

Wirtschaftsverwaltungsrecht (Gewerberecht)

1. Kapitel: Allgemeiner Teil

- I. Begriff, Ziele, Grenzen und Mittel des Wirtschaftsverwaltungsrechts
- II. Organisation der Wirtschaftsverwaltung
- III. Wirtschaftliche Betätigung des Staates
 1. Daseinsvorsorge und Bedarfsdeckung
 2. Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

2. Kapitel: Recht der Wirtschaftssubjekte

- I. Der Subventionsbegriff
- II. Rechtsgrundlagen
- III. Das Subventionsverhältnis

3. Kapitel: Gewerberecht nach der Gewerbeordnung

- I. Der Gewerbebegriff
- II. Die Gewerbearten
- III. Regelungstechniken

4. Kapitel: Gaststättenrecht

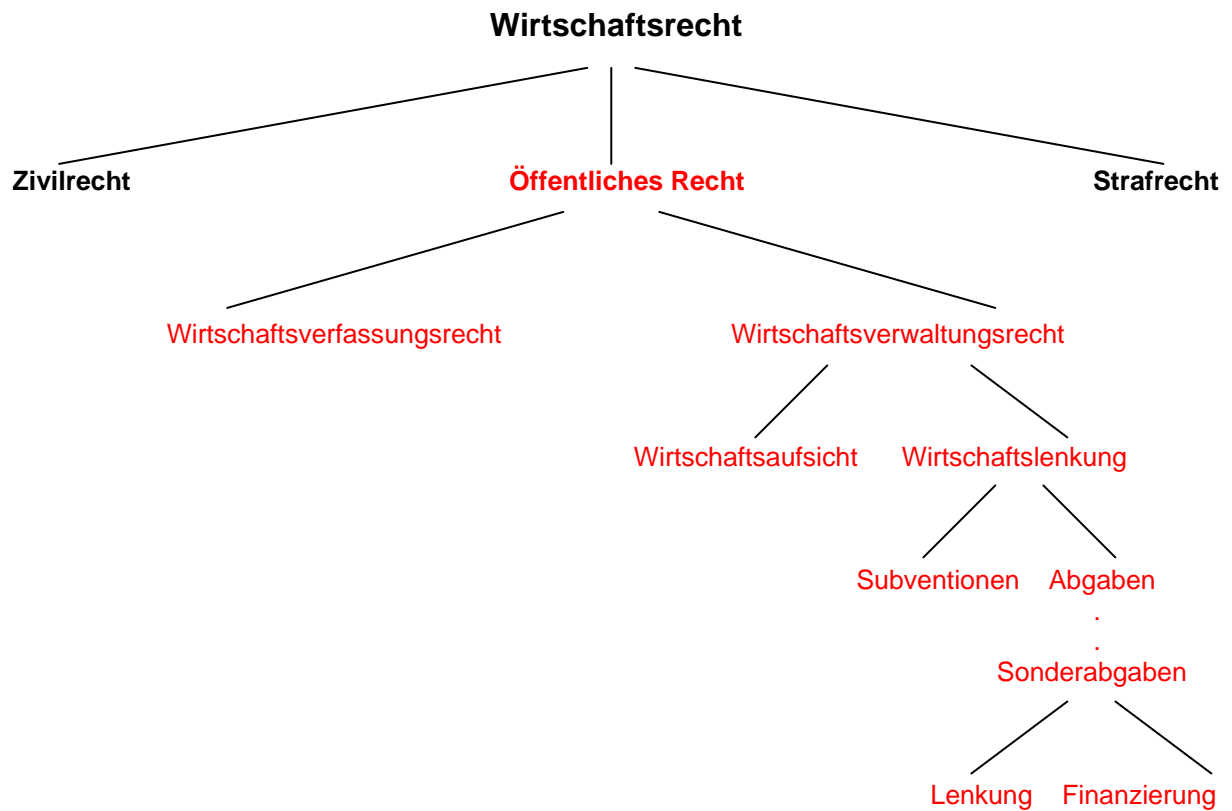
- I. Begriff des Gaststättengewerbes
- II. Erlaubnis
- III. Aufhebung der Erlaubnis

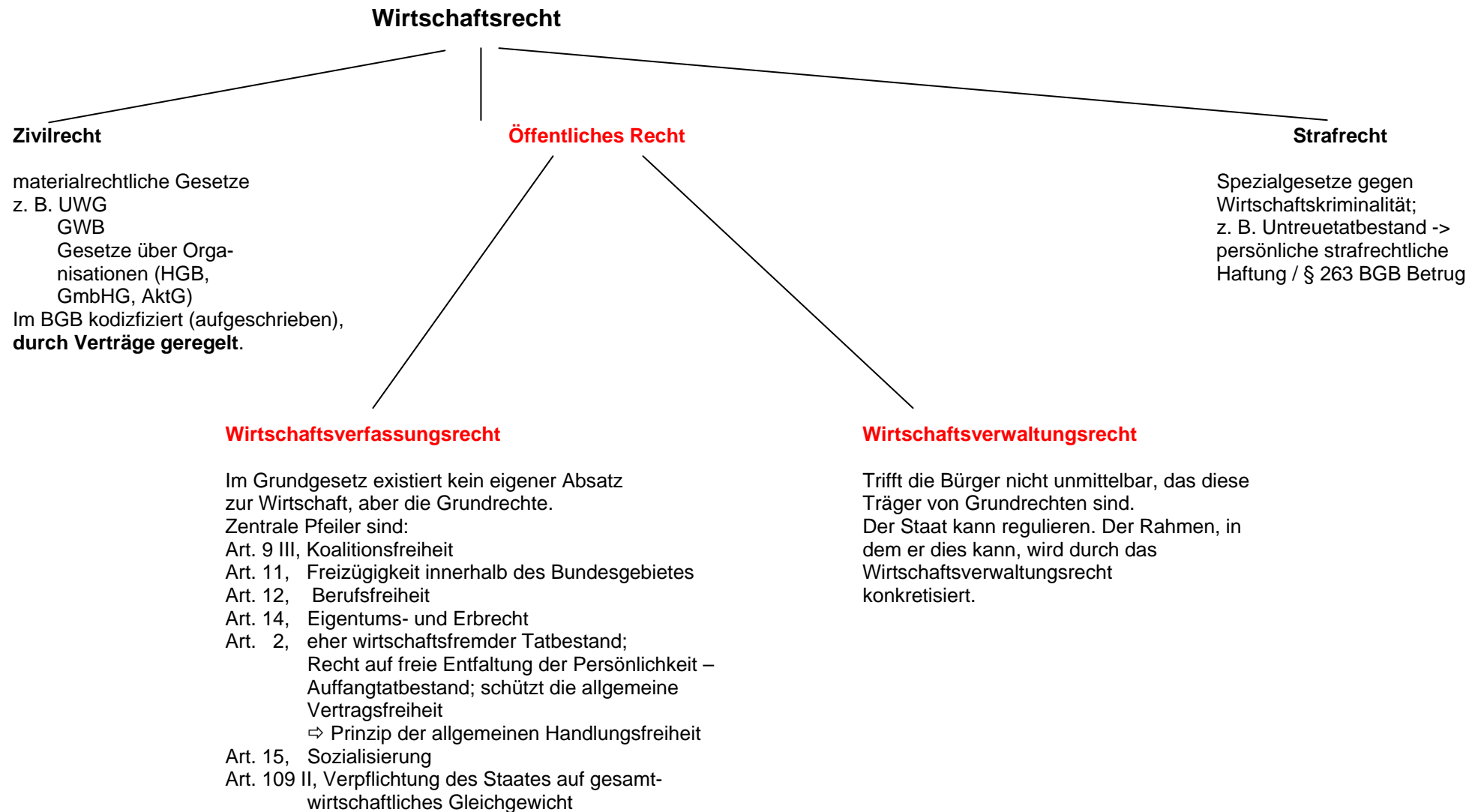
5. Kapitel: Handwerksrecht

- I. Handwerksbegriff
 1. Gewerbemäßigkeit und Handwerksfähigkeit
 2. Handwerksmäßigkeit
- II. Erlaubnispflicht
- III. Betriebsuntersagung

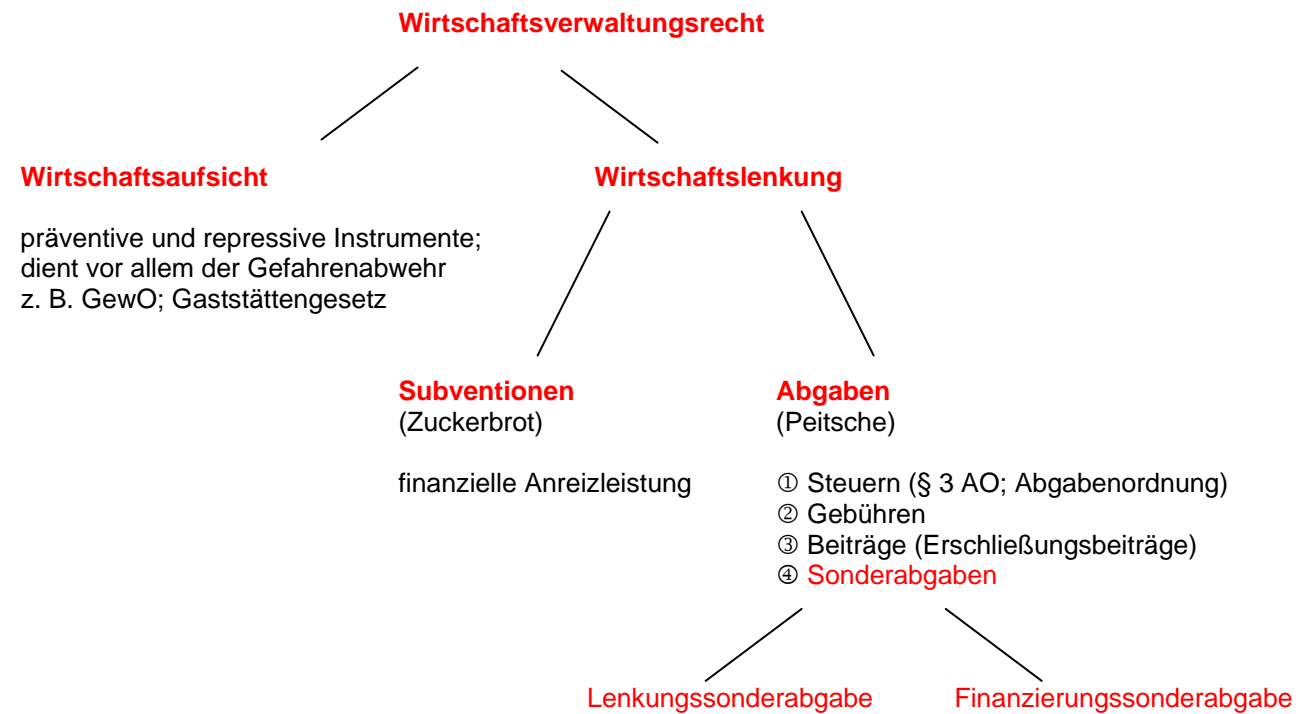
1. Kapitel: Allgemeiner Teil

I. Begriff, Ziele, Grenzen und Mittel des Wirtschaftsverwaltungsrechts





Einwirkungen, Eingriffe des Staates in die
Wirtschaft
(Die Wirtschaft, somit die Befriedigung
materieller Bedürfnisse durch Produktion,
Handel und Dienstleistung liegt in der Hand
privater Subjekte)



① Steuern

Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung (des Staates – Bund, Länder, Gemeinden, Gebietskörperschaften) darstellen (siehe AO)

Normalfall: Steuer finanziert den Staat grundsätzlich, nicht zweckgebunden. Steuern dienen der allgemeinen Finanzierung der Körperschaften. Ertrag kann nebensächlich sein ⇒ Lenkungssteuer; z. B. Ökosteuer, Tabaksteuer

② Gebühren

Gegenleistung für eine konkret von Staat (i. d. R. Gemeinden) erbrachten Leistung. Die Höhe der Gebühr ist limitiert. Limitierung (Obergrenze) durch

- Kostendeckungsprinzip

- Äquivalenzprinzip

z. B. Informationsrecht des Bürgers bzgl. Umweltemission; Kosten die entstehen, um die Werte zu berechnen. Wirtschaftliche, für den Privaten angemessene Belastung kontra Nutzen der staatlichen Leistung

③ Beiträge

Geldleistung für die mögliche Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung.

z. B. Erschließungsbeiträge; für Spielplätze, Bürgersteige, Straßen ...

Rundfunkgebühren sind, ebenso wie die Gebühr für die Müllabfuhr ebenfalls Beiträge ⇒ Möglichkeit, ein öffentlich-rechtliches Programm anzusehen, unabhängig davon, ob man das tatsächlich macht.

④ Sonderabgaben

- Lenkungsabgaben

Relativ unproblematisch, es geht nicht um Einnahmeerzielung, Abgaben sollen verhindern.

z. B. Unterbindung von sozial- oder umweltschädlichem Verhalten von Unternehmen und Gemeinden (z. B. Abwasserabgabe; Schwerbehindertenabgabe – Abgabe soll Anreiz geben Schwerbehinderte einzustellen; Zweckentfremdungsabgabe zur Linderung der Wohnungsnot)

- Finanzierungsabgaben

Eher problematisch, sie sollen Geld bringen, sind jedoch wegen der Kompetenzverwaltung problematisch (Abgabenbelastbarkeit ist begrenzt) – nach Finanzverfassung aufgeteilt.

Was zusätzlich an den Steuern vorbei erhoben wird, fehlt an anderer Stelle.

Lt. Bundesverfassungsgericht sollen Finanzierungsabgaben nur ganz begrenzt erhoben werden, es gibt nur begrenzte Gruppen. Das Geld, das diese Gruppen aufbringen darf nur gruppennützig verwendet werden. Sie sind staatlich erzwungen. a. A. Fondslösungen

z. B. „Feuerwehrfonds“ für Reiseveranstalter, Banken, Versicherungen – zwangsweise Selbsthilfeorganisation

1. Kapitel: Allgemeiner Teil

II. Organisation der Wirtschaftsverwaltung

Die Wirtschaft organisiert sich selbst, der Staat schafft lediglich die Rahmenbedingungen. Die Wirtschaftsverwaltung muss organisiert werden (Bund, Länder, Gemeinden, Organisationen wirtschaftlicher Selbstverwaltung).

Grundsatz des Staatsrechts:

Wenn der Staat verwaltet ist die Verwaltungskompetenz grundsätzlich den Ländern eingeräumt. Gesetzgebung ist i. d. R. Sache der Länder.

Aber:

Konkurrierende Gesetzgebung; Bürgerliches Recht, Strafrecht, Prozessgesetze macht der Bund (GG Art. 74)

⇒ somit liegt die Gesetzgebung praktisch beim Bund

Länder:	Kultur- und Bildungsbereich Rundfunk Polizei (Gefahrenabwehrrecht)
Bund:	Bundespolizei (ehemaliger Bundesgrenzschutz)

Kommunalrecht:

Bei der Verwaltung ist es umgekehrt (GG Art. 30 und 83). Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus.

⇒ Die Ausführung der Gesetze liegt bei den Ländern.

Eine unmittelbare Bundesverwaltung gibt es noch bei der Bundeswehr (Wehrpflicht: Kreiswehrrersatzamt als untere Bundesbehörde).

Schaffung der Gesetze

Bund

noch gibt es viele zustimmungsbedürftige Gesetze; Zustimmung des Bundesrats (der Volksvertretung) erforderlich

anders:

GG Art. 87 III

BAG Bundesanstalt für Güterverkehr ist als obere Bundesbehörde die Aufgabe, Autobahnmautsündern zu fangen

Ausführung der Gesetze

Länder

regeln Organisation und Verwaltungsverfahren

GG Art. 84: Ausführung der Gesetze

⇒ Länder regeln Einrichtung der Behörden, Verwaltungsverfahren

z. B. § 155 II GewO

Die Länder sind für die Ausführungsgesetze zum Bundesrecht zuständig, z. Teil als Verordnungen, z. Teil als Gesetze

Einrichtungen der Selbstverwaltung der Wirtschaft

Industrie und Handel:	Industrie- und Handelskammern (IHK)
Handwerk:	Handwerkskammern
Landwirtschaft:	Landwirtschaftskammern, z. B. Bayerischer Bauernverband

Dabei handelt es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts, die mit öffentlich-rechtlichen Kompetenzen und Zwangsmitgliedschaften ausgestattet sind.
Rechtsgrundlage für die Zwangsmitgliedschaft auf Bundesebene ist das IHK-Gesetz zur vorläufigen Regelung von 1956; § 2: Kammerzugehörigkeit

Bestimmte Aufgaben werden nicht vom Staat über Bundes-, Landes-, kommunale, städtische Behörden ausgeübt, sondern durch Selbstverwaltung.

Es gibt die unmittelbare Staatsverwaltung aber auch die

Mittelbare Staatsverwaltung:	Körperschaften, ↓ Gebietskörperschaften Bayern: Gemeinden } Landkreise } Mitglieder- Bezirke } und Gebietshoheit	Anstalten,	Stiftungen z. B. Staatstheater Nürnberg
------------------------------	---	------------	---

Figur der Körperschaft des öffentlichen Rechts übt Mitgliederhoheit aus.

Doppelmitgliedschaften sind möglich, wie bei einem Handwerker mit Handel, z. B. ein KFZ-Händler der neben dem Verkauf von PKW auch Dienstleistungen der eigenen Werkstatt anbietet.

Industrie- und Handelskammern

Zur Zeit existieren in Bayern 10 IHKs:
Coburg, Augsburg, Aschaffenburg, Lindau, München, Passau, Nürnberg, Bayreuth, Regensburg, Würzburg mit Geschäftsstelle in Schweinfurt

Die Zuständigkeitsbereiche sind teilweise deckungsgleich mit den Regierungsbezirken. Nur teilweise, da die IHKs zum Teil älter sind als die Regierungsbezirke und da sich die Kammergrenzen an den Industriegrenzen orientieren; sie sind auf die Handels- und Produktionsstandorte bezogen.

Was ist der Zweck dieser Einrichtungen?

Überall gilt das Prinzip Freiheit ⇒ dies hat rechtliche Wirkung. Die Bürger haben von Natur aus das Recht alle zu tun oder zu lassen, was einem anderen nicht schadet (Kategorischer Imperativ).

Daraus folgt: Alles, was von Staates wegen dieses Recht verändert, muss begründet sein.

Daraus folgt: Der Staat muss dies legitimieren, sachlich begründen

Im Fall der Zwangsmitgliedschaft (§ 2) muss diese mit sinnvollen, nützlichen, notwendigen Aufgaben verbunden sein, da diese im Konflikt mit Art. 9 GG (Eingriffe in Vertrags-/Vereinigungsfreiheit) und Art. 2 GG (Auffanggrundrecht) steht.

§ 1 IHK-Gesetz: Die Aufgabe der IHK ist es, das Gesamtinteresse der ... wahrzunehmen.

im wesentlichen:

- Ausbildung des gewerblichen Nachwuchses
- Umsetzung der staatlichen Gewalt an der Basis (bei Gesetzesänderungen, erfolgen im Vorfeld Infos der Wirtschaft an den Staat, bzw. dieser fordert die Infos bei der Wirtschaft ein), Informationsströme kanalisieren und Verbreiten von Informationen

wirtschaftliche Basis —————> Staat

Staat —————> wirtschaftliche Basis
Ausführung und Zweck von Gesetzen

- Stellung von Sachverständigen
- Erstellen von Urkundszeugnissen

Das Bayerische Ausführungsgesetz konkretisiert das IHK-Gesetz.

Die Kammern unterliegen der Rechtsaufsicht (§ 3); § 11 IHK-Gesetz
Fachaufsicht ist im Selbstverwaltungsbereich ausgeschlossen.

Zur Zeit gibt es 82 IHKs. Diese sind auf Bundesebene im Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK) zusammengeschlossen.

Der DIHK ist das Sprachrohr auf Bundesebene, der Spitzenverband der IHKs.

Alle Spitzenverbände (deutscher Städtetag, Landkreistag) sind privatrechtliche Vereine, sie sind privatrechtlich organisiert, da die staatliche Legitimation fehlt, z. B. Deutscher Bauernverband.

Mittel der Zwangsmitgliedschaft

Klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung Art. 2 I

- 1) **sachgerechter Zweck** muss vorhanden sein (... nur wenn alle Unternehmen in einem Verband vereint sind – Gesamtinteressenvertretung der Wirtschaft gegenüber dem Staat)
↓
- 2.) Mittel muss **geeignet** sein
↓
- 3.) wenn das Mittel geeignet ist, muss es **erforderlich** sein (es darf kein milderes Mittel geben, z. B. freiwillige Meldungen)
↓
- 4.) wenn dies der Fall ist, muss es **angemessen** sein (Beitrag; was kostet diese Mitgliedschaft?)

Der Staat darf nicht zweckfrei oder willkürlich Zwänge aufbauen. Er muss immer aus sachlichen Gründen handeln und muss sich an das Willkürverbot halten.

Dies gilt für alle Handlungs- und Duldungspflichten des Staates.

Das Recht der Handwerkskammern findet sich in der Handwerksordnung § 90 ff, 90 I

Handwerkskammern

Diskussion nicht so virulent, da nach wie vor wesentlich homogener; die wirtschaftlichen Einheiten sind etwa gleich groß, sie haben im Durchschnitt 7 Mitarbeiter. Die Bandbreite ist bei den Industrie- und Handelskammern wesentlich größer, sie reicht vom Bauchladen bis zum Großunternehmen.

(Zunft, zünftiges Verhalten, historischer, sozialer, Bildungs-, wirtschaftlicher Zusammenhang)

Es gibt 6 Kammerbezirke, sie decken sich im wesentlichen mit den Regierungsbezirken. Die Ausnahme bildet Niederbayern/Oberpfalz mit Geschäftssitzen in ? und Passau. Die weiteren Kammern sind Oberbayern, 3.?, 4.?, 5.?, 6.?

Die Aufgaben der Handwerkskammern sind in § 91 der Handwerksordnung definiert.

Es gibt 13 Nummern, der Aufgabenkatalog ist sehr definiert, u. a. die Handwerksrolle zu führen und die Berufsausbildung zu regeln.

Sie unterliegen der Aufsicht des Staates (Rechtsaufsicht)

Organisation beschränkt sich nicht nur auf Handwerkskammern, es gibt noch die Innungen (z. B. Bäckerinnung, Fleischerinnung), gleiche Wirtschaftszweige sind zusammengefasst, die Mitgliedschaft ist freiwillig. § 52 und § 58 Handwerksordnung.

Die Innungsmitgliedschaft ist sinnvoll, da nicht nur ein Austausch innerhalb der Fachrichtung stattfindet, sondern sie sich tariffähig ist.

Aufsicht ist die zuständige Handwerkskammer.

Die Dachorganisation ist der Zentralverband des deutschen Handwerks. Es gibt aktuell 55 Handwerkskammern und mehr als 6.000 Innungen.

Die Landwirtschaftskammern

sind nach Landes (nicht nach Bundes-)recht geregelt (konkurrierendes Recht des Bundes § 74 GG, der Bund übt dieses Recht jedoch nicht aus, da die regionalen Unterschiede sehr groß sind. Berlin, Hamburg und Bremen haben zum Beispiel kaum Möglichkeiten Landwirtschaft zu organisieren).

Es gibt somit keine bundeseinheitliche Regelung.

Aktuell gibt es 7 Länder mit Landwirtschaftskammern. In Bayern ist dies der Bayerische Bauernverband.

Die Wirtschafts (Interessen/Lobby) Verbände (A wie Asbest bis Z wie Zucker) haben nach wie vor eine große Bedeutung. Sie üben nicht eine halb-, oder fast illegale Tätigkeit aus, sondern sind von der Rechtsordnung legalisiert und teilweise in die Rechtsordnung eingebunden.

Sie sind in der Geschäftsordnung des Bundestags erwähnt, sie müssen sich nur registrieren lassen.

Lobby: Wandelgänge vor Sitzungssälen und in eigenen Räumen; sie versuchen auf die Regierung Einfluss zu nehmen.

Die Verbände stehen dem Gesetzgeber bei Gesetzgebungsvorbereitungen zur Verfügung, insbesondere im technischen Sicherheitsrecht oder Emissionsrecht sind Verbände in die Regelungen, die durch Gesetzesrecht geschaffen werden, eingebunden.

Beispiel: Bundesemissionsgesetz: „Anhörung der beteiligten Kreise ...“

Neben den Industrie- und Handelskammern, den Handwerkskammern und den Landwirtschaftskammern gibt es z. B. noch die Architekten- die Steuerberaterkammer usw.

Die Steuerberaterkammer ist ein Selbstverwaltungsorgan der Wirtschaft für einen freien Beruf mit Zwangsmitgliedschaft. Sie hat das Recht und die Aufgabe die gesamten Wirtschaftsinteressen der Steuerberater dem Staat gegenüber zu vertreten.

Der § 43 des Steuerberatergesetzes erlaubt nur das Führen von akademischen Titeln und berufsbezogenen, staatlich verliehenen Titeln, er schränkt somit die Berufsfreiheit ein. Diese Einschränkung des Prinzips der Freiheit musste der Gesetzgeber bei Erlass des Steuerberatergesetzes begründen. Auch hier gilt: es muss ein sachgerechter Zweck vorhanden sein, wie z. B. die Vermeidung von irreführenden Angaben oder Täuschung.

Ein Beispiel soll zeigen, wie weit Einschränkungen gehen dürfen. Eine selbständige Steuerberaterin hat ein VWA-Studium mit Diplom abgeschlossen. Sie setzt "Betriebswirtin (VWA)" unter ihren Namen am Kanzleischild, was ihr die Steuerberaterkammer als Aufsichtsorgan verbietet.

Doch nachdem das BayOLG 2002/2003 festgestellt hat, dass ein VWA-Abschluss einem Uni-Abschluss in Wirkung und Voraussetzungen weitestgehend entspricht, ist eine Auslegung der gesetzlichen Einschränkungen im weiteren Sinne nötig, da die Einschränkungen Konsequenzen für die wirtschaftliche Tätigkeit haben.

Die Berufsausübungsregelung muss geeignet, erforderlich und angemessen sein (Verhältnismäßigkeitsprüfung).

1. Kapitel: Allgemeiner Teil

III. Wirtschaftliche Betätigung des Staates

Mehr als die Hälfte des BSP liegt in den Händen der öffentlichen Hände, also Bund, Länder und Gemeinden. Der Staat beschränkt sich hierbei nicht nur auf die Wirtschaftsaufsicht, sondern wirtschaftet selbst. Er greift somit direkt in Wirtschaft ein.

1. Daseinsvorsorge und Bedarfsdeckung

a) Daseinsvorsorge

Art. 87 der Bayrischen Gemeindeordnung (BayGO) verbietet den Gemeinden grundsätzlich eine erwerbswirtschaftliche Betätigung mit Gewinnzweck, diese Beschränkung gilt allerdings nicht für ein Tätigwerden im Bereich der Daseinsvorsorge.

Was bedeutet Daseinsvorsorge? Niemand kann ganz allein für sich selbst sorgen. Die Menschen sind im Extremmaß von öffentlichen Leistungen abhängig und erwarten diese auch von den Gemeinden (z. B. aus den Bereichen Kultur(einrichtungen), Telekommunikation, Verkehrswege, Wasser- und Energieversorgung, Infrastruktur, usw.).

Außerdem erwarten wir von der öffentlichen Hand z. B. Hochschulen, Schulen und Kindergärten, diese Leistungen sind aus eigener Kraft und Freiheit nicht zu verwirklichen. Der Staat hat auch in diesen Bereichen die Verpflichtung zur Daseinsvorsorge.

Diese Projekte können in hoheitlicher oder privatrechtlicher Form umgesetzt werden, wobei die Verwaltung (Exekutive) im Bereich der Leistungsverwaltung als einzige Staatsgewalt Organisations- und Handlungsform (nicht immer) frei wählen kann.

Der Gesetzgeber (Legislative) kann nur öffentlich-rechtlich durch Erlass eines Gesetzes tätig werden, das Gericht (Judikative) ebenfalls nur hoheitlich durch Erlass eines Urteils. Wirtschaftsaufsicht nicht privatrechtlich durchgeführt werden, bei der Leistungsverwaltung (Vorsorge meint also Leistungen für den Bürger) ist dies jedoch möglich.

Inzwischen sind z. B. die ehemalige Bundesbahn und die Bundespost privatisiert. Es handelt sich bei den heutigen Unternehmen, der Deutschen Bahn und der Post, um juristische Personen des Privatrechts. Diese Organisationen können nur privatrechtlich handeln und können nicht einseitig öffentlich-rechtlich agieren.

Das Land Bayern trägt aktuell ca. 12 GmbHs, die zu größter Mehrheit in der Hand der jeweiligen Stadt oder einer anderen Körperschaft (z. B. einem Zweckverband) sind. In Nürnberg gibt es z. B. die VAG (Verkehrs-AG Nürnberg), die sich aber vollständig (oder zu einem Großteil) in der Hand der Stadt Nürnberg (oder einer anderen Körperschaft) befindet.

Hat man sich also für eine privatrechtliche Organisationsform (GmbH, AG) entschieden, kann diese auch nur noch privatrechtlich handeln. So kann eine AG oder eine GmbH keinen Verwaltungsakt (VA) erlassen.

Da sich die Verwaltung für die Art der Organisation entscheiden kann, kann sie somit auch die öffentlich-rechtliche Organisationsform weiterführen.

Wird die öffentlich-rechtliche Form beibehalten, wie z. B. bei der Sparkasse (Anstalt des öffentlichen Rechts) oder der IHK (Körperschaft), so kann bei der Handlungsform gewählt werden, ob ein VA (öffentlich-rechtlich) oder ein privatrechtlicher Vertrag nach BGB gewählt wird.

Die Sparkassen erlassen allerdings keine VA da hierfür die gesetzlichen Grundlagen fehlen. Leistungs-VA können hier thematisch nicht zustande kommen und für belastende VA fehlt eine Rechtsgrundlage.

Diese Form der Daseinsvorsorge (Sparkassen) die in bestimmten öffentlich-rechtlichen Grenzen funktioniert und auch funktionieren muss, ist keine Selbstverständlichkeit. Denn wo immer sich eine Sparkasse befindet, schränkt dies die Berufsfreiheit der privatrechtlichen Banken ein. Als „Daseinsberechtigung“ für die Sparkassen wird die flächendeckende Versorgung für Sparleistungen und Kreditversorgung angeführt. Hierbei müssen sich die Sparkassen an die Einschränkungen der Grundrechte und die Einschränkungen des öffentlichen Rechts halten. Die Legitimation der Sparkassen kann man allerdings in Frage stellen:

Die Gründe für das Vorhandensein der Sparkassen sind:

1. Regionalprinzip; zwangsweise flächendeckende Bereitstellung von Filialen

Spielte vor 150 Jahren eine große Rolle, als die Sparkassen für eine flächendeckende Versorgung mit Kreditmöglichkeiten sorgten. In Zeiten von Online-Banking können viele Filialen dagegen wegfallen.

2. „Marktversagen“ für „Kleinvieh“; Marktversagen in Bezug auf die Kreditversorgung des Mittelstands und der kleinen Leute

Die Sparkassen sahen sich als Kreditversorger des mittelständischen, kleinen Marktes und deckten damit das Marktsegment des "Kleinviehs" ab. Ihrer Einschätzung nach sei mit dem Ende der Sparkassen die Kreditversorgung des Mittelstandes gefährdet, der bei Banken vom Kaliber der Deutschen Bank oder Commerzbank keinen Kredit erhalten würde.

3. Kontrahierungszwang

Die Sparkassen müssen sich als Anstalten des öffentlichen Rechts an den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG, § 134 BGB) halten. Sie sind somit verpflichtet, jedem ein Girokonto einzurichten, der dies beantragt.).

Private Banken haben das Recht zu privater Willkür bei der Kontenvergabe, die Sparkasse an die öffentlich-rechtlichen Normen gebunden (Pferdefuß). Allerdings können die Konditionen den Risiken angepasst werden (z.B. ohne Überziehungsmöglichkeit). Auch Parteien haben Anspruch auf ein Konto, solange sie nicht verboten sind (Art. 21 (2) GG, Parteienprivileg).

Gibt es einen Kontrahierungszwang auch für privatrechtliche Unternehmen? Ja. Der Kontrahierungszwang existiert im Privatrecht überall dort, wo es ein Monopol gibt, also nur ein Anbieter existiert. Dies gilt zum Beispiel für die Energieversorger, z. B. bei der Gasversorgung (e.on, RWE – alles AGs).

Begründet wird dies über §§ 242, 826, 138 BGB (Prinzip von Treu und Glauben / Verbot der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung / Verbot unangemessener Forderungen).

Die Grundlagen gelten für alle Träger öffentlicher Gewalt. Anstalten des öffentlichen Rechts unterliegen dem Kontrahierungszwang. Wenn sich eine Gemeinde privatrechtlich betätigt, z. B. bei der Vermietung der Stadthalle, unterliegt sie diesen Normen, z. B. hat die Gemeinde kein Recht, Parteien von der Anmietung der Stadthalle auszuschließen, solange sie nicht verboten sind (Art. 21 BayGO, § 5 ParteienG).

Früher ging es oft um die Grundversorgung bzw. Grundvorsorge, die der Staat garantieren musste. Es gibt Bereiche, in denen eine private Umsetzung der Daseinsvorsorge nicht zulässig ist, da es sich um die Grundversorgung handelt (z.B. Trinkwasser). Andererseits existieren heute Bereiche, die mit öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung begonnen wurden (ARD, ZDF), wo es heute nicht mehr nötig wäre, öffentlich-rechtlich tätig zu sein (Privatsender würden ausreichen).

Die Bindung der öffentlichen Gewalt an Art. 1 Abs. 1 gilt auch dann, wenn die öffentliche Hand privatrechtlich tätig wird.

1. Daseinsvorsorge und Bedarfsdeckung

b) Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand

Hierbei geht es um die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand für den täglichen Verwaltungsbedarf, damit die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durchgeführt werden können. Es handelt sich somit um Bedarfsdeckungsgeschäfte, keine Verwaltungstätigkeit.

Die öffentliche Hand kauft Papier, Panzer und Betonfarben für den täglichen Bedarf, um damit ihre eigenen Aufgaben erfüllen zu können (z.B. Kauf einer Kläranlage, um Abwasser reinigen zu können). Der Staat tritt hier also als Nachfrager nach Wirtschaftsgütern auf, teilweise auch als (fast) einziger Nachfrager (Rüstungsgüter, Straßenbau).

Nachdem der reine Ankauf keine Verwaltungstätigkeit ist, wird er privatrechtlich abgewickelt durch Kauf-, Leasing-/Miet-, Dienst und Werkverträge.

Eine weitere Möglichkeit für den Staat besteht darin, hoheitlich-öffentlich-rechtlich, also einseitig tätig zu werden durch

Enteignung	oder	Beschlagnahmung
Art. 14 GG (Eigentum, Erbrecht, Enteignung) Enteignung ist die Ausnahme! Vernichtung von Privateigentum nur als ultima ratio (letzte Möglichkeit); ist sehr aufwendig und kompliziert		ganz enge Grenzen vorgeschrieben und an ganz enge Voraussetzungen gebunden.
z. B. Enteignung von Grundstücken		z. B. Beschlagnahmung von Verbrechensgewinn durch StPO, Polizei und Staatsanwaltschaft

In der Regel wird privatrechtlich agiert. Jedoch gilt für die öffentliche Hand auch beim Handeln in den Formen des Privatrechts nicht die Privatautonomie, die z. B. willkürliche Vergaben möglich macht. Der Staat muss also begründen, warum er sich für einen bestimmten Anbieter entschieden hat. Die Auswahl der Anbieter muss somit sachlich begründet sein (z. B. Wirtschaftlichkeit).

Die Gemeinde muss die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten, sowie ggf. auch Qualitätsstandards, und Art. 3 GG einhalten: eine sachgerechte Auswahl ist nötig, subjektive Vorlieben und Abneigungen ("Vetternwirtschaft") sind verboten. Vergabevorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge finden sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, XXXIV / S. 784). Dort steht das Vergabeverfahren in den §§ 97 ff. Die öffentliche Hand ist also durch Rechtsregeln gebunden, die Privatleute nicht einhalten müssen, vgl. auch dazu die Vergabeverordnung (VgV, XXXV / S. 795).

Also ist die öffentliche Hand bei der Nutzung von Formen des Privatrechts sowohl an die Grundrechte gebunden, was Willkür ausschließt; an den Kontrahierungszwang und auch an das Vergaberecht (ab gewissen Schwellenwerten des Beschaffungswertes).

Dies hat mit Vertragsfreiheit nichts mehr zu tun, im Wesentlichen wirkt hier eine Beschränkung durch das Europäische Recht. Die öffentliche Hand muss sich also an materiell öffentlich-rechtliche Schranken und Formen halten.

2. Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

Hierbei handelt es sich um ein Problemthema, das nur historisch erklärt werden kann und das es nicht mehr geben dürfte.

Staatliche Unternehmen haben eine lange Tradition: 17. und 18. Jahrhundert: Merkantilismus:

Versuch der Fürsten, durch Eigenproduktion Geld in die Staatskasse und somit in ihre Fürstenkassen zu bringen. Durch die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates entstanden z. B. Tabak- und Porzellanmanufakturen, das Hofbräuhaus, staatliche Weinkellereien (z. B. in Würzburg), Weihestephan, Textilfabriken und Manufakturen für Handwerkskunst.

Man benötigte Geld, hatte aber kaum Steuereinnahmen. Die heute selbstverständliche Trennung zwischen hoheitlichem Staat und „Privatmann“ war damals nicht vorstellbar. (Die Trennung zwischen Fürst als Landesherr und Fürst als Raubritter war so gut wie gar nicht vorhanden – der Fürst handelte nach der Methode "L'etat c'est moi und was für mich gut ist, ist auch für den Staat gut!".)

Heute, wo die öffentliche Hand über die Hälfte des BIP abschöpft (Steuern auf das Einkommen, Mehrwertsteuer auf gekaufte Produkte, Abgaben vom versteuerten Einkommen etc.), geht es nicht mehr, dass die öffentliche Hand, der die Bürger Teile ihrer Einnahmen geben müssen, gleichzeitig als Konkurrent zur Privatwirtschaft auftritt – das bedeutet das Schlachten der Kuh, die man melken will da er dem Bürger in diesen Fällen die Möglichkeit zum Erwerb nimmt (vgl. IHK Bayreuth als Hotelier, Gelsenkirchener Friedhofsgärtnerei "Gelsengrün").

Da der Staat inzwischen hohe Einnahmen durch Steuern hat und gleichzeitig als Konkurrent zur Privatwirtschaft auftritt, nimmt er dem Bürger die Möglichkeit zum Erwerb.

Verankert ist dies heute in den Gemeindeordnungen der Länder, die somit eine Regelung aus dem Jahr 1935 umsetzt (Deutsche Gemeindeordnung – Achtung, falscher Gesetzgeber), in Bayern im § 87 der Bayrischen Gemeindeordnung (BayGO) von 1998:

1. Grenze: Die Gemeinde muss immer einen öffentlichen Zweck verfolgen. Dies ist niemals der Zweck, Geld zu verdienen! Gewinnstreben ist für die öffentliche Hand illegitim.
2. Grenze: Selbst wenn ein öffentlicher Zweck vorhanden ist (z. B. Kultureinrichtungen, Bereitstellung eines Parkhauses am Opernhaus usw.), muss die Gemeinde zurücktreten, wenn ein anderer (Privater) dies genauso gut oder besser machen kann (Subsidiarität).
3. Grenze: Die Leistungsfähigkeit der Gemeinde muss gewährleistet sein. Die Gemeinde kann pleite sein, darf aber nicht insolvent (zahlungsunfähig) sein → Der Staat muss für die Gemeinden zahlen (z. B. die Stadt Hof – Ausgaben dürfen nur noch nach staatlicher Genehmigung erfolgen).
Dies gilt nicht für Daseinsvorsorge-Einrichtungen, da hier der öffentliche Zweck vermutet wird. (Auch öffentliche Bildung kann privatisiert werden, z.B. durch eine private Uni, die nur die Prüfungen vom Staat abhalten lässt.)

Zum Art. 87 BayGO sollte § 65 der Bundeshaushaltsordnung kommentiert werden (Nr. 37, BHO, XXXVII / S. 812), der Ähnliches für die Beteiligung des Bundes an privatrechtlichen Unternehmen regelt: in Nr. 1 gibt es zwei Begrenzungen zugunsten der Privatwirtschaft. Dabei stellt das "wichtige Interesse" den öffentlichen Zweck dar.

Während § 65 BHO es verbietet, neue wirtschaftliche Tätigkeiten zu beginnen, regelt § 7 I, Satz 2 und II, Satz 2 BHO (dito / S. 811) die Verpflichtung (relativ neu) zur Aufgabenkritik; die Prüfung bereits bestehender Tätigkeiten.

⇒ Der Staat soll steuern aber nicht selbst das operative Geschäft betreiben.

Dahinter steht der Gedanke der Unvereinbarkeit von Prüfung und Mandat. Somit der Fall einer Interessenkollision des Staates bei Eigeninteresse an der Gewinnmaximierung und der gleichzeitigen Notwendigkeit für diesen Bereich Begrenzungen vornehmen zu müssen (z. B. Lärmschutzregelungen bei der Eisenbahn, Umweltschutzregelungen).

Ausgliederung, Entstaatlichung und Privatisierung fallen unter die Aufgabenkritik im Beteiligungsbericht des Bundes. Da die Aufsichtsfunktion und die wirtschaftliche Betätigung des Staates inkompatibel sind, entstehen Komplikationen, wenn der Staat ein Eigeninteresse an der Gewinnmaximierung hat. Z.B. betreibt der Staat die Eisenbahnen, also gibt es keine Lärmschutzvorschriften bzgl. Eisenbahnen. Ähnliches gab es in der DDR-Staatswirtschaft hinsichtlich der Regelungen für Umweltschutz, wie auch in Bayern bis 1983., wo die Energieversorgung lange in staatlicher Hand verblieb und erst danach die GroßfeuerungsanlagenVO auch staatlichen Anlagen Grenzwerte vorschrieb.

Im übertragenen Sinne heißt das: Der Staat hat nicht die Aufgabe beim Fußballspiel mitzuspielen, sondern die Regeln aufzustellen und der Schiedsrichter zu sein (für die Einhaltung der Regeln zu sorgen).

Der Staat muss

- die Rahmenbedingungen setzen
- jedes Unternehmen neutral behandeln und
- sich von eigenen wirtschaftlichen Interessen freihalten

anderenfalls kann er die Regeln nicht einhalten.

Allerdings tut der deutsche Staat ziemlich wenig, während z.B. in Österreich eine Zuckerbrot-und-Peitsche-Regelung für Rußpartikelfilter umgesetzt wurde: Kauf eines Filters wird mit 250 Euro Zuschuss gefördert, Nichtkauf mit 150 Euro Bußgeld bestraft. Diese Regelung ist inhaltlich so sinnvoll wie jede andere, aber wenigstens gibt es eine Regelung, mit der alle umgehen können. Das Setzen verlässlicher Rahmenbedingungen ist hier entscheidend.

Beispiel Bayreuth: als gerade auf den Katalysator umgestellt wurde, konnte man in Bayreuth an keiner Tankstelle bleifreies Benzin tanken. Also hat die Stadt Bayreuth aufgrund des öffentlichen Zwecks "Umweltschutz" eine Tankstelle eröffnet, an der man bleifrei tanken konnte, und diese so lange betrieben, bis die privaten Tankstellen alle nachgezogen hatten. Dieses Vorgehen war völlig in Ordnung.

2. Kapitel: Recht der Wirtschaftssubjekte

I. Der Subventionsbegriff

Subventionen sind auch heute noch immer ein wichtiges Instrument der Wirtschaftslenkung. Der Subventionsbegriff ist gesetzlich kaum geregelt, wird aber diverse Male umschrieben:

- | | | | | |
|---|--------------|-----------------------------|--------------|------------------------------|
| 1. Haushaltsgrundsätzegesetz | HGrG | XXXVI. ab S. 805 | § 14 | Zuwendungen |
| 2. Subventionsgesetz
Anhang Strafgesetzbuch | SubG
StGB | XLVIII. ab S. 939
S. 940 | § 1
§ 264 | Leistungen |
| 3. Vertrag zur Gründung der EG | EG(V) | V. ab S. 45 | Abschnitt 2 | Art. 87 Staatliche Beihilfen |
| 4. Stabilitätsgesetz
(nicht in der Gesetzessammlung
aus dem Internet ausdrucken!) | StwG | | § 12 | Finanzhilfen |

Die praktische Bedeutung des Stabilitätsgesetzes ist gering, die wissenschaftliche Bedeutung ist groß. Volkswirtschaft: Keynes antizyklische Haushaltspolitik, Defizitspending

Gemeint ist eine Wirtschaftsförderung ohne Gegenleistung. Der EU-Begriff ist durch die Umschreibung "Beihilfen gleich welcher Art" (Art. 87 (1) EGV) wesentlich umfassender und kann z.B. auch eine Sach-Beihilfe durch verbilligte Grundstücke meinen.

Alle öffentlichen Haushalte sind auf die Erfüllung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts verpflichtet (Art. 109 (2) GG, § 1 Stabilitätsgesetz); die Grenze der Neuverschuldung darf nicht höher liegen als die Beträge, die im Haushalt für Investitionen zur Verfügung stehen (Art. 115 (1) S. 1 GG, Ausnahme in S. 2).

Definition:

Subventionen sind Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften, Garantien usw., die von Trägern öffentlicher Verwaltung (z. B. auch öffentlicher Banken) wirtschaftlichen Unternehmungen zur Förderung eines öffentlichen Zwecks ohne marktmäßige Gegenleistung gewährt werden.

Steuervergünstigungen gehören juristisch nicht zu den Subventionen in diesem Sinne, haben aber eine wirtschaftlich ähnliche Wirkung („Verschonungssubventionen“).

II. Rechtsgrundlagen

Subventionen benötigen grundsätzlich keine Rechtsgrundlage, sie können ohne spezialgesetzliche Grundlage gewährt werden. Gesetze gibt es z. B. für die Filmförderung und Steinkohle.

Es reicht aus, wenn die Subventionen im Haushaltsplan eingestellt und gesetzlich beschlossen werden. → Ermächtigung der Bundesregierung nach dem Haushaltsplan Ausgaben zu tätigen.

Für Steuervergünstigungen und das gesamte Steuerrecht (Eingriffsverwaltung/Eingriffrecht, einseitig hoheitlich) sind im Gegensatz dazu gesetzliche Regelungen auf Grundlage der Steuergesetze erforderlich.

Haushaltsrechtlich sind Steuervergünstigungen keine Ausgaben, sie werden im Haushaltsplan nicht aufgeführt und sind durch die Haushaltsgesetze nicht erfasst.

Zu beachten ist das Abgabenrecht, der Bund kann nicht auf Steuereinnahmen verzichten. Art. 105 Steuergesetze, die Verteilung ist nach Art. 106 differenziert (Bundessteuern, Ländersteuern (z. B. KFZ-Steuer, Gemeinschaftssteuern)).

Reduziert z. B. der Bund (dieser hat das Gesetzgebungsrecht) die KFZ-Steuern, protestieren die Länder, da diesen die Einnahmen fehlen.

Es ist somit immer wichtig: Wem steht das Geld (die Steuer) zu und wer trifft die Entscheidung?

Subventionen können auch von Gemeinden vergeben werden (z. B. Begrüßungsgeld für Studenten die ihren Erstwohnsitz in der entsprechenden Gemeinde anmelden, hat Auswirkungen auf den Anteil der Einkommenssteuer und Wirtschaftslenkungsmaßnahmen durch Wirtschaftsförderung z. B. für die Ansiedlung neuer Betriebe).

Subventionen spürt jeder, Steuervergünstigungen spürt nur der, der Steuern zahlt.

Die Wirkungsweisen sind also unterschiedlich.

III. Das Suventionsverhältnis

Der Staat ist bei der Verteilung der Subventionen wie immer an den Gleichheitsgrundsatz gebunden. Das Subventionsverhältnis wird regelmäßig durch einen Verwaltungsakt begründet (Bewilligungsbescheid = begünstigender Verwaltungsakt).

Mit diesem Verwaltungsakt werden Zwecke verbunden (Stabilitätsgesetz). Dem entsprechend muss der Subventionsbericht gegliedert sein. Das Stabilitätsgesetz teilt Subventionen in § 12 IV in drei Gruppen ein:

1. Erhaltungssubventionen

2. Anpassungssubventionen (Anpassung an neue Bedingungen)

3. Förderungssubventionen

1. Erhaltungssubventionen

Erhalt ist ein sehr problematisches Subventionsziel und niemals zu rechtfertigen. So sollte beispielsweise ein weicher Übergang in die steinkohlefreie Zeit gewährleistet sein und nicht die Erhaltung derselben, da diese unsinnig ist.

2. Anpassungssubventionen

Es ist sinnvoll, wenn der Tropf irgendwann gekappt wird (Beispiel: Verbot von Asbest, Subventionsvergabe an asbestherstellende Unternehmen zur Anpassung an die neuen Bedingungen)

3. Förderungssubventionen

Zur Förderung von Produktionsfortschritt und Wachstum. In Wirklichkeit führt dies zu Fehlallokationen (z. B. wärmedämmendes Glas, Windräder)

Über die Subventionen legt die Regierung alle zwei Jahre eine zahlenmäßige Übersicht vor (Subventionsbericht). vgl. § 12 IV, Satz 2 ... oder stufenweiser Abbau; Satz 1: Übersicht wann Beendigung

Der Staat verfolgt mit der Vergabe von Subventionen ein Ziel, deshalb ist die Gewährung von Subventionen mit der Erfüllung von Aufgaben verbunden.

Die Erfüllung des festgelegten Subventionszwecks (angegebener Zweck im Subventionsbewilligungsbescheid) ist die zentrale Grundlage für die Investitionen und bildet gleichzeitig die Rechtsgrundlage des Staates, sich das Geld zurückzuzahlen.

§§ 48, 49 III / XLI. Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Seite 873, 874. Der Rechtsanspruch des Staates auf Rückzahlung der Subvention (Erstattung, Verzinsung 49 a VwVfG) aufgrund § 49 III VwVfG.

Es gibt eine Spezialregelung über den Vorteilsausgleich. Schadenersatzanspruch eines Privaten gegen einen Privaten. Unter Umständen hat man Anspruch auf die Gewinne, die der andere mit dem Geld erzielt hat. Dies ist eine Anspruchsgrundlage, die über § 49 a VwVfG hinausgeht:

Subventionsgesetz XLVIII, Seite 940:

§ 5 SubvG Herausgabe von Subventionsvorteilen

Dies ist nicht die gesetzliche Grundlage für Subventionen sondern gegen missbräuchliche Inanspruchnahme. Es handelt sich somit um eine Konkretisierung des Strafrechts, hier: Subventionsbetrug § 264 StGB.

§ 5 I: Vorteile durch fehlerhafte Verwendung der Subvention, z. B. Anlage der Subventionsgelder in Aktien anstatt der subventionszweckmäßigen Verwendung, die Aktien machen Gewinn → Subvention und Gewinn müssen zurück gezahlt werden.

Anhang:

Art. 87 BayGO: Allgemeine Zulässigkeit von Unternehmen und Beteiligungen

(1) ¹ Die Gemeinde darf ein Unternehmen im Sinn von Art. 86 nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert, insbesondere wenn die Gemeinde mit ihm gesetzliche Verpflichtungen oder ihre Aufgaben gemäß Art. 83 Abs. 1 der Verfassung und Art. 57 dieses Gesetzes erfüllen will,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht,
3. die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind,
4. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

² Alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen die Gemeinde oder ihre Unternehmen an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um Gewinn zu erzielen, entsprechen keinem öffentlichen Zweck. ³ Soweit Unternehmen entgegen Satz 2 vor dem 1. September 1998 errichtet oder übernommen wurden, dürfen sie weitergeführt, jedoch nicht erweitert werden.

(2) ¹ Die Gemeinde darf mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets nur tätig werden, wenn dafür die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. ² Bei der Versorgung mit Strom und Gas gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

(3) ¹ Für die Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen gilt Absatz 1 entsprechend. ² Absatz 2 gilt entsprechend, wenn sich die Gemeinde an einem auch außerhalb ihres Gebiets tätigen Unternehmen in einem Ausmaß beteiligt, das den auf das Gemeindegebiet entfallenden Anteil an den Leistungen des Unternehmens erheblich übersteigt.

(4) ¹ Bankunternehmen darf die Gemeinde weder errichten noch sich an ihnen beteiligen. ² Für das

öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.³ Die Gemeinde kann einen einzelnen Geschäftsanteil an einer eingetragenen Kreditgenossenschaft erwerben, wenn eine Nachschußpflicht ausgeschlossen oder die Haftsumme auf einen bestimmten Betrag beschränkt ist.

§ 12 Stabilitätsgesetz: Bundesfinanzhilfen

(1) Bundesmittel, die für bestimmte Zwecke an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung gegeben werden, insbesondere Finanzhilfen, sollen so gewährt werden, daß es den Zielen des § 1 nicht widerspricht.

(2) Über die in Absatz 1 bezeichneten Finanzhilfen legt die Bundesregierung dem Bundestag und dem Bundesrat zusammen mit dem Entwurf des Bundeshaushaltsplans alle zwei Jahre eine zahlenmäßige Übersicht vor, die insbesondere gegliedert ist in Finanzhilfen, die

1. der Erhaltung von Betrieben oder Wirtschaftszweigen,
2. der Anpassung von Betrieben oder Wirtschaftszweigen an neue Bedingungen und
3. der Förderung des Produktivitätsfortschritts und des Wachstums von Betrieben oder Wirtschaftszweigen, insbesondere durch Entwicklung neuer Produktionsmethoden und -richtungen dienen.

(3) In entsprechender Gliederung des Absatzes 2 wird eine Übersicht der Steuervergünstigungen zusammen mit den geschätzten Mindereinnahmen beigefügt.

(4) ¹ Zu den in Absatz 2 und 3 genannten Übersichten gibt die Bundesregierung an, auf welchen Rechtsgründen oder sonstigen Verpflichtungen die jeweiligen Finanzhilfen und Steuervergünstigungen beruhen und wann nach der gegebenen Rechtslage mit einer Beendigung der Finanzhilfen und Steuervergünstigungen zu rechnen ist. ² Sie macht zugleich Vorschläge hinsichtlich der gesetzlichen oder sonstigen Voraussetzungen für eine frühere Beendigung oder einen stufenweisen Abbau der Verpflichtungen. ³ Hierzu wird ein Zeitplan entsprechend der in Absatz 2 beschriebenen Gliederung aufgestellt.

3. Kapitel: Gewerberecht nach der Gewerbeordnung

Der Staat versucht durch negative Verhinderung von Auswüchsen, Gefahren, usw., die für die Allgemeinheit entstehen können, durch die Wirtschaftsaufsicht in die Wirtschaft einzugreifen. Dies geschieht z. B. durch das Gewerberecht. Das Ziel ist vor allem die Gefahrenabwehr (nicht Wirtschaftslenkung).

Im ersten Paragraphen der Gewerbeordnung steht jedoch – wie bei anderen Gesetzen üblich - nicht das Ziel, sondern die Gewerbefreiheit. Dies kann nur aus historischer Sicht erläutert werden.

Die Reformbewegung war eine Reaktion auf die Französische Revolution, deren Heere die Ideale von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit nach ganz Europa brachten und die absolutistischen Systeme im restlichen Europa zusammenbrechen ließen.

Die Menschen sollten durch eigene Ziele motiviert werden. Dies geschah z. B. durch die Aufhebung der Leibeigenschaft. Das Volk sollte sich aktiv am Staat beteiligen – denn wer etwas zu verlieren hat, hat auch Interesse daran, sein Land zu verteidigen.

Die Gewerbeordnung löste das bis dahin gültige Zunftsystem ab. Das eigentlich revolutionäre daran war der Zugang jedes Bürgers zu jedem Gewerbe. (vgl. auch Art 12 GG – Berufsfreiheit)

Bis dahin war die Ordnung mittelalterlich-starr, bestimmte Berufe durften nur von Zunftmitgliedern ausgeübt werden, Juden durften nicht alle Berufe ausüben, einige Berufe waren dem Adelsstand vorbehalten.

Gleichzeitig ergab sich für den Staat die Chance, durch den Verkauf von Gewerbescheinen Einnahmen zu erzielen (s. auch § 41 GewO).

Die Gewerbeordnung galt ab 1869, zuerst nur für den Norddeutschen Bund und wurde inzwischen über 250 mal geändert. Änderungen sind laut § 1 GewO nur „durch dieses Gesetz“ möglich. Dies schöpft die Regelung der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 I Nr. 11 GG aus – die zentrale Regelung für die Wirtschaft. vgl. Art 70 GG: die Länder dürfen eigenständig regeln, soweit sich der Bund das nicht vorbehalten hat – und dies ist hier der Fall.

Das bedeutet, dass Einschränkungen der Gewerbefreiheit oder sonstige Reglementierungen des Staates nur auf der Grundlage der Gewerbeordnung oder sonstiger Bundesgesetze (Handwerksordnung, Gaststättengesetz) erfolgen können.

Sofern durch einen Gewerbebetrieb Gefahren für die Allgemeinheit (z. B. Gesundheits- oder Umweltgefahren) entstehen, kann durch die Länder lediglich die punktuelle Gefahrenabwehr veranlasst werden – nicht z. B. die Gewerbebestilllegung.

Kommt es beispielsweise auf der Autobahn Köln – Aachen bei Eschweiler aufgrund der Kühlturmasstöße bei Inversionswetterlage zu Wolken, die zu Blitznebel werden, welcher auf die Straße gedrückt und dort zu Glatteis wird, gehen durch diesen Gewerbebetrieb Gefahren für die Allgemeinheit (Straßenverkehr) aus.

Die Polizei darf dem Betreiber nun Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und –vermeidung auferlegen, etwa eine Räum- und Streupflicht, aber sie darf den Gewerbebetrieb nicht stilllegen, da sie dazu als Landesbehörde keine Befugnis (Berechtigung) hat.

I. Der Gewerbebegriff

Der Gewerbebegriff ist der Schlüssel für die Kompetenzzuweisung, denn alles, das Gewerbe ist, unterliegt der GewO. Was Gewerbe ist definiert die GewO leider nicht, aber es findet sich z. B. ein Hinweis am Ende des Steuerrechts.

Daher sollte man zu § 1 GewO den § 15 II Einkommenssteuergesetz (SteuerG), Seite 990 kommentieren.

Im § 6 GewO befindet sich der Ausnahmekatalog, die GewO findet keine Anwendung bei

- Urproduktion (Landwirtschaft und Waldwesen, Fischerei, Tierzucht, usw)
- freien Berufe
- künstlerischen Tätigkeiten

Für diese Berufsgruppen sind die Länder zuständig, für die Gewerbebetriebe der Bund (Kompetenzfrage).

Auch dies ist historisch erklärbar. Im ausgehenden 19. Jahrhundert, mit dem Beginn der Industrialisierung, hatten die Länder ein Interesse an der eigenen Regelung der Landwirtschaft. Der Bund hat diesem Modell der Verteilung von Entscheidungskompetenzen zugestimmt, sofern ihm zugestanden wurde, bei der konkurrierenden Gesetzgebung entscheiden zu können, was er regeln möchte. Für das, was unter den „negativen Gewerbebegriff“ fällt, liegt die Zuständigkeit daher bei den Ländern. Dies hat also gar nichts mit Gewerblichkeit zu tun, es ist ausschließlich Kompetenzsache.

Gewerbe ist

- ①. eine selbständige Tätigkeit
- ②. auf Dauer ausgelegt,
- ③. auf Gewinnerzielung abgestellt (Absicht genügt)
- ④. im normalen wirtschaftlichen (nicht individuellen) Verkehr

Der Begriff der ① Selbständigkeit ist von zentraler Bedeutung: auf eigene Rechnung, in eigener Verantwortung. Im Rahmen der Gefahrenabwehr bedeutet dies, man kann den denjenigen zur Verantwortung ziehen, der Auflagen nicht einhält (z. B. Arbeitsschutzvorschriften), Kunden betrügt usw.

⑤ Gewinnerzielungsabsicht – die Absicht reicht aus. Sachliches Gefährdungspotential, z. B. Firma für Geldtransporte.

Die Verwaltung eigenen Vermögens fällt aus der GewO. Zwar ist diese selbständig, dauerhaft und auf Einnahmeerzielung (Gewinnabsicht) aus, fällt aber trotzdem nicht unter den Gewerbebegriff. Das liegt daran, dass von der Verwaltung eigenen Vermögens keine Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht. Man benötigt keine, über das Privatrecht (z. B. Mietrecht) hinausgehenden Maßnahmen.

(Falls Angestellte vorhanden sind besteht jedoch ein öffentliches Interesse an der Zahlung von Steuern und Abgaben.)

II. Die Gewerbearten

1. Stehendes Gewerbe	Titel II	§ 14 ff
2. Reisegewerbe	Titel III	§ 55 ff
3. Messen, Ausstellungen, Märkte	Titel IV	§ 64 ff

1. Stehendes Gewerbe:

Beim stehenden Gewerbe ist laut § 14 GewO eine gewerbliche Niederlassung erforderlich, wie in § 42 II beschrieben. Eine Niederlassung vermindert das Gefahrenpotential, der Gewerbetreibende hat eine Adresse (ladungsfähige Anschrift).

Stehendes Gewerbe ist prinzipiell von allen Zulassungsbeschränkungen frei, also grundsätzlich erlaubnisfrei.

Beispiel Einzelhandel:

Voraussetzung ist lediglich eine Gewerbeanmeldung (§ 14: Anzeigenpflicht), für den Regelfall ist keine Erlaubnis erforderlich (Erlaubnispflicht z. B. für Apotheken).

Gemäß § 14 V erhalten Gewerbeaufsichtsamt, IHK, Finanzamt, gewerbliche Berufsgenossenschaften usw. die Information über die Anmeldung des Gewerbebetriebs.

Erlaubnispflichtige Gewerbe sind in den §§ 29, 30 ff GewO definiert. Es gibt drei Arten von Konzessionen.

1. Personalkonzessionen:

z. B. Handwerksrecht, § 34 b GewO Versteigerergewerbe, § 34 a GewO Bewachungsgewerbe
Hier sind die persönlichen Eigenschaften relevant, vor allem die Zuverlässigkeit

2. Sachkonzessionen:

Hier spielt die Person keine Rolle, es handelt sich um die eventuelle Gefährdungen aus der Produktion.

z. B. Bundesemissionsgesetz für genehmigungspflichtige Anlagen z. B. für Großfeuerungsanlagen, Tanklager, chemische Fabriken

3. gemischte Konzessionen

Person und Sache (vor allem Räume). Erlaubnis, als Person für bestimmte Räume

z. B. § 30 GewO Privatkrankenanstalten oder Gaststättenerlaubnis

Bei fehlender Gewerbeanzeige (Gewerbeanmeldung) bei normalem oder sonstigem Betrieb kann der Laden deshalb nicht geschlossen werden.

Dies ist lediglich eine Ordnungswidrigkeit ⇒ § 144 ff GewO Bußgeldbestimmungen, § 146 II 1., III. GewO

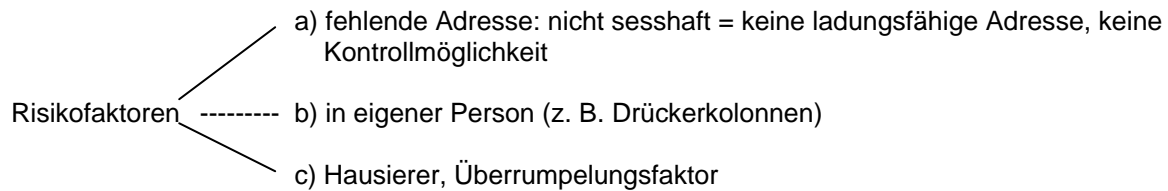
Anders sieht es aus, wenn eine notwendige Erlaubnis fehlt ⇒ hier kann das Gewerbe untersagt oder beendet werden § 15 II GewO.

2. Reisegewerbe (ab Seite 228)

Das Reisegewerbe ist abschließend geregelt. Es gibt drei Besonderheiten in Abgrenzung zum stehenden Gewerbe.

- keine gewerbliche Niederlassung im Sinne von § 42 GewO
- es muss nicht selbständig ausgeübt werden, kann auch ein Angestellter sein
- Leistung wird ohne vorhergehende Bestellung erbracht

§ 55 I



§ 55 I 2. Schausteller:
spezialgeregelt; hier muss der Unternehmer selbst der Reisekarteninhaber sein, nicht der mitreisende Schaustellergehilfe oder die Person an der Kasse

Reisegewerbe ist - grundsätzlich erlaubnispflichtig § 55 II GewO
 - erlaubnisfrei (Ausnahmen) § 55 a GewO

Die Reisegewerbekarte ist eine Personalkonzession. Die persönliche Zuverlässigkeit hängt nicht von Sachkunde ab, sondern vom Inhalt des polizeilichen Führungszeugnis und der Auskunft aus dem Gewerbezentralregister.

3. Messen, Ausstellungen, Märkte (§§ 64 ff)

Im Vordergrund steht das Prinzip der Marktfreiheit. Es muss eine Festsetzung nach § 69 erfolgen. Dabei besteht ein Rechtsanspruch auf Festsetzung ohne inhaltliche Prüfung.

Die Festsetzung hängt von Zweck, Adressaten-, Besucherkreis, Warenkreis und Häufigkeit ab. Von diesen Faktoren hängt auch die Gefährlichkeit der Veranstaltung ab.

Der Veranstalter beantragt die Festsetzung. Die Beschicker (= Teilnehmerkreis;Schausteller, Würstchenbudenbesitzer, usw., außer § 70 II, III) haben Anspruch auf die Teilnahme § 70 I GewO.

Die Auswahl der Beschicker hat nach § 70 III: sachlich, nicht willkürlich zu erfolgen, z. B. Traditionsaspekte – jedoch wird dieser Grund von der Rechtsprechung nur bei besonderen Gründen akzeptiert, da Newcomer sonst kaum eine Chance auf Teilnahme haben.

III. Regelungstechniken

Zielvorgabe: Gefahrenabwehr – aus gewerblicher Tätigkeit für die Allgemeinheit

Wie sind die Methoden, was sind die Instrumente? ⇒ Eingriffsmaßnahmen ⇒ bekanntlich müssen bei der Eingriffsverwaltung die Instrumente im Gesetz geregelt sein (Gesetzesvorbehalt).

Es gibt 10 Regelungstechniken (wobei der Dozent dann doch nur 9 aufgelistet hat, da eine nicht klausurrelevant ist), diese sind nachfolgend von der mildesten bis zur härtesten Form aufgeführt.

1. Anzeigepflicht, § 14 GewO

Dient der Überwachung, § 14 GewO ist die Berufsausübungsregelung des Art. 12 I 2 GG, es geht hier nicht darum ob das Tätigwerden möglich ist (Zweck s. § 14 I 3. Satz 3)

Bestätigung nach § 15 GewO

2. Überprüfung der Zuverlässigkeit, § 38 GewO (seit 1989)

z. B. Risiko der Hehlerei, Zwangsprostitution, Menschenhandel, Diebstahl. Auch hier ist keine Erlaubnis erforderlich, nur Anzeige und Überwachung

ab hier gelten Zugangsvoraussetzungen!

3. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt („Zulassungen“ bzw. Konzessionen), z. B. § 30 ff, § 55 GewO, Anzeige § 14 GewO

Erlaubnis, bzw. Überprüfung vor Aufnahme der Tätigkeit erforderlich (Berufszugangsbeschränkungen), nur zulässig, wenn anderenfalls wichtiges Gemeinschaftsgut gefährdet ist; der Staat kann sich in diesen Fällen nicht auf den normalen Vertrauensvorschuss aufgrund der Grundrechte (Prinzip Freiheit) beschränken

4. Nebenbestimmungen – Auflagen, Bedingungen, Befristungen (vergleiche § 36 VwVG)

sie setzen einen begünstigenden Verwaltungsakt voraus und erschweren den Berufszugang um weitere Regelungen (z. B. Hygiene, Beleuchtung, Lärmschutz, z. B. § 5 GastG → § 2 I GastG)

Es handelt sich also um Verwaltungsakte, die sich an einen Erlaubnisvorbehalt hängen

5. Mitwirkungspflichten

die der Gesetzgeber dem Gewerbetreibenden auferlegt. z.B. § 29 GewO Informationen, statistische aber auch umweltschützende erlaubt dem Staat erhebliche Eingriffe (Einbindung der Handwerks- und Industrie- und Handelskammern)

6. Bußgelder §§ 144 ff GewO

7. Fortsetzungsverbot

z. B. § 15 II GewO; (Fortsetzung von 3.)

8. Gewerbeuntersagung

z. B. § 35 GewO (dazu vgl. § 3 III Nr. 1 GüKG XXI, Seite 481 und § 35 II, § 34 b IV, 34 c II)

besteht bei allen Gewerben, auch bei denen, die ohne Erlaubnis betrieben werden dürfen. Gewähr, dass der Gewerbebetrieb ordnungsgemäß geführt wird

! Indizien für Unzuverlässigkeit: Steuerschulden und Nichtabführen von Sozialbeiträgen

9. Verbot mit Dispensvorbehalt

(Befreiungsmöglichkeit von dem Verbot), macht die Gewerbefreiheit im Normalfall unmöglich

z. B. (Kriegs)Waffenhandel, Glücksspiel, vgl. z. B. § 56