

Gewerberecht

Was ist ein Gewerbe?

Gewerbe ist eine:

- Selbständige Tätigkeit, die
- auf Dauer angelegt ist
- und der Gewinnerzielung dient.

Nicht:

- Freie Berufe (Ärzte, Rechtsanwälte)
- Urproduktion (Land-, Forstwirtschaft, Bergbau)

Ausübung eines Gewerbes: Erlaubnispflicht?

Grundsatz: Gewerbefreiheit

= jeder darf ein Gewerbe grds. ohne Erlaubnis ausüben. Aber idR Anzeigepflicht (Eintragung ins Gewerberegister)

Ausnahmen: Genehmigungsbedürftigkeit

= Erlaubnispflicht nach GewO oder gewerberechtlichen Nebengesetzen
- §§ 30 ff GewO; 1, 2 ApothG; 2 I 1 GaststG usw.

Untersagung eines Gewerbes

Erlaubnisfreie Gewerbe

- Ausübung ist nicht abhängig von Erlaubnis, ergo Untersagung nach § 35 GewO möglich

Erlaubnispflichtige Gewerbe

- Ausübung ist abhängig von Erlaubnis. Gewerbe kann nach § 15 GewO stillgelegt werden.

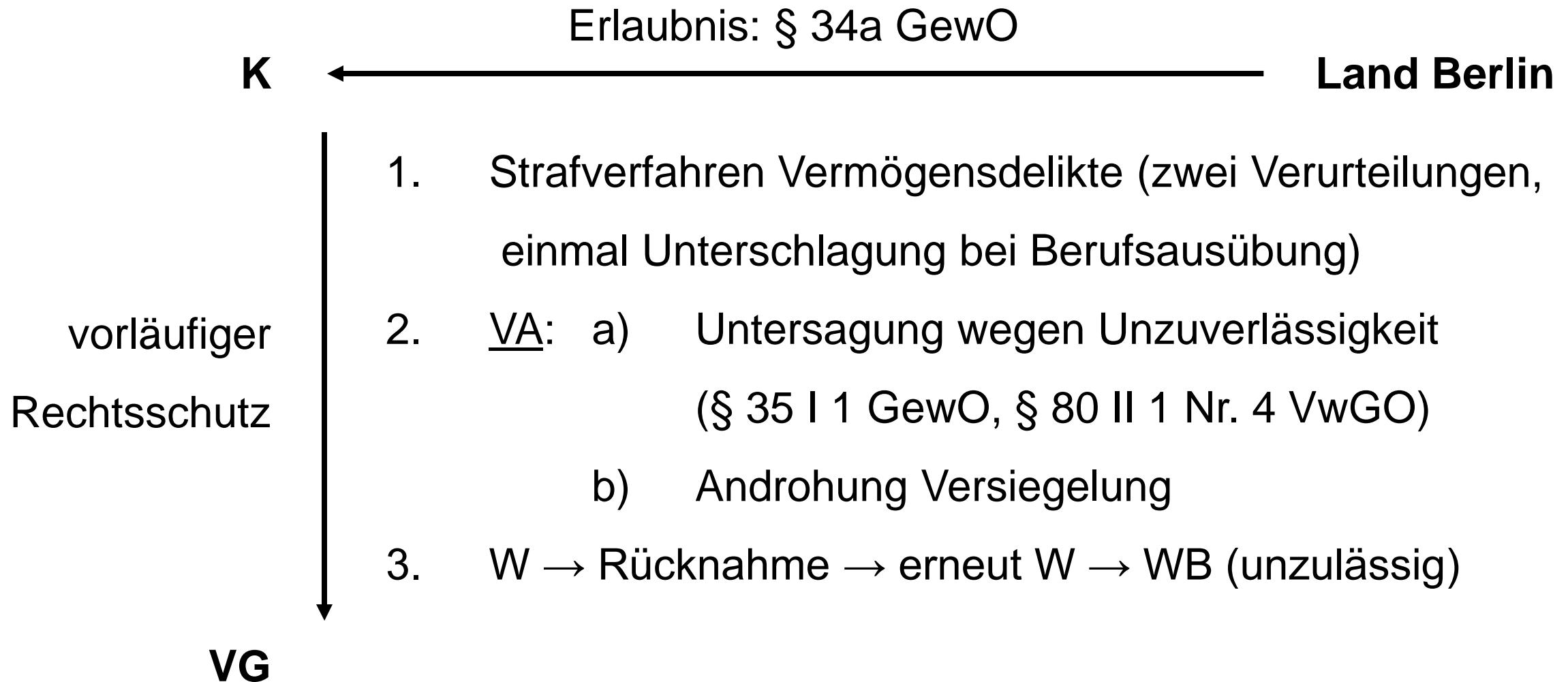
Untersagung nach § 35 GewO

- Ausübung eines (genehmigungsfreien) Gewerbes
- Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden
- Untersagung erforderlich
 - zum Schutz der Allgemeinheit
 - zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten
- Abs. 8 beachten.

Stilllegung nach § 15 GewO

- Ausübung eines (erlaubnispflichtigen) Gewerbes
- Betriebsbeginn ohne erforderliche Erlaubnis

Fall: Bewachungsgewerbe



Fall: Bewachungsgewerbe

A. Z / SEV

- I. § 40 I 1 VwGO: öff.-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art
→ Öff.-rechtliche streitentscheidende Normen („modifizierte Subjektstheorie“)
= einseitige Berechtigung oder Verpflichtung eines Hoheitsträgers
 1. Gewerbeuntersagung: § 35 I 1 GewO
 2. Androhung Versiegelung: unmittelbarer Zwang
→ § 8 I 1 VwVfGBIn, §§ 6 I, 12, 13 VwVG (§§ 3, 27 I 1, 34, 28 VwVGBbg)
- II. §§ 45, 52 VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO / § 123 II 1 VwGO
→ „*Gericht der Hauptsache*“
- III. §§ 61, 63 VwGO (analog): K (Ast.) / Land (Rechtsträger als Ag.)

IV. §§ 122 I, 88 VwGO: Begehren des Ast. und Vorrang maßnahmespezif. RS

→ grds. § 123 I VwGO, außer § 123 V VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO

→ Vorauss. von § 80 V 1 VwGO: Suspendierung eines VA (§ 35 VwVfG)

1. Gewerbeuntersagung: VA (Regelung im Einzelfall mit Außenwirkung)

2. Androhung von Zwangsmitteln: VA (auf Willensbeugung gerichtet)

→ Auswahl des Zwangsmittels als Regelung, § 13 III 1 VwVG:

„Die Androhung muss sich auf ein bestimmtes Zwangsmittel beziehen.“

(ähnlich § 28 III 1 VwVGBbg)

→ vgl. § 18 I 1 VwVG: „*Gegen die Androhung eines Zwangsmittels sind die Rechtsmittel gegeben, die gegen den Verwaltungsakt zulässig sind, dessen Durchsetzung erzwungen werden soll.*

3. Obj. Antragshäufung

→ § 44 VwGO analog („gleichzeitig entscheidungsreif“)

V. Bes. SEV = Antragsbefugnis: § 42 II VwGO analog

→ Ausschluss von Popularverfahren

→ Möglichkeit subj. RV aus Sonderbeziehung (Gewerbeerlaubnis nach § 34a GewO als begünstigender VA) sowie Art. 12 I, 2 I GG („Adressatentheorie“)

VI. Rechtsschutzbedürfnis

1. Vorheriger Antrag an die Behörde grds. unnötig

→ nötig nur bei § 80 VI, II 1 Nr. 1 VwGO, d.h. bei „*Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten*“

→ Umkehrschluss: in allen übrigen Fällen unnötig

2. Rechtsbehelf in der Hauptsache nötig? → differenzieren:

AnfKl. unnötig

→ § 80 V 2 VwGO

Widerspruch nötig?

→ str., aber egal, da erhoben

→ nach Rücknahme erneut

fristgemäß eingelebt

→ nicht rechtsmissbräuchlich

(vgl. § 242 BGB), da Behörde
sich an ihre Zusage nicht ge-
halten hat

3. Rechtsbehelf in der Hauptsache darf nicht offensichtlich unzulässig sein
 - a) Keine Verfristung / Erledigung: §§ 70, 74, 58 II VwGO / § 43 II VwVfG
 - b) Kein Ausschluss des Vorverfahrens: bzgl. Gewerbeuntersagung in Berlin?
→ § 68 I 2 VwGO: „*Einer solchen Nachprüfung bedarf es nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt...*“
→ § 70 VwVfG: „*Vor Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage, die einen im förmlichen Verwaltungsverfahren erlassenen Verwaltungsakt zum Gegenstand hat, bedarf es keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren.*“
→ § 5 VwVfGBIn i.V.m. der Anlage zu § 1 FörmVfVO, Nr. 2: Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO ergeht im förmlichen Verwaltungsverfahren



→ Formulierung § 68 I 2 VwGO: „bedarf es nicht“

eA: Widerspruch zulässig

→ Wortlaut: „bedarf es nicht“

= entbehrlich, nicht unzulässig

aA: Widerspruch unzulässig

→ ratio: Vorverfahren nach dem
gesetzgeber. Willen sinnlos

jedenfalls: falls Widerspruch unzulässig, wäre Rechtsbehelf in Haupt-
sache die AnfKI., welche gemäß § 80 V 2 VwGO unnötig ist

4. Rechtsbehelf in der Hauptsache hat keine aufschiebende Wirkung

Gewerbeuntersagung

→ § 80 II 1 Nr. 4 VwGO

Androhung Zwangsmittel

→ § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m.

§ 63 I JustGBIn (§ 16 VwVGBbg)¹⁰

B. Begründetheit

(+), soweit → Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist
→ bzw. das Aussetzungsinteresse des Ast. das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt

I. Gewerbeuntersagung

1. Formelle Rechtmäßigkeit der AO der s. V.

→ Zust.: Ausgangs- / Widerspruchsbehörde (§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO)
→ Verf.: Anhörung (§ 28 I VwVfG) unnötig, AO der s. V. ≠ VA („prozess. Annex“)
→ Form: einzelfallbezogene schriftliche Begründung nötig (§ 80 III VwGO),
ratio: Ausnahmeharakter, hier: „sofortiger Schutz seiner Kunden“

2. Interessenabwägung [materielle Rechtmäßigkeit der AO der s. V.]
 - eigenständige Interessenabwägung des VG unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Hauptsache
 - falls VA bei summarischer Prüfung rechtswidrig, überwiegt das Aussetzungsinteresse des Ast., da kein öff. Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger VA bestehen kann (Art. 20 III GG)
- a) Rechtmäßigkeit des VA
- aa) RGL (laut Behörde): § 35 I 1 GewO
 - anwendbar nach Maßgabe von § 35 VIII GewO
 - regelt Gewerbeuntersagung wegen „Unzuverlässigkeit“

Übersicht: Gewerbeordnung

<u>§ 15 II GewO</u>	<u>§ 35 I GewO (anwendbar: Abs. 8)</u>	<u>§ 70 GewO</u>
→ Untersagung wegen formeller Illegalität bei genehmigungsbedürftigem Gewerbe	→ Untersagung wegen Unzuverlässigkeit bei genehmigungsfreiem Gewerbe → unanwendbar, soweit „ <i>besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, oder eine für das Gewerbe erteilte Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zurückgenommen oder widerrufen werden kann</i> “	→ Recht zur Teilnahme an einer festgesetzten Veranstaltung („Jahrmarkt“)

„unzuverlässig“ im Gewerberecht

- Definition: wer nach Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr bietet, sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß auszuüben
- Kein Beurteilungsspielraum: vollständig gerichtlich überprüfbar
- Verschuldensunabhängig: Gefahrenabwehr verlangt kein Verschulden
- Konkretes Gewerbe maßgeblich: auch Umstände außerhalb der Gewerbeausübung, soweit diese „durchschlagen“ (z.B. Hinterziehung von Steuern / Sozialabgaben, Drogenabhängigkeit, Beschäftigung illegaler Arbeitnehmer)
- Maßgeblicher Zeitpunkt abhängig von Situation



Anfechtung: letzte behördliche
Entsch. (i.d.R. WB)

Verpflichtung: letzte mündliche
Verhandlung

(1) Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

→ Bewachungsgewerbe: § 34a I 1 GewO

(2) K hat Erlaubnis mit Legalisierungswirkung

→ „Unzuverlässigkeit“ ist Versagungsgrund: § 34a I 3 Nr. 1 GewO

(3) Zugleich bzgl. Erlaubnis Rücknahme / Widerruf möglich

§ 48 I VwVfG

→ falls K anfänglich unzuverlässig

§ 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

→ falls K nachträglich unzuverlässig

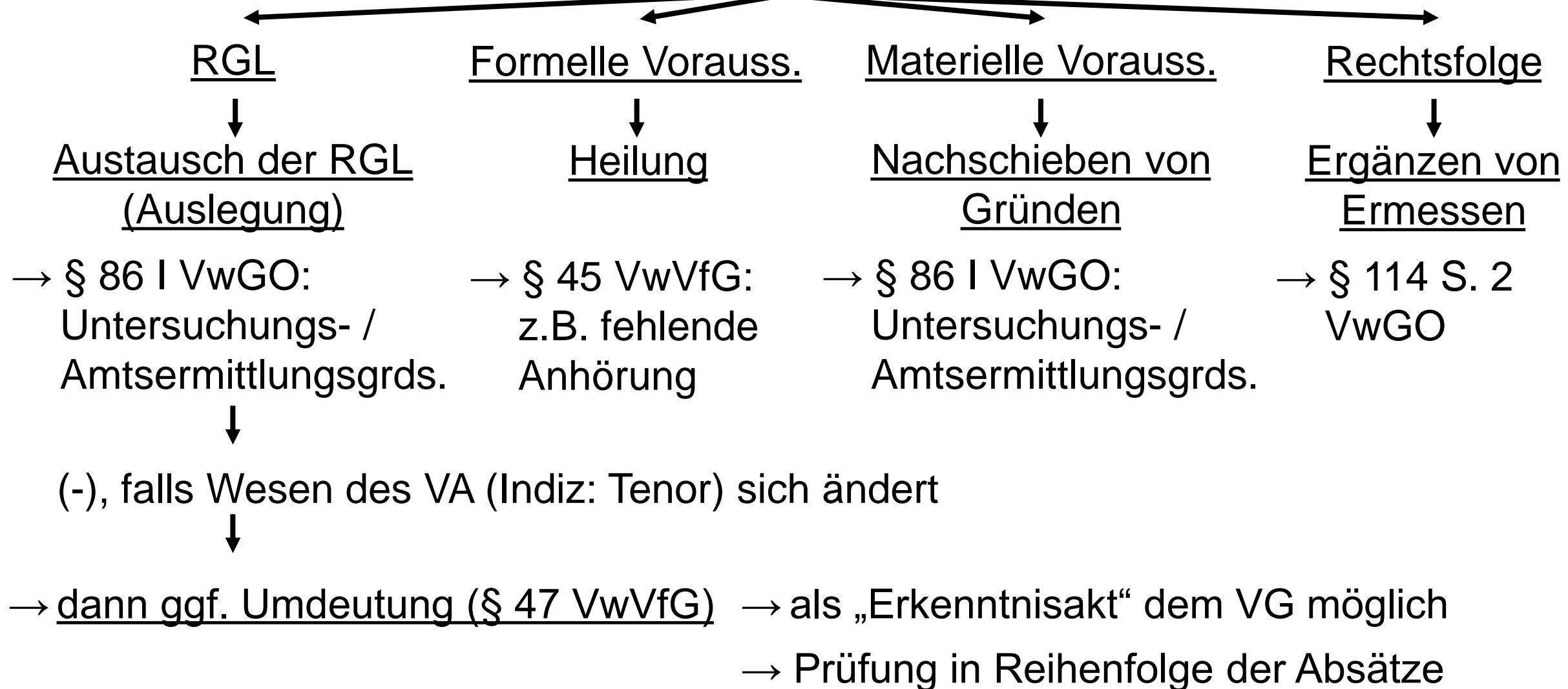
→ ggf. „erst-recht“, falls Erlaubnis rw.

(geringerer Vertrauensschutz)

Aufhebung nötig, dann: § 15 II GewO, dann: Verw.-Vollstreckung

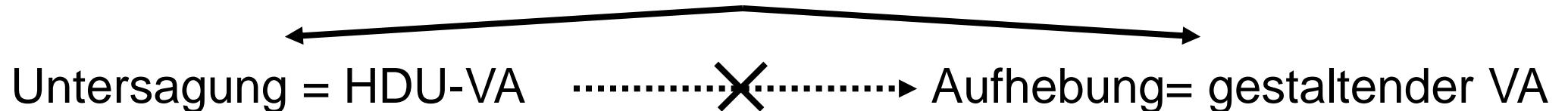
(4) Zw.-Erg.: § 35 I 1 GewO nicht anwendbar → Fehlerüberwindung?

Fehlerüberwindung bei Verwaltungsakten



bb) Austausch der RGL

- grds. möglich, da § 86 I VwGO: Untersuchungs- / Amtsermittlungsgrds.
- Grenze: Wesensänderung des VA (Indiz: Tenor)
- hier: Auslegung als Rücknahme / Widerruf unmöglich, da sich Tenor ändert



cc) Umdeutung (§ 47 VwVfG) in den Widerruf der Erlaubnis

- als „Erkenntnisakt“ dem VG möglich (Umdeutung selbst ist kein VA)
- Prüfung in Reihenfolge der Absätze

(1) § 47 I VwVfG

(a) Zielidentität

→ „auf das gleiche Ziel gerichtet“

→ Endziel ist, Tätigkeit von K zu unterbinden

(b) Erlassvorauss. für Widerruf nach § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

(aa) § 49 VwVfG anwendbar

→ „erst-recht“, falls Erlaubnis rechtswidrig (geringerer Vertrauenschutz)

→ Zeitpunkt der Erteilung im Sachverhalt offen: vor / nach Strafverfahren

(ggf. Erlaubnis von Anfang an rechtswidrig, falls Versagungsgrund „unzuverlässig“ gemäß § 34a I 3 Nr. 1 GewO bei Erteilung vorlag)

(bb) Widerrufsgrund

- „wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde“
- Gewerbeerlaubnis ist „Dauer-VA“, d.h. Vorauss. (Zuverlässigkeit) müssen dauerhaft vorliegen („nachträglich eingetretene Tatsachen“)

(cc) Jahresfrist

- § 49 II 2 VwVfG i.V.m. § 48 IV VwVfG gewahrt (Entscheidungsfrist)

(dd) § 35 III GewO

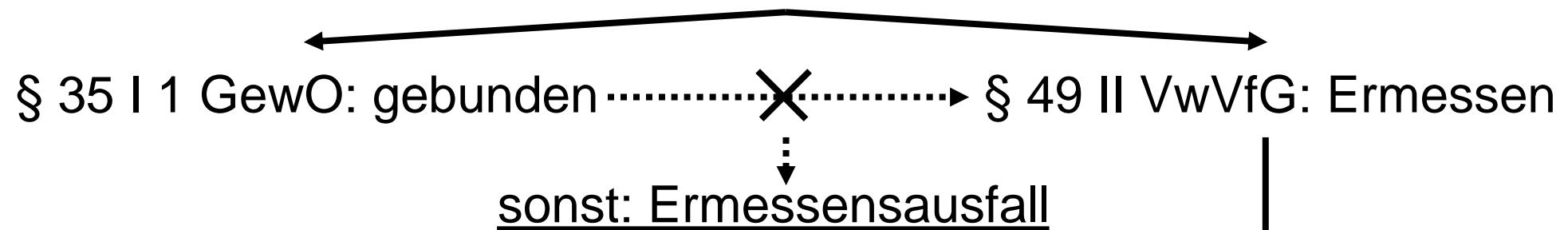
- Absehen von Berufsverbot im strafgerichtlichen Verfahren (§ 70 StGB) sperrt allenfalls bei Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO

(2) § 47 II VwVfG

→ insbes. Rechtsfolgen bei Widerruf (als gestaltender VA nicht vollstreckbar)
nicht ungünstiger als bei Gewerbeuntersagung (als HDU-VA vollstreckbar)

(3) § 47 III VwVfG

→ keine Umdeutung von gebundener in Ermessensentscheidung



→ Reduktion auf Null: GR-Schutzpflichten
zugunsten Kunden (Art. 14 I GG)?
→ wohl (-), gegenläufig Art. 12 I GG von K

(4) Zw.-Erg.

→ Umdeutung scheitert an § 47 III VwVfG

dd) Zw.-Erg.

→ VA rechtswidrig

b) Gesetzliche Wertung

→ Aussetzungsinteresse überwiegt (Art. 20 III GG)

→ § 80 V 1 VwGO gegen Gewerbeuntersagung begründet

→ Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch VG

II. Androhung Versiegelung

1. RGL

→ § 8 I 1 VwVfGBIn, §§ 6 I, 12, 13 VwVG (§§ 3, 27 I 1, 34, 28 VwVGBbg)

2. Vorauss.

→ kein vollstreckbarer HDU-VA, da Gewerbeuntersagung suspendiert

[Hinweis: falls Umdeutung in Widerruf als gestaltenden VA bejaht wurde wegen Ermessensreduktion auf Null, fehlt schon HDU-VA]

3. Zw.-Erg.

→ VA rechtswidrig, Aussetzungsinteresse überwiegt (Art. 20 III GG)

→ Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch VG

III. Ergebnis: Antrag begründet