Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 1 Einführung

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

§ 1 Einführung

A) Wirtschaftsverwaltungsrecht als Querschnittsrechtsgebiet und Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten

B) Einfluss des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf das tägliche Leben

C) „Umgehungsbereitschaft“ im Wirtschaftsverwaltungsrecht

D) Gesetzgebungskompetenz für das Wirtschaftsverwaltungsrecht

A) Wirtschaftsverwaltungsrecht als Querschnittsrechtsgebiet und Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten

I. Kerngebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts

II. Abgrenzung des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu anderen Rechtsgebieten

III. Schwerpunkt des Kurses: Gewerberecht und Gewerbenebenrecht

IV. Die Gewerbeordnung: Überblick

Siehe zu diesem Abschnitt des Kurses:

- *Fehling*, JuS 2014, 1057 ff.
- *Knauff*, DÖV 2017, 969 ff
- *Schäfer/Zentrgaf*, Jura 2023, 912 ff.

I. Kerngebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Wirtschaftsverwaltungsrecht umfasst diejenigen Rechtsnormen, die regeln

- unter welchen Voraussetzungen (z. B. Sachkunde- und Zuverlässigkeitsnachweise) in welchen Bereichen einer selbständigen wirtschaftlichen Betätigung nachgegangen werden darf (**Berufsreglementierungen**);
- welche Behörden mit welchen Mitteln Wirtschaftsteilnehmer zur **Abwehr von Gefahren** für ihre Kunden (Verbraucher), ihre Arbeitnehmer, ihre Mitbewerber, sonstige Dritte (z. B. Nachbarn) und öffentliche Interessen (z. B. Umweltschutz, Steuereinnahmen) zu überwachen haben;
- ob und in welchen Umfang der Staat in den Markt (zur Beseitigung [partiellen]) Marktversagens) gestaltend eingreifen darf (**Regulierungsrecht**);
- ob und unter welchen Voraussetzungen die Verwaltung die wirtschaftliche Tätigkeit Privater fördern darf (**Subventionsrecht, Beihilferecht**);
- ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat und andere Verwaltungsträger selbst wirtschaftlich am Markt tätig werden dürfen, etwa als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen (**Vergaberecht**), als Anbieter von Waren und Dienstleistungen (**wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand**) oder auf dem Immobilien- oder Finanzmarkt.

I. Kerngebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Wirtschaftsverwaltungsrecht umfasst damit (Folie 1 von 2)

- **Berufsreglementierungen** und **wirtschaftsbezogenes Gefahrenabwehrrecht** - Schwerpunkt des Kurses s. § 1 E
- **Reglementierung spezieller Wirtschaftszweige**
  - z. B. PBefG, KWG, VAG, BRAO …
  - einschließlich des **Regulierungsrechts** (insbesondere der Netzwirtschaften [siehe hierzu TKG, PostG, EnWG, EReG und Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen]) – nicht Gegenstand des Kurses
  - und des **Plattform- und Datenwirtschaftsrechts** (ggf. auch mit dem Recht privater Medienunternehmer)

I. Kerngebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts

Wirtschaftsverwaltungsrecht umfasst damit (Folie 2 von 2)

- **Subventionsrecht, Beihilferecht** – nicht Gegenstand des Kurses

  Hierbei handelt es sich eigentlich um eine Materie des Besonderen Verwaltungsrechts, die aber in Deutschland i.d.R. in Zusammenhang mit dem Allgemeinen Verwaltungsrecht gelehrt wird (s. z. B. *Ebeling/Tellenbröker*, JuS 2014, 217 ff.). Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Frage der Rückforderung von Subventionen Hauptanwendungsfall der in § 48 Abs. 2, § 49 Abs. 3 und § 49a VwVfG geregelten Fälle ist.

  Aus den Saarheimer Fällen zum Subventionsrecht: Mittelstandsförderung; Nichts für viel Lärm; Sanitäter

- **Vergaberecht** (insbesondere nach §§ 97 ff. GWB; Einführung bei *Probst/Winters*, JuS 2019, 1157 ff.) – nicht Gegenstand des Kurses

- **Recht der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand** und **Recht der öffentlichen Unternehmen** – nicht Gegenstand des Kurses

  Siehe aber für einen Fall einer Klage gegen eine kommunalwirtschaftliche Betätigung aus den Saarheimer Fällen: Sauna-Fall

II. Abgrenzung des Wirtschaftsverwaltungsrechts zu anderen Rechtsgebieten

Generell gilt: Was zum Wirtschaftsverwaltungsrecht (oder öffentlichen Wirtschaftsrecht) gehört, ist v. a. eine Frage der Konvention und damit abhängig

- von der jeweiligen Rechtsordnung (das Folgende gilt nur für Deutschland);
- von der „Kleinteiligkeit“ der **Spezialisierung in der Rechtswissenschaft** im Allgemeinen und der Spezialisierung im Besonderen Verwaltungsrecht (Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umweltrecht, Sozialrecht etc.) im Besonderen;
- von der **Ressortabgrenzung zwischen den einzelnen Bundesministerien** (welches Bundesministerium betreut welche Gesetze federführend?): I.d.R. werden im Wirtschaftsverwaltungsrecht nur Gesetze aus dem Geschäftsbereich des **Bundesministeriums für Wirtschaft** und des **Bundesministeriums für Verkehr** in den Blick genommen, ***nicht*** aber solche aus den Geschäftsbereichen des **Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Heimat**, des **Bundesministeriums für Arbeit und Soziales,** des **Bundesministeriums für Gesundheit** und des **Bundesministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Naturschutz und nukleare Sicherheit**

1. Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsprivatrecht

Zum **Wirtschaftsprivatrecht** werden traditionell auch solche Rechtsmaterien gezählt, die Verhaltensregeln für die Wirtschaftsteilnehmer aufstellen, die sowohl

- von ihren Mitbewerbern auf Grundlage privatrechtlicher Abwehr- und Schadensersatzansprüche

als auch

- von einer Fachbehörde mit öffentlich-rechtlichen Mitteln (Unterlassungs-verfügungen, Sanktionen)

durchgesetzt werden können.

Hauptbeispiel: Obwohl die §§ 32 ff., §§ 54 ff. des **Gesetzes gegen Wettbewerbs-beschränkungen (GWB)** „reines“ Verwaltungs(verfahrens)recht sind, wird das **Wettbewerbsrecht des GWB** insgesamt (einschließlich der Regelungen zu den Befugnissen des KartA) zum „Wirtschaftsprivatrecht“ gezählt und von Privatrechtlern „betrieben“.

Hierzu dürfte auch beigetragen haben, dass für Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörden die ordentlichen Gerichte zuständig sind (vgl. §§ 63 ff. GWB).

1. Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsprivatrecht

Zum **Wirtschaftsprivatrecht** werden traditionell auch das gesamte **Patentrecht** (nach dem Patentgesetz) und das **Recht sonstiger gewerblicher Schutzrechte** (nach dem Designgesetz, Markengesetz, Gebrauchsmustergesetz, Sortenschutzgesetz usw.) gezählt, obwohl hier zwischen einer

- **rein öffentlich-rechtlichen Regelung** des Erwerbs des Patents/des gewerblichen Schutzrechts durch einen öffentlich-rechtlichen Erteilungsakt und
- den **privatrechtlichen Ansprüchen** aus dem Patent/des gewerblichen Schutzrechts sowie
- den **öffentlich-rechtlichen Enteignungs- und Zugriffsansprüchen** auf das Patent/die gewerblichen Schutzrechte (hierzu *U. Stelkens*, GRUR 2004, 25 ff.)

zu unterscheiden ist.

Grund hierfür dürfte u. a. die einheitliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte sowohl für das **öffentlich-rechtliche Recht auf das Patent/das gewerbliche Schutzrecht** als auch für das **privatrechtliche Recht aus dem Patent/dem gewerblichen Schutzrecht** sein.

1. Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsprivatrecht

Sowohl von „Privatrechtlern“ wie von „Öffentlich-Rechtlern“ werden betrieben

- **Vergaberecht:** Aus öffentlich-rechtlicher Perspektive wird das Vergaberecht als spezielles Verwaltungsverfahrensrecht verstanden, aus privatrechtlicher Perspektive als Bestandteil des Vertragsrechts (insbesondere des Bauvertragsrechts, des IT-Rechts usw.)
- **Recht der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand:** Aus öffentlich-rechtlicher Perspektive wird hier die Frage der Zuständigkeit, der haushaltsrechtlichen Vorgaben und der Grundrechtsbindung in den Mittelpunkt gestellt, aus privatrechtlicher Perspektive die Geltung des UWG und des GWB zu Lasten der öffentlichen Hand

2. Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht

Abgrenzung zwischen Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht hängt historisch davon ab, ob eine Regelung

- primär als Regelung zur Beschränkung der „Gewerbefreiheit“ zum Schutz von Umweltgütern oder
- primär als Regelung zum Schutz von Umweltgütern (auch) durch Beschränkung der Gewerbefreiheit

verstanden wird.

Beispiel: Bis in die 1970er Jahre wurde das Recht der Zulassung von Industrieanlagen als gewerberechtliche Materie verstanden.

- Zulassung von Industrieanlagen war bereits in der ursprünglichen Fassung der §§ 16 ff. der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 geregelt.
- Ursprüngliches Regelungsziel war, durch eine einheitliche Regelung auf Bundes- bzw. Reichsebene eine Zersplitterung der Anforderungen an Industrieanlagen auf der Ebene der Bundesstaaten (Länder) zu verhindern

Fortsetzung nächste Folie

2. Wirtschaftsverwaltungsrecht und Umweltrecht

Seit 1974: **Ersetzung der §§ 16 ff. GewO durch §§ 4 ff. BImSchG**.

- Regelungszweck des BImSchG ist generell der Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen usw. vor schädlichen Umwelteinwirkungen (§ 1 BImSchG)
- Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Anlagenbetreibers ist nicht Regelungszweck des BImSchG, sondern wird „nur“ durch die Grundrechte des Anlagenbetreibers aus Art. 12 und 14 GG garantiert.
- BImSchG ist „Kernstück“ des deutschen Umweltrechts (obwohl seine Regelungen für die deutsche Wirtschaft von größter Bedeutung sind)

Ebenso werden eher zum Umweltrecht als zum Wirtschaftsverwaltungsrecht die fachrechtlichen Reglementierungen **besonders umweltrelevanter Gewerbe** gezählt

- Abfall- und Kreislaufwirtschaftsrecht
- Gentechnikrecht
- Chemikalienrecht
- Atomrecht

3. Wirtschaftsverwaltungsrecht und öffentliches Verbraucherschutzrecht

Öffentliches Verbraucherschutzrecht als neues „Querschnittsrechtsgebiet“ (zusammenfassend *Wiebe*, GewArch 2016,138 ff.) bestehend aus

- **Produktsicherheits- und Stoffrecht:** Lebensmittelrecht, Arzneimittelrecht, Chemikalienrecht etc. (vgl. *Wagner/Spiecker gen. Döhmann*, JuS 2016, 413 ff.)
- **Regelungen zur behördlichen Durchsetzung zivilrechtlicher Verbraucherschutzstandards** (vgl. *Durner*, DVBl 2014, 1356 ff.; *Schmidt-Kessel*, GewArch 2016, 169 ff.)
  - z. B. für Verbraucherschutz durch BNetzA im Telekommunikationsrecht: § 67 TKG (zur Entstehung: *U. Stelkens*, in: Seok/Ziekow [Hrsg.], Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2008, S. 77 ff.)
  - z. B. für Anlegerschutz im Kapitalmarktrecht: § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG (hierzu *Bierschenk*, NVwZ 2022, 307 ff.; *Möllers*, DÖV 2022, 314 ff.)
  - teilweise aber auch im „klassischen“ Gewerberecht (hierzu § 2 D II 5 des Kurses)
- **Verbraucherinformationsrecht**:
  - zu § 40 LFBG: BVerfG, 1 BvF 1/13 v. 21.3. 2018 = BVerfGE 148 40 ff.;
  - zum VIG: BVerwG, 7 C 29/17 v. 29.8.2019 = BVerwGE 166, 233 ff.; OVG Münster, 15 B 288/20 v. 23.7.2020 = NVwZ-RR 2021, 395 ff.

III. Schwerpunkt des Kurses: Gewerberecht und Gewerbenebenrecht

Der Kurs beschränkt sich im **Wesentlichen** auf

- das in der **Gewerbeordnung** geregelte **Gewerberecht** - § 2 bis § 5 des Kurses),
- das sog. Gewerbenebenrecht **(Handwerksrecht, Gaststättenrecht, Ladenöffnungsrecht)** - § 6 bis § 8 des Kurses,
- Recht der **Wirtschaftskammern** (insbes. Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern) **-** § 11 des Kurses,

sowie ihre jeweiligen Bezüge zum

- Verfassungsrecht (jeweils bei den einzelnen Kursabschnitten „integriert“),
- Unionsrecht (§ 9 des Kurses),
- Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht (jeweils bei den einzelnen Kursabschnitten „integriert“ sowie in § 10 des Kurses).

III. Schwerpunkt des Kurses: Gewerberecht und Gewerbenebenrecht

Schwerpunktsetzung auf Gewerbe(neben)recht ist gerechtfertigt, weil

- dies die „Alltagsbereiche“ der wirtschaftlichen Betätigung prägt, die im täglichen Leben für alle sichtbar und daher auch ohne ökonomische Vorkenntnisse einfach nachvollziehbar sind;
- sich hier sowohl die Grundlagen der deutschen Wirtschaftsordnung wie die Erwartungen der Gesellschaft an die „Wirtschaft“ (und die Erwartungen der „Wirtschaft“ an die Politik) widerspiegeln;
- sich hier Grundmuster herausgebildet haben, die auch in spezielleren Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts von Bedeutung sind;
- sich hier umfangreiches Rechtsprechungsmaterial findet, das sehr gut die alltäglichen Praxisprobleme des Vollzugs des Wirtschaftsverwaltungsrechts aufzeigt;
- sich hier zahlreiche Verbindungen zu Fragen des Allgemeinen Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts herstellen lassen und es sich auch deshalb recht gut als „Aufhänger“ für verwaltungsrechtliche Klausuren im 2. Staatsexamen eignet

IV. Die Gewerbeordnung: Überblick

Ursprungsfassung: Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 (Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245); erste Änderung: Gesetz, betreffend Abänderung der Gewerbeordnung v. 1. Juli 1883 (RGBl. 1883, S 159).

Gewerbeordnung gilt im Grundsatz bis heute fort, ist jedoch mittlerweile sehr lückenhaft:

- §§ 16 bis 28 GewO a. F. sind Teil des BImSchG
- §§ 81 ff. GewO a. F. sind 1954 in Handwerksordnung „ausgelagert“ worden
- § 30 GewO a. F. enthielt Gaststättenrecht, das seit 1930 in Sondergesetzen geregelt wird

Weitere Ausweitung der „Lücken“ durch Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen von 2006 (§ 1 D III des Kurses) zu erwarten; ferner:

- „Obsolete“ Regelungen: § 5 (§ 7 bis § 10 GewO sind erst 2022 aufgehoben worden (*Schulze-Werner*, GewArch 2023, 482 ff.).
- Arbeitsrechtliche Regelungen: §§ 105 ff. GewO
- „Unsystematisch“ eingeordnete Regelungen, z. B. §§ 11 bis 13a, § 35 GewO und viele andere

IV. Die Gewerbeordnung: Überblick

Zweck des Gewerberechts**: Abwehr potenzieller Gefahren**, die sich **aus der gewerblichen Tätigkeit** für

- **Kunden** (insbesondere Verbraucher),
- **Arbeitnehmer** des Gewerbetreibenden,
- **Dritte** (z. B. Mitbewerber, Nachbarn des Gewerbebetriebes),
- **Allgemeinheit** und öffentliche Interessen

ergeben können unter gleichzeitig **möglichst umfassender Garantie der Gewerbefreiheit** (hierzu § 2 A des Kurses)

§ 1 Abs. 1 GewO
Grundsatz der Gewerbefreiheit

Der Betrieb eines Gewerbes ist **jedermann** gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

IV. Die Gewerbeordnung: Überblick

2019 und 2020 sind zahlreiche Beiträge zu „150 Jahre Gewerbeordnung“ erschienen, die dieses Gesetz und seine heutige Bedeutung würdigen

- *Burgi*, ZHR 184 (2020), 1 ff.
- *Di Fabio*, GewArch 2019, 257 ff.
- *Kluth*, GewArch 2019, 278 ff.
- *Rixen*, GewArch 2020, 121 ff.
- *Schönleitner*, GewArch 2019, 260 ff.
- *Stober*, GewArch 2020, 1 ff.

Einen Kurzüberblick über Inhalt der Gewerbeordnung bietet *Wormit*, JuS 2017, 641 ff.

Zur Diskussion über eine grundlegende Neukodifikation des Gewerberechts: *Eisenmenger*, GewArch 2018, 181 ff.; *ders.,* GewArch 2019, 281 ff.

IV. Die Gewerbeordnung: Überblick

Aktuelle Entwicklungen (neue Gesetzesvorhaben, neue Probleme) werden i.d.R (zweimal jährlich) im **Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“** diskutiert.

Sitzungsberichte werden regelmäßig im Gewerbe Archiv veröffentlicht, zuletzt

- GewArch 2017, 424 ff. (Frühjahrssitzung 2017) und GewArch 2018, 235 ff. (Herbstsitzung 2017)
- GewArch 2018, 462 ff. (Frühjahrssitzung 2018)
- GewArch 2020, 218 ff. (Herbstsitzung 2019)
- GewArch 2022, 15 ff. und 53 ff. (Frühjahrssitzung 2021)
- GewArch 2023, 14 ff. (Herbstsitzung 2021)
- GewArch 2023, 496 ff. (Frühjahrssitzung 2023)
- GewArch 2024, 230 ff. (Herbstsitzung 2024).

Siehe ferner die Praktikerplattform: Forum Gewerberecht (https://www.forum-gewerberecht.de/)

B) Einfluss des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf das tägliche Leben

Frage 1: Warum haben Friseure i.d.R. montags geschlossen?

Frage 2: Warum ist (nur) in Deutschland das Konzept des Stehcafés so verbreitet?

Die Antwort auf beide Fragen findet sich in früheren gewerberechtlichen Regelungen, die zwar mittlerweile aufgehoben worden sind, aber letztlich Gebräuche und Gewohnheiten begründet haben, die bis heute fortwirken.

B) Einfluss des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf das tägliche Leben

Antwort auf Frage 1: Bis 2003 gab es folgende Regelung im (Bundes-)Gesetz über den Ladenschluss (ausführlich hierzu § 8 des Kurses)

§ 18 - Friseurbetriebe

(1) Auf Betriebe des Friseurhandwerks und die in ihnen Beschäftigten finden die Vorschriften dieses Gesetzes mit der Maßgabe Anwendung, dass dem Feilhalten von Waren das Anbieten von Dienstleistungen gleichgestellt wird.

(2) Abweichend von § 3 Abs. 1 Nr. 3 dürfen Betriebe des Friseurhandwerks sonnabends bis achtzehn Uhr geöffnet sein; **sie müssen statt dessen am Montagvormittag bis dreizehn Uhr geschlossen sein**.

(3) […].

Die Regelung war nur vor dem Hintergrund verständlich, dass die Ladenöffnungszeiten am Sonnabend nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 LadSchlG (bis 1989) nur bis 14:00 Uhr gingen (außer am sog. „langen Samstag“ einmal pro Monat bis 18:00 Uhr).

Auf Grundlage des § 18 Abs. 2 LadSchlG hat sich dann die Übung eingespielt, dass Friseurgeschäfte den gesamten Montag geschlossen bleiben. Diese Übung hat sich bis heute gehalten.

B) Einfluss des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf das tägliche Leben

Antwort auf Frage 2: Bis 2005 bedurften alle Gaststätten einer Gaststättenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 des Bundes-Gaststättengesetzes. Voraussetzung der Erteilung einer Gaststättenerlaubnis war u. a., dass eine hinreichende Anzahl an Gästetoiletten bereit gestellt wurde (näher § 7 C I des Kurses). Es gab aber folgende Ausnahme

§ 2 Abs. 3 GastG a.F.

Der Erlaubnis bedarf […] nicht, wer, **ohne Sitzgelegenheit bereitzustellen**, in räumlicher Verbindung mit seinem Ladengeschäft des Lebensmitteleinzelhandels oder des Lebensmittelhandwerks während der Ladenöffnungszeiten alkoholfreie Getränke oder zubereitete Speisen verabreicht.

Von dieser Ausnahme machten zahlreiche Bäckereibetriebe – aber auch z. B. Tchibo – Gebrauch, gerade um Kaffee, Kuchen, Käsebrötchen usw. zum Verzehr an Ort und Stelle ausgeben zu können, ohne (kostenintensive) Toiletten bereit halten zu müssen. Die Maßgabe „ohne Sitzgelegenheiten bereitzustellen“ diente auch gerade dazu, dass die Gäste nicht zu lange in dem Geschäft verweilen sollten, damit kein Bedürfnis nach einem Toilettengang aufkam.

B) Einfluss des Wirtschaftsverwaltungsrechts auf das tägliche Leben

Lehren aus den Beispielen:

- Insbesondere die Regulierung von Gewerbe mit direkten Kundenkontakt prägt das tägliche Leben aller und begründet auch Erwartungen und Gewohnheiten

  Weiteres Beispiel: Sonntagsöffnung von Tankstellenshops und Bahnhofsgeschäften als anerkanntes „Ventil“ für geschlossene Supermärkte.

- Einschränkende Regelungen werden von vielen Gewerbetreibenden weniger als Beschränkung der Gewerbefreiheit, sondern auch als „gesetzliche Kartell-erlaubnis“ verstanden. Sie ermöglicht, das Leistungsangebot an die Kunden zu beschränken ohne hierdurch Wettbewerbsnachteilen ausgesetzt zu sein.

- Deregulierung des Gewerberechts stößt daher nicht immer auf Zustimmung aller Gewerbetreibenden und führt auch nicht zwingend zu Verhaltensänderungen der Mehrheit der Gewerbetreibenden.

C) „Umgehungsbereitschaft“ im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Ein Beispiel zum Einstieg: Streit um den Begriff der „Sitzgelegenheit“ in § 2 Abs. 3 a. F. GastG (s. § 1 B des Kurses)

- Auch wenn die Geschäftsinhaber von der Erlaubnisfreiheit nach § 2 Abs. 3 a. F. GastG profitieren wollten, lag es natürlich in ihrem Interesse, dass die Gäste möglichst lange im Geschäft verblieben und konsumierten. Dies führte dazu, dass Bequemlichkeiten für die Gäste erdacht wurden, die zwar kein „sitzen“ ermöglichten, sondern eine „Sitzgelegenheit“ ersetzen und so zum längeren Verweilen einladen sollten.

- Die Verwaltung versuchte dem, durch eine weite „Auslegung“ des Begriffs „Sitzgelegenheit“ zu begegnen.

- Die Gerichte folgten dem i.d.R. und sahen sich dem Problem ausgesetzt, „**Sitzgelegenheiten“** von sog. **„Stehhilfen“** abzugrenzen.

C) „Umgehungsbereitschaft“ im Wirtschaftsverwaltungsrecht

VG Düsseldorf, 18 L 3572/99 v. 4.2.2000, Abs. 13 ff. = NWVBl. 2000, 396

„Der Begriff der Sitzgelegenheit im Sinne des § 2 Abs. 3 GastG weicht […] vom üblichen Sprachgebrauch ab. Er umfaßt auch solche Einrichtungen, die nicht dem herkömmlichen Bild des Stuhls, Sessels, Hockers oder einer Bank entsprechen, aber trotz ihrer besonderen Form einem beachtlichen Teil der Kundschaft eine wesentliche Verlagerung des Körpergewichts von den Beinen auf das Gesäß ermöglichen; es ist nicht notwendig, daß die Beine vollständig entlastet werden. Derartige Einrichtungen sind nämlich dazu geeignet, den Gast zu einem längeren Bleiben zu veranlassen. Dadurch wird das Gepräge des Ladengeschäfts entgegen der gesetzgeberischen Intention verändert. Dagegen sind bequeme Steh- oder Stützhilfen, bei denen das Körpergewicht hauptsächlich auf den Beinen lastet, noch keine Sitzgelegenheit.

[Es folgen Ausführungen dazu, ob eine in einer Höhe von 74 cm angebrachte gepolsterte Fläche, die über eine in den Raum hineinragende Tiefe von über 20 cm verfügt eine „Sitzgelegenheit“ oder eine „Stehhilfe“ ist].

C) „Umgehungsbereitschaft“ im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Der Streit um den Begriff der „Sitzgelegenheit“ in § 2 Abs. 3 a. F. GastG zeigt eine typische Form juristischer Auseinandersetzung im Gewerberecht

- Bestimmte gewerberechtliche Vorgaben beschränken die Gewerbeausübung und werden vom Gewerbetreibenden (ggf. auch von der Mehrzahl der Kunden insgesamt) nicht mehr akzeptiert
- Gewerbetreibender versucht die Regelung (insbesondere durch rein „wortlautorientierte“ Handhabung) teilweise sehr offensichtlich zu umgehen
- Hieran anschließend: Versuch der Verwaltung, diese Umgehung unter Berufung auf den Sinn und Zweck der Regelung zu unterbinden
- Einlegung von gerichtlichen Rechtsbehelfen durch den Gewerbetreibenden

Selbst wenn der Gewerbetreibende im Gerichtsverfahren unterliegt, hat er immerhin bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Verwaltung tätig wird (ggf. auch noch bei fehlender aufschiebender Wirkung ihrer Maßnahmen darüber hinaus), sein Geschäftsmodell verwirklichen und entsprechende Einnahmen erzielen können.

C) „Umgehungsbereitschaft“ im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Weitere Beispiele für derartige „Umgehungskonstruktionen“

- VG Berlin, VG 35 A 304-99 v. 5. 8. 1999 = NJW 1999, 2988 f.: Ein Kaufhaus wird nicht schon deshalb zu einem „Andenkenladen“, der am Sonntag geöffnet sein darf, wenn das gesamte Sortiment mit dem Aufkleber „Berlin-Souvenir“ versehen wird (ebenso OVG Berlin-Brandenburg, OVG 1 B 17/17 v. 19.4.2018 = NVwZ-RR 2018, 848 ff. – hierzu auch § 8 E V des Kurses)
- OLG Bamberg, 2 Ss OWi 997/09 v. 30.9.2009, Abs. 20 ff. = GewArch 2010, 419 ff.: Ein „Erotikmarkt“ wird nicht schon deshalb zu einer „Tankstelle“, die am Sonntag und über Nacht geöffnet bleiben darf, weil ein oberirdischer Tank mit Biodiesel auf der Rückseite des Gebäudes bereit gehalten wird und der Tankvorgang (theoretisch) dadurch ermöglicht wird, dass ein Kunde, der tanken will, im Erotikmarkt im 1. Stock des Gebäudes nachfragen muss, damit ein Angestellter herunterkommt und den Tankvorgang vornimmt (hierzu auch § 8 E VI des Kurses)
- *Schulze-Werner/Herbers*, NWVBl 2010, 308 ff.: Landesrechtlich verbotener Verkauf von Brötchen an bestimmten („stillen“) Feiertagen wird dadurch umgangen, dass an diesen Tagen nur zuvor bezahlte und bestellte Brötchen an die Kunden in der zu diesem Zweck geöffneten Verkaufsstelle ausgegeben werden (hierzu auch § 8 E III des Kurses)

C) „Umgehungsbereitschaft“ im Wirtschaftsverwaltungs-recht

„Umgehungsbereitschaft“ der Gewerbetreibenden

- wird während des gesamten Kurses bei fast jedem Abschnitt Thema sein;
- ist oft ein Spiegel mangelnden Fortbestehens der Akzeptanz bestehender Regelungen, die vielfach aus den 1950er/1960er Jahren stammen, die sich aber aus politischen Gründen kaum abschaffen lassen (allerdings gibt es ähnliche Phänomene auch bei der Nichtraucherschutzgesetzgebung, siehe hierzu § 7 F des Kurses);
- ist auch Folge des erheblichen wirtschaftlichen Drucks, unter dem viele (Klein-)Gewerbetreibende stehen;
- führt teilweise zu einer Art Pingpong-Spiel zwischen „findigen“ Gewerbetreibenden und dem Gesetzgeber, die zu einer immer weitgehenderen und detailversesseneren (Über-)Regulierung führt.

D) Gesetzgebungskompetenz für das Wirtschafts-verwaltungsrecht

I. Ursprüngliche Fassung von Art. 72 GG und Art. 74 Nr. 11 GG (in Geltung bis 1994)

II. Folgen der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl I, 3146)

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

I. Ursprüngliche Fassung von Art. 72 GG und Art. 74 Nr. 11 GG (in Geltung bis 1994)

Art. 72. (1) Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

(2) Der Bund hat in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil

1. eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden kann oder
2. die Regelung einer Angelegenheit durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen könnte oder
3. die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert.

Art. 74. Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

[…]

11. das **Recht der Wirtschaft** (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen); […].

I. Ursprüngliche Fassung von Art. 72 GG und Art. 74 Nr. 11 GG (in Geltung bis 1994)

Weite Auslegung des Art. 74 Nr. 11 GG seit BVerfG, 1 BvF 3/53 v. 30.5.1956 = BVerfGE 5, 25, 28:

„[Art. 74 Nr. 11 GG] unterstellt das Recht der Wirtschaft der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Wie die zahlreichen als Teilgebiete des Rechts der Wirtschaft genannten Rechtsmaterien erkennen lassen, **soll hier Recht der Wirtschaft in einem weiten Sinne verstanden werden**. Um dies zu erreichen, hat der Parlamentarische Rat den […] Begriff des Rechts der Wirtschaft an den Beginn der Nr. 11 gestellt. Er wollte auf diese Weise vermeiden, daß Spezialgebiete handels- oder gewerberechtlicher Art der Bundeszuständigkeit entzogen werden; dies wäre bei einer Einzelaufzählung der Zuständigkeiten möglich gewesen […]. Von der Absicht des Grundgesetzgebers ausgehend, eine möglichst weite Zuständigkeit des Bundes für das Recht der Wirtschaft zu begründen, muß **auch "Gewerbe" als Teilgebiet der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Nr. 11 GG umfassend verstanden werd**en. Anhaltspunkte dafür, daß der Grundgesetzgeber in Art. 74 Nr. 11 GG den traditionellen Gewerbebegriff der Gewerbegesetzgebung und der früheren Verfassungen (Art. 4 der Reichsverfassung von 1871, Art. 7 Nr. 16 der Weimarer Verfassung) einengen wollte, fehlen. […].“

I. Ursprüngliche Fassung von Art. 72 GG und Art. 74 Nr. 11 GG (in Geltung bis 1994)

Einschätzungsprärogative des Bundesgesetzgebers hinsichtlich der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung i.S. des Art. 72 Abs. 2 GG seit BVerfG, 1 BvL 18/52 v. 22.4. 1953 = BVerfGE 2, 213, 224 f.

„[…]. Die Frage, ob ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung [i. S. des Art. 72 Abs. 2 GG] besteht, ist eine Frage pflichtmäßigen Ermessens des Bundesgesetzgebers, die ihrer Natur nach nicht justitiabel und daher der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen ist. Zwar sind - im Gegensatz zu Art. 9 WRV - die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts zur konkurrierenden Gesetzgebung durch den Bund (Art. 72 Abs. 2 GG) im einzelnen bezeichnet. Hierdurch wird die Ermessensfreiheit des Bundesgesetzgebers eingeengt, der Entscheidung der Bedürfnisfrage bleibt jedoch der Charakter einer echten Ermessensentscheidung. Die Frage, inwieweit diese Entscheidung vom Bundesverfassungsgericht nachzuprüfen wäre, falls der Bundesgesetzgeber die seinem Ermessen gesetzten Grenzen verkannt oder das ihm eingeräumte Ermessen mißbraucht hätte, bedarf hier keiner Beantwortung; denn für die Feststellung einer Überschreitung oder mißbräuchlichen Ausübung dieses Ermessens bei Erlaß des Straffreiheitsgesetzes fehlt es an jedem Anhalt.“

I. Ursprüngliche Fassung von Art. 72 GG und Art. 74 Nr. 11 GG (in Geltung bis 1994)

Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 74 Nr. 11 und Art. 72 Abs. 2 GG führte zu umfassenden bundesgesetzlichen Regelungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht

- Annahme der Fortgeltung der Gewerbeordnung als Bundesrecht nach Art. 123 Abs. 1 i. V. mit Art. 125 GG (und der Annahme das die Gewerbeordnung das Gewerberecht im Verhältnis zum Landesrecht abschließend regelt)
- Handwerksordnung vom 17.9.1953 (BGBl I S. 1411)
- Gesetz über den Ladenschluss vom 28.11.1956 (BGBl. I S. 875)
- Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern v. 18.12.1956 (BGBl. I S. 920)
- Gaststättengesetz v. 5.5.1970 (BGBl I S. 465, ber. S. 1298) – das bis 2005 auch das Recht der Beherbergungsgewerbe regelte.

II. Folgen der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl I, 3146)

Neufassung der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl I, 3146):

- BVerfG, 2 BvF 1/01 v. 24.10.2002, Abs. 286 ff. = BVerfGE 106, 62, 136 ff. - Altenpflege: Strenge verfassungsgerichtliche Kontrolle der Erforderlichkeit des Art. 72 Abs. 2 GG n.F. (siehe hierzu m. w. N. zur nachfolgenden Rechtsprechung zu Art. 72 Abs. 2 GG n. F. Kriegsspielzeug-Fall)

- BVerfG, 1 BvR 636/02 v. 4.11.2003, Abs. 102 ff. = BVerfGE 111, 10, 28 ff. – Ladenschluss III: Ladenschlussgesetz ist in diesem Sinne nicht „erforderlich“

- Vertiefend zur Relevanz des Art. 72 Abs. 2 GG für das Gewerberecht: *Rixen*, GewArch 2020, 121, 122 ff.

II. Folgen der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl I, 3146)

Aber: Fortgeltung von Gewerbeordnung, Handwerksordnung, Ladenschlussgesetz, Gaststättengesetz nach **Art. 125a Abs. 2 GG** als Bundesrecht:

Art. 125a Abs. 2 GG

Recht, das auf Grund des Artikels 72 Abs. 2 in der bis zum 15. November 1994 geltenden Fassung erlassen worden ist, aber wegen Änderung des Artikels 72 Abs. 2 nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort. Durch Bundesgesetz kann bestimmt werden, dass es durch Landesrecht ersetzt werden kann.

II. Folgen der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl I, 3146)

BVerfG, 1 BvR 636/02 v. 4.11.2003, Abs. 103 ff. = BVerfGE 111, 10, 28 ff. – Ladenschluss III:

- Abs. 103 ff.: Freigabe des Bundgesetzgebers ist zwingende Voraussetzung für Ersetzung von nach Art. 125a Abs. 2 Satz 1 fortgeltenden Bundesrechts durch Landesrecht. Ob Freigabe erfolgt, steht grundsätzlich im Ermessen des Bundegesetzgebers.
- Abs. 108 ff.: Möglichkeit der Änderung des nach Art. 125a Abs. 2 Satz 1 fortgeltenden Bundesrechts durch den Bundesgesetzgeber, solange die wesentlichen Elemente der Regelung erhalten bleiben.

„Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber durch Art. 125 a Abs. 2 GG einen Stillstand im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und damit eine Versteinerung einer einmal geschaffenen Rechtslage in Kauf genommen hat oder hat verursachen wollen.“

II. Folgen der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl I, 3146)

Folgen des Art. 125a Abs. 2 GG:

- Vom BVerfG angenommene Befugnis des Bundesgesetzgebers zur Änderung von nach Art. 125a Abs. 2 Satz 1 GG fortgeltendem Bundesrecht beseitigte auch einen faktisch-politischen Zwang für den Bund, die Länder zur Ersetzung dieses Rechts zu ermächtigen, um notwendige Änderungen zu ermöglichen

- Ein solcher faktischer Zwang hätte insbesondere im Hinblick auf das Ladenschlussrecht bestanden (vgl. *U. Stelkens*, GewArch 2003, 187 ff.)

- Generell hat die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 125a Abs. 2 GG die mit der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG verbundene Hoffnung (einiger) Bundesländer (insbesondere in Ostdeutschland) auf eine Möglichkeit zur Liberalisierung oder Abschaffung des Ladenschlussrechts durch Landesrecht enttäuscht.

Folgen des Art. 125a Abs. 2 GG: Wie weit reicht die „Bundesänderungs-kompetenz“ auf Grundlage des Art. 125a Abs. 2 GG?

BVerwG, 7 C 5/14 v. 17.12.2015, Abs. 31 f. = BVerwGE 153, 367 Abs. 31 ff.

„[Voraussetzungen des Art. 125a Abs. 2 GG] schon deswegen nicht erfüllt, weil es sich bei dem Schornsteinfeger-Handwerksgesetz nicht um ein […], fortbe-stehendes‘ Bundesgesetz handelt. Es wurde vielmehr erst als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Schornsteinfegerwesens vom 26.11.2008 erlassen. Dieses stellt i. Ü. auch in der Sache eine grundlegende Neukonzeption des Schornsteinfegerrechts, eine mit erheblichen Umstellungen für alle vom Schornsteinfegerhandwerk Betroffenen verbundene Reform (vgl. BT-Drs. 16/9237 S. 23), "einen Strukturwandel des Berufsbildes" des Schornsteinfegers dar […]. Dies gilt nicht nur für die Neuregelungen als Ganzes, sondern auch gerade im Blick auf den Feuerstättenbescheid: In dem - früher geltenden – Schornsteinfegergesetz gab es zwar eine Feuerstättenschau (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 SchfG), aber keinen Feuerstättenbescheid. Dessen Einführung durch § 17 SchfHwG kann nicht als bloße Modifikation und Ergänzung des § 13 SchfG gesehen werden […]), sondern stellt bereits ein der Aufgabe des Kehr- und Überprüfungsmono-pols geschuldetes Regelungselement der neuen Rechtslage im Schornsteinfeger-Handwerksgesetz darf […].

[Aber: Regelung kann heute auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Recht der Luftreinhaltung) gestützt werden, der nicht von Art. 72 Abs. 2 GG erfasst wird].“

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Art. 72. (1) Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

(2) Auf den Gebieten des **Artikels 74 Abs. 1 Nr.** 4, 7, **11**, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 hat der Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

(3) und (4) [...].

Art. 74. (1) Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete: […]

11. das **Recht der Wirtschaft** (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) **ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte**; […].

(2) […].

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Änderungen des Art. 72 Abs. 2 GG und des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034) haben für weite Teile des Wirtschaftsverwaltungsrechts keine Änderungen gebracht:

Beispiel: Darf der Bund auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG das Recht der Filmförderung regeln?

BVerfG, 2 BvR 1561/12 u.a. v. 28.1.2014, Abs. 101 ff. = BVerfGE 135, 155, 196 f. (zuvor ebenso BVerwG, 6 C 22/10 v. 23.2.2011, Abs. 15 ff. = BVerwGE 139, 42 ff.)

- Art. 74 Nr. Abs. 1 Nr. 11 GG wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass Gegenstand der Förderung Kulturgut ist, solange dem Gesetz eine wirtschaftliche Zielsetzung zu Grunde liegt
- Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG liegen vor, da Förderung des Bundesfilmschaffens etwas anderes ist als die Förderungen von Filmen mit regionalem Bezug (standortunabhängige Förderung des deutschen Films)
- (Nur BVerwG: Jedenfalls liegt Änderungskompetenz nach Art. 125a Abs. 2 GG vor, obwohl *zeitlicher Geltungsbereich* verlängert wurde)

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

BVerfG, 1 BvR 1187/17 v. 23.3.2022 (Windernergie-Beteiligungsgesellschaften) = BVerfGE 161, 63 ff.

„60. [...] Das „Recht der Wirtschaft“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist weit zu verstehen [...] . Zu diesem Kompetenztitel gehören die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen [...]. **Er umfasst danach nicht nur die Organisation der Wirtschaft sowie der Wirtschaftszweige und wirtschaftenden Personen, sondern die Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens insgesamt**.“

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Zuletzt vermehrt Versuche der Länder, die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes restriktiv auszulegen, um so politische Konzepte, die sich auf Bundesebene nicht durchsetzen ließen, auf Landesebene zu verwirklichen.

Das BVerfG legt die Bundeskompetenzen jedoch extensiv aus und tritt solchen „Übergriffen“ weitgehend entgegen

- BVerfG, 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20 v. 25.3.2021 = BVerfGE 157, 223 ff.: Berliner „Mietendeckel“ mit Mietrechtskonzept des Bundes nicht vereinbar
- BVerfG, 2 BvL 2/15 v. 7.12.2021 = BVerfGE 160, 1 ff.: Bremer Verbot des Umschlags (Be-, Ent- und Umladen) von Kernbrennstoffen in den Häfen der Freien Hansestadt Bremen ist mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 14 GG (Kernenergie) nicht vereinbar).
- BVerfG, 1 BvR 2661/21 v. 27.9.2022 = BVerfGE 163, 1: Pauschales Landes-verbot von Windenergieanlagen im Wald (Thüringen) ist mit Bundes-Bauplanungsrecht nicht vereinbar
- BVerfG, 1 BvR 368/22 v. 25.6.2025: „Arbeitsrecht“ umfasst auch Arbeitsrecht des öffentichen Dienstes und erlaubt keine Landesregelungen für befristete Beschäftigungsverhältnisse an Hochschulen.

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Das BVerfG legt die Bundeskompetenzen eher extensiv aus, indem es keine Kompetenzvermutung zu Gunsten der Länder annimmt.

BVerfG, 2 BvF 1/20, 2 BvL 4/20, 2 BvL 5/20 v. 25.3.2021 = BVerfGE 157, 223

„102**. Art. 70 Abs. 1 GG begründet keine Auslegungsmaxime, nach der die Kompetenzverteilungsregeln des Grundgesetzes im Zweifel zugunsten der Länder auszulegen wären** […]. […] Eine grundsätzlich restriktive Auslegung der in Art. 73 und Art. 74 GG verwandten Begriffe ist mit den Art. 70 ff. GG ebenso wenig vereinbar wie eine prinzipiell extensive Auslegung zugunsten des Bundes […]. Wie alle Zuständigkeitsvorschriften des Grundgesetzes gelten die Art. 70 ff. GG „strikt“[…]. Das erfordert eine Auslegung, die dem Wortlaut und dem Sinn der Kompetenznorm gerecht wird und eine möglichst eindeutige vertikale Gewaltenteilung gewährleistet […]. Der Regelungsgehalt der einzelnen Kompetenztitel kann daher weder unter Rückgriff auf eine vorgebliche Kompetenzvermutung zugunsten der Länder offengelassen noch „landesfreundlich“ ausgelegt werden […]. „

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Grundlegende Änderungen durch Landesrecht jedoch möglich im Bereich der von der Bundesgesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nunmehr ausdrücklich ausgenommenen Bereiche: **Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte**

Art. 125a GG

(1) Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber **wegen der Änderung des Artikels 74 Abs. 1** […] nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, gilt als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden.

(2) und (3) [...]

Anders als im Anwendungsbereich des Art. 125a Abs. 2 GG ist hier also eine explizite Freigabe durch den Bundesgesetzgeber nicht notwendig, damit der Landesgesetzgeber das nach Art. 125a Abs. 1 GG fortgeltende Bundesrecht ersetzen kann.

Wie bei Art. 125a Abs. 2 GG kann der Bund aber auch nach Art. 125a Abs. 1 GG fortgeltendes Bundesrecht noch ändern.

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Einschränkung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat Bedeutung für

- **Ladenschlussgesetz** (mittlerweile in allen Ländern ersetzt worden [in Bayern erst 2025]) – hierzu § 8 des Kurses
- **Gaststättengesetz** (in *Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt* und *Thüringen* ersetzt worden; sonst: Landesnichtraucherschutzgesetze – hierzu § 7 des Kurses
- **§ 33a GewO** (Schaustellung von Personen) – hierzu § 3 C II des Kurses
- **§ 33c bis § 33i GewO** (gewerbliches Spielrecht): Nunmehr **§§ 24 ff. Glücksspielstaatsvertrag** und die Spielhallengesetze in *Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen*) - hierzu § 3 C II des Kurses
- **§ 64 bis § 71b GewO** (Messen, Märkte, Ausstellungen) – in Rheinland-Pfalz ersetzt worden durch Landesgesetz über Messen, Ausstellungen und Märkte (LMAMG) – hierzu § 5 des Kurses

III. Folgen der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006 (BGBl I, 2034)

Neue Abgrenzungsprobleme betreffend der Änderungskompetenz des Bundesgesetzgebers bis zur Ersetzung durch Landesrecht:

Beispiel: Durfte der Bund auf Grund seiner impliziten „Änderungskompetenz“ auch durch § 6a Abs. 2 GewO für das Gaststättenerlaubnisverfahren eine Genehmigungsfiktion anordnen?

BGH, III ZR 470/16 v. 20.4.2017, Abs. 33 ff. = BGHZ 214, 360 Abs. 33 ff.

- Erhebliche Änderung des gaststättenrechtlichen Verfahrens,
- das aber der Durchsetzung des Art. 13 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt dient; Änderung war unionsrechtlich geboten und greift deshalb auch nicht wesentlich in die Gesetzgebungskompetenzen der Länder ein.