

GEWERBE ARCHIV

ZEITSCHRIFT FÜR GEWERBE- UND WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT

Herausgeber:
Prof. Dr. Ludwig Fröhler

Unter Mitwirkung von
Hans-Jürgen Aberle
Ulrich Geisendörfer
Dr. Peter Marcks
Werner Meyer
Hanns-Eberhard Schleyer
Dr. Franz Schoser

Schriftleitung:
Prof. Dr. Ludwig Fröhler
Dr. Egon Hoffmann

Jahrgang 1993

Gildefachverlag

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Ludwig Fröhler
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Hans-Jürgen Aberle,
Geschäftsführer des Zentralverbandes des Deutschen
Handwerks, Ulrich Geisendörfer, Ministerialdirektor im
Bundesministerium für Wirtschaft, Dr. Peter Marcks,
Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft, Werner
Meyer, Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht,
Hanns-Eberhard Schleyer, Generalsekretär des Zentralver-
bandes des Deutschen Handwerks und Hauptgeschäftsführ-
er des Deutschen Handwerkskammertages, und Dr. Franz
Schoser, Hauptgeschäftsführer des Deutschen Industrie-
und Handelstages

VERLEGER

Hans-Gerhard Dobler

REDAKTION

Prof. Dr. Ludwig Fröhler, MDgt. a. D. Rechtsanwalt Dr. Egon
Hoffmann, GEWERBEARCHIV, Max-Joseph-Straße 4,
D-80333 München, Telefon (089) 594330, Telefax
(089) 550 11 77

VERLAG

GILDEFACHVERLAG GmbH & Co. KG, Postfach 1351,
D-31043 Alfeld, Telefon (05181) 8004-0, Telefax: 05181/
8004-90, Telegramme: gilva alfeld-leine.
ISSN-Nr. 0721-7390

VERTRIEBSLEITUNG

Willi Hesse

GEWERBE ARCHIV

ZEITSCHRIFT FÜR GEWERBE- UND WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT

mit Vierteljahresbeilage
Wirtschaft und Verwaltung

ANSCHRIFT DER ANZEIGENABTEILUNG

Postfach 1351 · D-31043 Alfeld
Föhrster Straße 8 · D-31061 Alfeld
Telefon (051 81) 8004-0
Telefax (051 81) 8004-90

ANZEIGEN

Dietmar Heger
(gültige Anzeigen-Preisliste Nr. 20)

ERSCHEINUNGSWEISE

„Gewerbearchiv“ erscheint einmal monatlich

BEZUGSBEDINGUNGEN

Die Zeitschrift GEWERBEARCHIV erscheint monatlich,
davon einmal im Quartal mit der Beilage „Wirtschaft und
Verwaltung – Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv“. Die
Vierteljahresbeilage „Wirtschaft und Verwaltung“ ist nur in

Verbindung mit einem Abonnement GEWERBEARCHIV zu
beziehen und ist im Bezugspreis enthalten. Bezugspreise:
Einzelheft GEWERBEARCHIV DM 33,- (inkl. DM 1,50
Versandkosten und DM 2,16 MwSt), halbjährlich DM 172,50
(inkl. DM 10,10 Versandkosten und DM 11,28 MwSt).
Ausland jährlich DM 355,- (inkl. DM 27,50 Versandkosten).
Bestellungen werden vom Verlag und allen Buchhandlungen
entgegengenommen. Abonnementkündigungen müssen
drei Monate vor Ende des Bezugszeitraumes dem Verlag
schriftlich vorliegen. Bei Nichterscheinen infolge höherer
Gewalt, Materialverknappung, Streik o. ä. besteht kein
Anspruch auf Nachlieferung bzw. Schadenersatz.

Erfüllungsort D-31061 Alfeld/Leine

GESAMTHERSTELLUNG

G. J. Manz AG, Große Allee 29, D-89407 Dillingen/Donau

Sämtliche mit Verfasserangabe versehenen Beiträge stellen
nur die Meinungsäußerung des Verfassers, nicht die des
Herausgebers oder der Schriftleitung dar.

Manuskripte, Anregungen und Anfragen werden an die
Schriftleitung des GEWERBEARCHIV, Max-Joseph-Straße
4, D-80333 München, erbeten. Für unverlangt eingesandte
Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Manuskripte
werden nur angenommen, wenn sie ausschließlich dem
GEWERBEARCHIV zum Abdruck angeboten sind.

Aus der Nennung von Markenbezeichnungen in dieser
Zeitschrift können keine Rückschlüsse darauf gezogen
werden, ob es sich um geschützte oder um nichtgeschützte
Zeichen handelt.

Der Nachdruck von Beiträgen, auch auszugsweise, bedarf
der Einwilligung des Verlags, die in jedem Einzelfall vorher
einzuholen ist.

Wiss. Mitarbeiter Ulrich M. Gassner, Heidelberg

Keine Buchmachererlaubnis für juristische Personen?*)

I. Einleitung

Die britische Ladbroke-Gruppe, das größte Wettunternehmen der Welt, erlitt durch das Urteil des OVG NW einen vorläufigen Rückschlag bei ihren Bemühungen, den bundesdeutschen Markt für Pferdewetten zu erschließen. Allerdings hat die Klägerin, eine Tochtergesellschaft der holländischen Ladbroke-Niederlassung, die vom OVG zugelassene Revision eingelegt. Ob das BVerwG zu Lasten der Klägerin — und der Freunde von Pferdewetten — entscheidet und die Revision zurückweist, erscheint ungewiß. Denn die Rechtsausführungen des erkennenden Senats können in zentralen Punkten nicht überzeugen.

II. Gesichtspunkte nationalen Rechts

1. Entgegen der Ansicht des Gerichts kann man aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck von § 2 RWG nicht ableiten, daß nur natürlichen Personen eine Buchmachererlaubnis erteilt werden darf. § 2 Abs. 2 S. 1 RWG bietet jedenfalls keinen Anhaltspunkt für eine solche Beschränkung. Daß das Gesetz für die typischerweise unselbständig Beschäftigten des Buchmachers ebenfalls eine Erlaubnis für erforderlich hält, läßt keinen

*) Anmerkung zum Urteil des OVG NW vom 30. 09. 1992 — 4 A 569/90 — (S. 238 dieses Hefts); Vorinstanz VG Düsseldorf, Urteil vom 12. 12. 1989 — 3 K 3127/89 —, GewArch 1990, 207.

Rückschluß auf die Rechtsform zu, in der das Buchmachergewerbe betrieben werden kann. Dies folgt schon daraus, daß ein Auseinanderfallen von personalem Erlaubniserfordernis und Zulassung als juristischer Person im Gewerberecht keineswegs ungewöhnlich ist (vgl. etwa § 7 Abs. 4 HwO). Enthält im übrigen das Gesetz — wie hier — keinen ausdrücklichen Ausschluß über den Betrieb des Gewerbes durch juristische Personen, kann hierauf auch nicht geschlossen werden¹⁾. Aus der historischen Interpretation²⁾ folgt nichts anderes. Denn der Wille des Gesetzgebers zum Ausschluß juristischer Personen vom Buchmachergewerbe kommt in der aktuellen Fassung des Gesetzes nicht zum Ausdruck und ist deshalb rechtlich bedeutungslos. Auch die Ratio legis spricht nicht für die Beschränkung der Buchmachererlaubnis auf natürliche Personen. Die ordnungsgemäße Führung der Buchmachergeschäfte läßt sich bei juristischen Personen ebenso wirksam kontrollieren wie bei natürlichen Personen. Der Schutz der Wettteilnehmer vor illegalen Praktiken erfordert deshalb nicht den Ausschluß juristischer Personen, weil sie insofern keine spezifischen Gefahren verursachen. Die regelmäßig größere Kapitalkraft und Solidität einer Buchmachergesellschaft spricht vielmehr gerade umgekehrt für die Zulassung juristischer Personen als Buchmacher. Nicht zufällig ist in den Gesetzgebungsmaterialien von dem „an sich erstrebenswerten Zustand der wenigen Großunternehmer“ die Rede³⁾. Der vom Senat suggerierte Zusammenhang zwischen angestrebter Minimierung der Attraktivität des Wettens, Unternehmensgröße und Begrenzung der Buchmachertätigkeit auf natürliche Personen ist sonach keineswegs zwingend. Dies gilt um so mehr, wenn man davon ausgeht, daß der Gesetzgeber die Zahl der Buchmacher vor allem deshalb beschränken wollte, um sie dadurch „lebensfähig, d. h. steuerkräftig“ zu erhalten⁴⁾.

Soweit der Senat zur Begründung seiner Auffassung mit den Ausführungsbestimmungen zum RWG argumentiert, ist dies methodisch äußerst bedenklich. Denn bei der systematischen Auslegung sollte im Regelfall nicht auf niederrangige Rechtsnormen⁵⁾ zurückgegriffen werden⁶⁾.

§ 2 Abs. 1 RWG hat mithin juristische Personen zumindest nicht eindeutig vom Buchmachergewerbe ausgeschlossen. Damit stellt sich die Frage, ob eine verfassungskonforme Auslegung⁷⁾ dieser Vorschrift geboten ist.

2. Das OVG hält seine Interpretation des § 2 Abs. 1 RWG für vereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG. Es wendet die Spielbanken-Rechtsprechung⁸⁾ entsprechend an⁹⁾ und führt aus, die Tätigkeit des Buchmachers werde nicht vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfaßt. Es handle sich nicht um eine wirtschaftliche Betätigung im Rechtssinne, da das RWG dem Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zuzuordnen sei.

Das damit angewandte Erlaubtheitserfordernis beruht insofern auf einem Zirkelschluß, als es das Verhältnis zwischen dem verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz und den einfachgesetzlichen Grundrechtsbeschränkungen auf den Kopf stellt: Der Gesetzgeber definiert den Schutzbereich¹⁰⁾. Auch nach dem Urteil des BVerwG vom 04. 12. 1965¹¹⁾ „ist allein dem Grundgesetz zu

entnehmen, welche Betätigungen außerhalb des Grundrechtsschutzes eines ‚Berufs‘ stehen“.

Die allzu formale Unterscheidung zwischen repressivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und präventivem Verbot mit Genehmigungsvorbehalt führt bei der Beurteilung dieser Frage nicht weiter¹²⁾. Ob der Gesetzgeber das grundsätzliche Erlaubt- oder Verbotensein in den Vordergrund rückt, ist eine Frage der gesetzestechnischen Ausgestaltung. Zudem ist dessen Motivation oft nicht eindeutig erkennbar¹³⁾. Gerade dies wird hier deutlich. So leitete das PrOVG mit einigem Recht vor allem aus dem Entstehungszusammenhang des RWG¹⁴⁾ ab, daß bei dem Erlaß dieses Gesetzes nicht polizeiliche, sondern fiskalische Motive vorgeherrscht haben. Auch der erkennende Senat räumt ein, daß mit dem RWG nicht nur Mißstände im Wettwesen bekämpft, sondern auch die Gewinne der Buchmacher abgeschöpft werden sollten. Dementsprechend hob das RWG das zuvor bestehende generelle Verbot der Buchmachertätigkeit auf, wodurch dieses „als ein erlaubtes Gewerbe anerkannt“ wurde¹⁵⁾.

Die Ausführungen des BVerfG in der Spielbank-Entscheidung¹⁶⁾ stehen der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen. Sie befassen sich ausschließlich mit der kompetenzrechtlichen Frage, ob die Spielbankenverordnung von 1938/1944 gem. Art. 123 ff. GG als Bundes- oder als Landesrecht fortgilt. Das Problem, ob nur erlaubte Tätigkeiten Berufe i. S. des Art. 12 Abs. 1 GG sind, spricht dieser Beschluß gerade nicht an. Zudem bezieht er sich ausschließlich auf die repressive frühere Spielbankengesetzgebung und ist deshalb auf die heutige Situation mit einem nahezu flächendeckenden System von Spielbanken nicht übertragbar. Noch weniger können demgemäß die vom OVG zitierten Passagen für die hier sich stellende Frage fruchtbar gemacht werden.

Der an sich verdienstvolle Versuch des Senats, anders als die Vorinstanz¹⁷⁾ zweifelhafte Gemeinschaftlichkeitsverdikte zu vermeiden und die Unerlaubtheit der Buchmachertätigkeit aus formal-kompetentiellen Kriterien zu

1) Vgl. *Friauf*, GewO, Kommentar, § 1 Rdnr. 178.

2) Vgl. zu den Grenzen historischer Auslegung BVerwGE 11, 126 (130); 13, 261 (268); 54, 277 (298 f.); 62, 1 (45); 79, 106 (121); BVerwGE 74, 124 (125, 129); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 316.

3) Vgl. Begründung zum Entwurf der Reichsregierung, RT-Dr. Nr. 2870, zit. bei Hellwig, Rennwett- und Lotteriegesezt, 1922, 143.

4) PrOVGE 84, 394 (397).

5) Nach VG Köln, GewArch 1985, 255 f. sind die Ausführungsbestimmungen nach Form und Inhalt als Rechtsverordnungen anzusehen.

6) Allg. Ansicht, vgl. nur *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 3. Aufl. 1992, Rdnr. 245 a. E.

7) Std. Rspr. des BVerfG, zuletzt etwa BVerfGE 81, 70 (92); 83, 201 (215).

8) BVerfGE 28, 119; BVerwG, *Buchholz* Nr. 114 zu Art. 12 GG; OVG NW, GewArch 1979, 329; OVG Rhld.-Pf., GewArch 1991, 99; BayVGH, GewArch 1991, 102.

9) So schon die Vorinstanz VG Düsseldorf, GewArch 1990, 207 (208 f.); vgl. ferner OVG Hamburg, DVBl. 1953, 405 (406); OVG NW, GewArch 1979, 327 (328).

10) Vgl. *Bachof*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte III/1, 1958, 190; *Berg*, GewArch 1977, 249 ff.; *Breuer*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, 1989, § 147 Rdnr. 44; *Friauf*, JA 1984, 537 (538 f.); *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, 150 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Kommentar, 2. Aufl. 1992, Art. 12 Rdnr. 6.

11) BVerwGE 22, 286 (288).

12) So schon *Über*, Freiheit des Berufs, 1952, 238 f. gegen OVG Hamburg DVBl. 51, 317.

13) *Bachof*, a.a.O., 190.

14) Es erging im Rahmen des Gesetzes über Änderungen im Finanzwesen, das ausschließlich fiskalpolitische Ziele verfolgte, vgl. PrOVGE 84, 394 (396).

15) PrOVGE 84, 394 (396); ihm folgend VG Köln, GewArch 1985, 225 (227).

16) BVerfGE 28, 119 (146 ff.).

17) VG Düsseldorf, GewArch 1990, 207 (208 f.).

konstruieren, führt somit in die Sackgasse. Auf der Basis der (noch) herrschenden Meinung¹⁸⁾ scheint damit doch kein Weg an einer materiellen Bewertung der Tätigkeit des Buchmachers vorbeizuführen. Freilich hat schon Bachof 1958 festgestellt, die öffentliche Veranstaltung eines Glücksspiels¹⁹⁾ verstoße nicht gegen das allgemeine sittliche Empfinden, so daß diese Tätigkeit Gegenstand eines grundrechtlich geschützten Berufes sein könne²⁰⁾. Auch neueren literarischen Äußerungen zufolge haftet dem Glücksspiel als solchem kein sozialetischer Unwert an²¹⁾. Dies folgt nicht zuletzt aus der langjährigen Verwaltungspraxis, Buchmachererlaubnisse zu erteilen²²⁾. Zudem ist zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber seit Jahrzehnten die unterschiedlichsten Formen von Glücksspielen zuläßt oder sogar fördert. Ferner verkennt das OVG, daß die Mißstände, die den historischen Gesetzgeber zum Erlaß des RWG bewogen haben mögen, heute nicht mehr vorliegen. Jene zeitbedingten Umstände können aber für die Bewertung einer Tätigkeit nicht maßgeblich sein²³⁾. Mithin ist das Buchmachergewerbe keine jener „schlechthin gemeinschaftsschädlichen“²⁴⁾ Betätigungen, die nicht als Beruf i. S. des Art. 12 Abs. 1 GG anerkannt werden können.

III. Gemeinschaftsrechtliche Gesichtspunkte

Auch die Ausführungen des Senats zu Art. 52, 59 EWGV überzeugen nicht. Zwar ist es zutreffend, daß sich Art. 52 und 59 EWGV nicht auf rein innerstaatliche Sachverhalte beziehen. Hier liegen aber grenzüberschreitende Elemente i. S. der ständigen Rechtsprechung des

EuGH²⁵⁾ vor. Denn die niederländische Muttergesellschaft strebt durch die Gründung der Klägerin an, in Deutschland als Buchmacher tätig zu sein. Zudem verkennt das OVG, daß Art. 52 EWGV entsprechend der neueren Judikatur des EuGH²⁶⁾ als allgemeines Beschränkungsverbot auszulegen ist²⁷⁾. Auf eine Ungleichbehandlung aufgrund der Ausländereigenschaft kommt es daher nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob die nationale Vorschrift Bürger oder Unternehmen benachteiligt, wenn sie ihre Erwerbstätigkeit über das Hoheitsgebiet eines einzelnen Mitgliedstaats hinaus ausdehnen. Ebendies ist hier der Fall, wenn man die vom OVG vertretene Auslegung des § 2 Abs. 1 RWG zugrundelegt. Denn der Muttergesellschaft der Klägerin wird verwehrt, von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Das OVG hätte deshalb ein Vorabentscheidungs-Verfahren gemäß Art. 177 Abs. 2 EWGV einleiten müssen.

18) Vgl. BVerwGE 22, 286 (289); Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 Rdnrn. 26 f.

19) Nach VG Düsseldorf, GewArch 1990, 207 (208) ist eine solche Betätigung die öffentliche Veranstaltung eines Glücksspiels; zweifelnd wegen der Wettelmente VG Köln, GewArch 1985, 225 (227).

20) Bachof, a. a. O., 191.

21) Berg, MDR 1977, 277; Dickersbach, WiVerw 1985, 23 (31).

22) VG Köln, GewArch 1985, 225 (227).

23) BVerwGE 22, 286 (289).

24) Ebd.

25) Zuletzt etwa Slg. 1990, 3537 (3549).

26) EuGH, Slg. 1984, 2971 (2989 f.); 1988, 3898 (3894); 1991, 2357 (2383).

27) Vgl. Bleckmann, WiVerw 1987, 119; Blumenwitz, NJW 1989, 621 (622); Ehlers, NVwZ 1990, 810 (811, 814 f.); Klein, DÖV 1985, 900 (908); Steindorff, EuR 1988, 19 (21 ff.).