

# G. Gewerberechtliche Grundlagen

## § 45 Grundlagen des Gewerbeordnungs- und Anlagenrechts

### I. Zur Einordnung des Gewerberechts

Während das **Allgemeine Wirtschaftsverwaltungsrecht** die für alle Wirtschaftszweige und für jede staatliche Beeinflussung maßgeblichen Normen und Grundsätze behandelt, befasst sich das **Besondere Wirtschaftsverwaltungsrecht** mit der rechtlichen Ordnung einzelner Wirtschaftszweige und mit bestimmten Teilbereichen der Wirtschaftssteuerung (s. *Bd. I § 2 V*). Mangels einer **Kodifikation des Gewerberechts** und anderer wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Ausprägungen, aufgrund historisch gewachsener und sachlich bedingter Sonderregeln sowie wegen der dynamischen Entwicklung entzieht sich diese Materie weitgehend einer klaren Systematisierung (s. *Bd. I § 2 IV*). Deshalb werden im Schrifttum unterschiedliche Konzepte vertreten, die hier im Einzelnen nicht diskutiert werden können. Hinzu treten zahlreiche Überschneidungen mit umweltrechtlichen Materien, die sich einer klaren Abgrenzung entziehen (s. *Bd. I § 2 II*). Man denke nur an das Immissionsschutzrecht, das Kreislaufwirtschaftsrecht sowie das Gentechnikrecht.

Die Vielfalt wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erscheinungsformen kann nicht erschöpfend dargestellt werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf ausgewählte Sachmaterien, die juristisch, ökonomisch, ökologisch, technologisch und rechtspraktisch 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 Wirtschaftsverwaltungsrechts 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 § 15 I*) und grundlegend in der **Gewerbeordnung** geregelt (s. zu *Ausnahmen § 45 III 5*). Sie wurde im Jahre 1869 vom Norddeutschen Bund erlassen<sup>1</sup> und gilt nach zahlreichen grundlegenden Novellierungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999<sup>2</sup>. Die Gewerbeordnung zählt damit zu den ältesten noch geltenden öffentlich-rechtlichen Gesetzen. Einerseits ist das hohe Alter der Gewerbeordnung zwar ein Beleg für die Beständigkeit der in ihr verankerten Grundgedanken. Andererseits bereitet die Auslegung gewerberechtlicher Bestimmungen dem Rechtsanwender Schwierigkeiten, weil ein einheitlicher juristischer Sprachgebrauch fehlt. Das hängt damit zusammen, dass die Gewerbeordnung ständig dem Wandel der Wirtschaft, den Anforderungen des EU-Binnenmarktes und dem Fortschreiten der Technik nur im Detail und nicht insgesamt angepasst wurde.

Im Unterschied zur **Ursprungsfassung**, die auf eine **Kodifikation** des Wirtschaftsverwaltungsrechts angelegt war, regelt die nunmehr geltende Gewerbeordnung das Ge-

1 Vgl. hierzu *Stober*, Quellen, Nr. 38.

2 BGBl. I, S. 202 mit Änderungen.

werberecht nicht mehr umfassend. Sie wurde vielmehr Opfer einer **Spezialisierung**<sup>3</sup> und Ausdifferenzierung wirtschaftsverwaltungsaaffiner Rechtsbereiche. Betrachtet man das Inhaltsverzeichnis, dann kann man unschwer erkennen, dass viele Bestimmungen inzwischen weggefallen sind. Mehrere Gewerbezweige sowie bestimmte Aspekte mit ökologischem, technischem und arbeitsschutzrechtlichem Gepräge wurden aus dem Gesetz herausgenommen und spezialgesetzlich normiert. Das geschah teilweise aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung und Transparenz<sup>4</sup> sowie zur Stärkung der Landeskompakten für folgende Gebiete:

- Gaststättenrecht (§ 33 GewO),
- Handwerksrecht (§§ 81 ff. GewO),
- Immissionsschutzrecht (§§ 16 ff. GewO und § 67 BImSchG),
- Produktsicherheitsrecht (§§ 24 ff. GewO),
- Arbeitszeitrecht (§§ 105a–105j GewO),
- Spielhallenrecht,
- Messe- und Ausstellungsrecht.

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

**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.

## 2. Die Gewerbeordnung als Grundgesetz des Gewerberechts

Unbeschadet des eben beschriebenen Verlustes an materieller Regelungssubstanz darf man die Gewerbeordnung wohl heute noch als das „**Grundgesetz**“ des Gewerberechts bezeichnen<sup>5</sup>. Teilweise verweisen gewerberechtliche Sonder- oder Nebengesetze ergänzend auf die Vorschriften der Gewerbeordnung.

**Beispiele:** § 31 BGastG, § 1 HwO.

Teilweise werden Bestimmungen der Gewerbeordnung – wie etwa § 15 Abs. 2 GewO – analog herangezogen. Ferner enthält die Gewerbeordnung für das gesamte Gewerberecht oder bestimmte Sektoren geltende **spezielle Verfahrensvorschriften** (Gewerbeanzeigeverfahren, Gewerbeuntersagungsverfahren, Datenschutzverfahren, Gewerbezentralregisterverfahren, Verfahren über eine einheitliche Stelle, Vermittlerregisterverfahren, Genehmigungsfiktion, Elektronische Verfahren). Deshalb kann man sagen, dass die Gewerbeordnung das an verfahrensrechtlichen Normierungen dazugewonnen hat, was sie an materiellem Regelungsgehalt verloren hat.

## 3. Unionsrechtliche Grundlagen des Gewerberechts

**a) Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs freiheit.** Das nationale Gewerberecht hat wegen des Anwendungsvorranges des Unionsrechts (*s. o. Bd. I § 2 VII und § 9 III*) die Vorgaben des **Europäischen Binnenmarktrechts** zu beachten. So können sich alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger auf die **Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs freiheit** (Art. 49 ff. AEUV) sowie auf die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** (Art. 45 AEUV) berufen. Während die Niederlassungsfreiheit das Recht

3 S. auch *Knauff*, DVBl. 2011, 727, 729.

4 S. BT-Ds. 12/2693; s. zu dieser Entwicklung *Stober*, DÖV 1995, 125 ff.; *M. Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 56 ff.

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

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 Wirtschaftsverwaltungsrechts<sup>6</sup>. Um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeit zu erleichtern, existieren zwei Rahmenrichtlinien: die Berufsanerkennungsrichtlinie und die Dienstleistungsrichtlinie<sup>7</sup>.

**b) Die Berufsanerkennungsrichtlinie.** Die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen fasst auf der Grundlage von Art. 53 und 62 AEUV die früheren Generalrichtlinien zur gegenseitigen Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstiger Befähigungsnachweise im Interesse einer Rechtsvereinheitlichung in einer Rechtsquelle zusammen. Sie gilt für reglementierte Berufe, also für Tätigkeiten, deren Aufnahme und Ausübung an bestimmte Berufsqualifikationen gebunden ist (Art. 3 Abs. 1 lit. a BQRL). Dazu wurde § 11b GewO erlassen, die 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 Ausübung in einem anderen Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen wie für Inländer (**Anerkennungsprinzip** – Art. 4 BQRL i. V. m. § 9 HwO)<sup>8</sup>. Gleichzeitig behalten die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, das Mindestniveau der notwendigen Qualifikation festzusetzen, die Leistungsqualität zu sichern und bestimmte Erfordernisse vorzuschreiben (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). 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). 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 wurden<sup>9</sup>. 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 Dienstleistungsbinnenmarkt hat daneben eine weitere verwaltungsorganisatorische Konsequenz, die in Art. 6 BQRL ihren Niederschlag gefunden hat. Danach

6 Eisenmenger, NVwZ 2010, 337 ff.

7 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.

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

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

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. 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 2.10.2013<sup>10</sup> 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 (s. Weiteres zur Berufsanerkennungsrichtlinie wie etwa zum Berufsausweis auch unter § 46 II 2).

**d) Die Dienstleistungsrichtlinie.** Während die Berufsanerkennungsrichtlinie auf reglementierte Berufe anwendbar ist, schafft die Richtlinie 2006/123/EG über **Dienstleistungen 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 um einen selektiven Ansatz, 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 (Berufshaftpflichtversicherung, kommerzielle Kommunikation, multidisziplinäre Tätigkeiten).

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.

Diese Befreiungen, die in § 4 Abs. 1 GewO konkretisiert werden<sup>11</sup>, beziehen sich nur auf Dienstleistungserbringer, die keine zusätzliche Niederlassung im Inland haben.

**Beispiel:** Befreiung von Genehmigungs- und Anzeigepflichten.

Liegt eine Niederlassung vor, dann findet das deutsche Gewerberecht Anwendung. Die Differenzierung beruht auf der Überlegung, dass sich der Niederlassungswillige dauerhaft und freiwillig in die Obhut einer anderen Rechtsordnung begibt (§ 4 Abs. 3 GewO) und deshalb intensivere Beschränkungen hinnehmen kann als ein Dienstleistungserbringer, der nur vorübergehend grenzüberschreitend tätig ist<sup>12</sup>. Ferner ist zu beachten, dass die Dienstleistungsrichtlinie nicht für alle gewerblichen Tätigkeiten gilt. So ist das Sicherheitsgewerbe ausdrücklich ausgenommen, das nunmehr in der Gewerbeordnung eine Sonderstellung einnimmt, weil die Dienstleistungsrichtlinie nach politischen Vorgaben 1:1 umgesetzt werden sollte.

10 Kom (2013) 676 final.

11 Mann, GewArch. 2010, 93 ff.

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

e) **Diskriminierungsverbot und Verwaltungszusammenarbeit.** Nach Art. 9 und 15 DRL 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 DRL),
- zwingende Gründe des Allgemeininteresses und
- Verhältnismäßigkeit der Regelung.

Vor diesem Hintergrund sind **Doppelprüfungen** grundsätzlich unzulässig (Art. 10 Abs. 3 DRL). Die DRL 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 DRL). 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. Im Gegensatz zu anderen Umsetzungsvorschriften, hält sich § 6b GewO nicht an die 1:1 Umsetzung, weil etwa auch das Sicherheitsgewerbe einbezogen wird. Es ist zweifelhaft, ob der mit der neuen Rechtsfigur bezweckte Sinn erfüllt wird, weil diese Stellen keine Entscheidungsbefugnis besitzen und länderweise unterschiedliche Institutionen zuständig sind. Deshalb trägt dieses Organisationsmodell mangels des Charakters einer **One Stop Agency** eher zur Rechtsunsicherheit bei den Adressaten bei.

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 es durch den Systemwechsel zu Kontrolldefiziten kommt<sup>13</sup>.

f) **Mitgliedstaatliche Regelungsvorbehalte im Gewerberecht.** Einerseits belegen die erwähnten Bestimmungen die existenzielle Bedeutung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten für das nationale Gewerberecht. Andererseits entspricht die Gewerbeordnung den Binnenmarktanforderungen in hohem Maße. Denn sie basiert auf dem **Prinzip der Gewerbefreiheit** (s. u. § 45 VII), das auf unionsrechtlicher Ebene die Grundlage der dargelegten gewerberechtlichen Grundfreiheiten bildet. Deshalb spielen verbotene sog. **Inländerdiskriminierungen** im Gewerberecht kaum eine Rolle<sup>14</sup>. Hinzu treten spezifische mitgliedstaatliche Regelungsvorbehalte (s. etwa Art. 52 AEUV), die in Einzelfällen auf die **ordnungsrechtliche Ausgestaltung des Gewerberechts** (s. u. § 45 III 1) gestützt werden können. 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 § 9 IV 2). Bestehen Bedenken, ob eine nationale Regelung oder Auslegung unionskonform ist, kann ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV durchgeführt werden.

**Beispiele:** Vereinbarkeit der Prostitution mit der Dienstleistungsfreiheit<sup>15</sup>; Vereinbarkeit des Betriebs von Laserdroms mit der Dienstleistungsfreiheit<sup>16</sup>.

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

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

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

16 BVerwGE 115, 189 ff.

### III. Zur Reform des Gewerberechts

#### 1. Gescheiterte Reformversuche

Wegen der zahlreichen Sonderregelungen für einzelne Gewerbezweige ist das Gewerberecht inzwischen sehr zersplittert und unübersichtlich. Deshalb wird gelegentlich nach einer **Reform des Gewerberechts** gerufen. So hat der Bundesrat bereits im Jahre 1958 empfohlen, zur Vorbereitung der Neufassung der GewO eine Gewerberechtskommission einzusetzen<sup>17</sup>. Auch das Schrifttum hat sich intensiv mit der Neukodifikation des Gewerberechts befasst<sup>18</sup>. Im Jahre 1981 ist der damalige DIHT unter dem Titel „**Gewerberecht aus einem Guss**“ mit dem Entwurf eines Gewerbegesetzbuches an die Fachöffentlichkeit getreten<sup>19</sup>. Der Gesetzgeber hat jedoch lediglich mehrere **Rechtsbereinigungsgesetze** erlassen, die nur marginale Verbesserungen gebracht haben<sup>20</sup>. Im Jahre 1991 legte der DIHT unter dem Motto „**Mehr Recht durch weniger Gesetze**“ Vorschläge für einen neuen Titel I eines **Gewerbegesetzbuches** vor<sup>21</sup>, der als Allgemeiner Teil für alle Gebiete des Gewerberechts gültige Leitlinien aufstellt. Dieser Entwurf strebt eine Vereinheitlichung, Vereinfachung und Modernisierung der gewerblichen Begriffe und eine systematische Neugliederung des Gewerberechts an. Als zweiter Reformsschritt 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 weiter verfolgt. Stattdessen hat der für Weiterentwicklungen maßgebliche **Bund-Länder-Arbeitskreis Gewerberecht** unter Beteiligung des DIHT einen Reformentwurf erarbeitet. Nach mehrmaligen Beratungen waren die Teilnehmer jedoch übereingekommen, den umfassenden Reformvorschlag nicht aufzugreifen, sondern sich auf bestimmte Punkte zu beschränken<sup>22</sup>. Ein sinnvolles Konzept eines einheitlichen, schlanken Gewerberechts enthielt das **Gewerbegesetz der DDR** v. 6.3.1990<sup>23</sup>. Es hatte aber offensichtlich wegen seiner Herkunft keine Chance, in die Diskussion um die Gewerberechtsreform einbezogen zu werden.

Das bedeutet, dass das Gewerberecht nur stufenweise modernisiert und insbesondere durch die Streichung überholter sowie die Aufnahme neuer Tatbestände und die Verfeinerung des Instrumentariums an die ökonomische, technische und soziale Realität angepasst wird<sup>24</sup>. Die Gewerberechtsnovelle 1998, die einen neuen Typ des Überwachungsgewerbes eingeführt hat (§§ 29 und 38 GewO), ist ein typischer Beleg für diesen methodischen Weg.

Auch das im Jahre 2002 erlassene „**Dritte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften**“<sup>25</sup> konzentriert sich auf den ersten Blick auf marginale Bereinigungen und die Aufhebung einzelner Bestimmungen sowie Gewerbepflichten. Allerdings fügt diese Novelle mit der Aufnahme **arbeitsrechtlicher Grundsatznormen** (Vertragsfreiheit, Weisungsrecht, Arbeitsentgelt – § 6 Abs. 2 und

17 BT-Ds. 3/318, S. 44; s. auch *Thieme*, ZRP 1970, 25.

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

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

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

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

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

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

24 *Ebenso Kempen*, NVwZ 1999, 361 ff.; *M. Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 67; skeptisch ferner *Ehlers*, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger* (Hg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Band I, 2. Aufl. 2000, § 2A.

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

§§ 105 ff. GewO) gewerbefremde Elemente in die Gewerbeordnung ein. Diese Ersatzfunktion für ein fehlendes **Arbeitsgesetzbuch** ist auch deshalb kaum systemgerecht und widersprüchlich, weil der Gesetzgeber zutreffend erst vor wenigen Jahren arbeitszeitrechtliche Regelungen – wie dargelegt – aus der Gewerbeordnung herausgenommen hat<sup>26</sup> 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.* § 45 VI)<sup>27</sup>. Diese spezielle Situation trifft ebenfalls für § 6 Abs. 1a GewO zu, der auch Freiberufler verpflichtet, den verbraucherschutzorientierten Informationsanliegen des § 6c GewO Rechnung zu tragen<sup>28</sup>.

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob und inwieweit die technologisch geprägte **Internet- und Medienwirtschaft** neuen gewerberechtlichen Regelungsbedarf produziert (Internetversteigerung, Teledienste i. S. v. § 1 Abs. 1 TMG, Maklerleistungen via Internet)<sup>29</sup>. Einerseits befinden sich die Wirtschaftsbranchen der **New Economy** schon heute nicht in einem gewerbeordnungsfreien Raum. Andererseits ist die Rede davon, das Gewerberecht stoße an seine Grenzen<sup>30</sup> und es wird ein „**Internetgewerberecht**“ gefordert<sup>31</sup>. Mindestens kann es im Einzelfall aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geboten sein, punktuelle Anpassungen vorzunehmen. Nach diesem Befund halten sich die nahezu 300 Änderungen der Gewerbeordnung<sup>32</sup> in engen innovatorischen Grenzen. Sie beschränken sich zusammenfassend vornehmlich auf Bereinigungen, Detailanpassungen, Teilnovellen, Titelüberarbeitungen, Umsetzung von EU-Recht und die Herausnahme von Gewerbezweigen und Gewerbeanlagen.

## 2. Erprobungsklausel als Reformersatz?

Eine fortschrittliche Ausnahme ist die Einfügung einer **Erprobungsklausel** in § 13 GewO, die allerdings nur einen beschränkten Experimentierraum öffnet. Danach werden die Landesregierungen ermächtigt, zur Erprobung vereinfachender Maßnahmen, insbesondere zur Erleichterung von Existenzgründungen und Betriebsübernahmen, Ausnahmen von Berufsausübungsregelungen zuzulassen, soweit sich die Auswirkungen auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränken.

**Beispiel:** Anzeigeerstattung nach § 14 GewO bei der Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer statt bei der zuständigen Gewerbeordnungsbehörde.

## 3. Reform zwischen Deregulierung und Verrechtlichung

Da auch das wissenschaftliche Interesse am Gewerberecht und seiner Weiterentwicklung gegen Null tendiert<sup>33</sup>, stellt sich ganz allgemein die Frage, ob Gesetzgeber und Wirtschaft die Kraft für eine **Rekodifizierung des Gewerberechts** im Sinne einer Wiedereinsetzung der Gewerbeordnung in den ursprünglichen Stand finden. Einerseits fehlt es gegenwärtig an dem erforderlichen Novellierungsdruck. Denn die Verwaltungs- und Wirtschaftspraxis kommt scheinbar mit dem vorhandenen Regelungsinstrumentarium und Vorschriftengestrüpp aus. Und auch aus unionsrechtlicher Sicht besteht – wie dargelegt – angesichts des liberal gefassten und sich im Übrigen im

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

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

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

29 Heckmann und Schönleiter, in: Graf/Paschke/Stöber (Hg.), Das Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen des E-Commerce, 2002, 69 ff. und 81 ff.

30 Sprenger-Richter, in: Robinski, Gewerberecht, 2. Aufl., S. 8.

31 Heckmann, in: Graf/Paschke/Stöber (Hg.), Das Wirtschaftsrecht, a. a. O., S. 69 ff.

32 S. die Einzelnachweise bei Landmann/Robmer, GewO Bd. 1 Einl. Rn. 23.

33 Kritisch Peine, in: FS Rauschning, 2001, S. 669 ff.; s. aber zur Kodifikationsidee Kahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 67, 108; Eisenmenger/Nünke sowie Ernst/Geissen, NVwZ 2003, 1222 ff.; s. aber auch Knauff, DVBl. 2011, 727 ff.

Rahmen zulässiger Ausnahmekonstellationen bewegenden Gewerberechts<sup>34</sup> nur gelegentlicher rudimentärer Anpassungsbedarf<sup>35</sup>, um grenzüberschreitende **Binnenmarktfreiheiten** zu sichern (s. o. Bd. I § 9 und hier § 45 I 3). Außerdem hat der Bundesgesetzgeber im Zuge der **Föderalismusreform** (s. u. § 45 III 6) wichtige Gewerbesektoren an die Bundesländer abgegeben und damit die vorhandene Rechtszersplitterung zementiert.

Andererseits scheint sich in jüngster Zeit die Erkenntnis durchzusetzen, dass das gelgende Gewerberecht zu kompliziert, zu engmaschig und zu wirtschaftsfern normiert ist<sup>36</sup>. Gleichzeitig erlebt die Idee einer Vereinheitlichung und Vereinfachung von Rechtsgebieten im Sinne einer Deregulierung (s. o. Bd. I § 3 III 2) eine Renaissance, wie die gelungenen Kodifikationsbeispiele **Baugesetzbuch**, **Sozialgesetzbuch** und **Zollkodex** zeigen. Auch ein Blick nach Österreich<sup>37</sup> und nach Mitteleuropa<sup>38</sup> belegt, dass materielle Gewerberechtskodifikationen möglich sind.

Parallel zu dem Deregulierungstrend verfolgt eine gegenläufige Tendenz das Ziel, bestehende Gewerbezulassungsregelungen aufrechtzuerhalten bzw. zusätzliche Beschränkungen einzuführen. Die Motive sind unterschiedlich. Erfolg war diesen Bestrebungen lediglich im Versicherungsberufsrecht beschieden, weil die Bundesrepublik Unionrecht umsetzen musste (§ 11a sowie §§ 34d–34h GewO)<sup>39</sup>.

#### 4. Zur Zweckmäßigkeit eines Gewerbegesetzbuches

Unabhängig davon ist zweifelhaft, ob die Schaffung eines umfassenden **Gewerbegesetzbuches** zweckmäßig ist. Teilweise wird der Bedarf bejaht, weil das Gewerberecht einer Überprüfung normativer Besitzstände bedürfe und an die Entwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts rückangebunden werden müsse<sup>40</sup>. Vor einer allzu schnellen Aufgabe gewachsener gewerberechtlicher Grundsätze und vor einer zu intensiven Begrifflichkeit eines modernen Gewerberechts ist zu warnen. Tradition und Dynamik dieses Rechtsgebietes verlangen ein behutsames Vorgehen bei der Festlegung langfristig wirkender Strukturen. Es ist kaum zu erwarten, dass die großen Wirtschaftszweige, die inzwischen Spezialgesetze erhalten haben, das zum Teil mühsam Erreichte preisgeben. Man denke nur an das Handwerksrecht, das Regulierungsrecht<sup>41</sup> oder an das Güterkraftverkehrsrecht<sup>42</sup>. Die Kritiker weisen zu Recht auf die Vorbilder des Sozialgesetzbuches und des mittlerweile aufgegebenen Arbeitsgesetzbuches hin, sodass auch ein Gewerbegesetzbuch kaum über eine gut geordnete Gesetzessammlung mit einleitenden Grundsätzen hinauskommen dürfte (sog. **formale Kodifikation**). Es wird daran erinnert, dass Regelungen wie das Wirtschaftsüberwachungsrecht unmöglich die Distanz zu den Lebensvorgängen haben können, die ihrerseits Voraussetzung für die hohe Abstraktion und die Dauer sind, ohne die eine Kodifikation nicht zustande kommen oder keinen Bestand behalten könne. Außerdem fehle es an einer systematischen Aufarbeitung des Wirtschaftsverwaltungsrechts, die nicht Aufgabe des Gesetzgebers,

34 S. etwa EuGH, GewArch. 1999, 473 und 2000, 19.

35 S. auch Schulze-Fielitz, NVwZ 1993, 1156, 1162 ff.; Stober, in: Kobler/Heinze/Hromadka (Hg.), FS Söllner, 2000, S. 1125 ff.

36 Kempf, NVwZ 2000, 1115; Schönleiter/Viethen, GewArch. 2003, 129.

37 M. Benda, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 38 ff.; Peine, (o. Fn. 33), S. 669 ff.; Potacs, in: Holoubek/Potacs (Hg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 2002, S. 8 f.

38 S. etwa das tschechische und das kroatische Gewerbegegesetz sowie das polnische Gesetz über die Wirtschaftstätigkeit.

39 Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlamentes und Rates v. 9.12.2002 über Versicherungsvermittlung ABl. EG Br. L 9 v. 15.1.2003, S. 3 ff.

40 Kahl, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 67, 108 f.

41 Möstl, GewArch. 2011, 265 ff.

42 Knauff, DVBl. 2011, 727 ff.

sondern der Wissenschaft sei<sup>43</sup>. Ferner hat sich ein Großteil der außerhalb der Gewerbeordnung geregelten Gebiete zu Spezialmaterien entwickelt, die nur noch geringe Gemeinsamkeiten mit den anderen gewerblichen Vorschriften aufweisen und sich daher für eine Rückführung nicht eignen<sup>44</sup>. Man denke nur an das wirtschaftsrelevante **Umweltrecht** oder an das expandierende **Medienwirtschaftsrecht** (s. u. § 51) oder an das Regulierungsrecht. Aus dem Blickwinkel der **Wirtschaftsüberwachung** (s. o. Bd. I § 29) ist es fragwürdig, ob zahlreiche gewerberechtliche Nebengesetze bzw. Wirtschaftsverwaltungsgesetze mit infrastrukturellem, wirtschaftslenkendem und wirtschaftsförderndem Charakter unter dem Aspekt Gewerberecht zusammengefasst werden können. Man vergegenwärtige sich nur den Bereich des **Verkehrs- und Beförderungsrechts**<sup>45</sup>. Schließlich wird auch ein Gewerbegesetzbuch nicht auf eine Vielzahl von Verordnungen verzichten können, um die Flexibilität der Rechtsanwendung zu sichern<sup>46</sup>.

## 5. Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils als erste Reformstufe

Dementsprechend hat der damalige DIHT schon bei der Vorstellung seiner Leitsätze im Jahre 1981 eingeräumt, dass sich die angestrebte Gewerberechtsreform nicht auf einmal verwirklichen lasse. Sie müsse vielmehr in mehreren Abschnitten erfolgen<sup>47</sup>. An dieser Einschätzung hat sich nichts geändert<sup>48</sup>. Vor diesem rechtstatsächlichen, rechtspolitischen und juristischen Hintergrund kann es gegenwärtig nur Aufgabe sein, sich auf die **erste Reformstufe eines Allgemeinen Teils** zu konzentrieren, die eine ordnungspolitische Richtschnur für ein modernes, schlankes und effizientes Gewerberecht des 21. Jahrhunderts liefern kann. Konzeptionell muss dieser Entwurf die Vorstellungen des präventiven und kooperativen, des gewährleistenden und unionisierten, des verfahrensgeleiteten und verwaltungselektronisierten, des technisierten und ökologisierten, des verbraucherorientierten und ökonomisierten Staates aufgreifen. Hierzu wurde inzwischen ein Vorschlag unterbreitet, der von DIHK als rechtspolitische Forderung übernommen wurde<sup>49</sup> und im Jahre 2009 in einem DIHK-Gesetzesentwurf mit dem Titel „Gewerbeordnung 21“ einfloss. Ziel des Vorschlages ist es, einen Beitrag zum Bürokratieabbau und zur Modernisierung des Dienstleistungsrechts zu leisten, der nun der gesetzgeberischen Realisierung harrt.

## 6. Gewerbege setzung nach der Föderalismusreform

Nach Inkrafttreten der **Föderalismusreform**<sup>50</sup> hat der Bund aufgrund der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch Hinzufügung einer **Negativklausel** die Regelungszuständigkeit für die dort abschließend genannten Materien verloren<sup>51</sup>. Im Einzelnen handelt es sich um das Recht

- des Ladenschlusses,
- der Gaststätten,
- der Spielhallen,
- der Schaustellung von Personen,
- der Messen, der Ausstellungen und der Märkte.

43 Henke, DVBL 1983, 983 f.; Müller, WiVerw. 1982, 238.

44 Tagung des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“ am 16.10.1981; Sprenger-Richter, in: Robinski, Gewerberecht, 2. Aufl., S. 6 f.; M. Benda, Gewerberecht und Kodifikation, 1999, S. 98.

45 Ebenso wohl Müller, WiVerw. 1982, 228.

46 S. ferner Joly, GewArch. 1975, 73.

47 DIHT (Hg.), Gewerberecht aus einem Guss, WiVerw. 1982, 190.

48 S. auch Sprenger-Richter, in: Robinski, Gewerberecht, 2. Aufl., S. 6 f.

49 Rechtspolitische Forderungen der IHK-Organisation 2005/2006, S. 9.

50 G. v. 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034.

51 S. näher Rengeling, DVBL 2006, 1537, 1540; Schönleiter, GewArch. 2006, 371 ff.; Häde, JZ 2006, 930 ff.; Höfling/Rixen, GewArch. 2008, 1 ff.

Die Bundesländer haben bislang vornehmlich von dem Gesetzgebungsrecht im Bereich des Ladenschlussrechts Gebrauch gemacht (s. u. § 50), weil dort offensichtlich ein erheblicher Liberalisierungsbedarf bestand und die Gesetzgebung relativ übersichtlich ist. Ferner sind inzwischen mehrere Spielhallen- und Gaststättengesetze in Kraft getreten<sup>52</sup>. Im Übrigen gilt das einschlägige Gewerberecht nach Art. 125a Abs. 1 GG als Bundesrecht fort.

Der Übergang gewerberechtlicher Kompetenzen auf die Bundesländer ist zweischneidig. Einerseits stärkt die Reform die Länderzuständigkeiten auf dem Sektor des Ordnungsrechts. Andererseits wird eine nach bundeseinheitlichen Maßstäben notwendige einheitliche Wirtschaftsüberwachung erschwert. Die Aufteilung bringt auch Nachteile für überregional agierende Gewerbebetriebe, die nach einheitlichen Standards und Konditionen arbeiten.

#### IV. Gewerberecht als Sonderordnungs- und Wirtschaftsüberwachungsrecht

Das Gewerberecht verfolgt – abgesehen von der Konstituierung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit – primär **ordnungs- bzw. polizeirechtliche Ziele**. Wie ein roter Faden zieht sich durch die einschlägigen Gesetze der Gedanke, die Allgemeinheit und bestimmte Personengruppen vor von dem Gewerbebetrieb selbst ausgehenden Gefahren und vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden zu schützen (s. etwa § 56 Abs. 2 und § 71a GewO). Deshalb kann man das Gewerberecht weithin als **Sonderordnungsrecht** bezeichnen<sup>53</sup>, das insbesondere der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit dient. Diese Kennzeichnung entspricht sowohl der historischen Entwicklung als auch der modernen Zuordnung des Gewerberechts zum Aufgabenbereich der **Wirtschaftsüberwachung**<sup>54</sup> (s. o. Bd. I § 29). Der Gesetzgeber trägt diesem Anliegen dadurch Rechnung, dass er Zulassungs- und Ausführungsregeln sowie Verbote und Gebote aufrichtet, die dem allgemeinen landesrechtlichen Ordnungsrecht vorgehen. Es greift nur dann ein, wenn Lücken bestehen<sup>55</sup> (s. o. Bd. I § 2 VI).

Aus **unionsrechtlicher Perspektive** fällt das Gewerberecht – wie dargelegt – zwar unter diverse mitgliedstaatliche Vorbehaltsklauseln der EU-Verträge. Es ist aber unklar, ob und inwieweit sie aus Gründen der **öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der Sittlichkeit und zum Schutze von Leben und Gesundheit** Ausnahmen von den Verkehrsfreiheiten gestatten. Hingegen wirkt das EU-Recht insbesondere durch das **Verbraucherschutzrecht** auf das deutsche Gewerberecht ein<sup>56</sup>.

Daneben verfolgen gewerberechtliche Bestimmungen teilweise **wirtschaftslenkende** (z. B. § 13 Abs. 4 PBefG) und **ökologische Ziele** (z. B. Immissionsschutzrecht – § 29b LuftVG, § 5 Abs. 1 Nr. 3 BGastG). Davon ist das **Gewerbeförderungsrecht** zu unterscheiden. Es wird grundsätzlich nicht im Gewerberecht angesprochen, sondern ist in unterschiedlichen Regelungskomplexen normiert (z. B. Mittelstandsförderungsgesetze, Förderprogramme – s. o. Bd. I § 31 und u. §§ 57 f.). Das Gewerberecht dient wegen der Geltung des Grundsatzes der **Gewerbefreiheit** grundsätzlich nicht dem **Konkurrenzschutz** (s. o. Bd. I § 21 II 5).

52 S. dazu *Lehmann*, NVwZ, 2009, 84 ff.

53 Vgl. BVerfGE 41, 344, 355; BVerwG, GewArch. 1976, 293; BVerwG, NJW 1983, 546; BVerwG, GewArch. 1993, 196 f.; Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., S. 9.

54 S. Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992; *Sprenger-Richter*, in: Robinski, Gewerberecht, 2. Aufl., S. 1.

55 OVG Münster, DÖV 1997, 1055.

56 EuGH, JZ 1999, 377; H. Roth, JZ 1999, 529 ff.; ebenso *Sprenger-Richter*, in: Robinski, Gewerberecht, S. 2.