Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 10 Wirtschaftsverwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

§ 10 Wirtschaftsverwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

D) Gewerbe(un)fähigkeit von Personengesellschaften

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

Mitwirkungspflichten und -lasten des Betroffenen im Allgemeinen Verwaltungsrecht:

§ 26 VwVfG
Beweismittel

(1) Die Behörde bedient sich der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Sie kann insbesondere

1. Auskünfte jeder Art einholen,
2. Beteiligte anhören […] oder die schriftliche oder elektronische Äußerung von Beteiligten […] einholen,
3. und 4. […]..

(2) **Die Beteiligten sollen bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken**. Sie sollen insbesondere ihnen bekannte Tatsachen und Beweismittel angeben**. Eine weitergehende Pflicht, bei der Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken, insbesondere eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen oder zur Aussage, besteht nur, soweit sie durch Rechtsvorschrift besonders vorgesehen ist..**

(3) […].

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

Mitwirkungspflichten und -lasten des Betroffenen im Allgemeinen Verwaltungsrecht:

- Nach § 26 Abs. 2 VwVfG ***sollen*** die Beteiligten bei Sachverhaltsermittlung mitwirken (insbesondere durch Angabe bekannter Tatsachen und Beweismittel)
- Hieraus folgt aber keine (durchsetzbare) Verpflichtung zur Mitwirkung
- Bei Beweiswürdigung kann aber der Schluss gezogen werden, dass Tatbestand bei unterlassener Mitwirkung nicht vorliegt; dies darf aber nicht schematisch geschehen

  Siehe etwa OVG Weimar, 3 KO 851/99 v. 25.9.2003 = NVwZ-RR 2004, 455 ff.: posttraumatische Belastungsstörung ist bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit der Schilderung eines bestimmten Geschehens zu berücksichtigen
- Die Mitwirkungs-"Pflicht" nach § 26 Abs. 2 VwVfG ist daher im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht bloße „**Obliegenheit**" oder „**Verfahrenslast"**, die von der Behörde auch nicht selbständig durchgesetzt werden kann.
- Im Übrigen folgt aus § 24 Abs. 1 S. 2, § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und Abs. 2 VwVfG, dass die Beteiligte bei der Sachverhaltsermittlung mitwirken ***dürfen*** – und auf diese Weise auf die Sachverhaltsermittlung Einfluss nehmen können

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

§ 29 Abs. 1 GewO als Ausnahme i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 2 VwVfG:

§ 29 GewO
Auskunft und Nachschau

(1) Gewerbetreibende oder sonstige Personen,

1. die einer Erlaubnis nach den §§ 30, 31, 33a, 33c, 33d, 33i, 34, 34a, 34b, 34c, 34d, 34f, 34h oder 34i bedürfen oder nach § 34i Absatz 4 von der Erlaubnispflicht befreit sind,
2. die nach § 34b Abs. 5 oder § 36 öffentlich bestellt sind,
3. die ein überwachungsbedürftiges Gewerbe im Sinne des § 38 Abs. 1 betreiben,
4. **gegen die ein Untersagungsverfahren nach § 35 oder § 59 eröffnet oder abgeschlossen wurde** oder
5. soweit diese einer gewerblichen Tätigkeit nach § 42 Absatz 1 des Kulturgutschutzgesetzes nachgehen,.

(Betroffene), haben den Beauftragten der zuständigen öffentlichen Stelle **auf Verlangen die für die Überwachung des Geschäftsbetriebs erforderlichen mündlichen und schriftlichen Auskünfte unentgeltlich zu erteilen**.

(2) bis (4) […].

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

§ 29 Abs. 1 GewO als Ausnahme i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 2 VwVfG:

§ 29 GewO
Auskunft und Nachschau

(1) und (2) […]..

(3) Der Betroffene kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozeß-ordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde..

(4) **Die Absätze 1 bis 3 finden auch Anwendung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß ein erlaubnispflichtiges, überwachungsbedürftiges oder untersagtes Gewerbe ausgeübt wird**.

Ähnliche Auskunftspflichten bestehen

- gegenüber Handwerkskammer nach § 17 Abs. 1 HandwO (hierzu § 6 D IV 3 des Kurses); ferner z. B. § 22 Abs. 1 GastG; § 54a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 PBefG
- kraft Verweises auf § 29 GewO in § 61a Abs. 1 GewO für Reisegewerbe und in § 71b Abs. 1 GewO für Marktgewerbe

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

§ 29 Abs. 1 GewO ist Ausnahme i.S. des § 26 Abs. 2 Satz 2 VwVfG, so dass nicht nur eine Auskunftsobliegenheit, sondern eine echte (durchsetzbare) Auskunfts-pflicht besteht, die

- auf behördliches Verlangen entsteht, das nur in den in § 29 Abs. 1 GewO genannten Fällen zulässig ist (keine allgemeine Auskunftspflicht aller Gewerbetreibender) und im Ermessen der Behörde steht
- durch Verwaltungsakt (Auskunftsanforderung) durchgesetzt werden kann, der selbstständig anfechtbar (vgl. § 44a S. 2 VwGO) und ggf. mittels Verwaltungszwang (Zwangsgeld) durchgesetzt werden kann

  Entsprechende Verwaltungsaktsbefugnis wird unproblematisch angenommen: BVerwG, 6 C 39/10 v. 7.12.2011, Rn. 18 = NVwZ 2012, 1123 ff.
- (natürlich) nicht missbräuchlich und nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzip festgesetzt und durchgesetzt werden darf
- ihre Grenzen im **nemo tenetur-Grundsatz** findet (§ 29 Abs. 3 GewO) – nächste Folie

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

Begrenzung der Auskunftspflicht durch **nemo tenetur-Grundsatz** (§ 29 Abs. 3 GewO)

- wird teilweise als unpassend für das Gefahrenabwehrrecht angesehen, da ein strafprozessuales Verwertungsverbot näher läge
- wird teilweise als problematisch gesehen, weil es an einer Belehrungspflicht über das Recht aus § 29 Abs. 3 GewO fehle, so dass deshalb eine Selbstbelastung durch Unwissenheit nicht ausgeschlossen wird (*Rixen,* GewArch 2020, 121, 127)

Zur Problematik ausführlich *Gabriel*, NVwZ 2020, 19 ff.

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

Zur Durchsetzung einer Auskunftspflicht (hier nach § 101 Abs. 1 Nr. 3 WHG): OVG Magdeburg, 2 M 19/19 v. 9.7.2019 = NVwZ-RR 2019, 299 ff. (Folie 1 von 2)

„25. Die Anordnung unter I.1. des Bescheides vom 11.06.2018 ist inhaltlich hinreichend bestimmt i.S.d. […] § 37 Abs. 1 VwVfG. Hinreichend bestimmt ist ein Verwaltungsakt dann, wenn der Adressat erkennen kann, was von ihm gefordert wird und wenn der Bescheid darüber hinaus geeignet ist, Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung zu sein. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsakts nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts […]. Gemessen daran begegnet die Bestimmtheit der Anordnung unter I.1. keinen Bedenken. Hiermit wurde der Antragstellerin die Übergabe eines vollständigen Übersichtsplans des Betriebsgeländes mit Darstellung aller Medienleitungen für Gülle, Gärrest, Sanitärabwasser, Niederschlagswasser (verschmutzt und unverschmutzt), Grundwasser, Filterrückspülwasser der Grundwasseraufbereitung, Kondenswasser der Biogasanlage, Löschwasser sowie aller Drainageleitungen und aller ober- und unterirdischen Schächte aufgegeben. Für die Antragstellerin ist nach dieser präzisen Auflistung hinreichend erkennbar, was von ihr verlangt wird. […].“

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

Zur Durchsetzung einer Auskunftspflicht (hier nach § 101 Abs. 1 Nr. 3 WHG): OVG Magdeburg, 2 M 19/19 v. 9.7.2019 = NVwZ-RR 2019, 299 ff. (Folie 2 von 2)

„25. […] Die Anordnung dient dem Vollzug der Auskunftspflicht gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WHG. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Behörde dem Verpflichteten nicht stets bis in alle Einzelheiten vorgeben kann, welche Auskünfte zu erteilen sind. Bei der Durchsetzung der Auskunftspflicht geht es darum, den Ver-pflichteten zu veranlassen, einen der Behörde bislang nicht bekannten Sachverhalt zu offenbaren. Wäre der Behörde genau bekannt, welche Auskunft zu erteilen ist, wäre ein Auskunftsbegehren überflüssig. Im vorliegenden Fall geht es um die Mitteilung der auf dem Grundstück der Antragstellerin vorhandenen Leitungen und Schächte der in der Anordnung unter I.1. genannten Medien. Diese sind dem Antragsgegner bislang nicht vollständig bekannt. Es ist aber grundsätzlich davon auszugehen, dass sie der Antragstellerin vollständig bekannt sind. Jedenfalls ist sie in der Lage, die betreffenden Leitungen und Schächte auf ihrem Grundstück – vollständig – ausfindig zu machen und dem Antragsgegner deren Lage mitzuteilen. Hierdurch wird von der Antragstellerin nichts Unmögliches verlangt. […].“

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

Weitere Ermittlungs- und Datenverarbeitungsmöglichkeiten nach § 11 GewO (siehe hierzu etwa *Kassmann*, GewArch 2010, 236 ff.)

§ 11 GewO
Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten

(1) Die zuständige öffentliche Stelle darf personenbezogene Daten des Gewerbetreibenden und solcher Personen, auf die es für die Entscheidung ankommt, **erheben, soweit die Daten zur Beurteilung der Zuverlässigkeit** und der übrigen Berufszulassungs- und -ausübungskriterien bei der Durchführung gewerberechtlicher Vorschriften und Verfahren erforderlich sind. Erforderlich können insbesondere auch Daten sein **aus bereits abgeschlossenen oder sonst anhängigen**

1. gewerberechtlichen Verfahren, Straf- oder Bußgeldverfahren,
2. Insolvenzverfahren,
3. steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Verfahren oder
4. ausländer- und arbeitserlaubnisrechtlichen Verfahren.

Die Datenerhebung unterbleibt, soweit besondere gesetzliche Verwendungsregelungen entgegenstehen. Gewerberechtliche Anzeigepflichten bleiben unberührt.

(2) bis (5) […]

A) Auskunftspflichten (§ 29 Abs. 1 und 3 GewO) und Datenverarbeitung (§ 11 GewO)

OVG Bautzen, 6 B 55/23 v. 4.12.2023, Abs. 35 ff. = GewArch 2024, 34 Abs. 35 ff.

- Bei Beurteilung der Zuverlässigkeit darf die Gewerbeaufsicht Daten von Verfassungsschutzbehörden nur verwenden, wenn dies nach dem einschlägigem Datenschutzrecht zulässig ist
- Einschlägig war hier § 1 Abs. 1 Satz 3 SächsDSUG.
- Übermittlung durch Verfassungsschutz war nur nach Maßgabe (der Vorgängervorschrift zu) § 24 SächsVSUG zulässig, dessen Voraussetzungen nicht vorlagen
- Daher durfte Gewerbeaufsicht Daten auch nicht verwenden.

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

§ 29 GewO
Auskunft und Nachschau

(1) […]
(2) Die Beauftragten sind befugt, zum Zwecke der Überwachung Grundstücke und Geschäftsräume des Betroffenen [Legaldefinition in § 29 Abs. 1] **während der üblichen Geschäftszeit zu betreten, dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen, sich die geschäftlichen Unterlagen vorlegen zu lassen und in diese Einsicht zu nehmen**. Zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung können die Grundstücke und Geschäftsräume tagsüber auch außerhalb der in Satz 1 genannten Zeit sowie tagsüber auch dann betreten werden, wenn sie zugleich Wohnzwecken des Betroffenen dienen; das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.
(3) […]
(4) Die Absätze 1 bis 3 finden auch Anwendung, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß ein erlaubnispflichtiges, überwachungsbedürftiges oder untersagtes Gewerbe ausgeübt wird..

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

Nachschaurechte sind „typisches“ gewerberechtliches Kontrollinstrument. Entsprechende gewerberechtliche Nachschaurechte bestehen

- kraft Verweises auf § 29 GewO in § 61a Abs. 1 GewO für Reisegewerbe und in § 71b Abs. 1 GewO für Marktgewerbe
- gegenüber Handwerkskammer nach § 17 Abs. 2 HandwO
- ferner z. B. § 22 Abs. 2 GastG; § 54a Abs. 1 Satz 2 PBefG

Zur praktischen Relevanz und Durchsetzung von Nachschaurechten und Vor-Ort-Kontrollen ausführlich (und lesenswert): *Peterle*, BayVBl. 2026, 109 ff.

Problem aller Nachschaurechte: Vereinbarkeit mit Art. 13 GG

- Rechtsprechung sorgfältig zusammenfassend: BVerwG, 6 C 26.03 v. 25.08.2004, Rn. 19 ff. = BVerwGE 121, 345 ff. (Betretensrechte in Teestube eines Vereins auf polizeilicher Grundlage (§ 19 Abs. 4 BremPolG)
- Ferner: BVerfG, 1 BvR2138 v. 15. 3. 2007 = NVwZ 2007, 1049 ff. (hierzu *Schmitz*, GewArch 2009, 237 ff.)

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

Problem aller Nachschaurechte: Vereinbarkeit mit Art. 13 GG

Art. 13 GG
Auskunft und Nachschau

(1) Die **Wohnung** ist unverletzlich.

(2) **Durchsuchungen** dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.

(3) bis (6) […]

(7) **Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen** nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

Ausgangspunkt: BVerfG, 1 BvR 280/66 v. 13.10.1971 = BVerfGE 32, 54, 68 ff. (zu Betretensrechten nach § 17 Abs. 2 HandwO):

1. **Können Betriebs- und Geschäftsräume i. S. des Art. 13 *Abs. 1* GG „Wohnungen“ sein?**

   Hierzu auch BVerfG (K), 2 BvR 9/10 v. 13.5.2014, Rn. 16 = NJW 2014, 2265; *Lübbe-Wolff*, DVBl. 1993, 762, 763 ff.

2. Wenn Frage 1 bejaht wird: **Ist die Nachschau eine „Durchsuchung“ i. S. d. Art. 13 *Abs. 2* GG, so dass sie nur durch einen Richter angeordnet werden kann?**

   Zur Konkretisierung des Durchsuchungsbegriffs z. B. BVerfG, 1 BvR 994/76 v. 3.4.1979 = BVerfGE 51, 97, 106 f.; BVerfG, 1 BvR 1202/84 v. 16.6.1987 = BVerfGE 76, 83, 89 (krit. hierzu z. B. *Sachs*, NVwZ 1987, 560 ff.)

3. Wenn Frage 1 bejaht und Frage 2 verneint wird: **Ist die Nachschau ein „Eingriff und eine Beschränkung“ i. S. d. Art. 13 *Abs. 7* GG**?

BVerfG, 1 BvR 280/66 v. 13.10.1971 = BVerfGE 32, 54, 68 ff. bejaht im Grundsatz Frage 1 und verneint Fragen 2 und 3

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

BVerfG, 1 BvR 280/66 v. 13.10.1971 = BVerfGE 32, 54, 75 f. (Folie 1 von 2)

„Bei dieser Sachlage erscheint eine Auslegung geboten und zulässig, die bereits bei dem Begriff der "Eingriffe und Beschränkungen" ansetzt und ihn in einer Weise interpretiert, die dem Schutzzweck des Grundrechts gerecht wird, dem erkennbaren Willen des Verfassungsgebers entspricht, aber auch auf die sachlichen Notwendigkeiten der Verwaltung des modernen Staates angemessen Bedacht nimmt. Diese Auslegung geht davon aus, daß - bei prinzipieller Einbeziehung auch der Geschäfts- und Betriebsräume in den Schutzbereich des Art. 13 GG - doch das Schutzbedürfnis bei den insgesamt der "räumlichen Privatsphäre" zuzuordnenden Räumen verschieden groß ist. Den Geschäfts- und Betriebsräumen eignet nach ihrer Zweck-bestimmung eine größere Offenheit "nach außen"; sie sind zur Aufnahme sozialer Kontakte bestimmt, der Inhaber entläßt sie damit in gewissem Umfang aus der privaten Intimsphäre, zu der die Wohnung im engeren Sinn gehört. Dem stärkeren Bedürfnis nach Fernhaltung von Störungen des privaten Lebens und der räumlichen Sphäre, in der es sich entfaltet, entspricht es, daß die Begriffe "Eingriffe und Beschränkungen", soweit sie sich auf die Wohnung im engeren Sinn beziehen, streng ausgelegt werden. Das bedeutet, daß ein Betretungs- und Besichtigungsrecht der hier geregelten Art bei Wohnräumen ausgeschlossen ist. […].“

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

BVerfG, 1 BvR 280/66 v. 13.10.1971 = BVerfGE 32, 54, 75 f. (Folie 2 von 2)

„Denn hier greift der Schutzzweck des Grundrechts voll durch, dem Einzelnen das Recht, "in Ruhe gelassen zu werden" […], zu sichern. Das gilt auch, soweit in die-sen Räumen zugleich eine berufliche oder geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Bei reinen Geschäfts- und Betriebsräumen wird dieses Schutzbedürfnis durch den Zweck, den sie nach dem Willen des Inhabers selbst erfüllen sollen, gemindert. Die Tätigkeiten, die der Inhaber in die-sen Räumen vornimmt, wirken notwendig nach außen und können deshalb auch die Interessen anderer und die der Allgemeinheit berühren. Dann ist es folgerichtig, daß die mit dem Schutz dieser Interessen beauf-tragten Behörden in gewissem Rahmen diese Tätigkeiten auch an Ort und Stelle kontrollieren und zu diesem Zweck die Räume betreten dürfen. Dieser zweckbe-stimmte Vorgang ist nicht eigentlich eine Störung des Hausfriedens. Der Betriebs-inhaber wird demgemäß […] das Betreten der Räume durch Behördenbeauftragte nicht als einen Eingriff in sein Hausrecht empfinden. Sein psychischer Widerstand mag sich gegen die Besichtigung und Prüfung selbst richten, die er etwa als unnötig, belästigend und deshalb unzumutbar ansieht; in dem bloßen Betreten der Räume, die er durch ihre Zweckwidmung selbst nach außen geöffnet hat, wird er im allgemeinen eine Beeinträchtigung seiner Grundrechtssphäre nicht erblicken“

B) Nachschaurechte (§ 29 Abs. 2 GewO)

Zur Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG zu den Nachschaurechten:

- *Ennuschat,* AöR 127 (2002), 252 ff.
- *Franke/Kerkemeyer*, NVwZ 2020, 760 ff.
- *Lübbe-Wolff*, DVBl. 1993, 762 ff.
- *Rixen,* GewArch 2020, 121, 126
- *Sachs*, NVwZ 1987, 560 ff.
- *Schmitz*, GewArch 2009, 237 ff.
- *Voßkuhle*, DVBl. 1994, 611 ff.

Grenzen der Nachschaurechte

- Keine Mitnahme von Unterlagen zur Einsicht: VG Stuttgart 4 K 2413/11 v. 13. 10. 2011 = GewArch 2012, 33 f.
- Keine Erstreckung auf andere Orte als auf Geschäftsräume (z. B. Büro des Steuerberaters des Gewerbetreibenden), auch wenn dort Unterlagen vorhanden sein könnten: VG Stuttgart 4 K 2414/11 v. 13. 10. 2011 = GewArch 2012, 34 f.

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Zu den verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorgaben der RL 2006/123/EG für das Gewerberecht siehe § 9 B II des Kurses

- **Art. 5** RL 2006/123/EG: Allgemeine Pflicht zur Vereinfachung von Verwaltungsverfahren
- **Art. 6** RL 2006/123/EG: Schaffung eines einheitlichen Ansprechpartners
- **Art. 9** RL 2006/123/EG: Deregulierungsvorgaben für Genehmigungsregelungen
- **Art. 13** RL 2006/123/EG**:** Vorgaben für Genehmigungsverfahren und Genehmigungsfiktion, wenn und soweit Genehmigungsverfahren beibehalten werden
- **Art. 22 ff.** RL 2006/123/EG: Vorgaben für Verwaltungszusammenarbeit (Amtshilfe) bei Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug

Der Anwendungsbereich der RL 2006/123/EG ist nicht auf Fälle mit grenzüberschreitenden Bezug begrenzt, obwohl man genau dies bei Umsetzung der Richtlinienvorgaben im Gewerberecht angenommen hatte (hierzu § 9 B I des Kurses)

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Viertes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften (4. VwVfÄndG) vom 11.12.2008 (BGBl I, 2418)

- § 42a VwVfG: Allgemeine Regeln zur Genehmigungsfiktion
- § 71a ff. VwVfG: Verfahren bei einheitlichem Ansprechpartner
- § 5b Handwerksordnung: Alle Verfahren nach Handwerksordnung können über eine einheitliche Stelle abgewickelt werden
- Möglichkeit, dass die Länder die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern mit den Aufgaben der „einheitlichen Stelle“ i.S.d. § 71a VwVfG übertragen (hierzu § 11

RL 2006/123/EG wurde als Anlass genommen, bestimmte Verfahrensmodelle allgemein (nicht nur bezogen auf grenzüberschreitende Dienstleistungen) zur Verfügung zu stellen, obwohl man davon ausging, dass RL 2006/123/EG nur Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug erfasst

Ob § 42a und § 71a ff. VwVfG in einem konkreten Verwwaltungsverfahren Anwendung finden, hängt davon ab, ob das Fachrecht auf diese Bestimmungen verweist

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Verwaltungsverfahrensrechtliche Regelungen des Gesetzes zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften vom 17.6.2009 (BGBl I, 2091)

- § 6a GewO: Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) für alle in GewO vorgesehenen Genehmigungen
- § 10 Abs. 1 Handwerksordnung: Handwerksrolleneintragungsfiktion mit entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Genehmigungsfiktion
- § 6b GewO: Verfahren über einheitliche Stelle für alle Verwaltungsverfahren nach GewO
- Allgemeine Regelung **grenzüberschreitender Amtshilfe** in §§ 8a bis 8e VwVfG (RL 2006/123/EG als Anlass einer allgemeinen Regelung, die immer dann greifen soll, wenn eine Richtlinie grenzüberschreitende Amtshilfe anordnet, ohne dass in Zukunft noch eine gesonderter Umsetzungsakt ergehen soll.

Obwohl man annahm, dass die RL 2006/123/EG nur für Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug anwendbar sei, wollte man diese Verfahrenserleichterungen nicht nur EU-Ausländern vorbehalten (Vermeidung einer Inländerdiskriminierung)

Tatsächlich ist der Anwendungsbereich der RL 2006/123/EG jedoch nicht auf Fälle mit grenzüberschreitenden Bezug begrenzt (hierzu § 9 B I des Kurses)

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

§ 6a GewO
Entscheidungsfrist, Genehmigungsfiktion.

(1) Hat die Behörde über einen Antrag auf Erlaubnis zur Ausübung eines Gewerbes nach § 34b Absatz 1, 3, 4, § 34c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und 4 oder § 55 Absatz 2 nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten entschieden, gilt die Erlaubnis als erteilt.

(2) Absatz 1 gilt auch für Verfahren nach § 33a Absatz 1 und § 69 Absatz 1 und für Verfahren nach dem Gaststättengesetz, solange keine landesrechtlichen Regelungen bestehen.

- Dient Umsetzung von Art. 13 Abs. 3 und 4 RL 2006/123/EG (hierzu § 9 B II 3 des Kurses)
- Gilt auch (zu Recht) für Inländer, jedoch hinsichtlich der betroffenen Genehmigungen erfolgte nur eine 1:1-Umsetzung (nur solche gewerberechtliche Genehmigungen werden erfasst, von denen man annahm, dass sie in die Geltungsbereich der RL 2006/123/EG fallen)
- Wird durch (impliziten Verweis) durch § 42a VwVfG ergänzt (hierzu etwa OVG Münster, 4 B 672/18 v. 28.5.2019, Rn. 9 ff. = GewArch 2019, 364 ff.)

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Probleme der Genehmigungsfiktion nach § 6a GewO (siehe auch *Bernhardt*, GewArch 2009, 100 ff.; *Jäde*, UPR 2009, 169 ff.; *Odenthal*, GewArch 2016, 401 ff.)

- allgemeine Verständnisprobleme hinsichtlich der Wirkungsweise einer Genehmigungsfiktion nach § 42a VwVfG und dem Anliegen des Art. 13 Abs, 3 und 4 RL 2006/123/EG (hierzu *Stelkens/Payrhuber*, NVwZ 2018, 195, 197 ff.)
- Spezielles Problem des „Ersatzes“ einer im Interesse des Verbraucherschutz und der Arbeitnehmer angeordneten präventiven Zuverlässigkeitsprüfung durch Fristversäumnis der Behörde
- Unklares Verhältnis zur Regelung des § 55 Abs. 2 GewO und ähnlicher Ausweise: Wie sieht eine fingierte „Reisegewerbekarte“ aus? Berechtigt das Fiktionszeugnis nach § 42a Abs. 3 VwVfG auch zur Ausstellung einer Reisegewerbekarte
- Wertlosigkeit der „Festsetzungsfiktion“ § 6a Abs. 2 GewO nach § 69 Abs. 1 GewO, wenn der Veranstalter nicht über ein (Sonder-)Nutzungsrecht für die Örtlichkeit verfügt (weil Marktfestsetzung insoweit keine Konzentrationswirkung zukommt – hierzu § 5 D IV des Kurses)

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Einführung der Genehmigungsfiktion nach **§ 6a Abs. 2 GewO**

- für Gaststättenerlaubnis nach § 2 GastG
- bei § 33a GewO
- für Marktfestsetzung nach § 69 Abs. 1 GewO

ist im Hinblick auf verbleibende „Bundesänderungskompetenz“ nach Art. 125a Abs. 1 GG (hierzu § 1 D III des Kurses) jedenfalls nicht unproblematisch

Hierzu

- BGH, III ZR 470/16 v. 20.4.2017, Rn. 33 ff. = BGHZ 214, 360 Rn. 33 ff. (bejahend für Gaststättenerlaubnis nach § 2 GastG)
- OVG Münster, 4 B 996/21 v. 29.4.2022 (Hinweisbeschluss), Rn. 4 ff. = GewArch 2022, 375 Rn. 4 ff.

C) Verfahrensrechtliche Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

§ 6b GewO
Verfahren über eine einheitliche Stelle; Europäischer Berufsausweis; Verordnungsermächtigung

(1) Verwaltungsverfahren nach diesem Gesetz oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung können über eine einheitliche Stelle nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes abgewickelt werden. Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung im Einklang mit Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG bestimmte Verfahren von der Abwicklung über eine einheitliche Stelle auszuschließen..
(2) […]

- § 6b GewO (und § 5b Handwerksordnung) verweist auf §§ 71a ff . VwVfG (zusammenfassend hierzu *Schmitz/Prell*, NVwZ 2009, 1 ff.)
- §§ 71a ff. VwVfG werden durch Organisationsgesetze der Länder ergänzt (hierzu *Luch/Schulz*, GewArch 2010, 225 ff.)
- Möglichkeit abweichender Regelung durch Landesrecht ist nur vor dem Hintergrund zu erklären, dass Bundesgesetzgeber annahm, die RL 2006/123/EG würde Inlandssachverhalte nicht erfassen (hierzu § 9 B I des Kurses)

D) Gewerbe(un)fähigkeit von Personengesellschaften

Bisher wurden **Personengesellschaften nicht** als „**gewerbefähig**“ angesehen (hierzu auch *Schönleiter/Stenger/Zerbe*, GewArch 2008, 242, 243 f.),

- so dass ihnen keine Gewerbeerlaubnis erteilt werden konnte

  OVG Lüneburg, 7 ME 1/15 v. 12.5.2015 = NVwZ-RR 2015, 613 ff.; OVG Lüneburg, 7 ME 15/15 v. 22.5.2015, Rn. 5 f. = NVwZ-RR 2015, 692 ff.; VGH Mannheim, 6 S 2239/21 v. 28.11.2021, Abs. 15 ff.

- sie nicht Adressat einer Gewerbeuntersagung sein konnten

  OVG Lüneburg, 7 LA 53/08 v. 31.7.2008 = NVwZ-RR 2009, 103 f.; VGH Mannheim, 10 S 1201/13 v. 21.10.2013, Rn. 7 = GewArch 2014, 29 ff.; VGH München, 20 BV 13.428 v. 26.9.2013, Rn. 24 = BayVBl 2014, 117: VG Neustadt a.d.W., 4 L 862/12.NW v. 2.11.2012 = GewArch 2013, 83 f

D) Gewerbe(un)fähigkeit von Personengesellschaften

Gewerbeunfähigkeit von **Personengesellschaften** steht im Grundsatz in Widerspruch zu § 11 Nr. 2 VwVfG, da Personengesellschaften auch im öffentlichen Recht weitgehend als rechtsfähig behandelt werden:

§ 11 VwVfG - Beteiligungsfähigkeit

Fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, sind

1. natürliche und juristische Personen
2. **Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann**,
3. Behörden.

Wird das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) v. 10. August 2021 zu Änderungen in der gewerberechtlichen Rechtsprechung führen?

Hierzu *Eisenmenger*, GewArch 2023, 191 ff.; *Schmerker*, DVBl. 2023, 1514 ff.

D) Gewerbe(un)fähigkeit von Personengesellschaften

Zweifel der Gewerbeunfähigkeit von Personengesellschaften bei: BVerwG, 7 C 8/14 v. 1.10.2015 = BVerwGE 153, 99 ff.

„29. Nach der (älteren) gewerberechtlichen Rechtsprechung können Personengesellschaften keine Gewerbetreibenden sein. Die Anzeigepflicht des § 14 Abs.1 GewO trifft daher die geschäftsführenden Gesellschafter, die bei gewerberechtlicher Unzuverlässigkeit auch Adressat der Untersagungsverfügung nach § 35 GewO sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 5. August 1965 - 1 C 69.62 - BVerwGE 22, 16 <19>; VGH Kassel, Urteil vom 14. Januar 1991 - 8 UE 2648/89 - NVwZ-RR 1991, 552 <552>). **Es kann dahinstehen, ob hieran angesichts der fortgeschrittenen Rechtsentwicklung und Anerkennung der (Teil)Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften noch festzuhalten ist**. In verschiedenen gewerberechtlichen Spezialgesetzen werden teilrechtsfähige Personenvereinigungen ausdrücklich als Gewerbetreibende anerkannt (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 HandwO, § 2 Abs. 1 Satz 2 GastG).

30. Aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 10 KrWG ergeben sich jedenfalls keinerlei Hinweise darauf, dass dem Gesetzgeber die gewerberechtliche Rechtsprechung vor Augen stand und er die darin entwickelten Grundsätze auf Sammler im Sinne von § 3 Abs. 10 KrWG übertragen wollte. […].“