

G. Gewerberechtliche Grundlagen

§ 45 Gewerbeordnungs- und Anlagenrecht

I. Zur Einordnung des Gewerberechts

Während das **Allgemeine Öffentliche Wirtschaftsrecht** die für alle Wirtschaftszweige und für jede staatliche Beeinflussung maßgeblichen Normen und Grundsätze behandelt, befasst sich das **Besondere Öffentliche Wirtschaftsrecht** mit der rechtlichen Ordnung einzelner Wirtschaftszweige und mit bestimmten Teilbereichen der Wirtschaftssteuerung (s. Bd. I Rn. 55). Mangels einer **Kodifikation des Gewerberechts**, aufgrund historisch gewachsener und sachlich bedingter Sonderregeln sowie wegen der dynamischen Entwicklung entzieht sich diese Materie weitgehend einer klaren Systematisierung (s. Bd. I Rn. 50ff.). Deshalb werden im Schrifttum unterschiedliche Konzepte vertreten, die hier im Einzelnen nicht diskutiert werden können. Hinzu treten zahlreiche Überschneidungen mit **umweltrechtlichen Materien**, die eine klare Abgrenzung erschweren (s. Bd. I Rn. 40ff.). Man denke nur an das Immissionsschutzrecht, das Kreislaufwirtschaftsrecht, das Klimaschutzrecht sowie das Gentechnikrecht.

Die vielfältigen Erscheinungsformen des Besonderen Öffentlichen Wirtschaftsrechts können nicht erschöpfend dargestellt werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf ausgewählte Sachmaterien, die juristisch, ökonomisch, ökologisch, technologisch und gesellschaftlich gleichermaßen von Interesse sind. Dabei handelt es sich einerseits um klassische Repräsentanten wie das **Gewerbe- und Subventionsrecht** und andererseits um moderne Referenzgebiete wie das **Regulierungs- und Produktwirtschaftsrecht**. Da das Gewerberecht die Mutter des Öffentlichen Wirtschaftsrechts ist und die meisten wirtschaftlichen Betätigungen gewerberechtsrelevant sind, wird dieser Sektor zuerst behandelt.

II. Rechtsgrundlagen und Entwicklung des Gewerberechts

1. Die Gewerbeordnung und gewerberechtliche Spezialgesetze

Das Gewerberecht ist als Teil des **Rechts der Wirtschaft** im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG grundsätzlich Bundesrecht (s. Bd. I Rn. 300ff.). Es ist grundlegend in der **Gewerbeordnung** geregelt (s. zu *Ausnahmen* Rn. 35 ff.). Sie wurde mit Wirkung vom 1.10.1869 vom Norddeutschen Bund erlassen¹. Dabei handelt es sich um eine kodifikatorische Glanzleistung, die frühere gewerberelevante Rechtsetzungsinitiativen aufgreift, zusammenführt und systematisiert.² Aus heutiger Sicht lässt sich dieses epochale wirtschaftsfördernde, wirtschaftsüberwachende und umweltschützende Werk mit den Wörtern Modernität, Kontinuität und Flexibilität kennzeichnen³. Überzeugender Beleg für den auch heute noch aktuellen Ordnungsrahmen der Gewerbeordnung 1869 ist § 1 GewO, dessen ursprünglicher Wortlaut bis auf einen Buchstaben noch heute fortgilt. Die Korrektur ist der Rechtschreibreform geschuldet. Sie hat den damals bestehenden Respekt vor der neu geschaffenen Rechtsfigur des gewerblichen Individiums als maßgeblicher wirtschaftlicher Akteur aufgegeben und das großgeschriebene „Jedermann“ durch Kleinschreibung ersetzt.

1 Vgl. hierzu Stober, Quellen, Nr. 38, 152 ff.

2 Kluth, GewArch. 2019, 278 ff.; Steinbach, in: Kluth/Korte (Hg.), 150 Jahre Gewerbeordnung, 2020, 31 ff.

3 Stober, GewArch. 2020, 1 ff.

Diese Marginalie ändert jedoch nichts an der substanzialen Aussage des § 1 GewO, der in Verbindung mit § 3 und §§ 64 ff. GewO die **Gewerbefreiheit** proklamiert und die bis dahin geltenden exklusiven Gewerbeberechtigungen einschließlich der damit einhergehenden Zwangs- und Bannrechte ab dem 1.1.1873 aufhob (§ 7 GewO). Dieser entwicklungsgeschichtliche Zusammenhang zwischen Wirtschaftsfreiheit einerseits und dem Verzicht auf Privilegien andererseits gibt allerdings auch Auskunft über die ursprüngliche Motivation zur Einführung der Gewerbefreiheit. Sie befindet sich in dem „**Edikt über die Einführung einer allgemeinen Gewerbe-Steuer**“⁴. Danach erwartete der preußische Staat als Gegenleistung für die Befreiung der Gewerbe von ihrem drückendsten Fesseln die Zahlung einer Gewerbesteuer zur Vermehrung der Staatseinnahmen. Angesichts dieses fiskalischen Ursprungs liegt es auf der Hand, dass sich die Rolle als Vorläufer der nunmehr in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Gewerbefreiheit erst allmählich mit dem Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse herauskristallisierte konnte. Dasselbe gilt auch für die weiteren Freiheitsrechte, die den Marktzugang öffneten und das der Gewerbeordnung zugrunde liegende ökonomische Konzept komplettierten. Hier sind das Recht auf **ökonomische Freizügigkeit** (§ 42, §§ 55 ff., §§ 64 ff. GewO) sowie die partielle Einräumung der Preisfreiheit (§§ 72 ff. GewO) als Ausprägung der **Vertragsfreiheit** zu nennen⁵. Diese intensive Einräumung ökonomischer Freiheitsgarantien mag der Grund dafür sein, dass das rechtswissenschaftliche Interesse an einer verfassungsrechtlich orientierten Auseinandersetzung mit der Gewerbeordnung gering ist⁶.

Die GewO 1869 enthielt neben ihrer gefahrbewehrenden, präventiven Ausgestaltung ferner **umweltrechtliche Elemente**. Diese zukunftsgerichtete Ausrichtung auf nachhaltig zu betreibende Gewerbe kommt in Bestimmungen zum Ausdruck, die schon damals einer besonderen Genehmigung bedurften (§§ 16 ff. GewO). Heute sind diese Betriebsstätten Gegenstand des BImSchG, das aus der Gewerbeordnung herausgelöst wurde (§ 67 BImSchG) sowie des Gesetzes über überwachungsbedürftige Anlagen (ÜAnLG). Die GewO, die nunmehr nach zahlreichen Novellierungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999⁷ gilt, zählt damit zu den ältesten heute noch geltenden öffentlich-rechtlichen Gesetzen. Einerseits ist die über 150-jährige Existenz der Gewerbeordnung ein überzeugender Beleg für die Beständigkeit der nach wie vor dort verankerten Grundgedanken. Andererseits ist die Anwendung und Auslegung einzelner gewerberechtlicher Bestimmungen schwierig. Es fehlt an einem einheitlichen juristischen Sprachgebrauch, da die Gewerbeordnung ständig dem Wandel der Wirtschaft, den Anforderungen des EU-Binnenmarktes und dem Fortschreiten der Technik angepasst wurde, ohne dass die detailreichen Änderungen und Ergänzungen einem zukunftsfähigen übergreifenden **Gewerbeleitbild** einschließlich moderner Anforderungen der Gesetzgebungslehre folgen (s. Rn. 23ff.).

- 4 Im Unterschied zur Ursprungsfassung, die auf eine **Kodifikation** des Wirtschaftsverwaltungsrechts angelegt war, regelt die nunmehr geltende Gewerbeordnung das Gewerberecht nicht mehr umfassend. Sie wurde vielmehr Opfer einer zunehmenden Spezialisierung⁸ und Ausdifferenzierung gewerbeaffiner Rechtsbereiche. Betrachtet man das Inhaltsverzeichnis, dann kann man unschwer erkennen, dass mehrere Titel (Taxen, Meistertitel, Gewerbliche Hilfskassen, Statutarische Bestimmungen – s. §§ 72 ff. GewO) und Vorschriftenkomplexe (Aufhebung von Rechten, Anlagenrecht) inzwischen weggefallen, aber immer noch in der Gliederung enthalten sind. Mehrere Gewerbezweige sowie

4 G. v. 28.10.1810, abgedruckt in: Stober (Hg.), Quellen, Nr. 32, 138 f.

5 S. näher zur Entwicklung Di Fabio, GewArch. 2019, 257 ff.

6 Das moniert Rixen, GewArch. 2020, 121 ff.

7 BGBl. I, S. 202 mit Änderungen.

8 S. auch Knauff, DVBl. 2011, 727, 729.

bestimmte Aspekte mit ökologischem, technischem und arbeitsschutzrechtlichem Gepräge wurden aus dem Gesetz herausgenommen und sondergesetzlich normiert. Das geschah teilweise aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung und Transparenz⁹ sowie zur Stärkung der Landeskompetenzen für folgende Gebiete:

- Gaststättenrecht (§ 33 GewO),
- Handwerksrecht (§§ 81 ff. GewO),
- Immissionsschutzrecht (§§ 16 ff. GewO und § 67 BImSchG),
- Produktsicherheitsrecht (§§ 24 ff. GewO),
- Spielhallenrecht,
- Messe- und Ausstellungsrecht (§§ 64 ff.).

Unabhängig davon bestehen zahlreiche **spezielle Gewerbegesetze**, die sich teilweise zu Sonderrechtsgebieten entwickelt haben oder anders motivierte Regelungen, die wegen des Merkmals der gewerbsmäßigen Betätigung einen gewerberechtlichen Einschlag haben.

5

Beispiele: Gewerbsmäßige Waffenherstellung und gewerbsmäßiger Waffenhandel nach §§ 21 ff. Waffengesetz. Gewerbsmäßiger Handel mit Tieren nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 Tierschutzgesetz. Zulassung von Fleischgewinnungsbetrieben nach § 6 Fleischhygienegesetz. Gewerbsmäßige Prostitution nach dem Prostitutionsschutzgesetz.

2. Die Gewerbeordnung als Grundgesetz des Gewerberechts

6

Unbeschadet des eben beschriebenen Verlustes an materieller Regelungssubstanz darf man die Gewerbeordnung gleichwohl weiterhin als das „**Grundgesetz“ des Gewerberechts** bezeichnen¹⁰. Denn sie ist häufig der einzige rechtliche Rahmen für ökonomisches Handeln, innovative Geschäftsmodelle und besondere Gewerbezweige. So verweisen teilweise gewerberechtliche Sonder- oder Nebengesetze ergänzend auf die Vorschriften der Gewerbeordnung. Unabhängig davon ist diese Rechtsgrundlage auch für die Einbeziehung der modernen Erscheinungsformen der **Digitalwirtschaft** gerüstet.

Beispiele: § 31 BGastG, § 1 HwO; § 11a Abs. 2 und § 11b Abs. 4 GewO.

7

Teilweise werden Bestimmungen der Gewerbeordnung unmittelbar oder analog herangezogen.

Beispiele: § 6a Abs. 2 und § 15 Abs. 2 GewO.

8

Ferner enthält die Gewerbeordnung für das gesamte Gewerberecht oder bestimmte Sektoren geltende **spezielle Verfahrensvorschriften**.

Beispiele: Gewerbeanzeigeverfahren, Gewerbeuntersagungsverfahren, Datenschutzverfahren, Gewerberegisterverfahren, Verfahren über eine einheitliche Stelle, Genehmigungsfiktion, Elektronische Verfahren. Verfahren zur Anerkennung beruflicher Qualifikationen.

9

Deshalb hat die Gewerbeordnung an verfahrensrechtlichen Normierungen dazugewonnen, was sie an materiellem Regelungsgehalt verloren hat. Allerdings sind die einschlägigen Bestimmungen nicht gebündelt, sondern an verschiedenen Stellen in der Gewerbeordnung zu finden. Einen besonderen Stellenwert nehmen Modifizierungen gewerblicher Regelungen ein, die das intensiv auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht ein-

9 S. BT-Ds. 12/2693; s. zu dieser Entwicklung *Stober*, DÖV 1995, 125 ff.; *M. Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 56 ff.; *R. Schröder*, in: *Schulte/Kloos* (Hg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 6 I; ähnlich *Huber/Unger*, in: *Schoch* (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 694.

10 So auch *M. Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 66; skeptisch *Kabl*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 67, 108 f.

wirkende Unionsrecht umsetzen. Im Mittelpunkt stand dabei die Einarbeitung der Vorgaben der **Dienstleistungsrichtlinie** sowie der **Berufsanerkennungsrichtlinie** in das überkommene Gewerberechtssystem. Der Gesetzgeber hat sich allerdings bei der Integration nicht für einen übergreifenden Ansatz in Gestalt eines eigenen Unionsabschnitts entschieden, sondern zahlreiche a und b Paragraphen eingefügt, die sich mit den einschlägigen materiellen und formellen Inhalten befasse. Sie setzen gleichzeitig zur Realisierung des Binnenmarktes Eckpunkte für spezialgesetzlich normierte Gewerbe (§§ 4, 6b und c, 11c, 13a bis c GewO) und werten damit die Gewerbeordnung als allgemeine europäisch inspirierte Rechtsgrundlage auf¹¹.

3. Unionsrechtliche Grundlagen des Gewerberechts

- 10 a) Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.** Das nationale Gewerberecht hat wegen des Anwendungsvorranges des Unionsrechts (s. o. Bd. I Rn. 47) die Vorgaben des **Europäischen Binnenmarktrechts** nach Art. 26 Abs. 2 AEUV zu beachten. So können sich alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger auf die **Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit** (Art. 49 ff. AEUV) sowie auf die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** (Art. 45 AEUV) berufen. Während die Niederlassungsfreiheit das Recht einräumt, eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben sowie ein Unternehmen zu gründen und zu leiten (Art. 49 Abs. 2 AEUV), erstrecken sich die anderen Grundfreiheiten nach Art. 57 f. und 63 AEUV auf **gewerbliche und handwerkliche Tätigkeiten** sowie auf **Dienstleistungen der Banken und Versicherungen**.

Insgesamt bewirkt die starke Beeinflussung des Unionsrechts einen Umbruch des nationalen Öffentlichen Wirtschaftsrechts¹², der von den Gedanken der Liberalisierung sowie der Deregulierung dominiert wird und einen neuen **Verwaltungsverbund** etabliert¹³. Um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeit zu erleichtern, existieren die jeweils als Rahmenrichtlinie ausgestaltete Berufsanerkennungsrichtlinie und die Dienstleistungsrichtlinie¹⁴, welche die ökonomischen Grundfreiheiten ausgestalten und subjektive Rechte begründen. Rechtlicher Ausgangspunkt dieser Richtlinie zur Durchsetzung des Binnenmarktkonzepts ist das sog. **Herkunftslandprinzip**, das mit dem **Anerkennungsprinzip** in einem anderen Mitgliedstaat korrespondiert. Diese Grundsätze zielen darauf ab, dass Waren und Dienste, die in einem Mitgliedstaat den nationalen Bestimmungen entsprechend verkehrsfähig sind, für die gesamte EU verkehrsfähig zu machen¹⁵.

- 11 b) Die Berufsanerkennungsrichtlinie.** Die Richtlinie 2005/36/EG über die **Anerkennung von Berufsqualifikationen** (BQRL) fasst auf der Grundlage von Art. 53 und 62 AEUV die früheren Generalrichtlinien zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstiger Befähigungs nachweise im Interesse einer Rechtsvereinheitlichung in einer Rechtsquelle zusammen. Sie gilt für **reglementierte Berufe**, also für Tätigkeiten, deren Aufnahme und Ausübung an bestimmte Berufsqualifikationen – wie etwa die Ablegung einer Sachkundeprüfung – gebunden ist (Art. 3 Abs. 1 lit. a BQRL). Dazu wurde § 11c GewO erlassen, der die Übermittlung personalbezogener Daten bei reglementierten Berufen vorsieht. Die Richtlinie gibt ausweislich des dritten Erwägungsgrundes Personen, die ihre Berufsqualifikation in einem Mitgliedstaat erworben haben, Garantien hinsichtlich des Zugangs zu demselben Beruf und seiner Aus-

11 Ebenso Schönleiter, GewArch. 2019, 260, 263.

12 Eisenmenger, NVwZ 2010, 337 ff.

13 Calliess, in: Kluth/Korte (Hg.), 150 Jahre Gewerbeordnung, 2020, 3 ff.

14 RL 2005/36/EG v. 7.9.2005, ABl. EU Nr. L 255 v. 30.9.2005, S. 22 ff., in der aktuellen Fassung; RL 2006/123/EG v. 12.12.2006, ABl. EU Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 ff., in der aktuellen Fassung; s. näher Asemissen, Berufsanerkennung und Dienstleistungen im Europäischen Binnenmarkt, 2014.

15 Calliess, in: Kluth/Korte (Hg.), 150 Jahre Gewerbeordnung, 2020, 3, 6 ff.

übung in einem anderen Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen wie für Inländer (**Anerkennungsprinzip** – Art. 4 BQRL i. V. m. § 9 HwO sowie §§ 13 a-c GewO)¹⁶. Gleichzeitig behalten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Mindestniveau der notwendigen Qualifikation festzusetzen, die Leistungsqualität zu sichern und bestimmte Erfordernisse vorzuschreiben.

Beispiele: Regeln über die Berufsorganisation, die beruflichen Standards einschließlich standesrechtlicher Vorschriften, die Haftung sowie die Kontrolle.

Ferner strebt die Berufsanerkennungsrichtlinie an, die Aufnahmebestimmungen für bestimmte industrielle, handelsrelevante und handwerkliche Tätigkeiten zu vereinfachen und die Verfahrensregeln zu vereinheitlichen (Erwägungen 18, 30 und 40). Hierzu dient auch die Einführung eines **Europäischen Berufsausweises** (§ 6b Abs. 2 GewO). Fehlt es an der Vergleichbarkeit der Berufe, dann kann der Aufnahmemitgliedstaat zusätzlich **Anpassungslehrgänge** und **Eignungsprüfungen** vorschreiben (Art. 14 f. BQRL i. V. m. § 13c GewO), die aber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einhalten müssen. Im Übrigen dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 5 BQRL die Dienstleistungsfreiheit nicht einschränken,

- wenn der Dienstleister zur Ausübung desselben Berufes rechtmäßig in einem Niederlassungsmitgliedstaat niedergelassen ist oder
- wenn der Dienstleister denselben Beruf mindestens zwei Jahre während der letzten zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat, sofern der Beruf nicht reglementiert ist.

Die Berufsanerkennungsrichtlinie befreit nicht von der **Anzeigepflicht**, wenn Dienstleistungstätigkeiten in einem anderen Mitgliedsstaat ausgeübt werden (§ 13a GewO), die mit Inkrafttreten der Richtlinie kodifiziert wurden¹⁷. Dabei handelt es sich um einen relativ geringen Eingriff in die Berufsfreiheit und die Verkehrsfreiheiten, zumal die Tätigkeit sofort nach der Anzeige erbracht werden darf.

c) **Pro-Forma-Mitgliedschaft und weitere Modernisierung mitgliedstaatlicher Regelungen.** Der Dienstleistungsinnenmarkt hat daneben eine weitere verwaltungsorganisatorische Konsequenz, die in Art. 6 BQRL ihren Niederschlag gefunden hat. Danach hat der Aufnahmemitgliedstaat Dienstleister von den Erfordernissen der Zulassung, Eintragung oder **Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation** zu befreien. Gestattet ist lediglich eine **automatische oder Pro-Forma-Mitgliedschaft**, sofern die Eintragung oder Mitgliedschaft die Erbringung der Dienstleistung weder verzögert oder erschwert noch für den Dienstleister zusätzliche Kosten verursacht (§ 4 Abs. 1 GewO). Die Mitgliedstaaten dürfen bei einem Ortswechsel des Dienstleisters allenfalls eine vorherige **Meldung** verlangen, um sich zu informieren (Art. 7 BQRL).

Da die Europäische Kommission offensichtlich mit der Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie nicht zufrieden ist, hat sie in einer Mitteilung vom 2.10.2013¹⁸ zur Bewertung der nationalen Reglementierungen des Berufszugangs Stellung bezogen und den Mitgliedstaaten aufgegeben, ihre Vorschriften zu überprüfen und zu modernisieren. Die Initiative zielt darauf ab, den Verbraucherschutz zu intensivieren, die Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern und die Beschäftigung zu fördern.

d) **Die Dienstleistungsrichtlinie.** Während die Berufsanerkennungsrichtlinie auf reglementierte Berufe anwendbar ist, schafft die Richtlinie 2006/123/EG über **Dienstleistun-**

16 S. näher Kluth/Rieger, EuZW 2005, 486 ff.; Stork, WiVerw. 2006, 152 ff.; Frenz, GewArch. 2007, 27 f.

17 S. näher zur Interpretation Korte, DVBl. 2009, 489 ff.; Heidfeld, NVwZ 2009, 1471 ff.; Schöneleiter, GewArch. 2009, 384 ff.; Glückert, GewArch. 2010, 234 ff.; Krajewski, NVwZ 2009, 929 ff.

18 Kom (2013) 676 final.

11a

12

13

14

15

gen im Binnenmarkt einen allgemeinen Rechtsrahmen, der einem breiten Spektrum von Dienstleistungen zugutekommt und gleichzeitig den Besonderheiten einzelner Tätigkeiten und Berufe Rechnung trägt. Es handelt sich somit einerseits um einen horizontalen Ansatz, weshalb grundsätzlich sämtliche unternehmerischen Tätigkeiten mit Dienstleistungsqualität unter die DLR fallen¹⁹. Andererseits liegt ihr ein selektiver Ansatz zugrunde, der die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer sowie den Dienstleistungsverkehr vereinfachen und erleichtern soll (Art. 1 DLR). Diese Richtlinie ergänzt die Berufsanerkennungsrichtlinie, weil sie zu Aspekten Stellung nimmt, die nicht Gegenstand der Berufsanerkennungsrichtlinie sind.

Beispiele: Berufshaftpflichtversicherung, kommerzielle Kommunikation, multidisziplinäre Tätigkeiten.

16 Zur Durchsetzung der erwähnten Freiheiten sind folgende in Art. 14 und 16 DLR normierte, meist von dem EuGH entwickelte Anforderungen (Auflagen, Verbote, Beschränkungen, Bedingungen – s. zur Definition Art. 4 Nr. 7 DLR) verboten:

- Staatsangehörigkeitserfordernis (für Dienstleister, Beschäftigte, Gesellschafter, Geschäftsführer),
- Residenzerfordernis,
- Verpflichtung zur Nichterrichtung einer Niederlassung,
- Verpflichtung zur Unterhaltung einer Niederlassung,
- Erfordernis des wirtschaftlichen Bedarfs,
- Erfordernis einer finanziellen Sicherheit,
- Erfordernis einer Genehmigung,
- Erfordernis der Eintragung in ein Register oder einer Mitgliedschaft.

17 Diese, in § 4 Abs. 1 GewO konkretisierten Befreiungen²⁰, beziehen sich nur auf Dienstleistungserbringer, die keine zusätzliche Niederlassung im Inland haben.

Beispiele: Befreiung von Genehmigungs- und Anzeigepflichten (§ 14, §§ 55, 55c, § 56a GewO).

Der beschränkte Geltungsbericht des § 4 GewO wirft die Frage auf, ob er der DLR entspricht.

Beispiele: § 4 Abs. 1 GewO erfasst weder § 33d noch § 34 GewO, deren Tatbestände nicht unter die Ausnahmen für Glücksspiele und Finanzdienstleistungen nach Art. 2 Abs. 2 lit b und h DLR fallen.

18 Liegt eine **Niederlassung** (s. die Legaldefinition in § 4 Abs. 3 GewO) vor²¹, dann findet das deutsche Gewerberecht im Sinne des Bestimmungslandprinzips und damit des Rechts des Aufnahmestaates Anwendung. Die Differenzierung beruht auf der Überlegung, dass sich der Niederlassungswillige dauerhaft und freiwillig in die Obhut einer anderen Rechtsordnung begibt und deshalb intensivere Beschränkungen hinnehmen muss als ein Dienstleistungserbringer, der nur vorübergehend grenzüberschreitend tätig ist²². § 4 Abs. 3 GewO verlangt eine feste Einrichtung, die als gewerblicher Mittelpunkt dient und von der aus die unternehmerische Entfaltung stattfindet. Das setzt das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Infrastruktur voraus.

Beispiel: Ein Verkaufswagen zur Versorgung von Bauarbeitern auf einer Baustelle genügt den Anforderungen des § 4 Abs. 3 GewO nicht, wenn er nach Fertigstellung des Bauwerkes abtransportiert wird.²³

¹⁹ Korte, GewArch. 2020, 434 ff.

²⁰ Mann, GewArch. 2010, 93 ff.

²¹ S. näher Korte, GewArch. 2021, 434, 436 f.

²² Calliess/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011, § 6 Rn. 64; Shirvani, DVBl. 2012, 1338 f.

²³ Korte, GewArch. 2021, 434, 437.

Ferner ist zu beachten, dass die Dienstleistungsrichtlinie nicht für alle gewerblichen Tätigkeiten gilt. So ist etwa das Sicherheitsgewerbe ausdrücklich ausgenommen, das deshalb in der Gewerbeordnung eine Sonderstellung einnimmt, weil die Dienstleistungsrichtlinie nach politischen Vorgaben 1:1 umgesetzt werden sollte.

e) Diskriminierungsverbot und Verwaltungszusammenarbeit. Nach Art. 9 und 15 DLR dürfen Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistung nur dann **Genehmigungsregeln** unterwerfen, wenn folgende im Unionsrecht allgemein anerkannte Voraussetzungen erfüllt sind:

- keine Diskriminierung (Art. 20 DLR),
- zwingende Gründe des Allgemeininteresses und
- Verhältnismäßigkeit der Regelung.

Vor diesem Hintergrund sind **Doppelprüfungen** grundsätzlich unzulässig (Art. 10 Abs. 3 DLR). Die DLR stellt ferner verfahrensrechtliche Erfordernisse für Genehmigungen auf, die aber kaum in die verfahrensrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten eingreifen, weil sie rechtsstaatlicher Standard sind (s. Art. 10 und 13 DLR). In diesem Zusammenhang soll die Erbringung von Dienstleistungen dadurch beschleunigt und vereinfacht werden, dass der Gesetzgeber eine **Genehmigungsfiktion** (§ 6a GewO) eingeführt und das Institut des **Einheitlichen Ansprechpartners** geschaffen hat. Es hat seinen Niederschlag in § 6b GewO i. V. m. §§ 71a ff. VwVfG gefunden. Es ist zweifelhaft, ob der mit der neuen Rechtsfigur bezweckte Sinn erfüllt wird, weil § 6b Abs. 1 Satz 2 GewO gestattet, bestimmte gewerberechtliche Verfahren von der Abwicklung über eine einheitliche Stelle auszuschließen. Außerdem besitzen diese Stellen keine Entscheidungsbefugnisse und in den Bundesländern sind unterschiedliche Institutionen zuständig. Deshalb trägt dieses Organisationsmodell mangels des Charakters einer **One Stop Agency** eher zur Rechtsunsicherheit bei den Adressaten bei. Flankierend bestehen nach § 6c GewO i. V. m. der Informationspflichten-VO zur Sicherung der Dienstleistungsqualität **Informationspflichten**. Diese Bestimmung bezweckt einen wirksamen Verbraucherschutz, indem sie die durch die Liberalisierung entfallenen Zulassungs- und Anzeigerfordernisse partiell kompensiert und auf zivilrechtliche Erfordernisse erstreckt.

Beispiele: Angabe des Firmennamens, von Registereintragungen, Geschäftsbedingungen und Preisen.

Es leuchtet ein, dass die beschriebenen Verbesserungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit eine intensive **Verwaltungszusammenarbeit** zwischen dem Herkunftsmitgliedstaat und dem Aufnahmemitgliedstaat voraussetzen, um eine wirksame Überwachung der Dienstleistungserbringer auf der Grundlage genauer und vollständiger Informationen sicherzustellen. Sie erfolgt nach Art. 8 und 56 ff. BQRL sowie Art. 28 ff. DLR vornehmlich im Wege der **Amtshilfe**, des Informationsaustausches und der Überwachung, die insbesondere in § 11b GewO sowie in §§ 8a ff. VwVfG geregelt ist. Ungeklärt ist, ob der Systemwechsel zu Kontrolldefiziten führt²⁴.

f) Mitgliedstaatliche Regelungsvorbehalte im Gewerberecht. Einerseits belegen die erwähnten Bestimmungen die elementare Bedeutung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten für das nationale Gewerberecht. Andererseits entspricht die Gewerbeordnung den Binnenmarktanforderungen in hohem Maße. Denn sie basiert nach § 1 GewO auf dem **Prinzip der Gewerbefreiheit**, das auf unionsrechtlicher Ebene die Grundlage der dargelegten gewerberechtlichen Grundfreiheiten bildet. Deshalb spielten verbotene sog. **Inländerdiskriminierungen** im Gewerberecht kaum eine Rolle²⁵. Hinzu treten spezifische mitgliedstaatliche Regelungsvorbehalte (s. etwa Art. 52 AEUV), die in Einzelfällen

24 S. näher Luch/Schulz, GewArch. 2009, 143 ff.; Korte, DVBl. 2009, 489 ff.

25 S. auch Gerhardt, GewArch. 2000, 372 ff.

19

20

21

22

auf die **ordnungsrechtliche Ausgestaltung des Gewerberechts** (*s. u. Rn. 101ff.*) gestützt werden können²⁶. Allerdings sind Regelungsumfang und Regelungsgrenzen dieser Klauseln zum **Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit** umstritten. Jedenfalls dürfen darauf gestützte Verbote oder sonstige Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Binnenmarktverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sein und sie müssen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten (*s. o. Bd. I Rn. 187ff.*). Bestehen Bedenken, ob eine nationale Regelung oder Auslegung unionskonform ist, kann ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV durchgeführt werden.

Beispiele: Vereinbarkeit der Prostitution²⁷ und des Betriebs von Laserdromes mit der Dienstleistungsfreiheit²⁸.

g) **Europäische Gewerbeordnung?** Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Schaffung einer Europäischen Gewerbeordnung, die darauf abzielt, die unionsrechtlich verursachte Komplexität und Kompliziertheit des Gewerberechts auf eine einheitliche und praktizierbare Binnenmarktbasis für alle EU-Staaten zu stellen. Ein umfassender primärrechtlich verankerter Kompetenztitel für das Gewerberecht fehlt bislang, obwohl eine unionsrechtliche Harmonisierung angemahnt wird.²⁹ Ob Vorschläge für ein künftiges europäisches Gewerberecht erfolgreich sein werden,³⁰ hängt davon ab, ob die EU-Mitgliedstaaten in der Lage sind, sich unter Wegfall spezifischer ordnungsrechtlicher Landesregelungen auf einen einheitlichen Entwurf zu einigen.

III. Zur Reform des Gewerberechts

1. Gescheiterte Reformversuche

23 Die aufgezeigten positiven Aspekte können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die geltende Gewerbeordnung unbeschadet der ihr immanenten Modernität, Kontinuität und Flexibilität in mancher Hinsicht gravierend defizitär ist.³¹ Denn sie wirkt auf Anwender

- verstaubt (§§ 7 ff. – aufgehobene Rechte),
- verstümmelt (§ 32 – Regelung von IHK-Prüfungsverfahrensrecht),
- verkümmert (§§ 16 ff. – Anlagenrecht, Handwerksrecht und Hilfskassen),
- verkünstelt (§ 34a – „Mammut“-Paragraph),
- verlagert (§§ 64 ff. – Marktgewerbe),
- verfremdet (§§ 105 ff. – Arbeitsrecht)³² und
- verworren (§ 4 – grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung).

23a Hinzu kommen zahlreiche Sonderregelungen für einzelne Gewerbezweige mit der Folge, dass das Gewerberecht inzwischen sehr zersplittert und unübersichtlich ist³³. Angesichts dieses Befundes verwundert es nicht, dass es in der Vergangenheit mehrere Reformversuche gegeben hat, um die Gewerbeordnung unter Berücksichtigung ihrer Leitidee „Gewerbefreiheit und Schutz der Allgemeinheit“ modernen Anforderungen anzupassen. Sie sind sämtlich gescheitert. Erinnert sei nur an folgende Initiativen:

- 1958 Empfehlung des Bundesrates zur Einsetzung einer Gewerbekommission.

26 Oeter, in: Graf/Paschke/Stober (Hg.), Gewerberecht im Umbruch, 2004, 89 ff.

27 BVerwG, GewArch. 2002, 66 ff.; EuGH, GewArch. 2004, 473.

28 BVerwGE 115, 189 ff.

29 Burgi, ZHR 184 (2020), 1, 7.

30 S. näher Eisenmenger, GewArch. 2018, 181 ff.; ders., GewArch. 2019, 281 ff.

31 S. auch Rixen, GewArch. 2020, 121 ff.

32 S. näher Neumann, GewArch. 2019, 264 ff.

33 Siehe zuletzt Eisenmenger, GewArch. 2018, 181 ff.

- 1981 Deutscher Industrie- und Handelstag „Gewerberecht aus einem Guß“.
- 1990 Gewerbegesetzbuch der DDR (17 Paragraphen!).
- 1991 Deutscher Industrie- und Handelstag „Vorschlag für einen Titel I eines Gewerbegesetzbuches“.
- 2003 Hamburger Wirtschaftsrechtstag „Gewerbeordnung 21“³⁴.
- 2009 Deutscher Industrie- und Handelskammertag „Gewerbeordnung 21“³⁵.

Auch das Schrifttum hat sich intensiv mit der Neukodifikation des Gewerberechts befasst³⁶. Zwar ist, wie dargelegt, der damalige DIHT unter dem Titel „**Gewerberecht aus einem Guss**“ mit dem Entwurf eines Gewerbegesetzbuches an die Fachöffentlichkeit getreten³⁷. Der Gesetzgeber hat jedoch lediglich mehrere **Rechtsbereinigungsgesetze** erlassen, die nur marginale Verbesserungen gebracht haben³⁸. Im Jahre 1991 legte der DIHT unter dem Motto „**Mehr Recht durch weniger Gesetze**“ Vorschläge für einen neuen Titel I eines **Gewerbegesetzbuches** vor³⁹, der als Allgemeiner Teil für alle Gebiete des Gewerberechts gültige Leitlinien aufstellt. Dieser Entwurf strebte eine Vereinheitlichung, Vereinfachung und Modernisierung der gewerblichen Begriffe und eine systematische Neugliederung des Gewerberechts an. Als zweiter Reformschritt war vorgesehen, dass die speziell für einzelne Gewerbe erlassenen Vorschriften auf ihre Notwendigkeit hin überprüft und soweit erforderlich an den Allgemeinen Teil angepasst werden. Der DIHT hat jedoch dieses Projekt jedenfalls in der Öffentlichkeit lange Zeit nicht offensiv weiterverfolgt. Stattdessen hat der für Weiterentwicklungen maßgebliche **Bund-Länder-Arbeitskreis Gewerberecht** unter Beteiligung des DIHT einen Reformentwurf erarbeitet. Nach mehrmaligen Beratungen waren die Teilnehmer jedoch über eingekommen, den umfassenden Reformvorschlag nicht aufzugreifen, sondern sich auf bestimmte Punkte zu beschränken⁴⁰. Ein sinnvolles Konzept eines einheitlichen, schlanken Gewerberechts enthielt das **Gewerbegesetz der DDR** v. 6.3.1990⁴¹. Diese Version hatte aber offensichtlich wegen seiner scheinbar belasteten ostdeutschen Herkunft – unbeschadet seiner Entstehung nach dem Mauerfall – keine reale Chance, in die Diskussion um die Gewerberechtsreform einzbezogen zu werden.

Das Scheitern liegt an den Rahmenbedingungen, die hier nur stichwortartig erwähnt werden sollen. Das Interesse an der Gewerbeordnung und ihrer grundlegenden Weiterentwicklung tendiert gegen Null. Zwar gilt das öffentliche Wirtschaftsrecht einschließlich der Gewerbeordnung als Referenzrahmen für andere Rechtsgebiete⁴². Gleichwohl kommen aus der Rechtswissenschaft kaum Impulse⁴³. Eher besteht Skepsis gegenüber einer großen Reform des Gewerberechts⁴⁴, weshalb eine differenzierende Auseinandersetzung mit der Zukunft der Gewerbeordnung unterbleibt. Die Kommentatoren beschränken sich auf Zustandsbeschreibungen sowie die Interpretation und schenken der Innovation keine Aufmerksamkeit. Die Lehrbuchliteratur konzentriert sich zunehmend auf die Wiedergabe der Grundzüge des Gewerberechts, denen immer weniger Platz eingeräumt wird⁴⁵, weil die Bedeutung des Gewerberechts für das Studium eher gering

³⁴ Stober, in: Graf/Paschke/Stober (Hg.), Gewerberecht im Umbruch, 2004, 175 ff.

³⁵ DIHK (Hg.), Gewerbeordnung 21, 2009.

³⁶ Thieme, ZRP 1970, 25 ff.; Jöly, Neuordnung des Gewerberechts; Rother, GewArch. 1974, 357 ff.; Dreier, NVwZ 1988, 1073; M. Benda, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 75 ff.

³⁷ Abgedruckt in: WiVerw. 1982, 189 ff.; M. Benda, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 80 ff.

³⁸ S. etwa Drittes Rechtsbereinigungsgesetz v. 28.6.1990, BGBl. I, S. 1221 und näher Stober, NJW 1992, 2128.

³⁹ Abgedruckt in: NVwZ 1991, 1063; s. dazu auch Sattler, GewArch. 1991, 417 ff.

⁴⁰ S. näher Fuchs/Demmer, GewArch. 1997, 60 ff.; Sprenger-Richter, in: Robinski, Gewerberecht, 2. Aufl., S. 6 f.

⁴¹ GBl. der DDR I, S. 219 = DDR-Sartorius Nr. 200; s. auch GewArch. 1990, 88 ff. und 206 ff.

⁴² Fehling, JZ 2016, 540.

⁴³ S. aber Eisenmenger, GewArch. 2018, 181 ff.; Kluth/Korte (Hg.), 150 Jahre Gewerbeordnung, 2020.

⁴⁴ Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung Kommentar, 9. Aufl., Einleitung Rn. 12.

⁴⁵ Exemplarisch Huber/Unger, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, 694–711.

eingeschätzt wird. Diese Beurteilung deckt sich mit der Anwaltausbildung zum Thema Verwaltungsrecht, die das Gewerberecht nur unter der Rubrik „Wahlfach“ aufführt. Zusammenfassend kann man bei diesem medialen Befund nur von einer Degradierung und systematischen Schwächung des Gewerberechts in Studium und Ausbildung sprechen.

- 23d** Vom Gesetzgeber sind kaum Entwicklungsimpulse zu erwarten. Er ist intensiv mit der Integration des herausfordernden und komplizierten Binnenmarktrechts und mit der legislativen Reaktion auf aktuelle Bedarfe beschäftigt, wie man an den zahlreichen kleinteiligen Änderungen der Gewerbeordnung erkennen kann. Der für die Gewerbetreibenden in erster Linie zuständige Spitzenverband DIHK hat trotz seines verantwortungsvollen gewerbepolitischen Mandats (§ 10a Abs. 1 und Abs. 2 IHKG) gegenwärtig offensichtlich nicht die aus der demokratisch legitimierten gewerblichen Selbstverwaltung gespeiste Kraft, eine Reform wirksam auf den Weg zu bringen. Die Verwaltungspraxis ist – wie man den regelmäßigen Berichten des Bund-Länder-Ausschusses Gewerberecht im Gewerbearchiv entnehmen kann – mit der permanenten Umsetzung und der korrekten Anwendung und Auslegung von Gesetzesänderungen völlig ausgelastet. Die richterliche Spruchpraxis kann trotz ihres Auftrags zur Fortentwicklung des Rechts nur begrenzt zur Reform des Gewerberechts beitragen. Die politischen Parteien wiederum sind hauptsächlich mit dem Tagesgeschäft, der Aushandlung von Kompromissen, der Suche nach Mehrheiten und der Durchsetzung von Partikularinteressen befasst, weshalb das Gewerberecht in Koalitionsvereinbarungen keine Rolle spielt.
- 24** Diese Ausgangslage bedeutet zusammengenommen, dass das Gewerberecht nur stückweise modernisiert und insbesondere durch die Streichung überholter sowie die Aufnahme neuer Tatbestände und die Verfeinerung des Instrumentariums an die ökonomische, technologische und soziale Realität angepasst wurde⁴⁶. Die **Gewerberechtsnovelle 1998**, die den neuen Typ des Überwachungsgewerbes einführte (§§ 29 und 38 GewO), ist ein typischer Beleg für diesen methodischen Weg.
- 25** Auch das im Jahre 2002 erlassene „**Dritte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften**“⁴⁷ konzentriert sich auf den ersten Blick auf marginale Bereinigungen und die Aufhebung einzelner Bestimmungen sowie Gewerbeflchten. Gleichzeitig fügt diese Novelle mit der Aufnahme **arbeitsrechtlicher Grundsatznormen** (Vertragsfreiheit, Weisungsrecht, Arbeitsentgelt – § 6 Abs. 2 und §§ 105 ff. GewO) gewerbefremde Elemente in die Gewerbeordnung ein, die in jüngerer Zeit noch erweitert wurden (§ 111 GewO – Pflichtfortbildung für Arbeitnehmer). Diese Ersatzfunktion für ein fehlendes **Arbeitsgesetzbuch** ist auch deshalb systemfremd und widersprüchlich, weil der Gesetzgeber zutreffend erst vor wenigen Jahren arbeitsschutzrechtliche Regelungen aus der Gewerbeordnung herausgenommen hat⁴⁸ und die neuen Bestimmungen nicht nur für gewerbliche, sondern für alle Arbeitnehmer gelten (z. B. auch für in der Urproduktion oder in Freien Berufen Beschäftigte), obwohl der personale und sachliche Anwendungsbereich der Gewerbeordnung begrenzt ist (s. u. Rn. 47ff.)⁴⁹. Diese spezielle Situation trifft ebenfalls für § 6 Abs. 1a GewO zu, der auch Angehörige der **Freien Berufe** verpflichtet, den verbraucherschutzorientierten Informationsanliegen des § 6c GewO Rechnung zu tragen⁵⁰.

⁴⁶ Ebenso Kempen, NVwZ 1999, 361 ff.; M. Benda, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 67; skeptisch ferner Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pündter (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, 3. Aufl. 2012, § 18.

⁴⁷ G. v. 24.8.2002, BGBl. I, S. 3412; BT-Ds. 14/8796; Schönleiter/Viethen, GewArch. 2003, 129 ff.

⁴⁸ S. W.B. Schünemann, in: Graf/Paschke/Stober (Hg.), Gewerberecht im Umbruch, 2004, S. 217 ff.

⁴⁹ Schönleiter/Viethen, GewArch. 2003, 129 f.

⁵⁰ S. auch Glückert, GewArch. 2010, 195 f.