Winfried Kluth (Herausgeber)
Stefan Korte (Herausgeber)

150 Jahre Gewerbeordnung

Aktualität und Entwicklungsbedarf eines Gesetzes aus dem Industriezeitalter im Übergang zu einer digitalen Leistungsgesellschaft

https://cuvillier.de/de/shop/publications/8341

Copyright:
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: https://cuvillier.de

Liberalisierung oder Reglementierung?

Zum Einfluss des Unionsrechts auf die Gewerbeordnung

Prof. Dr. iur. Christian Calliess[*]

I. Einführung 3
II. Liberalisierung als Deregulierung 4
1. Begrifflichkeiten 4
2. Die Grundfreiheiten als Treiber der Liberalisierung und Deregulierung der Gewerbeordnung 5
a) Vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot 5
b) Speziell: Herkunftslandprinzip und gegenseitige Anerkennung 6
III. Reglementierung – Regulierung 9
1. Begrifflichkeiten 9
2. Liberalisierung - Deregulierung - Re-Regulierung - Harmonisierung im Lichte der Grundfreiheiten 9
3. Rückbindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten 10
IV. Liberalisierung der Gewerbeordnung durch Sekundärrecht 11
1. Dienstleistungsrichtlinie und Gewerbeordnung 11
a) Reduzierter Liberalisierungsdruck bei Niederlassung 12
b) Verstärkter Liberalisierungsdruck im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit 13
c) Konkrete Beispiele in der Gewerbeordnung 15
aa) Wegfall von Genehmigungs- und Anzeigeerfordernissen - § 4 Abs. 1 GewO 15
bb) Verfahrensvereinfachung durch Genehmigungsfiktion und „one-stop-shop" – §§ 6a, 6b GewO 16
cc) Informationspflichten zur Sicherung der Qualität der Dienstleistungen – § 6c GewO 17
dd) Gewerbeüberwachung – Hauptzuständigkeit des Herkunftsstaates bei grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung 18
2. Berufsqualifikationsrichtlinie und Gewerbeordnung 20
V. Sektorenspezifische Regelungen für grenzüberschreitende Dienstleistungen – Ausdruck zunehmender Regulierung? 21
1. Wohnimmobilienkreditrichtlinie und Versicherungsvermittlung 21
a) Harmonisierte Zulassungspflicht und Voraussetzungen 21
b) Geltung des Herkunftslandprinzips aber Harmonisierung der Zulassungsvoraussetzungen 23
2. Digitaler Binnenmarkt 24
a) Herkunftslandprinzip als Leitprinzip des Digitalen Binnenmarktes 24
b) Liberalisierung als Überwindung des Territorialitätsdenkens 25
VI. Schlussfolgerungen 26
1. Re-Regulierung durch europäische Harmonisierungsgesetzgebung als Demokratiegebot 26
2. Auf der Suche nach einem kohärenten Regulierungsmodell für die Dienstleistungsfreiheit 27

I. Einführung

Für den Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund[1], der im Hinblick auf den Vollzug des Unionsrechts als Verwaltungsverbund beschrieben wird[2], ist die „Europäisierung" nationalen Rechts charakteristisch. In diesem Kontext beschreibt der Begriff der Europäisierung die Einwirkungen des Unionsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und zugleich die wechselseitige Verzahnung und Durchdringung der europäischen und nationalen Rechtsordnungen.[3] Aufgrund des

---

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin. Für hilfreiche Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrags dankt er Herrn *Max Strobel*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand ebenda.

1 Dazu *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 47 ff.

2 Hierzu der Überblick von *Kahl*, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 2011 (Band 50), S. 353 ff. m.w.N.

3 *Siegel*, Europäisierung als Rechtsbegriff, JÖR 2013, 177 (178).

Anwendungsvorrangs des Unionsrechts werden die nationalen Bestimmungen im Falle einer Normenkollision mitunter gezielt überlagert und angereichert.[4] Dies kann sich im europäischen Verwaltungsverbund sowohl auf das materielle als auch auf das prozedurale nationale Recht auswirken.

Ein Treiber der Europäisierung ist seit jeher die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes.[5] Dieser wird in Art. 26 Abs. 2 AEUV als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist" legal definiert. Die korrespondierenden Grundfreiheiten gewährleisten subjektive Rechte,[6] auf die sich der einzelne Marktbürger überall dort, wo es an einschlägiger europäischer Gesetzgebung fehlt, unmittelbar vor den nationalen Gerichten berufen kann. Sie sichern – im Zweifel über den Weg des gerichtlichen Vorlageverfahrens zum EuGH gem. Art. 267 AEUV – die Verwirklichung des Binnenmarktziels. Auf diesem Wege – also mittels der gegenüber nationalem Recht vorrangigen und unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten – wird der an der Wahrung seiner Rechte interessierte Marktbürger für die Europäisierung mobilisiert.[7]

Gewerberecht ist Wirtschaftsverwaltungsrecht, vorliegend geht es also um die Europäisierung des Verwaltungsrechts.[8] Im europäischen Binnenmarkt spiegelt sich das nationale Gewerberecht in der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 ff. AEUV, zuvorderst aber in der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 ff. AEUV.[9]

II. Liberalisierung als Deregulierung

1. Begrifflichkeiten

Liberalisierung beschreibt im Kontext der Dienstleistungsfreiheit den Abbau von Hindernissen jedweder Art, im Zuge derer die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen beeinträchtigt wird. Der Begriff ist weiter zu verstehen als die bloße

---

4 *Siegel*, Europäisierung als Rechtsbegriff, JÖR 2013, 177 (180).

5 Vorangegangen war das Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarkts vom 14. Juni 1985, KOM (85) 310); zur Abgrenzung *Bast* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 26 AEUV, Rn. 5 f., 9; *Streinz,* Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 983 f., *Korte* in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2016, Art. 26 AEUV, Rn. 10 f., *Schröder* in Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 26 AEUV, Rn. 18.

6 Grundlegend *EuGH*, Urteil vom 5.2.1963, Van Gend & Loos, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1; zu den subjektiven Rechten im Gemeinschaftsrecht *Kingreen/Störmer*, Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, 263 ff.; *Gebauer,* Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 32 ff.

7 Hierzu *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 42 ff.

8 Zuletzt *Voßkuhle/Schemmel*, Grundwissen - Öffentliches Recht: Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, JuS 2019, 347; vertiefend *Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012; *Ruffert*, Europäisierung des Verwaltungsrechts in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter Michael Huber (Hrsg), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band V, Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, 2014, § 94, S. 1221ff.

9 Ausführlich *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011, S. 43 ff. und 405 ff.

Deregulierung, die im allgemeinen Sinne den Abbau von Regelungen, insbesondere von Genehmigungspflichten, beschreibt. [10] Dies setzt das Bestehen eines Normenbestandes voraus, der abgebaut werden soll und unterscheidet sich damit von der Nichtregulierung.[11] Deregulierung ist aber nicht zwangsläufig mit Wirtschaftsfreundlichkeit gleichzusetzen, da Regulierung auch investitionssichernde Aspekte beinhaltet und Vertrauen am Markt gewährleistet.[12]

Anknüpfend an ein ökonomisches Verständnis von Regulierung beschreibt die Deregulierung den Abbau ökonomischer Hemmnisse.[13] Nach dieser Definition zielt die Deregulierung darauf ab, Regelungen zu vermeiden und zu verringern, marktwidrige Eingriffe in den Wettbewerb abzubauen sowie das Recht einfacher, überschaubarer, effektiver und verständlicher zu machen, ohne dabei die hoheitliche Gemeinwohlbindung zu vernachlässigen.[14] Zur Verwirklichung des EU-Binnenmarktes zielen daher viele Sekundärrechtsakte auf die Senkung von Transaktionskosten für grenzüberschreitende Tätigkeiten von Unternehmen ab.[15] Mit Blick auf das öffentliche Wirtschaftsrecht – speziell die Gewerbeordnung als Grundgesetz des Wirtschaftsordnungsrechts[16] – zeigen sich mit der Europäisierung einhergehende Liberalisierungs- und Deregulierungstendenzen im generellen Abbau von Marktzugangsbeschränkungen und der Verwendung nichtstaatlicher Überwachungsinstrumente.[17]

2. Die Grundfreiheiten als Treiber der Liberalisierung und Deregulierung der Gewerbeordnung

a) Vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot

Insbesondere in Kombination mit dem vom EuGH betriebenen Ausbau der Grundfreiheiten von reinen Diskriminierungsverboten, die im Falle grenzüberschreitender Tätig-

---

10 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 59 AEUV, Rn. 3.

11 *Stober*, Deregulierung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Die öffentliche Verwaltung 1995, 125 (126).

12 *Korte*, Der Grundsatz der Unternehmerfreundlichkeit im Verwaltungsverfahren, in: Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung: Teil II: Verfahren, Prozesse, IT-Umsetzung, 2009, S. 64.

13 Vgl. *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2012, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, Rn. 57.

14 *Stober*, Deregulierung im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Die öffentliche Verwaltung 1995, 125 (126); *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 19. Aufl. 2019, Rn. 87.

15 *Korte*, Der Grundsatz der Unternehmerfreundlichkeit im Verwaltungsverfahren, in: Schliesky (Hrsg.), Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung: Teil II: Verfahren, Prozesse, IT-Umsetzung, 2009, S. 66.

16 *Schönleiter*, 150 Jahre Gewerbeordnung – 150 Jahre Wandel, GewArch 2019, 260 (263); *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht - Besonderer Teil: Gewerberechtliche Grundlagen, spezielles Branchenrecht und branchenübergreifende Querschnittsmaterien, 17. Aufl. 2019, Rn. 6.

17 Vgl. zum Regulierungsrecht *Franzius*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, DVBl 2010, 1086 (1091); *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 19. Aufl. 2019, Rn. 912.

keit eine Inländergleichbehandlung gewährleisten sollen, zu mehr oder weniger umfassenden Beschränkungsverboten[18], entwickelten die für die Gewerbeordnung maßstabsetzende Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zumindest im Bereich des Marktzugangs eine ungeahnte Liberalisierungskraft. Als Beschränkungsverbote erfassen die Grundfreiheiten auch nicht diskriminierende nationale Gesundheits-, Umwelt, Sozial- oder Verbraucherschutzstandards und unterwerfen sie einer Marktkonformitätskontrolle seitens der Kommission und des EuGH in ihrer Funktion als Hüter der Verträge.[19] Insoweit erwies sich insbesondere die Linie des EuGH, den Tatbestand der Grundfreiheiten beginnend mit dem berühmten Dassonville-Urteil[20] im Interesse der europäischen Integration weit und die den Grundfreiheiten zur Seite gestellten vertraglichen Rechtfertigungsgründe gleichzeitig eng auszulegen, als ein europäisches Deregulierungsinstrument. Im Kontext dieser sog. „negativen Integration"[21] kommt der europäischen Judikative, dem EuGH, eine erhebliche Machtfülle zu, wenn er durch die nationalen Parlamente legitimierte mitgliedstaatliche Regelungen (wie z.B. die Gewerbeordnung) am Maßstab der Grundfreiheiten auf ihre Verhältnismäßigkeit kontrolliert und im Zweifel dann korrigiert.

b) Speziell: Herkunftslandprinzip und gegenseitige Anerkennung

In diesem Kontext spielt das Verständnis und die Reichweite des Herkunftslandprinzips eine zentrale Rolle: Stellt dieses nur eine andere Bezeichnung für das in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten fest etablierte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung dar, oder wird mit ihm auf stillem Wege ein revolutionärer Paradigmenwechsel eingeleitet, mit dem das im Binnenmarkt ohnehin befürchtete „race to the bottom" nur befördert wird.

Unklarheiten über den jeweiligen Inhalt beider Prinzipien sind bis heute allgegenwärtig. Im Schrifttum ebenso wie in der Praxis wurden und werden beide Begriffe synonym verwendet.[22] Und in der Tat: Gemeinsam ist beiden Prinzipien das Ziel, Waren bzw. Dienste, die in einem Mitgliedstaat den nationalen Vorschriften entsprechend

---

[18] Dazu *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Berlin 2014, § 7, Rn. 21 ff.; krit. *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S.115 ff.

[19] *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 2 ff.

[20] *EuGH*, Urteil vom 11.7. 1974, Dassonville, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 (852 f.).

[21] Vgl. *Scharpf*, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: G. Marks/F. Scharpf/P. Schmitter/W. Storck (Hrsg.), Governance in the European Union, London 1996, S. 15 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 2 ff.

[22] Beide Begriffe synonym verwenden z.B. *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg,), EUV/AEUV, 2016, Art. 57 AEUV, Rn. 68; *P.-C. Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 56 AEUV, Rn 112f.; *Kugelmann*, Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell, EuZW 2005, 327 (329). Neuerdings sind allerdings Differenzierungsansätze innerhalb der Literatur zu verzeichnen: *Wedl*, in: Beer/Vorbach, Neuer horizontaler Regulierungsansatz für Dienstleistungen im Binnenmarkt: Das Herkunftslandprinzip und seine Folgen, in: WISO 2004, 39 (54 f.); *Dettling/Herr*, Herkunftslandprinzip im Gesundheitswesen: Königs- oder Irrweg? – Beispiele aus der Arzneimittelversorgung, PharmR 2005, 47 (48 f.), grenzen explizit Herkunftslandprinzip vom Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ab.

verkehrsfähig sind, in der gesamten EU verkehrsfähig zu machen.[23] Dementsprechend wurden ursprünglich auch von der Kommission in Anlehnung an die Cassis-Formel die in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten im Allgemeininteresse gestellten Anforderungen an Produkte als prinzipiell gleichwertig angesehen.[24]

Mit dem Herkunftslandprinzip in der ursprünglichen Fassung des Art. 16 DL-RL ging die Kommission jedoch stillschweigend einen Schritt weiter: Denn die beiden Prinzipien unterscheiden sich in den Mitteln der Umsetzung ihrer gemeinsamen Zielvorgabe. Während das im Rahmen der Grundfreiheiten etablierte Prinzip der gegenseitigen Anerkennung die freie Zirkulation von im Herkunftsland rechtmäßig hergestellten und in den Verkehr gebrachten Produkten von der Kontrolle des jeweiligen Ziellandes abhängig macht, sollte nach dem Herkunftslandprinzip des alten Art. 16 DL-RL das Herkunftsland dafür Sorge tragen, dass die Diensterbringung keinen allgemeinen Erfordernissen im Zielland entgegensteht. Damit liegt der Unterschied zwischen dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung und dem Herkunftslandprinzip darin, dass bei letzterem die Aufgabe der Kontrolle von Vorschriften einzig und allein dem Herkunftsland zusteht, während beim Prinzip der gegenseitigen Anerkennung die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Dienstleistungen im konkreten Einzelfall vom Zielland vorgenommen werden kann.[25] Das Herkunftslandprinzip hat also nicht nur zur Folge, dass der Dienstleistende seine Heimatrechtsordnung mitbringt (allerdings nur mit Blick auf die Dienstleistung, nicht – wie oft zu hören war – generell), sondern auch, dass er insoweit auch nur von seinem Heimatstaat aus, quasi exterritorial, überwacht[26] wird.[27] Beim Prinzip der gegenseitigen Anerkennung bleibt hingegen das Recht des Bestimmungslandes anwendbar, es wird auch von diesem vollzogen, jedoch dürfen bei der Ausgestaltung und Anwendung des nationalen Rechts dem Dienstleistenden aus einem anderen Mitgliedstaat keine unverhältnismäßigen Belastungen auferlegt werden, sofern der Dienstleistungserbringer bereits in seinem Herkunftsland entsprechende Voraussetzungen erfüllt hat.[28] So gesehen bedarf es beim Prinzip der gegenseitigen Anerkennung eines (Zwischen-)Aktes der Anerkennung im Zielland, um die freie Zirkula-

---

[23] Vgl. Weißbuch der Kommission an den. Europäischen Rat über die Vollendung des Binnenmarktes vom 14. Juni 1985, KOM (85)310, Rn. 61 ff.; Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 („Cassis de Dijon"), ABl. 1980. C 256; s. auch von *v. Borries/Petschke*, Gleichwertigkeitsklauseln als Instrument zur Gewährleistung des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, DVBl. 1996, 1343.

[24] Vgl. *Götz*, Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Binnenmarkt, Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag, 1998, 763 (765) - bereits vor der Osterweiterung der EU.

[25] Vgl. *Beer/Vorbach*, Neuer horizontaler Regulierungsansatz für Dienstleistungen im Binnenmarkt – das Herkunftslandprinzip und seine Folgen, WISO 2004, 39 (42).

[26] Instruktiv zu den verschiedenen Überwachungsmodellen *Möstl,* Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt – Grundsätzliche Überlegungen aus Anlass der Pläne für eine EU-Dienstleistungsrichtlinie, DÖV 2006, 281 (282 ff.).

[27] Weiterführend *Korte* in diesem Tagungsband, Die Schattenseiten der Europäisierung des Gewerberechts, C. II.

[28] Vgl. *Wedl*, in: Beer/Vorbach, Neuer horizontaler Regulierungsansatz für Dienstleistungen im Binnenmarkt: Das Herkunftslandprinzip und seine Folgen, WISO 2004, 39 (54 f.), für die bei ihnen durchgeführte Unterscheidung zwischen „radikaler" und die „gemäßigter" Ausprägung des Herkunftslandprinzips.

tion des Produkts bzw. der Dienstleistung im Zielland zu gewähren,[29] während beim Herkunftslandprinzip die Gleichwertigkeit der Vorschriften des Ausfuhrlandes mit denen des Einfuhrlandes per se unterstellt wird.

Beispiel: Im Unterschied zur Rechtsprechung des EuGH[30] hätte die Etablierung des Herkunftslandprinzips in Art. 16 DL-RL bedeutet, dass nicht mehr im Rahmen der Rechtfertigung bei der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit geprüft wird, ob z.B. zwingende Gründe des Allgemeininteresses – wie beispielsweise der Verbraucherschutz – die Eintragung eines ausländischen Handwerkers in die Handwerksrolle erlauben und ob dieses Erfordernis verhältnismäßig ist.[31] Stattdessen wären die deutschen Regelungen der Handwerksordnung nach dem (sekundärrechtlichen) Herkunftslandprinzip selbst dann unanwendbar, wenn sie die Erbringung der Dienstleistung nicht unverhältnismäßig behindern.[32] Der EuGH geht demgegenüber aber nur davon aus, dass Schutzinteressen des Zielstaats, die bereits durch entsprechende Prüfungen im Herkunftsland gewahrt sind, kein tauglicher und damit verhältnismäßiger Rechtfertigungsgrund sein können; eine komplette Anwendbarkeit des Dienstleistungsrechts der Herkunftsstaats im Erbringungsstaat folgt daraus aber gerade nicht.[33]

Freilich würde der praktische Unterschied zwischen beiden Prinzipien dann marginal sein, wenn Herkunfts- und Erbringungsland sich untereinander effektiv über ihre Zugangs- und Ausübungsvorschriften unterrichten und sie anpassen, um etwaige Wettbewerbsverzerrungen zu mindern.[34]

---

[29] So auch *Götz*, Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung im europäischen Binnenmarkt, Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag, 1998, 763 (769); *Möstl*, Wirtschaftsüberwachung von Dienstleistungen im Binnenmarkt – Grundsätzliche Überlegungen aus Anlass der Pläne für eine EU-Dienstleistungsrichtlinie, DÖV 2006, 281 (283).

[30] Deutlich auch *Mankowski*, Wider ein Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen, IPRax 2004, 385 (392); *Schliesky*, Von der Realisierung des Binnenmarktes über die Verwaltungsreform zu einem gemeineuropäischen Verwaltungsrecht?, DVBl 2005, 887 (889); *Dettling/Herr*, Herkunftslandprinzip im Gesundheitswesen: Königs- oder Irrweg? – Beispiele aus der Arzneimittelversorgung, PharmR 2005, 47 ff.

[31] Der *EuGH* hat in der Rs. Corsten, Rs C-58/98, Slg. 2000, I-7919, die Verhältnismäßigkeit verneint, weil die Erfordernisse des Verwaltungsverfahrens und die entstehenden Kosten bzw. Rechtsfolgen (Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer) die praktische Wirksamkeit der Dienstleistungsfreiheit in Frage stellen.

[32] Vgl. zur Kritik an diesem Ansatz bereits *Jarass*, Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten, FS-Everling, 1995, 593 (600).

[33] *Albath/Giesler*, Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie- eine Kodifizierung der Rechtsprechung?, EuZW 2006, 38.

[34] Skeptisch insoweit *Beer/Vorbach*, Neuer horizontaler Regulierungsansatz für Dienstleistungen im Binnenmarkt – das Herkunftslandprinzip und seine Folgen, WISO 2004, 39 (43), die in diesem Zusammenhang fragen, welches Interesse ein Herkunftsland haben sollte, die Auslandsgeschäfte der bei ihm niedergelassenen Unternehmen zu kontrollieren bzw. Kontrollen abzusprechen, und warum es ihnen die Geschäftsmöglichkeiten verbauen sollte, die sich positiv auf die Außenwirtschaftsbilanz niederschlagen, während die potentiell Geschädigten nicht im eigenen Land leben.

III. Reglementierung – Regulierung

1. Begrifflichkeiten

Der Begriff der Reglementierung wird im allgemeinen Sprachgebrauch synonym mit strenger Regelung oder Beschränkung verwandt. Art. 3 Abs. 1 lit. a der Berufsqualifikationsrichtlinie definiert einen reglementierten Beruf als eine berufliche Tätigkeit oder eine Gruppe beruflicher Tätigkeiten, bei der die Aufnahme oder Ausübung oder eine der Arten der Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Dies wirft die Frage der Abgrenzung zu dem Terminus der Regulierung auf. Diese ist als Begriff selbst mehrdeutig.[35] Nach einem ökonomischen Regulierungsverständnis meint der Begriff Regulierung konkret die staatliche Intervention in marktwirtschaftliche Prozesse.[36] Dies beinhaltet insbesondere die Marktzugangskontrolle.[37] Juristische Definitionen fassen dementsprechend jegliche staatliche Steuerung darunter.[38] In einer engeren Auslegung beschreibt Regulierung schlicht die staatsseitige Regelung, also die staatliche Einflussnahme auf gesellschaftliche Prozesse in Form von Ge- und Verboten mit unmittelbarem administrativem Vollzug. Der Begriff des Regulierungsrechts ist besonders belegt und bezeichnet das spezielle Privatisierungsfolgenrecht,[39] welches hier aber keine Rolle spielt, denn Gewerberecht ist im Grunde spezielles Gefahrenabwehrrecht oder Sonderordnungsrecht.[40]

2. Liberalisierung - Deregulierung - Re-Regulierung - Harmonisierung im Lichte der Grundfreiheiten

Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfolgt so gesehen anhand zweier – im Idealfall komplementärer – Strategien, der Liberalisierung (samt Deregulierung) einerseits und der Harmonisierung durch den europäischen Gesetzgeber andererseits. Der Gerichtshof hat hinsichtlich der Grundfreiheiten[41] den Grundsatz aufgestellt, dass jedes in einem Mitgliedsland rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis

---

35 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2012, § 19 Regulierungsstrategien, 1 ff.

36 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2012, § 19 Regulierungsstrategien, Rn. 3.

37 *Kühling*, in: Müller-Graff/Hatje (Hrsg.), EnzyEur Bd. 4, Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, 2015, § 20 Das Regulierungsrecht im Binnenmarkt, Rn. 2 ff.

38 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2012, § 19 Regulierungsstrategien, Rn. 2.

39 *Franzius*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, DVBl 2010, 1086; *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 19. Aufl. 2019, Rn. 880.

40 *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht - Besonderer Teil: Gewerberechtliche Grundlagen, spezielles Branchenrecht und branchenübergreifende Querschnittsmaterien, 17. Aufl. 2019, Rn. 39.

41 *EuGH*, Urteil vom 20. 2. 1979, Rewe, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rn.14.

auch in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden kann und dort in der Regel frei verkehrsfähig sein muss. Damit hat er praktisch ein Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Produktstandards formuliert, im Zuge dessen die rechtlichen und technischen Regelungen der Mitgliedstaaten grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind, es sei denn, dass ausnahmsweise zwingende Erfordernisse oder Schutzinteressen dagegen sprechen, die dann aber nicht-diskriminierend und verhältnismäßig angewandt werden müssen.

Alternativ verleiht Art. 114 AEUV dem Unionsgesetzgeber die Kompetenz, jene mitgliedsstaatlichen Rechtsvorschriften im Wege der Harmonisierung anzugleichen, die sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken.[42] Hinzu treten noch spezielle Harmonisierungszuständigkeiten, für die Dienstleistungsfreiheit in Art. 59, 60 AEUV. Die Richtlinien, die in diesem Bereich ergangen sind, betreffen einerseits die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten[43] und andererseits die gegenseitige Anerkennung.[44] Dabei kann die gesetzgeberische Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen regulierende, liberalisierende oder auch deregulierende Inhalte haben.

3. Rückbindung des Unionsgesetzgebers an die Grundfreiheiten

In diesem Kontext stellt sich sodann die Frage, ob und wenn ja inwieweit der demokratisch legitimierte Unionsgesetzgeber befugt ist, von den Vorgaben der Grundfreiheiten in ihrer Ausgestaltung durch den EuGH abzuweichen. Nach der Rechtsprechung des EuGH soll der Unionsgesetzgeber (neben den europäischen Grundrechten, vgl. Art. 51 GR-Charta) auch an die Grundfreiheiten gebunden sein. In verschiedenen Urteilen wurden Rechtsakte im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Grundfreiheiten geprüft,[45] einen Verstoß hat der EuGH jedoch bislang nur einmal[46] festgestellt. Dies ist wohl letztlich darauf zurückzuführen, dass er bei der Prüfung einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten durch gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen insgesamt großzügiger verfährt als bei mitgliedstaatlichen Maßnahmen. So werden etwa Maßnahmen, die wichtige Gemeinschaftsinteressen verfolgen und insgesamt auf eine Er-

---

42 Vgl. *EuGH*, Urteil vom 10. 12. 2002, British American Tobacco, Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453, Rn. 179.

43 Z.B. Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986. L 382.

44 Z.B. Richtlinie 85/433/EWG des Rates vom 16. September 1985 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers, ABl. 1985. L 253.

45 *EuGH*, Urteil vom 25.1. 1977, Bauhuis /Niederlande, Rs. 46/76, Slg. 1977, 5, Rn. 27-30; *EuGH*, Urteil vom 29.2.1984, Rewe, Rs. 37/83, Slg. 1984, 1229 (1249), Rn. 19f.; *EuGH*, Urteil vom 17. Mai 1984, Denkavit, Rs. 15/83, Slg. 1984, S. 2171 (2184), Rn. 15 ff.; *EuGH*, Urteil vom 9.8.1994, Meyhui, Rs. C-51/93, Slg. 1994, I-3879, Rn. 19ff.; *EuGH*, Urteil vom 25.6. 1997, Kieffer und Thill, Rs. C-114/96, Slg. 1997, I-3629, Rn. 31 ff.; *EuGH*, Urteil vom 12.7.2005, Alliance for Natural Health u.a., verb. Rs. C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6485, Rn. 47; *EuGH*, Urteil vom 26.10.2010, Schmelz, Rs. C-97/09, Slg. 2010, I-10499, Rn. 50; *EuGH*, Urteil vom 12.7.2012, Association Kokopelli, Rs. C-59/11, ECLI:EU:C:2012:447, Rn. 80; *EuGH*, Urteil vom 11.6.2015, Pfeifer & Langen, Rs. C-51/14, ECLI:EU:C:2015:380, Rn. 37.

46 *EuGH*, Urteil vom 20.4.1978, Ramel, verb. Rs. 80 und 81/77, Slg. 1978, 927 (928), Rn. 35f., 38.

leichterung des innergemeinschaftlichen Handels hinauslaufen, von vornherein nicht als Beeinträchtigung eingestuft,[47] mit der Folge, dass es auf ihre Rechtfertigung nicht mehr ankommt. Der überwiegende Teil der Literatur stimmt dieser Rechtsprechung, wenn auch mit Differenzierungen, zu.[48] Im Ergebnis müssen die Regelungen jedenfalls auch nach Auffassung des Schrifttums europäischen Interessen dienen und zumindest in ihrer Tendenz die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes fördern.[49] Ganz in diesem Sinne hält Art. 3 Abs. 3 DL-RL fest, dass die Richtlinie in Übereinstimmung mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auszulegen ist.[50]

IV. Liberalisierung der Gewerbeordnung durch Sekundärrecht

Maßgeblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Gewerbeordnung hat insbesondere das sektorübergreifende Sekundärrecht. Die maßgeblichen Richtlinien führen sowohl zu einer Europäisierung des materiellen Gewerberechts als auch des einschlägigen Verfahrensrechts.[51]

1. Dienstleistungsrichtlinie[52] und Gewerbeordnung

Ausweislich des Art. l DL-RL ist - bei gleichzeitiger Gewährleistung einer hohen Qualität der Dienstleistungen - das primäre Regelungsziel die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit durch Dienstleistungserbringer sowie die Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs. Dieser dynamische und selektive Ansatz ist im Grunde auf die Beseitigung nicht notwendiger Beschränkungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr gerichtet.[53] Beide Zielsetzungen stehen aber auch in einer gewissen Spannungslage.[54]

---

47 *EuGH*, Urteil vom 25.1. 1977, Bauhuis /Niederlande, Rs. 46/76, Slg. 1977, 5ff. (17), Rn. 31-34; *EuGH*, Urteil vom 21.2.1984, St. Nikolaus Brennerei, Rs. 337/82, Slg. 1984, 1051 (1063) Rn. 15; *EuGH*, Urteil vom 15.9.1982, Kind, Rs. 106/81, Slg. 1982, 2885 (2920) Rn. 21; vgl. *R. – O. Schwemer*, Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten, 1994, S. 111.

48 *Jarass*, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, EuR 1995, 202 (211), *ders*., Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705 (715); *Kingreen/Störmer*, Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, 263 (277); *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 56 ff.

49 *Matthies*, Die Verfassung des Gemeinsamen Marktes, in: Festschrift für Sasse I, 1981, S. 115 (129).

50 *EuGH*, Urteil vom 2.2. 1994, Clinique, Rs. C-315/92 Slg. 1994, I-317 (335), Rn. 12.

51 Vgl. *Siegel*, Europäisierung als Rechtsbegriff, JÖR 2013, 177 (183 ff.).

52 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006. L 376.

53 *Stober/Korte*, Öffentliches Wirtschaftsrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Wirtschaftsrechts, 19. Aufl. 2019, Rn. 483.; Außerdem die Erwägungsgründe Nr. 3 und 5 DL-RL.

54 *Pielow*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: Kommentar, 81. EL 2019, Einleitung EU, Rn. 89.

a) Reduzierter Liberalisierungsdruck bei Niederlassung

Die maßgeblichen Vorschriften für die Niederlassungsfreiheit finden sich in Kapitel III der Richtlinie in den Artikeln 9 bis 15. Art. 9 überlässt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit Genehmigungsregelungen zu unterwerfen. Eingeschränkt wird dies jedoch insbesondere durch den Art 10 Abs. 3 der Richtlinie, der klarstellt, dass diese Genehmigungserfordernisse nur in den Fällen in Betracht kommen, in denen nicht bereits eine vergleichbare Genehmigung im Herkunftsstaat erteilt wurde. Im Wesentlichen werden damit die Rechtsprechungslinien des EuGH kodifiziert.[55] Die in den Art. 9 DL-RL ff. definierten Prüfungsvorgaben für Niederlassungen von gewisser Dauer schränken zwar die möglichen Aufsichtsmaßnahmen ein, wirken also insoweit liberalisierend, gleichen aber die möglichen Maßnahmen gleichzeitig an.[56]

Im Falle der Niederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat ist ein Gewerbetreibender damit im Grundsatz verpflichtet, die gleichen Bedingungen zu erfüllen, wie die Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaates.[57] Es findet das sogenannte Bestimmungslandprinzip Anwendung. Bei einer Niederlassung im Aufnahme- oder Bestimmungsstaat integriert sich der Dienstleistungserbringer dauerhaft in dessen Rechts- und Gesellschaftsordnung, wodurch eine weiterreichende Regulierung möglich ist, ohne den Binnenmarkt zu beeinträchtigen.[58] Diese stärkere Regulierungsdichte wird von einem Leistungserbringer, der sich für eine dauerhafte Niederlassung im Bestimmungsland entscheidet, akzeptiert: Für ihn stellt der Normenbestand einen kalkulierbaren Standortfaktor dar. Die Heranziehung des der Dienstleistungsfreiheit inhärenten, strengeren Prüfungsmaßstabs wird diesem Einverständnis mit dem Recht des Bestimmungsstaates nicht gerecht. [59] Für die Ausübung der Tätigkeit, also die Erbringung der Dienstleistung, ist in diesem Falle also das Recht des Aufnahmemitgliedstaates maßgeblich, soweit es sich im Rahmen der Vorgaben der Art. 9 ff. der DL-RL hält.[60]

In der Gewerbeordnung definiert § 4 Abs. 3 GewO im Anschluss an Art. 4 Nr. 5 der DL-RL den Begriff der Niederlassung.[61] Dies führt dazu, dass die entsprechenden Ausnahmevorschriften des Abs. 1, die sich auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung beziehen, bei einer Niederlassung im Aufnahmemitgliedsstaat nicht zur Anwendung kommen.[62] Außerdem wird in § 4 Abs. 2 GewO der Unterschied zwischen dem Liberalisierungsdruck von Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit

---

55 *Hatje*, Die Dienstleistungsrichtlinie - Auf der Suche nach dem liberalen Mehrwert, NJW 2007, 2357 (2359).
56 *Luch/Schulz*, Kontrolldefizite im Binnenmarkt für Dienstleistungen?, GewArch 2009, 143 (147).
57 *Stumpf*, in: Dauses/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. II., Rn. 83 (Stand: Juli 2019).
58 *Luch/Schulz*, Kontrolldefizite im Binnenmarkt für Dienstleistungen?, GewArch 2009, 143 (144).
59 *Korte*, Europäisierung des Rechts der privaten Sicherheitsdienste, VerwArch 2011, 51 (61).
60 *Luch/Schulz*, Kontrolldefizite im Binnenmarkt für Dienstleistungen?, GewArch 2009, 143 (144).
61 Weiterführend *Korte* in diesem Tagungsband, Die Schattenseiten der Europäisierung des Gewerberechts, B.
62 *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU: Handbuch des Rechts der Europäischen Union zum freien Dienstleistungsverkehr, 2011, § 7 Rn. 7 f.