

Gewerberecht*

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
 - I. Gewerberecht als Rechtsgebiet
 - II. Gewerbefreiheit im modernen Rechtsstaat
 - III. Die Einbettung der Gewerbefreiheit in das Verfassungsrecht
 - 1. Kompetenzfragen
 - 2. Gewerbefreiheit als Form der Berufsfreiheit
 - 3. Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie
- B. Die Bedeutung des Großkommentars von Landmann/Rohmer für das Gewerberecht
 - I. Entstehungsgeschichte
 - II. Die Zeit des Nationalsozialismus
 - III. Der Rang des Großkommentars von Landmann/Rohmer
 - IV. Begleitmusik
- C. Die Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Gewerbefreiheit
 - I. Grundfreiheiten und Gewerbefreiheit
 - II. Die Beschränkung des Gesetzgebers
 - III. Die Gewerbefreiheit als umfassendes „egalitäres“ Schutzrecht
- D. Defizite und Reformversuche

A. Einleitung

I. Gewerberecht als Rechtsgebiet

In einer Zeit, in der sich der Staat aus der Wirtschaft zurückzieht, in der neue Formen der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Wirtschaft angeboten werden,¹ in einer Zeit, in der die Zuordnung von Freiheit und Sicherheit als Aufgabe des Rechts verstanden wird, in der vom „Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Präambel, Art. 2, 29 EUV) die Rede ist, in einer solchen Zeit wirkt die Gewerbeordnung, ein Kernstück oder besser ein Überbleibsel des politischen und wirtschaftlichen Liberalismus, geradezu modern – dies trotz der dort zu findenden Vorschriften über die „Schaustellungen von Personen“, die „Abhaltung von Tanzlustbarkeiten“ und der Regelungen zum Vertrieb von „Bruchbändern und medizinischen Leibbinden“. Modern mutet die

* Für wertvolle Mitarbeit zum Europäischen Gemeinschaftsrecht danke ich Herrn RA *Bernd Frühl*, früher Assistent an meinem Lehrstuhl.

¹ Erfüllungs-, Kontroll-, Gewährleistungs-, Überwachungsverantwortung usw.; grundlegend *Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 ff.

Gewerbeordnung an wegen der Gemeinsamkeit der heutigen Situation mit der Geburtszeit der Gewerbefreiheit. Im Zug der Stein-Hardenbergschen Reformen sollte die Berufs- und Gewerbetätigkeit von ihren zünftischen Fesseln befreit werden, so wie es heute darum geht, das Normdickicht eines paternalistischen Rechts- und Sozialstaats zu lichten. Nach wie vor ist die heutige Gewerbeordnung², im Kern im Jahr 1810 entstanden und polizeirechtlichem Gedankengut entsprungen, in ihrer Grundidee, dem Gedanken der Gewerbefreiheit, unangestastet geblieben.³

Das Gewerberecht als „eine der traditionsreichsten Disziplinen des gesamten öffentlichen Rechts“ ist trotz zahlreicher Änderungen, trotz des Auswanderns wichtiger Materien wie des Handwerksrechts, des Gaststätten- und Ladenschlußrechts, des Rechts der gefährlichen Anlagen und des Verkehrsgewerberechts in Spezialgesetze immer noch so etwas wie das Grundgesetz für das gesamte Rechtsgebiet, ein Torso zwar, dessen wesentliche Substanz aber erhalten geblieben ist.

Die Frage, ob man die Gewerbeordnung noch als „Grundgesetz für das gesamte Gewerberecht“⁴ bezeichnen kann, ist deshalb müßig. Solange kein neues „Gewerbegesetzbuch“ geschaffen ist, finden sich jedenfalls die wesentlichen allgemeinen Lehren des Gewerberechts immer noch in der Gewerbeordnung.⁵ Das Gewerberecht ist wichtige Materie des öffentlichen Wirtschaftsrechts geblieben, auch wenn sich neue Schwerpunkte u.a. im Bank- und Versicherungsrecht, im Lebensmittelrecht, im Telekommunikations-, Post- und Energierecht gebildet haben und weiter bilden. Zwar geht es dort teilweise um neue Fragen wie z.B. um Marktzutrittsöffnungen, die über den Rahmen einer herkömmlichen Wirtschaftsaufsicht weit hinausführen. Aber auch eine moderne Gewerbeordnung wird sich nicht im wesentlichen auf die Konstituierung der Gewerbefreiheit und sicherheitsrechtlicher Einschränkungsmöglichkeiten zurückziehen können, sondern sie wird vor allem die Nahtstellen zu anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem BGB, dem Arbeitsrecht und dem Bauplanungsrecht, genauer zu regeln haben.⁶

Öffentliches Wirtschaftsrecht wird angesichts des Rückzuges des Staates aus der Wirtschaft in Zukunft mehr als bisher als Wirtschaftsüberwachungsrecht ausgebaut werden müssen. Das Gewerberecht – gelegentlich immer noch als Gewerbepolizeirecht, vom Bundesverfassungsgericht als „Sonderordnungsrecht“⁷ bezeichnet – ist, wie beispielsweise von *Tettinger* deutlich gemacht wird, als eher statisches, auf Ordnungswahrung bedachtes Teilgebiet anzusehen.⁸

² I. d. F. der Bek. v. 22. 2. 1999, BGBl. I S. 425.

³ Vgl. *Frotscher*, in: R. Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 1, 1995, S. 54ff.

⁴ So *Henke*, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. IV, 1964, S. 528.

⁵ Ähnlich schon *Frotscher*, in: R. Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 1, 1995, S. 9.

⁶ Der DIHT verfolgt in seinem Entwurf allerdings einen viel bescheideneren Ansatz; vgl. den Abdruck in NVwZ 1991, 1063ff.

⁷ BVerfGE 41, 344 (355).

⁸ Vgl. *Tettinger*, in: ders./Wank (Hrsg.), GewO, Kommentar, 7. Aufl., 2004, Einleitung Rn. 4.

II. Gewerbefreiheit im modernen Rechtsstaat

Das Grundgesetz gewährleistet mit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG für alle Deutschen das Recht, frei einen Beruf zu wählen und bei der Ausübung des Berufes nur durch solche gesetzliche Regelungen beschränkt zu werden, die aus Gründen des öffentlichen Interesses erforderlich sind. Obwohl der Begriff des Berufes weiter ist als der des Gewerbes, obwohl die Berufsfreiheit also die Gewerbefreiheit umfaßt, wurde deren Garantie durch den einfachen Gesetzgeber, durch § 1 GewO, nicht überflüssig. Noch heute ist diese Bestimmung wie zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung für die Abgrenzung zwischen Bundes- und Landeskompetenzen von Bedeutung. Nach Art. 111 WRV hatten alle Deutschen das Recht der Freizügigkeit im ganzen Reich. Jeder war berechtigt, „sich an beliebigen Orten des Reichs aufzuhalten und niederzulassen, Grundstücke zu erwerben und jeden Nahrungszweig zu betreiben“. Dieses Recht umfaßte auch die Freizügigkeit der Berufswahl.⁹ Darüber hinausgehend regelten § 1 Abs. 1 GewO und Art. 151 Abs. 3 WRV nicht nur die Zulassung, sondern auch die Ausübung von Handel und Gewerbe. Damit waren für beide Formen der Gewerbefreiheit, das heißt also auch für die freie Gewerbeausübung Einschränkungen nur durch Reichsgesetz möglich. Auf einem anderen Blatt steht, daß die Gewerbeordnung als Reichsgesetz die Gewerbeausübung stillschweigend und unverändert der landesrechtlichen Regelung überließ, so daß die landesrechtlichen Ausübungsbeschränkungen kraft einfachgesetzlicher Freigabeermächtigung fortgalten. Weiterhin war es aber dem Landesrecht verwehrt, durch Ausübungsbeschränkungen direkt oder indirekt in die Gewerbezulassung einzugreifen.¹⁰ Entgegen einer landläufigen Meinung, die Gewerbeordnung sei wegen der umfassenden Garantie der Berufs- und damit der Gewerbefreiheit entwertet worden, ließe sich genau umgekehrt argumentieren: Gerade wegen der umfassenden Freiheitsgarantie kommt es in der hochtechnisierten und damit risikofälligen Gesellschaft darauf an, durch angemessene Berufsausübungsregelungen das Risiko zwischen dem, der die wirtschaftliche Freiheit nutzt, und der Allgemeinheit, die durch diese Freiheitsausübung möglicherweise gefährdet wird, differenziert zu regeln. Hierfür bietet sich der spezielle Kodex einer Gewerbeordnung besser an als eine Vielzahl von Fachgesetzen. Im übrigen war der Ausgleich gewerblicher Freiheiten und staatlicher Ordnungsbelange bereits ausschlaggebend für den Erlaß der Gewerbeordnung in Preußen im Jahr 1845 und 1869 in Österreich, weil das allgemeine Polizeirecht auf die Problematik dieser Sachmaterie wenig passend war.¹¹

Was bereits für § 1 der GewO des Norddeutschen Bundes galt, hat heute umso mehr Berechtigung. Da die Freiheit als solche nicht durch § 1 GewO gewährt, sondern vorausgesetzt wird, hängt deren Wert von den gesetzlichen „Ausnahmen oder Beschränkungen“ ab, in der diese Bestimmung in ihrem zweiten Halbsatz

⁹ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, Art. 151 Anm. 4.

¹⁰ Siehe zum Ganzen Breuer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 1989, § 147 Rn. 4.

¹¹ Vgl. Tettinger, in: ders./Wank (Hrsg.), GewO, Kommentar, 7. Aufl., 2004, Einleitung Rn. 8.

spricht.¹² Man kann dies auch so wenden: § 1 GewO verleiht kein subjektives öffentliches Recht zum Betrieb eines Gewerbes, sondern gewährleistet Gewerbe-freiheit im Rahmen eines objektiven Rechtsgrundsatzes; es geht nicht um ein Über- und Unterordnungsverhältnis. Im Rechtsstaat sind, von den beiderseitigen Rechten her gesehen, Behörden und Bürger gleichgeordnet.¹³

III. Die Einbettung der Gewerbefreiheit in das Verfassungsrecht

1. Kompetenzfragen

Das Gewerberecht zählt zur konkurrierenden Gesetzgebung des Art. 72 GG. Auch nach Verschärfung der in Art. 72 Abs. 2 GG niedergelegten Anforderungen wird im allgemeinen kein Zweifel bestehen, daß im Interesse der Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich ist. Da das Recht der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG weit zu verstehen ist und Normen meint, „die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen“¹⁴, wird ein weiter Raum für wirtschaftsrechtlich relevante Rechtsetzung eröffnet. Der Klammerzusatz, in dem nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Materien des Wirtschaftsrechts unterschieden wird und in dem das Gewerbe enthalten ist, ist nur als beispielhafte Aufzählung zu verstehen. Da auch Sondergebiete gewerberechtlicher Art vom Bund erfaßt werden sollten, ist die Sachmaterie Gewerberecht weit auszulegen.¹⁵

Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG knüpft an die Tradition der Weimarer Reichsverfassung an. Der Gesetzgeber sollte nicht auf den rechtstechnischen Gewerbebegriff der damaligen Gewerbeordnung beschränkt werden. Wenn auch nicht unbestritten, fallen Unternehmungen darunter, welche zwar wie öffentliche Verkehrs-betriebe keinen Gewinn erstreben, jedoch nach technisch-industriellen Gesichtspunkten geführt werden.¹⁶

Im Ergebnis bedeutet dies, daß unter dem Titel „Gewerbe“ auch Dienstleistungen erfaßt werden können, die traditionellerweise nicht zum Gewerbe gehören, wie etwa Formen produktbezogener Werbung. Selbst freie Berufe können nach Auffassung des *BVerfG*, dem das Schrifttum teilweise folgt, gewerberechtlichen Regelungen ausgesetzt werden, obwohl diese traditionell nicht unter den einfach gesetzlichen Gewerbebegriff gehören.¹⁷ Im übrigen hat der Bundesgesetzgeber unter dem Oberbegriff des Gewerbes nicht nur die Gewerbeordnung erlassen,

¹² Vgl. Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, S. 29.

¹³ So Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, passim.

¹⁴ *BVerfGE* 8, 143 (149); 26, 246 (254); 28, 119 (146); 29, 402 (409); 55, 274 (308f.); 67, 256 (275); 68, 219 (330).

¹⁵ Vgl. *BVerfGE* 41, 344 (352).

¹⁶ Dazu eingehend Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 10. Aufl., 1952, Anm. 1 e zu § 16 GewO – eine Kommentierung, die das *BVerfG* (o. Fn. 15) ausdrücklich für diese nicht unbestrittene Meinung heranzieht.

¹⁷ So zustimmend Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, 4. Aufl., 2000, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Rn. 108.

sondern auch das Gaststättengesetz, das Fernunterrichtsschutzgesetz und das Rennwett- und Lotteriegesetz.¹⁸

Auch das technische Sicherheitsrecht für Anlagen, die nicht gewerblich betrieben, aber im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen genutzt werden, ist deshalb dem Gewerberecht zuzurechnen, soweit es sich nicht in spezialgesetzlichen Regelungen wie im Gerätesicherheitsgesetz, findet.

2. Gewerbefreiheit als Form der Berufsfreiheit

Im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung, die in Art. 151 Abs. 3 WRV die Gewerbe- und Unternehmensfreiheit speziell gewährleistete, garantiert Art. 12 Abs. 1 GG die Berufsfreiheit als solche. Darin ist die Gewerbe- und Unternehmensfreiheit zweifellos enthalten. Die Berufsfreiheit ist das zentrale Grundrecht für die wirtschaftliche Betätigung. Sie gewährleistet dem Einzelnen regelmäßig Lebensaufgabe und Lebensgrundlage. Entgegen dem Normtext, der zwischen Berufswahl und Berufsausübung unterscheidet, geht man seit dem Apothekenurteil¹⁹ davon aus, daß Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit schützt, das einheitlich unter Gesetzesvorbehalt steht. Der „Regelungsvorbehalt“ des Textes, wonach nur das Nähere geregelt werden darf, wird vom *BVerfG* als Gesetzesvorbehalt verstanden und in neueren Entscheidungen auch als solcher bezeichnet.²⁰ Die reichhaltige Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 12 Abs. 1 GG enthält wichtige Leitlinien für die Interpretation der Gewerbeordnung, obwohl die Gewerbeordnung selbst bisher nur in zwei Fällen Gegenstand der Judikatur des *BVerfG* war, ein Umstand, auf den im Kommentar von *Tettinger/Wank*²¹ hingewiesen wird. Im ersten Fall ging es um die Anwendung der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, in dem das Gericht feststellte, daß diese Bestimmung an den überkommenen Begriff und den Regelungsbereich des Gewerberechts anknüpfe und ihn der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zuordne,²² im zweiten Fall um die öffentliche Bestellung von Sachverständigen nach § 36 GewO. Das Gericht setzte der Praxis ein Ende, wonach die Bestellung von Sachverständigen nach der Zahl der bereits vorhandenen Sachverständigen ausgerichtet wurde, nicht aber nach den allgemeinen Bedürfnissen an entsprechendem Sachverstand auf einem bestimmten Fachgebiet.²³

Artikel 12 Abs. 1 GG ist nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch wertentscheidende Grundsatznorm, welche der Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers deutliche Grenzen setzt.²⁴ Da Beruf und Arbeit in der marktwirtschaftlichen Ordnung der Bundesrepublik häufig mehr durch Private als durch den Staat

¹⁸ Vgl. *Oeter* (o. Fn. 17).

¹⁹ *BVerfGE* 7, 377 (402).

²⁰ Vgl. *Reiner Schmidt*, in: ders./Vollmöller (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., 2004, S. 71.

²¹ *Tettinger/Wank*, *Kommentar zur Gewerbeordnung*, 7. Aufl., 2004, Einleitung, Rn. 15.

²² *BVerfGE* 41, 344 (Aufzugsanlagen).

²³ *BVerfGE* 86, 28.

²⁴ Vgl. *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR* VI, 1989, § 147, Rn. 20.

gefährdet werden, ist die Wahrnehmung der staatlichen Schutzpflicht gegenüber den gesellschaftlichen Kräften besonders wichtig.

In der Gewerbeordnung finden sich zahlreiche Bestimmungen, die unter diesem Aspekt zu sehen sind, die ein Kräftegleichgewicht zwischen dem Gewerbetreibenden und seinen Vertragspartnern herstellen wollen. Als Beispiel hierfür kann auf die besonderen Gefahren durch den Betrieb von Spielbanken und durch die Ausübung des „Pfandleih- und des Reisegewerbes“ hingewiesen werden. Der Freiheitsschutz des Art. 12 GG für die Berufsausübung auch in Form des Gewerbes im Rahmen einer sozialen Marktwirtschaft ist die neue Grundidee, die hinter der Gewerbefreiheit des § 1 GewO und deren Vorstellung von einer möglichst unreglementierten beruflichen Betätigung steht. Es ist das Verdienst der Kommentierung von *Tettinger* und *Wank*,²⁵ diesen Aspekt der Gewerbe- und der Berufsfreiheit, die ihrerseits überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ist,²⁶ klar herausgearbeitet zu haben.

3. Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie

Deutlicher als in der Kommentarliteratur²⁷ des Grundgesetzes wird von *Tettinger/Wank*²⁸ der Zusammenhang zwischen gewerblicher Betätigung und Eigentumschutz gesehen. Zwar wird dort mit der herrschenden Meinung bezweifelt, ob das zivilrechtlich herausgearbeitete „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ zum Schutzgut im Sinne von Art. 14 GG mutieren könnte.²⁹ Deutlich wird mit dem *BVerfG*³⁰ herausgestellt, daß die Eigentumsgarantie doch „den konkreten, vor allem den durch Arbeit und Leistung erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern“ effizient sichern will. Selbst bei einer eher restriktiven Sichtweise wird gezeigt, daß unternehmerisches Eigentum „durchaus als eigenständige Eigentumskategorie zu begreifen“³¹ ist. Dies zeigt sich vor allem beim Rechtsschutz gegenüber solchen Gesetzesänderungen, die sich auf bestehende Gewerbebetriebe besonders nachhaltig auswirkten. Deutlich hat das *BVerfG* im Erbschaftssteuerbeschuß³² gesehen, daß der Gesetzgeber insbesondere bei mittelständischen Unternehmen deren Beitrag zum Gemeinwohl berücksichtigen müsse. Diese Unternehmen „unterliegen als Garant von Produktivität und Arbeitsplätzen insbesondere durch Verpflichtungen gegenüber den Arbeitnehmern, das Betriebsverfassungsrecht, das Wirtschaftsverwaltungsrecht und durch die langfristigen Investitionen einer gesteigerten rechtlichen Bindung. Die Verfügbarkeit über den Betrieb und einzelne dem Betrieb zugehörige Wirtschaftsgüter ist beschränkter als bei betrieblich ungebundenem Vermögen“³³.

²⁵ Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl., 2004, Einleitung, Rn. 27.

²⁶ *Hufen*, NJW 1994, 2913 (2918); *Gassner*, NVwZ 1995, 449 (450).

²⁷ Vgl. nur *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, 2. Aufl., 2004, Art. 14, Rn. 51.

²⁸ *Tettinger/Wank*, Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl., 2004, Einleitung, Rn. 16f.

²⁹ Zweifelnd auch *BVerfGE* 51, 193 (221). Zum Verhältnis von Berufs- und Eigentumsfreiheit vgl. *Lerche*, in: Bauer/Czybulka, Kahl, Voßkuhle (Hrsg.), Festschrift für Reiner Schmidt, 2006, S. 377 ff.

³⁰ *BVerfGE* 31, 229 (239).

³¹ *Tettinger/Wank*, Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl., 2004, Einleitung, Rn. 18.

³² *BVerfGE* 93, 165.

³³ *BVerfGE* 93, 165 (175 f.).

B. Die Bedeutung des Großkommentars von Landmann/Rohmer für das Gewerberecht

I. Entstehungsgeschichte

Robert von Landmann, ein junger Regierungsassessor, schrieb mit einem Verlagsvertrag zum Kommentar der Gewerbeordnung, den er 1878 schloß, Verlagsgeschichte. Das zweibändige Werk erschien erstmals 1884 und ist über mehr als 125 Jahre das Standardwerk zur Gewerbeordnung geblieben. Mehr als die erwähnte Zeitspanne zeigt ein Blick in die Zeit um die Entstehungsgeschichte des Werks, welche Wandlungen von ihm begleitet und auch mitgestaltet wurden.

Vergegenwärtigen wir uns die Probleme und die Atmosphäre zur Entstehungszeit des Kommentars: Im Jahr 1879 wurden beispielsweise die Vorschriften über die Privat-Kranken-, Privat-Entbindungs- und Privat-Irrenanstalten, eine Bedürfnisprüfung für Gast- und Schankwirtschaften und eine Konzessionspflicht für Pfandleiher und Rückkaufshändler geregelt. Auch wurde klargestellt, daß das „Kostkinderhalten“ nicht unter die Gewerbeordnung fällt.³⁴ Ein Jahr später wurden die Bedingungen für die Zulassung zum Gewerbebetrieb als Schauspielunternehmer verschärft.³⁵ Im Jahr 1881 wurden durch Bundesratsbeschluß Kalifabriken und die Anstalten zum Imprägnieren von Holz mit erhitzten Teerölen dem Verzeichnis der gefährlichen Anlagen hinzugefügt; 1883 kamen die Kunstwollefabriken, die Anlagen zur Herstellung von Celluloid und die Dégras-Fabriken hinzu. In dieser Zeit wurden die Bestimmungen über den Gewerbebetrieb im Umherziehen einschließlich der Wanderlager und Wanderauktionen völlig umgestaltet. Neu gefaßt wurden auch die Vorschriften über die Kolportage von Druckschriften, über den Geschäftsbetrieb der Handlungsreisenden, über die Zurücknahme der Approbationen von Ärzten und Apothekern, über den Gewerbebetrieb der Auktionatoren, Rechtskonsulenten, Patentagenten, Stellenvermittler, Gesindevermieter, Trödler, Tanz-, Turn- und Schwimmlehrer, über die Errichtung von Singspielhallen, den Betrieb des Hufschlaggewerbes und über die Ausstellung der Arbeitsbücher.

Beruhigend wirkte, daß nach der Neuverkündung der Gewerbeordnung durch den Reichskanzler vom Bundesratskommissär klargestellt wurde, welche Vorschriften durch den neu redigierten Text nicht aufgehoben wurden, so hieß es: „... hiernach behält es sein Bewenden dabei, daß insoweit bisher in Bayern der Ausschank der eigenen Erzeugnisse an Getränken ohne polizeiliche Erlaubnis statthaft war, es einer solchen auch in der Folge nicht bedarf“³⁶. Die rasante technische Entwicklung zeigt sich darin, daß bereits im darauf folgenden Jahr das Verzeichnis der gefährlichen Anlagen ergänzt wurde durch „die Fabriken, in welchen Röhren aus Blech durch Vernieten hergestellt werden, sowie Anlagen zur Erbauung eiserner Schiffe, zur Herstellung eiserner Brücken oder sonstiger eiserner Baukonstruktionen“.

³⁴ RGBl. S. 267.

³⁵ RGBl. S. 179.

³⁶ RGBl. v. 1. 7. 1883.

Die hellsichtige Entscheidung des Verlags C.H. Beck, bereits kurz nach Gründung des Deutschen Reichs einen Großkommentar zur Gewerbeordnung zu publizieren, ermöglicht es heute, einen wesentlichen Teil deutscher neuzeitlicher Wirtschaftsrechtsgeschichte an Hand der Kommentierung, nicht zuletzt an Hand der abgedruckten Anhänge, nachzuvollziehen. Ein kurzer Blick in die Verordnungen und Bekanntmachungen zu § 120 GewO aus der 10. Auflage im Jahr 1953³⁷ zeigt beispielsweise Entwicklungen auf, von den heute eher kurios anmutenden Gefahren handwerklicher Herstellung in „Roßhaarspinnereien, Haar- und Borstenzurichtereien sowie der Bürsten- und Pinselmacherei“ bis zu einer Verordnung, welche aufs Genaueste die Herstellung und Verpackung von Knallkorken regelt. In der genannten Auflage findet sich eine „Haarhut-Verordnung“ in unmittelbarer Nähe einer „Röntgenverordnung“ aus dem Jahr 1941.

II. Die Zeit des Nationalsozialismus

Nach der nationalsozialistischen Machtergreifung erschien im Jahr 1938 die letzte Auflage des Kommentars von *Landmann/Rohmer* vor dem Zusammenbruch des Dritten Reichs.

Die gewerberechtliche Entwicklung seit der „nationalen Revolution 1933“ wird dort mit bemerkenswerter Distanz dargestellt. Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus wird als entschiedene Abkehr von den Grundsätzen des wirtschaftlichen Liberalismus gewertet. Die Gewerbefreiheit, auf deren Boden die Gewerbeordnung von 1869 stehe, sei tief erschüttert und ihr Gebiet nunmehr eingeschränkt.³⁸ Nach Darstellung einzelner Rechtsnormen, welche nunmehr die Zulassung zum Gewerbe behinderten, wie etwa des Reichskulturkammergesetzes, des Gesetzes über den Aufbau eines Reichsnährstandes, des Gesetzes zur Ordnung des Kreditwesens und anderer mehr, wird nüchtern festgestellt, daß der Nationalsozialismus im Begriff sei, eine neue Wirtschaftsordnung aufzubauen. Er verwerfe die liberale Lehre vom freien Spiel der Kräfte.

Die Grundtendenz des Kommentars im Jahr 1938 wird insbesondere bei der Kommentierung zu § 35 GewO, das heißt also bei Fragen der Zuverlässigkeit deutlich. Die Nichtariereigenschaft oder die Zugehörigkeit zur jüdischen Rasse gehöre nicht zu den Tatsachen, die für sich allein zur Feststellung der Unzuverlässigkeit zwingen oder auch nur berechtigten.³⁹ Zu einer anderen Auslegung würden auch die nationalsozialistische Machtübernahme und die Judenpolitik des Dritten Reiches keinen Anlaß bieten. Zwar sei der deutsche Ehrbegriff eine Grundlage des Erwerbslebens und es sei selbstverständlich, daß auch der jüdische Gewerbetreibende sich „trotz seiner rassenmäßigen Verschiedenheit“ diesen deutschen Ehrbegriff aneigne. Jude zu sein berechigne aber nicht, Unzuverlässigkeit zu unterstellen. Schließlich habe sogar der Reichskommissar für das Kreditwesen zahlreichen jüdischen Bankiers nach dem Gesetz über das Kreditwesen vom

³⁷ 2. Band, 2. Teil, 1953.

³⁸ Vgl. *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, 9. Aufl., 1938, Einleitung, S. 27.

³⁹ *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung, 9. Aufl., 1938, Anm. 4 d) zu § 35.

5. Dezember 1934 die Erlaubnis zum Betrieb eines Kreditinstituts erteilt, womit ihnen „Ehrbarkeit“ und „Zuverlässigkeit“ attestiert worden seien.⁴⁰

Derartige Aussagen waren im Jahr 1938 keineswegs selbstverständlich, wenn nicht sogar gefährlich. Man vergleiche diese beispielsweise nur mit dem Schrifttum der Zeit, etwa mit einem Aufsatz von *Gülde* über „Juden in der Wirtschaft“⁴¹. Nach *Gülde* lebten Juden nach geheimen Gesetzen (Talmud usw.) und hätten eine Einstellung zu nichtjüdischen Menschen, welche die Möglichkeit ausschliesse, sie als zuverlässige Unternehmer anzusehen. Freiheit bestehe heute darin, sich gewerblich zum Nutzen des Volkes zu betätigen. Völlig unhaltbar sei die Meinung *Spohrs*, wonach der Grundsatz der Gewerbefreiheit genauso für Deutsche wie für Juden gelte.

Es ist vermutlich kein Zufall, daß die angegriffene Meinung von *Spohr* im Kommentar von *Landmann/Rohmer* mehrfach positiv zitiert wird. Es spricht für die Qualität und die Integrität des Beckschen Autors, daß er den Schaden für die Gewerbefreiheit, der durch das neue nationalsozialistische Recht im Jahr 1938 entstanden war, durch eine positivistische Grundhaltung klein zu halten versuchte. Insgesamt liest sich im Vergleich zu manch anderem in der Zeit erschienen Schrifttum⁴² die Kommentierung von *Landmann/Rohmer* heute wohlthuend nüchtern.

III. Der Rang des Großkommentars von *Landmann/Rohmer*

Der Rang der Kommentierung läßt sich mit der sorgfältigen, umfassenden, gut gegliederten Dokumentation, der modernen inhaltlichen Ausrichtung und der praktischen Handhabbarkeit der Kommentierung erklären. Neben dem Engagement für das junge Deutsche Reich im 19. Jahrhundert und dem Versuch der Wahrung föderaler Eigenheiten, zeigen sich eine starke Grundrechtsbetonung und eine frühzeitige Ausrichtung auf das Europarecht.

Welchen Einfluß die Kommentatoren auf den Gesetzgeber letztlich hatten, läßt sich heute schwer ermitteln. Der Begründer des Großkommentars war bereits zum Zeitpunkt des Erscheinens der zweiten Auflage „königlich-bayerischer Staatsminister des Inneren für Kirchen- und Schulangelegenheiten“. *Gustav Rohmer*, der von der Jahrhundertwende bis zum Zweiten Weltkrieg das damalige zweibändige Werk prägte, war Regierungspräsident. Auch heute sind die Kommentatoren vor allem hochrangige Praktiker.

Versucht man die Wirkung des gut handhabbaren Großkommentars auf die Rechtsprechung des *BVerwG* zu erfassen, stößt man zwar auf eine Reihe von Zitaten, nicht aber auf wirklich weichenstellende Bezugnahmen. Dies mag schlicht daran liegen, daß es in der Rechtsprechung zur Gewerbeordnung im wesentlichen

⁴⁰ *Landmann/Rohmer* (o. Fn. 39).

⁴¹ In: *Deutsches Recht*, 1937, S. 356ff. Dort wird der Unzuverlässigkeitsbegriff streng „aus der Weltanschauung und aus den sittlichen Auffassungen unserer Zeit“ erläutert (S. 359).

⁴² Man nehme als Beispiel die im Zusammenhang mit der Gewerbefreiheit zitierte Auffassung des Reichsrechtsführers *Dr. Frank*, wonach die neuen Grundsätze in das Schuldrecht des BGB Eingang gefunden hätten, ohne daß auch nur ein Buchstabe geändert worden sei; hierzu *Lange*, *Liberalismus, Nationalsozialismus als bürgerliches Recht*, 1933, zitiert bei *Gülde*, *Deutsches Recht*, 1937, S. 359.

um kleinere Münze geht, nicht aber um die Durchsetzung von Grundprinzipien. Vielleicht ließe sich dies durch eine große Monographie zur Gewerbeordnung, die immer noch fehlt, ändern. Das gut lesbare, von *Robinski* zum Gewerberecht herausgegebene Buch, inzwischen im Jahr 2002 in zweiter Auflage erschienen, ist kein Ersatz; es ist für „Studium und Praxis“ geschrieben.

IV. Begleitmusik

Das Auswandern wichtiger Materien aus der Gewerbeordnung wurde vom Verlag C.H. Beck konsequent durch die Herausgabe erfolgreicher Kurzkommentare begleitet. Vor allem die nunmehr in 7. Auflage vorliegende Kommentierung zur Gewerbeordnung von *Tettinger/Wank*⁴³ ist wegen ihrer grundsätzlich ausgerichteten, die Berufsfreiheit des Art. 12 GG betonenden Darstellung und wegen der Einbettung des deutschen Gewerberechts in das europäische Gemeinschaftsrecht sowie in das allgemeine Verwaltungsrecht schulbildend geworden. Praxisorientiert, wenn auch wissenschaftlich fundiert, sind zu den gewerberechtlichen Nebengesetzen die Kommentare von *Honig* zur Handwerksordnung⁴⁴ und von *Metzner* zum Gaststättengesetz⁴⁵. Weiterführend für die Entwicklung nicht nur des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, sondern auch für das Umweltrecht war und ist die Kommentierung von *Jarass* zum Bundesimmissionsschutzgesetz⁴⁶, in der bereits die Auswirkungen des neuen Treibhausgasemissionshandelsgesetzes erläutert werden.

C. Die Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Gewerbefreiheit

I. Grundfreiheiten und Gewerbefreiheit

Längst stellt sich die Frage nach der Gewerbefreiheit jedoch nicht mehr allein im nationalen Rahmen. Auf dem Weg der Mitgliedstaaten vom Staatenbund zu einer verfaßten Gemeinschaft⁴⁷ ist auch die Gewerbefreiheit im europäischen Raum angekommen.

Dies zeigt bereits eine Ausgangsüberlegung zu den Grundfreiheiten. Als Grundfreiheiten sind im EGV die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EGV, die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 39 EGV, die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EGV sowie die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV anerkannt. Außer der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind diese Freiheiten solche eines selbständigen Unternehmers, also Unternehmerfreiheiten. Ebenso ist die Gewerbefreiheit eine unternehmerische Freiheit, weil der fachgesetzlich stark divergierende nationale Gewerbebegriff immer die Arbeitnehmertätigkeit als Ausschlußkriterium ver-

⁴³ 2004.

⁴⁴ 3. Aufl., 2004.

⁴⁵ 6. Aufl., 2004.

⁴⁶ 6. Aufl., 2005.

⁴⁷ Vgl. Verfassungsvertrag, der noch einer Ratifizierung bedarf, ABIEG Nr. L 310, S. 1 v. 16. 12. 2004.

wendet.⁴⁸ Auch die fehlende Konturierung des Gewerbebegriffs,⁴⁹ mit der eine Dynamisierung und Entwicklungsoffenheit einhergeht, ist mit den breiten Begrifflichkeiten der Grundfreiheiten, die insoweit jegliches wirtschaftliche Handeln abdecken, vergleichbar.

Die Systematik der Grundfreiheiten⁵⁰ zeigt ebenfalls gewisse Parallelen. Wie in § 1 der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869⁵¹ können die Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten aufgrund der Struktur der jeweiligen Normen bzw. Normkomplexe nicht eingeschränkt werden. Der weite Ansatz des nationalen Gewerbebegriffs⁵² findet sich im europäischen Rahmen wieder. Der *EuGH* bezieht in die Auslegung der Grundfreiheiten die „klassischen“ freien Berufe, so insbesondere Steuerberater und Rechtsanwälte,⁵³ ausdrücklich ein und schafft damit eine Parallele zu dem weiten Verständnis des Gewerbebegriffs im nationalen Verfassungsrecht, das wiederum an eine noch frühere Auffassung von Gewerbe erinnert: In § 2 Abs. 1 des sog. Notgewerbegesetzes des Norddeutschen Bundes vom 8. Juli 1868⁵⁴ heißt es, daß „für den Betrieb eines Gewerbes (...) ein Befähigungsnachweis nicht mehr erforderlich ist. Diese Bestimmung findet keine Anwendung auf den Gewerbebetrieb der Ärzte, Apotheker, Hebammen, Advokaten, Notare, Seeschiffer, Seesteuerleute und Lotsen.“ Diese Norm zeigt, daß zur damaligen Zeit die freien Berufe geradezu selbstverständlich als gewerbliche Unternehmer angesehen wurden.⁵⁵ Damit ist der Gewerbebegriff über die Grundfreiheiten im Europarecht zu seinen ursprünglichen Wurzeln zurückgekehrt und kann somit als wirtschaftliches Freiheitsrecht begriffen werden. Für die Grundfreiheiten selbst wird deren Transformation zu wirtschaftlichen Freiheitsrechten mittlerweile auch anerkannt.⁵⁶

⁴⁸ Vgl. *Friauf*, GewO, § 1, Rn. 68 ff., sowie Rn. 16 a zur mißverständlichen Formulierung in den §§ 55 ff. GewO; ebenso *Kahl*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, Einleitung, Rn. 34 ff. Mehr zu dieser Diskussion im folgenden.

⁴⁹ Vgl. zur Vielgestaltigkeit gewerblichen Handelns *Kahl*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), GewO, Einleitung, Rn. 33.

⁵⁰ Vgl. nur *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 1, Rn. 44.

⁵¹ Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes v. 21. 6. 1869, BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245. Der Wortlaut dieser Norm: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgesehen oder zugelassen sind.“

⁵² Im nationalen deutschen Recht ist bereits die Begrifflichkeit umstritten: so wird zwischen bürgerlich-rechtlichem, gewerberechtlichem, steuerrechtlichem und baurechtlichem Gewerbebegriff unterschieden. Gemeinsamer Nenner ist die selbständige, nachhaltige Betätigung mit der Absicht, Gewinn zu erzielen. Genauere Konturierungen erfolgen erst im jeweiligen Fachgesetz entsprechend dessen Sinn und Zweck. Im materiellen Verfassungsrecht wird die Gewerbefreiheit lediglich als eine Ausprägung der umfassenderen Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG verstanden.

⁵³ *EuGH*, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299; *EuGH*, Rs. 292/86, Slg. 1988, 111. Umfassende Nachweise finden sich bei *Müller-Graff*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 49 EGV Rn. 22, insbes. wird dort am Ende auch die Erstreckung auf alle „Berater-Berufe“ betont.

⁵⁴ Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1868, S. 406.

⁵⁵ Vgl. *Friauf*, GewO, § 1, Rn. 3 a.E.; dort bei Rn. 94 ff. auch zur Ausnahme bei den freien Berufen.

⁵⁶ *Walter*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 1, Rn. 44 a.E.; ebenso *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten,

II. Die Beschränkung des Gesetzgebers

Eine weitere Verknüpfung zwischen europäischen Grundfreiheiten und national verstandener Gewerbefreiheit zeigt sich bei der Beschränkung der gesetzgeberischen Befugnisse. Während über Art. 31 GG die unternehmerische Freiheit als Gewerbefreiheit gegenüber landesrechtlichen Ingerenzen abgesichert ist,⁵⁷ ergibt sich auch aus der Schutzsystematik der europäischen Grundfreiheiten eine Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers. So entspricht bei diesen die Differenzierung in Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote gängiger und ganz herrschender Meinung.⁵⁸ Bei letzteren sind nationale Maßnahmen dann unzulässig bzw. rechtfertigungsbedürftig, wenn sie die Ausübung dieser „Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können“⁵⁹. Diese Beschränkungsverbote ergeben sich nach Ansicht des *EuGH* bei allen Grundfreiheiten⁶⁰. Daraus entsteht ein umfassender Schutz der Grundfreiheiten.

Der Schutz der unternehmerischen Freiheit dringt in Form von Abwehr-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gegen die Mitgliedstaaten tief in das nationale Recht ein, weil nunmehr allein aufgrund europäischer Vorgaben – manchmal jenseits nationaler Gesetze – dem Bürger Ansprüche gegenüber dem Staat zustehen.⁶¹ Dadurch wird ähnlich wie zu Zeiten des Norddeutschen Bundes die Gewerbe- bzw. die unternehmerische Freiheit dem Zugriff durch einzelne (National-) Staaten (weitgehend) entzogen und der Raum der Freiheit vergrößert.

Über das nationale Verfassungsrecht in Form von Art. 3 GG in Verbindung mit dem jeweils betroffenen Freiheitsrecht ergeben sich ebenfalls Einschränkungen für den Gesetzgeber: Zwar verbietet die europäische Freiheitsgewährleistung eine Benachteiligung der Bürger durch die Nationalstaaten nicht. Diese sog. Inländerdiskriminierung⁶² hat aber ebenfalls Grenzen, weil die Grundfreiheiten auch hier mittelbare, potentiell freiheitsfördernde Wirkung besitzen. Denn aus systematischer Sicht bedarf es zur Vorbereitung des Gleichheitsurteils im Rahmen von

§ 7, Rn. 25. Umfassend nachgewiesen am Beispiel der Niederlassungsfreiheit bei *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, 2000, S. 210 ff., 358 ff. Anders noch *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 72, 118 ff.

⁵⁷ Bedenklich insoweit *BVenwGE* 115, 189 ff. In diesem Urteil wird Polizei- und Sicherheitsrecht neben der Gewerbeordnung angewandt und damit Art. 31 GG sowie die Gewerbefreiheit untergraben.

⁵⁸ *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 7, Rn. 18 ff., 61 ff. m. w. N.

⁵⁹ *EuGH*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 m. w. N. für die ständige Rechtsprechung.

⁶⁰ *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 7, Rn. 24 m. w. N. Zum Bereich des bisher noch unpräzisen Begriffs der Kapitalverkehrsbeschränkungen vgl. *Bröhmer*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 56, Rn. 38 ff. m. Nachw. zur Rspr.

⁶¹ *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 7, Rn. 25.

⁶² Vgl. dazu eingehend *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 12 EGV Rn. 58 ff.; *Epiney*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 12 EGV Rn. 27 ff. Diese spricht vom umfassenderen Begriff der umgekehrten Diskriminierungen.

Art. 3 GG eines Vergleichsmaßstabs, des sog. *tertium comparationis*⁶³. Nach der sog. neuen Formel des *BVerfGE*⁶⁴ wird damit das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf die Ungleichbehandlung angewendet, wobei im Falle der Inländerdiskriminierung regelmäßig ein personaler Bezug anzunehmen ist, der immer zur Prüfung dieser Verhältnismäßigkeit führt.⁶⁵ Hieran anschließend stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung der Bürger durch den Nationalstaat, und dabei erweist sich die Entgrenzung der Gewerbefreiheit als eine hohe Hürde. Denn durch die Heranziehung der Grundfreiheiten als Vergleichsmaßstab wird über Art. 3 GG das gesetzgeberische Ermessen eingeschränkt, weil die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden muß. Dies wird politisch und rechtlich umso diffiziler, je größer der europäische Freiheitsrahmen ist. Ob die vom Gesetzgeber angestrebten Zwecke durch eine Ungleichbehandlung erreicht werden können, ist zwar einzelfallbezogen zu beantworten. Im Grundsatz ist aber an der Geeignetheit und Erforderlichkeit solcher Benachteiligungen zu zweifeln,⁶⁶ so daß die europäischen Regelungen die Orientierungspunkte für den nationalen Gesetzgeber vorgeben. Eine dem Sinn europäischer Normen und Grundfreiheiten widersprechende Gesetzgebung wird jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Inländerdiskriminierung nicht zu halten sein.

III. Die Gewerbefreiheit als umfassendes „egalitäres“ Schutzrecht

Hinter den Wolken und Nebeln der Grundfreiheiten wird das Abbild einer europäischen Gewerbefreiheit sichtbar, welche der erste Lichtstrahl einer umfassend abgesicherten unternehmerischen Freiheit ist und damit zu den Ursprüngen der Gewerbefreiheit zurückführt. In diesem Sinne ist die Gewerbefreiheit moderner denn je und hat eine europäische Perspektive.

Neben dem Gleichbehandlungsanspruch aus Art. 3 GG, der den Gesetzgeber zu mehr Gewerbefreiheit anhält, ergibt sich aus dem ursprünglichen Gehalt der europäischen Grundfreiheiten, dem Diskriminierungsschutz, eine für die Gewerbefreiheit neue Funktion, die man als „egalitäre“ Schutzfunktion bezeichnen könnte. Sofern nämlich durch die europäischen Grundfreiheiten unternehmerisches Handeln über Grenzen hinweg möglich ist, muß es im nationalen Rahmen erhebliche Gründe für eine Ungleichbehandlung aus Sicht der Gewerbefreiheit geben. Die Gewerbefreiheit als umfassendes Schutzrecht der Unternehmerfreiheit verlangt, daß diese Freiheit gegenüber konkurrierenden Dritten aus anderen Mitgliedstaaten nur aus berechtigten Gründen eingeschränkt wird. Ergebnis und Begründung der *EuGH*-Urteile in den Sachen *Angonese*⁶⁷ und *Bosmann*⁶⁸ schlagen insoweit bis auf die Reform des deutschen Handwerksrechts durch.

⁶³ Vgl. dazu Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band 1, 2. Aufl., 2004, Art. 3, Rn. 16 m.w.N.

⁶⁴ Vgl. dazu grundlegend *BVerfGE* 55, 72 ff.; 60, 123 ff.; 74, 9 ff.

⁶⁵ Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band 1, 2. Aufl., 2004, Art. 3, Rn. 19.

⁶⁶ Ähnlich, Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.), Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl., 1999, Art. 3, Rn. 213.

⁶⁷ *EuGH*, Rs. C-281/98, Slg. I 2000, 4139 = *EuZW* 2000, 468 ff.

⁶⁸ *EuGH*, Rs. C-415/93, Slg. I 1995, 4921 ff. = *NJW* 1996, 505 ff.; vgl. auch Canaris, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 29 ff.

Neben diesem Gleichbehandlungsaspekt ergibt sich eine weitere Gleichstellung. Für das deutsche Recht ungewohnt, aber im europäischen Raum anerkannt, ist ein Schutzanspruch vor Eingriffen Privater.⁶⁹ Damit werden die Grenzen der deutschen Grundrechtsdogmatik zwar überschritten, weil diese nur eine mittelbare Wirkung der Grundrechte kennt, aber der Gewerbefreiheit als solcher wird eine neue Perspektive gegeben. Im modernen Rechtsstaat ist diese Schutzfunktion der Gewerbefreiheit nicht allein auf die unmittelbare Wirkung von Grundfreiheiten oder -rechten beschränkt, vielmehr ist bei umfassend verstandener Gewerbefreiheit gerade der Gesetzgeber berufen, einen Ausgleich zwischen den möglichen Ingerenzen Dritter und der Gewerbefreiheit zu schaffen.⁷⁰

Ein besonderes Beispiel für diese Entwicklung ist das europäische Vergaberecht: Der Staat begrenzt bei jeder Investition seine freie Entscheidung zur Auftragserteilung und ermöglicht im Bereich seines Beschaffungswesens eine weitergehende Geltung der Gewerbefreiheit. Der Ausgleich findet hierbei zu Lasten des Staates selbst, dessen Wahlfreiheit begrenzt wird, statt.

D. Defizite und Reformversuche

Die eindrucksvolle Behandlung des Gewerbe- und des Gewerbenebenrechts in der Kommentarliteratur des Verlags C. H. Beck kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß die systematisierende und grundlegende Kraft der Gewerbeordnung durch die Abwanderung zahlreicher Materien an Bedeutung eingebüßt hat. Die Gewerbeordnung ist zu einem „gewerberechtlichen Rumpfgesetz“⁷¹ verkümmert. Sicherlich geht, wie bereits eingangs betont, von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit des § 1 GewO immer noch eine systembildende Kraft aus, auch kommen aus der Europäischen Gemeinschaft entscheidende neue Impulse, welche das grundlegende Anliegen der Gewerbeordnung stärken. „Der Eindruck der bundesrechtlichen Zersplitterung des Gewerberechts“⁷² ist aber durchaus berechtigt. Es verwundert deshalb nicht, daß immer wieder Versuche unternommen wurden, das Gewerbe recht zu modifizieren oder neu zu kodifizieren. Aber weder die DIHT-Initiative „Gewerberecht aus einem Guß – Leitsätze für ein GewerbeGesetzbuch“ aus dem Jahr 1981 noch der vom DIHT (heute DIHK) vorgelegte Entwurf eines Allgemeinen Teils des Gewerberechts waren erfolgreich.⁷³ Auch der bemerkenswerte Diskussionsentwurf eines Allgemeinen Teils einer Gewerbeordnung für das 21. Jahrhundert von *Rolf Stober*⁷⁴ scheint auf Eis zu liegen, weil es an entsprechendem politischen Druck fehlt oder anderes ausgedrückt, weil sich gegenüber den „unterschiedlichsten Beharrungsinteressen nur wenig politische Profilierungs-

⁶⁹ Vgl. grundlegend dazu *EuGH*, Rs. C-265/95, Slg. 1997 I, 6959.

⁷⁰ Vgl. dazu bereits oben unter I. 1.

⁷¹ *Kahl*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 67 (109).

⁷² *Kahl* (o. Fn. 71), S. 109.

⁷³ Vgl. hierzu die Nachweise und Ausführungen von *Tettinger/Wank*, *GewO*, Kommentar, 7. Aufl., 2004, Einleitung Rn. 11.

⁷⁴ Abgedruckt in *NVwZ* 2003, 1349 ff.

chance“⁷⁵ bietet. Dennoch scheint das Urteil, die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Gewerberecht „tendiere gegen Null“⁷⁶, als zu hart. Insbesondere die Einleitungen des Großkommentars von *Landmann/Rohmer* und des Kurzkommentars von *Tettinger/Wank* zur Gewerbeordnung bringen mehr als Hinweise zu einer Kodifikation, deren wichtigste Aufgabe in der Rechtsvereinheitlichung, der Deregulierung und der Entlastung des Gesetzgebers liegen müßte. Die Wissenschaft vom Recht ist vor allem eine hermeneutische. Sie kann einen untätigen Gesetzgeber nicht ersetzen.

⁷⁵ *Tettinger* (o. Fn. 73).

⁷⁶ So aber *Stober*, NVwZ 2003, 1349.

