

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. 50 ff.*). 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 Rn. 40 ff.*). Man denke nur an das Immissionsschutzrecht, das Kreislaufwirtschaftsrecht sowie das Gentechnikrecht. **1**

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. **2**

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. 300 ff.*). Es ist grundlegend in der **Gewerbeordnung** geregelt (s. *zu Ausnahmen Rn. 35 ff.*), die mit Wirkung vom 1.10.1869 vom Norddeutschen Bund erlassen¹ wurde und nach zahlreichen Novellierungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999² gilt. Die Gewerbeordnung zählt damit zu den ältesten wirksamen öffentlich-rechtlichen Gesetzen. Einerseits ist die über 150-jährige Existenz der Gewerbeordnung ein überzeugender Beleg für die Beständigkeit der nach wie vor in ihr 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. 23 ff.*). **3**

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

² BGBl. I, S. 202 mit Änderungen.

- 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 **Spezialisierung**³ und Ausdifferenzierung gewerbeaffiner Rechtsbereiche. Betrachtet man das **Inhaltsverzeichnis**, dann kann man unschwer erkennen, dass mehrere Titel (Taxen, Meistertitel, Gewerbliche Hilfskassen, Statuarische Bestimmungen) und Vorschriftenkomplexe (Aufhebung von Rechten, Anlagenrecht) inzwischen weggefallen, aber immer noch in der Gliederung enthalten sind. Mehrere Gewerbebezweige sowie bestimmte Aspekte mit ökologischem, technischem und arbeitsschutzrechtlichem Gepräge wurden aus dem Gesetz herausgenommen und sondergesetzlich normiert. Das geschah teilweise aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung und Transparenz⁴ 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.).
- 5 Unabhängig davon bestehen zahlreiche **spezielle Gewerbeetze**, 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. 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 noch als das „**Grundgesetz**“ des Gewerberechts bezeichnen⁵. Dafür gibt es mehrere Gründe. Teilweise verweisen gewerberechtliche Sonder- oder Nebengesetze ergänzend auf die Vorschriften der Gewerbeordnung.

Beispiele: § 31 BGastG, § 1 HwO.

- 7 Teilweise werden Bestimmungen der Gewerbeordnung unmittelbar oder analog herangezogen.

Beispiele: § 6a 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.

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.; *R. Schröder*, in: Schulte/Kloos (Hg.), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 6 I; ähnlich *Huber/Unger*, in: Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 694.

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.

Deshalb kann man sagen, dass die Gewerbeordnung an verfahrensrechtlichen Normierungen dazugewonnen hat, was sie an materiellem Regelungsgehalt verloren hat. Allerdings sind die einschlägigen Bestimmungen nicht gebündelt, sondern an verschiedenen Stellen in der Gewerbeordnung zu finden. 9

3. Unionsrechtliche Grundlagen des Gewerberechts

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** 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 Wirtschaftsrechts⁶. Um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeit zu erleichtern, existieren die jeweils als Rahmenrichtlinie ausgestaltete Berufsanerkennungsrichtlinie und die Dienstleistungsrichtlinie⁷. 10

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 – wie etwa die Ablegung einer Sachkundeprüfung – gebunden ist (Art. 3 Abs. 1 lit. a BQRL). Dazu wurde § 11b 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 Ausübung in einem anderen Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen wie für Inländer (**Anerkennungsprinzip** – Art. 4 BQRL i. V. m. § 9 HwO)⁸. 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). 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). 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 11

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.

- wenn der Dienstleister denselben Beruf mindestens zwei Jahre während der letzten zehn Jahre im Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat, sofern der Beruf nicht reglementiert ist.
- 12** Die Berufsanerkenntnisrichtlinie befreit nicht von der **Anzeigepflicht**, wenn Dienstleistungstätigkeiten in einem anderen Mitgliedsstaat ausgeübt werden (§ 13a GewO), die mit Inkrafttreten der Richtlinie kodifiziert wurden⁹. 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.
- 13** 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 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).
- 14** Da die Europäische Kommission offensichtlich mit der Umsetzung der Berufsanerkenntnisrichtlinie nicht zufrieden ist, hat sie in einer Mitteilung vom 2.10.2013¹⁰ 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.
- 15** d) **Die Dienstleistungsrichtlinie.** Während die Berufsanerkenntnisrichtlinie 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 Berufsanerkenntnisrichtlinie, weil sie zu Aspekten Stellung nimmt, die nicht Gegenstand der Berufsanerkenntnisrichtlinie sind (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,

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.

¹⁰ Kom (2013) 676 final.

- Erfordernis einer Genehmigung,
- Erfordernis der Eintragung in ein Register oder einer Mitgliedschaft.

Diese Befreiungen, die in § 4 Abs. 1 GewO konkretisiert werden¹¹, beziehen sich nur auf Dienstleistungserbringer, die keine zusätzliche Niederlassung im Inland haben. 17

Beispiel: Befreiung von Genehmigungs- und Anzeigepflichten.

Liegt eine **Niederlassung** (s. die Legaldefinition in § 4 Abs. 3 GewO) 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 und deshalb intensivere Beschränkungen hinnehmen kann als ein Dienstleistungserbringer, der nur vorübergehend grenzüberschreitend tätig ist¹². 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. 18

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: 19

- 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 Entscheidungsbefugnis 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. 20

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 kommt¹³. 21

f) **Mitgliedstaatliche Regelungsvorbehalte im Gewerberecht.** Einerseits belegen die erwähnten Bestimmungen die elementare Bedeutung der unionsrechtlichen Grundfrei- 22

11 *Mann*, GewArch. 2010, 93 ff.

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

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

heiten 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 Rolle¹⁴. Hinzu treten spezifische mitgliedstaatliche Regelungsvorbehalte (s. etwa Art. 52 AEUV), die in Einzelfällen auf die **ordnungsrechtliche Ausgestaltung des Gewerberechts** (s. u. Rn. 101 ff.) gestützt werden können¹⁵. 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. 187 ff.). Bestehen Bedenken, ob eine nationale Regelung oder Auslegung unionskonform ist, kann ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV durchgeführt werden.

Beispiele: Vereinbarkeit der Prostitution¹⁶ und des Betriebs von Laserdroms mit der Dienstleistungsfreiheit¹⁷.

III. Zur Reform des Gewerberechts

1. Gescheiterte Reformversuche

- 23** Wegen der zahlreichen Sonderregelungen für einzelne Gewerbebezüge ist das Gewerberecht inzwischen sehr zersplittert und unübersichtlich¹⁸. 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 einzusetzen¹⁹. Auch das Schrifttum hat sich intensiv mit der Neukodifikation des Gewerberechts befasst²⁰. Im Jahre 1981 ist der damalige DIHT unter dem Titel „**Gewerberecht aus einem Guss**“ mit dem Entwurf eines GewerbeGesetzbuches an die Fachöffentlichkeit getreten²¹. Der Gesetzgeber hat jedoch lediglich mehrere **Rechtsbereinigungsgesetze** erlassen, die nur marginale Verbesserungen gebracht haben²². Im Jahre 1991 legte der DIHT unter dem Motto „**Mehr Recht durch weniger Gesetze**“ Vorschläge für einen neuen Titel I eines **GewerbeGesetzbuches** vor²³, 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 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 weiter verfolgt. Stattdessen hat der für Weiterentwicklungen maßgebliche **Bund-Länder-Arbeitskreis Gewerberecht** unter Be-

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

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

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

17 BVerwGE 115, 189 ff.

18 Siehe zuletzt *Eisenmenger*, GewArch 2018, 181 ff.

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

20 *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.

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

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

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

teilung des DIHT einen Reformentwurf erarbeitet. Nach mehrmaligen Beratungen waren die Teilnehmer jedoch übereingekommen, den umfassenden Reformvorschlag nicht aufzugreifen, sondern sich auf bestimmte Punkte zu beschränken²⁴. Ein sinnvolles Konzept eines einheitlichen, schlanken Gewerberechts enthielt das **Gewerbegesetz der DDR** v. 6.3.1990²⁵. Es hatte aber offensichtlich wegen seiner scheinbar belasteten ostdeutschen Herkunft unbeschadet seiner Entstehung nach dem Mauerfall keine reale Chance, in die Diskussion um die Gewerberechtsreform einbezogen zu werden.

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, technische und soziale Realität angepasst wurde²⁶. Die **Gewerberechtsnovelle 1998**, die den neuen Typ des Überwachungsgewerbes einführt (§§ 29 und 38 GewO), ist ein typischer Beleg für diesen methodischen Weg. **24**

Auch das im Jahre 2002 erlassene „**Dritte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften**“²⁷ 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 §§ 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 arbeitsschutzrechtliche Regelungen aus der Gewerbeordnung herausgenommen hat²⁸ 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. 47 ff.*)²⁹. Diese spezielle Situation trifft ebenfalls für § 6 Abs. 1a GewO zu, der auch Angehörige der **Freien Berufe** verpflichtet, den verbraucherorientierten Informationsanliegen des § 6c GewO Rechnung zu tragen³⁰. **25**

2. Regelungsbedarf für neue gewerbliche Geschäftsmodelle?

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob und inwieweit die technologisch und elektronisch geprägte **Internet- und Medienwirtschaft** mit zahlreichen innovativen Geschäftschancen neuen gewerberechtlichen Regelungsbedarf produziert. **26**

Beispiele: Internetversteigerung, Teledienste i. S. v. § 1 Abs. 1 TMG, Maklerleistungen via Internet, Gewerblicher Transport mit Drohnen, Erscheinungsformen der Sharing Economy wie etwa die Vermittlung von Mitfahrgelegenheiten³¹.

Einerseits gelten für Internetdienste und digital erbrachte Leistungen im Interesse der Verwirklichung eines wirksamen EU-Binnenmarktes größte ökonomische Freiheiten. **27**

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

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

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

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

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

29 *Schönleiter/Viethen*, GewArch. 2003, 129 f.

30 S. auch *Glückert*, GewArch. 2010, 195 f.

31 *Heckmann* und *Schönleiter*, in: Graf/Paschke/Stober (Hg.), Das Wirtschaftsrecht vor den Herausforderungen des E-Commerce, 2002, 69 ff. und 81 ff.; *Giemulla/Schyndel/Friedl*, Gewerblicher und privater Einsatz von Drohnen, 2018; *Brahms/Maslaton*, NVwZ 2016, 1125 ff.; *Stellpflug/Hilbert*, NVwZ 2017, 1490 ff.; *Ingold*, DÖV 2016, 595 ff.; *Ludwigs*, NVwZ 2017, 1646 ff.; *M. Kilian*, NJW 2017, 3043, 3048.

Andererseits befinden sich die Wirtschaftsbranchen der **New Economy** schon heute nicht in einem gewerbeordnungsfreien Raum. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob das Gewerberecht an seine Grenzen stößt³² und tatsächlich ein „**Internetgewerberecht**“ erforderlich ist³³. Zwar kann es im Einzelfall aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit geboten sein, punktuelle Anpassungen vorzunehmen. Das gilt vornehmlich für die Sammlung und Verwendung von Nutzerdaten, die jedoch ausführlich bereits in der Datenschutzgrundverordnung normiert ist. Keine zusätzlichen Vorschriften sind jedenfalls notwendig, soweit die neue gewerbliche Tätigkeit von einer **Niederlassung** i. S. v. § 4 Abs. 3 GewO aus erfolgt. Denn das stationäre Gewerbe erfasst seit jeher wirtschaftliche Aktivitäten, die sich außerhalb von Ladenlokalen und Geschäftsstellen abspielen. Insofern eröffnet das Internet lediglich einen zusätzlichen Vertriebskanal, der zur Kategorie der **Ausstrahlung des stehenden Gewerbes** gerechnet wird und für den zahlreiche zivilrechtliche Verbraucherschutzbestimmungen Anwendung finden. Im Übrigen zeigt die Praxis, dass Schrifttum und Rechtsprechung durchaus in der Lage sind, die neuen Geschäftsmodelle unter das geltende Öffentliche Wirtschaftsrecht zu subsumieren. Das gilt auch für **digital organisierte Portale und Plattformen**, die Vermittlerdienste und weitere Leistungen gegen Entgelt anbieten³⁴.

Beispiele: Bei dem Mitfahrvermittlerdienst Uber war umstritten, ob es sich um einen Verkehrsdienstleister (Geltung des nationalen Personenbeförderungsrechts) oder lediglich um einen Internetanbieter handelt. Bei Essenslieferdiensten, Putzkräfteportalen oder Start-Up Careship ist offen, ob nur eine Vermittlung zwischen Kunden und Dienstleister vorliegt oder ob die Vermittler gleichzeitig als Gewerbetreibende einzuordnen sind. Hinsichtlich der Dienste der Firma Uber, die gegen Entgelt eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern, die das eigene Fahrzeug benutzen und Personen herstellt, die Fahrten unternehmen möchten, sind die Vermittlerdienste nach Ansicht des EuGH³⁵ untrennbar mit der Verkehrsdienstleistung verbunden. Zur Begründung führt der EuGH aus, Uber vermittele nicht nur über eine Smartphone-Anwendung, sondern biete Fahrten über seine Software selbst an. Fahrer und Passagier bräuchten beide zwingend die App. Folglich dürften die Mitgliedstaaten der EU die Vermittlerdienste regulieren.

- 28** Nach diesem Befund halten sich die zahllosen Änderungen der Gewerbeordnung³⁶ in engen innovatorischen Grenzen. Sie beschränken sich zusammenfassend vornehmlich auf Bereinigungen, Detailanpassungen, Ergänzungen, Teilnovellen, Titelüberarbeitungen, Umsetzung von EU-Recht und die Herausnahme von Gewerbezeigen und Gewerbeanlagen sowie die additive Fortschreibung aktuell aufgetretener Regelungserfordernisse. Immerhin haben die zahlreichen Legislativakte zu einer bruchstückhaften Modernisierung der Gewerbeordnung geführt, die den ordnungsrechtlichen Fortschritt auf diesem Rechtsgebiet abbildet.

3. Erprobungsklausel als Reformersatz?

- 29** Diese Beurteilung gilt auch für 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.

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

33 *Heckmann*, in: Graf/Paschke/Stober (Hg.), Das Wirtschaftsrecht, a. a. O., S. 69 ff.

34 *Ingold*, DÖV 2016, 595 ff.

35 EuGH GewArch 2018, 105 ff.; siehe auch *Ingold*, NJW 2014, 3334 ff.; *ders.*, DÖV 2016, 595 ff.

36 S. die Einzelnachweise bei *Landmann/Rohmer*, GewO Bd. 1 Einl. Rn. 23.

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

4. Reform zwischen Deregulierung und Verrechtlichung

Das wissenschaftliche Interesse am Gewerberecht und seiner Weiterentwicklung tendiert gegen Null³⁷, weil sich die Forschung primär auf neue Geschäftsmodelle und die Lösung technikaffiner Rechtsprobleme konzentriert, ohne die überkommene rechtliche Basis und ihre Systematisierung zu hinterfragen. Unklar ist ferner, 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. Gleichzeitig führt das Gewerberecht in der Rechtspolitik ein Schattendasein, weil man mit Novellierungen offenbar keine Wählerstimmen gewinnen kann³⁸. Und auch aus unionsrechtlicher Sicht besteht – wie dargelegt – angesichts des liberal gefassten und sich im Übrigen im Rahmen zulässiger Ausnahmekonstellationen bewegenden Gewerberechts³⁹ nur gelegentlicher rudimentärer Anpassungsbedarf⁴⁰, um grenzüberschreitende **Binnenmarktfreiheiten** zu sichern (s. o. *Bd. I Rn. 447 ff.*). Außerdem hat der Bundesgesetzgeber im Zuge der **Föderalismusreform** (s. u. *Rn. 35 ff.*) wichtige Gewerbesektoren an die Bundesländer abgegeben und damit die vorhandene Rechtszersplitterung zementiert.

Andererseits scheint sich in jüngster Zeit die Erkenntnis durchzusetzen, dass das geltende Gewerberecht zu kompliziert, zu undurchsichtig, zu verwirrend, zu wenig abgestimmt, zu engmaschig und zu wirtschafts- und verbraucherfern normiert ist⁴¹. Deshalb wird eine Verschlanung angemahnt⁴². Gleichzeitig erlebt die Idee einer Vereinheitlichung und Vereinfachung von Rechtsgebieten im Sinne einer Deregulierung (s. o. *Bd. I Rn. 50 f.*) eine Renaissance, wie die gelungenen Kodifikationsbeispiele **Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch, Baugesetzbuch, Sozialgesetzbuch** und **Zollkodex** zeigen. Auch ein Blick nach Österreich⁴³ und nach Polen⁴⁴ belegt, dass **materielle Gewerberechtskodifikationen** möglich sind.

Parallel zu dem aufgezeigten Deregulierungstrend verfolgt eine gegenläufige Tendenz das Ziel, unter Beibehaltung der existierenden Strukturen neue Gewerbezulassungsregelungen zu schaffen bzw. zusätzliche Beschränkungen und Verschärfungen einzuführen. Die Motive sind unterschiedlich.

Beispiele: § 11a, § 31, § 34a, § 34c, §§ 34d–34j GewO⁴⁵.

37 Kritisch *Peine*, in: FS Rauschnig, 2001, S. 669 ff.; s. aber zur Kodifikationsidee *Kabl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 67, 108; *Eisenmenger/Nünke* sowie *Ernst/Geissen*, NVwZ 2003, 1222 ff. und allgemein *Graf/Paschke/Stober* (Hg.), Gewerberecht im Umbruch, 2004; s. aber auch *Knauff*, DVBl. 2011, 727 ff.

38 *Peine*, in: Graf/Paschke/Stober (Hg.), Gewerberecht im Umbruch, 2004, 214.

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

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

41 *Kempen*, NVwZ 2000, 1115; *Schönleiter/Viethen*, GewArch. 2003, 129.

42 *Eisenmenger*, GewArch 2018, 181 ff.

43 *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.

44 S. etwa das polnische Gesetz über die Wirtschaftstätigkeit und dazu *Popowska*, in: Dajczak und Andere (Hg.), Handbook of Polish Law, 2011, 271 ff. und 283 ff.

45 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.

5. Zur Zweckmäßigkeit eines GewerbeGesetzbuches

- 33** Unabhängig von rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Überlegungen 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 rückangebanden werden müsse⁴⁶. 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 Regulierungsrecht⁴⁷ oder an das Güterkraftverkehrsrecht⁴⁸. 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 Öffentlichen Wirtschaftsrechts, die nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sondern der Wissenschaft sei⁴⁹. 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 eignen⁵⁰. Man denke nur an das wirtschaftsrelevante **Umweltrecht**, das expandierende Produkt- und **Medienwirtschaftsrecht** (*s. u. z. B. Rn. 495 ff.*) oder an das **Regulierungsrecht**. Aus dem Blickwinkel der **Wirtschaftsüberwachung** (*s. o. Bd. I Rn. 875 ff.*) ist es fragwürdig, ob zahlreiche gewerberechtliche Nebengesetze bzw. Gesetze des Öffentlichen Wirtschaftsrechts mit infrastrukturellem, wirtschaftslenkendem und wirtschaftsförderndem Charakter unter dem Aspekt Gewerberecht zusammengefasst werden können. Man vergegenwärtige sich nur den Bereich des **Verkehrs- und Beförderungsrechts**⁵¹. Schließlich wird auch ein GewerbeGesetzbuch nicht auf eine Vielzahl von Verordnungen verzichten können, um die Flexibilität der Rechtsanwendung zu sichern⁵².

6. Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils als erste Reformstufe

- 34** 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 erfolgen⁵³. An dieser Einschätzung hat sich nichts geändert⁵⁴. Vor diesem rechtstatsächlichen, rechtspolitischen und juristischen Hintergrund kann es gegenwärtig nur Aufgabe sein, sich auf die **erste Reformstufe eines Allgemeinen Teils** zu konzentrieren, die

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

47 *Mösl*, *GewArch.* 2011, 265 ff.

48 *Knauff*, *DVBl.* 2011, 727 ff.

49 *Henke*, *DVBl.* 1983, 983 f.; *Müller*, *WiVerw.* 1982, 238.

50 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.

51 Ebenso wohl *Müller*, *WiVerw.* 1982, 228.

52 *S.* ferner *Joly*, *GewArch.* 1975, 73.

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

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