schnelleren, unbürokratischen Verwirklichung des Binnenmarktes führen und weiteren Verfahren vor dem EuGH vorbeugen.³⁵⁸ An dieser Stelle sind die Handwerker anzuführen, die die Eintragungsvoraussetzungen nach dem nationalen Recht erfüllen.³⁵⁹ Diese Gruppierung bedarf keiner Ausnahmegewilligung und erhält ihre Erlaubnis durch die Handwerksrolleneintragung. An die Eintragung in die Handwerksrolle ist die Ausstellung einer Handwerkskarte geknüpft, § 10 HwO. Die Ausstellung der Handwerkskarte darf bei dienstleistenden EU-Handwerkern aber keine Gebührenpflicht nach sich ziehen, um ein Gebrauchmachen von der Dienstleistungsfreiheit nicht zu verzögern oder zu erschweren. Außerdem muss aus dem Urteil des EuGH, wonach bei der Ausübung des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr keine Kammerbeiträge anfallen dürfen, auch der Schluss gezogen werden, dass grundsätzlich keine Mitgliedschaft in der Handwerkskammer begründet wird. Dies gilt für alle Handwerker, die im Inland von ihrem Recht auf Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, egal ob die Eintragung in die Handwerksrolle konstitutiver oder lediglich deklaratorischer Natur ist.

³⁵⁸ Ausführlich zum Ganzen *Meyer/Diefenbach*, Handwerksordnung und Europäische Union, S. 70ff.

³⁵⁹ Vgl. dazu IV.E.3.c)(2)(c) Eintragung in die Handwerksrolle ohne Ausnahmegewilligung, Seite 85.

5. Europäisches Gemeinschaftsrecht und Inländerdiskriminierung

Der Wortlaut der hier maßgeblichen Grundfreiheiten der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs weist schon darauf hin, dass diese Vertragsbestimmungen nicht für rein innerstaatliche Sachverhalte und damit nicht auf die Inländerdiskriminierung ausgerichtet sind. Dies spiegelt sich auch in der Richtlinie 64/427/EWG wieder, die die gegenseitige Anerkennung der im Herkunftsland erworbenen Berufskennnisse regelt, und in der sie umsetzenden EWG/EWR-Handwerk-Verordnung, indem ausdrücklich bestimmt wird, dass sie nur bei Niederlassung oder Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat Geltung entfalten. Auch in der darauf folgenden Richtlinie 1999/42/EG wird nur die „Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise aufgrund der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Berufserfahrung“ behandelt.

Durch die deutsche Umsetzung der EU-Ratsrichtlinie besteht zwar aus europarechtlicher Sicht keine rechtswidrige Ungleichbehandlung zwischen Deutschen und anderen EU-Bürgern. Es könnte sich aber eine Diskriminierung deutscher Handwerker gegenüber Konkurrenten aus dem EU-Ausland dadurch ergeben, dass sie höhere Zulassungshürden als diese zu überwinden haben.³⁶⁰

Nach der Rechtsprechung des EuGH können sich die Angehörigen eines Mitgliedstaates auch gegenüber ihren Gesetzgebungs- und Verwaltungsinstanzen auf die Niederlassungsfreiheit berufen; folgerichtig wird damit die „Discrimination à rebours“, also die Inländerdiskriminierung, verboten.³⁶¹ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind die Vertragsbestimmungen über die Niederlassung und den Dienstleistungsverkehr wie auch die sonstigen Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbote³⁶² des EG-Vertrages „nicht auf rein interne Verhältnisse eines Mitgliedstaates“³⁶³ anwendbar, und folglich nicht auf Betätigungen (...), deren Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen“.³⁶⁴

a) Das grenzüberschreitende Element

Der für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts erforderliche grenzüberschreitende Bezug ist gegeben, wenn Personen, die grenzüberschreitend tätig werden, Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates als dem Aufnahmestaat sind. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten die gemeinschaftsrechtlichen Vergünstigungen hinsichtlich der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs auch denjenigen ihrer Staatsangehörigen gewähren, die von diesen Erleichterungen „Gebrauch gemacht haben und die dank dieser Erleichterung die in der Richtlinie erwähnten beruflichen Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat als dem erworben

³⁶⁰ *Leiser*, in: *GewArch* 1998, S. 445, 450.

³⁶¹ EuGH Rs. 115/78, in: *NJW* 1979, S. 1761f; weitere Nachweise bei *Blumenwitz*, in: *NJW* 1989, S. 621 (625); *Kewenig*, in: *JZ* 1990, S. 20 ff.

³⁶² Eine Ausnahme stellt das Diskriminierungsverbot des Art. 141 EGV dar, der das Gebot des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit beinhaltet.

³⁶³ EuGH Rs. 115/78, Slg. 1979, S. 399 (410) Rn. 24.

³⁶⁴ EuGH Rs. 332/90, Slg. 1992, S. I-341 (I-356f.) Rn. 9; EuGH Rs. C-29/94 bis C-35/94, Slg. 1995, S. I-301 (I-316) Rn. 9; EuGH Rs. C-415/93, in: *EuZW* 1996, S. 82 (87) Rn. 89 mit Anmerkung *Wertenbruch; Epiney*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 12 EGV Rn. 29.

haben, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen“.³⁶⁵ Somit gelten die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auch für die eigenen Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, „wenn sie sich aufgrund der Tatsache, dass die rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ansässig waren (...), gegenüber ihrem Herkunftsland in einer Lage befinden, die mit derjenigen aller anderen Personen, die in den Genuss der durch den Vertrag garantierten Rechte und Freiheiten kommen, vergleichbar ist.“³⁶⁶

b) Verbot der Ausländerdiskriminierung

Das Verständnis des Art. 43 EGV als umfassendes Freiheitsrecht beinhaltet nicht nur das Verbot der Ausländerdiskriminierung.³⁶⁷ Dieses Diskussionsfeld „Ausländerdiskriminierung“ impliziert keine Reformgedanken hinsichtlich des Systems des Großen Befähigungsnachweise, auch wenn der Hintergedanke, dass die Zulassungsvoraussetzungen zum Handwerk in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht zu weit auseinander klaffen dürfen, stets präsent sein sollte.³⁶⁸

Dies folgt jedoch aus den fehlenden europarechtlichen Bedenken des Europäischen Gerichtshofs, nach dessen Auffassung die Bestimmungen des EGV nationalen Zulassungsregeln nicht entgegenstehen, „deren Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen“³⁶⁹ oder, nach anderer Formulierung, „keinerlei Anknüpfungspunkte zu irgendeinem im Gemeinschaftsrecht geregelten Sachverhalt aufweisen“.³⁷⁰ Die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.³⁷¹

Der fehlende Auslandbezug könnte sich damit erklären, dass nicht allzu viele Zulassungsanträge von EU-Bürgern anderer Mitgliedstaaten gestellt werden, um in Deutschland handwerklich tätig zu werden.³⁷² Diese Erwägung knüpft aber an die falschen Schlüsse an, wenn die geringen Bewerberzahlen gerade darauf beruhen, dass sich nur wenige EU-Bürger in Deutschland niederlassen wollen, gerade wegen der Sicherung des Leistungsstandes durch den Großen Befähigungsnachweis. Das Festhalten am bestehenden Zulassungssystem kann daher nicht mit einer geringen Auslandsberührung begründet werden, weil sich der Große Befähigungsnachweis zuzugssperrend auswirkt.³⁷³

c) Lösungsansätze der Literatur

In der Literatur gibt es unterschiedliche Ansätze, den Anwendungsbereich des EG-Vertrages, im Hinblick auf die fortgeschrittene Integration, der Perspektive eines Europäischen Binnen-

³⁶⁵ So der EuGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. etwa EuGH, Rs. 115/78, Slg. 1979, S. 399 Rn. 4.

³⁶⁶ EuGH Rs. 115/78, Slg. 1979, S. 399 (410) Rn. 24; EuGH Rs. C-19/92, Slg. 1993, S. I-1663 (I-1697) Rn. 32.

³⁶⁷ Umfassend zu diesem Problemkreis auch *Gornig*, in: NJW 1989, S. 1120 (1121); *Blumenwitz*, in: NJW 1989, S. 621 (625).

³⁶⁸ *Leiser*, in: GewArch 1998, S. 445 (450).

³⁶⁹ Für den freien Dienstleistungsverkehr EuGH Rs. 330/90 und 331/90, Slg. 1992, S. I-323 (336) Rn. 9.

³⁷⁰ Für die Niederlassungsfreiheit EuGH Rs. C-29/94 bis C-35/94, in: GewArch 1995, S. 195.

³⁷¹ BVerwGE 96, S. 293 (302).

³⁷² Vgl. *Czybulka*, in: NVwZ 1991, S. 230 (237).

³⁷³ *Leiser*, in: GewArch 1998, S. 445 (450).

marktes und dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs, weiter zu ziehen. Manche Auffassungen gehen soweit, dass die vertraglichen Grundfreiheiten unabhängig von einem grenzüberschreitenden Element gelten sollen und sich somit auch auf die Fälle der Inländerdiskriminierung erstrecken.³⁷⁴ Eine vermittelnde Ansicht vertritt diesbezüglich *Epiney*³⁷⁵. Im Zielkonflikt zwischen der fortschreitenden Integration und der fortbestehenden mitgliedstaatlichen Kompetenzen schlägt sie vor, auch weiterhin zwischen dem innerstaatlichen und dem grenzüberschreitenden Bereich zu unterscheiden, nimmt aber im Gegensatz zu herrschender Meinung die nationalrechtlichen Beschränkungen im innerstaatlichen Bereich und damit die Inländerdiskriminierung nicht generell von den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen aus. Beschränkungen sind nach ihrer Auffassung nur bei Vorliegen rechtfertigender Gründe mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Allerdings ergeben sich die Rechtfertigungsgründe nicht nur aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, sondern schon aus berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten. Im Handwerksrecht erkennt *Epiney* das Erfordernis zur Ablegung der Meisterprüfung als Regelvoraussetzung einer selbstständigen Tätigkeit als ein solches berechtigtes Interesse an. Dies folgert sie unter anderem daraus, dass die Anforderungen an die Handwerker aus anderen EG-Mitgliedstaaten im Grunde nicht weniger umfangreich sind, da die von diesen nachzuweisende Praxis ebenfalls viele Jahre in Anspruch nimmt. Andererseits betrifft die Meisterprüfung nur eine von vielen Berufsausübungsmöglichkeiten für Handwerker. Vor allem aber sei kein Grund ersichtlich, warum das Berufsbild des deutschen Handwerkers weniger erhaltungswürdig sei als das eines anderen Mitgliedstaats, denn sämtliche Berufsbilder wurzeln in einer gewissen kulturellen Tradition. In Ergebnis ist auch hier eine Inländerdiskriminierung nicht verboten.³⁷⁶

Weiterhin bleiben Bedenken bestehen, das Handwerk als Tätigkeit mit reinem Inlandsbezug auszufassen. Das gemeinschaftliche Regelwerk umfasst schon so viele Materien, dass sich nur schwer feststellen lässt, es gebe keinen Anknüpfungspunkt zu einem dort geregelten Sachverhalt.³⁷⁷ Letztlich darf nicht vergessen werden, Binnenmarkt bedeutet eben „Raum ohne Grenzen“.³⁷⁸ Dass eine Diskriminierung nicht stattfinden bzw. in einem vertretbaren Maß gehalten wird, soll durch die Richtlinie 64/427 und ihre innerstaatliche Umsetzung bewirkt werden. In der äußeren Form einer Übergangsbestimmung soll eine annähernde Gleichwertigkeit deutscher und nichtdeutscher Zulassungsbestimmungen erreicht werden, um ein soweit vorhandenes Zulassungsgefälle aufzuheben oder doch zumindest in erträglichen Grenzen zu halten.

6. Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht

Die Frage einer Inländerdiskriminierung stellt sich in erheblichem Umfang vor allem durch die Befreiung der Handwerker aus anderen EG-Mitgliedstaaten, die in Deutschland Dienstleistungen erbringen, ohne im Inland eine Niederlassung zu besitzen, von verfahrensmäßigen

³⁷⁴ *Reitmaier*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, S. 25 (29, 76).

³⁷⁵ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 231 ff.

³⁷⁶ *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 234 ff.

³⁷⁷ *Blumenwitz*, in: NJW 1989, S. 621 (625).

³⁷⁸ *Kewenig*, in: JZ 1990, S. 20 (23).

Pflichten. Es muss daher hinterfragt werden, ob das höherrangige Recht diese Erleichterungen nicht auch für inländischen die Handwerker verlangt, die ohne grenzüberschreitendes Element tätig werden und dabei die Bagatellschwelle überschreiten, aber nur vorübergehend selbstständig arbeiten wollen, wie dies in Dienstleistungsfällen geschieht.

Das viel beachtete Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes wirft eine weitere Problemstellung auf: Müssen die Erleichterungen, die für Handwerker aus anderen EG-Mitgliedstaaten gelten, nicht auch Anwendung finden, wenn ein inländischer Handwerker diese Voraussetzungen durch eine ausschließliche Ausübung seiner Tätigkeit im Inland erfüllt.

a) Fallgruppe Berufszulassung

Das Erfordernis der Meisterprüfung entspricht nach der Auffassung des BVerfG dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da keine mit dem Großen Befähigungsnachweis keine außergewöhnlichen Leistungen verlangt werden dürfen, sondern nur die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für eine ordnungsgemäße Berufsausübung erforderlich sind.³⁷⁹

Bislang hat das Bundesverfassungsgericht jedoch die Frage der Inländerdiskriminierung offen gelassen, die sich daraus ergibt, dass die geringeren Qualifikationsanforderungen der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung nur für Handwerker aus anderen Mitgliedstaaten gelten. Dass sich das Gericht mit dieser Frage nicht befasst hat, liegt nach eigener Bekundung darin, dass der Beschwerdeführer nicht behauptet hat, die in der Verordnung normierten Voraussetzungen der Eintragung zu erfüllen und damit gleichermaßen wie ein EU-Handwerker qualifiziert zu sein. Dies zeigt aber auch, dass das Bundesverfassungsgericht aus der Privilegierung der EU-Handwerker keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Großen Befähigungsnachweis ableitet, sondern allenfalls Zweifel bestehen, ob inländischen Handwerkern, die die von der EWG/EWR-Verordnung verlangten Qualifikationen nachweisen, die selbstständige Handwerkstätigkeit verwehrt werden darf.³⁸⁰

Durch die Privilegierung der EU-Handwerker drängt sich abermals die Frage nach der Verhältnismäßigkeit des Meisterprüfungszwangs auf, die sich nunmehr durch die große Zahl der Handwerker aus anderen Mitgliedstaaten, die ohne Meisterprüfung im Inland tätig sind, in einem anderen Licht präsentiert als im Jahre 1961. Es ist zu hinterfragen, ob der Große Befähigungsnachweis für Inländer noch dazu geeignet ist, seine Ziele, die Sicherung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit, zu erreichen. Denn einerseits verliert das Ziel, sollte es nicht mehr uneingeschränkt erreichbar sein, an Gewicht, andererseits steigt durch den Meisterprüfungszwang die Belastung für den inländischen Handwerker, wenn der Wettbewerbsdruck durch privilegierte EG-Konkurrenten spürbar ansteigt.³⁸¹

b) Fallgruppe Berufsausübung

Das EuGH-Urteil vom 3.12.2000 sieht für EU-Handwerker eine Befreiung von gesetzlichen Pflichten wie dem Erfordernis eines Eintragungsverfahrens nach § 1 Abs. 1 HwO oder der

³⁷⁹ BVerfGE 13, S. 97 (115).

³⁸⁰ *Diefenbach*, in: *GewArch* 2001, S. 353 (355).

³⁸¹ *Diefenbach*, in: *GewArch* 2001, S. 353 (355); *König*, in *AöR* 118 (1993), S. 591 (607).

Anzeigepflicht gem. § 14 Abs. 1 GewO, § 16 Abs. 2 HwO vor. Für inländische Handwerker gelten diese gesetzlichen Pflichten als Berufsausübungsregeln, die mit Art. 12 Abs. 1 GG im Einklang stehen.³⁸²

Die Eintragungs- und Anzeigepflichten verfolgen vernünftige Interessen des Gemeinwohls, indem sie den Zweck einer wirksamen gewerberechtlichen Kontrolle verfolgen und für die inländischen, mit deutschen Verhältnissen vertrauten Handwerker keine unverhältnismäßige Belastung darstellen. Die unmittelbar mit der Eintragung in die Handwerksrolle zusammenhängende Zwangsmitgliedschaft in der Handwerkskammer steht ebenfalls nicht im Widerspruch mit Art. 12 Abs. 1 GG.³⁸³ Es ist nicht auszuschließen, dass sich die Vorzeichen dieser verfassungsrechtlichen Betrachtung ändern werden, jedenfalls dann wenn die Zahl der verfahrensmäßig privilegierten Handwerker so stark ansteigt, dass aufgrund der Privilegierung ernsthafte Wettbewerbsprobleme für inländische Handwerker entstünden.

7. Gleichheitssatz Art. 3 Abs. 1 GG und Inländerdiskriminierung

Die Inländerdiskriminierung in den Fällen der Berufszulassung und der Berufsausübung könnte einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG darstellen. Problematisch ist aber bereits dessen Anwendbarkeit. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt er nicht im Verhältnis eines Gesetzgebers zu einem anderen Gesetzgeber, sondern nur für den jeweiligen Hoheitsträger innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs.³⁸⁴ Daraus folgt ein Teil der Literatur, dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz auch im Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht keine Anwendung finden könnte. Dies gelte auch dann, wenn der deutsche Gesetzgeber seinen Pflichten zur Anpassung des innerstaatlichen Rechts an das Gemeinschaftsrecht entspricht, indem er die Begünstigung des gemeinschaftsrechtlich privilegierten Personenkreises in nationales Recht umsetzt und damit die Inländerdiskriminierung selbst normiert hat, wenngleich nicht aus freien Stücken.³⁸⁵ Würde der Gleichheitssatz dennoch angewandt, würde er nach dieser Auffassung eine Wirkung entfalten, die ihm nicht einmal im föderalen Staatsaufbau zukommt.³⁸⁶ In der Konsequenz dieser Auffassung verbietet es der Gleichheitssatz also nicht, inländische Handwerker ohne grenzüberschreitendes Element schlechter zu handeln, als es nach der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für sonstige EG-Handwerker geboten ist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bislang unbeantwortet gelassen.

Zu prüfen ist hier, wie sich die beiden Fälle der Inländerdiskriminierung bei Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG auswirken. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Reglungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Ge-

³⁸² *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1999, Art. 12 Abs. 1 Rn. 150-152.

³⁸³ Für die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird hier exemplarisch BVerwGE 108, S. 169ff. angeführt.

³⁸⁴ BVerfGE 17, S. 319 (331); BVerfGE 42, S. 20 (27); BVerfGE 52, S. 42 (57); BVerfGE 79, S. 127 (158).

³⁸⁵ *Fastenrath*, in: JZ 1987, S. 170 (177); für die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EUV/EGV, Art. 12 Rn. 42; *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, S. 179; *Jeder*, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, S. 118; *Schilling*, in: JZ 1994, S. 8 (10).

³⁸⁶ *König*, in: AöR 118 (1993), S. 591 (600).

setzgeber, die von einem bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an das Verhältnismäßigkeitserfordernis reichen.³⁸⁷ Bei Regelungen, die Personengruppen unterschiedlich behandeln oder sich nachteilig auf die Wahrnehmung von Grundrechten auswirken, untersucht das Bundesverfassungsgericht, ob für die beabsichtigte Differenzierung Gründe von solcher Art und Gewicht bestehen, die die unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen können.³⁸⁸

a) Fallgruppe der Berufszulassung

Ob die unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen zum Handwerk gerechtfertigt sind, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Während das Bundesverfassungsgericht³⁸⁹ diese Fragen bislang offen gelassen hat, wird sie vom Bundesverwaltungsgericht³⁹⁰ bejaht. Diese Rechtsprechung wird damit begründet, dass den ausländischen Handwerkern keine Ausbildung zur Verfügung stehe, die zur Meisterprüfung hinführt, und auch nur in einem beschränkten Umfang mit der Niederlassung ausländischer Handwerker im Bundesgebiet zu rechnen sei. Weiterhin kenne das nationale Recht auch für Inländer verschiedene Fälle der Eintragung in die Handwerksrolle, ohne die vorherige Ablegung der Meisterprüfung.

(1) *Lösungsansatz des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*

In seiner Entscheidung vom 31.3.2000 hält der Österreichische Verfassungsgerichtshof die Differenzierung zwischen inländischen Handwerkern und Handwerkern aus anderen EU-Mitgliedsstaaten für unvereinbar mit dem Gleichheitssatz. In seiner Entscheidung führt der österreichische Verfassungsgerichtshof aus, dass keine sachliche Rechtfertigung erkennbar ist, wonach dem österreichischen Staatsbürger mit einer einschlägigen beruflichen Erfahrung im Ausland eine Nachsicht vom vorgeschriebenen Befähigungsnachweis zu erteilen ist, während sie dem Inländer versagt wird, der derartige Kenntnisse im Inland erworben hat. Auch innerhalb der Gruppe der EU-Handwerker liegt eine unsachliche Differenzierung vor, weil nur einschlägige Berufserfahrungen in Ausland Anerkennung finden, nicht aber eine gleichartige in Österreich ausgeübte Tätigkeit. Der Umstand, dass diese Differenzierung aus der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht in innerstaatliches Recht resultiert, stellt für den österreichischen Gerichtshof keinen Rechtfertigungsgrund dar. Weiterhin rechtfertige das wenn auch legitime Ziel der Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus der gewerblichen Tätigkeit in Österreich nicht die Differenzierung, wonach eine im Ausland nachgegangene Tätigkeit von Erfordernis des Befähigungsnachweises entbinde, eine gleichartige Tätigkeit im Inland aber nicht. Zur Erhaltung des Niveaus erscheint die Tätigkeit im Inland im Hinblick auf die kaufmännisch-rechtliche Berufsordnung sogar besser geeignet.

³⁸⁷ *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Rn. 13ff.

³⁸⁸ BVerfGE 88, S. 87 (96).

³⁸⁹ In seinem Kammerbeschluss vom 31.3.2000, in: GewArch 2000, S. 240ff. mit Besprechung *Jahn*, S. 278; *Mirbach*, in: NVwZ 2001, S. 161ff.

³⁹⁰ BVerwG, in: GewArch 1998, S. 470; BVerwG, in: GewArch 1999, 108.

(2) *Übertragbarkeit der österreichischen Lösung auf das deutsche Handwerk*

Fraglich ist, ob dieser Lösungsansatz auch auf Deutschland übertragbar wäre. Dazu müsste überhaupt die Möglichkeit bestehen, dass durch eine Tätigkeit im Inland die Voraussetzungen der EWR/EWG-Handwerkverordnung erfüllt werden können.

Hier ist zu unterscheiden, dass vom grundsätzlichen Zwang der Meisterprüfung insoweit abgewichen werden kann, als i.S.v. § 8 HwO der Befähigungsnachweis für den Bewerber eine unzumutbare Belastung darstellen würde. In diesen Fällen findet die Überprüfung der Kenntnisse nicht „schulmäßig“, sondern in einer dem Einzelfall angepassten Art und Weise statt, § 8 Abs. 1 S. 1, 2. HS HwO. Durch diese Begünstigung einzelner Berufsbewerber wird nach dem Bundesverwaltungsgericht die Beschränkung des Rechts der freien Berufswahl, die für Handwerker durch den vorgeschriebenen Ausbildungsgang mit anschließender Meisterprüfung bestehen, abgemildert und auf ein verfassungsrechtlich vertretbares Maß zurückgeführt.³⁹¹ Eine generelle, undifferenzierte Geltung dieser Erleichterung ist noch nicht in Aussicht, da nach der Einschätzung des Gesetzgebers, ein Ausbildungsgang mit abschließender Meisterprüfung die beste Gewähr für die Erhaltung des Qualitätsstandards im Handwerk ist. Einer formlosen Qualitätsüberprüfung, wie sie in den „Ausnahmefällen“ nach § 8 HwO stattfindet, wird diese Funktion nicht zugeschrieben.³⁹²

Gleichermaßen auf der Erwägung der Unzumutbarkeit beruht die Ausnahmeregelung des § 9 HwO i.V.m. der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung. Danach ist es für den betreffenden Personenkreis unzumutbar, die deutsche Meisterprüfung abzulegen. Danach wird dem Bewerber aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat eine Ausnahmewilligung zum Eintragungserfordernis erteilt, wenn er für eine bestimmte Zeit im Ausland tätig war, auch wenn die absolvierte Ausbildung oder Tätigkeit naturgemäß nicht auf die deutsche Meisterprüfung zugeschnitten ist. Hier bleibt zu hinterfragen, ob diese Regelung undifferenziert auf alle Handwerker anzuwenden ist, indem die selbstständige Handwerkstätigkeit auch denjenigen Inländern zu gestatten ist, die die Voraussetzungen der EWG/EWR-Handwerk-Verordnung auch ohne ein grenzüberschreitendes Element erfüllen. Allerdings besteht auch die Einschätzungsprämisse des Gesetzgebers, wonach eine Ausnahme vom Erfordernis der Meisterprüfung nur in unzumutbaren Fällen und damit nicht undifferenziert erfolgen kann. Die Differenzierung rechtfertigt sich durch die Einschätzung des Gesetzgebers, wonach eine auf die Meisterprüfung hinführende Ausbildung die beste Qualitätssicherung gewährleistet und daher an der Meisterprüfung festzuhalten ist. Dieser Differenzierungsgrund rechtfertigt auch die Ungleichbehandlung der im Inland und der im Ausland ansässigen Handwerker.³⁹³

Bei den inländischen Handwerkern geht man davon aus, dass sich diese auf die Meisterprüfung in Deutschland einstellen können, und diesen als aussagekräftigen Befähigungsnachweis auch erbringen müssen. Bei den Handwerkern aus anderen EU-Mitgliedsstaaten wird die Qualifikation, aufgrund der anderen Ausgangssituation, nach dem „Wahrscheinlichkeitsmaßstab“ der zurückgelegten Zeiten der Berufstätigkeit angenommen. Die unterschiedliche Behandlung der beiden Handwerkergruppen (Inländer und EU-Ausländer) ist nicht unverhält-

³⁹¹ BVerwGE 13, S. 317 (323).

³⁹² BVerwGE 13, S. 317 (320).

³⁹³ Diefenbach, in: GewArch 2001, S. 353 (357); Gerhardt, in: GewArch 2000, S. 372 (375).

nismäßig, da einerseits in der Meisterprüfung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen, andererseits auch die Art und Dauer der nach § 1 EWG/EWR HwV erforderlichen Berufserfahrung nicht unbedeutend sind. Es wird daher sogar von einer annähernden Gleichwertigkeit der Zulassungsbestimmungen gesprochen.³⁹⁴ *Früh*³⁹⁵ wendet jedoch ein, dass zwischen den beiden Tatbeständen ein wesentlicher Unterschied liege, da § 8 HwO eine Einzelfallprüfung verlange, während für EU-Handwerker die Unzumutbarkeit in der Regel aufgrund ihrer Berufsausübung in einem anderen Mitgliedstaat bejaht wird. Dennoch ist die damit verbundene Inländerbenachteiligung mit dem Gleichheitssatz vereinbar. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebensumstände musste sich der Gesetzgeber in § 8 HwO auf den unbestimmten Rechtsbegriff „in Ausnahmefällen“ beschränken, anstatt einen Katalog aufzustellen, der die einzelnen Ausnahmefälle festsetzt.³⁹⁶ In § 9 HwO wird eine bestimmte Personengruppe benannt, bei der erfahrungsgemäß Ausnahmestände vorliegen. Es wird weiterhin festgelegt, wie diese ihre fachliche Befähigung nachzuweisen haben, ohne dass das Ablegen der Meisterprüfung erforderlich wird. Hier werden Lebenssachverhalte typisiert, individuelle Besonderheiten bleiben außer Betracht. Diese Typisierung lässt der Gleichheitssatz jedoch zu³⁹⁷, sofern dadurch eintretende Härten und Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist.

(3) *Praktische Relevanz der „österreichischen Lösung“ für die Bundesrepublik Deutschland*

Letztlich kann es rein praktisch nur wenige Fälle geben, in denen die Voraussetzungen der EWR/EWG-Handwerk-Verordnung überhaupt durch eine ausschließliche Tätigkeit in Deutschland erfüllt werden: Um die Voraussetzungen des § 1 EWG/EWT HwV zu erfüllen, muss der EG-Handwerker drei oder mehr Jahre als Selbstständiger oder als Betriebsleiter oder in leitender Stellung (mit technischen Aufgaben und der Verantwortung für mindestens eine Abteilung) tätig gewesen sein. Der Nachweis einer solchen Tätigkeit wird einem inländischen Handwerker ohne Auslandtätigkeit kaum gelingen. Denn nach deutschem Handwerksrecht stehen solche Tätigkeiten nur denjenigen Handwerkern offen, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle bereits erfüllen, und damit die entsprechenden Befähigungsnachweise oder eine Ausnahmegewilligung besitzen. Für Selbstständige ergeben sich diese Voraussetzungen aus § 1 Abs. 1 HwO i. V. m. § 7 Abs. 1 bis 3 HwO, und für Betriebsleiter und Stellvertreter aus § 7 Abs. 4 und 5 HwO und § 45 GewO. Die österreichische EWR-Nachsichts-Verordnung (§ 2 Abs. 3) definiert die Tätigkeit „in leitender Stellung mit technischen Aufgaben und der Verantwortung für mindestens eine Abteilung des Unternehmens“ als „eine Tätigkeit, die verantwortungsvoll ist und regelmäßig ohne Weisung und Aufsicht ausgeführt wird“. Auf Deutschland übertragen, würde auch der dargestellte Angestellte selbst die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle erfüllen. Denn nach dem im deutschen Handwerksrecht herrschenden Befähigungsgrundsatz kann eine Person nur dann

³⁹⁴ *Leisner*, in: GewArch 1998, S. 445 (451).

³⁹⁵ *Früh*, in: GewArch 2001, S. 58 (59).

³⁹⁶ BVwerGE 13, S. 317 (324).

³⁹⁷ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Art. 3 Abs. 1 Rn. 23.

regelmäßig ohne Weisung und Aufsicht technisch leitend in einem Handwerksbetrieb tätig werden, wenn sie im Besitz der vorgeschriebenen Handwerksqualifikation ist.

Der Fall, dass eine deutscher Handwerker die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach § 9 HwO erfüllt, ohne im Ausland tätig gewesen zu sein, läge vor, wenn der Erbe eines selbstständigen Handwerkers oder eines leitenden Gesellschafters (§ 7 Abs. 4 HwO) den Handwerksbetrieb als Geselle drei Jahre lang selbstständig führt, vorausgesetzt, die Handwerkskammer verlängert großzügig die Frist des § 4 Abs. 2 Satz 1 HwO. Auch einem Handwerksgehilfen, der aufgrund einer Ausnahmegewilligung nach § 8 HwO einen Handwerksbetrieb drei Jahre lang selbstständig betrieben hat, kann der Nachweis der Voraussetzungen i.S.d. EWR/EWG-HwV gelingen. Zweifelhaft ist jedoch, ob mit der Leitung eines unerheblichen handwerklichen Nebenbetriebs oder eines Hilfsbetriebs, der z.B. zu einem großen Handelsunternehmen gehört und nach § 3 Abs. 1 HwO nicht den Anforderungen der Handwerksordnung unterliegt, auch das Merkmal der Tätigkeit in „leitender Stellung“ erfüllt werden kann. Dasselbe gilt für die Frage, ob die dreijährige selbstständige oder leitende Tätigkeit legal gewesen sein muss.³⁹⁸ Der österreichische Verfassungsgerichtshof scheint eine legale Tätigkeit vorauszusetzen.³⁹⁹

b) Fallgruppe der Berufsausübung

Durch das EuGH-Urteil vom 3.10.2000 ergibt sich bei der Berufsausübung eine weitere Differenzierung zwischen den inländischen Handwerkern und Handwerkern aus anderen EU-Mitgliedsstaaten, die von der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen. EU-Handwerker, die von ihrem Heimatland aus grenzüberschreitend in Deutschland Dienstleistungen erbringen, sind in erheblichem Umfang von insbesondere verfahrensmäßigen Pflichten befreit. Dies bedeutet für die EU-Handwerker beträchtliche Vorteile, deren Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz zu überprüfen ist. Sollte dies nicht der Fall sein, müssten auch die deutschen Handwerker von diesen Pflichten entlastet werden; die Aufbürdung der Pflichten auf die EU-Handwerker wäre wiederum gemeinschaftsrechtswidrig.

(1) Keine Niederlassung in Deutschland

Die Privilegien gelten nur für Handwerker, die keine Niederlassung in Deutschland besitzen und lediglich vom Ausland aus grenzüberschreitende Dienstleistungen in Deutschland erbringen. Schon aufgrund dieser Tatsache wird die Tätigkeit in Deutschland eher gering ausfallen, also nicht kontinuierlich, sondern vorübergehend und punktuell stattfinden.

Der im Inland ansässige selbstständige Handwerker kann sich in aller Regel nicht mit einer bloß gelegentlichen Tätigkeit begnügen, § 1 Abs. 1 HwO. Somit bestehen für die beiden zu vergleichenden Handwerkergruppen völlig unterschiedliche Rahmenbedingungen. Während ein Handwerker, der seine Dienstleistungen grenzüberschreitend erbringt, schon allein durch

³⁹⁸ *Mirbach*, in: NVwZ 2001, S. 161 (163) bejaht die erste und verneint die zweite Frage.

³⁹⁹ Der österreichische Verfassungsgerichtshof hebt in seiner Entscheidung vom 9.12.1999 hervor, „Voraussetzung dafür, dass ein EWR-Bürger eine selbstständige Tätigkeit in Österreich ... gesetzmäßig ausgeübt habe, sei, „dass er bereits einen Befähigungsnachweis erbracht oder eine Nachsicht vom Befähigungsnachweis erlangt habe“, in: GewArch 2000, S. 113 ff.

die äußeren Umstände im Ausmaß seiner Tätigkeit im Inland beschränkt wird, wäre es ein sehr seltener Ausnahmefall, wenn ein inländischer Handwerker nur in einem derart geringen Umfang tätig würde, wie dies im grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr der Fall ist. Deshalb sind hier die gleichen Argumente heranzuziehen, mit denen das Bundesverfassungsgericht das Lokalisierungsgebot für im Inland niedergelassene Rechtsanwälte gebilligt hat.⁴⁰⁰ Das Bundesverfassungsgericht ging davon aus, dass ein Anwalt aus einem anderen EG-Mitgliedstaat vor den deutschen Gerichten nur zeitlich begrenzt tätig sein wird, während der inländische Rechtsanwalt regelmäßig eine Dauertätigkeit ausüben wird. Gerade diese dauerhafte Tätigkeit rechtfertigt den Grundsatz der Lokalisierung aus verfahrensbezogenen und prozessökonomischen Gründen. Auch bei den verfahrensmäßigen Regelungen der Gewerbe und der Handwerksordnung geht es um die effektive Kontrolle einer auf Dauer angelegten gewerblichen bzw. handwerklichen Tätigkeit.

(2) *Sonderregelung für lediglich vorübergehende Tätigkeiten eines Inländers?*

Fraglich bleibt, ob Gesetzgeber eine Sonderregelung für diejenigen schaffen muss, die ihr Handwerk tatsächlich nur vorübergehend betreiben wollen. Die nur vorübergehende selbstständige Ausübung eines Inländers ist äußerst untypisch und bereitet zudem erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Im Wege der Typisierung konnte der Gesetzgeber daher diese seltenen Sachverhalte vernachlässigen. Ein weiterer Gesichtspunkt lässt die Differenzierung zwischen den inländischen Handwerkern und EU-Handwerkern ebenfalls weniger einschneidend erscheinen. Ein Handwerker, der im Ausland ansässig ist und nur im Wege des Dienstleistungsverkehrs in Deutschland tätig wird, unterliegt meistens bereits den Berufsausübungsregeln seines Heimatstaates, wodurch ihm wahrscheinlich schon Pflichten zu Registrierung und Anzeige seines Gewerbes sowie zum Beitritt in einen Berufsverband auferlegt wurden. Damit ist festzuhalten, dass der EU-Handwerker trotz seiner verfahrensmäßigen Begünstigung im Inland nicht notwendig besser gestellt als der inländische selbstständige Handwerker. Es gilt weiterhin zu beachten, dass dem einzelnen EU-Handwerker die Erfüllung von Pflichten zur Berufsausübung in den jeweiligen Herkunftsstaaten vertrauter ist und damit auch leichter fällt. Weiterhin besteht nicht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Sonderregelung für inländische Handwerker, die ihr Gewerbe nur kurzfristig betreiben wollen. Da eine lediglich kurzfristige gewerbliche Tätigkeit bei Inländern selten vorliegt, ist der Gesetzgeber angesichts dieser atypischen Fälle befugt, diese seltenen Fälle im Wege der Typisierung zu vernachlässigen. Die vorliegend geschilderte Differenzierung ist damit gerechtfertigt.

8. Aushöhlung des Meisterbriefes

Deutsche Handwerker, die die Meisterprüfung im Inland nicht bestanden haben, könnten die nationalen Zulassungsregeln legal umgehen, indem sie eine zeitlang im Ausland tätig werden und dann zurückkehren, wenn sie die Voraussetzungen der EWG/EWR-HwV erfüllen.

⁴⁰⁰ BVerfG, in: NJW 1990, S. 1033.

a) Umgehung nationaler Vorschriften

Diese zulässige Umgehung⁴⁰¹ nationaler Berufszugangs- und –ausübungsvorschriften durch Inländer könnte eine Aushöhlung des Großen Befähigungsnachweises bedeuten. Diese Möglichkeit wird freilich wegen Sprachbarrieren und Mentalitätsunterschieden bislang kaum genutzt; eigens vom Handwerk initiierte Maßnahmen wie Fremdsprachenförderung und Lehrlingsaustausch könnten diese Praxis jedoch langfristig fördern.⁴⁰² Eine weitere Aushöhlung des Großen Befähigungsnachweises könnte unter folgendem Aspekt bedenklich sein. Sollte die Erfüllung der Voraussetzungen der sog. zweiten Anerkennungsrichtlinie zur Führung des Meistertitels sowie zur Lehrlingsausbildung in Deutschland führen, ohne dass eine Meisterprüfung in Deutschland abgelegt wurde, so wären zwei wesentliche mit der Meisterprüfung verbundene Berechtigungen nicht mehr mit dem Bestehen derselben verbunden. Betrachtet man den Wortlaut des Artikels 12 der Richtlinie, so heißt es dort, dass den Bewerbern aus einem anderen EU-Mitgliedsstaat, sofern diese die Voraussetzungen der Richtlinie erfüllen, das Recht zugestanden wird, „die diesem Beruf entsprechende Berufsbezeichnung des Aufnahmestaates zu führen.“ Im Gegensatz zu Orthopädiemechaniker oder Vergolder ist der Meistertitel keine Berufsbezeichnung, sondern ein berufsqualifizierender Titel. Daher dürfen auch die Handwerker, die ausnahmsweise nach § 8 HwO in die Handwerksrolle eingetragen wurden, diesen Titel nicht führen. Fraglich bleibt jedoch, ob sich eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung der Richtlinie bietet, die bei ihrem Erlass auf die Artikel 49, 57 Abs. 1 und 66 EWG gestützt wurde.⁴⁰³ Der hier maßgebliche Art. 47 Abs. 1 EGV sieht den Erlass von Richtlinien zur Erleichterung der Aufnahme und der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit vor. Das Recht zur Führung des Meistertitels erleichtert jedoch nicht die Aufnahme einer selbstständigen handwerklichen Tätigkeit in Deutschland, da eine solche schon ausnahmsweise zu genehmigen ist, wenn die Voraussetzungen der EWG/EWR-HwV erfüllt sind. Es könnte jedoch eine Erleichterung der Berufsausübung darstellen, da der Meistertitel für den Kunden Ausdruck von fachlicher Kompetenz und damit ein gutes Werbemittel ist.⁴⁰⁴ Eine Auslegung, die zur Titelführung berechtigt, reicht unzulässig über den Gehalt des Art. 47 Abs. 1 EGV hinaus. Die in § 51 HwO niedergelegte Befugnis zur Titelführung wird ganz wesentlich an der bestandenen Meisterprüfung festgemacht und ist damit ein bestehender Grundsatz der Berufsordnung, womit die Richtlinie in den Anwendungsbereich des Art. 47 Abs. 2 EGV fallen würde. Dieser ist aber nicht Rechtsgrundlage der Richtlinie.⁴⁰⁵

b) Gemeinschaftsrechtliche Kompetenzen für handwerkrechtliche Regelungen

Zuständigkeiten der Kommission, des Rates und des Europäischen Parlamentes müssen sich im Handwerksbereich auf die Art. 43 ff. EGV stützen lassen. Aus Art. 43 Abs. 1 Satz 1 EGV leitet sich die Befugnis ab, Deutschland daran zu hindern, neue Niederlassungsbeschränkun-

⁴⁰¹ EuGH Rs. 115/78, Slg. 1979, S. 399 (408) Rn. 12; EuGH Rs. 136/78, Slg. 1979, S. 437 (447f.) Rn. 10-14; EuGH Rs. 246/80, Slg. 1981, S. 2311 (2331) Rn 27.

⁴⁰² *Hollje-Lüerßen*, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 70.

⁴⁰³ Abl. 1992 Nr. L 209/25.

⁴⁰⁴ Die Meisterinnung der Friseure wirbt etwa mit dem Slogan: „Was Friseure können, können nur Friseure“.

⁴⁰⁵ *Hollje-Lüerßen*, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 71 f.

gen für Angehörige der anderen Mitgliedstaaten einzuführen. Eine Veränderungs- oder Verschärfungssperre für den Großen Befähigungsnachweis ergibt sich daraus jedoch nicht. Denn dem deutschen Gesetzgeber bleibt es unverändert möglich, die Vorschriften der Handwerksordnung auch verschärfend zu verändern, sofern nur die Zulassungsregeln für Bewerber, die nicht aus Deutschland kommen, entsprechend neutralisiert werden.

9. Abschaffung des Großen Befähigungsnachweises

Die Abschaffung des Großen Befähigungsnachweises ist ein großes Wagnis, da mit erheblichem Widerstand der Interessensverbände zu rechnen ist. Dennoch muss dieser Schritt auch ohne konkrete europarechtliche Zwänge überlegt werden.

a) Bedeutung des Meisterbriefs für die Ausbildung im Handwerk

Sofern der Nachwuchs auch von „nicht meisterlich qualifizierten“ Betrieben ausgebildet werden dürfte, besteht die Gefahr, dass auch die Qualifikation der ausgebildeten Lehrlinge sinkt. Dies könnte eine Reihe negativer Auswirkungen nach sich ziehen: den Ansehensverlust dieser Kräfte und damit verbunden eine geringere Einstellung in der übrigen gewerblichen Wirtschaft, was wiederum einen Rückgang der Ausbildungsverhältnisse bedeuten könnte. Dies könnte kostenintensive staatliche Maßnahmen zur Sicherung der Berufsbildung nach sich ziehen, weil allein durch den freien Markt eine volkswirtschaftlich ausreichende Bildung qualifizierter Kräfte (Humankapital) nicht zu erreichen ist.⁴⁰⁶ Für die Nachwuchsbildung könnte diese Qualifikation unerlässlich sein, denn fast immer kann nur derjenige gut ausbilden, der selbst eine gute Ausbildung genossen hat.

Aufgrund der hohen Arbeitskosten wird in das deutsche Handwerk oftmals eine hervorragende Qualifikation und ein hoher Qualitätsstandard hineingelegt, um Wettbewerbsfähigkeit zu begründen.⁴⁰⁷ Es muss jedoch eingewendet werden, dass eine lang zurückliegende Meisterprüfung keine Aussage über den derzeitigen oder zukünftigen Qualitätsstandard eines Handwerkers erlaubt, da auch die kontinuierliche berufliche Weiterbildung eine entscheidende Rolle spielt.⁴⁰⁸ Gleichwohl ist es gerade das durch die Meisterprüfung erreichte Qualifikationsniveau, das den Anschluss von technischem und fachlichem Wissen ermöglicht.

b) Bedeutung des Meisterbriefs für Qualität und Leistungsfähigkeit des Handwerks

Wenn in der Ausbildung zu einem Handwerksberuf notwendigerweise bestimmte fachliche Kenntnisse und Fertigkeiten erlangt werden müssen, muss auch in Form einer Prüfung festgestellt werden, ob das Ausbildungsziel erreicht wurde. Die Dreiteilung Lehrling/Geselle/Meister würde hinfällig, wenn sich auch der Geselle unternehmerisch betätigen kann. Diese Dreiteilung kann als Grundsatz der Berufsordnung, mangels Eingriffskompetenz, auch nicht durch eine europäische Richtlinie abgeschafft werden. Bleibt also die Frage nach der innerstaatlichen Gebotenheit. Die Dreiteilung ist selbst in Deutschland eine Besonderheit,

⁴⁰⁶ *Albach*, Deregulierung des Handwerks, S. 128 f.; *Kucera*, in: Kucera/Stratenwert: Deregulierung des Handwerks, S. 23 (32 ff).

⁴⁰⁷ *Albach*, Deregulierung des Handwerks, S. 58.

⁴⁰⁸ *Maschmann*, in: ZRP 1990, S. 434 (435).

die nur im Handwerk existiert und in den nicht-handwerklichen Ausbildungsberufen unbekannt ist. Aufgrund der in den Art. 149, 150 EGV niedergelegten Schranken wäre es nicht möglich, in fundamentale Grundsätze der nationalen Bildung wie das duale Ausbildungssystem oder die berufsqualifizierende Dreiteilung im Handwerk einzugreifen. Unabhängig von der Kompetenz, die unterschiedlichen Bildungs- und Ausbildungssysteme zwangsweise einander anzunähern, besteht natürlich die Möglichkeit, die Besonderheiten eines Systems, das für besser gehalten wird als das Eigene, freiwillig zu übernehmen. Über Art. 47 Abs. 2 S. 2 EGV wird sichergestellt, dass gegen den Willen Deutschlands keine Sekundärrechte erlassen werden können, die den Großen Befähigungsnachweis aushebeln.⁴⁰⁹

10. Perspektiven

Eine Überprüfung der subjektiven Zulassungsbeschränkungen auf ihre Notwendigkeit wird in einem regelmäßigen Turnus stattfinden müssen, wobei der Verbraucherschutz und artikulationsfähige Allgemeininteressen, nicht hingegen Standesinteressen, als Meßlatte anzulegen sind. Die Konsequenz dieser Notwendigkeitsüberprüfung wird eine „Verschlankung“ der Anlage A zur Handwerksordnung sein, indem industrielle und elektronische Randbereiche herausgenommen werden. In den traditionellen Kernbereichen des Handwerks mit hohen Ausbildungszahlen, sowie in den sicherheitsempfindlichen Bereichen wird demgegenüber die Meisterprüfung noch lange fortbestehen. Teilweise wird sogar ein Anstieg der Anforderungen prognostiziert.⁴¹⁰

F. Berufszulassungs- und Ausübungsregeln am Maßstab der Niederlassungsfreiheit

Art. 43 EGV, der die Niederlassungsfreiheit der Unionsbürger festschreibt, wurde oftmals nur sehr verkürzt als bloßes Diskriminierungsverbot interpretiert. Diese Auslegung führte zu einer regen Diskussion in der Literatur, da schon der Wortlaut des Art. 43 EGV für einen Regelungsgehalt der beiden Absätze spricht, und zwar in der Gestalt, dass es sich im ersten Absatz um ein Beschränkungsverbot, also um ein Freiheitsrecht handelt, während der zweite Absatz ein Diskriminierungsverbot und damit ein Gleichheitsrecht beinhaltet.⁴¹¹ Inzwischen wird allgemein anerkannt, dass die Niederlassungsfreiheit im Gegensatz zur Dienstleistungsfreiheit über ein Diskriminierungsverbot hinausgeht und auch ein Beschränkungsverbot enthält.⁴¹² Folglich ist im Wesentlichen die Frage zu stellen, wie weit das Beschränkungsverbot reicht. Durch eine Analyse der bisherigen Rechtsprechung muss die Reichweite der Niederlassungsfreiheit ermittelt werden um festzustellen, welche nationalen Berufszulassungs- und –ausübungsvorschriften bei der gewerblichen Niederlassung eines Unionsbürgers im Inland Bestand haben können.

Niederlassungsfreiheit bedeutet, dass es den Angehörigen jedes Mitgliedstaates freisteht, in das Wirtschaftsleben der anderen Mitgliedstaaten einzutreten. Sie müssen jedoch die rechtli-

⁴⁰⁹ *Hollje-Lüerßen*, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 112 und 106.

⁴¹⁰ *Czybulka*, in: *GewArch* 1994, S. 89 (95).

⁴¹¹ Eingehender *Jeder*, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, S. 36 ff.

⁴¹² Noch ablehnend *Nachbaur*, Niederlassungsfreiheit, S. 143-168.

chen Voraussetzungen des Aufnahmestaates annehmen auch wenn die restriktiv sind, da Art. 43 EGV nur eine Inländergleichbehandlung gewährleistet, aber kein generelles Beschränkungsverbot. Hindernisse der Niederlassungsfreiheit, die sich aus den unterschiedlichen nationalen Vorschriften ergeben, lassen sich nicht allein durch Liberalisierung beseitigen, sondern nur durch Koordinierung und Erlass der im Art. 47 EGV vorgesehenen Richtlinien beseitigen.⁴¹³ Sofern die rechtlichen Bestimmungen unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, kommt eine ebenfalls verbotene, versteckte Diskriminierung in Betracht; Diskriminierung durch Eintragung in die Handwerksrolle, als Voraussetzung für die Niederlassung. Ausländer haben regelmäßig keine Handwerksausbildung im Inland absolviert. Sie können jedoch eine Eintragung in die Handwerksrolle gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 HwO erreichen, so dass diese Vorschriften der Handwerksordnung nicht diskriminierend wirken.

Nach der Auffassung des EuGH sind den Handwerkern aus anderen EU-Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungsfreiheit weitgehende Erleichterungen bei den Berufszulassungs- und Ausübungsregeln einzuräumen. Daher ist die Frage aufzuwerfen, ob dies auch für die EU-Ausländer gelten muss, die sich im Inland gewerblich niederlassen wollen.

Im Endeffekt werden wohl keine so weitgehenden Erleichterungen notwendig, da bei einer Niederlassung insbesondere das Merkmal der Doppelbelastung entfällt. Der Handwerker unterliegt dann, etwa bei den Kammerbeiträgen, nur den inländischen Verpflichtungen und nicht gleichzeitig den möglichen Beitragsverpflichtungen seines Heimatlandes. Hinsichtlich der Meisterprüfung ist jedoch eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, da ansonsten eine gemeinschaftswidrige Behinderung des EU-Handwerkers vorliegt. Gleichwohl werden bei einer dauerhaften Niederlassung in Deutschland keine verfahrensrechtliche Erleichterungen bei der Eintragung in die Handwerksrolle, der Erteilung der Handwerkskarte sowie der Kammermitgliedschaft erforderlich. Im Gegensatz zu einer nur vorübergehenden Dienstleistung sind diese Formalia nicht geeignet, eine dauerhafte Niederlassung im Inland unattraktiv zu gestalten oder gar zu unterbinden.

Eine differenzierte Betrachtungsweise zu diesen Ausführungen ist geboten, wenn neben einer bereits bestehenden Niederlassung im Heimatland eine weitere Niederlassung im Inland gründen will. In dieser Fallkonstellation tritt wieder der Aspekt einer Doppelbelastung ins Spiel, der zu einer Verfahrensregelung auf europäischer Ebene führt. Hier muss zwischen einer eigenständigen Hauptniederlassung im Inland und einer bloßen unselbstständigen Zweigniederlassung unterschieden werden. Während für eine Hauptniederlassung im Inland keine Erleichterungen notwendig sind, müssen einer unselbstständigen Zweigniederlassung verfahrensrechtliche Erleichterungen, ähnlich wie bei einer nur vorübergehenden Dienstleistung, zugebilligt werden.

1. Das Diskriminierungsverbot des Niederlassungsrechts

Die Untersuchung des Art. 43 EGV zeigt, dass auch das gemeinschaftsrechtliche Kapitel über die Niederlassungsfreiheit als ein Beschränkungsverbot zu verstehen ist. Das niederlassungsrechtliche Beschränkungsverbot ist jedoch kein umfassendes Freiheitsrecht, das jede Behinderung eines Niederlassungsvorgangs durch einen Mitgliedstaat untersagt. Art. 43 EGV verbie-

⁴¹³ EuGH Rs. 221/85, Slg. 1987, S. 719 (737) Rn. 10.

tet nur unverhältnismäßige Behinderungen der Niederlassungsfreiheit. Ohne die Reduzierung des niederlassungsrechtlichen Beschränkungsverbot auf ein Verbot von unverhältnismäßigen Behinderungen der Niederlassungsfreiheit verbliebe kein Anwendungsbereich für die Integrationsnorm des Art. 47 EGV. Im Rahmen einer teleologischen Auslegung erfährt der Beschränkungsbegriff eine weitere Präzisierung. Im Rückgriff auf die Vertragsziele im Art. 2, 3 c) EGV kann die Gewährleistung nur grenzüberschreitende Niederlassungsvorgänge erfassen und nicht auch auf den innerstaatlichen Bereich übergreifen.

Unionsbürger werden unter bestimmten Voraussetzungen vom Erfordernis der Ablegung der Meisterprüfung als Berufszulassungsvoraussetzung befreit. Unter diesen Umständen kann es zu einer Ungleichbehandlung von deutschen und ausländischen Handwerkern kommen, die im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einen Handwerksbetrieb errichten wollen.

Ein Niederlassungsvorgang liegt vor, wenn ein selbstständiger gewerblicher Mittelpunkt, also eine Hauptniederlassung, oder eine Zweigniederlassung errichtet wird. Nach Art. 43 EGV ist die Bundesrepublik als Aufnahmestaat verpflichtet, die Niederlassungsbedingungen derart auszugestalten, dass sie den Bestimmungen, die für ihre eigenen Staatsangehörigen gelten, entsprechen. Danach beinhaltet Art. 43 EGV ein Beschränkungsverbot und ein Verbot der offenen Diskriminierung. Im Zusammenhang mit der Diskussion über das Verbot einer *discrimination à rebours* im Niederlassungsrecht wurde bereits ausführlich begründet, warum ein solches Verbot in diesem Vertragskapitel nicht angenommen werden kann.⁴¹⁴ Art. 43 Abs. 2 EGV begünstigt als einseitig formuliertes Gleichbehandlungsgebot nur EG-Ausländer, während die Inländer lediglich als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.

2. Die Niederlassungsfreiheit als ein Verbot der umgekehrten Diskriminierung

Wie nun bereits mehrfach ausgeführt, muss ein inländischer Handwerker nach dem geltenden deutschen Handwerksrechts erfolgreich die Meisterprüfung ablegen, bevor er eine selbstständige Tätigkeit aufnehmen kann. Hingegen werden an einen Handwerker, der einschlägige Berufserfahrungen im Ausland gesammelt hat, geringere Anforderungen gestellt. Ob eine solche umgekehrte Diskriminierung durch die gemeinschaftlichen Vertragsbestimmungen, insbesondere im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit, erlaubt ist, soll nun untersucht werden.

In der Rechtsprechung des EuGH wird die Frage nach der Zulässigkeit einer umgekehrten Diskriminierung (*discrimination à rebours*, Inländerdiskriminierung) als ein Problem des persönlichen Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots anhängig gemacht. Zum persönlichen Anwendungsbereich des Niederlassungsrechts äußerte sich der EuGH in der Rechtssache „Knoors“. In diesem Fall wollte ein holländischer Handwerker, der mehrere Jahre im EG-Ausland tätig war, seinen Beruf in seinem Heimatland ausüben, ohne jedoch die nationalen Bestimmungen für die Berufszulassung zu erfüllen. Seinem Antrag auf Befreiung vom Niederlassungsverbot nach der Richtlinie 64/427 wurde nicht entsprochen und zwar mit der Begründung, dass er als niederländischer Staatsbürger in den Niederlanden nicht als „Begünstigter“ dieser Richtlinie anzusehen sei. Der EuGH beantwortete die Vorlagefrage, ob auch die eigenen Staatsangehörigen zu den Begünstigten dieser Richtlinie zählen sind, eindeutig mit ja.

⁴¹⁴ Vgl. auch *Jeder*, Die Meisterprüfung auf dem Prüfstand, S. 36 ff.

Das Gericht stellte fest, dass der personelle Anwendungsbereich der Richtlinie 64/427 anhand von deren Zielen, nämlich der Erleichterung und der Verwirklichung der Freiheit der Niederlassung, des Allgemeinen Programms sowie den einschlägigen Vertragsvorschriften zu bestimmen ist.⁴¹⁵ In Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie in Verbindung mit dem Allgemeinen Programm würden die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ohne weitere Differenzierung als Begünstigte genannt. Damit wird der Begriff des Begünstigten, trotz des entgegenstehenden Wortlauts der Richtlinie, sehr weit ausgelegt.⁴¹⁶ Auch wenn Art. 43 EGV nicht auf „rein interne Verhältnisse“ eines Mitgliedstaates angewendet werden kann, könne sie nicht dahin ausgelegt werden, dass lediglich EG-Ausländer begünstigt werden, da die verbürgte Freiheit ansonsten nicht voll verwirklicht werden kann. Schließlich befinde sich der Staatsangehörige, der von der Niederlassungsfreiheit gegenüber seinem Herkunftsland Gebrauch macht, in einer mit anderen EG-Ausländern vergleichbaren Lage und müsse daher in den persönlichen Geltungsbereich des Art. 43 EGV miteinbezogen werden. Der sog. innerstaatliche Bereich, auf den die Vertragsbestimmungen keine Anwendung finden sollen, bleibt in der Rechtssache „Knors“ noch recht unbestimmt, so dass die Praktikabilität dieser Formel mit Recht in Frage gestellt wurde.⁴¹⁷ Wird dieser Bereich wie im „Debaue“-Urteil des EuGH derart bezeichnet, dass „die wesentlichen Elemente der Beschäftigung nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinweg reichen“⁴¹⁸, ist fraglich, ob dieses Kriterium bei der Niederlassungsfreiheit überhaupt von Bedeutung ist. Denn sobald eine Person in den Aufnahmestaat eingereist ist, spielt sich die Aufnahme und Ausübung des Berufes als wesentliches Element des Art. 43 EGV nur noch im innerstaatlichen Bereich ab. Im Jahre 1987 hat der Europäische Gerichtshof diese Formel insofern präzisiert, dass man darunter die Teilnahme am zwischenstaatlichen Personenverkehr zu verstehen habe.⁴¹⁹ Zum innerstaatlichen Bereich zählen also die Fälle derjenigen Unionsbürger, die niemals in einem anderen Mitgliedstaat gelebt oder gearbeitet haben so die Rechtsprechung des EuGH.⁴²⁰ Zu der älteren Literatur ist zu bemerken, dass das Problem der umgekehrten Diskriminierung entweder gar nicht erwähnt⁴²¹ oder wie selbstverständlich angenommen⁴²² wird. An die Möglichkeit einer umgekehrten Diskriminierung hatte man zuerst nicht gedacht, da man es als abwegig erachtete, dass ein Mitgliedstaat seine eigenen Staatsangehörigen gegenüber Ausländern schlechter stellen könnte. Bei der Gründung der EG war man davon überzeugt, dass sich der Gemeinsame Markt allein durch die Abschaffung der Ausländerdiskriminierung verwirklichen ließe. Durch den Fortschritt der Integration hat die Ungleichbehandlung zulasten der Inländer jedoch weiter zugenommen, weshalb man auf

⁴¹⁵ EuGH Rs. 115/78, Slg. 1979, S. 399 (407) Rn. 8.

⁴¹⁶ Dies gesteht auch *GA Reischl*, in seinem Schlussantrag, EuGH Rs. 115/78, Slg. 1979, S. 413 (415) ein.

⁴¹⁷ *GA Warner*, in: EuGH Rs. 175/78, Slg. 1979, S. 1129 (1141ff); *Schlachter*, Discrimination à rebours, S. 106; *Reitmaier*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, S. 124f.

⁴¹⁸ EuGH Rs. 52/79, Slg. 1980, S. 833 (855) Rn. 9.

⁴¹⁹ EuGH Rs. 20/87, Slg. 1987, S. 4879 (4896) Rn. 13; *Schlachter*, Discrimination à rebours, S. 88, 105f, 139.

⁴²⁰ EuGH Rs. 20/87, Slg. 1987, S. 4879 (4896) Rn. 13.

⁴²¹ *Meyer-Marsilius*, Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 19.

⁴²² *Everling*, Der Gegenstand des Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, S. 16.

gemeinschaftlicher Ebene um eine Problemlösung bemüht war. In der neueren Literatur findet die Umkehrdiskriminierung eine breite Behandlung.⁴²³

Manche Autoren gehen sehr weit und leiten ein allgemeines Prinzip eines Verbots der discrimination à rebours her, das sich auch im Kapitel über die Niederlassungsfreiheit auswirkt. Art. 43 EGV kann kein Verbot der umgekehrten Diskriminierung entnommen werden, da nach dem Wortlaut des Art. 43 Abs. 2 EGV nicht die eigenen Staatsangehörigen durch das Diskriminierungsverbot begünstigt werden, sondern lediglich als Vergleichsmaßstab für die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten dienen. Der EG-Vertrag hat grundsätzlich auch den Charakter, indirekte Inländerdiskriminierung zu vermeiden. Durch die Integrationsfunktion des Gemeinschaftsrechts soll der indirekten Inländerdiskriminierung entgegengewirkt werden. Somit kann letztlich nur auf den Rechtsgebieten, die nicht unmittelbar vom Gemeinschaftsrecht beeinflusst werden und auf denen den Mitgliedstaaten die alleinige Gesetzgebungskompetenz zukommt, eine Inländerdiskriminierung möglich sein. Das Ausmaß der Inländerdiskriminierung hängt damit zwingend vom Harmonisierungsgrad der Rechtsverhältnisse in der EU ab. In Fällen der indirekten Inländerdiskriminierung werden die Bundesbürger somit unmittelbar durch eine Maßnahme des Bundesgesetzgebers diskriminiert und können sich weiterhin, wenn ein grenzüberschreitendes Element fehlt, auch nicht auf Gemeinschaftsrechte berufen. Anwendbar auf Akte des Bundesgesetzgebers sind jedoch Art. 3 Abs. 1 GG sowie die einschlägigen Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes, obwohl der Effekt der Inländerdiskriminierung aus der Einwirkung des Gemeinschaftsrechts resultiert. Rechtsakte zur Umsetzung von Richtlinien werden Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, weshalb auch eine grundrechtskonforme Ausgestaltung stattfinden muss.

Die Problematik der umgekehrten Diskriminierung könnte sich akzessorisch zu einer Erweiterung der Grundfreiheiten zuspitzen, wenn diese keine innerstaatlichen Sachverhalte erfassen. Eine Tendenz, den grenzüberschreitenden Bezug als Anwendungsvoraussetzung aufzugeben, ist in der Rechtsprechung des EuGH nicht erkennbar. Eine Aufgabe dieser Voraussetzung würde letztlich eine Beschneidung der Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten bedeuten.⁴²⁴

Versucht man die Inländerdiskriminierung auf der Gemeinschaftsebene zu beseitigen, indem der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auch auf innerstaatliche Sachverhalte ausgedehnt wird, geht damit wohl zwingend die Einebnung nationaler Eigenheiten einher. Selbst wenn nationale Besonderheiten aufgrund berechtigter Interessen anerkannt werden und damit eine Inländerdiskriminierung punktuell „gemeinschaftsfest“ wird, bleibt die Frage nach der rechtlichen Überprüfung weiterhin offen, ob es möglich wäre, dass der EuGH berechnete nationale Interessen am Maßstab der Grundfreiheiten überprüft. Gegenwärtig bleiben vor allem Bemühungen des nationalen Gesetzgebers sowohl im Hinblick auf Aus- als auch auf Inländerdiskriminierung abzuwarten. Festzuhalten bleiben zwei Lösungsmöglichkeiten: einerseits auf der Ebene des Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten, andererseits die Rechtsangleichung auf Gemeinschaftsebene.

⁴²³ Zum Begriff der Inländerdiskriminierung *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, S. 27 und S. 51f.

⁴²⁴ *Hammerl*, Inländerdiskriminierung, S. 200f.

3. Vereinbarkeit von deutschem Handwerksrecht mit der Niederlassungsfreiheit

Die Gründung eines Handwerksbetriebes impliziert das Streben nach einer dauerhaften beruflichen Tätigkeit. Die Errichtung eines solchen Gewerbebetriebes bedeutet daher eine Niederlassung i.S.d. Art. 43 EGV. Die Errichtung eines Handwerksbetriebes erfüllt weiterhin das Tatbestandsmerkmal der „selbstständigen Erwerbstätigkeit“. Denn ein Handwerksbetrieb setzt begrifflich, als besondere Form des stehenden Gewerbes, unter anderem eine dauerhafte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbstständige Tätigkeit voraus.⁴²⁵

Eine Beschränkung des Art. 43 EGV liegt vor, wenn eine nationale Regelung bzw. deren Anwendung die Teilnahme an zwischenstaatlichen Personenverkehr in Form eines Niederlassungsvorgangs in unverhältnismäßiger Weise behindert. Die nationalen Vorschriften des § 9 HwO i.V.m. EWR/EWG-HwV sind geeignet, einen zwischenstaatlichen Niederlassungsvorgang zu behindern. Fraglich bleibt, ob die deutschen Interessen an diesen Berufsregelungen gerechtfertigt sind. Schließlich würde eine vollständige Liberalisierung des deutschen Handwerksrechts einen wesentlich geringeren Eingriff darstellen. Dies würde jedoch die Kompetenzen der nationalen Gesetzgeber zur Regelung des Berufrechts, die trotz des gemeinschaftsrechtlichen Einflusses verblieben sind, außer Acht lassen. Ein vollständige Liberalisierung wäre ein milderer, aber zugleich unzulässiges Mittel, die Vertragsziele der Art. 3 c) EGV, 43 Abs. 2 EGV zu verwirklichen. Darüber hinaus genügt die Vorschrift des § 9 HwO i.V.m. EWG/EWR-HwV den Erfordernissen einer Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, da die mit den Berufszulassungsregeln national verfolgten Interessen nicht außer Verhältnis zum Gemeinschaftsinteresse steht.

G. Handwerksnovelle zum 1.1.2004: Die rechtliche Zukunft des deutschen Handwerks im geeinten Europa

Bei der Beurteilung eines Deregulierungspotentials und -bedarfs im Handwerksrecht haben sich die Vorzeichen geändert. Ein im Auftrag der Deregulierungskommission beim Bundesminister für Wirtschaft erstelltes Gutachten kam zu dem Schluss, dass kein Deregulierungsbedarf im Handwerksrecht bestehe. Vor allem könne dieser nicht mit dem Hinweis auf die Inaktualität und Irrelevanz des für das Handwerk typischen Wechselwirkungszusammenhangs von Leitungsstand, Qualifikationspotential und Qualifizierungssystem begründet werden.⁴²⁶ Dennoch hat die Kommission Vorschläge zum Abbau marktwidriger Regulierungen unterbreitet.⁴²⁷

Nunmehr hat die Politik einen Modernisierungsbedarf als bestehend erachtet und mit der Handwerksnovelle von 1. Januar 2004⁴²⁸ umgesetzt. Die nicht rechtsverbindlichen „Leipziger

⁴²⁵ Zu den positiven Merkmalen des Gewerbebegriffs vgl. BVerwG, in: NJW 1977, S. 722 f.

⁴²⁶ Kucera/Stratenwerth, Deregulierung des Handwerks, S. 15 f.

⁴²⁷ Vgl. Hoffmann, in: GewArch 1991, S. 256ff. und 296ff.

⁴²⁸ Das Vorhaben die Handwerksordnung zu modernisieren und zu verschlanken kündigte der Bundeskanzler im Rahmen einer Regierungserklärung vom 14.3.2003 an. Daraufhin wurde am 23.4.2003 ein Regierungsentwurf vorgelegt, der in einen von den Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eingebrachten Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften

Beschlüsse⁴²⁹ des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrecht“ haben nicht die erhofften Impulse ausgelöst, die jetzt von der Handwerksnovelle erwartete werden.

Mit dem Gesetz zu Änderung der HwO und zur Förderung von Kleinunternehmen (Kleinunternehmergesetz)⁴³⁰ sowie dem Dritten Gesetz zur Änderung der HwO und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften⁴³¹ wurde ein erster Schritt unternommen. Durch dieses Regelungswerk soll eine Zugangserleichterung für Existenzgründer geschaffen und die im Handwerksbereich bestehende Inländerdiskriminierung gegenüber Handwerkern aus anderen EU-Mitgliedstaaten eingedämmt werden.

Die zentralen Ansatzpunkte sind dabei, den Meistervorbehalt im Handwerk für eine Existenzgründung auf gefahrgeneigte Berufe zu beschränken; nunmehr besteht nur noch für 41 Handwerke eine Zulassungspflicht. Weiterhin wird das Inhaberprinzip aufgegeben und berufserfahrenen Handwerkergehilfen nach sechs Jahren handwerklicher Tätigkeit erleichterte Zugangsbedingungen zum Vollhandwerk geboten. Motiviert war die Gesetzesnovelle sowohl durch Strukturkrise im Handwerk als auch durch gemeinschaftsrechtliche Aspekte, die eine Inländerdiskriminierung bewirken können.

mündete, Drucksache 15/1206. Dieser Gesetzesentwurf führte zu Anträgen der CDU/CSU, Drucksache 15/1107, sowie der FDP, Drucksache 15/1108 und wurde erstmals am 27.6.2003 im Bundestag beraten. Das Dritte Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung ist mit Wirkung vom 24.12.2003 zum 1.1.2004 in Kraft getreten.

⁴²⁹ Die „Leipziger Beschlüsse“ des Bund-Länder-Ausschusses „Handwerksrechts“, BAnz. 2000, Nr. 234, S. 23193 ff.; GewArch 2001, S. 123 ff, gliedern sich in zwei Teile. Der erste Teil befasst sich mit den Erfordernissen an eine Eintragung in die Handwerksrolle nach § 1 Abs. 1 HwO und beschäftigt sich mit den wesentlichen Tätigkeiten eines Handwerksberufs. Dargelegt wird die Bedeutung der durch die HwO-Novelle 1998 konkretisierten „Meisterprüfungsbilder“ im Hinblick auf das Vorliegen einer wesentlichen Tätigkeit eines Handwerks. Es wird betont, dass es sich um Tätigkeiten handeln muss, die den Kernbereich des jeweiligen Handwerks ausmachen, ihm sein essentielles Gepräge geben und die aufgrund der Schwierigkeit der Erlernbarkeit der für eine sachgerechte Ausübung erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten die Dauer einer handwerklichen Ausbildung rechtfertigen. Nur wenn man die in den Meisterprüfungsberufsbildern aufgeführten Tätigkeiten in diesem Sinne wertend anwendet, handelt es sich bei den Meisterprüfungsberufsbildern um eine weiterhin wichtige und letztlich auch unverzichtbare Entscheidungshilfe bei der Bedeutungseinstufung von handwerklichen Tätigkeiten i.S.v. § 1 Abs. 2 HwO.

Der zweite Teil der Beschlüsse befasst sich mit der Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks nach § 8 HwO. Neben einem Katalog von zwölf Ausnahmegründen enthält dieser Teil das tatsächlich neue Anliegen der Beschlüsse. Den zuständigen Entscheidungsbehörden wird empfohlen bei Vorliegen eines der aufgeführten Ausnahmegründe davon auszugehen, dass dem Antragsteller die Ablegung der Meisterprüfung unzumutbar im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 2 und 3 HwO ist. Mit ausführlichen Anmerkungen zu den Leipziger Beschlüssen Heck, in: WiVerw 2001, S. 277 ff.

⁴³⁰ Sog. „Kleine Handwerksnovelle“ vom 24.12.2003, BGBl I, S. 2933, in Kraft getreten am 30.12.2003.

⁴³¹ Sog. „Große Handwerksnovelle“ vom 24.12.2003, BGBl I, S. 2943, in Kraft getreten am 1.10.2004.

1. Statistische Auswertung: Überwinden einer Strukturkrise durch die Handwerksnovelle?

Im Handwerk hat sich schon seit 1995 statistisch eine anhaltende negative Entwicklung herauskristallisiert. Die Beschäftigtenzahlen sind von 6,085 Millionen in 1995 auf 4,456 Millionen im ersten Halbjahr 2002 zurückgegangen, während sich die Beschäftigungszahlen in der Gesamtwirtschaft bis zum Jahr 2002 leicht erhöht haben. Die Zahl der Unternehmen ist ebenfalls rückläufig. Die durchschnittliche Zahl der Beschäftigten pro Unternehmen ist von 11,2 in 1995 auf 9,2 in 2001 gesunken. Der Umsatz ist um 5,3% von nominal 409,3 Milliarden Euro in 1995 auf 387,6 Milliarden Euro in 2001 gesunken. Damit hat sich auch der Anteil des Handwerks an der Bruttowertschöpfung von 10,7% in 1994 auf 8% in 2002 reduziert.

Betrachtet man die Zahl der Meisterprüfungen ist auch dort ein Rückgang um 44,3% von 54 106 in 1995 auf 30164 in 2001 zu verzeichnen. Damit würde auch die Zahl der Jungmeister zukünftig nicht mehr ausreichen, um das bereits jetzt niedrige Niveau von geschätzten 26000 bis 27000 Unternehmensneugründungen zuzüglich möglicher 600 bis 7000 wirtschaftlich sinnvoller Betriebsübernahmen pro Jahr zu halten.⁴³²

a) Gesetzgeberische Intention

Die Handwerksnovelle soll nach der Intention des BMWA die Strukturkrise des Handwerks überwinden, indem ein deutlicher Impuls für Beschäftigung und Ausbildung auf das Handwerk wirkt; Neugründungen und Unternehmensnachfolgen erleichtert werden. Zudem ist eine Steigerung des Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit beabsichtigt. Gleichzeitig soll durch die Novelle ein Beitrag zum Abbau der Schwarzarbeit geleistet sowie eine Steigerung der Attraktivität der Ausbildung im Handwerk bewirkt werden. Unter den Vorzeichen seiner derzeitigen Strukturen könne das Handwerk nur unzureichend auf die Herausforderungen des Marktes reagieren. Bei der Entwicklung innovativer Konzepte erscheint die Gewerbeabgrenzung als Hindernis, verschiedene Leistungen kundengerecht zu bündeln und aus einer Hand anbieten zu können. Dadurch werde einerseits das Angebot für den Kunden attraktiver, andererseits könne auch die Schwarzarbeit zurückgedrängt werden.⁴³³

b) Umsetzung europarechtlicher Vorgaben durch die Handwerksnovelle

Mit der Handwerksnovelle intendiert der Gesetzgeber eine Beseitigung bzw. einen Abbau der Inländerdiskriminierung, weil die Angehörigen anderer EU/EWR-Staaten, mit Ausnahme der Gesundheitshandwerke, für die Zulassung zu einer selbstständigen Handwerksausübung lediglich Berufserfahrung nachweisen müssen. Daher erscheinen ihm viele Zulassungsbeschränkungen nicht mehr gerechtfertigt. Die vom Bundesverfassungsgericht in seiner Ent-

⁴³² *BMWA*, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96, S. 28, unter Berufung auf die Daten des Statistischen Bundesamtes, des Instituts für Mittelstandsforschung Bonn, des Rheinisch-Westfälischen Instituts für Wirtschaftsforschung und der Rollenstatistik des ZDH.

⁴³³ *BMWA*, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96, S. 28; die vollständige Fassung der Begründung ist zu finden unter www.bmwi.de/Homepage/Politikfelder/Brachenfokus/Handwerk.

scheidung vom 17. Juli 1961⁴³⁴ anerkannten Gründe für die Rechtfertigung der im handwerklichen Befähigungsnachweis liegenden subjektiven Zulassungsbeschränkung basieren auf Wirtschaftsdaten des Handwerks der fünfziger Jahre. Die heutige Entwicklung des Handwerks könne die damaligen Entscheidungsgründe nicht mehr tragen. So habe sich die Dynamik der übrigen gewerblichen Wirtschaft ohne ein Erfordernis der Meisterprüfung stärker entwickelt als im Handwerk.⁴³⁵

c) Zulassungsbeschränkungen nur in Gefahrenbereichen

Kern der Handwerksnovelle ist die Beschränkung des Meisterbriefes in seiner Funktion als Berufszulassungsschranke auf den unbedingt erforderlichen Bereich, nämlich der Abwehr von Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter. Im Interesse der Abwehr von Gefahren für Gesundheit und Leben Dritter ist es erforderlich, Zugangsvoraussetzungen zur Handwerksausübung für einschlägige Gewerbe zu erhalten. Die dabei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Vorgaben werden erfüllt, wenn lediglich solche Handwerke im Berufszugang beschränkt werden, deren unsachgemäße Ausübung eine Gefahr für Leben oder Gesundheit Dritter darstellt. Gefahrgeneigt sind solche Handwerke, deren fachgerechte Ausübung mit dem Ziel der Vermeidung von Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter in der Regel eine besonders gründliche Ausbildung erfordern.⁴³⁶ Bei einer solchen „gefahrgeneigten“ Tätigkeit muss sichergestellt werden, dass sie nur von Personen mit entsprechendem Qualifikationsnachweis ausgeübt wird. In diesem Bereich muss der Kunde auf besondere staatliche Fürsorge vertrauen können, da er nicht auf Mittel wie Schadensersatz und Mängelbeseitigung verwiesen werden kann. Auch Gründe der allgemeinen Gefahrenabwehr rechtfertigen eine Berufszulassungsschranke bei derartigen Tätigkeiten.⁴³⁷

(1) *Neustrukturierung der Anlagen A und B zur Gewerbeordnung*

Der Katalog der derzeitigen Gewerbe der Anlage A wird neu strukturiert unter dem Gesichtspunkt, dass jedenfalls für die Gewerbe mit Gefahrenpotenzial die handwerkliche Meisterprü-

⁴³⁴ In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks und die Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft als Beispiele für Gemeinschaftsinteressen angeführt, die eine Einschränkung des Art. 12 GG rechtfertigen können, BVerfGE 13, S. 97; diese Beispiele sind dem Gesetzgeber nicht absolute, allgemein anerkannte und von der Politik des Gemeinwesens unabhängige Gemeinschaftswerte, wie beispielweise die Volksgesundheit vorgegeben, sondern sie ergeben sich erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen, die er also selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsgüter erhebt.

⁴³⁵ Insbesondere könnten Berufsverbote nicht aus historischen oder kulturellen Gründen aufrechterhalten werden. Außerdem habe die technische Entwicklung zur Vereinfachung vieler Handwerksarbeiten geführt. Durch vorgefertigte Materialien, neue Maschinen und neue Verfahren haben sich viele Handwerksarbeiten derart vereinfacht, dass sie schnell und einfach erlernbar sind, *BMW*, in: *Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 96, S. 28 (29).

⁴³⁶ *Kormann/Hüpers*, in: *GewArch* 2004, S. 353.

⁴³⁷ BT-Drs. 15/1206, S. 22.

fung aufrechterhalten bleibt.⁴³⁸ Im Zuge der Neustrukturierung der Anlagen zur Gewerbeordnung drängte insbesondere die Bayerische Staatsregierung auf die Einführung einer Revisionsklausel, wonach auch in regelmäßigen Abständen die Einordnung der Gewerbe in die Anlagen A und B auf ihre Übereinstimmung mit der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung überprüft wird.⁴³⁹ Durch die Beschränkung der Anlage A auf gefahrgeneigte Tätigkeit⁴⁴⁰ wird für 65 Handwerke die Inländerdiskriminierung beseitigt, da für die Ausübung der in Anlage B überführten Handwerke kein Meisterbrief mehr erforderlich ist. Die Anforderungen an Inländer zur selbstständigen Ausübung dieser Handwerke sind damit nicht mehr höher als die an die Angehörigen anderer EU-Staaten. Bei Handwerken, die in Anlage A verbleiben, sollen für „erfahrene“ oder „qualifizierte“ Gesellen die Unterschiede zwischen den Anforderungen an Inländer und denen an Mitglieder anderer EU-Staaten und des EWR-Raum, die in Deutschland selbstständig handwerklich tätig werden wollen, verringert werden.

(2) „Altgesellenregelung“

Künftig dürfen also auch Gesellen Handwerke der Anlage A selbstständig ohne Erfordernis einer Meisterprüfung oder eines sonstigen Befähigungsnachweises ausüben, wenn die Gesellentätigkeit bereits zwölf Jahre besteht, wovon mindestens fünf Jahre in herausgehobener verantwortlicher oder leitender Stelle wahrgenommen wurden.⁴⁴¹ Der Gesetzgeber legte auch in diese spezielle Regelung zur Selbstständigkeit qualifizierter Gesellen des § 7b HwO die Intention die Inländerdiskriminierung zu beseitigen. Währenddessen bestreitet ein Teil der Literatur die Existenz der Inländerdiskriminierung im deutschen Handwerksrecht.⁴⁴² Hier werden je-

⁴³⁸ Durch die Neustrukturierung der Anlagen A und B zur Handwerksordnung verbleiben nur noch 41 der vormals 94 Handwerke in der Anlage A als zulassungspflichtige Handwerke. 53 Handwerke werden als zulassungsfreie Handwerke in der Anlage B Abschnitt 1 aufgenommen. In diesen „B1“-Handwerken kann der Meisterbrief freiwillig erworben werden. Die bisher handwerksähnlichen Gewerbe der Anlage B sind nun unter der neuen Bezeichnung „B2“ zu finden, vgl. dazu *Schwannecke/Heck*, in: *GewArch* 2004, S. 129 (141).

⁴³⁹ *BayStMWVT*, in: *GewArch*, 2003, S. 289. Eine siebenjährige Revision könne dazu beitragen, dass ein leistungsfähiger Berufsstand erhalten bleibe und die Möglichkeit erhalte sich leistungsfähig, modern und flexibel weiterzuentwickeln, *Traublinger*, in: *GewArch* 2003, S. 353 (358). Die vorgeschlagene Revisionsklausel hat jedoch keinen Einzug in die Handwerksordnung gefunden.

⁴⁴⁰ Die Bundesregierung hatte in ihren Gesetzesentwurf zunächst nur 29 gefahrgeneigte Handwerke namhaft gemacht. Auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses wurden weitere 12 Handwerke der Anlage A zugeordnet. Diese Handwerke sind allerdings keine Gefahrenhandwerke, sondern leisten „einen bedeutsamen Beitrag zur Sicherung des Nachwuchses nicht nur im Handwerk selbst, sondern darüber hinausgehend für die gesamte gewerbliche Wirtschaft. Die sind also wegen ihrer besonderen Ausbildungsleistung in der Anlage A verblieben. Es handelt sich um Wärme-, Kälte- und Schallschutzisolierer (Ziff. 6), Brunnenbauer (Ziff. 7), Steinmetze und Steinbildhauer (Ziff. 8), Stukkateure (Ziff. 9), Maler und Lackierer (Ziff. 10), Chirurgiemechaniker (Ziff. 14), Informationstechniker (Ziff. 19), Büchsenmacher (Ziff. 20), Bäcker (Ziff. 30), Konditoren (Ziff. 31), Fleischer (Ziff. 32) und Friseure (Ziff. 38).

⁴⁴¹ Ausführlich zur neuen Regelung des § 7b HwO, sowie zur bisherigen Regelung für langjährige Gesellen, *Schwannecke/Heck*, in: *GewArch* 2004, S. 129 (132ff.).

⁴⁴² Insbesondere *Stober*, in: *GewArch* 2004, S. 393 (398f.).

doch falsche Schlüsse daraus gezogen, dass das europäische Vertragswerk eine unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländern nicht *expressis verbis* untersagt. Allein der diesbezüglich fehlende Reformdruck aus Brüssel lässt aber eine faktische Ungleichbehandlung von In- und Ausländern nicht entfallen. Diese sog. Inländerdiskriminierung kann der Gesetzgeber selbstverständlich freiwillig auf nationaler Ebene beseitigen.

Quintessenz der Handwerksnovelle ist die Beschränkung des Meisterbriefs in seiner Funktion als Zulassungsschranke auf den unbedingt erforderlichen Bereich, nämlich der Abwehr von Gefahren für Gesundheit oder Leben Dritter. Ein Verbleib von Gewerben in der Anlage A ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine Abwägung herausstellt, dass durch oder bei Ausübung der Tätigkeit oder der Erbringung der Leistung Gefährdungen für Leben und/oder Gesundheit entstehen, gegenüber denen das Grundrecht der Berufsfreiheit zurückstecken muss, weil einfachere Möglichkeiten zur Sicherung dieser überragenden Rechtsgüter nicht bestehen, nicht geschaffen werden können oder zu seiner Sicherung nicht ausreichen. Dabei muss die Gefahrgeneigtheit gerade das betreffende Gewerbe prägen; außerdem sind Häufigkeit und Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts zu berücksichtigen.

Neben den hier dargestellten Absichten des Gesetzgeber mit ihren wesentlichen Einwirkungen auf das handwerksrechtliche Regelungswerks führt die grundsätzliche Intention der Handwerksnovelle folgerichtig an vielen weiteren Stellen zur Veränderungen der Handwerksordnung. Diese Detailänderungen können in diesen Rahmen jedoch nicht vorgestellt werden.⁴⁴³

d) Anpassungen des Ausnahmbewilligungsrechts nach § 9 HwO und der EU/EWR-Handwerk-VO

(1) Änderungen der Handwerksordnung

Die Handwerksnovelle trägt den Entscheidungen des EuGH in der Rechtsache Corsten⁴⁴⁴ und der Rechtssache Schnitzer⁴⁴⁵ Rechnung, indem § 6 Abs. 2 HwO gestrichen wird. Der bisherige § 9 HwO wird um die Absätze 2 und 3 ergänzt. § 9 Abs. 2 HwO beinhaltet die zentrale Regelung für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen durch EU- und EWG-Ausländer. Danach wird die Bescheinigung auf Antrag von der höheren Verwaltungsbehörde erteilt, in deren Bezirk die Tätigkeit erstmals aufgenommen werden soll. Die Bescheinigung kann auf einen wesentlichen Teil der Tätigkeit beschränkt werden, die zu einem der in Anlage A zur HwO aufgeführten Handwerke gehört. Als Sollvorschrift wurde eine Bearbeitungsfrist von vier Wochen seit Eingang des Antrags aufgenommen.⁴⁴⁶

Der neu eingefügte Abs. 3 des § 9 HwO, verdeutlicht, dass im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch EU- oder EWR-Ausländer in Ermangelung

⁴⁴³ Zu den wichtigsten Änderungen, *Schwannecke/Heck*, in: *GewArch* 2004, S. 129 ff., etwa der Aufgabe der Inhaberprinzips, der Anerkennung von Ingenieur-, Techniker- und Industriemeisterabschlüssen u.a..

⁴⁴⁴ EuGH Rs. C-58/98, in: *GewArch* 2000, S. 476 ff.

⁴⁴⁵ EuGH Rs. C-215/01, in: *GewArch* 2004, S. 62 f.

⁴⁴⁶ Diese Frist stellt eine wesentliche Beschleunigung zur Viermonatsfrist dar, die in der dritten Anerkennungsrichtlinie, umgesetzt durch die EWG/EWR-Handwerk-VO, genannt wird.

einer inländischen Niederlassung auch kann keine Eintragungspflicht in die Handwerksrolle besteht, wenn ein durch Rechtsverordnung gleichgestellter Befähigungsnachweis vorliegt.

(2) Änderungen bei der Anwendung der EU/EWR-Handwerk-Verordnung durch die Handwerksnovelle

Die Verordnung hat insofern an Bedeutung eingebüßt, da nur noch 41 Handwerke in der Anlage A zur Handwerksordnung verblieben sind und damit zulassungsbeschränkt sind.

Zur Anerkennung von Berufsqualifikationen im reglementierten Bereich der Handwerksberufe, kennt die Verordnung zwei Vorgehensweisen. Einerseits die Anerkennung aufgrund praktischer Berufserfahrung, § 1 der VO, andererseits die Prüfung von Diplomen, Prüfungszeugnissen oder sonstigen Befähigungsnachweisen des Antragsstellers auf ihre Gleichwertigkeit mit den im innerstaatlichen Rechts vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten, § 3 der VO.

Die Anerkennung allein auf der Grundlage praktischer Berufserfahrung kann der 35 Gewerben der Anlage A erfolgen. Ausgenommen von diesem Anerkennungsprinzip sind die Gesundheitshandwerke (Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädiemechaniker, Orthopädienschuhmacher und Zahntechniker) sowie der Beruf des Schornsteinfegers. Damit zeigt sich hier eine Parallele zur Regelung des § 7b HwO, die ebenfalls keine Anwendung auf die Gesundheitshandwerke und das Schornsteinfegerhandwerk gilt.

Die bestehende Schwierigkeit die zweite Anerkennungsmethode praktische zu handhaben, ist auch durch die Handwerksnovelle nicht beseitigt worden. Sie besteht allein darin, dass es in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine praktisch unüberschaubare Zahl entsprechender Nachweise gibt.

2. Kritik des Handwerks an der Reform der Handwerksordnung

Einer Stellungnahme des Zentralverbandes des deutschen Handwerks zur Reform der Handwerksordnung ist eine strikte Ablehnung zu entnehmen. So erschienen die Auswertung der Wirtschaftsdaten und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen als „in weitem Maße tendenziös, falsch sowie rechtlich vielfach unzulässig und angreifbar“.⁴⁴⁷ Der Gesetzgeber verkenne die positiven Wirkungen für Wirtschaft und Gesamtgesellschaft, die mit der Einführung des Großen Befähigungsnachweises im Jahr 1953 bis heute verbunden seien: ein stabiler Unternehmensbestand, Arbeitsplätze und Ausbildung. Stattdessen werde eine ob zwar vorhandene Negativentwicklung mit teilweise falschem Zahlenmaterial und der Verkennung der wahren Hintergründe, wie der gesunkenen Beschäftigungs- und Umsatzentwicklung, nach untern verzerrt. Entscheidend für die Negativentwicklung des Handwerks sei nicht der handwerksrechtliche Rahmen, sondern die gravierenden Ordnungsdefizite des Wirtschaftsstandortes Deutschland, in die das Handwerk naturgemäß eingebunden ist.⁴⁴⁸

Weiterhin löse sich die Argumentation des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit in rechtlicher und verfassungsrechtlicher Hinsicht völlig von der Grundsatzentscheidung des

⁴⁴⁷ ZHD, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96, S. 33.

⁴⁴⁸ ZDH, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96, S. 33.

Bundesverfassungsgerichts⁴⁴⁹. Die damals entscheidungserheblichen Gründe⁴⁵⁰ lägen auch heute noch unverändert vor.

Des Weiteren sieht das Handwerk auch keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf unter dem Schlagwort der Inländerdiskriminierung und beruft sich auf die unbedingte Geltung des grenzüberschreitenden Elements bei der Anwendung der Anerkennungsrichtlinien.⁴⁵¹ Der ZDH ist der Auffassung man wolle mit einer konstruierten Analyse des Handwerks, die der Gesetzesnovelle zugrunde läge, den bisherigen auf stabilen, mittelständisch geprägten Betriebsstrukturen liegenden Fokus entweder auf Mikroorganismen (Ich-AG) oder auf Großstrukturen lenken. Als Konsequenz der Gesetzesnovelle prognostiziert das Handwerk eine schwindende Ausbildungsbereitschaft mit katastrophalen Auswirkungen.⁴⁵² Bei einer aus politischen Gründen veranlassten Zurücknahme des Großen Befähigungsnachweises vermuten die Handwerksverbände jedenfalls eine Reihe negativer Konsequenzen.⁴⁵³

3. Kritik der Literatur

In der Literatur wird die erhebliche Liberalisierung des Handwerksrechts als zu weitgehend erachtet. Einerseits weil sie nicht aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der europäischen Rechtsprechung geboten war, andererseits weil sich ein Stück Dequalifizierungspolitik realisiere, mit Folgen für Gesellschaft, Wirtschaft und speziell den Wirtschaftsbereich Handwerk, die sich erst in den nächsten Jahren zeigen werden.⁴⁵⁴ Der Meisterbrief wird als zeitgemäß und im höchsten Maße zukunftsfähig angesehen. Das isolierte Herausgreifen der Berufsgruppe der Handwerke als Objekt der Deregulierung widerspreche dem ordnungspolitischen Trend zur Beibehaltung, Verschärfung und Aufrichtung neuer Zulassungsschranken.⁴⁵⁵ Generell wird bemängelt, dass der Handwerksordnung nach wie vor eine Zweckbestimmung fehle, woraus sich erhebliche Probleme bei Anwendung und Auslegung ergeben. Dennoch führe die Handwerksnovelle das Kriterium der Gefahrenabwehr bzw. der Gefahrgeneigtheit ein, das bisher weder im Handwerksrecht noch in der Rechtsprechung eine Rolle gespielt hat und damit einen Paradigmenwechsel bei den Schutzbestimmungen erkennen lässt. Es wird begrüßt, dass die Meisterprüfung unter dem Gesichtspunkt der Gefahr für Gesundheit und Leben als sachgerechtes und verhältnismäßiges Kriterium obligatorisch

⁴⁴⁹ BVerfGE 13, S. 97.

⁴⁵⁰ Nämlich die Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks wie die Sicherung einer qualitativ hochwertigen Ausbildung de Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft.

⁴⁵¹ ZDH, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96, S. 33.

⁴⁵² ZDH, in: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96, S. 33.

⁴⁵³ Anstieg der Zahl unqualifizierter Betriebsinhaber und Mitarbeiter; entstehende Qualifikationsdefizite können von den kleinen und mittleren Unternehmen nicht aufgefangen werden; hochwertige Handwerksleitungen wären nur noch auf der Basis freiwilliger Qualifikationsanforderungen, durch Selbstqualifizierung oder Inanspruchnahme eines Weiterbildungsangebotes möglich; Fehlen eines Reservepotentials; Anlernqualifizierung (Schmalspurausbildung); eklatante bildungspolitische Konsequenzen für das Handwerk als einem der wichtigsten Träger des dualen System der Berufsausbildung.

⁴⁵⁴ Schwannecke/Heck, in: GewArch 2004, S. 129 (142); Schwannecke, in: WiVerw 2003, S. 193 ff.

⁴⁵⁵ Stober, in: GewArch 2003, S. 393 f.

bleibt. Allerdings interpretiere der Gesetzgeber diese alleinige Zulassungsvoraussetzung nicht systemgerecht nach Gesetzeszweck und Gesetzeszusammenhang. Es könne nicht nachvollzogen werden, aus welchen Gefahren Gesichtspunkten einzelne Handwerker in der Anlage A verbleiben bzw. aus ihr herausgenommen werden, da eine detaillierte Auseinandersetzung für die einzelnen Gruppen fehlt.⁴⁵⁶

Der Paradigmenwechsel hinsichtlich der Zielbestimmungen wird insofern als problematisch angesehen, als das gesamte Handwerk auf einer ausbildungsorientierten Konzeption beruht, die in einer wissensbasierten Gesellschaft und Informationswirtschaft an Bedeutung gewinnt. Außerdem befinde sich die Handwerksnovelle staatswissenschaftlich nicht auf dem neusten deutschen und europäischen Stand, weil sie moderne Verantwortungskategorien und grundrechtliche Schutzpflichtdimensionen wie den Verbraucherschutz, Umweltschutz, öffentliche Auftragsvergabe, Arbeitnehmerverantwortung, Mittelstandförderung und Unternehmerverantwortung ignoriert.⁴⁵⁷

4. Eigene Stellungnahme:

Eine Notwendigkeit zur Novellierung des Handwerksrechts bestand aus europarechtlicher Sicht nicht in dem Maße, wie sich die Handwerksordnung seit dem 1. Januar 2004 präsentiert. Insbesondere bestand auf nationaler Ebene keine Verpflichtung zur Beseitigung der sog. Inländerdiskriminierung. Dennoch ist im Prozess eines wachsenden Europas jede Reformmöglichkeit aufzugreifen und der Weg in Richtung Zukunft einzuschlagen.

Das Deregulierungspotential im Handwerk war wesentlich im Großen Befähigungsnachweis zu suchen. Mit seiner Entscheidung vom 17. Juli 1961 postulierte das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit der Einschränkung der Berufsfreiheit durch die Handwerksordnung, verlangte aber gleichzeitig, dass eine großzügige Handhabung der Ausnahmen praktiziert werde.

Indes ist das Gegenteil geschehen, indem die Berufsbilder i.S.d. § 1 Abs. 2 HwO wesentlich verengt wurden. Es muss lediglich eine einzelne als „wesentlich“ erachtete Tätigkeit ausgeübt werden, um dem Berufsverbot des § 1 HwO zu unterliegen. Handwerker werden damit in ihren starren Grenzen ihres Berufsbildes gefangen und können nicht ausbrechen, um ein Bündel von Dienstleistungen aus einer Hand zu erbringen. Die Handwerksnovelle ist damit ein erster notwendiger Schritt, um mehr Flexibilität in das Handwerk zu bringen. Profitieren wer-

⁴⁵⁶ *Stober*, in: *GewArch* 2003, S. 393 (394 f.) ist erstaunt darüber, dass die Gruppe der Nahrungsmittelgewerbe völlig aus der Anlage A herausgefallen ist, weil Gesundheitsgefahren insbesondere von der Verarbeitung von Lebensmitteln und von Lebensmittelproduzenten drohen, z.B. Salmonellengefahr. Ähnliches gelte für Friseure, die im hochsensiblen Kopfbereich mit Chemikalien und anderen Stoffen sowie gefährlichen Werkzeugen arbeiten. Die Kunden seien hier vor Infektionen durch Hauterkrankungen, Hepatitis, Herpes und HIV und anderen Verletzungen zu schützen. Auch von Malern und Lackieren können erhebliche Gesundheitsgefahren ausgehen, wenn mit den Farbmaterialien nicht ordnungsgemäß umgegangen wird. Die Handwerke der Maler und Lackierer, Bäcker, Konditoren und Fleischer sowie die Friseure wurden im Gegensatz zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung schließlich doch in die Anlage A aufgenommen, allerdings nicht wegen einer Qualifizierung als Gefahrenhandwerk, sondern aufgrund ihrer besonderen Ausbildungsleistung.

⁴⁵⁷ *Stober*, in: *GewArch* 2003, S. 393 (399).

den vor allem die Verbraucher, die eine neue Vielfalt an Angeboten erwarten dürfen. Außerdem könnten innovative Angebote des Handwerks auch eine Abkehr vom Trend des „Do-it-yourself“ und der Schwarzarbeiten bewirken. Durch das Aufweichen der bisherigen kleinteiligen Abgrenzung von Berufsbildern, kann sich eine neue Vielfalt und Flexibilität in den Handwerksbetrieben entwickeln.

Der Verbraucherschutz kann ebenfalls nicht als Argument für die Beibehaltung des Großen Befähigungsnachweises dienen. Denn letztlich wird der Wettbewerb die Leistungsfähigkeit und die Innovationskraft der Marktteilnehmer zu Gunsten des Verbrauchers und die Qualität am besten fördern.

Ebenso tritt das Gefahrenelement in den sog. „gefahr geneigten“ Handwerken durch die Verwendung industriell vorgefertigter Produktionsgüter immer weiter zurück, so dass auch diese Handwerke nicht mehr ihrem ursprünglichen Berufsbild entsprechen und in kurzer Zeit erlernbar sind. Außerdem existieren in Bereich der gefahr geneigten Handwerke zahlreiche Sondervorschriften⁴⁵⁸, die der Sicherung von Qualitätsstandards dienen. Damit erfordert es auch in diesen Handwerken nicht mehr unbedingt den Meisterzwang um dem Verbraucherschutz gerecht zu werden.

Eine parallele Betrachtung zu Ländern mit liberalem Zugang zum Handwerk zeigt, dass trotzdem ein sehr hohes Niveau handwerklicher Qualität erreicht wird. In der Schweiz wird etwa die Befähigung zur Selbstständigkeit durch das Absolvieren einer dreijährigen Ausbildung erlangt. Eine Meisterprüfung ist nur nötig, um ausbilden zu dürfen, nicht aber zur Betriebsgründung. Trotzdem steht die Schweiz als Synonym für ein leistungsstarkes Handwerk mit hohem Qualitätsniveau.

Allerdings zeigen auch die Beispiele der wirtschaftsliberalen Länder wie die Schweiz, USA und Japan, dass Qualifikationsnachweise weiterhin einen großen Stellenwert behalten werden. In diesen Ländern existieren außer dem kleinen Befähigungsnachweis in der Schweiz nur freiwillige Befähigungsnachweise.⁴⁵⁹ Freiwillige Befähigungsnachweise, auch in Form des Meisterbriefes, könnten in Deutschland eine große Nachfrage erfahren, wenn sich im liberalisierten Handwerk eine neue Wettbewerbssituation einstellt, in der sich der einzelne gegenüber den Mitbewerbern neu profilieren muss. Mit einem freiwillig erworbenen Meisterbrief kann um die Gunst der Kunden geworben werden, indem der „Markenartikeleffekt“⁴⁶⁰ ausgenutzt

⁴⁵⁸ Etwa die Verordnung über die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorger. Entsprechende Verordnungen existieren für die Gas- und Wasserversorgung und die Gesundheitshandwerke wie Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Orthopädienschuhmacher, Orthopädietechniker und Zahntechniker; hier gilt das Medizinproduktgesetz (MPG).

⁴⁵⁹ *Albach*, Deregulierung des Handwerks, S. 22.

⁴⁶⁰ Nach *Kucera*, in: *Kucera/Stratenwerth*, Deregulierung des Handwerks, S. 73, ist der Große Befähigungsnachweis als Voraussetzung für eine selbstständige Berufsausübung im Handwerk eine Regulierungsmaßnahme, mit der in volkswirtschaftlich befriedigender Weise das Risiko vermindert wird, das sich aus dem Informationsmangel bezüglich der Qualität handwerklicher Güter und Leistungen für den Nachfrager ergibt. Mit Hilfe präventiver Selektion gelingt es für den Wirtschaftsbereich als Ganzen, eine Art Markenartikelimage im Hinblick auf die von ihm bereitgestellten Güter und Leistungen herzustellen, durch das in der Vorstellung der Nachfrager

wird, der bisher nur aufgrund präventiver Selektion besteht. Damit könnte der Meisterbrief gerade durch die Liberalisierung im Handwerk in einem anderen Licht erscheinen und mehr als bisher für Qualität bürgen. Freiwillige Befähigungsnachweise leisten den gleichen Dienst wie die Handwerksordnung, wenn es um die Garantie von Qualitätsstandards geht, ohne jedoch den Marktzugang zu verengen. Schließlich ist zu bemerken, dass auch die Vorauslese, die die Handwerksordnung bisher betrieben hat, nicht unbedingt für Qualität bürgen konnte. Neben dem freien Zugang zum Handwerk weisen die liberalen Länder aber strengere ordnungsrechtliche Elemente auf. Daraus wäre zu folgern, dass eine Deregulierung und Liberalisierung immer nur in einem Gesamtzusammenhang erfolgen kann. Die Rückführung der Zulassungsvoraussetzungen zieht eine strengere ordnungsrechtliche Reglementierung nach sich, sogar bis hin zu Berufsverboten. Solche Reglementierungen finden sich jedoch bereits in zahlreichen Spezialvorschriften für die sog. gefahrgeneigten Handwerke bzw. könnten noch ergänzt werden.

Die Drohung des Handwerks mit einer sinkenden Ausbildungsbereitschaft erscheint gewaltig vor dem Hintergrund der derzeit hohen Arbeitslosigkeit auch unter Jugendlichen. Tatsache ist jedoch, dass in der Weimarer Zeit ohne den obligatorischen großen Befähigungsnachweis relativ mehr ausgebildet wurde als heute in der Bundesrepublik.⁴⁶¹ Ferner zeigt wieder einmal die Schweiz ein funktionierendes Ausbildungssystem auf Basis der Gewerbefreiheit.⁴⁶² Somit ist die Handwerksnovelle ein erster Schritt in Richtung Wettbewerb, der zu attraktiveren Angeboten für den Verbraucher führen wird und gleichzeitig den bisherigen Qualitätsstandard sichert, wenn nicht sogar steigert.

H. Berufsausübungsregelungen im Deutschen Gewerberecht

1. Handwerkliche Organisation und europäische Integration

Nach der Handwerksordnung besteht die Möglichkeit zur Gründung von Innungen als fachlich organisierte Zusammenschlüsse von Selbstständigen, § 52 ff HwO, weiterhin die Bildung von Kreishandwerkerschaften durch die Innungen eines Kreises, § 86 ff HwO, und die Errichtung von Handwerkskammern durch die oberste Landesbehörde, § 90 ff HwO. Die Einstufung dieser drei Einrichtungsformen als Körperschaften des öffentlichen Rechts ist eine weitere Besonderheit des deutschen Handwerks, die im Zuge der europäischen Integration eine Änderung erfahren muss.

Die Zwangsmitgliedschaft verstößt zwar nicht generell gegen Gemeinschaftsrecht, da die Mitgliedschafts- und Beitragspflicht für EU-Handwerker und Inländer gleichermaßen gilt, zumindest bei einer Niederlassung in Deutschland.⁴⁶³ Somit liegt hier eine Inländerbehand-

die Diskrepanz zwischen scheinbarer und tatsächlicher Qualität der Handwerksprodukte wesentlich verringert und das Vertrauen in die Qualität der Produkte beträchtlich bestärkt wird.

⁴⁶¹ *Albach*, Deregulierung des Handwerks, S. 42.

⁴⁶² *Albach*, Deregulierung des Handwerks, S. 24.

⁴⁶³ Dahingegen bedeutet die Zwangsmitgliedschaft bei einer nur vorübergehenden Dienstleistung eine Doppelbelastung, die eine Tätigkeit in Inland unangemessen behindert.

lung vor, erst die Nichtaufnahme in die Handwerkskammer würde einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht darstellen.⁴⁶⁴

Doch gerade die durch zunehmende Europäisierung und Internationalisierung wachsenden Anforderungen an das Handwerk könnten die Existenz der Kammern in der heutigen Zeit rechtfertigen. Für die mittelständische Wirtschaft wird die Verfügbarkeit wichtiger Informationen und die Beratung hinsichtlich rechtlicher, wirtschaftlicher und politischer Bezüge beruflicher Tätigkeiten unerlässlich. Andererseits würde es die meisten Handwerksbetriebe in personeller und materieller Hinsicht überfordern, wenn sie Fachpersonal für die Sammlung und Bevorratung sowie die ständige Aktualisierung vorhalten müssten. Daher ist es für die einzelnen Unternehmen wichtig, dass diese Informationen und Beratung auf regionaler Ebene abgerufen bzw. durchgeführt werden kann und nicht nur auf Landes- oder Bundesebene.⁴⁶⁵ Aber nicht nur als Auskunft- und Beratungsstelle ist die Kammer für die Unternehmen nutzbar, sondern auch in ihrer Funktion als „Sprachrohr der Wirtschaft“, das die Probleme und Wünsche ihrer Mitglieder kennt und brachenübergreifend zum Ausdruck bringt.⁴⁶⁶

Die Idee einer Privatisierung der Kammern hat teilweise heftige Reaktionen ausgelöst. Der Vorschlag zur Privatisierung⁴⁶⁷ bezieht sich zwar auf die Industrie- und Handelskammern und wurde durch die Beitragsreform ausgelöst, durch die nunmehr auch Kleingewerbetreibende beitragspflichtig sind. Die Vorschläge sind jedoch aufgrund der vergleichbaren Struktur auch auf die Handwerkskammern übertragbar.

Insbesondere der Bereich der Interessenvertretung könnte durch private Organisationen wahrgenommen werden, wodurch möglicherweise auch die Leistungsfähigkeit der Organisation erhöht würde. *Eyermann* spricht davon, dass unter den Mitarbeitern ein Verwaltungsdenken herrsche⁴⁶⁸ und die Bindung an die öffentlichen Besoldungsstrukturen (BAT) die Gewinnung qualifizierter Mitarbeiter behindere.⁴⁶⁹ Soweit es bezweifelt wird, dass eine privatrechtliche Organisation staatliche Aufgaben wie den Erlass von Vorschriften zur Berufsbildung, Meisterprüfung, Abnahme von Prüfungen und die Kontrolle der Einhaltung der Berufszugangsregelung der Handwerksordnung nur bedingt übernehmen kann, muss die Rechtsfigur des sog. Beliehenen entgegen gehalten werden. Dabei nehmen private Unternehmer staatliche Aufgaben im eigenen Namen und meist in eigenem Interesse, aber im Auftrage des Staates wahr. In der Rückübertragung dieser Aufgaben auf staatliche Stellen würde auch dem im System des wirtschaftlichen Liberalismus und der Marktwirtschaft enthaltenen Subsidiaritätsgedanken widersprochen, da sich die Rückübertragung nicht mit dem Prinzip der Dezentralisierung von Staatsaufgaben vereinbaren lässt.⁴⁷⁰

Dagegen wäre die Pflichtmitgliedschaft wegen der in Art. 9 GG niedergelegten negativen Vereins- und Koalitionsfreiheit mit einer privatrechtlichen Organisation der Kammern unver-

⁴⁶⁴ *Hollje-Lüerßen*, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 116.

⁴⁶⁵ *Hollje-Lüerßen*, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 117.

⁴⁶⁶ *Stober*, in: DÖV 1993, S. 333 (335).

⁴⁶⁷ *Eberhard Hamer*, FAZ von 1.11.1993, S. 19: „Industrie- und Handelskammer privatisieren“.

⁴⁶⁸ *Eyermann*, in: GewArch 1992, S. 209 (210).

⁴⁶⁹ ZDH (Hrsg.): Strategiepapier, S. 41.

⁴⁷⁰ *Stober*, in: DÖV 1993, S. 333 (335).

einbar. Art. 9 GG gewährleistet nach seinem Wortlaut das Recht für alle Deutschen, Vereine und Koalitionen zu bilden, aber nach ganz herrschender Meinung auch das Recht, solchen nicht beizutreten. Dieses Grundrecht entfaltet aber nur für privatrechtliche Vereinigungen Wirkung und nicht für öffentlich-rechtliche Vereinigungen.⁴⁷¹ Daher ist nur die Pflicht- bzw. Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden zulässig.⁴⁷²

Daraus folgt die Frage, ob eine Pflichtmitgliedschaft in den Kammern überhaupt erforderlich ist. Gegen eine Pflichtmitgliedschaft könnte sprechen, dass es jedem freigestellt sein müsse, ob er seine berufsständischen Interessen durch eine Organisation wahrnehmen lassen wolle. Denn die Informations-, Beratungs- und Vermittlungstätigkeiten der Kammern werden sicherlich nicht von allen kammerzugehörigen Betrieben in Anspruch genommen. Weiterhin können die höheren Kosten durch die Pflichtbeiträge als Wettbewerbsnachteil für kammerangehörige Betriebe auf dem europäischen Markt bezeichnet werden.⁴⁷³

Andererseits kann angeführt werden, dass sich Wettbewerbsnachteile allenfalls für Handwerksunternehmer ergeben, die sich auf dem Auslandsmarkt betätigen, da die Beitragspflicht im Inland für alle eingetragenen Betriebe gilt, und die Höhe der Beiträge bei den Kalkulationskosten kaum ins Gewicht fallen dürfte, zumal sie steuerlich abzugsfähig sind. Zudem könnte eine freiwillige Kammermitgliedschaft zu einer Abhängigkeit der Kammern von denjenigen Betrieben führen, die den Hauptteil der Beiträge aufbringen, und beispielsweise mit Austrittsdrohung bestimmte Ziele zu erreichen versuchen.⁴⁷⁴ Eine wirkungsvolle Interessenvertretung durch die Kammer ist nur möglich, wenn sie alle Betriebe vertritt.⁴⁷⁵ Die Erfüllung der oben genannten Aufgaben wäre ohne Pflichtmitgliedschaft der Handwerker nicht möglich, da eine Überwachung der Einhaltung von Vorschriften und der Ausbildung, die Führung der Handwerks- und Lehrlingsrolle sowie die Organisation und Abnahme von Prüfungen nur gewährleistet ist, wenn alle Betriebe mit ihren Beschäftigten zu der jeweiligen Kammer gehören; nur dies garantiert auch eine repräsentative Besetzung der Organe der Handwerkskammern.⁴⁷⁶

Das Argument des Wettbewerbsnachteils könnte durch eine Änderung der Kostenstruktur entkräftet werden. Denkbar wäre, das nur derjenige, der tatsächlich Leistungen in Anspruch nimmt, auch dafür zahlen muss, während die übrigen Betriebsinhaber keinen oder nur einen wesentlich geringeren Pflichtbeitrag leisten müssen. Folglich müssten jedoch die Gebühren für die einzelnen Leistungen derart erhöht werden, dass viele potentielle Nachfrager von

⁴⁷¹ Stellvertretend für viele *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 9 Rn. 4.

⁴⁷² BVerfGE 15, S. 235 (239ff.); Löwer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 9 Rn. 19f. m.w.N.

⁴⁷³ Hollje-Lüerßen, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 118.

⁴⁷⁴ BVerfGE 15, S. 235 (243).

⁴⁷⁵ So der DIHT zu der Diskussion über die Pflichtmitgliedschaft in den Industrie und Handelskammern, vgl. Romanus Otte: „In der Welt der Gewerbetreibenden hängt der Hausseggen schief“, Welt am Sonntag vom 20.11.1994, S. 52.

⁴⁷⁶ Hollje-Lüerßen, Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung, S. 119.

vornherein abgeschreckt würden. Ferner wäre eine verlässliche Finanzplanung nicht möglich.⁴⁷⁷

Die Existenz der Kammern ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar und wirtschaftlich geboten. Es bleibt jedoch zu hinterfragen, ob notwendigerweise Spezialkammern wie die Handwerkskammer und die Industrie- und Handelskammer bestehen müssen, oder ob die Einrichtung einer Kammer für gesamte gewerbliche Wirtschaft mit mehreren Unterkammern ausreichte. Eine solche Zusammenfassung könnte sich auch positiv auf die Vertretung der nationalen wirtschaftlichen Interessen auf Unionsebene auswirken.⁴⁷⁸

Rationalisierungspotential besteht jedenfalls bei den Kreishandwerkerschaften. Diese wären im Sinne einer Kostensenkung durchaus verzichtbar, da ihr auch keine staatlichen Aufgaben übertragen wurden.⁴⁷⁹

2. Europarechtliche Fragestellungen: Pflichtmitgliedschaft und Grundfreiheiten

Im Falle der Niederlassungsfreiheit käme eine Beeinträchtigung durch die Pflichtmitgliedschaft in Betracht, wenn Angehörige anderer EU-Mitgliedstaaten von der Mitgliedschaft ausgeschlossen würden, und ihnen dadurch Nachteile entstünden.⁴⁸⁰ Dies ist jedoch nicht der Fall, da die Staatsangehörigkeit bei der Kammerzugehörigkeit keine Rolle spielt. Andererseits könnte aber die Pflichtmitgliedschaft in den Kammern eine unzulässige Beschränkung der vertraglich gewährleisteten Grundfreiheiten sein. Neben der Beitragspflicht werden jedoch durch die Pflichtmitgliedschaft keine weiteren Verpflichtungen begründet, die sich auf die Berufstätigkeit auswirken. Eine spezifische Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist daher nicht anzunehmen, wenn lediglich eine Hauptniederlassung im Inland besteht, für die die Beiträge anfallen, solange keine Doppelbelastung durch Beitragsverpflichtungen in zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union besteht.

Die grundsätzliche Vereinbarkeit der Pflichtmitgliedschaft in den Berufskammern hat der EuGH in der Entscheidung *Corsten*⁴⁸¹ festgestellt. Dabei hat sich insbesondere die punktuelle Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen als problematisch dargestellt, da sich hier ein hoher Zeit- und Kostenaufwand darstellt, wenn auch bei einer auf einen oder wenige Fälle beschränkten grenzüberschreitenden Dienstleistung eine Eintragung in die Handwerksrolle erforderlich wird. Das bei punktuellen grenzüberschreitenden Dienstleistungen entstehende Problem einer Lücke bei Berufsaufsicht und Qualitätssicherung könnte auch auf andere Art und Weise gelöst werden. Einen möglichen Lösungsansatz zeigen die Regelungen der §§ 3 Nr. 4 und 76 II Nr. 4 StBerG.

⁴⁷⁷ *Eyermann*, in: *GewArch* 1992, S. 209f.; *VG Freiburg* in: *GewArch* 1994, S. 251 (252); *Hollje-Lüerßen*, *Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung*, S. 120.

⁴⁷⁸ *Eyermann*, in: *GewArch* 1992, S. 209f.; *Stober*, in: *DÖV* 1993, S. 333 (338); *Lettmeyr*, in: *König/Müller* (Hrsg.), *Der europäische Binnenmarkt als Herausforderung für das deutsche Handwerk*, S. 87.

⁴⁷⁹ *Hollje-Lüerßen*, *Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung*, S. 121.

⁴⁸⁰ EuGH Rs. 271/82, Slg. 1983, S. 2727 (2745) Rn. 19.

⁴⁸¹ EuGH Rs. C-58/98, in: *GewArch* 2000, S. 476 ff.

Somit steht auch die Dienstleistungsfreiheit der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft in den Kammern nicht entgegen. Sie verlangt jedoch eine differenzierende, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechende Betrachtungs- und Regelungsweise für Fälle der punktuellen Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen.

I. Parallele Betrachtungen zum allgemeinen Gewerberecht

Im allgemeinen Gewerberecht nach der GewO gilt eine grundsätzliche Gewerbefreiheit, die sich jedoch nur auf den Zugang zum Gewerbe bezieht. Betrachtet man das Grundprinzip des Gewerberechts unter seiner ursprünglichen Bedeutung, stellt man fest, dass der historische Gesetzgeber die Gewerbeordnung rein gefahrenabwehrrechtlich konzipiert hat, mit der Folge, dass neben dem Gewerbezugang auch die Gewerbeausübung weitgehend unbeschränkt war. Der Staat muss auch heute wieder versuchen, trotz des Anstiegs der zu berücksichtigenden wirtschaftspolitischen Aspekte, die Gewerbeausübung den Gewerbetreibenden zu überlassen. Eine Beschränkung des Zugangs soll nur dann erfolgen, wenn veränderte wirtschaftliche und gesellschaftliche Umstände dies erfordern. Die Gesetze anderer Rechtsgebiete dürften eine ausreichende Regelungsdichte aufweisen, um die Allgemeinheit und die Beschäftigten in den Gewerbebetrieben vor unzumutbaren Beeinträchtigungen zu schützen.⁴⁸²

Dennoch, wer sich gewerblich niederlassen will, muss Anzeigepflichten nachkommen, die auch eine Kammerpflichtmitgliedschaft nach sich ziehen. Im Gegensatz zum Handwerksrecht besteht jedoch keine subjektive Zulassungsschranke in Form einer Meisterprüfung, die den Qualitäts- und Leistungsstandard sichern soll. Die Anzeigepflichten im allgemeinen Gewerberecht folgen ordnungspolitischen Gesichtspunkten. Durch Sach- und Fachkundenachweise ist der Staat in diesem Bereich besorgt, den Bürger vor Gefahren für Leib und Leben zu bewahren. Soweit der Bürger jedoch durch Schadensersatz und Sachmängelgewährleistungsrecht schutzbar ist, geht eine diesbezügliche staatliche Beschränkung durch die Gewerbeordnung zu weit und widerspricht dem zu verfolgenden liberalen Grundgedanken, der eine staatliche Intervention nur zulässt, wenn es gilt, Leib und Leben Dritter zu schützen.⁴⁸³

Bei der gewerblichen Niederlassung eines Unionsbürgers im Inland erscheinen keine Erleichterungen von den Vorschriften der GewO notwendig. Bei punktuellen Dienstleistungen muss eine Doppelbelastung ausgeschlossen werden, die die Erbringung der Dienstleistung unattraktiv macht und damit vereitelt.

1. Beschränkungen im Gewerberecht

Die Gewerbeordnung als normative Grundlage des deutschen Gewerberechts hat in ihrer über 130-jährigen Geschichte diverse Änderungen erfahren. Die jüngsten Änderungen in einigen Teilbereichen gehen unmittelbar auf europarechtliche Vorgaben zurück. Zur Umsetzung zweier Harmonisierungsrichtlinien des Bankenrechts betreffend wurden die §§ 34c Abs. 5 und 55 Abs. 1 Nr. 8 in die Gewerbeordnung eingefügt bzw. geändert. Damit wird sichergestellt, dass die den Kreditinstituten aus anderen Mitgliedstaaten gewährte Freizügigkeit nicht durch

⁴⁸² Benda, Gewerberecht und Kodifikation, S. 194.

⁴⁸³ Vgl. dazu oben II.A.1 Grundideen des Liberalismus, Seite 13.

gewerberechtliche Vorschriften behindert wird.⁴⁸⁴ Die § 34 c Abs. 5 Nr. 3 und 3a GewO, die gewisse Vermittlertätigkeiten im Bereich von Finanzdienstleistungen von gewerberechtlichen Erlaubnisvorbehalten freistellen, beruhen auf der europäischen Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtlicher Vorschriften.⁴⁸⁵ Ebenfalls auf europäischen Richtlinien basieren die Bußgeldvorschriften des § 147b GewO, die Pflichtverstöße von Reiseveranstaltern sanktionieren, sowie die Vorschrift des § 139b Abs. 1 S. 3 GewO, die das Verhältnis von Datenschutz und behördlichen Befugnissen zum Schutz der Umwelt behandelt. Schließlich sind noch Änderungen aus dem Jahr 1996 zu nennen, die das Recht des Arbeitsschutzes aus der Gewerbeordnung herauslösten und in einem eigenen Gesetz zusammenfassten, dem Arbeitsschutzgesetz. Des Weiteren bestehen in der Gewerbeordnung Sondervorschriften für Gewerbetreibende aus anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Namensangabe im Schriftverkehr, § 15b Abs. 3 GewO.

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist zu untersuchen, ob im Gewerberecht Beschränkungen bestehen, die gegen die Marktfreiheiten verstoßen, indem sie Gewerbetreibende anderer Mitgliedstaaten diskriminieren oder ob andererseits Erleichterungen für Gewerbetreibende anderer Mitgliedstaaten bestehen, die inländerdiskriminierend wirken.

a) Gewerbeuntersagung, § 35 GewO

Der Gewerbeuntersagung gem. § 35 GewO mit Mitteln des Europarechts entgegenzutreten, wurde bereits in mehreren Verwaltungsprozessen ergebnislos versucht. Ein Kläger vertrat die Auffassung, § 35 GewO diskriminiere Inländer gegenüber EU-Ausländern, weil die übrigen Mitgliedstaaten keine vergleichbare Vorschrift kennen und weiterhin für das Friseurhandwerk eine Richtlinie des Rates gelte, die im Ergebnis der erfolgten Gewerbeuntersagung entgegenstehe. Dieser Auffassung schloss sich das Bundesverwaltungsgericht⁴⁸⁶ nicht an. Es wies darauf hin, dass die Gewerbefreiheit in § 1 GewO grundsätzlich auch für Ausländer gelte, die damit aber auch den Vorschriften über das stehende Gewerbe unterworfen werden. Die Normen, auf die sich der Kläger beruft, verlangten indes nur die gleiche Unterwerfung von Deutschen und EU-Ausländern unter dasselbe innerstaatliche Gewerberecht. Da diesem Erfordernis genüge getan wird, liege auch keine Diskriminierung vor. § 35 GewO gestattet die Herausnahme eines unzuverlässigen Gewerbetreibenden aus dem Wirtschaftsleben, ganz gleich ob dieser Deutscher oder Angehöriger eines anderen Mitgliedsstaates ist. Dies erfordert der Schutz der Allgemeinheit und der im Gewerbe Beschäftigten. Weiterhin stellt auch eine bisher fehlende Richtlinie zur Angleichung der Gewerbeuntersagung in den Mitgliedstaaten keine Diskriminierung dar.⁴⁸⁷ Die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO stellt ein zum Schutz der Allgemeinheit notwendiges Korrelat der Gewerbefreiheit dar, das weder gegen das Grundgesetz noch gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt.

⁴⁸⁴ Kahl, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Einl. Rn. 23 Tz. 204.

⁴⁸⁵ Kahl, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, Einl. Rn. 23 Tz. 221.

⁴⁸⁶ BVerwG, in: NVwZ 1994, S. 374.

⁴⁸⁷ BVerwG, in: NVwZ 1994, S. 374 unter Bezugnahme auf EuGH Rs. 185/78 bis 204/78, Slg. 1979, S. 2345 ff.

b) Anzeigepflicht, § 14 GewO

Fraglich ist, ob in der Anzeigepflicht nach § 14 GewO ein Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit liegt. Zunächst wurde zwar zutreffend festgestellt, dass keine offensichtliche Ungleichbehandlung zwischen Deutschen und Gewerbetreibenden aus anderen EU-Mitgliedstaaten besteht.⁴⁸⁸ Denn der Regelung des § 14 Abs. 1 S. 1 GewO unterliegt jeder, unabhängig von der Nationalität, der den selbstständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, den Betrieb einer Zweigniederlassung oder eine unselbstständige Zweigstelle anfängt.⁴⁸⁹ Für die Anzeigepflicht ist es unerheblich, ob die gewerbliche Tätigkeit von bestimmten Räumen aus vorgenommen wird, die dem Betrieb gewidmet sind. Ausnahmsweise bedarf es gem. § 42 Abs. 1 GewO aber keiner Anzeige, wenn der Gewerbetreibende außerhalb seiner Räume seiner schon bestehenden gewerblichen Niederlassung seinem Gewerbe nachgeht. Beschränkt wird die gewerbliche Niederlassung dabei gem. § 42 Abs. 2 GewO auf die im Geltungsbereich der Gewerbeordnung zum dauernden Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr für den Gewerbebetrieb genutzten Räume.⁴⁹⁰ Die Anzeigepflicht gem. § 14 Abs. 1 GewO stellt keine Erlaubnis dar und dient öffentlichen Interessen⁴⁹¹. Gleichwohl bestehen Bedenken, ob die gewerberechtliche Anzeigepflicht mit dem Europarecht konform ist. Insbesondere könnte die in § 42 Abs. 2 GewO enthaltene Privilegierung für EU-Ausländer diskriminierend wirken, wenn damit tatbestandlich an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Die Vorschrift des § 42 Abs. 2 GewO befreit den Gewerbetreibenden von der Anzeigepflicht für weitere gewerbliche Tätigkeiten außerhalb seiner Geschäftsräume, wenn er bereits über eine Niederlassung in der Bundesrepublik verfügt. Daraus ließe sich schließen, dass keine Anknüpfung an die Nationalität stattfindet, da auch Deutsche eine Niederlassung in Deutschland benötigen, um eine Befreiung nach § 42 Abs. 2 GewO zu erfahren und bereits in Deutschland niedergelassene EU-Ausländer ebenfalls in den Genuss der Privilegierung kommen. Dennoch könnte vor allem im Hinblick auf juristische Personen eine Diskriminierung vorliegen. Europarechtlich ist der Sitz einer juristischen Person für ihre Nationalität i.S.d. Art. 59 f EGV begrifflich entscheidend. Durch Art. 48 EGV erfolgt eine Gleichstellung der juristischen mit den natürlichen Personen, da nur auf diese Weise die Dienst- und Niederlassungsfreiheit, die oftmals von Gesellschaften wahrgenommen wird, auch umfassend gewährt werden kann. Damit verfügen „deutsche“ juristische Personen durch die Notwendigkeit eines Sitzes für die Eintragung ins Handelsregister automatisch über eine Niederlassung i.S.d. § 42 Abs. 2 GewO, während juristischen Personen aus anderen Mitgliedstaaten diese Rechtswohltat nicht zugute kommt. Indes bedeutet die restriktive Anwendung des § 14 Abs. 1 GewO eine Diskriminierung der Dienstleistungserbringer aus anderen EU-Mitgliedstaaten gegenüber deutschen Dienstleistungserbringern.⁴⁹² Es bleibt somit die Frage nach einer gemeinschafts-

⁴⁸⁸ VG Lüneburg, in: GewArch 1998, S. 28f.

⁴⁸⁹ *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 14 Rn. 38.

⁴⁹⁰ *Füßler/Schiedt*, in: NVwZ 1999, S. 620 (621).

⁴⁹¹ Die Anzeigepflicht ist den Gewerbetreibenden aus ordnungsrechtlichen Gesichtspunkten zumutbar, da sie die Ausübung der Gewerbeaufsicht ermöglicht, vgl. auch *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 14 Rd. 8.

⁴⁹² *Füßler/Schiedt*, in: NVwZ 1999, S. 620 (621).

rechtlichen Rechtfertigung des diskriminierenden Tatbestandes. Die Anzeigepflicht ist ein notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit, indem sie die Überwachung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dient.⁴⁹³ Nachdem die Anzeige gem. § 42 Abs. 2 GewO bei bereits bestehender Niederlassung in der Bundesrepublik nicht mehr notwendig ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Überwachung am Ort der Niederlassung als einem Ort der ständigen gewerblichen Tätigkeit und die hiermit verbundene Meldung ausreichend ist.⁴⁹⁴ Könnte man davon ausgehen, dass die Gewerbetreibenden auch in ihren Heimatländern entsprechenden Meldepflichten und damit verbundenen Überwachungen unterliegen, müsste eine solche Überwachungsmöglichkeit am Ort der Niederlassung ausreichen. In diesem Bereich der Berufsausübung bestehen jedoch in den einzelnen Mitgliedstaaten keine annähernd gleichen Verhältnisse, die gegenseitig anzuerkennen wären oder durch Harmonisierung geschaffen worden wären. Vielmehr muss für die nationalen Behörden ein Anknüpfungspunkt geschaffen werden, gerade die Tätigkeit von Gewerbetreibenden im Inland aus ordnungsrechtlicher Sicht zu überwachen. Ein solcher Anknüpfungspunkt kann durch die Anzeigepflicht gem. § 14 Abs. 1 GewO geschaffen werden. Die Pflicht zur Anzeige ist dann gerechtfertigt, wenn sie nicht mit Kosten verbunden ist, die dazu geeignet sind, eine punktuelle Dienstleistung in Deutschland zu behindern oder vollständig zu unterbinden.

Der Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“ befasste sich letztmalig auf seiner 93. Tagung am 3./4.6.2003 in Berlin mit der Praxis der Anmeldepflicht nach § 14 GewO. Thematisiert wurde die Anzeigepflicht nach § 14 GewO für repräsentative Geschäftsadressen mit Telefon- und Postdienst,⁴⁹⁵ indes ohne jeglichen Bezug zu gemeinschaftsrechtlichen Fragestellungen.

2. Mögliche Änderungen der Gewerbeordnung

a) Gemeinschaftsrechtlicher „Novellierungsdruck“

Zunächst wirft sich die Frage auf, ob im Gewerberecht ein „Novellierungsdruck“⁴⁹⁶ besteht, der aus gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten herrührt. Dieser Novellierungsdruck ist

⁴⁹³ *Marcks*, in: Landmann/Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 14 Rd. 8.

⁴⁹⁴ *Füßer/Schiedt*, in: NVwZ 1999, S. 620 (621).

⁴⁹⁵ Zur Einsparung von Personal- und Mietkosten nehmen Firmen (Auftraggeber) die entgeltliche Besorgung von Büroarbeiten durch Dienstleister (Auftraggeber) in Anspruch. Teilweise hat der Auftragnehmer nur die Funktion eines Call-Centers. Möglich ist aber auch die Ausgestaltung, dass der Auftragnehmer sämtliche anfallenden Büroarbeiten für den Auftraggeber ausführt. Der Ausschuss diskutierte die letztgenannte Fallgestaltung in der eine Firma (Auftragnehmer) repräsentative Geschäftsadressen zur Verfügung stellt, und Mitarbeiter dieser Firma bearbeiten im Namen des Auftraggebers dessen Post, Telefon und Telefaxe und übermitteln Nachrichten. Der Ausschuss war einstimmig der Auffassung, dass sich der Auftragnehmer an dem Ort, an dem der Service zur Verfügung gestellt wird als Zweigstelle anzumelden hat, während über eine Anmeldepflicht des Auftraggebers an dem Ort, an dem er die Serviceleistung in Anspruch nimmt, im Einzelfall entschieden werden sollte. Ergänzend zur 91. Tagung beschloss der Ausschuss, dass sog. SB-Zonen von Banken und Sparkassen, die nicht in räumlicher Nähe zum Kreditinstitut stehen, den EC-Automaten gleichzustellen sind und damit keiner Anmeldung nach § 14 GewO bedürfen, *Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“*, in: GewArch 2003, S. 361 (362).

⁴⁹⁶ *Stober*, in: NVwZ 2003, S. 1349.

zumindest nicht offensichtlich, da die deutsche Gewerbeordnung vom Grundsatz der Gewerbebefreiheit ausgeht, § 1 GewO.

Nur in einzelnen Gewerbebranchen gibt es Genehmigungspflichten: Einer besonderen Genehmigung bedürfen Gewerbetreibende i.S.d. §§ 30, 33 a, 33 c, 33 d, 33 i, 34, 34 a, 34 b oder 34 c GewO, Gewerbetreibende die nach § 34 b Abs. 5 oder § 36 GewO öffentlich bestellt sind, Betreiber eines überwachungsbedürftigen Gewerbes gem. § 38 Abs. 1 GewO sowie Gewerbetreibende, gegen die ein Untersagung nach § 35 oder § 59 GewO eröffnet oder abgeschlossen wurde. Dort muss der Bewerber einen Nachweis über die eigene Zuverlässigkeit bzw. über die dem auszuübenden Gewerbe entsprechende Sach- und Fachkunde führen, ehe er der Gewerbebetrieb aufgenommen werden darf.

b) Rechtfertigung von Beschränkungen

Diese subjektiven Anforderungen an die Gewerbetreibenden müssten, soweit sie auch Bürger anderer EU-Mitgliedstaaten treffen, Beschränkungen der Marktfreiheiten darstellen. Das Gemeinschaftsrecht lässt jedoch Beschränkungen der Marktfreiheiten zu, die dem Allgemeinwohl zu dienen bestimmt sind. Die Genehmigungspflichten der Gewerbeordnung schützen die Allgemeinheit und das Gewerbepersonal vor Gefahren. Staatliche Maßnahmen der Gefahrenvorsorge, Gefahrenabwehr und Gefahrennachsorge stehen der Gewährleistung der Gewerbebefreiheit nicht entgegen. Damit entspricht das Gewerberecht, als „klassisches Ordnungsverwaltungsrecht“⁴⁹⁷ auch dem Gemeinschaftsrecht. Soweit neben der allgemeinen persönlichen Zuverlässigkeit und der Anzeigepflicht weitere Ansprüche an den Gewerbetreibenden gestellt werden, können diese als Anforderungen des Verbraucherschutzes gedeutet werden. Indem gesteigerte subjektive Genehmigungsvoraussetzungen an die Gewerbetreibenden gestellt werden, soll die Bevölkerung, vor allem auch in sozial schwachen Schichten, vor unseriösen Geschäftspartnern geschützt werden.⁴⁹⁸

c) Vollständige Liberalisierung der Gewerbeordnung

Dennoch bliebe es dem Gesetzgeber auch ohne „Druck aus Brüssel“ unbenommen, die bestehenden Erlaubnisvorbehalte in der Gewerbeordnung abzuschaffen und diese vollständig zu liberalisieren. Dies würde dann zu dem in Großbritannien bestehenden Gewerbesystem führen, das auch in Gefahrbereichen unbeschränkt ist. Zu beachten bleibt aber, dass die Strukturen, in die das Gewerbe eingebettet ist, in Deutschland und Großbritannien vollkommen unterschiedlich sind: Die Abschaffung bestehender Erlaubnisvorbehalte und Genehmigungspflichten in der Gewerbeordnung könnte zu einem System führen, das noch liberaler ist als britische. Dort bestehen als Ausgleich dafür, dass sich jeder, ohne eine Befähigung dafür nachgewiesen zu haben, gewerblich betätigen darf, verbesserte Schutzrechte für diejenigen, die mit der Tätigkeit des Gewerbetreibenden in Berührung kommen. Auf die deutschen Verhältnisse bezogen stellt sich die Frage, ob bei einer vollständigen Liberalisierung der Gewerbeordnung ausreichende Schutzrechte für die Leistungsempfänger, in Form ordnungs- und sicherheitsrechtlicher Vorschriften vorhanden wären.

⁴⁹⁷ Schulze-Fielitz, in: NVwZ 1993, S. 1157.

⁴⁹⁸ Schulze-Fielitz, in: NVwZ 1993, S. 1157, (1160).

Somit kann man festhalten, dass die Intensität der Gewerbeausübungs- und -zugangsregelungen in allen Mitgliedsstaaten im Korrelat mit der Qualität der Schutzrechte Dritter steht. Für welches der beiden Systeme sich die Mitgliedsstaaten entscheiden, oder welches sie schon immer traditionell pflegen, ist diesen überlassen, da aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht keine Notwendigkeit besteht, eines der beiden bevorzugt einzuführen. Es dürfte auch in naher Zukunft unwahrscheinlich sein, dass die europaweite Vereinheitlichung auf nur ein Gewerbesystem konsensfähig wäre. Dazu müssten in den Mitgliedsstaaten, die aufgrund einer beschlossenen Vereinheitlichung gezwungen wären ihr bisheriges System aufzugeben, viele gewachsene Strukturen (wie die Berufsausbildung, das Prüfungswesen, die Gewerbeaufsicht usw.) zerschlagen und neu organisiert werden.

3. Reforminitiativen

Der fehlende gemeinschaftsrechtliche Reformdruck auf das Gewerberecht sollte die zahlreichen Reforminitiativen⁴⁹⁹ zur Neuordnung des Gewerberechts nicht in Vergessenheit geraten lassen. Wachsende Unübersichtlichkeit und Rechtszersplitterung lassen eine gewerberechtliche Neuordnung notwendig erscheinen. Ein neugestaltetes Gewerberecht müsste in der Lage sein auf den Wandel wirtschaftlicher, sozialer, ökologischer, technischer, rechtlicher und verwaltungswissenschaftlicher Rahmenbedingungen zu reagieren⁵⁰⁰, ohne in der permanenten Ausuferung in Spezialgesetzlichkeit zu münden. Der Gesetzgeber müsste zur ursprünglichen Grundidee und Systematik der Gewerbeordnung zurückfinden, nämlich der umfassenden Regelung aller wirtschaftlichen und sozialen Belange der einzelnen Gewerbebranche. Ein Gewerbegesetzbuch müsste die Rechtsmaterie erneut zusammenfassen und zugleich die Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft aufgreifen. Eine einheitliche und übersichtliche Systematik des Gesetzesmaterie verschafft den betroffenen Personen durch eindeutige und gleichförmige Begrifflichkeit eine größere Rechtssicherheit als eine Flut von Einzelgesetzen, und bildet zugleich eine Grundlage für den Gewerbetreibenden als auch für die Verwaltung zur Regelung des gewerblichen Wirtschaftslebens.⁵⁰¹ Die generelle Möglichkeit einer materiellen Gewerberechtskodifikation beweist ein Blick nach Österreich.⁵⁰²

Die Neuordnung des Gewerberechts umfasst neben der Schaffung eines Allgemeinen Teils⁵⁰³ die sukzessive Rückführung der Gewerbenebengesetze, soweit diese noch im Zusammenhang mit dem eigentlichen Gewerbebetrieb stehen. Dagegen sollte Gesetze, die eine zu große Eigenständigkeit entwickelt haben und sich auch auf nicht gewerbliche Tätigkeiten erstrecken,

⁴⁹⁹ Etwa „Neuordnung der Gewerbeordnung“, BT-Dr. 4491; „Gewerberecht aus einem Guss“, DIHT, in: Wi-Verw 1982, S. 189 ff; „Mehr Recht durch weniger Gesetz“, DIHT-Vorschläge für einen neuen Teil I eines Gewerbegesetzbuches, in: NVwZ 1991, S. 1063f.

⁵⁰⁰ *Stober*, in: NVwZ 2003, S. 1349.

⁵⁰¹ *Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, S. 191.

⁵⁰² *Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, S. 38 ff.

⁵⁰³ Den Entwurf eines Allgemeinen Teils formulierte der DIHT bereits 1982 aus. Umsetzungsversuche scheiterten im Gewerberechtsausschuss von Bund und Ländern. Weitere explizierte Formulierungsvorschläge finden sich bei *Stober*, in: NVwZ 2003, S. 1349 (1350 ff.).

ihre Stellung als Spezialmaterie behalten, da sich der Anwendungsrecht eines neuzuschaffenden Gewerberechts auf den Gewerbebetrieb und den Gewerbetreibenden beschränken sollte.

V. Fünfter Teil: Die Industrie und Handelskammern; Kammer selbstverwaltung aus dem Blickwinkel des europäischen Gemeinschaftsrechts

A. Historischer Hintergrund

Das Kammerwesen kann in Deutschland auf eine sehr lange Tradition zurückblicken. Die Kaufmannsgilden des Mittelalters sind die ersten Vorläufer der heutigen Industrie- und Handelskammern. Urkunden über die Anfänge der Gilden sind fast keine vorhanden. Die Kenntnisse über sie stammen aus gewissen Verboten in den Reichsgesetzen und Kirchenverordnungen des 8. und 9. Jahrhunderts.⁵⁰⁴

Das Motiv für die Vereinigungen der Kaufleute liegt in der Schutzsuche der reisenden Kaufleute vor räuberischen Übergriffen. Die Kaufmannsvereinigungen gewährten diesen Schutz in der Regel auf das Gebiet einer Stadt begrenzt.⁵⁰⁵ Die Bildung und gleichermaßen die Mitgliedschaft in einer kaufmännischen Vereinigung beruhten im Gegensatz zu den heutigen berufsständischen Vereinigungen auf der freien Willensentscheidung der Kaufleute selbst. Staatliche Initiative oder gar die gesetzlich normierte Pflichtmitgliedschaft waren noch unbekannt.⁵⁰⁶ Die einzelnen Gilden formten ihre innere Verfassung und gestalteten ihren Tätigkeitsbereich nach ihren konkreten Bedürfnissen. Allen Gilden gemeinsam war das Organ der Genossenversammlung als Träger der Gildenrechte. In Anlehnung an den ursprünglichen Schutzgedanken entwickelten sich die Gilden zu Schutz- und Opfergemeinschaften, die die kaufmännischen Interessen insbesondere gegenüber der Staatsgewalt wahrnahmen und verschiedene kaufmännische Sonderrechte⁵⁰⁷ erwirkten.⁵⁰⁸ Allerdings verfolgten die Gilden nicht

⁵⁰⁴ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 3; *Frentzel/Jäkel/Junge*, Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern, 3. Aufl., Einführung S. 1; *Heinz*, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, S. 15.

⁵⁰⁵ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 3; *Frentzel/Jäkel/Junge*, Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern, 3. Aufl., Einführung S. 1; *Heinz*, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern S. 17; *Heréus*, Die deutschen Handelskammern als Glied der Verwaltung, S. 1.

⁵⁰⁶ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 3, *Heinz*, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, S. 17.

⁵⁰⁷ Zu diesen Sonderrechten zählten Königsschutz, Handelsfreiheit, Zollfreiheit, Befreiung von der Wehrpflicht, Waffenrecht, freie Erbeile, besonderer Gerichtsstand und Strafgewalt in Handelsachen, Maß- und Gewichtseinheiten.

⁵⁰⁸ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 4; *Keucher*, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-Systems, S. 9; *Heréus*, Die deutschen Handelskammern als Glied der Verwaltung, S. 1 ff.

nur berufständische Ziele, sondern auch religiöse, gesellschaftliche, sittliche und politische Ziele, weshalb sie den Lebenswandel der Gildemitglieder enormen Gildezwängen unterwarfen.

Im weiteren Verlauf des Mittelalters und der Erstarkung des Städtewesens, gewannen auch die Kaufmannsgilden immer mehr Einfluss hinzu. Sie erlangten die Befugnis Recht für die Gildeangehörigen zu setzen und die Gerichtsbarkeit in Kaufmannsachen auszuüben. Schließlich wurden den Gilden auch hoheitliche Kompetenzen, vor allem polizeirechtliche, übertragen. Von ihren Anfängen im 8./9. Jahrhundert als eigenverwaltete Schutz- und Interessengemeinschaften hatten sich die Gilden in ihrer Blütezeit im 11./12. Jahrhundert zu Teilen der staatlichen bzw. städtischen Verwaltung aufgeschwungen.⁵⁰⁹ Ihr Ende erlebten die Gilden mit dem Niedergang des Städtewesens zum Ende des Mittelalters. Das Ende der Gilden ist aber auch auf den Zwang zurückzuführen, den sie auf ihre Mitglieder ausübten. Die Gilden räumten ihren Mitgliedern keine Freiräume zur deren eigener Entfaltung ein, wodurch die Weiterentwicklung des Handels gelähmt wurde.⁵¹⁰

Aber auch nach dem Niedergang des Gildewesens kam im 17. und 18. Jahrhundert wieder der Wunsch der Handelstreibenden nach einer Einrichtung zur Wahrnehmung ihrer Belange auf. Initiativen zur Korporation sind hier sowohl von staatlicher Seite als auch den Kaufleuten selbst zu verzeichnen. Die Bestrebungen der Landesfürsten im damals vorherrschenden Merkantilismus galt stets der Verbesserung der Einnahmequellen, um die eigene Machtposition auszubauen. Daraus resultierte auch der Wunsch, Handel und Gewerbe wirkungsvoll zu fördern. Diese Förderung sollte sich auch durch staatlich geschaffene Korporationen vollziehen. Die neu errichteten staatlichen Wirtschaftsverwaltungsbehörden wie die Kommerzkollegien, Kommerzienräte und Kommerziendeputationen waren im Gegensatz zu anderen Behörden auch mit ernannten Vertretern der Wirtschaft besetzt.⁵¹¹

Hauptaufgabe der Kommerzialbehörden lag in beratender und gutachterlicher Tätigkeit. Daneben wirkten sie jedoch auch aktiv durch die Schaffung wichtiger Infrastrukturen auf das Handelsgewerbe ein. Die Schaffung und der Ausbau von Märkten, Messen, Kauf- und Lagerhäusern sowie die Fortentwicklung des Handels- und Wechselrechts oder des Bank- und Kreditwesens sind auf sie zurückzuführen. Weiterhin halfen sie bei der Ansiedlung von Manufakturen, der Beschaffung von Arbeitskräften und Rohstoffen oder auch beim Absatz der Produkte.⁵¹² Dieser „Kammer-Typ“ fand zu Beginn des 19. Jahrhundert, unter den Einfluss der liberalen Tendenzen auf die Politik und Wirtschaftspolitik, sein Ende.⁵¹³

Neben den staatlichen Kommerzkorporationen etablierten sich in vielen Regionen auch wieder freiwillige Zusammenschlüsse der Kaufleute, die den alten Gildegedanken aufgriffen.

⁵⁰⁹ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 4; *Keucher*, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-Systems, S. 9f.

⁵¹⁰ *Heinz*, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, S. 19; *Heréus*, Die deutschen Handelskammern als Bindeglied der Verwaltung, S. 19.

⁵¹¹ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 5.

⁵¹² *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 6.

⁵¹³ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 6.

Diese sog. „Handlungsvorstände“ waren meist stark regional begrenzt und unterlagen daher nur der Aufsicht der jeweiligen Stadtverwaltung.⁵¹⁴ Dennoch erlangten diese Vereinigungen große Bedeutung, da sie meistens die ältesten und einflussreichsten Kaufleute in ihren Reihen hatten. Ihr Tätigkeitsfeld ist gleich dem der staatlichen Kommerzkollegien, Unterschiede bestanden lediglich in der Organisationsform.

Kommerzkollegien und die Handlungsvorstände haben das Bild der heutigen Industrie- und Handelskammern deutlich geprägt. Ein nicht unerheblicher Einfluss ging ferner von den französischen „Chambres de Commerce“ aus. In Frankreich gab es sowohl staatliche Kammern, die aus merkantilen Erwägungen gegründet wurden, als auch staatlich unabhängige, von Kaufleuten errichtete Körperschaften. Die Anfänge der „Chambres de Commerce“ reichen bis in 17. Jahrhundert zurück.⁵¹⁵ Die staatlichen Kammern wurden im Verlaufe der Revolution aufgelöst, da Zwischeninstanzen zwischen Bürger und Staat nicht mit den freiheitlichen Revolutionsideen vereinbar waren. Zu einer Wiedereinsetzung kam es 1801 durch Napoleon. Die Besetzung der Kammern wurde durch die angesehensten Kaufleute bestimmt, der Vorsitz oblag dem Präfekten oder Bürgermeister. Die Hauptaufgabe lag neben einigen Kontrollfunktionen, in der Information der Regierung und in der Erstattung von Gutachten und die Erteilung von Ratschlägen. Um die von den Kammern wahrgenommen öffentlichen Aufgaben, u.a. Verbesserung der Infrastruktur, zu finanzieren, wurden Zuschläge zur Gewerbesteuer erhoben.⁵¹⁶

Die nächste Entwicklungsstufe zum heutigen Kammerwesen ist im 19. Jahrhundert in Preußen zu suchen. Von allen deutschen Bundesstaaten hatte die preußische Kammergeschichte und Gesetzgebung das heutige Kammerrecht am entscheidensten geprägt und beeinflusst. Die ersten preußischen Handelskammern gehen auf französische Gründungen zurück. Dies lässt sich damit erklären, dass Frankreich in den Gebieten, die Preußen bedingt durch den Frieden von Lunéville abtreten musste, Handelskammern errichtete und Preußen diese nach dem Rückfall der Gebiete durch die Befreiungskriege in den eigenen Verwaltungsaufbau eingliedert hat. Der preußische Kammertypus zeichnete sich durch große Selbstständigkeit sowie eine lockere Einbindung in den Behördenaufbau aus. Auf dieser Grundlage entwickelten sich die Kammern zu unabhängigen, aber staatlich anerkannten und beaufsichtigten Interessevertretern. Den Vorsitz führte auch kein Staatsbeamter, sondern ein von der Handelskammer ge-

⁵¹⁴ *Heinz*, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, S. 21.

⁵¹⁵ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 7; *Wülker*, Der Wandel der Aufgaben der Industrie- und Handelskammern in der Bundesrepublik, S. 14; *Frentzel/Jäkel/Junge*, Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern, 3. Aufl., Einführung S. 4; *Keucher*, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-Systems, S. 10.

⁵¹⁶ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 9; *Heréus*, Die deutschen Handelskammern als Bindeglied der Verwaltung, S. 15; *Keucher*, Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Kammer-Systems, S. 11.

wähltes Mitglied. Damit war der erste Schritt zur Selbstverwaltungskörperschaft vollzogen.⁵¹⁷ Des Weiteren repräsentierte die Kammer nun die Gesamtheit aller Gewerbetreibenden, da nicht mehr nur die führenden und angesehenen Kaufleute bei der Auswahl der Mitglieder wahlberechtigt waren. Die Wertigkeit der Stimmen richtete sich aber nach der Höhe der aufzubringenden Gewerbesteuer. Weitere Merkmale des preußischen Kammerwesens sind die Pflichtmitgliedschaft und die Beitragspflicht der Zugehörigen.⁵¹⁸ Das Hauptaufgabenfeld der Kammern ist im Zoll-, Abgabe- und Verkehrswesen begründet.⁵¹⁹ Daneben sind die Aufgaben der Kammern auf die lokalen Bedürfnisse ausgerichtet, die z.B. in der Erarbeitung von Statistiken, Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit oder auch in der Berufsbildung liegen können. Die Entstehung der Industrie und Handelskammern in ihrer heutigen Form geht bis auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurück. Seit dieser Zeit sind sie als selbstverwaltende Körperschaften des öffentlichen Rechts und somit mitgliedschaftlich konstituiert. Nach § 1 IHKG gehören ihnen alle Gewerbetreibenden des jeweiligen Kammerbezirks an, sofern diese zur Gewerbesteuer veranlagt werden. Wesentliches Merkmal der Industrie und Handelskammern ist also die Pflichtmitgliedschaft, die allen wirtschaftlichen, berufsständigen und funktionalen Selbstverwaltungsträgern gemeinsam ist.⁵²⁰

B. Aufgabe der Industrie und Handelskammern

1. Wahrnehmung des Gesamtinteresses der gewerblichen Wirtschaft und Erledigung staatlicher Pflichtaufgaben

Die Industrie- und Handelskammern (IHKn) sollen als wirtschaftsständische⁵²¹ Kammern, die als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisiert sind, § 3 Abs. 1 IHKG, für eine Entlastung staatlicher Verwaltungsträger und die eigenverantwortliche Aufgabenerledigung durch die kammerzugehörigen Betriebe sorgen. Ziel ist eine gemeinwohlorientierte Erfüllung staatlicher Aufgaben mit einer möglichst staatsfernen Selbstorganisation der gewerblichen Wirtschaft, daher werden die Kammern oft als idealer „Mittler“ zwischen Wirtschaft und Staat bezeichnet.⁵²² Die derzeit 81 in Deutschland bestehenden Industrie- und Handelskammern zählen kraft des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie und Handelskammern (IHKG) vom 18.12.1956 rund 3,5 Mio. nichthandwerkliche Gewerbetreibende zu

⁵¹⁷ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 10; *Heinz*, Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern, S. 49f.

⁵¹⁸ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 11; *Heréus*, Die deutschen Handelskammern als Glied der Verwaltung, S. 19.

⁵¹⁹ *Kaltenhäuser*, Möglichkeiten und Perspektiven einer Reform der Verwaltungswirtschaft, S. 11.

⁵²⁰ *Kluth*, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 1.

⁵²¹ Die wirtschaftsständischen Kammern sind von den berufsständischen Kammern insbesondere der freien Berufe, z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Apotheker, Ärzte, Architekten abgrenzen, ausführlich zu dieser Unterscheidung *Jahn*, in: JA 1995, S. 972 ff.

⁵²² *Stober*, Die Industrie und Handelskammer als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft, S. 113 ff.

ihren Mitgliedern. Über 500.000 Personen aus kammerzugehörigen Unternehmen wirken auf ehrenamtlicher Basis in den Gremien der IHKn mit.⁵²³

Die Aufgabe der IHK als auch der HwK wird durch das Gesetz sehr allgemein beschrieben. Nach § 1 Abs. 1 IHKG haben die Kammern die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbe- oder Betriebe abzuwägen und ausgleichend zu berücksichtigen. Dabei haben sie insbesondere durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten sowie für die Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmann zu wirken. Dasselbe gilt für die Handwerkskammern. Nach § 91 HwO ist es ihre Aufgabe, die Interessen des Handwerks zu fördern und für einen gerechten Ausgleich der Interessen der einzelnen Handwerke und ihrer Organisation zu sorgen, sowie die Behörden in der Förderung des Handwerks durch Anregungen, Vorschläge zu unterstützen. Spezielle Aufgaben werden in § 91 HwO aufgezählt. In Anbetracht dieser vergleichbaren Aufgabenstellung hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass sich die Mitgliedschaft in den beiden Kammern nicht grundlegend unterscheidet.⁵²⁴ Daher sind die folgenden Untersuchungen für beide Kammern gleichermaßen von Bedeutung. Darüber hinaus sind die Grundsätze auf die Aktivitäten sämtlicher berufsständischer Kammern übertragbar, unter der Berücksichtigung des vertretenen und geförderten Berufsstandes. Exemplarisch sollen daher die Industrie- und Handelskammern als Untersuchungsgegenstand dienen.

Die gesetzliche Regelung beschreibt einen Aufgabenkreis, der zwar nicht von unbestimmter Weite ist, aber gewiss ein weites Betätigungsfeld eröffnet. Die Kompetenz ist schließlich eher weit als eng auszulegen, wengleich sich die Tätigkeit der Kammer innerhalb dieses Betätigungsfeldes abspielen muss.⁵²⁵

Die Kammer hat also das „Gesamtinteresse der Kammerangehörigen“ zu verfolgen. Fraglich ist was hinter dieser pauschalen Aufgabenzuweisung zu verstehen ist. Ist dies die Summe oder die Potenz von Einzelinteressen oder deren kleinster gemeinsamer Nenner? Das Gesamtinteresse verlangt die Ermittlung der Einzelinteressen, und setzt deren Abwägung sowie einen Ausgleich voraus.⁵²⁶

a) Veränderung der Aufgaben durch Europa

Durch europarechtliche Vorgaben und Veränderungen werden die Kammern in ihrer Eigenschaft als mit dem Vollzug des materiellen Rechts betraute Verwaltungsstellen, mit wachsenden Aufgaben konfrontiert. Dabei ist es unerheblich, ob sie das Gemeinschaftsrecht unmittelbar vollziehen, oder ob es sich um nationale materiell-rechtliche Vorschriften handelt, die das Gemeinschaftsrecht umsetzen bzw. gemeinschaftskonform auszulegen sind (sog. mittelbarer Vollzug). Für die Kammerverwaltung bedeuten Veränderungen auf materiell-rechtlicher europäischer Ebene einen Aufgabenzuwachs und einen Zuwachs an europaweit einheitlichen

⁵²³ Vogel, in: Stober, Lexikon des Rechts – Gewerberecht, S. 303.

⁵²⁴ BVerwG, in: GewArch 1999, S. 1041.

⁵²⁵ Leisner, in: BayVBl. 2001, S. 609 (611).

⁵²⁶ Frenzel/Jäkel/Junge, Kommentar zum Industrie- und Handelskammergesetz, § 1 Rn. 6.

Rechtsmaßstäben, die es zu beachten gilt. Insbesondere in einem der klassischen Betätigungsfelder der Kammern, dem Berufszulassungswesen, sind materiell-rechtliche europäische Vorgaben zu beachten, sei es im Hinblick auf die Anerkennung von Abschlüssen oder die Relevanz der Wohnsitznahme, sei es bei der Gewährung von Ausnahmegewilligungen und der Vornahme von Registereintragungen. Eine weitere Veränderung ist im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe auszumachen, das durch verschiedene EG-Richtlinien auf eine völlig neue Grundlage gestellt wurde und in Deutschland zum sog. Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB fortentwickelt wurde. Wenn die Anwendungsvoraussetzungen dieser Vorschriften vorliegen, sind auch die Träger der funktionalen Selbstverwaltung zur Neuorientierung ihrer Beschaffungstätigkeit verpflichtet.⁵²⁷

b) European Agencies

In ihrer Funktion als mitgliedstaatliche Verwaltungsträger können die Kammern, ebenso wie die übrigen mitgliedstaatlichen Verwaltungsträger auch, als European Agencies bezeichnet werden. Eine praktische Umsetzung der im Weißbuch der Europäischen Kommission „Europäisches Regieren“ vorgestellten Weiterentwicklung der Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten könnte zu einer Intensivierung dieser Rolle führen. Dort wird eine interaktive Gestaltung des Verhältnisses zu den regionalen und lokalen Körperschaften sowie zur Zivilgesellschaft als vorrangiges Ziel herausgestellt.⁵²⁸ Dieses Ziel soll durch zielorientierte dreiseitige Verwaltungsvereinbarungen sowie über das Verfahren der Ko-Regulierung erreicht werden.⁵²⁹ Als Partner von Ko-Regulierungsvereinbarungen kommen nach Auffassung der Kommission Organisationen in Betracht, die einen repräsentativen Charakter haben, rechenschaftspflichtig sind und die Fähigkeit besitzen, sich in offenen Verfahren an vereinbarte Regeln zu halten.⁵³⁰ Nachdem auch die Kammer diese Anforderungen erfüllen, werden sie als nahezu idealtypische Spezialform dieses Organisationstypus betrachtet.⁵³¹

2. Stellung der Kammern im europäischen Verwaltungsraum

Das Gemeinschaftsrecht enthält keine Garantie hinsichtlich des Fortbestandes der funktionalen Selbstverwaltung auf nationaler Ebene, wie sie etwa für die Kommunen explizit verbürgt ist. Weder aus dem Subsidiaritätsprinzip, Art. 5 Abs. 2 EGV, noch aus dem Gedanken der Bürgernähe lassen sich Anhaltspunkte zugunsten einer Rechtsstellungsgarantie entnehmen, da diese primärrechtlichen Aussagen nur das Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten bzw. der Hoheitsträger und der Gesellschaft erfasst.⁵³² Die Nichterwähnung der funktionalen Selbstverwaltung ist damit zu erklären, dass sie als Bestandteil der nationalen Verwaltungsorganisation außerhalb des primärrechtlichen Blickfeldes liegt, und sich die funktionale Selbstverwaltung innerhalb Europas als äußerst uneinheitliches Gebilde präsen-

⁵²⁷ *Burgi*, in: Kluth, Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 28f.

⁵²⁸ KOM (2001), 428 endg. S. 5.

⁵²⁹ KOM (2001), 428 endg. S. 17, 27 f.

⁵³⁰ KOM (2001), 428 endg. S. 28.

⁵³¹ Vgl. insbesondere *Kluth/Goltz*, Kammern der berufsständischen Selbstverwaltung in der EU, S. 87.

⁵³² *Groß*, in: DVBl. 2002, S. 1182 (1188f.).

tiert. Eine mögliche Schutzgarantie könnte auch die Gefahr einer Instrumentalisierung der Selbstverwaltung bergen, wenn die EG-Organen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung nehmen könnten.⁵³³

Die Organisationshoheit, zu der die Entscheidungsbefugnis über die Schaffung und den Einsatz von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung gehört, liegt unbestritten bei den Mitgliedstaaten. Der Gemeinschaft fehlt hingegen die Kompetenz für eine bereichsübergreifende Reglementierung der nationalen Verwaltungsorganisation.⁵³⁴

Gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen für die Verwaltungsorganisation beim mitgliedstaatlichen Vollzug von Gemeinschaftsrecht finden sich auf der Ebene des Primärrechts in Gestalt der Grundsätze des Diskriminierungsverbots und des Effizienzgebots. Damit wird den Mitgliedsstaaten die Pflicht auferlegt, durch die Verwaltungsorganisation die ordnungsgemäße und erfolgreiche Anwendung des materiellen Gemeinschaftsrechts sicherzustellen.⁵³⁵ Im Sekundärrecht finden sich als Annex zu den materiell-rechtlichen Regelungen teilweise organisationsbezogene Aussagen.

C. Pflichtmitgliedschaft

Ob die Pflichtmitgliedschaft in den berufsständischen Vereinigungen tatsächlich sinnvoll ist, wird äußerst kontrovers diskutiert.

Als diametrales Vergleichsobjekt kann wieder Großbritannien mit seiner vollkommenen Gewerbefreiheit herangezogen werden. Dort etablierten sich private freiwillige berufsständische Vereinigungen, die die Qualität ihrer Mitglieder dokumentieren und für die Weiterbildung sorgen. Diese privaten Vereinigungen erfahren einen großen Zulauf, da sie gewisse Anforderungen an die Gewerbetreibenden als Voraussetzung für ihre Aufnahme stellen. Allein durch die Mitgliedschaft in einer berufsständischen Vereinigung kann sich der Gewerbetreibende profilieren und durch den Erhalt weiterer Kammerzertifikate Leistungsstärke und Qualität demonstrieren.

Das Entstehen freiwilliger privater Verbände lässt sich auch in Deutschland in Bereichen beobachten, die nicht über geschützte Berufsbezeichnungen verfügen wie etwa der kosmetisch-medizinische Bereich (Wellness, Ästhetik, Schönheitschirurgie u.ä.). In diesen Bereichen sind hohe Qualitätsstandards gefragt, um das nötige Vertrauen der Verbraucher zu gewinnen. Dies geschieht in diesem Bereich durch spezifische private Verbände, die effektiv arbeiten und den Qualitätsstandard ihrer Mitglieder zertifizieren und überwachen. Es muss jedoch differenziert hinterfragt werden, ob die Kammern als Anstalten des öffentlichen Rechts überhaupt zu einer derartigen Effizienz fähig sind. Es ist zu beachten, dass keine Parallele von den Kammern zu Fachverbänden gezogen werden darf. Denn Fachverbände vertreten natürlich primär die Interessen ihrer angehörigen Wirtschaftszweige, so dass eine umfassende Würdigung entgegenstehender und allgemeiner Interessen nicht ohne weiteres von ihnen erwartet werden kann. Dahingegen ist es den Industrie- und Handelskammern gesetzlich auferlegt, stets das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft im Auge zu behalten und die wirtschaftlichen Interes-

⁵³³ *Burgi*, in: Kluth, Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 31.

⁵³⁴ EuGH Rs. 39/70, Slg. 1971, S. 49 (59) Rn 4; EuGH Rs. 51-54/71, Slg. 1971, S. 1107 (1116) Rn. 6/7.

⁵³⁵ EuGH Rs. C-8/88, Slg. 1990, S. I-2321 (I-2360) Rn. 17.

sen einzelner Gewerbebranche oder Betriebe lediglich abwägend und ausgleichen zu berücksichtigen. Gerade der Verpflichtung zu einem höchstmöglichen Grad an Objektivität wird ein Höchstmaß an öffentlichem Interesse beigemessen.⁵³⁶

1. Vereinbarkeit mit dem nationalen Verfassungsrecht

Das Bundesverwaltungsgericht weist in seinem Urteil vom 21.07.1998 verfassungsrechtliche Bedenken gegen die IHK-Pflichtmitgliedschaft zurück.⁵³⁷ Diese Entscheidung war die logische Konsequenz aus der ständigen Rechtsprechung des BVerwG, wonach die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht in die Schutzbereiche der vom Grundgesetz gewährleisteten Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG und der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG fällt.⁵³⁸ Erstmals hatte das Bundesverfassungsgericht in seinem am 19.12.1962 verkündeten Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern Stellung genommen.⁵³⁹ Die thematisch einschlägige Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts erging aber schon am 29.7.1959, betreffend die Gründung des Großen Erftverbandes.⁵⁴⁰ Geteilt wird diese Auffassung in der neueren Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁴¹ und einer überwiegenden Mehrheit der Literatur.⁵⁴²

In seiner Entscheidung, ob die gesetzliche IHK-Pflichtmitgliedschaft gegen Grundrechte verstößt, hat das BVerwG die Grundrechtspositionen der Art. 9 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 5 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab herangezogen. In der Regel wurde der auf § 3 IHKG in Verbindung mit dem jeweiligen Beitragssatz der Kammer erlassene Beitragsbescheid angefochten und geltend gemacht, die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft sei mit dem Grundgesetz insbesondere § 9 I GG nicht mehr vereinbar. Die „Kammerverweigerer“ trugen vor, dass die Kammern nicht mehr in der Lage seien, die Interessen der einzelnen Berufsgruppen wirksam zu vertreten. Außerdem sei die Pflichtmitgliedschaft nicht erforderlich, da private Berufsverbände mit freiwilliger Mitgliedschaft die Aufgaben ebenso gut wahrnehmen könnten.⁵⁴³ Der Entwurf eines Gesetzes über die Reform der Industrie- und Handelskammern⁵⁴⁴, der eine Privatisierung der Industrie- und Handelskammern vorsah, hatte politisch keinen Erfolg. Rechtlich wäre bei einer Privatisierung zu bedenken, dass private Berufsverbände keine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen können. Die Aufgaben der Recht-

⁵³⁶ BVerfGE 15, S. 235 (241).

⁵³⁷ BVerwG, in: GewArch 1998, S. 410.

⁵³⁸ Eine sehr breite Darstellung der Rechtsprechung der Jahre 1997 bis 1999 findet sich bei *Jahn*, in: GewArch 1999, S. 449 ff., sowie für die Jahre 2000 bis 2004, jedoch ohne tiefgreifend neue Erkenntnisse, ebenfalls bei *Jahn*, in: GewArch 2005 S. 169 ff. und 221 ff.

⁵³⁹ BVerfGE 15, S. 235.

⁵⁴⁰ BVerfGE 10, S. 89 ff.

⁵⁴¹ Vgl. etwa VGH München, in: GewArch 1996, S. 161; OVG Lüneburg, in: GewArch 1996, S. 413; OVG Koblenz, in: GewArch 1997, S. 196; VG Würzburg, Urteil vom 8.7. 1998, W 10 K. 98.535.

⁵⁴² Zum Meinungsstand vgl. auch *Schöbener*, in: VerwArch 26, S. 375 (388 f.).

⁵⁴³ Ausführlich dazu *Kluth*, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 1 ff.

⁵⁴⁴ BT-Drucks. 13/6063 vom 8.11.1996, Gesetzesentwurf vorgelegt von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen.

setzung und der Rechtsanwendung müssten bei einer Privatisierung wieder durch die unmittelbare Staatsverwaltung oder den Gesetzgeber wahrgenommen werden. Die Aufgabenverlagerung auf private Verbände würde eine partielle Aufgabenrückübertragung auf staatliche Stellen bedeuten. Zur Lösung dieses Problems sah der Gesetzesentwurf die Beleihung der Berufsverbände vor, um die Voraussetzung für die Zuweisung hoheitlicher Aufgaben an sie zu schaffen. Den privaten Berufsverbänden würde indessen eine demokratische Legitimierung der Organe fehlen. Gegenüber den öffentlich-rechtlichen Kammern weisen die privaten Verbände deutlich geringere gerichtliche Kontrollrechte der Mitglieder auf.⁵⁴⁵

a) Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG

Zu untersuchen war eine Kollision der IHK-Pflichtmitgliedschaft mit der in Art. 9 Abs. 1 GG niedergelegten negativen Vereinigungsfreiheit. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit trägt auch das Recht einer negativen Freiheit in sich und gewährleistet damit das Recht, einer Vereinigung gerade eben nicht zwangsweise angehören zu müssen.⁵⁴⁶ Dieses Rechts bezieht sich jedoch nur auf die Mitgliedschaft in privatrechtlichen Zusammenschlüssen. Diese Schlussfolgerung zieht das BVerfG daraus, dass auch die positive Vereinigungsfreiheit⁵⁴⁷ nur privatrechtliche Zusammenschlüsse schützt, nicht hingegen die Gründung staatlicher Vereinigungen. Denn hier obliegt es dem Staat zu entscheiden, wer an der Wahrnehmung staatlicher Aufgabenerfüllung beteiligt sein soll. Wenn also schon eine positive Vereinigungsfreiheit zu öffentlich-rechtlichen Verbänden nicht denkbar ist, kann dies konsequenterweise auch nicht für den umgekehrten Fall der negativen Vereinigungsfreiheit gelten, weil der Schutz der negativen Freiheit nicht weiter reicht als der Schutzbereich der positiven Gewährleistung.⁵⁴⁸ Der Schutz des Art. 9 Abs. 1 GG greift nicht ein. Ganz im Gegensatz zu der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Auffassung wird in der Literatur zum Teil auch aus Art. 9 GG ein Grundrecht auf negative Vereinigungsfreiheit hergeleitet, das auch einer gesetzlich begründeten Mitgliedschaftspflicht in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft entgegen gehalten werden könne.⁵⁴⁹ Dieser Streit ist nicht unerheblich, da Art. 9 GG eine Einschränkung der grundrechtlich verbürgten Freiheit nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen zulässt, als dies etwa bei Art. 2 Abs. 1 GG der Fall ist.⁵⁵⁰ Denn Art. 9 Abs. 1 GG stellt sich als Form gesellschaftlicher Interessenwahrnehmung und als Instrument zur Ausübung grundrechtlich ge-

⁵⁴⁵ Kluth/Goltz, Kammern der berufständischen Selbstverwaltung in der EU, S. 46.

⁵⁴⁶ Zum Schutzzumfang des Art. 9 GG Gornig, in: WiVerw 1998, S. 157 (160f).

⁵⁴⁷ Die positive Vereinigungsfreiheit ist durch Zwangskörperschaften regelmäßig nicht betroffen, da mit der Zwangsmitgliedschaft in den Trägern der funktionalen Selbstverwaltung keine Ausschließlichkeit verbunden ist, Schöbener, in: VerwArch 26, S. 375 (385).

⁵⁴⁸ BVerfG, in: GewArch 2002, S. 111 (112).

⁵⁴⁹ Höfling, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, Art. 9 Rn. 21 ff; Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 9 Rn. 47, der Umkehrschluss des BVerfG sei insofern nicht zwingend, weil das Fernbleiben von einem Zwangsverband keine Inanspruchnahme öffentlich-rechtlicher Gestaltungsform ist; es ginge vielmehr um die schlichte Abwehr staatlichen Zwangs.

⁵⁵⁰ Tiefgreifende Auseinandersetzung mit dieser Materie bei Merten, in: HStR VI, § 144 Rn. 58ff.

schützter Freiheiten dar.⁵⁵¹ Durch eine Trennung in Handlungsform und Handlungsinhalt zeigt sich eine funktionale Grenze des Art. 9 GG im Prinzip freier Gruppenbildung. Gilt also ein Zusammenschluss nicht einer grundrechtlichen Freiheitsbetätigung, sondern der Erfüllung einer staatlichen, insbesondere etwa einer mit hoheitlichen Mitteln zu erfüllenden Aufgabe, so ist der Bereich der freien gesellschaftlichen Zwecksetzungsbefugnis überschritten. Der Regelungsbereich des Art. 9 Abs. 1 GG ist damit stets nicht betroffen, wenn ein Zwangsverband nicht die Grundrechtsausübung der Bürger, sondern die Erledigung einer vom Staat zulässigerweise als staatliche als staatliche Verwaltungsaufgabe angesehene Angelegenheit organisiert. Bei der Trennung von Handlungsform und Inhalt muss die Zulässigkeit der staatlichen Aufgabenübernahme zunächst an anderen als für die Wahl der Form des Zwangsverbandes maßgeblichen Normen gemessen werden. Sollte sich bei einer Überprüfung anhand der für die sachliche Thematik der jeweiligen Aufgabe einschlägigen Spezialgrundrechte herausstellen, dass die Herausnahme einer Angelegenheit aus dem Prozess der gesellschaftlichen Bewältigung und Selbstregulierung nicht erforderlich ist und gegen das Übermaßverbot verstößt, so verletzt der Zwang zur Verbandsbildung auch die Gründungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG.⁵⁵²

b) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Das BVerwG hat die Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG auf die IHK-Pflichtmitgliedschaft anwendbar ist, ausdrücklich offen gelassen, und lediglich festgestellt, dass ein Grundrechtseingriff in jedem Falle verhältnismäßig wäre.

Bereits umstritten ist, ob der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG überhaupt eröffnet ist. Nach *Jahn* ist das Grundrecht auf Berufsfreiheit durch die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in § 2 Abs. 1 IHKG bereits thematisch nicht berührt.⁵⁵³ Aus der mit der Pflichtmitgliedschaft verbundenen gesetzlichen Beitragspflicht gem. § 3 IHKG lasse sich ein Eingriff in die Berufsfreiheit nicht ableiten. Er begründet dies mit der Rechtssprechung des BVerfG, wonach die Berufsfreiheit bei der Auferlegung von Aufgaben nur dann thematisch betroffen ist, wenn sie in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs steht und objektiv eine Berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lässt. Sinn der IHK-Beitragspflicht ist es aber gerade nicht, lenkend in die Berufswahl einzugreifen.⁵⁵⁴ Zweck der Beitragserhebung ist die Finanzierung der Aufgabenerledigung durch die IHKn, soweit diese nicht anderweitig sichergestellt wird, § 3 Abs. 2 IHKG. Folglich fehle es an der Finalität für einen Eingriff in die Berufsfreiheit, so dass hinsichtlich der IHK-Pflichtmitgliedschaft bereits der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht betroffen sei.

⁵⁵¹ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 270 ff.

⁵⁵² *Merten*, in: HStR VI, § 144 Rn. 58ff.

⁵⁵³ *Jahn*, in: GewArch 1998, S. 453 (454); im gleichen Sinne sich wiederholend *Jahn*, in: GewArch 2002, S.98 (99); in: GewArch 2002, S. 353 (357) und abermals in: GewArch 2005, S. 169 (170).

⁵⁵⁴ Einschränkung *Schöbener*, in: VerwArch 26, S. 375 (385), er ist der Auffassung, dass sich die Beitragspflicht durchaus als Eingriff in die Berufsfreiheit qualifizieren ließe, wenn man auf das einschränkende Merkmal der objektiv berufsregelnden Tendenz verzichten würde, da auch kleinere Beträge sehr wohl eine Belastung für einzelne Gewerbetreibende darstellen könnte und das Grundgesetz keinen Bagatellvorbehalt kenne.

c) Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Den IHKn obliegt es durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten, sowie für die Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken. Diese verlautbare Interessenvertretung greift aber nicht in die Meinungsfreiheit der Kammermitglieder ein, weil es jedem einzelnen Kammermitglied unbenommen bleibt, eine abweichende Meinung eigenständig zu äußern. Somit ist der Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit in diesem Zusammenhang nicht betroffen.⁵⁵⁵

d) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Nachdem spezielle Grundrechte nicht einschlägig sind, ist das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit heranzuziehen, da das Grundrechtssystem einen lückenlosen Schutz gegen rechtswidrige staatliche Eingriffe, auch durch legislatives Unrecht, sicherstellen will.⁵⁵⁶ Die allgemeine Handlungsfreiheit gewährt einen umfassenden Persönlichkeitsschutz und gilt gleichermaßen für natürlichen Personen wie auch für kammerzugehörige juristische Personen des Privatrechts oder Personenvereinigungen, da das Grundrecht seinem Wesen nach auch auf diese Anwendung findet, Art. 18 Abs. 3 GG. Die allgemeine Handlungsfreiheit beinhaltet für die kammerzugehörigen Unternehmen nicht nur einen Schutz in ihrer wirtschaftlichen Betätigung (status positivus), sondern auch einen „Belästigungsschutz“⁵⁵⁷, somit einen Schutz vor Zwangsmitgliedschaften in Körperschaften (status negativus). Daher ist der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG durch die gesetzliche IHK-Pflichtmitgliedschaft berührt. Es ist demzufolge zu untersuchen, ob der Grundrechtseingriff durch die verfassungsmäßige Ordnung gerechtfertigt ist.

(1) Wahrnehmung legitimer öffentlicher Aufgaben

Die allgemeine Handlungsfreiheit wird nicht schrankenlos gewährleistet. Gem. Art. 2 Abs. 1 GG ist das Grundrecht auch für unmittelbare Eingriffe des Gesetzgeber einschränkbar, wenn das einschränkende Gesetz zur verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne des Grundgesetzes zählt. Weiterhin dürfen öffentlich-rechtliche Verbände nur gegründet werden, um legitime öffentlich-rechtliche Aufgaben⁵⁵⁸ wahrzunehmen. Dabei liegt es jedoch im Ermessen des Gesetzgebers, ob staatliche Aufgaben durch Behörden oder durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften wahrgenommen werden. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, dass es dem Gesetzgeber zusteht, den Verband sowie die Rechtsstellung der Mitglieder entsprechend der Besonderheiten der zu ordnenden Lebens- und Wirtschaftsver-

⁵⁵⁵ Jahn, in: GewArch 1998, S. 453 (454).

⁵⁵⁶ Ständige Rechtssprechung des BVerwG, exemplarisch BVerfGE 6, S. 32 (37).

⁵⁵⁷ Jahn, in: GewArch 1998, S. 453 (454).

⁵⁵⁸ Das Merkmal der „legitimen öffentlichen Aufgaben“ wird jedoch der grundsätzlichen Kritik ausgesetzt, dass es als Begriff zu vage ist und ihm kaum Begrenzungsfunktion zukommt, vgl. Schöbener, in: VerwArch 26, S. 375 (381). Die Probleme bei der Handhabung des Begriffs der „legitimen öffentlichen Aufgabe“ versucht das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 15, 235 (240) mit Spezifikation als „echte Staatsaufgabe“ zu lösen. Dies führt wiederum zu dem Folgeproblem, dass auch der Begriff der Staatsaufgabe bislang durchaus ungeklärt ist; dazu ausführlich Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, S. 11ff.

hältnisse und der von ihm abzuschätzenden Gemeingefahr zu regeln.⁵⁵⁹ Dazu müsste das IHKG als formell ordnungsgemäßes Gesetz mit der Pflichtmitgliedschaft ein sachgerechtes Gemeinwohlziel verfolgen, dazu geeignet und erforderlich sein und zudem die Zumutbarkeitsschwelle für die einzelnen Kammerzugehörigen nicht überschreiten.

(2) *Legitime öffentliche Aufgabe*

Nach § 1 Abs. 1 IHKG vertreten die Industrie- und Handelskammern das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft im jeweiligen Kammerbezirk. Dabei haben sie bei ihrem Förderungsauftrag die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbebranchen und Gewerbebetriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen. Sie unterstützen und beraten die Behörden durch Vorschläge, Gutachten und Berichte, sie wirken für Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns. Sie können Anlagen und Einrichtungen, die der Förderung der gewerblichen Wirtschaft dienen, begründen, unterhalten und unterstützen, § 1 Abs. 2 IHKG. Die Kammer erledigt einen umfangreichen Katalog gesetzlich übertragener Einzelaufgaben.⁵⁶⁰ Sofern die IHKn auf diesem vom Gesetzgeber angesteckten Feld wirtschaftlicher Selbstverwaltung tätig werden, verfolgen sie ein verfassungsrechtlich notwendiges Gemeinwohlziel, das es rechtfertigt, in die Grundrechte der den IHKn angehörenden natürlichen und juristischen Personen einzugreifen. Der Begriff legitimen öffentlichen Aufgabe wurde vom BVerfG in der sog. Arbeitnehmerkammer-Entscheidung⁵⁶¹ präzisiert: „Damit sind Aufgaben gemeint, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, dass sie weder im Weg privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinne staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat durch seine Behörden wahrnehmen muss.“ Neben der Präzisierung wurden auch die Rechtfertigungsanforderungen verfeinert: „Dass die Kammern legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen, rechtfertigt ihre Existenz jedoch noch nicht. Der Gesetzgeber hat die Organisation der Kammern auf das Prinzip der Pflichtzugehörigkeit aller Arbeitnehmer gegründet. Darin liegt prinzipiell ein empfindlicher Eingriff in das Grundrecht der individuellen Freiheit des Verhaltens im Wirtschafts- und Arbeitsleben. Das Gesetz, das diesen Eingriff vornimmt, ist nur dann Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, wenn der Eingriff sich als Verhältnismäßig erweist.“ Damit wurde die Geltung des Übermaßverbotes betont. Die verfassungsrechtliche Eingriffsrechtfertigung, die das Bundesverfassungsgericht danach unter der Voraussetzung annimmt, dass ein öffentlich-rechtlicher Verband nur gegründet wurde, um legitime öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrzunehmen, hat aufgrund ihrer Unbestimmtheit vielfach Kritik auf sich gezogen.⁵⁶² Freilich konnte auch das Bemühen um eine Präzisierung⁵⁶³ nicht darüber hinweg helfen, dass es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Schließlich werden aber auch die Kritiker

⁵⁵⁹ BVerfGE 10, S. 89 (102).

⁵⁶⁰ Vgl. *Stober*, Die Industrie- und Handelskammer als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft, S. 31 ff.

⁵⁶¹ BVerfGE 38, S. 281 (299).

⁵⁶² *Erchsen*, in: *Verwaltungsarchiv* 62 (1971), S. 181 (185); *Bethge*, in: *JA* 1979, S. 281 (286f.); *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 272; *ders.*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 9 Rn. 90.

⁵⁶³ *Mronz*, Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft, S. 66 ff.

anerkennen müssen, dass es in Bezug auf Staatsaufgaben keine exakten begrifflichen Abgrenzungsmöglichkeiten, etwa durch einen Rückgriff auf feststehende Kategorien, gibt. Dem Gesetzgeber werden durch das Grundgesetz Befugnisse zuerkannt, die durch die Kompetenzordnung selbst und die Grundrechte beschränkt werden. Zu diesen Befugnissen gehört es eben darüber zu befinden, welche Aufgaben in staatlicher Verantwortung wahrgenommen werden; gleichzeitig handelt es sich um einen zentralen Bereich der dem Gesetzgeber zustehenden Kompetenz zur Konkretisierung des Gemeinwohls.⁵⁶⁴

(3) *Verhältnismäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft*

Damit die Pflichtmitgliedschaft auch das geeignete Instrument zur Zielförderung ist, nämlich der sachgerechten Aufgabenerledigung durch die IHKn, reicht es auch, wenn keine evidente Mittelverfehlung vorliegt⁵⁶⁵, da dem Gesetzgeber hier eine gewisse Einschätzungsprärogative zusteht. Daher ist die Pflichtmitgliedschaft als geeignetes Mittel anzusehen.

Weiterhin hat das BVerwG die Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer auch für erforderlich in Sinne Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erklärt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Beurteilung auch zutreffend, da es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommt, ob die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft, wie sie im deutschen Kammersystem herrscht, auch die zweckmäßigste Lösung darstellt. Die vieldiskutierte Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, das gesamte deutsche Kammerrecht zu reformieren und privatisieren, ist hiervon unabhängig. Jedenfalls stünde dem deutschen Gesetzgeber bezüglich dieser Frage die Befugnis zu, das Kammersystem privatrechtlich zu organisieren, wie dies vielfach im europäischen Ausland zu beobachten ist.⁵⁶⁶

Dem Gesetzgeber kommt in dieser Frage jedoch ein weiter Ermessensspielraum mit der entsprechenden Einschätzungsprärogative zu, weshalb auch Überlegungen der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität von der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit zu trennen sind. Daher wird auch die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft vom BVerwG bejaht, da es ohne die Zwangsmitgliedschaft nicht möglich wäre, die Gesamtinteressen der Angehörigen der gewerblichen Wirtschaft gegenüber staatlichen und kommunalen Entscheidungsträger zu vertreten.⁵⁶⁷ Eine gleichwertige Alternative ist auch nicht in der Interessenvertretung privatrechtlich organisierter Wirtschaftsverbände zu sehen, da diese nur die Partikularinteressen der ihnen angehörenden Mitglieder vertreten, währenddessen die Industrie- und Handelskammern abwägend und ausgleichend die oftmals sehr ungleichen Interessen sämtli-

⁵⁶⁴ *Isensee*, in: HStR III, § 57 Rn. 147 ff und Rn. 88 ff.

⁵⁶⁵ *Dreier*, in: Dreier, Grundgesetz, Vorb. Rn. 147.

⁵⁶⁶ Ein privatrechtlich organisiertes Kammersystem darf jedoch nicht mit den bereits auf privatrechtlicher, freiwilliger Basis organisierten Fachverbänden verwechselt werden, da die Wahrnehmung der Interessen ein unterschiedliche ist: während die Industrie- und Handelskammern das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft vertreten müssen beschränken sich die Fachverbände allein auf die Interessen einzelner homogener Gewerbezweige. Vgl. dazu oben V.C Pflichtmitgliedschaft, Seite 137. Weiterhin gilt es bei privaten Verbänden die fehlende demokratische Legitimierung und die geringeren gerichtlichen Kontrollrechte der Mitglieder zu bedenken, vgl. dazu oben V.C.1 Vereinbarkeit mit dem nationalen Verfassungsrecht, Seite 138.

⁵⁶⁷ *BVerfG*, in: GewArch 2002, S. 111 (113).

cher kammerzugehörigen Gewerbebezüge (von Industrie und Handel bis zum Dienstleistungsgewerbe) vertreten.⁵⁶⁸

Schließlich erachtet das BVerwG die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft als zumutbar für die Kammerangehörigen. In der Mittel-Zweck-Relation wird der einzelnen in einer Weise belastet, die in einem vernünftigen Verhältnis zu den ihm und der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht. Diese Beurteilung der Zumutbarkeit wirkt sich auf die mit der Zwangsmitgliedschaft untrennbar verbundene Beitragspflicht der Unternehmen aus, § 3 IHKG. Somit kann der Beitragspflicht nicht mit dem Argument begegnet werden, dass ein Kammermitglied möglicherweise keinen berufsspezifischen Vorteil zieht, der außer Verhältnis zur Höhe der jeweiligen Beitragslast steht. Die Beitragspflicht der Kammerangehörigen wird unabhängig von der Inanspruchnahme fällig. Nach allgemeiner Auffassung müssen die beitragsrechtlichen Vorteile nur sehr generell und mittelbar sein. Für die Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes genügt deshalb schon der allgemeine Nutzen, der sich aus der Wahrnehmung der Kammeraufgaben durch die IHKn ergibt.⁵⁶⁹

e) Grundrechtserheblichkeit der Pflichtmitgliedschaft

Neben dem Lösungsansatz des Bundesverfassungsgerichts und den Kritikern, die hinsichtlich der Grundrechtsprüfung strengere Kriterien anlegen möchten, hat noch eine weitere Strömung an Bedeutung gewonnen. Nach dieser Auffassung fehlt der gesetzlichen Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern bereits eine Grundrechtserheblichkeit. Denn für die Frage eines Grundrechtsschutzes gegenüber öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden sei allein die Qualität des Eingriffs entscheidend.

(1) *Eingriffsqualität der Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden*

Hier wird die Frage aufgeworfen, warum die Zwangsmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden, anders als die Zugehörigkeit des Bürgers zu Bund, Land und Gemeinden, einen Grundrechtseingriff darstellen soll.⁵⁷⁰ Die Annahme eines Eingriffs knüpft daran, dass die Existenz von Bund, Ländern und Gemeinden sowie die Zugehörigkeit der Bürger hierzu schon von Grundgesetz vorausgesetzt wird, während die öffentlich-rechtlichen Zwangsver-

⁵⁶⁸ Bereits in BVerfGE 15, S. 235ff. hat das BVerfG herausgestellt, dass der Wert der von den Kammern erarbeiteten Vorschläge und Gutachten auf der Unabhängigkeit ihres Urteil beruht, zum anderen auf dem Maße des Überblicks, das die Kammern im Bereich der zu beurteilenden Verhältnisse besitzen. Wäre die Mitgliedschaft freiwillig, so hinge die Zusammensetzung der Mitgliedschaft vom Zufall ab. Die Kammern wären auf die Werbung von Mitgliedern angewiesen. Finanzstarke Mitglieder würden sich in den Vordergrund schieben und mit Austrittsdrohungen die Berücksichtigung ihrer Sonderinteressen und –auffassungen zu erzwingen zu versuchen. Durch Fernbleiben oder Austritt ganzer Gruppen von Handel und Gewerbetreibenden könnte den Kammern der Einblick in die Verhältnisse erschwert oder entzogen werden. In gleichem Maße wären die Vertrauenswürdigkeit solcher Kammer, ihre umfassende Sachkunde und Objektivität nicht mehr institutionell gesichert.

⁵⁶⁹ OVG Koblenz, in: GewArch 1994, S. 415 (416), OVG Lüneburg, in: GewArch 1997, S. 153 (154); OVG Koblenz, in: NVwZ-RR 1998, S. 305; VG Arnsberg, in: NVwZ-RR 1998, S. 557.

⁵⁷⁰ *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, S. 188 ff.

bände einer besonderen Einrichtung und Aufgabenumschreibung bedürfen.⁵⁷¹ Die gesetzliche Unterwerfung unter eine autonome Verbandsgewalt ist mit belastenden Maßnahmen des Zwangsverbandes wie die Beitragserhebung, standessaufsichtliche Maßnahmen oder die Verpflichtung zu ehrenamtlichen Tätigkeiten verbunden. Ob aber darüber hinaus auch eine Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten individuellen Freiheitssphäre vorliegt, wird von der hier dargestellten Meinung bezweifelt. Beitragserhebung oder Disziplinarmaßnahmen stellen jeweils einzelne Eingriffe der Zwangskörperschaft in die Grundrechte der betroffenen Mitglieder dar, die zwangsweise Begründung der formalen Mitgliedschaft in dem Verband stelle hingegen keinen Grundrechtseingriff dar. Das durch die Zwangsmemberschaft begründete Verhältnis weise hinsichtlich der Gewährleistung der grundrechtlichen geschützten Freiheiten des Bürgers gegenüber hoheitlichen Eingriffen, keine wesentlichen Unterschiede zum allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis auf. Der Bürger werde in eine besondere Nähe zu einem Hoheitsträger gerückt.⁵⁷²

(2) *Einräumung einer begünstigenden Rechtsstellung mit gleichzeitiger Belastung*

Die eintretende Wirkung ist zwiespältig, da den Mitgliedern einerseits eine begünstigende Rechtsstellung eingeräumt wird mit der Möglichkeit an der Mitwirkung an der hoheitlichen Verbandstätigkeit, andererseits ist die Mitgliedschaft mit besonderen Belastungen verbunden. Aufgrund der Ambivalenz stelle sich eine unmittelbare Staatsverwaltung im Vergleich zur Pflichtmitgliedschaft als die freiheitsfeindlichere Alternative dar.⁵⁷³ Obwohl die Zwangsmemberschaft mit einzelnen Belastungen verbunden ist, könne damit kein belastender Charakter der Zwangsmemberschaft begründet werden, ebenso wenig wie im Verhältnis Staat-Bürger das Vorkommen einzelner Grundrechtseingriffe die allgemeine Unterwerfung unter die Staatsgewalt zum Grundrechtseingriff macht. Ganz im Gegenteil werde durch die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes gegen belastende Einzelmaßnahmen des Zwangsverbandes bestätigt, dass die gesetzliche Zwangsmemberschaft den grundrechtlichen Schutz der individuellen Freiheitssphäre unberührt lässt.

(3) *Unterscheidung zwischen Aufgabenverstaatlichung und der verwaltungsorganisatorischen Form ihrer Wahrnehmung*

Aus alledem folgt, dass es sich bei der Errichtung öffentlich-rechtlicher Körperschaften mit Zwangsmemberschaft, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht um ein grundrechtliches, sondern um ein staatsorganisatorisches Problem handelt. Die Vertreter dieser Position unterscheiden streng zwischen der Begründung einer staatlichen Zuständigkeit für die Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe als staatliche (Aufgabenverstaatlichung) und der verwaltungsorganisatorischen Form ihrer Wahrnehmung.⁵⁷⁴ Als grundrechtsrelevant wird nur der Akt der Aufgabenverstaatlichung selbst gesehen, während die Wahl der funktionalen Selbstverwaltung als Modus der verwaltungsorganisatorischen Wahrnehmung

⁵⁷¹ Meßerschmidt, in: Verwaltungsarchiv 81 (1990), S. 55 (82).

⁵⁷² Kluth, in: DVBl. 1986, S. 716 (720).

⁵⁷³ Erichsen, in: Jura 1987, S. 390 (391); Kluth, DVBl. 1986, S. 716 (720).

⁵⁷⁴ Kluth, in: DVBl. 1986, S. 716 (720 f.); Löwer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 9 Rn. 17f.

regelmäßig in das organisatorische Ermessen des Gesetzgebers gestellt wird,⁵⁷⁵ soweit keine zusätzlichen konkreten grundrechtsrelevanten Belastungen⁵⁷⁶ verbunden sind.

(4) *Kein grundrechtlicher Abwehranspruch gegen die Mitgliedschaft*

Als Konsequenz dieser Position muss sich ein grundrechtlicher Abwehranspruch gegen die staatliche Aufgabenzuweisung an die Industrie- und Handelskammern und nicht gegen die Mitgliedschaft als solche richten. Somit muss der Nachweis geführt werden, dass eine Grundrechtsverletzung durch die Wahrnehmung einzelner oder mehrere Aufgaben durch die Industrie- und Handelskammer stattfindet.

2. Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht

Eine Rückführung der Aufgabenverstaatlichung könnte aus gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten anstehen. Auch wenn sich aus dem nationalen Verfassungsrecht kein Zwang zur Umgestaltung des Kammerwesens ergibt, so könnte sich dennoch Handlungsbedarf aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Notwendigkeiten ergeben.

Die Stellung und Funktion der Industrie- und Handelskammern im Kontext der Europäischen Union zeigt, dass die staatsorganisationsrechtliche Eigenart der funktionalen Selbstverwaltung und damit ihre staatspolitische Bedeutung sehr vielschichtig und nur aus dem Blickwinkel verschiedener Perspektiven darzustellen ist. Sie vermittelt demokratische Partizipation, sie ermöglicht sachbezogene Kooperation und verwirklicht staatsentlastende Delegation. Aufgrund dieser Funktionen spricht man von den Industrie- und Handelskammern als Mittler und Bindegliedern zwischen Staat und Gesellschaft, indem sie zur staatlichen Integration beitragen und eine demokratisch legitimierte, bürger- und betroffenennahe Erfüllung von Staats- und Verwaltungsaufgaben ermöglicht. Aus der Perspektive der Mitglieder stellen sich weitere staatsrechtliche Bezüge dar, einmal die Erweiterung ihres staatsbürgerlichen status activus durch die Zuweisung demokratischer Partizipationsrechte. Hinzu kommt die Verwirklichung rechtsstaatlich orientierter Funktionen durch die Eröffnung eines effektiven verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber den Verbänden, den vergleichbaren privatrechtlichen Vereinigungen, sowie die thematische Beschränkung der Kammeraufgaben und die Einbindung der Kammern in die rechtsstaatliche Disziplinierung durch Gesetzesbindung und Gesetzesvorbehalt.⁵⁷⁷ Unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten ist daher zu hinterfragen, inwiefern die Grundfreiheiten ihre Schutzwirkungen in Bezug auf die Pflichtmitgliedschaft entfalten. Was jedoch die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote anbelangt so weisen die Regelungen über die Pflichtmitgliedschaft in den Trägern funktionaler Selbstverwaltung keine Probleme auf, da die Mitgliedschaft stets an sachliche Merkmale, wie die Ausübung eines bestimmten Berufs oder eine sonstige qualifizierte wirtschaftliche Betätigung geknüpft wurde.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ Hellermann, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, S. 194 f.

⁵⁷⁶ Als Belastungen könnten sich lediglich die Beitragspflicht sowie eventuelle Mitwirkungspflichten in den Organen der Körperschaft ergeben, die aber bei den Industrie- und Handelskammern nicht anzutreffen sind.

⁵⁷⁷ Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 67.

⁵⁷⁸ Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 334.

a) Verstoß gegen Dienstleistungsfreiheit

Der EuGH hat die grundsätzliche Vereinbarkeit der Pflichtmitgliedschaft in Berufskammern mit den Grundfreiheiten auch in der Entscheidung *Corsten*⁵⁷⁹ nicht in Frage gestellt. In diesem Fall, der eine punktuell grenzüberschreitende Dienstleistung behandelte, hat der EuGH vor allem auf den Zeit- und Kostenaufwand abgestellt, der auch bei einer auf einen oder wenige Fälle beschränkten grenzüberschreitenden Dienstleistung durch die bestehenden Anzeige- und Eintragungspflichten anfällt.

Durch diese Entscheidung wird der nationale Gesetzgeber gefordert, praktische Lösungen für punktuell grenzüberschreitende Dienstleistungen im Hinblick auf Eintragungs- und Anzeigepflichten zu finden. Problematisch erscheinen dabei vor allem die entstehenden Lücken bei der Berufsaufsicht und der Qualitätssicherung, die nun auf andere Art und Weise geschlossen werden müssen. Als Vorbild könnten die durch das siebte Steuerberatungsgesetz eingefügten Regelungen in § 3 Nr. 4 und § 76 II Nr. 4 StBerG dienen.

Durch die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit wird dem nationalen Gesetzgeber somit keine Pflicht auferlegt, die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in den Kammern aufzugeben. Die Dienstleistungsfreiheit verlangt lediglich eine differenzierende, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügende Betrachtungs- und Regelungsweise für Fälle der punktuellen Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistung.⁵⁸⁰

b) Verstoß gegen Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbot erstreckt sich auch auf die Berufsausübung.⁵⁸¹ Erfasst werden sämtliche die Berufstätigkeit erschwerenden Regelungen. Im Zusammenhang mit der Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern könnte ein Verstoß gegen Art. 42 EGV zunächst einmal darin liegen, wenn Unionsbürger von der Mitgliedschaft ausgeschlossen würden und sie dadurch Nachteile erleiden.⁵⁸² Dies ist indes nicht der Fall, da das IHKG allein an die Gewerbeausübung im jeweiligen Kammerbezirk anknüpft und nicht nach der Staatsangehörigkeit differenziert.

Eine Verletzung des Art. 42 EGV könnte allerdings durch die Anordnung der Pflichtmitgliedschaft eintreten. In diesem Zusammenhang muss die Niederlassungsfreiheit aber nicht nur als Diskriminierungsverbot, sondern als allgemeines Beschränkungsverbot⁵⁸³ verstanden werden.⁵⁸⁴ Im diesem Fall unterliegt die Pflichtmitgliedschaft als Hemmnis für die Freiheit der Niederlassung einem europarechtlichen Rechtfertigungserfordernis.

⁵⁷⁹ EuGH Rs. C-58/98, in: GewArch 2000, S. 476 ff.

⁵⁸⁰ *Kluth*, in: NVwZ 2002, S. 298 (301).

⁵⁸¹ Zum Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit siehe ausführlich oben III.B.3 Niederlassungsfreiheit, Art. 42 ff EGV, Seite 4968.

⁵⁸² EuGH Rs. 271/82, Slg. 1983, S. 2727 (2744) Rn 18; *Troberg*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EWG-Vertrag, Art. 52 Rn. 43.

⁵⁸³ Vgl. hierzu *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 336, der die Niederlassungsfreiheit gestützt auf mehrere Entscheidungen des EuGH als Beschränkungsverbot interpretiert.

⁵⁸⁴ *Nachbaur*, in: EuZW 1991, S. 470 (471).

(1) *Vorliegen einer Beschränkung*

In der Literatur wird die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft vor allem für den umgekehrten Fall diskutiert, dass Ausländer von der Mitgliedschaft ausgeschlossen werden.⁵⁸⁵ Dabei wird davon ausgegangen, dass dem Ausländer mit der Mitgliedschaft verbundene Vorteile für die Berufsausübung entgehen könnten. Bei diesen Vorteilen handelt es sich in erster Linie um die mit der Zuweisung von demokratischen Partizipationsrechten verbundene begünstigende Rechtsposition. In diesem umgekehrten Fall fehlt es jedoch schon an einem abstrakten Beschränkungstatbestand. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern können daher eher im Zusammenhang mit den mitgliedschaftlichen Pflichten und Belastungen angenommen werden, wenn dadurch die Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit behindert wird oder an Attraktivität verliert.⁵⁸⁶ Zumindest als Belastung wird seitens der Mitglieder hauptsächlich die Beitragspflicht empfunden. Die Einstufung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit hängt bei nicht diskriminierenden öffentlich-rechtlichen Beiträgen, die im Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs erhoben werden, davon ab, ob die Beitragszahlung einen sachlichen erheblichen Einfluss auf die Berufstätigkeit erkennen lässt. In der Literatur wird eine derartige Beschränkung aufgrund der geringen Kammerbeiträge bezweifelt, und angesichts der vorteilhaften Gegenleistung der Verwaltung auch vollständig abgelehnt.⁵⁸⁷

Meines Erachtens kann sich die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft, die mit einer Beitragspflicht einhergeht, allerdings auf die Berufstätigkeit auswirken, nämlich dann, wenn ein Gewerbe aufgrund dieser Verpflichtungen gar nicht aufgenommen wird. Dies ist denkbar, wenn dadurch erhebliche Doppelbelastungen eintreten würden, durch Kammerverpflichtungen im Herkunftsland und im Inland. Allerdings sind auch Inländer, die mehrere Niederlassungen in verschiedenen Kammerbezirken haben, Mitglieder in mehreren Industrie- und Handelskammern.

(2) *Rechtfertigung einer Beschränkung*

Unterstellt man das Vorliegen einer Beschränkung, muss weiterhin untersucht werden, ob diese zu rechtfertigen ist. Die Grundfreiheiten des EGV unterliegen einem Beschränkungs vorbehalt, und zwar sowohl im Falle ihres ausschließlichen Verständnisses als Diskriminierungsverbot als auch im Falle einer Deutung als allgemeines Beschränkungsverbot.⁵⁸⁸ Der EuGH hat ein Schranken- oder Rechtfertigungssystem entwickelt, das sich an die Struktur des Art. 30 EGV anlehnt. Nach dieser allgemeinen Schrankenlehre des EuGH ist eine Beschränkung einer Grundfreiheit gerechtfertigt, wenn diese „einen mit dem Vertrag zu vereinbarenden Zweck verfolgen würde und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt wäre. In diesem Fall müsste aber außerdem die Anwendung dieser Regeln geeig-

⁵⁸⁵ Troberg, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EWG-Vertrag, Art. 52 Rn. 43, Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 337.

⁵⁸⁶ Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 337.

⁵⁸⁷ Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 33.

⁵⁸⁸ Jarass, in: EuR 1995, S. 202 (220ff.).

net sein, die Verwirklichung des verfolgten Zweckes zu gewährleisten, und dürfte nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist.“⁵⁸⁹

Die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft ist daher an diesem Rechtfertigungssystem zu messen. Bei der Zuweisung demokratischer Partizipationsrechte wird von einer Vereinbarkeit mit dem Vertragszweck ausgegangen, da sich die Europäische Union in Art. 6 Abs. 1 EUV zum demokratischen Prinzip bekennt und in Art. 1 EUV eine möglichst bürgernahe Entscheidungsfindung fordert. Des Weiteren werden die Mitgliedstaaten in Art. 19 EGV zur Zuweisung von demokratischen Partizipationsrechten an die Unionsbürger auf kommunaler Ebene verpflichtet. Damit entspricht die Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern den verfolgten Zielsetzungen des europäischen Vertragswerkes.⁵⁹⁰

Verlangt man weiterhin die Rechtfertigung einer möglichen Beschränkung durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls, kann in diesem Zusammenhang auf die grundrechtliche Rechtfertigung nach deutschem Verfassungsrecht verwiesen werden, da im Rahmen des Art. 43 EGV kein höheres Anforderungsniveau gilt.⁵⁹¹

In der Rechtsache *Auer* hat der EuGH zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Pflichtmitgliedschaft in Berufsverbänden Stellung genommen. Allerdings wurde hier der umgekehrte Fall, der Ausschluss von der Mitgliedschaft, beleuchtet: „Dazu ist festzustellen, dass das Erfordernis der ... Pflichtmitgliedschaft in Berufsverbänden oder -körperschaften (...) als rechtmäßig anzusehen ist, da damit (...) schutzwürdige Rechtsgüter gewährleistet werden sollen. Die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Pflichtmitgliedschaft in einer berufsständischen Kammer vorschreiben sind somit als solche nicht unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht.“⁵⁹² Als Schlussfolgerung ist festzustellen, dass die Niederlassungsfreiheit i.S.d. Art. 43 EGV keine Beschränkung durch die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern erfährt, da eine unterstellte Beschränkung gerechtfertigt wäre.

c) Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK

Im Jahr 1981 hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte darüber zu befinden, ob die nach belgischem Recht gesetzlich angeordnete Mitgliedschaftspflicht für Ärzte in den Ärztekammern mit dem in Art. 11 EMRK gewährleisteten Recht der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit vereinbar ist.⁵⁹³ Die belgische Regierung hatte die Ansicht vertreten, dass die Ärztekammer wegen ihrer Rechtsnatur als Körperschaft des öffentlichen Rechts und ihrer materiell öffentlichen Aufgabe keine Vereinigung im Sinne des Art. 11 Abs. 1 EMRK darstelle. Dies entspricht auch der Auffassung der Kommission in ihrem Bericht.⁵⁹⁴ Der Europäische Gerichtshof stellte zunächst fest, dass die belgische Ärztekammer nicht von Einzelpersonen, sondern vom Gesetzgeber gegründet wurde. Sie sei in die Struktur des Staates eingebunden und verfolge bei der Wahrnehmung der ihr gesetzlich zugewiesenen Aufgaben ein

⁵⁸⁹ EuGH Rs. C-415/93, Slg. 1995, S. I-4921 (I-5071) Rn. 104.

⁵⁹⁰ Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 339.

⁵⁹¹ Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 34.

⁵⁹² EuGH Rs. 271/82, Slg. 1983, S. 2727 (2744) Rn. 18.

⁵⁹³ EGMR -Fall *Le Compte, Van Leuven und De Meyere*-, in: EuGRZ 1981, S. 551 ff.

⁵⁹⁴ EGMR -Fall *Le Compte, Van Leuven und De Meyere*-, in: EuGRZ 1981, S. 551 (555) Tz. 63.

Ziel von allgemeinem Interesse. Weiterhin verfügt sie über hoheitliche Befugnisse.⁵⁹⁵ Bei der Würdigung dieser Gesamtumstände könne man die Kammer nicht als Vereinigung im Sinne des Artikels 11 EMRK bezeichnen. Es sei jedoch notwendig, dass der belgische Staat die Berufstätigen nicht an der Gründung von, oder am Beitritt zu berufsständischen Vereinigungen hindere.⁵⁹⁶ Die Auslegung des Art. 11 EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entspricht damit in der Begründung und Ergebnis der hier vertretenen Auslegung des Art. 9 GG.

(1) Auswirkung auf die nationalen Kammerverweigerer

Selbst wenn die Pflichtmitgliedschaft gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen würde, würde dies den nationalen Kammerverweigerern nicht helfen, da in diesen Verhältnissen das grenzüberschreitende Element fehlt. Ein Ansatzpunkt findet sich nur bei EU-Ausländern, die punktuell im Inland tätig werden wollen, wenn sie durch die Pflichtmitgliedschaft im Inland eine unbillige Härte wegen einer unangemessenen Doppelbelastung erfahren.

(2) Registraturprobleme bei EU-Ausländern, Harmonisierungsbedarf

Wenn es keine Pflichtmitgliedschaft für EU-Ausländer geben soll, bleibt ein vom Gesetzgeber zu lösendes ordnungsrechtliches Problem, wie die Erfassung, Kontrolle und Überwachung durch die Verwaltungsbehörden erfolgen soll. Eine denkbare Registratur auf Unionsebene würde den schon auf nationaler Ebene gerügten Verlust der Bürgernähe noch weiter vergrößern.

Der Harmonisierungsbedarf ist bei der Beibehaltung einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform der Industrie- und Handelskammern weiterhin präsent: Eine Integration der niedergelassenen ortsansässigen gewerbetreibenden Unionsbürger in den nationalen Verwaltungsvollzug ist erforderlich. Dies geschieht durch die Mitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern. Durch die Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer wird die Integration der Unionsbürger, die bereits nach Art. 19 EGV das aktive und passive Wahlrecht auf kommunaler Ebene besitzen und als sachkundige Einwohner in kommunalen Ausschüssen mitwirken können, thematisch erweitert. Denjenigen Unionsbürgern, die die Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern erfüllen, wird die Zuweisung von demokratischen Partizipationsrechten zuteil, was auf das gemeinschaftsrechtliche Postulat der Gleichbehandlung von Unionsbürgern gem. Art. 12 EGV zurückzuführen ist. Dieses Gleichbehandlungsgebot als eines der Grundmanifeste der Union muss dazu führen, dass ein „Fremdenstatus“ weitgehend überwunden wird. Schließlich baut jeder Integrationsschritt auf der Überwindung der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auf.⁵⁹⁷ Nach der Auffassung Kluths⁵⁹⁸ stellt die Erstreckung der Mitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern aus Unionsbürgern und Ausländern einen wichtigen Beitrag zur Verwirklichung der europäischen Integration dar, da man berücksichtigen müsse, dass der durch die IHKn reprä-

⁵⁹⁵ EGMR -Fall Le Compte, Van Leuven und De Meyere-, in: EuGRZ 1981, S. 551 (555) Tz. 64.

⁵⁹⁶ EGMR -Fall Le Compte, Van Leuven und De Meyere-, in: EuGRZ 1981, S. 551 (555) Tz. 65.

⁵⁹⁷ Grabitz, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, S. 21 ff.

⁵⁹⁸ Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 69.

sentierte Bereich der gewerblichen Betätigung einen zentralen Sektor des durch den EG-Vertrag anvisierten Binnenmarktes markiert.

Die Verlagerung von Entscheidungen und Rechtszuständigkeiten auf die Gemeinschaftsebene bedeutet eine Vergrößerung der Distanz zwischen Staat und Bürger, die schon auf mitgliedstaatlicher Ebene zu beklagen ist. Um diesen Gefahren entgegenzuwirken, wurde die Stellung der Regionen verstärkt, Art. 263 EGV. In diese Richtung soll auch die Einführung einer Unionsbürgerschaft zeigen. Mit der Übertragung von Zuständigkeiten auf höhere Ebenen, hier die Unionsebene, findet eine Ausdünnung erfahrbarer demokratischer Beteiligung statt. Deshalb ist der Schaffung von Bereichen, in denen der bürgerliche status activus noch spürbar und zu verwirklichen ist, eine besondere Bedeutung zuzumessen. Neben der kommunalen Ebene ist die funktionale Selbstverwaltung in den Industrie- und Handelskammern ein geeignetes Instrument zu Verfolgung dieses Ziels. Geleistet wird ein Beitrag zur Staatsstabilisierung durch Integration.

Durch die Erweiterung und Vertiefung demokratischer Partizipation und Legitimation im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung wird ein Gegengewicht zum vielbeklagten Demokratiedefizit auf mitgliedstaatlicher und gesamteuropäischer Ebene gesetzt.

3. Funktionsbedingungen der funktionalen Selbstverwaltung

Damit die positiven staatsrechtsrechtlichen und verfassungspolitischen Effekte, die man teilweise in Zusammenhang mit der Mitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern sieht, ihre Wirkung speziell auch im Hinblick auf die Mitgliedschaft von Unionsbürgern tatsächlich entfalten kann, bedarf es einiger Funktionsbedingungen. Dabei handelt es sich um rechtliche und faktische Rahmenbedingungen, deren Beibehaltung oder Neukonstitution einerseits in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers, andererseits zum Teil in den Verantwortungsbereich der Mitglieder fällt.

Für die rechtlichen Rahmenbedingungen ist zwar grundsätzlich der Gesetzgeber verantwortlich. Die Selbstverantwortung lebt jedoch von der eigenverantwortlichen Regelung der eigenen Angelegenheiten, weshalb sie sich nicht auf den bloßen Gesetzesvollzug beschränken darf.⁵⁹⁹

a) Weitgehende Entscheidungsspielräume der Mitglieder

Der Typus der funktionalen Selbstverwaltung kann sich nur dann optimal entfalten, wenn den Kammern weitgehende Entscheidungsspielräume in den elementaren, die Mitglieder betreffenden Angelegenheiten zugestanden werden. Insofern ist eine Deregulierung vorstellbar, dass unter Wahrung der unverzichtbaren verfassungsrechtlichen Vorgaben, die sich aus dem Parlamentsvorbehalt herleiten, in einigen Bereichen auf eine intensive gesetzliche Regelung zugunsten einer Regelungszuständigkeit der Kammern verzichtet wird. Neben dem Vorhandensein ausreichender eigener Entscheidungszuständigkeiten muss auch innerhalb der Organisation eine basisnahe und transparente Entscheidungsfindung gewährleistet sein. Will man diese Vorgaben konsequent verfolgen, müsste gewährleistet sein, dass Leitentscheidungen in einer möglichst basisnahen Vollversammlung diskutiert und entschieden werden. In der bis-

⁵⁹⁹ Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 70.

herigen Praxis findet die Selbstverwaltung wohl eher durch hauptamtliche Funktionäre und Geschäftsführer statt, die zwar unverzichtbar sind und in der Regel im Interesse der Mitglieder tätig werden. Fraglich bleibt aber, ob das Gesamtvertretungsinteresse, das sich die IHKn auf ihr Banner schreiben, ausreichende Würdigung erfährt.

Für die verstärkte Einbeziehung der Mitglieder müssen rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen werden, die Perspektiven der Gestaltung und der Mitverantwortung eröffnen, als „Initiative *zum* und *im* Ehrenamt“.⁶⁰⁰ Ein größeres Interesse und Engagement der Betroffenen kann nur geweckt werden, wenn entsprechend gewichtige Aufgaben und weitreichende Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume zur Verfügung stehen.

b) Integrationsrolle der Selbstverwaltungsträger

Weiterhin spielen Selbstverwaltungsträger eine wichtige Integrationsrolle. Schließlich war den Unionsbürgern noch vor der Einbeziehung auf kommunaler Ebene der Weg zur Mitgliedschaft in den einzelnen Trägern der funktionalen Selbstverwaltung eröffnet. Bestätigt werde diese besondere Integrationsfunktion auch durch die Vorstellung über die weitere Entwicklung der Aufgabenverteilung in der Europäischen Union, die sich im Weißbuch Europäisches Regieren der EU-Kommission⁶⁰¹ findet. Dort wird als Ziel aufgeführt, dass das „Verhältnis zu den regionalen und lokalen Körperschaften sowie zur Zivilgesellschaft ... interaktiver gestaltet werden (muss).“ Die Instrumente, mit deren Hilfe dieses Ziel verfolgt werden soll, werden als „zielorientierte dreiseitige Verwaltungsvereinbarungen“ und die „Koregulierung“ genannt. Die Profilanforderung an die beteiligten Organisationen lauten: „repräsentativ, rechenschaftspflichtig und in der Lage, sich in offenen Verfahren an vereinbarte Regeln zu halten.“

Die Anforderungen an den Organisationstypus werde von dem Träger funktionaler Selbstverwaltung idealtypisch erfüllt, so dass sie eine bedeutende Rolle in dem von der EU-Kommission angeregten Reformprozess übernehmen können. Folglich bestehe durch die Europäische Union weder eine Gefahr für den Bestand der funktionalen Selbstverwaltung noch für ihre Entwicklung.⁶⁰² Die Kammern werden sogar als gemeinschaftsrechtliches Zukunftsmodell betrachtet.⁶⁰³

c) Europaweiter organisatorischer Harmonisierungsbedarf

Es bleibt zu erörtern inwiefern ein europaweiter Harmonisierungsbedarf besteht und in welcher Richtung dieser weist. Die Bestandsaufnahme in 15 Mitgliedstaaten zeigt, dass in 8 Mitgliedsstaaten⁶⁰⁴ eine Pflichtmitgliedschaft in Industrie- und Handelskammern bzw. ihnen vergleichbaren Institutionen besteht. Aufgrund der Größe und Deutung dieser Länder könnte die Harmonisierung in Richtung einer allgemeinen Einführung der Pflichtmitgliedschaft weisen. Es ist allerdings bedenklich, wenn allein die Masse dieser Länder eine Richtung auf gemein-

⁶⁰⁰ Kluth, Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Handelskammern, S. 71.

⁶⁰¹ KOM (2001) 428 endg. v. 25.7.2001

⁶⁰² Kluth, in: NVwZ 2002, S. 298 (301).

⁶⁰³ Stober, in: GewArch 2001, S. 393 (401).

⁶⁰⁴ Dies sind neben Deutschland die Niederlande, Luxemburg, Frankreich, Italien, Griechenland, Spanien und Österreich.

schaftlicher Ebene vorgeben könnte, die eine Abkehr von den Grundsätzen des freien Wirtschaftsverkehrs und der Liberalisierung desselben bedeutet würde.

Ungeachtet der speziellen Ausformung in den einzelnen Mitgliedstaaten, nehmen die Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sämtlich die erweiterten Aufgaben des modernen Sozialstaates wahr. Die staatsunmittelbare, ebenso wie die gemeindliche oder sonstige gebietskörperschaftliche Verwaltung, wäre nicht in der Lage, die Fülle spezieller Lenkungs-, Leistungs- und Koordinierungsaufgaben in der Gemengelage staatlicher und gesellschaftlicher Belange adäquat und effektiv zu bewältigen. Die rechts- und sozialstaatliche Aufgabendifferenzierung verlangt nach einer entwickelten Organisationsdifferenzierung, die die Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts bieten können. Die Struktur und die Grenzen der funktionalen Selbstverwaltung legen jedoch den Zwang einer ständigen positiven Rechtfertigung auf. Nur solange und soweit sie die Erledigung bestimmter öffentlicher Aufgaben wesentlich verbessern, sind sie einzurichten und beizubehalten.⁶⁰⁵ Ein Bedeutungsschwund der öffentlich-rechtlichen Personalkörperschaften und Anstalten ist damit auf lange Sicht nicht zu erwarten. Durch eine kontrollierte und konkret legitimierte Verwendung der selbstständigen Verwaltungseinheiten wird deren Akzeptanz und Effizienz steigen. Aus diesen Gründen besteht die funktionale Selbstverwaltung auch eine gemeinschaftsrechtliche Betrachtungsweise. Auf der Gemeinschaftsebene selbst werden im zunehmenden Maß verselbstständige Verwaltungseinheiten geschaffen. Damit greift die funktionale Sonderung und Spezialisierung auf die supranationale Verwaltungsorganisation über.⁶⁰⁶

Somit gewinnen die öffentlich-rechtlichen Personalkörperschaften und Anstalten, die sich aus nationaler Sicht vermehrt in einer Legitimationskrise befanden, letztlich als Verwaltungsträger der Gemeinschaftsinstitutionen verstärkt an Deutung, wodurch auch ihr Fortbestehen langfristig gesichert ist. Bleibt schließlich die Frage nach einer Harmonisierung bezüglich des teilweisen Bestehens einer Pflichtmitgliedschaft. Die verselbstständigten Verwaltungseinheiten weisen trotz ihrer unterschiedlichen Tradition, auch im Hinblick auf eine Pflichtmitgliedschaft, übereinstimmende Grundzüge und Übereinstimmungen bei Organisation und Aufgabenerledigung auf. Allein diese Verwaltungsstrukturen sind es, die sich die Gemeinschaft zur übertragenen Aufgabenerledigung nutzbar machen will, daher wird kein Bedürfnis bestehen, die nationale Frage der Pflichtmitgliedschaft auf Gemeinschaftsebene zu harmonisieren, womit die gewachsenen nationalen Verwaltungsstrukturen erhalten bleiben.

D. Ausblick

Der Adressat gewerblicher und handwerklicher Leistungen wird immer auf irgendeine Art und Weise Schutz vor unzuverlässigen und unfähigen Gewerbetreibenden erfahren müssen. Die Frage ist also nicht das „Ob“ sondern das „Wie“.

⁶⁰⁵ Breuer, in: Starck (Hrsg.), Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 97f.

⁶⁰⁶ Breuer, in: Starck (Hrsg.), Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 98.

Dies könnte einerseits wie bisher durch Zulassungsbeschränkungen erfolgen, die nur „Meistern ihres Fachs“ eine selbstständige gewerbliche Tätigkeit erlauben. Andererseits ist der Meisterbrief nicht per se ein Garant für Zuverlässigkeit und Qualität. Daher ist eine weitgehende Liberalisierung der Zulassungsregelungen wünschenswert. Dadurch könnte eine Wettbewerbssituation entstehen, die den einzelnen zu freiwilligen Leistungsnachweisen und Qualifikationen motiviert und für den Verbraucher eine neue flexible Angebotsvielfalt mit sich bringt, da die starren Grenzen des Handwerksbegriffs aufgeweicht werden.

Der nötige Schutz der Leistungsempfänger kann durch verbesserte Sekundärrechte bewerkstelligt werden. Fraglich bleibt, ob dem Verbraucher durch eine so weitgehende Liberalisierung auch ein höheres Insolvenzrisiko des Gewerbetreibenden aufgebürdet wird. Dieser Aspekt ist m.E. zu vernachlässigen, weil der Verbraucher auch bisher keinen Einblick in den Finanzstatus eines Meisterbetriebes hatte und nur nach dem Ruf und der Darstellung des Betriebs nach außen urteilen kann.

Es ist und bleibt der Eigenverantwortung Verbraucher überlassen, nach welchen Kriterien er Gewerbebetriebe für die Beauftragung handwerklicher Leistungen auswählt. Durch ein Fallen der Zulassungsschranken wird der Verbraucher allenfalls mit einem wachsenden, vielfältigern Angebot konfrontiert. Es muss dem Leistungsempfänger überlassen bleiben, ob er sich bei der Auswahl allein vom Preis einer Leistung leiten lässt, oder ob Zertifikate und Qualifikationsnachweise, wie etwa der Meisterbrief oder die Zugehörigkeit zu einer ständischen Vereinigung, für ihn eine Rolle spielen.

Der Aufgabe der Pflichtmitgliedschaft in den ö.r.-Kammern hin zur freiwilligen Mitgliedschaft in privatrechtlichen Vereinigungen könnte dazu führen, dass die Mitgliedschaft zu einer Demonstration von Qualität wird, sich zum „Statussymbol“ entwickelt. Als Vergleich ist das Vereinigte Königreich heranzuziehen. Dort herrscht auch in Gefahrenbereichen eine völlige Gewerbefreiheit, der Schutz der Verbraucher wird durch ordnungsrechtliche Auflagen gewährleistet. Eine Aufnahme in die existierenden privatrechtlich organisierten Standesvereinigungen erfolgt nur, wenn bestimmte Leistungsnachweise erbracht werden können, z.B. fachlich fundierte Aus- und Weiterbildung. Die Innungszugehörigkeit wird daher regelmäßig angestrebt, um die eigene Leistungsfähigkeit und -qualität unter Beweis zu stellen.

E. Zusammenfassung

1.

Das Gewerberecht ist einerseits die klassische Materie des Wirtschaftsverwaltungsrechts, das die Rechtsbeziehung zwischen Gewerbetreibenden und Staat regelt. Andererseits ist das Gewerberecht als Sonderordnungsrecht von großer Bedeutung, indem es die Allgemeinheit sowie bestimmte Personen und Rechtsgüter vor Gefahren schützt, die aus dem Betrieb eines Gewerbetreibenden hervorgehen oder dem Gewerbetreibenden zuzurechnen sind. Die Instrumentarien zur Gewerbeüberwachung sind entweder als Berufszulassungsregelungen oder als Berufsausübungsregelungen ausgeformt. Diese gewerberechtlichen Instrumentarien müssen auf ihre Vereinbarkeit mit den gemeinschaftsrechtlichen Marktfreiheiten hin untersucht werden; unabhängig davon muss ihre Zeitmäßigkeit in einem zusammenwachsenden Europa hinterfragt werden.

2.

In der Historie des Gewerberechts vollzog sich ein Wandel vom Merkantilismus zum Liberalismus. Die Grundideen des Liberalismus konnten sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts, mit Preußen als Vorreiter, in Deutschland durchsetzen. Liberale Prämissen waren auch während der gesamten folgenden Entwicklung des Gewerberechts zumindest scheinbar vorhanden. Nach einem praktischen Erliegen des liberalen Wirtschaftsgefüges während der beiden Weltkriege und der Weimarer Republik, stellt sich der Liberalismus heute in der abgeschwächten Form der „Sozialen Marktwirtschaft“ dar. Die Soziale Marktwirtschaft bekennt sich zu gewissen staatlichen Steuerungsmaßnahmen und klammert damit einen wesentlichen Teil der liberalen Wirtschaftsidee aus. Das Gewerberecht präsentiert sich heute nicht mehr als einheitliches Regelwerk, das sämtliche Bereiche einer gewerblichen Tätigkeit umfasst. Aus der Gewerbeordnung, als Wurzel des Gewerberechts, haben sich zahlreiche Neben- und Sonderregelungen herausentwickelt, wodurch eine vielbemängelte Zergliederung und Unübersichtlichkeit entstanden ist.

3.

Die Europäische Union ist die derzeit erreichte Endstufe des europäischen Integrationsprozesses. Der Entschluss einer europäischen Integration gründete zunächst in rein wirtschaftlichen Interessen zur Balance der Machtverhältnisse in Europa. Aufgeteilt in primäres und sekundäres Recht ist das europäische Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedsstaaten unmittelbar anzuwenden und genießt im Kollisionsfall den Vorrang gegenüber dem nationalstaatlichen Recht.

4.

Das Wirtschaftsrecht stellt den größten Teil des materiellen Inhalts des europäischen Gemeinschaftsrechts dar. Es ist auf das Funktionieren des europäischen Binnenmarktrechts bezogenes Unternehmens-, Individual- und Organisationsrecht. Ein gemeinsamer Binnenmarkt ohne Handelshemmnisse und Beschränkungen war das erklärte Integrationsziel der Mitgliedstaaten. Verwirklicht wird das Konzept eines einheitlichen integrierten Binnenmarktes durch die Beseitigung der Beschränkungen des Warenverkehrs und der Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr: die Einführung eines Systems zur Verhinderung der Wettbewerbsverzerrung und die für das störungsfreie Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderliche Angleichung der Rechtsvorschriften sowie die Angleichung der indirekten Besteuerung im Interesse des Gemeinsamen

Marktes. Das Binnenmarktkonzept bedeutet neben der Gewährung von vier Grundfreiheiten vor allem ein allgemeines Diskriminierungsverbot.

5.

Die Leitlinien der Gemeinschaftsverträge bekennen sich grundsätzlich zur Marktwirtschaft, auch wenn keine konkrete vertragliche Fixierung einer Wirtschaftsverfassung stattgefunden hat. Dennoch lässt das Gemeinschaftsrecht auch Raum für staatliche Intervention, insbesondere im Agrarbereich. Aufgrund der markt- und planwirtschaftlichen Komponenten, die sich in ihrer quantitativen Relation zueinander nicht eindeutig bestimmen lassen, spricht man von einer so genannten „mixed economy“.

6.

Zur Herstellung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsraums müssen Funktionsstörungen, die durch unterschiedliche nationale Regelungen hervorgerufen werden, beseitigt werden. Die Beseitigung von Beschränkungen und Handelshemmnissen wird durch Rechtsangleichung und das Konzept der gegenseitigen Anerkennung bewerkstelligt. Im Gegensatz zu einer rigorosen Rechtsangleichung ist das Konzept der gegenseitigen Anerkennung einfacher umzusetzen, da es in den einzelnen Mitgliedstaaten auf einen geringeren Widerstand stößt, wenn sie nicht plötzlich von ihren historisch gewachsenen Wirtschaftsstrukturen loslassen müssen, sondern daneben lediglich andere Ausformungen als gleichwertig anzuerkennen haben. Das ideale Instrument sowohl für die Rechtsangleichung als auch für die gegenseitige Anerkennung ist die Richtlinie i.S.d. Art. 249 EGV, die den Mitgliedstaaten ein verbindliches Ziel vorgibt, ihnen aber die Art und Weise der Umsetzung freistellt.

7.

Speziell auf das deutsche Gewerberecht bezogen müssen sämtliche Hemmnisse beseitigt werden, die eine selbstständige gewerbliche Tätigkeit von EU-Bürgern in Deutschland nach dem Maßstab der vier Grundfreiheiten behindern oder diese diskriminieren. Hinsichtlich selbstständiger gewerblicher Tätigkeiten sind von den vier vertraglich gewährleisteten Marktfreiheiten die Dienst- und Niederlassungsfreiheit relevant. Betroffen von einem Hemmnisabbau sind jedoch allein Sachverhalte, die ein grenzüberschreitendes Element aufweisen, was in der Folge dazu führen kann, dass Inländer einer strengeren Reglementierung unterliegen als EU-Ausländer. Das Problem einer Inländerdiskriminierung ist durch das nationale (Verfassungs-)recht anzugehen.

8.

Zwischen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit besteht eine enge Verknüpfung, die wirtschaftlichen Funktionen sind jedoch unterschiedlich. Generell gesprochen schützt die Niederlassungsfreiheit die freie Wahl des Standorts, die Dienstleistungsfreiheit schützt den grenzüberschreitenden Produktverkehr, bezogen auf entgeltlich erbrachte Leistungen. Beide Marktfreiheiten gewähren ihre in den Art. 43 und 49 EGV niedergelegten Rechte gegenüber den Mitgliedstaaten und allen staatlichen Untergliederungen. Erfasst werden die Akte aller drei Staatsgewalten. Rechtsgrundlage für Liberalisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Niederlassungsfreiheit ist Art. 47 EGV. Auf Art. 47 Abs. 2 EGV können außer der Koordinierung von Befähigungsnachweisen auch sämtliche Rechtsakte gestützt werden, die das Ziel haben die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern.

9.

Art. 52 EGV ermächtigt zur Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs in der Union sowie zu den dazu erforderlichen Rechtsangleichungsmaßnahmen und regelt partiell das dabei einzuhaltende Verfahren. Dabei können die Liberalisierungsmaßnahmen an verschiedenen Stellen ansetzen: Zeitlich gesehen an der Berufspraxis, wobei eine bestimmte Mindestdauer der Berufsausübung vorausgesetzt wird; zeitlich früher setzt die Koordinierung der Ausbildung und die gegenseitige Anerkennung der Ausbildungsabschlüsse an. Weitere Ansatzmöglichkeiten sind die Berufszulassungs- und Berufsausübungsregeln. Die Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs kann somit auf der Ausbildungsebene, der Zulassungsebene und der Tätigkeitsebene ansetzen.

10.

Das deutsche Gewerberecht ist durch die Gewerbeordnung mit ihren Neben- und Sonderrechten detailliert geregelt. Dennoch befassen sich sämtliche Gewerbevorschriften mit zwei Themenkomplexen: der Berufszulassung und der Berufsausübung. Diesbezüglich bestehen in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erhebliche Unterschiede. Das Gewerbe- und Handwerksrecht unterliegt in einzelnen Staaten dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, während andere Staaten die Berufsausübung von einem Befähigungsnachweis oder anderen Zulassungsbedingungen abhängig machen. Bei der Berufsausübung sind Differenzen in Bezug auf Sicherheitsvorschriften und berufsständische Verpflichtungen auszumachen. Aufgrund dieser unterschiedlichen gewerberechtlichen Rahmenbedingungen bestehen vielfältige Hindernisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. Der stärkste Liberalisierungserfolg in Bereich Handwerk und Gewerbe würde sich durch eine unionsweite Vereinheitlichung der Zulassungs- und Ausübungsregeln einstellen. Die Schaffung identischer Voraussetzungen ist jedoch mit dem Überwinden nationalstaatlicher Vorstellungen und dem Ablassen von althergebrachten Traditionen verbunden, so dass hier, aufgrund mangelnder Konsensfähigkeit, von einer Zukunftsvision gesprochen werden kann.

11.

§ 1 GewO garantiert die grundsätzliche Gewerbefreiheit als Jedermannsrecht und entfaltet damit seine Geltung auch für Ausländer. Soweit die Gewerbefreiheit jedoch durch Gesetz eingeschränkt wird, kann dies für EU-Ausländer eine Diskriminierung bedeuten, wenn sie dadurch in der Ausübung ihres Rechts auf freie Niederlassung und Dienstleistung gehindert werden.

12.

Die Handwerksordnung verfolgt die Durchsetzung wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischer Ziele. Sie will den Leistungsstand und die Leistungsfähigkeit des Handwerks erhalten sowie den Nachwuchs für die gesamte gewerbliche Wirtschaft sichern. Dieses Ziel versucht sie zu erreichen, indem eine selbstständige handwerkliche Tätigkeit nur denjenigen erlaubt wird, die den „Großen Befähigungsnachweis“ erbringen können. Die Handwerksordnung geht von einer dauerhaften Niederlassung des Handwerkers im Geltungsbereich des Gesetzes aus und überwacht die dauerhaft angelegte Berufsausübung. Dagegen existieren keine Regelungen, die einer zeitlich befristeten Betätigung Rechnung tragen.

13.

Als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts unterliegt das Handwerksrecht auch den gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien. Für handwerkliche Tätigkeiten genannt in Art. 50 Abs. 2 lit. c EGV gelten die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit, des freien Dienstleistungsverkehrs, des Verbots neuer Beschränkungen, der Aufhebung der Beschränkung und Liberalisierung sowie die Absichtserklärung der weiteren Liberalisierung nach Art. 53 EGV. Dieser allgemeine Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht wird für den Bereich des Handwerksrechts allerdings durch das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 47 Abs. 2 Satz 2 EGV praktisch außer Kraft gesetzt.

14.

Der Große Befähigungsnachweis, als Voraussetzung für die Handwerksrolleneintragung, stellt eine subjektive Zulassungsschranke dar, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Recht auf Berufsfreiheit Art. 12 GG vereinbar ist. Auch die Angehörigen anderer EU-Mitgliedsstaaten, die sich Deutschland über die Grenze hinweg selbstständig handwerklich betätigten, ohne hier eine Niederlassung oder einen Sitz zu begründen, müssen gem. § 1 HwO in die Handwerksrolle eingetragen sein. Zwar gelten für die Angehörigen der EU/EWR-Mitgliedstaaten die besonderen Regelungen nach § 9 HwO i.V.m. der EWG/EWR-HwV, die diesem Personenkreis den Berufszugang in gewissem Maße erleichtern. Dennoch müssen auch sie sämtliche Eintragungsvoraussetzungen vor Aufnahme der Tätigkeit erfüllen, indem sie zumindest das Ausnahmebewilligungsverfahren nach § 9 HwO durchlaufen, unter Vorlage aller notwendigen Nachweise und Bescheinigungen des Herkunftslandes.

15.

EU-Ausländer, die nicht Besitz eines deutschen Meisterbriefs sind, können unter den Voraussetzungen der EWG/EWR-HandwerkVO eine Ausnahmegenehmigung zur Eintragung in die Handwerksrolle erhalten. Bei nichtdeutschen Antragsstellern kann der Große Befähigungsnachweis durch die Ableistung selbstständiger und unselbstständiger Berufstätigkeit in den anderen Mitgliedstaaten ersetzt werden, wobei diese auch durch Ausbildung ersetzt werden kann. Insgesamt müssen mindestens sechs Jahre Tätigkeit nachgewiesen werden. Im Ergebnis ist dieses „Sechs-Jahres-System“ keine übermäßige Erleichterung für EU-Ausländer, weil diese Zeitspanne auch den Anforderungen an deutsche Handwerker bis zum Ablegen der Meisterprüfung entspricht.

16.

Eine besondere Problematik ergibt sich, wenn ein Handwerker aus einem andern EU-Mitgliedstaat, seine Dienstleistungen lediglich punktuell im Inland erbringen will. Der EuGH entschied am 3.10.2000, dass diese Handwerker aus Gründen der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit von zahlreichen Pflichten, die nach der deutschen Gesetzeslage vor oder bei der Aufnahme des selbstständigen Betriebes eines Handwerks zu erfüllen sind, freigestellt werden müssen. Diese Pflichten sind insbesondere das Eintragungserfordernis, § 1 Abs. 1 S. 1 HwO, sowie die Anzeige-, Gebühren- und Beitragspflichten. Das Erlaubnisverfahren im Aufnahmeland darf nicht so ausgestaltet werden, dass die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit verzögert oder sonst erschwert wird, wenn die Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeit bereits geprüft und ihr Vorliegen bejaht wurden. Ein etwaiges Erfordernis der Eintragung in die Handwerksrolle, sollte es ge-

rechtfertigt sein, darf weder zu zusätzlichen Verwaltungskosten noch zu obligatorischen Handwerkskammerbeiträgen führen.

17.

Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung betreffen fast ausschließlich Dienstleistungssachverhalte. Bei der Aufnahme der Tätigkeit in diesen Fällen würde es eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedeuten, wenn neben der Ausnahmegewilligung noch die Eintragung in die Handwerksrolle verlangt wird, obwohl ein Unternehmen nur einmal oder punktuell Dienstleistungen im Aufnahmeland erbringen will. Die Erlaubnisbedürftigkeit selbst muss sich aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses rechtfertigen, nämlich der Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeiten sowie dem Schutz der Kunden vor Gefahren und Schäden dienen und auch in verfahrensmäßiger Hinsicht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Diese Zwecke sind auch gemeinschaftsrechtlich zulässig. Keine oder nur geringe Auswirkungen hat das EuGH-Urteil auf die Gruppe derjenigen EU-Handwerker, die Tätigkeiten ausüben, die keiner Handwerksrolleneintragung bedürfen oder die zur Eintragung in die Handwerksrolle keine Ausnahmegewilligung brauchen. Dahingegen wirkt sich das Verbot zusätzlicher Verwaltungskosten und Beitragsgebühren auf alle Handwerkergruppen aus. Der EuGH setzt bei den behindernd wirkenden Tatbeständen nur an den Beitragsgebühren und nicht an der Pflichtmitgliedschaft in den Kammern an sich an. Diese hält er auch nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben für gerechtfertigt.

18.

Eine Anpassung des nationalen Rechts muss dahingehend erfolgen, dass im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs das Verbot der Handwerksausübung ohne Eintragung in die Handwerksrolle, § 1 Abs. 1 S. 1 HwO, nicht für die in einem anderen EG-Mitgliedstaat ansässigen Einzelhandwerker gilt, die im Besitz einer Ausnahmegewilligung sind, §§ 8, 9 HwO i.V.m. der EWG/EWR-HwV. Die Anpassung kann negativ erfolgen, indem bestimmt wird, dass unter den genannten Voraussetzungen kein Eintragungserfordernis besteht. Andererseits kann auch positiv angeordnet werden, dass dem EG-Handwerker gleichzeitig mit der Erteilung der Ausnahmegewilligung erlaubt ist im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs seine handwerklichen Leistungen im Bundesgebiet zu erbringen. Außerdem erfordert das EuGH-Urteil eine Änderung der Gebührenordnung der Handwerkskammern. Die Eintragung in die Handwerksrolle entfällt aus Dokumentations- und Publizitätsgründen auch bei dienstleistenden EU-Handwerkern nicht. Sie dürfen lediglich nicht zum Gebührenschuldner dieser Amtshandlung bestimmt werden. Außerdem sind sie bei den Kammern als beitragslose Mitglieder zu führen.

19.

Die Rechtsprechung des EuGH hat wieder einmal die Frage nach der sog. Inländerdiskriminierung aufgeworfen. Es stellt sich die Frage, inwiefern gewisse Erleichterungen, die für EU-Ausländer gelten, auch den Inländern zu gewähren sind. Anknüpfungspunkt hierfür ist ein grenzüberschreitendes Element. Auf rein innerstaatliche Sachverhalte findet das Gemeinschaftsrecht keine Anwendung. Sofern sich daraus eventuelle Benachteiligungen für Inländer ergeben, sind diese hinzunehmen oder durch das nationale Recht zu lösen. Bestehende Inländerdiskriminierungen bei Berufszulassung und –ausübung hat das Bundesverfassungsgericht bislang stets als mit den Grundrechten vereinbar erachtet. Der Ös-

terreichische Verfassungsgerichtshof entschied in diesem Kontext, dass die in Österreich geltende EWR-Nachsichtsverordnung aus Gründen des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes nicht nur auf EG-Handwerker anzuwenden ist, die die nach der Verordnung erforderlichen fachlichen Kenntnisse in einem *anderen* Mitgliedstaat erworben haben, sondern auch für österreichische, die solche Tätigkeiten in Österreich verrichtet haben. Eine Übertragung der österreichischen Lösung auf das deutsche Handwerk erscheint allerdings wenig sinnvoll, da es rein praktisch nur wenige Fallkonstellationen geben kann, in denen die Voraussetzungen der EWR/EWG-Handwerk-Verordnung überhaupt durch eine ausschließliche Tätigkeit in Deutschland erfüllt werden.

20.

Handwerker aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die sich in Deutschland dauerhaft niederlassen wollen, müssen keine weitreichenden Erleichterungen angedeihen. Die im Rahmen der Berufszulassung anfallenden Formalia und Verwaltungsgebühren sind nicht geeignet, eine dauerhafte Niederlassung zu unterbinden, ganz im Gegensatz zu einer lediglich punktuellen Dienstleistungserbringung im Inland. Insbesondere ist der Aspekt der Doppelbelastung nur bei einer unselbstständigen Zweigniederlassung im Inland, bei bestehender Hauptniederlassung im Inland, zu erkennen.

21.

Mit der Handwerksnovelle zum 1.1.2004 hat der Gesetzgeber den Zugang zum Handwerk erleichtert. Der Große Befähigungsnachweis als Voraussetzung einer selbstständigen handwerklichen Tätigkeit wird auf gefahrträchtige Bereiche beschränkt, in denen der Abnehmer der Dienstleistung eines besonderen Schutzes seiner absoluten Rechtsgüter bedarf. Darüber hinaus blieb der Meisterbrief aber auch in nicht gefahrträchtigen Handwerken erhalten, die eine überobligatorische Ausbildungsleistung erbringen. Damit hat der Gesetzgeber ein bestehendes Deregulierungspotential zumindest wahrgenommen. Zu beachten bleibt jedoch, dass ein vereinfachter Berufszugang in Balance zu den Sekundärrechten der Leistungsadressaten stehen muss.

22.

Nicht nur im Handwerk, auch im allgemeinen Gewerberecht muss der Staat den Rückzug versuchen und die Gewerbeausübung den Gewerbetreibenden zu überlassen. Allerdings ist schon die gesetzgeberische Intention bei Handwerksordnung und Gewerbeordnung eine unterschiedliche. Während die Handwerksordnung die Durchsetzung wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischer Ziele verfolgt, steht bei der Gewerbeordnung die Gefahrenabwehr in Vordergrund. Die Gewerbeordnung kennt keine Zulassungsschranken, sondern nur Erlaubnisvorbehalte. Durch Sach- und Fachkundenachweise in sensiblen Bereichen ist der Staat besorgt, den Bürger vor Gefahren für Leib und Leben zu bewahren. Diese ordnungspolitischen Gesichtspunkte drücken sich insbesondere in den bestehenden Anzeigepflichten aus. Soweit der Bürger jedoch durch Schadensersatz und Gewährleistungsrechte zu schützen ist, geht eine diesbezügliche staatliche Beschränkung durch die Gewerbeordnung zu weit und widerspricht der anzustrebenden Liberalisierung. Die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO sowie die Anzeigepflicht nach § 14 GewO sind Korrelate der Gewerbefreiheit, die dem Schutz der Allgemeinheit dienen. Derartige Beschränkungen sind sowohl durch das nationale Verfassungsrecht als auch das Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt. Damit besteht zwar aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht kein Novellierungs-

druck auf die Gewerbeordnung, dennoch bestünde die Möglichkeit einer vollständigen Liberalisierung, wobei auch zu berücksichtigen sein muss, inwiefern die Leistungsempfänger anderweitig vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden geschützt werden können. Darüber hinaus besteht weiterhin der Denkanstoß zur Neuordnung des gesamten Gewerberechts, um eine neue Übersichtlichkeit zu schaffen.

23.

Das Kammerwesen ist eine weitere deutsche Besonderheit, die mit der Berufsausübung der Gewerbetreibenden zusammenhängt. Ihre lange historische Tradition zeigt eine feste Verwurzelung im deutschen Verwaltungsgefüge. Nachdem für Gewerbetreibende eine Pflichtmitgliedschaft in den Industrie- und Handelskammern besteht, die auch eine Beitragspflicht auslöst, befinden sich die Kammern in der jüngsten Zeit in einer Legitimationskrise. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Industrie- und Handelskammern mit legitimen öffentlichen Aufgaben betraut und daher mit den Grundrechten vereinbar. Auch mit Mitteln des Gemeinschaftsrechts konnten die nationalen Kammerverweigerer die Pflichtmitgliedschaft nicht zu Fall bringen. Vielmehr erlebt die funktionale Selbstverwaltung, wie sie Industrie- und Handelskammern ausüben, gerade durch das Gemeinschaftsrecht einen neuen Aufschwung. Als mit dem Vollzug des materiellen Rechts betraute Verwaltungsstellen wachsen die Aufgaben der IHKn durch europarechtliche Vorgaben und Veränderungen. Außerdem müssen den Industrie- und Handelskammern durch ihre Struktur einer funktionalen Selbstverwaltung positive Effekte hinsichtlich der Integration von Unionsbürgern zugeschrieben werden. Diese besondere Integrationsfunktion wird durch die Vorstellung der weiteren Entwicklung der Aufgabenverteilung in der Europäischen Union bestätigt, wodurch das „Verhältnis zu den regionalen und lokalen Körperschaften sowie zur Zivilgesellschaft ... interaktiver gestaltet werden (muss).“ Als Instrumente sollen „zielorientierte dreiseitige Verwaltungsvereinbarungen“ und der „Koregulierung“ dienen. Durch die Definition der zu beteiligenden Organisationen als „repräsentativ, rechenschaftspflichtig und in der Lage, sich in offenen Verfahren an vereinbarte Regeln zu halten“, bieten sich die Industrie und Handelskammern als Organisationstypus an. Die funktionale Selbstverwaltung erfüllt bereits auf nationaler Ebene den Trend, der auf Gemeinschaftsebene noch verfolgt wird, nämlich der zunehmenden Schaffung verselbstständigter Verwaltungseinheiten. Die Zukunft der Industrie- und Handelskammern ist als Verwaltungsträger der Gemeinschaftsinstitutionen zu sehen, weshalb aus gemeinschaftsrechtlicher Warte keine Bedürfnis nach Harmonisierung oder Veränderung der Verwaltungsstrukturen besteht.

Literaturverzeichnis

- Albach, Horst Deregulierung des Handwerks
1992
- Badura, Peter Staatsziele und Garantien der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa
In: Burmeister (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern
S. 409-420
1997
- Basedow, Jürgen Über Privatrechtvereinheitlichung und Marktintegration
In: Immenga/Möschel/Reuter(Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker, S. 347-364
1996
- Beutler, Bengt/
Bieber, Roland/
Pipkorn, Jörn/
Streil, Jochen Die Europäische Union
5. Auflage, 2001
- Bethge, Herbert Grundrechtsprobleme einer Zwangsmitgliedschaft in Verbänden des öffentlichen Rechts
In: JA 1979, S. 281-287
- Bleckmann, Albert Europarecht
6. Auflage, 1997
- ders. Wirtschaftslenkung und Europäische Wirtschafts- und Währungsunion
1992
- Blumenwitz, Dieter Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe
In: NJW 1989, 621-627
- Brasche, Ulrich Europäische Integration
2003

- Breuer, Rüdiger Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts
-Rechtsvergleichender Generalbericht-
In: Starck (Hrsg.), Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, S. 15-99
1992
- Bruha, Thomas Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Deregulierung durch „Neue Strategie“
In: ZaöRV 1986, S. 1-30
- Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) Die Reform der Handwerksordnung:
Die Initiative des BMWA
In: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 96 (2/2003), S. 28-32
- Burgi, Martin Europarechtliche Perspektiven der funktionalen Selbstverwaltung
In: Kluth (Hrsg.) Jahrbuch des Kammerrechts 2002
2003 S. 23-42
- Calliess, Christian/
Ruffert, Matthias Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV -
2. Auflage, 2002
- Conrad, Hermann Deutsche Rechtsgeschichte
Band II
1966
- Cramer, Georg Das Handwerk im Europäischen Binnenmarkt
1991
- Czybulka, Detlef Das deutsche Handwerksrecht unter dem Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrecht
In: GewArch 1994, S. 89-95
- ders. Die Entwicklung des Handwerksrechts
In: NVwZ 1991, S. 230-238
- Dauses, Manfred (Hrsg.) Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts
Band 1, Stand: März 2002

- ders. Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes
In: EuZW 1990, 8-21
- Deutscher Industrie- und
Handelstag (DIHT) Gewerberecht aus einem Guß
Leitsätze für ein Gewerbegebungsbuch
DIHT 190
sowie: WiVerw 1982, 190-215
- Deutscher Industrie- und
Handelstag (DIHT) Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil der
der Gewerbeordnung
in: NVwZ 1991, 1063.
- Diefenbach, Wilhelm Zu Fragen der Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht vor
dem Hintergrund der Entscheidung des österreichischen Verfas-
sungsgerichtshofes vom 09.12.1999 und des europäischen Ge-
richtshofs 03.12.2000
In: GewArch 2001, S. 353-360
- Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar
Band I, Artikel 1-19
2. Auflage, 2004
- Dreier, Horst Präventive Klagen gegen hoheitliches Handeln im Gewerberecht
In: NVwZ 1988, S. 1073-1078
- Epiney, Astrid Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung
des Binnenmarktes- „Harmonisierung“ auch der Rechtsgrundla-
gen?
In: JZ 1992, 564-570
- dies. Umgekehrte Diskriminierungen
1995
- Erichsen, Hans-Uwe Zu Art. 34 GG: „Ausübung eines öffentlichen Amtes“ durch
Realakte und Zulässigkeit des Ausschlusses der Staatshaftung
bei Schädigung von Ausländern
In: Verwaltungsarchiv 62, 1971, S. 181-188
- ders. Die Freiheit vom öffentlich-rechtlichen Zwangsverband
In: Jura 1987, S. 390-391
- Erichsen, Hans-Uwe/
Weiß, Richard System des europäischen Rechtsschutzes
In: Jura 1990, S. 586-592

- Eucken, Walter Grundsätze der Wirtschaftspolitik
6. Auflage, 1990 800/QD/000/E86(6)
- Everling, Ulrich Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Gemeinschaft
In: Der Betrieb 1990, S. 1853-1859
- ders. Der Gegenstand der Niederlassungsrechts in der Europäischen
Gemeinschaft
1990
- ders. Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Ge-
meinschaft
-Vom Abbau der Verzerrung zur Schaffung des Binnenmarktes-
In: Capotorti/Ehlermann/Frowein/Jacobs/Joliet/ Koop-
mans/Kovar (Hrsg.), Du droit international au droit de
l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore
1987
- Eyermann, Erich Staatsaufsicht über Handwerkskammern
insbesondere im Interessenvertretungsbereich
In: GewArch 1992, S. 209-216
- Fastenrath, Ulrich Inländerdiskriminierung
JZ 1987, S. 170-178
- Fikentscher, Wolfgang Wirtschaftsrecht
Band I, 1983
- Folz, Hans-Ernst Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das
deutsche Gewerberecht
In: WiVerw 1979, S. 80-110.
- Frentzel, Gerhard/
Jäkel, Ernst/
Junge, Werner Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der
Industrie-Handelskammern
3. Auflage, 1972

Industrie- und Handelskammergesetz
6. Auflage, 1999
- Frotscher, Werner Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
3. Auflage, 1999

- Früh, Gudrun
Verstößt die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit?
In: GewArch 1998, S. 402-406
- dies.
Die Inländerdiskriminierung im Handwerksrecht und das Urteil des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Erleichterung des Gewerbezugangs
In: GewArch 2001, S. 58-60
- Füßer, Klaus/
Schiedt, Ulrike
Anzeigepflichten gem. § 14 I GewO im Lichte der neueren Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten
In: NVwZ 1999, S. 620-622
- Gerhardt, Michael
Zu neueren Entwicklungen der sogenannten Inländerdiskriminierung im Gewerbebereich
In: GewArch 2000, S. 372-377
- Glaesner, Hans-Joachim
Bemerkungen zur Interpretation von Art. 100 a EWGV
In: Ress(Hrsg.), Rechtsprobleme der Rechtsangleichung
S. 35-54
1998
- Götz Volkmar
Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Binnenmarkt
In: Götz/Selmer/Wolfrum (Hrsg.), Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag
Seite: 763 - 791
1998
- Gornig, Gilbert
Probleme der Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit für Rechtsanwälte in den Europäischen Gemeinschaften
In: NJW 1989, S. 1120-1127
- ders.
Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer
Verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte
In: WiVerw 1998, S. 157-200
- Grabitz, Eberhard
Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft
1970
- Grabitz, Eberhard/
von Bogdandy, Armin
Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt-
Statik und Dynamik des Europäischen Marktes
In: JuS 1990, S. 170-175

- Groeben, Hans von der/
Thiesing, Jochen/
Ehlermann, Claus-Dieter
(Hrsg.)
- Kommentar zum EWG-Vertrag
Band I:
Artikel 1-84
4. Auflage, 1991
- Kommentar zum EU-/EG-Vertrag
Band I:
Artikel A-F EU, Artikel 1-84 EG
5. Auflage, 1997
- Band 2/I:
Artikel 85-87 EG
5. Auflage, 1997
- Band 2/II:
Artikel 88-102 EG
5. Auflage, 1999
- Groeben, Hans von der
- Die Politik der Europäischen Kommission auf dem Gebiet der
Rechtsangleichung
In: NJW 1979, 359-364
- Groß, Thomas
- Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomi-
sierung
In: DVBl. 2002, S. 1182-1194
- Hagböling, Lothar
- Handwerksbegriff und struktureller Wandel
In: GewArch 1984, S. 209-216
- Hailbronner, Kai/
Klein, Eckart/
Magiera, Siegfried/
Müller-Graff, Peter-Chr.
- Handkommentar zum Vertrag über die Europäische
Union, EUV/EGV
Loseblattsammlung
Ordner 1, Stand 11/1998
- Hailbronner, Kai/
Nachbaur, Andreas
- Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung
des EuGH
In: EuZW 1992, S. 105-113
- Hammerl, Christoph
- Inländerdiskriminierung
1997
- Hartwich, Hans-Hermann
- Die Europäisierung des deutschen Wirtschaftssystems
1998

- Heck, Hans-Joachim Systematisierung der Ausnahmegründe im Ausnahmegewilligungsverfahren nach § 8 HwO
In: WiVerw 2001 S. 277-290
- ders. Die Ausnahmegewilligung zur Ausübung eines Handwerks
In: GewArch 1995, S. 217-231
- Heinz, Gerhard Die geschichtliche Entwicklung und die gegenwärtige Gestaltung der Selbstverwaltung in den wirtschaftlichen Berufskammern
1958
- Hellermann, Johannes Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte
1993
- Hellmann, Rainer Europäische Industriepolitik
1994
- Henke, Wilhelm System und Institute des öffentlichen Rechts der Wirtschaft
In: DVBl. 1983, 982-989
- Henning, Friedrich-W. Die Industrialisierung in Deutschland 1800 bis 1914
7. Auflage, 1989
- Das industrialisierte Deutschland 1914 bis 1992
8. Auflage, 1993
- Heréus, Fritz Die deutschen Handelskammern als Glied der Verwaltung
Ihre Geschichte, ihr Wesen und ihre Zukunft
1922
- Hilf, Meinhard Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten
In: Ranzelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, S. 151-170
1995
- Hoffmann, Egon Zweiter Bericht der Deregulierungskommission
In: GewArch 1991, S. 256-249 und 296-299
- Hollje-Lüerßen, Gerrit Das deutsche Handwerk im Prozeß der europäischen Einigung
1996
- Honig, Gerhard Handwerksordnung
1993

- Huber, Ernst-Rudolf Deutsche Verfassungsgeschichte
Band V, 1914-1919
Rev. Nachdr. der 1. Auflage, 1992
- Isensee, Josef Europa - die politische Erfindung eines Erdteils
In: Isensee (Hrsg.) Europa als politische Idee und als rechtliche
Form
2. Auflage, 1994
- Isensee, Josef/
Kirchhof, Paul Handbuch des Staatsrechts
Band VI, Freiheitsrechte
1989
- Ipsen, Hans-Peter Europäisches Gemeinschaftsrecht
1972
- ders. Vier Glossen zur Einheitlichen Europäischen Akte
In: Jekewitz/Klein/Kühne/Petersmann/Wolfrum (Hrsg.), Fest-
schrift für Karl Josef Partsch, S. 327-342
1989
- Jahn, Ralf Grundlagen der wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörperschaf-
ten am Beispiel der Industrie- und Handelskammern
In: JA 1995, S. 972-977
- ders. Vom Bekenntnis zur IHK-Pflichtmitgliedschaft
In: GewArch 1998, S. 453-456
- ders. Die Entwicklung des Beitragsrechts der Industrie- und Handels-
kammern
-Ein Rechtssprechungsreport 1997 bis 1999-
In: GewArch 1999, S. 449-461
- ders. IHK statt Staat – Das Bundesverfassungsgericht und die IHK-
Pflichtmitgliedschaft
In: GewArch 2002, S. 98-102
- ders. Wirtschaftliche und freiberufliche Selbstverwaltung durch
Kammern
In: GewArch 2002, S. 353-361
- ders. Zur Entwicklung des Beitragsrecht der Industrie- und Handels-
kammern

- Klinge, Gabriele Europäisches Niederlassungsrecht im Handwerk
In: WiVerw 1987, S. 137-158
- dies. Niederlassungs- und Dienstleistungsrecht für Handwerker und
andere Gewerbetreibende in der EG
1990
- dies. Das Handwerks- und Berufsbildungsrecht Luxemburgs
In: GewArch 1991, S. 361-367
- dies. Das Berufszulassungs- und Berufsausübungsrecht des selbst-
ständigen Handwerkers im Europäischen Binnenmarkt
In: WiVerw 1992, S. 1-55
- Kluth, Winfried Schutz individueller Freiheit in und durch öffentlich-rechtliche
Körperschaften
In: DVBl. 1986, S. 716-727
- ders. Funktionale Selbstverwaltung
1997
- ders. Verfassungsfragen der Privatisierung von Industrie- und Han-
delskammern
1997
- ders. IHK-Pflichtmitgliedschaft weiterhin mit dem Grundgesetz ver-
einbar
In: NVwZ 2002, S. 298-301
- Kluth, Winfried/
Goltz, Ferdinand Kammern der berufsständischen Selbstverwaltung
in der EU
2004
- Koenig, Christian
Haratsch, Andreas Europarecht
4. Auflage, 2003
- König, Doris Das Problem der Inländerdiskriminierung - Abschied von Rein-
heitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung?
In: AöR 118. (1993), S. 591-616
- König, Wolfgang/
Müller, Klaus Der europäische Binnenmarkt als Herausforderung
für das deutsche Handwerk
1990

- Kormann, Joachim/
Hüpers, Frank Zweifelsfragen der HwO-Novelle 2004
In: GewArch 2004, S. 353-363
- Kucera, Gustav/
Stratenwerth, Wolfgang Deregulierung des Handwerks
1990
- Landmann, Robert von/
Rohmer, Gustav Kommentar zur Gewerbeordnung
Band I
Loseblattsammlung, Stand: Januar 2003
- Leisner, Walter Die gesetzlichen Aufgaben der Industrie- und Handelskammern
Neue Entwicklungen zum Beteiligungsrecht an Infrastrukturge-
sellschaften
In: BayVbl. 2001, 609-616
- ders. Handwerksrecht und Europarecht
In: GewArch 1998, S. 445-453
- ders. Der Verfassungsschutz des Handwerks und die Abgrenzung
Handwerk-Industrie
In: GewArch 1997, S. 393-400
- Lenz, Carl Otto (Hrsg.) EG-Vertrag Kommentar
2. Auflage, 1999
- Maier, Hans Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre
2. Auflage, 1980
- Mangoldt, Hermann von/
Klein, Friedrich/
Strack, Christian (Hrsg.) Das Bonner Grundgesetz
Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19
4. Auflage, 1999
- Maschmann, Frank Deregulierung im Handwerk:
Die Meisterprüfung – Ein alter Zopf?
In: ZRP 1990, S. 434-438
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter/
Herzog, Roman Kommentar zum Grundgesetz
Band II, Art. 6-16a
- Meßerschmidt, Klaus Rechtsschutz gegenüber Zwangsverbänden
In: Verwaltungsarchiv 81, 1990, S. 55-86

- Meyer, Werner
Überlegungen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteil vom 3. Oktober 2000 auf das deutsche Handwerksrecht
In: GewArch 2001, S. 265-276
- Meyer, Werner/
Diefenbach, Wilhelm
Handwerksordnung und Europäische Union:
Ausländer-/Inländerdiskriminierung?
2001
- Meyer-Marsilius, Hans-J.
Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Wirtschafts-
gemeinschaft
1960
- Mirbach, Horst
Anfang vom Ende des Meisterzwangs?
In: NVwZ 2001, S. 161-163
- Monti, Mario
Der Binnenmarkt und das Europa von morgen
1997
- Mronz, Dieter
Körperschaften und Zwangsmitgliedschaft
1973
- Müller, Klaus
Reck, Reinhard
Einflüsse des EG-Binnenmarktes auf das deutsche
Handwerk
1994
- Müller-Graff, Peter-Chr.
Binnenmarktziel und Rechtsordnung
1989
- ders.
Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes
In: EuR, 1989, S. 107-151
- Münch, Ingo von/
Kunig, Philip (Hrsg.)
Grundgesetz-Kommentar
Band 1 (Präambel bis Art. 19)
5. Auflage, 2000
- Musielak, Hans-Joachim/
Detterbeck, Steffen
Das Recht des Handwerks
3. Auflage, 1995
- Nachbaur, Andreas
Art. 52 EWGV – Mehr als nur ein Diskriminierungsverbot?
In: EuZW 1991, S. 470-472
- Nettesheim, Martin
Das Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften
In: Jura 1994, S. 337-343

- Nicolaysen, Gert Europarecht II
1996
- Oppermann, Thomas Europarecht
2. Auflage, 1999
- Pechstein, Michael Das Kohärenzgebot als entscheidende Integrationsdimension der
Europäischen Union
In: EuR 1995, 247-258
- ders. Rechtssubjektivität für die Europäische Union
In: EuR 1996, 137-144
- Pohl, Wilma Regulierung des Handwerks
1995
- Prüttner, Günter Wirtschaftsverwaltungsrecht
1989
- Pühs, Wolfgang Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht
1997
- Reich, Norbert Binnenmarkt als Rechtsbegriff
In: EuZW 1991, 203-210
- Reitmaier, Marion-Angela Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag
1984
- Robinski, Severin Gewerberecht
2. Aufl., 2002
- Röttinger, Moritz/
Weyringer, Claudia (Hrsg.) Handbuch der europäischen Integration
2. Auflage, 1996
Rüfner, Wolfgang Zu Preußens Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung
im 19. Jahrhundert- Gewerbe und Infrastruktur im Liberalismus
in: DVP 1981, 213 ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar
3. Auflage, 2003

- Schieffer, Martin Die neue Freizügigkeitsverordnung/EG – Inhalt und Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nichterwerbstätiger Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen im Bundesgebiet
In: NVwZ, S. 31-33
- Schilling, Theodor Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung
In: JZ 1994, S. 8-17
- Schlachter, Hedwig Discrimination à rebours
1984
- Schmidt, Reiner Öffentliches Wirtschaftsrecht
Allgemeiner Teil, 1990
- Schmidt, Reiner (Hrsg.) Öffentliches Wirtschaftsrecht
Besonderer Teil 1, 1995
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht
11. Auflage, 1999
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/
Klein, Franz Kommentar zum Grundgesetz
9. Auflage, 1999
- Schöbener, Burkhard Verfassungsrechtliche Aspekte der Pflichtmitgliedschaft in wirtschafts- und berufsständischen Kammern
In: VerwArch 26, S. 375-417
- Schöne, Franz-Josef Die „umgekehrte Diskriminierung“ im EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
In: RIW 1989, S. 450-454
- Scholz, Rupert Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem
1972
- Schulze-Fielitz, Helmuth Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung
In: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben -sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts
1990
- ders. Entwicklungstendenzen des allgemeinen Gewerberechts im Spiegel der Rechtsprechung 1991/92
In: NVwZ 1993, S. 1157-1163

- Schwannecke, Holger Der Meisterbrief des Handwerks:
Ein Qualifikationsinstrument mit Zukunft?
In: WiVerw 2003, S. 193-216
- Schwannecke, Holger/
Heck, Hans-Joachim Die Handwerksnovelle 2004
In: GewArch 2004, S. 129-142
- Schwappach, Jürgen/
Schmitz, Klaus Das Handwerksrecht in den Mitgliedstaaten der
Europäischen Union
In: WiVerw 1996, S. 1-63
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) EU-Kommentar
2000
- Schweitzer, Michael/
Hummer, Waldemar Europarecht
5. Auflage, 1996 (mit Nachtrag 1999)
- Sedemund, Jochim „Cassis de Dijon“ und das neue Harmonisierungskonzept der
Kommission
In: Schwarz(Hrsg.) Der Gemeinsame Markt – Bestand und Zu-
kunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive, S.37-54
1987
- Seidel, Martin Dienstleistungsfreiheit in der neusten Rechtsentwicklung
In: Seidel(Hrsg.), Rechtsangleichung und Rechtsgestaltung in
der Europäischen Gemeinschaft
1990
- Starck, Christian (Hrsg.) Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Personalkörper-
schaften und Anstalten des öffentlichen Rechts
1992
- Steindorff, Ernst Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt
In: ZHR 1986, 687-704
- ders. Industriepolitik in der EG
In: Everling/Narjes/Sedemund(Hrsg.) Festschrift für Arved De-
ringer, S. 175-194
1993
- ders. EG-Vertrag und Privatrecht
1996
- Stober, Rolf Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts
1989

- ders. Die Industrie- und Handelskammer als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft
1992
- ders. Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen im deutschen Wirtschaftsverwaltungsrecht
in: Stober (Hrsg.), Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa
1993
- ders. Wirtschaftliche Selbstverwaltung durch Handelskammern in Deutschland und Europa
In: DÖV 1993, S. 333-339
- ders. Kammern der Wirtschaft: Mehr als Pflichtmitgliedschaft?
In: GewArch 2001, S. 393-403
- ders. Gewerbeordnung 21
In: NVwZ 2003, S. 1349-1354
- ders. Anmerkungen zur Reform der Handwerksordnung
In: GewArch 2003, S. 393-399
- Stolleis, Michael (Hrsg.) Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert
2. Auflage, 1987
- Streinz, Rudolf Europarecht
5. Auflage, 2001
- ders. Mindestharmonisierung im Binnenmarkt
In: Everling/Roth (Hrsg.) Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, S. 9-32
1997
- Steiner, Udo (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht
5. Auflage, 1995
- Tettinger, Peter/
Wank, Rolf Kommentar zur Gewerbeordnung
7. Auflage, 2004
- Tilch, Horst/
Arloth, Frank Deutsches Rechtslexikon
Band 2, G-P
3. Auflage, 2001

- Traublinger, Heinrich Handwerksordnung: Kahlschlag oder zukunftsorientierte Reform?
In: GewArch 2003, 353-358
- Willoweit, Dietmar Gewerbeprivileg und „natürliche“ Gewerbefreiheit
In: Scherner, Karl Otto/Willoweit, Dietmar (Hrsg.), Vom Gewerbe zum Unternehmen
1982
- Wülker, Gerda Der Wandel der Aufgaben der Industrie- und Handelskammern in der Bundesrepublik
1972
- Zacker, Christian Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt
In: RIW 1989, S. 489-490
- Zentralverband des deutschen Handwerks (ZDH) Reform der Handwerksordnung:
Die Stellungnahme des ZDH
In: Orientierung zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
96 (2/2002), 33
- Ziekow, Jan Freiheit und Bindung des Gewerbes
1992

Lebenslauf

Ich wurde am 18. September 1978 als zweites Kind von Gerhard und Christa Schnattinger in Würzburg geboren.

Meine Schulzeit verbrachte in Wertheim am Main und beendete diese 1998 mit dem Abitur am Dietrich-Bonhoeffer-Gymnasium.

Zum Wintersemester 1998/99 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg auf, welches ich am 30. Januar 2003, nach dem 8. Fachsemester, mit dem 1. Staatsexamen erfolgreich abschloss.

Am 6. Juli 2005 habe ich die mündliche Doktorprüfung abgelegt.

Seit 1. Mai 2004 bin ich Referendarin am Landgericht Fulda.

