

# Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Prof. Dr. K. A. Schachtschneider/Dr. A. Emmerich-Fritsche/D. I. Siebold

## Gewerberecht

Vorbemerkung:

Mit der Gewerbeordnung wird ein Regelungskomplex behandelt, der beispielhaft ist für liberal-rechtsstaatliche Gefahrenabwehr polizeilicher Art im Wirtschaftsleben. Die Gewerbeordnung schützt vor Unzuverlässigkeit, Unkenntnis des Unternehmers und mangelhafter Ausstattung des Unternehmens. Sie enthält die Grundnormen der Zulassung, Ausübung und der Überwachung von Gewerben. Die Gewerbeordnung ist am Einzelbetrieb orientiert und hat keine volkswirtschaftlichen Anliegen. Für gewerbliche Aufsichtsmaßnahmen sind in Bayern in der Regel die Kreisverwaltungsbehörden zuständig<sup>1</sup>.

Die Gewerbeordnung ist die grundlegende Regelung des Gewerberechts, *lex generalis*. Darüber hinaus findet sich Gewerberecht in zahlreichen Spezialgesetzen, wie dem Gaststättengesetz, dem Ladenschlußgesetz, dem Personenbeförderungsgesetz, dem Güterkraftverkehrsgesetz, dem Kreditwesengesetz, dem Bundesimmissionsschutzgesetz, dem Außenwirtschaftsgesetz aber auch im Baurecht, Straf- und Steuerrecht sowie im Bürgerlichen Gesetzbuch.

## I. Grundlagen

### 1. Grundgesetzliche Grundlagen

Grundrechtliche Grundlagen des Gewerberechts sind Art. 12 GG, *soweit* das Gewerbe einen Beruf darstellt, aber auch Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG.

Gemäß Art. 74 Nr. 11 GG steht dem Bund die konkurrierende Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Rechts der Wirtschaft, u.a. dem Gewerberecht, zu.

Die Gewerbeordnung als Bundesgesetz hindert grundsätzlich landesrechtliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit, obwohl diese durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht verboten wären. Sie verhindert auch das Vorgehen aufgrund polizeilicher und sicherheitsrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Befugnis, einen Gewerbebetrieb zu beginnen und fortzusetzen, nicht jedoch hinsichtlich der Ausübung des Gewerbes im Einzelnen.

---

<sup>1</sup> Art. 2 Abs.1 Nr.1 Verordnung zur Durchführung der Gewerbeordnung (GewV), Ziegler.

a) Verhältnis von Gewerbe- und Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)<sup>2</sup>

Das Bundesverfassungsgericht dogmatisiert seit dem Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377 (400 ff.)) die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und die Freiheit der Berufsausübung des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG als ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit, das unter dem Gesetzesvorbehalt des Satzes 2 des Art. 12 Abs. 1 GG stehe<sup>1</sup>. Gesetzliche Beschränkungen der einheitlichen Berufsfreiheit müssen sich nach der sogenannten "Drei-Stufen-Lehre"<sup>3</sup> rechtfertigen lassen. Die Schutzintensität des Grundrechts steigert sich von Regelungen der Berufsausübung (etwa Sicherheitsvorkehrungen) über Regelungen von subjektiven Zulassungsschranken (etwa Zuverlässigkeitsanforderungen) zu Regelungen objektiver Zulassungsschranken (etwa Bedarfsprüfungen), so daß die Gemeinwohlbelange, welche zur Rechtfertigung derartiger Regelungen herangezogen werden, ein zunehmend großes Gewicht haben müssen<sup>4</sup>. In der Sache wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip praktiziert<sup>5</sup>.

Auch das dem Wortlaut nach uneinschränkbare Grundrecht der freien Wahl des Berufes stellt die Praxis damit, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips, zur Disposition des Gesetzgebers. Die den Freiheitsschutz einschränkende Vereinheitlichung der verschiedenen berufsfreiheitlichen Gewährleistungen ist bedenklich, weil die freie Wahl des Berufs als Kern der Persönlichkeitsentfaltung keinerlei Einschränkung verträgt. Berufsausübungsregelungen können aber so weit gehen, daß sie die freie Wahl des Berufs beeinträchtigen. Solche Regelungen können nur dadurch gerechtfertigt werden, daß sie für die Verwirklichung verfassungsrangiger Rechtsgüter notwendig sind.

Ein Beruf besteht nach der Praxis aus erlaubten Tätigkeiten, welche auf Dauer angelegt sind und der Erhaltung des Lebens dienen, seien sie selbständig oder unselbständig, also in einem Dienstverhältnis, ausgeübt<sup>6</sup>.

Beruf ist im Gegensatz zu dem weiten Begriff des Bundesverfassungsgerichts<sup>7</sup> die Profession, das Erlernte und Gekonnte. Nur ein Mensch kann einen Beruf haben, nicht eine juristische Person, die auch nicht „Deutscher“ sein kann (vgl. Art. 12 Abs. 1 GG). Demgegenüber hat das

---

<sup>2</sup> Dazu ausführlich *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie zum Umweltrecht, FCKW-Verbot, 2000.

<sup>3</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 19, 330 (336 f.); 46, 120 (138).

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ff.); 81, 70 (84); 85, 360 (373 f.).

<sup>5</sup> Etwa BVerfGE 30, 392 (396); *R. Breuer*, HStR, Bd. VI, § 148, Rdn. 6; *P. J. Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 1996, Art. 12, Rdn. 109 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 399 ff.

<sup>6</sup> I.d.S. BVerfGE 7, 377 (397); 19, 330 (336 f.); 30, 292 (334); 50, 290 (362); 54, 301 (313); 59, 302 (315); 75, 284 (292); 82, 209 (223); 97, 228 (252 f.); i.d.S. auch BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

<sup>7</sup> Vgl. Fn. 6.

Bundesverfassungsgericht jüngst hervorgehoben: "Beruf ist danach nicht nur die aufgrund einer persönlichen ‚Berufung‘ ausgewählte und aufgenommene Tätigkeit, sondern jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft. Bei diesem weiten, nicht personal gebundenen Berufsbegriff ist das Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar" (BVerfGE 97, 228 (253)). Das Bundesverwaltungsgericht folgt dem Bundesverfassungsgericht: "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist auch die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung"<sup>8</sup>. Damit haben die Gerichte die Berufsfreiheit, ausweislich Art. 23 Nr. 1 AEMR ein Menschenrecht, erneut zur Erwerbsfreiheit und damit zur "Unternehmensfreiheit", welche auch juristischen Personen, also Unternehmensgesellschaften, zukommt, umgewandelt. Sie schließen damit in der Sache an die über Jahrzehnte wiederholte Rechtsprechung an, welche explizit oder meist implizit die Gewerbefreiheit unter den Schutz des Grundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG stellt, um auch juristischen Personen die Berufung auf die Berufsfreiheit zu ermöglichen<sup>9</sup>. Kernsatz dieser Judikate ist: "Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann"<sup>10</sup>. Das Gericht sieht die „Gewerbefreiheit“ von Art. 12 Abs. 1 GG „umfaßt“<sup>11</sup>.

Der Beruf ist wesentlicher Teil der Persönlichkeit eines Menschen. Der Berufsbegriff ist somit personalistisch, nicht aber ökonomistisch. Das Bundesverfassungsgericht hat den „personalen Grundzug“ aus dem Berufsbegriff eliminiert und dem Begriff einen kapitalistischen Bezug verschafft, so daß Unternehmen jeder Form und jeder Größe sich auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können. "Wahrnehmung der Unternehmensfreiheit ist sowohl die Gründung und Nutzung eines Klein- oder Mittelbetriebes als auch die Tätigkeit eines Großunternehmens"<sup>12</sup>. Mit dem Kriterium der „berufsregelnden Tendenz“<sup>13</sup> reduziert das Bundesverfassungsgericht die Abwehrwirkung des tatbestandlich (allzu) weit interpretierten Grundrechts, freilich mit einem überaus offenen (wenig bestimmten) Begriff, dessen Anwendung überaus unsicher ist. Das Argument des „personalen Grundzuges“ nutzt das

---

<sup>8</sup> BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39).

<sup>9</sup> BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 50, 290 (362 ff.); 53, 280 (363); 65, 196 (209 ff.); 74, 129 (148 f.); auch BVerfGE 97, 228 (252 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137 f.); ganz so BVerwGE 71, 183 (189); 87, 37 (39); BVerwG BayVBl 1992, 502 (505).

<sup>10</sup> BVerfGE 21, 261 (266); 22, 380 (383); 30, 292 (312); 41, 205 (228); 50, 290 (363); 65, 196 (209 f.); 74, 129 (148 f.); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 97, 228 (252 f.).

<sup>11</sup> BVerfGE 50, 290 (362); i.d.S. auch BVerfGE 41, 205 (228) wo das "Prinzip der Gewerbe- und Unternehmerfreiheit" als Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG genannt wird.

<sup>12</sup> BVerfGE 50, 290 (362 ff.).

<sup>13</sup> BVerfGE 13, 181 (186); st. Rspr. 95, 267 (302); 96, 375 (397).

Gericht (nur), um Maßnahmen des Gesetzgebers, welche die Sozialpflichtigkeit des Unternehmens einfordern („sozialer Bezug“) gegenüber großen Unternehmen zu rechtfertigen. Soweit die Berufsausübung personalen Bezug hat, ist der berufsfreiheitliche Schutz intensiver<sup>14</sup>.

Nicht jede Betätigung, mit der man sein Leben fristet oder gar nur Geld ‚macht‘, ist Beruf, insbesondere nicht die unternehmerische Betätigung als solche. Der verfassungsgesetzliche Berufsbegriff orientiert sich an den herkömmlichen Berufen, etwa den Handwerkern, die eine Lehre haben, den freien Berufen, die meist eine akademische Ausbildung voraussetzen, aber auch am öffentlichen Dienst, den Berufsbeamten (Art. 33 Abs. 5 GG). Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht die Gewerbefreiheit. Die Gewerbefreiheit ist gerade nicht als eigenständiges Grundrecht in das Grundgesetz aufgenommen worden, wie der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG erweist. Art. 55 und Art. 66 GG nennen das Gewerbe neben dem Beruf und dem auf Erwerb gerichteten Unternehmen und zeigen damit, daß dem Parlamentarischen Rat der Unterschied zwischen Beruf und Gewerbe bewußt war. In der deutschen Wirtschaftsgeschichte ist immer zwischen den Begriffen Beruf (Profession) und Gewerbe unterschieden worden<sup>15</sup>. Art. 158 der Paulskirchenverfassung von 1849 kannte die Freiheit, den Beruf zu wählen, die Weimarer Reichsverfassung von 1919 in Art. 151 Abs. 3 die „Freiheit des Handels und Gewerbes“ nach Maßgabe der Reichsgesetze. Trotz § 1 GewO vom 21. Juni 1869 (zunächst für den Norddeutschen Bund, später für das Deutsche Reich, heute für die Bundesrepublik Deutschland), der „für jedermann den Betrieb eines Gewerbes gestattet“, ist diese nicht in das Grundgesetz geschrieben worden. Die Gewerbefreiheit ist nicht in der Berufsfreiheit aufgegangen, wie *Rüdiger Breuer* lapidar meint<sup>16</sup>. Die Interpretation des Grundrechts darf diese Politik nicht umkehren. Die Unternehmer finden in anderen Grundrechten Schutz ihrer Unternehmungen, vor allem in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG und (subsidiär) in der allgemeinen (Handlungs-)Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG<sup>17</sup>.

Art. 19 Abs. 3 GG bahnt den juristischen Personen den Weg zum Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG allenfalls insoweit, als auch natürliche Personen grundrechtlichen und damit verfassungsgerichtlichen Schutz ihrer Berufsinteressen beanspruchen können.

b) Art. 14 Abs. 1 GG: Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb<sup>18</sup>

Das Grundgesetz materialisiert den Rechtsbegriff Eigentum nicht näher. Inhalt und Schranken

---

<sup>14</sup> So BVerfGE 50, 290 (363 f.).

<sup>15</sup> Dazu *R. Breuer*, HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 1 ff.; *W. Conze*, Beruf, S. 490 ff.

<sup>16</sup> HStR, Bd. VI, § 147, Rdn. 9.

<sup>17</sup> Dazu 2. und 3. Kapitel.

<sup>18</sup> Dazu ausführlich *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie zum Umweltrecht, FCKW-Verbot, in Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, Homepage.

des Eigentums werden demgemäß nach Satz 2 des Art. 14 Abs. 1 GG durch die (einfachen) Gesetze bestimmt. Was als Eigentum grundrechtlichen Schutz genießt, ist Sache der Politik, weil das Eigentum nicht nur privatnützig<sup>19</sup>, sondern auch sozialpflichtig ist<sup>20</sup>. Die Sozialpolitik ist aber lageabhängig. Freilich muß der Gesetzgeber sich an der grundsätzlichen Privatheitlichkeit des Eigentums orientieren. Das soziale Eigentum ist das gesetzliche Eigentum<sup>21</sup>.

Als Eigentum werden alle vermögenswerten privaten Rechte (also nicht nur Eigentum im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches), aber auch öffentlich-rechtliche vermögenswerte Rechte geschützt, letztere nach der Praxis nur wenn sie auf eigener Leistung beruhen<sup>22</sup>.

Grundrechtlichen Eigentumsschutz genießt auch der „eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“ des Unternehmens<sup>23</sup>. Das Bundesverfassungsgericht läßt dies jedoch ständig unentschieden<sup>24</sup>, weil ein Unternehmen nur die tatsächliche, nicht aber die rechtliche Zusammenfassung der zu einem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte sei, die als solche schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt seien.

Der Bundesgerichtshof anerkennt das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im gewissen Sinne als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB an<sup>25</sup>, das aber nur bei „unmittelbar betriebsbezogenen Eingriffen“ verletzt sei<sup>26</sup>, so daß ein offener Tatbestand entstanden ist, der richterliche Rechtsetzung deckt<sup>27</sup>. Der Bundesgerichtshof und das Bundesverwaltungsgericht beziehen dieses Recht am Unternehmen auch in den Schutzbereich

---

<sup>19</sup> BVerfGE 24, 367 (390); 31, 229 (240); 37, 132 (140); 50, 290 (339); 52, 1 (30); 58, 300 (345); 70, 191 (200); 79, 174 (198); 79, 292 (303); 81, 208 (220); 87, 114 (138 f.); 91, 294 (308 f.); 93, 121 (137); 100, 226 (247); 100, 289 (303).

<sup>20</sup> BVerfGE 8, 71 (80); 20, 351 (356); 25, 112 (117); 37, 132 (140 f.); 52, 1 (29); 81, 208 (222); 89, 1 (9); 100, 226 (240 f.).

<sup>21</sup> I.d.S. BVerfGE 100, 226 (241).

<sup>22</sup> BVerfGE 14, 288 (293); st. Rspr.; etwa BVerfGE 30, 292 (334); 53, 257 (289 ff.); 58, 81 (112 f.); 69, 272 (300 ff.); 70, 115 (122); 70, 191 (199); 72, 175 (193); 83, 201 (209); 95, 267 (300); 97, 350 (371).

<sup>23</sup> BGHZ 23, 157 (162 ff.); 81, 21 (33) für den Eigentumsbegriff des § 823 Abs. 1 BGB; BGHZ 78, 41 (42 ff.); 92, 34 (37); 111, 349 (355 f.); BGHZ JZ 1996, 1122 (1123); BVerwGE 62, 224 (226); 67, 84 (92); 67, 93 (96).

<sup>24</sup> BVerfGE 45, 142 (173); 51, 193 (221 f.); 58, 300 (353); 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); 84, 212 (232); aber BVerfGE 22, 380 (386).

<sup>25</sup> BGHZ 3, 270 (278 ff.); 23, 157 (162 ff.); 29, 65 (67); 45, 296 (306 f.); 65, 325 (328); 67, 190 (192); 69, 128 (138); 81, 21 (33); 86, 152 (156); 92, 34 (37); 98, 341 (351).

<sup>26</sup> BGHZ 29, 65 (74); 69, 128 (139); 86, 152 (156).

<sup>27</sup> Kritisch *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, Rdn. 481 ff., insb. 483, 491 ff.

des Art. 14 Abs. 1 GG ein<sup>28</sup>. Das Unternehmen wird als eine Einheit begriffen. Daß ein Unternehmen ein eigenständiger Vermögenswert ist, erweist der Markt.

Gegenstand des deliktsrechtlichen Schutzes sind die rechtmäßig ausgeübten unternehmerischen Tätigkeiten. Es wird in der „gesamten wirtschaftlichen Betätigung“ geschützt<sup>29</sup>. Umfaßt ist alles, was den Wert des Betriebs ausmacht<sup>30</sup>, vor allem der Bestand des Unternehmens<sup>31</sup>, aber auch dessen bereits eingeführten (nicht nur die geplanten) Handlungsweisen<sup>32</sup>, dessen „Kundenstamm, geschäftliche Verbindungen, Beziehungen“.

Die Zivilgerichte praktizieren das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, also das Recht am Unternehmen, weniger als ein „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, als vielmehr als einen unternehmerschützenden deliktischen Auffangtatbestand. Darum indiziert die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs in dieses Recht am Unternehmen nicht schon die Rechtswidrigkeit, wie grundsätzlich nach der legislativen Konzeption im Recht unerlaubter Handlungen<sup>33</sup>. Dieses Recht ist richterrechtliche Materialisierung des grundgesetzlichen Eigentumsbegriffs und darum des grundrechtlichen Eigentumsschutzes fähig<sup>34</sup>.

#### c) Freiheit unternehmerischer Betätigung aus Art. 2 Abs. 1 G<sup>35</sup>

Geschützt ist durch Art. 2 Abs. 1 GG, als Materialisierung der allgemeinen Freiheit<sup>36</sup>, auch die Freiheit zum wirtschaftlichen Handeln<sup>37</sup>. Insbesondere private Unternehmungen mit allen unternehmerischen Handlungsweisen sind Gegenstand des Freiheitsschutzes. Das Bundesverfassungsgericht dogmatisiert Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit<sup>38</sup>

<sup>28</sup> Hinweise in Fn. 23.

<sup>29</sup> BGHZ 3, 270 (279); 29, 65 (69); interpretationsbedürftig i.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351).

<sup>30</sup> BGHZ 23, 157 (162 f.); 45, 150 (155); *H.-J. Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14, Rdn. 95.

<sup>31</sup> BGHZ 30, 292 (334 f.); 92, 34 (46); 98, 341 (351): „nur Bestandsschutz, nicht Erwerbsschutz“.

<sup>32</sup> I.d.S. BGHZ 78, 41 (42 ff.); 98, 341 (351 f.).

<sup>33</sup> *H.-J. Mertens*, Münchener Kommentar zum BGB, § 823, Rdn. 1 ff.; *H. Thomas*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 823, Rdn. 32 ff.

<sup>34</sup> Zum grundrechtlichen Eigentumsschutz unternehmerischer Betätigung *K. A. Schachtschneider*, Fallstudie zum Umweltrecht, FCKW-Verbot.

<sup>35</sup> Dazu ausführlich *K. A. Schachtschneider*, Fallskript zum Umweltrecht, FCKW-Verbot, 2000.

<sup>36</sup> Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 494 ff., passim; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 87 ff., 141 ff.

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 8, 274 (328); 12, 341 (347); 25, 375 (384); 29, 260 (266 f.); 32, 311 (316); 50, 290 (366); 65, 196 (210 f.); 75, 108 (154); 89, 48 (61); 95, 267 (303).

<sup>38</sup> BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 154 (146); 55, 159 (165 ff.); 59, 275 (278); 74, 129 (151); 75, 108 (154 f.); 80, 137 (152 ff.); 95, 267 (303); 97, 350 (377).

und subsumiert die „unbenannten Freiheiten“<sup>39</sup> unter dieses Grundrecht, eben auch die Freiheit wirtschaftlichen Handelns. Die Unternehmensfreiheit ergibt sich aus der durch das Grundrecht der allgemeinen Freiheit geschützten Vertragsfreiheit<sup>40</sup>, ein Grundprinzip der Menschheit des Menschen<sup>41</sup>. Unternehmerisches Handeln nutzt die Vertragsfreiheit. Ein Unternehmen ist die Einheit einer Menge von Rechten aus Gesetzen und Verträgen, die zu einem Zweck (auch rechtsverbindlich, etwa vertraglich) organisiert wird, meist zu dem Zweck, Gewinn zu erzielen.

Auch das Bundesverfassungsgericht sieht in dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine wirtschaftliche Handlungsfreiheit geschützt<sup>42</sup>. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die unternehmerische Tätigkeiten allenfalls gegen Gesetze mit berufsregelnder Tendenz<sup>43</sup>. Die allgemeine Freiheit wird durch die allgemeinen Gesetze verwirklicht, die freilich dem Recht entsprechen müssen<sup>44</sup>. Unternehmerisches Handeln läßt sich material nicht definieren. Das Kriterium des Unternehmerischen ist das privatheitliche Handeln, zu welchem Zweck und in welcher Form auch immer<sup>45</sup>. Der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit geht es um die berufliche Persönlichkeitsentfaltung eines Menschen<sup>46</sup>, während die unternehmerische Betätigung, etwa von stillen Gesellschaftern in einer GmbH oder von Aktionären einer Aktiengesellschaft, sich oft darauf beschränkt, das Kapital zur Verfügung zu stellen.

Das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG greift nach dem Grundsatz des Vorrangs des spezielleren Gesetzes nur ein, wenn besondere Grundrechte (wie etwa Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) keinen Schutz geben (Subsidiarität der allgemeinen Handlungsfreiheit)<sup>47</sup>. Demnach ist die unternehmerische Betätigung durch Art. 2 Abs. 1 GG nur insoweit geschützt, als sie nicht durch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG oder die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG Grundrechtsschutz genießt.

---

<sup>39</sup> BVerfGE 27, 1 (26); 27, 344 (351); 54, 143 (146); 54, 148 (153); 65, 1 (41 ff.); 80, 137 (152 ff.); 80, 367 (373); vgl. i.d.S. auch BVerfGE 96, 267 (303).

<sup>40</sup> BVerfGE 8, 274 (328); st. Rspr.; 96, 267 (303).

<sup>41</sup> K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 404 ff.

<sup>42</sup> Hinweise in Fn. 236.

<sup>43</sup> Siehe dazu unter a) Verhältnis von Gewerbe- und Berufsfreiheit.

<sup>44</sup> K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 279 ff., 303 ff., 332 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.

<sup>45</sup> K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 394 ff., 396 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 287 ff., 293 ff.; ders., Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 419 f.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290 (362); A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 399.

<sup>47</sup> BVerfGE 9, 73 (77); 9, 338 (343); 21, 227 (243); 30, 292 (336); 58, 358 (363); D. Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 2, Rdn. 137; K. Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 1386 f.; H.-U. Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, § 152, Rdn. 13.

## 2. Gewerbefreiheit

§ 1 GewO regelt die Gewerbefreiheit<sup>48</sup>. Nach Absatz 1 ist der Betrieb eines Gewerbes "jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind".

### a) Träger der Gewerbefreiheit

Obwohl nach Art. 12 Abs. 1 GG die Berufsfreiheit nur für Deutsche gilt, ist die (einfachgesetzliche) Gewerbefreiheit nach § 1 Abs. 1 GewO jedermann, also auch Ausländern gestattet soweit nicht die GewO selbst Ausnahmen oder Beschränkungen vorschreibt oder zuläßt.

Auch juristische Personen des Privatrechts genießen die Gewerbefreiheit. Die juristische Person des Privatrechts ist selbst Gewerbetreibende<sup>49</sup> (nicht etwa der Vorstand). Bei der Vorgesellschaft einer zu gründenden GmbH sind die unternehmerisch tätigen Gründer Gewerbetreibende<sup>50</sup>, bei den Personenhandelsgesellschaften die vollhaftenden Gesellschafter (nach h. M. also nicht die Kommanditisten)<sup>51</sup> Gewerbetreibende.

Für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist die Frage im Einzelnen umstritten<sup>52</sup>. Gewerbefreiheit paßt jedoch nicht zu ihrer Staatlichkeit, die von der Gemeinwohlverwirklichung gekennzeichnet ist und kompetenziell geordnet, nicht jedoch frei i.S.v. privatheitlich bestimmt ist<sup>53</sup>.

### b) Begriff des Gewerbes

§ 1 Abs. 1 GewO ist zugleich die zentrale Vorschrift für den Einstieg in die Gewerbeordnung.

---

<sup>48</sup> Die Gewerbefreiheit ist durch die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes 1879 in dessen § 1 eingeführt worden. Sie stützt sich im wesentlichen auf die preußische Gewerbeordnung von 1845. In Preußen wurde die Gewerbefreiheit durch die Stein-Hardenbergschen Reformen, welche die überlieferte, teils zünftisch korporativen, teils merkantilisch-bürokratischen Wirtschaftsformen beseitigte.

<sup>49</sup> BVerwG, Urt. v. 30.9.1976, NJW 1977, S. 1250.

<sup>50</sup> BVerwG, Beschl. v. 16.12.1992, GewArch 1993, S. 156 f.

<sup>51</sup> BVerwG, Urt. v. 30.9.1976, NJW 1977, S. 1250; OVG v. 17.2.1992, Saarlouis, NJW 1992, S. 2846.

<sup>52</sup> Unstr. ist, daß Unternehmen der Daseinsvorsorge (Schlachthöfe, Energieversorgungsanlagen) ohne Gewinnerzielungsabsicht kein Gewerbe, sondern Verwaltungstätigkeit darstellen. Bejaht wird die Gewerbeeigenschaft von der h. M. jedoch für staatliche Brauereien, städtische Sparkassen, die nach Gewinnerzielung streben.

<sup>53</sup> Zur grundsätzlichen Kritik der öffentlichen Unternehmen Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, 1986.

Die Gewerbeordnung ist grundsätzlich nur dann anwendbar, wenn ein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung betrieben wird. Die Gewerbeordnung enthält keine Legaldefinition des Gewerbebegriffs.

Gewerbe ist jede

- aa) von der Rechtsordnung erlaubte, d.h. generell nicht verbotene (nach a. A. nicht sozial unwertige),
- bb) auf Dauer angelegte,
- cc) auf Gewinnerzielung gerichtete,
- dd) selbständig ausgeübte Tätigkeit.
- ee) Es darf sich nicht um die Ausübung eines freien Berufs
- ff) um Urproduktion oder
- gg) die Verwaltung eigenen Vermögens handeln<sup>54</sup>.

Zu den Merkmalen im Einzelnen:

aa) Erlaubte Tätigkeit

Der Gesetzgeber kann Tätigkeiten verbieten und dadurch der Gewerbefreiheit entziehen. Ein solches Verbot ist entweder objektive Zulassungsschranke im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG oder klammert die Tätigkeit aus allgemeinen nicht berufsspezifischen Gründen aus dem Berufsbegriff aus. Im letzten Fall besteht kein Schutz aus Art. 12 Abs. 1 GG. Nicht unter den Gewerbebegriff (und auch Berufsbegriff des Art. 12 GG) fallen Tätigkeiten, die generell verboten sind (z.B. Diebstahl, Hehlerei, Zuhälterei).

Wird hingegen nur hinsichtlich bestimmter Modalitäten gegen die Rechtsordnung verstoßen (z.B. bei Schwarzarbeit), liegt ein Gewerbe vor.

bb) Auf Dauer angelegte Tätigkeit

Nicht unter den Gewerbebegriff fallen einmalige Tätigkeiten (z.B. Verkauf von Lehrbüchern nach dem Examen), es sei denn, wenn die einmalige Tätigkeit einen Umfang hat, die sie zu einer länger andauernden Tätigkeit werden läßt (z.B. Planung und Durchführung eines industriellen Großvorhabens). "Auf Dauer angelegt" bedeutet nicht ununterbrochen. Entscheidend ist, daß es sich um eine wiederholte Tätigkeit handelt. Ziel dieses Merkmales ist es Bagatellen auszuschließen<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Diefenbach, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281.

<sup>55</sup> Vgl. BayOblG, Urt. v. 27.11.1969, BayVBl 1970, S. 334; BayVGH, Urt. v. 14.2.1978, NJW 1978, S. 205.

## cc) Gewinnerzielungsabsicht

Es kommt auf die Absicht an, in der Zukunft Gewinne zu erzielen. Ob aktuell tatsächlich Gewinn oder Verlust erzielt wird, ist unerheblich. Für die Erfüllung des Gewerbebegriffs genügt die Gewinnerzielungsabsicht als Nebenzweck. Im Gegensatz zur Gewinnausrichtung steht der Idealzweck einer Tätigkeit. Dazu gehört insbesondere die gemeinnützige Tätigkeit (z.B. SOS-Kinderdorf), die nicht auf Gewinn (Privatmaxime!), sondern nur auf Kostendeckung ausgerichtet sein darf und insbesondere auch nach Beendigung keine Gewinnausschüttungen zuläßt. Das Streben Überschüsse über die Ausgaben zu erzielen ist auch dann Gewinnerzielungsabsicht, wenn die erwirtschafteten Gewinne wiederum für einen ideellen Zweck verwendet werden sollen<sup>56</sup>. Gewinnerzielungsabsicht liegt z.B. vor, wenn Scientology Bücher und Seminare verkauft.

## dd) Selbständigkeit

Dieses Kriterium grenzt die gewerbliche Betätigung von derjenigen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellte) ab. Auch der Stellvertreter i.S.d. § 45 GewO ist kein Gewerbetreibender. Eine Tätigkeit ist in der Regel dann selbständig, wenn sie nach außen im eigenen Namen sowie in eigener Verantwortung (auf eigene Rechnung, in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit) ausgeübt wird. Entscheidend ist das Gesamtbild der Tätigkeit.

## ee) Keine Urproduktion

Zur Urproduktion zählen all diejenigen Tätigkeiten, die der Erzeugung roher Naturerzeugnisse dienen. Hierzu gehören vor allem die Land- und Forstwirtschaft, der Wein- und Gartenbau, die Jagd, die Fischerei und der Bergbau.

## ff) Keine Ausübung eines "freien" Berufs

Nicht zum Gewerbe zählen die "freien" Berufe, also wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeiten sowie persönliche Dienstleistungen, die eine höhere Bildung erfordern.

Freiberuflern sind teilweise in ihrer Tätigkeit ohnehin engen Grenzen unterworfen, insbesondere hängt die Bestallung von anspruchsvollen Qualifikationsnachweisen ab (z.B. Rechtsanwalt, vgl. § 2 Abs. 1 BRAO), wie sie der Gewerbetreibende in der Regel nicht nachweisen muß.

---

<sup>56</sup> VG Hamburg, Urt. v. 11.12.1990, GewArch 1991, S. 217 (219).

Wissenschaftliche und künstlerische Tätigkeiten fallen nicht unter den Gewerbebegriff (vgl. auch § 33a GewO). Das entspricht den Leitentscheidungen des Art. 5 Abs. 3 GG. Ein Kunstmaler oder ein Klavierlehrer betreibt also grundsätzlich kein Gewerbe. Kunsthandwerk gilt jedoch als Gewerbe. Auch der Verkauf eigener Produkte fällt in den Normbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Dieser schützt nicht nur den Werk- sondern auch den Wirkbereich. Das heißt aber nicht, daß sämtliche von der Kunstfreiheit verfassungsrechtlich geschützten Tätigkeiten der Gewerbeordnung entzogen sind. Nur der Werkbereich ist dem Gewerbebegriff völlig entzogen. Der Verkauf eigener Produkte in einem Laden fällt damit unter § 1 GewO. Auch der gewerbetreibende Künstler muß sich gewerbeaufsichtlichen Maßnahmen unterwerfen. Nach der h. M., wonach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht unter Gesetzesvorbehalt<sup>57</sup> stehe, ergibt sich dies aus verfassungsunmittelbaren Schranken (z.B. Art. 2 Abs. 2 GG, 14 Abs. 1). Nach Ansicht von Schachtschneider unterliegt auch die Kunst, gerade weil sie "frei" ist, dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt<sup>58</sup>.

gg) Keine Beschränkung auf die Verwaltung eigenen Vermögens

Vor allem bei diesem Merkmal kommt zum Ausdruck, daß eine Tätigkeit eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung haben muß, um überwachungsbedürftig zu sein und unter den Gewerbebegriff zu fallen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Die Vermietung von 2 oder 3 Objekten ist noch keine Gewerbetätigkeit, wohl aber die Errichtung eines Ärztehauses mit 21 Wohnungs-, Büro- und Praxiseinheiten<sup>59</sup>.

hh) § 6 GewO

§ 6 GewO schränkt den Anwendungsbereich der GewO ein. Viele der dort genannten Tätigkeiten erfüllen auch nicht den Tatbestand eines Gewerbes.

### c) Inhalt der Gewerbefreiheit

Die Gewerbefreiheit besteht darin, daß alle Einschränkungen bei der Aufnahme und Durchführung eines Gewerbes, also insbesondere Erlaubnispflichten und Überwachungsrechte einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (vgl. § 1 Abs. 1 GewO). Dieses Gesetz muß sogar ein Bundesgesetz sein (GewO), wenn es sich um die sachliche und persönliche Zulassung zum Gewerbebetrieb handelt. Die Schranken der Gewerbefreiheit werden im Folgenden dargestellt.

---

<sup>57</sup> Etwa BVerfGE 30, 173 (190 f.).

<sup>58</sup> Dazu K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, 1994, S. 1015 ff.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 12.3.1981, NJW 1981, S. 1665 f.

### **3. Technik und Instrumentarium der Gewerbekontrolle**

Die staatliche Kontrolle der Gewerbe bezweckt vornehmlich die Sicherheit des Publikums und der gewerblichen Arbeitnehmer vor den Gefahren eines Gewerbebetriebes für Leben, Gesundheit, Ehre, Sittlichkeit und Vermögen. Maßstäbe der Gewerbeaufsicht sind vor allem die Sachkunde, die Zuverlässigkeit, eventuell die Gesundheit des Gewerbetreibenden und die Sicherheit der Räume und Gerätschaften, u.U. auch die Solidität der Finanzierung des Gewerbebetriebes.

Die hauptsächlichsten staatlichen Kontrollinstrumente sind die Anzeigepflicht des Gewerbetreibenden, die Untersagungsbefugnis der Gewerbeaufsichtsbehörde und das gesetzliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zugunsten der Gewerbeaufsicht. Der Einsatz dieser Mittel wird danach differenziert, welche örtliche Gebundenheit der Gewerbebetrieb hat.

### **4. Gewerbearten**

Die GewO unterscheidet drei Gewerbearten:

- Das stehende Gewerbe (§ 14-52 GewO)
- das Reisegewerbe (§ 55-61a GewO)
- die Messen, Ausstellungen und Märkte (§ 64 -71b GewO)

Ein Gewerbe, das kein Reisegewerbe ist und keinen Marktverkehr (dazu u.) betreibt, ist ein stehendes Gewerbe.

Eine gewerbliche Niederlassung (§ 42 GewO) ist deshalb nicht Voraussetzung für das Vorliegen eines stehenden Gewerbes. Ein „stehendes“ Gewerbe übt etwa auch derjenige aus, der zwar ständig reist, seine Kunden aber nur auf Bestellung besucht (das ist kein Reisegewerbe, siehe § 55 Abs. 1 GewO).

## **II. Die behördliche Kontrolle über stehendes Gewerbe**

### **1. Anzeigepflicht**

Die Aufnahme eines stehenden Gewerbes ist nach der GewO i.d.R. nur anzeige-, nicht hingegen erlaubnispflichtig (§ 14 GewO). Die Anzeige erleichtert den Behörden die Überwachungstätigkeit, vor allem die Durchführung von Maßnahmen nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO und 35 GewO. Auf einem Vordruck sind Angaben zur Person und zum ausgeübten Gewerbe zu

machen (siehe § 14 Abs. 4 GewO). Die Anzeigepflicht entfällt deshalb nicht, wenn der Behörde die Gewerbetätigkeit bereits anderweitig bekannt ist<sup>60</sup>. In Bayern sind die Gemeinden für die Entgegennahme der Anzeige zuständig (§ 2 Abs. 3 Satz 1 GewV).

#### a) Voraussetzungen für die Anzeigepflicht

- Stehendes Gewerbe.

- Der Betrieb muß angefangen werden (§ 14 Abs. 1 Satz 1 GewO). Dies ist mit der ersten Handlung erfüllt, die von Außenstehenden als Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr verstanden werden kann. Hierzu reicht nicht der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, aber die Anmietung von Räumen und die Anstellung von Personal<sup>61</sup>, erst recht der Beginn der Kundenwerbung. Unter den weit zu verstehenden Begriff des Anfangens fallen auch die Neueröffnung, die Wiedereröffnung nach Aufgabe sowie alle Veränderungen in der personellen Trägerschaft, etwa der Eintritt eines neuen Gesellschafters oder Weiterführung durch einen überlebenden Ehegatten. "Anfangen" ist auch die Übernahme eines bestehenden Betriebes durch einen neuen Inhaber.

oder

-die Verlegung des Betriebes (§ 14 Abs-1 Satz 2 Nr. 1 GewO; beachte auch § 14 Abs. 3 GewO).

oder

- Wechsel oder Ausdehnung des Gegenstandes des Gewerbes (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GewO). Anzuzeigen ist auch die Aufgabe des Betriebes (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GewO).

Die genannten Grundsätze gelten auch für Zweigniederlassungen oder unselbständige Zweigstellen (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 1 GewO).

#### b) Folgen einer Nichtanzeige

Das Unterlassen einer Anzeige ist eine Ordnungswidrigkeit (§ 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO). Sie führt aber nicht dazu, daß der Betrieb des Gewerbes untersagt werden kann. § 15 Abs. 2 GewO gibt dafür keine Befugnisgrundlage; denn die Anzeige führt nicht zu einer Zulassung. Der Gewerbetreibende erhält nur eine Empfangsbescheinigung (sogenannter Gewerbeschein) ohne eigenständigen Regelungsgehalt. Es handelt sich insoweit nicht um einen Verwaltungsakt<sup>62</sup>.

Die Behörde kann den Gewerbetreibenden jedoch durch Verwaltungsakt zur Erfüllung der Anzeigepflicht auffordern<sup>63</sup>, wenn der Anzeigepflichtige nicht von sich aus seiner gesetzlichen

<sup>60</sup> BVerwG, Urt. v. 24.6.1976, GewArch 1976, S. 293 f.

<sup>61</sup> BVerwG, Beschl. v. 16.12.1992, GewArch 1993, S. 156 (157); *H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger*, Gewerbeordnung, Kom., 5. Aufl. 1988, § 14, Rn. 8.

<sup>62</sup> *H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger*, § 15, Rn. 1.

<sup>63</sup> BVerwG, Urt. v. 24.6.1976, GewArch 1976, S. 293 (294); BVerwGE 78, 6(7); *W. Diefenbach*, Die

Pflicht nachkommt. Als "Minus" wird man der Behörde dann auch das Recht zugestehen müssen, die Gewerbeeigenschaft einer Tätigkeit durch Verwaltungsakt festzustellen<sup>64</sup>. Die notwendigen gesetzlichen Ermächtigungen lassen sich im Wege der Auslegung § 14 GewO entnehmen.

## 2. Untersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO

§ 35 GewO ist die zentrale Befugnis für die Kontrollaufgabenerfüllung durch die Gewerbebehörden.

### a) Anwendungsbereich des § 35 GewO

Nach § 35 Abs. 8 GewO schließen Bestimmungen die Anwendung des § 35 Abs. 1-7 GewO aus, welche sonst die Überprüfung der Zuverlässigkeit ermöglichen. Dies sind zunächst die §§ 48, 49 VwVfG, nach denen die Rücknahme oder der Widerruf von besonderen Genehmigungen nach §§ 30 ff. GewO (dazu unten) möglich ist. § 35 GewO ist somit auf stehende Gewerbe, die einer besonderen Genehmigung bedürfen (dazu unten) nicht anwendbar!

§ 35 GewO verdrängende Sonderbestimmungen sind vor allem:

- § 15 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 GastG
- § 25 PBefG
- § 35 Abs. 2 Nr. 3a i.V.m. § 33 Abs. 1 Nr. 2 KWG

*Keine* verdrängende Sonderbestimmung ist § 15 Abs. 2 GewO. Diese Vorschrift stellt nicht auf Zuverlässigkeit, sondern allein auf die Zulassung ab.

§ 35 GewO ist vor allem auf Gewerbe anwendbar, die keiner persönlichen Konzession bedürfen (Industrie und Handel) und das Handwerk.

### b) Zeitpunkt der Untersagung

Eine Gewerbeuntersagung ist nur möglich, wenn das Gewerbe im Augenblick des Erlasses der Verfügung ausgeübt wird oder die Aufnahme des Betriebes zumindest unmittelbar bevorsteht. Die Untersagungsverfügung kann also weder vor Aufnahme noch nach Beendigung des Gewerbes ergehen. Beachte aber § 35 Abs. 1 Satz 3 GewO: Ein eingeleitetes Untersagungsverfahren kann fortgesetzt werden, wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird.

### c) Unzuverlässigkeit

---

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281.

<sup>64</sup> So BVerwG, Beschl. v. 10.10.1990, GewArch 1991, S. 68 f.

Der allgemeine Untersagungsvorbehalt des § 35 GewO zwingt die Behörde, ein Gewerbe zu untersagen, wenn die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Betriebes beauftragten Person für das Gewerbe *durch Tatsachen* belegt ist und die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb beschäftigten Personen erforderlich ist. Es handelt sich nach Rechtsprechung und Lehre um einen sogenannten unbestimmten, besser offenen oder materialisierungsbedürftigen Rechtsbegriff<sup>65</sup>.

Das Tatbestandsmerkmal der Zuverlässigkeit wird von den Gerichten voll überprüft (gerichtlich voll überprüfbarer Rechtsbegriff).

Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt<sup>66</sup>.

Soweit eine Abmahnung voraussichtlich ausreicht, damit ein Gewerbetreibender sein Verhalten ändert, fehlt es an der Unzuverlässigkeit<sup>67</sup>.

Da nach § 35 Abs. 1 GewO die Ausübung eines, nicht jeden Gewerbes untersagt wird, kommt es auf die Unzuverlässigkeit im Hinblick auf ein bestimmtes Gewerbe an. Entscheidend ist, ob sich die betreffenden Tatsachen auf die Gewerbebeführung auswirken<sup>68</sup>

Die Untersagung kann allerdings - soweit die Umstände dies rechtfertigen, insbesondere wenn die Unzuverlässigkeit "gewerbeübergreifender Natur" ist<sup>69</sup> - auf andere oder alle Gewerbe erstreckt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GewO, sogenannte erweiterte Gewerbeuntersagung).

§ 35 GewO dient dem Schutz von Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmern und Dritten, also der Gefahrenabwehr. Es ist deshalb irrelevant, auf welchen Gründen die Unzuverlässigkeit beruht.

§ 35 GewO ist auch anwendbar, wenn dem Gewerbetreibenden an seiner Unzuverlässigkeit kein Verschulden trifft<sup>70</sup>. Eine Gewerbeuntersagung kommt also auch dann in Betracht, wenn die Unzuverlässigkeit auf unverschuldeter Zahlungsfähigkeit (etwa durch den Konkurs eines Großkunden) oder auf Krankheit beruht. Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO hat keinen Strafcharakter!

---

<sup>65</sup> Nach Auffassung von Schachtschneider gibt es keine "unbestimmten" Rechtsbegriffe, weil alle Rechtsbegriffe etwas bestimmen, d.h. regeln.

<sup>66</sup> Z.B. BVerwGE 65, 1; W. Diefenbach, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281 (283).

<sup>67</sup> BVerwG, Beschl. v. 6.9.1991, GewArch 1992, S. 24 (25).

<sup>68</sup> W. Diefenbach, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281 (283).

<sup>69</sup> W. Diefenbach, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281 (284).

<sup>70</sup> W. Diefenbach, Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281 (283).

Weitere Fälle von Unzuverlässigkeit sind:

- Straftaten, soweit sie einen Bezug zum Gewerbe haben
- Die Nichtabführung gewerbebezogener Steuern (also nicht privater Steuern, z.B. die Grunderwerbsteuer für ein privat erworbenes Grundstück). Besonders gravierend ist die Nichtabführung von treuhänderisch für den Staat vereinnahmter Lohnsteuer (Verpflichtung aus § 41a EStG Abs. 1 Nr.2 EStG), denn die Arbeitnehmer bleiben trotz Abzugs vom Lohn Steuerschuldner. Vgl. dazu Fall Gewerbeuntersagung.

Die Finanzbehörden dürfen der Gewerbebehörde und später dem Verwaltungsgericht nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts gravierende Verstöße (z.B. hartnäckige Weigerung zur Steuererklärung, hohe Steuerschulden) gegen steuerrechtliche Vorschriften aufgrund des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO mitteilen, auch wenn diese Angaben gemäß § 30 Abs. 2 AO Gegenstand des Steuergeheimnisses sind<sup>71</sup>. Dies ist problematisch, denn das Steuergeheimnis ist partiell durch Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 und 14 GG abgesichert<sup>72</sup>. Die Normen, die das Steuergeheimnis durchbrechen sind zumindest restriktiv auszulegen. Außerdem ist das Übermaßverbot zu beachten. Das Finanzamt muß als milderes Mittel zunächst Vollstreckungsversuche unternehmen<sup>73</sup>.

- Die Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben zeigen einen erheblichen Mangel an sozialem Verantwortungsbewußtsein<sup>74</sup> in Bezug auf den Gewerbebetrieb, der die Unzuverlässigkeit begründet. Aufgrund der sehr eng formulierten §§ 69 SGB X und 35 SGB I, die die Gewerbeaufsichtsbehörden nicht nennen, besteht aber keine Mitteilungsbefugnis der Sozialversicherer<sup>75</sup>. Teilweise wird allerdings eine rechtsstaatlich bedenkliche Verwertungs-befugnis bejaht.

- Vermögenslosigkeit<sup>76</sup> oder andauernde oder *völlige* wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit. Siehe Gewerbeuntersagungsfall.

- Fehlende Sachkunde in schwerwiegenden Fällen. Zu beachten ist, daß über § 35 Abs. 1 GewO

---

<sup>71</sup> BVerwGE 65, 1 (6 f.). Krit. dazu *Arndt*, Steuergeheimnis, steuerliche Unzuverlässigkeit und gewerberechtl. Untersagungsverfahren, *GewArch* 1988, S. 281 ff.; *Krause/Steinbach*, Steuer- und Sozialgeheimnis im Gewerberecht, *DÖV* 1985, S. 550 (553 f.).

<sup>72</sup> BVerfGE 65, 1 (44 ff.).

<sup>73</sup> Ausführlich zur Gesamtproblematik BVerwG, Beschl. v. 29.1.1988, *GewArch* 1988, S. 162 ff.; *Müller*, Berücksichtigung der Verletzung steuerlicher Pflichten im gewerberechtl. Verfahren, *GewArch* 1988, S. 84 ff.

<sup>74</sup> BVerwGE 65, 1 (2).

<sup>75</sup> *Krause/Steinbach*, Steuer- und Sozialgeheimnis im Gewerberecht, *DÖV* 1985, S. 550 (555 f.); a.A.: *H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger*, § 35 Rn. 17 m.w.N.; offengelassen: VGH Mannheim, *GewArch* 1991, S. 112 (113).

<sup>76</sup> VGH Kassel, Beschl. v. 9.11.1992, *GewArch* 1993, S. 157 ff.

keine Zulassungshürden eingeführt werden dürfen, die der Gesetzgeber selbst nicht vorgesehen hat (vgl. § 1 GewO).

### **Sogenannte Strohmännchen:**

Ein (i.d.R.) den Behörden als unzuverlässig bekannter Gewerbetreibender läßt einen anderen als Gewerbeinhaber auftreten, ist aber selbst derjenige, der eigentlich die Geschäfte führt.

Sowohl Strohmännchen als auch Hintermann sind Gewerbetreibende und damit geeignete Adressaten einer Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO. Die Unzuverlässigkeit des Strohmännchens und damit die Möglichkeit einer Gewerbeuntersagung gegen ihn ergeben sich daraus, daß er einem Unzuverlässigen entscheidenden Einfluß auf das Geschäft einräumt.

#### d) Tatsachen, die die Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigen

Es genügen nur konkrete Tatsachen, nicht bloße Mutmaßungen. Tatsachen, die die Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigen, sind vielfach schon in strafgerichtlichen Verfahren festgestellt und bewertet worden. Die Tatsachen ergeben sich dabei nicht aus dem Strafurteil, sondern aus den diesem zugrundegelegten Feststellungen<sup>77</sup>. Beachte dazu die über die Rechtskraft hinausgehende Bindungswirkung für die Gewerbeaufsicht nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GewO. Im Untersagungsverfahren darf das Gewerbeaufsichtsamt nämlich bei der Sachverhaltsfeststellung, der Gegenstand einer strafgerichtlichen Entscheidung gegen den Gewerbetreibenden war, nicht abweichen in Bezug auf

1. die Feststellung des Sachverhalts
2. die Beurteilung der Schuldfrage oder
3. die Beurteilung der Frage, ob der Gewerbetreibende bei weiterer Gewerbeausübung erhebliche rechtswidrige Taten im Sinne des § 70 StGB begehen wird und ob zur Abwehr dieser Gefahren die Untersagung des Gewerbes angebracht ist. § 70 StGB ermöglicht ein gerichtliches Berufsverbot. Wenn nämlich jemand wegen einer Straftat, bei der er seinen Beruf oder sein Gewerbe mißbraucht hat oder die er unter grober Verletzung der beruflichen oder gewerblichen Verpflichtungen begangen hat, verurteilt oder nur mangels Schuldfähigkeit nicht verurteilt wird, so kann das Gericht die Ausübung des Berufs, Berufszweigs, Gewerbes oder Gewerbebezugs i.d.R. für die Dauer von 1 bis 5 Jahren verbieten, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und der Tat erkennen läßt, daß er bei weiterer Ausübung des Berufs/Gewerbes erhebliche rechtswidrige Taten der bezeichneten Art begehen wird. Die Strafgerichte sind damit in die polizeiliche Gefahrenabwehr einbezogen. Sie erscheinen aufgrund des Strafverfahrens zur persönlichen Beurteilung des Täters am besten geeignet. Die Entscheidung über Berufsverbote als generalpräventive Maßnahme nach Straftaten verbindet repressiven und präventiven Rechtsschutz. § 53 Abs. 3 GewO zieht daraus für die Gewerbeaufsichtsbehörden die

---

<sup>77</sup> BVerwG, Urt. v. 29.3.1966, DVBl. 1966, S. 443 (444).

Konsequenz.

#### e) Das Erfordernis einer konkreten Gefahr

Die Gewerbeuntersagung ist angesichts des schweren Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG (nach der Praxis, zur Anwendbarkeit des Art. 12 GG auf Gewerbe oben zu I 1) als Maßnahme der Gefahrenabwehr nur zulässig bei Vorliegen einer *konkreten* Gefahr. "Gefahr" ist eine Sachlage, in der bei ungehindertem Geschehensablauf ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schadenseintritt führt<sup>78</sup>. Die Tatsachen, die eine solche Gefahr begründen, hat die Gewerbeaufsichtsbehörde zu ermitteln. Sie trifft hieran anknüpfend eine Prognoseentscheidung. Trotz ihres prognostischen Charakters ist die Entscheidung der Verwaltungsbehörde gerichtlich voll überprüfbar<sup>79</sup>. Die Prognoseentscheidung ist jedoch schon dann rechtmäßig, wenn sie (in ex ante Betrachtung) ordnungsgemäß erstellt worden ist. Sie kann sich also durchaus im nachhinein (ex post) im Ergebnis als falsch erweisen. Soweit ein Strafverfahren stattgefunden hat, ist die Behörde in der Würdigung des in diesem behandelten Sachverhalts nach § 35 Abs. 3 GewO weitgehend gebunden. Dies gilt auch hinsichtlich der Prognose der Unzuverlässigkeit (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GewO).

#### f) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Nach § 35 Abs. 1 S.1 GewO ist die Untersagung des Betriebes wegen Unzuverlässigkeit nur gerechtfertigt ist, wenn diese zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind berufswahlsperrende Maßnahmen, zu denen der § 35 Abs. 1 S. 1 GewO auch ermächtigt, nur dann zulässig, wenn sie zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter erforderlich sind<sup>80</sup>. Das ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach Grundrechtsbeschränkungen in einem vernünftigen Verhältnis zur Bedeutung des durch die Regelung geschützten Rechtsgutes stehen müssen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat als Rechtsstaatsgrundsatz und Maßstab für Grundrechtsbeschränkungen Verfassungsrang. Es ist deshalb nicht nur bei Ermessensentscheidungen, sondern auch bei gebundenen Entscheidungen, wie denjenigen aufgrund § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO zu beachten. Die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO ist als einschneidende Maßnahme grundsätzlich die ultima ratio, um Gewerbetreibende zu einem den Interessen der Allgemeinheit Rechnung tragenden Verhalten zu

---

<sup>78</sup> V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 1991, S. 66, Rn. 115 ff.

<sup>79</sup> H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger, § 35, Rn. 10.

<sup>80</sup> BVerfGE 7, 377 (LS 6). A.A. K. A Schachtschneider, Res publica res populi, Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre, 1994. S. 392, der nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs.1 S.1 GG überhaupt keine Beschränkungsmöglichkeit der Berufswahl anerkennt, aber auch Gewerbetätigkeit nicht schützt.

bewegen. Auch sind die nachteiligen Wirkungen der Untersagung auf Dritte (vor allem Arbeitnehmer, u.U. auch Kunden oder Lieferanten) zu berücksichtigen.

#### g) Vertretungsproblematik

Von den Strohmann-Fällen (s.o.) sind die Vertretungsfälle zu unterscheiden.

- § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO: Dem unzuverlässigen Gewerbetreibenden wird (bei Bedarf) untersagt, als Vertreter eines anderen Gewerbetreibenden oder als Leiter eines fremden Gewerbebetriebes zu fungieren.
- § 35 Abs. 2 GewO: Dem unzuverlässigen Gewerbetreibenden wird erlaubt, den Betrieb durch einen zuverlässigen Stellvertreter (§ 45 GewO) führen zu lassen.
- § 35 Abs. 7a GewO: Dem unzuverlässigen Vertretungsberechtigten oder Leiter des Gewerbebetriebes wird die weitere Ausübung einer entsprechenden selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit untersagt. Grundsätzlich wird bei einer juristischen Person die Unzuverlässigkeit von Organmitgliedern oder vertretungsberechtigten Personen der juristischen Person zugerechnet. § 35 Abs. 7a GewO schafft die Möglichkeit, die Untersagungsverfügung auch gegen die Organmitglieder bzw. Vertreter selbst zu richten. Die Formulierung "auch" ist im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu lesen. Kann nämlich die eingetretene Gefahr durch eine Verfügung gegen den Geschäftsführer einer GmbH behoben werden, ist die Untersagung des Betriebs der GmbH in der Regel nicht erforderlich<sup>81</sup>.

#### h) Mitwirkungspflichten des Gewerbetreibenden (§ 35 Abs. 3a GewO)

Im Untersagungsverfahren ist der Gewerbetreibende auskunftspflichtig, soweit er nicht sich oder bestimmte Angehörige der Gefahr strafgerichtlicher oder ordnungswidrigkeitlicher Verfolgung aussetzen würde. Ein entsprechendes Auskunftsverlangen der Behörden ist ein Verwaltungsakt. § 35 Abs. 3a GewO geht über § 26 Abs. 2 VwVfG hinaus, der nur eine Soll-Bestimmung enthält. Ein Auskunftsverlangen nach § 35 Abs. 3a GewO ist nur rechtmäßig, wenn zuvor dem Gewerbetreibenden gegenüber berechtigterweise ein Gewerbeuntersagungsverfahren eingeleitet worden ist ("Im Untersuchungsverfahren"). Das setzt einen hinreichenden, in sich schlüssigen Anfangsverdacht voraus, der ein Tätigwerden der Gewerbebehörde mit dem Ziel, dem Betroffenen die Gewerbeausübung zu untersagen, materiell rechtfertigt<sup>82</sup>.

#### i) Die Mitwirkung weiterer Behörden und Stellen (§ 35 Abs. 4 GewO)

Vor Erlaß einer Untersagungsverfügung sollen nach § 35 Abs. 4 GewO bestimmte andere

<sup>81</sup> Vgl. H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger, § 35, Rn. 31 ff.

<sup>82</sup> VGH München, Urt. v. 10.12.1991, GewArch 1992, S. 183 f.

Behörden und Stellen gehört werden. "*Soll*" bedeutet, daß die Anhörung erfolgen muß, wenn nicht ein besonderer Grund, also eine atypische Fallkonstellation, davon abzusehen gebietet. Einen Ausnahmegrund sieht § 35 Abs. 4 Satz 2 GewO selbst vor.

Eine unterbliebene Anhörung kann nach § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG nachgeholt werden. Beachte auch § 46 VwVfG.

#### j) Schließung der Betriebsräume nach § 35 Abs. 5 GewO

Danach kann die *Ausübung* des untersagten Gewerbes durch Schließung des Betriebs oder eine andere Maßnahme verhindert werden (nach h.M. keine Vollzugsmaßnahme).

#### k) Der maßgebliche Zeitpunkt

In der Regel ist bei der Anfechtungsklage, die die statthafte Klageart gegen eine Untersagungsverfügung ist, der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich<sup>83</sup>. Etwas anderes gilt grundsätzlich für Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, sog. Dauerverwaltungsakte (z.B. Verkehrszeichen). Hier ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend<sup>84</sup>. Die Gewerbeuntersagung wird größtenteils als Dauerverwaltungsakt angesehen, so daß die frühere h.M., u.a. das Bundesverwaltungsgericht, auch hierfür vom Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ausging<sup>85</sup>. Danach wären Veränderungen der die Unzuverlässigkeit begründenden Tatsachen noch zu berücksichtigen. Nach Neufassung des § 35 Abs. 6 GewO 1974 änderte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung. Nach § 35 Abs. 6 S. 1 n.F. GewO ist die Wiedergestattung der Gewerbeausübung von einem an die Behörde zu richtenden schriftlichen Antrag abhängig. Dieses Antragserfordernis schließt es nach Ansicht des Bundesverwaltungsgericht zu Recht aus, die für die Wiedergestattung relevanten Umstände noch im laufenden Prozeß gegen die Anfechtung der Untersagung zu berücksichtigen. Wenn das Verfahren nach Absatz 6 durch einen an die Behörde gerichteten Antrag eingeleitet werden muß, könne es nicht ausreichen, wenn der Gewerbetreibende in dem Anfechtungsprozeß seinem Begehren auf Wiedergestattung in einem an das Gericht gerichteten Schriftsatz Ausdruck gibt<sup>86</sup>. Einfacher und konsequenter als die Ausnahme von der Ausnahme zu konstruieren, ist es, die Gewerbeuntersagung als gestaltenden VA anzusehen, für den unstreitig bei gerichtlicher Anfechtung die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich ist<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> BVerwGE 34, 155 (158); 60, 133 (135).

<sup>84</sup> BVerwGE 59, 148 (160).

<sup>85</sup> Z.B. BVerwGE 22, 16 (19 ff.); 28, 202 (205 ff.).

<sup>86</sup> BVerwGE 65, 1 (2 f.).

<sup>87</sup> So z.B. H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger, GewO, Art. 35, Rn.29.

### 3. Erlaubnispflichtige stehende Gewerbe

Soweit die Gewerbeordnung oder eine hierauf gestützte Rechtsverordnung dies vorsehen, kann das Betreiben eines stehenden Gewerbes auch ausnahmsweise erlaubnispflichtig sein (präventiver Erlaubnisvorbehalt). Nach §§ 30 ff. GewO ist für bestimmte Gewerbe eine besondere, an die Person gebundene Erlaubnis erforderlich. Diese Personalkonzession ist nicht übertragbar und nicht vererbbar. Dieses Prinzip der Personengebundenheit wird durch das sogenannte Hinterbliebenenprivileg des § 46 GewO, § 10 GastG durchbrochen.

Es gibt zwei Untergruppen der Erlaubnisse:

aa) Bei den rein persönlichen Erlaubnissen kommt es nur auf die persönliche Eignung und Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden an (z.B. bei §§ 34, 34a, 34b, 34c GewO).

bb) Andere Erlaubnisse sind zwar auch persönlicher Art, sind also nicht übertragbar und nicht vererbbar. Sie haben jedoch eine geräte- oder sachbezogene Komponente (insbesondere §§ 30, 33c, 33d, 33i GewO). So kann z.B. die Erlaubnis zum Betrieb einer Privatkrankenanstalt verweigert werden, wenn die baulichen und technischen Einrichtungen einer Anstalt den gesundheitspolizeilichen Anforderungen nicht entsprechen (§ 30 Abs. 1 Nr. 3 GewO). Folglich bedarf der Gewerbetreibende für jede Betriebsstätte einer eigenen Erlaubnis.

Rein anlagenbezogene Genehmigungen (Sachkonzessionen), die früher in der GewO enthalten waren (vgl. 24 ff. a.F.) sind gemäß Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gerätesicherheitsgesetzes v. 28.8.1992 (BGBl. S. 1564) weggefallen. Nach § 51 GewO kann jedoch "wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl" die Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage untersagt werden. Dem Besitzer ist allerdings Schadensersatz zu leisten. Für Anlagen, die dem Bundesimmissionsschutzgesetz unterliegen, regelt § 21 BImSchG die Widerrufbarkeit von Anlagegenehmigungen mit einer Vertrauensschadensersatzpflicht (vgl. § 51 Satz 3 GewO).

Die Erlaubnisse werden schriftlich erteilt, eventuell aber auch in besonderen Urkunden, wie es die Reisegewerbekarte (§ 55, 60 GewO) ist, oder auch durch die Eintragung in ein Register, etwa in die Handwerksrolle (§ 1 Abs. 1, 10, 17 HandwO).

Die zuständige Behörde kann zwar nicht durch Verwaltungsakt dem Gewerbetreibenden aufgeben, einen Genehmigungsantrag zu stellen<sup>88</sup>, was dem Wesen des Antrags zuwiderliefe,

---

<sup>88</sup> W. Diefenbach, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung,

jedoch gegen den Gewerbetreibenden die Genehmigungspflichtigkeit von Tätigkeiten nach §§ 30 GewO feststellen<sup>89</sup>. Die notwendige gesetzliche Ermächtigung läßt sich den §§ 30 ff. GewO nicht ausdrücklich, jedoch im Wege der Auslegung entnehmen<sup>90</sup>. Für eine solche Auslegung spricht vor allem der Zweck der präventiven Gewerbeüberwachung. Hingegen ist die Behörde nicht berechtigt, den Gewerbetreibenden durch Verwaltungsakt zu verpflichten, einen Antrag zu stellen<sup>91</sup>.

Die §§ 30 ff. GewO führen zu *gebundenen Entscheidungen* ohne Erteilungsermessen, d.h. die Erlaubnisse müssen erteilt werden, wenn die jeweils genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Vor Erteilung der Konzession sind die Ortspolizei und die Gemeindebehörden zu hören (mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt).

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Erlaubnis zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Unternehmer für die Leitung oder für die Verwaltung der Anstalt unzuverlässig ist, oder wenn gesundheitspolizeiliche Bedenken hinsichtlich der baulichen oder technischen Einrichtungen bestehen, die Anstalt für Mitbewohner des Gebäudes oder für die Bewohner benachbarter Grundstücke erhebliche Gefahren oder Nachteile mit sich bringt. Es handelt sich insoweit um nachbarschützende Normen, die den Nachbarn (nach der Schutznormtheorie) subjektiv öffentliche Rechte und damit die Abwehrklage (vgl. 42 Abs. 2 VwGO) ermöglicht. §§ 30b-34c GewO bringen weitere im Einzelnen unterschiedlich abgestufte Konzessionsvoraussetzungen und Überwachungsmöglichkeiten.

§ 33a GewO unterwirft die gewerbliche Schaustellung von Personen einer Genehmigungspflicht. Eine Genehmigung benötigt der Lokalinhaber, nicht der Darsteller oder die Darstellerin. (Diese brauchen jedoch u.U. eine Reisegewerbekarte nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO.) Das Bundesverwaltungsgericht vertrat die Auffassung, Peep-Shows seien wegen Verstoßes gegen der Menschenwürde der Darstellerinnen, die sich in eine Objektrolle begeben würden, - anders als Striptease-Vorführungen - sittenwidrig<sup>92</sup>. Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Genehmigungen für Peep-Shows nach § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO zu versagen. Früher erteilte Genehmigungen sind nach § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig. Das kann nach § 44 Abs. 5 VwVfG von der Behörde festgestellt werden. Dem Menschenwürdesatz des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG lassen sich bestimmte Rechtsfolgen nicht

---

GewArch 1991, S. 281 (282).

<sup>89</sup> BVerwG, Beschl. v. 10.10.1990, GewArch 1991, S. 68 f.

<sup>90</sup> Beschl. v. 10.10.1990, GewArch 1991, S. 68 (69).

<sup>91</sup> W. Diefenbach, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281 (282).

<sup>92</sup> BVerwGE 64, 274 (279). Im 2. Peep Show-Urteil stellte es dagegen für die guten Sitten auf die Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft ab, krit. dazu K. A. Schachtschneider, Fallskript.

entnehmen. Er ist eine Leitidee des Grundgesetzes, aber kein subsumtionsfähiger Rechtssatz<sup>93</sup>.

Sittenwidrig ist auch der sogenannte Zwergenweitwurf<sup>94</sup>. Solche Veranstaltungen bei denen Teilnehmer aus dem Publikum einen kleinwüchsigen "Artisten" möglichst weit werfen sollen, sind nicht nach § 33a Abs. 1 Satz 2 GewO genehmigungsfrei. Denn das sportliche oder akrobatische Element steht nicht im Vordergrund.

Erweist sich der Inhaber einer Erlaubnis als unzuverlässig, ist die Erlaubnis zurückzunehmen oder zu widerrufen (§§ 48, 49 VwVfG). Ob § 48 oder 49 VwVfG einschlägig sind, hängt davon ab, ob die Unzuverlässigkeit von Beginn an bestand - dann ist die erteilte Genehmigung rechtswidrig mit der Folge der Rücknehmbarkeit nach § 48 VwVfG, oder ob die Unzuverlässigkeit erst später eintrat - dann besteht eine Widerrufsmöglichkeit nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Eine Genehmigung nach §§ 30 ff. GewO ist ein Verwaltungsakt in einem Zeitpunkt, nicht für einen Zeitraum (Dauerverwaltungsakt). Der Verwaltungsakt "wird" deshalb nicht rechtswidrig, wenn die Erlaßvoraussetzungen später wegfallen.

#### 4. Die Befugnisnorm des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO

Genehmigungspflichtige aber nicht genehmigte stehende Gewerbebetriebe können (Ermessen!) von der zuständigen Behörde verhindert werden. Die Erlaubnispflicht kann sich aus der GewO (§§ 30, 33a, 33c, 33d, 33i, 34, 34a, b,c) oder aus gewerberechtlichen Spezialgesetzen ergeben (z.B. § 2 GastG, § 2 PBefG). Anlagenbezogene Genehmigungen z.B. nach dem BImSchG fallen hingegen nicht unter § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO.

Zum Teil schließen spezielle Regelungen die Anwendung des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO aus (z.B. § 16 Abs. 3 HandwO). Anwendbar ist § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO hingegen im Gaststättenrecht (§ 31 Satz 1 GewO).

Verfügungen nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO können einen unterschiedlichen Intensitätsgrad haben. Möglich ist es lediglich die *Ausübung des Gewerbes*, das zulassungspflichtig ist, zu *untersagen*. § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO ermächtigt aber auch zu der Vollstreckung fähigen *Stillegungsverfügungen*.

Weil § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO eine Ermessensbestimmung ist, ist die Beachtung des Übermaßverbotes von besonderer Bedeutung. Die Behörde ist vor Erlaß einer Verfügung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO verpflichtet, den Gewerbetreibenden aufzufordern, einen entsprechenden

---

<sup>93</sup> Dazu K. A. Schachtschneider, Der Menschenwürdesatz des Grundgesetzes, Homepage, Aktuelles.

<sup>94</sup> VG Neustadt, Beschl. v. 21.5.1992, NVwZ 1993, S. 98 f.

Antrag zu stellen, wenn eindeutig ist, daß die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Bestehen hieran allerdings Zweifel, kann die Behörde sofort eine Verfügung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO erlassen.

Eine Verfügung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung (sogenannter Dauerverwaltungsakt)<sup>95</sup>. Bei gerichtlicher Anfechtung ist der die Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz maßgeblich<sup>96</sup>. Für die Ermessensprüfung bleibt jedoch der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich. Nur die bis dahin entstandenen Tatsachen sind in der Ermessensausübung zu berücksichtigen<sup>97</sup>.

Strittig ist, ob Dritte ein formelles subjektiv-öffentliches Recht (= Anspruch auf Ermessensausübung unter angemessener Berücksichtigung der eigenen Interessen) auf Erlaß einer Verfügung nach § 15 Abs. 2 GewO haben. Dies wird z.T. anerkannt, wenn ein Erlaubnisantrag wegen drittschützender Normen abzulehnen wäre<sup>98</sup>.

## **5. Beschäftigung von Arbeitnehmern**

Wer ein stehendes Gewerbe betreibt, darf in beliebiger Zahl Gesellen, Gehilfen, Arbeiter jeder Art und Lehrlinge annehmen (§ 41 GewO). Auch das ist Ausdruck der Gewerbefreiheit und richtet sich gegen uralte zunftmäßige Beschränkungen.

### **III. Die behördliche Kontrolle über das Reisegewerbe**

#### **1. Begriff des Reisegewerbes**

Der Begriff des Reisegewerbes ist in § 55 Abs. 1 GewO legaldefiniert.

a) Voraussetzung ist zunächst ein *gewerbsmäßiges* Handeln (§ 1 GewO, dazu o.). Als Ausnahme gilt jedoch, daß unter § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO auch der unselbständig Handelnde

---

<sup>95</sup> W. Diefenbach, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Gewerbeordnung, GewArch 1991, S. 281.

<sup>96</sup> Urt. v. 2.2.1982, GewArch 1982, S. 200; D. Aßfalg, Zur Frage des maßgebenden Zeitpunkts für die gerichtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Gaststättenerlaubnis bzw. der Verhinderung der Forsetzung eines Betriebes nach § 15 Abs.2 GewO, GewArch 1988, S. 219 ff.

<sup>97</sup> D. Aßfalg, Nochmals: Zum "maßgebenden Zeitpunkt" bei der Beurteilung von Maßnahmen nach § 15 Abs.2 GewO, GewArch 1988, S. 292.

<sup>98</sup> VGH Kassel, Urt. v. 18.3.1992, GewArch 1992, S. 344 (345).

fällt, also derjenige, der in fremden Namen Verträge schließt.

b) Das Reisegewerbe wird *ohne vorherige Bestellung*, also ohne Terminvereinbarung betrieben. Typische Beispiele sind Straßenhändler, Haustürvertreter und Schausteller. Im Zweifel ist auf den Zweck der § 55 ff. GewO abzustellen. Die Kunden sollen vor Überrumpelungen durch unzuverlässige Gewerbetreibende geschützt werden<sup>99</sup>.

c) Die Tätigkeit findet ohne oder außerhalb einer gewerblichen Niederlassung statt. Mobile Verkaufsstände sind dann als Reisegewerbe einzustufen, wenn ihr Standort ständig wechselt (z.B. Eiswagen). Verbleibt der Verkaufswagen hingegen dauerhaft (ca. 6 Wochen) an einer bestimmten Stelle (z.B. Imbißstand in der Fußgängerzone), besteht eine gewerbliche Niederlassung (§ 42 Abs. 2 GewO)<sup>100</sup>.

d) Der Reisegewerbetreibende muß entweder

aa) Waren feilbieten

bb) oder Warenbestellungen suchen (z.B. Werber für Buchgemeinschaften)

cc) oder Waren ankaufen (zum Zwecke des Weiterverkaufs oder der Verarbeitung)

dd) oder gewerbliche Leistungen anbieten (z.B. Scherenschleifer).

ee) oder Bestellungen auf gewerbliche Leistungen aufsuchen (z.B. Abschluß von Versicherungen und Bausparverträgen)

ff) oder selbständig unterhaltende Tätigkeiten als Schausteller ausüben (§ 55 Abs. 1 Nr.2 GewO).

## 2. Reisegewerbekarte

Anders als das grundsätzlich genehmigungsfreie stehende Gewerbe, bedarf die Ausübung des Reisegewerbes grundsätzlich einer (urkundlichen) Erlaubnis, der Reisegewerbekarte (§ 55 Abs. 2 GewO). Es handelt sich dabei um einen Verwaltungsakt aufgrund einer gebundenen Entscheidung (§ 57 GewO). Sie muß erteilt werden, wenn kein Versagungsgrund vorliegt. Die Reisegewerbekarte ist zu versagen, "wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für die beabsichtigte Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt".

Rücknahme und Widerruf der Reisegewerbekarte bestimmen sich nach §§ 48, 49 VwVfG. Die Versagung oder Entziehung der Karte muß durch einen schriftlichen Bescheid unter Angabe der Gründe erfolgen (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2, 39 VwVfG).

Nach § 60c GewO ist die Reisegewerbekarte während der Gewerbeausübung mitzuführen und auf Verlangen vorzuzeigen.

<sup>99</sup> H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger, § 55, Rn. 12.

<sup>100</sup> G. Scholz/G. Manssen, Gewerberecht und Bundesimmissionsschutzgesetz, 5. Aufl. 1993, S. 33.

### **3. Reisegewerbekartenfreie Tätigkeiten**

- a) §§ 55 a, b GewO stellen verschiedene Reisegewerbetätigkeiten vom Erfordernis einer Reisegewerbekarte frei, etwa für Messen, Ausstellungen, öffentliche Feste, selbstgewonnene Erzeugnisse oder die Vermittlung von Versicherungs- und Bausparverträgen.
- b) Für bestimmte Tätigkeiten als selbständiger Gewerbetreibender im reisegewerbekartenfreien Gewerbe besteht nach § 55c GewO Anzeigepflicht.
- c) Bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, kann die Behörde (nach pflichtgemäßem Ermessen) die weitere Tätigkeit nach § 59 GewO untersagen.

### **4. Verbotene Tätigkeiten**

§ 56 GewO verbietet eine Vielzahl von Tätigkeiten im Reisegewerbe, z.B. der Vertrieb von Giften, elektromedizinischen Geräten, Wertpapieren u.a.

## **IV. Messen, Ausstellungen, Märkte (§§ 64 ff. GewO)**

### **1. Begriffe**

Die §§ 64 - 68 GewO definieren Messen, Ausstellungen, Großmärkte, Wochenmärkte, Spezialmärkte oder Jahrmärkte, § 60b den Begriff des Volksfestes.

### **2. Festsetzung**

Die Veranstaltungen werden auf Antrag des Veranstalters nach Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz für jeden Fall der Durchführung, eventuell im Voraus für 2 Jahre, festgesetzt (§ 69 Abs. 1 GewO). Festsetzungsfähig sind nur die in §§ 64 ff. GewO aufgeführten Veranstaltungstypen sowie Volksfeste nach § 60b GewO. Die Festsetzung verpflichtet bei Jahr-, Wochen- und Spezialmärkten den Veranstalter zur Durchführung (§ 69 Abs. 2 GewO). Die Festsetzung ist abzulehnen, wenn der Veranstalter die Voraussetzungen der Definition des Marktes nicht erfüllt. Sie ist ferner abzulehnen, wenn Tatsachen ergeben, daß der Veranstalter

oder der Leiter die erforderliche Zulässigkeit nicht besitzt, öffentliche Interessen, insbesondere der Schutz der Teilnehmer vor Gefahren für Leben oder Gesundheit, nicht gewährleistet sind oder sonstige erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu befürchten sind. Sie ist abzulehnen, wenn Spezial- oder Jahrmärkte vollständig oder teilweise in Ladengeschäften abgehalten werden sollen (§ 69a GewO). Es können auch -nachträglich - Auflagen erteilt werden (§ 69a Abs. 2 GewO). U.U. können Änderungen und sogar die Aufhebung der Festsetzung vorgenommen werden (§ 69b GewO).

(Nur) die Festsetzung einer Veranstaltung nach den §§ 64 ff. i.V.m. 69 GewO sichert den Teilnehmern die sogenannten *Marktprivilegien*. Dies sind:

- aa) Teil II und III der GewO gelten nicht. Es besteht also keine Anzeigepflicht nach § 14 GewO. Auch eine Reisegewerbekarte nach § 55 GewO ist nicht erforderlich.
- bb) Es gelten günstigere Ladenschlußzeiten (§ 19 LSchlG).
- cc) Es gelten andere Arbeitszeitregelungen.

Grund für diese Marktprivilegien ist die erwünschte Konzentration des Warenangebotes.

Die Festsetzung ist keine notwendige Erlaubnis. Fehlt es an einer Festsetzung, ist die Durchführung deshalb nicht verboten, sondern die Veranstaltung ist ein privater Markt. Dieser kann nach Maßgabe der allgemeinen Rechtsordnung durchgeführt werden.

Die Festsetzung nach § 69 Abs. 1 Satz 1 GewO ist ein Verwaltungsakt<sup>101</sup>, und zwar gegenüber jedermann nicht nur gegenüber bestimmten Personengruppen (Allgemeinverfügung § 35 Satz 2 VwVfG)<sup>102</sup>.

Die Festsetzung ist eine gebundene Entscheidung. Die Behörde *hat* dem Antrag auf Festsetzung zu entsprechen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (§ 69 Abs. 1 Satz 1 GewO).

Jedermann, der dem Teilnehmerkreis der Veranstaltung zugehört, hat ein Recht an dieser teilzunehmen, wenn er sich den für alle Veranstaltungsteilnehmer geltenden Bestimmungen fügt (Marktfreiheit, § 70 GewO). Probleme treten auf, wenn der vorhandene Platz nicht für alle Bewerber ausreicht. Formelle Gleichheit ist dann nicht möglich. Es gilt das Willkürverbot zu beachten, d.h. es müssen gerechte Auswahlkriterien angewandt werden. Nach h.M. hat § 70 GewO eine Doppelnatur<sup>103</sup>. Ist der Veranstalter eine Privatperson sei der Zulassungsanspruch

<sup>101</sup> H. Sieg/W. Leifermann/P. J. Tettinger, Gewerbeordnung, § 69, Rn. 5.

<sup>102</sup> Dazu G. Scholz/G. Manssen, Gewerberecht und Bundesimmissionsschutzgesetz, S. 37 f.

<sup>103</sup> G. Scholz/G. Manssen, Gewerberecht und Bundesimmissionsschutzgesetz, S. 41.

bürgerlichrechtlich (Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten, § 13 GVG), ist der Veranstalter eine juristische Person des öffentlichen Rechts sollen die Verwaltungsgerichte zuständig sein (§ 40 Abs. 1 VwGO).

Ausstellern und Anbietern kann die Teilnahme bei durch Tatsachen belegter Unzuverlässigkeit durch die zuständige Behörde untersagt werden (§ 70a GewO). Rücknahme und Widerruf der Festsetzung richten sich nach § 69b Abs. 2 GewO. Diese Spezialregelung schließt einen Rückgriff auf §§ 48, 49 VwVfG aus.

### **V. Gewerbezentralregister**

Im Gewerbezentralregister (§ 149 ff. GewO) werden alle vollziehbaren und unanfechtbaren Verwaltungsentscheidungen wegen Unzuverlässigkeit und Ungeeignetheit durch die ein Antrag auf Zulassung zu einem Gewerbe abgelehnt oder eine erteilte Zulassung zurückgenommen oder widerrufen wird, Verzichte während eines Rücknahme- oder Widerrufsverfahrens, rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen Ordnungswidrigkeiten u.a. erfaßt. Zweck des Registers ist es, Informationen über "schwarze Schafe" bundesweit verfügbar zu machen.

### **VI. Ordnungswidrigkeiten**

Verstöße gegen die Gewerbeordnung werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet (§§ 144 ff. GewO). Es handelt sich dabei um Polizeistrafrecht. Für das Verfahren findet das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Anwendung. Der Strafrahmen ist jedoch durch die Gewerbeordnung auf bis zu 10.000 DM erweitert (§§ 144 Abs. 4, 145 Abs. 4 GewO).

<sup>1</sup> St. Rspr., BVerfGE 11, 30 (42 f.); 33, 303 (329 f.); 46, 120 (138 ff.); 50, 290 (362 ff.); 54, 237 (245 f.); 80, 269 (278 f.); 82, 209 (228 f.).

Nürnberg, 1995