



Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. iur. Dr. h. c. mult. R. Stober u. Prof. Dr. iur. S. Korte, Dipl.-Kfm.

Prof. Dr. iur. Winfried Kluth | Prof. Dr. iur. Stefan Korte (Hrsg.)

150 Jahre Gewerbeordnung

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



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Die Gewerbeordnung als anachronistisches oder geordnetes Regelwerk

Titeltrennung, Redundanzen und Aussonderungen als Akte kluger Gesetzgebung?

Prof. Dr. iur. Matthias Rossi*

I.	Einführung	161
II.	Kluge Gesetzgebung	163
III.	Heutige Gewerbeordnung als kluges Regelwerk?	165
IV.	Titeltrennung und Redundanzen	167
1.	Titeltrennung ohne Titelinhalte	168
2.	Gewerbeordnung als auffälliges Haus	168
3.	Titeltrennung nur für getrennte Inhalte	169
4.	Relativierung der Titeltrennung durch titelübergreifende Verweise	169
a)	§ 57 Abs. 2, 3 GewO	170
b)	§ 60b Abs. 2 GewO	170
c)	§ 61a GewO	171
d)	§ 60 GewO	171
e)	§ 60a GewO	172
5.	Konsequenzen der Umsetzung von Europarecht für die Titeltrennung	172
6.	Neue Titel für neue Regelungsbereiche?	173
V.	Aussonderungen	173
1.	Aussonderungen als Aufweichung der Kodifikationsidee?	173
2.	Sinnhaftigkeit von Aussonderungen	174
3.	Konsequenzen für die verbleibende Gewerbeordnung	175
VI.	Fazit	175

I. Einführung

150 Jahre sind für ein Gesetz eine lange Dauer. Dass die Gewerbeordnung insofern zunächst für den Norddeutschen Bund erlassen wurde, sodann im Deutschen Reich, später in der Weimarer Republik und während des Nationalsozialismus galt und auch in der Bundesrepublik Deutschland geltendes Recht ist, auch nach deren Beitritt zu den Europäischen Verträgen mit ihren Konsequenzen für die Wirtschaftsordnung,¹ mag den Befund Otto Mayers bestätigen, dass Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht hingegen besteht.² Doch die bloße Fortgeltung eines Gesetzes suggeriert nur allzu leicht eine Stabilität und Kontinuität, die weder in formaler noch in inhaltlicher Hinsicht zwangsläufig ist. Dabei muss noch nicht einmal die rechtstheoretische bzw. rechtssoziologische Erkenntnis bemüht werden, nach der sich Recht nicht nur durch eine Änderung des Normtextes, sondern auch durch eine Änderung seines tatsächlichen Regelungsgegenstands und somit auch durch eine Änderung seiner gesamtgesellschaftlichen Rahmenbedingungen verändern kann. Trivialer ist vielmehr auch zwischen der Form eines Gesetzes und seinem Inhalt zu differenzieren. Wenn etwa im Laufe der Zeit nicht nur einzelne Normen, sondern ganze Abschnitte eines Gesetzes

* Der Verfasser ist Inhaber eines Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht sowie Gesetzgebungslehre an der juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

¹ Vgl. aus Anlass des 150-jährigen Bestehens der GewO U. Schönleiter, GewArch 2019, S. 260.

² O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Vorwort zur 3. Aufl., 1924.

„wegfallen“, lässt sich trotz unveränderter äußerer Form kaum von seiner inhaltlichen Fortgeltung sprechen. Umgekehrt können der Grundgedanke eines Gesetzes und selbst konkrete Regelungsgehalte auch außerhalb dieses Gesetzes fortleben, so dass Form und Inhalt eben nur bei formaler, nicht aber bei materieller Betrachtung getrennt werden.

Doch auch wenn sich Otto Mayers Diktum auf das materielle Verwaltungsrecht und nicht auf dessen Kodifizierung bezogen hat, stellt sich mit Blick auf die Gewerbeordnung nach 150 Jahren die Frage, ob sie noch als ein geordnetes Regelwerk betrachtet werden kann oder nicht doch „aus der Zeit gefallen“, ob sie nicht zwischenzeitlich anachronistisch ist. Denn so unbestritten es ist, dass die Gewerbeordnung zu den großen Kodifikationen des 19. Jahrhunderts zählte, so unstreitig ist es, dass es ein „Gewerberecht aus einem Guss“ schon lange nicht mehr gibt und womöglich auch nicht mehr geben wird,³ jedenfalls nicht auf nationaler Ebene.⁴

Dieses Schicksal teilt die Gewerbeordnung freilich auch mit anderen Kodifikationen und vielleicht sogar mit der Kodifikationsidee als solcher. Nicht nur die verfassungsrechtlichen und politischen Rahmenbedingungen, sondern insbesondere auch die zunehmende Dynamik und Schnelllebigkeit der allgemeinen Lebensverhältnisse und der technischen Entwicklung lassen punktuelle Einzelgesetze als ein gegenüber umfassenden Kodifikationsgesetzen vorteilhaftes Steuerungsinstrument erscheinen.⁵ Und auch wenn bestehende Kodifikationen an die sich verändernde Wirklichkeit oder an neu und anders definierte politische Zielsetzungen angepasst werden, bedarf es hierzu einfacher Änderungsgesetze. Keine Kodifikation, die mehr und präzisere Steuerungskraft entfalten will als die Zehn Gebote, kann insofern eine permanente Ordnung kreieren, die sich von wirtschaftlichen, politischen, sozialen und rechtlichen Entwicklungen unabhängig macht und diese gleichwohl zu beeinflussen beansprucht. Zudem haben sich auch die Mechanismen und Bedingungen der Rechtserzeugung geändert. Die in Deutschland bekannte föderale Zuständigkeitsverteilung ist um die Rechtsetzungsbefugnisse und diese manchmal überschreitenden Rechtsetzungstätigkeiten der Europäischen Union erweitert worden. Das hat auch die Gewerbeordnung vielfach gespürt. Außerdem sind zunehmend zahlreiche private Akteure einzubeziehen, die teils mit förmlichen Anhörungs- und Beteiligungsrechten,⁶ teils mit faktischen Einflussmöglichkeiten Form und Inhalt von Rechtsakten mitbestimmen. Insgesamt „ist die Rechtsetzung durch eine zunehmende Pluralität der Akteure, einer Pluralität möglicher Normgeber, einem Pluralismus der Normgeber und einer polyzentrischen Normpro-

³ Freilich geistert noch immer die Hoffnung nach einem Gewerbegesetzbuch durch die Literatur, vgl. jüngst *M. Burgi*, *WiVerw* 2019, 142 (149 f.).

⁴ Zur Idee einer europäischen Gewerbeordnung vgl. etwa *W. Scherf*, *GewArch* 2006, S. 27 ff.; *S. Eisenmenger*, *GewArch* 2018, S. 181 ff.

⁵ Treffend die Analyse von *I. Appel*, *Zur Aktualität der Kodifikationsidee*, in: *Koch/Rossi* (Hrsg.), *Kodifikation in Europa*, 2012, S. 1 (ß).

⁶ *M. Rossi*, *JöR* 62 (2014), S. 159 ff.

duktion gekennzeichnet, die der Kodifikationsidee prinzipiell“ – oder jedenfalls doch tendenziell – „zuwiderlaufen.“⁷

Diese Entwicklung zu dezentralisierten,⁸ ausdifferenzierten und schnelllebigen Normsetzungsprozessen hat zwangsläufig Folgen für die Klarheit, Verständlichkeit und leichtere Verfügbarkeit von Gesetzen.⁹ Damit sind nicht nur rechtsstaatliche Anforderungen, sondern vor allem auch Anliegen kluger Gesetzgebung thematisiert.

II. Kluge Gesetzgebung

Insbesondere die Wissenschaft, weniger die Praxis und sicher noch viel weniger die Politik nehmen die großen Kodifikationen wie insb. die Gesetzbücher aber eben auch die Gewerbeordnung quasi als Gipfel kluger Gesetzgebung wahr, denn sie erheben den Anspruch, das gesamte Recht zu einem Sachbereich oder doch jedenfalls eine umfangreiche Teilmaterie nicht bloß stimmig und in sich widerspruchsfrei, sondern überdies auch ausschließlich, vollständig und verständlich geregelt zu haben. Doch was ist „kluge“ Gesetzgebung überhaupt, was macht eine gute,¹⁰ bessere,¹¹ optimale oder eben kluge Gesetzgebung aus?

So sehr angesichts der positiven Konnotation des Adjektivs „klug“ auch Einigkeit darüber herrscht, dass Gesetzgebung selbstverständlich klug sein sollte, so sehr gehen die Meinungen darüber auseinander, was die Parameter für die Bewertung und Charakterisierung der Gesetzgebung sind bzw. sein sollten. Klar ist insofern nur, dass mit „kluger Gesetzgebung“ ein Maßstab gemeint ist,¹² der über die rein rechtliche Beurteilung der Vereinbarkeit einer Norm mit höherrangigem Recht, in der Regel also mit Verfassungs- und/oder Europarecht, deutlich hinausgeht. Der klassische binäre Code des Rechts, der in unterschiedlichen Ausgestaltungen letztlich schwarz/weiß daherkommt – verfassungsmäßig oder verfassungswidrig, strafbar oder nicht strafbar, Anspruch

⁷ So treffend *I. Appel*, Zur Aktualität der Kodifikationsidee, in: Koch/Rossi (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, S. 1, 4 unter Verweis auf *I. Singer*, Rechtsklarheit und Dritte Gewalt, 2010, S. 100; *W. Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 19 ff.; *F. Ossenbühl*, Zum Verfassungsvorbehalt für Rechtserzeugung, in: Depenheuer/Heintzen/ Jestaedt/Axer (Hrsg.), Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 309; zur „polyzentrischen Normproduktion“ *W. Brohm*, DÖV 1997, 265.

⁸ Offen ist freilich, ob der Trend zu einer dezentralisierten Rechtsetzung nicht bereits durch eine zentralisierende Rechtsetzungstätigkeit der EU aufgehalten oder gar umgekehrt ist. Jedenfalls in einigen Sachbereichen beansprucht die EU durch eine weite Kompetenzauslegung und einen Formwechsel von der Richtlinie zur Verordnung zentralisierende bis zentralistische Regelungsbefugnisse. Zudem versucht sie durch Soft Law auch dort vereinheitlichend zu wirken, wo ihr klare Kompetenzen fehlen. Vgl. dazu *M. Rossi*, ZG 2020, S. 1 (14 ff.).

⁹ Noch einmal *I. Appel*, Zur Aktualität der Kodifikationsidee, in: Koch/Rossi (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, S. 1 (4).

¹⁰ Vgl. insb. *O. Fließner*, Gute Gesetzgebung, „Analyse Verwaltungspolitik“ der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2001; *G. F. Schuppert*, Gute Gesetzgebung, Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, ZG Sonderheft 2003.

¹¹ Umfassend *M. Mödinger*, Bessere Rechtsetzung, 2020, passim.

¹² Zu den eigenen Vorstellungen eines Herausgebers von diesem Thema siehe *W. Kluth*, GewArch 2019, S. 278 ff.

gegeben oder eben nicht – wird durch das Konzept¹³ kluger Gesetzgebung insoweit verlassen. Anliegen kluger Gesetzgebung ist es, über die (im Übrigen als selbstverständlich vorausgesetzte) Verfassungs- und Europarechtskonformität gesetzlicher Bestimmungen hinaus die Qualität von Gesetzen durch weitere Anforderungen zu verbessern.

In technischer, in legistischer Hinsicht geben zahlreiche Handbücher und Leitfäden Hinweise zur Ausgestaltung von Gesetzen¹⁴ – sie dokumentieren zugleich, dass Gesetzgebung nicht seltsames Hexen-, sondern schlichtes Handwerk ist. In inhaltlicher Hinsicht bleibt aber der sachliche respektive der politische Gesetzgeber gefragt – und insofern verlangt Gesetzgebung mehr als ein Handwerk und mag durchaus als Kunst bezeichnet werden.¹⁵

Mit dieser Charakterisierung wiederum scheint sich die Gesetzgebung einer Rationalität zu entziehen, die doch umgekehrt in besonderer Weise von ihr verlangt wird. *Armin Steinbach* betont nicht nur in seiner Habilitationsschrift,¹⁶ sondern auch in seinem Beitrag in diesem Band, dass Gesetze einer gewissen Rationalität folgen sollten. Dies ist in Zeiten einer Emotionalisierung der Demokratie leider keineswegs mehr selbstverständlich. Allerdings handeln nach *Armin Steinbach* eben auch die Verfechter eines emotionalen Zugriffs auf Gesetzesinhalte ihrerseits rational – eine Erkenntnis, die vor allem die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Begriffs der Rationalität aufzeigt: Rationale Gesetzgebung kennt viele Gesichter; es gibt nicht nur eine, sondern viele Rationalitäten, die durchaus unterschiedlich sind und deshalb durchaus miteinander in Konflikt geraten können.¹⁷ Aus der Perspektive der verschiedenen am Rechtsetzungsprozess beteiligten Akteure ist daher die Versuchung groß, politisch gewünschte Ergebnisse nicht nur inhaltlich, sondern auch mit vermeintlich rationalen Argumenten kluger Gesetzgebung zu begründen. Aus der Perspektive der Normadressaten und noch vielmehr aus der Perspektive der nur normbeobachtenden Wissenschaft ist es umgekehrt geradezu geboten, solche Argumente zu hinterfragen und ggf. zu entzaubern.

Sinnvoll erscheint es – zumindest aus juristischer Perspektive – jedenfalls, die unterschiedlichen Klugheitsanforderungen an Gesetze nach ihrer rechtlichen Verbindlichkeit zu kategorisieren. Unterscheiden lassen sich insofern verfassungsrechtliche Anforderungen, die verbindlich sind und deren Missachtung zur Verfassungswidrigkeit und ggf. zur Nichtigkeit von Gesetzen führt (als Beispiele seien in formeller Hinsicht etwa die Kompetenz- und Verfahrensvorschriften und in materieller Hinsicht die

¹³ Zum Verständnis der „besseren Rechtsetzung“ als Konzept vgl. *M. Mödinger*, *Bessere Rechtsetzung*, 2020, S. 9 ff.

¹⁴ Vgl. die Zusammenfassung auf der Seite von *H. Hamann* verantworteten Seite www.legistik.de.

¹⁵ Instrukтив zur Gesetzgebungslehre um 1900 S. *Emmenberger*, *Gesetzgebungskunst*, 2005.

¹⁶ *A. Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, passim.

¹⁷ So auch *A. Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 55 ff. und S. 205 ff.

rechtsstaatlichen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit genannt) staatspolitische Maximen, die zwar verbindlich sind, deren Missachtung aber nicht oder nur eingeschränkt sanktionierbar ist (als Beispiele seien die diversen Staatszielbestimmungen genannt, deren Vorgaben den umsetzenden Gesetzgebern einen erheblichen Spielraum belassen; auch der insbesondere für die Beurteilung der Gesetzesfolgen so wichtige verfassungsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit fällt in diese Kategorie) und schließlich in Grundsätze guter Gesetzgebung, die mangels rechtlicher Normierung keine Verbindlichkeit beanspruchen können, die gleichwohl aber Gebote gesetzgeberischer Klugheit sind. Praktikabilität und Vollzugstauglichkeit, Akzeptanz, Responsivität und Resilienz mögen insofern Beispiele sein, genannt seien mit dem Mandelkern-Bericht von 2001 aber auch Notwendigkeit, Subsidiarität, Transparenz, Zurechenbarkeit, Zugänglichkeit und Einfachheit von Gesetzen).

Insbesondere diese zuletzt genannten Beispiele für Kriterien zeigen freilich, dass die drei Gruppen von Anforderungen an die Rationalität von Gesetzen nicht unverbunden nebeneinander stehen (und im Übrigen ja auch nur eine Möglichkeit der Systematisierung unter vielen anderen darstellen).¹⁸ Sie müssen vielmehr als sich überschneidende Kreise verstanden werden. So kann die fehlende Vollzugstauglichkeit eines Gesetzes ausnahmsweise bereits dessen Eignung im Sinne des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips entfallen lassen. Ebenso kann die unzureichende Systematisierung eines Gesetzes den Geboten der Normenklarheit und -wahrheit entgegenstehen und im Extremfall sogar zur Unbestimmtheit eines Gesetzes führen bzw. als Verstoß gegen den Gleichheitssatz gewertet werden. Schließlich kann, um ein letztes Beispiel zu benennen, die Missachtung des Grundsatzes der Subsidiarität mit politischer Zustimmung aller Beteiligten kurzfristig zu einem politischen Erfolg führen und deshalb Ausdruck von Klugheit sein, sie kann aber bei Verletzung seiner europarechtlichen (Art. 5 Abs. 3 EUV) oder auch verfassungsrechtlichen Normierung (Art. 72 Abs. 2 GG) zu dem Misserfolg der Nichtigkeit des Gesetzes führen.

III. Heutige Gewerbeordnung als kluges Regelwerk?

Wenn solche Maßstäbe kluger Gesetzgebung an die Gewerbeordnung angelegt werden, so läuft dies naturgemäß auf eine Bewertung hinaus, die je nach gewähltem Maßstab eher auf den Inhalt oder auf die Form bezogen sein kann. Hinsichtlich des Inhalts ist dem Gesetzgeber freilich in Ansehung des demokratischen Mehrheitsprinzips grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zuzuerkennen. Deshalb beschränken

¹⁸ Zu vielen anderen Systematisierungsmöglichkeiten vgl. etwa *K. Meßerschmidt*, ZJS 2008, S. 111 ff.; *G. F. Schuppert*, Gute Gesetzgebung, Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, ZG Sonderheft 2003, *O. Fliedner*, Rechtsetzung in Deutschland, 2013, S. 37 ff.; *A. Burghart*, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 61 ff.

sich die folgenden Ausführungen weitgehend auf formale, fast schon „technisch“ anmutende Maßstäbe, die ihrerseits eine gewisse Nähe zum Rechtsstaatsprinzip haben.

Ausgangspunkt für die Qualifizierung der Gewerbeordnung als anachronistisches oder geordnetes Regelwerk ist dabei vor allem die Frage, wie man die Gewerbeordnung – eventuell gar mit demselben Inhalt – heute schreiben würde. Dies mag mit Blick auf das Alter der Gewerbeordnung respektlos erscheinen, zumal Kontinuität durchaus ein Wert an sich ist. Gegenüber einem 150 Jahre alten Gesetz, das viele formelle und noch mehr materielle Verfassungswechsel überstanden hat, sollte man möglicherweise mehr Milde walten lassen. Doch gleichwohl darf sich gerade ein Hochschullehrer, der die Gewerbeordnung in jedem Semester mit dem frischen Blick junger Studenten neu betrachtet, das Privileg einer pfadunabhängigen Betrachtung herausnehmen.

Zentrale Zielsetzung guter Gesetzgebung muss ihre Anwendungsorientierung sein: Gesetze sollten so weit wie möglich aus sich selbst heraus anwendbar sein und müssen deshalb verständlich, vollständig, widerspruchsfrei und insgesamt stimmig sein. Mit der Anwenderperspektive sind im Übrigen auch, aber nicht in erster Linie die Exekutive und Judikative in den Blick genommen. Nicht die „Inspektorentauglichkeit“, die Herr Schulze-Werner in seinem Beitrag dieses Bandes zum zentralen Maßstab der Gewerbeordnung erhebt und auch nicht die Interpretationsoffenheit für Gerichte stehen im Vordergrund. Vielmehr soll und muss die Gewerbeordnung aus sich heraus in erster Linie für ihre Regelungsadressaten verständlich sein, für die betroffenen Gewerbetreibenden ebenso wie vor allem für potentiell Betroffene, also für Bürger, Unternehmen sowie Bürger, die Unternehmer werden wollen. Allerdings ließe sich auch dieser Maßstab ebenso prospektiv wie provokativ noch präzisieren: Vielleicht sollte unter den Möglichkeiten und Bedingungen der Digitalisierung, bei Annahme also letztlich einer künstlichen Intelligenz, allein die Frage zum Maßstab guter Gesetzgebung erhoben werden, ob die Regelungen ihres digitalen Vollzugs fähig sind, ob sich die Bestimmungen also in Algorithmen fassen lassen, als deren Ergebnis Entscheidungen über die Zulassung bzw. über die Modalitäten eines Gewerbes „errechnet“ werden.

Auch ein unverstellter frischer Blick auf die Systematik der Gewerbeordnung will ihren maßgeblichen Inhalt nicht ändern. Deshalb ist es zunächst erforderlich, sich der Grundsätze des Gewerberechts zu versichern. Insofern ist vor allem die doppelte Zielsetzung der Gewerbeordnung in Erinnerung zu rufen: Sie will zum einen die Gewerbefreiheit sichern und konkretisieren, deren verfassungsrechtliche Determinierung die Beiträge von *Stefan Rixen* und *Ulrich Repkewitz* in diesem Band ausleuchten. Sie will zum anderen aber auch vor den Gefahren schützen, die vom Betrieb eines Gewerbes ausgehen können. Sie nimmt von den drei potenziellen Gefahrenquellen – den Gewerbetreibenden, den Anlagen und den Produkten – aber fast ausschließlich nur noch die Gewerbetreibenden in den Blick und beschränkt sich deshalb weitgehend auf perso-

nenbezogene Anforderungen. Die anderen Gefahren werden seit den zahlreichen Auslagerungen nicht mehr von der Gewerbeordnung, sondern insbesondere vom Umweltrecht, hier namentlich vom Bundesimmissionsschutzgesetz, und vom Produktsicherheitsrecht, namentlich dem Produktsicherheitsgesetz, erfasst.

Im Ausgleich zwischen den beiden Zielen der Gewährleistung der Gewerbefreiheit einerseits und der Gefahrenabwehr andererseits ist die Gewerbeordnung insofern von dem klassischen Grundsatz des Erlaubnisvorbehalts gekennzeichnet. Die Ausübung eines Gewerbes ist grundsätzlich frei, im Einzelfall aber abhängig von einer Zulassung. Je nach Gefahrneigung variiert das Gesetz insofern zwischen einer Anzeige und einer Erlaubnispflicht bzw. – im Falle der Privatkrankenanstalten – auch mal zwischen einer Konzession.

IV. Titeltrennung und Redundanzen

Den unterschiedlichen Gefahrenquellen und Gefahrpotenzialen trägt die Gewerbeordnung – immer noch – nicht erst durch differenzierte Rechtsfolgen, sondern schon durch ihre systematische Struktur Rechnung. Doch ist diese Untergliederung in die Titel auch heute noch geboten oder nur ein Relikt der ursprünglichen Fassung der Gewerbeordnung? Die Frage ist nicht neu: Nach einzelnen Forderungen¹⁹ schlug etwa der Deutsche Industrie- und Handelstag 1981 vor, die systematische Trennung von stehendem Gewerbe, Reisegewerbe sowie Teilnahmen an Messen, Ausstellungen und Märkten aufzugeben.²⁰ Er begründete dies damit, dass sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die bei Einführung der Gewerbeordnung eine besondere Regelung des „Wandergewerbes“ und des „Marktgewerbes“ rechtfertigten, grundlegend geändert hätten. Somit bestünde kein hinreichender Grund mehr für eine Trennung der Gewerbe. Die seinerseits vorgebrachten Argumente für eine Aufhebung der Titeltrennung wiegen heute noch viel schwerer. Schon damals wurde auf die verbesserte Kommunikationstechnik zur Beseitigung von Informationsasymmetrien hingewiesen – die heutigen Möglichkeiten wurden damals noch nicht einmal geahnt. Ebenso wurde auf das Haustürwiderrufgesetz verwiesen – der heutige europarechtlich determinierte Verbraucherschutz geht weit über diesen ersten Ansatz hinaus. Doch jenseits dieser Argumente soll der Blick im Folgenden vor allem auf die Frage gelenkt werden, ob nicht vor allem Aspekte einer „klugen Gesetzgebung“ für eine Aufgabe der Titeltrennung sprechen.

¹⁹ Vg. etwa *H. Rother*, *GewArch* 1974, S. 257 ff.; *W. Joly*, *GewArch* 1975, S. 73 ff.

²⁰ *Deutscher Industrie- und Handelstag* (1981): *Gewerberecht aus einem Guß*, Bonn: S. 16.; zustimmend *L. Müller*, *WiVerw* 1982, S. 216 ff.; Vgl. dazu auch *T.M. Strauch*, *WiVerw* 1982, S. 239 ff.; *H.B. Sattler*, *GewArch* 1991, S. 417 ff.

1. **Titeltrennung ohne Titelinhalte**

Zur Beantwortung dieser Frage sei die systematische Untergliederung der Gewerbeordnung in Titel kurz rekapituliert:

Titel 1 umfasst einen (kurzen) Allgemeinen Teil. Sodann differenzieren Titel 2, 3 und 4 bekanntermaßen vor allem wegen des unterschiedlichen Gefährpotenzials zwischen dem stehenden Gewerbe (Titel 2) und dem Reisegewerbe (Titel 3) und privilegieren vornehmlich aus wirtschaftspolitischen Gründen Messen, Ausstellungen Märkten (Titel 4). Die drei nachfolgenden Titel betreffen mit Taxen einerseits (Titel 5), Innungen, Innungsausschüssen, Handwerkskammern und Innungsverbänden andererseits (Titel 6) und schließlich der Handwerksrolle (Titel 6a) zwar sehr unterschiedliche Regelungsbereiche, sind aber doch durch eine Gemeinsamkeit gekennzeichnet: Sie sind alle „weggefallen“, sind also ohne Regelungsinhalt. Gleiches gilt für viele Abschnitte des Titels 7 über Arbeitnehmer, für den Titel 8 über „Gewerbliche Hilfskassen“ und für Titel 9 über „Statutarische Bestimmungen.“

Es ist müßig darüber zu sinnieren, warum die Aufhebung der Normen und der sie zusammenfassenden Titel nicht längst zu einer Konsolidierung der Gewerbeordnung geführt hat und der frei werdende Raum genutzt wurde, um dem offensichtlichen Regelungsbedarf an anderer Stelle Rechnung zu tragen, der insbesondere beim stehenden Gewerbe mit Anforderungen an besondere Gewerbe merkwürdige Buchstaben-Blüten treibt: § 33 GewO selbst ist weggefallen, dafür gibt es Vorschriften von § 33a bis § 33i GewO. § 34 GewO ist sogar bis zu § 34j GewO erweitert worden. Und auch im Reisegewerbe ist eine Ergänzung des § 55 GewO über reisegewerbekartefreie Tätigkeiten um sechs weitere Normen für notwendig erachtet worden, von denen eine, § 55d GewO, zwischenzeitlich wieder entfallen ist. Die Gründe für die Beibehaltung der alten Ordnung liegen auf der Hand: Die Verwaltungspraxis hat sich an die Systematik der Gewerbeordnung bis hin zu ihrer Nummerierung gewöhnt, der Änderungsgesetzgeber wollte minimalinvasiv vorgehen, und angesichts der technischen Machbarkeit punktueller Korrekturen schien der ästhetische Mehrwert einer umfassenden Konsolidierung als purer und vor allem unnötiger Luxus.

2. **Gewerbeordnung als baufälliges Haus**

Doch nach 150 Jahren ist es durchaus an der Zeit, die Gewerbeordnung genauer zu betrachten. Sie erscheint dann wie ein altes, großes Gebäude, von dem nicht nur einzelne Räume, sondern ganze Etagen vollständig leer stehen. Die Fenster sind eingeschlagen, die Naturkräfte haben längst auch zu Schäden in anderen Etagen geführt. In diesen sind einzelne Zimmer durch leichte Trennwände weiter unterteilt worden, wobei auch die entstandenen Nischen zum Teil bereits wieder aufgegeben wurden. Zudem hat man wieder andere Etagen durch gewagte Konstruktionen nach außen erwei-

tert. Trotz des großen Leerstands sind alle Etagen immer noch durch Versorgungsleitungen, Fahrstuhlschächte und Treppenhäuser miteinander und vor allem mit dem Erdgeschoss verbunden, wobei die Fahrstühle nicht mehr alle Geschosse erreichen und die Treppen manche Lücken aufweisen. Von außen und insbesondere von Weitem macht das Gebäude immer noch einen imposanten Eindruck. Seine ständigen Bewohner haben sich bestens mit ihm arrangiert und ähnlich wie Hausmeister längst den Architekten die Bestimmungshoheit über seine Funktionalität abgenommen. Doch wer sich dem Gebäude erstmals nähert oder es gar betritt, erkennt sofort einen dringenden Reformierungsbedarf, und nicht wenigen wird die Frage durch den Kopf schießen, ob nicht ein Abriss den Weg zu einem modernen funktionalen Gebäude ebnen sollte.

Natürlich lässt sich der hier nur vorsichtig angedeuteten Kritik an dem Leerstand und der Lückenhaftigkeit ganzer Titel der Gewerbeordnung aus normativer Perspektive entgegen, dass die Nummerierung einer Bestimmung für ihre rechtliche Verbindlichkeit ohne Bedeutung ist, und auch lässt sich der beruhigend-mahnende Hinweis der Praxis antizipieren, man könne auf den rechtmäßigen Vollzug aller Normen der Gewerbeordnung vertrauen, weil man das „schon immer so gemacht habe.“ Doch nicht nur aus einer gesetzesästhetischen Perspektive sollte die Buchstaben-Normierung auf wenige Einzelfälle beschränkt sein. Vielmehr sollte und nur dann und dort gebraucht werden, wo die Gesetzssystematik sie zwingend gebietet. Wenn und soweit aber diese Gesetzssystematik ohnehin aufgebrochen ist und die Änderungen dazu ein bestimmtes Maß überschritten haben, bietet sich zumindest eine formelle Konsolidierung an, die durch inhaltliche Änderungen ergänzt werden mag. Der historische Wert einer Beibehaltung im Interesse der Gesetzeskontinuität ist jedenfalls nicht größer als das ästhetisch-systematisierende Interesse an einer klaren, konsistenten und übersichtlichen Gesetzesstruktur.

3. Titeltrennung nur für getrennte Inhalte

Grundsätzlich ist eine Systematisierung von Gesetzen in verschiedene Titel sinnvoll. Sie erleichtern die Orientierung im Gesetz, ermöglichen eine systematische und d.h. durchaus auch unterschiedliche Auslegung verschiedener Abschnitte ein- und desselben Gesetzes und haben den Vorteil, dass etwaige Änderungen sich meist auf einzelne Titel beschränken können.

4. Relativierung der Titeltrennung durch titelübergreifende Verweise

Eine Untergliederung in Titel ist freilich nur unter zwei Voraussetzungen sinnvoll. Erforderlich ist zum einen, dass eine Differenzierung sachlich – und mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG womöglich auch rechtlich – geboten ist, und zum anderen, dass eine unterschiedliche rechtliche Behandlung gewollt ist. In einem eigenständigen Titel er-

wartet man eigenständige Regelungen, nicht indes Verweise auf andere Titel oder Wiederholungen. Die zahlreichen titelübergreifenden Verweise innerhalb der Gewerbeordnung mögen im Einzelfall insofern sachlich gerechtfertigt sein, zeigen aber doch in ihrer Gesamtheit, dass die systematische Trennung nicht – oder nicht mehr – vollumfänglich sinnvoll ist. Titelübergreifende Verweisungen indizieren vielmehr je für sich und erst recht in ihrer Summe einen Verallgemeinerungsbedarf, dem regelungstechnisch besser durch eine Verortung in einem „Allgemeinen Teil“ als durch eine Vielzahl von Querverweisungen Rechnung zu tragen ist. Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit seien einige Beispiele für titelübergreifende Verweise genannt.

a) § 57 Abs. 2, 3 GewO

§ 57 Abs. 2, 3 GewO aus dem Titel des Reisegewerbes betrifft die Versagung der Reisegewerbekarte. Hier werden bezogen auf eine Reihe von verschiedenen speziellen Gewerben – das Bewachungsgewerbe, das Maklergewerbe, das Versicherungsvermittlergewerbe und andere – die entsprechenden Bestimmungen in §§ 34a ff., Vorschriften also aus dem Titel über das stehende Gewerbe, für anwendbar erklärt.

b) § 60b Abs. 2 GewO

Umgekehrt verweist eine andere Norm des Reisegewerbes, nämlich der Volksfeste betreffende § 60b Abs. 2 GewO, auf zahlreiche Vorschriften aus dem Titel 4 über Messen, Ausstellungen und Märkte, wobei zugleich wieder eine Rückausnahme gemacht wird. Man mache sich den Wortlaut der Vorschrift bewusst, um ihre Lesbarkeit, Klarheit und Verständlichkeit für Normadressaten – Aspekte kluger Gesetzgebung – selbst zu beurteilen:

„§ 68a Satz 1 erster Halbsatz und Satz 2, § 69 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 69a bis 71a finden entsprechende Anwendung; jedoch bleiben die §§ 55 bis 60a und 60c bis 61a sowie 71b unberührt.“

Nicht nur der titelübergreifende Charakter dieser Verweisung ist problematisch, auch die Verweisungstechnik selbst wirft hier zahlreiche Fragen auf. Denn genau genommen handelt es sich um eine sog. Analogieverweisung,²¹ weil die in Bezug genommenen Normen nicht wörtlich gelesen und angewendet werden können, sondern eben nur „entsprechend“. Und bei den Rückausnahmen verwendet die Norm den Passus „bleiben unberührt“, der ganz grundsätzlich und auch in diesem Fall das Verhältnis verschiedener Rechtsnormen nur unzureichend klärt – stets kann erst eine Auslegung ergeben, ob Normen nebeneinander anwendbar sind oder in einem Vorrangverhältnis zueinander stehen.²² Ungeachtet dieser Spezialfragen, die für die Norm natürlich längst beantwortet sind,²³ illustriert die Norm die Nachteile, die mit allen Verweisun-

²¹ Vgl. zu dieser Terminologie *BMJ* (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 232.

²² *BMJ* (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, Rn. 87.

²³ Vgl. etwa *J. Wagner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung, § 60b GewO Rn. 11 ff.; *M Rossi*, in: Pielow (Hrsg.), BeckOK GewO, § 60b GewO, Rn. 9 ff.

gen einher gehen: Nicht nur, dass der Lesefluss beeinträchtigt wird, vor allem ergibt sich der eigentliche Regelungsgehalt erst im Zusammenhang mit der in Bezug genommenen Norm und auch dann unter Umständen erst durch aufwändiges Studium, wenn etwa die Bezugsnorm selbst erst in ihrem eigenen Regelungszusammenhang ausgelegt werden muss. Das gilt insbesondere auch für die Einbindung der europarechtlichen Vorgaben der Gewerbeordnung. Die zahlreichen Verweise mögen rechtstechnisch zulässig und korrekt sein, doch der Inhalt der Gewerbeordnung erschließt sich durch den Verweis auf „sonstige Dienstleistungserbringer im Sinne des Artikels 4 Nummer 2 der Richtlinie 2006/123/EG, deren Dienstleistungen unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen,“ nicht unmittelbar, um das wichtige Beispiel des § 6 Abs. 1a GewO zu zitieren.

c) § 61a GewO

Dieser Nachteil wird an einem anderen Beispiel für eine titelübergreifende Verweisung in der Gewerbeordnung noch deutlicher: § 61a GewO im Titel über Reisegewerbe betrifft die Ausübung einer Reihe von Gewerbe, und die Norm erklärt dieselbe Reihe von Normen aus dem Titel über das Stehende Gewerbe für anwendbar. Zur Veranschaulichung ihrer (Un-)lesbarkeit der zum Teil absatzgenauen Verweisung betrachte man auch diese Norm im Wortlaut:

„§§ 29, [...] § 34a Abs. 1a S. 1 und Abs. 2 bis 5, § 34b Abs. 5 bis 8 und 10, § 34c Abs. 3 und 5, § 34d Abs. 8 bis 10, § 34f Abs. 4 bis 6, auch in Verbindung mit § 34h Abs. 1 S.4, die §§ 34g, 34i Abs. 5 bis 8 und § 34j sowie die auf Grund des § 34a Abs. 2, des § 34b Abs.8, des § 34c Abs. 3, des § 34e sowie der §§ 34g und f.“

d) § 60 GewO

Ein weiteres Beispiel für eine unsystematische Norm ist § 60 GewO. Sie sieht vor, dass die Beschäftigung einer Person im Reisegewerbe dem Gewerbetreibenden untersagt werden kann, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person die für ihre Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt.

Die Norm ist § 21 Abs. 1 GastG nachempfunden – was für sich genommen schon interessant ist, weil es die Wechselwirkung zwischen der Gewerbeordnung und ihrem ausgesonderten Teil dokumentiert. Doch damit ist ein schlechtes Vorbild gewählt, denn es lässt sich bezüglich bestimmter Merkmale kein Gleichlauf zwischen § 21 Abs. 1 GastG und § 60 GewO feststellen: Hinsichtlich des Anwendungsbereichs fehlt es dem Reisegewerbe gerade an Ortsgebundenheit, die ortsgebundene Komponente müsste durch eine funktionale ersetzt werden. Und hinsichtlich der Zuverlässigkeit stellt § 21 GastG auf den konkreten Gaststättenbetrieb ab; im Reisegewerbe fehlt erneut der Ortsbezug; eine Zuverlässigkeitsprüfung für einen konkreten, von anderen Reisegewerbebetrieben desselben Prinzipals unterscheidbaren Reisegewerbebetrieb ist regelungstechnisch mangels Abgrenzbarkeit nicht möglich. Eine Differenzierung

scheint nur nach verschiedenen Tätigkeitsbereichen möglich, was rechtssetzungstechnisch auf der Rechtsfolgenseite (Teiluntersagung) zu verorten wäre.

e) § 60a GewO

Besonders aberwitzig wird es bei der Veranstaltung von Spielen im Reisegewerbe. § 60a Abs. 2 und 3 GewO bestehen insofern nur aus Wiederholungen oder Verweisungen auf Vorschriften aus dem stehenden Gewerbe:

- (2) Warenspielgeräte dürfen im Reisegewerbe nur aufgestellt werden, wenn die Voraussetzungen des § 33c Abs. 1 Satz 2 erfüllt sind. Wer im Reisegewerbe ein anderes Spiel im Sinne des § 33d Abs. 1 Satz 1 veranstalten will, bedarf der Erlaubnis der für den jeweiligen Ort der Gewerbeausübung zuständigen Behörde. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Veranstalter eine von dem für seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen von dem für seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständigen Landeskriminalamt erteilte Unbedenklichkeitsbescheinigung oder einen Abdruck der Unbedenklichkeitsbescheinigung im Sinne des § 33e Abs. 4 besitzt. § 33d Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 bis 5, die §§ 33e, 33f Abs. 1 und 2 Nr. 1 sowie die §§ 33g und 33h gelten entsprechend.
- (3) Wer im Reisegewerbe eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen betreiben will, bedarf der Erlaubnis der für den jeweiligen Ort der Gewerbeausübung zuständigen Behörde. § 33i gilt entsprechend.

Diese Verweisung stellt die grundsätzliche und in der Titeltrennung zum Ausdruck kommende Differenzierung zwischen dem stehenden Gewerbe und dem Reisegewerbe vollständig in Frage. Sie illustriert das Bedürfnis nach einer neuen Regelungstechnik mit einem womöglich umfangreicheren Allgemeinen Teil und entsprechend kürzeren Besonderen Teilen zum stehenden Gewerbe und zum Reisegewerbe.

5. Konsequenzen der Umsetzung von Europarecht für die Titeltrennung

Sind bislang vor allem entsprechend dem vorgegebenen Thema Aspekte kluger Gesetzgebung als Gründe für eine Überdenkung der bisherigen Titeltrennung benannt worden, sei der Blick zudem auf andere Gründe für eine Titeltzusammenfassung gelenkt. Namentlich *Stefan Korte* hat herausgearbeitet, dass die Verlagerung des Niederlassungsbegriffs aus dem Titel über das stehende Gewerbe (§ 42 Abs. 2 GewO a.F.) in den Allgemeinen Teil (§ 4 Abs. 4 GewO) erhebliche Folgewirkungen sowohl für das stehende als auch für das Reisegewerbe nach sich zieht.²⁴ Denn das Reisegewerbe ist nun auch „auf die Konstellationen anwendbar, in denen eine vorhergehende Bestellung des Gewerbetreibenden fehlt und sein Verhalten zwar von einer Niederlassung im Sinne des § 42 Abs. 2 GewO a.F., aber nicht im Sinne des § 4 Abs. 3 GewO ausgeht.“²⁵ Der Änderungsgesetzgeber hat insofern bei der Umsetzung der Dienstleistungsrichtli-

²⁴ S. Korte, *VerwArch* 2018, S. 217 (221 ff.).

²⁵ S. Korte, *VerwArch* 2018, S. 217 (228).

nie nicht hinreichend geprüft, ob die überkommene Differenzierung zwischen stehendem und reisendem Gewerbe noch sachlich begründet und rechtlich wirklich geboten ist. Auch die aktuelle Gewerbeordnung lässt sich (natürlich) noch europarechtskonform auslegen, so dass nicht an ihrer Verbindlichkeit zu zweifeln ist. Doch möglicherweise hat der Gesetzgeber nicht gemerkt, dass mit seiner Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie ein Paradigmenwechsel von einem ordnungsrechtlich geprägten Verständnis der Niederlassung hin zu einer integrationspolitischen Zielsetzung erfolgt ist.²⁶ Insofern sollte er über die Sinnhaftigkeit der Titeltrennung nachdenken und sie wahlweise schärfen oder aufgeben.

6. Neue Titel für neue Regelungsbereiche?

Während bislang vor allem der Aufgabe der überkommenen Titeltrennung das Wort geredet wurde, ist doch nicht zu übersehen, dass eine kluge Gesetzgebung durchaus auch die Einführung neuer Titel für neue Regelungsbereiche erfordern kann. Das gilt namentlich für neue Gewerbebereiche mit neuen Gefährpotenzialen oder sonstigen Besonderheiten. Namentlich die Frage, ob und inwieweit das „digitale Gewerbe“ und generell „digitale Geschäftsmodelle“ anderer Regeln bedürfen als ihre analogen Pendanten, ist abschließend noch nicht beantwortet²⁷ und soll auch hier nicht beantwortet werden. Angeregt sei allein, bei einer Konsolidierung der Gewerbeordnung auch neuen Regelungsbedarf zu identifizieren und ihn ggf. in neue Titel zu inkorporieren.

V. Aussonderungen

Ähnliches gilt im Grundsatz für die zahlreichen Aussonderungen von Regelungsgehalten aus der Gewerbeordnung in eigenständige Gesetze, namentlich in das Bundesimmissionsschutzgesetz, in das Produktsicherheitsgesetz, in das Gaststättengesetz etc. Für diese Aussonderungen gab und gibt es gute Gründe. Ungeachtet ihrer konkreten Ursachen sind Aussonderungen bei struktureller Betrachtung vor allem die fast schon zwangsläufige Folge zunehmender Komplexität und Spezialisierung, teilweise eben aber auch Folgen einer veränderten verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung oder europarechtlicher Vorgaben. Insofern kann der Gesetzgeber nicht klüger sein als der Verfassungsgeber oder der europäische Rechtsetzer.

1. Aussonderungen als Aufweichung der Kodifikationsidee?

Sollen solche Aussonderungen ganzer Regelungsbereiche am Maßstab kluger Gesetzgebung bewertet werden, liegt es zunächst nahe, Aussonderungen als Aufweichung der

²⁶ S. Korte, *VerwArch* 2018, S. 217 (241).

²⁷ Vgl. hierzu J. Ennuschat/L. Plogmann, *GewArch* 2019, S. 273 ff.

Kodifikationsidee zu begreifen. Denn sie sind sichtbares Zeichen dafür, den umfassenden und abschließenden Anspruch eines Regelungswerks zu relativieren oder gar aufzugeben. Indes steht die Kodifikationsidee als solche Auslagerungen nicht per se entgegen. Zwar dokumentiert etwa die Entwicklung des BGB recht gut, dass auch neue Rechtsgebiete oder jedenfalls neue Perspektiven in ein bestehendes Gesetzbuch integriert werden können, wie bspw. die Aufnahme der Regeln zum Reiserecht oder die Inkorporierung der Vorschriften zum Verbraucherschutz zeigen. Doch namentlich das Umweltrecht ist mit vielfältigen Prämissen und Paradigmen verbunden, die in der Gewerbeordnung ein Fremdkörper wären. Der Gedanke der Schaffung eines Umweltgesetzbuchs war insofern sehr viel zutreffender als etwa die Behandlung von anlagenbezogenem Umweltschutz im Bereich der Gewerbeordnung.

2. Sinnhaftigkeit von Aussonderungen

Doch jede Aussonderung ist in zweierlei Hinsicht zu hinterfragen: Bereits in formaler Hinsicht scheint eine Aussonderung immer dann überflüssig, wenn das ausgelagerte Recht seinerseits wieder in die Kodifikation zurückverweist. Schon insofern lässt sich mit Blick auf die Gewerbeordnung durchaus – wie gesagt, nur aus legistischer, nicht aus rechtspolitischer Perspektive – hinterfragen, warum das Handwerk nicht länger Gegenstand der Gewerbeordnung ist, verweist es doch gleich in § 1 auf das stehende Gewerbe und verbindet insoweit beide Regelungsregime miteinander.

In materieller Hinsicht gilt es darüber hinaus zu bedenken, dass die legistischen und zum Teil auch verfassungsrechtlich begründeten Anforderungen an die Konsistenz und Kohärenz von Gesetzen nicht auf ein- und dasselbe Gesetz beschränkt sind, sondern übergreifend verstanden werden müssen. Anderenfalls hätte es der Gesetzgeber in der Hand, den Vorgaben an die Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit durch die Schaffung mehrerer paralleler Gesetze zu entkommen.²⁸

Insofern stellt etwa der Verweis in § 31 GastG die Sonderbehandlung von Gaststätten in Frage. Die Norm sieht die Anwendung der Gewerbeordnung vor, „soweit nicht im GastG besondere Bestimmungen getroffen worden sind.“ Diese Formulierung ist aus der Perspektive des Gesetzgebers nachvollziehbar, der Regelungslücken bewusst abschließen will. Doch der Rechtsanwender und mehr noch der Rechtsunterworfenen, um noch einmal zwischen den staatlichen, dem Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes unterworfenen und vor allem grundrechtsgebundenen Behörden und Gerichten einerseits und den privaten Rechtssubjekten andererseits zu unterscheiden, können jedenfalls nicht ohne weiteres erkennen, wo ausschließlich das Gaststättengesetz gilt und ob und gegebenenfalls mit welchen Modifikationen die Gewerbeordnung anzuwenden ist.

²⁸ Vgl. M. Rossi, Inkonsequente Gesetzgebung, in: Koch/Rossi (Hrsg.), Kodifikation in Europa, S. 149 ff.

Ein prominentes anderes Beispiel für einen – jedenfalls verfassungspolitischen, womöglich nicht verfassungsrechtlichen – Widerspruch wird im Verhältnis zwischen dem Erfordernis eines großen Befähigungsnachweises nach der Handwerksordnung einerseits und dem Sonderregime des Reisegewerbes gesehen.²⁹ Ob dieser Widerspruch freilich durch eine Verschärfung der Anforderungen an das Reisegewerbe oder durch eine Lockerung der Vorgaben für das Handwerk aufgelöst wird, ist in erster Linie eine politische Wertungsfrage, die nicht unmittelbar durch „kluge Gesetzgebung“ gelöst werden kann. Vorsicht ist jedenfalls vor einer Überbewertung der vermeintlichen Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung geboten.³⁰ Sie könnte leicht freiheitsreduzierend wirken, wenn allein aus Gründen der Gleichheit die Anforderungen an jedwede Gewerbeausübung stets den schärfsten Regelungen angepasst werden müssten.

3. Konsequenzen für die verbleibende Gewerbeordnung

Erstaunlicherweise hat sich der Gesetzgeber nie mit den Folgen der Aussonderung für die Gewerbeordnung befasst. Dabei ändert sich mit dem Wegfall vieler Teile doch auch die verbleibende Gewerbeordnung. Mit jeder Aussonderung hätten nicht nur die weggefallenen Teile im Wege einer Rechtsbereinigung vollständig aufgehoben und die verbleibenden Normen neu nummeriert werden müssen, vielmehr hätte in inhaltlicher Hinsicht auch die Gesamtkonzeption und -systematik überdacht und angepasst werden müssen. Denn wenn die Gewerbeordnung ursprünglich auf einen Ausgleich von Wirtschafts-, Umwelt- und Sozialinteressen gerichtet war und die Umwelt- und Sozialaspekte zwischenzeitlich eigenständig geregelt wurden, dann hat dies Rückwirkung auf die Gesetzssystematik und vor allem auch auf die Auslegung der verbleibenden Teile. Dies alles sollte der Gesetzgeber klarstellen, indem er beispielsweise die maßgeblichen Zielsetzungen und wesentlichen Begrifflichkeiten im Gesetz selbst klarstellt.

VI. Fazit

Als Antwort auf die implizit im vorgegebenen Titel dieses Beitrags gestellte Frage lässt sich festhalten: „Die Gewerbeordnung ist ein in Teilen anachronistisches Regelwerk, und – oder besser: aber – sie ist in Teilen geordnet.“ Sie bedarf aus legistischer Perspektive der Konsolidierung und der sprachlichen Überarbeitung. Ein solches formales „update“ sollte zur inhaltlichen Überarbeitung in vielen Punkten genutzt werden. Die Gewerbeordnung hätte dann durchaus das Potenzial, zu einem rechtlich verbindlichen allgemeinen Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu werden, dessen Funktion ihr, von den genannten Verweisungen abgesehen, bislang allenfalls rechts-

²⁹ Ausführlich *S. Bulla*, *WiVerw* 2019, S. 182 ff.

³⁰ Vgl. *M. Rossi*, *Föderale Vielfalt im Spannungsverhältnis zur postulierten Einheit der Rechtsordnung*, in: *P. Hellwege*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 2020, S. 107 ff.

dogmatisch zukommt. Freilich müssten, um diese Funktion erfüllen zu können, nicht nur die föderalen Kompetenzvoraussetzungen geschaffen werden, sondern müssten Bund, Länder und Europäische Union sich auch auf den (jeweils restriktiven, jedenfalls rücksichtsvollen) Gebrauch ihrer Kompetenzen verständigen. Dies scheint in unsicheren politischen Zeiten ungewisser denn je. Umso mehr bleibt es die Aufgabe der Rechts- und allen voran der Gesetzgebungswissenschaft – entsprechende Appelle zu wiederholen und ggf. auch konkrete Regelungsvorschläge zu unterbreiten.