

Einführung in das Gewerberecht – 2. Teil

§ 2 Gewerbefreiheit

A. Zur Geschichte der Gewerbefreiheit in Deutschland

Siehe *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 11 f.; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, § 2 Rn. 12.

B. Verbürgungen der Gewerbefreiheit

I. Europäische Ebene (näher Skript Teil 2, S. 101, sowie Ergänzende Hinweise mit Aktualisierung im Moodle)

II. Grundgesetz: Art. 12 I GG (näher Skript Teil 2 S. 51 sowie Ergänzende Hinweise mit Aktualisierung)

III. Einfachgesetzlich: § 1 I GewO

1. *Vorfrage: Was ist ein Gewerbe? Dazu Videovorlesung zum Gewerbebegriff mit Begleitmaterial.*

2. *Schutzgehalt der Gewerbefreiheit i.S.d. § 1 I GewO*

a) Persönlicher Schutzgehalt: Jedermann

aa) Auch Minderjährige, siehe §§ 112 BGB, § 45 GewO.

bb) Auch Ausländer, siehe aber § 21 AufenthG für Nicht-EU-Ausländer);

dazu *Hailbronner, Asyl- und AusländerR*, 2006, Rn. 135.

cc) Juristische Personen

- des Zivilrechts: (+) – incl. UG, Societas Europaea (SE);
- des Öffentlichen Rechts: (+), sofern „Gewerbe“ vorliegt und soweit ihnen die Gewerbetätigkeit kompetentiell gestattet ist.
- ausländische juristische Personen: (+)

dd) **Problem:** Personenvereinigungen, die keine (echten) juristischen Personen sind (oHG, KG, GbR, nicht-rechtsfähiger Verein):

- h.L.: Gewerbetreibende ist (im Grundsatz) nicht die PV, sind vielmehr alle persönlich haftenden Gesellschafter;

Ausnahme: durch Gesetz kann die PV als Gewerbetreibende eingestuft werden, z.B. § 2 I 2 GastG, § 1 I 2 HwO.

So etwa *NdsOVG GewArch* 2009, 32; *Friauf*, in: ders., *GewO*, Stand: Okt. 2011, § 1 Rn. 282; *Tettinger/Wank/Ennuschat*, *GewO*, 8. Aufl. 2011, § 1 Rn. 76 f.; *Ziekow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 2010, § 10 Rn. 15, 55; *Guckelberger*, *Jura* 2007, 598/599.

- 2.M.: Soweit es sich um eine oHG, KG oder (Außen-) GbR handelt, ist die PV selbst Gewerbetreibende und daher vom persönlichen Schutzgehalt der Gewerbefreiheit erfasst.

So *Ruthig/Storr*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2011, Rn. 265 f., unter Hinweis auf BGH, NJW 2001, 1056 – zur Rechtsfähigkeit einer GbR.

- Siehe aber BVerfG, NJW 2006, 3340/3341; BVerwG, NZG 2005, 265/268: Aus der BGH-Rspr. lasse sich für die Auslegung des KWG (= Sondergewerberecht) nichts ableiten.

Für den nichtrechtsfähigen Verein stimmt die 2.M. der h.L. zu.

Ruthig/Storr, aaO, Rn. 267.

- b) Sachlicher Schutzgehalt: Garantiert ist das Recht, ein Gewerbe zu betreiben („ob“), d.h. es zu beginnen sowie es fortzusetzen (nicht: das „wie“, d.h. die Gewerbeausübung, siehe hierzu BVerwG, GewArch 2002, 154/155).

3. *Gesetzliche Ausnahmen oder Beschränkungen*

- a) „dieses Gesetz“: GewO und spätere ranggleiche (Bundes-)Gesetze
- b) Beschränkung durch Landesrecht?
 - Ja, wenn gem. Art. 74 I Nr. 11 GG n.F. (seit Föderalismusreform) die Länder zuständig sind (z.B. Märkte und Messen).
 - Bei bundesgesetzlicher Ermächtigung, z.B. § 33b GewO.
 - Landesrecht kann aber zur Verfolgung von Zwecken außerhalb des Gewerberechts bestimmte Tätigkeitsfelder von vornherein aus dem Schutzbereich der (einfachgesetzlichen) Gewerbefreiheit herausnehmen (siehe § 15 der Vorlesung zum Merkmal des Gewerbebegriffs „erlaubt“), z.B. die Veranstaltung von Glücksspielen.

- Beachte: Hins. des „wie“ greift § 1 I GewO ohnehin nicht; das „wie“ betrifft etwa das Sonn- und Feiertagsrecht der Länder oder u.U. auch das Polizeirecht.
- Eilfallkompetenz der Polizeibehörden z.B. gem. § 2 I PolG BW (dann sogar „ob“).

4. *Verhältnis von § 1 I GewO zu Art. 12 I GG*

Teils ist der Schutzbereich von Art. 12 GG weiter, teils der des § 1 I GewO. In persönlicher Hinsicht ist etwa § 1 I GewO weiter (z.B. Ausländer, juristische Personen des öffentlichen Rechts, ausländische juristische Personen), in sachlicher Hinsicht ist Art. 12 I GG weiter (schützt etwa auch gesetzlich verbotene Tätigkeiten, solange sie nicht schlechthin sozialschädlich sind).

5. *Zur Bedeutung von § 1 II GewO*

Wer jetzt im Einklang mit dem bisherigen Recht ein Gewerbe betreibt, darf dies fortsetzen, selbst wenn er neue Erfordernisse nicht erfüllen sollte (Ausnahme: das neue Gesetz sieht zulässigerweise Rückwirkung vor).

Das gilt aber nur für die schlichte Fortführung, d.h. der Bestandsschutz entfällt bei einer wesentlichen Änderung etc. (zur Wesentlichkeit siehe § 14 I 2 GewO).